

재판취소

(1998. 1. 15. 98헌마8 제2지정재판부)

【판시사항】

법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되는 예외적인 경우가 아닌 사례(지정재판부에서 각하된 사례)

【결정요지】

헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정한 취지는 법원의 재판자체를 대상으로 하는 헌법소원의 심판청구는 원칙적으로 허용되지 아니한다는 뜻인바, 헌법재판소가 1997. 12. 24. 선고한 97헌마172·173(병합) 사건의 한정위헌결정에서 판시한 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되는 예외적인 경우에 해당되지 아니하는 경우 법원의 재판에 대한 헌법소원 심판청구는 부적법하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항 본문

【참조판례】

헌재 1997. 12. 24. 97헌마172등, 판례집 9-2, 842

【당 사 자】

청 구 인 박점암

【주 문】

이 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 이 사건기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

청구인(원고)은 국가(피고)를 상대로 공무원의 직무수행상의 불법행위로 인한 손해배상 청구소송을 서울지방법원(97가합10913)에 제기하였다. 위 법원은 1997. 5. 8. 원고의 주장을 인정할 증거가 없다는 이유로 청구기각의 판결을 선고하였다. 청구인은 이에 불복 상소를 하였으나 위 패소판결이 확정되었다(서울고등법원 1997. 9. 23. 선고, 97나22210 판결; 대법원 1997. 12. 15. 선고, 97다18234 판결). 청구인은 1998. 1. 5. 서울지방법원이 1997. 5. 8.에 선고한 97가합10913 판결은 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제29조 제1항의 공무원의 불법행위로 인한 손해배상청구권을 침해한 위법이 있다는 이유를 들어 재판취소를 구하는 이 헌법소원을 제기하였다.

2. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 의하면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 법원의 재판자체를 대상으로 하는 헌법소원의 심판청구는 원칙적으로 허용되지 아니한다는 뜻이다. 그리고 위 1항에서 본 일련의 사실에 의하면 이 심판청구는 헌법재판소가 1997. 12. 24. 선고한 97헌마172·173(병합) 사건의 한정위헌결정에서 판시한 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되는 예외적인 경우에도 해당되지 아니한다.

따라서 청구인의 심판청구는 부적법하므로 헌법재판소법 제72조 제3항 제1호 후단에 따라 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 조승형(재판장) 이재화 이영모(주심)

관세법 제180조 제1항 등 위헌소원

(1998. 2. 5. 96헌바96 전원재판부)

【판시사항】

1. 편의치적(便宜置籍)의 방법에 의한 선박수입을 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것) 제180조 제1항의 “사위 기타 부정한 방법으로 관세를 포탈한 죄”에 포함시키는 것이 죄형법정주의, 재산권보장 또는 직업선택의 자유에 위배되는지 여부(소극)
2. 선박수입에 대한 관세포탈의 경우 선박 자체를 몰수하거나 그 가액 상당을 추징하도록 규정한 구 관세법 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 관한 부분이 입법재량을 현저하게 일탈하거나 다른 관세 범죄와의 형(刑)의 균형상 과도한 제한인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 편의치적(Flag of Convenience)의 방법에 의한 선박수입의 경우 그 선박이 우리나라 국적을 취득하지 않았다고 하더라도 실질적으로는 선박이 수입된 것으로 인정할 수 있기 때문에 관세부과의 대상이 된다. 따라서 편의치적이 실질과세의 원칙에 부합되는 관세부과의 대상이 되는 이상 구 관세법 제180조 제1항 본문 소정의 “사위 기타 부정한 방법으로 관세를 포탈한 경우”에 해당되는 것으로 해석하더라도 죄형법정주의 내용인 명확성의 원칙과 유추해석금지 에 위반된다고 볼 수 없고, 헌법상의 재산권보장이나 직업선택의 자유(영업의 자유)에 위배되지 아니한다.
2. 선박에 대한 수입관세를 선박가액의 2.5%로 낮게 규정한 것은 입법정책의 문제에 속하고 당해 선박에 대하여 몰수형과 추징을 부가하여 과(科)한다고 하여 입법재량권을 현저하게 일탈했다고 볼 수

없으며, 관세포탈죄를 엄하게 징벌하려는 입법목적과 몰수·추징이 부가형으로 과하여지는 다른 관세범죄와의 형의 균형에 비추어 선박 자체의 몰수·추징이 과도한 제한이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것) 제180조(관세포탈죄) ① 사위 기타 부정한 방법으로 관세의 전부 또는 일부를 포탈한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 그 포탈한 세액의 2배 이상 10배 이하에 상당한 벌금에 처한다. 다만, 제186조의3의 규정에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.

②~③ 생략

구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것) 제198조(몰수·추징) ① 생략

② 제180조 제1항 및 제2항, 제181조, 제181조의2 또는 제186조의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다. 제180조 제1항 및 제2항의 경우에 납입할 관세의 일부를 포탈한 때에는 당해 전체물품 중 포탈한 세액의 전체세액에 대한 비율에 해당하는 물품만을 몰수한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

④ 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제15조, 제23조

【참조판례】

1. 헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4

【당 사 자】

청 구 인 1. 우선해운주식회사
대표이사 이연주

헌재 1998. 2. 5. 96헌바96

2. 이연주

청구인들의 대리인 변호사 박종백
당해사건 부산고등법원 96노115 관세법위반

【주 문】

구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것) 제180조 제1항 본문 및 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인 우선해운주식회사는 국제해운대리점을 하는 법인이고, 청구인 이연주는 위 회사의 대표이사이다. 청구인 이연주는 두 차례에 걸쳐 일본에서 중고 선박인 따마푸네 마루호와 메이요 마루호를 매수하여 수입함에 있어 외국에 위 선박들을 등록하는 편의치적(便宜置籍, Flag of Convenience)의 방법으로 우리나라에 반입함으로써 사위(詐僞) 기타 부정한 방법으로 위 선박들의 국내도착가격에 대한 관세를 포탈한 관세법위반죄로, 청구인 우선해운주식회사는 대표이사인 이연주가 회사의 업무에 관하여 위 관세법위반행위를 한 죄로, 각 기소되었다.

부산지방법원은 1996. 1. 19. 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제180조 제1항 본문, 제196조, 제198조 제2항·제3항을 적용하여 청구인 이연주에 대하여는 징역 1년에 집행유예 2년 및 범행당시의 위 선박들의 국내도매가격에 상당하는 금 781,264,296원을 추징하고, 청구인 우선해운주

식회사에 대하여는 형의 선고를 유예하는 판결을 선고하였다. 청구인들은 부산고등법원에 항소를 제기하는 한편, 위 재판의 전제가 된 법 제180조 제1항 본문과 법 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나, 위 법원은 1996. 12. 18. 항소를 기각함과 아울러 위 제청신청도 기각 결정을 하여 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상은 법 제180조 제1항 본문 및 법 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 관한 부분의 위헌여부이고 그 내용은 아래와 같다.

법 제180조 제1항 본문(관세포탈죄) ① 사위 기타 부정한 방법으로 관세의 전부 또는 일부를 포탈한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 그 포탈한 세액의 2배 이상 10배 이하에 상당한 벌금에 처한다.

법 제198조(몰수·추징) ② 제180조 제1항 및 제2항, 제181조, 제181조의2 또는 제186조의 경우에는 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수한다. 제180조 제1항 및 제2항의 경우에는 납부할 관세의 일부를 포탈한 때에는 당해 전체물품 중 포탈한 세액의 전체 세액에 대한 비율에 해당하는 물품만을 몰수한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는 물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추징한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 편의치적선을 선적·하역 및 수리목적으로 일시 우리나라 항

헌재 1998. 2. 5. 96헌바96

구에 입항시키는 것이 관세법상 “사위 기타 부정한 방법으로 수입하는 것”에 해당한다고 보아 이를 법 제180조 제1항 본문 위반으로 처벌하는 것은 형벌법규를 유추해석하는 것이므로 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의에 위배되고, 헌법 제15조의 직업선택의 자유(영업의 자유) 및 제23조의 재산권보장 내지 사유재산처분의 자유에 위배된다.

(2) 선박에 대한 수입관세는 선박가액의 2.5%에 불과하고 사위 기타 부정한 방법으로 관세를 포탈하였다고 하여 포탈관세액의 40배에 해당하는 선박 자체를 몰수하거나 선박의 범칙 당시의 국내 도매가격에 상당한 금액을 추징하는 것은 실질적 법치국가의 이념인 비례성과 과잉입법금지의 원칙에 위배된다.

나. 재정경제원장관, 관세청장 및 부산지방검찰청검사장의 의견

(1) 내국인인 청구인이 선박을 수입하면서 서류상으로만 외국에 그 선박 소유회사를 설립하고 국내 항구에 입항시킨 편의치적제도는 실질적으로는 관세부과의 대상이 되는 선박의 수입에 해당한다고 보는 것이 실질과세의 원칙에도 부합되므로 법 제180조 제1항을 적용한 것을 죄형법정주의에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 헌법상 보장된 직업선택의 자유나 사유재산권의 보장도 기본권의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 법률상의 제한을 받는 것이고, 조세회피 등의 목적으로 편의치적의 방법을 이용하는 것에 대하여 관세법을 적용하는 것은 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니다.

(3) 법 제198조 제2항·제3항의 몰수·추징 규정은 범죄행위에 제공되었거나 관세범죄로 인하여 생긴 물건의 사회적 유통을 억제

하고 그로 인하여 생긴 재산적 이익을 환수하는 형벌로서 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 위배되는 것은 아니다.

(4) 국가가 중고선박의 수입을 금지하고 있는 취지는 선박의 노후화로 인한 선원의 안전운항에 대한 배려와 국내 선박건조산업에 미칠 영향을 고려한 것이다. 이와 같은 금지를 회피할 목적으로 부정한 방법으로 관세를 포탈한 행위에 대하여 몰수를 병과하는 것은 단순히 관세 2.5%의 확보차원을 넘어 사회안전 및 국내산업보호를 도모한 입법재량권의 범위 내에 있으므로 헌법상의 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

3. 판 단

가. 법 제180조 제1항 본문의 위헌 여부

(1) 법 제180조 제1항 본문은 “사위 기타 부정한 방법으로 관세의 전부 또는 일부를 포탈한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 그 포탈한 세액의 2배 이상 10배 이하에 상당한 벌금에 처한다”고 규정하고 있다. 이러한 규정을 둔 것은 관세를 포탈하지 못하게 하여 국가의 재정수입을 확보하고 국내산업을 보호하려는 데 그 입법목적이 있는 것이다. 여기에서 말하는 “사위 기타 부정한 방법”은 탈세를 가능하게 하는 모든 행위로서 사회통념상 사위(거짓), 부정으로 인정되는 모든 행위를 가리키며 적극적 행위(작위)뿐만 아니라 소극적 행위(부작위)도 포함되는 것이다(대법원 1987. 11. 24. 선고, 87도1571 판결, 법원공보 제816호 199면). 어떤 행위가 “사위 기타 부정한 방법”에 해당되는지의 여부는 구체적인 경우에 위 법 조항의 입법취지와 관세포탈의 가능성이 있는 모든 행위를 전체적으로 보아 그 행위가 관세포탈의 범의(犯意)를 실현하는

헌재 1998. 2. 5. 96헌바96

것으로 사회통념상 용인될 수 있는 행위인지 여부에 따라 결정되는 것이다.

관세포탈은 범죄의 성질상 관세를 포탈하기 위한 행위유형이나 포탈의 수법이 여러 모양으로 나타날 수 있기 때문에 이를 하나하나 구체적으로 법률에 규정하는 것은 입법기술상 어려움이 있는 것이다. 더욱이 시대적 변화와 상황에 따라 행위유형이나 포탈의 수법이 점차 교묘하게 변하고 있으므로 처벌법규 또한 이러한 점을 고려하여 어느 정도 법관의 보충적인 해석의 여지를 두고 성문화할 수 밖에 없는 것이다. 따라서 법 제180조 제1항 본문의 구성요건인 “사위 기타 부정한 방법”이라는 용어는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 알 수 있게끔 규정되어 있다고 볼 수 있는 것이다(헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 19).

(2) 편의치적은 내국인이 외국에서 선박을 매수하고도 우리나라에 등록하지 않고 등록절차 조세 금융면에서 유리하고 선원 노임이 저렴한 제3의 국가에 서류상의 회사(Paper Company)를 만들어 그 회사소유의 선박으로 등록하는 것을 말한다. 청구인들은 대외무역법 및 상공자원부장관의 수출입별도공고에 의하여 수입허가를 받을 수 없는 선령이 10년 이상인 일본제 중고선박들을 편의치적의 방법으로 수입한 것이다. 즉 편의치적의 방법으로 외국(벨리제국과 파나마국)의 선적을 취득하게 한 다음 국내에 반입하여 사용하면 단순한 하역이나 선적 또는 수리목적 등으로 입항한 것처럼 허위로 신고한 경우이다. 이러한 경우에는 비록 위 선박이 우리나라 국적을 취득하지 않았다고 하더라도 실질적으로는 선박이 수입된

것으로 인정할 수 있기 때문에 관세부과의 대상이 되는 것이다(대법원 1994. 4. 12. 선고, 93도2324 판결, 법원공보 969호 1545면).

(3) 이와 같은 편의치적이 실질과세의 원칙에 부합되는 관세부과의 대상이 되는 이상 법 제180조 제1항 본문 소정의 “사위 기타 부정한 방법으로 관세를 포탈한 경우”에 해당되는 것으로 해석한다고 하여 죄형법정주의 내용인 명확성의 원칙과 유추해석금지에 위반된다고 볼 수 없다.

대외무역법 등에서 일정한 선령이 경과한 선박의 수입을 금지한 것은 노후한 선박의 안전운항에 대한 우려와 중고선박의 무분별한 도입으로 인하여 국내 선박건조산업에 미칠 영향을 고려한 정책적 이유에서 비롯되었다. 그리고 선박 수입에 관세를 부과하고 이를 포탈한 자를 처벌하는 것은 국가재정수입을 확보하고 국가경제의 발전에 이바지하려는 데에 있는 것이다. 따라서 편의치적의 방법에 의한 선박 수입을 관세포탈범으로 처벌하는 것은 공공복리를 위한 기본권 제한으로 입법목적 달성수단으로 필요하고 합리성을 갖춘 것이다. 더구나 내국인이 정상적인 방법으로 선박을 수입하여 해상운송업을 하는 것을 금지하는 것은 아니므로 헌법상의 재산권보장이나 직업선택의 자유(영업의 자유)의 본질적 내용을 침해한다거나 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

나. 법 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 관한 부분의 위헌 여부

(1) 관세포탈죄(법 제180조 제1항 본문)의 경우에 범인이 소유 또는 점유하는 그 물품을 몰수하고(법 제198조 제2항 본문), 몰수할 물품의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 때에는 그 몰수할 수 없는

헌재 1998. 2. 5. 96헌바96

물품의 범칙 당시의 국내도매가격에 상당한 금액을 범인으로부터 추정하도록 되어 있다(같은 조 제3항). 이와 같이 필요적 몰수·추징규정을 두고 있는 입법취지는 관세포탈죄로 인하여 생긴 물품의 사회적 유통을 억제하고 일반예방적인 차원에서 이를 엄하게 징벌하려는 데에 그 목적이 있다. 관세법상의 몰수·추징에 관하여는 이를 범죄행위로 인한 이득의 박탈을 주목적으로 하는 형법상의 몰수·추징과는 달리 그 범죄공용물의 훼손 또는 징벌적 목적의 달성을 주목적으로 하는 징벌적 성질의 처분인 것이다(대법원 1991. 9. 13. 선고, 91도1192 판결, 법원공보 제907호 2570면).

(2) 청구인은 선박수입에 대한 관세포탈의 경우 포탈관세액의 40배에 달하는 선박자체를 몰수하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 주장하나, 선박에 대한 수입관세를 선박가액의 2.5%로 낮게 규정한 것은 입법정책의 문제에 속하고 당해 선박에 대하여 몰수형과 추징을 부가하여 과(科)한다고 하여 입법재량권을 현저하게 일탈했다고 볼 수는 없다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487 참조). 선박의 가액이 일반 관세포탈품에 비하여 상대적으로 고가(高價)이고 개인의 재산권 침해정도가 크다는 이유로 선박에 대하여 몰수·추징을 할 수 없다면, 이것은 선박 아닌 일반 관세포탈품에 대하여 몰수·추징이 부가형으로 과하여 지는 것과 비교하여 균형이 맞지 않게 된다. 더욱이 법 제198조 제2항·제3항의 필요적 몰수·추징규정은 관세포탈죄(제180조 제1항·제2항) 외에 무신고수출입죄(제181조), 부정수출입죄(제181조의2), 밀수품의취득죄등(제186조)에도 적용되고, 그것들의 법정형은 관세포탈죄의 법정형보다 낮게 규정되어 있다. 이와 같은 다른 관세범죄와의 형의

균형에 비추어 보더라도 선박 자체의 몰수·추징이 과도한 제한이라고 볼 수 없다.

그러므로 선박수입에 대한 관세포탈의 경우 그 선박을 몰수하거나 몰수할 수 없는 때에는 그 가액 상당을 추징하도록 규정된 범조항은 헌법상의 과잉금지의 원칙 또는 비례의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 구 관세법 제180조 제1항 본문 및 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “구 관세법(……) 제180조 제1항 본문 및 제198조 제2항·제3항 중 제180조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속

헌재 1998. 2. 5. 96헌바96

력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

국가유공자예우등에관한법률 제9조 위헌제청 등

(1998. 2. 27. 97헌가10, 97헌바42, 97헌마354(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다고 한 사례
2. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원심판청구의 요건
3. 국가보훈처장의 ‘민원회신’이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사인지 여부(소극)
4. 구 국가유공자예우등에관한법률 제9조 본문의 위헌 여부(합헌)

【결정요지】

1. 청구인의 유족연금 지급거부처분 취소 청구가 구 국가유공자예우등에관한법률 제77조 소정의 소멸시효완성을 이유로 기각된 것이 아님이 분명하고, “이 법에 의하여 보상을 받을 권리는 법 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청을 한 날이 속하는 달로부터 발생한다”고 규정한 같은 법 제9조가 위헌으로 결정되어 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구가 인용된다고 하더라도, 위헌결정의 선고로써 유족연금의 지급청구권이 비로소 발생하는 것이기 때문에 위 제77조가 적용될 여지가 없다 할 것이므로 위 제77조에 대한 헌법소원심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것이므로, 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 부적법하다. 그런데 청구인이 주장하는 국방부장관의 국가유공자 유족이 등록하도록

지도하거나 스스로 대리등록하는 등 유가족이 보상금을 받을 수 있도록 조치를 취하여야 할 작위의무는 헌법상으로도 법률상으로도 도출되지 아니하므로 국방부장관의 부작위 위헌확인을 구하는 청구인의 헌법소원심판청구는 작위의무없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원으로서 부적법하다.

3. 청구인의 진정서는 형식상으로 뿐만 아니라 그 실질에 있어서도 구체적인 권리행사로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법률내용의 여하를 불문하고 보상금을 지급하여 달라는 단순한 호소 내지 요청에 불과하며, 이에 대한 “법 제9조 본문에 따라 순직군경유족으로 등록신청하기 전의 보상금은 지급할 수 없음을 알린다”는 내용의 국가보훈처장의 민원회신 또한 현행 법률의 테두리내에서는 청구인의 요망에 따른 보상금지급을 할 수 없음을 알리는 정도의 내용에 불과하므로 국가보훈처장의 위 회신은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다.

4. 구 국가유공자예우등에관한법률 제9조 본문은 등록신청을 한 날이 속하는 달 이후의 보상금만 인정하도록 규정하고 있으나, 전물군경유족과상이군경연금법이 폐지되기 이전에 전물한 군경의 유족이 유족연금수급권을 상실하게 된 것은 위 법률이 아니라 그 이전에 시행된 군사원호보상금여금법의 시행으로 인한 것이므로, 위 조항은 소급입법에 의하여 재산권을 침해한 것이 아니고, 또한 그 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이고 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수는 없으므로 평등의 원칙에 반하지 아니할 뿐만 아니라, 헌법 제34조 제1항 소정의 인간다운 생활을 할 권리가 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부 이상을 요구할 수 있는 구체적인 권리를 직접 발생케 한다고는 볼 수 없고 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리로서 입법자에게 광범위한

입법재량권이 인정되므로 인간다운 생활을 할 권리를 침해하였다
고도 할 수 없다.

【심판대상조문】

구 국가유공자에우등에관한법률(1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의것) 제9조(보상을 받을 권리의 발생시기) 이 법에 의하여 보상을 받을 권리는 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청을 한 날이 속하는 달로부터 발생한다. 다만, 제7조 제2항의 규정에 의한 보상을 받지 못하던 자가 그 생활정도의 변동으로 인하여 보상을 받을 수 있는 자로 된 때에는 그 보상신청을 한 날이 속하는 달로부터 보상을 받을 권리가 발생한다.

구 국가유공자에우등에관한법률(1988. 12. 31. 법률 제4072호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의것) 제77조(시효) ① 보상금은 그 지급사유가 발생한 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸된다.

② 삭제(1991. 12. 27.)

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항, 제34조 제1항

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

②~⑤ 생략

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65
2. 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505
헌재 1996. 11. 28. 92헌마237, 판례집 8-2, 600
3. 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

【당 사 자】

1. (97헌가10 사건)

제청법원 서울지방법원(97카기3444)

제청신청인 장을기(선정당사자)

당해사건 서울지방법원 97가합20088 손실보상금

2. (97헌마42 사건)

청구인 박덕아

국선대리인 변호사 임재연

당해사건 부산고등법원 96구9126 유족연금지급거부처분취소

3. (97헌마354 사건)

청구인 김고막

국선대리인 변호사 하경철

【주 문】

1. 구 국가유공자예우등에관한법률(1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것) 제9조 본문은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인 박덕아의 심판청구 중 구 국가유공자예우등에관한법률(1988. 12. 31. 법률 제4072호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것) 제77조 부분과 청구인 김고막의 심판청구 중 제9조 본문 부분을 제외한 나머지 심판청구를 각 각하하고, 청구인 김고막의 심판청구 중 제9조 본문 부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 97헌가10 사건

제청신청인은 1967. 12.경부터 1970. 5.경까지 월납전에 참전하

여 복무하던중 미합중국군이 살포한 고엽제에 노출되어 질병을 앓게 되었다는 이유로 1993년경 국가보훈처장으로부터 고엽제후유증환자로 판정을 받은 뒤 구 국가유공자예우등에관한법률(1984. 8. 2. 법률 제3742호 제정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다)이 정한 절차에 따라 등록신청을 하여 그때부터 법 소정의 전상군경에 해당되는 보상을 받게 되었다. 제청신청인 등은 자신들이 고엽제에 노출되어 질병을 앓게 된 때로부터 위 등록신청시까지의 기간에 대하여도 법이 정한 보상금을 지급하여 줄 것을 요구하였으나 법 제9조 본문(이하 ‘법 제9조 본문’이라 한다)에 의하여 그 지급을 거절당하였다. 이에 제청신청인은 대한민국을 상대로 서울지방법원에 병을 앓게 된 때로부터 등록신청할 때까지의 기간에 대하여 법에 따른 보상금의 지급을 구하는 소송(97가합20088)을 제기하고, 아울러 보상금을 받을 권리의 발생시기를 등록신청을 한 날이 속하는 달로 규정한 법 제9조 본문에 대하여 위헌제청신청을 하였다. 서울지방법원은 위 신청을 받아 들어 1997. 7. 8. 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

(2) 97헌바42 사건

청구인은 그의 아버지인 소외 망 박희종이 6·25 사변중 육군에 입대하여 사병으로 복무하다가 전염병으로 인하여 1952. 12. 16. 사망하였다는 이유로 1994. 3. 26. 망인의 국가유공자 등록 및 청구인의 국가유공자 유족등록을 신청하였고, 이에 따라 망인과 청구인은 같은 해 5. 13. 보훈심사위원회의 심의·의결을 거쳐 국가유공자(전몰군경) 및 그 유족으로 등록되었다.

그 뒤 청구인은 1996. 3. 26. 부산지방보훈청장에게 망인의 사망

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

일인 1952. 12. 16.부터 원고가 성년이 되기 전 날인 1968. 5. 25.까지의 유족연금을 소급하여 지급하여 달라고 청구하였으나 부산지방보훈청장이 1996. 5. 25. 법 제9조 본문에 의거하여 유족연금의 지급을 거부하는 처분을 하자 부산지방보훈청장을 상대로 부산고등법원에 유족연금지급거부처분취소소송(96구9126)을 제기하고 그 소송계속중 법 제9조 본문과 법 제77조(1988. 12. 31. 법률 제4072호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것)에 대하여 위헌제청신청(같은 법원 96부838)을 하였다. 그 뒤 청구인은 1997. 6. 27. 위 법원으로부터 그 신청을 기각하는 결정을 송달받게 되자 같은 해 7. 9. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 97헌마354 사건

청구인은 아들인 최병천이 해군 일병으로 군복무중이던 1964. 8. 1. 휴가를 얻어 귀향하다가 교통사고로 사망한 뒤 1997. 4. 국가유공자(순직군경) 유족으로 등록을 신청하여 그 때로부터 보상금을 지급받고 있다. 그런데 국가보훈처장은 위 최병천이 순직한 때로부터 위 등록신청시까지의 기간에 대하여도 보상금을 지급하여 줄 것을 요청하는 청구인의 진정에 대하여 같은 해 10. 27. 법 제9조 본문에 따라 등록신청 이전의 보상금은 지급할 수 없다는 회신을 하였다.

이에 청구인은 법 제9조 본문과 유가족으로 등록하도록 지도하거나 대리등록하는 등 청구인으로 하여금 보상을 받을 수 있도록 조치를 취하지 아니한 국방부장관의 부작위 및 국가보훈처장의 위 1997. 10. 27.자 회신으로 인하여 헌법상 보장된 재산권, 사회보장권, 평등권을 침해받고 있다고 주장하면서 같은 해 11. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 법 제9조 본문 및 법 제77조가 헌법에 위반되는지 여부와 청구인 김고막으로 하여금 유가족으로 등록하도록 지도하거나 대리등록하는 등 보상을 받을 수 있도록 조치를 취하지 아니한 국방부장관의 부작위 및 국가보훈처장이 1997. 10. 27. 위 청구인에게 위 최병천이 순직한 때로부터 등록 신청전까지의 보상금을 소급하여 지급할 수 없다고 한 회신으로 인하여 위 청구인의 헌법상 보장된 기본권이 침해되었는지의 여부이다.

한편 법 제9조 본문과 법 제77조의 내용은 다음과 같다.

제9조(보상을 받을 권리의 발생시기) 이 법에 의하여 보상을 받을 권리는 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청을 한 날이 속하는 달로부터 발생한다.

제77조(시효) 보상금은 그 지급사유가 발생한 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니할 때에는 시효로 인하여 소멸된다.

[관련조항]

법 제6조 ① 국가유공자·그 유족 또는 가족, 제73조의2의 규정에 해당하는 자가 되고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 처장에게 등록을 신청하여야 한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유의 요지

고엽제후유증 환자들은 월남전 이후 고엽제후유의증환자지원등에 관한 법률(이하 '고엽제법'이라고 한다)이 제정, 시행되기까지는 전상자의 자격으로 보상금신청을 하는 것이 사실상 불가능하였고, 당시

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

의 과학수준으로는 고엽제와 그들이 입은 질병과의 상관관계를 밝힐 수 없어 그들이 전상자로서 등록신청을 하지 않은 것을 가리켜 그들에게 귀책사유가 있다거나 권리 위에 잠자고 있었던 자라고 비난할 수 만은 없는 면이 있다. 그런데 고엽제법이 고엽제후유증환자들의 이러한 특수성을 무시한 채 보상금지급시기를 예우법에 따르도록 규정하고, 이에 따라 법 제9조 본문이 고엽제후유증환자들에게까지 적용되게 됨으로써 똑같이 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 유공자임에도 불구하고 고엽제후유증환자가 아닌 경우는 그 전상의 경과가 명확하여 보상을 쉽게 받을 수 있었음에 반하여, 고엽제후유증환자들의 경우는 고엽제법 제정 이전에는 전혀 보상을 받을 수 없는 결과를 낳았다 할 것이다. 따라서 당연히 차별취급해야 함이 마땅한 고엽제후유증환자들을 그밖의 국가유공자와 함께 취급하고 있는 법 제9조 본문은 합리적인 근거가 있는 것인지 의문이 있다.

나. 청구인 박덕아의 주장의 요지

(1) 유가족들이 본인의 과실없이 불가피하게 전몰사실을 확인하지 못하였거나 당시의 전몰경위, 군번 및 인적사항 등의 확인이 어려워 부득이 등록신청을 하지 못하고 있다가 뒤늦게 등록신청을 하게 된 경우에는 그 확인이 용이하여 바로 등록신청을 할 수 있었던 사람에 비하여 현저히 불평등한 처우를 받게 되므로 이 사건 법률조항은 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

(2) 폐지된 전몰군경유족과상이군경연금법(1952. 9. 26. 제정, 법률 제256호, 이하 ‘연금법’이라 한다) 제7조에서 “연금을 받을 권리는 군인 또는 경찰관이 전몰 또는 상이를 받은 달의 익월부터 발생한

다”고 규정하고 있었으므로 적어도 위 법이 폐지되기 전에 전공상을 입은 군경 및 유족들은 전몰 또는 상이를 입은 다음달부터 연금수급권을 가지게 되었다고 할 것이다. 그런데 법 제9조 본문은 연금 등 보상금수급권의 발생시기를 등록신청을 한 날이 속하는 달로 규정함으로써 연금법 시행당시에 전공상을 입고도 아직 등록신청을 하지 아니한 군경들이 연금법에 의하여 가지고 있었던 연금수급권을 사후입법에 의하여 배제하였으므로, 법 제9조 본문은 재산권보장에 관한 헌법 제23조 제1항 및 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

다. 청구인 김고막의 주장의 요지

(1) 법 제9조 본문은 사망군인의 유족에 대한 보상금을 되도록이면 지급치 않으려는 규정으로서 헌법 제11조, 제23조, 제34조, 제39조 제2항 등에 위반하여 위헌이다. 국가유공자로 확인된 이상 유공사유 발생시부터 보상하는 것이 옳은 일이며, 슬픔에 싸인 유족에게 다시 등록을 하는 경우에만 보상금을 지급한다는 것은 사망군인과 그 유족에 대한 올바른 예우라고 할 수 없다.

(2) 순직군인의 유족에 대한 보상의 문제는 국가 스스로가 사망자와 유족에 대한 예우의 차원에서 모든 문제를 해결하여 피해가 없도록 해주어야 한다. 위 최병천의 순직사실은 일간신문에도 보도되었고 당해 해군부대에서도 이를 확인하여 군적정리를 한 바 있다. 그렇다면 국방부장관으로서 국가유공자 유족으로 등록하도록 지도한다거나, 스스로 대리등록하는 등 유가족인 청구인이 보상금을 받을 수 있도록 조치를 취하여야 할 것임에도 이를 하지 아니한 부작위로 말미암아 청구인은 위 최병천의 사망당시부터 지급받

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

을 수 있는 유족보상금을 지급받지 못하는 피해를 입었다.

(3) 연금 등 유족보상청구권은 군인이 사망함으로써 당연히 발생하는 것이고, 법 제9조 본문, 제6조에 규정된 등록은 사망사실 등을 확인하기 위한 편의적 확인행위에 불과하며 이로써 당연히 발생한 권리를 소멸시킬 수는 없다. 따라서 국가보훈처장으로서 법 제9조 본문을 이와 같이 해석하여 등록이전이라도 사망이 확인되었으면 사망한 달부터 보상금을 지급하여야 할 것인데도 불구하고 이를 지급하지 않음으로써 청구인의 재산권, 평등권, 사회보장권을 침해하였다.

라. 부산고등법원의 위헌제청신청기각결정(96부838) 이유의 요지 및 국가보훈처장의 의견

예우법이 정하고 있는 전몰군경 유족의 수급권은 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 성격을 띠는 한편 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다는 사회보장적 성질도 겸하고 있는 것으로서, 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리라고 할 것이다. 따라서 국가가 국가유공자 등에게 지급할 구체적인 보상금수급권의 발생시기, 보상의 내용 등에 관한 사항은 등록될 인원 등에 대한 담보능력까지 고려한 재정부담능력과 전체적인 사회보장의 수준, 국가유공자에 대한 평가기준 등 국가의 입법정책에 따라 정하여질 수 밖에 없다고 할 것이다. 이러한 점에서 법 제9조 본문은 위와 같은 입법정책에 따른 것으로서 평등의 원칙에 반할 정도로 합리성을 벗어났다고 할 수 없어 헌법 제11조 제1항에 위반된다고 할 수 없다. 또한 법이 규정한 요건을 갖추기 전에는 보상금수급권이 헌법이 보장하는 재산권에 해

당한다고 할 수 없어 재산권보장에 관한 헌법 제23조 제1항에 위반된다고 할 수 없으며, 또한 연금법에 의한 연금수급권은 폐지된 군사원호보상급여금법(1962. 4. 16. 제정, 법률 제1054호, 이하 ‘급여금법’이라 한다) 부칙 제7조에 의하여 같은 법 공포후 6개월이 되는 날인 1962. 10. 16.이 경과함으로써 법이 시행되기 이전에 이미 소멸된 것이고, 법에 의하여 비로소 상실된 것이라고 할 수 없어 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위반된다고 할 수도 없다.

마. 국방부장관의 의견 요지

고엽제후유증환자의 경우에는 일반 전상의 경우와는 달리 발병 당시에는 원인을 모르고 있다가 1991년경에야 비로소 월남전에서 살포된 고엽제로 인한 발병이라는 사실이 알려진 것이고 1993년 고엽제법이 제정되어 비로소 법에 따라 등록신청을 할 수 있게 된 것이므로 다른 전상자와 달리 발병당시까지 소급하여 보상할 필요가 있다.

3. 판 단

가. 청구인 박덕아의 헌법소원심판청구 중 법 제77조 부분

헌법재판소법 제68조 제2항에 정한 헌법소원심판청구사건에 있어서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고(헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항), 이 경우 재판의 전제가 된다고 함은 문제되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이나 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바48 등).

부산고등법원이 1997. 6. 11. 선고한 당해사건인 96구9126 유족연금지급거부처분취소사건에 대한 판결에 의하면 청구인의 청구가 법 제77조 소정의 소멸시효완성을 이유로 기각된 것이 아님이 분명하고 다만, 문제는 법 제9조가 위헌으로 결정되어 청구인의 청구가 인용되는 경우인데, 이 경우에도 위헌결정의 선고로써 유족연금의 지급청구권이 비로소 발생하게 되는 것이기 때문에 법 제77조가 적용될 여지가 없다 할 것이므로 법 제77조에 대한 헌법소원심판청구 부분은 재판의 전제성요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 청구인 김고막의 헌법소원심판청구 중 국방부장관의 부작위 부분

(1) 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것이므로, 작위의무가 없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원은 부적법하다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163; 헌재 1996. 11. 28. 92헌마237 등 참조).

(2) 청구인 주장의 작위의무를 규정하고 있는 헌법의 명시적 규정은 없고, 보상금수급권에 관련이 있는 헌법 제23조(재산권), 제29조 제2항(국가보상청구권), 제32조 제6항(국가유공자등에 대한 우선적 근로기회 부여), 제34조 제1항(인간다운 생활을 할 권리)·제2항(국가의 사회보장·사회복지 증진의무)으로부터도 청구인이 주장하는 작위의무는 도출되지 아니한다.

법이 정하고 있는 보상금수급권은 생명 또는 신체의 손상이라는

특별한 희생에 대한 국가보상적 내지 국가보훈적 성격을 띠는 한편, 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다는 특성도 가지고 있으므로 사회보장적 성질도 겸하고 있다. 따라서 보상금수급권은 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리이다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 참조). 그러므로 위 헌법조항들이 보상금수급권과 어떤 관련성을 가진 부분이 있다 하더라도 법률에 의한 구체적 형성없이 보상금수급에 관한 어떤 직접적이고도 구체적인 청구권이라든지 이에 대응하는 국가의 특정한 의무를 도출할 수 없는 것이다.

(3) 한편 법시행령 제9조 제2항·제5항에 따르면, 순직군경이 소속하였던 기관의 장은 순직에 해당한다고 인정되는 사실이 발생하면 그 요건과 관련된 사실을 확인하여 지체없이 국가보훈처장에게 통보하여야 하고, 이 통보를 한 때에는 지체없이 국가유공자·그 유족 또는 가족으로 등록하고자 하는 자에게 등록신청 및 심사에 대한 절차를 통지하여야 하도록 되어 있다. 이 규정은 등록하고자 하는 자에 대하여 등록신청 및 심사에 대한 절차를 알려주는 의미에서의 통지를 하라는 취지에 불과하고, 이로써 청구인의 주장과 같이 유가족에게 등록하도록 지도하거나 직접 대리등록하는 등 청구인으로 하여금 보상을 받을 수 있도록 실질적인 제반 조치를 취할 포괄적인 작위의무가 국방부장관에게 있다고 인정할 근거로 삼을 수는 없는 것이며 달리 그 작위의무의 근거가 될 만한 법률조항도 찾아 볼 수 없다.

(4) 그렇다면 국방부장관에게 청구인 주장과 같은 조치를 취할 작위의무는 헌법상으로도 법률상으로도 도출되지 아니하므로 청구

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

인의 이 부분에 대한 심판청구는 작위의무없는 공권력의 불행사에 대한 헌법소원이어서 부적법하다.

다. 청구인 김고막의 헌법소원심판청구 중 국가보훈처장의 회신 부분

청구인은 국가보훈처장이 1997. 10. 27.자 회신을 통하여 청구인에 대하여 순직당시부터의 보상금지급을 거부하는 내용의 처분을 하였음을 전제로 이로 인한 기본권침해를 다투고 있으나, 국가보훈처장의 행위는 다음과 같은 이유로 헌법소원의 대상이 되는 “공권력의 행사”에 해당하지 않는다.

기록에 의하면 청구인은 1993. 10. 13. “진정서”라는 제목으로 “자식을 나라에 바친 무식한 농민에게 법률에 따른 신청을 하지 아니하였다 하여 책임을 전가함은 부당하니 순직당시부터 미지급된 보상금을 지급하여 달라”고 적어 이를 국가보훈처장에게 제출하였고, 이에 대하여 국가보훈처장은 같은 달 27. “민원회신”이라는 문서를 작성하여 청구인에게 발송하였는데, 그 내용은 법 제9조 본문에 따라 순직군경유족으로 등록신청하기 전의 보상금은 지급할 수 없음을 알린다는 취지임을 알 수 있다. 청구인의 진정서는 형식상으로 뿐만 아니라 그 실질에 있어서도 구체적인 권리행사로서의 성질을 가지는 것이 아니라 법률내용의 여하를 불문하고 보상금을 지급하여 달라는 단순한 호소 내지 요청에 불과하며, 이에 대한 국가보훈처장관의 민원회신 또한 현행 법률의 테두리내에서는 청구인의 요망에 따른 보상금지급을 할 수 없음을 알리는 정도의 내용에 불과하다. 그렇다면 국가보훈처장의 이 회신은 청구인의 법률관계나 법적 지위에 영향을 미친 바 없으므로 이를 헌법소원

의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다.

그러므로 이 부분 심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 아니하는 것을 그 대상으로 한 것이므로 부적법하다.

라. 법 제9조 본문 부분

헌법재판소는 1995. 7. 21. 선고한 93헌가14 결정에서 법 제9조 본문이 합헌임을 선언한 바 있는데 그 요지는 다음과 같다.

(1) 소급입법에 의한 재산권 침해 여부

1962. 4. 16.부터 시행된 급여금법은 유족이 연금을 받을 권리는 전몰군경의 사망이 확인되었거나 수급요건이 성립한 익월부터 발생하는 것으로 규정하고, 연금법을 폐지하였으며, 연금법에 의한 연금의 1961년도 이전의 미수령액은 법 공포일로부터 6월 내에 청구하지 아니하면 그 받을 권리는 소멸된다고 규정하였다. 그러므로 연금법에 의한 유족연금수급권은 급여금법 공포 후 6개월이 되는 1962. 10. 16.의 경과로서 모두 소멸하였다고 할 것이다. 따라서 연금법이 폐지되기 이전에 전몰한 군경의 유족이 연금법에 의해 취득한 유족연금수급권을 상실하게 된 것은 법 제9조 본문의 시행으로 인한 것이 아님이 분명하다. 그렇다면 법 제9조 본문은 연금법 시행 전 또는 동법 시행중에 전몰 또는 상이를 받은 군경이 연금법 소정의 연금을 전몰 또는 상이를 받은 때로부터 받을 수 있는 권리를 소급하여 박탈하여 헌법 제13조 제2항에 위반한 규정이거나 헌법상 보장된 재산권을 침해하여 헌법 제23조 제1항에 위반한 규정이라고 할 수 없다.

(2) 평등원칙에 위반되는지 여부

법 제9조 본문이 보상금수급권을 취득하기 위하여 등록을 필요

헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등

로 함과 아울러 등록신청한 날을 기준으로 보상금수급권을 인정한 이유는 첫째, 등록신청을 하도록 하지 아니하면 국가유공자에 해당 하는 사람이 있더라도 이를 파악하는 데에 어려움이 있고, 따라서 국가예산을 수립함에 있어서 보훈 목적의 예산이 얼마나 필요한지 알 수 없어 결국 국가재정형편을 감안하여 결정되는 보상수준 자체를 결정하는 데 어려움이 생기게 된다는 점, 둘째, 등록신청서를 기준으로 그 이후부터만 보상금수급권을 인정하는 제도를 채택하지 아니하고 전공상 및 순직 등의 사유가 발생한 때부터 보상금수급권을 인정하게 되면 등록을 지체한 채 오랜 세월이 지나 전공상과 여타 사유로 인한 증상이 병발한 경우 그 구별이 어렵게 되는 점, 셋째, 6·25사변이 끝난 지 오래여서 전몰군경유족 및 전공상자의 대부분이 소정의 등록절차를 밟아 급여금법 등 관계법에 의한 보호를 받아오고 있는 점, 넷째, 예우대상자의 수가 대폭 증가함에 따라 소급지급이 국가재정 형편상 어렵게 된 점 등을 들 수 있다. 이러한 이유들을 고려할 때 법 제9조 본문은 그 나름대로 합리성을 갖추고 있다고 할 것이고 객관적으로 정의와 형평에 반한 다거나 자의적인 것이라고 할 수는 없으므로 법 제9조 본문이 평등의 원칙에 반하는 규정이라고 할 수 없다.

(3) 헌법 제34조에 위반되는지 여부

인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응하는 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체

적 권리는 국가가 재정형편 등 여러가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리라고 할 것이다. 그러므로 전공상자 등에게 인간다운 생활에 필요한 최소한의 물질적 수요를 충족시켜 주고 헌법상의 사회보장, 사회복지의 이념과 국가유공자에 대한 우선적 보호이념에 명백히 어긋나지 않는 한 입법자는 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다고 할 것이다. 따라서 법 제9조 본문이 예우법 제6조에 의한 등록신청일이 속한 달 이후의 보상금만 지급하는 것으로 규정하였다고 하여도 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하였다고 할 수 없다.

위 결정의 판시 이유는 이 사건에 있어서도 그대로 타당하다고 할 것이고 위 결정의 선고 이후에 그 견해를 변경해야 할 특별한 사정변경이 있다고도 볼 수 없으므로 법 제9조 본문은 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 결 론

따라서 법 제9조 본문은 헌법에 위반되지 아니하고, 청구인 박덕아의 심판청구 중 법 제77조 부분과 청구인 김고막의 심판청구 중 법 제9조 본문 부분을 제외한 나머지 심판청구는 부적법하므로 이를 각 각하하며, 청구인 김고막의 심판청구 중 법 제9조 본문 부분은 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

노동조합법 제33조 제1항 위헌소원

(1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법 제33조 제1항의 ‘단체교섭권’에 ‘단체협약체결권’이 포함되어 있는지 여부(적극)
2. 근로3권의 법적 성격
3. 근로3권의 사회권적 성격의 의미
4. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자에게 단체교섭권과 함께 단체협약체결권을 부여한 노동조합법 규정이 근로3권의 본질적인 내용을 침해하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다”고 규정하여 근로자에게 “단결권, 단체교섭권, 단체행동권”을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건에 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다.

2. 근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실

질적인 자치를 보장하려는 데 있다. 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다.

3. 이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유 뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.

4. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자에게 단체교섭권과 함께 단체협약체결권을 부여한 이 사건 법률조항의 입법목적은 노동조합이 근로3권의 기능을 보다 효율적으로 이행하기 위한 조건을 규정함에 있다 할 것이다. 따라서 비록 이 사건 법률조항으로 말미암아 노동조합의 자주성이나 단체자치가 제한되는 경우가 있다고 하더라도 이는 근로3권의 기능을 보장함으로써 산업평화를 유지하고자 하는 중대한 공익을 위한 것으로서 그 수단 또한 필요·적당한 것이라 할 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

구 노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종 개정된 것) 제33조(교섭권한) ① 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

이 있다. 다만, 사용자단체와의 교섭에 있어서는 단위노동조합의 대표자 중에서 그 대표자를 선정하거나 연명으로 교섭할 수 있다.

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제33조 제1항

노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종 개정된 것) 제14조(규약) 노동조합은 그 조직의 자주적·민주적 운영을 보장하기 위하여 그 규약에 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 명칭
2. 목적과 사업
3. 주된 사무소의 소재지
4. 조합원에 관한 사항
5. 소속된 연합단체의 명칭
6. 대의원회를 두는 경우에는 대의원회에 관한 사항
7. 연합단체인 노동조합에 있어서는 그 구성단체에 관한 사항
8. 회의에 관한 사항
9. 대표자와 임원에 관한 사항
10. 조합비 기타 회계에 관한 사항
11. 규약변경에 관한 사항
12. 해산에 관한 사항
13. 노사협의회 대표자에 관한 사항
14. 쟁의에 관한 사항
15. 대표자와 임원의 규약 위반에 대한 탄핵에 관한 사항
16. 임원 및 대의원 선거절차에 관한 사항
17. 규율과 통제에 관한 사항

노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종 개정된 것) 제33조(교섭권한) ①~④ 생략

⑤ 사용자 또는 사용자단체는 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 성실한 단체협약 체결을 정당한 이유없이 거부 또는 해태할 수 없다.

노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종 개정된 것) 제39조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 있다.

1.~2. 생략

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위

4.~5. 생략

노동조합및노동관계조정법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종 개정된 것) 제29조(교섭 및 체결권한) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.

② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위안에서 그 권한을 행사할 수 있다.

③ 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 제2항의 규정에 의하여 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임한 때에는 그 사실을 상대방에게 통보하여야 한다.

【참조판례】

헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729

【당 사 자】

청 구 인 1. 연합철강 주식회사 노동조합(94헌바13)

대표자 위원장 강진호

대리인 변호사 문재인 외 2인

2. 아폴로산업 주식회사 노동조합(94헌바26)

대표자 위원장 박규남

대리인 변호사 문재인 외 3인

3. 강원산업 주식회사 삼표중공업 노동조합(95헌바44)

대표자 위원장 문석태

대리인 변호사 김준곤 외 3인

당해사건 부산고등법원 93구3622 노동조합규약변경보완명령취소(94헌바13)

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

대구고등법원 93구3616 노동조합규약변경보완명령취소(94헌바26)

대구고등법원 95구246 노동조합규약변경보완명령취소(95헌바44)

【주 문】

구 노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호로 제정되고 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종개정된 것) 제33조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 94헌바13 사건

청구인인 연합철강주식회사 노동조합은 1989. 5. 10. 노동조합규약을 개정하여 제20조 제1항 제9호에 총회가 확대간부회의에서 상정하는 단체협약 및 제 협정의 체결동의에 대한 표결권을 가지는 것으로 규정하고, 제92조에 청구인 노동조합의 단체협약 및 제 협정의 체결권은 위원장에게 있으나 단체교섭위원회가 충분한 교섭 후에 확대간부회의의 심의를 거쳐 조합원의 찬반투표로 결정하여 체결하고, 다만 이미 얻은 근로조건을 저하하는 내용의 협정 및 협약체결은 총회의 결의없이 할 수 없다고 각 규정하였다. 청구인은 부산광역시 남구청장으로부터 청구인의 노동조합규약이 구 노동조합법 제33조 제1항 및 제34조 제1항의 규정에 위배된다고 하여 1990. 7. 23. 동 규약의 변경보완 시정명령을 받고 1990. 12. 13. 부산고등법원에 동 규약변경 보완명령 취소청구소송(90구3232)을 제기하여 승소판결을 받은 바 있었다. 그러나 위 남구청장의 상

고(91누10787)에 의하여 대법원은 1993. 5. 11. 원심판결이 노동조합법 제33조 제1항의 취지에 위반되는 것으로 판시하고 이를 파기 환송하였다. 청구인은 대법원의 파기환송으로 다시 부산고등법원에서 위 사건의 재판(93구3622)이 계속되던중 동 법원에 위 규약변경 보완명령의 근거가 된 노동조합법 제33조 제1항의 위헌여부 심판의 제청을 신청하고 1994. 2. 5 위 법원으로부터 그 기각결정(93부376)을 송달받자 같은 달 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 94헌바26 사건

청구인인 아폴로산업 주식회사 노동조합은 1992. 3. 3. 노동조합 규약을 개정하여 제16조 제1항 제5호에 총회의 기능으로 “단체협약 및 임금체결에 관한 사항”을 규정하고, 제49조는 단체교섭이라는 표제 아래 “이 노동조합과 회사간의 임금협상 및 단체협상의 교섭권은 노동조합에 있으며 체결권은 전체 조합원의 의결로 한다”고 규정하였다. 경주시장은 1992. 6. 5. 위 각 조항은 노동조합법 제33조에 의하여 노동조합의 대표자가 가지는 단체교섭권 및 단체협약체결권에 대한 본질적인 제한이라는 이유로 제16조 제1항 제5호는 “단체협약에 관한 사항”으로, 제49조는 “단체교섭과 임금교섭의 협상 및 체결권은 노동조합장 또는 노동조합으로부터 위임 받은 자가 행한다”는 내용으로 각 변경보완하라는 명령을 하였다. 청구인은 1992. 6. 25. 대구고등법원에 위 경주시장을 상대로 노동조합규약변경 보완명령 취소청구소송(92구1125)을 제기하여 1992. 10. 28. 승소판결을 받았다. 그러나 위 경주시장이 대법원에 상고하여(92누18344), 대법원은 1993. 11. 23. 위 규약 제49조에 관한

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

부분은 과기환송하고 나머지 부분에 대한 상고를 기각함으로써, 위 규약 제49조에 관한 부분은 다시 대구고등법원에서 계속하게 되었다(93구3616). 청구인은 위 법원에 위 규약변경 보완명령의 근거가 된 노동조합법 제33조 제1항에 대하여 위헌여부심판의 제청을 신청하였으나 위 법원은 1994. 5. 6. 이를 기각하였고(94부70), 이에 청구인은 1994. 5. 24. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 95헌바44 사건

청구인인 강원산업주식회사 삼표중공업 노동조합은 1994. 7. 노동조합규약을 개정하여 규약 제47조에 임금 및 단체협약의 체결권은 위원장에게 있고 교섭위원 3분의2 이상의 동의를 얻어 총회의 인준을 얻어야 하며 교섭위원이 연명으로 서명한다고 규정하였다. 포항시장은 개정된 위 규약 제47조가 노동조합법 제33조 제1항에 규정된 노동조합대표자 또는 수입자의 단체협약체결권한을 제한함으로써 위 법규정에 위반된다는 이유로 1994. 10. 5. 청구인에게 동 규약의 변경보완시정명령을 하였다. 이에 청구인은 1995. 1. 대구고등법원에 포항시장이 한 동 규약변경명령처분의 취소를 구하는 소송(95구246)을 제기하여 재판 계속중, 위 규약변경보완명령의 근거가 된 노동조합법 제33조 제1항에 대하여 위헌여부심판의 제청을 신청하였고, 1995. 10. 23. 위 법원으로부터 그 기각결정(95부319)을 송달받자 같은 달 29. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호

로 제정되어 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 최종개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제33조 제1항의 위헌여부이다. 법이 1997. 3. 13. 법률 제 5310호로 노동조합및노동관계조정법으로 개정되었으나, 그 부칙에서 노동조합업무 등에 관하여 신법의 적용을 명하는 경과규정을 두고 있지 않으므로, 심판의 대상은 개정되기 이전의 노동조합법 제33조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이다.

제33조(교섭권한) ① 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다. 다만, 사용자단체와의 교섭에 있어서는 단위노동조합의 대표자 중에서 그 대표자를 선정하거나 연명으로 교섭할 수 있다.

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항과 관련하여 94헌바13 사건과 94헌바26 사건의 대법원 판결은 “여기서 교섭할 권한이라고 함은 사실행위로서의 단체교섭의 권한외에 교섭한 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한도 포함되는 것으로 해석하여야 하며, 또한 이 사건 규약에서와 같이 청구인 노동조합의 단체협약 및 제 협정의 체결동의에 총회가 표결권을 가지도록 하고 청구인 노동조합의 대표자가 단체교섭결과에 대하여 확대간부회의의 심의 및 조합원찬반투표를 거쳐서 단체협약을 체결하도록 한 것은 대표자 또는 수임자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결 권한을 규정한 노동조합법 제33조 제1항에 위반되는 것이라고 아니할 수 없다”고 판시하여 대법원 1993. 4. 27. 선고, 91누12257

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

전원합의체 판결을 인용하고 있다.

헌법 제33조 제1항이 보장하는 노동3권의 핵심적인 내용은 자주성과 민주성이며, 그 요체는 단체교섭권에 있고 단체협약은 단체교섭권의 목적이자 결과물로서 결국 노동3권의 목적이다. 그런데 이 사건 법률조항의 의미를 대법원의 위 판시와 같이 노동조합의 대표자가 극히 중요한 단체협약을 노동조합 전체의 의사와 관계없이 체결하더라도 그렇게 체결된 단체협약이 노동조합 총회의 결의에 의해서도 제한할 수 없는 것으로 해석한다면, 이는 헌법이 보장한 노동3권의 근본취지에 반하는 것이다. 왜냐하면 노동조합의 대표자가 단체협약을 체결함에 있어서 조합대표자의 어용이나 배임행위를 방지하기 위한 견제수단이 필요하고, 조합총회의 의결이 유효적절한 견제수단의 하나인데, 이러한 견제수단을 가질 것인가에 관하여는 노동조합이 스스로 결정할 수 있어야 하기 때문이다.

(2) 이 사건 법률조항이 노동조합대표자의 단체협약체결권을 부여하는 조항이고 이를 노동조합의 규약으로 제한하는 것이 위법이라면 단체교섭권이 있는 “위임을 받은 자”의 경우 그 수임자의 단체협약체결권을 제한하는 것도 또한 위법하게 되어, 제3자에게 단체교섭을 위임할 경우 노동조합은 그 수임자의 단체협약체결권을 제한할 수 없게 되는바, 이렇게 된다면 노동조합이 단체교섭권을 위임하는 것이 거의 불가능하며 따라서 제3자의 조력을 받는 것 자체가 어렵게 되기 때문에 이러한 관점에서 이 사건 법률조항은 자유로운 단체교섭권을 제한한 것으로 위헌이다.

나. 노동부장관 및 부산광역시 남구청장의 의견

(1) 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건을 향상을 위하여

자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있는바, 여기에서 단체교섭이라 함은 사실행위로서의 단체교섭의 권한만이 아니라 단체교섭의 결과로 타결된 내용을 단체협약으로써 체결할 수 있는 권한도 포함되는 것으로 해석해야 한다. 만일 단체교섭권만 있을 뿐 단체협약체결권은 없다고 해석한다면, 이는 마치 대리에 있어서 계약조건을 협상할 권한은 있으나 계약을 체결할 권한은 없다고 하는 것과 같아서 그와 같은 법적 지위가 법률상 어떠한 의미를 가질 수 있는지 의심스럽다.

(2) 청구인들은 조합의 대표자 등에게 단체협약체결권까지 부여하게 되면 집행부의 어용화나 배임행위를 막을 수 없기 때문에 노동조합의 자주성과 민주성을 해하게 될 우려가 있다고 주장한다. 그러나 노동조합이 규약이 정하는 바에 따라 대표자를 선출하였거나 교섭권한을 위임한 때에는 그로써 이미 조합의 자주적, 민주적 운영은 실현된 것이며, 단체협약의 체결이 조합원의 권리의무에 지대한 영향을 미치는 것이라고 하여 반드시 조합원총회의 결의를 거쳐야 하는 것만이 그와 같은 요청에 부합하는 것이라고 할 수 없다. 조합원들이 대표자를 신뢰할 수 없다면 규약이 정하는 절차에 따라 대표자 등을 교체하거나 또는 대표자 등 집행부를 그대로 두고 당해 단체협약체결을 위한 단체교섭의 권한만을 다른 교섭대표에게 위임할 수도 있기 때문이다.

다. 법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유
위의 노동부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 의미

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

(1) 이 사건 법률조항은 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다. 다만, 사용자단체와의 교섭에 있어서는 단위노동조합의 대표자중에서 그 대표자를 선정하거나 연명으로 교섭할 수 있다.”고 규정하고 있다.

헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다”고 규정하여 근로자에게 “단결권, 단체교섭권, 단체행동권”을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다.

(2) 법 제33조 제5항은 “사용자 또는 사용자단체는 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 성실한 단체협약 체결을 정당한 이유없이 거부 또는 해태할 수 없다”고 규정하고, 법 제39조 제3호는 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위”를 부당노동행위로 규정함으로써, 법은 노동조합의 대표자 또는 수임자가 단체협약체결권을 가지고 있다는 것을 당연한 전제로 하고 있다. 또한 법 제14조에는 노동조합의 자주적·민주적 운영을 보장하기 위하여 대표자와 임원에 관

한 사항(제9호)이나 임원 및 대의원선거절차에 관한 사항(제16호) 등을 규약에 기재하도록 규정하고, 법 제19조 제1항 제3호에서는 단체협약에 관한 사항을 총회의 의결사항으로 정하여 노동조합 대표자가 단체교섭 개시전에 총회를 통하여 교섭안을 마련하거나 단체교섭과정에서 조합원의 총의를 계속 수렴할 수 있도록 규정하고 있다. 뿐만 아니라, 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 개정된 노동조합 및노동관계조정법 제29조가 제1항에 노동조합의 대표자에게 단체교섭권과 단체협약체결권이 있음을, 제2항에 노동조합으로부터 위임받은 자에게 위임받은 범위내에서 단체교섭권과 단체협약체결권이 있음을 명시적으로 밝힌 것은 입법자가 입법개선을 통하여 이 사건 법률조항의 불명확성에 따른 해석상의 논란의 소지를 제거하려는 노력으로 보아야 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항의 ‘단체교섭권’은 단체교섭을 할 수 있는 권한만이 아니라 나아가 단체교섭의 결과로 타결된 내용을 단체협약으로써 체결할 수 있는 권한까지 포함하고 있는 것으로 해석하는 것이 옳다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 헌법 제33조 제1항의 근로3권의 법적 성격

헌법 제33조 제1항이 보장하는 근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고, 이를 바탕으로 사용자와 근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하며, 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유를 보장하는 자유권적 성격과 사회·경제적으로 열등한 지

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

위에 있는 근로자로 하여금 근로자단체의 힘을 배경으로 그 지위를 보완·강화함으로써 근로자가 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 교섭할 수 있도록 해주는 기능을 부여하는 사회권적 성격도 함께 지닌 기본권이다.

근로3권은 근로자가 국가의 간섭이나 영향을 받지 아니하고 자유롭게 단체를 결성하고 그 목적을 집단으로 추구할 권리를 보장한다는 의미에서 일차적으로 자유권적 성격을 가지나 고전적인 자유권이 국가와 개인 사이의 양자관계를 규율하는 것과는 달리 국가·근로자·사용자의 3자관계를 그 대상으로 한다.

따라서 근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 가치를 보장하려는 데 있다. 경제적 약자인 근로자가 사용자에 대항하기 위해서는 근로자단체의 결성이 필요하고 단결된 힘에 의해서 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현된다. 다시 말하면, 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다.

이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유 뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을

형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 따라서 근로3권의 사회권적 성격은 입법조치를 통하여 근로자의 헌법적 권리를 보장할 국가의 의무에 있다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도 와 범규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.

(2) 청구인들이 주장하는 위헌 이유

청구인들은 이 사건 법률조항을 위에서 본 바와 같이 노동조합의 대표자 또는 수임자에게 사실행위로서 단체교섭권 뿐만 아니라 단체협약체결권까지 부여한 법률조항인 것으로 해석하는 경우에는, 노동조합의 대표자나 수임자가 체결한 단체협약을 노동조합총회의 결의로서도 제한할 수 없게 되어 이 사건 법률조항이 근로자 및 근로자단체인 노동조합의 자주권을 침해하는 것으로서 다음과 같은 이유로 헌법에 위반된 법률조항이라고 주장한다.

(가) 단체협약의 체결에 있어서 노동조합은 그의 대표자 또는 수임자의 어용화나 배임행위를 방지하기 위하여 견제수단이 반드시 필요하고, 그 견제수단의 하나라고 할 수 있는 단체협약체결에 대한 노동조합총회의 동의권과 같은 견제수단을 가질 것인가에 관하여는 노동조합 스스로가 결정할 수 있어야만 노동조합의 자주성이 보장될 수 있다.

(나) 이 사건 법률조항은 노동조합의 대표자나 수임자에게 단체협약체결권을 부여함으로써, 결과적으로 노동조합 총회가 그의 대표자가 체결한 단체협약에 대하여 다시 결의하는 형식으로 대표자

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

의 대표권행사에 대한 제한수단을 규약에 정할 수 있는 가능성을 배제하고 있다.

(다) 따라서 이 사건 법률조항은 근로자단체가 스스로의 규약으로써 자신의 조직과 의사형성절차 등에 관하여 자율적으로 결정할 단체자치의 자유를 침해한 것이므로 근로자의 자주권을 보장한 헌법 제33조 제1항에 위반된다.

(3) 이 사건 법률조항의 합헌성

이 사건 법률조항의 위헌여부는 근로3권의 자유권적 측면이 문제가 되는 경우이고, 이 경우에도 헌법 제33조 제1항이 보장하는 근로3권은 어떠한 제약도 허용되지 아니하는 절대적인 권리가 아니라 당연히 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능하며, 그 제한은 노동기본권의 보장과 공익상의 필요를 구체적인 경우마다 비교형량하여 양자가 서로 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정된다(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등).

노동조합대표자에게 최종적인 단체협약체결권을 위임할 것인지 아니면 조합총회의 의결에 최종적인 체결권을 유보할 것인지는 입법자의 입법형성의 자유에 속한다 할 것이다. 그러나 노사간의 타협과 양보의 결과로서 합의가 도출되었더라도 다시 노동조합총회의 의결을 거쳐야만 비로소 그 합의의 효력이 발생할 수 있도록 하는 것은 근로자의 의사를 존중하는 것이기는 하나, 사용자가 결정권한이 없는 노동조합대표자를 상대로 하여 성실하고도 진지하게 교섭에 임하리라는 것을 기대하기는 어렵게 되고, 이로 말미암아 근로3권의 헌법적 목적을 실현하기 위한 절차로서의 단체협약 제도의 기능이 크게 저해되어 노동영역에서의 산업평화가 위협받

을 수 있다 할 것이다. 이러한 이유로 이 사건 법률조항이 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자에게 단체교섭권 만이 아니라 단체협약체결권도 부여한 것이라 하겠다.

그러므로 이 사건 법률조항은 입법자가 근로자에게 근로3권을 실질적으로 보장하기 위한 법적 제도와 범규범을 형성함에 있어서 단체협약제도의 기능확보라는 중요한 공공복리를 위하여 노동조합의 활동의 자유를 제한한 것이고, 그 제한의 내용 또한 근로3권의 본질적인 내용을 침해한 것으로 볼 수 없다. 더욱이 입법자가 법제14조, 제19조 등을 통하여 노동조합의 내부조직을 민주적으로 구성하고 의사형성이 민주적으로 이루어질 수 있도록 절차를 규율하고 있다는 점에 비추어, 총회에서 사전에 의결할 수 있는 길이 열려있을 뿐만 아니라 노동조합대표자에 의한 대의제도가 보장되어 있는 터이므로 노동조합대표자에 의한 교섭의 결과를 노동조합과 노동조합원에게 귀속시키기에 충분한 정당성이 있기도 하다.

(4) 결 론

따라서 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자에게 단체교섭권과 함께 단체협약체결권을 부여한 이 사건 법률조항의 입법목적은 노동조합이 근로3권의 기능을 보다 효율적으로 이행하기 위한 조건을 규정함에 있다 할 것이다. 따라서 비록 이 사건 법률조항으로 말미암아 노동조합의 자주성이나 단체자치가 제한되는 경우가 있다고 하더라도 이는 근로3권의 기능을 보장함으로써 산업평화를 유지하고자 하는 중대한 공익을 위한 것으로서 그 수단 또한 필요·적정한 것이라 할 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

다만, 재판관 조승형은 주문표시에 관하여 별개의견을 밝혔다.

4. 재판관 조승형의 별개의견

나는 주문표시 중 “구 노동조합법(……) 제33조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김문희(재판장, 주심) 이재화 조승형 정경식 고종석
신창언 이영모 한대현

구 소득세법 제70조 제8항 중 괄호부분 위헌소원

(1998. 2. 27. 95헌바5 전원재판부)

【판시사항】

1. 실질적 조세법률주의의 의미
2. 물가상승으로 인한 부동산가격 상승분에 대하여 양도소득세를 부과하는 것이 가공소득에 대한 과세로서 재산권을 침해하는 것인지 여부(소극)
3. 양도소득과세표준을 산출함에 있어서 양도소득특별공제를 하지 아니하도록 규정한 구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제70조 제8항 괄호부분이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 조세법률주의는 조세행정에 있어서의 법치주의를 말하는 것인바, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제원칙에 합치되어야 하고, 이에 어긋나는 조세법 규정은 헌법에 위반되는 것이다.
2. 양도소득에 물가상승으로 인한 명목소득도 포함되어 있는 것

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

은 사실이나, 1980년대에 우리나라에서 발생한 부동산가격상승은 물가상승에 의한 영향보다는 오히려 부동산 투기 등으로 인한 과수요에 의하여 발생한 것이 대부분이었고, 물가상승으로 인한 경제적 효과는 모든 소득자에게 동일한 것이므로 물가상승에 의한 부동산 가격의 상승도 또한 다른 소득과 마찬가지로 납세자의 담세력을 증가시키는 소득이지 이것만을 가공소득이라고 할 수는 없는 것이다.

3. 구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제70조 제8항은 양도소득과세표준을 보유년수로 나눈 금액에 종합소득세율을 곱하여 양도소득세액을 산출함에 있어서 양도소득특별공제를 하지 아니하도록 규정하고 있는바, 이 방법에 의한 과세는 양도소득에 대한 1년간의 물가상승만을 고려하면 되는 것이므로 종합소득에 대한 과세에 있어서 1년간의 물가상승으로 인한 구매력 감소를 고려하지 않고 있는 점과의 형평을 고려하면 이 방법에 의한 과세에 있어서 물가상승을 고려하는 것이 오히려 평등의 원칙에 반하게 된다.

【심판대상조문】

구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제70조 (세율) ①~⑦ 생략

⑧ 제3항의 양도소득산출세액이 양도소득과세표준(다만, 양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 금액으로 한다)을 보유년수로 나눈 금액에 제1항의 세율을 적용하여 계산한 금액에 대하여 보유년수를 곱한 금액(이하 “종합소득세율에 의한 세액”이라 한다)보다 적은 경우에는 종합소득세율에 의한 세액을 양도소득산출세액으로 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제3항 제1호 단서의 경우
 2. 제3항의 규정하는 세율이 제9항의 규정에 의하여 인하 조정된 경우
- ⑨~⑩ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제38조, 제59조

구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제23조 (양도소득) ① 생략

② 양도소득금액은 당해자산의 양도로 인하여 발생한 총수입금액(이하 “양도가액”이라 한다)에서 제45조의 규정에 의한 필요경비를 공제한 금액(이하 “양도차익”이라 한다)에서 다시 다음 각 호의 금액을 순차로 공제한 금액으로 한다. 다만, 제1항 제1호 및 제2호에 규정하는 자산으로서 그 자산의 보유기간이 2년 미만인 것과 제70조 제7항에 규정하는 미등기양도자산에 대하여는 다음 각 호의 금액으로 공제하지 아니한 금액으로 한다.

1. 제1항 제1호에 규정하는 자산에 있어서 그 취득가액에 대통령령이 정하는 율과 그 취득일로부터 양도일까지의 기간을 곱한 금액(이하 “양도소득특별공제액”이라 한다). 다만, 양도소득특별공제액은 당해 자산의 양도차익을 한도로 한다.
2. 제1항 제1호에 규정하는 자산(대통령령이 정하는 토지를 제외한다)으로서 그 자산의 보유기간이 5년 이상인 것에 대하여는 다음 각 목의 구분에 따라 계산한 금액(이하 ‘장기보유특별공제액’이라 한다)
 - (가) 당해 자산인 보유기간이 5년 이상 10년 미만인 것
양도차익의 100분의 10
 - (나) 당해 자산의 보유기간이 10년 이상인 것
양도차익의 100분의 30
3. 150만원(이하 “양도소득공제액”이라 한다)

③~⑥ 생략

구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제70조 (세율) ① 거주자의 종합소득에 대한 소득세는 당해 년도의 종합소득과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “종합소득산출세액”이라 한다)을 그 세액으로 한다.

종합소득과세표준	세 율
180만원 이하	과세표준의 100분의 6
180만원 초과 250만원 이하	10만8천원+180만원을 초과하는 금액의 100분의 8
250만원 초과 350만원 이하	16만4천원+250만원을 초과하는 금액의 100분의 10
350만원 초과 480만원 이하	26만4천원+350만원을 초과하는 금액의 100분의 12
480만원 초과 630만원 이하	42만원+480만원을 초과하는 금액의 100분의 15
630만원 초과 800만원 이하	64만5천원+630만원을 초과하는 금액의 100분의 18

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

종합소득과세표준	과 세
800만원 초과 1천만원 이하	95만 천원+800만원을 초과하는 금액의 100분의 21
1천만원 초과 1천250만원 이하	137만 천원+1천만원을 초과하는 금액의 100분의 24
1천250만원 초과 1천550만원 이하	197만 천원+1천250만원을 초과하는 금액의 100분의 27
1천550만원 초과 1천900만원 이하	278만 천원+1천550만원을 초과하는 금액의 100분의 31
1천900만원 초과 2천300만원 이하	386만6천원+1천900만원을 초과하는 금액의 100분의 35
2천300만원 초과 2천900만원 이하	526만6천원+2천300만원을 초과하는 금액의 100분의 39
2천900만원 초과 3천700만원 이하	760만6천원+2천900만원을 초과하는 금액의 100분의 43
3천700만원 초과 4천700만원 이하	1천104만6천원+3천700만원을 초과하는 금액의 100분의 47
4천700만원 초과 6천만원 이하	1천574만6천원+4천700만원을 초과하는 금액의 100분의 51
6천만원 초과	2천237만6천원+6천만원을 초과하는 금액의 100분의 55

② 생략

③ 거주자의 양도소득에 대한 소득세는 당해년도의 양도소득세표준에 다음 각 호의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “양도소득산출세액”이라 한다)을 세액으로 한다.

1. 제23조 제1항 제1호 및 제2호에 규정하는 자산으로서 그 보유기간이 2년 이상인 것과 기타 자산
양도소득과세표준의 100분의 40 다만, 주택건설촉진법의 규정에 의한 국민주택규모 이하의 주택과 이에 부수되는 토지로서 건물연면적의 2배 이상 이내의 토지에 있어서는 양도소득과세표준의 100분의 30으로 한다.
2. 제23조 제1항 제1호 및 제2호에 규정하는 자산으로서 그 보유기간이 2년 미만인 것
양도소득과세표준의 100분의 50
3. 미등기양도자산
양도소득과세표준의 100분의 75

④~⑩ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631
헌재 1997. 7. 16. 96헌바36등, 판례집 9-2, 44

헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762

【당 사 자】

청 구 인 1. 서흥회 외 1인

- 당해사건 1. 부산고등법원 94구2008 양도소득세부과처분취소
2. 부산고등법원 94구4387 양도소득세부과처분취소

【주 문】

구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개정되기 전의 것) 제70조 제8항 중 “(다만, 양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 금액으로 한다)” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 1978. 4. 1. 부산 부산진구 부전동 91의 5 대 717. 4 m²의 각 1/2지분을, 1985. 8. 21. 같은 동 91의 5, 93의 11 지상 건물 1동의 각 1/2지분을, 청구인 서흥회는 1985. 8. 10. 같은 동 91의 1, 93의 11 지상 건물 1동을, 청구인 서흥석은 1981. 7. 18. 같은 동 93의 11 지상 건물 2동을 각 취득하여 보유하다가 1988. 12. 31. 청구외 동아생명보험주식회사에게 위 부동산 전부를 금 4,515,300,000원에 매도하였다. 이에 남부산세무서장은 1993. 11. 16. 청구인 서흥회에 대하여 양도소득세 및 방위세 합계 금 873,016,494원을, 부산진세무서장은 1994. 1. 16. 청구인 서흥석에 대하여 양도소득세 금 763,439,324원을 각 부과하는 처분을 하였는 바, 위 양도소득세액을 산출함에 있어 ① 양도가액은 거래의 상대

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

방이 법인이므로 실지양도가액으로 계산하기로 하되, 토지와 건물
의 각 양도가액의 구분은 총양도가액을 양도당시의 각 기준시가에
따라 안분하는 방법으로 산정하고, ② 취득가액은 위와 같이 구분
산정한 토지와 건물의 양도가액에 위 각 부동산의 취득당시의 과
세시가표준액을 양도당시의 그것으로 나눈 수치를 곱하는 방식으
로 산정한 후 ③ 이 사건의 경우 양도소득과세표준에 양도소득세
율을 곱하여 산정한 금액이 양도소득특별공제액을 공제하지 아니
한 양도소득과세표준을 부동산의 보유년수로 나눈 금액에 종합소
득세율을 곱하여 산정한 금액(이하 “종합소득세율에 의한 세액”이라고
한다)보다 적다고 하여 구 소득세법(1988. 12. 26. 법률 제4019호로 개
정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제70조 제8항에 의하여 “종합
소득세율에 의한 세액”을 산출세액으로 하였다.

이에 청구인들은 부산고등법원에 위 각 부과처분취소의 소를 제
기한 후 법 제70조 제8항 중 “종합소득세율에 의한 세액”을 산정
함에 있어서는 양도소득특별공제를 하지 아니하도록 규정한 부분
에 대하여 위헌법률심판제청을 하여 줄 것을 신청(94부390, 94부
391)하였으나, 부산고등법원이 1995. 1. 13. 이를 모두 기각하자 청
구인들은 같은 달 20. 위 결정을 송달받고 같은 달 28. 이 사건 헌
법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제70조 제8항 중 괄호부분인 “(다만,
양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 금액으로 한다)” (이하 ‘이 사건
법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부인바, 법 제70조 제8
항은 다음과 같다.

제70조(세율) ⑧ 제3항의 양도소득산출세액이 양도소득과세표준(다만, 양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 금액으로 한다)을 보유년수로 나눈 금액에 제1항의 세율을 적용하여 계산한 금액에 대하여 보유년수를 곱한 금액(이하 “종합소득세율에 의한 세액”이라 한다)보다 적은 경우에는 종합소득세율에 의한 세액을 양도소득산출세액으로 한다. (단서 생략)

2. 청구인들의 주장과 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장요지

양도소득특별공제는 명목소득(가공소득)에 대한 과세를 방지하기 위한 것인데 유독 이 사건과 같은 경우에만 그 적용을 배제하는 것은 평등의 원칙, 재산권보장, 실질적 조세법률주의에 위배된다. 일정 액수를 초과하는 양도소득에 대하여 양도소득세율과 종합소득세율 중 높은 것을 적용하는 것은 합리적이라고 할 수 있으나, 나아가 양도소득특별공제를 배제하는 것은 가공의 소득에 대한 과세로서 일반 양도소득에 대한 과세와 비교하여 합리적 이유없이 불리한 대우를 하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

이 사건 법률조항이 청구인들의 주장과 같이 평등의 원칙, 재산권보장, 실질적 조세법률주의에 위배한 무효의 규정이라고 보여지지 않는다.

다. 국세청장의 의견 요지

(1) 양도소득세는 토지·건물 등 자본적 성격을 가진 자산을 양도하는 경우 취득 당시에 비하여 가치가 상승됨으로써 발생한 이익에 대하여 부과하는 조세이다. 통상 이 소득은 정상적인 경제활동

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

동에서 얻어지는 사업소득 등과 달리 각종 개발사업 기타 사회적·경제적 요인으로 인하여 얻게 되는 불로소득으로 이 소득의 향유자가 소수 부유층에 속하고, 투기 등의 경우 국가경제에 미치는 해악이 커 정책적 목적에서 여타 소득보다 높은 세율을 정하고 있다. 그러나 양도소득세의 세율구조와 종합소득세의 세율구조가 달라 부동산양도소득에 대한 세부담이 동일한 액수의 종합소득에 대한 세부담보다 낮게 되는 경우가 있을 수 있으므로 이러한 불합리한 경우를 시정하여 과세의 형평을 기함과 동시에 부동산투기억제 등의 정책적 목적을 효율적으로 달성하기 위하여 법 제70조 제8항은 양도소득에 대하여도 종합소득세율에 의한 과세방법을 규정하고 있다.

(2) 양도소득과 종합소득은 그 소득의 성질상 소득금액산출방법을 달리할 수 밖에 없는데, 양도소득의 경우에는 물가상승 등의 요인에 의한 명목소득이 포함되므로 이를 제외한 소득에 대해서만 과세하기 위하여 물가상승 상당액에 해당하는 양도소득특별공제액을 공제하도록 하고 있으며, 종합소득의 경우에는 과세단위를 1년으로 하여 1년간의 수입에 대응되는 비용(부동산 관리에 필요한 비용 포함)만을 필요경비로 공제하여 과세소득을 산출하고 있다.

이러한 소득의 성질 및 그에 따른 과세방법의 차이로 인하여 이 사건 심판대상 규정은 “종합소득세율에 의한 세액”을 산정할 경우 과세표준 산정시 양도소득특별공제액을 공제하지 않고, 총 양도소득금액을 보유년수로 나눈 금액을 과세표준으로 하여 해당 종합소득세율을 적용하고 있는바, 이는 과세방법을 달리하였을 경우에 부담하는 세액을 동일기준에 의하여 비교하기 위한 것이다.

(3) 법 제23조 제2항은 토지나 건물의 보유기간이 2년미만인 경우에는 양도소득세액 산정시 양도소득특별공제액을 공제하지 않도록 하고 있으므로, 보유기간을 종합소득세 과세기간인 1년에 맞추어 1년간의 양도소득금액에 대하여 해당 종합소득세율을 적용하여 세액을 산정할 경우에도 당연히 양도소득특별공제액을 공제하지 않아야 하는 것이다.

3. 판 단

가. 실질적 조세법률주의

조세법률주의는 조세행정에 있어서의 법치주의를 말하는 것인바, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조, 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제원칙에 합치되어야 하고(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9 참조), 이에 어긋나는 조세법 규정은 헌법에 위반되는 것이다. 그러므로 법 제70조 제8항이 실질적 조세법률주의에 합치되는지 여부를 살펴본다.

나. 법상 양도소득을 분리과세하는 이유

소득세는 개인의 소득을 과세물건으로 하는 조세인데, 법에서는 법인세와는 달리 이자소득을 비롯한 9가지 소득을 한정하여 과세 대상으로 하고 있고, 각 소득마다 소득금액의 산정방법이 다를 뿐

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

아니라 이자소득, 배당소득, 부동산소득, 사업소득, 근로소득, 기타 소득 등 6가지 소득에 대하여는 종합과세를 하는 반면, 양도소득, 퇴직소득, 산림소득에 대하여는 분리과세를 하고 있다.

근로소득 등 6가지 소득에 대하여 누진세율에 의한 종합과세를 하는 이유는 국민간의 조세부담을 공평하게 분배함으로써 근대법의 기본원리인 헌법상의 평등의 원칙을 과세분야에서 실현하려는 것이다. 즉 세금의 부담은 각자의 담세력에 따라 배분하여야 하는 것인데, 동일한 소득을 갖고 있는 사람에 대하여는 같은 세금을 부과함으로써 납세자 사이의 수평적 형평을 유지하고, 고소득자에게는 고율의 세금을 부과함으로써 사회복지국가 및 사회보장제도를 위한 소득재분배를 실현하여 납세자 사이의 수직적 형평을 유지하려는 것이다.

한편 분리과세하는 소득 중 퇴직소득과 산림소득은 회임기간이 긴 소득이므로 소득이 일시에 실현되어 누진과세된다면 부당하게 과중한 과세가 될 우려가 있어 이를 방지하기 위하여 분리과세하는 것이고, 특히 퇴직소득은 근속에 대한 보상적 성격을 가지고 있어 이에 대하여는 특별히 가볍게 과세하기 위한 규정을 두고 있다. 이에 반하여 양도소득은 장기간에 걸쳐 발생한 소득이 일시에 실현된 것이라는 점, 회임기간이 길기 때문에 물가상승에 의한 영향이 크다는 점, 자산의 동결효과가 생길 수 있다는 점 등을 고려하여 장기양도소득에 한하여 종합소득과 분리하여 과세하면서 다음에서 보는 바와 같이 조세부담을 완화시키는 여러 가지 조치를 두고 있다.

다. 법 제70조 제8항의 입법목적

법에서는 양도소득을 일반소득과 분리과세함으로써 종합과세에 따른 누진과세로부터 배제하고, 2년 이상 보유하고 있던 토지와 건물의 양도에 대하여는 특별히 각 연도별로 취득가액에 대통령령이 정하는 율을 곱하여 계산한 금액(양도소득특별공제액)을 양도차익으로부터 추가로 공제하며, 양도소득에 대하여서만 따로 양도소득공제액(150만원)을 공제하고 있다(이하 “양도소득세율에 의한 과세방법”이라 한다).

이와 같이 양도소득에 대하여 분리과세, 양도소득특별공제 및 기초공제를 하는 것은 앞서 본 바와 같이 장기간에 걸쳐 발생한 양도소득이 일시에 실현됨으로 인하여 누진소득세율에 의한 과세로 불이익을 받는 것을 배제하고, 보유기간 중의 물가상승에 따른 구매력 감소를 고려하며, 자산의 동결효과를 배제하여 투자를 장려하기 위한 것이다.

그런데 이와 같이 양도소득에 대하여 여러 가지 조세완화조치를 하여 줌으로써 양도소득에 대한 과세가 종합소득에 대한 과세보다 가벼워지는 것을 방지하기 위하여 법 제70조 제8항은 “종합소득세율에 의한 세액”이 “양도소득세율에 의한 과세방법”에 의하여 산출한 세액을 초과할 경우에는 이 세액을 양도소득산출세액으로 하도록 규정하고 있다(이하 “종합소득세율에 의한 과세방법”이라 한다). 이 규정의 취지는, 양도소득이 재산소득 내지 불로소득이고 주로 고액소득층에게 집중되어 있는데, “양도소득세율에 의한 과세방법”에 의한 여러 가지 조세완화조치로 인하여 양도소득이 종합소득보다도 가볍게 과세된다면 부동산투기를 근절하고 산업용 및 주거용 토지 공급을 원활하게 하려는 정책목적을 달성할 수 없음은 물론 고액소

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

득층의 소득에 대하여 가볍게 과세함으로 인하여 수직적 형평을 깨뜨리는 결과를 가져올 수 있으므로, 적어도 양도소득이 종합소득보다 가볍게 과세되지 않도록 하기 위하여 양도소득을 종합소득과 유사한 방법으로 과세할 수 있는 길을 열어 두자는 것이다.

라. 입법목적의 정당성

모든 세제는 국가의 수입을 확보하는 기능 뿐 아니라 정책적 기능도 수행해야 하므로 그 국가의 경제적·사회적 실정에 맞아야 한다. 그런데 1980년대 우리나라에서는 부동산가격이 폭등함으로 인하여 투기가 성행하고 빈부의 격차가 심화되었으며, 그로 인하여 산업용 및 주거용 부동산의 공급에 차질이 생겼으므로 이러한 사회현상을 억제하기 위하여 부동산의 보유와 처분을 제한하기 위한 여러 가지 법률을 제정하게 되었는데, 양도소득을 다른 소득보다 중과세하는 소득세법상의 여러 규정도 이와 같은 목적을 위한 것이다. 특히 부동산 양도소득은 주로 부유층에 집중되어 있으므로 이에 대하여 가볍게 과세한다면 부유층에 대하여 가볍게 과세하는 결과를 초래하게 되어 수직적 형평을 해치게 된다. 이러한 관점에서 볼 때 부동산 양도소득에 대하여 종합소득보다 중과세하려는 소득세법의 각 규정의 입법목적은 정당하고, 양도소득이 분리과세됨으로 인하여 오히려 종합소득보다 현저히 가볍게 과세되는 것을 방지하기 위하여 “종합소득세율에 의한 과세방법”에 의한 보충규정을 둔 것도 합리적이라고 할 것이다.

다만 “종합소득세율에 의한 과세방법”에 있어서 양도소득특별공제를 하지 아니하는 것이 헌법상의 원칙인 재산권 보장과 평등의 원칙에 위배되는지 여부가 문제되므로 이에 관하여 살펴본다.

마. 재산권을 침해하는지 여부

“종합소득세율에 의한 과세방법”은 보유기간 중 발생한 양도차익을 보유년수로 나눔으로써 장기간에 걸쳐 발생한 양도차익을 각 발생년도에 배분하고 이에 대하여 종합소득세율에 의한 세액을 산출함으로써, 장기간에 걸쳐 발생한 소득이 일시에 실현됨으로 인하여 발생하는 납세자에 대한 불이익 — 즉, 발생한 소득 전체에 대하여 누진세율에 의하여 과세됨으로 인한 불이익 — 을 해결함과 동시에 납세자의 담세력에 맞게 누진세율에 의한 과세를 하고자 하는 것이다. 따라서 “종합소득세율에 의한 과세방법”은 납세자의 종합적인 담세력을 고려하여 그에 상응하는 세율에 의한 과세를 하는 것이므로 “양도소득세율에 의한 과세방법”보다 더 합리적인 것이라고 할 수 있다. 이 방법에 의하면 각 소득이 발생한 연도에 종합과세되는 것과 비슷한 효과를 갖게 되고, 납세자로서는 오히려 각 과세년도에 발생한 소득을 당해년도에 과세받지 않고 소득이 실현될 때까지 연기받음으로 인하여 그 기간에 발생하는 이자 상당의 이익을 얻게 되는 것이다.

청구인들은 “종합소득세율에 의한 과세방법”에 의하여 과세할 경우 물가상승으로 인한 명목소득에 대하여 과세가 이루어진다고 주장하고 있는바, 양도소득에 물가상승으로 인한 명목소득도 포함 되어 있는 것은 사실이나, 1980년대에 우리나라에서 발생한 부동산가격상승은 물가상승에 의한 영향보다는 오히려 부동산투기 등으로 인한 과수요에 의하여 발생한 것이 대부분이었고, 물가상승으로 인한 경제적 효과는 모든 소득자에게 동일한 것이므로 물가상승에 의한 부동산 가격의 상승도 또한 다른 소득과 마찬가지로 납

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

세자의 담세력을 증가시키는 소득이지 이것만을 가공소득이라고 할 수는 없는 것이다.

따라서 “종합소득세율에 의한 과세방법”에 의한 양도소득과세가 물가상승에 의한 가공소득에 대하여 과세함으로써 재산권을 침해하는 것이라는 주장은 이유 없다.

바. 평등의 원칙에 위배되는지 여부

“종합소득세율에 의한 과세방법”은 앞서 본 바와 같이 양도소득이 발생한 때에 그 소득에 대하여 소득세를 부과한다는 가정하에 그에 대한 세액을 계산하는 것이므로 이 때 고려하여야 할 것은 각 소득발생년도 1년간에 상승한 물가상승부분인데, 이 부분에 대한 과세가 가공소득에 대한 과세라고 한다면 1년을 과세기간으로 하여 과세하는 다른 소득에 대하여도 마찬가지로 문제가 발생한다. 왜냐하면 이자소득이나 배당소득 등 소위 불로소득은 물론 근로소득이나 사업소득 등 과세기간을 1년으로 하는 다른 모든 소득에 대해서도 1년간의 물가상승으로 인하여 구매력이 감소되는 문제가 발생하기 때문이다. 다만 양도소득의 경우 장기간에 걸쳐 발생한 물가상승의 효과가 누적되어 일시에 실현됨으로써 문제점이 부각되는 것일 뿐 다른 소득에도 마찬가지로 문제가 발생하고, 이에 대한 해결은 소득세법 전반에 걸쳐서 해결하여야 할 문제이지 양도소득만에 대하여 특별히 해결할 문제는 아니다.

이와 같이 “종합소득세율에 의한 과세방법”에 의한 과세는 양도소득에 대한 1년간의 물가상승만을 고려하면 되는 것이므로 종합소득에 대한 과세에 있어서 1년간의 물가상승으로 인한 구매력 감소를 고려하지 않고 있는 점과의 형평을 고려하면 “종합소득세율

에 의한 과세방법"에 의한 과세에 있어서 물가상승을 고려하는 것이 오히려 평등의 원칙에 반하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배된다는 주장도 이유없다.

사. 그렇다면 이 사건 법률조항이 조세법률주의나 평등의 원칙에 반하거나 재산권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 할 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 아래 5.와 같이 주문표시에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 『구 소득세법(……) 제70조 제8항 중 “(다만, 양도소득특별공제액을 공제하지 아니한 금액으로 한다)” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다』는 『심판청구를 기각한다』로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므

헌재 1998. 2. 27. 95헌바5

로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런
실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할
필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

노동쟁의조정법 제12조 제2항 등 위헌소원

(1998. 2. 27. 95헌바10 전원재판부)

【판시사항】

1. “방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”에 대하여 쟁의행위를 금지시키고 있는 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 “주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”고 규정한 헌법 제33조 제3항의 명문에 반하는 것인지 여부(소극)

2. 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지되는 “방위산업체에 종사하는 근로자”의 범위

3. 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 평등의 원칙에 반하거나, 근로자의 단체행동권의 본질적 내용을 침해하고 과잉금지의 원칙에 위배된 규정인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지되는 방산업체의 근로자는 “방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”이므로 이 문면만을 따로 떼어 놓고 보면 방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방산업체에는 주요방산업체는 물론 일반방산업체도 포함되는 것으로 볼 수 있어, 일응 “주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”고 규정한 헌법 제33조 제3항의 명문에 반하는 것이 아닌가하는 의문이 제기될 수도 있겠으나, 방위산업에관한특별조치법 제18조는

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

“주요방산업체에 종사하는 근로자의 노동쟁의 행위에 관하여는 노동쟁의조정법이 정하는 바에 의하여 제한 또는 금지된다”라고 규정하고 있으므로 법률에 의하여 쟁의행위가 금지되는 방산업체의 근로자는 주요방산업체의 근로자에 한정되고 있음이 명백하다.

2. 위 조항에 의하여 쟁의행위가 금지되는 “방위산업체에 종사하는 근로자”의 범위를 방산물자의 생산이라는 실질적인 기준에 따라 주요방산물자를 직접 생산하거나 생산과정상 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장에 속하는 근로자에 한정함으로써 해석상 그 범위의 제한이 가능하다고 볼 것이고, 그러한 해석이 근로3권을 대폭 신장하는 방향으로 나아가면서도 단체행동권의 제한 또는 금지의 대상을 「주요방산업체」에 종사하는 근로자로 보다 한정하고 있는 현행 헌법의 취지에 부합된다.

3. 위 조항은 단체행동권의 제한 또는 금지를 규정하고 있는 헌법 제33조 제3항을 직접 근거로 하고 있고, 단체행동이 금지되는 것은 주요방산업체에 있어서 방산물자의 생산과 직접 관계되거나 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장에 종사하는 근로자에 한정하는 것으로 해석상 그 범위의 제한이 가능하며, 단체교섭에 있어서 발생하는 노동쟁의에 대하여 노동위원회의 알선, 조정을 받을 수 있는 등 대상조치가 마련되어 있으므로, 위 조항이 평등의 원칙에 반한다거나 근로자의 단체행동권의 본질적 내용을 침해하고 과잉금지의 원칙에 위배된 규정이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 노동쟁의조정법(1963. 4. 17. 법률 제1327호로 전문개정되고, 1987. 11. 28. 법률 제3967호로 최종 개정되었다가, 1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합및노동관계조정법 부칙 제3조의 규정에 의하여 폐지된 것) 제12조 (쟁의행위의 제한) ① 생략
② 국가·지방자치단체 및 방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.

③ 생략

구 노동쟁의조정법(1963. 4. 17. 법률 제1327호로 전문개정되고, 1987. 11. 28. 법률 제3967호로 최종 개정되었다가, 1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합및노동관계조정법 부칙 제3조의 규정에 의하여 폐지된 것) 제45조의2(별칙) 제12조 제2항·제3항 또는 제13조의2의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

【참조조문】

헌법 제33조

방위산업에관한특별조치법 제2조(정의) 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “방위산업”이라 함은 방산물자를 생산(제조·가공·조립·정비·재생·개량 또는 개조하는 것을 말한다. 이하 같다)하거나 연구개발하는 업을 말한다.
2. “방산물자”라 함은 군용으로 제공되는 물자(이하 “군용물자”라 한다)로서 제4조의2의 규정에 의하여 지정된 것을 말한다.
3. “방위산업체(이하 ”방산업체“라 한다)”라 함은 방산물자를 생산하는 업체로서 제4조의 규정에 의하여 지정된 것을 말한다.
4. “연구기관”이라 함은 방산물자의 연구·개발·시험·측정, 방산물자의 시험 등을 위한 기계·기구의 제작·검정, 방산업체의 경영분석 또는 방위산업과 관련되는 소프트웨어의 개발을 위하여 정부의 위촉을 받은 기관을 말한다.
5. “방위산업시설(이하 ”방산시설“이라 한다)”이라 함은 방산업체 및 연구기관에서 방산물자의 생산 또는 연구개발에 공여하는 토지 및 그 토지상의 정착물(장비 및 기기를 포함한다)을 말한다.
6. “무기체계로 채택된 물자”라 함은 군사전략 목표를 효율적으로 달성하기 위하여 군용물자 중에서 국방부장관이 채택한 물자를 말한다.

방위산업에관한특별조치법 제4조(방산업체의 지정) ① 방산물자를 생산하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 시설기준과 보안요건을 갖추어 정부의 지정을 받아야 한다.

② 정부는 제1항의 규정에 의하여 방산업체를 지정하는 경우에는 주요산업체와 일반방산업체로 구분하여 지정하되, 다음 각 호의 1에 해당하는 방산물자

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

를 생산하는 업체를 주요방산업체로, 그 외의 방산물자를 생산하는 업체를 일반방산업체로 지정한다.

1. 총포류, 기타 화력장비
2. 유도무기
3. 항공기
4. 함 정
5. 탄 약
6. 전차, 장갑차, 기타 전투기동장치
7. 레이더·피아식별기, 기타 통신·전자장비
8. 야간투시경, 기타 광학·열상장비
9. 전투공병장비
10. 화생방장비
11. 기타 국방부장관이 군사전략 또는 전술운용상 중요하다고 인정하여 지정하는 물자

③ 제1항 및 제2항의 지정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

방위산업에관한특별조치법 제18조(노동쟁의) 주요방산업체에 종사하는 근로자의 노동쟁의행위에 관하여는 노동조합및노동관계조정법이 정하는 바에 의하여 제한 또는 금지된다.

【참조판례】

헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729

【당 사 자】

청 구 인 이기호

대리인 변호사 문재인 외 3인

당해사건 부산고등법원 94노1477 업무방해등

【주 문】

구 노동쟁의조정법(1963. 4. 17. 법률 제1327호로 전문개정되고, 1987. 11. 28. 법률 제3967호로 최종개정되었다가, 1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합및노동관계조정법 부칙 제3조의 규정에 의하여 폐지된

것) 제12조 제2항 중 “방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”에 관한 부분 및 같은 법 제45조의2 중 “제12조 제2항의 규정에 위반한 자”에 관한 부분은 각 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 창원시에 소재한 삼미종합특수강주식회사의 기능직 사원으로서 위 회사의 노동조합의 대의원으로 활동하던중 1992. 9. 8.경부터 같은 달 9.까지 및 같은 달 15.부터 같은 달 25.경까지 위 회사의 다른 노동조합원들과 함께 파업에 참가하였다.

나. 청구인은 1994. 9. 29. 창원지방법원에서 위 회사가 주요방위산업체(이하 “방위산업체”는 “방산업체”라고 한다)로 지정되어 쟁의행위가 금지되어 있음에도 위와같이 파업함으로써 위 회사의 업무를 방해함과 동시에 위 회사의 정상적인 운영을 저해하였다고 하여 업무방해죄 및 구 노동쟁의조정법 제45조의2, 제12조 제2항 위반 등의 범죄사실로 징역 1년 6월의 형을 선고받았다.

다. 청구인이 이에 항소하여 위 사건이 부산고등법원에 계속중 구 노동쟁의조정법의 위 규정들에 대하여 위헌제청을 신청하였으나 동 법원은 1995. 3. 7. 이를 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 같은 달 10. 그 결정의 정보를 송달받고 같은 달 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 노동쟁의조정법(1963. 4. 17.

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

법률 제1327호로 전문개정되고, 1987. 11. 28. 법률 제3967호로 최종 개정되었다가, 1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합및노동관계조정법 부칙 제3조의 규정에 의하여 폐지된 것 ; 이하 “이 법”이라 한다) 제12조 제2항 중 “방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”에 관한 부분 및 같은 법 제45조의2 중 “제12조 제2항의 규정에 위반한 자”에 관한 부분(이하 “이 사건 심판대상 조문”이라 한다)이고, 그 내용은 아래와 같다.

구 노동쟁의조정법 제12조(쟁의행위의 제한) ② 국가·지방자치단체 및 방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.

구 노동쟁의조정법 제45조의2(벌칙) 제12조 제2항·제3항 또는 제13조의2의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

[관련조문]

헌법 제33조(근로자의 단결권 등) ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

방위산업에 관한 특별조치법(1973. 2. 17. 법률 제2540호로 제정되고, 1993. 12. 27. 법률 제4619호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의)

1. (생략)
2. “방산물자”라 함은 군용으로 제공되는 물자(이하 “군용물자”라 한다)로서 제4조의2의 규정에 의하여 지정된 것을 말한다.
3. 방위산업체(이하 “방산업체”라 한다)라 함은 방산물자를 생산하는 업체로서 제4조의 규정에 의하여 지정된 것을 말한다.

4호 이하 (생략)

방위산업에관한특별조치법 제4조(방산업체의 지정) ① 방산물자를 생산하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 시설기준과 보안요건을 갖추어 정부의 지정을 받아야 한다.

② 정부는 제1항의 규정에 의하여 방산업체를 지정하는 경우에는 다음 각 호의 1에 해당하는 방산물자를 생산하는 업체를 주요 방산업체로 지정한다.

이하(생략)

방위산업에관한특별조치법 제18조(노동쟁의) 주요방산업체에 종사하는 근로자의 노동쟁의행위에 관하여는 노동쟁의조정법이 정하는 바에 의하여 제한 또는 금지된다.

3. 청구인의 주장 및 제청기각결정이유의 요지

가. 청구인의 주장

(1) 방위산업에관한특별조치법 제4조 제1항과 같은 법 시행령 제5조 제3항 및 제4항에 따라 방산물자를 생산하는 시설은 일정한 시설기준과 보안요건을 갖추도록 되어 있으므로 방산부서와 민수부서는 엄격히 구분되어 근로자들의 근무도 완전히 차단되어 있으며, 다만 민수부서에서 생산된 자재가 방산부서에 공급되는 등 업무상의 연관이 일부 있을 수 있을 뿐이다.

그런데 근로자의 쟁의행위가 금지되는 주요방산업체는 업체단위로 지정되므로, 민수부서에 종사하는 근로자도 이 법 제12조 제2항에 의하여 방산물자의 생산에 영향을 미치는 업무에 종사하는지 여부를 묻지 않고 쟁의행위가 전면적, 일률적으로 금지되고, 이에 위반하면 이 법 제45조의2에 의하여 처벌의 대상이 된다.

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

이는 근로자에게 헌법상 보장된 단체행동권의 본질적인 내용을 침해하고 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙에 반한다.

(2) 노동부는 1988. 4. 20. 노사 3228-5997호로 ‘방위산업체종사근로자의쟁의행위제한범위에관한지침’을 정하여, 방산업체의 방산부문과 민수부문이 동일지역내에 소재하고 있으나 방산부문이 별개의 보안철책으로 통행이 제한되고 전기, 용수 등의 사용이 별개로 이루어지며 작업공정상의 연계성이 없는 경우 민수부문종사근로자는 쟁의행위가 가능하다고 시달함으로써 이 법 제12조 제2항의 적용을 제한한 사실이 있는데, 문리해석상 그와 같은 해석이 불가능함에도 불구하고 법 적용을 스스로 제한한 것이므로 위 지침이야말로 이 사건 심판대상 조문의 위헌성을 드러낸 것이다.

그런데 노동부는 1989. 9. 6. 노사 32281-48호 ‘주요방위산업체 지정변경내용통보’에 의하여 위 지침을 폐지하여, 동일지역내의 공장에 대하여는 일률적으로 이 법 제12조 제2항을 적용토록 하는 등 행정관청의 자의적인 결정에 따라 그 적용범위가 정해지고 있는 실정인바, 이 역시 이 사건 심판대상 조문의 위헌성을 드러내는 것이다.

나. 제청기각결정의 이유

정부가 주요방산업체를 지정함에 있어서, 법인이나 기업단위로 하지 않고 공장단위로 축소하여, 업체에서 보유한 공장 중 주요방산물자를 직접 생산하거나 생산과정상 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장만을 주요방산업체로 지정하여 시행해 오고 있는 것이 현재의 실정인데다가, 방산업체로 지정받은 업체라고 하더라도 방산물자생산을 포기하고 그 생산조직과 활동을 폐지하여 방산물자

생산업체로서의 실체가 없어진 경우에는 형식상 방위산업체지정처분이 미처 취소되지 않은 채 남아 있다고 하더라도 이 법 제12조 제2항의 쟁의제한규정을 적용할 방산업체에 해당하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.

이러한 점등을 감안하면 쟁의행위가 금지되는 “주요방산업체에 종사하는 근로자”의 범위를 방산물자의 생산이라는 실질적인 기준에 따라 정함으로써 해석상 그 범위의 제한이 가능하다고 볼 것이고, 그렇게 볼 때 주요방산업체가 보유한 공장 중 방산물자 생산과 무관한 공장에 종사하는 근로자의 단체행동권은 이 법 제12조 제2항에 의하여 제한을 받지 않는다고 할 것이다.

따라서 이 사건 심판대상 조문은 헌법상 보장된 근로자의 단체행동권이나 평등권의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지의 원칙에 위배된 규정이라고 볼 수 없다.

4. 이해관계기관의 의견

가. 법무부장관 및 창원지방검찰청검사장의 의견

(1) 이 법 제12조 제2항 등의 입법취지

이 법 제12조 제2항 등은 주요방산업체의 경우 근로자의 단체행동에 의한 생산차질로 인하여 국가안보에 심대한 위해를 초래할 수 있기 때문에 일반산업체의 근로자와는 달리 단체행동을 금지 또는 제한함으로써 주요방산업체에서의 방산물자생산을 원만히 하여 국가안전보장에 만전을 기하는데 그 입법취지가 있다고 할 것이고, 헌법에서 인정하고 있는 제한을 그대로 법률에 규정하고 있는 것일 뿐 그 제한을 보다 강화하거나 이에 위배되고 있지 않다. 따라서 이 사건 심판대상 조문이 문리상 헌법조항의 취지에 반하

지 아니한다.

(2) 단체행동권의 본질적 내용을 침해하는지 여부

정부는 주요방산업체를 지정함에 있어서 법인이나 기업단위로 하지 않고 공장단위로 축소하여 업체에서 보유한 공장 중 주요방산물자를 직접 생산하거나 생산과정상 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장만을 주요 방산업체로 지정하여 시행해오고 있으며, 방산부문과 민수부문이 동일지역내에 있으나 방산부문이 별개의 보안철책으로 통행이 제한되고 전기, 용수 등의 사용이 별개로 이루어지며 작업공정상의 연계성이 없는 경우에는 민수부문 종사근로자의 쟁의행위도 가능하도록 해석, 운용하고 있으므로, 주요방산업체가 보유한 공장 중 방산물자생산과 무관한 공장에 종사하는 근로자의 단체행동권은 이 사건 심판대상 조문에 의하여 제한받지 않는다.

또 주요 방산물자 생산공장에 종사하는 근로자의 단결권, 단체교섭권에 대해서는 아무런 제한이 없으며 단체교섭시 주장의 불일치로 노동쟁의가 발생한 경우에도 준사법적 독립기관인 노동위원회의 알선, 조정을 받을 수 있을 뿐만 아니라 노사간 합의나 단체협약의 규정에 따라 중재를 신청하여 주장의 불일치사항에 대해 노사가 만족하는 해결책을 마련할 수 있는 등 단체행동권에 대한 대상조치가 마련되어 있다.

따라서 이 사건 심판대상 조문이 헌법상 보장된 근로자의 단체행동권의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지의 원칙에 위배된 규정이라고 볼 수 없다.

(3) 평등의 원칙에 위배되는지 여부

헌법 제33조 제3항 및 동 조항에 근거한 이 법 제12조 제2항 후단에서 주요방산업체 종사근로자의 단체행동권을 제한하고 있는 것은 실질적 평등 개념하에서 국가안전보장을 위한 헌법 직접적인 제한이라 할 것이므로 이를 두고 헌법상 보장된 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(4) 외국의 입법례

주요방산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 국가안전보장상의 필요에 의하여 일정범위내에서 제한하는 것은 우리와 같이 특이한 안보상황에 있는 대만의 경우는 물론 베트남, 터키, 인도네시아 등에서도 채택되고 있는 합리적인 것이며, 단체행동권이나 평등권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니다.

나. 노동부장관의 의견

적법요건에 관한 아래와 같은 의견이 있는 외에 본안에 관하여는 법무부장관의 의견과 대체로 같다.

(1) 청구인은 주요방산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한하고 있는 헌법 제33조 제3항 자체의 위헌을 다투고 있으나 헌법의 규정자체는 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 할 것이고, 또 청구인이 노동부의 ‘방위산업체종사근로자의쟁의행위제한범위에 관한지침’을 소원의 대상으로 하고 있으나 동 지침은 행정업무상의 내부지침의 성격을 가진 행정규칙에 불과하므로 헌법소원의 대상이 되지 않는다. 따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 않는 것을 대상으로 하는 것이어서 부적법하다.

(2) 청구인이 주장하는 헌법소원 심판대상을 법률로 보더라도 청구인은 1995. 3. 7. 부산고등법원으로부터 법률의 위헌여부제청신

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

청이 기각되자 같은 달 24. 헌법소원심판을 청구함으로써 헌법재판소법 제69조 제2항에 의한 심판청구기간인 14일을 도과하였으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

5. 요건심리의 결과

가. 재판의 전제성

청구인의 주장은 이법 제12조 제2항의 해석상 근로자의 쟁의행위가 금지되는 주요방산업체는 업체단위로 지정되고, 그 업체에 종사하는 근로자는 실제로 방산물자의 생산에 종사하는지 여부를 불문하고 쟁의행위를 할 수 없으며, 이를 위반하면 이 법 제45조의2에 의하여 처벌의 대상이 되어 이들 조항이 기본권을 침해하고 있다는 것이므로, 청구인이 주장하는 심판청구의 대상은 헌법의 규정이나 노동부의 '방위산업체종사근로자의쟁의행위제한범위에관한지침'이 아니라 이 법의 심판대상 조문들이다.

이 법의 심판대상 조문들은 당해소송사건에 적용될 법률이고, 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라진다고 할 것이므로 재판의 전제성이 인정된다.

나. 청구기간의 준수 여부

헌법재판소법 제68조 제2항 소정 헌법소원심판의 청구는 법률에 대한 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 하고(동법 제69조 제2항), 이때의 기각된 날이라 함은 특단의 사정이 없는 한 제청신청에 대한 기각결정을 송달받은 날을 의미한다.

청구인은 1995. 3. 10. 위헌제청신청기각결정을 송달받고 그날로부터 14일 이내인 같은 달 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였

으므로 청구기간을 준수하였다.

6. 본안심리의 결과

가. 외국의 입법례

방산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 국가안전보장상의 필요에 의하여 일정한 범위내에서 제한 또는 금지하는 입법례는 미국, 영국, 독일, 일본 등에서는 찾아볼 수 없으나, 대만, 베트남, 터키 및 인도네시아 등에서 우리와 유사한 입법례를 택하고 있는 바, 대만과 베트남의 입법례는 아래와 같다.

(1) 대 만

노동조합법 제4조 : 정부의 행정 및 교육사업, 군수품산업의 각종업원은 노동조합을 조직할 수 없다.

(2) 베트남

노동법 제174조 : 정부가 정하는 목록에 규정된 공중의 이익에 반하는 또는 국민경제 혹은 국가의 안전보장 및 방위에 불가결한 특정사업체에서의 파업은 금지된다. 국가의 관리기관은 근로자단체의 정당한 요구해결에 시의 적절한 협조를 하기 위하여 당해 사업체에 있어 근로자단체의 대표 및 사용자의 의견청취를 정기적으로 행하지 않으면 안된다. 단체노동쟁의가 발생한 경우 성급(省級)의 노동중재협의회가 해결한다. 당사자의 어느 일방이 노동중재협의회 재결에 동의하지 않는 경우 쟁의해결을 국민재판소에 요청할 수 있다.

노동법 제192조 : 본 법의 규정에 위반하는 행위를 한 자는 그 위반의 정도에 따라 법률이 정하는 견책, 벌금, 면허정지 또는 취소, 강제보상, 사업체의 폐쇄 또는 형사책임 등의 제재조치 중 하

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

나를 받게 된다.

나. 헌법 제33조 제3항의 연혁

헌법에서 방산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 법률에 의하여 제한 또는 금지할 수 있다고 최초로 규정한 것은 1980. 10. 27. 개정헌법이다. 이전의 헌법에서는 주로 공무원 또는 일정한 범위의 공익사업에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권의 제한 또는 금지에 관하여 규정하고 있었을 뿐이다.

참고로 근로 3권과 그 제한에 관한 역대 헌법의 규정내용은 다음과 같다.

(1) 제헌헌법(1948. 7. 21.)

제18조 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위내에서 보장된다.

(2) 5차 개정헌법(1962. 12. 26.)

제29조 ① 근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

② 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다.

(3) 7차 개정헌법(1972. 12. 27.)

제29조 ① 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권은 법률이 정하는 범위안에서 보장된다.

② 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 또는 단체행동권을 가질 수 없다.

③ 공무원과 국가·지방자치단체·국영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단

체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

(4) 8차 개정헌법(1980. 10. 27.)

제31조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다.

② 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다.

③ 국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

(5) 현행 헌법(1987. 10. 29. 9차 개정)

제33조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

다. 이 사건 심판대상 조문의 위헌 여부

(1) 헌법 제33조 제3항의 의의

1980. 10. 27. 전문개정되어 공포된 구 헌법 제31조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다”라고 규정하고, 동 조 제2항에서 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다”라고 하여 공무원인 근로자에 대하여 근로3권을 원칙적으로 부인하는 한편, 동 조 제3항은 “국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라고 하여 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 법률에 의하여 제한하거나 인정하지 아니할 수 있도록 하였었다.

이와는 달리 1987. 10. 29. 전문개정되어 공포되고 1988. 2. 25. 부터 시행된 현행 헌법에서는 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고만 규정하여 구 헌법의 단체행동권행사에 관한 법률유보를 삭제하였고, 동 조 제2항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 하여 공무원인 근로자에 대하여 근로 3권을 원칙적으로 인정하도록 하였으며, 동 조 제3항에서는 국가·지방자치단체·국공영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권에 관한 구 헌법의 법률유보를 해제하면서도 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”라고 하여 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권만을 여전히 법률에 의하여 제한 또는 금지할

수 있다고 규정하고 있다.

현행 헌법의 위와 같은 태도는 단체행동권 행사에 관한 법률유보를 삭제하고, 공무원인 근로자에 대한 근로3권을 원칙적으로 인정하는 외에, 국가·지방자치단체·국공영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권에 관한 법률유보를 해제하는 등 근로3권을 대폭 신장하는 방향으로 나아감으로써 기본권 최대보장의 원칙을 선언한 것이라고 할 것이고 동시에, 방위산업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권만은 이를 계속 제한 또는 금지할 수 있도록 법률유보 조항을 존치시키면서 그 단체행동권이 제한 또는 금지되는 대상을 구 헌법의 「방위산업체」에 종사하는 근로자에서 「주요방위산업체」에 종사하는 근로자로 보다 한정함으로써 우리와 같이 남북이 대치하고 있는 상황에서는 주요방산업체의 원활한 가동은 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소이고 그 근로자의 단체행동으로 인한 생산차질은 국가의 안전보장에 대한 위해와 직결된다는 점에서 그 단체행동권의 제한 또는 금지는 불가피하다고 하더라도 그 피해는 최소한의 것이 되어야 한다는 기본권의 최소제한의 원칙을 천명한 것이라고 보아야 할 것이다.

(2) 쟁의행위가 금지되는 방산업체의 범위

이 법 제12조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지되는 방산업체의 근로자는 “방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”이므로 이 문면만을 따로 떼어 놓고 보면 방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 주요방산업체는 물론 일반방산업체도 포함되는 것으로 볼 수 있어, 일응 “주요방위산업체

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”고 규정한 헌법 제33조 제3항의 명문에 반하는 것이 아닌가하는 의문이 제기될 수도 있겠으나, 방위산업에관한특별조치법 제18조는 “주요방산업체에 종사하는 근로자의 노동쟁의 행위에 관하여는 노동쟁의조정법이 정하는 바에 의하여 제한 또는 금지된다”라고 규정하고 있으므로 법률에 의하여 쟁의행위가 금지되는 방산업체의 근로자는 주요방산업체의 근로자에 한정되고 있음이 명백하다.

(3) 주요방산업체의 지정 기준

이 법 제12조 제2항에 따라 방위산업에관한특별조치법(1993. 12. 27. 법률 제4619호로 개정되기 전의 것)이 주요방산업체의 지정에 관하여 규정하고 있으나, 주요방산업체를 법인 또는 사업장 혹은 공장단위 등 무엇을 기준으로 지정할 것인지에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않았다.

즉, 동법은 제4조 제1항에서 “방산물자를 생산하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 시설기준과 보안요건을 갖추어 정부의 지정을 받아야 한다”, 제2항에서 “정부는 제1항의 규정에 의하여 방산업체를 지정하는 경우에는 다음 각호의 1에 해당하는 방산물자를 생산하는 업체를 주요방산업체로 지정한다”, 제3항에서 “제1항 및 제2항의 지정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”, 동법 제5조에서 주요방산업체의 지정 및 취소 등에 관한 사항을 심의하기 위하여 국무총리 소속하에 방위산업심의회(이하 “심의회”라 한다)를 둔다는 취지로 각 규정하고, 동법 시행령(1994. 7. 20. 대통령령 제14330호로 개정되기 이전의 것) 제5조 제1항에서 “법 제4조의

규정에 의한 방위산업체(이하 “방산업체”라 한다)의 지정은 상공자원부장관이 행하되, 주요방산업체를 지정하고자 할 때에는 심의회의의 심의를 거쳐야 한다”라고 규정하고 있었을 뿐이었다.

따라서 주요방산물자를 생산하고자 하는 자가 일정한 시설기준과 보안요건을 갖추어 주요방산업체의 지정을 신청하면 상공자원부장관이 심의회의의 심의를 거쳐 재량에 의하여 법인 또는 사업장 혹은 공장의 단위로 주요방산업체를 지정할 수 있었다고 볼 수 있겠다.

이에 따라 상공자원부장관은 방산업체를 법인 또는 기업단위로 지정하였다가 현행 헌법 시행후인 1988. 4. 19.부터는 공장단위로 지정하였으나 주요방산업체에서 불법쟁의가 빈발하자 같은 해 11. 22.부터 1989. 1. 27.까지 3개부처(상공자원부, 국방부, 노동부) 합동으로 전국의 방산업체에 대한 실태를 조사한 후 방위산업심의회의의 심의를 거쳐 방산물자의 비중이 극히 미미하거나 방산제품과 민수제품 생산공장이 별도로 구분되고 작업 공정상의 연계가 없는 공장의 경우에는 주요방산업체의 지정을 취소하기로 하고 공장을 기준으로 전국적으로 95개의 주요방산업체를 지정함으로써 주요방산업체에 종사하는 근로자의 범위를 실질적 기준에 따라 보다 제한하여 운용하였다.

이와 관련하여 대법원 판례도 아래와 같이 방산업체인지 여부를 실질적 기준에 따라 판단하고 있다. 즉, “헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한입법의 필요성과 한계성에 비추어 볼 때에, 방위산업체의 지정을 받은 업체라고 하더라도 방산물자 생산을 일시 중단하거나 휴지(休止)한 것이 아니라 방산물자 생산을 포기하고 그 생산조직과 활동을 폐지하여 방산물자생산업체로서의 실체가

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

없어진 경우에는 형식상 방위산업체지정처분이 미처 취소되지 않은 채 남아 있다고 하더라도 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 쟁의 행위제한규정을 적용한 방위산업체에 해당하지 않는다”라고 판시하고 있다(대법원 1991. 1. 15. 선고, 90도2278 판결 참조).

그렇다면 이 법 제12조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지되는 “방위산업체에 종사하는 근로자”의 범위를 방산물자의 생산이라는 실질적인 기준에 따라 주요방산물자를 직접 생산하거나 생산과정상 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장에 속하는 근로자에 한정함으로써 해석상 그 범위의 제한이 가능하다고 볼 것이고, 그러한 해석이 현행 헌법이 근로 3권을 대폭 신장하는 방향으로 나아가면서도 단체행동권의 제한 또는 금지의 대상을 「주요방산업체」에 종사하는 근로자’로 보다 한정하고 있는 취지에 부합된다고 할 것이므로, 주요방산업체가 보유한 공장 중 방산물자생산과 무관한 공장에 종사하는 근로자의 단체행동권은 이 법 제12조 제2항에 의하여 제한을 받지 않는다고 할 것이다.

(4) 단체행동권에 대한 대상조치

주요방산업체의 근로자라고 하더라도 단결권, 단체교섭권에 대해서는 아무런 제한이 없음은 물론, 단체교섭에 있어서 노동쟁의가 발생한 경우 노동위원회의 알선, 조정을 받을 수 있을 뿐만 아니라, 노사간 합의나 단체협약의 규정에 따라 중재를 신청하여 해결책을 마련할 수 있는 등 단체행동권에 대한 대상조치가 마련되어 있다.

(5) 소결론

그렇다면 이 사건 심판대상 조문은 남북이 대치하고 있는 특수한

상황에서 주요방산업체의 단체행동으로 인하여 발생할 수 있는 국가의 안전보장에 대한 위해를 방지할 목적으로 단체행동권의 제한 또는 금지를 규정하고 있는 헌법 제33조 제3항을 직접 근거로 하고 있고, 단체행동이 금지되는 것은 주요방산업체에 있어서 방산물자의 생산과 직접 관계되거나 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장에 종사하는 근로자에 한정하는 것으로 해석상 그 범위의 제한이 가능하며, 단체교섭에 있어서 발생하는 노동쟁의에 대하여 노동위원회의 알선, 조정을 받을 수 있는 등 대상조치가 마련되어 있으므로, 이 사건 심판대상조문이 평등의 원칙에 반한다거나 근로자의 단체행동권의 본질적 내용을 침해하고 과잉금지의 원칙에 위배된 규정이라고 볼 수 없다.

7. 결 론

따라서 이 사건 심판대상조문은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 조승형의 아래 8.과 같은 주문표시에 관한 별개의견이 있는 이외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

8. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 『구 노동쟁의조정법(……) 제12조 제2항 중 “방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자”에 관한 부분 및 같은 법 제45조의2 중 “제12조 제2항의 규정에 위반한 자”에 관한 부분은 각 헌법에 위반되지 아니한다』는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52

헌재 1998. 2. 27. 95헌바10

조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

민사소송법 제728조 등 위헌소원

(1998. 2. 27. 95헌바32 전원재판부)

【판시사항】

1. 임의경매의 신청에도 “경매의 원인이 된 일정한 채권”을 기재하도록 한 민사소송법 제728조 중 제601조 제3호에 관한 부분이 재산권을 제한하는 규정인지 여부(적극)
2. 위 법률조항이 기본권제한의 한계를 넘은 것인지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 원래 임의경매는 강제경매와 달리 그 절차의 개시에 있어서는 피담보채권의 확정 이 필수적인 전제조건이 된다고는 할 수 없는데, 대법원의 해석과 같이 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정된 것) 제728조에 의하여 준용되는 같은 법 제601조 제3호에 의하여 청구금액은 신청서에 기재된 금액을 한도로 확정되고 그 이후에는 청구금액을 확장할 수 없다면, 같은 법 제728조 중 제601조 제3호에 관한 부분은 결국 임의경매신청인의 재산권인 담보권의 실행을 제한하는 규정이다.

2. 가. 민사소송법 제728조가 임의경매절차에 같은 법 제601조 제3호를 준용하여 경매신청채권자의 청구금액을 경매신청서에 기재된 청구금액으로 확정하고 그 이후에 확장하지 못하도록 한 것은 경매절차의 안정 및 신속한 집행을 도모하고 채권자를 보호하며 경매신청인의 등록세 등 세금잠탈을 방지하기 위한 것으로서 그 입법 목적은 정당하고,

나. 경매신청인은 경매신청시에 자신의 선택에 기하여 일부채

헌재 1998. 2. 27. 95헌바32

권금액만을 청구한 것이고 그 경우에도 이중경매신청을 하여 나머지 채권에 대하여 배당을 받을 수 있는 방법이 있으므로, 경매신청 이후에 청구금액의 확장을 하지 못하도록 한 것은 경매신청인의 재산권의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없고 입법목적의 달성을 위하여 최소한도의 필요한 합리적인 제한이다.

3. 임의경매 신청채권자는 주도적으로 자기의 채권을 실현한다는 점에서 다른 담보권자나 일반채권자와는 구별되므로, 위 법률조항에 의하여 경락기일까지 청구금액을 확장하여 배당을 받을 수 없게 되었다고 하여 위 조항이 임의경매 신청채권자를 불합리하게 차별하여 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정된 것) 제728조(준용규정) 부동산을 목적으로 하는 담보권의 실행을 위한 경매절차에는 제600조 내지 제666조의 규정을 준용한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항

【참조판례】

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

헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607

【당 사 자】

청 구 인 중소기업은행

대표자 은행장 이우영

대리인 변호사 김교창

당해사건 서울고등법원 95나4317 배당이의

【주 문】

민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정된 것) 제728조 중 제 601조 제3호에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 서울 성동구 성수동 2가 317의 15 대지 및 그 지상 건물(이하 “이 사건 부동산”이라 한다)에 대하여 채권최고액 금 1,625,000,000원의 1순위 근저당권자로서 1993. 9. 10. 서울지방법원 동부지원 93타경16813호로 청구금액을 금 993,953,000원으로 기재하여 임의경매신청을 하였고 이에 대하여 위 법원이 같은 달 20. 이 사건 부동산에 관하여 경매개시결정을 하여 그 경매절차에서 위 부동산은 1994. 1. 17. 금 1,260,000,000원에 경락되었다.

(2) 한편 청구인은 위 경락기일 전인 1994. 1. 13. 위 법원에 청구금액을 금 1,662,887,856원으로 기재한 채권계산서를 제출하여 청구금액을 확장하였는데, 위 경매법원은 1994. 5. 24. 배당표를 작성함에 있어서 청구인의 위 청구금액 확장을 받아들이지 않은채 위 매각대금 1,260,000,000원 가운데 집행비용 금 13,414,880원을 공제한 나머지 금 1,246,585,120원 중 청구인에 대한 배당금을 금 1,123,663,350원으로, 후순위 근저당권자인 청구의 주식회사 한양상사에 대한 배당액을 금 122,921,770원으로 하는 내용의 배당표를 작성하였다.

(3) 이에 청구인은 실제 배당할 금액이 청구인의 확장된 청구금

헌재 1998. 2. 27. 95헌바32

액에 미달하므로 이를 전부 청구인에게 배당할 채권으로 하여 배당표를 작성하여야 함에도 불구하고 위 법원이 경매신청서에 기재된 청구금액만을 청구인의 채권으로 하여 배당표를 작성한 것은 부당하다는 이유로 1994. 5. 30. 청구의 주식회사 한양상사를 피고로 하여 서울지방법원 동부지원에 위 배당표의 경정을 구하는 배당이의의 소(94가합7940)를 제기하였으나 위 법원은 같은해 12. 2. 임의경매신청인이 제출한 경매신청서에 기재된 청구금액의 확장을 허용할 수 없다는 이유로 청구인의 청구를 기각하는 내용의 판결을 선고하였고, 청구인은 위 판결에 불복하여 서울고등법원에 항소(95나4317)를 제기한 다음 위 사건 담당법원에 민사소송법 제728조와 이에 의하여 준용되는 같은 법 제601조 제3호에 대한 위헌여부 심판의 제청신청(95카156)을 하였다가 1995. 8. 28. 위 신청이 기각되자 같은해 9. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정된 것) 제728조 중 제601조 제3호에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)이고 그 내용은 다음과 같다(청구인은 민사소송법 제728조, 제601조 제3호에 대한 위헌결정을 구하고 있으나 심판청구의 이유에 의하면 민사소송법 제728조에 의하여 강제경매에 관한 규정인 제601조 제3호가 임의경매에도 준용되는 것이 위헌이라는 것이고 민사소송법 제601조 제3호 자체의 위헌을 주장하는 것은 아니므로 심판대상을 이와 같이 특정하기로 한다).

제728조(준용규정) 부동산을 목적으로 하는 담보권의 실행을 위

한 경매절차에는 제600조 내지 제666조의 규정을 준용한다.

제601조(강제경매신청) 강제경매신청에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 2. 생략

3. 경매원인된 일정한 채권과 집행할 수 있는 일정한 채무명의

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 민사소송법 제728조는 부동산을 목적으로 하는 담보권의 실행을 위한 경매절차에는 같은 법 제600조 내지 제666조의 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 같은 법 제601조 제3호는 강제경매신청에는 경매원인된 일정한 채권과 집행할 수 있는 일정한 채무명의를 기재하도록 되어 있다. 위 규정에 근거하여 대법원은 담보권의 실행을 위한 경매에서 경매신청인인 저당권자의 청구금액은 경매신청서 기재의 채권액을 한도로 확정되고 배당단계에서 채권계산서를 제출하는 방법에 의하여 청구금액을 확장할 수 없다고 해석하고 있다.

(2) 그러나 강제경매의 경우에는 경매신청시에 이미 집행채권이 확정되어 있는데 반하여 임의경매 특히 근저당권에 기한 임의경매에 있어서는 피담보채권의 종류와 금액은 당사자들간의 계약에 의하여 정하여져 있는 것으로서 경매신청 당시에 확정되어 있지 아니한 경우가 많이 있고 다수의 피담보채권 중 실행의 선후를 고려하여야 할 필요도 있으므로 임의경매에 있어서는 청구금액이 신청서에 기재된 금액으로 확정된다고 규정하여서는 안된다. 개정 민사소송법에서도 임의경매절차와 강제경매절차는 그 골격을 달리하고

헌재 1998. 2. 27. 95헌바32

있는데도 민사소송법 제728조가 강제경매에 관한 제601조 제3호를 준용하여 임의경매신청인의 청구채권의 확장을 허용하지 아니하게 한 것은 임의경매신청인의 재산권을 침해하는 것이다.

(3) 또한 배당절차에 참가하는 다른 저당권자나 채권자들이 경락 기일까지 배당요구를 할 수 있는데 비하여 임의경매신청인은 경매 신청 당시에 청구하지 아니한 피담보채권에 대하여는 배당받을 수 없게 되므로 결국 임의경매신청자를 불합리하게 차별하는 것이다.

(4) 따라서 이러한 해석의 근거가 되는 민사소송법 제728조 및 제601조 제3항은 국민의 평등권을 규정한 헌법 제11조와 국민의 재산권보장을 규정한 헌법 제23조에 위반된다.

나. 법원행정처장 및 법무부장관의 의견

(1) 종래 임의경매에는 준용되지 않던 강제경매에 대한 규정을 민사소송법 제728조에 의하여 임의경매에도 준용하게 한 것은 부동산에 관한 경매절차를 가능한한 통일적으로 규율하기 위한 것으로서 이는 전적으로 입법정책상의 문제이지 반드시 강제경매와 임의경매의 절차를 달리하여 임의경매신청 채권자에게 청구채권의 확장을 허용할 필요는 없는 것이다.

일본에서도 1980년 민사집행법의 제정으로 우리나라 민사소송법 제728조와 같이 강제경매에 관한 규정을 임의경매에도 널리 준용하게 됨으로써 종래 임의경매에 있어서 청구채권의 확장을 허용하던 실무관행이 이를 불허하는 방향으로 변경되었다.

(2) 청구인은 임의경매신청인이 경매신청 이후 청구금액을 확장할 수 없다면 배당절차에 참가하는 다른 저당권자나 일반채권자에 비하여 임의경매신청인을 불합리하게 차별하는 것이라고 주장하나

임의경매신청인은 자기의 채권을 실현하는 사람으로서 스스로 자신의 이해를 조정할 수 있는 입장인데 반하여 다른 저당권자는 자신의 의사와는 무관하게 권리의 실현이 강제되는 점에서 임의경매신청인과 구별되고, 일반채권자의 경우에는 채무명의가 있어야 비로소 배당에 참가할 수 있는 점에서 이들을 임의경매신청인과 동일하게 취급할 수 없다.

(3) 임의경매신청인이 채권 중 일부만을 청구채권으로 기재하여 경매신청을 한 경우 경매신청인 이외의 채권자는 우선변제될 피담보채권액이 그 청구채권액이라 보고 이를 기준으로 하여 자기에게 배당될 금액을 계산한 후 절차에 참가하거나 다른 수단을 선택하게 되는데 만약 경매절차 개시후 청구채권의 확장을 허용한다면 이러한 후순위채권자의 신뢰와 이익을 해하게 된다.

(4) 경매는 단계적이고 연속적인 절차이므로 청구채권의 확장을 허용하게 되면 절차의 안정 및 신속한 집행이라는 민사집행의 궁극적 목적에 반하게 된다. 즉 당해 집행절차의 총채권액을 확정시켜 그에 기하여 경매를 실시할 물건의 범위를 정하고(과잉경매, 일괄경매 등), 잉여의 가망이 없는 경우에는 경매를 취소할 필요가 있는데 경매신청인의 청구채권의 확장허용은 이러한 절차를 무의미하게 할 수 있다.

(5) 만일 경매신청 후 청구금액의 확장을 허용한다면 경매신청시 채권의 일부만을 청구금액으로 기재하여 소액의 등록세 및 교육세를 납부하였다가 경매절차가 개시된 이후에 청구금액을 확장하여 세금의 부담을 면탈할 우려가 있다.

(6) 임의경매신청 채권자는 경매신청시에 청구하지 아니한 나머

헌재 1998. 2. 27. 95헌바32

지 피담보채권에 대하여는 새로이 경매를 신청하여 이중경매개시 결정을 받거나 따로 채무명의를 얻어 배당요구를 할 수 있으므로 청구금액의 확장을 허용하지 않는다고 해서 경매신청서에 청구하지 아니한 채권에 대한 권리를 구제받을 기회를 상실하는 것이 아니다.

(7) 따라서 임의경매신청인에게 경매신청서에 기재된 청구금액의 확장을 허용하지 아니함으로써 다소간의 불편을 주고 우회적인 권리구제의 기회만을 부여한다고 하더라도 이는 임의경매신청인의 등록세 잠탈을 방지하고 당해 경매절차에 이해관계를 가진 자들과의 이해를 조정하기 위한 부득이한 조치로서 공공복리를 위한 필요한 제한이고 평등권이나 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 대법원의 해석

(1) 1990. 1. 13. 민사소송법이 개정되기 전까지는 강제경매절차는 민사소송법에서, 임의경매절차는 경매법에서 따로 규율하였는데 경매법 제24조 제2항 제3호는 경매신청서에 “경매의 원인인 사유”만을 기재하도록 규정하고 있었다.

그런데 개정 민사소송법에서 경매법을 폐지하고, 종전 경매법에서 규율하였던 임의경매절차를 강제경매절차와 같이 민사소송법(이하 “법”이라고 한다)에 규정하면서 법 제728조는 부동산을 목적으로 하는 담보권의 실행을 위한 경매절차에는 법 제600조 내지 제666조의 규정을 준용한다고 규정하고 있으므로, 위 제728조에 의하여 준용되는 제601조 제3호에 따라 담보권의 실행을 위한 경매(이하

“임의경매”라고 한다)의 신청에도 강제경매와 마찬가지로 “경매의 원인이 된 일정한 채권”을 기재하도록 되어있고 나아가 민사소송규칙 제204조 제4호는 임의경매신청서에 “피담보채권의 일부에 대하여 담보권의 실행 또는 권리행사를 하는 때에는 그 취지 및 범위”를 기재하도록 규정하고 있다.

(2) 대법원은 종전에는 임의경매의 경우 강제경매와 달리 경매신청서에 피담보채권의 일부를 청구금액으로 기재하였더라도 배당에 이르기까지 채권계산서의 제출에 의하여 청구금액을 확장할 수 있다고 해석해오다가 민사소송법이 개정된 후 이 사건 법률조항의 취지는 경매신청의 단계에서 경매신청인에게 경매신청의 원인이 되는 피담보채권을 특정시키기 위한 것일 뿐만 아니라 경매채권자의 청구채권액을 신청서에 표시된 금액을 한도로 하여 확정시키기 위한 것이므로 경매채권자가 피담보채권의 일부에 대하여만 담보권을 실행하겠다는 취지로 경매신청서에 피담보채권 중 일부만을 청구금액으로 하여 경매를 신청하였을 경우에는 경매채권자의 청구금액은 그 기재된 채권액을 한도로 확정되고 경매채권자는 채권계산서에 청구금액을 확장하여 제출하는 방법에 의하여 청구금액을 확장할 수 없다고 판시하고 있다(대법원 1994. 1. 25. 선고, 92다50270 판결; 1995. 2. 28. 선고, 94다8952 판결 등 참조).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 재산권 침해 여부

(가) 이 사건 법률조항과 재산권의 제한

이 사건 법률조항은 임의경매의 경우에도 강제경매와 마찬가지로 경매신청서에 “경매의 원인이 된 일정한 채권”을 기재하도록

규정하고 있고, 대법원은 위 조항을 근거로 하여 경매채권자가 피담보채권의 일부에 대하여만 담보권을 실행하겠다는 취지로 경매신청서에 피담보채권의 원금 중 일부만을 청구금액으로 하여 경매를 신청하였을 경우에는 경매채권자의 청구금액은 그 기재된 채권액을 한도로 확정되고 경매채권자는 채권계산서에 청구금액을 확장하여 제출하는 방법에 의하여 청구금액을 확장할 수 없다고 해석하고 있다.

원래 임의경매는 그 성질상 담보권에 내재한 환가권 또는 우선변제권에 기초한 절차이므로 강제경매와 달리 임의경매절차의 개시에 있어서는 담보권의 존재사실 및 피담보채권의 특징이 필요할 뿐 피담보채권의 확정도 필수적인 전제조건이 된다고는 할 수 없는데 대법원의 해석과 같이 이 사건 법률조항에 의하여 청구금액은 신청서에 기재된 금액을 한도로 확정되고 그 이후에는 청구금액을 확장할 수 없다면 결국 이 사건 법률조항은 임의경매신청인의 재산권인 담보권의 실행을 제한하는 규정이라고 할 것이다.

그런데 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 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(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등; 1997. 11. 27. 96헌바 12 등 참조).

그러므로 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한이 과연 이러한 헌법적 한계를 지킨 것인지를 살펴본다.

(나) 이 사건 법률조항의 입법 목적

1) 강제경매와 임의경매는 모두 채무자 또는 물상보증인 소유의 재산을 강제로 환가하여 그 매득금에서 채권의 변제를 받으려는 것을 목적으로 하는 강제환가제도라는 점에서 본질적인 차이가 없어 그 환가에 관한 절차나 매득금의 분배절차 등에 관하여 양자를 반드시 서로 다르게 규율하여야 할 필요성이 없음에도 불구하고 위 입법연혁에서 본 바와 같이 민사소송법이 개정되기 전에는 임의경매절차를 강제집행절차와 분리하여 따로 규율함으로써 양 절차 사이에 법의 불일치와 해석의 혼란이 있었다.

이에 따라 개정 민사소송법은 강제집행절차와 담보권실행절차를 가능한한 통일적으로 규율하기 위하여 위에서 본 바와 같이 종래의 경매법을 폐지하고 임의경매에 관하여 특별한 규정을 두는 외에는 강제경매에 관한 규정을 전면적으로 준용하도록 규정하고 있는 것이다.

2) 따라서 법 제728조가 법 제601조 제3호를 준용하는 입법취지는,

첫째, 임의경매신청인으로 하여금 경매신청시에 담보권실행의 범위를 피담보채권 전부로 할 것인가 또는 그 일부로 할 것인가를 선택하게 하여 확정시킴으로써 경매절차를 조기에 안정시키고 신

속한 집행을 도모하기 위한 것이다. 경매절차의 안정 및 신속한 집행을 위하여는 당해 집행절차의 총채권액을 신속히 확정시켜 그에 기하여 과잉경매(민사소송법 제636조) 여부 등을 판단하여 경매를 실시할 물건의 범위를 정하고, 잉여의 가망이 없는 경우에는 경매를 취소할 필요(민사소송법 제616조)가 있는데 청구채권의 확장을 허용하게 되면 이러한 절차의 안정 및 신속한 집행을 저해하게 되기 때문이다.

둘째, 후순위채권자의 신뢰와 이익을 보호하기 위한 것이다. 임의경매신청인이 채권 중 일부만을 청구채권으로 기재하여 경매개시신청을 한 경우 경매신청인 이외의 채권자는 우선변제될 피담보채권액이 청구채권액이라고 보고 이를 기준으로 하여 자기에게 배당될 금액을 계산한 후 경매절차에 참가하거나 다른 수단을 선택하게 되는데 만약 경매절차 개시후 청구채권의 확장을 허용한다면 이러한 후순위채권자의 신뢰와 이익을 해하게 된다.

셋째, 경매신청인의 조세의 잠탈을 방지하기 위한 것이다. 지방세법 제131조 제1항 제7호에 의하면 경매신청기입등기를 하기 위하여는 신청인이 채권금액의 1000분의 2에 해당하는 등록세를 납부하도록 규정하고 있고, 교육세법 제5조 제1항에 의하면 등록세액의 100분의 20에 해당하는 교육세를 납부하여야 하는바, 만일 경매신청 후 청구금액의 확장을 허용한다면 경매신청시에 청구금액의 일부만을 기재하여 소액의 등록세 및 교육세만을 납부하였다가 경매절차가 개시된 이후에 청구금액을 확장하여 세금의 부담을 피하려고 할 것이다. 따라서 이를 허용하는 것은 등록세 등의 잠탈을 조장하는 것이 되기 때문이다.

3) 이상과 같이 이 사건 법률조항은 강제경매절차와 임의경매절차를 통일하여 동일한 절차로 규율하려는 민사소송법의 개정취지에 부응하고, 임의경매절차에서 청구채권을 조기에 확정시킴으로써 경매절차의 안정 및 신속한 집행을 도모하며, 후순위채권자들의 신뢰를 보호하고 나아가 경매신청인의 등록세 등 세금잠탈을 방지하려는 것이므로 그 입법목적은 정당하다.

(다) 방법의 적정성

강제경매절차나 임의경매절차를 어떻게 규율할 것인가는 원칙적으로 입법부의 입법재량에 속하는 사항으로서 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라면 기본권제한의 입법적한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

그런데 임의경매신청인으로서 이 사건 법률조항 의하여 경매신청 이후에 청구금액을 확장하지 못하게 되면 경매신청서에 기재한 채권금액 외의 나머지 채권에 대하여는 경락으로 인하여 담보권을 잃게 될 수도 있지만(민사소송법 제608조 제2항) 경매신청인은 경매신청 당시에 채권 전액을 청구금액으로 할 수도 있었음에도 불구하고 자신의 선택에 기하여 일부 금액만을 청구한 것이고, 경매신청서에 일부채권만을 청구채권으로 한 경우에도 이중경매신청(민사소송법 제604조)을 하여 나머지 채권에 대하여 배당을 받을 수 있는 방법이 있으므로 청구금액의 확장을 허용하지 않는다고 하여 경매신청시에 청구하지 아니한 채권에 대하여 권리를 구제받을 기회를 상실하는 것이 아니다.

(라) 따라서 이 사건 법률조항이 경매채권자의 청구금액은 경매신청서에 기재된 청구금액으로 확정하고 그 이후에 청구금액을 확

헌재 1998. 2. 27. 95헌바32

장하지 못하도록 한 것은 임의경매신청인의 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없고 임의경매신청인의 등록세 등 조세의 잠탈을 방지하고 당해 경매절차에 관한 이해관계인들 사이의 이해를 조정하려는 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 합리적인 제한으로 보이므로 이 사건 법률조항은 청구인의 재산권을 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

(2) 평등원칙의 위배 여부

청구인은 배당절차에 참가하는 다른 채권자들이 경락기일까지 배당요구를 할 수 있는데 비하여 임의경매신청인은 경매신청 당시에 청구하지 아니한 피담보채권에 대하여는 배당받을 수 없게 되므로 결국 임의경매신청자를 불합리하게 차별하는 것이라고 주장한다.

그러나 임의경매신청인은 주도적으로 자기의 채권을 실현하는 사람으로서 스스로 자신의 이해를 조정할 수 있는 입장인데 반하여 다른 담보권자는 자신의 의사와는 무관하게 권리의 실현이 강제되는 점에서 임의경매신청인과 구별되고, 경매신청인 이외의 담보권자가 채권계산서를 제출하지 않는 경우에는 그 후순위채권자는 선순위담보권자의 채권최고액을 피담보채권액으로 보고 자기의 채권실행의 방법을 선택할 것이므로 처음부터 청구금액을 특정하여 기재한 임의경매신청인과는 달리 보아야 할 것이다. 또한 일반 채권자의 경우에는 채무명의가 있어야 비로소 배당에 참가할 수 있는 점, 주도적으로 자기의 권리를 실현하는 것이 아니라 경매신청인의 신청에 의하여 개시된 경매절차에 참가하여 배당을 받음으로써 권리를 실현하게 되는 점에서 임의경매신청인과 동일하게 취

급할 수 없다.

이상과 같은 사정을 고려할 때 이 사건 법률조항은 임의경매신청채권자를 다른 담보권자나 일반채권자에 비하여 불합리하게 차별하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 규정이라 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “민사소송법(……) 제728조 중 제601조 제3호에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할

헌재 1998. 2. 27. 95헌바32

필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석(주심) 신창언 이영모 한대현

주차장법 제19조의4 제1항 위헌소원

(1998. 2. 27. 95헌바59 전원재판부)

【판시사항】

1. 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하면서 용도변경의 허용기준을 대통령령에 위임하고 있는 주차장법 제19조의4 제1항이 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 위 조항이 백지위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 심판대상 조항인 주차장법 제19조의4 제1항은 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하면서 용도변경의 허용기준을 대통령령에 위임하고 있는데, 부설주차장의 용도변경에 관한 이러한 제한은 그 내용에 있어서도 심히 불합리하거나 형평에 반하지 아니하는 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인하여 건물소유자가 입는 불이익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 않으면 안 될 정도의 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상 조항은 건물소유권자의 재산권이나 직업선택의 자유에 대한 공공이익을 위한 부득이한 제한으로서 그 제한의 목적이 정당하고 수단 또한 적정하다 할 것이므로 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

2. 이 사건 심판대상 조항은 이미 설치된 부설주차장은 주차장의 용도로 사용할 수 없도록 하는 것이 상당하다는 판단 아래 그 용도변경을 원칙적으로 금지하고, 다만 예외적으로 용도변경을 허용하되 주차장 관련 행정 업무의 기술성·전문성 및 다양성 등에 비추어 그 허용기준까지 법률로써 자세히 정하기는 입법기술상 매우

헌재 1998. 2. 27. 95헌바59

어렵거나와 그 내용이 국민의 기본권을 제한하는 것이 아니라 그 제한을 해제하는 것이므로 이를 대통령령에 위임한 것이고, 또한 법의 목적을 정한 주차장법 제1조, 부설주차장의 설치에 관한 규정인 같은 법 제19조 등을 종합해 보면 누구라도 대통령령에 위임한 허용기준의 그 대상을 미리 예측할 수 있다 할 것이므로 이 사건 심판대상 조항은 백지위임금지의 원칙에도 위반되지 아니한다.

재판관 이재화, 조승형, 신창언의 반대의견

1. 이 사건 심판대상 조항은 부설주차장의 유지·확보라는 입법 목적을 초월하는 과도한 제한을 원칙으로 설정하고도 단서에서 이를 적절히 완화하는 규정을 두지 아니하였으므로 기본권제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙(피해의 최소성 원칙)에 위배된다.

2. 이 사건 심판대상 조항은 법률로써 미리 충분히 정할 수 있는 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우를 법률로써 정하지 아니하고 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다.

【심판대상조문】

주차장법 제19조의4(부설주차장의 용도변경금지 등) ① 부설주차장은 주차장외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제23조, 제37조 제2항, 제75조

【참조판례】

2. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11
헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365
헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422

【당 사 자】

청 구 인 유한회사 신원기업사
대표이사 김형운
대리인 변호사 이석연
당해사건 대법원 94누15554 용도변경불허가처분취소

【주 문】

주차장법 제19조의4 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 전주시 덕진구 진북동 330의 6에 지상 5층 지하 1층의 연면적 925.59㎡의 건물을 신축하면서 1991. 2. 27. 위 건물 1층에 주차대수 4대의 부설주차장을 설치하는 것으로 건축허가를 받은 뒤 같은 해 10. 28. 준공검사를 마치고, 1992. 4.경 주차장법(이하 ‘법’이라 한다) 제19조 제4항에 의하여 부설주차장의 인근설치 가능지역인 위 진북동 328의 5 지상에 주차대수 8대의 부설주차장을 단독으로 설치하고, 같은 해 10. 12. 전주시 덕진구청장에게 위 부설주차장인근설치계획서를 첨부하여 위 1층의 부설주차장을 제1종 근린생활시설인 점포로 변경한다는 내용의 용도변경허가신청을 하였다. 위 덕진구청장은 같은 달 14. 법 제19조의4 제1항(이하 ‘이

헌재 1998. 2. 27. 95헌바59

사건 법률조항'이라 한다)이 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하고 있고, 시설물의 내부에서 그 부지 밖으로 주차장의 위치를 변경하는 경우는 용도변경허용기준을 정한 법 시행령 제12조 제1항 제2호 소정의 시설물의 내부 또는 그 부지안에서 주차장의 위치를 변경하는 경우에 해당되지 않는다는 이유로 용도변경불허가 처분을 하였다.

(2) 이에 청구인은 광주고등법원에 위 덕진구청장을 상대로 용도변경불허가처분취소소송을 제기하였으나 기각당하자(94구2748) 대법원에 상고하여 그 소송(94누15554) 계속중 위 용도변경불허가처분의 근거가 되는 이 사건 법률조항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(95부1)을 하였다. 한편 대법원은 1995. 12. 8. 청구인의 상고를 기각함과 동시에 위 신청을 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 같은 달 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

법 제19조의4(부설주차장의 용도변경금지 등) ① 부설주차장은 주차장외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

법은 도시계획구역에서 주차수요를 유발하는 시설물을 건축 또는 설치하고자 하는 자에게 당해 시설물 내부 또는 그 부지안에(예

외적인 경우에만 시설물의 인근부지에) 부설주차장을 설치할 의무를 과하고(제19조 제1항·제3항·제4항), 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하면서 용도변경의 허용기준을 대통령령에 위임하고 있다(제19조의4 제1항). 이와 같이 법이 부설주차장설치의무를 규정한 취지는 갈수록 심화되는 도시지역의 주차난을 해결함으로써 자동차교통을 원활하게 하여 공중의 편의를 도모하고자 함에 있을 것이다. 그렇지만 위 부설주차장의 설치의무는 시설물 소유자의 기본권을 제한하는 측면이 있으므로 부설주차장에 갈음하는 시설을 설치함으로써 자동차교통의 원활과 공중의 편의를 도모할 수 있다면 가능한 한 기존의 부설주차장을 주차장외의 용도로 사용할 수 있도록 해 주는 것이 국민의 기본권의 최대한 보호라는 차원에서 뿐만 아니라 경제적 효율성의 면에서도 바람직하다고 할 것이다. 이러한 점에서 부설주차장의 인근 설치에 의하여 부설주차장 설치의 목적을 달성할 수 있는 경우까지 기존 부설주차장의 주차장외의 용도로의 변경을 포함하여 일체의 용도변경을 원칙적으로 불허하면서 용도변경의 허용기준을 대통령령에 위임하고 있는 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙에 위배됨으로써 헌법 제23조 소정의 재산권 및 헌법 제15조 소정의 직업선택의 자유의 한 내용인 영업의 자유를 침해할 뿐만 아니라 헌법 제75조 소정의 백지위임금지규정에도 위배되므로 헌법에 위반된다.

나. 대법원의 위헌제청신청기각이유의 요지 및 건설교통부장관의 의견

주차장법은 도시내 자동차교통의 원활을 기하여 공중의 편의를 도모하고 도시기능의 유지 및 증진에 기여하기 위하여 도시계획구

역 안에서 건축물을 건축하는 자 등에게 부설주차장 설치의무를 부과하는 한편, 부설주차장은 되도록이면 시설물 내부나 부지 안에 설치·유지되어야만 주차장으로서의 기능이 최대한으로 발휘될 수 있으므로 원칙적으로 시설물 내부나 부지 안에 설치하도록 하면서 설치된 부설주차장의 유지를 위하여 주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하고 있다. 비록 인근 부설주차장이 설치되어 있다 하더라도 기존 부설주차장의 용도변경을 허용한다면 상업지역 등과 같은 토지의 효용도가 높은 곳에서는 주차장을 인근지역으로 이전하고 기존의 부설주차장을 다른 용도로 변경하여 사용하려 할 것이고, 그렇게 되면 부설주차장의 이용효율이 떨어지고 당해지역의 과밀화로 도심주차난과 도시교통의 혼잡이 가중되어 공공이익에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 기본권 제한에 있어 요구되는 비례의 원칙 내지는 과잉금지의 원칙에 반하여 위 각 기본권의 본질적 내용을 침해함으로써 헌법 제37조 제2항에 위배된 것이라고 볼 수 없다.

그리고 이 사건 법률조항은 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용할 수 없다고 하면서 예외적으로 용도변경이 허용되는 경우에 한정하여 대통령령에 위임하고 있으므로 이를 가리켜 헌법 제75조에 규정된 포괄위임금지원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

3. 판 단

가. 과잉금지원칙위반 여부

(1) 도시화는 인간에게 문명의 혜택과 편리함을 가져다 주었음은 물론 생활능률의 향상과 직업활동의 경제성을 높이는데 기여한 면

이 있는 한편 인구의 집중에 따른 교통·환경·주택·범죄 등의 심각한 사회문제를 낳았다. 도시화에 따른 자동차의 증가로 말미암은 교통혼잡의 문제는 도시 대기오염의 주요 요인이 되고 있을 뿐만 아니라 교통체증에 따른 물류비용 등 사회적 비용을 증가시킴으로써 국가경쟁력을 약화시키는 과급효과까지 낳고 있다. 이러한 교통문제는 자동차보유대수의 지속적인 증가와 도심지역의 고밀도 이용에 수반한 도심유입차량수의 증가에 따라 점차 그 비중이 커져 왔고, 그 문제의 해결을 위하여 여러 방면에서 연구가 계속되어 왔다. 그 방안의 하나로 도로율을 높이는 방안이 제기되었으나 여기에는 한계가 있다는 판단 아래 우선적으로 주차공간의 확보가 필요하다는 인식이 확산되기에 이르렀다. 즉, 주차공간이 넓어지면 주차난이 줄어들 수 있음은 물론, 운행차량수를 감소시킬 수 있을 뿐만 아니라 그 만큼 도로의 면적이 늘어나는 효과가 생김으로써 자동차 교통을 원활하게 하는데 기여할 수 있을 것이라고 생각되었다. 이에 따라 이러한 도시에 있어서 주차장의 설치와 정비 및 관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 도시내 자동차교통의 원활을 기하여 공중의 편의를 도모하고 도시기능의 유지 및 증진에 기여함을 목적으로 법이 제정되기에 이르렀다.

(2) 이러한 입법목적을 달성하기 위하여 제정된 법은 주차장을 노상주차장·노외주차장·부설주차장으로 나누고(제2조 제1호), 제19조에서 건축물·골프연습장 기타 주차수요를 유발하는 시설(이하 ‘시설물’이라 한다)의 이용자 뿐만 아니라 일반의 이용에 제공하기 위하여(제1항) 도시계획구역안에서[1995. 12. 29. 법 개정으로 국토이용관리법의 규정에 의한 도시지역(국토이용관리법 제6조 제1호)·준도시

헌재 1998. 2. 27. 95헌바59

지역(같은 조 제2호) 및 지방자치단체의 조례가 정하는 준농림지역(같은 조 제4호)으로 변경되었다]에 시설물을 건축 또는 설치하고자 하는 자는 당해시설물의 내부 또는 그 부지 안에 대통령령으로 정한 설치기준에 따른 부설주차장을 설치하여야 한다고 규정하여(제1항·제2항·제3항) 부설주차장의 설치의무를 부과하고 있고, 다만, 부설주차장이 대통령령이 정하는 규모이하인 때에는 시설물의 부지인근에 단독 또는 공동으로 부설주차장을 설치할 수 있도록 하였다(제4항). 이와 함께 법은 이 사건 법률조항인 법 제19조의4 제1항에 “부설주차장은 주차장외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하면서 용도변경의 허용기준을 대통령령에 위임하고 있다.

(3) 그런데, 청구인의 주장과 같이 인근에 부설주차장이 설치되어 있다는 이유만으로 기존의 부설주차장의 용도변경을 아무런 제한없이 허용한다면 상업지역 등과 같은 토지의 효용도가 높은 곳에서는 주차장을 인근지역으로 이전하고 기존의 부설주차장을 다른 용도로 변경하여 사용하려 할 것이다. 따라서 이로 말미암아 부설주차장의 이용효율이 크게 떨어지게 되어 당해 지역의 과밀화로 주차난과 도시교통의 혼잡이 가중되어 공중의 편의를 저해하는 결과를 초래할 우려가 크다 할 것이고, 인근 부설주차장이 폐쇄되는 등의 경우에는 더욱 그러하다 할 것이다.

따라서 부설주차장의 용도변경에 관한 이러한 제한은 그 내용에 있어서도 심히 불합리하거나 형평에 반하지 아니하는 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인하여 건물소유자가 입는 불이

익은 공공의 복리를 위하여 감수하지 않으면 안될 정도의 것이라고 하지 않을 수 없다. 그러므로 부설주차장의 용도변경을 원칙적으로 금지하고, 대통령이 정하는 예외적인 경우에만 이를 허용토록 한 이 사건 법률조항은 건물소유권자의 재산권이나 직업선택의 자유에 대한 공공이익을 위한 부득이한 제한으로서 그 제한의 목적이 정당하고 수단 또한 필요·적정하다 할 것이므로 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

나. 백지위임금지 위반 여부

(1) 헌법 제40조는 입법권은 국회에 속한다고 규정하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부담하게 하는 일은 국민의 대표로 구성된 국회가 제정한 법률로써 정하도록 하고 있다. 그러나 현대국가에 있어서는 행정 영역이 복잡·다양하고 상황이 급변함에 따라 그 변화에 맞추어 적절한 방식으로 대처할 필요성이 요구되고, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문에 비록 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하더라도 그 모두를 국회에서 제정한 법률로써만 정할 수는 없게 되었다. 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임명령은 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관하여만 발할 수 있다고 제한함으로써 위임입법의 범위와 한계를 분명히 해 두고 있다. 즉, 헌법 제75조는 행정입법의 수요와 헌법상 기본권보장의 원칙과의 조화를 기하기 위하여 위임입법은 허용하되 백지위임만은 허용되지 아니한다는 점을 밝히고 있는

헌재 1998. 2. 27. 95헌바59

것이다.

따라서 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 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 다른 것으로 기본권침해영역에서는 급부행정영역에서보다 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 명확성의 요건이 완화될 수 밖에 없는 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27; 1993. 5. 13. 92헌마80; 1996. 10. 31. 93헌바14 참조).

(2) 그런데 이 사건 법률조항은 앞서 본 입법목적 달성을 위하여 이미 설치된 부설주차장은 주차장외의 용도로 사용할 수 없도록 하는 것이 상당하다는 판단 아래 그 용도변경을 원칙적으로 금지하고, 다만, 예외적으로 용도변경을 허용하되 주차장 관련 행정 업무의 기술성·전문성 및 다양성 등에 비추어 그 허용기준까지 법률로써 자세히 정하기는 입법기술상 매우 어렵거니와 그 내용이 국민의 기본권을 제한하는 것이 아니라 그 제한을 해제하는 것이므로 이를 대통령령에 위임한 것이다.

또한 이 사건 법률조항은 법의 목적을 정한 법 제1조, 부설주차장의 설치에 관한 규정인 법 제19조 등을 종합해보면 누구라도 대통령에 위임한 허용기준의 그 대강을 미리 예측할 수 있다 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에도 위반되지 아니

한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 신창언의 반대 의견이 있는 외에 나머지 관여재판관의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 신창언의 반대의견

우리는 다음과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

가. 백지위임금지의 원칙에 위배된다.

주차장법 제29조 제1항 제2호는 이 사건 법률조항의 규정에 위반하여 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용한 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 형사처벌을 위한 구성요건을 정하는 규정에 해당한다. 따라서 그에 관한 입법의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다.

이 사건 법률조항은 부설주차장의 유지·확보라는 입법목적은 초과하여 기본적으로 과도한 제한을 설정하고 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 부설주차장이란 한번 설치되었다 하여 반드시 같은 장소에 있어야 할 필요는 없는 것이고, 시설물의 내부나 그 부지 안의 다른 장소 또는 주차장법 제19조 제4항의 요건에 해당하는 한 시설물의 부지인근에 대체되는 다른 부설주차장을 설치하여 법정의 부설주차장이 존재하기만 하면 소기의 목적이 달성되는 것임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 일단 설치된 부설주차장은 주차장 외의 용도로 사용할 수 없다고 하여 주차장의 현상을 그대로 유지

헌재 1998. 2. 27. 95헌바59

함을 원칙으로 하고 있기 때문이다. 물론 이에 대하여 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다고 하여 예외를 인정하고 있기는 하다.

즉 이 사건 법률조항은 적극적으로 범죄의 구성요건의 내용을 대통령령에 위임하는 것이 아니고, 입법목적에 비추어 과도하게 광범위한 금지규정 내지 구성요건을 설정한 다음에 그 예외를 대통령령에 위임하여 이를 완화하는 방식을 취하고 있다. 따라서 부설주차장을 일단 설치한 자는 대통령령이 정하는 예외에 해당하지 아니하는 한 다른 용도로 사용하는 길이 막힐 뿐만 아니라, 주차장 외의 다른 용도로 사용한 자는 대통령령이 정하는 예외에 해당하지 아니하는 한 광범위하게 설정된 구성요건에 해당하는 것으로 되어 모두 처벌되는 결과가 될 것이므로 적극적으로 범죄의 구성요건을 대통령령에 위임하는 경우보다 구체적인 위임의 필요성이 오히려 더 크다고도 할 수 있다. 일반적으로 예외조항은 엄격하게 해석 적용하는 것이 보통임을 고려한다면 더욱 그러하다.

그럼에도 이 사건 법률조항은 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우에 대하여 아무런 구체적인 기준을 정하지 아니하고 대통령령에 위임함으로써 이러한 규정만으로써는 어떠한 경우에 부설주차장의 용도변경이 허용될 것인지를 알 수 없고, 따라서 처벌대상행위의 범위를 전혀 예측할 수 없다.

특히 이 사건 법률조항이 부설주차장의 유지·확보라는 입법 목적을 초과하여 원칙적으로 부설주차장의 용도변경을 금지하고 있음은 위에서 본 바와 같으므로, 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우를 대통령령에 위임함에 있어서는 기존의 부설주차장을 대체

하는 다른 부설주차장을 설치함으로써 부설주차장의 유지·확보라는 목적을 달성할 수 있는 경우에는 용도변경이 허용되어야 한다는 점만은 명백히 한 후 위임하였어야 함에도 불구하고 이에 관한 아무런 규정도 두고 있지 아니하다.

뿐만 아니라 위와 같은 위임규정에 의하여 주차장법시행령에서 용도변경이 허용되는 경우로 정해놓은 규정들을 보면(시행령 제12조 제1항) 대통령령에 위임할 것 없이 주차장법에서 충분히 규정할 수 있는 것들이고 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 법률로서 미리 충분히 정할 수 있는 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우를 법률로서 정하지 아니하고, 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되는 위헌법률이라고 보아야 할 것이다.

나. 과잉금지의 원칙에 위배된다.

이 사건 법률조항의 입법목적이나 방법의 적절성의 요건이 충족된다는 점은 다수의견과 견해를 같이 한다. 그러나 이 사건 법률조항은 피해의 최소성의 요건과 관련하여 다음과 같은 문제점이 제기된다.

이 사건 법률조항이 부설주차장의 유지·확보라는 입법목적에 초과하여 일단 설치된 부설주차장은 주차장외의 용도로 사용할 수 없다고 함으로써 과도한 제한을 설정한 다음, 그 예외를 대통령령으로 정하도록 하여 이를 완화하고 있다.

물론 입법 목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 수단들 가운데

헌재 1998. 2. 27. 95헌바59

구체적으로 어느 것을 선택할 것인가는 기본적으로 입법재량의 영역에 속하는 문제이므로, 입법목적을 달성하기 위하여 선택된 수단이 현저히 불합리한 것이 아닌 한 그 수단이 가장 합리적이고 효율적인 수단이 아니라는 이유만으로는 위헌이라고는 할 수 없을 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 비록 입법목적을 초월하는 과도한 제한을 원칙으로 설정하였다 하더라도 대체되는 다른 부설주차장의 설치에 의하여 부설주차장 설치의 목적을 달성할 수 있는 경우를 제외하는 등 적절한 예외규정을 두고 있다면 이를 두고 위헌이라고 할 수는 없을 것이다.

그러나 이 사건 법률조항은 “부설주차장은 주차장외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하여 위임의 목적이나 내용, 정도에 관하여 아무런 특정도 하지 아니하고 하위법규에 위임하고 있을 뿐이어서 앞에서 본 바와 같이 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 할 것이므로, 결과적으로 이 사건 법률조항은 입법목적을 초월하는 과도한 제한을 원칙으로 설정하였으면서도 단서에서 이를 적절히 완화하는 규정을 두지 아니한 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 국민의 재산권이나 직업선택의 자유를 제한하여 그 입법목적을 달성하고자 함에 있어, 기본권제한을 최소한도에 그치도록 하기 위한 방법을 모색하지 아니한 채 국민의 기본권을 과도하게 제한하고 있으므로, 기본권제한 입법의 한계인 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법 제75조 소정의 포괄위임금

지의 원칙과 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 것이므로 우리는 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 김문희(재판장, 주심) 이재화 조승형 정경식 고종석
신창언 이영모 한대현

옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원

(1998. 2. 27. 96헌바2 전원재판부)

【판시사항】

1. 옥외광고물등관리법 제3조가 헌법 제21조 제2항의 사전허가금지에 위반되는지 여부(소극)
2. 옥외광고물등관리법 제3조가 과잉금지원칙에 위반하여 언론·출판의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 옥외광고물등관리법 제3조는 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있을 뿐, 광고물 등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아님은 명백하므로, 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.

2. 옥외광고물등관리법 제3조에서 규제하는 옥외광고물이나 게시시설이 방임될 경우 각양각색의 광고물로 인하여 국민의 주거환경과 국토경관이 크게 침해당하게 될 것이고, 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 효과적인 광고물 관리가 어려우므로 사전허가제도를 도입할 필요성이 인정된다. 옥외광고물등관리법 제3조는 광고물 및 광고시설이 제한되는 지역을 특정하여 한정하고 있

고, 허가나 신고의 기준에 관하여도 일정한 제한을 둬으로써 제한을 필요최소한으로 규정하고 있으므로, 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위반되어 언론·출판의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

옥외광고물등관리법(1990. 8. 1. 법률 제4242호) 제3조(광고물 등의 허가 또는 신고) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설(이하 “광고물 등”이라 한다) 중 대통령령이 정하는 광고물 등을 표시하거나 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 특별시장·직할시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다. 허가 또는 신고사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 도시계획법에 의한 도시계획구역
 2. 문화재보호법에 의한 문화재 및 문화재보호구역
 3. 산림법에 의한 보전임지
 4. 자연공원법에 의한 자연공원
 5. 도로·철도·공항·항만·궤도·삭도·하천 및 대통령령이 정하는 그 부근의 지역
 6. 기타 미관풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장소 및 물건
- ② 제1항의 규정에 의한 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조조문】

헌법 제21조 제1항·제2항, 제35조 제1항, 제37조 제2항

옥외광고물등관리법(1990. 8. 1. 법률 제4242호) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “옥외광고물”이라 함은 상시 또는 일정기간 계속하여 공중에게 표시되어 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서 볼 수 있는 것(대통령령이 정하는 교통시설 또는 교통수단에 표시되는 것을 포함한다)으로서

헌재 1998. 2. 27. 96헌바2

- 간판·입간판·현수막·벽보·전단 기타 이와 유사한 것을 말한다.
2. “게시시설”이라 함은 광고탑·광고판과 기타 공작물로서 옥외광고물(이하 “광고물”이라 한다)을 제시 또는 표시하기 위한 시설을 말한다.
 3. “옥외광고업”이라 함은 광고물을 표시하거나 게시시설을 설치하는 영업을 말한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212
헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177
2. 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245
헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 서울신문사

대표이사 손주환

대리인 변호사 김동환

당해사건 서울고등법원 93구22267 행정대집행계고처분취소

【주 문】

옥외광고물등관리법(1990. 8. 1. 법률 제4242호) 제3조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1989. 9. 8. 서울특별시 중구청장으로부터 광고물 등관리법(1990. 8. 1. 법률 제4242호로 옥외광고물등관리법으로 전문개정되기 전의 것) 제3조에 의하여 허가기간 1989. 9. 8.부터 1991. 9. 7. 까지, 허가기간이 만료되었을 때에는 광고물을 자진철거하는 것을

조건으로 광고물표시 및 게시시설 설치허가, 건축법상의 공작물축조허가를 받아 서울 중구 태평로 1가 25에 뉴스속보 및 상업성 광고를 하는 전광판으로 된 높이 18m의 광고탑을 설치하였다.

(2) 청구인은 위 허가기간이 만료되어 개정된 옥외광고물등관리법에 의하여 위 중구청장에게 기간연장신청을 하였으나, 위 중구청장은 위 광고물의 규격이 현행법에 저촉된다는 이유로 기간연장허가를 유보한 채 1991. 9. 27. 위 광고물의 운용중지를 지시하고 내무부 지침을 받아 1992. 9. 5. 청구인에게 현행법령에 적합하도록 이전설치하여 신규허가를 받을 것을 지시하였다.

(3) 그러나 청구인은 위 중구청장의 지시에 응하지 아니한 채 위 광고탑을 종전대로 운영하였고, 위 중구청장은 1993. 5. 6. 위 광고탑이 무허가 광고물임을 이유로 옥외광고물등관리법 제10조 제1항·제2항에 의하여 같은 달 31.까지 자진철거 또는 이전설치할 것을 명하고 이를 이행하지 아니할 경우 행정대집행을 실시한다는 내용의 계고처분을 하였다. 청구인이 이를 이행하지 아니하자 위 중구청장은 같은 해 8. 25. 행정대집행법에 의하여 대집행영장에 의한 대집행통지를 하였다.

(4) 이에 청구인은 서울고등법원에 같은 법원 93구22267로 행정대집행계고처분취소 소송을 제기하였다. 소송계속 중 청구인은 같은 법원에 같은 법원 94카265로 재판의 전제가 된 옥외광고물등관리법 제3조에 대하여 위헌제청을 신청하였으나, 1995. 12. 7. 기각되었고 그 결정문을 같은 달 27. 송달받았다. 이에 청구인은 1996. 1. 10. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 옥외광고물등관리법 제3조를 대상으로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌재 1998. 2. 27. 96헌바2

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 옥외광고물등관리법(1990. 8. 1. 법률 제 4242호, 이하 ‘이 법’이라 한다) 제3조의 위헌여부이다. 이 법 제3조의 내용은 다음과 같다.

법 제3조(광고물 등의 허가 또는 신고) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설(이하 “광고물 등”이라 한다)중 대통령령이 정하는 광고물 등을 표시하거나 설치하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 서울특별시장·직할시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 허가를 받거나 시·도지사에게 신고하여야 한다. 허가 또는 신고사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 도시계획법에 의한 도시계획구역
2. 문화재보호법에 의한 문화재 및 문화재보호구역
3. 산림법에 의한 보전임지
4. 자연공원법에 의한 자연공원
5. 도로·철도·공항·항만·궤도·삭도·하천 및 대통령령이 정하는 그 부근의 지역
6. 기타 미관풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장소 및 물건

② 제1항의 규정에 의한 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 청구인의 주장과 법원의 제청신청기각 이유 및 내무부장관의 의견

가. 청구인의 주장

헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 검열이나 허가제를 금지하고 있다. 광고물도 광고주체가 정보를 전파하는 수단이라는 점에서 언론·출판의 자유에 속한다. 따라서 일정한 광고물에 대하여 허가받도록 규정하고 있는 이 법 제3조는 헌법 제21조에 위반된다.

나. 법원의 제청신청기각 이유

이 법은 허가를 요하는 장소와 그 허가기준에 관하여 법률 및 대통령령에 명확히 규정하여 허가여부에 관하여 허가권자의 자의가 개입될 여지가 없으며, 우리 헌법 하에서 미관풍치 등을 유지하기 위하여 이 법이 정하는 지역·장소 및 물건에 광고물을 표시하는데 대하여 허가를 받도록 제한하는 것은 공공복리를 위한 표현의 자유에 대한 필요하고 합리적인 제한으로서 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 내무부장관의 의견

(1) 이 법은 미관풍치의 유지 등을 목적으로 옥외광고물과 게시시설의 설치장소, 표시방법에 관하여 규제하는 것이며, 광고물에 의하여 표현하려는 내용 자체를 심사하거나 규제하려는 것이 아니므로 언론·출판의 본질적 내용을 제약하는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 만약 모든 옥외광고물에 대해 설치 또는 표시를 방임할 경우, 주거지역, 녹지지역, 자연보존지구, 묘지, 고속도로변, 교량, 하천 등 각양각색의 광고물이 무제한 허용되어 국민의 주거환경과 국토경관을 크게 해쳐, 헌법 제35조 제1항이 보장하는 국민의 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하게 될 것이다. 또한 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 옥외광고물의 대형화·고급화

헌재 1998. 2. 27. 96헌바2

추세를 감안할 때, 이미 거액의 시설투자가 이루어져 광고물 설치가 완료된 상황에서 법령에 위반됨을 이유로 이전 또는 철거하도록 조치하는 것이 쉽지 않고, 이를 둘러싼 행정당국과 당사자간에 갈등·마찰을 심화시키는 등 효과적인 광고물 관리를 어렵게 할 것이다. 이 법 제3조는 광고물이 물밑듯이 넘쳐흐르는 현대 산업사회에서 불가피한 제도로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 광고와 언론·출판의 자유

우리 헌법은 제21조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유……를 가진다”라고 규정하여 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는바, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다.

나. 언론·출판의 자유에 대한 제한

언론·출판의 자유가 기본권으로 보장된다고 하여 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 우리 헌법은 제21조 제2항에서 “언론·출판에 대한 허가나 검열……는 인정되지 아니한다”라고 특별히 규정하여, 언론·출판의 자유에 대하여 허가나 검열을 수단으로 한 제한만은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 불구하고 어떠한 경우라도 법률로써도 허용되지 아니한다는 것을 밝히고 있으며(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등 참조), 헌법 제21조 제3항 및 제4항에서는 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나

사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”라고 명시함으로써 다원화된 현대정보산업사회에서 언론·출판이 가지는 사회적 의무와 책임에 관하여도 규정하고 있다. 따라서 허가나 검열에 해당되지 아니한다고 하더라도, 언론·출판의 자유는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 본질적 내용을 침해하지 않는 한 일정한 제한을 받을 수 있다고 할 것이다(헌재 1992. 6. 26. 90헌가23 참조).

다. 헌법 제21조 제2항(사전허가금지) 위반 여부

(1) 청구인은 이 법 제3조가 광고물의 허가에 관하여 규정함으로써 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전검열이나 허가에 해당되어 헌법상 허용되지 아니한다고 주장한다.

헌법재판소는 최근 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열에 관하여 다음과 같이 판시하였다. 헌법 제21조 제2항에서 정하는 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는 즉, 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하는 바 사전허가금지의 보장은 어디까지나 언론·출판자유의 내재적 본질인 표현의 내용을 보장하는 것을 말한다(헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 공보 23, 588, 591).

헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 이는 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리

헌재 1998. 2. 27. 96헌바2

를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도 언론·출판의 자유에 대하여는 허가·검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다. 여기서의 허가나 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 이러한 허가·검열제가 허용될 경우에는 국민의 정신활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 그 금지를 규정하고 있는 것이다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등).

(2) 이 법 제3조는 일정한 지역·장소 및 물건에 광고물 또는 게시시설을 표시하거나 설치하는 경우에 그 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등을 규제하고 있는바, 이 법 제3조가 광고물등의 내용을 심사·선별하여 광고물을 사전에 통제하려는 제도가 아님은 명백하다. 따라서 이 법 제3조가 헌법 제21조 제2항이 정하는 사전허가·검열에 해당되지 아니한다.

라. 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 위반 여부

(1) 과잉금지의 원칙

이 법 제3조가 허가나 검열에는 해당되지 않는다고 하더라도 광고물 등의 표시·설치라는 표현을 제한하는 효과를 가지고 있음은 부인할 수 없으므로, 이 법 제3조가 헌법에 합치하기 위하여서는

헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 함은 물론이다. 즉, 이 사건 등록규정은 그 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)(헌재 1997. 8. 21. 93헌바51; 1990. 9. 3. 89헌가95 참조).

(2) 법 제3조의 합헌성

살피건대 이 법 제1조에 의하면, 이 법은 옥외광고물의 표시장소·표시방법과 게시시설의 설치·유지 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 미관풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 하고 있는바, 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다는 헌법 제35조 제1항에 비추어 그 입법목적의 정당성이 인정됨은 물론이다.

나아가 이 사건 등록규정이 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추고 있는가에 관하여 살펴본다.

이 법 제2조에 의하면, 이 법 제3조에서 규제하는 “옥외광고물”이란 상시 또는 일정기간 계속하여 공중에 표시되어 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소에서 볼 수 있는 것(대통령령이 정하는 교통시설 또는 교통수단에 표시되는 것을 포함한다)으로서 간판·입간

헌재 1998. 2. 27. 96헌바2

판·현수막·벽보·전단 기타 이와 유사한 것을 말하고, “게시시설”이라 함은 광고탑·광고판과 기타 공작물로서 옥외광고물을 게시 또는 표시하기 위한 시설을 말하는바, 이러한 광고물이나 게시시설이 방임될 경우 각양각색의 광고물로 인하여 주거지역, 녹지지역, 자연보존지구, 묘지, 고속도로변, 교량, 하천 등 국민의 주거환경과 국토경관이 크게 침해당하게 되어 결과적으로 헌법 제35조 제1항이 보장하는 국민의 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하게 될 것임은 손쉽게 이해할 수 있다.

또한 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 옥외광고물의 대형화·고급화 추세를 감안할 때, 이미 거액의 시설투자가 이루어져 광고물 설치가 완료된 상황에서 법령에 위반됨을 이유로 이전 또는 철거하도록 조치하는 것이 쉽지 않고, 이를 둘러싼 행정당국과 당사자간에 갈등·마찰을 심화시키는 등 효과적인 광고물 관리를 어렵게 할 것이므로, 이 법 제3조에서 사후제한에 그치지 아니하고 사전허가제도를 도입할 필요성은 인정할 수 있다.

그리고 이 법 제3조에 의하면, 이 법 제3조는 광고물 및 광고시설이 제한되는 지역을 특정하여 도시계획법에 의한 도시계획구역, 문화재보호법에 의한 문화재 및 문화재보호구역, 산림법에 의한 보전임지, 자연공원법에 의한 자연공원, 도로·철도·공항·항만·궤도·삭도·하천 및 대통령령이 정하는 그 부근의 지역, 기타 미관 풍치의 유지 및 도시환경의 보전을 위하여 대통령령이 정하는 지역·장소 및 물건에 한정하고 있고, 광고물 등의 종류·모양·크기·색깔, 표시 또는 설치의 방법 및 기간 등 허가 또는 신고의 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하여 허가

나 신고의 기준에 관하여도 일정한 제한을 둠으로써 제한을 필요 최소한으로 규정하고 있음을 볼 수 있다.

그렇다면 이 법 제3조는 그 입법목적에 필요한 범위 내에서 최소한의 규제만을 규정하고 있다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 법 제3조는 헌법에 위반되지 아니하므로 아래5.와 같이 주문표시에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “옥외광고물등관리법(……) 제3조는 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할

헌재 1998. 2. 27. 96헌바2

필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

미수복지등에서귀순한의약업자에 관한특별조치법 부칙 제4항 위헌소원

(1998. 2. 27. 96헌바5 전원재판부)

【판시사항】

1. 미수복지등에서귀순한의약업자에 관한특별조치법 부칙 제4항과 직업선택의 자유와의 관계
2. 특조법 부칙 제4항이 입법형성권의 한계를 벗어나 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 미수복지등에서귀순한의약업자에 관한특별조치법은 미수복지등에서 귀순한 의약업자에게 대한민국에서 의사 또는 한의사 등의 직업활동을 할 수 있는 길을 열어주고 있어 일종의 혜택을 부여하는 입법으로서의 성격을 가지고 있으므로, 특조법 부칙 제4항이 특조법의 시행기간을 한시적으로 정하였다 하더라도 이는 귀순의약업자에게 부여되었던 특별한 혜택을 중단하는 것에 불과하고, 이로 인하여 결과적으로 청구인들이 더 이상 특조법에 의하여는 의사 또는 한의사의 직업을 선택할 기회를 상실하게 되었다 하더라도 이는 혜택중단으로 인한 반사적 불이익에 지나지 않으며, 청구인들에게는 여전히 의료법에서 정하는 바의 자격요건을 갖추어 면허를 받은 다음 의사 또는 한의사로서 직업활동을 할 자유가 주어져 있으므로 위 부칙 제4항이 청구인들의 직업선택의 자유를 더 제약하는 것은 아니다.

2. 특조법에 의하여 이미 귀순의약업자에게 4차례에 걸쳐 일반국가시험 응시 기회가 주어졌을 뿐만 아니라 보수교육을 실시한 다음

헌재 1998. 2. 27. 96헌바5

특별시험의 기회까지 다시 1회 부여되었는바, 특조법 부칙 제4항은 필요한 소양을 갖춘 자라면 특조법의 시행기간내에 자격인정을 받았을 것이므로 특조법의 제정목적에 다하였다는 판단에 터잡아 한시적 특별조치를 마감한 것으로 보이고, 이는 입법자가 보건의료정책에 관한 광범위한 입법형성권의 범위내에서 합리적으로 결정한 것으로 인정된다.

【심판대상조문】

미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법(1971. 1. 15. 법률 제 2284호로 개정된 것) 부칙 제4항(시행기간) 미수복지 등에서 귀순한 의약업자에관한특별조치법은 1971년 12월 31일까지 효력을 가진다.

【참조조문】

헌법 제15조

미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법(1966. 7. 14. 법률 제 1796호) 제2조(정의) ① 이 법에서 “의약업자”라 함은 미수복지 등에서 의사·치과의사·수의사·한의사·한지의사(부의사)·약사·간호원·조산원·의료보조원 등의 자격 또는 면허를 받은 자로서 대한민국에 귀순한 자를 말한다.

② 이 법에서 “귀순자”라 함은 미수복지 등으로부터 대한민국에 도래하여 사상이 온전하며 성실하게 생활을 영위하는 자를 말한다.

미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법(1966. 7. 14. 법률 제 1796호) 제3조(자격 및 면허) ① 미수복지 등에서 귀순한 의약업자는 각 해당 국가시험에 합격한 후 그 자격 또는 면허를 취득할 수 있다.

② 한지의사(부의사)는 보건사회부령이 정하는 바에 의하여 한지의사 자격시험에 합격한 후 한지의사면허를 취득할 수 있다.

미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법(1971. 1. 15. 법률 제 2284호 개정) 제3조(자격 및 면허) ① 의약업자는 4월 이내의 보수교육을 받고 각 해당 특별국가시험에 합격한 후 그 자격 또는 면허를 취득할 수 있다. ② 전항의 보수교육 및 특별국가시험에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다.

의료법 제5조(의사·치과의사 및 한의사의 면허) 의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조의 규정에 의한 해당 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다. 다만, 대통령이 정하는 외국에서 의사 또는 치과의사의 면허를 받은 대한민국의 국적을 가지고 영주권을 얻은 자에 대하여는 대통령령으로 정하는 시험을 거쳐 그 면허를 할 수 있다.

1. 의학 또는 치과의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사 또는 치과의학사의 학위를 받은 자
2. 한방의학을 전공하는 대학을 졸업하고 한의학사의 학위를 받은 자
3. 보건사회부장관이 인정하는 외국의 제1호 또는 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사의 면허를 받은 자
4. 삭제(1994. 1. 7.)

【참조판례】

헌재 1992. 12. 24. 90헌마174, 판례집 4, 930
헌재 1993. 11. 25. 92헌마87, 판례집 5-2, 468

【당 사 자】

청 구 인 차두석 외 3인
청구인들 대리인 변호사 김태청
당해사건 대법원 95누12811 국가시험실시

【주 문】

미수복지등에서귀순한의약업자에 관한특별조치법(1971. 1. 15. 법률 제2284호로 개정된 것) 부칙 제4항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

헌재 1998. 2. 27. 96헌바5

(1) 1966. 7. 14. 법률 제1796호로 제정된 미수복지등에서귀순한 의약업자에관한특별조치법(이하 “특조법”이라 약칭함)은, 대한민국 국민으로서 미수복지 등으로부터 귀순한 의약업자(의사, 치과의사, 수의사, 한의사, 한지의사, 약사, 간호원, 조산원, 의료보조원 등의 자격 또는 면허를 받은 자를 말함)는 각 해당국가시험에 합격한 후 그 자격 또는 면허를 취득할 수 있도록 하고 있었다(특조법 제2조, 제3조 참조). 이에 따라 1966. 8.부터 1969. 2.까지 4회에 걸쳐 의료법에 따른 국가시험이 실시되었다.

그 후 특조법은 1971. 1. 15. 법률 제2284호로 개정되어(이하 이 개정법을 “개정특조법”이라 약칭함), 위 의약업자는 4월 이내의 보수교육을 받고 각 해당 특별국가시험에 합격한 후 그 자격 또는 면허를 취득할 수 있게 되었으며(개정특조법 제3조), 개정특조법에 따른 특별국가시험은 1971. 12. 15. 1회 실시되었다. 한편 개정특조법 부칙 제4항은 특조법의 시행기간을 1971. 12. 31.까지로 한정하고 있었으므로, 특조법은 위 일자의 경과로 폐지되었다.

(2) 청구인들은 미수복지에서 귀순한 의약업자로서, 개정특조법에 따라 각 해당 특별국가시험에 응시자격을 인정받았던 사람들이다.

청구인들은 특조법의 폐지 후 보건복지부장관에 대하여 특별국가시험의 실시를 신청하였으나 이를 실시하지 아니하자, 특별국가시험의 불실시라는 부작위가 위법하다는 확인을 구하여 행정소송을 제기하였으나 그 소가 각하(서울고등법원 1995. 7. 20. 선고, 94구25614 판결)되었고, 이에 대법원에 상고하면서 개정특조법 부칙 제4항에 대한 위헌여부심판제청신청을 하였다. 그러나 대법원은

1995. 12. 22. 그 신청을 기각(대법원 95부26 결정)함과 아울러 청구인들의 상고를 기각(대법원 95누12811 판결)하였다.

청구인들은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 제청신청기각 결정을 송달받은 날로부터 14일 이내인 1996. 1. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 개정특조법 부칙 제4항의 위헌 여부로서, 그 내용은 다음과 같다.

부칙 ④ (시행기간) 미수복지등에서귀순한의약업자에관한특별조치법은 1971년 12월 31일까지 효력을 가진다.

2 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청기각 이유 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

청구인들은 미수복지에서 귀순한 의약업자로서, 특조법에 의하여 각 해당 국가시험에 응시할 자격을 얻은 바 있었는데 개정특조법의 시행으로 그러한 일반국가시험의 응시자격을 상실하게 되었고, 개정특조법 제3조에 따라 소정의 보수교육을 받고서 특별국가시험응시자격을 얻었다.

당시의 보건사회부장관은 개정특조법에 따른 특별국가시험을 1971. 12. 15. 단 1회만 실시하고서, 특조법의 폐지를 이유로 더 이상의 특별국가시험을 실시하지 아니하고 있다. 개정특조법 부칙 제4항이 특조법의 시행기간을 1971. 12. 31.까지로 정함으로써 1년도 채 못되어 폐지되도록 규정하고 있었기 때문이다. 따라서 개정특조법 부칙 제4항은 청구인들의 헌법상 보장된 기본권인 직업

헌재 1998. 2. 27. 96헌바5

선택의 자유를 침해하는 위헌조항이다.

나. 당해사건 법원의 위헌제청신청기각 이유

개정특조법 부칙 제4항이 특조법의 시행기간을 한시적으로 규정한 것은, 특조법의 제정이래 귀순의약업자에게 여러 차례의 일반 의사국가시험 응시기회가 주어졌을 뿐만 아니라 개정특조법은 귀순의약업자를 위한 보수교육과 특별시험의 기회까지 다시 부여하였으므로, 필요한 소양을 갖춘 자라면 대부분 그 시행기간내에 자격인정을 받게 될 것이라는 입법자의 합리적인 판단에 터잡은 것이라고 할 것이므로 위 부칙 제4항이 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 침해하는 위헌의 법률이라고 볼 수 없다.

다. 보건복지부장관의 의견

당해사건 법원의 제청신청기각결정의 이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 먼저, 위 특조법과 직업선택의 자유와의 관계에 관하여 본다.

특조법은 미수복지등으로부터 귀순한 의약업자의 자격·면허 및 학력에 관하여 특별한 조치를 강구함을 목적으로 제정된 것으로서(특조법 제1조), 이들에게 의료법에 의한 엄격한 자격요건을 요구하지 않는 대신, 개정전에는 증빙서류에 의한 응시자격인정과 해당 국가시험합격(특조법 제3조, 제5조)을, 개정 후에는 4개월 이내의 보수교육이수와 해당 특별국가시험합격(개정특조법 제3조)이라는 과정을 거쳐 대한민국에서 의사 또는 한의사 등의 직업활동을 할 수 있는 길을 열어주고 있다. 청구인들과 같은 귀순의약업자는 대한민국 의료법이 요구하는 의료인으로서의 객관적 자질과 요건을 갖

준 것인지 확인되지 아니한 사람들이라는 점을 고려할 때, 특조법은 귀순의약업자에게 일종의 혜택을 부여하는 입법으로서의 성격을 가지고 있는 것이라고 할 것이다. 그렇다고 할 때 개정특조법 부칙 제4항이 특조법의 시행기간을 한시적으로 정하였다 하더라도 이는 청구인들과 같은 귀순의약업자에게 부여되었던 특별한 혜택을 중단하는 것에 불과하고, 이로 인하여 결과적으로 청구인들이 의사 또는 한의사의 직업을 선택할 기회를 상실하게 되었다 하더라도 이는 혜택중단으로 인한 반사적 불이익에 지나지 않는 것이지, 이것이 곧 청구인들의 직업선택의 자유를 더 제약하는 것은 아니다. 청구인들에게는 위 부칙 제4항의 존폐여부와 관계없이 의료법에서 정하는 바의 자격요건을 갖추어 면허를 받은 다음(의료법 제5조 참조) 의사 또는 한의사로서 직업활동을 할 자유가 여전히 주어져 있기 때문이다.

다만, 청구인들과 같이 미수복지에서 귀순한 의약업자에게 의사 또는 한의사 직업을 보장하여야 할 헌법적 의무가 국가에게 있고, 그 의무이행의 일환으로서 특조법이 시행되어 온 것이라면, 특조법을 일정시점 이후에 폐지한다는 위 부칙 제4항으로 인하여 청구인들의 직업선택의 자유가 침해될 수도 있겠으나, 헌법의 해석상 그러한 국가의 의무는 어디에서도 도출되지 않는다(헌재 1992. 12. 24. 90헌마174 참조).

그렇다면 미수복지에서 귀순한 의약업자에게 어떠한 조치를 취할 것인지, 대한민국에서 의사 또는 한의사로서 활동할 수 있는 기회를 어떤 방법으로 어느 정도로 부여할 것인지는 보건의료정책에 관한 입법자의 광범위한 입법정책에 맡겨져 있다 할 것이고(헌

헌재 1998. 2. 27. 96헌바5

재 1993. 11. 25. 92헌마87 참조), 그러한 입법자의 정책판단은 그것이 현저히 자의적이거나 불합리하여 입법형성권의 한계를 일탈하였거나 입법형성권을 남용한 것이 아닌한 존중되어야 한다.

나. 그러므로 개정특조법 부칙 제4항이 입법형성권의 한계를 벗어난 것인지 본다.

의료행위는 국민의 건강과 직결되는 것이어서 의료행위를 할 수 있는 의료인의 자격인정과 면허는 의료법을 통하여 엄격히 규율되고 있다. 그렇다면 청구인들과 같은 귀순의약업자에게 의료법에서 정한 엄격한 자격·면허요건을 완화하여 의사 또는 한의사로서의 직업활동을 할 수 있는 기회를 특별히 부여한다 하더라도 이에 여러가지 면에서 제약이 부과될 수 있다. 따라서 입법자로서는 자질검증절차를 거쳐 귀순의약업자 중의 일부에 대하여만 의사 또는 한의사의 면허를 부여할 수도 있고, 특조법의 목적달성에 필요한 기간을 설정하여 한시적으로만 그러한 기회를 부여할 수도 있다.

이러한 점을 고려하면서 살피건대, 특조법에 의하여 이미 귀순의약업자에게 1966. 8., 1967. 2., 1968. 2., 1969. 2. 도합 4차례에 걸쳐 일반국가시험 응시 기회가 주어졌고, 개정특조법은 귀순의약업자와 의과대학을 갓 졸업한 사람을 같은 조건으로 일반국가시험을 치르게 하는 것이 불합리하다는 점을 감안하여 귀순의약업자를 위한 보수교육을 실시한 다음 비록 1회에 그치긴 하였으나 1971. 12. 15. 특별시험의 기회까지 다시 부여하였다(헌재 1992. 12. 24. 90헌마174 참조). 그렇다면 입법자로서는 귀순의약업자를 위하여 상당한 정도로 정책적인 배려를 하였다고 할 수 있고, 또 필요한 소양을 갖춘 자라면 대부분 특조법의 시행기간내에 자격인정을 받았

을 것이므로 특조법의 제정목적을 다하였다는 판단에 터잡아 한시적 특별조치를 마감한 것으로 보이는 바, 이러한 입법자의 배려와 판단은 합리성이 있는 것으로 인정된다.

따라서 개정특조법 부칙 제4항은 청구인들의 직업선택의 자유를 제한하는 것이 아니라 입법자가 보건의료정책에 관한 광범위한 입법형성권의 범위내에서 합리적으로 결정한 것이라고 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 개정특조법 부칙 제4항은 헌법에 위반되지 아니하므로 아래 5.와 같은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “미수복지등에서귀순환의약업자에관한특별조치법(……) 부칙 제4항은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이

헌재 1998. 2. 27. 96헌바5

므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심)
고중석 신창언 이영모 한대현

주택임대차보호법 제3조의2 제1항 위헌소원

(1998. 2. 27. 97헌바20 전원재판부)

【판시사항】

임차인에게 보증금의 우선변제권을 인정하고 있는 주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제3조의2 제1항이 후순위권리자 등의 평등권이나 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법이 말하는 법앞의 평등은 합리적인 근거없는 차별취급을 금하는 것으로서, 주택임대차보호법 제3조의2 제1항이 임차인의 보증금에 대한 우선변제권을 인정하는 것은 입법목적과 달성수단의 양 측면에서 합리성을 갖추고 있으므로 임차주택의 소유자와 후순위권리자 및 양수인을 불합리하게 차별취급하는 것으로 볼 수 없고, 또한 재산권의 보장면에서도 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있어 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니하기 때문에 심판대상 법률조항은 평등권과 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제3조의2(보증금의 회수) ① 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자 를 갖춘 임차인은 민사소송법 및 경매법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다. 다만, 임차인이 당해 주택의 양수인에게 대항할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 후가 아니면 보증금의 우선변제를 청구하지 못한다.

헌재 1998. 2. 27. 97헌바20

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제3조(대항력 등) ① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

②~④ 생략

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 동남은행

대표이사 허한도

대리인 법무법인 부산종합법률사무소

담당변호사 문재인 외 1인

당해사건 부산지방법원 96나7813 배당이의

【주 문】

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제3조의2 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구의 신대철은 1993. 8. 31. 강춘선 소유의 부산 서구 암남동 513의 8 대웅빌라 101동 102호를 보증금 20,000,000원에 임차하여 주택임대차보호법(이하 “법”이라 한다) 제3조 제1항에 정해진 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자(1993. 11. 16.)를 갖추었고, 청

구인은 1994. 6. 14. 채권 최고액 금 286,000,000원의 근저당권설정등기를 하였다.

위 주택은 1995. 8. 7. 청구인의 신청에 따른 경매절차(부산지방법원 95타경23353)에서 금 31,000,000원에 낙찰되었다. 그런데 위 법원은 1996. 3. 13. 배당기일에 법 제3조의2 제1항에 따라 집행비용을 공제한 금 29,571,686원 중 임차인에게 보증금 20,000,000원을 우선배당을 하였다.

청구인은 위 법원에 배당이의의 소(96가단20075)를 제기하고, 항소심(96나7813) 계속중 법 제3조의2 제1항에 대한 위헌제청 신청을 하였으나, 위 법원이 1997. 2. 6. 이를 기각하자, 이 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

(1) 법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제3조의2 제1항(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 위헌여부로서, 그 내용은 다음과 같다.

법 제3조의2(보증금의 회수) ① 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 민사소송법 및 경매법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다. 다만, 임차인이 당해 주택의 양수인에게 대항할 수 있는 경우에는 임대차가 종료된 후가 아니면 보증금의 우선변제를 청구하지 못한다(이 법률조항 본문 중 “민사소송법 및 경매법”이라는 부분은 1997. 12. 13. 법률 제5454호 정부부처명칭등의변경에따른건축법등의정비에관한법률 제31조에 의하여 “민사소송법”

헌재 1998. 2. 27. 97헌바20

으로 개정되었다).

[관련조문]

법 제3조(대항력 등) ① 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다. 이 경우 전입신고를 한 때에 주민등록이 된 것으로 본다.

② 임차주택의 양수인(기타 임대할 권리를 승계한 자를 포함한다)은 임대인의 지위를 승계한 것으로 본다.

③, ④ 생략

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 법률조항에 의하면 대항요건과 확정일자를 갖춘 임차인은 주택의 양수인에 대하여 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차의 존속을 주장할 수 있는 권리와 보증금의 우선변제를 받을 수 있는 권리를 아울러 갖고 있다. 따라서 임차보증금은 임차인이 임대차의 존속을 원하면 양수인(경락인, 낙찰자)이 부담을 하게 되나, 우선변제권을 행사하면 후순위권리자에게 그 부담이 돌아가므로 임차인의 의사에 따라 양수인과 후순위권리자의 부담에 차이가 생기게 된다. 그리고 임차주택을 경매하는 경우에 양수인은 보증금반환채무를 승계하는 것을 고려하여 응찰하게 되는데, 만일 임차인이 경락대금에서 보증금을 우선변제받는다면 양수인은 보증금 상당의 부당한 이득을 얻는 반면 소유자나 후순위권리자들은 결과적으로 보증금 상당액의 재산상 손해를 입게 된다.

임차인은 대항력만으로도 충분히 보호되므로 그에게 우선변제권

까지 부여한 것은 기본권제한의 한계를 넘어 다른 이해관계인들의 재산권을 침해하고 평등권에도 위배된다.

나. 부산지방법원 및 법무부장관의 의견

이 법률조항은 사회 경제적 약자인 임차인의 생활 안정을 위하여 주택 양수인의 임대차 승계를 부인하는 권리를 부여한 것이다. 왜냐하면 임대차계약은 임대인에 따라 사용·수익 의무와 보증금 반환채무의 이행에 영향을 받기 때문이다. 임차인의 선택에 따라 양수인이 이익을 보게 되는 경우가 있다 할지라도 그것은 권리의 우선순위에 따른 것이다. 따라서 임차인을 지나치게 보호하고 후순위권리자를 불합리하게 차별하여 평등권에 위배된다거나, 후순위권리자의 재산권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

3. 판 단

법 제3조의2는 임대차등기가 없는 주택 임차인의 보증금의 회수와 관련하여, 임차인이 ‘주택의 인도’와 ‘주민등록’을 마치고 ‘임대차 계약증서 상의 확정일자’(이하 “법 제3조의2 소정의 요건”이라 한다)를 갖추면 민사소송법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자(이하 “후순위권리자”라 한다)보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다고 규정하고 있다. 이와 같은 규정이 주택의 소유자와 후순위권리자, 양수인 등 이해관계인의 헌법상 보장된 평등권과 재산권을 침해하는 것인지의 여부가 이 사건의 쟁점이다.

가. (1) 1960. 1. 1. 시행된 민법은 관습상 행하여져온 채권적 전세제도의 이용권 강화의 요청에 따라 전세권을 신설하였다(민법 제303조 내지 제319조). 그리고 부동산임대차를 등기한 때에는 제3

헌재 1998. 2. 27. 97헌바20

자에 대하여 효력이 생기는 규정도 마련하였다(민법 제621조 제2항). 그러나 부동산 소유자는 대항력과 처분권을 가지는 전세권과 임대차 등기를 회피하여 채권적인 전세와 임대차가 여전히 성행하였다.

따라서 이 법은 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 제정된 것이다(법 제1조).

(2) 1981. 3. 5. 법이 제정될 당시에는 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 일일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 규정하여 대항력만을 인정하였다(법 제3조 제1항). 그러나 1983. 12. 30. 법을 개정하면서 임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리가 있다는 소액보증금(특별시 및 직할시에서는 300만원 이하, 기타의 지역에서는 200만원 이하)의 보호규정을 신설하였다(법 제8조 제1항). [현재는 특별시 및 광역시에서는 3,000만원 이하, 기타의 지역에서는 2,000만원 이하인 임차인의 보증금 중 특별시 및 광역시에서는 1,200만원 이하, 기타의 지역에서는 800만원 이하만이 우선변제권이 있다.] 그런데 위와 같은 규정만으로는 경제적으로 약자의 지위에 있는 임차인을 보호하는 데는 미흡하므로, 1989. 12. 30. 다시 법을 개정하여 임차인이 지급한 보증금의 회수를 보장하는 이 법률조항을 추가로 신설함으로써, 법 제3조의2 소정의 요건을 갖춘 임차인이 지급한 보증금 전액에 대한 우선변제권을 인정하기에 이르렀다.

(3) 이 법률조항은 법 제3조의2 소정의 요건을 갖춘 임차인(이

하 “임차인”이라 한다)의 경우에는 경매에서 후순위권리자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리를 갖게 한 것이다. 그러므로 1순위 저당권자와 2순위 저당권자 사이에 있는 임차인은 2순위 저당권자가 경매신청을 한 경우에 경매절차에서 양수인에게 임대차의 효력은 주장할 수 없으나 2순위 저당권자에게 우선변제권을 행사할 수 있다. 선순위의 임차인은 임차주택의 양수인에 대한 관계에서 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리(대항력)가 있고, 또 환가절차에서는 임차주택의 가액으로부터 보증금의 우선변제를 받을 수 있는 권리도 갖고 있으므로, 이 두 권리 중 하나를 선택하여 행사할 수 있게 되었다(대법원 1993. 12. 24. 선고, 93다39676 판결, 법원공보 제962호 501면). 더욱이 법 제3조의2 제1항 단서는 양수인에게 대항할 수 있는 임차인은 임대차가 종료된 후가 아니면 보증금의 우선변제를 청구하지 못하는 것으로 규정하고 있으나, 임대차기간이 존속 중이라 할지라도 집행법원이 민사소송법 제606조 제1항에 의하여 임차인의 배당요구사실을 임대인에게 통지하면 임차인의 해지의사 표시가 집행법원을 통하여 임대인에게 전달되어 임대차가 해지되는 것으로 인정하여 배당을 실시하고 있는 것이다(대법원 1996. 7. 12. 선고, 94다37646 판결, 판례공보 제17호 2458면).

나. 저당권 등의 담보권의 경우에는 등기에 의하여 공시되기 때문에 후순위저당권자 등의 후순위권리자는 선순위 저당권의 존재 및 그 범위를 등기부의 기재에 의하여 쉽게 확인할 수 있다. 이에 반하여 미등기 임대차의 경우에는 등기에 의한 공시가 되지 아니하므로 후순위로 저당권을 설정하는 채권자로서는 그 존재와 범위

헌재 1998. 2. 27. 97헌바20

를 확인하는 데 어려움이 있고, 또한 이러한 임차인의 우선변제권으로 인하여 환가절차에 있어서 불이익을 받을 우려가 있는 것이다.

(1) 그러나 임차인의 권리는 임차주택에 관하여 법 제3조의2 소정의 요건을 갖추어야 하기 때문에 후순위권리자는 주택의 현황조사와 소유자 및 거주자, 인근 주민들에 대한 탐문, 주민등록의 확인 [청구인과 같은 금융기관은 담보물의 취득을 위한 경우에 주민등록의 확인이 가능하다(주민등록법 제18조 제2항, 같은 법 시행규칙 제5조 제1항)] 등의 방법으로 저당권의 목적물이 임차인이 거주하는 주택인지의 여부를 확인할 수 있고, 임차보증금의 액수는 저당권 설정자 등 관계인을 통하여 알아볼 수 있는 것이다(대법원 1997. 12. 12. 선고, 97다41196 판결, 판례공보 제50호 287면 참조).

(2) 이어서 입찰방식에 의한 환가절차에 있어서도, 가능한 한 임차인의 우선변제권으로 인하여 후순위권리자 등 이해관계인이 미처 예상치 못한 불이익을 받는 일이 없도록 이를 운영하고 있다.

우선 집행법원은 소속집행관으로 하여금 임차주택의 현황조사를 명한다. 그 명령에 따라 집행관은 경매·입찰 현황조사시에 임대차관계의 확인을 위하여 경매·입찰 목적물 소재지에 주민등록이 된 세대주 모두에 대한 주민등록 등·초본을 발급 받고, 가능한 한 임대차계약서 사본도 취득하여 현황조사보고서에 첨부한다(민사소송법 제603조의2, 제728조, 대법원송무예규 제535호 1997. 10. 29.).

다음 집행법원의 경매·입찰물건명세서에는 경매·입찰 목적물상의 권리관계 등을 직접 기재하는 방법으로 작성하여 집달관의 현

황조사보고서와 감정인의 감정평가서 등 각 사본 1부와 일괄 편철하여 경매·입찰기일 1주일 전까지 경매계 사무실 등에 비치하여 매수희망자가 용이하게 열람할 수 있게 한다. 위 명세서에는 선순위 저당권 설정일자보다 법 제3조의2 소정의 요건을 먼저 갖춘 임차인의 임차보증금은 경락인에게 인수되는 경우가 발생할 수 있고, 대항력과 우선변제권이 있는 임차인이 배당요구를 하였으나 보증금 전액의 배당을 받지 못한 경우에는 배당받지 못한 잔액을 경락인·낙찰자가 인수하는 수도 있다는 것을 알린다. 다만 인수여부가 불분명한 임차권에 관한 주장이 제기된 경우에는 그 임차권의 내용을 기재하고 ‘임차권은 존부(또는 대항력 유무)가 불분명함’이라고 기재한다. 현황조사시에 밝혀진 임차인에게는 권리신고 및 배당요구를 권유하는 통지서를 보내고 있다. 경매·입찰물건명세서의 정정·변경이 그 사본을 비치한 이후에 이루어진 경우에 정정·변경된 내용이 대항력 있는 임차인의 추가와 같은 매수신청에 영향을 미칠 수 있는 사항이면 경매·입찰기일을 변경한다(민사소송법 제617조의2, 민사소송규칙 제150조, 대법원송무예규 제536, 537호 1997. 10. 29.).

집행법원은 민사소송법 제605조 제1항에 따라 임차인이 입찰에 의한 최고가매수신고인이 결정된 경매기일 이후 경락기일 이전에 배당요구를 하는 경우에는 최저경매가격의 결정 또는 경매물건 명세서 작성에 중대한 하자가 있는 것으로 보아 같은 법 제635조 제2항, 제633조 제6호에 의하여 경락을 허가하지 아니한다(대법원 1997. 10. 13.자, 97마1612 결정, 판례공보 제48호 3737면 참조).

다. 주거생활의 안정은 국민이 인간다운 생활을 하기 위한 필요

헌재 1998. 2. 27. 97헌바20

불가결한 요소이고, 국가는 경제적인 약자인 임차인을 보호하고 사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다(헌법 제34조 제1항·제2항 참조). 무주택 국민들의 거주보호와 보증금반환의 확보를 통하여 주거생활의 안정을 보장하는 이 법률조항은 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함을 목적으로 제정된 것이다. 이러한 입법목적은 헌법상의 정당성을 가진다.

임대차계약은 임대인에 따라 사용·수익 의무와 보증금 반환채무의 이행에 영향을 받으므로 임차인에게 그가 선택하는 바에 따라 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리(대항력)와 환가절차에서 임차주택의 가액으로부터 보증금의 우선변제를 받을 수 있는 권리를 아울러 부여한 것은 입법 목적을 달성하기 위한 가장 효과적이고 적절한 수단이 된다. 임차주택의 후순위권리자는 저당권을 설정하는 과정에서 임차인의 거주사실과 임차보증금 액수를 확인할 수 있는 방법이 있고, 임대인과 임차인의 담합에 의한 보증금의 사후변경 내지 조작을 방지하기 위하여 임대차계약증서에 확정일자를 부여받도록 요구하고 있어 후순위권리자 등 이해관계인의 재산권의 침해방지책을 강구하고 있다. 경제적 약자인 상당수 국민들이 임대차, 전세, 월세 등의 명목으로 임차주택에 살고 있고 주거생활의 안정은 국민의 인간다운 생활에 가장 기본이 되는 요소임을 생각해 볼 때, 이 법률조항에 의하여 보호하려는 국민들의 주거생활의 안정이라는 이익은 임차주택의 소유자, 후순위권리자 등 이해관계인의 이익보다 훨씬 더 크다고 하지 아니할 수 없다.

이상의 이유로 임차인의 보증금에 대하여 우선변제권을 인정한 이 법률조항은 임차주택의 소유자, 후순위권리자 등의 평등권과

재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

헌법이 말하는 법앞에 평등은 합리적인 근거없는 차별취급을 금하는 것이고, 임차인의 보증금에 대한 우선변제권을 인정하고 있는 것은 위에서 본 입법의 목적과 입법목적 달성수단의 양측면에서 합리성을 갖추었으므로 임차주택의 소유자, 후순위권리자, 양수인을 불합리하게 차별취급하는 것으로 볼 수 없고, 또한 재산권의 보장면에서도 목적의 정당성과 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 모두 갖추고 있으므로 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니하기 때문이다.

4. 결 론

따라서 이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “주택임대차보호법(……) 제3조의2 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설

헌재 1998. 2. 27. 97헌바20

명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

지방세법 제138조 제1항 제3호 위헌소원

(1998. 2. 27. 97헌바79 전원재판부)

【판시사항】

1. 대도시내에서 법인의 부동산등기 등에 대하여 중과하는 지방세법 제138조 제1항 제3호가 평등의 원칙 내지 조세평등주의에 위배되는 것인지 여부(소극)
2. 위 지방세법 규정이 법인의 직업수행의 자유와 거주·이전의 자유의 본질적 내용을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 지방세법 규정이 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙을 침해하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 우리 재판소는 1996. 3. 28. 선고한 94헌바42 결정에서, 일반적으로 법인은 조직과 규모에 있어 강한 확장성을 가지고 활동의 영역과 효과가 넓고 다양하여 인구와 경제력의 집중효과가 자연인의 경우에 비하여 훨씬 더 강하게 나타날 것이고, 동시에 대도시가 가지는 고도의 집적의 이익을 향유함으로써 대도시외의 법인에 비하여 훨씬 더 큰 활동상의 편익과 경제적 이득을 얻을 수 있으므로, 법인이 대도시내에서 하는 부동산등기에 대하여 자연인이나 대도시외의 법인이 하는 부동산등기에 비하여 상대적으로 높은 세율의 등록세를 부과하는 것이 조세평등주의 내지는 실질과세의 원칙에 위배된다고는 할 수 없다고 밝혔는바, 지금도 이와 달리 불만 한 사정변경이나 견해의 변경은 없다.
2. 지방세법 제138조 제1항 제3호가 법인의 대도시내의 부동산등기에 대하여 통상세율의 5배를 규정하고 있다 하더라도 그것이

대도시내에서 업무용 부동산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 법인의 담세능력을 일반적으로 또는 절대적으로 초과하는 것이어서 그 때문에 법인이 대도시내에서 향유하여야 할 직업수행의 자유나 거주·이전의 자유의 자유가 형해화할 정도에 이르러 그 기본적인 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.

3. 위 조항은 인구와 경제력의 대도시집중을 억제함으로써 대도시 주민의 생활환경을 보존·개선하고 지역간의 균형발전 내지는 지역경제를 활성화하려는 복지국가적 정책목표에 이바지하는 규정이고(목적의 정당성), 그 수단이 부동산등기에 대하여 통상보다 높은 세율의 등록세를 부과함으로써 간접적으로 이를 억제하는 방법을 선택하고 있고(수단의 상당성), 부동산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 법인에 대하여 통상세율의 5배의 등록세를 부과하는 것이 위 목적달성에 필요한 정도를 넘는 자의적인 세율의 설정이라고 볼 수 없으며(침해의 최소성), 위 목적에 비추어 위 조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로(법익의 균형성), 위 조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정된 것) 제138조(대도시 지역내 법인등기 등의 중과) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 등기를 하는 때에는 그 세율을 제131조 및 제137조에 규정한 당해세율의 5배로 한다. 다만, 대통령령이 정하는 업종과 법인이 사원에게 분양 또는 임대할 목적으로 취득하는 대통령령이 정하는 주거용 부동산에 관한 등기에 대하여는 그러하지 아니하다.

1.~2. 생략

3. 대도시 내에서의 법인의 설립과 지점 또는 분사무소의 설치 및 대도시 내로의 법인의 본점·주사무소·지점 또는 분사무소의 전입에 따른 부

동산등기와 그 설립·설치·전입 이후의 부동산등기

4. 생략

②~③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제14조, 제15조, 제37조 제2항, 제75조

【참조판례】

헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 송도

대표이사 김필곤 외 1인

대리인 변호사 김백영

당해사건 부산고등법원 97구 4364 등록세 등 부과처분취소

【주 문】

지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정된 것) 제138조 제1항 제3호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 관광사업개발업, 관광호텔업 등을 목적사업으로 하여 1994. 5. 17. 설립된 법인으로서, 1994. 5. 31. 부산지방법원 93타경29449호 부동산임의경매사건으로, 부산 서구 암남동 536의 11의 3필지 대지 1,545.33평방미터 및 그 지상건물 4,395.65평방미터

헌재 1998. 2. 27. 97헌바79

를 금3,330,000,000원에 낙찰받아 1995. 1. 18.경 이를 취득한 다음, 1995. 3. 10. 위 취득가액에 대한 1,000분의 30의 등록세와 이에 부가된 교육세를 자진납부하고 1995. 3. 14. 청구인명으로 소유권이전등기를 경료하였다.

(2) 부산광역시 서구청장은 1996. 8. 8. 청구인의 위 대지 및 건물에 대하여 법인이 그 설립 이후에 대도시내에서 하는 부동산등기에 대하여는 통상세율의 5배에 해당하는 등록세를 부과할 수 있도록 규정하고 있는 지방세법(1993.12.27. 법률 제4611호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제138조 제1항 제3호의 규정에 따라 등록세 금 479,520,000원과 교육세 금 87,912,000원을 부과하는 처분을 하였다.

(3) 청구인은 부산고등법원에 부산광역시 서구청장을 상대로 위 등록세등부과처분의 취소를 구하는 행정소송(부산고등법원 97구4364)을 제기하고 그 소송중인 1997. 8. 27. 같은 법원에 위 등록세등부과처분의 근거가 된 법 제138조 제1항 제3호가 헌법상 보장된 평등권 등 청구인의 기본권을 침해하고, 실질적 조세법률주의에 반하는 위헌규정이라고 주장하여 그에 대한 위헌심판제청신청(부산고등법원 97부786)을 하였으나, 1997. 10. 8. 위 위헌심판제청신청이 기각되자, 1997. 10. 30. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 법 제138조 제1항 제3호인바, 그 구체적 내용은 다음과 같다.

법 제138조(대도시지역내 법인등기 등의 부과) ① 다음 각 호의 1

에 해당하는 등기를 하는 때에는 그 세율을 제131조 및 제137조에 규정한 당해세율의 5배로 한다. 다만, 대통령령이 정하는 업종과 법인이 사원에게 분양 또는 임대할 목적으로 취득하는 대통령령이 정하는 주거용 부동산에 관한 등기에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. (생략)

2. (생략)

3. 대도시내에서의 법인의 설립과 지점 또는 분사무소의 설치 및 대도시내로의 법인의 본점·주사무소·지점 또는 분사무소의 전입에 따른 부동산등기와 그 설립·설치·전입 이후의 부동산등기

4. (생략)

2. 청구인의 주장 및 제청신청기각결정의 이유

가. 청구인의 주장

(1) 위 법의 입법취지가 대도시내로의 인구유입에 따른 인구팽창을 막고 경제력의 집중을 완화하기 위하여 제정된 것이라고 하나, 이에 대한 검증결과 그러한 효과는 거의 나타나지 않고 있고, 오직 세수증대의 효과만 있다는 것이 판명되었다.

(2) 대도시내에서 법인의 기업활동을 억제하고 자연인에 비하여 법인을 불리하게 대우하는 것은 헌법상의 평등원칙, 실질적 조세법률주의 및 자유경제의 원리에 반하고, 청구인의 영업의 자유 내지 재산권을 침해한다. 또한, 청구인의 경우 새로운 건축을 하거나, 기존의 건물을 용도변경하는 것이 아니고, 다만 기존의 호텔을 경락받아 경영주체만 바뀌는 것에 불과하여 새로운 인구유입이나

헌재 1998. 2. 27. 97헌바79

경제력집중을 초래하는 것이 아니므로 중과세할 이유가 없다.

(3) 위와 같은 점을 고려한 반성적 차원에서 법시행령 제102조 제1항은, 1995. 8. 21. 대통령령 제14753호로 개정되어, 법 제138조 제1항 제1호 소정의 “대통령령으로 정하는 대도시”에서 부산광역시 제외되게 되었다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각결정의 이유

법 제138조 제1항 제3호에서 대도시내에서의 법인의 설립과 지점 등의 설치 및 대도시내로의 본점 또는 주사무소의 전입에 따른 등기를 등록세 중과세의 대상으로 규정한 것은 당해 대도시를 기준으로 하여 당해 대도시의 인구집중을 억제하고 공해를 방지하려는 데에 그 입법목적이 있다고 할 것인바, 그러한 취지에서 등록세를 중과세하는 법 제138조 제1항 제3호의 규정이 헌법상의 평등의 원리, 실질적 조세법률주의, 과잉금지의 원리, 경제질서 규정에 위반된다고 볼 수 없고, 그밖에 다른 헌법 규정에 위반된다고 볼 수도 없다.

3. 판 단

가. 우리 재판소는 1996. 3. 28. 선고한 94헌바42 구지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정되기 전의 것) 제138조 제1항 제3호 위헌소원사건에서 위 법률조항이 합헌임을 선언한 바 있는데 그 요지는 다음과 같다.

(1) 평등권의 침해 여부

헌법 제11조 제1항이 천명하고 있는 평등의 원칙은 국민에 대한 절대적·산술적 평등을 보장함을 의미하는 것이 아니라 차별할 합리적인 이유가 없는 경우에 차별하는 것을 금지하는 것을 의미

하므로(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14 참조) 위와 같은 부동산등기등록세율의 불균형이 과연 합리적 이유가 없는 차별적 취급인지의 여부를 본다.

일반적으로 법인은 조직과 규모에 있어 강한 확장성을 가지고 활동의 영역과 효과가 넓고 다양하므로 그러한 법인이 대도시내에서 부동산을 취득하고 그에 터잡은 활동을 할 경우에는 인구와 경제력의 집중효과가 자연인의 경우에 비하여 훨씬 더 강하게 나타날 것이고 동시에 대도시가 가지는 고도의 집적의 이익을 향유함으로써 대도시외의 법인에 비하여 훨씬 더 큰 활동상의 편의와 경제적 이득을 얻을 수 있게 될 것이므로, 위 조항이 법인이 대도시내에서 하는 부동산등기에 대하여, 인구와 경제력의 집중효과가 낮은 자연인이나 직접적으로는 인구와 경제력의 대도시 집중효과를 초래하지 아니하고 대도시가 가지는 집적의 이익을 누리지 못하는 대도시외의 법인이 하는 부동산등기에 비하여 상대적으로 높은 세율의 등록세를 부과하도록 하고 있는 것에는 합리적 이유가 충분하다고 할 것이고 그로써 헌법상 보장된 청구인의 평등권이 침해되었다거나 조세평등주의 내지는 실질과세의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(2) 직업수행 및 거주·이전의 자유의 본질적 내용의 침해 여부
위 조항은 대도시내에서의 법인의 설립 등 행위를 직접적으로 제한하는 내용의 규정이라고 볼 수 없고, 다만 법인이 대도시내에서 설립 등의 목적을 위하여 취득하는 부동산등기에 대하여 통상보다 높은 세율의 등록세를 부과함으로써 대도시내에서의 법인의 설립 등 행위가 억제될 것을 기대하는 범위내에서 사실상 법인의

헌재 1998. 2. 27. 97헌바79

그러한 행위의 자유가 간접적으로 제한되는 측면이 있을 뿐이다.

따라서 어떠한 법인이라도 위 조항이 정하는 중과세의 부담을 감수하기만 한다면 자유롭게 대도시내에서 설립 등 행위를 할 수 있고 또한 그에 필요한 부동산등기도 할 수 있는 것이므로, 위 조항이 법인의 대도시내 부동산등기에 대하여 통상세율의 5배를 규정하고 있다 하더라도 그것이 대도시내에서 업무용 부동산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 법인의 담세능력을 일반적으로 또는 절대적으로 초과하는 것이어서 그 때문에 법인이 대도시내에서 향유하여야 할 직업수행의 자유나 거주·이전의 자유가 형해화할 정도에 이르러 그 본질적인 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.

(3) 과잉금지의 원칙의 위배 여부

(가) 앞서도 본 바와 같이 위 조항은 단순히 지방자치단체의 재원조달이라는 목적을 넘어서 인구와 경제력의 대도시 집중을 억제함으로써 대도시주민의 생활환경을 보존·개선하고 지역간의 균형발전 내지는 지역경제를 활성화하려는 복지국가적 정책목표에 이바지하는 규정이므로 그 목적의 정당성이 인정된다.

(나) 나아가 위 조항은 위와 같은 목적달성을 위하여 인구와 경제력집중의 효과가 큰 법인의 대도시내 활동을 직접 제한하지 아니하고 법인이 대도시내에서 그 설립 등을 위하여 하는 부동산등기에 대하여 통상보다 높은 세율의 등록세를 부과함으로써 간접적으로 이를 억제하려는 방법을 선택하고 있고, 중과세의 필요성이 인정되는 경우 그 정도를 어느 정도로 할 것인가는 결국 법인의 담세능력과 중과세에 대한 국가적·사회적 요청의 강도를 비교교량하여 결정되어야 할 것이며, 위 조항이 정한 중과세가 대도시내

에 위치한 고가의 부동산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 법인에 대한 것이라는 점에 비추어 볼 때, 그 정도가 통상세율의 5배라고 하여 반드시 그 목적달성에 필요한 정도를 넘는 자의적인 세율의 설정이라고 볼 수도 없으므로 그 수단의 상당성과 침해의 최소성도 충족되어 있다.

(다) 한편 현대 산업사회에 있어서 대도시 주민의 생활환경을 보호하고 지역간의 균형있는 발전을 도모하는 것은 전체 국가사회의 긴요한 공익적 요청이라고 할 것이므로 이를 위하여 인구나 경제력의 대도시 집중이라는 강한 역효과가 예상되는 법인의 대도시 내 부동산취득에 대하여 통상보다 높은 세율의 등록세를 부과하였다고 하여 위 조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로 법익의 균형성을 갖추었다.

나. 다만, 위 94헌바42 결정은 1993. 12. 27. 지방세법 개정전의 것을 대상으로 한 것이나, 그 개정에서 법 제138조 제1항 단서의 내용이 추가되었을 뿐, 법 제138조 제1항 제3호의 내용은 아무런 변동이 없어, 위 결정의 판시이유는 이 사건 심판청구에도 그대로 타당하다고 할 것이고, 위 결정의 선고이후에 달리 그 견해를 변경할 만한 특별한 사정변경이 있다고도 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 법 제138조 제1항 제3호는 앞서 본 위 결정의 판시이유와 같은 이유로 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로, 아래 5.와 같이 주문표시에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

헌재 1998. 2. 27. 97헌바79

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “지방세법(……) 제138조 제1항 제3호는 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식

고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

등사신청거부처분취소

(1998. 2. 27. 94헌마77 전원재판부)

【판시사항】

1. 내사종결처분이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사인지 여부(소극)
2. 진정사건기록에 대한 등사신청 거부처분이 공권력의 행사 또는 불행사로 볼 수 있는 행정처분인지 여부(적극)
3. 진정사건기록 등사신청거부처분의 취소를 구하는 헌법소원을 제기함에 있어 다른 법률상의 사전구제절차를 거쳐야 하는지의 여부(적극)

【결정요지】

1. 진정에 의하여 이루어진 내사사건의 종결처리라는 것은 구속력이 없는 진정사건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하는 것이고, 따라서 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서, 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다.
2. 1994. 1. 1.부터 시행되고 있는 개정 검찰보존사무규칙에서 사건관계인 등이 재판확정기록, 불기소사건기록 및 진정·내사사건기록 등에 대하여 일정 범위의 열람·등사를 청구할 수 있도록 규정하고, 위와 같은 청구가 있는 경우 검사는 그 허가여부를 결정하여 서면으로 통지할 의무를 지도록 규정함으로써, 국민의 열람·등사청구가 있는 경우, 기록보관 검찰청이 일정한 처분을 하여야 한다고 규정한 실정법상의 근거가 명백히 마련되어 국민에게 진정사

헌재 1998. 2. 27. 94헌마77

건기록의 열람·등사를 청구할 권리 내지 법에 정하여진 절차에 따라 그 허부의 처분을 행할 것을 요구할 수 있는 법규상의 지위가 부여되었고, 또한 법원에서도 무혐의처분된 기록에 대한 열람·등사거부처분의 취소를 명하는 재판을 하여 열람·등사거부처분에 대한 취소소송을 인정하기 시작하였기 때문에, 등사거부처분은 그 취소를 구할 수 있는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 보아야 한다.

3. 이 사건 등사거부처분은 행정처분성이 명백히 인정되므로 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우도 아니며, 열람·등사거부처분의 취소를 구하는 행정쟁송을 통하여 전심절차로 권리가 구제될 수 있는 길도 열려있기 때문에 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정할 특단의 사정이 있다고 볼 수 없다고 판단될 뿐 아니라, 이 사건은 이미 내사종결되어 보존중인 진정사건의 등사신청에 관한 것이므로 행정쟁송이 실익이 없어 각하될 염려도 없어 행정쟁송절차에 의해 불복하게 하는 것이 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것이 되는 것도 아니다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제21조 제1항

형법 제126조(피의사실공표) 검찰, 경찰 기타 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 감독하거나 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구전에 공표한 때에는 3년 이하의 징역 또는 5년 이하의 자격정지에 처한다.

형사소송법 제47조(소송서류의 비공개) 소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에 공익상 필요 기타 상당한 이유가 없으면 공개하지 못한다.

검찰보존사무규칙(1993. 12. 10. 개정, 법무 제378호) 제20조(기록의 열람·등사청구) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자(이하 “사건관계인”이라 한다)는 별지 제5호 서식에 의한 사건기록 열람·등사청구서에 의하여 재판

확정기록의 전부나 일부에 대하여 열람·등사를 청구할 수 있다.

1. 피고인
 2. 형사소송규칙 제26조 제1항의 소송관계인
 3. 청구사유를 소명한 고소인·고발인 또는 피해자
- ② 제1항의 사건관계인 및 참고인은 별지 제5호서식에 의한 사건기록열람·등사청구서에 의하여 불기소사건기록, 진정·내사사건기록 등 검사의 처분으로 완결된 사건기록 중 본인이 제출한 증거서류의 전부나 일부에 대하여 열람·등사를 청구할 수 있다.

검찰보존사무규칙(1993. 12. 10. 개정, 법무 제378호) 제21조(허가여부의 결정) ① 검사는 제20조의 규정에 의한 청구가 있는 경우에는 신속하게 허가여부를 결정하여야 한다.

② 검사는 제1항의 결정을 함에 있어 필요하다고 인정하는 경우에는 청구인에게 정당한 사유가 있음을 소명하는 자료의 제출을 요구할 수 있다.

③ 검사는 청구의 전부나 일부를 허가하지 아니하는 경우에는 청구인에게 별지 제6호 서식에 의한 사건기록열람·등사불허가통지서에 그 이유를 명시하여 통지하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1990. 12. 26. 89헌마277, 판례집 2, 474
2. 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234
헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675
3. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176
헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234

【당 사 자】

청 구 인 차진호
 대리인 변호사 심규철
 피청구인 서울지방검찰청 북부지청 검사

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1992. 12. 24. 평화은행 수유동지점 대부담당 주인인 청구의 전영범에게 적금부대출을 위하여 금 1,350,000원이 입금된 예금통장 및 인장을 맡겼는데, 동인이 이를 기화로 동 지점의 청원경찰인 청구의 최용하와 공모하여 1993. 2. 1. 청구인의 예금계좌에서 임의로 금 25만원을 인출하였으니 그 진상을 조사하여 처벌하여 달라는 취지로 1993. 7. 3. 서울지방검찰청에 진정을 제기하였다.

(2) 피청구인은 위 사건을 이송받아 조사한 후 1994. 1. 6. 혐의없음으로 내사종결하였고, 청구인이 그해 4. 27. 위 진정사건 기록일체의 등사를 신청하자, 피청구인은 같은 날 청구인이 제출하지 아니한 서류 및 청구인이 아닌 다른 사람에 대한 진술조서에 대한 등사를 거부하였다.

(3) 이에 청구인은 위 청구외인들에 대한 범죄혐의가 인정됨에도 내사종결처분을 한 것은 헌법 제11조 제1항에서 보장하고 있는 평등권, 헌법 제27조 제5항에서 보장하고 있는 재판절차진술권을 침해하였고, 위와 같은 진정사건기록등사신청거부처분(이하 “이 사건 등사거부처분”이라 한다)이 헌법 제21조 제1항에서 보장하고 있는 알권리를 침해하였다는 이유로 1994. 4. 28. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 ① 피청구인이 행한 이 사건 내사종결처분 및 ② 이 사건 등사거부처분이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였는지의 여부이다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인들의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

피청구인이 범죄사실이 명확함에도 혐의가 없다는 이유로 내사종결처분한 것은 검찰권을 행사함에 있어 청구인을 차별대우하여 헌법 제11조 제1항에서 보장하고 있는 평등권, 헌법 제27조 제5항에서 보장하고 있는 재판절차진술권을 침해하고, 위 진정사건기록에 대한 등사를 거부함으로써 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 알 권리를 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변요지

형법 제126조(피의사실공표죄)에 의하면 검찰 등 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자 등은 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판전에 공표할 수 없고, 형사소송법 제47조에 의하면 소송에 관한 서류는 공판의 개정 전에는 공익상 필요 기타 상당한 사유가 없으면 공개하지 못하므로, 위 법률 등에 근거한 검찰보존사무규칙 제20조와 제21조가 진정·내사사건기록인 경우에 기록의 열람·등사 범위를 청구인이 제출한 증거서류로 한정하고 있기 때문에 부득이 청구인이 제출하지 않은 서류와 청구인이 아닌 다른 사람에 대한 진술조서 등의 등사를 불허하게 된 것일 뿐 이유없이 청구인의 헌법상 알 권리 등 청구인의 기본권을 침해한 것이 아니다.

다. 법무부 장관의 의견

헌재 1998. 2. 27. 94헌마77

(1) 적법요건에 대한 의견

(가) 행정심판법 제2조 제1항 제1호 및 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 행정심판·행정쟁송의 대상이 되는 처분을 행정청이 행한 구체적 사실에 관한 법집행행위로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 이에 준하는 행정작용이라고 정의하고 있는바, 이 사건 등사신청거부행위는 행정쟁송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 수 있다.

(나) 그런데 청구인은 행정심판이나 행정쟁송을 제기함이 없이 바로 이 사건 헌법소원심판청구를 하고 있는바, 이는 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 헌법소원심판을 청구할 수 없다는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 반하므로 이 사건 심판청구는 각하되어야 한다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 이 사건 등사거부처분의 근거

검찰보존사무규칙 제20조 제2항은 “제1항의 사건관계인 및 참고인은 별지 제5호 서식에 의한 사건기록 열람·등사청구서에 의하여 불기소사건기록, 진정·내사사건기록 등 검사의 처분으로 완결된 사건기록 중 본인이 제출한 증거서류의 전부나 일부에 대하여 열람·등사를 청구할 수 있다”고 규정하고 있고, 동 규칙 제21조 제1항은 “검사는 제20조의 규정에 의한 청구가 있는 경우에는 신속하게 허가여부를 결정하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 제22조는 검사가 기록의 열람·등사를 제한할 수 있는 경우들을 열거하면서 제4호에서 “기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 침해할

우려가 있는 경우”를, 제8호에서 “기타 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우”를 규정하고 있는 바, 이 사건 등사거부처분은 위와 같은 규정들에 근거한 것이다.

(나) 알 권리의 침해 여부

① 알 권리 또는 정보의 자유는 헌법상 명문의 규정이 없지만 헌법 제21조의 표현의 자유와 관련하여 인정된다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 모든 정보원을 차단하고 봉쇄함으로써 보도기관은 물론 일반국민에게도 정보를 주지 아니하는 조치는 국민의 알 권리를 침해하는 위헌적인 조치로 볼 수 있을 것이다. 그러나, 알 권리를 근거로 하여 국가기관의 정보를 모두 공개할 것을 요구하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이며, 정보의 공개를 불가능하게 하는 불가피한 사유가 있는 경우에는 그러한 공공이익도 충분히 존중하여야 하므로 알 권리와 정보의 부분적인 봉쇄를 불가피하게 하는 공공이익 사이에 규범조화적인 해석을 모색하여야 한다.

② 진정사건을 포함한 형사사건 관련기록은 기록상에 현출된 여러 진술인의 기본권과도 깊은 연관이 있으므로 그 기록의 열람·등사를 허용할 것인지에 대한 결정을 함에 있어서는 관련 진술인들의 기본권이 반드시 고려되어야 한다. 형사사건 관련기록은 피진정인 등 여러 사람의 인권이나 이해관계가 밀접불가결하게 혼재되어 있는 공문서임이 명백한바, 타인의 사건에 증언하거나 증거를 제출하면 이웃간의 정의가 단절되고 상호 원수기간이 되거나 때로 인명침해 등 여러 가지 이해관계의 손실까지 초래하게 되는 우리의 특수한 사회환경과 법률문화를 감안할 때 그 기록을 취급함에 있어서는 피진정인 및 관련자들의 인권과 인격의 보호는 물

헌재 1998. 2. 27. 94헌마77

론 사생활과 사회적 권익이 침해되지 않고 존중되도록 각별한 주의가 요구된다 할 것이다.

③ 헌법재판소도 1991. 5. 13. 선고한 90헌마133호 사건에서 “형사사건이 가지는 특수성에 비추어 볼 때 모든 사건에 대하여 누구나 항상 형사확정소송기록을 열람하거나 복사 할 수 있다고 한다면 국가안전보장·질서유지·공공복리의 보호이익과 충돌되는 경우가 있을 수 있고, 또한 사건에 직접·간접으로 관계를 가지고 있는 피의자·피고인·고소인이나 참고인, 증인·감정인 등의 명예나 인격, 사생활의 비밀, 생명, 신체의 안전과 평온 등 기본권 보호에 충실하지 못하게 되는 경우가 있을 수 있기 때문에 이들 기본권이 다 같이 존중될 수 있도록 상호 조화점을 구하지 않으면 안 될 것이다”라고 밝힌 바 있다. 위에서 살펴본 검찰보존사무규칙의 각 규정들은 이러한 점들을 고려하여 알 권리와 관련자들의 기본권 사이의 조화를 꾀하기 위한 규정들로서, 동 규정들에 의해 내려진 이 사건 등사거부처분이 청구인의 알 권리를 본질적으로 침해하여 위헌이라고 할 수 없다.

3. 판 단

먼저 이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여 본다.

가. 이 사건 내사종결처분에 대하여

진정은 그것이 비록 내사의 대상으로 되는 진정이라 하더라도 진정 그 자체가 법률의 규정에 의하여 법률상의 권리행사로서 인정되는 것이 아니고, 진정을 기초로 하여 수사소추기관의 적의 처리를 요망하는 의사표시에 지나지 아니한 것인 만큼 진정에 의하여 이루어진 내사사건의 종결처리라는 것은 구속력이 없는 진정사

건에 대한 수사기관의 내부적 사건처리방식에 지나지 아니하는 것이고, 따라서 그 처리결과에 대하여 불만이 있으면 진정인은 따로 고소나 고발을 할 수 있는 것으로서, 진정인의 권리행사에 아무런 영향을 미치는 것이 아니므로 이는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없다(헌재 1990. 12. 26. 89헌마277 참조). 따라서 이 부분에 대한 이 사건 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 등사거부처분에 대하여

(1) 쟁점의 정리

청구인은 피청구인의 이 사건 등사거부처분에 관하여 아무런 사전구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법재판소에 피청구인의 진정기록등사신청거부처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있다. 그런데 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하면서 동 단서에서 헌법소원심판청구를 함에 있어 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 이를 청구할 수 없다고 보충성의 원칙을 요구하고 있다. 따라서 이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여는 우선 이 사건 등사거부처분이 공권력의 행사 또는 불행사로 볼 수 있는 행정처분인지, 다음으로, 행정처분일 경우 다른 법률상의 사전 구제절차를 거쳐야 하는지를 살펴보아야 할 것이므로 이를 차례로 검토하여 보기로 한다.

(2) 이 사건 등사거부처분의 행정처분성

(가) 우선 이 사건 등사거부처분에 대한 구제절차로서 생각할 수 있는 방법은 형사소송법상의 준항고절차(형사소송법 제417조)나

헌재 1998. 2. 27. 94헌마77

행정심판법 및 행정소송법에 의한 행정쟁송 절차를 생각할 수 있을 것이나, 준항고 절차의 경우 형사소송법 제417조가 준항고의 대상을 검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분으로 한정하고 있어서 진정기록의 등사신청거부처분에 대한 구제절차로 볼 수는 없을 것이므로 이 사건 등사거부처분에 대하여는 준항고절차의 적용이 배제됨이 명백하고(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133; 1997. 11. 27. 94헌마60 등 참조), 따라서 여기에서는 이 사건 등사거부처분이 그 취소를 구할 수 있는 항고소송의 대상이 되는 행정처분인지가 문제이다. 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 되기 위하여는 신청인이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 근거가 있어야 하며 이러한 권리에 의하지 아니한 국민의 신청을 행정청이 받아 들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 그 거부행위를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없기 때문이다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133 참조).

(나) 그런데, 우리재판소는 형사확정소송기록등사신청에 대한 헌법소원심판에서 형사확정소송기록은 열람·복사 신청이 거부된 경우 행정소송이 가능한 정부공문서규정과는 별도로 제정된 검찰보존사무규칙이라는 특별법령에 의하여 보존·관리되고 있는 점으로 보아 정부공문서규정의 적용대상에 포함된다고 볼 수 없고, 형사확정소송기록에 대한 국민의 열람·복사신청이 있는 경우, 기록보관 검찰청이 일정한 처분을 하여야 한다고 규정하고 있는 실정법

상의 규정은 현재로서는 찾아 볼 수 없어 행정쟁송으로 다룰 수 있는 성질의 처분행위라고 할 수 있는지 단정하기도 어려울 뿐 아니라 이를 직접적으로 인정하고 있는 대법원의 판례나 학설상의 논의 또한 찾아보기 힘들다고 하면서 확정된 형사소송기록의 복사 신청에 대하여 한 거부행위에 대한 헌법소원심판청구에는 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제1항 단서 소정의 전심절차이전요건은 배제된다고 판시한 바 있다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133 참조).

(다) 그러나 이 사건 등사거부처분은 다음의 두가지 점에서 취소소송의 대상이 되는 행정처분이라고 봄이 상당하다.

첫째, 우리재판소의 위 결정 이후 검찰보존사무규칙에 기록의 열람·등사청구에 관한 규정이 신설되었기 때문이다. 1994. 1. 1.부터 시행되고 있는 개정 검찰보존사무규칙(1993. 12. 10. 개정, 법무 제378호)에서 사건관계인 등이 재판확정기록, 불기소사건기록 및 진정·내사사건기록 등에 대하여 일정 범위의 열람·등사를 청구할 수 있도록 규정하고(검찰보존사무규칙 제20조), 위와 같은 청구가 있는 경우 검사는 그 허가여부를 결정하여 서면으로 통지할 의무를 지도록 규정함으로써(동 규칙 제21조), 국민의 열람·등사청구가 있는 경우, 기록보관 검찰청이 일정한 처분을 하여야 한다고 규정한 실정법상의 근거가 명백히 마련되어 굳이 정부공문서규정에 의하지 않더라도 그 처분성이 분명하게 되었고 국민에게 진정사건기록의 열람·등사를 청구할 권리 내지 법에 정하여진 절차에 따라 그 허부의 처분을 행할 것을 요구할 수 있는 법규상의 지위가 부여되었다.

둘째, 법원에서도 열람·등사거부처분에 대한 취소소송을 인정

헌재 1998. 2. 27. 94헌마77

하기 시작하였기 때문이다. 즉 서울고등법원은 1998. 1. 14. 선고, 97구19986호 판결로 수사기록에 대한 열람·등사청구권은 자기에 게 정당한 이해관계가 있는 정부보유 정보에 대한 청구권으로서 헌법에 의하여 보장되고 있는 알 권리에 포함된다고 하면서 국가 기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해, 관련사건 수사의 현저한 지장 등 공개를 거부하는 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 청구를 거부한 것은 부당하다며 무혐의처분된 기록에 대한 열람·등사거부처분의 취소를 명하는 재판을 함으로써 열람·등사 거부행위가 항고소송의 대상이 되는 행정처분임을 명백히 하였다.

(3) 이 사건 심판청구에 대한 보충성의 예외 인정 여부

(가) 우리재판소는 헌법소원심판청구에 있어서 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구체될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 창설취지를 살리는 방법이라고 판시한 바 있다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 1991. 5. 13. 90헌마133 등 참조).

(나) 그러나 이 사건의 경우 일건기록에 의하더라도 청구인이 자신의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않았다고 볼 사유도 없고, 이 사건 등사거부처분은 위에서 본 바와 같이 행정처분성이 명백히 인정되므로 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없는 경우도 아니며, 열람·등사거부처분의 취소를 구

하는 행정쟁송을 통하여 전심절차로 권리가 구제될 수 있는 길도 열려있기 때문에 보충성의 원칙에 대한 예외를 인정할 특단의 사정이 있다고 볼 수 없다고 판단될 뿐 아니라, 이 사건은 이미 내사종결되어 보존중인 진정사건의 등사신청에 관한 것이므로 공소 제기되어 공판진행중인 사건에 대한 수사기록과 달리 행정쟁송이 실익이 없어 각하되는 사례가 발생할 염려도 없어 행정쟁송절차에 의해 불복하게 하는 것이 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것이 되는 것도 아니다.

(다) 따라서 이 부분에 대한 이 사건 심판청구는 다른 법률에 구제절차가 있음에도 그 절차를 거치지 아니한 것으로서 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

의료보험법 제49조 제3항 위헌확인 등

(1998. 2. 27. 96헌마134 전원재판부)

【판시사항】

1. 법률에 대한 헌법소원에 있어서 기본권침해의 직접성이 부인된 사례
2. 다른 법률에 의한 구체절차를 거치지 아니하여 헌법소원심판 청구의 적법성이 부인된 사례

【결정요지】

1. 구 의료보험법 제49조 제3항, 의료보험법시행령 제86조는 조합정관이 정할 보험료액의 산정기준 내지 방법에 관한 규정에 불과하고, 이 조항들에 의한 기본권침해는 이 조항들에 따라 조합정관에서 보험료액이 정해진 다음 보험자의 보험료부과처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 현실화되며, 이러한 집행행위에 대하여는 구 의료보험법상 구체절차를 밟을 수 있는 길이 따로 열려져 있으므로 위 조항들은 기본권 침해의 직접성이 없다.
2. 상주시의료보험조합이 보험료체납을 이유로 청구인의 부동산에 대하여 행한 압류처분에 대하여는 행정쟁송절차가 마련되어 있는데도 이러한 절차를 거치지 아니하고 바로 헌법소원을 청구하였으므로 이 압류처분에 대한 심판청구는 부적법하다.

【심판대상조문】

구 의료보험법(1997. 12. 31. 법률 제5489호로 개정되기 전의 것) 제49조(보험료) ①~② 생략
③ 지역조합의 보험료액은 피보험자가 속하는 세대의 소득수준 및 피보험자의 수 등에 따라 대통령령이 정하는 등급구분에 의하여 조합정관이 정하는

금액으로 한다.

④ 생략

의료보험법시행령 제86조(지역조합의 보험료산정 등) ① 지역조합의 보험료액 산정에 있어서 피보험자가 속하는 세대의 소득 및 재산 등에 따른 보험료의 등급구분은 각각 3 이상 30 이내로 하고, 피보험자의 수 등에 따른 보험료는 세대당 정액 및 피보험자 1인당 정액으로 산정한다.

② 제1항의 규정에 의한 등급의 결정, 등급별 정액, 세대당 및 피보험자 1인당 정액 등 보험료부과기준에 관하여는 조합의 정관으로 정한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200

헌재 1995. 4. 20. 90헌마162

【당 사 자】

청 구 인 김진오

대리인 청조법무법인

담당변호사 이재훈

【주 문】

심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 위 주소지에 거주하는 농민으로서 상주시의료보험조합의 조합원이었던바, 1997. 12. 31. 법률 제5489호로 개정되기 전의

헌재 1998. 2. 27. 96헌마134

구 의료보험법 제49조 제3항, 동법시행령 제86조에 의하여 직장조합의 피보험자에 비해 불리하게 산정된 보험료를 납부하지 않고 있다는 이유로 1996. 2. 26. 상주시의료보험조합에 의하여 청구인 소유의 상주시 외서면 백전리 362 전 4,853 평방미터 중 청구인 지분 1468분의 468에 대하여 압류를 당하였는데, 위 의료보험법 및 시행령의 규정들은 청구인의 평등권을 침해할 뿐만 아니라 헌법 제75조에 위배되며, 위 압류처분은 청구인의 거주이전의 자유와 평등권을 침해하고 있다고 주장하면서 1996. 4. 4. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 의료보험법(1997. 12. 31. 법률 제5489호로 개정되기 전의 것; 이하 “법”이라고 한다) 제49조 제3항, 법시행령(1994. 8. 1. 대통령령 제14350호로 전문개정된 것; 이하 “시행령”이라고 한다) 제86조가 청구인의 기본권을 침해하는 위헌조항인지의 여부와, 1996. 2. 26. 상주시의료보험조합이 청구인 소유의 상주시 외서면 백전리 362 전 4,853 평방미터 중 청구인 지분 1468분의 468에 대하여 행한 압류처분이 청구인의 기본권을 침해하였는지의 여부로서(심판청구서상으로는 이 부분의 심판청구까지 한 것인지 불명하나 청구취지를 선해하여 이 부분까지도 심판대상에 포함하기로 한다), 위 법령조항의 내용은 다음과 같다.

법 제49조(보험료) ③ 지역조합의 보험료액은 피보험자가 속하는 세대의 소득수준 및 피보험자의 수 등에 따라 대통령령이 정하는 등급구분에 의하여 조합정관이 정하는 금액으로 한다.

시행령 제86조(지역조합의 보험료산정 등) ① 지역조합의 보험료액

산정에 있어서 피보험자가 속하는 세대의 소득 및 재산 등에 따른 보험료의 등급구분은 각각 3 이상 30 이내로 하고, 피보험자의 수 등에 따른 보험료는 세대당 정액 및 피보험자 1인당 정액으로 산정한다.

② 제1항의 규정에 의한 등급의 결정, 등급별 정액, 세대당 및 피보험자 1인당 정액 등 보험료부과기준에 관하여는 조합의 정관으로 정한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 법 제49조 제3항, 제52조 제2항, 시행령 제86조에 따르면 지역조합의 보험료액 산정에 있어, 피보험자가 속하는 세대의 소득 및 재산 등에 따라 각각 3 이상 30 이내에서 등급구분을 하고, 피보험자의 수 등에 따른 보험료는 세대당 정액 및 피보험자 1인당 정액으로 산정하며, 이러한 등급의 결정, 등급별 정액, 세대당 및 피보험자 1인당 정액 등 보험료부과기준에 관하여는 지역조합의 정관으로 정하고, 한편 이와 같이 산정된 보험료를 세대주 또는 피보험자는 전액 부담하여야 한다.

이에 반하여, 법 제49조 제2항, 제51조 제1항, 제52조 제1항은 직장조합의 보험료액을 각 월에 대하여 피보험자의 표준보수월액에 1,000분의 20 내지 1,000분의 80의 범위안에서 조합정관으로 정하는 보험료율을 곱하여 얻은 액으로 하도록 규정하고 있으며, 이와 같이 산정된 보험료액을 직장피보험자와 그를 사용하는 사용자가 각각 100분의 50씩 부담하도록 하고 있다.

그 결과 직장조합의 피보험자들은 개인의 소득이나 보유재산의

헌재 1998. 2. 27. 96헌마134

액수에 관계없이 급여액 기준만으로 보험료를 부담하는 반면, 지역조합의 피보험자들은 소득 및 보유재산 등에 따른 기준으로 보험료를 납부하거나 조상대대로 물려받은 사용불가능한 토지나 수익성 없는 임야 등의 공부상의 외형적 판단기준만으로 산정평가한 기준에 따라 보험료를 부담하므로 직장조합의 피보험자들에 비하여 합리적 균형관계가 유지되지 않는 불이익을 받고 있다. 따라서 법 제49조 제3항과 시행령 제86조는 청구인의 평등권을 침해하는 위헌조항이다.

(2) 법 제49조 제3항은 지역조합의 보험료액을 대통령이 정하는 등급구분에 의하여 조합의 정관으로 정하도록 규정하고 있을 뿐, 보험료 부과기준에 관한 그 나머지 핵심적인 사항이라고 할 지역조합 피보험자의 지역적 편차에 따른 보험료 산정기준과 개인 소유 부동산에서 얻을 수 있는 소득의 기준 등을 전혀 정하지 아니한 채, 만연히 조합정관에 백지위임하고 있으므로 위임입법의 한계에 관한 헌법 제75조에 위반된다.

(3) 청구인은 지역조합의 보험료산정기준이 직장조합의 그것보다 부당하게 불리하다고 보아 그간 보험료를 납부하지 않고 있는데, 상주시의료보험조합이 청구인 소유의 부동산을 압류함으로써 체납된 보험료를 납부하지 않을 경우 타지역으로 진출 또는 전입을 일체 할 수 없게 되었는바, 이러한 압류처분은 청구인의 평등권과 헌법 제14조에서 보장하는 거주이전의 자유를 침해하는 것이다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 이 사건 심판청구는 법 제60조, 제61조, 제70조에 규정된

구제절차, 즉 심사청구, 재심사청구, 행정소송의 구제절차를 거치지 않은 것이므로 부적법하다.

(2) 청구인은 1988. 1. 1.부터 의료보험법에 의거 매월 보험료납부고지를 받았으므로 그 때 이미 헌법소원의 사유가 있었다 할 것인바, 이 사건 심판청구는 헌법소원의 사유가 있는 날로부터 180일을 경과한 후에 제기된 것이어서 부적법하다.

(3) 법이 지역의료보험료의 부과기준을 직장의료보험료의 부과기준과 달리 하는 것은 직장조합 적용대상자인 근로자의 경우 소득이 정확하게 파악되므로 소득만을 기준으로 보험료를 부과할 수 있는 반면, 지역조합 적용대상자인 농어민 및 도시자영업자의 경우 소득원이 다양하고 소득과약율이 낮기 때문이다. 따라서 지역조합의 경우 피보험자가 속하는 세대의 소득·재산, 피보험자의 수 등의 다양한 부과요소에 의하여 보험료를 부과할 수밖에 없다고 할 것이고, 법 제49조 제3항, 시행령 제86조는 우리나라의 사회구조, 소득과약 정도, 조세현실 등을 고려한 것으로서 평등원칙에 반하지 않는다.

(4) 의료보험료 부과요소는 복잡하고 전문기술적인 사항이므로 이러한 사항들을 모두 입법화한다는 것은 현실적으로 부적합하고, 또한 현행 의료보험은 다보험자 방식으로 각 조합별로 독립채산제에 의해 운영되고 있는데, 조합원들이 법령의 범위내에서 자율적으로 보험료부담액을 정하여 운영하는 것이 독립채산제 원리에 적합한 것이므로 세부적인 보험료부과기준을 조합의 정관으로 정하도록 위임하였다 하여 헌법 제75조에 위반된다 할 수 없다.

(5) 의료보험조합은 특수공법인으로서 그 목적달성을 위하여 제

헌재 1998. 2. 27. 96헌마134

한적으로 자력집행권을 부여받고 있는바, 보험료채납자에 대하여 채납처분을 행하는 것이 국민의 기본권을 침해한다고 할 수 없고, 더욱이 압류처분의 효과는 헌법상 보장된 거주·이전의 자유와 하등 관련이 없다.

3. 판 단

가. 법령에 대한 심판청구 부분

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 의하면 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는…… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정되어 있는바 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자기의 기본권을 현재·직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 뜻이고, 따라서 이 사건의 경우와 같이 법령으로 인한 기본권침해를 이유로 헌법소원을 제기하려면 그 법령이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 자체로서 현재·직접적으로 헌법상 보장된 자기의 기본권을 침해하는 경우이어야 한다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220; 1995. 4. 20. 90헌마162 등 참조).

(2) 그런데 법 제49조 제3항, 시행령 제86조는 그 자체로서 청구인의 기본권을 “직접” 침해하는 법률조항이 아니므로 이들 조항에 대한 청구는 직접성이 없어 부적법하다.

이 조항들은 조합정관이 정할 보험료액의 산정기준 내지 방법에 관한 규정에 불과하고, 이 조항들에 의한 기본권침해는 이 조항들에 따라 조합정관에서 보험료액이 정해진 다음 보험자의 보험료부과처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 현실화되며, 이러한 집행행위에 대하여는 법적 구제절차를 밟을 수 있는 길이 따로 열려져

있다(의료보험법 제60조, 제61조, 제70조에 의하면 보험료 등에 관한 처분에 대하여 심사청구-재심사청구를 거친 다음 법원에 소송을 제기할 수 있게 되어 있다). 따라서 위 조항들은 기본권 침해의 직접성이 없다.

청구인으로서 위 조항들을 직접 대상으로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구할 것이 아니라, 그러한 보험료부과처분의 취소를 구하는 행정소송의 계속중에 근거법률인 위 조항들의 위헌성을 주장하여 법원에 위헌여부심판제청신청을 할 수 있고, 이것이 기각될 경우 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 제기할 수 있다.

나. 압류처분에 대한 심판청구 부분

헌법소원은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 하는바(헌법재판소법 제68조 제1항 단서), 상주시의료보험조합이 보험료체납을 이유로 청구인의 부동산에 대하여 행한 압류처분에 대하여는 행정쟁송절차가 마련되어 있는데도 이러한 절차를 거치지 아니하고 바로 헌법소원을 청구하였으므로 이 부분 심판청구도 부적법하다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

헌법재판소법 제68조 제1항 위헌확인 등

(1998. 2. 27. 96헌마371 전원재판부)

【판시사항】

1. 확정판결의 사실인정을 다투면서 법원판결에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구가 적법한지 여부(소극)
2. 법원의 판결이 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당하지 아니하는 경우 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 위헌확인을 구하는 심판청구가 적법한지 여부(소극)

【결정요지】

가. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 “법원의 재판”을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정한 것은 원칙적으로 법원의 재판 자체는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다는 뜻이므로, 확정판결이 한 사실인정의 잘못을 다투면서 법원의 판결에 대하여 위헌확인을 구하는 이 심판청구는 부적법한 것이 명백하다.

나. 헌법재판소는, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 “법원의 재판”에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다는 결정을 선고한 바 있으나, 이 사건 법원의 판결은 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당된다고 볼 수 없으므로, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 위헌확인을 구하는 이 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

【심판대상조문】

헌법재판소법 제68조 제1항 본문

【참조판례】

헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

【당 사 자】

청 구 인 이춘식

국선대리인 변호사 김홍수

【주 문】

이 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 기록에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

청구인은 1996. 4. 10. 서울지방법원(96고합7)에서 강도죄 등으로 징역 5년 형을 선고받고 항소를 제기하여 서울고등법원(96노880)에서 같은 해 8. 23. 징역 4년 형을 선고받았다. 위 판결은 같은 해 10. 25. 대법원(96도2396)의 상고기각 판결로 확정되었다.

청구인은 위 죄를 범한 일이 없는데도 위 각 법원이 유죄판결을 하였고, 헌법재판소법(이하 “법”이라 한다) 제68조 제1항 본문이 “법원의 재판”을 헌법소원 심판 대상에서 제외한 것은 청구인의 기본권을 침해한 것이므로, 위 각 판결과 법 제68조 제1항 본문이 위헌임을 확인해 달라는 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

2. 판 단

청구인의 이 사건 심판청구는 요컨대 법원의 확정판결이 한 사실인정이 잘못되었다고 다투는 것이다. 그러나 “법” 제68조 제1항

헌재 1998. 2. 27. 96헌마371

본문이 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 “법원의 재판”을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정한 것은 원칙적으로 법원의 재판 자체는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다는 뜻이므로, 법원의 위 각 판결에 대한 위헌확인을 구하는 심판청구는 부적법한 것임이 명백하다.

헌법재판소는 “법” 제68조 제1항 본문의 “법원의 재판”에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다는 결정을 선고한 바 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등). 그러나 법원의 위 각 판결은 청구인의 주장 자체에 의하더라도 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당된다고 볼 수 없으므로, “법” 제68조 제1항 본문의 위헌확인을 구하는 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다.

3. 결 론

이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

공중위생법시행규칙 [별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목 위헌확인

(1998. 2. 27. 97헌마64 전원재판부)

【판시사항】

1. 입법사항을 총리령이나 부령에 위임할 수 있는지 여부(적극)
2. 위임입법의 한계
3. 터키탕(증기탕) 업소안에 이성(異性)의 입욕보조자를 둘 수 없도록 규정한 공중위생법시행규칙 [별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목이 터키탕 영업자나 입욕보조자로 종사하는 여성의 재산권, 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만, 국무총리나 행정각부의 장으로 하여금 법률의 위임에 따라 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있는 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자는 법률에서 구체적으로 범위를 정하기만 한다면 대통령령 뿐만 아니라 부령에 입법사항을 위임할 수도 있다.

2. 위임입법에 대한 구체성 내지 예측가능성의 요구 정도는 규제 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것인데 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 처벌법규 등에서는 그 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이나 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에

헌재 1998. 2. 27. 97헌마64

따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.

3. 공중위생법시행규칙 [별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목은 선량한 풍속의 유지 및 국민의 건강증진을 위하여 터키탕(증기탕) 업소안에 이성(異性)의 입욕보조자를 둘 수 없도록 규정하고 있을 뿐 터키탕 영업을 금지시키거나 입욕보조자 자체를 둘 수 없도록 제한하고 있지도 아니하여 터키탕 영업에 종사하는 자들의 재산권이나 직업의 자유를 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공중위생법시행규칙(1996. 8. 20. 보건복지부령 제32호로 개정된 것) [별표3] 위생接客업자 및 위생관련 영업자의 준수사항(제15조 관련)

1. 생략
2. 목욕장업
 - 가. 생략
 - 나. 업종별 준수사항
 - (1) 생략
 - (2) 특수목욕장업
 - (가)~(나) 생략
 - (다) 업소안에 이성의 입욕보조자를 두어서는 아니된다.
 - (라)~(사) 생략
- 3.~8. 생략

【참조조문】

공중위생법시행규칙(1996. 8. 20. 보건복지부령 제32호로 개정된 것) 부칙 제4조(터키탕의 이성입욕보조자에 관한 경과조치) ① 이 규칙 시행당시 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 터키탕업소는 [별표 3]의 개정규정에 불구하고 이 규칙 시행일부터 2년간 이성의 입욕보조자를 둘 수 있다.

② 제1항의 경우에 터키탕의 영업자가 이성의 입욕보조자에 관하여 지켜야 할 준수사항 및 이를 위반한 경우의 행정처분기준은 다음과 같다.

1. 준수사항

- 가. 이성의 입욕보조자로 하여금 상의와 바지를 입게 하여 가슴과 배가 드러나지 아니하도록 하여야 한다.
- 나. 이성의 입욕보조자의 명부를 영업소에 비치하고 기록·관리하여야 한다.
- 다. 이성의 입욕보조자에 대하여는 위생분야 종사자 등의 건강규칙이 정하는 바에 의한 건강진단을 받게 하여야 한다.

2. 행정처분

위반사항	1차 위반	2차 위반	3차 위반
• 이성의 입욕보조자로 하여금 상의와 바지를 입게 하지 아니하여 가슴과 배가 드러나게 한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업장 폐쇄명령
• 이성의 입욕보조자의 명부를 비치 또는 기록·관리하지 아니한 때	영업정지 20일	영업정지 2월	영업장 폐쇄명령
• 이성의 입욕보조자로 하여금 위생분야종사자 등의 건강진단규칙이 정하는 바에 의한 건강진단을 받게하지 아니한 때	영업정지 1월	영업정지 2월	영업장 폐쇄명령

【참조판례】

- 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576
- 헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
- 헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529

【당 사 자】

- 청 구 인 김정애 외 173인
- 청구인들 대리인 변호사 이선우 외 2인

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 김정애는 1995. 6. 22. 대구 달서구 두류 1동 1196의 1 소재 (주)크리스탈 관광호텔로부터 위 호텔 내에 설치된 터키탕 (1997. 2. 24. 개정된 공중위생법시행령에서 증기탕으로 명칭이 변경되었다)을 임대보증금 1억원에 5년간 임차하여 사업자등록을 한 다음 같은해 7. 3. 관광사업등록명의 이용허가를, 같은해 8. 10. 특수목욕장업(터키탕) 허가를 받아 그 영업을 하고 있는 자이고, 그 나머지 청구인들은 터키탕업소에서 입욕보조자로 종사하는 여성들이다.

그런데 1996. 8. 20. 개정된 공중위생법시행규칙(보건복지부령 제 32호, 이하 “시행규칙”이라고 한다) 제15조 영업자 준수사항의 [별표 3]의 2. 목욕장업 나. 업종별 준수사항 중 (2) 특수목욕장업의 (다) (이하 “이 사건 규칙조항”이라고 한다)에서는 터키탕 등 특수목욕장업소 안에는 이성의 입욕보조자를 두어서는 아니된다고 규정하고 시행규칙 부칙 제4조 제1항은 이 규칙 시행당시 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 터키탕업소는 이 규칙 시행일(1996. 8. 20.)로부터 2년간 이성의 입욕보조자를 둘 수 있다고 규정하고 있다.

이 사건 규칙조항이 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 규정한 것은 실질적으로 터키탕을 폐쇄하는 조치로서 이로 인하여 1998. 8. 20.부터 청구인 김정애는 실질적으로 터키탕업을 할 수 없게 되고, 나머지 청구인들은 터키탕의 입욕보조자로 종사할 수 없게 되어 헌법상 보장된 평등권과 재산권 및 직업선택의 자유 등의 기

본권을 본질적으로 침해받았다고 주장하고 이 사건 규칙조항의 위헌확인을 구하기 위하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 관련조항

이 사건 심판의 대상은 이 사건 규칙조항이 헌법에 위반되는지 여부이고 이 사건 규칙조항 및 관련조항의 규정내용은 다음과 같다.

공중위생법시행규칙(1996. 8. 20. 보건복지부령 제32호로 개정된 것) 제15조(영업자 준수사항) 법 제12조 제2항 및 제3항의 규정에 의한 위생접객업자 및 위생관련영업자의 준수사항은 [별표 3]과 같다.

[별표 3] 위생접객업자 및 위생관련영업자의 준수사항(제15조 관련)

1. 숙박업(생략)

2. 목욕장업

가. 공통 준수사항(생략)

나. 업종별 준수사항

(1) 일반목욕장업(생략)

(2) 특수목욕장업

(가)(나) (생략)

(다) 업소 안에 이성의 입욕보조자를 두어서는 아니된

다.

(라)~(사) (생략)

3.~8. (생략)

공중위생법시행규칙(1996. 8. 20. 보건복지부령 제32호로 개정된 것) 부칙 제4조(터키탕의 이성 입욕보조자에 관한 경과조치)

헌재 1998. 2. 27. 97헌마64

① 이 규칙 시행당시 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 터키탕업소는 [별표3]의 개정규정에 불구하고 이 규칙 시행일부터 2년간 이성의 입욕보조자를 둘 수 있다.

② 생략

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 터키탕업은 원래 이성의 입욕보조자가 목욕을 도와주는 영업형태로서 관광진흥정책상 당초 법률에 의하여 이성의 입욕보조자가 있는 것을 전제로 하여 관광진흥법에 의한 관광호텔에 한하여 시설기준에 적합하면 설치할 수 있도록 허용하였다가 문화체육부장관이 공중위생법 제11조 제2항에 의한 협의에 반대하였는데도 법률에 근거도 없이 보건복지부령인 이 사건 규칙조항에 의하여 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한한 것은 법률로써만 기본권을 제한 할 수 있다는 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

(2) 터키탕은 관광호텔에 한하여 설치할 수 있는 업소로서 주로 외국인관광객이 이용하고 미성년자는 출입할 수 있는 장소가 되지 못할 뿐만 아니라 퇴폐행위를 하지 못하도록 시설기준을 강화하거나 철저히 단속을 하고 퇴폐행위를 하는 경우 형사처벌이나 영업장 폐쇄 등 행정제재를 할 수 있음에도 불구하고 이 사건 규칙조항이 터키탕업소 안에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한한 것은 실질적으로 터키탕을 폐쇄하는 조치로서 이로인하여 1998. 8. 20.부터 임차보증 1억원을 투자하여 터키탕업을 하고 있는 청구인 김정애는 이 영업을 할 수 없게 되고 나머지 청구인들은 입욕보조자로 종사할 수 없게 되어 재산권, 직업선택의 자유를 본질

적으로 침해받았다.

(3) 이 사건 규칙조항이 터키탕 업소에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한하면서 시행규칙 부칙 제4조 제1항이 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 터키탕업소는 시행일로부터 2년간(1998. 8. 19.까지) 이성의 입욕보조자를 둘 수 있다고 규정한 것은 평등의 원칙에 위반된다.

나. 보건복지부장관의 의견

외국관광객의 유치를 위해 관광호텔에만 설치가 허용된 터키탕의 실제 이용자가 대부분 내국인이고 그곳에서 각종 퇴폐행위가 이루어지고 있는 실정인데다가 1995. 12. 29. 터키탕업이 허가제에서 신고제로 전환함에 따라 관광진흥법에 의한 관광호텔의 경우는 시설기준에만 적합하면 터키탕업을 개설할 수 있게 됨에 따라 터키탕 안에서의 퇴폐적인 영업형태가 사회전반에 확산될 우려가 있고, 시설기준이나 단속, 처벌의 강화만으로는 이를 도저히 막을 수 없어 터키탕업소 안에서의 퇴폐행위를 원천적으로 근절시키기 위하여 이 사건 규칙조항은 터키탕업소 안에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한한 것에 불과할 뿐이고 터키탕업 자체를 금지하거나 입욕보조자를 둘 수 없도록 한 것이 아니므로 이는 질서유지나 공공복리를 위하여 필요한 합리적인 제한으로서 직업의 자유나 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없고 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 터키탕업소에 2년간 이성의 입욕보조자를 둘 수 있도록 한 것은 임대기간과 투자비용회수기간을 감안하여 기존 터키탕업자의 손실을 최소화 하기 위한 것이므로 평등의 원칙에 위반하는 것도 아니다.

3. 판 단

가. 이 사건 규칙조항에 의한 기본권제한이 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반되는지 여부

(1) 헌법 제15조는 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다고 규정하여 직업의 자유를 보장하는 한편 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하고 있으므로 직업의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한할 수 있으나 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 할 것이다.

그런데 청구인들이 터키탕영업을 하거나 입욕보조자로 종사하는 것은 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 지속적인 소득활동으로서 헌법 제15조에서 보장하는 직업에 해당한다고 할 것이므로 법률로써만 이를 제한할 수 있다고 할 것인바, 법률이 아닌 이 사건 규칙조항에 의하여 터키탕안에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한 것이 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반되는 것인가의 점에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있다. 그리고 헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만,

국무총리나 행정각부의 장으로 하여금 법률의 위임에 따라 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있는 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자는 법률에서 구체적으로 범위를 정하기만 한다면 대통령령 뿐만 아니라 부령에 입법사항을 위임할 수도 있음은 당연하다고 할 것이다.

위 규정에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 위임입법의 위와같은 구체성 내지 예측가능성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것인데 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 처벌법규 등에서는 그 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이나 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등; 1994. 7. 29. 93헌가12; 1997. 5. 29. 94헌바22 등 참조).

(3) 그런데 공중위생법 제12조 제2항은 “위생접객업자는……영업질서의 유지를 위하여 보건복지부령이 정하는 사항을 지켜야 한다”고 규정하고 이 위임에 따라 시행규칙 제15조는 영업자의 준수 사항을 규정한 것인데 위임법률규정 자체에 “위생접객업자가 영업질서의 유지를 위하여 지켜야 할 사항”으로 범위를 한정하여 위임하고 있을 뿐만 아니라 공중위생법의 입법목적을 규정한 법 제1조

헌재 1998. 2. 27. 97헌마64

와 시·도지사는 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 위생접객업의 영업시간 또는 영업소의 관리·운영 기타 영업에 관하여 필요한 제한을 할 수 있도록 규정한 법 제11조 제1항, 법 제12조 제2항 자체에 규정된 공중접객업자의 준수사항 등 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하면 법 제12조 제2항에서 보건복지부령에 위임한 범위가 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 위생접객업자가 지켜야 할 사항이라는 것을 확정할 수 있고 이 사건 규칙조항은 법률의 위임범위내에서 기본권을 제한한 것이므로 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반된다고 할 수 없다.

또한 문화체육부장관이 공중위생법 제11조 제2항의 협의에 대하여 반대하였다는 사유만으로 이 사건 규칙조항이 헌법에 위반된다고 할 수도 없다.

나. 이 사건 규칙조항에 의한 기본권제한이 과잉입법금지원칙에 위반되는지 여부

(1) 이 사건 규칙조항의 입법목적

터키탕은 외국인관광객을 위한 당초 설치목적과는 달리 주로 내국인이 이용하고 개실로 구획되어 있어 밀실적인 구조를 가지고 있으며, 입욕자와 입욕보조자와의 신체적 접촉이 수반되는 등의 특수성으로 인하여 터키탕업소 안에 이성의 입욕보조자를 둘 경우 개실로 구획된 욕실에서 이성 입욕보조자와 입욕자 사이에 은밀한 가운데 윤락행위 등 퇴폐행위가 성행하고 있는 실정인데다가 1995. 12. 29. 공중위생법의 개정으로 터키탕업이 허가제에서 신고제로 전환됨에 따라 누구든지 시설기준에 적합하면 터키탕업을 쉽

게 개설할 수 있게 됨에 따라 한층 터키탕 안에서의 퇴폐적인 영업형태가 사회전반에 확산될 우려가 있고 이성의 입욕보조자를 그대로 두고서는 아무리 시설기준이나 단속, 처벌을 강화한다고 하여도 퇴폐행위를 막는 데에는 한계가 있어서 이 사건 규칙조항은 터키탕 안에서의 퇴폐행위를 원천적으로 근절시키기 위하여 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한한 것이므로 그 입법목적은 선량한 풍속의 유지 및 국민의 건강증진을 위한 것으로서 정당하다.

(2) 방법의 적정성

입법 목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인가의 문제는 그 결정이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정·범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법정책에 관한 사항으로서 입법 제량에 속하는 것이라 할 것이고, 더욱이 이 사건의 경우와 같이 영업활동 또는 직업수행의 자유를 제한하는 입법의 경우에는 직업결정의 자유나 전직의 자유에 대한 제한의 경우보다 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 할 것이다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 참조).

터키탕업소 안에 이성의 입욕보조자를 두면서 윤락행위 등 퇴폐행위를 단속하는 데에는 막대한 인력과 비용이 필요한데다가 터키탕영업의 특수성으로 인하여 단속에 한계가 있는데 비하여 터키탕업소 안에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 하는 경우에는 인력과 비용이 크게 들지 아니하면서도 퇴폐행위를 원천적으로 근절할 수 있어 입법 목적을 달성하는데 효과적이고, 이 사건 규칙조항은

헌재 1998. 2. 27. 97헌마64

이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 제한하고 있을 뿐 터키탕영업을 금지시키거나 입욕보조자 자체를 둘 수 없도록 제한하고 있지도 아니하여 터키탕 영업에 종사하는 청구인들의 재산권이나 직업의 자유를 본질적으로 침해한 것이라고 할 수도 없다.

따라서 이 사건 규칙조항에 의한 기본권제한은 입법목적의 달성을 위하여 합리적이고 적절한 방법으로서 과잉입법금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

다. 이 사건 규칙조항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부

이 사건 규칙조항이 터키탕업소에 이성의 입욕보조자를 둘 수 없도록 규정하면서 시행규칙 부칙 제4조 제1항이 종전의 규정에 의하여 허가를 받은 터키탕업소는 시행일로부터 2년간 이성의 입욕보조자를 둘 수 있도록 규정한 것은 종전의 규정에 의하여 이성의 입욕보조자를 둘 수 있다고 믿고 허가를 받은 터키탕업자의 신뢰이익을 보호하고 임대기간, 투자회수기간 등을 감안하여 손해를 최소화하기 위한 조치로서 합리적인 이유가 있을 뿐만 아니라 이로 인하여 청구인들이 평등권을 침해받는 것도 아니므로 이 부분 주장도 이유없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 심판청구는 모두 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석(주심) 신창언 이영모 한대현

검찰보존사무규칙 제22조 등 위헌확인

(1998. 2. 27. 97헌마101 전원재판부)

【판시사항】

1. 검찰보존사무규칙 제22조, 대검찰청기록열람·등사에관한업무처리지침 제2조 나항이 기본권침해의 직접성이 있는지 여부(소극)
2. 법원의 인증등본 송부촉탁에 따른 불기소사건기록 열람·등사 청구에 대한 검사의 거부처분에 대한 헌법소원은 구제절차를 거친 후에 하여야 하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 검찰보존사무규칙 제22조와 기록열람·등사에관한업무처리지침 제2조 나항은 기록의 열람·등사에 관한 기준을 제시하고 있을 뿐이므로 검사는 기록 열람·등사신청이 있을 경우 이 사건 규칙 제22조와 이 사건 지침 제2조 나항에 따라 당연히 기록의 열람·등사를 허가하거나 거부하여야 하는 것은 아니며, 위 기준에 따라 수사기록의 내용을 판단하여 허가여부의 결정을 할 수 있고, 따라서 피청구인인 검사의 집행행위를 통하지 아니하고, 이 사건 규칙과 지침이 직접 청구인들의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 없다.
2. 이 사건 규칙은 제20조에서 사건관계인 등이 불기소사건기록 등에 대하여 일정범위의 열람·등사를 청구할 수 있도록 규정하고, 제21조에서 위와 같은 청구가 있는 경우 검사는 그 허가여부를 결정하여 서면으로 통지할 의무를 지도록 규정함으로써 국민에게 불기소사건기록의 열람·등사를 청구할 권리 내지 법에 정하여진 절차에 따라 그 허가여부의 처분을 행할 것을 요구할 수 있는 법규상의 지위가 부여되었으므로 이 사건 인증등본송부신청에 대한 피청

헌재 1998. 2. 27. 97헌마101

구인의 거부처분은 취소소송의 대상이 되고, 위 거부처분에 대하여 행정소송 등의 구제절차를 거치지 아니하고 제기한 헌법소원심판청구는 부적법하다.

【심판대상조문】

검찰보존사무규칙 제22조(열람·등사의 제한) 검사는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 기록의 열람·등사를 제한할 수 있다.

1. 재판이 비공개로 진행되었던 경우. 다만, 추후에 사정변경이 있는 경우는 예외로 한다.
2. 사건의 확정 또는 결정 후 3년이 경과한 경우, 다만, 특별한 사유가 있는 경우는 예외로 한다.
3. 기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속 기타 공공의 질서유지나 공공복리를 해할 우려가 있는 경우
4. 기록의 공개로 인하여 사권관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 해할 우려가 있는 경우
5. 기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우
6. 기록의 공개로 인하여 피고인의 개선이나 갱생에 지장을 초래할 우려가 있는 경우
7. 기록의 공개로 인하여 비밀로 보존하여야 할 수사방법상의 기밀이 누설되거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우
8. 기타 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우

대검찰청기록열람·등사에관한업무처리지침 제2조(허용범위)

가. 생략

나. 법원의 서증조사 협조의뢰·기록검증의 통지·문서송부촉탁이 있는 경우

- 1) 법원의 서증조사 협조의뢰·기록검증의 통지·문서송부촉탁(이하 서증조사 협조의뢰 등이라 한다)이 있는 때에는 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 명백한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한

다.

2) 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 명백한 사유가 있는 때라 함은 다음과 같다.

- 검찰보존사무규칙 제22조 각 호의 사유가 있는 때

- 수사나 공소유지에 지장을 초래할 우려가 있는 때

- 특히, 서증조사 협조의뢰와 문서송부촉탁의 경우에 한하여는 소송 당사자가 사건관계인으로서 검찰에 열람·등사를 청구하였다면 열람·등사가 허용되지 아니할 때. 다만, 교통사고실황조사서 등 객관적 사실확인에 관한 것으로 대체성이 없는 서류 또는 소송의 유일한 증거가 되는 서류는 제외

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제21조 제1항, 제27조 제4항, 제37조 제2항
헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416
2. 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234

【당 사 자】

청 구 인 1. 허복례
 대리인 변호사 송호신
 2. 송호신(변호사)
피청구인 서울지방검찰청 서부지청검사

【주 문】

심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 송호신은 청구인 허복례의 대리인으로 서울지방법원 96나47332호 부동산소유권이전등기절차이행청구소송의 진행중 증인 정대진의 진술이 필요한데 동인이 소재불명이므로 동인을 조사한 서울지방검찰청 서부지청 96형제15700호 사건 수사기록에서 위 정대진의 진술내용을 확보하기 위하여 1996. 12. 19. 재판부에 위 서부지청 96형제15700호 수사기록에 대한 인증등본송부촉탁신청을 하였고, 재판부는 그 신청을 받아들여 서울지방검찰청 서부지청장에게 동 지청의 96형제15700호 청구인 허복례에 대한 사기 사건 수사기록 일체에 대하여 송부촉탁인 피고대리인 변호사 송호신 또는 그 대리인이 문서를 열람 후 지정하는 부분의 인증등본 각 1통을 송부하여줄 것을 촉탁하였다.

(2) 청구인 송호신은 1997. 1. 25. 서울지방검찰청 서부지청 집행과 기록보존계에서 담당직원으로부터 동 지청 96형제15700호 사건의 수사기록을 넘겨받아 기록목록에 의하여 필요한 부분의 열람·등사신청을 하였으며, 피청구인은 1997. 1. 25. 문서송부촉탁에 대한 회시에서 검찰보존사무규칙 제22조를 근거로 피고인 본인진술 및 제출서류의 부분에 대하여는 문서송부촉탁에 응할 수 없음을 표시하여 거부하였고, 위 문서는 1997. 1. 30. 서울지방법원에 접수되었다. 이에 따라 청구인은 검찰보존사무규칙 제22조 및 대검찰청의 기록열람·등사에관한업무처리지침과 위 거부처분은 청구인 허복례의 신속하고도 공정한 재판을 받을 권리, 알권리, 평등권을, 청구인 송호신의 업무수행권, 알권리를 각 침해하고, 헌법상 기본권제한입법의 기본원칙인 과잉금지의 원칙에 위반된다고 하여

1997. 3. 21. 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 심판의 대상은 검찰보존사무규칙(1993. 12. 10. 법무부령 제378호로 제정된 것, 이하 이 사건 규칙이라고 한다.) 제22조 및 대검찰청의 기록열람·등사에 관한 업무처리지침(1995. 5. 31. 검찰예규 제244호로 제정된 것, 이하 이 사건 지침이라고 한다.) 제2조 나항과 피청구인이 서울지방법원의 서울지방검찰청 서부지청 96형제15700호 청구인 허복례 외 1인에 대한 사기등 피의사건 수사기록의 문서송부촉탁에 대하여 이를 거부한 거부처분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 규칙 및 지침의 내용은 다음과 같다.

검찰보존사무규칙

제22조(열람·등사의 제한) 검사는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 기록의 열람·등사를 제한할 수 있다.

1. 재판이 비공개로 진행되었던 경우. 다만, 추후에 사정변경이 있는 경우는 예외로 한다.
2. 사건의 확정 또는 결정 후 3년이 경과한 경우. 다만, 특별한 사유가 있는 경우는 예외로 한다.
3. 기록의 공개로 인하여 국가의 안전보장, 선량한 풍속 기타 공공의 질서유지나 공공복리를 해할 우려가 있는 경우
4. 기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전이나 생활의 평온을 해할 우려가 있는 경우
5. 기록의 공개로 인하여 공범관계에 있는 자 등의 증거인멸

또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있는 경우

6. 기록의 공개로 인하여 피고인의 개선이나 갱생에 지장을 초래할 우려가 있는 경우
7. 기록의 공개로 인하여 비밀로 보존하여야 할 수사방법상의 기밀이 누설되거나 불필요한 새로운 분쟁이 야기될 우려가 있는 경우
8. 기타 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 현저한 사유가 있는 경우

기록열람·등사에관한업무처리지침

2. 허용범위

나. 법원의 서증조사 협조의뢰·기록검증의 통지·문서송부촉탁이 있는 경우

○법원의 서증조사 협조의뢰·기록검증의 통지·문서송부촉탁(이하 서증조사 협조의뢰 등이라 한다)이 있는 때에는 기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 명백한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

○기록을 공개함이 적합하지 아니하다고 인정되는 명백한 사유가 있는 때라 함은 다음과 같다.

－검찰보존사무규칙 제22조 각 호의 사유가 있는 때

－수사나 공소유지에 지장을 초래할 우려가 있는 때

－특히, 서증조사 협조의뢰와 문서송부촉탁의 경우에 한하여는 소송당사자가 사건관계인으로서 검찰에 열람·등사를 청구하였다면 열람·등사가 허용되지 아니할

때. 다만, 교통사고실황조사서 등 객관적 사실확인에 관한 것으로 대체성이 없는 서류 또는 소송의 유일한 증거가 되는 서류는 제외

2. 청구인들의 주장과 서울지방검찰청 서부지청장의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 규칙 제22조의 제한대상이 될만한 타당한 이유가 없음에도 피청구인이 이 사건 규칙과 지침을 내세워 법원의 서증조사나 인증등본송부촉탁에 대하여 일률적으로 등본신청인의 진술에 대하여만 열람 및 등본을 허용하는 것은 청구인 허복례의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리, 알권리, 평등권을 침해하고, 청구인 송호신의 업무수행권, 알권리를 침해하는 것이며, 헌법 전문의 자유민주주의적 기본질서, 헌법 제1조의 국민주권주의, 헌법 제7조의 공무원의 지위 및 책임, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리, 헌법 제101조 제1항 및 제103조의 사법권 및 법관의 독립과도 조화되지 아니한다.

(2) 수사기록이 법원에 제출되면 기소중지된 공범에게 그 내용이 알려져 수사에 지장이 있다고 하는 검찰의 주장은 기소중지를 방지할 책임이 있는 검찰이 자신의 책무를 다하지 못한 것으로 그 책임과 불이익을 국민에게 전가하는 것은 본말이 전도된 것이다.

(3) 수사기록이 법원에 제출되면 사건 관계인들에 대한 명예훼손의 우려가 있다고 하는 검찰의 주장은 수사기록에 대한 열람 및 복사가 정당한 재판권행사, 그리고 당사자 및 변호사들의 정당한 재판참여권 혹은 방어권 행사의 일환이라고 볼 때 검찰의 우려는

헌재 1998. 2. 27. 97헌마101

제도적 보완사항일지언정 수사기록 열람 및 복사 거부의 정당한 이유가 될 수 없다.

나. 서울지방법검찰청 서부지청장의 의견

(1) 제기요건에 대한 의견

(가) 사전구제절차의 불경료

청구인은 수사기록 등사신청 거부행위에 대하여 행정쟁송절차를 거치거나 처분취소청구소송을 할 수 있음에도 이를 거치지 아니한 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의하여 부적법하므로 각하되어야 한다.

(나) 권리보호이익의 결여

청구인 송호신은 1997. 4. 28. 서울지방법원에 다시 문서송부촉탁신청을 하여 피청구인은 1997. 6. 23. 청구인이 등사를 원하는 부분인 불기소결정문, 기록목록, 피의자 정대진에 대한 피의자신문조서, 참고인 강정순에 대한 진술조서, 전세계약서 등 입증서류를 등사하여 법원에 송부하였으므로 청구인은 그 목적을 달성하였고, 공권력에 의한 청구인의 기본권침해는 이미 종료되었으므로 권리보호이익이 없어 부적법하므로 각하되어야 한다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 민사소송의 신속한 재판을 받을 권리는 제1회 재판기일의 신속한 지정, 집중심리주의, 입증책임을 지는 당사자의 신속한 증거제출 등에 의하여 보장되는 것이고, 검찰이 보관중인 수사기록에 대한 열람·등사에 의하여 좌우되는 것은 아니며, 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부는 법률의 규정에 위반하여 재판절차를 진행하는 경우라 할 것인데 이 사건 규칙이나 지침 등에 의하여

열람·등사하여 송부한 경우 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 할 수 없다.

(나) 헌법재판소는 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133 결정에서 알권리와 관련한 수사기록 열람·등사 및 제한에 대하여 기준을 제시하고 있고, 이 사건 규칙과 지침은 위 헌법재판소의 결정에 따라 민사소송 당사자 또는 변호인의 소송수행보장과 사건관계인의 사생활 침해금지 등 공익목적과의 조화를 도모하여 제정·시행하고 있는 것이므로 헌법에 위반된 규정이라고 할 수 없다.

(다) 헌법재판소의 위 결정은 수사기록에 대한 열람·등사의 허용범위에 대하여 판시하고 있으며, 이 사건 지침에서도 이를 반영하여 당사자가 제출한 증거와 진술은 문서송부촉탁시 반드시 허용하고 있으나, 청구인은 수사기록 일체에 대한 등사신청을 하여 헌법재판소의 결정에 반하는 청구를 하고 있다.

(라) 우리나라의 경우 고소사건의 공소제기율이 떨어지고 불기소율이 기형적으로 높은 현상은 채무불이행 등 민사사안에 불과한 내용에 대하여 형사고소가 남발되는 경향에 기인한 것으로 불기소 처분을 예상하면서도 고소하는 이유는 민사소송에서 서증 및 문서송부촉탁제도를 이용하여 수사기록을 증거로 이용하려는 현상에 의한 것이나, 이는 피고소인에 대한 부당한 인권침해, 사인간의 분쟁에 과도한 공권력의 투입이라는 비난을 면할 수 없고, 수사기록을 함부로 공개하는 것은 민사절차와 형사절차가 분리되어 있는 우리 사법제도의 기본구조에 배치되며 수사권이 민사재판의 한쪽 당사자를 위하여 동원되는 결과를 초래하여 수사권의 남용이 된다.

헌재 1998. 2. 27. 97헌마101

(마) 우리 헌법상 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니하고(헌법 제17조), 국가는 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보장할 의무를 지게 되며(헌법 제10조), 형사소송법 제198조는 “검사·사법경찰관리 기타 수사관계자는 비밀을 엄수하며, 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 하여야 한다”고 규정하고 있는바, 이는 수사기록을 유출하여 관계인의 명예나 프라이버시, 안전 등 인권을 침해하는 것도 금지하는 것이라고 할 수 있으며 피해자, 신고자, 목격자 등의 보호필요성 및 언론에의 유출에 의한 관계인의 명예훼손가능성과 수사기밀의 유출로 인한 증거인멸, 도주우려의 문제발생, 수사기관에 대한 불신조장의 초래 등의 폐해를 고려하여 수사기록의 공개여부는 신중히 결정되어야 한다.

3. 판 단

먼저 이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴본다.

가. 이 사건 규칙 및 지침에 대한 심판청구의 적법여부

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. 따라서 규칙이나 지침을 그 대상으로 하는 헌법소원의 경우에도 당해 규칙이나 지침에 의하여 현재·직접적으로 청구인의 기본권이 침해받아야 하는 것을 그 요건으로 하고, 기본권 침해의 직접성이란 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한,

의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 경우를 뜻하므로 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권의 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여되어 부적법한 것으로 된다(헌재 1995. 3. 23. 93헌마12 등 참조).

그런데 청구인들이 이 사건 헌법소원심판대상으로 들고 있는 이 사건 규칙과 지침을 살펴보면, 이 사건 규칙은 제20조에서 피고인, 사건관계인 등의 기록 열람·등사청구권을 규정하고, 제21조에서 제20조의 청구가 있는 경우에 검사가 그 허가여부를 결정하도록 규정하고 있으며, 이 사건 규칙 제22조와 이 사건 지침 제2조 나항은 기록의 열람·등사에 관한 기준을 제시하고 있을 뿐이므로 검사는 기록 열람·등사신청이 있을 경우 이 사건 규칙 제22조와 이 사건 지침 제2조 나항에 따라 당연히 기록의 열람·등사를 허가하거나 거부하여야 하는 것은 아니고, 위 기준에 따라 수사기록의 내용을 판단하여 허가여부의 결정을 할 수 있다.

따라서 피청구인인 검사의 기록 열람·등사신청에 대한 허가여부처분이라는 집행행위를 통하지 아니하고 이 사건 규칙과 지침이 직접 청구인들의 기본권을 침해하고 있다고 볼 수 없으므로 기본권침해의 직접성이 결여되어 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

나. 피청구인의 거부처분에 대한 심판청구의 적법여부

(1) 먼저 피청구인은 서울지방법원 판사 현순도의 문서송부촉탁신청에 대하여 거부하였으나 그 실제 내용은 청구인들이 위 판사에게 불기소사건기록의 인증등본송부촉탁신청을 하여 위 판사가 서울지방검찰청 서부지청에 문서송부촉탁을 한 것이고, 이에 대해

헌재 1998. 2. 27. 97헌마101

여 피청구인이 이 사건 규칙을 근거로 거부하였으므로 피청구인의 처분은 청구인들의 불기소사건기록의 인증등본송부신청에 대한 거부처분으로 볼 수 있을 것이다.

그런데 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하면서 동 조 단서에서 헌법소원심판청구를 함에 있어 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 이를 청구할 수 없다고 보충성의 원칙을 요구하고 있는바, 청구인은 피청구인의 위 거부처분에 관하여 아무런 사전구제절차를 거치지 아니하고 직접 헌법재판소에 피청구인의 거부처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있으므로 그 적법여부에 대하여 살펴본다.

(2) 이 사건 인증등본송부신청에 대한 피청구인의 거부처분에 대한 구체절차로는 형사소송법상의 준항고절차(형사소송법 제417조)와 행정쟁송절차를 생각할 수 있으나, 준항고절차의 경우 형사소송법 제417조가 준항고의 대상을 검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분으로 한정하고 있어서 이 사건 인증등본송부신청에 대하여는 준항고절차의 적용이 배제됨이 명백하므로(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133 참조) 여기에서는 행정소송법에 의한 취소소송의 대상이 되는지 여부가 문제이다. 국민의 신청에 대하여 한 거부행위가 취소소송의 대상이 되는 행정처분이 되기 위하여는 신청인이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 근거가 있어야 하며 이러한 권리에 의하지 아니한 국민의 신청을 행정청

이 받아 들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것이 아니므로 그 거부행위를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133; 대법원 1996. 1. 23. 선고, 95누1378 판결 등 참조).

그런데, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 규칙은 제20조에서 사건관계인 등이 재판확정기록, 불기소사건기록 및 진정·내사사건기록 등에 대하여 일정 범위의 열람·등사를 청구할 수 있도록 규정하고, 제21조에서 위와 같은 청구가 있는 경우 검사는 그 허가여부를 결정하여 서면으로 통지할 의무를 지도록 규정함으로써, 국민의 열람·등사청구가 있는 경우 기록보관 검찰청이 일정한 처분을 하여야 한다고 규정한 실정법상의 근거가 명백히 마련되어 그 처분성이 분명하게 되었고 국민에게 불기소사건기록의 열람·등사를 청구할 권리 내지 법에 정하여진 절차에 따라 그 허가여부의 처분을 행할 것을 요구할 수 있는 법규상의 지위가 부여되었으므로 이 사건 인증등본송부신청에 대한 피청구인의 거부처분은 취소소송의 대상이 된다고 할 것이다.

따라서 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유가 있는 착오로 전심절차를 밟지 않았거나 또는 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차이행의 기대가능성이 없을 때 등의 예외사유(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 1991. 5. 13. 90헌마133 등 참조)가 없음에도 청구인이 피청구인의 위 거부처분에 대하여 행정소송 등의 구제절차를 거치지 아니하고 제기한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

4. 결 론

헌재 1998. 2. 27. 97헌마101

따라서 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형(주심) 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

노동조합법 제46조의3 위헌제청

(1998. 3. 26. 96헌가20 전원재판부)

【판시사항】

구 노동조합법 제46조의3 중 단체협약에 위반한 자를 1,000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 부분이 죄형법정주의에 위배되는지 여부(적극)

【결정요지】

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3은 그 구성요건을 “단체협약에……위반한 자”라고만 규정함으로써 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐 구성요건의 실질적 내용을 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청인 “법률”주의에 위배되고, 그 구성요건도 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3(벌칙) 제34조 제1항의 규정에 의한 체결된 단체협약 또는 제38조의 규정에 의한 결정에 위반한 자는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

【참조조문】

헌법 제12조 제1항

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제33조(교섭권한) ① 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다. 다만, 사용자단체와의 교섭에 있어서는 단위노동조합의 대표자 중에서 그 대표자를 선정하거나 연명으로 교섭할 수 있다.

②~⑤ 생략

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제34조(단체협약의 작성) ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인하여야 한다.

②~③ 생략

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제36조(기준의 효력) ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

② 제1항의 경우 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다. 근로계약에 규정되지 아니한 사항에 대하여도 또한 같다.

【참조판례】

헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15

헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53

헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219

【당 사 자】

제청법원 부산지방법원 울산지원

당해사건 부산지방법원 울산지원 96고단1591 노동조합법위반 등

【주 문】

구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3 중 단체협약에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

심판의 권근섭, 이준균은 노동조합법위반죄 등으로 1996. 6. 29. 제청법원에 각 공소제기되었는바(96고단1591 노동조합법위반 등), 노동조합법위반죄의 공소사실의 요지는, 위 피고인들이 울산광역시 소재 한일이화주식회사에서 개최된 노사협의회에서 1995년도 연말 성과급 지급문제에 대한 합의점을 찾지 못하자, 조합원들을 선동하여 노사간 합의하에 계속적, 관행적으로 실시하여 오던 연장근로와 휴일근로를 거부하게 하는 등으로 쟁의행위를 함으로써 위 회사 단체협약 제77조에 규정된 “회사와 조합은 이 협약에서 정하는 단체교섭의 협의에서 해결되지 아니하는 경우 이외에는 쟁의행위를 하지 않는다.”는 평화조항을 위반하였다는 것이다.

제청법원은 위 당해사건의 재판계속중인 1996. 7. 30. 위 심판의 인들에게 적용될 구 노동조합법 제46조의3에 헌법위반의 의심이 있다고 하여 직권으로 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

구 노동조합법 제46조의3 중 후단 부분은 단체협약의 지역적 구속결정에 위반한 행위에 관한 것으로서 당해사건과 아무런 관련

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

이 없음이 분명하므로, 이 사건 심판의 대상은 구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것. 이하 “노동조합법”이라 한다) 제46조의3 중 단체협약에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부로서 그 규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

노동조합법 제46조의3(벌칙) 제34조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약(후단부분 생략)에 위반한 자는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

제34조(단체협약의 작성) ① 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인하여야 한다.

2. 제청법원의 위헌제청이유와 이해관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

(1) 이 사건 법률조항은 형벌 구성요건의 실질적 내용을 명령이나 규칙도 아닌 노동조합과 사용자 내지 사용자단체 사이의 근로조건에 관한 계약에 지나지 않는 단체협약에 위임하고 있어 헌법에 천명된 죄형법정주의의 기본원칙인 법률주의에 위배된다.

(2) 단체협약의 내용은 강행법규나 공서양속에 위반되지 아니하는 한 아무런 제한이 없는데, 이 사건 법률조항은 단순히 “단체협약에 위반한”이라고만 추상적, 포괄적으로 정하고 있어 처벌대상 행위의 범위가 지나치게 광범위하여 그 적용대상이 매우 모호하므로 범죄구성요건이 어떤 것인지 전혀 예측할 수 없으며, 나아가 각 단체협약의 당사자별로 범죄구성요건이 다른 처벌법규가 생기게 되어 죄형법정주의에 위배된다.

나. 부산지방법검찰청 울산지청장의 의견

(1) 단체협약은 단순히 근로조건에 관한 계약에 불과한 것이 아니라 개별적·집단적 노사관계를 규율하는 최상위 자치규범으로서 법규범 내지 법규범에 준하는 법적 성질을 인정받고 있으므로 단체협약을 위반한 경우에 형벌의 구체적 종류와 범위를 명시하여 처벌한다고 하여 죄형법정주의에 위배되는 것은 아니다.

(2) 단체협약의 내용은 정형화되어 있을 뿐 아니라 그 피적용자인 노사 양측은 각 단체협약 체결의 당사자이므로 충분히 그 내용을 예측, 인식할 수 있는 지위에 있다. 또한 이 사건 법률조항의 구성요건이 다소 광범위하여 법관의 보충적 해석이 필요하다 하더라도 단체협약의 내용 및 이 사건 법률조항의 입법취지와 기능 등을 종합적으로 고려할 때 통상적인 가치판단과 보충해석의 방법을 통하여 처벌법규의 보호법익, 금지된 행위 등을 파악할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 배치되지 아니한다.

다. 노동부장관의 의견

(1) 근로자의 권익보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지를 위하여 노사 쌍방의 단체협약 준수가 필수적으로 요구되는 바, 단체협약 위반행위에 대하여 채권법상의 강제이행, 손해배상, 해지·해제 등의 방법으로 처리하여서는 단체협약 준수를 기대하기 미흡하므로 단체협약 위반행위를 처벌함으로써 단체협약을 준수하도록 강제할 필요가 있다.

(2) 이 사건 법률조항을 위헌이라고 해석하는 경우 단체협약의 준수를 강제할 수 있는 방법은 사실상 없는 것이고, 이러한 상황

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

은 경제적 약자인 근로자들에게 회복할 수 없는 불이익을 가져다 주게 된다. 나아가 사용자측의 단체협약체결 거부행위를 처벌하는 규정인 노동조합법 제46조의2, 제39조 제3호를 사문화할 가능성이 크다.

(3) 단체협약은 그 내용이 개별사업장마다 상이하므로 그 위반 내용을 미리 예측하여 구체적인 처벌대상을 획일적으로 정형화하는 것은 입법기술상 불가능하다. 따라서 금지되는 행위인 “단체협약 위반” 및 그 처벌형량을 법에 명시하고 다만 구체적 의무사항은 노사간에 자율적으로 결정된 단체협약에 정하도록 규정할 수밖에 없다.

(4) 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 점에 관하여는 위 울산지청장의 의견과 대동소이하다.

3. 판 단

가. 단체협약의 의의

단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 노동조건 등에 관하여 합의에 의하여 서면으로 체결하는 협정으로서(노동조합법 제33조 제1항, 제34조 제1항), 개별적 노사관계 및 집단적 노사관계에 관한 기준을 설정함으로써 일정기간 노사관계를 안정시키는 기능을 한다.

단체협약에 대하여는 근로자의 보호와 노사관계의 안정이라는 노동정책상의 이유에서 법률로 특별한 법적 효력을 부여하고 있는 바, 단체협약 중 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반되는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 되며(노동조합법 제36조 제1항), 위와 같이 무효로 된 부분 또는 근로계약에 규정되

지 아니한 사항은 단체협약에 정한 기준에 의하게 된다(동법 제36조 제2항).

그런데 이 사건 법률조항은 이러한 단체협약의 규정내용의 경중을 가리지 아니하고 이에 위반한 자를 1,000만원 이하의 벌금에 처하는 처벌조항으로서, 이에 대하여는 무엇보다도 죄형법정주의의 위반여부가 문제된다. 처벌법규의 실질적 내용을 모두 단체협약에 위임한 것이 아닌지, 또 범죄구성요건이 지나치게 불명확한 것이 아닌지 하는 의문이 제기되기 때문이다.

나. 죄형법정주의의 의미

“법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.”라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 법치주의, 국민주권 및 권력분립의 원리에 입각한 것으로서 일차적으로 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 성문의 법률로써 정하여야 한다는 원칙이고, 헌법도 제12조 제1항 후단에 ‘법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌을 받지 아니한다.’라고 규정하여 죄형법정주의를 천명하고 있는바, 여기서 말하는 “법률”이란 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것임은 물론이다. 그리고 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없어 예외적으로 하위법령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다 하더라도 그러한 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름이 없어 의회입법의

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되며, 특히 법률에 의한 처벌 법규의 위임은, 헌법이 특별히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다.

한편 죄형법정주의는 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 한다고 할지라도 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고 할 수 없다. 결국 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4; 1994. 7. 29. 93헌가4등; 1994. 7. 29. 93헌가12; 1997. 3. 27. 95헌가17 등 참조).

다. 이 사건 법률조항의 죄형법정주의 위배 여부

(1) 이 사건 법률조항은 형벌 구성요건의 실질적 내용을 법률에서 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적 요청으로서 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가

제정한 형식적 의미의 “법률”로써 정하여야 한다는 법률주의에 위배된다는 의심이 있다.

이 사건 법률조항은 단체협약에…… 위반한 자라는 구성요건과 그에 대한 1,000만원 이하의 벌금이라는 형벌을 스스로 규정하고 있어 형식적으로 보면 법률주의의 요청을 충족한 것처럼 보일 수도 있으나, 실질적으로는 법률주의의 요청을 충족한 것으로 보기 어렵다. 왜냐하면 이 사건 법률조항은 그 구성요건을 단체협약……에 위반한 자라고만 규정함으로써 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐이고, 구성요건의 실질적 내용에 관하여는 스스로 아무런 규정을 하고 있지 아니하기 때문이다. 범죄구성요건의 실질적 알맹이, 즉 금지의 실질을 단체협약의 내용에 모두 내맡기고 있는 바, 단체협약은 위에서 본 바와 같이 근본적으로 근로조건에 관한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 체결되는 계약에 불과하므로 결국 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사(勞使)에 넘겨준 것이나 다름없다 할 것이다.

물론 단체협약의 구체적 내용을 일일이 범죄구성요건으로 규정하는 것은 입법기술상 곤란할지도 모르나 적어도 처벌법규인 이상 단체협약의 내용 중 그 위반에 대한 처벌을 가하고자 하는 사항을 최소한이나마 특정하여 이를 명확히 규정하였어야 하는데도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이러한 노력없이 단지 막연히 “단체협약……에 위반한 자”라고만 규정하고 있을 뿐인 것이다.

이에 대하여 단체협약은 단순히 근로조건에 관한 계약에 불과한 것이 아니라 개별적·집단적 노사관계를 규율하는 최상위 자치규범으로서 법규범 내지 법규범에 준하는 법적 성질을 인정받고 있

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

으므로 죄형법정주의의 법률주의에 위반한 것이 아니라는 주장이 있으나, 죄형법정주의가 지니고 있는 법치주의, 국민주권 및 권력 분립원리의 의미를 고려할 때, 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가를 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로써 정하여야 한다는 원칙은 엄격하게 해석하여야 할 것이므로 설사 단체협약에 범규범적 성격이 있음을 부인하지 아니한다 하더라도 이를 국회가 제정한 형식적 의미의 법률과 동일시할 수는 없으므로 그러한 주장은 받아 들일 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항의 “단체협약……에 위반한 자”라는 구성요건은 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 또 다른 요청인 명확성의 원칙에 위배된다.

단체협약……에 위반하기만 하면 구성요건이 충족되게 되는데, 단체협약이란 것은 그 체결의 주체, 방식, 효력에 관하여만 노동조합법 제33조, 제34조에서 규정하고 있을 뿐 그 내용에 관하여는 아무런 규정이 없다. 따라서 개별적 및 집단적 노사관계의 모든 사항에 관하여 노사는 자율적으로 특별한 제약없이 단체협약을 체결할 수 있는 것이어서(단체협약은 조합활동, 임금 및 퇴직금, 근로시간, 휴가, 산업안전 및 재해보상, 인사, 교육 및 복지후생, 단체교섭, 노동쟁의, 경영협의 등 노사간에 문제되는 사항을 폭넓게 다루고 있는 것이 보통이다), 단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특징이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.

한편으로 단체협약에……위반한 행위라 하지만 단체협약의 내용이 이렇듯 광범위하고 다양하므로 그 위반행위의 성격이나 경중, 가벌성의 정도도 다를 수밖에 없다. 단체협약에는 임금, 근로시간 등과 같이 근로자의 근로조건에 직결되는 내용을 비롯하여 인사, 노동쟁의 등과 같이 노사관계에 관한 기본적이고도 중요한 내용이 포함될 수 있는 반면, 사소한 절차규정과 같은 지엽적인 내용, 나아가 법원의 해석·적용이 불가능할 정도로 추상적이고 불명료한 내용도 포함될 수 있고, 심지어는 사회상규에 어긋나는 부당한 내용이 포함될 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로 단체협약에…… 위반한 행위라 하더라도 그 경중과 가벌성의 정도는 현격히 다를 수 있는 것인데도, 이를 가리지 아니하고 일률적으로 처벌하는 이 사건 법률조항은 국가형벌권 행사의 정당성과 형평성을 획득하기 어렵다. 또한 법원, 검찰 등의 법집행기관으로 하여금 처벌대상행위나 처벌대상행위자를 자의적으로 선별하여 법을 집행할 수 있는 여지를 제공하기 때문에 법집행상의 공정성마저 해칠 우려가 있는 것이다.

이에 대하여 단체협약의 내용은 정형화되어 있을 뿐 아니라 그 피적용자인 노사 양측은 단체협약 체결의 당사자이므로 충분히 그 내용을 예측, 인식할 수 있는 지위에 있다고도 주장할 수 있겠으나, 정형화되어 있는 것은 단체협약의 내용이 아니라 단체협약이 다루는 사항 내지 대상에 불과하다 할 것이고 위에서 본 바와 같이 단체협약의 내용은 대단히 포괄적이고 광범위하므로 비록 단체협약의 적용을 받는 당사자라 할지라도 노사양측, 특히 개별 근로자들이 모두 단체협약의 구체적이고 세부적인 내용까지 숙지하고

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

있다고 보기 어렵고, 또 이를 요구할 수도 없는 것이므로 이러한 주장은 타당하지 아니하다 할 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 단체협약에 위반한 자를 1,000만원 이하의 벌금에 처한다는 처벌법규인바, 이 조항은 1974. 1. 14. 선포된 “국민생활의 안정을 위한 대통령 긴급조치” 제21조의 내용을 같은 해 12. 24. 법률 제2706호로 개정된 구 노동조합법에서 입법화한 이래 벌금액의 변동 이외에는 내용상의 변화없이 존속하여 왔다.

입법당시의 입법취지는, 단체협약을 강제적으로 준수하도록 하여 근로자의 권익보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지를 꾀하겠다는 데에 있었던 것으로 보이며, 당시의 노사현실, 근로자나 노동조합의 지위 등에 비추어 그 입법의 취지를 이해할 수 없는 것은 아니나, 노사간의 자치법규인 단체협약 위반행위 그 자체를 형벌로써 제재하는 이러한 입법례는 그 유례를 찾아 보기 어렵고, 노동관계법의 전체적인 체계에 비추어 볼 때에도 적절한 것이라고 할 수 없다. 근로기준법은 근로조건을 최저기준을 보장하고 있고, 노동조합법 제4장은 사용자의 부당노동행위를 금지하면서 권리를 침해받은 근로자의 구제제도를 마련하고 있으며, 무엇보다도 단체협약의 핵심적 부분이라 할 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반한 취업규칙 또는 근로계약은 무효로 한다고 하여 이 법률에 의하여 소위 강행적, 직접적 효력이 부여되어 있어(노동조합법 제36조) 처벌과 관계없이 단체협약 그 자체로써 이를 관철할 수 있는 것이다.

따라서 우리의 노사현실이 아직 노사간에 대등한 교섭력과 지위

가 확보되어 있지 아니하고, 또 노동조합이 민사책임의 한 쪽 당사자가 될 만큼 사회적, 경제적으로 완전히 성숙하였다고 보기는 어려울 지 모르지만, 궁극적으로는 다른 선진입법례와 마찬가지로 단체협약 위반행위에 대하여는 노사 상호간에 민사법적 책임을 추궁함으로써 단체협약의 규범력을 확보하는 방향으로 나아가야 할 것이며, 잠정적으로 국가가 형벌로써 개입한다 할지라도 단체협약 위반행위 중 진정 형사처벌이 불가피한 중요한 사항을 특정, 정형화하여 구성요건상 명확히 규정함으로써 죄형법정주의의 요청을 만족시키는 방법이 바람직하다 할 것이다.

이에 대하여는 이 사건 법률조항과 같은 방법으로라도 단체협약의 준수를 강제하지 아니한다면 경제적 약자인 근로자들에게 회복할 수 없는 불이익을 가져다 주게 된다는 주장도 있으나, 노사 양측을 가리지 아니하고 위반한 당사자를 처벌하고 있는 데다가, 벌금 상한액 1,000만원이란 것은 근로자에게는 상당한 부담이 될 수 있겠으나 사용자에게는 별다른 위협적 효과를 발휘하기 어려울 것으로 보이고 경우에 따라서는 오히려 근로자 보호라는 입법취지와는 정반대의 역효과를 낳을 우려도 없지 아니하는 것이다. 그렇다면 결국 이 사건 법률조항은 단체협약의 실효성 확보라는 목적에만 치우쳐 별다른 실익이 없는데도 노사간의 자율적 영역에 국가가 형벌을 수단으로 개입하는 것이라고 할 것이어서 그러한 주장은 타당하지 아니하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

헌재 1998. 3. 26. 96헌가20

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심)
고중석 신창언 이영모 한대현

하천법 제2조 제1항 제2호 다목 위헌소원

(1998. 3. 26. 93헌바12 전원재판부)

【판시사항】

1. 직권으로 심판의 대상을 변경한 사례
2. 제외지(堤外地)를 국유화한 것이 국민의 재산권을 침해하고 제외지의 소유자를 불평등하게 취급하는 것인지 여부(소극)
3. 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 소위 “입법적” 수용이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
4. 제3공화국 헌법하에서 제외지를 하천구역에 편입시키고, 이를 국유화하면서도 그에 대한 보상규정을 갖추지 못하였다가, 제5공화국 헌법하의 개정하천법에 의하여 보상규정이 추후 마련된 경우 헌법 제23조 제3항이 요구하는 “법률에 의한 보상”의 요건을 충족하는지 여부(적극)
5. 제외지에 대한 보상법률인 1984년의 개정하천법이나 그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인들이 이 사건 청구취지로서 위헌확인을 구하는 것은 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이나, 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 하는데, 당해사건에서의 청구인들의 청구취지는 이 사건 토지들이 국유가 아니라 청구인들의 사유토지임을 전제로

그 소유권확인을 구하는 것이므로 당해사건의 재판에 보다 직접적으로 관련을 맺고 있는 법률조항은 제외지를 하천구역에 편입시키고 있는 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이라기 보다 오히려 하천구역에 포함하여 하천을 국유로 한다고 규정함으로써 직접 제외지의 소유권귀속을 정하고 있는 동법 제3조라 할 것이므로 직권으로 이 사건 심판의 대상을 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목에서 동법 제3조로 변경한다.

2. 하천관리의 공익목적 달성을 위하여는 국가가 제외지를 유수형적토지와 일체화하여 일률적으로 관리할 필요성이 인정되고, 이러한 관리목적을 위하여 국가가 택할 수 있는 방법에는 제외지를 국유화하는 방안 또는 제외지를 일률적으로 국유화하지 아니하고 하천의 관리 등을 위하여 필요한 토지를 개별적으로 수용한다든가 하천관리상의 필요에 대응하여 사소유권의 이용·처분에 제한을 가하는 것에 그치는 방안이 있을 수 있는데, 이 두 가지 방안 중 어느 것을 택할 것인지는 입법자가 홍수피해방지와 하천의 적정한 이용 등 효율적인 하천관리라는 공익적 필요성의 정도와 이를 위해 국민의 재산권이 희생되고 제한되는 정도를 조화롭게 형량하여 결정할 문제이고, 이에 관한 사실의 평가와 가치판단은 일차적으로 입법자의 몫으로 그것이 현저히 자의적이거나 비례성을 벗어난 것이라고 보이지 않는 한 이를 존중하여야 할 것인바, 근대적 수리법 체계에서 국가의 하천관리의 중요성이 날로 커지고 있으며, 하천이라는 자연현상을 대상으로 하는 하천법은 합목적성과 기술성의 요청에 민감할 수 밖에 없다는 점과 제외지가 가진 특성을 고려할 때, 국민의 재산권에 대한 제약의 정도가 큰 국유화의 방법을 채택하였다 하더라도 하천의 보다 효율적 관리 및 이용이라는 중대한 공익목적에 비추어 볼 때 적정한 보상이 수반되는 한 이를 두고 현저히 자의적이거나 비례성을 벗어난 것으로서 위헌이라고 할 수 없다.

3. “입법적” 수용은 법률에 근거하여 일련의 절차를 거쳐 별도의 행정처분에 의하여 이루어지는 소위 “행정적” 수용과 달리 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 것이므로 “법률”에 의하여 수용하라는 헌법적 요청을 충족한다.

4. 관리청의 하천구역 지정처분없이 하천법 제3조, 제2조에 의하여 당연히 국유화된 제외지의 종전소유자들에 대하여 비록 종전의 하천법 자체에는 보상규정이 없었으나, 당시의 제3공화국 헌법 제20조 제3항은 현행 헌법과는 달리 공용수용에 대한 보상까지 반드시 법률로써 할 것을 명시적으로 규정하고 있지 않았으며, 한편으로 당시 법원은 수용법률에서 손실보상에 관한 규정을 두고 있지 않더라도 헌법 제20조 제3항을 직접적인 근거로 하여 손실보상을 청구할 수 있다는 견해를 취하고 있었고, 1984년의 개정하천법 부칙 제2조 제1항·제4항에 의하여 뒤늦게나마 보상법률이 마련되었고 후속 시행령에 의하여 대다수의 제외지 소유자들이 이미 손실보상을 받기에 이르렀다면 헌법 제23조 제3항이 요구하는 “법률에 의한 보상”의 요건을 충족하였다고 보아야 한다.

5. 헌법 제23조 제3항에 규정된 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하고, 토지의 경우에는 그 특성상 인근유사토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가할 수밖에 없는데, 제외지에 대한 보상규정인 1984년의 개정하천법 부칙 제2조 제1항은 보상대상토지, 보상의 주체, 보상의무에 관하여 스스로 규정하고 있고, 동 조 제4항의 위임에 근거한 “법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 하천편입토지의 보상에 관한 규정”(대통령령 제11919호) 제9조, 제10조, 제12조는 보상의 기준과 방법 등에 관하여 규정하고 있는바, 이러한 규정들의 내용을 종합적으로 고려하여 볼 때 1984년의 개정하천법이나

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제3조(하천의 귀속) 하천은 이를 국유로 한다.

【참조조문】

헌법 제23조 제3항

구 헌법(1962. 12. 26. 공포된 제5차 개정헌법) 제20조 ①~② 생략
③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.

하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제2조(용어의 정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “하천”이라 함은 공공의 이해에 밀접한 관계가 있는 하천으로서 대통령령으로 그 명칭과 구간이 지정된 것을 말한다.
2. “하천구역”이라 함은 다음 각 목에 계기하는 구역을 말한다.

가. 하천의 유수가 계속하여 흐르고 있는 토지 및 지형과 당해 토지에 있어서의 초목생무의 상황 기타의 상황이 하천의 유수가 미치는 부분으로서 매년 1회 이상 상당한 유속으로 흐른 형적을 나타내고 있는 토지(대홍수 기타 이상한 천연현상에 의한 일시적으로 그 상황을 나타내고 있는 토지를 제외한다)의 구역

나. 하천부속물의 부지인 토지의 구역

다. 제방(하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다)이 있는 곳에 있어서는 그 제외지(제방으로부터 하심측의 토지를 말한다) 또는 관리청이 지정하는 이와 유사한 토지의 구역

- 3.~4. 생략

② 생략

하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제74조(공용부담 등으로 인한 손실보상) ① 제2조 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 하천구역의 지정 및 제43조의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은

자가 있을 때 또는 관리청이 시행하는 하천공사로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 건설부장관이 행한 처분이나 공사로 인한 것은 국고에서, 도지사 행한 처분이나 공사로 인한 것은 당해 도에서 조속히 그 손실을 보상하여야 한다.

②~③ 생략

하천법(1984. 12. 31. 법률 제3782호로 개정된 것) 부칙 제2조(제외지 등에 대한 조치) ① 이 법 시행전에 토지가 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 되었거나, 1971년 1월 19일 공포된 법률 제2292호의 시행으로 제외지안에 있던 토지가 국유로 된 경우에는 관리청이 그 손실을 보상하여야 한다.

②~③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 보상금의 청구절차·산정기준일·보상의 기준 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312
4. 헌재 1995. 3. 23. 92헌가19, 판례집 7-1, 324
5. 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178
헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519

【당 사 자】

청 구 인 김주영 외 36인

대리인 변호사 심한준

당해사건 서울민사지방법원 90가합93568 소유권확인

【주 문】

하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제3조 중 제2조 제1항 제2호 다목 전단 소정의 제외지에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 별지2. 토지목록 기재의 토지들(이하 “이 사건 토지들”이라 한다)은 조선총독부 내무국 경성토목출장소가 1930. 11. 22.부터 1936. 10. 21.까지 사이에 한강의 치수를 목적으로 설치한 양천제(陽川堤)라는 제방과 한강의 하심(河心) 사이에 위치하고 있는 토지들로서, 공부상 청구인들의 각 소유로 등재되어 있었다. 그런데 서울특별시는 이 사건 토지들이 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제2조 제1항 제2호 다목에서 정하는 이른바 제외지(堤外地)로서 동법 제3조에 따라 국유화된 것이라고 하면서 1986. 11.경부터 청구인들에게 수차례 손실보상금을 수령할 것을 통고하였다.

(2) 이에 청구인들은 서울민사지방법원 90가합93568호로써 서울특별시 및 대한민국을 상대로 이 사건 토지들에 대한 소유권확인 소송을 제기하였고, 그 소송 계속중인 1991. 9. 24. 당해사건의 재판에 있어서 그 전제가 되는 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목 전단의 규정, 즉 “제방(하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다)이 있는 곳에서는 그 제외지”라는 부분이 헌법 제23조 및 제11조의 규정에 위배된다는 이유로 위 법원 91카105256호로써 위헌여부심판제청신청을 하였다.

(3) 위 신청에 대하여 위 법원은 1993. 4. 16. 위 하천법의 규정이 헌법에 위반되지 않는다는 이유로 이를 기각하였으며, 청구인

들은 같은 달 19. 그 기각결정을 송달받고서 그로부터 14일 이내인 1993. 4. 28. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판기록에 의하건대, 서울민사지방법원의 91카105256호 위헌여부심판제청신청사건에서 청구인들이 위헌여부심판의 제청을 구하였으나 동 법원에 의하여 그 신청이 기각당한 법률조항은 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목임이 분명하고, 이 사건 심판청구를 통하여 청구인들이 위헌확인을 구하는 것도 역시 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이다. 그러나 헌법재판소는 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 피청구인과 심판대상을 확정하여 판단하여야 한다(헌재 1993. 5. 13. 91헌마190 참조).

그러므로 살피건대, 청구인들이 위 91카105256 사건에서 위헌여부심판제청을 구한 이유의 요지는 결국 이 사건 토지들과 같은 사유의 제외지를 국유로 하는 것이 위헌이라는 것이고, 이에 대하여 위 법원이 그 제청신청을 기각한 것도 요건대 위 하천법 제2조와 제3조에 의하여 사유토지인 제외지를 하천구역에 편입시켜 국유로 귀속시킨다 하더라도 위헌이라고 할 수 없다는 데에 있다. 그렇다면 비록 묵시적이긴 하나 제외지를 포함하여 하천을 국유로 한다는 법률조항인 위 하천법 제3조에 대하여도 위헌여부심판제청신청과 그에 대한 기각결정이 있었다고 볼 수 있다.

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

그런데 당해사건에서의 청구인들의 청구취지는 이 사건 토지들이 국유가 아니라 청구인들의 사유토지임을 전제로 대한민국과 서울특별시를 상대로 소유권확인을 구하는 것이므로 당해사건의 재판에 보다 직접적으로 관련을 맺고 있는, 다시 말해서 그 위헌여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 법률조항은 제외지를 하천구역에 편입시키고 있는 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이라기 보다 오히려 하천구역을 포함하여 하천을 국유로 한다고 규정함으로써 직접 제외지의 소유권귀속을 정하고 있는 동법 제3조라 할 것이다.

따라서 청구인들의 심판청구이유, 위 91카105256 위헌여부심판 제청신청사건의 경과, 당해사건재판과의 관련성의 정도, 이해관계기관의 의견 등 여러 가지 사정을 종합하여 직권으로 이 사건 심판의 대상을 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목에서 동법 제3조로 변경하기로 한다.

한편 이 사건 심판청구에서는 하천 중 이 사건 토지들과 같은 제외지를 국유화하는 것의 위헌여부만이 문제될 뿐인 반면, 위 하천법 제3조는 이 사건에서 문제되지도 아니하는 유수지, 하천부속물의 부지 등 하천 전부를 국유로 한다는 규정이다. 따라서 동법 제3조 중 제외지 이외의 나머지 하천에 관한 부분은 이 사건 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

그렇다면 결국 이 사건 심판의 대상은 1971. 1. 19. 법률 제 2292호로 전문개정된 하천법 제3조 중 제2조 제1항 제2호 다목 전단 소정의 제외지에 관한 부분이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 동 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제3조(하천의 귀속) 하천은 이를 국유로 한다.

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

1. “하천”이라 함은 공공의 이해에 밀접한 관계가 있는 하천으로서 대통령령으로 그 명칭과 구간이 지정된 것을 말한다.

2. “하천구역”이라 함은 다음 각목에 계기하는 구역을 말한다.

가. 하천의 유수가 계속하여 흐르고 있는 토지 및 지형과 당해 토지에 있어서의 초목생무(草木生茂)의 상황 기타의 상황이 하천의 유수가 미치는 부분으로서 매년 1회 이상 상당한 유속으로 흐른 형적(形跡)을 나타내고 있는 토지(대홍수 기타 이상한 천연현상에 의하여 일시적으로 그 상황을 나타내고 있는 토지를 제외한다)의 구역

나. 하천부속물의 부지인 토지의 구역

다. 제방(하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다)이 있는 곳에 있어서는 그 제외지[제방으로부터 하심측(河心側)의 토지를 말한다] 또는 관리청이 지정하는 이와 유사한 토지의 구역

제74조(공용부담 등으로 인한 손실보상) ① 제2조 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 하천 구역의 지정 및 제43조의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때 또는 관리청이 시행하는 하천공사로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 건설부장관이 행한 처분이나 공사로 인한 것은 국고에서, 도지사가 행한 처분이나 공사로 인한 것은 당해 도에서 조속히 그 손실을 보

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

상하여야 한다.

하천법(1984. 12. 31. 법률 제3782호로 개정된 것) 부칙 제2조(제외 지등에 대한 조치) ① 이 법 시행전에 토지가 제2조 제1항 제2호가목에 해당되어 하천구역으로 되었거나, 1971년 1월 19일 공포된 법률 제2292호의 시행으로 제외지안에 있던 토지가 국유로 된 경우에는 관리청이 그 손실을 보상하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 보상금의 청구절차·산정기준일·보상의 기준 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청기각이유, 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 하천법을 말한다. 이하 같다.) 제2조 제1항 제2호 다목 소정의 제외지는 “제방”으로 부터 하심측(河心側)의 토지라고 정의되어 있고 제외지는 하천구역으로서 국유가 되므로(이 법 제3조) 제외지 인정에 있어 소유권 귀속의 경계가 되는 “제방”은 중요한 개념이라 할 것인데, 이 법은 제방에 관하여 하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다고만 규정하였을 뿐 관리청 등이 설치한 제방의 위치나 규모에 관하여는 규정한 바 없고, 하위법규에도 이를 위임하지 않음으로써 소유권의 경계가 되는 제방의 위치나 규모에 대하여 명확한 규정을 두지 아니하였는바, 이는 결국 기본권제한의 범위를 불명확하게 규정한 것으로서 국민의 재산권보장의 헌법원칙에 위반된다.

(2) 원래 1971년 개정 이전의 하천법에 의한 건설부 고시 제

897호의 제3항 단서에는 제외지라도 “등기된 사유토지”의 경우에는 하천구역에서 이를 제외한다고 하였다가 이 법에서 위 고시 제3항 단서와 같은 조항을 삽입하지 아니하고 제외지를 모두 하천구역에 편입시켜 국유로 하였다. 그런데 하천을 국유로 하는 목적이 하천을 국가가 일률적으로 관리하기 위한 것이라면 하천구역으로서 국유가 되는 토지는 하천 고유의 성질을 갖춘 경우에 한정되어야 할 것이고, 하천 고유의 성질을 갖춘 토지라 함은 이 법 제2조 제1항 제2호 가목에서 정한 바와 같이 “매년 1회 이상 물이 흐른 형적을 나타내고 있는 토지”에 한한다고 봄이 상당한데도, 위와 같은 유수형적(流水形跡)토지가 아닌 제외지까지 국유화한 것은 하천관리의 목적을 초과하여 과도하게 국민의 재산권을 침해한 것임과 아울러 “공공의 필요”없이 국민의 재산권을 수용·취득한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로는 유수형적토지의 소유자와 제외지의 소유자를 불평등하게 취급한 것이 되어 헌법에 위반된다.

(3) 국민의 재산권을 강제로 취득하는 경우에는 국민에 의하여 감시, 검토되는 절차를 거쳐야 하는바, 이는 예외적으로 입법에 의하여 직접 국민의 재산권을 수용·취득하는 경우에도 마찬가지이다. 그런데 이 법 제2조 제1항 제2호 다목은 제외지를 국유화함에 있어 토지수용법에서 규정하는 정도의 절차규정도 없이 바로 국유로 하고 있으므로 헌법에 위반된다.

(4) 이 사건 토지들은 이른바 양천제의 제외지라고는 하지만 1925년 을축대홍수 때에만 강물이 범람하였을 뿐 그 이후 범람한 바 없으며, 그후 국가에서도 농지개혁법에 의하여 청구인들 또는 그 전의 소유자들에게 농지분배를 하여 소유권을 이전하여 주고

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

이 사건 토지들에 대한 세금을 징수하여 왔을 뿐만 아니라, 양천제는 국가에서도 이를 관리한 바 없어 현재는 제방이라기보다 도로의 형태로 남아 있을 뿐이어서 제방으로서의 역할을 하고 있지도 아니다. 이와 같이 국가가 농지개혁법에 의하여 청구인들 등에게 소유권을 넘겨주고 세금까지 징수하여 옴으로써 청구인들의 소유권을 인정하는 재산권보장의 신뢰를 주고서도 다시 애매한 제외지 규정으로써 국유화한다는 것은 신뢰보호의 원칙에도 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 제방의 설치장소, 규모는 하천이 위치하고 있는 지형, 강수량, 과거 홍수가 발생한 연혁 등 여러 사정을 고려하여 결정되는 것이어서 이를 일률적으로 법규화할 수 있는 것이 아니라 할 것이므로, 법률에서는 제방설치권자를 한정하고 그 설치 및 관리권자의 자의를 억제할 수 있도록 권한과 감독관계, 취득 및 관리방법에 관한 제반규정을 둬으로써 충분하다 할 것인 바, 이 법 제2조 제1항 제2호 다목에 의하면 제방은 관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한정되어 있고, 동법 제11조에 의하면 하천관리청을 건설부장관 등으로 법정하고 있어 하천의 관리, 보존, 감독관계에 대한 법적 규율을 하고 있는 만큼 제방의 개념이 불명확하여 국민의 재산권을 침해한다고 할 수 없고, 또한 제방이 하수로 인한 피해를 예방하는 역할 등을 함에 비추어 제방으로부터 하심측에 있는 제외지는 국가가 이를 확일적으로 관리함으로써 그 관리의 적정을 기하는 등의 공익적 필요가 있다 할 것이므로 제외지에 대한 국유귀속이 공공의 필요가 없다 할 수 없다.

(2) 1984. 12. 31. 개정된 하천법의 부칙 제2조 제1항에 의하여,

이 법의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우에 관리청이 그 손실을 보상하도록 함으로써 과거 입법의 불명료로 인하여 그동안 손실보상청구권을 행사하지 못한 토지소유자들에게 피해가 돌아가지 않도록 하고 있으므로, 제외지가 법률의 규정에 의하여 당연히 하천구역으로 되어 국유로 귀속된다 하여도, 국민의 재산권을 취득하는 절차규정이 흠결된 것이라 볼 수 없다.

(3) 제외지의 경우에는 이 법 제2조 제1항 제2호 가목 소정의 하천구역과는 달리 유수의 형적이 없더라도 제방의 존재 때문에 하천구역으로 되어 국유로 귀속된다는 점에서 제외지의 소유자를 차별하게 되었다 하더라도, 다른 한편으로는 위 가목 기재의 하천구역은 다목과 달리 제방이 없더라도 당연히 하천구역으로 편입되는 곳이므로 이와 비교형량해 볼 때 제외지의 경우만을 불평등하게 차별하여 제외지 소유권자의 사소유권을 제한하도록 규정하였다고 볼 수도 없다.

다. 서울특별시장의 의견

(1) 이 법 제2조 제1항 제2호 다목에서는 제방을 “하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다”고 규정하여 그러한 인위적 설치와 관계없이 자연적으로 형성된 제방을 제외함으로써 구체적이고 명확한 개념규정을 하였다고 할 것이고, 하천관리청이 설치한 제방은 이 법 제2조 제1항 제3호에 의한 하천부속물로서 이 법 제8조에 의하여 하천에 관한 규정이 준용되므로 국유로 되는 것인 만큼 제방의 폭, 길이, 구조 등에 관계 없이 하천관리청이 설치한 제방 전체가 국유로 되는 것이지 제방에 관한 어느 일부 선에 의하여 하천구역이 결정되는 것은 아니므로 제

방이 토지 경계선이 되기에 불명확하다는 주장은 이유없다.

(2) 이 법 제2조 제1항 제2호 가목에서 정한 하천구역의 개념으로서 “매년 1회 이상 물이 흐른 형적을 나타내고 있는 토지”란 그 실질에 있어 “하천의 물이 계속 흐르고 있는 토지”와는 달라 “하천”이라고 하기 어려움에도 이 법은 그 내용을 구체화한 다음 이를 국유화한 것이고, 한편 위 제외지는 하천관리청이 설치한 제방에 의하여 그 경계가 명확히 설정되어 그 이상의 기준설정이 불필요하므로 다른 요건이 부가됨이 없이 하천구역으로 된 것인 만큼 위 가목 규정과 다목 규정사이에는 불합리한 차별이 있다고 할 수 없다.

(3) 이 법 제1조에 의하면 이 법의 목적은 “하수(河水)로 인한 피해를 예방하고 하천사용의 이익을 증진시키기 위하여 하천의 지정·관리·사용 …… 에 관한 사항을 규정함으로써 ……”라고 하고 있는바, 홍수가 나는 경우에 제방에 의하여 보호받지 못하는 제외지에 대하여는 범람으로 인한 피해가 예상됨은 당연하다 할 것이므로 현재 하상이 아닌 제외지를 국유화시켜 관리, 보전함은 홍수로 인한 피해예방이라는 중대한 공공의 필요에 기인한 것이라 할 것이다.

(4) 이 법에 따라 제외지를 국유화한 것은 국민대표기관인 국회가 직접 결정한 것으로서 행정청에 의하여 토지수용 등으로 국유화하는 절차보다도 국민의사에 더 합치되며, 이 법은 국회가 국회법에 정해진 절차에 따라 이를 검토 수정하여 통과시킨 것으로서 이 법의 직접적인 규정에 따른 국유화조치는 토지수용법에 의한 공용제한절차보다 절차의 적정성이 더 보장된 것인 만큼, 청구인

들이 법률 자체에 의한 국유화에 관하여 별도로 당해 법률에 국유화에 대한 절차규정을 둘 것을 요구함은 행정절차에 의한 강제취득과의 혼동에서 나온 주장에 불과하다.

라. 건설부장관의 의견

(1) 제방의 설치장소, 규모 등은 설치 지점의 지형과 강수량 등 수문학적 분석과 기타 여러 사정을 고려하여 결정하는 것으로 고도의 기술적인 분석과 판단이 필요하므로 이를 일률적으로 규정할 수 있는 성질의 것이 아니어서, 법률에는 제방 설치권자, 그의 자의를 억제할 수 있는 감독관계, 취득 및 관리방법에 관한 제반규정을 둬으로써 충분하다 할 것인 바, 이 법은 제2조, 제11조, 제15조, 제73조 등의 각 조문에 위와 같은 제반규정을 두고 있어 제방의 개념이 명백히 규정되어 있다 할 것이므로, 그 개념이 불분명하여 국민의 재산권을 부당하게 침해할 우려가 있다고 할 수 없다.

(2) 제방은 하수로 인한 피해예방을 위하여 기왕의 강수량 등 제반사정을 감안하여 홍수에 대비한 최적의 하천폭을 감안하여 설치되는 것이므로, 국가가 제외지를 획일적으로 관리함으로써 하천관리의 적정을 기하고 그 보전비용을 부담할 공익적 필요성이 있다 할 것이므로 제외지에 대한 국유화가 “공공의 필요”가 없다고 할 수 없다.

(3) 제외지가 법률의 규정에 의하여 당연히 하천구역으로 되어 국유로 귀속된다고 하여도, 제외지의 국유화로 인하여 피해를 입은 자들에게는 이 법 제74조 제1항, 1984. 12. 31. 개정된 하천법 부칙 제2조 제1항 등에 의하여 손실보상을 해주도록 규정하고 있

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

는 만큼, 제외지를 국유로 귀속시킴에 있어서 국민의 재산권을 취득하는 절차규정이 흠결되어 있다고 할 수 없다.

(4) 국가가 농지분배로 청구인들에게 소유권을 이전하여 주고 세금을 징수하여 왔으나 유수의 통로인 하천구역을 일체로 관리하기 위하여 이 사건 제외지를 다시 국유화하더라도 그 손실을 보상해 준 이상 재산권보장의 신뢰원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(5) 제외지는 이 법 제2조 제1항 제2호 가목 토지(이하 “유수형적토지”라 한다)와 일체를 이루어 유수의 통로가 되는 것이어서 하천관리상 함께 행위규제를 받는 것이므로 제외지를 유수형적토지와 같이 국유화하고 보상함이 불평등하다고 할 수 없다. 유수형적토지와 마찬가지로 하천관리상 필요한 규제를 받는 제외지에 대하여 이를 국유화하지 않는 대신 보상을 해주지도 않는다면 오히려 그것이 제외지에 대하여 불평등한 조치를 하는 것일 뿐 아니라 규제에 대한 반발과 이에 대한 손실보상 요구가 빈발하게 되고, 제외지를 국유화한 조항이 위헌이라면 1984년 개정하천법 부칙에 따른 보상을 받지 않은 원래 소유자 뿐만 아니라 이미 보상을 받은 토지소유자들까지 소유권이전등기청구소송을 하여 오는 등 혼란이 예상되며, 더욱이 유수형적토지의 범위는 자연현상으로 인한 수로변경에 의하여 변화하게 되는바, 이에 따라 제외지와 유수형적토지의 경계가 수시로 변경되고 그 소유관계도 그 때마다 달라지게 된다면 하천을 일괄 관리할 수 없게 된다.

3. 판 단

가. 이 법에 의한 재산권의 수용

(1) 1961. 12. 30. 법률 제892호로 제정된 하천법 제4조에서

“하천은 이를 국유로 한다.”고 규정한 이래 이 규정은 이 법 제3조로 조문의 번호만 바뀌었을 뿐 현재까지 동일한 문언으로 존속하고 있다. 한편 위 하천법은 하천구역에 관하여 관리청이 이를 결정·고시하는 제도를 취하였으며(동법 제12조) 이 사건에서 문제되는 제외지에 관한 규정을 두지 않았다. 그 후 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 개정된 하천법 제12조 단서와 동법시행령 제8조의2 제1항에 근거하여 1964. 6. 1.자 건설부고시 제897호로 하천구역을 인정고시하였는바, 그 제3항은 “별지표시의 제방이 있는 곳에 있어서는 그 제외지(제방으로부터 하심측의 토지)의 구역. 단, 전 제1항의 구역을 제외한 제외지에 있어서의 등기된 사유토지의 구역은 이를 제외한다”고 규정함으로써 결국 제외지는 국유로 되게 되었으나 등기된 사유토지인 제외지는 여기에서 제외되었다.

그러다가 1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 이 법은 이른바 “하천구역법정제도”를 채택하면서 제외지를 모두 하천구역에 포함시켰고(이 법 제2조 제1항 제2호 다목 전단), 종전과는 달리 등기된 사유토지를 여기서 제외하지 않았다. 그리하여 전국의 모든 제외지는 등기된 사유토지인지의 여부를 불문하고 하천구역으로 편입되어 결국 국유로 되게 되었다(이 법 제3조). 이는 근대적 수리법규의 개념에 비추어 법적 규율의 필요성이 크다고 할 수 있는 제외지를 하천의 개념에 포괄하여 국가의 통제하에 둬으로써 하수(河水)로 인한 피해를 예방하고 하천사용의 이익을 증진시키려는 하천법의 목적을 달성하기 위한 것으로 보인다.

(2) 이와 같이 이 법 제2조 제1항 제2호 다목 전단, 제3조에 의하여 제외지는 당연히 하천구역에 속하게 되어 국유로 되었다(대

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

법원 1994. 11. 18. 선고, 93다30686 판결 등 참조). 이 사건 토지들도 양천제의 제외지로서 공부상 각 청구인들의 소유로 등재되어 있었다가 이 법의 시행으로 말미암아 일제히 국유로 귀속되었는바, 하천관리라는 공익목적을 위하여 국민의 특정 재산권을 직접 법률에 의하여 강제적으로 국가가 취득하였으므로 이는 헌법 제23조 제3항에 규정된 재산권의 “수용”에 해당된다.

나. 공용수용의 헌법적 요건

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다 (헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등 참조).

그러므로 이 법 제3조가 제2조 제1항 제2호 다목 전단과 결합함으로써 위에서 본 바와 같이 직접 청구인들의 소유이던 이 사건 토지들을 헌법 제23조 제3항의 의미대로 “수용”하는 것인 이상 과연 헌법 제23조 제3항의 헌법적 요청을 갖춘 것인지 검토되어야 한다.

다. 공공의 필요성

(1) 제외지 관리의 필요성

제외지는 제방으로부터 하심측의 토지로서 평상시에는 하천의 유수가 흐르지 아니하더라도 홍수시 등에는 하천의 유수가 흐르는 통로가 됨에도 제방에 의하여 보호받지 못함으로 인하여 범람으로 인한 피해가 예상되는 곳이다. 따라서 비록 하상이 아니라 하더라도 일차적으로 홍수로부터의 피해예방이라는 공익목적에 위하여는 우수형적토지와 일체화하여 관리할 필요성이 있다.

또한 제외지는 하천의 유수와 인접하여 있어 하천의 보전·관리·이용에 유해한 행위를 하는 경우 그 영향이 곧바로 하천에 미치게 된다. 그러므로 하천의 적절한 보전·관리·이용을 위하여는 수시로, 다양한 방법으로 제외지를 사용할 필요가 있을 뿐만 아니라 제외지상의 여러가지 행위에 대하여는 공법적 규제의 필요성이 크다.

(2) 제외지에 대한 국유화조치의 가능성

이와 같이 하천관리의 공익목적에 달성하기 위하여는 국가가 제외지를 우수형적토지와 일체화하여 일률적으로 관리할 필요성이 인정되는데, 이러한 관리목적에 위하여 국가가 택할 수 있는 방법은 두가지로 상정해 볼 수 있다. 그 하나의 방안은 제외지를 국유화하는 것이고, 다른 하나는 제외지를 일률적으로 국유화하지 아니하고 하천의 관리 등을 위하여 필요한 토지를 개별적으로 수용한다든가 하천관리상의 필요에 대응하여 사소유권의 이용·처분에 제한을 가하는 것에 그치는 방안이다.

이 두가지 방안 중 어느 것을 택할 것인지는 입법자가 홍수피해 방지와 하천의 적정한 이용 등 효율적인 하천관리라는 공익적 필요성의 정도와 이를 위해 국민의 재산권이 희생되고 제한되는 정

도를 조화롭게 형량하여 결정할 문제이고, 이에 관한 사실의 평가와 가치판단은 일차적으로 입법자의 몫으로 그것이 현저히 자의적이거나 비례성을 벗어난 것이라고 보이지 않는 한 이를 존중하여야 할 것이다.

이 점을 염두에 두고 볼 때 입법자가 이 법 제3조로써 제외지를 일률적으로 국유화한 것은 나름대로 합리적인 이유가 있고, 공익과 사익을 합목적적으로 교량한 결과인 것으로 보인다. 국가가 제외지를 하천구역으로 하여 일률적으로 관리할 공익적 필요가 있음은 위에서 본 바와 같은바, 하천구역을 일률적으로 관리하기 위하여는 이를 국유로 하는 것이 다음과 같은 점에서 무엇보다도 효율적인 방식이라 할 수 있기 때문이다.

① 홍수와 같은 자연현상은 현대의 발달된 과학으로도 그 정확한 예측이 불가능한바, 급박한 홍수피해를 방지하기 위하여 특정 제외지가 꼭 필요한 경우에 일일이 그 토지에 대한 수용절차를 거쳐야 한다면 적시의 치수행정은 도저히 불가능하다.

② 제외지를 사유지로 그대로 둔다 하더라도 하천관리상 이에 대하여 각종 공법적 규제를 가한다든지 제외지 소유자에게 여러가지 의무를 부담시키지 않을 수 없을 것인바, 이러한 방식으로는 재산권제한으로 인한 손실보상의 문제 등으로 하천관리청과 토지 소유자들 사이에 법적, 경제적 분쟁이 빈발할 염려가 적지 않다.

③ 재산권의 사용·수익에 여러가지 제약을 받을 뿐만 아니라 교환가치의 현저한 하락으로 처분마저 용이하지 아니할 수도 있는 제외지를 국가가 적정한 보상으로써 수용하는 것은 토지소유자들에게 반드시 경제적으로도 불리한 조치라 할 수 없다.

④ 강우 등 자연현상의 변화에 따라 유수형적토지는 그 범위가 수시로 변화될 수 있는데 이에 따라 제외지와 유수형적토지의 경계가 수시로 변경되고 그 소유관계도 그 때마다 달라지지 않을 수 없는바, 이와 같이 소유관계가 불안정하여서는 안정적이고 통일적인 하천관리가 가능하지 않게 된다.

요컨대, 근대적 수리법체계에서 국가의 하천관리의 중요성이 날로 커지고 있음을 감안하고, 하천이라는 자연현상을 대상으로 하는 하천법은 합목적성과 기술성의 요청에 민감할 수밖에 없다는 점과 제외지라는 것이 그러한 하천법의 규제를 받지 않을 수 없는 특성을 지닌 토지임을 고려할 때, 국민의 재산권에 대한 제약의 정도가 큰 국유화의 방법을 채택하였다 하더라도 하천의 보다 효율적 관리 및 이용이라는 중대한 공익목적에 비추어 볼 때 적정한 보상이 수반되는 한(이에 관하여는 뒤에서 판단한다) 이를 두고 현저히 자의적이라거나 비례성을 벗어난 것으로서 위헌이라고 할 수는 없다.

그러므로 유수형적토지도 아닌 제외지를 국유화한 것이 하천관리의 목적을 초과하여 과도하게 국민의 재산권을 침해한 것임과 아울러 공공의 필요없이 국민의 재산권을 수용·취득한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로는 유수형적토지의 소유자와 제외지의 소유자를 불평등하게 취급한 것이라는 청구인들의 주장은 이유없다.

라. 법률에 의한 수용과 보상

(1) 법률에 의한 수용

청구인들의 제외지는 이 법 제3조에 의하여 직접 국유로 되었으므로(소위 “입법적” 수용) “법률”에 의하여 수용하라는 헌법적 요청

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

을 충족한 것임이 분명하다.

입법적 수용은 법률에 근거하여 일련의 절차를 거쳐 별도의 행정처분에 의하여 이루어지는 소위 “행정적” 수용과 달리 법률에 의하여 직접 수용이 이루어지는 것이다. 그러므로 제외지를 국유화함에 있어 토지수용법에서 규정하는 정도의 절차규정도 없이 바로 국유화하는 것이 위헌이라는 청구인들의 주장은 입법적 수용과 행정적 수용의 법리를 혼동한 데에서 기인한 것으로서 더 나아가 살펴볼 것 없이 이유없다.

(2) 법률에 의한 보상

이 법은 제2조 제1항 제2호 다목 전단으로 제외지를 하천구역에 편입시키고, 제3조로 이를 국유화하면서도 그에 대한 보상규정은 완비하지 못하였다. 이 법 제74조는 ‘공용부담 등으로 인한 손실보상’이라는 제목하에 제1항에서 “제2조 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 하천구역의 지정 및 제43조의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때 또는 관리청이 시행하는 하천공사로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 건설부장관이 행한 처분이나 공사로 인한 것은 국고에서, 도지사가 행한 처분이나 공사로 인한 것은 당해 도에서 조속히 그 손실을 보상하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 제외지에 유사한 토지로서 관리청이 하천구역으로 지정함으로 인하여 국유로 된 토지의 소유자는 “제2조 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 하천구역의 지정으로 인하여 손실을 받은 자”로서 보상을 받을 수 있고, 이 법의 시행 후 제방을 축조함으로 말미암아 제외지로 편입되어 국유로 되는 토지의 소유자는 “관리청이 시행하는 하천공사로 인하여 손실을 받은

자”에 해당될 수 있어 역시 보상을 받을 수 있게 되었으나, 유독 이 법의 시행으로 법률상 당연히 국유로 된 기존 제외지의 소유자들에 대한 손실보상의 근거규정은 마련되지 않았던 것이다(헌재 1995. 3. 23. 92헌가19 참조).

그런데 이 법 개정 당시의 소위 제3공화국 헌법(1962. 12. 26. 공포된 제5차 개정헌법) 제20조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있었다. 현행 헌법과는 달리 보상까지 반드시 법률로써 할 것을 명시적으로 규정하고 있지는 않았으며 [그렇다고 하여 동 헌법조항의 취지가 보상입법에 관한 헌법의 위임을 정면으로 부정하는 취지가 아님은 물론이나(헌재 1994. 12. 29. 89헌마2 참조), 당시에는 이런 법리가 확인된 바 없었다], 한편으로 법원은 수용법률에서 손실보상에 관한 규정을 두고 있지 않더라도 위 헌법조항을 직접적인 근거로 하여 손실보상을 청구할 수 있다는 견해를 취하고 있었다(대법원 1967. 11. 2. 선고, 67다1334 판결 참조). 따라서 이러한 사정을 감안한다면 비록 기존 제외지의 국유화에 대한 보상규정이 없었다 하더라도 이를 두고 당시의 헌법질서하에서 분명한 위헌상태였다고 단정하기는 곤란하다.

그 후 소위 유신헌법(1972. 12. 27. 공포된 제7차 개정헌법) 제20조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그 보상의 기준과 방법은 법률로 정한다.”고 규정하였고, 소위 제5공화국헌법(1980. 10. 27. 공포된 제8차 개정헌법) 제22조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다. 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

게 형량하여 법률로 정한다.”고 규정하였다. 이에 따라 입법자에게 보상입법의 의무가 있음이 거듭 확인되었고, 국유로 된 사유토지의 제외지에 대한 보상규정이 없다는 점에 관하여 국민의 재산권 보장의 차원에서 문제점이 지적되어, 결국 1984. 12. 31. 법률 제 3782호로 개정된 하천법은 부칙 제2조 제1항에서 동 법의 시행전에 토지가 이 법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 되었거나 이 법의 시행으로 제외지안에 있던 토지가 국유로 된 경우 관리청이 그 손실을 보상하도록 규정하였으며, 부칙 제2조 제4항은 동조 제1항의 규정에 의한 보상금의 청구절차·산정기준·일·보상의 기준 기타 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정하였고, 그 위임에 따라 1986. 6. 12. 대통령령 제11919호로 “법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 하천편입 토지의 보상에 관한 규정”이 공포·시행되었다.

이상 살펴본 바와 같이 관리청의 하천구역 지정처분없이 이 법의 시행으로 당연히 국유화 된 제외지의 종전소유자들에 대하여 비록 이 법 자체에는 보상규정이 없었으나, 1984년의 개정하천법에 의하여 뒤늦게나마 보상법률이 마련되었고 후속 시행령에 의하여 대다수의 제외지 소유자들이 이미 손실보상을 받기에 이르렀다. 그렇다면 결과적으로 이 사건 법률조항은 헌법 제23조 제3항이 요구하는 “법률에 의한 보상”의 요건을 충족한 것으로 볼 수 있어 이 점에서도 헌법에 위반된다고는 하기 어렵다.

마. 정당한 보상

헌법 제23조 제3항에 규정된 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한

다는 완전보상을 뜻하는데, 토지의 경우에는 그 특성상 인근유사 토지의 거래가격을 기준으로 하여 토지의 가격형성에 미치는 제 요소를 종합적으로 고려한 합리적 조정을 거쳐서 객관적인 가치를 평가할 수밖에 없다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등; 1990. 6. 25. 89헌마107 등 참조).

청구인들의 제외지에 대한 보상규정인 1984년의 개정하천법 부칙 제2조 제1항은 보상대상토지, 보상의 주체, 보상의무에 관하여 스스로 규정하고 있고, 동조 제4항의 위임에 근거한 “법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 하천편입토지의 보상에 관한 규정”(대통령령 제11919호)은 보상금의 청구절차, 보상의 기준과 방법 등에 관하여 규정하고 있는바, 동 규정 제9조는 토지평가사나 공인감정사 또는 감정회사 중 2인 이상에 대하여 편입토지에 대한 평가를 의뢰하여 보상금액을 산정하되 각 토지평가사 등의 평가액의 산술평균치를 기준으로 삼고 있으며, 동 규정 제10조는 토지의 평가를 보상을 위한 평가당시의 가격을 기준으로 행하되, 편입당시의 지목 및 이용상황, 당해 토지에 대한 공법상의 제한, 현실의 이용상황 및 유사한 인근토지의 정상가격 등을 충분히 고려하여 평가하도록 하고 있다. 또한 동 규정 제12조는 국유로 등기가 되지 아니한 편입토지에 대하여 보상이 끝나기 전까지는 국유로 등기하지 못하도록 규정하고 있다. 이러한 점 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 1984년의 개정하천법이나 그 시행령에 규정된 보상의 내용이 헌법에서 요구하는 정당한 보상의 원리에 위배되는 것으로 보이지 않는다.

바. 청구인들의 나머지 위헌주장에 대한 판단

(1) 청구인들은 제외지 인정에 있어 소유권 귀속의 경계가 되는 “제방”은 중요한 개념이라 할 것인데, 이 법은 제방에 관하여 하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다고만 규정하였을 뿐 제방의 위치나 규모에 대하여 명확한 규정을 두지 아니함으로써 기본권제한의 범위가 불명확하다고 주장한다.

그러나 제방의 위치와 규모를 정함에 있어서는 하천의 지형·유수량·기존의 이용상태 및 장래의 이용계획 등과 과거의 홍수피해의 경험, 주변지역의 기상·지형·지질 등 여러 가지 자연적·사회적·기술적 요소들을 종합적으로 고려하여야 하므로 그 기준을 일률적으로 법률로 정함은 적절하지 아니하고 오히려 구체적인 제방의 위치와 규모의 결정은 직접 하천을 관리하는 관리청의 판단에 맡기는 것이 합리적이라고 할 것이며, 이 법은 제방을 설치할 수 있는 권한을 가진 자를 관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자로 한정하고서(이 법 제2조 제1항 제2호 다목), 하천에 대한 관리청의 관리·보존·감독관계에 관한 상세한 규정을 두어 관리청의 권한과 의무를 규율하고 있으므로(이 법 제11조, 제13조, 제14조, 제15조, 제69조, 제73조 등) 관리청이 자의적으로 제방을 설치하는 등으로 국민의 재산권을 부당하게 침해할 우려가 있다고 할 수 없어 청구인들의 위 주장은 이유없다.

(2) 청구인들은 국가가 이 사건 토지들에 대하여 농지개혁법에 의하여 청구인들 등에게 분배하여 그 상황이 완료되고, 청구인들 등의 명의로 소유권을 넘겨주고서 세금까지 징수하여 옴으로써 청구인들의 소유권을 인정하는 재산권보장의 신뢰를 주고서도 다시 제외지를 국유화한다는 것은 재산권에 관한 신뢰보호의 원칙에 위

배된다고 주장한다.

법률을 새로이 제정하거나 개정함에 있어서는 기존 법질서와의 어느 정도의 마찰은 불가피한 것인바, 신뢰보호의 원칙에 위반되는지를 판단하기 위하여는 신뢰보호의 필요성과 새로이 달성하려는 공익목적의 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등; 1995. 6. 29. 94헌바39 등 참조). 살피건대, 이 법이 이 사건 토지와 같은 제외지를 국유로 한 것은 국민의 재산권을 예외적으로 박탈할 수 있는(이는 곧 재산권존속에 대한 기대와 신뢰를 예외적으로 침해할 수 있음을 의미하기도 한다) 근거규정인 헌법 제23조 제3항에 따라 이미 위에서 인정한 바와 같이 하천의 효율적 관리·이용이라는 중대한 공익목적의 달성을 위한 것이며, 게다가 법률에 의한 정당한 보상을 수반하는 것으로서, 이와 같이 국유화조치가 헌법 제23조 제3항의 요청을 충족하는 이상 설사 사소유권의 존속에 관한 청구인들의 주관적 신뢰와 기대에 다소 어긋난다 하더라도 이는 우월한 공익목적의 달성을 위한 것으로서 헌법적으로 이미 정당화되는 것이므로 더 나아가 살필 필요없이 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 법 제3조 중 제2조 제1항 제2호 다목 전단 소정의 제외지에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의하여 주문과 같이 결정한다.

다만, 재판관 조승형은 주문표시에 관하여 별개의견을 밝혔다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “하천법(……) 제3조 중 제2조 제1항 제2호

헌재 1998. 3. 26. 93헌바12

다목 전단 소정의 제외지에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리 재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

【별지 1】 청구인 명단
김주영 외 36인

【별지 2】 토 지 목 록

1. (가) 서울 강서구 마곡동 39의 3 전 5,009 평방미터
(나) 같은 곳 39의 5 답 85 평방미터
2. 같은 곳 90의 3 답 7,689 평방미터

3. 같은 곳 49의 6 잡종지 3,306 평방미터
4. (가) 같은 곳 106의 11 답 1,418 평방미터
(나) 같은 곳 106의 13 답 1,354 평방미터
(다) 같은 곳 107의 1 전 1,669 평방미터
(라) 같은 곳 41의 27 전 1,683 평방미터
5. (가) 같은 곳 73의 3 답 6,830 평방미터
(나) 같은 곳 73의 7 답 2,430 평방미터
(다) 같은 곳 153의 1 답 4,030 평방미터
(라) 같은 곳 158 답 2,949 평방미터
6. 같은 곳 168의 5 답 2,023 평방미터
7. 같은 곳 47 답 3,458 평방미터
8. 같은 곳 32의 9 답 2,473 평방미터
9. (가) 같은 곳 108의 3 답 1,653 평방미터
(나) 같은 곳 108의 4 답 1,907 평방미터
(다) 같은 곳 109의 4 답 662 평방미터
(라) 같은 곳 109의 5 답 662 평방미터
10. 같은 곳 38의 1 전 3,213 평방미터

상속세법 제8조의2 제6항 위헌소원

(1998. 3. 26. 96헌바57 전원재판부)

【판시사항】

1. 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산의 상속세과세가액 불산입요건을 대통령령에 위임한 구 상속세법 제8조의2 제6항 전단의 조세법률주의 및 포괄위임금지원칙 위배 여부(소극)

2. 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산의 상속세과세가액 불산입요건을 피상속인의 경우와 달리 규정한 구 상속세법 제8조의2 제6항 전단의 평등원칙 위배 여부(소극)

【결정요지】

1. 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산으로서 상속세과세가액에 산입하지 아니하는 요건을 대통령령에 위임한 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제8조의2 제6항 전단을 다른 관련 법률조항들과 전체적·체계적으로 해석하면, 입법자 스스로 위 법률조항의 위임에 의하여 하위법규인 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항, 즉 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산의 상속세과세가액 불산입요건의 기본사항을 국민이 예측할 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 규정하고 있으며, 하위법규인 대통령령에 위임하고 있는 사항은 출연의 방법 등과 같은 기술적인 사항이나 기타 세부적인 사항의 규율에 국한되어 있다고 할 것이므로, 위 법률조항이 조세법률주의를 천명한 헌법 제59조나 포괄적 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반한 것이라고 볼 수 없다.

2. 구 상속세법 제8조의2 제6항 전단은 상속인이 일정한 공익사

업에 출연한 상속재산을 상속세과세가액에 산입하지 아니한다고 규정하는 동시에 그 출연방법에 관한 규율을 대통령령에 위임하고 있을 따름으로 위 법률조항 자체가 피상속인이 상속재산을 출연하는 경우를 규율하고 있는 구 상속세법 제8조의2 제1항 및 이에 그 법적 근거를 두고 제정된 구 상속세법시행령 제3조의2 제1항에 비하여 상속인을 불리하게 처우한다고 보기는 어려우며, 나아가 가사 청구인들의 주장과 같이 위 법률조항의 위임에 따라 제정된 구 상속세법시행령 제3조의2 제13항이 법에서 위임한 범위를 벗어나 상속인에 대하여 불합리하고 차별적인 내용을 규정하고 있다 하더라도 그러한 사정만으로는 애초 평등원칙에 위반되지 아니하는 수권법률인 위 법률조항이 평등원칙에 위반하여 위헌으로 되는 것도 아니다.

【심판대상조문】

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제8조의2(상속세과세가액 불산입) ①~⑤ 생략
 ⑥ 상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 이 경우 제1항 단서 및 제3항 내지 제5항의 규정을 준용한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제38조, 제59조, 제75조

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 제기하는 재산의 가액은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인, 피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업, 자선사업, 학술사업, 기타 공익사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연(주식 또는 출자지분외의 재산을 출연 받은 후 그 출연받은 금액으로 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 소유하게 되는 경우를 포함한다)하는 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 초과 부분을 제외한다.

2. 기타 대통령령이 정하는 계산

②~⑤ 생략

⑥ 상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 이 경우 제1항 단서 및 제3항 내지 제5항의 규정을 준용한다.

구 상속세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정되고 1993. 12. 31. 대통령령 제14082호로 개정되기 전의 것) 제3조의2(공익사업) ① 법 제8조의2 제1항 제1호에서 “대통령이 정하는 바에 의하여 운영되는 공익사업”이라 함은 다음 각 호에 해당하지 아니하는 공익사업과 교육법의 규정에 의한 교육기관을 운영하는 사업을 말한다.

1. 당해 공익사업과 특별한 관계가 있는 자가 이사로 되어 있는 법인 [공익법인의 설립·운영에 관한 법률의 적용을 받는 공익법인과 사회복지사업법에 의한 사회복지법인(이하 “사회복지법인”이라 한다) 및 의료법에 의한 의료법인(이하 “의료법인”이라 한다)의 경우에는 특별한 관계가 있는 자가 이사 현원의 3분의 1을 초과하는 법인에 한한다.]이 운영하는 공익사업. 다만, 의료법인의 경우 의료법에 의한 의료인(이하 “의료인”이라 한다)인 출연자는 특별한 관계가 있는 자로 보지 아니한다.
2. 당해 공익사업과 특별한 관계가 있는 자가 이사의 선임 기타 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한이 있는 공익사업. 다만, 의료법인에 대하여 의료인이 출연한 경우에 그 출연자만이 그 법인의 이사의 선임 기타 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한이 있는 것은 제외한다.

3.~5. 삭제(1974. 12. 31.)

②~⑫ 생략

⑬ 법 제8조의2 제6항의 규정에 의하여 상속세과세가액에 산입하지 아니하는 경우는 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우로 한다.

1. 상속인의 의사(상속인이 2인 이상인 경우에는 상속인들의 합의에 의한

의사)에 따라 상속받은 재산을 법 제20조 제1항의 규정에 의한 신고기한 내에 출연할 것

- 2. 출연한 상속인이 출연받은 공익사업의 이사가 되거나 이사의 선임 기타 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한이 없을 것

구 공익법인의설립·운영에관한법률(1975. 12. 31. 법률 제2814호로 제정되고 1995. 1. 5. 법률 제4932호로 개정되기 전의 것) 제5조(임원 등)

①~④ 생략

⑤ 이사회에 있어서 대통령령으로 정하는 특별한 관계가 있는 자의 수는 이사정수의 3분의 1을 초과할 수 없다.

⑥~⑨ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357
헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53
헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11
헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64
- 2. 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525

【당 사 자】

청 구 인 안종만 외 5인

청구인들 대리인 변호사 전정구

당해사건 서울고등법원 95구31968 상속세부과처분취소

【주 문】

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제6항 전단은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

가. 사건의 개요

청구인들은 1992. 12. 23. 사망한 청구의 안원옥의 상속인들로서, 그들이 상속받은 재산 중 서울 종로구 평동 219 지상 철근콘크리트조 바호 7층 396제곱미터 등 부동산과 현금 320,000,000원을 재단법인 박영장학문화재단에 출연하고 위 출연재산을 제외한 나머지 상속재산에 대하여 그 가액을 금 7,467,635,977원으로 계산하여 1993. 6. 22. 광화문세무서장에게 상속신고서를 제출하였다.

그러나 광화문세무서장은 상속인 중 1인인 청구인 안종만이 상속재산을 출연받은 위 박영장학재단의 이사의 지위에 취임하고 있어서 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것, 이하 같고 ‘법’이라고 한다) 제8조의2 제6항 전단 및 구 상속세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정되고 1993. 12. 31. 대통령령 제14082호로 개정되기 전의 것, 이하 같고 ‘법시행령’이라고 한다) 제3조의2 제13항이 정하는 바에 따라 위 출연재산 역시 상속세과세가액에 포함되어져야 한다고 보고 상속재산가액을 금 9,264,644,745원으로 계산하여 청구인들이 추가로 납부하여야 할 상속세 금 4,739,502,538원을 산출한 다음, 1994. 5. 2. 청구인들에게 그 상속지분비율에 따른 상속세를 각 부과하였던바, 광화문세무서장의 위 부과처분에 대하여 청구인들이 심사 및 심판청구를 제기하였으나 모두 기각되었다.

이에 청구인들은 서울고등법원에 광화문세무서장을 상대로 하여 위 부과처분의 취소를 구하는 행정소송(95구31968)을 제기하는 한편 위 부과처분의 근거가 된 법 제8조의2 제6항 전단이 헌법에

위반된다는 이유를 들어 위헌제청신청(95부549)을 하였으나, 위 법원은 1996. 6. 21. 위 행정소송청구와 위헌제청신청을 모두 기각하였고, 청구인들은 다시 1996. 7. 19. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 위헌법률심판청구를 하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 법 제8조의2 제6항 전단의 위헌 여부로서 그 내용은 다음과 같다: “상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 이 경우 제1항 단서 및 제3항 내지 제5항의 규정을 준용한다.”

그 밖에 이 사건 심판대상과 관련된 법령조항들의 규정내용은 다음과 같다.

법 제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 계기하는 재산의 가액은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인, 피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업, 자선사업, 학술사업, 기타 공익사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연(주식 또는 출자지분외의 재산을 출연 받은 후 그 출연받은 금액으로 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 소유하게 되는 경우를 포함한다)하는 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 초과

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

부분을 제외한다.

2. 기타 대통령령이 정하는 재산

법시행령 제3조의2(공익사업 등) ① 법 제8조의2 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 공익사업”이라 함은 다음 각 호에 해당하지 아니하는 공익사업과 교육법의 규정에 의한 교육기관을 운영하는 사업을 말한다.

1. 당해 공익사업과 특별한 관계가 있는 자가 이사로 되어있는 법인(공익법인의설립·운영에관한법률의 적용을 받는 공익법인과 사회복지사업법에 의한 사회복지법인(이하 “사회복지법인”이라 한다) 및 의료법에 의한 의료법인(이하 “의료법인”이라 한다)의 경우에는 특별한 관계가 있는 자가 이사현원의 3분의 1을 초과하는 법인에 한한다)이 운영하는 공익사업. 다만, 의료법인의 경우 의료법에 의한 의료인(이하 “의료인”이라 한다)인 출연자는 특별한 관계가 있는 자로 보지 아니한다.

2. 당해 공익사업과 특별한 관계가 있는 자가 이사의 선임 기타 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한이 있는 공익사업. 다만, 의료법인에 대하여 의료인이 출연한 경우에 그 출연자만이 그 법인의 이사의 선임 기타 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한이 있는 것은 제외한다.

⑬ 법 제8조의2 제6항의 규정에 의하여 상속세과세금액에 산입하지 아니하는 경우는 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우로 한다.

1. 상속인의 의사(상속인이 2인 이상인 경우에는 상속인들의 합의에 의한 의사)에 따라 상속받은 재산을 법 제20조 제1항의

규정에 의한 신고기한내에 출연할 것.

2. 출연한 상속인이 출연받은 공익사업의 이사가 되거나 이사의 선임 기타 사업운영에 관한 중요사항을 결정할 권한이 없을 것

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장

이 사건 심판대상조항인 법 제8조의2 제6항 전단은 “상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다.”고 규정함으로써 상속인이 그 상속재산을 공익사업에 출연한 경우의 상속세과세가액불산입요건에 관한 사항을 대통령령에 포괄적으로 백지위임하였다. 그 결과 법시행령 제3조의2 제13항이 “법 제8조의2 제6항의 규정에 의하여 상속세과세가액에 산입하지 아니하는 경우는 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우로 한다.”고 하면서 제2호에서 출연한 상속인이 출연받은 공익사업을 하는 법인의 이사가 되지 아니할 것을 요건으로 규정하고 있다.

그러나 위 법시행령 조항은, 첫째 피상속인 스스로가 공익사업에 출연한 경우의 상속세과세가액불산입에 관하여 규정한 법 제8조의2 제1항 및 법시행령 제3조의2 제1항 제1호가 당해 공익사업과 특별한 관계에 있는 자가 이사 현원의 3분의 1을 초과하지 아니하기만 하면 출연재산을 상속세과세가액에 불산입한다고 규정하고 있는 점과 비교할 때 상속인이 공익사업에 출연하는 경우에 대하여 합리적인 이유 없이 차별하고 있는 것이고, 둘째 법 제8조의2 제6항이 그 후단에서 피상속인이 공익사업에 출연한 경우의 상

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

속세과세가액불산입에 관한 제1항 단서를 상속인의 경우에도 준용하고 있는 점에서 볼 수 있듯이 공익사업에 출연된 상속재산에 대한 상속세과세가액불산입에 있어서 피상속인이 출연하는 경우와 상속인이 출연하는 경우를 모두 동일하게 취급하고자 하는 상속세법의 취지에 반하는 것이며, 셋째 구 공익법인의설립·운영에관한법률(1975. 12. 31. 법률 제2814호로 제정되고 1995. 1. 5. 법률 제4932호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조 제5항이 공익법인의 “이사의회의 구성에 있어서 대통령령이 정하는 특별한 관계가 있는 자의 수는 이사 현원의 3분의 1을 초과할 수 없다.”고 규정하고 있는 점과 비교하여 볼 때에도 균형이 맞지 않는 것이다.

위와 같은 자의적이고 위헌·위법적인 법시행령 조항은 이 사건 심판대상조항이 과세요건에 관하여 대통령령에 포괄적으로 백지위임을 한 데에 기인하는 것이므로 결국 이는 조세법률주의에 관한 헌법 제38조 및 제59조와 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반하는 위헌의 법률조항이고 나아가 상속인이 공익사업에 출연하는 경우에 대하여 불합리한 차별을 가하고 있는 것으로서 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 반하는 것이다.

나. 재정경제원장관 및 국세청장의 의견

이 사건 심판대상조항은 상속인이 상속재산을 공익사업에 출연한 경우에도 피상속인이 출연하는 경우와 마찬가지로 이를 상속세과세가액에 산입하지 아니한다는 원칙을 분명히 하는 한편, 다만 공익사업 출연을 빙자한 상속세 포탈을 방지하기 위하여 그 출연이 일정한 방법에 따를 것을 요구하면서 그 출연의 구체적인 방법에 관하여는 이를 대통령령에 위임하고 있는 것이므로 위 규정내

용에 비추어 볼 때 그것이 조세법률주의, 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

그리고 이 사건 심판대상조항의 위임에 따라 범시행령 제3조의2 제13항이 상속인이 출연하는 경우에 대하여 피상속인의 경우보다 상대적으로 그 요건을 강화하고 있다 하더라도 이는 상속인이 공익사업에 출연하는 경우에는 피상속인이 출연하는 경우보다 납세 부담을 훨씬 무겁게 느낄 수 있고 또 상속인에게는 관련 공익법인의 설립, 정관의 작성, 목적사업의 종류 등에 관하여 결정할 권한이 상대적으로 많아 그 과정에서 상속세를 부당하게 감소시키고 실질적으로 공익법인의 운영을 좌우할 수 있는 여지가 많다고 볼 수 있으므로 이를 방지하기 위하여 위 범시행령조항이 상속인의 경우에 대하여 그 요건을 강화한 것이므로 이는 합리적인 것으로서 조세평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 조세법률주의와 포괄적 위임입법의 금지원칙에 위반되는지 여부에 관한 판단

(1) 조세법률주의와 포괄적 위임입법의 금지

이 사건 심판대상조항이 조세의 요건에 관하여 하위규범인 대통령령에 포괄위임 또는 백지위임을 함으로써 헌법에 정한 조세법률주의와 포괄적 위임입법금지에 위반하였는지 여부를 본다.

우리 재판소는 조세법률주의 및 포괄적 위임입법금지의 원칙에 관하여 다음과 같은 판례를 확립하고 있다(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등).

(가) 헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

여 납세의 의무를 진다”라고 규정하면서 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법규정에 근거를 둔 조세법률주의의 이념은 과세요건을 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하도록 하여 국민의 재산권을 보장하고 (과세요건 법정주의), 또한 과세요건을 명확히 규정하여 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 배제함으로써 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것이다(과세요건 명확주의).

그러나 조세법률주의를 지나치게 철저하게 시행한다면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있는 것이다. 이에 우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여, 조세행정분야 뿐만 아니라 국정 전반에 걸쳐 위임입법의 필요성이 있음을 확인하고 입법권을 대통령령에 위임할 수 있는 길을 열어 놓음으로써 국회가 제정하는 법률에 의하여 모든 사항을 규율할 수는 없는 현실적 어려움을 반영하고 있다.

(나) 그렇지만 법률로 규정하여야 할 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 경우에 일반적이고 포괄적인 위임을 허용한다면 이는 사실상 입법권을 백지 위임하는 것이나 다름 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 아무런 제한없이 행하여지는 행정권의 자의로 말미암아 기본권이 침해될 위험이 있으므로, 헌법 제75조는 “구체적으로 범위를 정하여” 위임하도록 하여 위임에 있어서 일정한 한계가 있음을 명시하고 있다.

이와 같이 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 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 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4 참조), 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 따라서 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것으로 판단되어야 할 것이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12등 참조).

(다) 또한 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

규나 조세법규 등 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 완화되어야 할 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27 결정; 1994. 7. 29. 92헌바49등 각 참조).

그러나 위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민 주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므로, 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관한 사항에 대하여는 조세법률주의의 원칙상 가능한 한 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다.

(2) 돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 심판대상조항인 법 제8조의2 제6항 전단은 상속인이 그 상속재산을 공익사업에 출연하는 경우 이를 상속세과세가액에 산입하지 아니한다는 것을 그 내용으로 하고 있는바, 원래 공익사업이란 사회일반의 이익에 공여하는 사업으로서 그러한 사업을 사인이 운영한다는 것은 국가

또는 지방자치단체가 수행하여야 할 공공기능의 일부를 대신 수행한다는 의미도 갖고 있는 것이므로 그 공익사업의 원활한 수행을 보장하고 또 이를 장려할 수 있도록 그 출연재산에 대하여는 증여세나 상속세를 부과하지 아니하는 것이 합리적이라는 이유에서 마련된 규정인 것이다.

그러나 공익사업을 빙자하여 상속세 부담을 회피하고 부를 변칙적으로 세습시키는 것은 용납될 수 없으므로 공익사업 출연재산에 대하여는 엄격한 요건과 사후관리가 필요하다. 특히 상속인이 공익사업에 출연하는 경우에는 피상속인이 유증에 의해 재산을 출연하는 경우와는 달리 상속인들의 합의에 의해 상속세 탈루의 수단으로 이용될 소지가 많으므로 그 적용요건을 엄격히 할 필요는 더욱 큰 것이다.

그런데 이 사건 심판대상조항인 법 제8조의2 제6항 전단은 “상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다.”고 규정하여 이 사건 심판대상조항의 문면만을 따로 떼어서 보면 상속인이 재산을 출연할 때 상속세과세가액불산입의 혜택을 받을 수 있는 공익사업의 종류와 그 출연의 방법 등이 전적으로 하위규범인 대통령령에 위임되어 있는 것처럼 보일 수도 있어 조세법률주의나 포괄적 위임입법금지의 원칙에 반하는 것이 아닌지의 의심이 있을 수 있다.

(가) 그러나 먼저 입법자는 법 제8조의2 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업, 자선사업, 학술사업, 기타 공익사업(이하 ‘공익사업’이라 한다)에 출연한 재산. 다만,

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연(주식 또는 출자지분외의 재산을 출연받은 후 그 출연받은 금액으로 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 소유하게 되는 경우를 포함한다)하는 경우 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 초과부분을 제외한다.”고 규정하여 상속재산을 출연할 경우 그 재산의 가액을 상속세과세가액에 산입하지 아니하게 되는 공익사업의 범위를 한정하고 있다. 물론 입법자가 위 법률규정에서 공익사업을 스스로 모두 열거하고 있는 것은 아니라 하더라도 입법자는 종교사업, 자선사업, 학술사업 등을 예시함으로써 상속세과세가액 불산입의 혜택을 받을 수 있는 기타 공익사업은 위와 같은 예들에 준하는 사업에 국한될 것임을 시사하고 있으며, 따라서 “공익사업”이라는 요건은 해석을 통하여 한정할 수 있도록 규율하고 있다.

(나) 또한, 입법자는 법 제8조의2 제6항 후단에서 상속인이 대통령이 정하는 방법에 따라 같은 조 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산을 상속세과세가액에 산입하지 아니하는 경우와 관련하여 “제1항 단서 및 제3항 내지 제5항의 규정을 준용한다.”고 규정하여 이 사건 심판대상조항에 의한 세제혜택을 받을 수 있는 공익사업의 범위를 다시 한정하는 동시에 정부에 감독수단을 확보하여 주고 있다. 즉 상속인이 상속재산을 출연한 공익사업에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 자신이나 그 친족에게 귀속되는 경우를 상속세과세가액불산입의 대상에서 제외시킴으로써 이 제도를 상속세 회피를 위한 수단으로 악용하는 것을 방지하는 한편, 상속인이 공익사업에 출연한 재산이 본래의 목적으로

사용되고 있는지를 감독할 수 있도록 그 재산을 출연받은 자로 하여금 그 출연재산의 사용에 대한 계획 및 진도에 관한 보고서를 정부에 제출하도록 하고 있다.

(다) 그 밖에도 입법자는 상속세과세가액불산입의 혜택을 받을 수 있는 상속재산의 출연시기도 간접적으로 제한하고 있다. 즉 상속인 등에게 상속세를 부과할 상속재산의 종류·수량·가액, 재산가액에 가산할 증여의 가액 기타 대통령령으로 정하는 사항을 기재한 신고서와 함께 “공제될 금액의 명세서 및 증빙서류”를 소정의 기한 내에 제출할 의무를 정하고 있는 법 제20조, 위 신고서를 제출하는 자의 신고세액납부의무 등을 규정하고 있는 법 제20조의 2와 이 사건 심판대상조항을 종합적으로 감안하면 상속인이 공익사업에 상속재산을 출연함으로써 상속세과세가액불산입의 혜택을 받기 위해서는 원칙적으로 법 제20조가 정하는 신고기한 내에 그 상속재산을 출연하여야 한다는 해석이 가능하다. 왜냐하면 상속인이 상속재산을 공익법인에 출연했다는 이유로 공제될 금액을 신고하는 경우 신고사실의 진정성을 확보하기 위해서는 상속세를 신고할 당시에 이미 상속인이 해당 공익사업에 상속재산의 출연을 완료할 것이 요구된다고 보아야 하기 때문이다.

(라) 그러므로 이 사건 심판대상조항과 다른 관련법률조항들을 전체적·체계적으로 해석하면 입법자 스스로 이 사건 심판대상조항의 위임에 의하여 하위법규인 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항, 즉 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산의 상속세과세가액불산입 요건의 기본사항을 국민이 예측할 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 규정하고 있으며, 하위법규인 대통령령에 위

임하고 있는 사항은 출연의 방법 등과 같은 기술적인 사항이나 기타 세부적인 사항의 규율에 국한되어 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 심판대상조항이 조세법률주의를 천명한 헌법 제59조나 포괄적 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 법시행령 제3조의2 제13항과 같은 규정이 제정될 수 있었던 것은 이 사건 심판대상조항이 그 요건을 시행령에 백지위임하였기 때문이라는 청구인들의 주장도 역시 그 근거가 없다고 할 것이다.

나. 평등원칙 위반여부에 관한 판단

청구인들은 이 사건 심판대상조항의 위임에 따른 법시행령 제3조의2 제13항이 피상속인이 출연하는 경우에 관한 법시행령 제3조의2 제1항 및 구 공익법인의설립·운영에관한법률 제5조 제5항(1995. 1. 5. 법률 제4932호로 개정되기 전의 것) 등에 비추어 볼 때 상속인에 대하여 합리적인 이유 없이 차별을 하고 있으므로 위와 같은 입법을 허용한 이 사건 심판대상조항은 헌법 제11조 제1항이 규정한 평등원칙을 위반한 것이라고 주장한다.

그러나 입법자는 이미 위에서 살펴본 바와 같이 상속인이 공익사업에 그 상속재산을 출연하는 경우에 관한 법 제8조의2 제6항 후단에서 피상속인이 공익사업에 출연한 경우의 상속세과세가액불산입의 예외를 정하고 있는 법 제8조의2 제1항 단서를 준용하도록 하고, 이 사건 심판대상조항에서는 상속인이 일정한 공익사업에 출연한 상속재산을 상속세과세가액에 산입하지 아니한다고 규정하는 동시에 그 출연방법에 관한 규율을 대통령령에 위임하고 있다. 결국 이 사건 심판대상조항은 하위법규인 대통령령에 입법

자가 스스로 정하고 있는 범위 안에서 상속세과세가액불산입의 요건을 정할 수 있도록 위임하고 있을 따름이다. 그렇다면 이 사건 심판대상조항 자체가 피상속인이 상속재산을 출연하는 경우를 규율하고 있는 법 제8조의2 제1항 및 이에 그 법적 근거를 두고 제정된 법시행령 제3조의2 제1항에 비하여 상속인을 불리하게 처우한다고 보기는 어려우며, 따라서 이 사건 심판대상조항이 그러한 관점에서 평등원칙에 위반된다고 볼 수는 없다.

한편, 구 공익법인의설립·운영에관한법률 제5조 제5항은 공익법인의 “이사회의 구성에 있어서 대통령령이 정하는 특별한 관계가 있는 자의 수는 이사 현원의 3분의 1을 초과할 수 없다.”고 하여 공익법인의 이사회의 인적 구성을 제한하고 있다. 위 법률조항의 입법목적은 공익법인에 재산을 출연한 자가 다수의 이사들을 자신과 특별한 관계에 있는 자들로 선임함으로써 법인에 대한 지배권을 장악하고, 결국 공익사업을 한다는 미명하에 다른 목적의 달성을 위한 수단으로 법인제도를 이용하는 폐해를 예방하려는 것이다. 이에 비하여 이 사건 심판대상조항 및 그 후단의 입법목적은 특별히 상속인이 공익사업에 상속재산을 출연하는 경우를 규율하면서 공익사업에 출연된 상속재산을 상속세 과세가액에서 제외하되 공익사업출연을 통하여 상속세 부담을 회피하면서 부를 번익적으로 세습하는 것을 방지하려는 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항과 구 공익법인의설립·운영에관한법률 제5조 제5항은 각기 그 직접적인 규율대상과 입법목적이 다르다고 보아야 한다. 그렇다면 이 사건 심판대상조항의 입법자가 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산의 상속세과세가액불산입의 요건을 구 공익법인의설

헌재 1998. 3. 26. 96헌바57

립·운영에관한법률 제5조 제5항과는 다르게 규율할 수 있도록 위에서 본 바와 같이 그 내용과 범위를 정하여 하위법규에 위임하였다고 해석하는 것이 가능하더라도, 이는 본질적으로 다른 것을 다르게 규율하기 위한 것이므로 그 차별에는 합리적 사유가 있다 할 것이고, 따라서 이 사건 심판대상조항이 상속인을 합리적 사유 없이 불리하게 차등대우함으로써 평등원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

나아가 가사 청구인들의 주장과 같이 이 사건 심판대상조항의 위임에 따라 제정된 법시행령 제3조의2 제13항이 법에서 위임한 범위를 벗어나 상속인에 대하여 불합리하고 차별적인 내용을 규정하고 있다 하더라도 그러한 사정만으로는 애초 평등원칙에 위반되지 아니하는 수권법률(授權法律)인 이 사건 심판대상조항이 평등원칙에 위반하여 위헌으로 되는 것은 아니다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2 참조). 그러므로 법시행령 제3조의2 제13항이 평등원칙에 위반되고 그렇기 때문에 이 사건 심판대상조항이 평등원칙에 위반된다는 청구인들의 주장은 이와 같은 법리를 오해한 것이라고 할 수밖에 없다.

그러므로 청구인들의 이 사건 심판대상조항에 대한 평등원칙위반의 주장은 어느모로 보나 이를 받아들일 수 없다 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 아래 5.와 같은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “구 상속세법(……) 제8조의2 제6항 전단은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심)

고종석 신창언 이영모 한대현

구 소득세법 제82조 제2항 등 위헌소원

(1998. 3. 26. 97헌바13 전원재판부)

【판시사항】

1. 재판의 전제성의 의미
2. 과세처분취소청구소송에서 원고청구기각판결이 확정된 이후 선행처분인 과세처분이 무효임을 이유로 후행처분인 압류처분의 무효를 주장할 수 있는지 여부(소극)
3. 과세처분취소청구기각판결의 기판력에 의하여 과세처분의 무효를 주장할 수 없는 경우 그 과세처분의 근거법률의 위헌 여부가 후행처분인 압류처분의 무효확인을 구하는 재판의 전제가 되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 함은 문제되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이나 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.
2. 청구인은 이 사건 과세처분에 관하여 취소청구소송을 제기하였으나 원고청구기각판결이 선고되어 확정되었고, 과세처분취소청구를 기각한 판결의 기판력은 동일한 과세처분에 대하여 제기한 무효확인청구소송에도 미치는 것이며, 전소(前訴)의 기판력 있는 법률효과가 후소(後訴)의 선결문제로 되는 때에는 후소는 선결문제로서 전소의 기판력을 받게 되어 전소판결 내용에 어긋나는 판단을 할

수 없는 것인바, 청구인은 이 사건 심판청구의 당해사건에서 이 사건 과세처분이 무효임을 이유로 그 후행처분인 압류처분이 무효라는 주장을 하고 있으므로 이 사건 과세처분이 무효인지 여부는 당해사건에 있어서의 선결문제이고, 따라서 이 사건 과세처분에 관한 전소인 앞의 원고청구기각판결의 기판력이 이 사건에도 미치게 되어 청구인은 당해사건에서 이 사건 과세처분이 무효임을 주장할 수 없다.

3. 이 사건 심판대상 조항이 위헌이어서 그에 기초한 이 사건 과세처분이 무효라고 하더라도 과세처분취소청구소송에서 원고청구기각판결이 선고되어 확정된 전소의 기판력에 의하여 당해사건에서 이 사건 과세처분이 무효라고 판단할 수 없고, 따라서 이 사건 심판청구는 이 사건 심판대상 조항의 위헌여부에 따라 당해사건의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하였다.

【심판대상조문】

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전면개정되기 전의 것) 제 82조(부동산매매업자에 대한 종합소득세액의 계산) ① 생략

② 부동산매매업자로서 종합소득 금액에 토지 등의 매매로 인하여 발생하는 사업소득 이외의 종합소득이 있는 자에 대한 종합소득에 대한 세액의 계산에 있어서는 다음 각 호의 세액 중 많은 금액을 종합소득산출세액으로 한다.

1. 제70조의 규정에 의한 종합소득산출세액
2. 제92조 제2항의 규정에 의한 산출세액의 당해연도분 합계액과 종합소득과세표준에서 제92조 제1항의 규정에 의한 토지 등 매매차익의 당해연도분 합계액을 공제한 금액을 과세표준으로 하고 이에 기본세율을 적용하여 산출한 세액의 합계액

③ 생략

헌재 1998. 3. 26. 97헌바13

구 소득세법시행령(1994. 12. 31. 대통령령 제14467호로 전문개정되기 전의 것) 제134조(부동산매매업자에 대한 종합소득과세액의 계산) ① 생략
② 법 제82조에 규정하는 종합소득산출세액의 계산은 재무부령이 정하는 바에 의한다.

구 소득세법시행규칙(1995. 5. 3. 총리령 제505호로 개정되기 전의 것) 제67조(부동산매매업자에 대한 종합소득세액의 계산) 영 제134조 제2항의 규정에 의한 종합소득산출세액의 계산은 다음 각 호의 산식에 의한다.

1. 생략

2. 토지 등의 매매로 인하여 발생한 소득 이외의 종합소득이 있는 경우에는 다음 (가) 및 (나)에 의하여 계산한 금액 중 많은 금액을 그 종합소득산출세액으로 한다.

(가) (매매차익 - 기타 필요경비 + 다른 종합소득금액) - 소득공제액 = 종합소득과세표준

종합소득과세표준 × 기본세율 = 종합소득산출세액

(나) {(매매차익 - 양도소득공제 - 법 제68조 제2항의 규정에 의한 소득공제액) × 법 제70조 제3항 각 호의 규정에 의한 세율} + {(다른 종합소득금액 - 소득공제액) × 기본세율} = 종합소득산출세액

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45
헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65
2. 대법원 1993. 4. 27. 선고, 92누9777 판결
대법원 1996. 6. 25. 선고, 95누1880 판결

【당 사 자】

청 구 인 강승환

대리인 변호사 이영준 외 1인

당해사건 서울고등법원 96구26642 압류처분무효확인

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인과 청구의 원용찬은 1989. 4. 14. 서울 강남구 대치동 1008의 1 대 1,406.8㎡를 공동으로 취득한 뒤 같은 해 8. 10. 공동명의로 부동산매매업 및 부동산임대업에 관한 사업자등록을 하고 1991. 2. 그 지상에 철근콘크리트 슬래브지붕 건물(지하 4층, 지상 9층) 9,171.63㎡(이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)를 건축하여 그 중 일부는 분양하고, 일부는 임대하였다.

(2) 청구의 개포세무서장은 청구인 및 위 원용찬에 대한 1991년 및 1992년 귀속종합소득세 실지조사결정을 함에 있어 위 건물준공 이후의 건설자금에 대한 지급이자(부동산매매업의 필요경비로 공제하지 아니하고, 부동산매매업으로 인한 사업소득과 관련하여 발생한 1989년 귀속분의 이월결손금이 금 30,444,567원, 1990년 귀속분의 이월결손금이 금 90,172,892원, 1991년 귀속분의 결손금이 금 586,619,501원이고, 1989년 귀속분과 1990년 귀속분의 이월결손금은 부동산매매업으로 인한 사업소득과 관련하여 발생한 것이지만 1991년과 1992년 귀속분의 부동산매매업으로 인한 소득세액은 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전면개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제82조 제2항 제2호와 제92조 제2항에 따라 양도소득세 산출방식으로 계산하면 법 제82조 제2항 제1호에 따른

헌재 1998. 3. 26. 97헌바13

종합소득세 산출방식으로 산정한 액수보다 다액이어서 양도소득세 산출방식에 의한 금액으로 할 것인데 그 소득은 1991년이 금 304,979,580원, 1992년이 금 1,833,426,297원이 되어 당해 연도의 종합소득세액을 산출함에 있어서는 결손금이 발생한 것으로 볼 수 없고, 이미 결손금이 발생한 1989년도와 1990년도 귀속의 사업소득과는 그 소득의 종류를 달리하므로 그 이월결손금을 1991년도와 1992년도의 소득과 통산하지 아니하고, 1991년의 부동산매매업으로 인한 사업소득과 관련하여 생긴 이월결손금도 1992년의 부동산매매업으로 인한 양도소득이나 부동산소득과 소득의 종류가 달라 여기에서도 통산·공제하지 아니한 채 1991년 귀속분의 경우 부동산매매업으로 인한 소득을 금 304,979,580원, 부동산임대업으로 인한 부동산소득을 금 240,539,385원으로, 1992년 귀속분의 경우 부동산매매업으로 인한 소득을 금 1,833,426,297원, 부동산임대업으로 인한 부동산소득을 금 247,365,265원으로 결정한 후, 1993. 9. 16. 청구인에 대하여 위 각 과세연도별 소득합산액의 2분의 1에 근로소득과 배당소득을 합산한 금액을 과세표준으로 하여 계산한 1991년 종합소득세 금 155,077,080원 및 1992년 종합소득세 금 698,246,950원을 부과·고지(이하 '이 사건 처분'이라 한다)하였다.

(3) 청구인이 위 종합소득세를 체납하자 개포세무서장은 그 강제징수를 위하여 1993. 8. 20. 청구인 소유 서울 서초구 도곡동 869 삼익아파트 제1동 4층 501호 아파트 및 그 대지(이하 '이 사건 아파트'라 한다)에 대하여 압류처분을 하였고, 청구인은 이에 불복하여 서울고등법원에 위 압류처분무효확인 소(96구26642, 이하 '당해사건'이라 한다)을 제기한 후 법 제82조 제2항, 구 소득세법시

행령(1994. 12. 31. 대통령령 제14467호로 전문개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제134조 제2항 및 구 소득세법시행규칙(1995. 5. 3. 총리령 제505호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행규칙’이라 한다) 제67조에 대하여 위헌법률심판제청을 하여 줄 것을 신청(96부1881)하였으나, 서울고등법원이 1997. 1. 15. 이를 기각하자, 청구인은 위 결정을 같은 달 29. 수령한 후 같은 해 2. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(4) 한편 청구인은 1994. 6. 24. 서울고등법원에 위 종합소득세 부과처분 취소청구소송(서울고등법원 94구19107호)을 제기하였으나 1995. 10. 26. 원고패소판결이 선고되었고, 이에 대하여 청구인이 상고(대법원 95누17519호)하였으나 1996. 4. 12. 상고기각되어 위 패소판결이 확정되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상이 되는 법률조항은 법 제82조 제2항, 시행령 제134조 제2항 및 시행규칙 제67조 제2호(이하 ‘이 사건 심판대상 조항’이라 한다)인데, 그 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법 제82조(부동산매매업자에 대한 종합소득세액의 계산) ② 부동산매매업자로서 종합소득금액에 토지등의 매매로 인하여 발생하는 사업소득 이외의 종합소득이 있는 자에 대한 종합소득에 대한 세액의 계산에 있어서는 다음 각 호의 세액 중 많은 금액을 종합소득산출세액으로 한다.

1. 제70조의 규정에 의한 종합소득산출세액
2. 제92조 제2항의 규정에 의한 산출세액의 당해연도분 합계액과 종합소득과세표준에서 제92조 제1항의 규정에 의한

헌재 1998. 3. 26. 97헌바13

토지 등 매매차익의 당해연도분 합계액을 공제한 금액을 과세표준으로 하고 이에 기본세율을 적용하여 산출한 세액의 합계액

시행령 제134조(부동산매매업자에 대한 종합소득세액의 계산) ② 법 제82조에 규정하는 종합소득산출세액의 계산은 재무부령이 정하는 바에 의한다.

시행규칙 제67조(부동산매매업자에 대한 종합소득세액의 계산) 영 제134조 제2항의 규정에 의한 종합소득산출세액의 계산은 다음 각 호의 산식에 의한다.

2. 토지등의 매매로 인하여 발생한 소득이외의 종합소득이 있는 경우에는 다음 (가) 및 (나)에 의하여 계산한 금액 중 많은 금액을 그 종합소득산출세액으로 한다.

(가) (매매차익 - 기타 필요경비 + 다른 종합소득금액) - 소득공제액 = 종합소득과세표준

종합소득과세표준 × 기본세율 = 종합소득산출세액

(나) {(매매차익 - 양도소득공제 - 법 제68조 제2항의 규정에 의한 소득공제액) × 법 제70조 제3항 각 호의 규정에 의한 세율} + {(다른 종합소득금액 - 소득공제액) × 기본세율} = 종합소득산출세액

2. 청구인의 주장과 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장요지

이 사건 심판대상 조항에 의하면 부동산매매업자에 대해서는 종합소득세율에 의한 세액과 부동산매매로부터 발생하는 소득에 대하여 양도소득세율에 의하여 계산한 세액을 비교하여 고액의 세액

으로 과세하도록 하고 있는바, 종합소득에 대하여 적용되는 기본세율보다 양도소득에 대하여 적용되는 세율이 높게 규정되어 있는 소득세법하에서 부동산매매업자의 소득은 대부분의 경우 양도소득세율의 적용을 받게 되어 다른 사업자들의 소득보다 높은 세율에 의하여 과세됨으로써 부동산매매업자가 합리적인 이유없이 다른 사업자들과 차별적인 조세부담을 받게 되고, 그로 인하여 부동산매매업을 영위하지 못하도록 하는 결과가 되므로 이 사건 심판대상 조항은 헌법상 보장된 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 규정이다.

또한 청구인은 이 사건 심판대상 조항으로 인하여 소득이 전혀 없는데도 과세됨으로써 재산권을 침해당하였다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

이 사건 심판대상 조항은 부동산매매업자가 아닌 경우 양도소득이 종합소득과세표준과 관계없이 일정세율 이상의 세부담을 하여야 하는 것과의 균형을 맞추기 위한 것으로서, 청구인의 주장과 같이 평등의 원칙, 직업선택의 자유 및 재산권보장에 위배한 무효의 규정이라고 보여지지 않는다.

다. 재정경제원장관의 의견요지

이 사건 심판대상 조항은 부동산매매업자가 토지 등을 양도하는 경우 최소한 일반 개인이 부담하는 정도의 세부담을 하게 함으로써 부동산매매업을 통하여 부동산 투기가 조장될 수 있는 문제점을 방지하고 과세상의 형평을 기하기 위한 것으로, 헌법상 평등의 원칙을 적절히 구현하는 규정이고, 부동산매매업자에게 과중한 부담을 지움으로써 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다.

헌재 1998. 3. 26. 97헌바13

라. 국세청장의 의견요지

이 사건 심판대상 조항은 부동산매매업자도 토지 등의 양도소득에 대하여 최소한 그 이외의 개인이 부담하는 정도의 세부담을 하여야 한다는 취지의 규정이므로 평등의 원칙에 반하지 아니하고, 부동산매매업을 영위하지 못하도록 차별적으로 제한하는 규정이 아니다.

또한 이 사건 심판대상 조항은 부동산매매업자의 양도소득에 대한 세액을 계산함에 있어서 일반 양도소득세의 계산방법과 같은 방법을 적용한 것이고, 따라서 부동산매매업자의 부동산매매소득은 매매차익을 넘지 않게 되므로 소득이 없는 것에 대하여 과세함으로써 부당하게 재산권을 침해하는 규정이 아니다.

3. 판 단

먼저 직권으로 이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고(헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항), 이 경우 재판의 전제가 된다고 함은 문제되는 법률이나 법률조항이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 법률이나 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45; 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65 참조).

그러므로 이 사건에 관하여 보건대, 청구인은 이 사건 과세처분

에 관하여 취소청구소송을 제기하였으나 원고청구기각판결이 선고되어 확정되었음은 앞서 본 바와 같고, 과세처분취소청구를 기각한 판결의 기판력은 동일한 과세처분에 대하여 제기한 무효확인청구소송에도 미치는 것이며, 전소(前訴)의 기판력 있는 법률효과가 후소(後訴)의 선결문제로 되는 때에는 후소는 선결문제로서 전소의 기판력을 받게 되어 전소판결 내용에 어긋나는 판단을 할 수 없는 것인바, 청구인은 이 사건 심판청구의 당해사건에서 이 사건 과세처분이 무효임을 이유로 그 후행처분인 압류처분이 무효라는 주장을 하고 있으므로 이 사건 과세처분이 무효인지 여부는 당해사건에 있어서의 선결문제라 할 것이고, 따라서 이 사건 과세처분에 관한 전소인 앞의 원고청구기각판결의 기판력이 이 사건에도 미치게 되어 청구인은 당해사건에서 이 사건 과세처분이 무효임을 주장할 수 없다 할 것이다.

그렇다면 이 사건 심판대상 조항이 위헌이어서 그에 기초한 이 사건 과세처분이 무효라고 하더라도 과세처분취소청구소송에서 원고청구기각판결이 선고되어 확정된 전소의 기판력에 의하여 당해사건에서 이 사건 과세처분이 무효라고 판단할 수 없고, 따라서 이 사건 심판청구는 이 사건 심판대상 조항의 위헌여부에 따라 당해사건의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 해당한다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

4. 결 론

그러므로 청구인의 이 사건 심판청구는 재판의 전제성이 결여되어 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 의견

헌재 1998. 3. 26. 97헌바13

일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

관세법 [별표] 관세율표 제6부 제31류 위헌확인

(1998. 3. 26. 96헌마166 전원재판부)

【판시사항】

세관장의 관세부과처분을 거치지 아니하고 관세율표만으로 직접적인 기본권 침해가 가능한지 여부(소극)

【결정요지】

직접 법률에 대한 헌법소원심판을 청구하려면 먼저 청구인 스스로가 당해법률에 의하여 별도의 구체적인 집행행위의 매개없이 직접·현재 헌법상 보장된 기본권을 침해 당하고 있는 경우이어야 한다. 그런데 이 사건 관세율표는 관세의 부과대상이 되는 비료의 종류 및 세율에 관하여 규정하고 있는 것으로서, 구체적인 집행행위인 세관장의 관세부과처분을 거치지 아니하고 곧바로 청구인에 대한 의무의 부과나 권리침해 등의 법률효과가 생기는 것이 아니므로, 이 사건 심판청구는 직접성을 갖추지 못하였다.

【심판대상조문】

관세법 제7조(세율) ① 관세의 세율은 별표 관세율표에 의하여, 잠정세율은 기본세율을 우선하여 적용한다.

②~⑤ 생략

[별 표] 관세율표 제6부 제31류

비 료

주 :

1. 이 류에서는 다음의 것을 제외한다.
 - 가. 제0511호의 동물의 피

헌재 1998. 3. 26. 96헌마166

- 나. 화학적으로 단일한 화합물(이 류의 주 2 가·주 3 가·주 4 가 또는 주 5의 규정에 해당되는 것을 제외한다)
 - 다. 제3824호의 배양염화칼륨단결정(한개의 중량이 2.5그램 이상인 것에 한하며, 광학용품을 제외한다) 및 염화칼륨으로 제조한 광학용품(제9001호)
2. 제3102호는 다음의 물품에 한하여 적용한다(제3105호에 계기한 형상 또는 포장으로 한 것을 제외한다)
- 가. 다음에 해당하는 물품
 - (1) 질산나트륨(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
 - (2) 질산암모늄(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
 - (3) 황산암모늄과 질산암모늄의 겹염(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
 - (4) 황산암모늄(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
 - (5) 질산칼슘과 질산암모늄의 겹염(순수한 것인지의 여부를 불문한다) 또는 혼합물
 - (6) 질산칼슘과 질산마그네슘의 겹염(순수한 것인지의 여부를 불문한다) 또는 혼합물
 - (7) 칼슘시아나미드(순수한 것이거나 기름으로 처리한 것인지의 여부를 불문한다)
 - (8) 요소(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
 - 나. 가에 계기한 물품이 서로 혼합된 비료
 - 다. 염화암모늄 또는 가 또는 나에 계기한 물품에 초크·석고 또는 기타 비료가 아닌 무기물이 혼합된 비료
 - 라. 가의 (2) 또는 (8)의 물품이나 이들의 혼합물을 수용액 또는 암모니아용액으로 한 액상비료
3. 제3103호는 다음의 물품에 한하여 적용한다(제3105호에 계기한 형상 또는 포장으로 한 것을 제외한다).
- 가. 다음에 해당하는 물품
 - (1) 염기성 슬랙
 - (2) 제2510호의 천연인산염으로서 하소한 것 또는 불순물을 제거하기 위한 것 이상으로 열처리한 것
 - (3) 과인산석회 또는 중과인산석회

- (4) 오르토 인산수소칼슘(플루오르의 함유량이 건조 무수물의 상태에서 전중량의 100분의 0.2 이상인 것에 한한다)
- 나. 가에 계기한 물품이 서로 혼합된 비료(플루오르의 함유량은 이를 고려하지 아니한다)
- 다. 가 또는 나에 계기한 물품(플루오르의 함유량은 이를 고려하지 아니한다)에 초크·석고 또는 기타 비료가 아닌 무기물이 혼합된 비료
4. 제3104호는 다음의 물품에 한하여 적용한다(제3105호에 계기한 형상 또는 포장으로 한 것을 제외한다)
- 가. 다음에 해당하는 물품
- (1) 조상의 천연칼륨의 염류(예 : 카아닐라이트, 카이나이트 및 실바이트)
 - (2) 염화칼륨(순수한 것인지의 여부를 불문하며, 주 1 다에 계기한 물품을 제외한다)
 - (3) 황산칼륨(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
 - (4) 황산마그네슘칼륨(순수한 것인지의 여부를 불문한다)
- 나. 가에 계기한 물품이 서로 혼합된 비료
5. 오르토 인산2수소암모늄(인산1암모늄)·오르토 인산수소2암모늄(인산2암모늄)(순수한 것인지의 여부를 불문한다) 및 이들의 상호 혼합물은 제3105호에 분류한다.
6. 제3105호에서 “기타 비료”라 함은 비료로 사용되는 종류의 물품으로서 비료의 필수요소인 질소·인 및 칼륨 중 1종 이상을 함유하는 것을 말한다.

번호	품 명	세율(%)
3101	동물성 또는 식물성 비료(함께 혼합하거나 화학적으로 처리한 것인지의 여부를 불문한다) 및 동물성 또는 식물성 물품을 혼합하거나 화학적으로 처리한 비료	8
3102	질소비료(광물성 또는 화학비료에 한한다)	8
3103	인산비료(광물성 또는 화학비료에 한한다)	8
3104	칼륨비료(광물성 또는 화학비료에 한한다)	
	1. 카이닐라이트·실바이트 및 기타 조상의 천연칼륨염	1
	2. 염화칼륨	1
	3. 황산칼륨	
	가. 산화칼륨으로 계산한 칼륨분의 함유량이 전중량의 100분의 52 이하인 것	1

헌재 1998. 3. 26. 96헌마166

번호	품 명	세율(%)
3105	나. 기 타	8
	4. 기 타	
	가. 황산마스네슘칼륨	
	(1) 산화칼륨으로 계산한 칼륨분의 함유량이 전증량의 100분의 30 이하인 것	1
	(2) 기 타	8
나. 기 타		
광물성 또는 화학비료(비료의 필수요소인 질소·인 및 칼륨 중 2종 또는 3종을 함유하는 것), 기타 비료 및 이 류에 계기한 물품을 정상 또는 이와 유사한 형상으로 한 것이거나 용기를 포함한 1개의 총중량이 10킬로그램 이하로 포장한 것	1	
		8

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제23조 제1항, 제119조, 제123조 제3항
헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9
헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128
헌재 1991. 5. 13. 89헌마267, 판례집 3, 227
헌재 1994. 4. 28. 92헌마280, 판례집 6-1, 443
헌재 1995. 1. 20. 94헌마99, 공보 8, 42

【당 사 자】

청 구 인 경기화학공업주식회사
대리인 변호사 이석연

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1996. 3. 26. 경기도지사로부터 제2종 복합비료 생산업허가를 받아 제2종 복합비료를 생산, 판매하고 있는 회사이며, 현행 관세법 제7조 제1항에 의한 [별표] 관세율표는 암모니아(제28류 2814호) 및 인광석(제25류 2510호)은 관세율 1% 및 2%의 저관세율로 규정하고 있는 반면, 질소비료(제31류 3102호)에 해당하는 요소 및 유안과 제1종 복합비료의 일종(제31류 3105호)인 이인안은 8%의 고관세율로 규정하고 있다.

(2) 청구인은 이와같은 차등관세로 인하여 시설과 자본이 우세한 대기업은 관세율 1-2%인 암모니아, 인광석 등 기초원료를 수입하여 요소, 유안, 이인안 등 중간재를 생산하고 이를 이용하여 복합비료를 저비용으로 생산, 판매할 수 있는 반면, 시설과 자본이 열악한 청구인을 비롯한 중소기업은 관세율 8%인 요소, 유안, 이인안 등을 직접 수입하여 이를 원료로 사용하게 됨으로써 복합비료를 고비용으로 생산, 판매할 수밖에 없는데, 이는 결국 현행 관세법 [별표] 관세율표 제31류 소정의 위 비료관세율이 대기업과 중소기업간의 관세부담을 차별화함으로써 청구인의 헌법상 평등권, 재산권, 직업선택의 자유 및 국가의 중소기업 보호육성의무에 상응한 권리 등을 침해하였다고 주장하면서, 1996. 5. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 관세법 제7조 제1항에 의한 [별표] 관세율표 제31류 비료 중 세율을 8%로 규정하고 있는 '3102호 질소비

헌재 1998. 3. 26. 96헌마166

료(광물성 또는 화학비료에 한한다)’ 및 ‘3105호 광물성 또는 화학비료(비료의 필수요소인 질소·인 및 칼륨중 2종 또는 3종을 함유하는 것), 기타비료 및 이 류에 계기한 물품을 정상 또는 이와 유사한 형상으로 한 것이거나 용기를 포함한 1개의 총중량이 10킬로그램 이하로 포장한 것’ 부분(이하 “이 사건 법률 관세율표”라 한다)이다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률 관세율표가 질소비료(요소, 유안)와 복합비료(이인안)의 관세율을 8%로 높게 규정함에 따라, 대기업에 비하여 시설과 자본의 열세로 관세율 1-2%인 암모니아, 인광석 등 기초원료를 직접 수입, 가공할 수 없고, 관세율 8%의 요소, 유안, 이인안 등 중간재를 수입, 가공할 수밖에 없는 청구인을 비롯한 중소기업의 성장발전을 저해함으로써 청구인의 헌법상 평등권을 침해하고, 조세평등주의에도 위배된다.

(2) 이 사건 법률 관세율표는 위와 같이 요소, 유안, 이인안 등 중간재에 대하여 높은 관세율을 규정함으로써 청구인과 같은 중소기업으로 하여금 현저히 높은 관세를 부담하고 중간재를 수입하여 복합비료를 생산, 판매토록 함으로써 재산권보장을 규정한 헌법 제23조 제1항에도 위배된다.

(3) 이 사건 법률 관세율표는 청구인을 비롯한 중소기업이 대기업에 비하여 지나치게 높은 관세를 부담하도록 함으로써 동일한 복합비료를 생산하는 대기업과의 경쟁을 원천적으로 봉쇄하고 있으므로 청구인의 직업수행의 자유를 침해하며, 이는 결과적으로 재벌기업으로의 경제력 집중을 초래하여 중소기업의 존립기반을

않게 하므로 직업수행의 자유에 대한 제한의 한계를 일탈하고, 헌법 제119조의 기업활동의 자유 및 제123조 제3항의 국가의 중소기업 보호·육성의무에도 위배된다.

나. 재정경제원장관의 의견

(1) 청구인은 관세법이 최종 공포된 1995. 12. 6. 이후인 1996. 3. 26. 비료사업법상 소정의 비료생산업 허가증을 교부받고 복합비료 원료를 수입하게 되었으므로 그때 비로소 기본권의 침해가 있었다고 주장하나, 이 사건 법률 관세율표는 1990. 12. 31. 개정되고 1991. 1. 1. 시행되어 현재까지 그대로 유지되고 있으므로 이 사건 법률 관세율표가 개정, 시행됨과 동시에 청구인 주장의 기본권 침해를 받게 되었다고 할 것이다.

그렇지 않다 하더라도 청구인이 최초로 복합비료 생산허가를 받은 것은 1991. 1. 10.이고 그때부터는 기본권침해의 사실관계를 알았다고 할 것이다.

따라서 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간을 도과하였음이 명백하여 각하되어야 한다.

(2) 또한 이 사건 심판청구는 다음과 같은 이유로 기각되어야 한다.

(가) 청구인은 중소기업기본법에 따른 분류에 의하면 중소기업이라고 할 수 없고, 특히 제2종 복합비료를 생산하는 국내회사중 가장 큰 기업이다. 또한 청구인보다 작은 회사인 진해화학, 풍농 등도 관세율 1-2%인 인광석 등을 수입하고 있고, 비료회사 중 제일 큰 남해화학, 동부화학 등도 관세율 8%인 요소를 주로 수입하고 있으므로, 중소기업은 중간재를 수입하고, 대기업은 기초원료를

수입한다는 청구인의 주장은 타당하지 않다.

한편, 물품세인 관세에 있어 조세평등주의는 수입자를 구분하지 않고 동일물품에 대해서는 동일하게 과세하고, 유사한 성격의 물품은 유사한 성격의 관세를 부과하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 취지에 따라 동일물품에 대하여는 수입자에 따라 차별적으로 관세를 부과하지 않고, 기초원료의 관세율은 낮게, 제품의 관세율은 8%로 유지하고 있는 현행 관세제도는 대부분의 다른 나라에서도 일반적으로 채택하고 있는 관세정책으로서, 이 사건 법률 관세율표는 조세평등주의에 위배되지 아니하며, 청구인의 헌법상 평등권을 침해하는 것도 아니다. 만일, 청구인의 주장과 같이 물품에 관계없이 기업간 관세부담 균등을 기하여야 한다면 모든 부문의 관세율이 같아야 되고 이는 결국 모든 물품에 대한 관세가 무세(無稅)여야 한다는 결론에 도달하게 되며, 이 경우 관세를 통한 재정수입을 확보할 수 없게 되고 국민경제의 적절한 발전을 위하여 관세정책을 시행할 수 없는 결과가 되므로 부당하다.

(나) 관세부과로 인하여 발생할 수 있는 청구인의 부담은 국가에 대한 청구인의 일반채무로서의 성격을 가지는바, 헌법상 재산권보장은 구체적인 재산권에 대한 박탈과 침해로부터 보호한다는 것을 의미하는 것이므로 관세부담과 같이 일반적인 금전급부의무의 발생여부에 관한 문제에 대하여는 헌법상의 재산권 침해를 원용할 수 없다. 설사 재산권을 침해한다 하더라도 관세는 동일물품에 대해서는 동일하게 부과되고 있으므로 특정기업 또는 특정인의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

(다) 청구인은 앞에서 본 바와 같이 중소기업이 아니므로 청구

인이 생산하는 제2종 복합비료업계에서 대기업과의 경쟁을 원천적으로 봉쇄하고 있다는 주장은 부당하며, 청구인이 필요한 물품을 직접 생산하거나 국내 조달하는 것보다 수입하는 것이 유리하여 수입에 따른 관세를 부담한다고 하여 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다. 또한 관세는 물품세로서 반드시 대기업 위주로 되어있다고 할 수 없으므로 이 사건 법률 관세율표가 기업활동의 자유를 침해하거나, 국가의 중소기업 보호 육성 의무에 상응하는 권리를 침해한다고 할 수 없다.

(라) 관세는 헌법 제38조의 납세의 의무에 따른 부담으로서 이를 통하여 국가 재정수입을 확보함과 동시에 국민경제 발전에 기여하고(목적의 정당성), 국내생산이 없거나 부족하여 수입이 불가피한 기초원료에 대해서는 낮은 관세율을 적용하고, 제품에 대해서는 높은 관세율을 적용하여 필요한 물품의 국내생산을 유지하며(방법의 적절성), 동일물품을 수입할 때에는 세율을 차등없이 규정하여 피해를 최소화하는 등세부담의 균형을 피하고 있으므로(피해의 최소화성) 기업활동의 자유에 대한 제한을 일탈하거나 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니한다.

3. 판 단

직권으로 이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여 살펴본다.

가. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있고, 이 규정에 의한 공권력에는 입법권도 포함되므로 원칙적으로 법률에 대한 헌법소원심판청구도 가능하다. 그러나 직접 법률에 대한 헌법소원심판을 청구하려면 먼저 청구인

헌재 1998. 3. 26. 96헌마166

스스로가 당해 법률에 의하여 별도의 구체적인 집행행위의 매개없이 직접·현재 헌법상 보장된 기본권을 침해당하고 있는 경우이어야 한다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1; 1989. 7. 21. 89헌마12; 1991. 5. 13. 89헌마267 등 참조).

나. 그런데 이 사건 법률 관세율표는 관세의 부과대상이 되는 비료의 종류 및 세율에 관하여 규정하고 있는 것으로서, 이 사건의 경우 구체적인 집행행위인 세관장의 관세부과처분을 거치지 아니하고 위 관세율표에 의하여 곧바로 청구인에 대한 의무의 부과나 권리침해 등의 법률효과가 생기는 것이 아니므로 청구인은 위 관세율표 자체에 의하여 직접적으로 기본권을 침해받았다고 볼 수 없다(헌재 1994. 4. 28. 92헌마280; 1995. 1. 20. 94헌마99 등 참조).

그러므로 청구인으로서는 이 사건 법률 관세율표에 의하여 관세 부과처분이 행하여진 경우 그 부과처분에 의하여 기본권이 침해되었음을 주장하는 것은 별론으로 하고, 이 사건 법률 관세율표 자체로 인하여 바로 청구인의 기본권이 침해된 것이라고는 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못하였다 할 것이다.

다. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언(주심) 이영모 한대현

지방자치단체의행정기구와정원기준등에관한규정 제14조 제1항 등 위헌확인

(1998. 3. 26. 96헌마345 전원재판부)

【판시사항】

서울시의회가 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격을 보유하는지 여부(소극)

【결정요지】

기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(受範者)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지자’가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인 의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 자격이 없다.

【심판대상조문】

구 지방자치단체의행정기구와정원기준등에관한규정(1994. 12. 31. 대통령령 제14480호로 제정되고, 1997. 2. 4. 대통령령 제15267호로 개정되기 전의 것) 제14조(총정원의 책정) ① 지방자치단체는 정원관리의 적정화와 운영의 합리화를 도모하기 위하여 내무부령이 정하는 바에 의하여 산정한 정원(이하 “총정원”이라 한다)의 범위 안에서 정원관리기관별로 책정한다. ② 지방자치단체의 장은 행정수요의 급격한 증가 등 부득이한 사유로 인하여 제1항의 규정에 의한 총정원을 초과하여 정원을 책정하고자 할 경우에는 미리 내무부장관의 승인을 얻어야 한다. 이 경우 시장·군수·구청장이 내

헌재 1998. 3. 26. 96헌마345

무부장관의 승인을 얻고자 하는 때에는 시·도지사를 거쳐야 하며 시·도지사는 정원책정의 적정 여부 등 그 검토결과를 첨부 제출하여야 한다.

③ 생략

구 지방자치단체의행정기구와정원기준등에관한규정(1994. 12. 31. 대통령령 제14480호로 제정되고, 1997. 2. 4. 대통령령 제15267호로 개정되기 전의 것) 제16조(별정직 정원) ①~② 생략

③ 지방자치단체장이 제2항의 규정에 의하여 정원책정기준을 정할 때에는 미리 내무부장관과 협의를 거쳐야 한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477

헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238

헌재 1995. 9. 28. 92헌마23등, 판례집 7-2, 343

【당 사 자】

청 구 인 서울특별시의회

대표자 의장 문일권

대리인 변호사 박선주

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 지방자치단체의행정기구와정원기준등에관한규정 제14조 제1항·제2항 및 제16조 제3항은 헌법 제117조, 제118조 및

지방자치법 제15조, 제82조 및 제83조에서 보장된 지방의회의 자치입법권을 제한하고, 주민의 참정권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 이유로 1996. 10. 17. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구를 제기하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 헌법소원의 심판대상은 구 지방자치단체의 행정기구와정원기구등에관한규정(1994. 12. 31. 대통령령 제14480호로 제정되고, 1997. 2. 4. 대통령령 제15267호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항·제2항 및 제16조 제3항이며(이하 “이 사건 규정조항”이라 한다), 그 규정 내용은 다음과 같다.

제14조(총정원의 책정) ① 지방자치단체는 정원관리의 적정화와 운영의 합리화를 도모하기 위하여 내무부령이 정하는 바에 의하여 산정한 정원(이하 “총정원”이라 한다)의 범위안에서 정원관리기관별로 책정한다.

② 지방자치단체의 장은 행정수요의 급격한 증가 등 부득이한 사유로 인하여 제1항의 규정에 의한 총정원을 초과하여 정원을 책정하고자 할 경우에는 미리 내무부장관의 승인을 얻어야 한다. 이 경우 시장·군수·구청장이 내무부장관의 승인을 얻고자 하는 때에는 시·도지사를 거쳐야 하며 시·도지사는 정원책정의 적정여부 등 그 검토결과를 첨부 제출하여야 한다.

③ (생략)

제16조(별정직 정원) ①, ② (생략)

③ 지방자치단체장이 제2항의 규정에 의하여 정원책정기준을 정할 때에는 미리 내무부장관과 협의를 거쳐야 한다.

2. 청구인의 주장 요지

가. 우리 헌법은 제18장에서 지방자치제도를 보장하고 있는바, 지방자치제도와 함은 지역중심의 지방자치단체가 독자적인 자치기구설치해서 그 자치단체의 고유사무를 국가기관의 간섭없이 스스로의 권한과 책임아래 처리하는 것을 의미한다.

나. 또한 지방자치법은 제5장 지방의회, 제12절 사무기구와 직원에 대하여 규정하면서, 같은 법 제82조에 지방의회사무를 처리하기 위하여 조례로 규정하는 바에 의하여 사무처를 둘 수 있으며, 제83조에 지방의회에 두는 사무직원의 정수는 조례로 정한다라고 규정하여, 지방의회의 사무기구와 직원은 지방자치단체의 조례로 정할 수 있도록 지방자치법에서 직접 조례에 위임한 반면, 지방자치단체의 집행기관에 대하여는 지방자치법 제6장 집행기관에 별장으로 규정하여 같은 법 제102조 및 제103조에서 지방자치단체 행정사무를 분장하기 위하여 필요한 행정기구와 공무원을 두되 그 정원은 대통령령이 정한 기준에 따라 조례로 정하도록 하였는바 이와 같이 지방의회와 집행기관의 기구설치 및 직원의 정원관계를 별도로 달리 규정한 것은 지방자치 본질에 입각하여 지방의회 운영의 자율성을 보장하기 위한 법취지로 이해된다.

다. 그러나, 청구인의회회가 사무직원을 증원할 필요가 있어서 의원발의에 의하여 관련조례를 개정 의결하여도, 내무부장관의 사전승인을 받도록 한 이 사건 규정조항에 위반된다고 하여 정원확정을 하지 못하는 관계로 증원이 불가능하므로, 위 규정은 헌법 제117조, 제118조 및 지방자치법 제15조, 제82조 및 제83조에서 보장된 지방의회의 자치입법권을 제한하고, 주민의 참정권을 침해하

는 것으로서 헌법에 위반된다.

3. 내무부장관의 주장요지

가. 적법요건에 관하여

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있는바, 여기서 헌법소원을 청구할 수 있는 자는 기본권의 주체인 국민이어야 하고, 헌법상의 기본권이 침해되어야 하므로 청구인의회는 청구인적격이 없다.

(2) 이 사건 규정조항은 1994. 12. 31. 대통령령 제14480호로 제정되어 현재까지 시행되어 오고 있는데, 청구인의회는 이 사건 규정조항의 공포 당시 이미 구성되어 있었던 것이므로 법령의 공포와 동시에 기본권침해를 당한 자에 해당된다 할 것이고, 따라서 이 사건 규정조항의 공포시행일로부터 180일이 훨씬 지난 1996. 10. 17. 청구된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 도과한 부적법한 심판청구이다.

나. 본안에 관하여

(1) 헌법 제118조 제2항은 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정하도록 하고 있고, 이에 따라 제정된 지방자치법 제8조, 제102조 및 제103조에서는 지방자치단체의 행정조직의 설치·운영과 지방공무원의 정원관리에 대하여 규정하고 있는데, 이 사건 규정조항은 위 지방자치법 제102조 및 제103조의 위임에 따라 지방자치단체의 행정기구와 공무원정원의 운용에 대하여 보다 구체적·세부적으로 규정하고 있는 것이다.

(2) 지방자치단체의 자치입법권은 “법령의 범위안에서” 인정되

헌재 1998. 3. 26. 96헌마345

는 것이므로(지방자치법 제15조), 법령에 의한 제한이 가능한 것인데, 이 사건 규정조항은 지방자치단체에 대한 총정원관리제도를 규정하고 있고, 지방공무원의 정원관리에 있어 총정원제실시는 지방자치단체의 재정, 인구, 행정구역, 읍·면·동수 등에 의거한 과학적이고 객관성있는 일정한 공무원 정원산식을 개발하여 적정한 공무원수를 유지하도록 하기 위하여 최소한의 제한을 가하고자 한 것인데, 이러한 제한은 지방의회의 조례제정권의 본질적인 내용을 침해한다고는 할 수 없다.

(3) 지방자치법 제102조 및 제103조는 단순히 집행기관에 한정하여 적용되는 규정이 아니고 지방자치단체 전체의 행정기구와 정원관리에 적용되는 기본원칙을 규정한 것이다. 따라서 지방자치법 제102조 및 제103조에 근거하여 제정된 이 사건 규정조항도 지방자치단체 전체기관의 행정기구와 정원관리에 적용되는 규정이다.

4. 판 단

우선 이 사건 헌법소원심판청구의 청구인이 청구인적격을 갖추었는지의 여부에 관하여 본다.

헌법재판소법 제68조 제1항이 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 있다”고 규정한 것은 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것을 의미한다 할 것인데, 기본권의 보장에 관한 각 헌법규정의 해석상 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이고, 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 기본권의 ‘수범자(Adressat)’이지 기본권의 주체로서 그 ‘소지

자(Träger)'가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 '책임'과 '의무'를 지니고 있는 지위에 있을 뿐이므로, 공법인인 지방자치단체의 의결기관인 청구인의회는 기본권의 주체가 될 수 없고 따라서 헌법소원을 제기할 수 있는 자격이 없다고 할 것이다. (헌재 1994. 12. 29. 93헌마120; 1995. 2. 23. 90헌마125; 1995. 9. 28. 92헌마23 등 참조)

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구인적격을 결여하여 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

관세법 제186조 제1항 위헌확인

(1998. 3. 26. 97헌마194 전원재판부)

【관시사항】

1. 밀수품의 감정행위를 형사처벌하도록 규정한 관세법 제186조 제1항 중 감정 부분이 죄형법정주의원칙을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 법조항 부분이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법조항 부분이 평등원칙을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 위 법조항 중 “감정”행위는 전문적 지식이나 특정한 장비의 유무에 관계없이 물품(밀수품)의 진부와 품질을 판단하는 것을 의미하고, 감정행위의 주체도 감정을 업으로 하는 자 또는 감정을 할 수 있는 자격이 부여된 자 여부를 불문하고 밀수품의 감정행위를 하는 사람 모두를 의미한다. 또한 위 법조항은 밀수품인 줄을 알고도 고의로 감정행위를 한 경우에만 형사처벌하도록 규정하고 있다. 따라서 이러한 감정행위의 의미는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없으므로 위 법조항 중 “감정”부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 아니한다.

2. 청구인의 감정행위는 보석감정업이라는 직업을 수행하는 활동임이 명백하며, 이 사건 법률조항은 밀수품의 감정행위를 금지하는 것으로서 직업활동의 대상 및 태양에 일정한 규제를 가하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 밀수품에 대한 감정행위만을 금지하고 있을 뿐 정상적인 수출입품 및 이미 유통되고 있는 정상적인 물품에

대한 감정행위를 허용하고 있으며 종전보다 감정행위의 대상물을 축소시키고 있을 뿐이므로 청구인이 보석감정업을 더 이상 영위하는 것이 무의미할 정도로 그 직업활동의 영역을 축소시킬 것도 아니라 할 것이어서 청구인의 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 것이라고는 볼 수 없고, 다만 보석감정업자로서 감정할 수 있는 청구인의 직업수행의 자유를 일부 제한하고 있다. 그러나, 밀수품의 유통방지를 통한 밀수억제라는 입법목적의 정당성이 인정되고, 밀수품에 대한 감정행위를 금지하고 형사처벌하는 입법수단이 위 입법목적의 달성에 적절하며, 별다른 대체수단이 존재하지 않아서 최소침해성원칙이 지켜지고, 입법수단과 입법목적사이에도 균형적인 관계가 존재하여 결국 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로, 위 법조항 부분은 헌법 제15조에 의거한 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

3. 밀수품의 감정행위를 금지하는 것은 밀수억제를 위하여 필요불가결하다는 합리적 근거가 있으므로 위 법조항 부분은 헌법 제11조 제1항에 따른 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제186조(밀수품의 취득죄 등) ① 제179조 또는 제180조 제1항 제2호·제3호 및 제2항에 해당되는 물품을 취득·양여·운반·보관·알선하거나 감정한 자는 3년 이하의 징역 또는 그 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

② 제1항의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범은 본죄에 준하여 처벌한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제15조, 제37조 제2항

헌법재판소법 제68조 제1항

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제137조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다) 또는 반송하고자 할 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 물품에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 신고를 생략하거나 관세청장이 정하는 간이한 방법으로 신고를 하게 할 수 있다.

1. 휴대품·탁송품 또는 별송품
2. 우편물
3. 제29조 제1항 및 제30조의 규정에 의하여 관세가 면제되는 물품
4. 국제운송을 위한 컨테이너(별표 관세율표 중 기본세율이 무세인 것에 한한다).

③~⑤ 생략

관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제138조의2(입항전 수입신고) ① 수입하고자 하는 물품의 신속한 통관이 필요한 경우 제138조 제1항 본문의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 물품을 선(기)적한 선박 또는 항공기가 입항하기 전에 미리 수입신고(이하 “입항전 수입신고”라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 입항전 수입신고된 물품은 우리나라에 도착된 것으로 본다.

②~⑥ 생략

관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제146조(수출입의 금지) 다음 각 호의 1에 해당하는 물품은 수출 또는 수입할 수 없다.

1. 국헌을 문란하게 하거나 공안 또는 풍속을 해할 서적·간행물·도서·영화·음반·비디오물·조형물 기타 이에 준하는 물품
2. 정부의 기밀을 누설하거나 첩보에 공하는 물품
3. 화폐·지폐·은행권·채권 기타 유가증권의 위조품·변조품 또는 모조품

관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제179조(밀수출입죄) ① 제146조 각 호의 물품을 수출하거나 수입한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자
 2. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수입물품과 다른 물품으로 신고하여 수입한 자
- ③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출하거나 반송한 자
2. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수출물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자

관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것) 제180조(부정수출입죄 등) ① 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 수입신고를 한 자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액의 5배와 물품가액 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 제1호의 물품원가는 전체물품 중 포탈한 세액의 전체세액에 대한 비율에 해당하는 물품만의 원가로 한다.

1. 생략
 2. 법령에 의하여 수입에 필요한 허가·승인·추천·증명 기타 조건을 구비하지 아니하거나 사위 기타 부정한 방법으로 구비하여 수입한 자
 3. 법령에 의하여 수입이 제한된 사항을 회피할 목적으로 부분품으로 수입하거나 주요 특성을 갖춘 미완성·불완전한 물품 또는 완제품을 부분품으로 분할하여 수입한 자
- ② 제137조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 수출신고를 한 자 중 법령에 의하여 수출에 필요한 허가·승인·추천·증명 기타 조건을 구비하지 아니하거나 사위 기타 부정한 방법으로 구비하여 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

③~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 47

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 33

헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 232

2. 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 374

헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 153

헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 383

3. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 63

헌재 1994. 2. 24. 93헌바10, 판례집 6-1, 85

헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 274

【당 사 자】

청 구 인 김영출

대리인 변호사 정인봉

【주 문】

심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 현재 보석판매 및 그에 따른 보석감정 등을 업으로 하고 있는 사람으로서 1996. 12. 30. 관세법 제186조가 법률 제5194호로 개정되면서, 관세법 제179조(밀수출입죄) 또는 제180조(부정수출입죄) 제1항 제2호·제3호 및 제2항에 해당되는 물품(밀수[출]입 또는 부정수[출]입된 물품, 아래에서는 이를 통틀어 “밀수품”이라고 한다)을 감정한 행위에 대해서도 형사처벌을 하도록 규정하자, 이 법률조항이 죄형법정주의원칙에 위배되고, 청구인의 직업선택권 및 평등권을 침해한다고 주장하면서 1997. 6. 26. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 이 사건 심판의 대상은 관세법 제186조 제1항(1967. 11. 29. 법률 제1976호로 전문개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 것, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)중 “감정”부분이 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이고, 그 규정내용과 관련 조항의 규정내용은 다음과 같다.

제186조 ① 제179조 또는 제180조 제1항 제2호·제3호 및 제2항에 해당되는 물품을 취득·양여·운반·보관·알선하거나 감정한 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

제186조 ② 제1항의 죄를 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범은 본 죄에 준하여 처벌한다.

제179조(밀수출입죄) ① 제146조 각 호의 물품을 수출하거나 수입한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자
2. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수입물품과 다른 물품으로 신고하여 수입한 자

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출하거나 반송한 자
2. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하였으나 당해 수출물품 또는 반송물품과 다른 물품으로 신고하여 수출하거나 반송한 자 (전문개정 1996. 12. 30)

제180조(부정수출입죄) ① 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 수입신고를 한 자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액의 5배와 물품원가중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 제1호의 물품원가는 전체물품중 포탈한 세액의 전체세액에 대한 비율에 해당하는 물품만의 원가로 한다. (개정 96. 12. 30)

1. (생략)
2. 법령에 의하여 수입에 필요한 허가·승인·추천·증명 기타 조건을 구비하지 아니하거나 사위 기타 부정한 방법으로 구비하여 수입한 자
3. 법령에 의하여 수입이 제한된 사항을 회피할 목적으로 부분품으로 수입하거나 주요 특성을 갖춘 미완성·불완전한 물품 또는 완제품을 부분품으로 분할하여 수입한 자

② 제137조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 수출신고를 한 자 중 법령에 의하여 수출에 필요한 허가·승인·추천·증명 기타 조건을 구비하지 아니하거나 사위 기타 부정한 방법으로 구비하여 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다. (신설 1996. 12. 30)

제137조(수출·수입 또는 반송의 신고) ① 물품을 수출·수입(수출 자유지역에의 반입을 포함한다) 또는 반송하고자 할 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다. (개정 90. 12. 31, 93. 12. 31, 95. 12. 6)

② 다음 각 호의 1에 해당하는 물품에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 제1항의 규정에 의한 신고를 생략하게 하거나 관세청장이 정하는 간이한 방법으로 신고를 하게 할 수 있다. (개정 83. 12. 29, 90. 12. 31, 96. 12. 30)

1. 휴대품·탁송품 또는 별송품
2. 우편물
3. 제29조 제1항 및 제30조의 규정에 의하여 관세가 면제되는 물품
4. 국제운송을 위한 컨테이너(별표 관세율표 중 기본세율이 무세인 것에 한한다).

③~⑤ (생략)

제138조의2(입항전 수입신고) ① 수입하고자 하는 물품의 신속한 통관이 필요한 경우 제138조 제1항 본문의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 물품을 선(기)적한 선박 또는 항공기가 입항하기 전에 수입신고(이하 “입항전 수입신고”라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 입항전 수입신고된 물품은 우리나라에 도착된 것으로 본다.

②~⑥ (생략)

제146조(수출입의 금지) 다음 각 호의 1에 해당하는 물품은 수출 또는 수입할 수 없다. (개정 91. 3. 8)

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

1. 국헌을 문란하게 하거나 공안 또는 풍속을 해할 서적·간행물·도서·영화·음반·비디오물·조각물 기타 이에 준하는 물품
2. 정부의 기밀을 누설하거나 첩보에 공하는 물품
3. 화폐·지폐·은행권·채권 기타 유가증권의 위조품·변조품 또는 모조품

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) “감정”의 개념 자체가 모호하여 어떤 물품에 대하여 단순한 의견을 진술하는 것을 뜻하는 것인지, 특정한 장비와 경험을 바탕으로 전문적인 판단을 내리는 것을 뜻하는 것인지 불명확하며, 감정을 하는 사람은 누구인지 그 주체도 특정되지 아니하였으므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 위배되는 것이다.

(2) “감정”의 개념 자체를 애매모호하게 설정한 것은 헌법 제15조에 의거한 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

(3) “허위감정”이 아닌 “감정”자체가 처벌되는 것은 현행법질서에서는 존재하지 아니하며 관세법 제179조 또는 제180조 제1항 제2호·제3호 및 제2항에 해당되는 물품에 대하여서만 “감정” 자체를 처벌하는 것은 헌법 제11조에 의거한 평등의 원칙에 위반되는 것이다.

나. 관세청장의 의견요지

(1) 이 사건 심판청구는 처분행위가 예정되어 있는 이 사건 법률조항 자체를 대상으로 하고 있어서 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

(2) 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 감정행위는 전문적 식견이나 특정한 장비의 유무에 관계없이 밀수품 등의 진부와 좋고 나쁨을 판단하는 것으로 해석되며, 감정행위의 주체도 누구든지 밀수품 등의 진부와 좋고 나쁨을 판단해 줌으로써 궁극적으로 당해물품의 거래를 조장하는 자를 의미하므로, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 위배되지 아니한다.

(3) 이 사건 법률조항은 감정을 업으로 하는 것 자체를 제한하는 것이 아니라 밀수입 또는 부정수입된 물품이라는 사실을 알고도 감정해 줌으로써 밀수품의 유통을 조장하는 행위를 제한하는 것이므로 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

(4) 특정행위를 처벌대상으로 할 것인지 여부는 당해법률의 특수목적 실현하기 위한 불가피성에 따라서 판단할 사항으로 타 법률에 유사행위에 대한 제재규정이 없다고하여 당해 특정행위를 규제할 수 없다고 주장하는 것은 헌법상 평등의 원칙을 지나치게 확대하여 해석한 결과이다.

다. 재정경제원장관의 의견요지

(1) 이 사건 법률조항에서 밀수품을 ‘감정’하는 것은 밀수품인줄 알면서도 당해 밀수품의 진부와 좋고 나쁨을 판단함으로써 당해 밀수품의 거래가 잘 되도록 조장해 주는 행위를 말하는 것으로, 이와 같은 감정행위는 일반인도 통상적으로 판단할 수 있는 것이므로 죄형법정주의에 위배되지 아니한다.

(2) 이 사건 법률조항에서 감정행위를 규정한 입법취지는 당해 물품이 밀수품인 것을 알면서도 밀수품의 진부와 좋고 나쁨을 판단해 줌으로써 당해 밀수품의 거래를 조장해주는 행위를 규제하고

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

자 하는 것이므로 밀수품인 줄을 알면서도 이를 감정하는 경우까지 이를 영업의 자유에 포함하여 해석하는 것은 타당하지 아니하다.

(3) 관세법에서 밀수품의 취급과 관련한 처벌태양으로 밀수품의 취득, 보관, 운반, 알선행위 등을 규정하고 있는 것과 비추어 볼 때, 밀수품의 감정행위도 이들 행위와 마찬가지로 처벌하는 것이 오히려 형평의 원칙에 적합하다 할 것이므로, 밀수품의 감정행위 자체에 대한 처벌이 다른 법률에 규정되어 있지 않다는 이유만으로 헌법상 평등원칙 위반여부를 논할 수 없다.

3. 판 단

가. 기본권침해의 직접성

이해관계인인 관세청장은 이 사건 법률조항으로 인하여 직접 청구인의 기본권이 침해된 것이라 볼 수 없어 이 사건 심판청구는 부적법하다고 주장하므로 먼저 본다.

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 일반적으로 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접 기본권을 침해받아야 한다. 따라서 법률 또는 법률조항이 구체적인 집행행위를 예정하고 있는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다. 그러나 국민에게 일정한 행위의무 또는 행위금지의무를 부과하는 법규정을 정한 후 이를 위반할 경우 제재수단으로서 형벌 또는 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에, 그 형벌이나 행정벌의 부과를 위 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다. 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 행위금지의무

를 직접 부담하는 것이기 때문이다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213). 다시 말하면 설령 형벌의 부과를 구체적인 집행행위라고 보더라도, 이러한 법규범을 다투기 위하여 국민이 이 법규범을 실제로 위반하여 재판을 통한 형벌이나 벌금부과를 받게되는 위험을 감수할 것을 국민에게 요구할 수 없기 때문이다.

따라서 이 사건 법률조항을 청구인이 위반하여 처벌받는 구체적인 집행행위가 없다고 하더라도 기본권 침해의 직접성은 인정된다고 할 것이며 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

청구인은 이 사건 법률조항 중 ‘감정’부분이 죄형법정주의에 위반되고 청구인의 직업선택의 자유와 평등권을 침해하였다고 주장하므로 순차로 본다.

(1) 죄형법정주의원칙 침해 여부

(가) 헌법은 제13조 제1항 전단에서 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하고, 제12조 제1항 후문에서 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정함으로써 죄형법정주의의 원칙을 천명하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다(죄형법정주의의 명확성원칙). 그런데 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다 (헌재 1997. 3. 27. 95헌가17; 1994. 7. 29. 93헌가4; 1993. 3. 11. 92헌바 33 참조).

(나) 이 사건 법률조항 중 “감정”행위는 전문적 지식이나 특정한 장비의 유무에 관계없이 물품(밀수품)의 진부와 품질을 판단하는 것을 의미한다. 감정행위의 주체도 감정을 업으로 하는 자 또는 감정을 할 수 있는 자격이 부여된 자 여부를 불문하고 밀수품의 감정행위를 하는 사람 모두를 의미한다. 또한 이 사건 법률조항은 밀수품인 줄을 알고도 고의로 감정행위를 한 경우에만 형사 처벌된다. 따라서 이러한 감정행위의 의미는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항 중 “감정”부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하지 아니한다고 할 것이다.

(2) 직업선택의 자유 침해 여부

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80; 1996. 8. 29. 94헌마113; 1997. 3. 27. 94헌마196등 참조). 여기서 “직업”이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 참조).

(가) 좁은 의미의 직업선택의 자유에 대한 제한 여부

청구인의 감정행위는 보석감정업이라는 직업을 수행하는 활동임이 명백하며, 이 사건 법률조항은 밀수품의 감정행위를 금지하는 것으로서 직업활동의 대상 및 태양에 일정한 규제를 가하고 있으므로 보석감정업자로서 감정할 수 있는 청구인의 직업수행의 자유를 일부제한하고 있다고는 할 것이나 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하고 있다고는 볼 수 없다. 즉 이 사건 법률조항은 밀수품에 대한 감정행위만을 금지하고 있을 뿐 정상적인 수출입품 및 이미 유통되고 있는 정상적인 물품에 대한 감정행위를 허용하고 있으므로 종전보다 감정행위의 대상물을 축소시키고 있을 뿐이므로 청구인이 보석감정업을 더 이상 영위하는 것이 무의미할 정도로 그 직업활동의 영역을 축소시킬 것도 아니라 할 것이므로 청구인의 좁은 의미의 직업선택의 자유를 제한하는 것이라고는 볼 수 없다.

(나) 직업수행의 자유에 대한 제한이 기본권 제한의 한계를 이탈한 여부

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 일부 제한하고 있다고 할 것이므로, 이와 같은 제한이 과연 헌법 제37조 제2항이 정한 기본권제한의 한계내에서 이루어졌는지를 본다.

1) 입법목적의 정당성에 관하여

이 사건 법률조항의 입법목적은 당해물품이 밀수품인 것을 알면서도 밀수품을 감정하여 주는 등 당해 밀수품의 거래를 조장해주는 행위를 규제함으로써 밀수품의 유통을 방지하고 나아가 밀수출입 또는 부정수출입(아래에서는 이를 통틀어 “밀수”라 한다)을 근원적으로 억제하고자 하는데 있다.

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

관련통계에 따르면 1996년도에 국내 소매시장에서 밀수한 금이 차지하는 비중은 약 90%, 밀수한 다이아몬드가 차지하는 비중은 약 96%인바, 이러한 상황아래서 발생하는 국내산업의 피해와 관세 및 관련 내국세의 포탈을 방지하기 위하여서는 반드시 밀수품의 유통방지를 통하여 밀수행위를 억제하여야 할 것이다.

특히 금이나 보석류의 경우 물품의 진부나 품질에 따라서 가격차가 현저하므로 전문적인 감정행위를 통한 물품의 품질감정과 가격결정은 필수적이다. 따라서 밀수품의 시중유통에는 반드시 감정행위가 개입되기 때문에 밀수품임을 알고도 밀수품에 대한 감정행위를 하는 것을 처벌할 경우 밀수품에 대한 시중유통이 억제되어 밀수의 예방효과가 증대될 수 있다고 할 것이다.

밀수품에 대한 감정행위를 금지하고 이를 위반할 때에 처벌토록 하는 이 사건 법률조항이 개정되어 시행된 1997년 1월 이후부터 같은 해 10월까지의 기간에 금이나 보석류의 밀수단속실적을 보면, 전년에 비해 65% 이상 현저히 감소하였는바, 밀수단속실적의 감소에 관한 다른 요인이 존재한다고 하더라도 이 사건 법률조항이 기여한 밀수예방효과는 상당한 것으로 보인다.

따라서 이 사건 법률조항이 추구하는 밀수품의 유통방지를 통한 밀수억제라는 입법목적의 달성은 헌법 제37조 제2항에 있어서의 기본권제한의 목적인 공공복리의 증진에 기여한다고 보여진다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 의한 직업수행의 자유를 제한함에 있어서 그 목적은 정당하다고 할 것이다.

2) 입법수단의 비례의 원칙을 준수하였는지에 관하여

가) 방법의 적절성

밀수품은 정상적인 유통과정을 거치지 않기 때문에 물품의 진부 및 품질 등에 대한 신뢰성이 떨어져 제3자가 감정행위를 통해서 당해물품의 경제적 가치를 결정해주는 경우에만 밀수품의 유통이 원활하게 이루어지므로, 밀수품에 대한 감정행위를 금지하고 형사 처벌하는 입법수단은 밀수품의 유통을 억제하고자 하는 이 사건 법률조항의 목적을 달성함에 있어서 적절하다고 할 것이다.

나) 침해의 최소성

밀수품의 유통을 효율적으로 규제하기 위해서는 밀수품의 유통 과정상 나타나는 각 단계(예 : 운반, 보관, 감정, 알선, 양여, 취득 등)마다 적절한 억제수단이 필요하다. 따라서 밀수품이 국내에 유입된 후나 국외에 유출되기 전에 실시되는 감정단계에서도 적절한 규제행위가 요청되는데, 감정행위의 금지와 위반시의 형사처벌외에는 별다른 대체수단이 없다. 형사처벌을 할 경우에는 고의에 의한 감정행위의 처벌과 과실에 의한 감정행위의 처벌로 나눌 수 있으며, 두 가지 형사처벌 모두가 밀수품의 감정행위금지를 위반하는 경우에 처벌하려는 입법목적에 달성함에 있어서 적절하다고 할 것이나, 밀수품인 줄 모르고 과실로 감정행위를 한 경우에 형사처벌을 하는 것은 감정업무의 수행 자체에 지나친 부담과 제한을 줄 수 있으므로 고의에 의한 감정행위를 처벌하는 경우보다 기본권침해의 정도가 크다고 볼 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 선정한 고의의 경우에만 형사처벌하는 것이 기본권침해를 최소화하는 유일한 수단이라고 할 것이다.

다) 법익균형성

밀수품의 감정행위금지라는 입법수단은 밀수품이외의 물품에 대

헌재 1998. 3. 26. 97헌마194

한 감정행위는 완전히 허용하기 때문에 청구인의 직업수행의 자유에 대한 제한의 정도는 결코 크다고는 할 수 없다. 이와는 달리 국내시장에서 보석 등이 광범위하게 밀수되고 있는 상황아래서 밀수품의 유통방지라는 입법목적의 달성을 통한 공공복리의 증진효과는 상당히 크다고 할 수 있을 것이다. 따라서 양자를 비교형량해 보면 이 사건 법률조항이 선정한 입법수단과 추구하는 입법목적사이에는 법익균형성의 원칙이 지켜지고 있다고 보여진다.

라) 그렇다면 이 사건 법률조항이 선정한 밀수품의 감정행위 금지와 위반시의 형사처벌이라는 입법수단은 밀수품의 유통방지를 추구하는 입법 목적을 달성함에 있어서 비례의 원칙에 위배된 바가 없다고 할 것이다.

(다) 이상에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 헌법 제15조가 규정한 청구인의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다고 할 것이다.

(3) 평등의 원칙에 위반되는지 여부

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등; 1994. 2. 24. 93헌바10; 1996. 10. 4. 95헌가1등 참조).

이 사건 법률조항에서 정하고 있는 밀수품은 본질적으로 동일한 물품적 성질에도 불구하고 정상적인 수출입품 및 이미 유통되고 있는 정상적인 물품과는 달리 감정행위가 금지되는 차별이 존재한

다. 따라서 이러한 차별이 합리적 근거를 가지고 있는지를 살펴본다.

밀수품의 감정행위금지를 통한 차별은 밀수품의 유통방지를 통한 밀수의 억제라는 입법목적을 달성하기 위해서 행해지고 있다. 밀수품이라는 사실을 인식하고도 밀수품의 거래를 위해 그 경제적 가치를 판단해 주는 감정행위는 밀수품의 거래를 조장하기 때문에 밀수품에 대한 감정행위금지는 밀수의 제거를 위해서 필요불가결하다. 이와 같은 사유는 밀수품에 대한 차별취급을 위해서 합리적 근거가 된다고 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건 범률조항은 밀수품에 대해서만 감정행위를 금지하는 합리적인 근거를 가지고 차별하고 있으므로 평등의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

4. 따라서 이 사건 심판청구는 이유가 없으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형(주심) 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

불기소처분취소(재심)

(1998. 3. 26. 98헌아2 전원재판부)

【판시사항】

행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 한 권리구제형 헌법소원에 있어서 판단유탈이 헌법재판소 결정에 대한 재심사유가 되는지 여부(소극, 재판관 5명의 반대의견이 있으나 판례변경을 위한 정족수에 이르지 못하여 재판관 4명의 의견만으로 종전의 견해를 유지한 사례)

【결정요지】

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 있어서 판단유탈이 헌법재판소 결정에 대한 재심사유가 되는지 여부는 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있는 경우 이외에는 헌법소원심판절차에서는 변론주의가 적용되는 것이 아니어서 직권으로 청구인이 주장하는 청구이유 이외의 헌법소원의 적법요건 및 기본권침해 여부를 판단하는 점과 헌법재판이 헌법의 해석을 주된 임무로 하고 있는 특성, 행정작용에 속하는 공권력작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원심판절차에서는 사전구제절차를 모두 거친 뒤에야 비로소 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하는 사정 등을 고려하여 헌법재판소의 결정에 대하여는 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다.

재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석, 재판관 신창언,
재판관 이영모의 의견

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판절차 중 공권력

의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 관한 심판에 대하여 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 함은 물론 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 “결정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때”는 재심사유가 된다.

【참조조문】

헌법재판소법 제23조(심판정족수) ① 생략

② 재판부는 중국심리에 참여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.

1. 생략

2. 종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.

헌법재판소법 제68조

민사소송법 제422조(재심사유) ① 다음 경우에는 확정된 중국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나 이를 알고 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 의하여 판결법원을 구성하지 아니한 때

2. 법률상 그 재판에 관여하지 못할 법관이 관여한 때

3. 법정대리권, 소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 함에 필요한 수권의 흠결이 있는 때. 다만, 제56조 또는 제88조의 추인이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때

헌재 1998. 3. 26. 98헌아2

5. 형사상 처벌을 받을 타인의 행위로 인하여 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출이 방해된 때
 6. 판결의 증거로 된 문서 기타 물건이 위조나 변조된 것인 때
 7. 증인, 감정인, 통역인 또는 선서한 당사자나 법정대리인의 허위진술이 판결의 증거로 된 때
 8. 판결의 기초로 된 민사나 형사의 판결 기타의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 의하여 변경된 때
 9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때
 10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결과 저촉되는 때
 11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 불구하고 소재 불명 또는 허위의 주소나 거소로 하여 소를 제기한 때
- ②~③ 생략

【참조판례】

- 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1, 판례집 4, 378
헌재 1992. 12. 8. 92헌아3, 판례집 4, 845
헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113

【당 사 자】

청 구 인 이종진 (변호사)
피청구인 서울지방검찰청 검사

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요
이 사건 기록과 증거자료(서울지방검찰청 96형제98482호 불기소사건기록)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.
가. 청구인은 1994. 3. 26. 청구외 차국섭(피고소인, 이하 ‘피고소

인'이라 한다)을 고소하였는바, 그 요지는 다음과 같다.

청구인은 서울 관악구 봉천동 856의 5에 있는 건축사 사무소 우일에 의뢰하여 같은 구 신림동 75의 43 지상 7층 건축물에 대한 설계도면을 작성하게 하고, 서울 관악구청에 위 건축물에 대한 건축허가를 신청하면서 그 설계도면 사본을 첨부·제출하여 1990. 8. 10.경 같은 구청장의 건축허가를 받았는데, 피고소인은 위 건축물에 대한 시공회사인 광문종합건설주식회사의 현장대리인으로 그 공사시행 중 위 건축사 사무소에서 설계실장으로 근무하는 청구의 이강욱과 공모하여 위 건축사 사무소에 위 건축물에 대한 설계도면 원본이 보관되어 있음을 기화로 1991. 5. 하순 일자불상경 위 건축사 사무소에서 행사할 목적으로 권한없이, 위 건축물에 대한 설계도면 원본 중 A-16 창호도 (2)상의 좌하단 9-AW란의 "120MM발색 알루미늄바"라고 기재된 부분을 "100MM발색 알루미늄바"라고 임의로 고쳐 기재하고, 1993. 7.경까지 이해관계인 등의 요청에 의하여 위와 같이 고친 설계도면 원본의 복사도면을 따로 발급하여 줌으로써 공문서인 서울 관악구청장 명의의 위 건축허가장 1통을 변조한 것이다.

나. 피청구인은 위 고소사실을 수사한 후 1996. 12. 12. 이미 동일한 사안에 대하여 불기소처분이 있다는 이유로 각하처분을 하였는바, 청구인은 이에 불복하여 항고·재항고를 제기하였으나 모두 기각되고, 1997. 3. 4. 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였으나 같은 해 12. 24. 기각되었다(97헌마91 결정).

다. 헌법재판소의 위 결정을 송달받은 청구인은 1998. 1. 26. 위 결정에 대하여 청구에 관한 중요한 부분의 판단을 유탈하였다는

헌재 1998. 3. 26. 98헌아2

등의 이유로 이 사건 재심청구를 하였다.

2. 청구인의 주장요지

피청구인은 청구의 이강욱이 위 고소사실에 부합하는 진술을 하고 있고, 피고소인 에 대한 내사사건 기록(서울지방검찰청 96내사72호)에 청구인에게 유리한 증거자료가 있음에도 이에 대한 수사를 하지 않고 위와 같이 각하처분을 하였다.

청구인은 피청구인의 이러한 수사미진을 주장하여 헌법소원심판을 청구하였으나 헌법재판소는 이에 대한 아무런 판단을 하지 않은 채 심판청구를 기각하였기 때문에 이는 민사소송법 제422조 제1항 제9호 “판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때”에 해당하므로 재심을 구한다는 것이다.

3. 판 단

청구인은 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 민사소송법의 재심규정이 준용되는 것을 전제로 하여 위와 같이 주장하고 있다.

이 사건의 재심대상 사건과 같이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 한 권리구제형 헌법소원에 있어서 판단유탈이 헌법재판소 결정에 대한 재심사유가 되는지 여부에 관하여 우리 재판소는, 재판부의 구성이 위법한 경우 등 절차상 중대하고도 명백한 위법이 있는 경우 이외에는 헌법소원심판절차에서는 변론주의가 적용되는 것이 아니어서 직권으로 청구인이 주장하는 청구이유 이외의 헌법소원의 적법요건 및 기본권침해 여부를 판단하는 점과 헌법재판이 헌법의 해석을 주된 임무로 하고 있는 특성, 행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원심판절차에서는 사전

권리구제절차를 모두 거친 뒤에야 비로소 적법하게 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하는 사정 등을 고려하여 헌법재판소의 결정에 대하여는 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다고 판시한바 있으며(헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 133 참조) 위 결정의 선고 이후에 달리 위 견해를 변경할 만한 아무런 사정변경을 발견할 수 없다.(그리고 이 사건 재심대상인 헌법재판소 97헌마91 불기소처분취소 사건에 대한 1997. 12. 24. 결정 이유를 살펴 보면, 피고소인과 위 이강욱이 공모하여 설계도면 원본을 변조하였다는 청구인의 고소사실에 대하여 피청구인의 수사미진을 탓하는 이 사건 청구인의 주장에 관하여 헌법재판소가 이미 판단하고 있음을 인정할 수 있다)

4. 결 론

그러므로 청구인이 이 사건에서 주장하는 재심사유는 적법한 재심사유에 해당하지 아니하므로, 이 사건 재심청구는 부적법하여 이를 각하하기로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 중 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석, 재판관 신창언, 재판관 이영모 등 5명의 아래5.와 같은 의견이 있으나 그 의견은 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제2호 소정의 판례변경을 위한 정족수에 이르지 못하므로 나머지 재판관 4명의 의견일치에 의하여 위와 같이 결정하는 것이다.

5. 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석, 재판관 신창언, 재판관 이영모의 의견

우리는 이 사건 헌법소원 심판청구를 각하하여야 한다는 결론에는 찬성하지만 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 심판

헌재 1998. 3. 26. 98헌아2

절차 중 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원 심판절차에 있어서는 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 헌법재판소의 결정에 대한 재심사유가 되지 아니한다는 이유에는 찬성할 수 없다.

우리는 종전에 1995. 1. 20. 선고, 93헌아1 불기소처분취소(재심) 사건 관한 결정에서 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석이 별개의견으로 상세하게 밝힌 바와 같이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 심판절차 중 공권력의 작용을 대상으로 하는 권리구제형 헌법소원에 관한 심판에 대하여 헌법재판소법 제40조에 따라 민사소송법의 재심에 관한 규정을 준용하여 재심이 허용되어야 함은 물론 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 “결정에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 유탈한 때”는 재심사유가 된다는 의견이다.

따라서 이 사건 심판청구를 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 판단유탈은 재심사유가 되지 아니한다는 이유로 각하할 것이 아니라, 청구인이 주장하는 사유는 민사소송법 제422조 제1항 제9호 소정의 재심사유에 해당하지 아니한다는 이유로 각하하여야 할 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 등 위헌제청

(1998. 4. 30. 95헌가16 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법상 보호되지 않는 언론·출판과 그 판단기준
2. 음란표현과 저속표현의 헌법적 평가의 상이
3. 음란간행물을 발간한 출판사에 대해 등록취소를 가능케 한 규제의 위헌 여부(소극)
4. 저속간행물을 발간한 출판사에 대해 등록취소를 가능케 한 규제의 위헌 여부(적극)

【결정요지】

1. 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 그 표현의 해악을 시정하는 1차적 기능은 시민사회 내부에 존재하는 사상의 경쟁메커니즘에 맡겨져 있기 때문이다. 그러나 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하더라도 그 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 표현은 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받을 수 없고 국가에 의한 내용규제가 광범위하게 허용된다.

2. “음란”이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사

상의 경쟁매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는 반면, “저속”은 이러한 정도에 이르지 않는 성표현 등을 의미하는 것으로서 헌법적인 보호영역안에 있다.

3. 가. 이 사건 법률조항의 “음란” 개념은 적어도 수범자와 법집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 “음란” 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

나. 음란간행물의 출판금지 및 유통억제의 입법목적은 정당하고 또 등록취소의 수단은 이러한 목적에 적합한 수단인바, 설령 등록취소로 인해 합헌적인 간행물의 출판과 유통에까지 위축적인 효과가 초래될 우려가 없는 것은 아니라 하더라도, 음란출판의 유통과정과 그 실태, 음란출판규제의 필요성, 재등록의 용이성, 등록취소제도의 실제적 운용현황 및 등록취소에 관한 현행의 법제상 등록취소의 수단이 혹시 초래할지도 모르는 합헌적인 출판활동에 대한 제약을 최소화시킬 수 있는 장치가 마련되어 있는 등의 사정을 종합적으로 고려해 보면 등록취소로 인한 기본권적 이익의 실질적 침해는 그다지 크지 않은 반면, 음란출판의 금지 및 유통억제의 필요성과 공익은 현저히 크다고 볼 수 밖에 없어 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

4. 가. “음란”의 개념과는 달리 “저속”의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이다. 이 “저속”의 개념에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어

명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다.

나. 청소년의 건전한 심성을 보호하기 위해서 퇴폐적인 성표현이나 지나치게 폭력적이고 잔인한 표현 등을 규제할 필요성은 분명 존재하지만, 이들 저속한 표현을 규제하더라도 그 보호대상은 청소년에 한정되어야 하고, 규제수단 또한 청소년에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 할 것인데, 저속한 간행물의 출판을 전면 금지시키고 출판사의 등록을 취소시킬 수 있도록 하는 것은 청소년보호를 위해 지나치게 과도한 수단을 선택한 것이고, 또 청소년보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면 이는 성인의 알권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞출 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알권리까지 침해하게 된다.

【심판대상조문】

출판사및인쇄소의등록에관한법률(1972. 12. 26. 법률 제2393호로 개정된 것) 제5조의2(등록취소) 등록청은 제3조 제1항의 규정에 의하여 출판사 또는 인쇄소의 등록을 한 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소할 수 있다.

- 1.~4. 생략
5. 음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중 도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제21조 제1항·제4항, 제37조 제2항

출판사및인쇄소의등록에관한법률(1972. 12. 26. 법률 제2393호로 개정된 것) 제3조(등록) ① 출판사 또는 인쇄소를 경영하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 다음 각 호의 사항을 당해 출판사 또는 인쇄소의 소재지를 관할하는 특별시·부산시·도(이하 “등록청”이라 한다)에 등록하여야 한다. 등록된 사항을 변경한 경우에도 또한 같다.

1. 출판사 또는 인쇄소의 명칭 및 소재지
2. 경영자(법인이나 단체인 경우에는 그 대표자)의 주소 및 성명

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

3. 출판분야(출판사에 한한다)
 4. 인쇄종류(인쇄소에 한한다)
 5. 자본금
 6. 주요간부의 직명 및 성명
- ② 등록청은 전 항의 규정에 의하여 등록을 한 자에게 등록증을 교부한다.
③ 등록청은 제1항의 등록이 있을 때에는 그 등록사항을 문화체육부장관에게 보고하여야 한다.

【참조판례】

3. 가. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49
헌재 1996. 8. 29. 94헌바15, 판례집 8-2, 74
헌재 1996. 11. 28. 96헌가15, 판례집 8-2, 526

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원(1995. 10. 26. 95부993 위헌제청신청)
제청신청인 손정남
대리인 변호사 김순평
당해사건 서울고등법원 95구6078 출판사등록취소처분취소

【주 문】

출판사및인쇄소의등록에관한법률(1972. 12. 26. 법률 제2393호로 개정된 것) 제5조의2 제5호의 “음란 또는 저속한 간행물”에 관한 부분 중 “음란한 간행물”에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니하고, “저속한 간행물”에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
- 가. 사건의 개요
제청신청인은 1994. 3. 22. ‘도서출판 정인엔터프라이즈’라는 명

칭으로 스포츠, 연예, 레저, 사진, 예술을 출판분야로 한 출판사 등록을 한 뒤, 같은 해 7.경 ‘세미-걸(nine actress semi-girls nice photographs)’이라는 제목의 화보집을 발행하여 유통시켰다. 서울 특별시 서초구청장은 위 화보집이 출판사및인쇄소의등록에관한법률(1972. 12. 26. 법률 제2393호로 개정된 것, 이하 ‘출판등록법’이라 한다) 제5조의2 제5호 소정의 음란·저속한 간행물에 해당한다는 이유로 같은 해 9. 30.자로 제청신청인에 대한 위 출판사등록을 취소하는 처분을 하였다. 이에 제청신청인은 위 서초구청장을 상대로 위 취소처분의 취소를 구하는 행정소송(서울고등법원 95구6078)을 제기하는 한편, 위 소송 계속중 음란 또는 저속한 간행물을 출판한 출판사의 등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있는 출판등록법 제5조의2 제5호가 헌법 제21조 제1항과 헌법 제11조에 위반된다고 주장하면서 위 규정에 대한 위헌여부심판의 제청을 신청(95부993)하였고, 위 법원은 1995. 10. 26.자로 이를 받아들여 헌법재판소에 이 사건 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

출판등록법 제5조의2 제5호는 출판사의 등록을 취소할 수 있는 사유로서 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”를 들고 있다. 위 제5호 소정의 등록취소사유는 “음란 또는 저속한 간행물을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”와 “아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”의 둘로 나눌 수 있는데, 위 당해사건은 제청신청인이 음란·저속한 간행물을 출판하였다는

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

이유로 출판사의 등록이 취소된 뒤 그 취소처분의 취소를 구하고 있는 사건이므로 위 2가지 중에서 위 당해사건 재판의 전제가 되는 것은 전자에 한한다고 하겠다.

따라서 이 사건의 심판대상은 출판등록법 제5조의2 제5호 중 “음란 또는 저속한 간행물”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

출판등록법 제5조의2(등록취소) 등록청은 제3조 제1항의 규정에 의하여 출판사 또는 인쇄소의 등록을 한 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소할 수 있다.

1. 내지 4. 생략

5. 음란 또는 저속한 간행물……등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였 다고 인정되는 경우

[관련조문]

출판등록법 제3조(등록) ① 출판사 또는 인쇄소를 경영하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 다음 각 호의 사항을 당해 출판사 또는 인쇄소의 소재지를 관할하는 서울특별시·부산시·도(이하 “등록청”이라 한다)에 등록하여야 한다. 등록된 사항을 변경한 경우에도 또한 같다.

1. 출판사 또는 인쇄소의 명칭 및 소재지
2. 경영자(법인이나 단체인 경우에는 그 대표자)의 주소 및 성명
3. 출판분야(출판사에 한한다)
4. 인쇄종류(인쇄소에 한한다)
5. 자본금
6. 주요간부의 직명 및 성명

② 등록청은 전항의 규정에 의하여 등록을 한 자에게 등록증을 교부한다.

③ 등록청은 제1항의 등록이 있는 때에는 그 등록사항을 문화체육부장관에게 보고하여야 한다.

2. 위헌심판제청이유와 이해관계인들의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유 요지

(1) “음란”의 개념은 규범적인 것으로서 그 시대의 사회윤리적인 가치판단과 연관을 맺는 상대적인 개념이고, 또 “공중도덕”이나 “사회윤리”라는 개념들도 막연하고 추상적인 개념이어서 법집행자의 주관이나 자의적인 판단에 맡겨질 위험성이 크에도 이 사건 법률조항은 “음란”이나 “저속”에 관하여 아무런 개념규정도 없이 전적으로 행정기관인 등록청에 그 판단을 맡기고 있어 헌법이 보장하는 언론·출판의 자유를 제한함에 있어 요구되는 명확성의 원칙, 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등에 위반하여 위헌이라고 볼 여지가 있다.

(2) 출판사등록의 취소와 같은 수익적 행정행위의 취소는 그 취소의 공익상의 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교·교량한 후 공익상의 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 허용된다 할 것이고, 음란물이라 하여도 그 정도에 있어 아주 노골적이고 심한 것이 있는가 하면 그다지 심하지 않은 것도 있는 등 일률적으로 규율하기에 적절하지 않은 면이 있음에도, 이 사건 법률조항은 그에 대한 제재수단으로서 오로지 등록취소만을 규정하고, 나아가 등록취소여부를 행정기관의 재량에 맡기고 있어 헌법상의 비례의 원칙, 이익형량의

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

원칙에 위반하여 위헌이라고 볼 여지가 있다.

나. 제청신청인의 주장 요지

정기간행물의등록등에관한법률 제12조는 정기간행물의 등록을 한 자가 일정한 사유에 해당하는 때에는 공보처장관이 3월 이하 또는 6월 이하의 기간을 정하여 발행정지를 명할 수 있고, 나아가 등록을 취소하고자 하는 경우에는 반드시 법원의 심판을 거처도록 규정하고 있으나 이 사건 법률조항은 등록청이 아무런 사법적 심사없이 불확정개념인 “음란 또는 저속한 간행물”인지의 여부를 독자적으로 판단하여 출판사등록을 취소할 수 있도록 허용하고 있다. 이는 같은 출판물임에도 정기간행물과 비정기간행물인지의 여부에 따라 그 등록취소의 절차를 달리하고 있는 것이어서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 반하는 위헌조항이라고 주장하는 외에는 제청법원의 위 위헌심판제청이유와 같다.

다. 문화체육부장관(1998. 2. 28. 법률 제5529호로 문화관광부장관으로 변경)의 의견 요지

(1) 비록 이 사건 법률조항이 그 내용에 있어서 언론·출판의 자유와 관련을 맺고 있기는 하나, 이 사건 법률조항에 대한 위헌성심사에 있어서는 출판등록법 제1조가 “본 법은 출판업과 인쇄업을 보호함으로써 출판문화의 향상발전을 도모함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있는 점을 고려하여 언론·출판의 자유의 관점보다는 직업수행의 자유라는 관점에서 접근하여야 할 것이다. 이 사건 법률조항의 등록취소제도는 음란출판과 같이 오로지 영리를 위하여 인간성을 수단화하고 상품화하는 행위 자체를 통제하고 예방하기 위한 제도이며, 이 점에서 언론·출판의 자유가 야기할 수도

있는 사회적 해악으로부터 사회공동체를 방어하기 위한 최소한의 간접적 통제 즉, 영업의 자유에 대한 제한이다.

(2) “음란”, “저속”, “공중도덕”, “사회윤리” 등의 개념이 막연하고 추상적이어서 명확성의 원칙에 반한다고 하나, 이들 규범적 구성요건 요소들은 시대와 장소에 따라 그 의미내용이 변천하는 것으로서 입법기술상 보다 명확하고 구체적인 표현이 사실상 불가능하다. 또한 법운용의 실태를 보더라도 이들 구성요건 요소의 판단은 담당공무원의 주관과 자의에 의하여 이루어지는 것이 아니라, 사회 각계의 저명한 문화관련인사들로 구성된 공신력있는 한국간행물윤리위원회가 1970년 이래 계속된 심의결정례에 의하여 축적된 엄정한 심의기준에 따라 행하고 있고, 등록취소의 결정도 동 위원회의 건의사항을 검토한 뒤에 행해지고 있다. 이처럼 동 위원회와 법원이 음란성의 의미내용에 대하여 확고한 심의결정례와 판례를 구축하고 있기 때문에 법운용과정에 행정청의 주관과 자의가 개입될 여지가 없으므로 이 사건 법률조항이 이러한 개념들을 사용하고 있다고 하더라도 명확성 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(3) 음란, 저속물은 건전한 시민의식이나 문화수준을 저해하고 또 주체이자 목적으로 존재하여야 할 인간을 오히려 물질적 쾌락이나 상업적 탐욕을 만족시키기 위한 수단으로 전락케하는 점에서 헌법 전문과 제10조가 궁극적으로 지향하고 있는 인간의 존엄과 가치를 부인하는 결과를 야기하는 만큼 이 사건 법률조항을 가리켜 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 반하는 위헌조항이라고 할 수 없다.

(4) 출판사의 등록은 사무소의 위치, 취급하는 출판물의 종류

및 임원의 인적사항의 구비만으로 가능하고, 등록취소된 자라도 출판사 명칭을 변경하여 재등록을 할 수 있는 만큼, 언론·출판의 자유나 예술의 자유가 전제로 하고 있는 건전한 출판물의 발행·판매를 목적으로 하는 한도내에서는 얼마든지 그 자유를 누릴 수 있도록 되어 있다. 그리고 등록취소처분에 의하여 당해 출판업자가 수인하여야 할 피해는 상호권이 가지는 단순한 경제적 가치의 박탈에 한정될 뿐이다. 따라서 이러한 정도의 제한은 출판업수행의 자유 및 언론·출판의 자유에 대한 과도한 제한이라고 할 수 없다.

(5) 정기간행물은 동일한 표제를 내걸고 연속적으로 간행되는 출판물로 일반간행물에 비하여 정보전달의 연속성과 보도 감시, 논평, 사회화의 기능이 강하다는 특성이 있으므로 이 사건 법률조항이 출판사의 등록취소절차를 정기간행물의 그것과 달리하였다고 하더라도 이는 합리적인 차별이라 할 것이다.

라. 서울특별시 서초구청장 및 한국간행물윤리위원회의 의견
위 문화체육부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 출판사등록취소제와 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 등록된 출판사가 음란 또는 저속한 간행물을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우 등록청이 그 출판사의 등록을 취소할 수 있도록 하고 있다. 우선 이러한 등록취소제가 제청신청인의 어떠한 기본권을 제한하고 있는지 살펴 보기로 한다.

이 사건 법률조항은 공중도덕이나 사회윤리를 보호하기 위해서

등록한 모든 출판사에 대하여 음란 또는 저속한 간행물의 출판을 금지시키고(1차 규제) 이를 위반한 경우에 당해 출판사의 등록을 취소하는(2차 규제) 수단을 채택하고 있다. 여기서 1차 규제내용인 ‘음란 또는 저속한 출판의 금지’는 일정한 내용의 표현을 금지시키는 것이어서 헌법 제21조 제1항의 언론·출판의 자유를 제약하는 것으로 볼 수 있다. 한편, 등록이 취소되면 당해 출판사는 음란·저속한 간행물 뿐만 아니라 합헌일 수도 있는 모든 간행물을 동일한 출판사의 이름으로는 출판할 수 없게 된다. 따라서 등록취소라는 2차 규제는 당해 출판사의 합헌적인 표현에 대한 언론·출판의 자유를 제약할 뿐만 아니라 당해 출판사에 대해 재등록에 소요되는 일정기간 동안 출판업을 못하게 함으로써 직업선택의 자유를 제약하고, 또 그 출판사의 상호를 사용할 수 없게 함으로써 상호권이라는 재산권을 제약한다고 하겠다.

그러므로 이 사건 법률조항은 언론·출판의 자유, 직업선택의 자유 및 재산권을 경합적으로 제약하고 있다. 이처럼 하나의 규제에 의해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 기본권경합의 경우에는 기본권침해를 주장하는 제청신청인과 제청법원의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 할 것이다. 이 사건에서는 제청신청인과 제청법원이 언론·출판의 자유의 침해를 주장하고 있고, 입법의 일차적 의도도 출판내용을 규율하고자 하는 데 있으며, 규제수단도 언론·출판의 자유를 더 제약하는 것으로 보이므로 언론·출판의 자유를 중심으로 해서 이 사건 법률조항이 그 헌법적

한계를 지키고 있는지를 판단하기로 한다.

나. 음란·저속한 표현과 언론·출판의 자유

(1) 언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 따라서 민주주의는 사회내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과없이 사회 구석 구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다. 또한 언론·출판의 자유는 인간이 그 생활속에서 지각하고 사고한 결과를 자유롭게 외부에 표출하고 타인과 소통함으로써 스스로 공동사회의 일원으로 포섭되는 동시에 자신의 인격을 발현하는 가장 유효하고도 직접적인 수단으로서 기능한다. 아울러 언론·출판의 자유가 보장되지 않는다면, 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다. 요컨대, 헌법 제21조가 언론·출판의 자유를 보장하고 있는 것은 이같은 헌법적 가치들을 확보하기 위한 전제조건을 마련하기 위한 것이다.

(2) 그러나 언론·출판의 자유는 헌법이 예정하고 있듯이 결코 무제한적인 자유가 아니다. 언론·출판의 자유가 보장된다고 해서

그로 인해 공동체의 존립 자체가 파괴되거나 공동체에 소속되어 있는 다른 구성원들의 인간성과 인격이 파괴되는 것을 허용하는 것은 아니다. 헌법 제21조 제4항도 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”고 하여 언론·출판의 자유에 대한 한계를 분명히 선언하고 있고, 헌법 제37조 제2항도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 언론·출판의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있다.

(3) 문제는 헌법상 보호되지 않는 언론·출판의 한계는 무엇이며(헌법 제21조 제4항), 또 헌법상 보호되는 언론·출판이라 하더라도 공익을 위한 국가의 개입이 어느 시점에서 어디까지 허용될 것인가(헌법 제37조 제2항) 하는 점이다. 법치국가의 기본권이론에 따를 때 원칙적으로 국민의 기본권은 최대한 보장되어야 하고, 국가의 제한은 최소한으로 억제되어야 한다. 특히 언론·출판의 자유 영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇가지 특수상황이 존재한다. 첫째, 위에서 살핀 언론·출판의 자유가 지니는 헌법적 가치들은 입헌민주체제에서 반드시 확보되어야 할 중요한 가치라는 점이다. 둘째, 언론·출판은 인격의 발현으로서 사상과 견해를 외부에 표출하는 것인데, 어떤 사상이나 견해가 옳고 가치있는 것인지를 판단하는 절대적인 잣대가 자유민주체제에서는 존재할 수 없다는 사실이다. 만약 국가 또는 사회의 다수가 그러한 절대적인 잣대를 가지고 사상과 견해를 재단하려 한다면, 그것이야말로 자유민주헌법이 가장 경원시하고 경계해야 할 것이 아닐 수 없다. 셋째, 언론·출판에 대한 규제는 통상 그 언

론·출판으로 말미암은 해악을 시정하고 방지하기 위한 것이고 이러한 국가의 노력은 정당하고 필요한 것이기는 하나, 국가의 개입에 앞서 그 해악을 해소시킬 수 있는 1차적 메커니즘, 즉 사상의 경쟁메커니즘이 시민사회 내부에 존재한다는 사실이다. 그리하여 만일 시민사회 내부에서 서로 대립되는 다양한 사상과 의견들의 경쟁을 통하여 유해한 언론·출판의 해악이 자체적으로 해소될 수 있다면 국가의 개입은 최소한도에 그쳐야 할 것이다. 입헌민주국가에서 언론·출판의 자유를 거론할 때 견해의 다양성과 공개토론이 강조되는 소이가 여기에 있는 것이다.

(4) 결국 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다.

그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 위에서 본 헌법 제 21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항이 규율하는 음란 또는 저속한 표현 중 ‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 엄격한 의미의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이다.

(5) 다만, 모든 성적 표현이 음란한 것은 아니기 때문에, 헌법의 보호영역밖에 있는 음란표현과 헌법의 보호영역안에 있는 성적 표현은 엄밀한 기준하에 구분되어야 하고 헌법적인 평가 또한 달리 하여야 할 것이다. 예컨대, 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 법률조항 중 “저속한 간행물”은 “음란한 간행물”과 구별되는 것으로서 헌법의 보호영역안에 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항의 위헌여부를 판단함에 있어서는 그 헌법적 평가가 상이한 ‘음란’과 ‘저속’을 구분하여 각각 별도로 그 위헌여부를 따져 볼 필요가 있다.

다. 이 사건 법률조항 중 “음란한 간행물” 부분의 위헌 여부

(1) 명확성의 원칙 위반 여부

(가) 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 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

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

것이기 때문이다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49; 1996. 8. 29. 94헌바15, 판례집 8-2, 74; 1996. 11. 28. 96헌가15, 판례집 8-2, 526 참조).

표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문이다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에는, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는—형벌 등의 불이익을 감수하고서라도 자신의 의견을 전달하고자 하는 강한 신념을 가진 경우를 제외하고—대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제로 인해 보호되는 다른 표현에 대하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.

그러나 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 따라서 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것이다. 그러므로 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수

없다 할 것이다.

(나) 이 사건 법률조항은 “음란”에 대해서 개념규정을 하고 있지 않으며 출판등록법의 어디에도 별도의 개념규정이 존재하지 아니한다. 그러나 이 사건 법률조항은 음란한 간행물의 출판 자체를 금지시키는 규율내용을 담고 있는 점에 비추어 여기서의 “음란”이란 곧 헌법상 보호되지 않는 성적 표현을 가리키는 것임을 알 수 있다. 그리고 헌법상 보호되지 않는 성적 표현이란 앞에서 제시한 바와 같이 ‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’을 의미한다고 하겠다.

대법원도 형법 제243조 소정의 “음란”개념을 해석·적용하면서 대체로 위와 동일한 의미로 그 개념을 파악하여 왔고, 그 판단을 위한 구체적 기준을 거의 일관되게 제시하여 왔다. 즉, “음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술의 정도와 그 수법, 묘사서술이 문서전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 모든 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

‘공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것’이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 할 것이다.”고 판시하고 있다(대법원 1995. 6. 16. 선고, 94도1758 판결; 1995. 6. 16. 선고, 94도2413 판결 등).

이 사건 법률조항 소정의 “음란” 개념을 형법상의 “음란” 개념과 달리 볼 특별한 이유가 없고, 대법원도 이 사건 법률조항의 음란개념을 형법상의 음란개념과 동일하게 보고 있다(대법원 1997. 12. 26. 선고, 97누11287 판결; 1995. 6. 29. 선고, 94누2558 판결).

그렇다면 이 사건 법률조항의 “음란” 개념은 적어도 수범자와 법집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 “음란” 개념은 그것이 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

(가) 앞에서 살핀 바와 같이 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적, 또는 정치적 가치를 지니지 않은 음란표현은 언론·출판의 자유에 의한 헌법적 보장을 받지 못한다. 설령 음란표현이 행복추구권의 한 내용으로서 인정된다 하더라도 이를 출판의 형태로 표출하여 널리 사회에 유통시키는 것이 허용된다면 현재의 우리 사회의 성관념에 비추어 성도덕이 크게 문란 내지는 파괴될 가능성이 대단히 크다고 하겠

다. 특히 주체이자 목적으로 존재하여야 할 인간을 물질적 쾌락이나 상업적 탐욕을 만족시키는 수단으로 전락시키는 표현이나 행위를 헌법이 보호하는 것은 아니다. 따라서 이러한 음란으로부터 사회의 성도덕을 보호하기 위하여 음란출판을 금지시킬 필요성은 분명 존재한다고 하지 않을 수 없다.

(나) 음란출판을 금지시키고자 하는 이러한 목적 달성을 위하여 형법 제244조는 이 사건 법률조항과 별도로 음란물을 출판한 자에 대하여 형사처벌할 수 있도록 규정함으로써 일반 및 특별예방적 효과를 도모하고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 과거 행위에 대한 제재의 의미보다는 출판사등록 자체를 취소시켜 전면적으로 출판활동을 못하게 함으로써 차후에 계속될 수도 있는 음란물의 출판을 금지시키고 나아가 이미 발간된 음란물의 유통을 억제하려는 데에 그 주된 의도가 있다고 하겠다.

(다) 이같은 음란물의 출판금지 및 유통억제의 목적은 정당하고 또 등록취소의 수단은 이러한 목적을 위하여 적합한 수단임에 틀림없다. 그렇지만 이 사건 법률조항은 한번의 음란출판에 대해서도 출판사의 등록 자체를 취소시킬 수 있도록 함으로써 헌법상 보호받는 간행물마저도 차후에는 동일한 출판사명으로 출판할 수 없도록 하는 효과를 수반하고 있다. 또한 등록취소 이전에 기간행된 합헌적인 출판물은 불법성을 가지는 것이 아님에도 등록취소된 출판사의 발간물이라는 낙인이 찍히게 될 것이고, 이로 인하여 합헌적인 간행물의 유통과정에 상당한 불이익이 초래될 수도 있다. 나아가 어떤 간행물이 음란인지의 여부 자체는 일의적으로 확정될 수 있는 것이 아니기 때문에 객관적으로 음란물에 해당하는 경우

일지라도 출판사의 입장에서는 예술적 내지 문학적 표현이라고 판단할 경우도 있을 수 있는데, 한 음란물을 단 1회라도 출판하기만 하면 출판사등록 자체를 취소시킬수 있다는 경고는 합헌적인 표현물에 대한 위축적 효과를 초래하게 될 우려 또한 없지 아니하다. 결국 이 사건 법률조항은 헌법상 보호되지 않는 음란출판을 금지시키는 정당한 목적과 범위를 넘어서서 합헌적인 출판에 대해서도 일정한 제약을 가할 수 있는 가능성을 가지고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 채택하고 있는 출판사등록취소라는 수단이 음란물의 출판금지 및 유통억제라는 입법목적에 대해 불가피한 수단인지, 즉 최소한의 기본권제한을 가져오는 수단인지의 여부 및 위 수단으로 인해 실질적으로 획득되는 공익과 그로 인해 실질적으로 침해되는 기본권적 이익 사이에 균형이 이루어져 있는지의 여부를 구체적으로 따져 볼 필요가 있다.

① 먼저 등록취소의 수단은 그 불가피성이 인정되는 것으로 판단된다. 현행 법제상 이미 발간된 음란출판물의 유통을 신속히 차단시키는 방법이 마련되어 있지 않다. 형법 제243조(음화반포 등) 및 제244조(음화제조 등)에 관련된 수사단계에서 전국에 유통되고 있는 음란물을 압수수색영장만으로 전면 수거한다는 것은 법이론상 및 실제상 곤란한 일이다. 또한 민사절차상의 가처분제도는 원칙적으로 공익목적에 공하기 위한 것이 아니어서 행정청이 음란물 차단이라는 공익을 위하여 가처분을 신청하는 것 또한 현행 법제상 불가능하다. 그렇다면 음란한 간행물을 발간한 출판사의 등록을 취소시키고 이러한 사실을 유통업자에게 통지함으로써 음란물의 유통을 간접적으로 억제하는 방법은 현행 법제상 불가피하다고

하지 않을 수 없다.

② 나아가 등록취소의 수단으로써 얻는 공익과 침해되는 기본권적 이익 사이에 균형이 이루어져 있는지의 여부에 대하여 살피건대, 이러한 법익의 균형성을 판단함에 있어서는 출판등록법상의 등록요건의 용이성, 음란출판의 유통과정과 그 실태, 음란출판규제의 필요성, 등록취소제도의 실질적인 운용현황 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

현행 출판등록법상 등록요건은 극히 완화되어 있어 누구나 사무실만 임대하여 등록신청하면 쉽게 출판사등록을 할 수 있도록 되어 있을 뿐만 아니라 등록취소되더라도 재등록을 함에 있어 법률상 아무런 제한이 없다. 그리하여 음란출판으로 인해 등록취소된 자라도 언제든지 출판사명만 바꾸어 다시 등록하면 얼마든지 합헌적인 출판활동을 할 수 있도록 되어 있다. 기록에 의하면, 실제로 제청신청인인 손정남이 대표로 있던 ‘도서출판 정인엔터프라이즈’는 ‘세미-걸’의 출판으로 1994. 9. 30. 등록취소되고, 그로부터 불과 20여일밖에 지나지 아니한 1994. 10. 19. 대표자를 박수연으로 바꿔 동일 장소에서 ‘도서출판 정인’(위 손정남은 기획실장)이라는 명칭으로 등록하여 위 ‘세미-걸’의 일부 내용을 동일하게 담은 ‘XX-19’라는 화보집을 발간하였다가 이로 인하여 1995. 2. 8. 다시 등록취소를 당하였으며, 이후 박수연은 1995. 5. 24. ‘도서출판 정인엔터프라이즈’라는 명칭으로 다시 등록하여 ‘XX19(2)’라는 화보집을 발간하였다가 같은 해 11. 17. 또 다시 등록취소를 당하였다. 이러한 사실은 결국 출판의 자유를 빙자하여 음란출판을 통해 상업적 이윤만을 획득하고자 하는 자에게 있어서 출판사의 상호는

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

아무런 의미를 지니지 않는다는 것을 의미하며, 등록취소로 인한 기본권적 이익의 침해가 그다지 중한 것은 아니라는 점을 대변해주고 있다.

문제는 규모가 크고 지명도가 높은 건실한 출판사의 경우 단 1회의 음란출판에 대해서도 출판사등록을 취소시킨다면 합헌적인 출판물에 대한 위축적 효과를 가져 올 위험성이 있고, 아울러 그러한 출판사의 상호권이 지니는 경제적 가치 또한 전혀 무시할 수 없는 것이라는 점에 있다.

그러나 이 사건 법률조항은 단 한번의 음란물을 출판하였다는 사정만으로 곧바로 등록취소를 강요하고 있지는 않음을 주목할 필요가 있다. 즉 입법자는 등록청으로 하여금 음란한 간행물의 출판으로 인하여 공중도덕이나 사회윤리가 침해되었다고 인정될 경우에만 등록취소여부를 결정하도록 하고 있다. 이러한 입법자의 배려는 등록취소의 수단이 혹시 초래할 지도 모르는 합헌적인 출판활동에 대한 제약을 최소화시킬 수 있는 여지를 열어 놓은 것이라고 하겠다. 이처럼 이 사건 법률조항은 등록취소를 기속행위가 아닌 재량행위로 설정해 놓음으로써 행정청에 의한 재량판단이 잘못되었을 경우에 대비하여 법원에 의한 사후통제의 길까지 열어 놓고 있는 것이다. 대법원판례도 간행물이 음란물에 해당됨을 인정하면서도 당해 출판사의 그 동안의 출판업적이나 여러 사정 등을 종합하여 등록취소로써 달성하려는 공익보다는 등록취소됨으로써 당해 출판업자가 입게 될 불이익이 더욱 크다는 이유로 등록취소처분의 취소를 인정하고 있다(대법원 1997. 12. 26. 선고, 97누11287 판결; 1995. 6. 29. 선고, 94누2558 판결).

또한 기록에 나타난 등록취소제도의 실제적인 운영현황을 보면, 등록취소가 등록청의 주관적이고 자의적인 판단에 따라 이루어지는 것이 아님을 알 수 있다. 즉 음란·저속출판물에 대한 심의결정은 등록청이 직접 행하지 않고 별도의 사단법인인 한국간행물윤리위원회(이 사건의 계기가 된 출판사등록취소의 시점에서는 임의기구였으나, 청소년보호법의 제정으로 1997. 7. 1.부터 법정기구로 되었음)가 1970년 이래 계속된 심의결정례에 의하여 축적된 자체의 심의기준에 따라 심의하여 음란·저속성의 정도에 따라 제재건의, 경고, 주의 등 등급별로 결정하고 있으며, 그 결정내용을 문화체육부에 통보하면 문화체육부에서는 제재건의된 출판물에 한해 관할 등록청에서 행정처분을 하도록 지도하고, 관할 등록청은 등록취소에 앞서 한차례의 청문을 행하고 있다.

이상과 같이 등록취소에 관한 현행의 법제가 등록취소의 수단이 혹시 초래할지도 모르는 합헌적인 출판활동에 대한 제약을 최소화시킬 수 있는 장치를 마련해 놓고 있는 점을 고려하면 등록취소로 말미암은 기본권적 이익의 실질적 침해는 그다지 크다고 보이지는 않는다. 반면, 음란물의 출판금지과 유통억제의 필요성과 공익은 현저히 크다고 하지 않을 수 없다. 오늘날 출판기술의 두드러진 발전으로 인하여 음란출판은 그 어느 때보다 용이해졌을 뿐만 아니라 최근 우리 사회의 성에 관한 인식이나 관념도 다소 관대해지는 방향으로 변화하는 추세를 보이고 있다. 그리하여 이에 편승하여 음란출판의 제작·판매를 통하여 오로지 상업적 이윤만을 추구하는 등 인간성을 수단시하고 상품화하는 출판업자도 그 수가 증가하고 있고, 또 그들 중에는 형사처벌을 감수하고서라도 이윤획

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16

득을 위하여 음란출판을 계속적으로 시도하는 자도 있음을 부인할 수 없다. 특히 음란출판물은 일반적인 출판물과 같은 정상적인 유통경로를 거치지 않고, 은밀하고 파행적이며 변칙적인 경로를 통하여 배포·판매될 뿐만 아니라 출간되는 즉시 전국 유통망을 통해 신속하게 유통되고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 인간성을 왜곡하는 음란출판물로부터 사회의 성도덕을 보호하고 특히 청소년의 건전한 심성을 보호하기 위한 공익은 현저히 크다고 하지 않을 수 없다.

결국 출판사등록취소로 인한 기본권적 이익의 실질적 침해는 그다지 크지 않은 반면, 그로써 얻게 되는 공익은 현저히 크다고 볼 수 밖에 없어 이 사건 법률조항은 결코 과도한 제한이라고 볼 수 없으며 따라서 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

(3) 평등원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 음란한 간행물의 출판에 대하여 행정청이 독자적으로 음란성 여부를 판단하여 이에 해당되면 직접 당해 출판사의 등록을 취소시킬 수 있도록 하고 있다. 이에 대하여 정기간행물의등록등에관한법률 제12조는 공보처장관이 일정한 사유로 정기간행물의 등록을 취소시키고자 할 경우에는 법원에 등록취소의 심판을 청구하고 그에 따라 등록이 취소되도록 규정하고 있다. 여기서 이 사건 법률조항의 위와 같은 차별이 헌법 제11조의 평등원칙에 반하지는 않는지 의문이 생기게 된다.

(가) 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701). 그

러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 존재한다면 이를 자의적인 차별이라 할 수 없음은 당연하고, 따라서 이러한 경우에는 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(나) 제청신청인은 동일한 출판물임에도 정기간행물과 비정기간행물인지의 여부에 따라 그 등록취소의 절차를 달리하고 있는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반된다고 주장한다. 그러나 정기간행물과 일반출판물은 그 사회적 기능에 있어 다소 상이한 측면을 지니고 있다. 즉 신문이나 잡지 등의 정기간행물은 동일한 표제를 내걸고 연속적으로 간행되는 출판물로서 일반출판물에 비해 정보전달의 연속성이 강조되고, 보도·감시의 기능, 논평의 기능, 오락의 기능 등이 강하며 또 그때 그때 필요한 다양한 정보의 제공으로 국민생활에 보다 밀착되어 있는 등의 특성을 가지고 있다. 그리하여 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제6조 제3항은 일간신문이나 통신을 발행하고자 하는 자에게 일정한 시설을 갖추 것을 요구함으로써 사무실만 임대하여 등록을 신청하면 누구나 쉽게 등록할 수 있는 출판사에 비하여 그 등록요건을 엄격하게 제한해 놓고 있다. 또한 정기간행물의 경우에는 등록이 취소되면 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제12조 제5항에 의하여 그 취소된 날로부터 2년 이내에는 재등록이 불가능하도록 되어 있는 반면, 일반출판물의 경우에는 재등록금지 규정도 없다.

결국 이들 여러 요소들을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 정기간행물과 다르게 그 등록취소 절차를 규정하고 있다고 해서 평등의 원칙에 반할 정도의 자의적인 차별이라고 볼 수는 없다고 하겠

다.

라. 이 사건 법률조항 중 “저속한 간행물” 부분의 위헌 여부

(1) 명확성의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 음란한 간행물뿐만 아니라 “저속한 간행물”의 출판에 대해서도 등록취소를 할 수 있도록 규정하고 있다. 우선 이러한 “저속” 개념이 지나치게 애매모호하여 명확성의 원칙에 반하는지의 여부를 살핀다.

통상의 사전적 풀이에 따르면, “음란”이란 “음탕하고 난잡함”을 의미하고, “저속”이란 “품위가 낮고 속됨”이라고 풀이되고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항의 “저속”이란 그 외설성이 음란에는 달하지 않는 성적 표현 뿐만 아니라 폭력적이고 잔인한 표현 및 욕설 등 상스럽고 천한 내용 등의 표현을 가리키는 것이라고 파악할 수 있다. 따라서 “음란”의 개념과는 달리 이 “저속”의 개념은 우선 그 적용범위가 매우 광범위하다고 하지 않을 수 없다. 그리고 “저속”이라는 문언은 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려운 정도로 매우 추상적이다. 어느 정도의 성적 표현이 저속한 것인지, 어느 정도의 폭력성과 잔인성이 있는 경우에 저속에 해당되는지, 그리고 어느 정도 상스러운 표현이 저속에 해당되는지 도무지 알 수 없기 때문에 수범자나 법집행자에게 적정한 지침을 제시하지 못하고 있는 것으로 판단된다. 다시 말하면, 이 “저속”의 개념에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있어서, 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도

록 되어 있다. 성을 소재로 한 유머나 왜곡된 사회도덕이나 윤리를 풍자하는 다소 품위없는 표현도 여기의 “저속”에 해당될 수 있고, 한두 번의 폭력적인 표현이나 살인현장의 다소 상세한 묘사도 여기의 “저속”에 해당될 수도 있을 것이다. 이렇게 된다면 이 사건 법률조항은 결국 자의적인 법집행의 가능성을 열어 주는 셈이 될 것이고, 이로 말미암아 언론·출판의 자유가 매우 위축될 수 있는 것임은 의심의 여지가 없다고 하겠다.

물론 이 사건 법률조항은 출판사등록취소의 요건으로서 “저속한 간행물”의 출판 외에 “공중도덕이나 사회윤리의 침해”라는 요건을 함께 요구하고 있어서 “저속” 여부를 판단하기 위한 기준을 제시하고 있는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 “공중도덕”이나 “사회윤리”의 개념 자체도 확정적인 개념이 아니기 때문에 이들 기준을 사용한다 하더라도 “저속”의 의미내용을 확정짓는 것이 용이한 일은 아니라고 하겠다. 그렇다면 이 사건 법률조항 중 “저속한 간행물” 부분은 불명확하고 애매모호할 뿐만 아니라 지나치게 광범위한 표현내용을 규율하는 것이어서 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없다.

(2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

설령 저속의 개념이 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반하지 않는다고 하더라도, 저속한 간행물의 출판을 전면적으로 금지시키고 나아가 출판사의 등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 언론·출판의 자유를 과도하게 제한하는 위헌적인 입법이라는 비난을 면할 수 없다. 앞에서 살핀 바와 같이 저속한 표현은 음란표현과는 달리 언론·출판의 자유의 보호영

역에 속하는 표현이며 일정한 사회적 가치를 지니고 있고, 이러한 표현을 전면 금지시키는 것은 특수한 상황에서 이를 정당화할 수 있는 중대한 이유가 있는 경우를 제외하고는 표현의 자유를 본질적으로 침해할 우려가 있기 때문이다.

물론 청소년의 건전한 심성을 보호하기 위해서 퇴폐적인 성표현이나 지나치게 폭력적이고 잔인한 표현 등을 규제할 필요성은 분명 존재한다. 따라서 저속한 표현을 규제하더라도 그 보호대상은 청소년에게 한정되어야 하고, 규제수단 또한 청소년에 대한 유통을 금지하는 방향으로 좁게 설정되어야 한다. 예컨대, 청소년이 보아서는 안되는 저속한 표현물에 대해 등급표시를 하거나, 판매시 청소년의 접근을 차단시키기 위하여 별도의 코너를 마련하는 등의 규제조치를 고려할 수 있을 것이다. 그리고 은밀하고 변칙적인 유통경로를 통하여 청소년에게 유해한 저속간행물을 계속적으로 유통시키는 경우에는 그에 대한 행정적 제재로서 과징금을 부과하거나 일정 기간 영업을 정지시키거나 또는 필요한 경우 형사적 제재수단을 마련할 수도 있을 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 저속한 간행물의 출판을 전면 금지시키고 나아가 출판사의 등록을 취소시킬 수 있도록 하고 있는 바, 이는 지나치게 과도한 수단을 선택하고 있다고 하지 않을 수 없다.

더 나아가 청소년보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면 이는 성인의 알권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞출 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알권리를 명백히 침해한다고 하지 않을 수 없다.

요컨대, 이 사건 법률조항은 헌법상 보호받는 저속한 표현에 대

해서까지 이를 전면적으로 무단히 금지시킴으로써 청소년보호의 입법목적을 넘어선 과도한 기본권제한임이 분명하다. 따라서 이 사건 법률조항 중 “저속한 간행물” 부분은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에도 위반된다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항 중 “음란한 간행물” 부분은 헌법에 위반되지 아니하고, “저속한 간행물” 부분은 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 출판의 자유와 성인의 알권리를 침해하는 규정이어서 헌법에 위반된다고 할 것이므로 재판관 전원의 의견 일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

구 상속세법 제34조의4 위헌소원

(1998. 4. 30. 95헌바55 전원재판부)

【판시사항】

대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로써 “대통령령이 정하는 이익”을 받은 자에 대하여 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 의제하는 구 상속세법 제34조의4가 조세법률주의에 위반되는지 여부 및 위임입법의 한계를 일탈한 것인지 여부(적극)

【결정요지】

구 상속세법 제34조의4(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)는 “현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익”을 받는 경우를 그 과세대상으로 삼고 있는데, “이익”을 받는다는 개념은 매우 넓은 개념이고, 이 사건 법률조항은 이에 관하여 아무런 구체적인 기준도 제시하지 않고 있으므로, 이 사건 법률조항이 과세대상으로 삼고 있는 “대통령령이 정하는 이익”이란, 과연 어떠한 이익을 어떻게 받은 경우가 이에 해당하게 되는 것인지 이 사건 법률조항만으로는 도저히 예측할 수 없어 조세법률주의에 위반될 뿐만 아니라, 위임입법의 한계를 일탈한 것이다.

재판관 김문희, 재판관 고중석, 재판관 이영모의 반대의견

이 사건 법률조항이 과세대상으로 삼는 것은 현저히 저렴한 대가로써, 특수관계에 있는 자의 법률상·사실상의 양도행위로 인하여, 경제적 가치가 있는 유형·무형의 이익을 받는 것으로서, 엄밀

한 의미의 증여에는 해당되지 않지만, 다른 증여의제규정과 대비하여 보면 실질상 무상으로 이익을 받는 증여와 다름 없는 경우를 재산의 무상이전으로 본 것임이 분명하므로 과세대상에 대한 구체적인 기준이 없다고 말할 수는 없다. …… 이 사건 법률조항 소정의 “현저히 저렴한 대가”라는 말은 ‘드러나게 값이 싸다’는 사전(辭典)에 나타난 뜻만으로도 증여로 의제되는 행위의 범위를 어느 정도 예측할 수 있고, 과세대상 재산이 현저히 저렴한 것인지의 여부는 급변하는 경제상황의 변화로 인하여 때와 장소에 따라 수시로 그 뜻이 다를 수도 있고 이에 바로 대응하여야 할 조세정책의 필요성 때문에 이러한 사항은 법률에 규정하기보다는 대통령령 등 하위법규에 위임할 필요가 있다. …… 구 상속세법시행령 등의 내용은 이 사건 법률조항에 의하여 모두 합리적으로 그 대강을 예측할 수 있고, 이 사건 법률조항은 조세법률주의의 근간을 유지한 채 과세형평과 조세정의를 실현하기 위한 수단으로 경제현실의 변화에 대한 적절한 대응책으로 대통령령인 시행령에서 과세대상을 구체적으로 확정하고 해당 세액을 산출하는 절차를 규정하고 있는데 불과한 것이므로 조세법률주의에 위배되지 아니하고 위임입법의 한계를 일탈한 것으로도 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 상속세법(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제34조의4(무상 등으로 양도받은 경우 증여의제) 제32조 내지 제34조의3의 경우를 제외하고 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로서 대통령령이 정하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

것으로 본다. 다만, 이익을 받은 자가 자력을 상실하여 납세할 능력이 없을 때에는 그 세액의 일부 또는 전부를 면제한다.

【참조조문】

헌법 제59조, 제75조

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 것) 제34조의4(합병시의 증여의제) ① 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 법인이 합병함에 있어서 합병으로 인하여 소멸·흡수되는 법인 또는 신설·존속하는 법인(이하 “합병당사법인”이라 한다)의 주주(출자자를 포함한다. 이하 같다)로서 대통령령이 정하는 대주주가 합병으로 인하여 대통령령이 정하는 현저한 이익을 받은 경우에는 당해 합병일(합병등기를 한 날을 말한다)에 그 상대방의 합병당사법인의 주주로부터 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 이익에 상당하는 금액은 합병당사법인의 주주가 소유하는 주식 또는 지분에 대하여 합병직후와 합병직전의 현황을 기준으로 대통령령이 정하는 바에 의하여 평가한 가액의 차액으로 한다.

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 것) 제34조의5(증자·감자시의 증여의제 등) ① 제32조, 제32조의2, 제33조, 제34조, 제34조의2 내지 제34조의4의 경우를 제외하고 다음 각 호의 1에 해당하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다. 다만, 이익을 받은 자가 자력을 상실하여 납세할 능력이 없을 때에는 그 세액의 전부 또는 일부를 면제한다.

1. 법인의 자본 또는 출자액을 증가시키기 위하여 새로운 주식 또는 지분(이하 이 호에서 “신주”라 한다)을 배정함에 있어서 당해 법인의 주주가 신주를 배정받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기함으로써 인하여 그 포기한 신주를 다시 배정하는 경우에 당해 신주배정을 포기한 주주와 특수관계에 있는 자가 그 포기한 신주를 배정받음으로써 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
2. 법인이 자본 또는 출자액을 감소하기 위하여 주식 또는 지분을 소각함에 있어서 대가를 지급하지 아니하거나 현저히 저렴한 대가로 일부 주주의 주식 또는 지분을 소각함으로써 인하여 그와 특수관계에 있는 자로

- 서 대통령령이 정하는 대주주가 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
3. 제1호 및 제2호 외에 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
- ② 제1항 각 호에 규정된 특수관계에 있는 자 및 현저히 저렴한 대가의 범위에 관하여는 대통령령으로 정한다.

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 것) 제34조의5(증자·감자시의 증여의제 등) ① 제32조, 제32조의2, 제33조, 제34조, 제34조의2 내지 제34조의4의 경우를 제외하고 다음 각 호의 1에 해당하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다. 다만, 이익을 받은 자가 자력을 상실하여 납세할 능력이 없을 때에는 그 세액의 전부 또는 일부를 면제한다.

1. 법인의 자본 또는 출자액을 증가시키기 위하여 새로운 주식 또는 지분(이하 이 항에서 “신주”라 한다)을 배정함에 있어서 당해 법인의 주주가 신주를 배정받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기함으로써 인하여 그 포기한 신주(이하 이 항에서 “실권주”라 한다)를 다시 배정하는 경우(증권거래법 제2조 제3항의 규정에 의한 유가증권의 모집방법으로 배정하는 경우를 제외한다)에 그 실권주를 배정받은 자가 실권주를 배정받음으로써 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
 - 1의2. 법인의 자본 또는 출자액을 증가시키기 위하여 신주를 배정함에 있어서 당해 법인의 주주가 신주를 배정받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기함으로써 인하여 발생한 실권주를 다시 배정하지 아니하는 경우에 당해 신주인수를 포기한 주주와 특수관계에 있는 자로서 대통령령이 정하는 대주주가 신주를 인수함에 따라 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
 2. 법인이 자본 또는 출자액을 감소하기 위하여 주식 또는 지분을 소각함에 있어서 일부 주주의 주식 또는 지분을 소각함으로써 인하여 그와 특수관계에 있는 자로서 대통령령이 정하는 대주주가 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
 3. 제1호, 제1호의2 및 제2호 외에 특수관계에 있는 자로부터 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
- ② 제1항 제1호의2, 제2호 및 제3호에 규정된 특수관계에 있는 자의 범위에 관하여는 대통령령으로 정한다.

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정된 것) 제39조(증자·감자시의 증여의제) ① 법인의 자본 또는 출자액의 증자 또는 감자시 다음 각 호의 1에 해당하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 경우에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다.

1. 법인의 자본 또는 출자액을 증가시키기 위하여 새로운 주식 또는 지분(이하 이 항에서 “신주”라 한다)을 배정함에 있어서 당해 법인의 주주(출자자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 신주를 배정받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기한 경우로서 다음 각 목에 규정하는 이익(신주를 배정받을 수 있는 권리의 전부 또는 일부를 포기한 소액주주가 2인 이상일 경우에는 소액주주 1인이 권리를 포기한 것으로 보아 계산한 이익을 말한다)
 - 가. 그 포기한 신주(이하 이 항에서 “실권주”라 한다)를 다시 배정하는 경우(증권거래법 제2조 제3항의 규정에 의한 유가증권의 모집방법으로 배정하는 경우를 제외한다)에는 그 실권주를 배정받은 자가 실권주를 배정받음으로써 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
 - 나. 실권주를 다시 배정하지 아니하는 경우에는 당해 신주의 인수를 포기한 주주와 특수관계에 있는 자인 대주주가 신주를 인수함에 따라 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
 2. 법인이 자본 또는 출자액을 감소하기 위하여 주식 또는 지분을 소각함에 있어서 일부 주주의 주식 또는 지분을 소각함으로써 인하여 그와 특수관계에 있는 자인 대주주가 얻은 이익 중 대통령령이 정하는 이익
- ② 제1항 제1호 및 제2호에 규정된 소액주주·특수관계에 있는 자 및 대주주의 범위는 대통령령으로 정한다.

상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정된 것) 제40조(전환사채이익에 대한 증여의제) ① 특수관계에 있는 자로부터 전환사채를 취득한 경우로서 당해 전환사채의 취득가액과 전환사채를 주식으로 전환하여 교부받을 주식이액과의 차액에 대하여는 그 차액에 상당하는 금액을 그 특수관계에 있는 자로부터 증여받은 것으로 본다.

② 제1항에 규정하는 특수관계에 있는 자 및 차액의 계산에 관하여는 대통령령이 정하는 바에 의한다.

【참조판례】

헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 890
헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616
헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562

【당 사 자】

청 구 인 김창일 외 3인
청구인들 대리인 변호사 우창록 외 2인
당해사건 대법원 94누15905 증여세등부과처분취소

【주 문】

구 상속세법 제34조의4(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 주식회사 아라리오산업은 1989. 10. 17.부터 1990. 11. 6.까지 사이에 4회에 걸쳐 합계 330,000주의 신주를 발행하였고, 이때 위 회사의 주주인 청구의 이종숙은 신주인수권의 일부를 포기하고 위 이종숙과 구 상속세법시행령 제41조 제2항(1982. 12. 31. 대통령령 제10979호로 개정되고, 1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정되기 전의 것)의 규정에 의한 특수관계에 있는 청구인들은 신주인수권을 초과하여 신주를 배정받았다.

(2) 청구의 천안세무서장은 청구인들과 위 이종숙 사이에 이루어진 위 신주인수행위는 구 상속세법(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제34조의4, 같은 법 시행령 제41조의3(1988. 12. 31. 대통령령 제12567호로 개정되고, 1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정되기 전의 것)의 규정에 의하여 증여로 의제된다고 보아 1992. 1. 16. 청구인들에게 합계 금 3,266,558,810원의 증여세 및 방위세를 부과하였다.

(3) 청구인들은 천안세무서장을 상대로 서울고등법원에 위 증여세 및 방위세의 부과처분의 취소를 구하는 행정소송(92구23331)을 제기하였다가 1994. 11. 17. 청구기각의 판결을 선고받고, 대법원에 상고(94누15905)하면서 구 상속세법 제34조의4가 헌법에 위반된다고 위헌심판제청신청(95부30)하였다가 1995. 12. 8. 위 신청이 기각되자 1995. 12. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 상속세법 제34조의4(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

상속세법 제34조의4(무상 등으로 양도받은 경우의 증여의제)

제32조 내지 제34조의3의 경우를 제외하고 대통령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로써 대통령이 정하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여 받은 것으로 본다. 다만, 이익을 받은 자가 자력을 상실하여 납세할 능력이 없을 때에는 그 세액의 일부 또는 전부를 면제한다.

그리고, 이와 관련된 같은 법 시행령 조항들의 내용은 다음과 같다.

구 상속세법시행령(1988. 12. 31. 대통령령 제12567호로 개정되고, 1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정되기 전의 것)

제41조(현저히 저렴 또는 높은 가액 및 특수관계에 있는 자의 정의)

① 법 제34조의2 제1항에 규정한 “현저히 저렴한 가액” 및 법 제34조의4에 규정한 “현저히 저렴한 대가”라 함은 증여일의 현황을 기준으로 하여 제5조 내지 제7조의 규정에 의하여 평가한 가액의 100분의 70 이하의 가액을 말한다.

② 법 제34조 제2항, 법 제34조의2 제1항·제2항 및 법 제34조의4에서 “대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 양도자의 배우자와 그 배우자의 친족
2. 양도자의 친족, 친족의 배우자와 그의 4촌 이내의 친족
3. 양도자의 사용인이나 사용인 이외의 자로서 양도자의 자산으로 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이 하는 친족
4. 양도자 또는 제1호 내지 제3호의 계기하는 자가 출자하고 있는 법인
5. 양도자의 상품 또는 제품을 특약판매하는 자
6. 양도자의 친지. 다만, 재무부령으로 정하는 자로 한다.

제41조의3(현저히 저렴한 대가로 받은 이익) 법 제34조의4에서 “대통령령이 정하는 이익”이라 함은 법인이 자본 또는 출자액을 증가하기 위하여 주식 또는 지분(이하 “신주”라 한다)을 배정함에 있어서 당해 법인의 주주 또는 출자자(이하 “주주 등”이라 한다)가 신주

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

를 배정받을 수 있는 권리(이하 “신주인수권”이라 한다)의 일부 또는 전부를 포기함으로써 인하여 당해 신주인수권을 포기한 주주 등과 특수관계에 있는 자가 그의 지분비율을 초과하여 신주를 배정받은 경우에 그 초과하여 배정받은 신주의 납입금액과 증여일의 현황을 기준으로하여 제5조 내지 제7조의 규정에 의하여 평가한 가액과의 차액을 말한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

이 사건 법률조항은 구체적으로 어떠한 행위나 거래가 과세대상이 되는 것인지에 대하여 전혀 규정하고 있지 않고 다만 현저히 저렴한 대가로 대통령령이 정하는 이익을 받은 경우에는 증여가 있었던 것으로 의제한다고 규정하고 있을 뿐이어서 그 내용이 명확하지 않아 조세법률주의에 위배되고, 나아가 과세대상 내지 과세물건인 이익에 관하여서도 대통령령이 정하는 이익이라고만 정하고 있을 뿐 달리 대통령령이 그러한 이익을 정할 때 준수하여야 할 아무런 기준도 정한 바가 없어 하위법령에로의 위임의 한계를 일탈하였다. 또 증여가 없음에도 불구하고 증여를 의제하는 결과를 초래할 수 있어 실질과세원칙에도 위배된다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각결정 이유

이 사건 법률조항은 증여의제규정 중의 하나로서 다른 증여의제규정이 적용되는 때를 제외하고 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로 이익을 받은 경우를 증여로 의제하면서 다만 그 이익의 종류와 범위만을 하위법령에 위임한 것이므로 포괄적 백지위임으로 조세법률주의에 위반되는 것이라 할 수 없고, 실질적으로

이익을 받은 경우 이를 증여로 의제하는 것이므로 실질과세의 원칙에도 위배되지 않는다.

다. 재정경제원장관 및 국세청장의 의견

이 사건 법률조항은 비정상적인 방법으로 진실한 증여사실을 감추고 자본거래 등 가장행위를 통하여 증여세를 면탈하려는 조세회피행위를 방지하기 위한 법적 장치로서, 재산의 무상이전이라는 점에서 민법상 증여와 동일한 경제적 효과가 있다고 보는 경우 즉 특수관계자 사이에 경제적 이익이 무상으로 이전되는 경우 현저하게 이익을 받은 자에 대하여 증여로 의제한다는 본질적인 내용은 법률로서 규정하여 과세형평과 조세정의의 실현하면서 다만 당해 이익의 종류와 범위·계산방법을 하위법령에 위임하고 있는 것이므로 백지위임이라 할 수 없고, 논리적 해석을 하면 법률의 내용 또한 명확하므로 조세법률주의에 위배되지도 않는다. 또 이 사건 법률조항에 의한 증여세의 부과는 경제적 실질에 부합하는 것이므로 실질과세의 원칙에도 위배되지 않는다.

3. 판 단

가. 증여의제 규정의 입법목적

국세기본법 제21조 제1항 제3호의 규정에 의하면 증여세에 대한 조세채무는 증여에 의하여 재산을 취득하는 때 성립한다. 그리고 법 제29조의2의 규정에 의하면 증여세 납세의무자는 증여를 받은 자를 원칙으로 하며, 따라서 증여세는 그 과세대상을 증여로 하고 있다.

그런데 증여세의 세율이 매우 고율인 관계로, 실질은 증여나 다름없는 경우에도 형식적으로는 신탁이나 채무의 인수, 채무면제

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

등을 가장하거나 재산이전의 대가를 조작함으로써 이를 면탈하려 하는 시도가 많다. 따라서 이와 같은 조세회피를 방지하고 실질과세를 이룸으로써 공평한 조세부담을 통한 조세정의를 실현하기 위하여 법은 추정규정들을 둔과 동시에 형식적으로는 증여로 보기 어려우나 실질은 증여로 볼 수 있는 경우 이를 증여로 보는 의제 규정들을 두고 있다.

그러나 이와 같은 증여의제 규정은 그 추구하는 목적이 아무리 정당하다 하더라도 그것이 조세부과의 근거가 되는 한 헌법이 요구한 조세법률주의에 따라야 하고, 위임입법의 한계를 지켜야 한다.

나. 조세법률주의 및 위임입법의 한계

헌법 제59조가 규정하고 있는 조세법률주의는 과세관청의 자의적인 과세권 행사를 방지하고 국민의 경제생활에 예측가능성과 법적안정성을 부여함으로써 국민의 재산권을 보장하는 기능을 하는 등 법치주의의 실현을 위한 중요한 헌법원리이며, 과세요건 법정주의와 과세요건 명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있다. 즉 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하여야 하고, 과세요건을 법률로 규정하였다 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행은 초래할 우려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다(헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 890; 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616 등 참조).

한편, 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 위임입법과 그 한계에 관하여 법률에 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 두도록 함으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 규정이다. 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 있어야 함을 의미하고, 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는, 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 더욱 강화되어 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562).

다. 이 사건 법률조항의 위헌성

(1) 이 사건 법률조항은 “제32조 내지 제34조의3의 경우를 제외하고 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다.”고 규정함으로써, “현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익”을 받는 경우를 그 과세대상으로 삼고 있다. 그런데, “이익”을 받는다

는 개념은 매우 넓은 개념이고, 이 사건 법률조항은 이에 관하여 아무런 구체적인 기준도 제시하지 않고 있으므로, 이 사건 법률조항이 과세대상으로 삼고 있는 “대통령령이 정하는 이익”이란, 과연 어떠한 이익을 어떻게 받은 경우가 이에 해당하게 되는 것인지 이 사건 법률조항만으로는 도저히 예측할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항의 위임에 따른 같은 법 시행령 제41조의3은 이 사건 법률조항에서 “대통령령이 정하는 이익”이라 함은 법인이 자본 또는 출자액을 증가하기 위하여 신주를 배정함에 있어서 당해 법인의 주주 등이 신주인수권의 일부 또는 전부를 포기함으로써 인하여 당해 신주인수권을 포기한 주주 등과 특수관계에 있는 자가 그의 지분비율을 초과하여 신주를 배정받은 경우에 그 초과하여 배정받은 신주의 납입금액과 증여일의 현황을 기준으로 하여 법 제5조 내지 제7조의 규정에 의하여 평가한 가액과의 차액을 말한다고 규정하여, 신주인수권의 포기 및 추가배정에 따른 사실상의 경제적 이익을 이 사건 법률조항에 의한 유일한 과세대상으로 포착하고 있다. 그러나 위와 같은 신주인수권의 포기 및 추가배정에 의한 이익이라고 하는 과세대상은, “현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익을 받은 자”라고 하는 이 사건 법률조항의 해석으로부터 쉽게 예측할 수 있는 것도 아니고, 법상 신탁이익을 받을 권리의 양도에 대한 증여의제를 규정한 제32조, 제3자 명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여추정을 규정한 제32조의2, 보험금에 대한 증여의제를 규정한 제33조, 배우자나 직계존비속 사이의 양도행위에 대한 증여의제를 규정한 제34조나 기타 재산양도대가의 현저한 불균형에 대한 증여의제를 규정한 제34조의

2, 채무면제나 채무인수 등에 대한 증여의제를 규정한 제34조의3 등의 해석에 비추어 예측가능한 것도 아니다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항은 법 제32조 내지 제34조의3에 규정하여 놓은 경우 외에도, 이익의 종류 여하를 불문하고, 현저히 저렴한 대가로서 이익을 받은 행위가 법형식상으로는 증여에 해당하지는 아니하지만, 경제적인 실질에서는 증여에 다름없다고 볼 수 있는 경우를 증여로 의제하는 근거를 마련한 다음, 그 구체적인 내용은 대통령령으로 정하여 이에 대하여 과세하겠다는 취지로 볼 수 밖에 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은, 과세요건 중 가장 중요한 과세대상 내지 과세물건을 법정하지 않은 채 이를 포괄적으로 하위법규인 대통령령에 위임한 것으로서, 과세당국의 행정편의적인 규정이라 아니할 수 없다. 따라서 이는 과세요건 법정주의를 핵심 내용으로 하는 조세법률주의에 정면으로 위반될 뿐만 아니라, 위임입법의 한계를 일탈한 것임이 분명하다.

(4) 이와 같은 이 사건 법률조항의 위헌성은 그 후의 법 개정 내용과 대비하여 보면 더욱 확연히 드러난다.

즉, 1990. 12. 31. 개정 법률(법률 제4283호)에서는 제34조의5에 위 시행령이 규정하였던 법인의 증자 및 감자시의 이익에 관한 증여의제를 직접 규정하였고, 제34조의4는 법인의 합병으로 인한 이익에 대한 증여의제를 새로 규정하였다. 그 후 1993. 12. 31. 개정 법률(법률 제4662호)에서는 제34조의5에 신주발행시 위와 같이 실권주를 배정하는 경우 외에 실권주를 다시 배정하지 아니한 경우 까지도 증여로 본다라고 규정하였고, 1996. 12. 30. 전문개정된 현행 상속세및증여세법(법률 제5193호)에서는 법인의 합병시의 증여의제

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

를 제38조로, 증자·감자시의 증여의제를 제39조로 규정하는 외에 제40조에서 전환사채이익에 대한 증여의제를 새로 규정하기에 이르렀다.

결국 위와 같은 법의 개정 경위는, 과세관청이 법률은 그대로 둔 채 하위규범인 대통령령만을 개정하여 계속 위와 같은 경우에 대하여 과세할 수 있게 하는 이 사건 법률조항은 조세법률주의 및 백지위임 금지의 원칙에 반하는 것이기 때문에, 이에 대한 반성적 고려에서 위 시행령에 규정되었던 내용을 법개정을 통하여 법률로 규정하게 된 것으로 보인다.

(5) 결론적으로 이 사건 법률조항은 앞서 본 바와 같이 증여의제로 증여세의 과세대상 내지 과세물건이 되는 것을 단지 “현저히 저렴한 대가로 받은 대통령령이 정하는 이익을 받은 자”로만 규정하고 있을 뿐 그 구체적인 내용은 전적으로 하위법령인 대통령령에 위임하고 있어, 납세의무자인 일반 국민이 과연 어떤 행위로 인한 어떤 이익에 대하여 증여세가 부과될 것인가를 법률만으로는 합리적으로 예측할 수 없게 하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 결국 증여세의 과세대상 내지 과세물건을 법률에 특정하였다고 보기 어려워 조세법률주의를 정한 헌법 제59조에 위반될 뿐만 아니라, 위임입법의 한계를 일탈하여 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용을 하위법령인 대통령령에 백지위임하고 있으므로 위임입법의 한계를 정한 헌법 제75조에도 위반된다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다 할 것이므

로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김문희, 재판관 고중석, 재판관 이영모의 아래 5와 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김문희, 재판관 고중석, 재판관 이영모의 반대의견

가. 국민의 대의기관인 국회가 제정한 법률에 따라 과세를 하도록 규정하고 있는 조세법률주의는 과세요건인 법률이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석의 우려 때문에 명확·일의적(一義的)이어야 할 것을 요청하고 있다. 그러나 조세법률주의의 철저한 관철은 복잡다양하고 설새없이 바뀌는 경제상황에 따른 정확한 과세대상의 포착, 적절한 과세표준의 산출, 담세력에 따른 공평과세의 목적을 달성하기 위한 조세정의의 실현이라는 또 다른 이념과는 서로 어긋날 수도 있으므로 이를 조절 융화할 필요가 있는 점 또한 부인할 수 없다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 걸맞는 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라고 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적인 기술의 발달 등에 곧바로 대응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 대통령령 등 하위법규에 이를 위임할 필요가 있다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 633).

한편, 헌법 제75조에서 “구체적으로 범위를 정하여”라고 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항은

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

될 수 있는대로 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 뜻한다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 209). 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 따라서 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것으로 판단되어야 한다는 것은 우리재판소의 되풀이 되는 선례이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59 등 다수).

나. (1) 상속세법은 타인의 증여에 의하여 재산을 취득한 자는 증여세를 납부할 의무가 있다고 규정하고 있다(제29조의2 제1항). 상속세가 피상속인의 유산 자체를 과세대상으로 하는데 반하여 증여세는 재산의 무상이전을 과세대상으로 하는 것이다. 상속세는 자연인의 사망으로 재산을 취득한 자에게 과(課)하는 조세인데 생전에 재산을 증여하면 그 부담을 경감 내지 회피할 수 있으므로 조세회피를 방지하기 위하여 증여세 제도를 마련해 두고 있다. 증여세를 상속세의 보완세적인 성질을 갖고 있다는 이유가 바로 여기에 있다.

상속세와 증여세는 재산취득의 원인이 사후이전과 생전이전의 차이만 있을 뿐 무상이전이라는 공통점이 있으므로 두가지를 하나의 법률(구법은 상속세법, 현행법은 상속세및증여세법)에 묶어 입법을 하고 있다. 상속세는 재산의 무상취득에 따른 담세력에 기초를 둔

국세로서, 국가의 재정수요의 충족과 부(富)의 일부계층으로의 과도한 집중을 완화하여 국민의 경제적인 균등을 도모하고 복지국가의 이념을 실현하려는 정책적인 의도도 아울러 갖고 있다.

(2) 상속세법은 재산의 이전 원인이 법률적으로 증여라고까지는 말할 수 없으나 증여로 취득한 재산과 그 실질적인 면에서는 차이가 없기 때문에 조세회피를 방지하고 부담의 공평을 도모하는 뜻에서 증여에 의한 재산 취득으로 보는 이른바 증여의제 규정을 두고 있다. 즉, ① 신탁이익을 받을 권리의 양도에 대한 증여의제(제32조) ② 제3자명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여의제(제32조의2) [이 부분은 헌법재판소가 1989. 7. 21. 한정합헌 결정을 하였다(89헌마38, 판례집 1, 131)] ③ 보험금에 대한 증여의제(제33조) ④ 배우자 또는 직계존비속 사이의 양도행위에 대한 증여의제(제34조) ⑤ 기타 재산의 양도대가의 현저한 불균형에 대한 증여의제(제34조의2) ⑥ 채무면제, 인수 등에 대한 증여의제(제34조의3) 등이 바로 그것이다.

그런데 법 제34의4에서 위 ① 내지 ⑥의 증여의제 규정에 해당되지 아니하는 그 밖의 이익에 대하여 과세할 목적으로 “제32조 내지 제34조의3의 경우를 제외하고 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다”고 하는 ‘무상 등으로 양도받은 증여의제’ 규정인 이 사건 법률조항을 따로 두고 있다.

1981. 12. 31. 최종 개정된 이 사건 법률조항은 새로운 유형의 조세회피 수단이 출현할 것에 대비하여 만든 것으로 이 조항이 과

세대상으로 삼는 것은 ① 현저히 저렴한 대가로써, ② 특수관계에 있는 자의 ③ 법률상·사실상의 양도행위로 인하여, ④ 경제적 가치가 있는 유형·무형의 이익을 받는 것으로서, ⑤ 엄밀한 의미의 증여에는 해당되지 않지만, 위 ① 내지 ⑥의 증여의제규정과 대비하여 보면 실질상 무상으로 이익을 받는 증여와 다름없는 경우를 재산의 무상이전으로 본 것이임이 분명하므로 과세대상에 대한 구체적인 기준이 없다고 말할 수는 없다. 그리고 1988. 12. 31. 최종 개정된 이 법 시행령 제41조의3이 들고 있는 신주인수권의 포기과 초과인수로 인한 이익은 물론, 같은 령 제41조의 ‘현저히 저렴한 가액 및 특수관계에 있는 자의 정의’는 이 조항에서 전혀 예측할 수 없는 납세자에게 불리한 새로운 과세대상을 규정한 것은 아니다.

이와 같은 이 사건 법률조항에 대한 해석은 위 ‘가’ 항에서 실시한 우리채판소의 선례의 견해에 따른 것이므로 이 조항은 헌법에 위반되지 아니하는바, 그 이유를 아래 ‘다’ 항에서 자세히 밝히고자 한다.

다. 우리나라의 주식회사는 가족, 친족 등이 주주로 된 회사가 많이 있고 이 회사들은 주식의 사전상속이나 변칙증여행위 등을 신주발행의 방법으로 행하고 있는 것 또한 부인할 수 없는 사실이다. 특히 경제상황의 변화에 따라 자본거래의 방법은 다양하고 점점 지능화 되어가고 있으므로, 이러한 변화된 상황 하나 하나를 모두 법률에 반영하여 과세를 하는 것은 바람직스러운 일이지는 하나 법률을 마련하기까지는 상당한 시일이 필요하기 때문에 조세회피 수단에 제대로 대응하지 못하는 결과가 생기게 된다. 이와

같은 이유로 말미암아 위에서 열거된 ① 내지 ⑥에서 본 증여의제 규정 이외에도 여러가지 새로운 형태로 이루어지는 변칙적인 재산의 무상이전 등을 과세대상으로 하여 증여세를 부과할 필요가 있으므로 이 사건 법률조항과 그에 따른 시행령을 마련해 두었다 [이 사건 법률조항의 최종개정일자(1981. 12. 31.)와 법시행령의 최종개정일자(1988. 12. 31.)의 차이는 이와 같은 사정이 표현된 것이다].

(1) 먼저, 상법상의 신주인수권의 포기과 초과 인수가 상속세법에 규정된 재산의 무상이전에 해당되는지 여부를 검토한다.

일반적으로 재산을 갖고 있는 회사가 증자를 하면 구주식의 가액은 증자액의 비율에 따라 희석(稀釋)되고 신주식의 가액은 거꾸로 증가하게 된다. 증자하기 전의 주식의 비율에 따른 신주 인수를 하지 아니하면 신주의 전부 또는 일부를 인수하지 아니한 자의 재산은 구주식의 가액이 증자를 한 비율만큼 희석 감소되고, 반면에 비율을 초과하여 신주를 인수한 자의 재산은 그만큼 증가하게 됨으로 후자는 전자로부터 그 차액에 상당한 이익을 취득한 것으로 평가할 수 있다.

증여의제로 되는 과세대상은 경제적 가치가 있는 유형·무형의 재산과 권리를 아울러 가리키는 개념이므로 신주인수권에 의한 이익을 무상으로 취득하는 경우에는 이 사건 법률조항의 증여의제에 해당되는 “이익”으로 해석함이 상당하다(대법원 1995. 12. 8. 94누 15905, 공96. 426 참조).

이 조항에서 규정한 “이익”에 대한 내용과 절차를 다시 구체화하기 위하여 구 상속세법시행령 제41조의3에서는 “대통령령이 정

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

하는 이익”이라 함은 “법인이 자본 또는 출자액을 증가하기 위하여 주식 또는 지분을 배정함에 있어서 당해 법인의 주주 또는 출자자가 신주를 배정받을 수 있는 권리의 일부 또는 전부를 포기함으로써 인하여 당해 신주인수권을 포기한 주주 등과 특수관계에 있는 자가 그의 지분 비율을 초과하여 신주를 배정받은 경우에 그 초과하여 배정받은 신주의 납입금액과 증여일의 현황을 기준으로 하여 제5조 내지 제7조의 규정에 의하여 평가한 가액과의 차액을 말한다”라고 규정하고 있다.

(2) 다음, 이 사건 법률조항이 조세법률주의와 위임입법의 한계를 벗어난 위법이 있는지 여부를 검토한다.

(가) 이 조항에서 ‘이익 제공자’의 범위를 “대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자”라고 규정한 부분을 본다.

이 조항의 연혁을 보면, 1952. 11. 30. 법률 제261호로 상속세법이 개정될 당시 제34조의3으로 신설되었는데, 그 당시는 “…… 대가를 지불하지 아니하거나 또는 현저히 저렴한 가액의 대가로서 이익을 주었을 경우……”라고만 규정하여 이익제공자의 범위에 대하여 아무런 제한을 두지 않았으나, 1956. 12. 31. 법률 제418호로 위 조문 내용을 “……「친족으로부터」…… 이익을 받은 자……”로 개정하여 이익의 제공자를 “친족”으로 한정하였고, 다시 1960. 12. 30. 법률 제573호로 「친족으로부터」를 「타인으로부터」로 개정하였다가, 1971. 12. 28. 법률 제2319호로 「대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터」로 개정하기에 이르렀다.

“특수관계에 있는 자”라는 용어는 법 제34조(배우자 등의 양도행위)에서 ‘배우자 또는 직계존비속, 특수관계에 있는 자’라는 표현이

있다. 특히 ‘국세에 관한 기본적인 사항 및 공통적인 상황과 …… 국세에 관한 법률관계를 확실하게 하고, 과세의 공정을 도모하며, 국민의 납세의무의 원활한 이행에 기여함을 목적으로’ 하는 구 국세기본법은 제39조(출자자의 제2차 납세의무) 제2호에서 ‘대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자’의 규정을 두고, 같은 법 시행령 제20조(친족 기타 특수관계인의 범위)에서 한층 더 구체적으로 특수관계인의 범위를 열거하고 있다. 그 밖에 법인세법 제20조(부당행위계산의 부인)도 ‘대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자’의 규정을, 같은 법 시행령 제46조(법인의 부당한 행위 또는 계산)에서 다시 그 내용을 자세히 규정하고 있는 것을 알 수 있다. 구 상속세법시행령 제41조 제2항은 “① 양도자의 배우자와 그 배우자의 친족 ② 양도자의 친족, 친족의 배우자와 그의 4촌 이내의 친족 ③ 양도자의 사용인이나 사용인 이외의 자로서 양도자의 자산으로 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이 하는 친족 ④ 양도자 또는 제1호 내지 제3호에 계기하는 자가 출자하고 있는 법인 ⑤ 양도자의 상품 또는 제품을 특약판매하는 자 ⑥ 양도자의 친지. 다만, 재무부령으로 정하는 자로 한다” 등으로 규정하여 구 국세기본법과 그 시행령의 내용과 비슷한 모습으로 “특수관계에 있는 자”를 열거하고 있다.

위에서 설명한 이유에 따라, 이 사건 법률조항을 유기적·체계적으로 종합판단하면 대통령령에 위임한 구 상속세법시행령 제41조 제2항에서 규정될 특수관계자의 범위는 그 대강을 예측할 수 있다.

(나) 이 조항에서 “현저히 저렴한 대가를” 대통령령에 위임한

부분을 본다.

“현저히 저렴한 대가”라는 말은 위 법 제34의2 제1항에서 규정하고 있는 “현저히 저렴한 가액의 대가로써……”와 같은 표현으로 ‘드러나게 값이 싸다’는 사전(辭典)에 나타난 뜻 만으로도 증여로 의제되는 행위의 범위를 어느정도 예측할 수 있다. 과세대상 재산이 현저히 저렴한 것 인지의 여부는 급변하는 경제상황의 변화로 인하여 때와 장소에 따라 수시로 그 뜻이 다를 수도 있고 이에 바로 대응하여야 할 조세정책의 필요성 때문에 이러한 사항은 법률에 규정하기 보다는 대통령령 등 하위법규에 위임할 필요가 있다. 구 상속세법시행령 제41조 제1항도 같은 취지에서 ‘법 제34조의2 제1항에서 규정한 “현저히 저렴한 가액” 및 법 제34조의4에 규정한 “현저히 저렴한 대가”라 함은 증여일의 현황을 기준으로 하여 제5조 내지 제7조의 규정(상속재산 등의 평가방법)에 의하여 평가한 가액의 100분의 70 이하의 가액을 말한다’고 규정하여 현저히 저렴한 대가 또는 가액의 세부적인 기준을 제시하고 있다.

(3) 결론적으로, 위에서 본 구 상속세법시행령 등의 내용은 이 사건 법률조항에 의하여 모두 합리적으로 그 대강을 예측할 수 있다고 하겠다. 다시 말하면, 조세법률주의의 근간은 유지한 채 과세형평과 조세정의를 실현하기 위한 수단으로 경제현실의 변화에 대한 적절한 대응책으로 대통령령인 시행령에서 과세대상을 구체적으로 확정하고 해당 세액을 산출하는 절차를 규정하고 있는데 불과한 것이다. 법시행령 등에서는 납세자에게 불리한 실질적인 내용이나 납세의무의 가중(加重)요건을 규정하고 있는 것으로는 도저히 해석되지 아니한다.

라. 다시 한번 강조하건대, 이 사건 법률조항은 법 제32조 내지 제34조의3에서 규정되지 아니한 그 밖의 재산의 무상이전 이라는 새로운 유형의 조세회피 수단이 출현할 것에 대비하여 만든 규정이고 그 규정의 위임에 따라 법시행령에서 신주인수권의 포기과 초과인수의 규정을 마련한 것은 위 “가” 항에서 본 우리재판소의 선례에 부합한다고 보지 않을 수 없다.

다수의견은, 이 사건 법률조항은 증여로 의제되는 과세대상이 불명확하고 포괄적으로 하위법규인 대통령령에 위임되어 있어 조세법률주의에 위반되고 위임입법의 한계를 일탈한 위법이 있다는 것이나, 장래에 생길 새로운 유형의 조세회피 수단 하나 하나를 구체적으로 국회에서 입법을 하여야만 과세가 가능하다는 다수의견의 견해는 조세평등주의에 의한 조세정의의 실현이라는 또 다른 헌법상의 원칙을 몰각(沒却)한 것은 아닌지? 이 사건 법률조항과 법시행령이 개정되어 상속세법상의 증여의제 조문으로 규정된 사정은 입법을 한지 상당한 시일이 지나 이미 새로운 조세회피 수단이 아니기 때문이지 입법자가 입법의 잘못을 시인한 것은 아니라고 본다. 현행 상속세및증여세법 또한 제42조에서 새로운 유형의 조세회피 수단이 출현할 것에 대비한 ‘기타 이익의 증여의제’ 규정을 따로 두고 있기 때문이다.

따라서 이 사건 법률조항은 조세법률주의에 위배되지 아니하고 위임입법의 한계를 일탈한 것으로도 볼 수 없으므로, 우리는 위헌이라는 다수의견의 결론과 이유에 반대하는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식

헌재 1998. 4. 30. 95헌바55

고중석 신청언(주심) 이영모 한대현

지방세법 제9조 위헌소원

(1998. 4. 30. 96헌바62 전원재판부)

【판시사항】

지방자치단체가 과세를 면제하는 조례를 제정하고자 할 때 내무부장관의 사전허가를 얻도록 한 것이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

지방세법 제9조는 지방자치단체의 합리성 없는 과세면제의 남용을 억제하고 지방자치단체 상호간의 균형을 맞추게 함으로써 조세평등주의를 실천함과 아울러 건전한 지방세제를 확립하고 안정된 지방재정 운영에 기여하게 하는 데 그 목적이 있는 것으로서 지방자치단체의 조례제정권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

지방세법(1978. 12. 6. 법률 제3154호로 개정된 것) 제9조(과세면제 등을 위한 조례) 제7조 및 제8조의 규정에 의하여 지방자치단체가 과세면제·불균일과세 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다.

【참조조문】

헌법 제117조 제1항, 제118조

지방세법(1978. 12. 6. 법률 제3154호로 개정된 것) 제7조(공익 등 사유로 인한 과세면제 및 불균일과세) ① 지방자치단체는 공익상 기타의 사유

헌재 1998. 4. 30. 96헌바62

로 인하여 과세를 부적당하다고 인정할 때에는 과세하지 아니할 수 있다.

② 생략

【당 사 자】

청 구 인 인천광역시의회

대표자 의장 신명순

대리인 변호사 윤영학 외 2인

당해사건 대법원 96추22 시세감면조례중개정조례안무효확인

【주 문】

지방세법(1978. 12. 6. 법률 제3154호로 개정된 것) 제9조 중 “제7조 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체가 과세면제를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다”에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1995. 12. 27. 제39회 정기회 제10차 본회의에서 수도권신국제공항건설에 따라 토지를 수용당한 주민에 대하여 주민세를 면제해주는 내용의 인천광역시세감면조례중개정조례안(이하 “이 조례안”이라 한다)을 의결하여 같은 달 29. 인천광역시시장에게 이송하고, 인천광역시장은 1996. 1. 4. 내무부장관에게 이 조례안개정 허가신청을 하였다.

그러나 내무부장관은 1996. 2. 1. 이미 주민세가 과세된 다른 공공사업과 비교할 때 조세형평의 원칙에 어긋나고 국세인 양도소득세는 과세하면서 그에 부가하여 과세되는 주민세를 면제하는 것은

불합리하다는 이유로 불허가하였다.

인천광역시는 이 조례안에 대한 재의요구를 하고 청구인은 1996. 2. 9. 제40회 임시회 본회의에서 원안대로 재의결하였다. 이에 인천광역시장은 1996. 2. 23. 청구인을 상대로 대법원에 이 조례안은 내무부장관의 사전허가를 얻도록 한 지방세법 제9조 위반으로 위 재의결무효확인소송(96추22)을 제기하였다. 청구인은 지방세법 제9조에 대한 위헌여부심판제청신청을 하였으나 대법원은 1996. 7. 9. 이를 기각하자 이 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

지방세법(1978. 12. 6. 법률 제3154호로 개정된 것) 제9조 중 “제7조 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체가 과세면제를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다”에 관한 부분(이하 “이 법률조항”이라 한다)으로서 그 규정 내용은 다음과 같다.

제9조(과세면제 등을 위한 조례) 제7조 및 제8조의 규정에 의하여 지방자치단체가 과세면제·불균일과세 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다(이 법률조항 중 “내무부장관”이라는 부분은 1998. 2. 28. 법률 제5529호 정부조직법개정법률 제32조 제1항에 의하여 “행정자치부장관”으로 개정되었다).

[관련조문]

제7조(공익 등 사유로 인한 과세면제 및 불균일과세) ① 지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 인하여 과세를 부적당하다고 인정할 때에는 과세하지 아니할 수 있다.

헌재 1998. 4. 30. 96헌바62

② (생략)

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

지방자치단체가 과세면제·불균일과세 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다고 규정하고 있는 이 법률조항은 지방자치단체의 조례의 제정·개폐에 관한 권한의 본질적 내용을 침해하고 있으므로 지방자치단체의 조례제정권을 규정한 헌법 제117조 제1항, 제118조에 위반되어 무효이다.

이 법률조항은 지방자치제도가 제대로 시행되지 않았던 1978. 12. 6. 개정된 것이므로 현행법과 지방자치법의 정신에 비추어 보면 위헌임이 명백하다.

나. 대법원 및 내무부장관의 의견

이 법률조항에서 지방자치단체가 과세면제를 하고자 할 경우에 내무부장관의 허가를 얻도록 한 취지는 과세면제 제도의 무분별한 남용으로 국민의 조세부담의 불균형 또는 지방자치단체간의 지방세과세체계에 혼란을 초래할 우려가 있고, 과세면제 등으로 인한 지방자치단체의 세수입의 손실을 지방교부세법에 의한 지방교부세의 배분에서 보충하려 할 경우 다른 지방자치단체의 지방교부세감소라는 결과를 가져올 가능성도 있으므로 사전 허가제도를 통하여 미리 통제 조정함으로써 건전한 지방세제를 확립하기 위하여 마련한 제도인 것으로 이해되고, 따라서 이 법률조항이 지방자치단체의 조례제정권의 본질적 내용을 침해하는 위헌인 규정이라고 할 수 없다.

다. 인천광역시장의 의견

청구인이 내세우고 있는 헌법소원은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자”만이 청구할 수 있는데 청구인은 아무런 기본권을 침해받은 일이 없으므로 이 심판청구는 부적법하다.

3. 판 단

가. 인천광역시장의 본안전 주장에 대한 판단

헌법재판소법은 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 주관적 권리구제의 헌법소원으로서, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있고 이 경우에는 제75조 제2항 및 제5항의 부수적 위헌심판청구도 할 수 있음에 대하여 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 구체적 규범통제의 헌법소원으로서 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌 여부를 가리기 위한 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다. 그러므로 제68조 제1항과 같은 조 제2항에 규정된 각 헌법소원심판청구들은 그 심판청구의 요건과 그 대상이 서로 다르다고 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221, 판례집 6-1, 239, 257).

청구인의 이 심판청구는 제68조 제2항의 구체적 규범통제에 의한 헌법소원심판청구이므로 기본권의 침해가 전제되어야 한다는 인천광역시장의 주장은 이유없다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 지방자치제도는 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사

헌재 1998. 4. 30. 96헌바62

회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 지방의 공동관심사를 자율적으로 처결함과 동시에 주민의 자치역량을 배양하여 국민주권주의와 자유민주주의 이념구현에 이바지함을 목적으로 하는 제도이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 100).

헌법은 제117조 제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고, 제118조에서는 “지방자치단체에 의회를 둔다. 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 지방자치를 제도적으로 보장하고 있다. 이와 같은 지방자치의 원칙은 지방자치법을 비롯하여 공직선거및선거부정방지법, 지방재정법, 지방세법, 지방교육세법, 지방교육자치에관한법률, 보조금의예산및관리에관한법률 등과 그 밖에 일반적·개별적 법령외에 지방자치단체의 조례와 규칙 등에 의하여 구체화 되고 있다.

그런데 지방자치제도의 헌법적 보장의 구체적인 내용을 확정하려면 위의 헌법규정의 규범적 의미내용을 검토하고 그것에 따라서 지방자치의 이념과 이의를 분명하게 밝혀내는 것이 중요하다고 하겠다. 이 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체

간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다.

그러나 중앙정부의 감독으로부터 완전히 독립된 지방자치단체를 상상할 수 없는 것과 마찬가지로 지방자치단체 사무 모두를 국가의 사무로 하여 국가의 감독권을 강화하는 것 또한 헌법이 인정하고 있는 것은 아니다. 그러나 복지국가의 이념을 실현하기 위하여 국민생활의 안정이나 실질적 평등, 자원의 능률적·종합적인 확보와 이용, 도로·항만시설 등 사회간접자본의 확충, 대외적 관계로부터 오는 경제질서의 유지라는 중앙정부로서 행하여야 할 광역행정정책의 필요성으로 말미암아 지방자치 또는 행정의 독자성은 어느정도 제약의 받을 수 있는 사정 또한 수긍할 수 밖에 없는 것이다. 지방자치법이 제1조에서 “……국가와 지방자치단체와의 기본적 관계를 정함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하며 지방의 균형적 발전과 대한민국의 민주적 발전을 기함을 그 목적으로 한다”고 한 것은 이러한 점을 염두에 둔 규정인 것이다.

(2) 지방자치법 제15조에서 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”는 규정과 위 헌법 규정(제117조 제1항)을 아울러 살펴보면, 지방자치단체에 대하여 자치입법권을 인정하고 있다. 헌법상 국회에 법률을 제정할 권한을 준 것과 마찬가지로 주민자치를 구체화하는 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 준 것이다. 다만, 이 조례권을 행사할 수 있는 한계로서 첫째, 법령의 범위 안에서 둘째, 지방자치단체의 사무에 관한

사항이어야 하는 것으로 제한하고 있다.

이와 같은 지방자치단체의 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 부여한 필연적인 결과로 지방자치단체에는 과세권이 있고, 이 과세권은 헌법이 보장하는 권리이므로 조세법률주의와 조세평등주의 원칙이 적용되는 것이다. 지방자치법 제126조도 “지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 지방세를 부과·징수할 수 있다”고 규정하여 과세권을 확인하고 있다.

이어서 지방세법은 지방자치단체의 지방세 부과·징수권을 규정하고(제2조) 지방세의 세목, 과세객체, 과세표준, 세율 기타 부과징수에 관하여 필요한 사항을 정함에 있어서는 조례로써 하여야 함을 규정하고 있다(제3조). 한편 지방자치단체는 공익상 기타 사유로 인하여 과세가 부적당하다고 인정할 때에나 필요할 때에는 과세면제 및 불균일과세를 할 수 있고(제7조) 그의 일부에 대하여 특히 이익이 있다고 인정되는 사건에 대하여는 불균일과세 및 일부과세를 할 수 있다(제8조). 지방자치단체가 위와 같이 과세면제, 불균일과세 또는 일부과세를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 지방자치단체의 조례로써 정하도록 규정하고 있다(제9조). 지방자치단체가 과세면제를 위한 조례를 제정 또는 개정하고자 할 때에 중앙행정기관의 장의 지도·감독의 한 수단으로 지방자치단체에 대한 일반적인 감독권을 가진 내무부장관의 허가를 얻도록 하고 있는 것은 지방자치단체의 조례제정·개정권에 대한 법률상의 제한이라고 말할 수 있다(구 정부조직법 제31조 제1항).

이와 같이 중앙행정기관의 장의 지방자치단체에 대한 지도·감독이 가능하다고 할지라도 그 근거가 되고 감독의 내용을 규정하

고 있는 법률은 당연히 합헌이어야 하고, 그 법률의 합헌성 여부는 결국 헌법상의 지방자치의 이념과 지역주민의 기본권 제한원리인 비례의 원칙 내지 과잉금지원칙이 아울러 적용되어야 할 것이다. 즉, 시도·감독권행사로 인하여 얻는 이익을 지방자치단체의 자치권 손상 및 지역주민의 재산권 침해로 인하여 입는 손해를 비교 형량하여 손해가 이득에 비하여 큰 경우에는 시도·감독권 발동의 근거가 되는 법률은 위헌임을 면하지 못할 것이다.

(3) 먼저, 청구인은 이 법률조항은 지방자치단체의 조례제정권을 규정한 헌법 제117조 제1항과 제118조에 위반되어 무효라고 주장하므로 이 점을 검토한다.

(가) 이 법률조항의 입법목적은 첫째, 조세평등주의 원칙을 구현함에 있다.

헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”고 규정하고 있고, 국민의 납세의무는 조세평등주의에 따라 개인의 재력에 상응한 공정·평등한 과세를 내용으로 하는 것이어야 한다. 조세평등주의는 헌법 제11조 제1항이 규정하는 법앞에 평등을 세법의 영역에서 구현한 것으로서 조세의 부과와 징수과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙이다. 이 원칙은 특정의 납세의무자를 불리하게 하거나 이롭게 하는 것 모두는 합리적인 이유가 없는 한 허용할 수 없다는 것이다.

그런데 지방세법 제7조 소정의 지방자치단체의 과세면제 등의 요건인 “공익상 기타의 사유로 인하여 과세를 부적당하다고 인정할 때”라는 조문은 과세부담의 합리화를 도모하기 위한 것이기는 하나 ‘공익상 기타의 사유’와 ‘부적당’이라는 표현은 추상적·다의

헌재 1998. 4. 30. 96헌바62

적인 불확정 개념이므로 각 지방자치단체가 과세면제를 목적으로 제정·개정하는 조례가 자의적이거나 합리성을 갖추지 못할 염려가 큰 것이다. 이 법률조항에서 과세면제 조례를 미리 내무부장관의 허가를 얻도록 한 것은 그 조례 내용이 조세법률주의와 조세평등주의 원칙에 어긋나지 아니하는지, 지역이기주의에 의한 자의적이고 불합리한 조례로서 법령에서 규정된 범위를 벗어난 것은 아닌지, 지방세법상 과세대상이 분명한데도 감면대상으로 한 것은 아닌지, 재판상 다투어질 경우 명확성과 합리성의 결여로 효력이 부정될 가능성은 없는지, 등을 개별적·구체적으로 철저히 검토하여 권한의 남용여부를 심사하고 나아가 전체적인 지방세법 체계와 조화를 유지할 수 있도록 하기 위한 제도적 장치로서의 역할을 하는 것이다.

둘째, 건전한 지방세제를 확립하고 지방재정의 적정한 운영을 도모하는데 있다.

조세란 공공경비를 국민에게 강제적으로 배분하는 것으로서 납세의무자 상호간에는 조세의 전가(轉嫁)관계가 있으므로 특정인이나 특정계층에 대하여 정당한 이유없이 면세, 감세 등의 조세우대 조치를 하는 것은 다른 납세자에게 그만큼 과중한 부담을 안겨주는 결과가 된다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 904).

지방자치단체의 과세면제 조치는 그에 따른 세수결함으로 말미암아 당해 지방자치단체의 재정운영에 지장을 초래함은 물론 나아가 그 세수입의 손실을 지방교부세법에 의한 배분에서 보충을 꾀하려고 할 것이므로 이것은 결과적으로 다른 지방자치단체가 지방교부세 감소라는 피해를 입을 우려가 있다.

결론적으로, 이 법률조항이 지방자치단체의 행정과 재정의 조정자로서의 책무와 역할을 맡고 있는 내무부장관의 허가를 받게 한 것은 지방자치단체의 합리성 없는 과세면제 남용을 억제하고 전국의 지방자치단체 상호간의 균형을 맞추게 함으로써 건전한 지방세제를 확립하고 안정된 지방재정의 운영에 기여하게 되는 것이다.

(나) 다음, 이 조례안의 개정목적과 경과를 살펴 보기로 한다.

이 조례안의 제안이유는 수도권신국제공항건설과 관련하여 사업시행자(수도권신공항건설공단)는 국세와 시세 과세를 전액 면제받는데 반해, 토지 등을 수용당한 지역주민들은 양도소득세, 주민세 등을 전액 면제받지 못하고 있고, 신공항건설촉진법은 보상·생계·이주대책 등에 대하여 다른 법률에서처럼 충분한 보장을 하지 못하고 있으며, 사업시행자에게는 전액 면제한 주민세를 본인 의사에 반하여 다르게 부동산을 양도한 주민들에게 이를 부과한 것은 부당하다는 것이었다.

그러나 사업시행자에게는 국세와 주민세를 과세할 여지가 없고, 시세 또한 사업시행자가 취득하는 부동산 중 국가에 귀속되는 부동산을 제외하고는 지방세법 소정의 세율에 의하여 산출된 취득세, 등록세, 도시계획세, 종합토지세의 50퍼센트를 경감하여 주고 있을 뿐이다(인천광역시세감면조례 제26조 제2항, 인천광역시중구세감면조례 제13조 제2항).

이것은 신공항 건설사업이 수도권의 항공수요에 대비하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지함을 목적(수도권신공항건설촉진법 제1조)으로 하는 공익사업임을 감안한 것으로 토지양도(토지수용)로 인한 소득에 대하여 양도소득세, 주민세를 소유자에게 부과하는 것

헌재 1998. 4. 30. 96헌바62

과 서로 단순·평면 비교할 수는 없는 것이다. 수도권신공항건설 촉진법 제15조는 정부가 사업시행자에게 필요한 사업비용의 전부나 일부를 보조하거나 재정자금을 융자해 줄 수 있도록 규정하고, 수도권신공항건설공단법 제16조는 공단사업의 효율적 수행을 위하여 국유재산을 무상으로 대부·양여하거나 사용·수익하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

더욱이 이 조례안에서 면제대상으로 하고 있는 소득세(所得稅割) 주민세는 취득세, 등록세, 도시계획세, 종합토지세 등 다른 지방세와 달리 본세인 소득세와 부종성(附從性)을 갖는 부가세적(附加稅的) 형태를 띠는 지방세이므로 양도소득세를 부과하면서 주민세만을 면제하는 것은 불합리하다고 보지 않을 수 없다.

그리고 이 조례안은 이 수도권신공항건설사업 이외에도 국책사업의 시행으로 본인의 의사에 반하여 부동산을 양도한 다른 지역 주민들이 주민세를 납부하고 있는 것과 비교하여 볼 때 조세형평에도 어긋난다. 특히 공항연결도로부지 조성을 위하여 토지를 수용당한 주민들에게는 모두 주민세를 부과한 점에 비추어 공항부지와 배후지원단지내 토지 소유 주민들에게만 주민세를 면제해주는 이 조례안은 오히려 불합리한 차별을 조장하는 결과를 가져올 수도 있다.

(다) 이상의 이유로 이 법률조항은 지방자치단체의 조례제정권의 본질적인 핵심영역을 침해한다고 볼 수 없고, 지방자치의 이념에 기초를 둔 합헌심사의 요건인 공익성과 필요성, 합리성을 모두 갖추고 있는 것이다. 그리고 지역주민의 재산권 침해면에서도 지역주민 일부에 대한 주민세의 면제라는 이익보다 조세평등주의와

지방세제의 확립·지방재정의 적정한 운영이라는 공익이 더 우선함이 명백하다.

다만 감독권 행사과정에서 헌법에 합치되는 조례를 제정·개정하는 데도 내무부장관이 불허가 처분을 하는 것은 위헌의 소지가 있을 수 있으나, 그것은 그 처분에 대한 위헌여부의 문제로 다루어져야 할 성질의 것이지 지도·감독권 행사를 규정한 이 법률조항 자체를 위헌이라고 단정할 것은 아니다.

4. 결 론

따라서 이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 『지방세법(……) 제9조 중 “제7조 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체가 과세면제를 하고자 할 때에는 내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다”에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다』는 『심판청구를 기각한다』로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설

헌재 1998. 4. 30. 96헌바62

명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

상속세법 제9조 제4항 위헌소원

(1998. 4. 30. 96헌바78 전원재판부)

【판시사항】

구 상속세법 제9조 제4항 제4호가 조세법률주의에 위배되고, 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부(적극)

【결정요지】

상속재산 중 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산의 평가방법에 관하여, 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시의 시가 중 큰 금액으로 평가한다고 규정한 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제9조 제4항 제4호는 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여 대강의 평가기준도 제시하지 아니하고 이를 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임한 것이므로 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조에 위배된다.

재판관 김문희, 재판관 이영모의 반대의견

임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 상속재산의 평가를 가능한 한 시가에 접근하게 하려는 취지로 규정된 이 사건 법률조항호는, 그 연혁과 취지·목적에 비추어 그 의미내용을 생각하면, 대통령령으로 평가할 상속재산의 종류를 명확히 열거하고 그 재산의 기술적·구체적인 평가방법에 한하여 이를 위임하고 있다고 볼 수 있다. 대통령령 등 하위법규에서는 상속세법상의 시가주의의 원칙상 보충적 평가방법보다 시가에 근접한 가액으로 평가하는 방

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

법으로서 피담보재산이나 임대재산 등의 특성에 의하여 그 가액의 파악이 가능한 방법이 규정될 것임을 쉽게 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항호를 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하여 과세상의 불평등을 가져왔다고 할 수 없고, 오히려 헌법상의 조세 평등주의와 실질과세의 원칙을 실현하기 위한 합리성과 정당성을 갖추었다고 할 것이다.

【심판대상조문】

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제9조 (상속재산의 가액평가) ①~③ 생략

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 상속재산은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.

1.~3. 생략

4. 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제59조, 제75조

【참조판례】

헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11

헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336

헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53

헌재 1994. 7. 29. 92헌바49, 판례집 6-2, 64

헌재 1997. 9. 25. 96헌바18, 판례집 9-20, 357

【당 사 자】

청 구 인 김성은 외 2인

청구인들 대리인 변호사 최진욱

당해사건 대법원 96누7274 상속세등부과처분취소

【주 문】

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제9조 제4항 제4호는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건개요

(1) 청구인들은 청구외 망 이용순의 자녀들로서 위 망인이 1990. 6. 29. 사망하여 위 망인 소유의 부동산을 공동상속하였고, 강남세무서에서는 구 상속세법 제9조 제4항 제4호 소정의 임대차계약이 체결된 재산이라는 이유로 구 상속세법 시행령 제5조의2 제6호, 구 상속세법 시행규칙 제5조 제1항을 적용하여 1994. 5. 1. 청구인들에게 금 160,006,900원의 상속세 및 방위세를 부과하였다.

(2) 이에 청구인들은 서울고등법원에 위 강남세무서장을 상대로 위 상속세 등의 부과처분의 취소를 구하는 소(95구16839호)를 제기하였으나 기각되어 대법원에 상고하고, 상고심 계속중에 구 상속세법 제9조 제4항은 상속재산의 가액평가에 관하여 구체적인 기준을 제시하지 아니한 채 과세요건을 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임하여 헌법에 규정된 조세법률주의와 위임입법의 한계를 이탈하였다고 하여 대법원에 위헌심판제청신청(96부37)을 하였으나 1996. 9. 24. 기각되자 1996. 10. 10. 기각결정문 정본을 송달받고 1996. 10. 22. 이 사건 심판청구에 이르렀다.

나. 심판의 대상

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

따라서 이 사건 심판의 대상은 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제 4283호로 개정되기 전의 것, 이하 이 사건 법률이라 한다) 제9조 제4항 제4호(이하 이 사건 법률조항호라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다. [청구인들은 청구취지를 “상속세법(1951. 5. 7. 법률 제199호, 1952. 11. 30. 법률 제261호, 1956. 12. 31. 법률 제418호, 1960. 12. 30. 법률 제573호, 1966. 8. 3. 법률 제1807호, 1967. 11. 29. 법률 제1971호, 1971. 12. 28. 법률 제2319호, 1974. 12. 21. 법률 제2691호, 1976. 12. 22. 법률 제2922호, 1978. 12. 5. 법률 제3101호, 1979. 12. 28. 법률 제3197호, 1981. 12. 31. 법률 제3474호, 1982. 12. 21. 법률 제3578호, 1986. 12. 31. 법률 제3902호, 1988. 12. 26. 법률 제4022호, 1990. 12. 31. 법률 제4283호, 1991. 11. 30. 법률 제4410호, 1993. 12. 31. 법률 제4662호) 제9조 제4항은 헌법에 위반된다”라고 기재하였으나, 청구이유와 위헌심판제청신청 기각결정이유에 따르면, 이 사건 법률 제9조 제4항 각 호 중 제1호 내지 3호 규정은 “저당권 또는 질권이 설정된 재산, 양도담보재산, 전세권이 등록된 재산”이라고 규정하고 있으므로 그 위헌여부가 당해 소송사건에 있어서 재판의 전제가 될 수 없고, 제4호의 위헌여부만이 재판의 전제가 되며, 이 사건 법률조항 제4호가 신설되기 이전의 위 법률 제261호, 제418호, 제573호, 제1807호, 제1971호, 제2319호, 제2691호, 제2922호, 제3101호, 제3197호, 제3474호, 제3578호, 제3902호와 청구의 망이용순이가 사망한 이후의 개정법률인 법률 제4283호, 제4410호, 제4662호의 각 제9조 제4항의 위헌여부는 재판의 전제성도 인정되지 아니할 뿐 아니라 위헌심판제청신청조차 한 바 없어 부적법함이 인정된다. 그럼에도 불구하고 청구인들이 청구취지로 적시하

였음은 명백한 착오이며, 그렇지 아니하다 하더라도 각하될 수 밖에 없으므로 이 사건 심판의 대상을 이 사건 법률 제9조 제4항 제4호로 본다] 그 규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제9조 ① 상속재산의 가액, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액 및 상속재산의 가액 중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시 당시의 현황에 의한다. 다만, 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의한다.

② 실효 (1993. 5. 13. 선고된 헌법재판소 92헌바32 사건의 위헌결정으로 효력상실)

③ 생략

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 상속재산은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 제1항의 규정에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.

1. 저당권 또는 질권이 설정된 재산
2. 양도담보재산
3. 전세권이 등기된 재산
4. 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산

[제4항 중 “또는 제2항”은 제2항의 실효로 삭제하였다.]

2. 청구인들의 주장요지 및 이해관계인들의 의견
- 가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 법률 시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13196호로 개정되기 전의 것) 제5조의2 제6호는 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산의 가액은 “1년간 임대료를 상속개시 당시의 1년만기의 정기예금 이자율을 감안하여 재무부령이 정하는 율로

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

나는 금액과 임대보증금의 합계액”으로 하고, 이 사건 법률시행규칙(1991. 3. 9. 재무부령 제1849호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항은 위 시행령의 재무부령이 정하는 율을 100분의 10으로 규정하고 있는바, 월정임대료는 임대보증금 대신 임대료를 받음에 따른 추가관리비, 임대료가 제때에 지급되지 않을 수 있는 위험부담의 감수, 계약기간만료후 불법으로 계속 점유하는 자에 대한 법적절차 진행의 위험부담 등을 고려하여 정해지는 것이므로 위 시행령 제5조의2 제6호의 방식에 의하여 계산하면 임대보증금만을 받는 경우보다 월정임대료를 받는 경우가 상속재산의 가액이 높게 평가되어 현저히 불평등한 상속재산 평가가 이루어 지고, 또한 재무부령에서 계산율을 100분의 10으로 정한 것은 정기예금의 이자율이 13.5% 내지 18%에 이르는 것을 감안하면 비현실적인 규정이므로 위 시행령과 시행규칙은 헌법 제11조의 평등의 원칙, 국세기본법 제14조 제2항의 실질과세의 원칙, 국세기본법 제18조 제1항의 형평의 이념에 반하는 위헌 무효의 규정이다.

(2) 이 사건 법률 시행령 제5조의2 제6호 및 같은 법 시행규칙 제5조 제1항의 규정은 이 사건 법률 제9조 제4항의 규정을 근거로 하는 것이다. 그러나 조세법률주의의 이념에 비추어 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 일반적인 급부행정법규와 달리 위임입법의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 할 것인데 상속세법 제9조 제4항은 단지 ‘대통령령이 정하는 바에 따라 평가한가액’이라고만 규정하고 있을 뿐이어서 결국 납세의무의 범위와 직접 관계있는 과세요건을 정함에 있어 구체적인 기준을 제시함이 없이 하위법규인

대통령령에 포괄적으로 위임하여 과세에 있어 불평등을 초래하였으므로 위 법률은 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반한 것이다.

나. 대법원의 위헌심판제청신청 기각이유의 요지

이 사건 법률 제9조 제4항은 상속재산의 가액평가에 관하여 시가주의 원칙을 정한 같은 법 제9조 제1항의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지에서 규정된 것으로서 동 규정이 구체적인 기준을 제시하지 아니한 채 과세요건을 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임하여 과세에 있어 불평등을 초래하였다고 볼 수 없으므로 위 규정이 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하여 헌법에 저촉된다는 주장은 이유없다.

다. 국세청장의 의견요지

(1) 청구인들은 청구취지에서 이 사건 법률 제9조 제4항이라고 명시하고 있으나 실제로는 이 사건 법률 시행령 제5조의2 제6호, 같은 법 시행규칙 제5조 제1항이 헌법에 위반된다고 하여 헌법소원심판청구를 한 것으로서 이는 국회에서 제정된 법률이 아닌 명령, 규칙이고 이는 헌법소원심판청구의 대상이 되지 아니한다.

(2) 이 사건 법률 제9조 제4항은 임차권이 등기되지 아니한 재산도 등기된 임차권 및 경제적 기능이 유사한 전세권과 형평을 이루기 위하여 임대보증금과 임대료 환산금액의 합계금액을 상속개시 당시의 현황에 의한 가액과 비교하여 큰 금액으로 평가하도록 한 것이며, 임대보증금 없이 월정임대료만 받는 경우가 월정임대료 없이 임대보증금만 받는 경우보다 높게 평가되는 불합리한 결과가 된다고 단정할 수 없다.

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

(3) 상속재산의 평가는 상속개시 당시의 시가가 원칙이나 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 경우에는 이 사건 법률 제9조 제4항 제4호, 같은 법 시행령 제5조의2 제6호, 같은 법 시행규칙 제5조 제1항에 의하여 계산한 금액과 같은 법 제9조 제1항에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액으로 평가하도록 한 것은 시가주의 원칙에 접근하려는 취지에서 규정된 것이며, 시행규칙에서 위 계산율을 정기예금을 기준으로 하는 것은 임대료가 부동산 소재지의 지역적 특성에 따라 상이하기 때문이며, 법인세법시행령 제14조(임대보증금 등의 간주익금 계산), 소득세법시행령 제53조(총수입금액 계산의 특례 중 간주임대료 계산)의 각 규정에서도 임대보증금에 정기예금의 이자율을 적용하여 계산하고, 부가가치세법시행령 제49조의2(부동산 임대용역에 대한 과세표준계산의 특례)의 규정에서도 위와같이 정기예금의 이자율에 근거하여 과세표준을 산정하고 있으므로 위 규정들이 비현실적인 규정이라 할 수 없다.

라. 재정경제부장관의 의견

(1) 상속세는 상속재산에 대하여 상속개시 당시의 시가를 기준으로 하여 과세를 하는 것이나 상속은 우발적으로 발생하므로 상속재산에 대하여 적정한 시가를 확인할 수 없는 경우가 많고, 따라서 시가가 없는 경우 보충적으로 공시지가, 내무부 시가표준액, 국세청 기준시가 등에 의하여 평가하여 시가에 근접된 가격으로 평가하도록 한 것이다.

그러나 담보로 제공되거나 임대차계약이 체결된 상속재산의 경우 통상 당해 재산의 실제가액 범위내에서 담보채권이나 임대보증금이 정해지므로 시가를 알 수 없는 경우 바로 보충적 평가방법을

적용하기 보다는 이 사건 법률 제9조 제4항의 평가방법을 별도로 규정하게 된 것으로 이 사건 법률 제9조 제4항의 평가방법이 헌법 제11조의 평등의 원칙, 국세기본법 제14조 제2항의 실질과세의 원칙, 국세기본법 제18조 제1항의 과세형평의 이념에 반한다고 할 수 없다.

(2) 임대건물에 대하여 임대보증금만을 받은 건물임대사업자의 경우에 임대보증금을 금융기관에 예탁하는 등의 방법을 통하여 연간 최소 임대보증금의 10% 정도의 수익을 올릴 수 있다고 보아 임대보증금을 수입금액으로 환산하여 100분의 10으로 나누어 계산하고 있으므로 전액을 월정임대료로 받은 경우에도 100분의 10으로 나누어 임대보증금 상당액을 산출하는 것이 임대보증금만을 받은 경우와의 사이에 형평상 합리적이고, 임대건물이 과대평가됨을 이유로 연 24퍼센트를 적용하여 평가하여야 한다는 청구인들의 주장은 근거가 없다.

(3) 이 사건 법률 제9조 제4항 및 같은 항 제4호는 임대차계약이 설정된 재산에 대하여 구체적인 기준을 하위법령에 위임하는 방식으로 임대차계약이 설정된 재산의 평가방법을 규정하고 있으므로 헌법 제38조 및 제59조의 조세법률주의에도 부합한다.

3. 판 단

청구인들의 주장 중 먼저 조세법률주의 위배, 위임입법의 한계 이탈여부에 관하여 살핀다.

가. 헌법 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다.

위임입법의 근거와 한계에 관하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.

이와 같이 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 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 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조), 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 따라서 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강을 예측할 수 없는 경우라면 위임입법의 한계를 일탈하였다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59 참조).

또한 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임

의 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 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30; 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 101 참조).

그러나 위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민 주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상의 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므로 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여는 원칙적으로 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다.”(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 371 참조).

나. 이 사건 법률조항호 규정의 취지는 상속재산인 사실상 임대차계약을 체결하거나 임차권이 등기된 재산의 평가방법에 관하여, 위 법률 제9조 제1항이 규정하는 상속개시 당시의 현황에 따라 평가하는 시가주의 원칙에 따르지 아니하고, 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시의 시가 중 큰 금액으로 평가한다는 것이다. 그런데 사실상 임대차계약을 체결한 경우이던지 체결한 후 임차권을 등기한 경우이던지 그 어느 경우라 하더라도

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

도 임대차계약의 내용과 태양이 각기 다르므로 그 내용과 태양에 따라 평가가 달라져야 할 것이며, 그렇다면 대통령령의 제정자가 따라야 할 대강의 평가기준, 적어도 임대차계약의 내용과 태양에 따라 다른 대강의 평가기준만이라도, 법률에 규정하여야 조세법률주의를 준수하였다고 할 것이다.

그러나, 이 사건 법률조항호의 규정은 위와 같은 대강의 기준에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니한다. 또한 위 규정과 관련하여 이 사건 법률 중 다른 조항이나 다른 세법들의 규정들을 보아도, 위와 같은 평가기준을 제시하는데 도움을 줄 수 있는 내용이 전혀 없다. 다시 말하면 위임된 하위법규에 규정될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 곤란하다.

따라서 이 사건 법률조항호의 규정은 국민의 납세의무의 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 하위법규인 대통령령에 전적으로 일임함으로써 포괄적으로 위임하였으므로, 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정을 위반하였다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항호 규정은 청구인들의 나머지 주장에 관하여 판단할 필요없이 헌법에 위반되므로 재판관 김문희, 재판관 이영모의 다음 5.와 같은 반대의견이 있는 이외에 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김문희, 재판관 이영모의 반대의견

가. 상속세의 과세물건은 상속 또는 유증에 의하여 취득한 재산이다. 상속세액은 과세표준에 세율을 적용·계산한 금액이므로(법

제14조) 세액산출에 있어서는 과세물건의 가액평가가 세액계산의 기초가 된다. 과세물건인 상속재산의 가액은 상속개시 당시의 현황에 의하고(법 제9조 제1항), 상속개시 당시 현황에 따른 시가를 산정하기 어려울 때에는 법 제9조 제3항 내지 제5항에 규정하는 방법에 의한다고 규정하고 있다(법 시행령 제5조 제1항). 여기에 시가라 함은 객관적인 교환가치를 뜻하고 교환가치는 통상 불특정 다수인간의 자유로운 거래에서 성립·인정되는 가액을 말한다(구 상속세법기본통칙 38 …… 9)(대법원 1988. 6. 28. 88누582, 공88, 1163).

나. (1) 상속재산에 대한 가액평가는 세액계산에 직접 영향을 끼치므로 평가방법의 선택은 중요한 의미를 갖는다. 그런데 상속세는 예측할 수 없는 피상속인의 사망이라는 사실에 의하여 납세의무가 발생하므로 상속재산에 대한 객관적인 시가를 확인할 수 없는 경우가 대부분이고 시가를 산정하는 것 또한 쉬운일이 아니기 때문에 종래의 실무관행은 평가행정의 확일성과 신속성, 징세비의 절감을 이유로 시가에 갈음하는 보충적인 평가방법에 의하여 과세를 하고 있다. 특히, 과세물건이 부동산인 경우에는 주로 국세청장이 정하는 특정지역에 있어서는 배율방법에 의하여, 그 밖의 지역에 있어서는 지방세법상의 과세시가 표준액에 의하여, 각 평가한 가액에 따라 세액산출을 하였다(법 시행령 제5조 제1항 제1호).

(2) 이 사건 법률조항호는 상속 부동산의 가액을 위와 같은 보충적 평가방법에만 의존할 경우 과세표준액이 시가를 제대로 반영하지 못하여 담보채무가 과세기준액을 초과하는 경우가 있고 이 초과하는 채무는 다른 과세표준액에서 이를 공제하게 되어 결과적으로 상속세를 포탈하게 되므로 1981. 12. 31. 상속세법을 개정(법

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

를 제3474호)할 때에 제9조 제4항을 신설, 저당권 또는 질권이 설정된 재산, 양도담보재산, 전세권 또는 임차권이 등기된 재산은 대통령령이 정하는 바에 따라 평가하도록 규정 하기에 이르렀다. 이어서 1988. 12. 26. 상속세법을 개정(법률 제4022호)하면서 ‘임차권이 등기된 재산’을 ‘사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산’으로 다시 개정하였는데, 이와 같이 개정하게 된 것은 사실상 임대차계약이 체결되었으나 임차권을 등기하지 아니한 재산도 실질적으로는 임차권을 등기한 경우와 다를 바가 없기 때문이었다.

(3) 상속 부동산이 이미 담보로 제공되어 있거나 임대차계약이 체결된 경우에는 통상 당해재산의 객관적인 교환가치의 범위 안에서 담보채권이나 임대보증금 또는 월정임대료가 정해지는 것이고 그 채권액이나 보증금 또는 임대료에 의하여 시가에 가장 근접한 상속부동산의 가액을 이끌어 낼 수 있으므로 시가에 비하여 불합리하게 낮게 평가된 과세시가표준액에 의하지 않고 가능한 한 시가에 접근하려는 취지의 규정을 한 것이 이 사건 법률조항호인 것이다.

이와 같은 규정의 연혁과 취지·목적에 비추어 그 의미내용을 생각하면, 이 사건 법률조항호는 대통령령으로 평가할 상속재산의 종류를 명확히 열거하고 그 재산의 기술적·구체적인 평가방법에 한하여 이를 위임하고 있다고 볼 수 있다. 대통령령 등 하위법규에서는 상속세법상의 시가주의의 원칙상 보충적 평가방법보다 시가에 근접한 가액으로 평가하는 방법으로서 피담보재산이나 임대 재산 등의 특성에 의하여 그 가액의 파악이 가능한 방법이 규정될

것임을 쉽게 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항호를 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하여 과세상의 불평등을 가져 왔다고 할 수 없고, 오히려 헌법상의 조세평등주의와 실질과세의 원칙을 실현하기 위한 합리성과 정당성을 갖추었다고 할 것이다.

다시 말하면, 이 사건 법률조항호와 법 시행령 제5조의2 제6호, 법 시행규칙 제5조 제1항은 임차권이登記되지 아니한 재산도登記된 임차권 및 전세권과 같은 성질을 갖고 있으므로 임대보증금과 임대료 환산금액의 합계금액을 상속개시 당시의 현황에 의한 과세시가표준액과 비교하여 큰 금액으로 평가하도록 하였다. 즉 임대보증금만을 받는 경우에는 보증금을 금융기관에 정기예금으로 예탁하는 등의 방법으로 연간 적어도 보증금의 10% 정도의 수익을 올릴 수 있다고 보아 그 수입금액을 100분의 10으로 나누어 계산하고, 전액을 월정임대료로 받는 경우에도 연간 총임대료를 100분의 10으로 나누어 계산하는 것이 임대보증금만을 받은 경우와 서로 균형이 맞는 것이다.

더욱이 청구인들은 상속 부동산에 대한 평가방법을 다루고 있을 뿐 과세평가액이 시가를 초과하는 위법이 있다는 주장은 하지 않고 있다. 당해 부동산에 대한 임대보증금 또는 월정임대료에 의하여 산정한 과세평가액이 그 부동산의 실제 가액보다 높아 납세의 무자측에 불리한 것이라면 이와 같은 특수사정은 심사·심판절차와 소송을 통하여 다른 합리적인 방법에 의한 평가를 할 수 있는 것이다(대법원 1990. 3. 27. 89누7481, 공90. 1006 참조).

(4) 끝으로 덧붙일 것은, 이 사건 법률조항호의 시행당시의 구 소득세법 제29조 제1항과 시행령 제58조(총수입금액 계산의 특

헌재 1998. 4. 30. 96헌바78

례)(1981. 12. 31. 대통령령 제10665호)의 규정에서는 임대보증금에 정기예금의 이자율을 적용하여 임대료를 계산하고, 부가가치세법 제 13조 제1항 제2호와 시행령 제49조의2(부동산 임대용역에 대한 과세표준계산의 특례)(1981. 6. 9. 대통령령 제10338호)도 정기예금의 이자율에 근거하여 과세표준을 산정하고 있는 것을 알 수 있다. 임대보증금에 정기예금의 이자율을 적용·계산하는 것은 우리의 세법과 실무에서 이미 오랜기간 불특정·다수의 납세자에 대하여 반복·계속적인 적용을 하고 있는 영역이었다.

다. 따라서 이 사건 법률조항호는 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정에 위반된 것으로 볼 수 없으므로 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형(주심) 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

상속세법 제32조의2 제1항 단서 위헌소원

(1998. 4. 30. 96헌바87, 97헌바5·29(병합) 전원재판부)

【판시사항】

조세회피목적없이 명의신탁을 한 경우를 증여의제대상에서 제외하고 있는 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항 단서 중 “조세”에 증여세이외의 다른 조세를 포함하는 것으로 해석하는 한 조세법률주의와 조세평등주의의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 명의신탁은 법원의 판례에 의하여 정착된 이론으로 긍정적인 측면도 없지 아니하나 탈법적인 목적으로 자주 이용되고 있었기 때문에, 입법자는 헌법재판소의 89헌마38 결정 이전부터 법령에서 규정하는 부득이한 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 명의신탁을 금지하는 입법을 마련중이었고, 더욱이 위 결정이 있는 이후에는 그 취지에 따라 단서조항과 신설조항을 만들었고, 법원의 판결 또한 위의 결정과 위 각 조항에 따라 해석을 한 이 사건에서는 단서조항 중의 “조세회피”는 증여세회피 뿐만 아니라 그 밖에 다른 조세회피도 포함된다고 하는 것이 합헌적인 올바른 해석이다.

2. 위의 89헌마38 결정과 단서조항은 법령이 명문으로 인정하는 예외적인 경우외에는 명의신탁을 인정하지 않고 과세요건이 충족되는 것으로 취급하려는 입법자의 의도가 짙게 깔려 있고, 뿐만 아니라 조세회피의 목적이 없는 명의신탁이라는 점은 납세의무자측의 주장·입증으로 그 과세처분의 당부를 다툴 수도 있는 것이며, 국

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

가가 과세권을 행사함에 있어 조세의 회피나 면탈을 억제하기 위한 규정을 두는 것과 담세력에 따른 공평한 부담의 실현 수단으로 과세의 종목과 과세방법을 선택하는 등 조세정정의 실현과 국가의 과세기능 측면에서 생기는 여러 문제를 조정·결정하는 것은 입법자의 광범한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌무효라고 단정할 수 없다.

재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석, 재판관 한대현의
반대의견

1. 명의신탁재산에 대한 증여의제는 그 실질이 증여임에도 조세를 회피하기 위하여 명의신탁이나 신탁법 또는 신탁업법에 의한 신탁재산이라고 주장하는 것을 방지하기 위해서 명의신탁이라는 형식에 불구하고 실질이 증여로 보이기 때문에 증여로 의제한다는 규정으로서, 명의신탁제도를 증여세를 회피하기 위한 수단으로 악용하는 것을 방지하려는 데에 그 입법취지가 있으며, 따라서 증여세의 부과대상이 되는 것은 증여와 명의신탁으로 은폐된 증여뿐이라고 보아야 한다.

2. 조세회피를 의도하지 아니하거나, 또는 조세회피 목적을 인식조차 하지 못하고 사실상 명의를 빌려 준 명의수탁자에 대하여 일률적으로 그 명의신탁에 조세회피의 목적이 인정된다 하여 증여세를 부과하는 것은 아무런 이익이 없는 경우에도 증여세를 부과함으로써 증여세의 본질에도 반하는 것이며, 그 입법목적을 위하여 방법이 적절하다고 볼 수 없고, 명의수탁자에게 과도한 책임을 인정하여 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로서 실질적 조세법률주의에 위반되는 동시에 합리적 이유없이 명의수탁자의 재산권을 과도

하게 침해하는 것이다.

3. 증여세는 명의신탁자 아닌 명의수탁자에게 부과되는 것인데, 실질적인 권리 내지 이익을 취득하지 아니하고 단순히 권리의 외양만을 취득한 자는 증여세를 부담할 수 있는 담세능력이 없는 경우도 많을 것인데, 이러한 담세능력의 유무를 고려하지도 아니하고 비교적 고율의 증여세를 부과하는 것은 조세가 담세능력 내지 경제적 급부능력에 따라 배분되어야 한다는 조세평등주의에도 위배되며, 과세관청에게 지나친 우월적 지위를 부여하는 것으로 획일주의가 지나쳐 과잉금지 원칙에도 위배된다.

【심판대상조문】

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2(제3자 명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의 개서 등(이하 “등기 등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다. 다만, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피목적 없이 타인의 명의를 빌려 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제59조

상속세및증여세법 제43조(명의신탁재산의 증여추정) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 추정한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적 없이 타인의 명의로 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우
2. 주식 또는 출자지분(이하 이 조에서 “주식 등”이라 한다) 중 이 법 시행일 전에 신탁 또는 약정에 의하여 타인명의로 주주명칭 또는 사원명부에 기재되어 있거나 명의개서되어 있는 주식 등에 대하여 1998년 12월 31일까지의 기간(이하 이 조에서 “유예기간”이라 한다) 중 실질소유자명의로 전환하는 경우. 다만, 당해 주식 등을 발행한 법인의 주주(출자자를 포함한다)와 특수관계에 있는 자 및 이 법 시행일 현재 미성년자인 자의 명의로 전환하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항 제2호에 규정된 유예기간중에 실질소유자명의로 전환하지 아니하거나 이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기 등을 하는 경우에는 제1항 제1호의 규정을 제외하고 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.
- ③ 제1항 제2호의 규정은 주식 등을 유예기간중에 실질소유자명의로 전환하는 자가 당해 주식을 발행한 법인 또는 그 출자가 되어 있는 법인의 본점 또는 주된 사무소의 관할세무서장에게 그 전환되는 내역을 대통령령이 정하는 바에 의하여 제출하는 경우에 한하여 적용한다.
- ④ 제1항의 규정은 신탁업법 또는 증권투자신탁업법에 의한 신탁재산인 사실을 등기 등을 하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.
- ⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.
- ⑥ 제1항 제2호에 규정된 특수관계에 있는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.

부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

②~③ 생략

부동산실권리자명의등기에관한법률 제5조(과징금) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과한다.

1. 제3조 제1항의 규정을 위반한 명의신탁자

2. 제3조 제2항의 규정을 위반한 채권자 및 동 조 동 항의 규정에 의한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자
- ② 제1항의 부동산가액은 과징금을 부과하는 날 현재의 다음 각 호의 가액에 의한다.
1. 소유권의 경우에는 소득세법 제99조의 규정에 의한 기준시가
 2. 소유권 외의 물권의 경우에는 상속세 및 증여세법 제61조 제4항 및 제66조의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한 금액
- ③ 제1항의 규정에 의한 과징금의 금액이 대통령령이 정하는 금액을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 물납할 수 있다.
- ④ 제1항의 규정에 의한 과징금은 당해 부동산의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장이 부과·징수한다. 이 경우 과징금은 위반사실이 확인된 후 지체없이 이를 부과하여야 한다.
- ⑤ 제1항의 규정에 의한 과징금을 납부기한 내에 납부하지 아니한 때에는 지방세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.
- ⑥ 제1항의 규정에 의한 과징금의 부과 및 징수 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131

【당 사 자】

청 구 인 별지 1. 기재와 같다.

청구인들 대리인 변호사 우창록 외 2인

당해사건 별지 2. 기재 중 당해사건란 기재와 같다.

【주 문】

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항 단서 중 “조세” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 경인지방국세청은 1993. 8. 31. 주식회사 오트론, 올림픽관광산업주식회사, 주식회사 올림픽교통관광, 올림픽건설주식회사, 올림픽건설주식회사, 올림픽개발주식회사 등 총 6개의 계열기업에 대한 특별세무조사를 한 결과 청구외 유화열이 위 기업들의 주식을 유상증자, 주식양수를 통하여 취득한 후 이를 청구인들에게 명의신탁하였음이 밝혀졌다고 청구인들의 주소지 관할세무서에 통보하고, 강남세무서장을 비롯한 관할세무서장들은 구 상속세법 제32조의2 제1항을 적용하여 청구인들이 위 유화열로부터 주식을 증여받은 것으로 간주하고 청구인들에게 증여세 등 부과처분을 하였다.

(2) 청구인들은 서울고등법원에 관할세무서장들이 한 증여세등 부과처분에 대한 취소소송을 제기하여 모두 승소판결을 받았으나, 상고심에서 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항 단서규정이 적용되는 1991년도 이후의 귀속분에 대하여는 파기환송되었고, 청구인들은 각 당해사건에서 그 재판의 전제가 되는 위 상속세법 제32조의2 제1항 단서규정이 헌법에 위반된다고 주장하며 각 별지 2. 기재와 같이 위헌제청신청을 하였으나 서울고등법원이 이를 각 기각하자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로

개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항 단서 중 “조세”부분(이하 “이 사건 규정”이라 한다)의 위헌여부이고, 위 제32조의2 제1항의 내용은 다음과 같다.

구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것)

제32조의2(제3자명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등(이하 “등기 등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다. 다만, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기 특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피목적 없이 타인의 명의를 빌려 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 헌법재판소는 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정에서 구 상속세법(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항의 위헌여부에 관하여, “상속세법 제32조의2 제1항은 무차별한 증여의제로 인한 위헌의 소지가 있으므로 예외적으로 조세회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 하고, 위와 같이 해석하는 한, 헌법 제38조, 제59조의 조세법률주의 및 헌법 제11조의 조세평등주의에 위배되지 않는다”고 결정한 바 있는데, 위 결정의

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

진정한 의미는 위 상속세법 규정은 증여세를 회피하기 위하여 명의신탁을 악용한 경우에 한하여 적용되는 것으로서, 그 밖의 명의신탁에 대하여 위 규정을 적용하는 것은 조세평등주의 및 실질과세의 원칙에 위배되어 위헌이라는 것으로 보아야 한다. 즉, 위 상속세법 규정은 실질소유자와 명의자 사이의 내부적 법률관계의 경제적 실질이 증여인 경우에 한하여 적용되는 것으로 이해하여야 한다.

(2) 개별세법규정에서 실질과세의 원칙에 대한 예외를 설정하는 것 자체가 헌법에 반한다고는 볼 수 없으나, 그러한 예외는 헌법상 원리에 비추어 정당성을 수긍할 수 있는 한계내에서만 가능한 것이다. 그런데 위 헌법재판소 결정(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38)은 상속세법 제32조의2 제1항 규정이 실질과세의 원칙에 대한 예외 규정으로서 위헌성을 띠는 경계선을 분명하게 제시하고 있으므로, 위 단서조항에 관한 현 대법원 판례와 같이 “명의신탁의 주된 목적이 조세회피에 있는 경우에는 위 단서 소정의 “조세”를 증여세에 한정할 필요는 없다”고 해석하는 한 이 사건 규정은 증여세회피목적이 없는 명의신탁에 대하여도 증여로 의제하여 증여세를 부과하는 내용의 규정으로 조세평등주의 및 실질과세원칙에 위반되어 위헌이다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각이유

상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항의 입법취지는 명의신탁제도를 이용한 조세회피를 효과적으로 방지하여 조세정의를 실현한다는 취지에서 실질과세원칙에 대한 예외를 인정한 데에 있

다고 할 것이므로, 명의신탁이 조세회피목적이 아닌 다른 이유에서 이루어졌을 뿐 그에 부수하여 사소한 조세차질이 생기는 것 등을 제외하고 그 주된 목적이 조세회피에 있는 경우에는 위 단서 소정의 조세를 증여세에 한정할 필요는 없다고 보아야 할 것이므로 위 단서의 규정이 조세평등주의 및 실질과세원칙에 위배되어 위헌무효의 규정이라고는 볼 수 없다.

다. 재정경제원장관의 의견

(1) 명의신탁제도는 탈법·탈세 등의 수단으로 악용되어 왔기 때문에, 상속세법에서 타인명의를 이용한 명의신탁재산에 대하여 예외적으로 국세기본법상 실질과세의 원칙의 예외를 두어 타인명의로 등기 등을 한 날에 명의수탁자에게 증여세를 과세함으로써 명의신탁을 악용한 탈법적인 조세회피를 차단하기 위한 입법적인 보완을 강구하고 있다.

(2) 명의신탁에 대한 증여의제과세제도는 조세회피목적으로 이루어지는 명의신탁에 한정하여 적용함으로써 조세정의를 실현하기 위해 불가피하게 실질과세원칙에 대한 예외를 인정하는 것이므로 상속세법 제32조의2 제1항 단서의 규정에 있어서의 “조세”가 증여세에 한정되지 않는다고 보아야 실질적인 조세평등에 부합된다고 할 수 있다.

라. 국세청장의 의견

상속세법 제32조의2 제1항의 제3자 명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여의제규정은 명의신탁을 악용하여 조세회피 내지 조세포탈 등의 탈법행위를 원천적으로 봉쇄하겠다는 입법정책적 목적에서 조세법상의 대원칙인 실질과세원칙을 희생시키면서까지 예외

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

규정을 둔 것이고, 같은 조항 단서의 “조세”를 증여세로 한정하지 않는 것이 실질적인 조세평등주의에 더 부합하는 것이다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 1989. 7. 21. 구 상속세법(1981. 12. 31. 법률 제 3474호로 개정되어, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항(이하 “구법조항”이라 한다)의 위헌여부에 관한 헌법소원 사건(89헌마38)에서 “상속세법 제32조의2 제1항(1981. 12. 31. 법률 제3474호 개정)은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다”는 결정을 선고하였다(판례집 1, 131, 133).

이 결정의 중요한 내용을 살펴보면

조세입법에 관한 헌법상의 2대 원칙 중의 하나인 …… “조세평등주의의 이념을 실현하기 위한 법 제도의 하나가 바로 국세기본법 제14조에 규정한 실질과세의 원칙이라고 할 수 있다. …… 이러한 조세평등주의 및 그 파생원칙인 실질과세의 원칙에 비추어 볼 때, 구법조항은 등기 등을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자를 다르게 한 경우에는, 그 원인이나 내부관계를 불문하고 일률적으로 증여로 의제하여, 증여세를 부과하겠다는 것으로, 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지 특례를 인정하였다는 점에서 그 전제가 되는 조세평등주의 내지 조세정의의 헌법정신에 위배될 소지가 있다. …… 구법조항이 모든 명의신탁에 대하여 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지 특례라고 할 수 있는 증여의제 제도를 무차별적으로 적용하여 과세하겠다는 것이라면, 헌법이 규정한 평등의

원칙과 차별금지의 원칙의 조세법상 표현이라고 할 수 있는 조세 평등주의와 그 실현수단인 실질과세의 원칙에 위반된다고 할 수 있다.

그러나 조세평등주의의 이념을 실현하기 위한 실질과세의 원칙은 조세회피의 방지 또는 조세정의의 실현을 위하여 경우에 따라서는 예외 내지 특례를 인정할 수 있다. 실질과세의 원칙은 법률상의 형식과 경제적 실질이 서로 부합하지 않는 경우에 그 경제적 실질을 추구하여 그에 과세함으로써 조세를 공평하게 부과하겠다는 것이나 거기서 말하는 실질의 의미가 반드시 명확한 것도 아닐 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 형식상의 외관이나 명목에 치중하여 과세하는 것이 오히려 공평한 과세를 통한 조세정의의 실현에 부합되는 경우도 있을 수 있다. 그렇기 때문에 국세기본법 제3조 제1항 단서에서는 같은 법 제14조에 규정한 실질과세의 원칙에 대한 예외를 단행세법(單行稅法)에서 규정할 수 있도록 길을 터놓고 있는 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 이 구법조항은 명의신탁제도가 조세회피의 수단으로 악용되는 사례가 허다하기 때문에 이를 효과적으로 방지하기 위하여 조세법상의 대원칙인 실질과세의 원칙을 희생시키면서 명의신탁을 이용한 조세회피 내지 조세포탈을 원천적으로 봉쇄하겠다는 것이 그 입법의도이다. 우리나라의 현실에서 토지 등의 재산권이 대가의 지급없이 이전되는 경우를 살펴보면, 증여인 경우도 있고 신탁인 경우도 있으며, 부득이한 사정으로 인한 명의신탁인 경우도 있다. 그러나 많은 경우에는 증여의 은폐수단으로 명의신탁이 이용되는 것이라고 할 수 있다. 즉 증여의 은폐

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

수단으로 명의신탁을 이용하는 경우, 당사자들은 일단 가장된 법률관계를 취하였다가 그것이 과세관청에 포착되면 조세를 납부하고, 조세 시효기간중에 포착되지 않으면 조세를 포탈하려는 유혹에 빠지게 된다. 이러한 현상을 과세관청의 제한된 인원과 능력으로 일일이 포착하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.

그래서 구법조항에서는 국세기본법 제3조 제1항 단서의 규정에 따라 실질과세의 원칙에 대한 예외 내지 특례를 둔 것으로 이해된다. 그렇다면 이 구법조항이 실질과세의 원칙에 대한 예외를 설정한 것만으로 위헌이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 다만, 증여의 은폐수단이 아닌 진정한 의미의 명의신탁에 대하여도 증여의 의제함으로써 생길 수 있는 위헌의 소지를 제거할 수 있는 대책은 있어야 할 것이다.

결국 이 구법조항은 명의신탁을 이용한 조세회피 행위를 효과적으로 방지하기 위하여 실질과세의 원칙까지 배제하면서 획일적인 증여의제 제도를 마련한 것이지만, 명의신탁제도는 판례에 의하여 그 유효성이 인정되고 있을 뿐만 아니라 사법질서의 일부로서 정착되고 있으므로, 전혀 조세회피의 목적이 없이 실정법상의 제약이나 제3자의 협력거부 기타 사정으로 인하여 부득이 명의신탁의 형식을 빌린 경우에도 무차별적으로 증여세를 과세한다면 재산권 보장을 전제로 한 조세법률주의 또는 평등의 원칙을 전제로 한 조세평등주의의 헌법정신에 위배되는 결과를 낳을 염려가 있다.

그러한 관점에서 볼 때 이 구법조항은 조세법률주의와 조세평등주의를 규정한 헌법정신에 위배될 소지도 없지 않지만, 명의신탁을 이용한 조세회피를 방지하여야 한다는 당위성과 실질과세의 원

칙에 대한 특례설정의 가능성을 고려하여 합헌해석을 할 필요가 있다고 판단된다.

그렇다면 이 구법조항은 원칙적으로 권리의 이전이나 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서, 실질소유자와 명의자를 다르게 한 경우에는 그 등기 등을 한 날에 실질소유자가 명의자에게 그 재산을 증여한 것으로 해석하되, 예외적으로 조세회피의 목적이 없이 실정법상의 제약이나 제3자의 협력거부 기타 사정으로 인하여 실질소유자와 명의자를 다르게 한 것이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 할 것이다. 물론 이 경우에 그와 같은 사정은 납세의무자가 적극적으로 주장·입증할 책임을 부담한다고 새겨야 할 것이다”(판례집 1, 142-146)라고 실시하고 있다.

나. (1) 입법자는 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 헌법재판소의 위 결정취지에 맞추어 구법조항에 “다만, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피 목적없이 타인의 명의를 빌려 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다”라는 단서(이하 이 단서부분을 “단서조항”이라 한다)를 추가 신설하였다. 이어서 같은 날 대통령령 제13196호 상속세법시행령 제40조의6(증여의제로 보지 아니하는 경우)은 “법 제32조의2 단서의 규정에 의하여 다음 각 호의 ①에 해당하는 재산은 이를 등기 등의 명의자에게 증여한 것으로 보지 아니한다.

① 소관세무서장이 부동산등기특별조치법 제7조 제3항의 규정에 의하여 등기공무원으로부터 송부받은 등기신청서와 서면을 통하여 조사한 결과 동법 제7조 제1항의 규정에 의한 조세회피 등의 목

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

적에 해당하지 아니한다고 인정되는 부동산

② 다음 각목의 1에 해당하는 경우의 부동산외의 재산

㉠ 실질소유자가 국내에 거주하지 아니하는 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기 등을 한 경우

㉡ 명의가 도용된 경우

㉢ 기타 제3자 명의로 등기 등을 한 경우로서 소관세무서장이 조세회피의 목적이 없다고 인정하는 경우”라는 조항을 신설하였다.

한편, 1990. 8. 1. 법률 제4244호로 제정된 부동산등기특별조치법은 ‘명의신탁금지’를 명문화 한 “① 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하여서는 아니된다. ② 제1항에 규정된 목적외의 사유로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하고자 하는 자는 부동산의 표시 및 실소유자의 성명이나 명칭 등 대법원규칙이 정하는 내용을 기재한 서면을 작성하여 소유권이전등기신청서와 함께 등기공무원에게 제출하여야 한다. ③ 등기공무원이 제2항 신청을 받은 때에는 지체없이 그 신청서와 서면의 사본 각 1통을 부동산의 소재지를 관할하는 세무서장에게 송부하여야 한다(제7조)”라는 규정을 두었는데, 위의 단서조항과 시행령 중에 있는 법률은 이미 만들어져 있던 이 규정을 따온 것이다.

(2) (가) 1993. 12. 31. 법률 제4662호 구 상속세법 제32조의2 제3항은 “제1항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호·제7호에 규정된 국세·지방세 및 관세법에 규정된 관세를 말한다”라는 규정을 신설(이하 “신설조항”이라 한다)하고, 1996. 12. 30. 법률 제

5193호로 제정된 상속세및증여세법 제43조는 ‘명의신탁재산의 증여추정’을 “① 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 추정한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 조세회피 목적없이 타인의 명의로 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우…… ⑤ 제1항 제1호…… 에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다”라고 규정하였다.

(나) 대법원은 위 89헌마38 결정 이전에는 명의가 도용되는 당사자간의 합의없이 등기가 된 이외에는 그 등기가 된 경위나 사정을 묻지 않고 증여세 과세를 하는 것으로 해석하면서, 구법조항은 헌법의 정신에 배치되지 않는다고 하였다(대법원 1987. 4. 28. 86누486, 공87, 907; 1987. 8. 18. 87누185, 공87, 1480).

그러나 위 결정 이후에는 조세회피 목적없이 이루어진 명의신탁에 대하여는 증여의제를 할 수 없다는 취지로 판결을 하여 그 견해를 바꾸었다. 즉 구법조항은 증여세를 회피하기 위한 수단으로 명의신탁제도를 악용하는 것을 방지하려는 데 있으므로 증여세가 아닌 금융상의 제재를 회피하고 고율의 지방세 부과를 모면하기 위한 것은 증여의제규정을 적용할 수 없다고 하여 조세는 증여세로 한정하는 해석을 하였다(대법원 1992. 3. 10. 91누3956, 공92, 1326).

개정조항이 신설된 다음에는 구법조항은 명의신탁제도를 이용한

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

조세회피행위를 효과적으로 방지하여 조세정의를 실현한다는 취지에서 실질과세원칙에 대한 예외를 인정하는데 있다고 할 것이므로, 명의신탁이 조세회피 목적이 아닌 다른 이유에서 이루어졌을 뿐 그에 부수하여 사소한 조세차질이 생기는 것 등을 제외하고, 그 주된 목적이 조세회피에 있는 경우에는 그 단서 소정의 조세를 증여세에 한정할 필요는 없다고 보아야 한다는 견해를 취하였다(대법원 1995. 11. 14. 94누11729, 공96, 95 등 다수).

(3) 돌이켜 보건대, 명의신탁은 법원의 판례에 의하여 정착된 이론으로 긍정적인 측면도 없지 아니하나 탈법적인 목적으로 자주 이용되고 있었기 때문에, 입법자는 헌법재판소의 89헌마38 결정 이전부터 법령에서 규정하는 부득이한 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 명의신탁을 금지하는 입법을 마련중이었다. 더욱이 위 결정이 있는 이후에는 그 취지에 따라 단서조항과 신설조항을 만들었고, 법원의 판결 또한 위의 결정과 위 각 조항에 따라 해석을 한 이 사건에서는 단서조항 중의 “조세회피”는 증여세회피 뿐만 아니라 그 밖에 다른 조세회피도 포함된다고 하는 것이 합헌적인 올바른 해석이라고 하겠다.

다시 말하면, 위의 89헌마38 결정과 단서조항은 법령이 명문으로 인정하는 예외적인 경우외에는 명의신탁을 인정하지 않고 과세요건이 충족되는 것으로 취급하려는 입법자의 의도가 짙게 깔려 있고, 뿐만 아니라 조세회피의 목적이 없는 명의신탁이라는 점은 납세의무자측의 주장·입증으로 그 과세처분의 당부를 다룰 수도 있는 것이다. 그리고 국가가 과세권을 행사함에 있어 조세의 회피나 면탈을 억제하기 위한 규정을 두는 것과 담세력에 따른 공평한

부담의 실현 수단으로 과세의 종목과 과세방법을 선택하는 등 조세정의의 실현과 국가의 과세기능 측면에서 생기는 여러 문제를 조정·결정하는 것은 입법자의 광범한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌무효라고 단정할 수 없기 때문이다.

다. 덧붙여서, 명의신탁 금지를 강화하고 실명(實名)을 추구하려는 입법자의 의도는 다음과 같은 법률에서도 읽을 수 있다.

첫째로, 금융실명거래및비밀보장에관한긴급경제명령(1993. 8. 12. 대통령긴급경제명령 제16호)은 실지명의(實地名義)에 의한 금융거래를 실시하고 그 비밀을 보장하여 금융거래의 정상화를 기함으로써 경제정의를 실현하고 국민경제의 건전한 발전을 도모함을 목적으로(제1조) 실명에 의한 금융거래를 의무화 하고(제3조) 기존비실명자산의 실명전환의무를 과함과 동시에(제5조) 실명전환의무 위반자에 대한 과징금의 원천징수(제7조)와 비실명자산소득에 대한 차등과세(제9조)를 하는 등의 규정을 두고 둘째로, 부동산실권리자명의등기에관한법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호)은 부동산에 관한 소유권 기타 물권의 실체적권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적인 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지 함을 목적으로 제정되었는데(제1조) 명의신탁약정에 의한 명의수탁자 명의의 등기를 금하고(제3조 제1항) 명의신탁약정은 무효로 하며(제4조 제1항) 이에 위반한 명의신탁자에 대한 과징금 부과(제5조)와 명의신탁자·수탁자에 대한 형사처벌 규정을 두는 한편(제7조), 종종

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

및 배우자명의로 등기한 부동산에 대하여는 조세포탈 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우에는 제4조 내지 제7조의 규정을 적용하지 아니하는 특례규정(제8조) 등을 담고 있는 것이다.

라. 이상의 이유로 이 단서조항 중 “조세회피”의 개념은 증여세 회피만을 가리키는 것이 아니므로, 증여세이외의 다른 조세를 포함하는 것으로 해석하는 한 조세법률주의와 조세평등주의 실질과세의 원칙에 위반된다는 청구인의 주장은 이유없다.

4. 결 론

그렇다면 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항 단서 중 “조세”부분은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석, 재판관 한대현의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는, 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김용준, 재판관 조승형, 재판관 고중석, 재판관 한대현의 반대의견

우리는 이 사건 규정 소정의 “조세”에 증여세 아닌 다른 조세가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 의견이므로 다수 의견에 반대한다.

가. 우리 재판소는 위 89헌마38 결정에서 “구상속세법(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되고, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항은, 조세회피의 목적이 없이 실질소유자

와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다.”고 판시한 바 있고, 대법원도 우리 재판소의 위 결정의 취지에 따라 조세회피목적없이 이루어진 명의신탁에 대하여는 증여의제를 할 수 없다는 판결을 선고하기 시작하였었는데, 대법원의 당시의 주류적 판례는 “조세회피목적”에서 말하는 “조세”라 함은 증여세만을 의미하는 것으로 해석하여 오고 있었다. (대법원 1992. 3. 10. 선고, 91누3956 판결; 1992. 3. 10. 선고, 91누13168 판결; 1992. 9. 8. 선고, 92누4383 판결; 1994. 4. 26. 선고, 93누20634 판결 등 다수.)

나. 우리는 우선, 대법원의 위와 같은 주류적 판례의 태도는 명의신탁에 대한 증여의제의 입법취지 및 우리 재판소의 위 89헌마38 결정의 취지를 정확히 파악한 것으로서 정당하고, 그 후 이 사건 규정 등이 단서로 삽입된 개정상속세법 제32조의2 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 것)은 우리 재판소의 위 89헌마38 결정의 취지 및 대법원판례가 취한 해석을 명문화한 것임에 불과하여 상속세법이 개정되기 전과 마찬가지로 이 사건 규정 소정의 “조세”는 증여세만을 의미하는 것으로 해석하는 것이 헌법의 정신에 부합한다고 믿는다.

(1) 구 상속세법(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정된 것) 제32조의2(제3자 명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여의제)는 그 실질이 증여임에도 조세를 회피하기 위하여 명의신탁이나 신탁법 또는 신탁업법에 의한 신탁재산이라고 주장하는 것을 방지하기 위해서 명의신탁이라는 형식에 불구하고 실질이 증여로 보이기 때문에 증여로 의제한다는 규정으로서, 명의신탁제도를 증여세를 회피하기 위

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

한 수단으로 악용하는 것을 방지하려는 데에 그 입법취지가 있으며, 따라서 증여세의 부과대상이 되는 것은 증여와 명의신탁으로 은폐된 증여뿐이라고 보아야 한다.

(2) 우리 재판소의 위 89헌마38 결정의 이유를 종합적으로 고려하여야만 그 주문의 취지를 올바르게 파악할 수 있는 것인데, 그 이유의 전개과정을 살펴보면 위와 같은 입장에서 있음이 명백하다. 즉, 위 결정의 다수의견은 “위 법률조항이 실질과세의 원칙에 대한 예외를 설정한 것만으로 위헌이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 다만, 증여의 은폐수단이 아닌 진정한 의미의 명의신탁에 대하여도 증여로 의제함으로써 생길 수 있는 위헌의 소지를 제거할 수 있는 대책은 있어야 할 것이다.”라고 실시하고 있으며, 위 결정의 소수의견에서도 “다수의견이 위 법률규정의 위헌성을 시인하면서도 주문과 같은 변칙적 결정을 한 것은 단순위헌결정을 하였을 경우에 있어서의 법의 공백을 염려하는 것으로 보이나, 위와 같은 법률이 없다고 하더라도 명의신탁을 가장한 증여 등에 대하여는 실질과세의 원칙에 따라 얼마든지 세금을 부과할 수 있는 것이므로 다수의견의 염려는 기우에 지나지 않는다.”고 실시하고 있을 뿐만 아니라, 위 결정의 다수의견이 어디에서도 “제재” 또는 “징벌”이라는 용어를 운위한 적이 없다.

다. 만약 이 사건 규정 소정의 “조세”에 다수의견처럼 증여세 아닌 다른 조세가 포함되는 것으로 해석한다면 다음에서 보는 바와 같이 실질적 조세법률주의 내지 조세평등주의에 위반된다고 하지 아니할 수 없다.

(1) 우리 헌법상의 조세법률주의 및 조세평등주의

조세법률주의는 조세행정에 있어서의 법치주의를 말하는 것인바, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리·의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합되어야 한다는 실질적 적법절차를 요구하는 법치주의를 의미하며, 헌법 제38조 및 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 적법절차가 지배하는 법치주의를 뜻하므로, 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것은 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상 요구되는 제원칙에 합치되어야 하고 이에 어긋나는 조세법 규정은 헌법에 위반되는 것을 의미한다(헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631; 1997. 7. 16. 96헌바36등 판례집 9-2, 44 등 참조).

또한 조세평등주의라 함은 법앞의 평등의 원칙을 조세의 부과와 징수과정에서도 구현함으로써 조세정의를 실현하려는 것으로, 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 동일한 담세능력자에 대하여는 원칙적으로 평등한 과세가 있어야 하며, 또 나아가 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하는 것이 금지될 뿐만 아니라 합리적 이유 없이 특별한 이익을 주는 것도 허용되지 아니한다는 원칙을 말한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌마242 판례집 7-2, 521; 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107 등 참조).

(2) 따라서, 조세회피를 의도하지 아니하거나, 또는 조세회피 목적을 인식조차 하지 못하고 사실상 명의를 빌려 준 명의수탁자에 대하여 일률적으로 그 명의신탁에 조세회피의 목적이 인정된다 하

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

여 증여세를 부과하는 것은 아무런 이익이 없는 경우에도 증여세를 부과함으로써 증여세의 본질에도 반하는 것이며, 그 입법 목적을 위하여 방법이 적절하다고 볼 수 없고, 명의수탁자에게 과도한 책임을 인정하여 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로서 실질적 조세 법률주의에 위반되는 동시에 합리적 이유없이 명의수탁자의 재산권을 과도하게 침해하는 것이라고 아니할 수 없다(헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등, 판례집 9-1, 611 참조).

또한 증여세는 명의신탁자 아닌 명의수탁자에게 부과되는 것인데, 실질적인 권리 내지 이익을 취득하지 아니하고 단순히 권리의 외양만을 취득한 자는 증여세를 부담할 수 있는 담세능력이 없는 경우도 많을 것인데, 이러한 담세능력의 유무를 고려하지도 아니하고 비교적 고율의 증여세를 부과하는 것은 조세가 담세능력 내지 경제적 급부능력에 따라 배분되어야 한다는 조세평등주의에도 위배되며, 과세관청에게 지나친 우월적 지위를 부여하는 것으로 획일주의가 지나쳐 과잉금지의 원칙에도 위배된다.

라. 조세회피목적에서의 조세를 증여세 이외의 조세에까지 확대하는 경우에 관하여 구체적인 세목별로 나누어 살펴보기로 한다.

(1) 상속세를 회피할 목적으로 상속인에게 증여를 한 경우에는 증여세를 부과하면 될 것이고, 상속세를 회피할 목적으로 상속인 이외의 제3자에게 명의신탁을 한 경우에는 상속이 개시되었을 때 상속세를 부과하면 될 것이다.

더구나 상속세회피를 방지하기 위하여, 구 상속세법 제34조 제1항 및 제2항은 배우자, 직계존비속 또는 일정한 범위의 특수관계자에 대한 재산의 양도를 증여한 것으로 보아 증여세를 부과한다

고 규정하고 있기도 하다.

(2) 취득세, 등록세 등 당해 세의 경우에는 명의신탁에 의하여 납세의무자만이 변경될 뿐 세액이 달라지는 것은 아니므로 조세회피의 목적으로 명의신탁한다는 것을 상정하기 어렵다. 다만 중과세를 피하거나 취득세 등을 감면받기 위하여 명의신탁하는 경우에는 조세회피의 결과가 발생할 수도 있으나, 이 경우에도 명의신탁으로 인하여 회피할 수 있는 세액은 비교적 미미하여(취득세의 기본세율은 1,000분의 20이고, 일반부동산의 유상취득에 관한 등록세의 기본세율은 1,000분의 30에 불과하다. 지방세법 제112조, 제131조 참조), 증여세액(증여세의 세율은 100분의 15 내지 100분의 60에 달한다. 구 상속세법 제31조의2 참조)과 비교한다면 그 부담이 지나치게 무거워 비례의 원칙에 벗어난다고 보아야 한다.

(3) 누진과세제가 적용되는 소득세, 법인세, 종합토지세 등과 택지초과소유부담금 등의 경우에도 일반적으로 명의신탁으로 인하여 조세를 회피할 수 있으나, 이 경우에도 누진과세를 회피하였을 때 등에 회피할 수 있는 세액과 위에서 본 증여세액을 비교하여 보면 현저히 그 균형을 잃고 있다. 따라서 이러한 경우에는 실질과세의 원칙에 따라 회피한 세목의 조세를 실제소유자에게 부과하거나 조세포탈범으로 처벌하는 등의 방법으로 제재를 가하면 될 것이다.

(4) 따라서, 비록 명의신탁이 강제집행면탈이나, 증여세 아닌 조세의 회피 등의 목적으로 탈법적으로 악용되는 사례가 많다고 하더라도 이를 규제하기 위하여 증여세를 회피할 목적이 없는 명의신탁에 대하여, 회피하려는 조세와 세목이 전혀 다르고 세율이 가장 높은 증여세를 일률적으로 부과하는 것은 비례의 원칙에 반하

헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등

는 것이며, 특히 부동산에 관하여는 1990. 9. 1. 부동산등기특별조치법이 시행되어 탈법적인 명의신탁이 금지되고 이에 위배한 자는 처벌하는 등으로 규제하였을 뿐만 아니라, 1995. 7. 1.부터 시행된 부동산실권리자명의등기에관한법률은 부동산에 관한 명의신탁약정은 무효로 하고, 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기한 자에 대하여는 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과하면서 처벌까지 하도록 규정하고 있기 때문에, 제재의 성격을 가지는 증여세의 부과로 명의신탁을 규제할 정당성의 근거는 상실되었다. 명의신탁에 대한 제재나 징벌은 과징금 등의 부과나 처벌의 방법으로 하여야 할 것이지, 제재나 징벌을 목적으로 회피하려는 조세와 전혀 무관한 증여세를 부과하는 것은 용인되어서는 아니된다고 본다.

마. 이상과 같은 이유로 우리는 이 사건 규정 소정의 “조세”에 증여세 아닌 다른 조세가 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 보는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

【별지 1】 청구인들의 표시
유한열 외 7인(96헌바87)
박경한(97헌바5)
하경업(97헌바29)

【별지 2】

사건번호	청구인	당해사건 (서울고등법원)	계쟁 증여세 액수	위헌제청 신청사건 (서울고등법원)	위헌제청 신청기각일	헌법소원 심판청구일
96헌바87	유한열	96구20008	113,421,640원	96부1271	1996.10.23.	1996.11.14.
	정기대	96구20095	56,810,730원	96부1272		
	최재현	96구20101	26,176,500원	96부1266		
사건번호	청구인	당해사건 (서울고등법원)	계쟁 증여세 액수	위헌제청 신청사건 (서울고등법원)	위헌제청 신청기각일	헌법소원 심판청구일
96헌바87	장창진	96구20118	47,565,380원	96부1270	1996.10.23.	1996.11.14.
	동재욱	96구20125	19,686,000원	96부1267		
	김범식	96구20132	20,621,810원	96부1273		
	동만홍	96구20149	50,087,400원	96부1269		
	한관희	96구20156	3,865,710원	96부1268		
97헌바5	박경한	96구20071	47,565,380원	96부1314	1996.12.27.	1997. 1.16.
97헌바29	하경업	96구34193	47,565,000원	97부405	1997. 4. 3.	1997. 4.24.

헌법재판소법 제68조 제1항 위헌확인 등

(1998. 4. 30. 92헌마239 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법재판소가 어떤 법률조항에 대하여 위헌결정을 하기 이전에 법원이 그 법률조항을 적용하여 선고한 판결에 대하여 헌법소원 심판을 청구할 수 있는지 여부(소극)
2. 법원의 재판에 대한 헌법소원 심판청구가 부적법한 경우 그 심판청구를 전제로 한 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 헌법소원 심판청구의 권리보호이익이 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 심판의 대상이 된 대법원의 판결은 헌법재판소가 한정위헌결정을 하기 이전에 선고된 것으로서 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 재판에 해당하지 아니하므로 그 판결을 대상으로 한 이 사건 헌법소원 심판청구는 부적법하다.
2. 이 사건 대법원판결에 대한 헌법소원 심판청구를 부적법하다고 하여 각하하는 이상 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분에 대한 헌법소원 심판청구도 권리보호이익이 없어 부적법하다.

재판관 이영모의 반대의견

법원은 헌법에 따라 정당한 판단을 할 것을 조건으로 법률에 대한 합헌적인 해석권만을 가지고 있으므로, 위헌인 법률을 합헌으로 해석하여 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판도 헌법소원 심

판대상으로 삼아야 하고, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 위헌인 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

헌법재판소법 제68조 제1항 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분

【참조조문】

헌법 제101조 제1항, 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호·제5호

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

②~⑤ 생략

헌법재판소법 제68조

헌법재판소법 제75조(인용결정) ①~⑥ 생략

⑦ 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용된 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다.

⑧ 생략

구 소득세법(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것) 제23조(양도소득) ①~③ 생략

④ 양도가액은 그 자산의 양도 당시의 기준시가에 의한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 실질거래가액에 의한다.

⑤~⑥ 생략

구 소득세법(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것) 제45조(양도소득의 필요경비계산) ① 거주자의 양도차익의 계산에 있어서 양도가액에서 공제할 필요경비는 다음 각 호에 제기하는 것으로 한다.

1. 당해 자산의 취득 당시의 기준시가에 의한 금액. 다만, 대통령령이 정

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

하는 경우에는 그 자산의 취득에 소요된 실지거래가액

2.~4. 생략

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1989. 2. 14. 89헌마9, 판례집 1, 6
- 헌재 1992. 6. 26. 89헌마271, 판례집 4, 413
- 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

【당 사 자】

청 구 인 정재위 외 3인
청구인들 대리인 변호사 김백영
피청구인 진주세무서장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 한국토지개발공사로부터 1987. 1. 23. 대지를 취득한 후 1989. 5. 23. 제3자에게 양도하였는데 1991. 1. 16. 진주세무서장으로부터 취득 및 양도가액을 실지거래가액으로 한 과세표준액에 기하여 청구인 정재위, 박기조에게 각 1989년 귀속 양도소득세 금 111,114,510원, 방위세 금 9,391,390원, 청구인 양관직, 김비운에게 각 1989년 귀속 양도소득세 금 49,882,960원, 방위세 금 4,137,050원의 부과처분을 받았다.

그런데 위 부과처분의 근거는 구 소득세법 제23조 제4항 단서,

제45조 제1항 제1호 단서(각 1982. 12. 21. 법률 제3576호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것)의 위임규정에 따른 동법 시행령(1989. 8. 1. 대통령령 제12767호로 개정되기 전의 것) 제170조 제4항 제1호 “국가, 지방자치단체 기타 법인과의 거래에 있어서 실지거래가액이 확인된 경우 이를 기준으로 양도차액을 산정한다”는 규정이었다.

(2) 청구인들은 위 소득세법 시행령의 규정에 의하면 국가, 지방자치단체 기타 법인과의 거래의 경우에는 개인간의 거래보다 더 무거운 세금을 부담하게 되어 조세평등주의에 반하고 또한 그 규정은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효이므로 위 부과처분 중 기준시가에 의하여 산정될 양도차액의 초과분은 위법하다는 취지로 부산고등법원 91구3598호로 위 조세부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 기각되었고 이에 청구인들은 대법원 92누4925호로 상고하였으나 1992. 9. 22. 기각되었다.

(3) 청구인들은 1992. 10. 10. 위 대법원판결과 ‘법원의 재판’을 헌법소원심판의 대상에서 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문으로 인하여 헌법상 보장된 평등권, 적정한 재판을 받을 권리를 침해받았다고 주장하면서, 위 대법원 판결과 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다가 1996. 1. 22. 제출한 청구취지 및 이유보충서에서 청구취지를 변경하여 조세부과처분의 위헌확인 청구를 추가하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 대법원 1992. 9. 22. 선고, 92누4925 판결과 헌법재판소법 제68조 제1항 중 “법원의 재판을 제외하고는”

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

부분 및 진주세무서장이 1991. 1. 16. 청구인들에게 한 위 조세부과처분이 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이고, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 내용은 다음과 같다.

헌법재판소법 제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

2. 청구인의 주장과 법무부장관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있으나 법원의 재판에 의하여 기본권을 침해받은 경우에 이에 대한 구제수단으로서 헌법소원이 인정되어야 함에도 아무런 합리적인 이유없이 이를 제외한 것은 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배되는 것이다.

또한 헌법 제107조 제2항이 명령, 규칙에 대한 1차적 심사권을 법원에 준 이상 이에 대한 판단을 그르친 법원의 재판에 대한 통제로 헌법소원이 가능하여야 함에도 이를 불가능하게 하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정은 헌법에 위반된다.

(2) 이 사건 대법원 판결은 구 소득세법 시행령 제170조 제4항 제1호가 법인과의 거래를 개인간의 거래에 비하여 합리적인 근거 없이 중과세하도록 하여 평등권을 침해한 것이라는 청구인들의 주장을 납득할 만한 이유설시도 없이 배척하고 있으므로 위 판결은 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 평등권을 침해하고 헌법상 기본원리인 실질적 조세법률주의, 자유시장경제의 원리에 위배된다.

(3) 더욱이 헌법재판소는 이 사건 대법원 판결이 선고된 이후인

1995. 11. 30. 94헌바40등 사건에서 구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서는 실지거래가액에 의할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 한정위헌결정을 하였고 이 결정에 따라 청구인들에 대한 부과처분의 근거가 된 위 시행령규정은 무효가 되었으므로 위 시행령 규정을 적용한 청구인들에 대한 부과처분과 대법원판결은 헌법에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항이 법원의 재판을 제외하고 있는 것은 헌법재판제도를 도입함에 있어서 사법부와 헌법재판소와의 관계, 우리 사법제도 운영실태, 기본권의 구제방안에 대한 우리의 제도 등을 감안한 입법형성의 재량범위에 속한 것이다.

(2) 기본권의 헌법적 보장은 반드시 헌법소원제도라는 방법을 통하여만 이루어지는 것이 아니며 우리 헌법상 사법권에 의한 기본권 침해의 경우 상소, 재심, 비약상고를 통하여 상급법원에 재심사를 구할 수 있고 형사피고인에 대하여는 유죄로 확정되기 이전에는 피고인이 무죄추정의 항변을 할 수 있으며 형사보상청구권, 재판절차진술권을 행사할 수 있는 등 광범위한 권리구제수단이 인정되고 있다.

(3) 우리 헌법상 사법권에 관한 규정들을 볼 때 법원은 헌법재판소와 구별되는 또 다른 최종적 인권옹호기관으로서의 성격을 가진 것이다. 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 인정한다면 법원 판결의 종국성에 차질을 가져와 사실상 모든 사법상의 분쟁에 4심제

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

도가 도입되는 결과가 되고 국민의 신속한 권리구제를 기대하기 어려워질 뿐 아니라 사법체계에도 혼란을 가져오게 된다.

3. 판 단

가. 대법원 1992. 9. 22. 선고, 92누4925 판결에 대한 부분과 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 부분

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있으므로 원칙적으로 ‘법원의 재판’ 자체는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니하고 다만 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대하여만 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842 참조).

그런데 이 사건 대법원판결은 헌법재판소가 구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서에 대하여 한정위헌결정을 하기 이전인 1992. 9. 22. 선고한 것이 분명하므로 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 재판에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 대법원판결에 대한 헌법소원심판청구는 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대한 것으로서 부적법하다.

(2) 그리고 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분에 대한 심판청구는 이 사건 대법원판결에 대한 헌법소원심판청구를 전제로 한 것이나 그 심판청구를 부적법하다

고하여 각하하는 바이므로 이 부분 심판청구 역시 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

나. 조세부과처분에 대한 부분

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하고, 다른 법률에 의한 구체절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 기록에 의하면 청구인들은 1991. 1. 16. 이 사건 부과처분을 받고 그 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 1992. 9. 22.경 대법원판결을 송달받고도 청구기간(부과처분이 있는 날로부터 180일, 대법원 판결송달일로부터 30일)이 지난 뒤인 1996. 1. 22. 청구취지변경을 통하여 그 부과처분의 위헌확인을 청구하였음이 분명하다.

따라서 이 부분 헌법소원심판은 청구기간이 경과된 후에 청구된 것으로서 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 이영모의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 이영모의 반대의견

가. 다수의견이, 청구인들의 심판청구 중 조세부과처분 자체에

대한 위헌확인 청구는 부적법하므로 이를 각하하여야 한다는 점에는 이론(異論)이 없다. 그러나 헌법재판소법(이하 “법”이라 한다) 제 68조 제1항과 대법원 판결의 위헌확인 청구에 관하여 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172등 결정을 인용하고, 심판청구 모두를 각하하는 이유와 결론에는 다수의견과 뜻을 같이하지 아니한다.

다수의견의 요지는, 96헌마172등 결정에서 밝힌 예외적인 경우에 해당되지 않는 한 법원의 재판은 헌법소원 심판대상으로 삼지 않는다는 데 있다.

(다만, 법원의 재판에 대한 헌법소원 중 재판의 전제가 되는 법률이 헌법에 위반되지 아니한다는 법원의 판단이 있고 그 해석이 합헌적인 것으로 인정되는 경우에는 나도 다수의견처럼 법 제68조 제1항 본문에 따라 간략하게 이를 각하할 수 있다고 본다. 그리고 심판대상법률에 대한 합헌적인 판단에 관하여는 이미 당해 법원의 재판에서 그 이유가 밝혀져 있으므로, 헌법재판소로서는 특별한 사정이 없는 한 다시 덧붙여 설명을 할 필요도 없는 것이다)

나. 이 사건은 법원의 판결이유에 법률에 대한 합헌해석을 한 판단부분이 있고 그 판결이 법 제68조 제1항의 헌법소원의 형태로 헌법재판소에 처음 제기된 사건이다. 우리재판소는 필요하다고 인정하여 대심판정에서 변론을 열고 청구인들 대리인(변호사 김백영)과 기타 참고인(변호사 서정우, 이석연, 교수 김학성, 김운용)의 진술을 들었다(법 제30조 제2항 단서). 이러한 사정을 합쳐보면 이 사건은 적어도 헌법적인 문제에 관한 해명을 할 필요가 있는 사건일 뿐만 아니라, 나는 다수의견과는 이유와 결론도 달리하므로 아래와 같이 의견을 밝혀 두고자 한다.

(1) 헌법 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”고 규정하는 한편, 제111조 제1항 제1호는 “법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판”은 헌법재판소에서 관장하도록 정하고 있다. 그리고 제107조 제1항에서는 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”라고 규정하여, 구체적 규범통제 수단인 헌법재판소의 위헌법률심판권을 구체화하고 있다. 헌법 제111조 제1항 제1호와 제107조 제1항은 법률의 위헌여부 심판에 대한 법원의 제청신청이 헌법적인 의무임을 명시하고 있는 반면, 당해 재판의 당사자에게 법률의 위헌여부에 관하여 주장할 의무를 지우거나 위헌법률심판제청을 신청할 의무를 우리 헌법에서는 전혀 예정하지 아니하고 있다.

한편 법 제41조 제1항에서 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다”고 규정하고(이하 “법 제41조 제1항의 제청사건”이라 한다), 법 제68조 제2항에서는 당사자의 신청에 의한 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”고 규정하고 있다(이하 “법 제68조 제2항의 소원사건”이라 한다). 이 규정들은 위의 헌법조항과 더불어 구체적 분쟁의 해결이라는 재판의 속성상 법원은 법률에 대한 위헌여부심판 제청 과정에서 그 재판의 전제가 되는 법률이 헌법에 위반되지 아니한다 라는 판단을 할 수 있는 이른바 법률에 대한 합헌적인 해석권만을 갖고 있다는 것을 분명히 하였다.

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

그러나 법원이 당사자의 위헌 주장을 배척하는 합헌해석은 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 최종적으로 심사할 권한이 있는 헌법재판소의 결정에 의하여 뒷받침될 때에만 유효한 일종의 조건부 판단이다. 왜냐하면 법 제68조 제2항의 소원사건은 법원이 한 법률에 대한 합헌해석이 위법하다는 이유를 들어 당사자가 헌법재판소에 청구하는 소원사건이고, 헌법재판소가 법원과 견해를 달리하여 위헌결정을 하는 경우에는 그 법률을 적용한 법원의 확정판결은 재심사유가 되기 때문이다(법 제75조 제7항). 바꿔 말하면 헌법은, 법원이 헌법에 따라 정당한 판단을 할 것을 조건으로 법률에 대한 합헌적인 해석권만을 주었다.

(2) 헌법재판소는 1989. 2. 14.자 89헌마9 제1지정재판부 결정(판례집 1, 6, 7)에서부터 1998. 2. 27. 선고, 96헌마371 결정에 이르기까지 법원의 재판에 대한 헌법소원은 한결같이 부적법하다는 견해를 밝혀왔다. 뿐만 아니라 법원의 재판과 관련되는 소송지휘권의 행사(헌재 1992. 6. 26. 89헌마271, 판례집 4, 413, 418) 본안전소송판결 및 중간판결 기타 파생적 부수적인 사항에 대한 공권적인 판단(헌재 1992. 12. 24. 90헌마158, 판례집 4, 922, 928) 등에서도 결국 법원의 재판을 직접 대상으로 하는 것이므로 모두 부적법하다는 결정을 하였다. 헌법재판소가 이러한 결정을 하게 된 것은 법 제68조 제1항 본문이 헌법소원심판대상에서 법원의 재판을 제외하고 있기 때문이었다.

(3) 헌법재판소는 법 제41조 제1항의 제청사건과 법 제68조 제2항의 소원사건에서 재판의 전제가 되는 법률의 위헌여부심판을 통하여 법원의 재판에 관여하여 왔다.

그러나 96헌마172등 결정은 공권력의 행사인 법원의 재판으로 인하여 헌법상 기본권을 침해받은 자는 법 제68조 제1항 본문의 규정에도 불구하고 예외적으로 법원의 재판 자체도 헌법소원심판 대상이 되는 것으로 인정하였다. 이 결정은 “헌법이 법률에 대한 위헌심사권을 헌법재판소에 부여하고 있음에도 법원이 헌법재판소의 위헌결정에 따르지 아니하는 것은 실질적으로 법원 스스로가 ‘입법작용에 대한 규범통제권’을 행사하는 것을 의미하므로, 헌법은 어떠한 경우이든 헌법재판소의 기속력있는 위헌결정에 반하여 국민의 기본권을 침해하는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소가 다시 최종적으로 심사함으로써 자신의 손상된 헌법재판권을 회복하고 헌법의 최고규범성을 관철할 것을 요청하고 있다”라는 이유를 내세웠다(판례집 9-2, 842, 860).

이와 같이 법원의 법률에 대한 합헌해석권의 정당성 여부는 헌법재판소의 위헌법률심판권에 의한 심사를 받는 것이다. 헌법재판소의 이 심사권은 위헌인 법률을 합헌으로 잘못 해석한 법원의 합헌해석권을 견제하기 위한 것으로, 판결의 옳고·그름을 가리는 일반적인 상소권과는 그 성질을 달리한다고 하겠다.

다. (1) 이 심판대상인 당해 재판에서 문제가 되는 조세부과처분의 근거가 된 법률조항은 헌법재판소가 1995. 11. 30. 선고한 정위헌결정 사건(헌재 94헌바40, 95헌바13등 판례집 7-2, 616)의 심판대상 법률조항과 같은 것이다(94헌바40 사건은 1994. 10. 22.에, 95헌바13 사건은 1995. 4. 29.에 각 헌법재판소에 심판이 청구된 사건이고, 이 사건은 1992. 10. 10.에 이미 심판이 청구된 사건이었다). 위 결정의 요지는, 구 소득세법(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되기 전의 것)

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

제23조 제4항 단서 및 제45조 제1항 제1호 단서는 소득세법이 채택하고 있는 기준시가과세원칙을 예외없이 관철할 경우 제도의 본래 취지와 달리 부당하게 과중한 조세를 국민에게 부담하게 하는 등의 문제점이 있어 이를 보완하기 위한 것으로서, 납세자에게 유리한 경우에만 실지거래가액에 의하여 양도소득을 산정할 수 있도록 하면서 그 구체적인 경우를 대통령령에 위임한 것이므로 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지 포함하여 납세자에게 불리한 경우에도 실지거래가액에 의하도록 위 법률조항들을 해석하는한 그 법률조항은 헌법 제38조, 제59조가 규정한 조세법률주의와 헌법 제75조가 규정한 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 위헌이 된다는 취지의 결정이었고 그 견해는 정당하므로 나도 옳다고 하여 따르기로 한다.

법원은 재판권을 함에 있어서 사실인정 및 평가, 관계 법률의 해석(법률에 대한 합헌적인 해석도 포함)과 개별사례에서의 적용에 관하여는 독립하여 스스로 판단할 수 있다(헌재 1992. 6. 26. 90헌마73, 판례집 4, 429, 433). 그런데 재판의 전제가 되는 위헌인 법률을 헌법재판소에 직권으로 제청하지 아니하고, 당사자 또한 위헌주장만 할 뿐 제청신청을 하지 않았다고 하여 그 법률을 합헌이라고 스스로 판단한 다음 이를 적용하여 재판하는 경우가 생기게 된다. 이것은 법원에 합헌적인 해석권을 준 필연적인 결과이기도 하다. 그러나 헌법은 위헌인 법률을 합헌으로 판단할 수 있는 권한을 부여한 바 없기 때문에 그러한 법원의 재판은 위법한 재판이라고 할 수 밖에 없다.

(2) 이와 같은 위법한 재판에 해당하는 경우가 바로 청구인들의

이 심판청구 사건이다. 나는, 법 제68조 제1항에 의한 이 청구를 다수의견처럼 그냥 각하할 것이 아니라 반드시 본안판단을 하여 재판의 전제가 되는 법률에 대한 위헌여부를 판단하고 법원의 재판 또한 헌법소원심판대상으로 삼아야 된다고 생각한다. 그 이유는,

첫째, 이 사건의 경우 청구인들은 재판의 전제가 되는 법률이 위헌이라고 주장하였음에도 불구하고 헌법적인 의무를 지고 있는 법원은 위헌여부를 헌법재판소에 제청하지 아니한 채 합헌으로 해석하여 패소판결을 하였다. 이 심판청구를 법 제68조 제2항의 소원사건이 아니므로 본안판단을 하지 않고 눈을 감는 다수의견의 견해는, 청구인들이 입게 되는 재산권 침해의 불이익은 오로지 청구인들 자신의 귀책사유라고 판단하는 셈이 된다. 그리고 법 제68조 제1항 본문은 청구인들의 이 심판청구권, 즉 헌법상의 재판청구권 행사를 합리적인 이유없이 제한한 위헌성이 있는데도 이를 묵인하여 결과적으로 위헌인 법률을 합헌으로 해석한 법원의 위법한 판결로 인한 재산권침해를 구제하지 아니 하였다는 비난도 받게 된다. 이와같은 다수의견의 견해는 기본권이 공권력에 의하여 침해되는 경우 이를 구제하려고 헌법소원제도를 따로 둔 헌법의 해석상 도저히 수긍할 수 없다고 하겠다.

둘째, 법 제68조 제1항 본문에서 법원의 재판을 제외한다는 것은 위헌인 법률을 합헌으로 해석한 법원의 재판을 헌법재판소의 위헌법률심판과 헌법소원심판대상에서 제외하는 방패막이로 사용하도록 규정한 것은 아니다. 법원이 법률에 대한 합헌적인 해석을 함에 있어 헌법에서 주어진 권한을 벗어난 판단을 할 수 있고 이와 같은 위

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

헌인 법률을 합헌으로 해석·적용한 법원의 재판이 아무런 견제도 받지 않는다면 헌법재판소가 지향하는 헌법질서의 수호·유지와 기본권보장수단인 헌법소원은 허울좋은 구두선(口頭禪)에 그치게 된다.

셋째, 위헌인 법률을 합헌으로 해석한 법원의 재판은 그 법률을 합헌·유효한 것으로 믿는 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체로 하여금 그 법률을 거리낌 없이 적용하게 함으로써 기본권 침해행위 또한 끊임없이 반복 되는 것이다. 헌법재판소는 헌법에 위반되는 법원의 법률해석과 위법한 재판을 방지하기 보다는 잘못을 바로잡는 것이 헌법상의 기본권보장 이념에도 걸맞게 된다.

(3) 헌법의 본질은 국가권력을 제한하고 그것을 통하여 인권을 보장하는 데 있음은 두말할 필요가 없다. 우리 헌법이 헌법재판소에 헌법소원과 위헌법률심판권을 준 것은 기본권이 공권력에 의하여 침해되는 경우에 이를 구제하고 위헌의 법질서를 배제하여 헌법을 정점으로 하는 법체계의 정합성을 확보하려는 데 있다.

그런데 기본권 보장수단인 헌법소원에서 헌법재판소의 권한행사를 법률로서 제한하는 것은 그 자체가 하나의 중요한 헌법상의 문제라고 하겠다. 헌법소송은 재판관 개인의 신념이 아닌 헌법에 명시된 여러 가치를 실현하는 하나의 중요한 수단이다. 헌법소원심판을 제한하는 법 제68조 제1항 본문의 법원의 재판을 다수의견처럼 96헌마172등 결정에서 밝힌 예외적인 경우에만 한정하여 심판대상으로 허용할 것인지, 그렇지 아니하면 위헌인 법률을 합헌으로 해석한 법원의 재판은 법률에 대한 위헌여부심판을 하는 것과 동시에 공권력인 당해 법원의 재판 자체도 심판대상으로 허용할

것인지의 여부는 결국 재판관 개인의 헌법소원에 대한 가치판단에 맡겨져 있는 것이다. 다르게 표현하면, 헌법 제111조 제1항 제5호의 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’을 근거로 만들어진 법 제68조 제1항 본문의 법원의 재판을 ‘제외’한다는 의미를 문면(文面)에 엄매인 해석을 할 것인지, 그렇지 아니하면 헌법 제27조 제1항의 재판청구권과 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호의 법원의 위헌법률제청에 대한 헌법적인 의무와 재판당사자에게는 그 의무가 명시되지 아니한 헌법의 명문규정에 비추어 법원의 재판을 ‘제외’한다는 뜻을 좁혀서 새길 여지가 있는지에 대한 헌법의 해석에 관한 선택의 문제라고도 말할 수 있다.

사실, 법 제68조 제1항 본문의 법원의 재판을 ‘제외’하는 규정을 어떻게 해석할 것인가의 문제는 헌법재판소의 위헌법률심판권의 영역과 법원의 재판에서의 법률해석의 영역이 서로 겹칠 수도 있는 아주 조심스러운 부분이다. 헌법재판소는 이미 수많은 선례를 통하여 국민의 권리와 자유를 제한하는 법률은, 기본권의 성질에 따라 차이가 있기는 하나, 넓게 해석을 하지 않고 엄격하게 해석하는 원칙을 굳게 지켜오고 있다. 그것은 이와 같은 해석원칙이 기본권을 보장하는 가장 확실하고 효과적인 지름길이기 때문이다. 마찬가지로, 기본권 보장이라는 같은 측면에서 보면 헌법소원심판청구를 제한하는 법 제68조 제1항 본문의 법원의 재판을 ‘제외’하는 규정도 문면에 나타난 그대로 해석하기 보다는 될 수 있는 대로 아주 좁게 해석하여야 할 것으로 생각한다. 따라서 법원의 재판을 ‘제외’한다는 것은 위헌인 법률을 합헌으로 해석하여 국민의 기본권을 침해하는 법원의 위법한 재판은 헌법소원 심판대상으로

삼고, 그 밖에 법원의 모든 재판은 심판대상에서 제외한다는 해석이 올바른 것이다. 위헌인 법률을 합헌으로 해석한 법원의 재판에 대하여는 그 법률의 위헌여부와 공권력인 법원의 재판을 헌법소원 심판대상으로 허용하는 것은 견제와 균형을 본질로 하는 권력분립의 원리에도 들어 맞는다.

오컨대, 법 제68조 제1항 본문의 ‘제외’를 위헌인 법률을 합헌으로 해석한 법원의 재판까지도 헌법소원심판대상에서 제외하는 것으로 해석하는 것은 그 재판으로 인하여 기본권 침해를 받은 자의 헌법상 재판청구권을 합리적인 이유없이 제한하는 위헌성이 있는 해석으로 보는 것이 상당하다. 이와 같은 해석만이 위에서 본 헌법의 본질과 헌법재판소를 따로 만든 근본 뜻에 어긋나지 아니하고, 뿐만 아니라 헌법이 우리재판소에 맡겨준 권한을 헌법의 규정과 이념에 들어 맞게끔 합리적이고도 적정하게 행사하여 그 책무를 제대로 다하는 길이라고 믿는다.

라. 그러므로 나는, 청구인들의 법 제68조 제1항과 대법원 판결에 대한 각 위헌확인 청구에 대하여는 “1) 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 위헌인 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다. 2) 대법원 1992. 9. 22. 선고, 92누4925 판결은 청구인들의 재산권을 침해한 것이므로 위헌임을 확인한다.”라는 결정을 선고하여야 할 것으로 본다.

끝으로, 영국의 여왕재판소 수석재판관 덴만경(Lord Denman, C.J.)이 어떤 판결에서 밝힌 “이 법률은 정의가 실현되는 것을 지켜보는 우리들의 권리와 의무에 영향을 미칠 수 없다.”라는 표현

을 여기에 인용하면서 반대의견을 마무리 하고자 한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석(주심) 신창언 이영모 한대현

재판취소 등, 토지수용처분취소 등

(1998. 4. 30. 95헌마93·235·310·311,
96헌마36·127, 97헌마82(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 위헌·무효인 법령에 기한 행정처분이 항상 무효인지 여부
(소극)
2. 헌법재판소가 위헌이라고 결정한 법령에 기한 행정처분이 당연무효가 아니라 취소할 수 있는 행정행위에 불과하다고 판단한 법원의 재판이 헌법소원심판의 대상이 되는 재판에 해당하는지 여부
(소극)

【결정요지】

1. 위헌·무효인 법령에 기한 행정처분이 항상 무효인 것은 아니고, 그 무효 여부는 당해 사건을 재판하는 법원이 판단할 사항인바, 국가보위에관한특별조치법(1971. 12. 27. 법률 제2312호) 제5조 제4항이 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 92헌가18 결정에 의하여 위헌으로 결정되었다고 하더라도 동 조항에 근거한 이 사건 각 수용처분이 무효인지 여부는 법원이 판단하여야 할 사항이지 헌법재판소에서 결정할 사항은 아니다.
2. 헌법재판소가 위헌이라고 결정한 위 특별조치법에 근거한 이 사건 각 수용처분이 취소할 수 있는 행정행위라고 판단한 이 사건 심판대상판결은 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당된다고 볼 수 없음이 명백하므로 그에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구는 원칙적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대한 것으로서 부적법하다.

【심판대상조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

헌법재판소법 제72조(사전심사) ①~② 생략

③ 지정재판부는 다음 각 호의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.

1. 다른 법률에 의한 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우

2.~4. 생략

④~⑥ 생략

【참조조문】

국가보위에 관한특별조치법(1971. 12. 27. 법률 제2312호) 제5조(국가동원령) ①~③ 생략

④ 대통령은 동원대상지역내의 토지 및 시설의 사용과 수용에 대한 특별조치를 할 수 있다. 이에 대한 보상은 징발법에 준하되 그 절차는 대통령령으로 정한다.

⑤ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557

2. 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

【당 사 자】

청 구 인 1. 이병숙 외 16인

청구인들 대리인 변호사 배태연

2. 유창근(97헌마82)

청구인 대리인 변호사 김동수

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 95헌마93 사건

경기 파주군 금촌면 검산리 산 84 임야는 1942년경 청구의 망 석청정야(石川靖也) 명의로 소유권이전등기가 경료되어 있었는데, 6·25 한국전쟁중 그 등기부 등 지적공부 일체가 소실되었고, 1971. 5. 31. 같은 리 산 84의 1 임야 3정 9단 4무보(이하 ‘이 사건 제1토지’라 한다)와 같은 리 산 84의 2 임야 7무보(이하 ‘이 사건 제2토지’라 한다)로 분할되었다.

국방부장관은 1971. 9. 1. 징발재산정리에관한특별조치법에 의해 이 사건 제2토지를 매수하여 1976. 12. 31. 국가 명의로 소유권보존 등기를 마치고, 1976. 2. 1. 국가보위에관한특별조치법(1971. 12. 27. 법률 제2312호, 이하 ‘특별조치법’이라 한다)에 의하여 발하여진 국가보위에관한특별조치법제5조제4항에의한동원대상지역내의토지의수용·사용에관한특별조치령(1971. 12. 31. 대통령령 제5912호, 최후 개정 1991. 8. 5. 대통령령 제13447호, 이하 ‘특별조치령’이라 한다)에 의하여 이 사건 제1토지를 수용하여 1980. 4. 26. 국가 명의로 소유권보존 등기를 마쳤다.

위 망인의 공동상속인인 청구인 이병숙, 이병수, 이병순, 이병진, 이병하는 국방부장관이 위헌·무효인 법령에 근거하여 이 사건 제1, 2토지를 수용하였으므로 그 매수 및 수용처분과 이에 기한 소유권이전등기가 모두 무효라는 이유로 국가를 상대로 하여 서울민사지방법원에 소유권보존등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으

나 1992. 2. 11. 청구기각판결(91가합44877)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 1992. 11. 4. 서울고등법원에서 항소기각판결(92나19912)을 선고받자 상고하였다. 위 청구인들은 상고심에서 특별조치법 제5조 제4항에 대하여 위헌제청신청을 하였고, 1994. 6. 30. 헌법재판소에서 위 법률조항에 대한 위헌결정(92헌가18)이 선고되었는데, 그 후 대법원이 1995. 3. 3. 상고기각판결(92다55770) 및 위헌제청신청각하결정(93카기3)을 선고하자, 위 청구인들은 위 대법원판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 위 청구인들의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 95헌마235 사건

고양시 식사동 산 209의 1 임야 14,578㎡는 원래 청구인 도재환의 소유였는데, 국방부장관은 1977. 7. 13. 특별조치령에 의하여 이를 수용하고 1979. 9. 11. 국가명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

청구인 도재환은 위 임야에 대한 수용처분 및 이에 기한 위 소유권이전등기가 위헌·무효인 법령에 근거한 것으로서 무효라는 이유로 국가를 상대로 하여 서울민사지방법원에 소유권이전등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으나 1995. 2. 7. 청구기각판결(93가단210718)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 같은 해 5. 11. 같은 법원에서 항소기각판결(95나10197)을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 1995. 7. 18. 상고기각판결(95다22412)을 선고받자, 위 대법원판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문과 제72조 제3항 제1호 후단 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 위 청구인의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소

헌재 1998. 4. 30. 95헌마93등

원심판청구를 하였다.

(3) 95헌마310 사건

인천 남구 동춘동 산 69의 2 입야 2,975㎡는 원래 청구인 인천 도시관광주식회사의 소유였는데, 국방부장관은 1978. 12. 18. 특별조치령에 의하여 이를 수용하여 1984. 4. 23. 국가 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

청구인 회사는 위 입야에 대한 수용처분 및 이에 기한 소유권이전등기가 위헌·무효인 법령에 근거한 것으로서 무효라는 이유로 국가를 상대로 하여 서울민사지방법원에 소유권이전등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으나 1995. 2. 8. 청구기각판결(93가단58972)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 같은 해 5. 25. 서울지방법원에서 항소기각판결(95나10562)을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 1995. 9. 29. 상고기각판결(95다29963)을 선고받자, 위 대법원판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문과 제72조 제3항 제1호 후단 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 청구인 회사의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(4) 95헌마311 사건

경기 파주군 산남리 산 54의 1 입야 5,157㎡ 및 같은 리 산 54의 3 입야 5,653㎡는 원래 청구의 땅 김영환의 소유였는데, 국방부장관은 1978. 1. 12. 및 같은 해 5. 13. 특별조치령에 의거하여 위 각 입야를 수용하여 국가 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

위 땅인의 공동상속인인 청구인 김기룡, 김명옥, 김수옥, 김연옥, 김경숙, 김경자는 위 입야들에 대한 수용처분 및 이에 기한 소유

권이전등기가 위헌·무효인 법령에 근거한 것으로서 무효라는 이유로 국가를 상대로 하여 서울민사지방법원에 소유권이전등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으나 1993. 7. 12. 청구기각판결(92가단89665)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 1994. 9. 30. 같은 법원에서 항소기각판결(93나32056)을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 1995. 9. 26. 상고기각판결(94다54160)을 선고받자, 위 대법원판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문과 제72조 제3항 제1호 후단 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 위 청구인들의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(5) 96헌마36 사건

경기 고양군 송포면 대화리 산 13의 1 임야 33,521㎡는 원래 청구인 김현경, 김상경, 김억경의 공유였는데, 국방부장관은 특별조치령에 의하여 이를 수용하여 1982. 12. 3. 국가 명의로 소유권 이전등기를 마쳤다.

위 청구인들은 위 임야에 대한 수용처분 및 이에 기한 소유권이전등기가 위헌·무효인 법령에 근거한 것으로서 무효임을 주장하고, 예비적으로 헌법 제23조의 재산권 보장 규정에 의하여 당연히 인정되는 권리인 역수용권에 기한 원상회복청구권을 행사한다고 주장하면서 국가를 상대로 하여 서울민사지방법원에 소유권이전등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으나 1995. 6. 22. 청구기각판결(93가합27111)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 1995. 10. 13. 서울고등법원에서 항소기각판결(95나27778)을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 1995. 12. 26. 상고기각판결(95다

헌재 1998. 4. 30. 95헌마93등

49660)을 선고받자, 위 대법원판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문과 제72조 제3항 제1호 후단 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 위 청구인들의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(6) 96헌마127 사건

강원 고성군 토성면 용촌리 84의 3 잡종지 14,210㎡(등기부상 표시; 같은 리 산 1 입야 14,380㎡)는 청구인 박창동의 망부 소유였는데, 국방부장관은 1978. 11. 17. 특별조치령에 의하여 이를 수용하여 1979. 1. 18. 국가 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

위 청구인은 상속인으로서 위 잡종지에 대한 수용처분 및 이에 기한 소유권이전등기가 위헌·무효인 법령에 근거한 것으로서 무효라는 이유로 국가를 상대로 하여 서울민사지방법원에 소유권이전등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으나 1995. 6. 14. 청구기각판결(93가단178142)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 1995. 10. 4. 서울지방법원에서 항소기각판결(95나29085)을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 1996. 2. 23. 상고기각판결(95다51526)을 선고받자, 위 대법원판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문과 제72조 제3항 제1호 후단 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 위 청구인의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(7) 97헌마82 사건

고양시 풍동 산 17 입야 4,463㎡ 및 같은 동 산 26 입야 2,479㎡는 원래 청구인 유창근의 소유였는데, 국방부장관은 특별조치령에 의하여 이를 수용(이하 ‘이 사건 수용처분’이라 한다)하여 1981. 5.

20. 국가 명의로 소유권이전등기를 마쳤다.

위 청구인은 위 임야들에 대한 이 사건 수용처분 및 이에 기한 소유권이전등기가 위헌·무효인 법령에 근거한 것으로서 무효라는 이유로 국가를 상대로 하여 서울지방법원 의정부지원에 소유권이전등기말소등기절차이행의 소를 제기하였으나 1996. 5. 15. 청구기각판결(94가단33590)을 선고받았고, 이에 불복하여 항소하였으나 1996. 10. 11. 서울지방법원에서 항소기각판결(96나25868)을 선고받았으며, 다시 대법원에 상고하였으나 1997. 1. 28. 상고기각판결(96다49988)을 선고받자, 위 대법원판결, 서울지방법원 의정부지원 1996. 5. 15. 선고, 94가단33590 판결 및 서울지방법원 1996. 10. 11. 선고, 96나25868 판결(이하 ‘이 사건 각 하급심판결’이라 한다), 이 사건 수용처분 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 재판에 대한 헌법소원을 금지하는 부분이 위 청구인의 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 위 각 사건의 각 대법원판결(이하 이 대법원판결들과 이 사건 각 하급심판결을 합하여 ‘이 사건 심판대상판결’이라 한다), 헌법재판소법 제68조 제1항 본문(이상은 모든 사건에 해당함), 제72조 제3항 제1호 후단(이것은 95헌마235·310·311, 96헌마36·127 사건에만 해당함), 이 사건 수용처분 및 이 사건 각 하급심판결(이상은 97헌마82사건에만 해당함)인바, 헌법재판소법 제68조 제1항 및 제72조 제3항 제1호의 내용은 다음과 같다.

헌법재판소법 제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제

헌재 1998. 4. 30. 95헌마93등

외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

제72조(사전심사) ③ 지정재판부는 다음 각 호의 1에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판 청구를 각하한다.

1. 다른 법률에 의한 구체절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 않거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우

2. 청구인들의 주장과 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 위헌무효인 법률에 근거한 행정처분은 원칙적으로 취소할 수 있을 뿐이나 그 하자가 중대·명백하거나 특별한 사정이 있는 때에는 무효이다.

(2) 특별조치법 제5조 제4항은 헌법재판소 92헌가18 결정(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557)에서 실시하고 있는 바와 같이 헌법이 규정한 국회입법절차를 실질적으로 생략한 채 대통령령에 의한 사유재산의 수용을 인정하고 있는 것이어서 반입헌주의적이고 반법치주의적인 법률이고, 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 명백히 무효이므로 이 법에 근거한 위 각 수용처분도 중대하고 명백한 절차위배의 하자가 있어 무효인 행정처분인데, 위 결정의 취지에 반하여 이 사건 각 수용처분이 취소할 수 있는 것에 불과할 뿐이지 무효인 행정처분은 아니라고 판시한 이 사건 심판대상판결은 위 헌법재판소결정에 배치되는 해석을 함으로써 청구인들

의 재산권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이다.

(3) 헌법재판소의 결정취지 및 이유와 배치되는 법원의 판결에 대하여 헌법소원을 제한하는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 및 제72조 제3항 제1호 후단은 국가 법해석의 통일을 저해하고 국민의 기본권과 재산권 보장의 철저화를 가로막는 위헌법률이다.

나. 법원행정처장의 의견요지

(1) 이 사건 심판대상판결에 대한 헌법소원심판청구는 헌법소원심판의 대상이 되지 아니하는 것에 대하여 한 것이므로 부적법하다.

(2) 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 규정은 헌법 제111조 제1항에 바탕을 두고 헌법의 위임하에 정하여진 것으로서 헌법에 합치된다.

(3) 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시킬 것인가 여부는 입법정책상의 문제이고, 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한다고 하더라도 헌법상 보장된 재판을 받을 권리가 침해되는 것은 아니다.

다. 법무부장관의 의견요지

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항은 청구인의 헌법상 기본권을 직접 침해하는 규정이라고 할 수 없으므로 이에 대한 헌법소원은 부적법하다.

(2) 헌법소원심판의 대상에 법원의 재판을 포함시킬지 여부는 입법형성의 재량범위내의 문제이다.

(3) 판결에 대한 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항에 반하여 부적법하다.

헌재 1998. 4. 30. 95헌마93등

3. 판 단

가. 이 사건 심판대상판결에 대한 심판청구부분

헌법재판소는 1997. 12. 24. 선고, 96헌마172·173(병합) 결정에서 “헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다”라고 결정하였다. 그러므로 이 사건 심판대상판결이 ‘헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판’인지 여부에 관하여 살펴본다.

청구인들은 헌법재판소가 1994. 6. 30. 선고, 92헌가18 결정에서 특별조치법과 같이 명백히 위헌·무효인 법령에 기한 행정처분이 무효라고 선고하였으나, 법원은 이 사건 심판대상판결에서 위 헌법재판소결정의 소수의견에 따라 위헌·무효인 법령에 기한 이 사건 각 수용처분이 취소할 수 있음에 그치고 무효는 아니라는 취지로 판결함으로써 위 헌법재판소결정의 취지에 어긋나는 판결을 하여 청구인들의 기본권을 침해하였다고 주장한다.

그러나 위 헌법재판소결정의 다수의견은 위헌·무효인 법령에 기한 행정처분이 항상 무효라는 것은 아니고 그 무효 여부는 당해 사건을 재판하는 법원이 판단할 사항이라는 것이다. 즉 위 결정은 “상위법인 특별조치법 제5조 제4항의 위헌 여부는 하위법인 특별조치령의 위헌 여부 및 효력 유무의 전제가 되고 특별조치법 제5조 제4항에 대하여 위헌결정이 되면 자동적으로 이 위헌법률소항에 근거한 특별조치령도 위헌·무효가 되고 아울러 위헌·무효인

특별조치령에 근거한 수용처분도 위헌·무효가 될 수 있기 때문이다. (위헌법령에 기한 행정처분의 무효 여부는 당해 사건을 재판하는 법원이 위헌성의 정도 등에 따라 판단할 사항이다)”라고 실시하고 있는 바, 이 견해에 의하면 특별조치법에 근거한 이 사건 각 수용처분이 무효인지 여부는 법원이 판단하여야 할 사항이지 헌법재판소에서 결정할 사항은 아닌 것이다.

그렇다면 이 사건 심판대상판결은 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당된다고 볼 수 없음이 명백하므로 그에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구는 원칙적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 법원의 재판에 대한 것으로서 부적법한 것이다.

나. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 및 제72조 제3항 제1호 후단에 대한 심판청구부분

헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판’ 부분 및 제72조 제3항 제1호 후단 부분의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구는 이 사건 심판대상판결에 대한 헌법소원심판청구가 인용될 것을 전제로 한 것이나, 위 가항에서 본 바와 같이 이 사건 심판대상판결이 청구인들의 주장자체에 의하더라도 헌법소원심판의 대상이 되는 예외적인 재판에 해당된다고 볼 수 없으므로 그 심판청구가 부적법하여 각하를 면할 수 없는 이상 이 부분에 대한 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다고 할 것이다.

다. 이 사건 수용처분에 대한 심판청구부분

헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외

헌재 1998. 4. 30. 95헌마93등

하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다”라고 규정하고 있는바, 이 사건(97헌마82사건)에 있어서 청구인 유창근은 이 사건 수용처분에 관하여 아무런 법적 구제절차도 거치지 아니하였음이 기록상 명백하므로 청구인 유창근의 이 사건 수용처분에 대한 헌법소원심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인들의 이 사건 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

경찰공무원법 제21조 등 위헌확인

(1998. 4. 30. 96헌마7 전원재판부)

【판시사항】

1. 자격정지 이상의 선고유예를 받고 그 선고유예기간중에 있는 자에 대하여 당연퇴직을 규정하고 있는 경찰공무원법 제21조와 제7조 제2항 제5호 규정이 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 법규정이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법규정이 재판청구권 또는 적법절차를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경찰공무원에게 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민의 신뢰손상 방지, 원활한 경찰권의 행사 등 국민전체의 이익을 위해 불가피하고, 자격정지 이상의 선고유예판결을 받은 경우 그러한 범죄의 중대성 및 경찰공무원 신분의 중대성에 비추어 볼 때 이 사건 규정이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 침해하는 위헌의 법률조항이라 할 수 없다.

2. 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사 등 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하여 국민의 신체·재산·가택에 실력으로 강제를 가할 수 있는 경찰작용을 담당하는 경찰공무원에게는 일반공무원보다 더 높은 윤리성과 성실성 등이 요구된다고 할 것이어서 경찰공무원법에서 국가공무원법상보다 다소 넓은 임용결격 및 당연퇴직의 사유를 설정하였다 하더라도 그와

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

같은 차별은 합리적이고 정당한 것이므로 이 사건 규정이 헌법상 보장된 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

3. 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 방법중 어느 방법을 선택할 것인가는 입법자의 재량에 속하는 것이고, 당연퇴직은 일정한 사항이 법정 당연퇴직사유에 해당하는지 여부만이 문제될 뿐이어서 당연퇴직의 성질상 그 절차에서 당사자의 진술권이 반드시 절차적 권리로 보장되어야 하는 것도 아니므로 이 사건 규정이 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원리를 위배하였다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

- 경찰공무원법 제7조(임용자격 및 결격사유) ① 생략
② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 경찰공무원으로 임용될 수 없다.
1. ~4. 생략
 5. 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간중에 있는 자
 6. 생략
- 경찰공무원법 제21조(당연퇴직) 경찰공무원이 제7조 제2항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직된다.

【참조조문】

- 헌법재판소법 제68조 제1항
국가공무원법 제33조(결격사유) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원에 임용될 수 없다.
1. ~4. 생략
 5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자
 6. ~8. 생략

② 생략

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

1.~4. 생략

5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자

6.~8. 생략

② 생략

지방공무원법 제31조(결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

1.~4. 생략

5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자

6.~8. 생략

지방공무원법 제61조(당연퇴직) 공무원이 제31조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

검찰청법 제33조(결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 검사로 임용될 수 있다.

1. 국가공무원법 제33조 제1항 각 호의 1에 해당하는 자

2. 금고 이상의 형의 선고를 받은 자

3. 탄핵 결정에 의하여 파면된 후 5년을 경과하지 아니한 자

외무공무원법 제8조(임용자격 및 결격사유) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 외무공무원으로 임용될 수 없다.

1. 국가공무원법 제33조 제1항 각 호의 1에 해당하는 자

2. 생략

3.~5. 삭제

외무공무원법 제21조(당연퇴직) ① 외무공무원이 제8조 제2항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직한다.

② 외무공무원이 재외공관의 장으로서 통산 12년간 재직할 경우에는 당연히 퇴직한다. 다만, 대통령령이 정하는 특수지역소재 재외공관의 장으로 임직된 기간은 이에 산입하지 아니한다.

③ 외무공무원이 재외공관의 장의 직위에서 면하게 된 후 1년 내에 새로운 보직을 받지 아니하는 경우에는 당연히 퇴직한다. 다만, 특수임무에 종사하고

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

록 명을 받은 기간은 이에 산입하지 아니한다.

군인사법 제10조(결격사유 등) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 장교, 준사관 및 하사관에 임용될 수 없다.

1.~5. 생략

6. 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자

7.~8. 생략

③ 생략

군인사법 제40조(제적) ① 장교, 준사관 및 하사관이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 제적한다.

1.~3. 생략

4. 제10조 제2항에 해당하게 되었을 때

5.~6. 생략

②~③ 생략

국가안전기획부직원법 제8조(임용자격 및 결격사유) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 직원으로 임용될 수 없다.

1.~4. 생략

5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자

6. 생략

【참조판례】

1. 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343

헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200

헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317

헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575

2. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48

헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199

3. 헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575

헌재 1997. 12. 24. 95헌바29등, 판례집 9-2, 780

【당 사 자】

청 구 인 윤승렬

대리인 법무법인 해마루 종합법률사무소

담당변호사 임종인 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 관악경찰서 강력반장으로 근무하던중 1994. 9. 13. 허위공문서작성, 동행사죄로 기소되어, 1995. 7. 27. 서울지방법원 항소심에서 징역 8월형의 선고유예를 선고받고 이에 불복하여 대법원에 상고하였으나 같은 해 11. 10. 상고가 기각되어 위 형이 확정되었고, 서울특별시지방경찰청장은 같은 해 12. 16. 위 확정판결을 이유로 청구인이 같은 해 11. 10.자로 당연퇴직되었음을 통보하였다. 청구인은 경찰공무원법 제21조 중 제7조 제2항 제5호부분이 청구인의 평등권, 공무담임권, 행복추구권, 재판청구권 등을 침해할 뿐만 아니라 헌법상 보장된 직업공무원제도와 적법절차원리 등에 위배된다는 이유로 우리 재판소에 1996. 1. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 경찰공무원법 제21조 중 제7

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

조 제2항 제5호 부분(이하 “이 사건 규정”이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부인바, 위 각 조항의 규정 내용은 다음과 같다.

경찰공무원법 제21조(당연퇴직) 경찰공무원이 제7조 제2항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직된다.

경찰공무원법 제7조(임용자격 및 결격사유) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 경찰공무원으로 임용될 수 없다.

5. 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간중에 있는 자

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 국가공무원법 제33조 제1항 제5호는 “금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간중에 있는 자”를 공무원임용의 결격사유로 규정하고 있음에도, 이 사건 규정이 경찰공무원은 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우까지도 결격사유로 하여 이에 해당될 경우 당연퇴직토록 하고 있는 것은 공무원의 신분상의 권리인 직위·신분 보유권, 행정쟁송권 및 재산상의 권리인 보수청구권, 연금청구권을 침해할 위험이 있다.

(2) 이 사건 규정으로 인하여 수사경찰로서 20여년이 넘도록 헌신적인 근무를 계속하여온 청구인에게 그 천직인 경찰로서의 직업을 박탈한다는 것은 직업을 통한 자아실현을 불가능케 하는 것으로 인간의 존엄과 가치를 부정하고 행복추구권의 본질적인 내용을 침해하는 것이며, 경찰공무원의 업무성격상 다른 직역종사자에 비하여 더욱 청렴성과 충실성이 요구된다고 하더라도 1년 이하의 징역이나 금고에 처한 경미한 범죄이고 개전의 정이 현저하여 선고

유예의 판결을 받은 자를 당연퇴직시킨다는 것은 불합리하게 차별 대우한 것이고 공무원신분에 있는 자의 지위를 과도하게 제한한 것이다.

(3) 청구인은 경찰공무원으로 임용되어 24년 이상 일선 수사경찰로서 소명의식을 갖고 근무함으로써 현실화된 공무담임권을 보유하고 있는데 이 사건 규정은 이와 같이 현실화된 공무담임권을 침해하는 것이며, 별도의 처분없이 당연퇴직을 규정한 이 사건 규정은 청구인에게 공무원의 신분상 중대한 변화가 생김에도 불구하고 이에 대해 상급기관이나 법원에서 다룰 기회조차 전혀 주여지지 않는 것은 재판청구권의 중대한 제약으로서 과잉금지원칙과 기본권의 본질적내용 침해금지를 위반한 것이다.

(4) 이 사건 규정은 인사권자에게 재량의 여지를 전혀 남기지 않고 징계위원회 등의 등의 절차를 전혀 보장하고 있지 않아 공무원에 대하여 신분상 불이익조치를 하면서도 소명의 기회를 주지 아니하는 것이므로 헌법상 적법절차의 원리에 위배된다.

나. 경찰청장의 의견

(1) 청구인은 이 사건 헌법소원을 청구하기에 앞서 그 전치단계로서 공법상의 신분 또는 지위의 확인에 관한 소송을 거쳐야 할 것이므로 이러한 행정소송을 거치지 아니한 이 사건 청구는 부적법하다.

(2) 국가와 민족을 위하여 높은 충성심·청렴성 그리고 성실성이 요구되는 경찰공무원의 지위와 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하고 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 무기의 사용·장구의 사용이 허용되는 경찰업무의 특수성을 고려할 때 자격정지

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

이상의 형의 선고유예를 받은 사람에게 경찰공무원의 지위를 부여하는 것은 공직에 대한 국민의 신뢰를 손상시킬 우려가 있으므로 이 사건 규정은 공무원의 신분보장, 행복추구권, 평등권 등을 침해한 것이 아니다.

(3) 채용시험에서의 합격이라는 요건을 충족하여 경찰공무원으로 24년간 근무하여 왔다 하더라도 경찰공무원법에 정한 임용결격사유에 해당되면 공무담임권을 가질 수 없는 것은 당연하고 청구인이 침해되었다고 주장하는 헌법상의 공무담임권은 경찰공무원 임용요건에 결격사유가 없는 자에게 해당되는 것이지 경찰공무원으로서의 임용자격을 이미 상실한 자에게까지 수혜되는 권리가 아니다.

다. 서울특별시지방경찰청장의 의견

경찰청장의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 법령에 대한 헌법소원을 제기하기 위하여는 그 법령이 자기의 기본권을(자기관련성), 현재(현재성), 직접적으로(직접성) 침해하고, 또한 이러한 침해에 대하여 다른 법률에 의한 구제절차를 모두 거쳤거나 그러한 구제절차가 없어야(보충성) 한다.

청구인이 앞에서 본 바와 같이 경찰공무원으로 재직하던 중, 허위공문서작성, 동행사죄로 징역 8월형의 선고유예 판결을 선고받아 확정된 이 사건의 경우 이 사건 법률조항에 의하여 바로 청구인이 당연퇴직하게 되므로 결국 청구인은 자기관련성, 현재성, 직

접성의 요건을 모두 충족하며 이 사건 심판청구와 같이 법령 자체에 의하여 직접 기본권을 침해받은 경우는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것이다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 19-20; 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 151-152).

(2) 헌법재판소법 제69조 제1항은 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 법령에 대한 헌법소원은 그 법령의 공포와 동시에 기본권을 침해당한 자는 그 법령이 공포된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 법령이 공포된 날로부터 180일 이내에, 그렇지 아니하고 법령공포 후 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 비로소 그 기본권의 침해를 받게 된 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 아니면 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 한다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250; 1996. 8. 29. 92헌마137, 판례집 8-2, 127, 136).

이 사건의 경우 청구인에 대하여 경찰공무원법 제21조 소정의 당연퇴직 사유인 같은 법 제7조 제2항 제5호의 사유가 발생한 것은 위 선고유예형이 확정된 1995. 11. 10.이므로 그때로부터 60일 이내인 1996. 1. 9. 제기된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.

(3) 따라서 청구는 적법하므로 본안에 관하여 살핀다.

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

나. 본안에 관한 판단

(1) 우리 헌법상 직업공무원제도

헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라고 규정하고 있는데, 이는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방함과 동시에 동일한 정권하에서도 정당한 이유없이 해임되지 아니하도록 신분을 보장하여 일관성있는 공무수행을 유지하게 함으로써 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하려는 민주적이고 법치국가적인 공직구조에 관한 제도 즉 직업공무원제도를 규정한 것이라고 할 것이다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-353; 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 205).

따라서 공무원의 신분은 무제한 보장되는 것이 아니고 공무원의 지위 및 공무의 특수성을 고려하여 헌법이 정한 신분보장의 원칙 아래 법률로 그 내용을 정할 수 있도록 한 것이며(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 205), 헌법의 위 정신을 받들어 국가공무원법 제68조도 “공무원은 형의 선고·징계처분 또는 이 법에 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만 1급 공무원은 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있고, 당연퇴직규정인 같은 법 제69조와 직권면직 규정인 같은 법 제70조에서 공무원에 대하여 불이익처분을 할 수 있는 사유를 규정하고 있으며, 한편 경찰공무원의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근로조건 특수성 등을 고려하여 국가공무원법에 대한 특례를 규정함을 목적으로 제정된 경찰공무원법도

같은 법 제21조에서 당연퇴직을 규정하고 있으며, 같은 법 제22조는 직권면직의 사유를 규정하고 있다.

(2) 이 사건 규정의 위헌여부

(가) 공무원담임권, 재산권 및 행복추구권의 침해여부

공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지는 지위에 있고(헌법 제7조 제1항), 공무원의 직무는 그 성질상 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 요구되며, 이를 통하여 공공복리와 국민일반에 직접적인 영향을 미치게 되어 원활한 직무수행을 위하여는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민의 신뢰가 바탕이 되어야 한다고 할 것이므로 공무원은 고도의 윤리·도덕적 의무를 부담한다고 할 것이며(국가공무원법 제56조, 제57조, 제59조, 제61조, 제63조 등 참조), 특히 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사 등 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하여 일정한 범위내에서 무기의 사용이 허용되는 경찰공무원에게는 일반공무원보다 더 높은 윤리성과 성실성 등이 요구된다고 할 것이다.

따라서 이와 같은 막중한 임무를 수행하는 경찰공무원 자신이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경우에는 당해 경찰공무원에 대한 국민의 신뢰가 손상되어 원활한 경찰권의 행사에 큰 어려움이 생기고 이는 곧바로 전체 경찰공무원에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래할 것이 자명하므로, 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경찰공무원에게 그에 상응하는 신분상의 불이익을 과하는 것은 국민전체의 이익을 위해 불가피하다(헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575, 585 참조).

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

그런데 이 사건 규정에 의하면 경찰공무원은 자격정지 이상의 형의 선고유예의 판결을 받은 경우 당연퇴직하도록 되어 있는데, 자격정지의 형은 금고보다는 가벼우나 벌금보다는 무거운 것이고(형법 제41조, 제50조 제1항), 선고유예의 판결 역시 유죄판결의 일종으로서, 법원은 검사가 제기한 공소에 대하여 범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행후의 정황 등을 고려하여 형종, 형량을 선택하게 되어 있으므로(형법 제51조), 법원은 재판을 받는 경찰공무원에 대하여 경찰공무원법상의 당연퇴직사유를 고려하여 그 선고형을 결정할 수 있는 폭넓은 양형판단의 재량권을 가지고 있다 할 것이어서, 법원이 경찰공무원에 대하여 자격정지 이상의 형의 선고유예의 판결을 하는 것은 기소된 경찰공무원을 공직으로부터 배제하겠다는 법원의 판단이 내재된 것으로 보아야 한다. 다만, 범정이 매우 무거운 범죄 또는 공무원의 직무와 관련된 범죄 등에는 법정형으로 벌금형이 규정되어 있지 아니하나(청구인이 기소된 죄목인 허위공문서작성, 동행사죄도 이에 해당한다. 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되기전의 형법 제227조, 제229조) 이러한 범죄에 관하여는 경찰공무원이 위 범죄를 저지른 혐의로 기소되어 유죄판결을 받는 경우 그러한 범죄의 중대성 및 경찰공무원 신분의 특수성에 비추어 당연히 공무집행으로부터 배제시키겠다는 입법자의 확고한 의사가 현출된 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 이 사건 규정이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 할 수 없다.

(나) 평등권의 침해 여부

국가공무원법 제69조, 제33조 제1항 제5호에 의하면 일반공무원은 금고 이상의 형의 선고유예의 판결을 받은 경우 당연퇴직하도록 되어 있음에 반하여, 이 사건 규정에 의하면 경찰공무원은 자격정지 이상의 형의 선고유예의 판결을 받은 경우 당연퇴직하도록 되어 있으므로 이 사건 규정이 청구인의 평등권을 침해한 것인지에 관하여 살피기로 한다.

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있으며, 여기서 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니된다는 것을 뜻하므로 합리적 근거에 의한 차별까지 금지하는 것은 아니라고 할 것이다(헌재 1989. 5. 25. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 205).

살피건대 앞에서 본 바와 같이 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사 등 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하여 국민의 신체·재산·가택에 실력으로 강제를 가할 수 있는 경찰작용을 담당하는 경찰공무원에게는 일반공무원보다 더 높은 윤리성과 성실성 등이 요구된다고 할 것이어서 경찰공무원법에서 국가공무원법상보다 다소 넓은 임용결격 및 당연퇴직의 사유를 설정하였다 하더라도 그와 같은 차별은 합리적이고 정당한 것이라 할 것이고 그로써 헌법상 보장된 청구인의 평등권이 침해되었다고 할 수 없으며, 한편 법원의 재판실무를 보더라도 어느 죄

헌재 1998. 4. 30. 96헌마7

에 대한 법정형이 징역, 금고 또는 자격정지 등을 선택적으로 규정하고 있는 경우 법원이 이 중에서 자격정지형을 선택하는 예는 흔하지 아니하다는 점을 고려하면 위와 같은 차별이 구체적으로 현실화하는 경우는 별로 없다고 할 수 있다.

따라서 이 사건 규정이 평등권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고도 할 수 없다.

(다) 재판청구권 또는 적법절차의 침해 여부

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 수 없고, 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 존재할 따름이다(헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575, 585).

그리고 공무원에 대한 징계절차는 의무위반의 귀책사유와 징계의 정도 내지 처분의 선택에 중점이 주어지는 점에서 청문절차가 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있지만, 당연퇴직은 일정한 사항이 법정 당연퇴직사유에 해당하는지 여부만이 문제될 뿐이므로, 당연퇴직의 성질상 그 절차에서 당사자의 진술권이 반드시 절차적 권

리로 보장되어야 하는 것도 아니라고 할 것이다.(헌재 1997. 12. 24. 95헌바29등, 판례집 9-2, 780, 790-791 참조)

따라서 이 사건 규정이 앞에서 본 바와 같이 청구인의 공무담임권 등을 침해하지 아니하는 이상, 경찰공무원법이 경찰공무원에 대하여 당연퇴직의 사유를 설정하였다 하여 청구인의 재판청구권을 침해하거나, 또는 적법절차의 원리를 위배하였다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

지방자치법 제33조 등 위헌확인

(1998. 4. 30. 97헌마100 전원재판부)

【판시사항】

1. 법률조항에 대한 헌법소원심판청구가 청구기간을 경과하여 부적법하다고 본 사례
2. 지방의회의원이 국회의원선거나 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 경우 선거일전 90일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 지방의회의원을 명예직으로 규정하고 있는 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제32조제1항 본문 전단, 지방의회의원으로 하여금 정무직공무원을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는 같은 법 제33조 제1항 제3호, 지방의회의 사무직원을 지방자치단체의 장이 임명토록 규정하고 있는 같은 법 제83조 제2항은 모두 1994. 3. 16. 개정된 이래, 정당 또는 국회의원등에게만 후원회를 허용하고 있는 정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것) 제5조 제1항은 1991. 12. 31. 개정된 이래 각 현재까지 시행되고 있고, 청구인들은 1995. 7. 8.부터 대구광역시의회의원의 임기를 개시하였으므로, 위 법률조항들로 인하여 평등권 등 청구인들 주장과 같은 기본권침해의 사유가 발생한 것은 청구인들이 지방의회의원으로서 임기를 개시한 1995. 7. 8.이고, 위 법률조항들에 대한 심판청구는 그 날로부터 180일이 지나 청구된 것이므로 청구기간을 경과한 것으로서 부적법하다.

2. 공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항 제1호가 공무원으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일까지 그 직을 그만 두도록 한 것은 선거의 공정성과 공직의 직무전념성을 보장함과 아울러 이른바 포말후보(泡沫候補)의 난립을 방지하기 위한 것으로서 그 필요성과 합리성이 인정되며, 그것이 공무원임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 그리고 같은 법 제53조 제1항 단서에서 국회의원이 대통령선거나 국회의원선거에, 지방의회의원이나 지방자치단체의 장이 당해 지방의회의원의 선거나 당해 지방자치단체의 장의 선거에 각 입후보하는 경우에는 예외적으로 그 직을 보유한 채 입후보할 수 있도록 규정한 것은 다른 직에 있던 사람들에 비하여 이들 경우에는 특히 그 각 선거에 입후보할 가능성이 커서 이러한 경우까지 선거일 전 90일까지 그 직을 모두 그만 두도록 한다면 그 직에 대한 업무수행에 특히 큰 지장이 생길 것이라는 입법자의 판단에 따른 것이고, 이러한 입법자의 판단이 우리의 경험칙에 비추어 잘못이라 보기는 어려우므로, 결국 위 법 제53조 제1항 제1호는 입법자가 동질적인 대상을 자의적으로 다르게 취급한 것이 아니라 여러 가지 사정을 고려하여 합리적으로 차등을 둔 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제32조(의원의 의정활동비 등) ① 지방의회 의원은 명예직으로 하되, 다음 각 호의 비용을 지급한다.

1. 의정자료의 수집·연구와 이를 위한 보조활동에 소요되는 비용을 보전하기 위하여 매월 지급하는 의정활동비. 다만, 의정자료의 수집·연구를 위한 보조활동의 비용은 시·도의회위원에 한한다.
2. 본회의 또는 위원회의 의결이나 의장의 명에 의하여 공무로 여행할 때

헌재 1998. 4. 30. 97헌마100

지급하는 여비

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제33조(겸직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

1.~2. 생략

3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다)

4.~7. 생략

② 생략

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제83조(사무직원의 정원과 임명) ① 생략

② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 의하여 당해 지방자치단체의 장이 임명한다.

정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것) 제5조(후원회) ① 정당의 중앙당과 시·도지부, 지구당 등은 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다. 다만, 국회의원 또는 국회의원입후보 등록을 한 자(이하 “국회의원후보자”라 한다)가 후원회를 둔 경우에는 당해 국회의원 또는 국회의원후보자가 대표자로 있는 지구당은 후원회를 둘 수 없다.

②~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고 1997. 11. 14. 법률 제5412호로 개정되기 전의 것) 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법은 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

2.~8. 생략
②~③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241
헌재 1996. 11. 28. 95헌마280, 판례집 8-2, 647
- 2. 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463

【당 사 자】

청 구 인 최백영 외 10인
대리인 영남법무법인
담당변호사 금병태

【주 문】

이 사건 심판청구 중 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항과 정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것) 제5조 제1항에 대한 부분은 모두 각하하고, 공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정된 것) 제53조 제1항 제1호에 대한 부분은 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 대구광역시 시의회의원들로서, 지방의회의원직을 명예직으로 규정하고 있는 지방자치법 제32조, 지방의회의원으로 하여금 정무직공무원을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는 동법 제33조, 지방의회의 사무직원을 지방자치단체의 장이 임명토록 규정하고 있는 동법 제83조, 정당 또는 국회의원 등의 후원회에 관한 규정인 정치자금에관한법률 제5조, 공직선거에 입후보하고자 하는 공무원 등으로 하여금 선거일전 90일까지 그 직을 그만두도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제53조가 헌법상 청구인들에게 보장된 평등권과 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 1997. 3. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

위 법률조항들 중 청구이유와 직접 관련이 있는 조항은 지방자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항, 정치자금에관한법률 제5조 제1항, 공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 제1호이고, 나머지 조항들은 청구인들이 주장하는 바의 기본권침해와 직접적인 관계가 없다. 그러므로 이 사건 심판의 대상은 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것. 이하 “자치법”이라 한다) 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항, 정치자금에관한법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것. 이하 “자금법”이라 한다) 제5조 제1항, 공직선거및선거부정방지법(1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되고 1997. 11. 14. 법률 제

5412호로 개정되기 전의 것. 이하 “공선법”이라 한다) 제53조 제1항 제1호의 위헌여부이며, 그 법률조항들의 내용은 다음과 같다.

자치법 제32조(의원의 의정활동비 등) ① 지방의회의원은 명예직으로 하되, (이하 생략)

자치법 제33조(겸직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다)

(나머지 각 호 생략)

자치법 제83조(사무직원의 정원과 임명) ② 사무직원은 지방의회의 의장의 추천에 의하여 당해 지방자치단체의 장이 임명한다.

자금법 제5조(후원회) ① 정당의 중앙당과 시·도지부, 지구당 등은 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다. 다만, 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자(이하 “국회의원후보자”라 한다)가 후원회를 둔 경우에는 당해 국회의원 또는 국회의원후보자가 대표자로 있는 지구당은 후원회를 둘 수 없다.

공선법 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거등에 있어서는 후보자등록신청전)까지 그 직을 그만 두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방의회의원 및 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우

에는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직 공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

(이하 각 호 생략)

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 자치법 제32조는 국회의원과 달리 지방의회의원에 관하여 명예직으로 규정하고 있다. 그러나 국회의원이나 지방의회의원이나 품위를 지키고 명예를 존중해야 한다는 의미에서는 아무런 차이가 없을진대, 유독 지방의회의원에 대해서만 명예직이라고 규정한 것은 단순한 선언적 의미가 아니라 지방의회의원의 활동을 제약하려는 의미를 담고 있다. 오늘날의 복잡다단한 지방행정과 지방자치 사무를 고려할 때, 지방자치단체내의 주민복지사무를 처리하고 재산을 관리하며 자치규정을 제정하는 중요한 임무를 부담하는 지방의회의원을 명예직으로 규정하는 것은 헌법 제117조의 자치권을 본질적으로 제약하는 것이다. 더욱이 자치법 제33조는 겸직제한규정을 두어 광범위하고 엄격하게 지방의회의원의 겸직을 제한하고 있으며, 공직자윤리법은 제3조, 제10조에서 지방의회의원을 재산등록의무자에 포함시키고 있을 뿐만 아니라 재산공개대상자로까지 규정하여 공직자로서의 윤리를 지키도록 규정하고 있다. 이처럼 지방의회의원에게 엄격한 의무와 책임을 부과하면서도 그에 따르

는 직무상의 권한을 제한하는 명예직의 규정을 둔 것은 국회의원과 비교하여 부당한 차별로서 헌법상의 평등권 위반이라 아니할 수 없다.

(2) 자치법 제33조 제1항 제3호는 지방의회의원이 정무직공무원(예컨대 자치법 제101조의 부시장, 부지사)을 겸직하는 것을 금지하고 있다. 이는 국회법 제29조가 국회의원에 대하여 국무위원의 겸직을 허용하고 있는 것과 비교하여 볼 때 부당하게 겸직제한을 함으로써 헌법상의 평등권을 위반하고 있다.

(3) 자치법 제83조는 지방의회에 두는 사무직원의 임명권을 지방자치단체의 장에게 주고 있는바, 이는 지방자치단체장의 업무집행을 감독하고 견제하는 것을 제1차적인 임무로 하는 지방의회에 대하여 그 견제를 포기시키는 것이나 다름이 없는 것으로서 헌법 제117조의 자치권을 본질적으로 제약하는 것이며, 같은 선거직으로 구성된 국회의 권한과도 불균형한 것으로서 평등권 위반이다.

(4) 자금법 제5조는 정당과 국회의원 및 그 입후보자에게만 정치자금 조달을 위한 후원회 설립을 인정하고 기타의 선거직에 대하여는 후원회를 허용하고 있지 아니하는바, 깨끗한 정치를 실현하기 위해 깨끗한 자금의 모금이 필요하고 이에 대한 보장이 필요한 것은 국회의원이나 지방의회의원이나 마찬가지로 할 것이므로 이를 달리 취급하는 것은 명백한 평등권 위반이다.

(5) 공선법 제53조 제1항 제1호는 지방의회의원이 국회의원선거나 자치단체장에 입후보할 경우 선거일 전 90일까지 사직하여야 할 것을 규정하고 있는바, 이는 국회의원이나 자치단체장이 그 직에 출마할 때 그 직을 그대로 보유할 수 있게 하는 것과 비교하

헌재 1998. 4. 30. 97헌마100

면 부당한 입후보제한으로서 헌법상 보장된 공무담임권과 평등권을 위반하는 것이다.

나. 내무부장관의 의견

(1) 이 사건 심판청구는 다음에서 보는 바와 같이 부적법하므로 각하되어야 한다.

(가) 자치법 제33조는 1988. 4. 6. 법률 제4004호로, 동법 제32조 및 제83조는 1994. 3. 16. 법률 제4741호로, 자금법 제5조는 1991. 12. 31. 법률 제4463호로, 공선법 제53조는 1995. 4. 1. 법률 제4947호로 각각 개정 공포·시행된 것으로 청구인들이 1995. 6. 27. 지방선거에 의해 1995. 7. 8. 지방의회의원의 자격을 갖기 이전에 이미 시행되고 있었으므로, 청구인들이 지방의회의원의 자격을 갖게 되어 위 법률조항들의 적용을 받게 된 1995. 7. 8.을 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 “그 사유가 있는 날”로 보아야 할 것이고, 청구인들은 위 기준일로부터 늦어도 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하였어야 할 것인데도 그로부터 180일이 훨씬 지난 1997. 3. 21. 청구한 이 사건 심판청구는 청구기간을 초과하였음이 명백하여 부적법하다.

(나) 이 사건 청구인들은 모두 대구광역시 의회의원들로서, 지방자치법 제26조 내지 제34조의2 등의 규정에 의하면 지방의회의원은 지방자치단체의 의결기관인 지방의회를 구성할 뿐 아니라 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 하며 청렴의 의무를 지는 등 그 지위와 역할을 볼 때 헌법이 보장하는 기본권의 주체인 국민이라고는 할 수 없으므로, 지방의회의원의 자격으로서 청구한 이 사건 헌법소원 청구는 그 주체성이 결

여되어 부적법하다.

(다) 설사 지방의회의원이 헌법소원의 주체가 된다 하더라도 이 사건 심판청구 중 자치법 제83조에 대한 심판청구는 청구인들이 지방의회의 사무직원은 아닌 것이므로 권리침해의 자기관련성이 결여되어 부적법하며, 동법 제32조 및 제33조에 대한 위헌주장 중 자치권침해에 관한 부분은, 자치권은 헌법 제117조 및 제118조에서 지방자치제도를 보장한 데 따른 것으로 기본권이 아니라 일종의 제도적 보장에 해당되고 이러한 제도적 보장의 침해에 대하여는 헌법소원을 제기할 수 없다고 볼 것이므로, 이 부분에 대한 심판청구 역시 부적법하다.

(2) 이 사건 심판청구는 다음에서 보는 바와 같이 이유 없으므로 기각되어야 한다.

(가) 지방의회의원을 명예직으로 규정한 자치법 제32조는 국회가 우리나라의 정치·사회적 상황과 국민여론 등 자치여건을 고려하여 입법재량권을 행사한 것으로서, 명예직 또는 유급직 여부 그 자체로는 지방의회의원의 올바른 역할수행을 좌우한다 할 수 없으며, 국회의원을 유급직으로 하면서 지방의회의원을 명예직으로 한 것은 현행 헌법과 법률에서 정하고 있는 국회와 지방의회의 지위와 기능이 다르므로 그 성격을 달리 할 합리적인 근거가 있다.

(나) 자치법 제33조 제1항 제3호에서 지방의회의원이 국가공무원과 지방공무원을 겸직하지 못하도록 규정한 것은 지방의회의원과 일반공무원의 상이한 역할과 책임, 지방자치의 여건 등을 고려하여 헌법이 인정한 입법재량의 범위 내에서 정한 것으로 보아야 할 것이며, 국회법에서 국회의원이 국무위원을 겸할 수 있도록 허

헌재 1998. 4. 30. 97헌마100

용하고 있다고 하여도 국가 전체적인 문제를 다루는 국회(또는 국회의원)와 일정 지역의 문제를 다루는 지방의회(또는 지방의회의원)의 지위와 역할이 다르기 때문에 국회의원에 비하여 불합리한 차별을 규정한 것이라고 볼 수 없다.

(다) 자치법 제83조는 지방의회에 두는 사무직원을 지방의회의 의장의 추천에 의해 당해 지방자치단체의 장이 임명하도록 하고 있으나, 지방자치단체의 장과 지방의회의 관계는 헌법상의 입법부와 행정부 및 사법부간의 관계에 존재하는 것과 같은 권력분립의 원리에 기초하고 있는 것이 아니므로 국가의 3권분립의 경우와 같이 엄격한 견제와 균형의 원리가 적용된다고 볼 수 없고, 지방자치단체의 장의 지방의회 사무직원 임명은 집행기관의 장으로서가 아니라 지방자치단체의 통할 대표자로서의 지위에서 그 권한을 행사하는 것으로 보아야 할 것이며, 나아가 집행부와 의회 사무기구간에 직원의 순환교류를 통하여 상호협조를 증진하고 의회 기능의 활성화를 도모할 수 있다는 점까지 고려한 것이다.

(라) 자금법 제5조에 규정된 후원회 제도는 유권자의 정치참여의식의 고취와 정치자금 양성화를 위해 마련된 것으로, 후원회 구성을 어느 선거직까지 허용할 것인지는 국가 입법정책에 의하여 결정될 사항이고, 명예직인 지방의회의원에게 후원회제도를 두는 것은 자기 본연의 직업에 충실하면서 자치행정에 봉사한다는 명예직 본래의 취지에서 볼 때 적합하지 않다.

(마) 공선법 제53조는 지방의회의원이나 국회의원 또는 지방자치단체의 장 모두 같은 직으로 입후보하는 경우에는 현직을 보유하고 입후보 할 수 있으며, 국회의원이 지방자치단체의 장 또는

지방의회의원에 입후보 하거나 지방자치단체의 장이 지방의회의원이나 국회의원에 입후보 하는 등 다른 선거직으로 입후보 하는 경우에는 일정기일 전까지 사직하도록 똑같이 제한하고 있으므로, 청구인들의 평등권 위반 주장은 이유 없다.

3. 판 단

가. 먼저 심판청구의 적법여부에 관하여 본다.

(1) 헌법소원심판의 청구기간

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 동법 제69조 제1항은 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 법령에 대한 헌법소원은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받은 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241; 1996. 11. 28. 95헌마280, 판례집 8-2, 647).

(2) 자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호 및 제83조 제2항에 대하여

자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호 및 제83조 제2항은 모두 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 이래 현재

헌재 1998. 4. 30. 97헌마100

까지 시행되고 있는 법률조항이고, 이 사건 심판기록에 편철된 행정자치부장관의 사실조회 회신에 의하면 청구인들은 1995. 6. 27. 실시된 지방의회의원선거에서 당선되어 같은 해 7. 8.부터 대구광역시의회 의원의 임기를 개시하였으므로, 그 날로부터 위 법률조항으로 인하여 명예직으로 되는 한편 정무직 공무원을 비롯하여 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원의 직을 겸할 수 없는 겸직금지의 제한을 받게 되었고 또한, 청구인들의 주장에 의하면 지방의회의 사무직원에 대한 임명권한이 지방자치단체의 장에게 귀속됨에 따라 지방자치단체의 장에 대한 감독과 견제의 기능을 본질적으로 제약당하게 되었다.

그렇다면 청구인들이 지방의회의원으로서 임기를 개시한 1995. 7. 8.에 위 법률조항에 해당하는 사유가 발생하였다고 할 것이고, 이 사건 심판청구는 그 날로부터 180일이 지났음이 역수(曆數)상 명백한 1997. 3. 21.에야 비로소 청구되었으므로 위 법률조항들에 대한 심판청구는 청구기간을 경과한 것으로서 부적법하다.

(3) 자금법 제5조 제1항에 대하여

자금법 제2조는 누구든지 동 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부받을 수 없도록 규정하고 있으며, 동법 제3조 제8호는 후원회의 정의를 규정하면서 정당(시·도지부, 지구당 포함), 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자에 대한 정치자금의 기부를 목적으로 설립·운영되는 단체라고 하여 후원회의 목적이 될 수 있는 대상을 제한하고 있고, 동법 제5조 제1항은 정당의 중앙당과 시·도지부, 지구당 등으로 하여금 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘

수 있도록 하면서 다만, 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자가 후원회를 둔 경우에는 당해 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자가 대표자로 있는 지구당은 후원회를 둘 수 없도록 하고 있다.

이와 같이 자금법 제2조, 제3조 제8호, 제5조 제1항에 의하여 정당, 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자 이외에는 누구라도 후원회를 둘 수 없게 되었다.

그런데 자금법 제5조 제1항은 1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 이래 현재까지 시행되고 있고, 위 조항에 대한 청구인들의 위헌주장의 취지는 국회의원과 달리 지방의회의원들은 후원회를 둘 수 없도록 한 것이 불평등하다는 것인바, 그렇다면 늦어도 청구인들이 지방의회의원으로서 임기를 개시한 1995. 7. 8.에는 위 조항으로 인하여 후원회를 둘 수 없다는 제한을 받게 되어 청구인들 주장과 같은 평등권침해의 사유가 발생하였다고 할 것이고, 그 날로부터 180일이 훨씬 지난 뒤에 청구된 것이 분명하므로 위 조항에 대한 심판청구 역시 청구기간이 경과하여 부적법하다.

나. 다음 공선법 제53조 제1항 제1호에 대한 심판청구에 관하여 본다.

우리 재판소는 1995. 3. 23. 선고한 95헌마53사건의 결정에서 이미 이 조항이 합헌임을 선언한바 있고, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「공직선거및선거부정방지법 제53조 제1항 본문 및 제1호의 규정이 공무원으로서 공직선거의 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 90일까지 그 직(職)을 그만 두도록 한 것은 선거의 공정성과

헌재 1998. 4. 30. 97헌마100

공직의 직무전문성(職務專念性)을 보장함과 아울러 이른바 포말후보(泡沫候補)의 난립을 방지하기 위한 것으로서 그 필요성과 합리성이 인정되며, 그것이 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 그리고 같은 법 제 53조 제1항 단서에서 국회의원이 대통령선거나 국회의원선거, 지방의회의원이나 지방자치단체의 장이 당해 지방의회의원의 선거나 당해 지방자치단체의 장의 선거에 각 입후보하는 경우에는 예외적으로 그 직(職)을 보유한 채 입후보할 수 있도록 규정한 것은 다른 직(職)에 있던 사람들에 비하여 이들 경우에는 특히 그 각 선거에 입후보할 가능성이 커서 이러한 경우까지 선거일 전 90일까지 그 직을 모두 그만 두도록 한다면 그 직(職)에 대한 업무수행에 특히 큰 지장이 생길 것이라는 입법자의 판단에 따른 것이고, 이러한 입법자의 판단이 우리의 경험칙에 비추어 일반론, 개연성론(蓋然性論)으로 보아 잘못이라 보기는 어려우므로, 결국 이 사건 법률조항은 입법자가 동질적인 대상을 자의적으로 다르게 취급한 것이 아니라 여러 가지 사정을 고려하여 합리적으로 차등을 둔 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배되지 아니한다.」

공선법 제53조 제1항 본문은 위 결정이후인 1995. 4. 1. 법률 제4947호로 개정되었는데, 그 내용은 제53조 제1항 중 “선거일전 90일(전국구국회의원선거와 보궐선거등에 있어서는 후보자등록신청전까지)”을 “선거일전 90일(전국구국회의원선거와 비례대표시·도의원선거 및 보궐선거 등에 있어서는 후보자등록신청전까지)”로 한다는 것으로서, 이는 비례대표시·도의원제가 도입됨에 따른 손질에 불과하고 그 취지나 내용면에서는 아무런 변경이 없는 것이다.

살피건대, 이제 위 결정을 변경하여야 할 사정변경이 있다고 할 수 없고, 위 결정이유는 이 사건에도 그대로 타당하다 할 것이므로 위 조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 따라서 이 부분 심판청구는 이유 없다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 심판청구 중 자치법 제32조 제1항 본문 전단, 제33조 제1항 제3호, 제83조 제2항과 자금법 제5조 제1항에 대한 부분은 부적법하므로 모두 각하하고, 공선법 제53조 제1항 제1호에 대한 부분은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심)
고중석 신창언 이영모 한대현

특별소비세법시행령 제37조 제3항 등 위헌확인

(1998. 4. 30. 97헌마141 전원재판부)

【판시사항】

1. 법령의 집행행위가 재량행위인 경우 직접성요건의 충족 여부
2. 국세청장이 지정한 자가 제조한 납세병마개만을 사용하도록 규정하고 있는 특별소비세법시행령 제37조 제3항 단서 및 주세법시행령 제62조 제4항이 기본권침해의 직접성이 있는지의 여부(소극)
3. 위 법령에 따라 납세병마개 제조업자를 지정한 국세청고시의 법적 성격 및 심판의 대상
4. 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 원고적격

【결정요지】

1. 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행관청에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이 때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.

2. 만일 국세청장이 청구인을 납세병마개 제조자로 지정하였다면 청구인의 기본권이 침해될 여지가 없다는 점을 감안한다면, 청구인의 기본권침해는 이 사건 조항들에 의해서가 아니라 청구인을 배제하고 다른 경업자를 납세병마개 제조자로 지정한 국세청장의 지정행위에 의하여 비로소 발생하였음이 분명하다. 따라서 이 사건 조항들을 직접 심판대상으로 하는 이 사건 헌법소원은 직접성 요건을

갖추지 못하여 부적법하다.

3. 고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다고 보아야 한다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다. 이 사건 국세청고시는 특정 사업자를 납세병마개 제조자로 지정하였다는 행정처분의 내용을 모든 병마개 제조자에게 알리는 통지수단에 불과하므로, 청구인의 이 사건 국세청고시에 대한 헌법소원심판청구는 고시 그 자체가 아니라 고시의 실질적 내용을 이루는 국세청장의 위 납세병마개 제조자 지정처분에 대한 것으로 해석함이 타당하다.

4. 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 사건에서 보건대, 설사 국세청장의 지정행위의 근거규범인 이 사건 조항들이 단지 공익만을 추구할 뿐 청구인 개인의 이익을 보호하려는 것이 아니라는 이유로 청구인에게 취소소송을 제기할 법률상 이익을 부정한다고 하더라도, 청구인의 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상 이익이 된다 할 것이다.

【심판대상조문】

특별소비세법시행령(1976. 12. 31. 대통령령 제8408호로 제정되어 1996. 12. 31. 대통령령 제15185호로 개정된 것) 제37조(명령사항 등)

①~② 생략

③ 제2항의 규정에 의하여 국세청장이 지정한 과세물품을 제조하고자 하는 자는 납세 또는 면세사실을 표시하는 증지(이하 이 조에서 “증지”라 한다)를 붙여야 한다. 다만, 국세청장이 지정한 업체가 제조한 병마개를 사용하는 경우에는 증지를 붙인 것으로 보며, 관할 지방국세청장의 사용승인을 얻어 다음 각 호의 1에 해당하는 납세관리방법을 채택하여 사용하는 경우에는 증지를 붙이지 아니할 수 있다.

헌재 1998. 4. 30. 97헌마141

1. 자동계수기를 채택하여 사용(과세물품의 원·재료투입에서 제품생산까지의 과정이 일관화된 생산공정을 가진 경우에 한한다)하는 때
2. 수량관리전산시스템을 채택하여 사용(과세물품의 원·재료투입에서 제품생산까지의 과정이 일관화된 생산공정을 가진 경우에 한한다)하는 때

④~⑥ 생략

주세법시행령(1970. 7. 13. 대통령령 제5197호로 제정되어 1995. 12. 30. 대통령령 제14867호로 개정된 것) 제62조(납세증명표지) ①~③ 생략

④ 제1항의 납세병마개는 국세청장이 지정하는 자가 제조한 것을 사용하여야 한다.

⑤~⑥ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

행정소송법 제12조(원고적격) 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소를 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

【참조판례】

헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813

헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147

헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 449

대법원 1992. 12. 8. 선고 91누13700 판결; 1993. 7. 27. 선고 93누8139 판결

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 케이 피 에스

대표이사 신동립

대리인 법무법인 충정

담당변호사 황주명 외 3인

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인인 주식회사 케이 피 에스는 플라스틱 병마개 제조업을 영위할 목적으로 1997. 3. 17. 설립된 회사이다. 그런데 국세청장은 특별소비세법시행령 제37조 제3항, 주세법시행령 제62조 제4항과 위 규정들에 근거한 국세청고시 제1997-2호(1997. 2. 5.)에 의하여 특별소비세법 및 주세법 관련규정상 납세증명표지의 첩부와 동일한 효력이 인정되는 납세병마개의 제조자로 삼화왕관 주식회사와 세왕금속공업 주식회사 등 두 회사만을 지정하였다. 이에 따라 국세청장에 의하여 납세병마개 제조자로 지정을 받지 못한 다른 병마개 제조업자들이나 청구인과 같이 병마개 제조업을 개시하려는 신규업체들은 기업의 활동을 크게 제한받게 되었다. 이에 청구인은 특정업체를 납세병마개 제조자로 지정토록 규정하고 있는 특별소비세법시행령 제37조 제3항, 주세법시행령 제62조 제4항 및 국세청고시 제1997-2호의 위헌확인을 구하고자 1997. 5. 12. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 특별소비세법시행령(1976. 12. 31. 대통령령 제8408호로 제정되어 1996. 12. 31. 대통령령 제15185호로 개정된 것)

헌재 1998. 4. 30. 97헌마141

제37조 제3항 단서 중 국세청장의 병마개 제조자지정에 관한 부분, 주세법시행령(1970. 7. 13. 대통령령 제5197호로 제정되어 1995. 12. 30. 대통령령 제14867호로 개정된 것) 제62조 제4항(위 두 규정을 이하 ‘이 사건 조항들’이라고 한다)과 국세청고시 제1997-2호(1997. 2. 5.) (이하 ‘이 사건 국세청고시’라 한다)의 위헌여부이다.

특별소비세법시행령 제37조(명령사항 등) ③ 제2항의 규정에 의하여 국세청장이 지정한 과세물품을 제조하고자 하는 자는 납세 또는 면세사실을 표시하는 증지(이하 이 조에서 ‘증지’라 한다)를 붙여야 한다. 다만, 국세청장이 지정한 업체가 제조한 병마개를 사용하는 경우에는 증지를 붙인 것으로 보며, 관할 지방국세청장의 사용승인을 얻어 다음 각 호의 1에 해당하는 납세관리방법을 채택하여 사용하는 경우에는 증지를 붙이지 아니할 수 있다.

1. 자동계수기를 채택하여 사용(과세물품의 원·재료투입에서 제품생산까지의 과정이 일관화된 생산공정을 가진 경우에 한한다)하는 때
2. 수량관리전산시스템을 채택하여 사용(과세물품의 원·재료투입에서 제품생산까지의 과정이 일관화된 생산공정을 가진 경우에 한한다)하는 때

주세법시행령 제62조(납세증명표지) ④ 제1항의 납세병마개는 국세청장이 지정하는 자가 제조한 것을 사용해야 한다.

국세청고시 제1997-2호 (1997. 2. 5.)

납세병마개 제조자 지정 고시

주세법시행령 제62조 제4항의 규정과 특별소비세법시행령 제37조 제3항의 규정에 의한 납세병마개 제조자를 다음과 같이 지정하

고 이해관계인에게 고시합니다.

1997. 2. 5.

국 세 청 장

다 음

1. 납세병마개 제조자 지정

제 조 자 별	본 사 소 재 지	대표자	제 조 장 위 치
삼 화 왕 관 주 식 회 사	경기도안양시 동안구평촌동 126-1	이종범	○ 안양공장 경기도안양시동안구 평촌동 126-1 ○ 반월공장 경기도안산시성곡동 643-2
세왕금속공업 주 식 회 사	서울특별시 영등포구여의도동10	장도균	경상북도영천시망정동 390

2. 청구인의 주장

(1) 이 사건 국세청고시는 이 사건 조항들과 결합하여 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 규율하는 하나의 법규명령을 구성하여 청구인의 직업선택의 자유 등 기본권을 직접 침해하고 있다.

만일 청구인의 기본권이 국세청장의 납세병마개 제조자 지정행위라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 침해되는 것으로 본다면, 청구인은 지정행위의 상대방도 아니고 동 지정행위로 말미암아 특정한 권리를 박탈당하거나 의무를 부담하는 것도 아니므로, 청구인이 행정쟁송의 방법으로 국세청장의 지정행위를 다룰 수 있는지가 확실치 아니하다. 비록 행정쟁송으로 국세청장의 지정행위의 취소를 청구할 수 있다고 하더라도, 국세청장으로 하여금 임의로 납세병마개 제조자를 지정하도록 한 이 사건 조항들과 이 사건 국세청고시 자체가 위헌으로 선언되고 납세병마개 제조자 지정에 관한 합리적인 절차가 마련됨으로써 청구인이 납세병마개 제조자로 지정될 수 있는 길이 열리지 않는 한, 청구인이 현재 침해받고

있는 기본권이 궁극적으로 구제될 수는 없다.

따라서 이 사건 조항들과 이 사건 국세청고시가 청구인의 기본권을 직접 침해한다고 볼 수 없다고 하더라도, 청구인이 이 사건 조항들과 국세청고시에 대하여 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구를 하는 외에는 청구인의 기본권침해를 구제받을 실효적인 다른 구제절차가 존재하지 않거나 존재하더라도 지나치게 우회적인 구제절차를 강요하는 경우에 해당한다고 보아 직접성의 예외로서 이 사건 헌법소원심판청구는 허용되어야 한다.

(2) 모법에 아무런 위임이 없음에도 불구하고 시행령이 국세청장에게 임의로 납세병마개 제조자를 지정하도록 규정함으로써 그 지정을 받은 업체로 하여금 납세병마개 제조업을 독점할 수 있도록 한 이 사건 조항들은 위임입법의 한계를 벗어난 위헌적인 규정이라고 보아야 한다.

(3) 모든 병마개 제조자들이 그를 납세병마개 제조자로 지정해 줄 것을 신청할 수 있는 길이 열려 있고, 그 지정신청에 대하여 객관적인 기준에 따라 국세청장이 이를 심사하여 위 두 회사를 납세병마개 제조자로 지정하였다면 누구든 위 지정행위를 나무라지 못 할 것이다. 그러나 국세청장의 위 두 회사에 대한 납세병마개 제조자 지정행위는 다른 병마개 제조자들에게 신청의 기회마저 주지 아니한 채 그의 자의적 판단에 따라 한 것이므로 납세병마개의 제조에 대한 균등한 기회를 잃게 된 다른 병마개 제조업체들의 평등권을 침해한 것이다.

(4) 이 사건 조항들과 이 사건 국세청고시에 의하면 결국 국세청장의 납세병마개 제조자 지정이 병마개 제조업체에게 일정한 자

격요건 등을 요구한다든지 하는 합리적인 신청절차와 심사기준에 따라 이루어지는 것이 아니라 오로지 국세청장의 자의적인 판단에 따라 결정될 수 있도록 되어 있다. 이는 곧 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

3. 판 단

가. 이 사건 조항들에 대한 심판청구의 적법성

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항 단서는 “다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다”고 하여 헌법소원심판청구에 있어서의 보충성원칙을 규정하고 있다. 다만, 법령에 대한 헌법소원에 있어서는 다른 구제절차가 없기 때문에 보충성의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 보충성의 원칙이 적용되지 않는다고 하여 법령에 대한 헌법소원이 아무런 조건없이 허용되는 것은 아니고 ‘기본권침해의 직접성’의 요건이 갖추어져야 한다.

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 제기하여 구제절차를 밟는 것이 순서이다. 다만, 법령을 집행하는 행위가 존재하지 아니하고 바로 법령으로 말미암아 직접 기본권이 침해되

는 예외적인 경우에만 직접 법률에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 참조). 특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.

물론 법령의 집행행위를 기다렸다가 그 집행행위에 대한 권리구제절차를 밟을 것을 국민에게 요구할 수 없는 경우에는 예외적으로 기본권침해의 직접성이 인정될 수 있다. 예컨대, 형법상의 법률조항은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체에 의하여 국민의 신체의 자유를 제한하는 것이 아니라 넓은 의미의 재량행위(법관의 양형)의 하나인 형법조항의 적용행위라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한되는 것이지만, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 집행행위가 재량행위임에도 불구하고 법령에 의한 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154 참조).

(2) 특별소비세법시행령 제37조 제3항 단서는 “다만, 국세청장이 지정한 업체가 제조한 병마개를 사용하는 경우에는 증지를 붙인 것으로 보며, ……”라고 규정하고 있고, 주세법시행령 제62조

제4항은 “제1항의 납세병마개는 국세청장이 지정하는 자가 제조한 것을 사용해야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 국세청장에게 지정권한을 부여하는 이 사건 조항들에 의하여 발생하는 것이 아니라, 이 사건 조항들이 부여한 재량권을 구체적으로 행사한 별도의 집행행위인 국세청장의 납세병마개 제조자 지정·고시에 의하여 비로소 현실적으로 발생한다고 보아야 한다. 이 사건 조항들은 집행관청인 국세청장의 의사에 따라 청구인의 기본권이 경우에 따라서는 침해될 수 있는 가능성만을 규정하고 있을 뿐, 이 사건 조항들 자체가 청구인의 기본권에 대한 침해행위를 직접 규정하고 있지는 않기 때문이다. 다시말하면 이 사건 조항들은 일방적으로 기본권을 제한하거나 의무를 부과하는 규정이 아니라 국세청장의 지정여부에 따라 혜택과 불이익의 가능성을 동시에 담고 있는 복효적 성격을 지닌다. 그러므로 만일 국세청장이 청구인을 납세병마개 제조자로 지정하였다면 청구인의 기본권이 침해될 여지가 없다는 점을 감안한다면, 청구인의 기본권침해는 이 사건 조항들에 의해서가 아니라 청구인을 배제하고 다른 경업자를 납세병마개 제조자로 지정한 국세청장의 지정행위에 의하여 비로소 발생하였음이 분명하다. 따라서 이 사건 조항들을 직접 심판대상으로 하는 이 사건 헌법소원은 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 이 사건 국세청고시에 대한 심판청구의 적법성

(1) 청구인은 이 사건 국세청고시가 이 사건 조항들과 결합하여 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 규율하는 하나의 법규명령을 구성한다고 주장한다. 그러나, 고시 또는 공고가 언제나 명령이나

규칙의 성격을 가지는 것은 아니다. 고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다고 보아야 한다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다. 헌법재판소도 “법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 한 상위법령과 결합하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다”(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 449)고 판시함으로써, 고시가 그 실질적 내용에 있어서 일반·추상적 성격을 가질 때에는 이를 법규명령으로 판단하였다.

그러나 이와는 달리, 관보 등에의 고시의 방법으로 효력이 발생하도록 되어 있는 행정처분은 외부에 그 의사를 표시함으로써 효력이 불특정 다수인에 대하여 동시에 발생하고 제소기간 또한 일률적으로 진행하게 된다. 이 사건 국세청고시 또한 이러한 성격을 갖는 것으로서 특정 사업자를 납세병마개 제조자로 지정하였다는 행정처분의 내용을 모든 병마개 제조자에게 알리는 통지수단에 불과하므로, 청구인은 이 사건 고시 자체를 다룰 것이 아니라 이 사건 고시를 통하여 국세청장이 행한 납세병마개 제조자의 지정행위라는 행정처분을 법적 쟁송의 대상으로 삼아야 한다. 따라서 청구인의 이 사건 국세청고시에 대한 헌법소원심판청구는 고시 그 자체가 아니라 고시의 실질적 내용을 이루는 국세청장의 위 납세병

마개 제조자 지정처분에 대한 것으로 해석함이 타당하다.

(2) 국세청장의 지정행위는 공권력의 행사로서 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 그러나 헌법소원심판은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구를 해야 한다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 행정소송법 제12조는 “취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다”고 규정하고 있는데, 대법원판례와 학계의 다수설이 취하는 ‘법률상 보호이익설’에 의하면 여기서의 ‘법률상의 이익’이란 법에 의하여 보호되는 이익(대법원 1992. 12. 8. 선고, 91누13700 판결; 1993. 7. 27. 93누8139 판결 등), 즉, 실정법을 근거로 하여 성립하는 공권을 뜻하므로, 비록 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자라도 당해처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다고 하겠다. 위와 같이 ‘법률상 보호이익설’은 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자의 원고적격을 판단함에 있어서 주관적 공권의 성립여부를 그 기준으로 삼고 있는데, 여기서 공권이란 행정청의 특정 의무를 규정하는 객관적인 법규범이 존재하고 그 법규범이 공익뿐만 아니라 사익의 보호도 의도하고 있는 경우에 비로소 인정된다 하겠다.

이 사건에서 보건대, 설사 국세청장의 지정행위의 근거규범인 이 사건 조항들이 단지 공익만을 추구할 뿐 청구인 개인의 이익을 보호하려는 것이 아니라는 이유로 청구인에게 취소소송을 제기할 법률상 이익을 부정한다고 하더라도, 국세청장의 지정행위는 행정청이 병마개 제조업자들 사이에 특혜에 따른 차별을 통하여 사경제 주체간의 경쟁조건에 영향을 미치고 이로써 기업의 경쟁의 자

유를 제한하는 것임이 명백한 경우에는 국세청장의 지정행위로 말미암아 기업의 경쟁의 자유를 제한받게 된 자들은 적어도 보충적으로 기본권에 의한 보호가 필요하다. 따라서 일반법규에서 경쟁자를 보호하는 규정을 별도로 두고 있지 않은 경우에도 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상의 이익이 된다 할 것이다.

(3) 그러므로 청구인은 국세청장의 지정처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있고, 이러한 행정소송절차는 청구인이 침해되었다고 주장하는 기본권을 효율적으로 구제할 수 있는 권리구제절차라 할 것이다. 따라서 그러한 구제절차를 거치지 아니하고 제기된 이 사건 국세청고시에 대한 헌법소원 심판청구는 보충성요건이 결여되어 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 모두 부적합하다 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 의견 일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형
정경식 고종석 신창언 이영모 한대현

의료보험법 제33조 제1항 위헌제청

(1998. 5. 28. 96헌가1 전원재판부)

【판시사항】

의료보험 요양기관 지정의 취소를 규정하고 있는 의료보험법 제33조 제1항이 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등에 위반되는지 여부 (적극)

【결정요지】

의료보험요양기관의 직업수행의 자유를 제한하는 그 지정취소의 경우, 국회는 그 취소의 사유에 관하여 국민들의 정당한 의료보험 수급권의 보호·보험제정의 보호 및 의료보험 수급질서의 확립이라는 공공복리 내지 질서유지의 필요와 그 지정취소로 인하여 의료기관 등이 입게 될 불이익 등을 비교형량하여 일반 국민이 그 기준을 대강이라도 예측할 수 있도록 법률로서 명확히 정하여야 하고, 하위 법령에 위임하는 경우에도 그 구체적인 범위를 정하였어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에서는 그 지정취소 사유의 대강이라도 예측할 수 있게 규정하지 아니한 채 보건복지부장관에게 포괄적으로 백지위임하고 있으므로, 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반되고, 나아가 우리 헌법상의 기본원리인 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 의회입법의 원칙 등에 위배된다고 할 것이다.

【심판대상조문】

의료보험법 제33조(요양기관 지정의 취소) ① 보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수 있다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가1

② 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제37조 제2항, 제40조, 제75조, 제95조

의료보험법 제1조(목적) 이 법은 국민의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 한다.

의료보험법 제33조(요양기관지정의 취소) ① 생략

② 보건복지부장관은 요양기관이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 그 요양기관의 지정을 취소할 것을 보험자 또는 보험자단체에 명할 수 있다.

1. 제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때
2. 제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 관계 공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때

【참조판례】

헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336

헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53

헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원(95부1047 위헌심판제청신청)

제청신청인 이영주

대리인 변호사 유정동 외 1인

복대리인 변호사 은창용

당해사건 위 법원 95구3895 의료보험요양기관지정취소처분취소

【주 문】

의료보험법 제33조 제1항은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인 이영주는 1980년 의사면허를, 1984년 신경정신과 전문의 자격을 각 취득하고 1993. 4. 3.경부터 부산 동래구 연산5동 1287의 16 지상 건물 2층에서 이영주신경정신과의원을 개설·운영하는 자이다. 그런데 위 이영주가 의료보험법상 요양기관으로 지정받아 위 의원을 운영하던중, 부산광역시로부터 1994. 12. 7.부터 같은 달 9.까지 의료보험급여사항에 관하여 현지조사를 받는 과정에서 본인부담금수납대장을 비치하지 아니한 사실이 확인되어, 신청의 의료보험연합회는 1995. 2. 8. 의료보험요양기관지정취소기준(1993. 4. 26. 보사부훈령 제683호) 제2조에 따라 위 이영주에게 의료보험요양기관지정취소처분(재지정금지기간 : 1995. 2. 22. - 같은 해 5. 21.)을 하였다. 이에 위 이영주는 같은달 14. 서울고등법원에 위 의료보험연합회의 처분의 취소를 구하는 청구소송(95구3895)을 제기하고, 그 재판계속중 의료보험법 제33조 제1항의 위헌여부가 위 재판의 전제가 된다고 하며 1995. 10. 4. 위헌심판제청신청을 하였다. 서울고등법원은 같은 해 12. 21. 위 신청을 받아 들어 위 법률조항이 위헌의 의심이 있다고 하여 이 사건 위헌여부심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 의료보험법(이하 “법”이라 한다) 제33조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

법 제33조(요양기관지정의 취소) ① 보험자 또는 보험자단체는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 지정을 취소할 수

있다.

② 보건복지부장관은 요양기관이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 요양기관의 지정을 취소할 것을 보험자 또는 보험자단체에 명할 수 있다.

1. 제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때
2. 제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 관계공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때

2. 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

이 사건 법률조항은 요양기관의 지정의 취소에 관하여 구체적인 범위를 정하여 위임함이 없이, 취소사유와 재지정금지기간에 관하여 일반적인 규정조차 없이 모든 사항을 보건복지부장관에게 위임하는 소위 백지위임 또는 포괄위임을 한 것으로서 헌법 제75조에 위반된다고 볼 여지가 있다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 위 보사부훈령인 “의료보험요양기관지정취소기준”은 법 제33조 제2항에 근거하여 같은 항 각 호의 1에 해당하는 사항의 구체적인 처분기준을 규정한 것이고, 위 기준과 보건복지부장관의 요양기관지정취소 지시문서에 의거하여 의료보험연합회가 제청신청인에게 행한 위 요양기관지정취소처분은 이 사건 법률조항인 법 제33조 제1항이 아니라 같은 조 제2항에 근거하여 행한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 위 당해사건의 재판의 전제가 된 사실

이 없으므로 이 사건 위헌여부심판제청은 부적법하여 각하되어야 한다.

(2) 이 사건 법률조항을 형식적으로 보면 포괄위임을 한 것으로 볼 여지가 없는 것은 아니나, 법 제33조 제2항에서는 요양기관이 법 제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 부정이 있을 때나 법 제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 관계공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때 등으로 구체적으로 그 범위를 한정하여 위임하고 있고, 그에 따라 보건복지부장관이 정한 의료보험요양기관지정 취소기준(1993. 4. 26. 보사부훈령 제683호) 제1조(목적)에서도 이 기준은 의료보험법 제33조의 규정에 의하여 요양기관지정을 취소하는 기준, 절차, 기타 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면 법 제33조 제1항과 같은 조 제2항이 각각 별개의 지정취소의 범위를 정한 것이 아님이 명백하고, 따라서 이 사건 법률조항이 헌법 제75조에 위반된다고 할 수는 없다.

3. 판 단

가. 재판의 전제성 인정 여부

법원의 위헌여부심판제청에 있어서 위헌여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지 여부는, 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 그 제청을 부적법하다고 하여 각하할 수 있다 (헌재 1996. 10. 4. 96헌가6, 판례집 8-2, 308, 321).

헌재 1998. 5. 28. 96헌가1

이 사건의 경우, 제청법원은 위 요양기관지정취소처분의 근거 법률조항을 법 제33조 제2항이 아니라 이 사건 법률조항으로 보아 그 법률조항에 대하여 위헌여부심판제청을 하여 왔다. 또한 법 제32조, 제33조 제1항은 요양기관의 지정 및 그 지정취소의 주체를 보험자 또는 보험자단체라고 규정하고 있고, 법 제33조 제2항은 보건복지부장관의 요양기관지정취소 명령의 상대방을 요양기관이 아니라 보험자 또는 보험자단체라고 규정하고 있는바, 위 법규정들의 문언 형식이나 체계를 감안하면 이 사건 법률조항인 법 제33조 제1항은 요양기관지정의 취소에 관한 일반적 규정으로, 같은 조 제2항은 그 취소와 관련된 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정으로 봄이 옳다.

그렇다면, 이 사건 위헌여부심판제청은 제청법원의 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 재판의 전제성 요건은 구비되었다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 직업수행의 자유 제한과 위임입법

법 제29조 제2항, 제32조는 의료보험의 요양급여는 부득이한 경우를 제외하고는 요양기관(보험자 또는 보험자단체가 지정한 보건기관·의료기관 또는 약국이나 보험자단체가 설치·운영하는 의료기관)만이 할 수 있도록 규정하고 있으며, 법 제35조는 요양기관만이 그 요양급여비용을 청구할 수 있고 요양급여 또는 분만급여에 관한 비용은 보건복지부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 정한 기준에 의하여 산정한 금액으로 하도록 규정하고 있다.

따라서 전국민을 상대로 의료보험이 실시되고 있는 우리나라의

의료보험체계하에서(법 제4조, 다만, 공무원및사립학교교직원의료보험법에 의한 피보험자와 그 피부양자, 의료보호법에 의하여 의료보호를 받는 자, 독립유공자에우에관한법률 및 국가유공자등에우및지원에관한법률에 의하여 의료보호를 받는자 등은 법의 적용대상은 아니나, 그들 역시 위 법률 등에 의하여 의료의 수혜자가 된다) 의료기관으로서는, 요양기관의 지정이 취소되고 일정기간동안 재지정이 금지되면, 의료보험환자의 진료와 치료 등을 하지 못하게 됨으로써 막대한 수입의 감소를 가져와 그 운영에 큰 지장을 초래하게 되므로, 요양기관지정의 취소는 의료기관 개설자에게는 막대한 불이익을 주는 제재적 처분으로서 헌법이 보장하고 있는 직업선택의 자유의 한 내용인 직업수행의 자유를 제한하는 것이라 할 수 있다.

그런데 문제는 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 제한하는 요양기관의 지정취소 사항을 모두 직접 법률로 규정하지 아니하고 입법위임을 하고 있으며, 그 위임입법의 형식도 “대통령령”, “총리령” “부령” 등과 같이 구체적으로 위임할 하위법령을 특정하지 아니하고 다만 “보건복지부장관이 정하는 바에 따라” 라고만 불분명하게 규정하고 있을 뿐이어서, 문언만으로는 보건복지부령으로 정하라는 것인지 보건복지부의 내부 행정규칙으로 정하라는 것인지 분명하지 아니하다는데 있다.

그러므로 이 사건에서 핵심적인 쟁점이 되는 것은 이 사건 법률조항과 같은 불분명한 형식의 위임입법으로 직업수행의 자유를 제한하는 것이 위임입법의 한계를 일탈하는 것이 아닌지 여부로서, 결국 이 사건 법률조항이 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등에 위배되는지의 여부라 할 것이다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가1

(2) 헌법상 위임입법의 법리와 그에 대한 통제

우리 헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하면서, 아울러 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”, 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 각 규정함으로써 행정기관으로서 위임입법을 인정하고 있는데, 우리 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 것이다.

한편 현대국가의 특질의 하나로서, 국회의 입법기능이 저하되고 이와는 상대적으로 행정부에 의한 입법기능이 확대·강화되고 있다는 지적은 어제 오늘의 일이 아니고 우리나라에서만 한정된 문제가 아니라 각국의 공통된 현상이기도 하다. 그러나 위임입법의 양적 증대와 질적 고도화라고 하는 정치수요의 현대적 변용에 대한 제도적 대응이 불가피하다고 하더라도, 권력분립이라는 헌법상의 기본원리와의 조정 또한 불가피하다. 따라서 위와 같은 정치적·행정적 수요에 발맞추어 위임입법을 허용하되 그와 함께 권력분립의 원리를 구현하기 위하여나 법치주의의 원리를 수호하기 위하여 위임입법에 대한 통제도 필요하다. 위임입법의 수요가 강하면 강할수록 그에 비례하여 위임입법에 대한 통제의 필요성 또한 강하게 요구되는 것이다.

외국의 위임입법에 관한 입법례 및 운용현실을 보더라도, 대체

적으로 입법부가 기본적이고 본질적인 정책을 결정하여 그에 관한 중요한 기준이 되는 것은 직접 규정하고, 기술적·세부적인 사항이나 긴급한 대처를 필요로 하는 사항 등은 그에 대응함에 적합한 행정부로의 위임입법을 허용하되, 그 행정입법절차는 입법부의 입법절차에 비견되는 절차를 요구·반영하고 있으며 아울러 행정입법을 하기에 앞서 입법부에서 통제할 수 있는 수단을 나라마다 광협의 차이는 있을지라도 다양하게 마련하여, 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 민주주의의 원리와의 조화를 도모하고 있다.

그런데 과거 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 행정부에서 마련해 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고, 그로 말미암아 위임입법이 양산된 것이 헌정의 현실인데, 이에 대하여는 다수의 학자들이 “법률에 의한 행정”이라기 보다 “행정규칙에 의한 행정” 또는 “행정규칙으로의 도피”라고 많은 비판을 하고 있기도 하다.

한편 행정절차법은 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있도록(제45조) 규정하고 있으나, 고시나 훈령 등 행정규칙을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니한다. 법규명령과 행정규

헌재 1998. 5. 28. 96헌가1

칙의 이러한 행정절차상의 차이점 외에도 법규명령은 법제처의 심사를 거치고(대통령령은 국무회의에 상정되어 심의된다) 반드시 공포하여야 효력이 발생되는데 반하여, 행정규칙은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력을 발생하게 된다는 점에서 차이가 있다. 또한 우리나라에서는 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 아니하다. 이상과 같은 여러 가지 사정을 종합하면 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령” “총리령” “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 이 사건 법률조항처럼 다만 “보건복지부장관이 정하는 바에 따라”와 같은 형식으로 입법위임을 함으로서 법규명령에 위임한 것인지 행정규칙에 위임한 것인지 분명하지 아니하도록 하여서는 아니 될 것이고, 그렇게 위임한 경우에는 그 법률의 위임입법의 한계 일탈여부를 판단함에 있어 보다 엄격하게 심사하여야 할 것이다.

(3) 위임입법의 한계 일탈 여부

우리 헌법 제75조의 규정 취지는 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문에, 위와 같은 결과를 사전에 방지하고자 함에 있다. 따라서 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다고 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 위임된 법규명령 등으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라

도 당해 법률로부터 법규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조), 이 경우에 있어 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 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; 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 165-166 참조).

이 사건 법률조항은 그 성질이 위에서 살펴본 바와 같이 직업선택의 자유 제한에 관한 것이고, 요양기관 지정취소의 문제는 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 있는 경우도 아니므로 입법위임은 보다 엄격한 형식에 의한 것이어야 한다. 그런데 관련 법조항을 유기적·체계적으로 살펴보아도 위임된 법규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수가 없다.

즉, 요양기관 지정의 취소 사유에 관련된 법조항으로는 법 전체의 입법목적을 규정한 법 제1조와 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정인 법 제33조 제2항이 있을 따름이다. 그런데 법 제1조는 “이 법은 국민의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있을 뿐이므로 위 법조항만으로는 보험자 또는 보험자단체가 어떠한 경우에 요양기관의 지정을 취소할 수 있는지 예측할 수 없고, 다만 감독규정인 법 제33조 제2항에 규정된 사유로서 위임된 법규명령 등에 규정될 취소사유의 일부를 예측할 수 있을 뿐이다. 법 제33

헌재 1998. 5. 28. 96헌가1

조 제2항은, 보건복지부장관은 요양기관이 “1. 제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때, 2. 제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 관계공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때”의 하나에 해당할 때에는 그 요양기관의 지정을 취소할 것을 보험자 또는 보험자단체에 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 보험자 또는 보험자단체가 요양기관의 지정을 취소할 수 있는 사유로 상정할 수 있는 것으로는 위 사유들 외에도 요양기관으로 지정받은 의료기관 등이 폐업된 때, 의료법 또는 약사법에 의하여 업무정지, 폐쇄 또는 개설허가취소를 받은 때, 의료기관 등의 개설자가 면허자격정지 또는 면허취소 처분을 받은 때, 의료기관의 개설자가 법인의 대표가 아닌 경우로서 고령 또는 건강상의 이유로 환자진료에 현저히 지장을 초래할 우려가 있다고 인정될 때, 기타 지정을 받은 요양기관이 지정의 제한, 이종지정금지 등의 관련법조항에 해당되었음이 확인된 때 등이 있을 수 있다(실제로도 보건복지부장관이 정한 의료보험요양기관 관리규정에는 이러한 사유들을 요양기관지정의 취소사유로서 규정하고 있으며, 제청신청인은 본인부담금 수납대장을 비치하지 아니하였다는 사유로서 요양기관의 지정이 취소되었다). 또한 위에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 보험자 또는 보험자단체의 요양기관지정취소에 관한 일반적 규정이고 법 제33조 제2항은 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정이므로 그 취소 사유를 정하는데 있어서 감독규정인 법 제33조 제2항의 사유가 전적인 기준이 될 수도 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 위임입법의 한계를 일탈한 것이다.

즉, 의료보험요양기관의 직업수행의 자유를 제한하는 그 지정취소의 경우, 국회는 그 취소의 사유에 관하여 국민들의 정당한 의료보험수급권의 보호·보험재정의 보호 및 의료보험 수급질서의 확립이라는 공공복리 내지 질서유지의 필요와 그 지정취소로 인하여 의료기관 등이 입게 될 불이익 등을 비교형량하여 일반 국민이 그 기준을 대강이라도 예측할 수 있도록 법률로서 명확히 정하여야 하고, 하위 법령에 위임하는 경우에도 그 구체적인 범위를 정하여야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에서는 그 지정취소 사유의 대강이라도 예측할 수 있게 규정하지 아니한 채 보건복지부장관에게 포괄적으로 백지위임하고 있으므로, 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반되고, 나아가 우리 헌법상의 기본원리인 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 의회입법의 원칙 등에 위배된다고 할 것이다.

4. 결 론

결국 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호
위헌제청, 자동차손해배상보장법 제3조
단서 제2호 위헌소원

(1998. 5. 28. 96헌가4, 97헌가6·7, 95헌바58(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 승객이 사망하거나 부상한 경우에는 승객이 아닌 자의 경우와는 달리 운행자에게 무과실책임을 지우고 있는 자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호가 자유시장 경제질서에 위반되는지 여부(소극)
2. 위 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 사회국가원리를 수용하고 있는 우리 헌법의 이념에 비추어, 일반불법행위책임에 관하여는 과실책임의 원리를 기본원칙으로 하면서 이 사건 법률조항과 같은 특수한 불법행위책임에 관하여 위험책임의 원리를 수용하는 것은 입법정책에 관한 사항으로서 입법자의 재량에 속한다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 위험책임의 원리에 기하여 무과실책임을 지운 것만으로 자유시장 경제질서에 위반된다고 할 수 없다.

2. 이 사건 법률조항이 자동차의 운행을 지배하고 그 운행이익을 받으면서 승객의 동승에 적어도 추상적·간접적으로 동의하여 승객을 자동차의 위험권 안에 받아들인 운행자로 하여금 그 과실 유무를 묻지 않고 무상·호의동승자를 포함한 모든 승객의 손해를 배상하도록 한 것은 운행자의 재산권의 본질적 내용을 침해한 것으로

볼 수 없고, 사회국가원리를 수용한 헌법이념에 따라 공공복리를 위하여 필요한 최소한도의 합리적인 제한이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 운행자의 재산권을 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

3. 승객은 자동차에 동승함으로써 자동차의 위험과 일체화되어 승객이 아닌 자에 비하여 그 위험이 더 크다는 점에서 본질적 차이가 있고, 과실 있는 운행자나 과실 없는 운행자는 다 같이 위험원인 자동차를 지배한다는 점에서는 본질적으로 차이가 없으므로, 이 사건 법률조항이 승객을 승객이 아닌 자와 차별하고 과실 있는 운행자와 과실 없는 운행자에게 다 같이 승객에 대한 무과실책임을 지게 한 데에는 합리적인 이유가 있고, 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

자동차손해배상보장법(1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정된 것) 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 생략
2. 승객이 사망하거나 부상한 경우에 있어서 그것이 그 승객의 고의 또는 자살행위로 말미암은 것인 때

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제119조 제1항

자동차손해배상보장법(1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정된 것) 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상할 경우에 있어서 자기 및 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리하지 아니하고 피해자 또는 자

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며 또한 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 장애가 없었다는 것을 증명한 때

2. 생략

【참조판례】

2. 헌재 1998. 2. 27. 95헌바32, 공보 26, 229

【당 사 자】

- 제청법원 1. 수원지방법원(96헌가4)
2. 서울지방법원 남부지원(97헌가6)
3. 전주지방법원 정읍지원(97헌가7)
- 제청신청인 1. 엘지화재해상보험 주식회사(96헌가4)
대표이사 민수기
대리인 변호사 유효봉
2. 동양화재해상보험 주식회사(97헌가6)
대표이사 박종익
대리인 법무법인 한미합동법률사무소
담당변호사 이승규
3. 이상연(97헌가7)
소송대리인 변호사 유대희
- 청 구 인 엘지화재해상보험 주식회사(95헌바58)
대표이사 민수기
대리인 변호사 김현 외 1인
복대리인 변호사 송해연
- 당해사건 1. 수원지방법원 95가합15684 손해배상(자)(96헌가4)
2. 서울지방법원 남부지원 96가단253 손해배상(자)(97헌가6)
3. 전주지방법원 정읍지원 96가합1257 손해배상(자)(97헌가7)
4. 서울지방법원 95나26604 손해배상(자)(95헌바58)

【주 문】

자동차손해배상보장법(1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정된 것) 제3조 단서 제2호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 96헌가4 사건

청구의 강수영이 그 소유의 포터화물차를 운전하던중 청구의 김현수가 운전하던 청구의 김원갑 소유의 티코승용차를 들이받아 위 승용차에 타고 있던 청구의 최꽃씨가 사망하자, 그 상속인들인 청구의 최만규 등 4인은 위 김원갑의 보험자인 제청신청인 엘지화재해상보험 주식회사를 상대로 수원지방법원에 손해배상청구소송(95가합15684)을 제기하여, 그 소송계속중 위 제청신청인은 자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호(1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정된 것, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 재판의 전제가 된다고 하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청을 신청하였고, 위 법원은 이를 받아들여 이 사건 법률조항에 대하여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(2) 97헌가6 사건

청구의 백승호가 청구의 강정자 소유의 승용차를 운전하던중 청구의 신흥식이 운전하던 청구의 주식회사 칠인전자 소유의 화물차를 들이받아 위 화물차에 타고 있던 청구의 문한조 등 4인이 상해를 입은 사고가 발생하자, 위 문한조 등 4인과 그의 아버지인 청구의 문병섭, 그 동생인 청구의 문한용 등 6인은 위 회사의 보험자인 제청신청인 동양화재해상보험 주식회사를 상대로 서울지방법원 남부지원에 손해배상청구소송(96가단253)을 제기하여, 그 소송계속중

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

위 제청신청인은 이 사건 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청을 신청하였고, 위 법원은 이를 받아들여 이 사건 법률조항에 대하여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(3) 97헌가7 사건

청구의 이상영이 충남1고 7217호 승용차를 운전하던중 제청신청인 이상연이 운전하던 그 소유의 전북1도 1195호 승용차를 들이받아 위 제청신청인의 승용차에 타고 있던 청구외 최선중, 오종필이 사망하자, 그 상속인들인 청구외 안점이 등 6인은 제청신청인 이상연을 상대로 전주지방법원 정읍지원에 손해배상청구소송(96가합1257)을 제기하여, 그 소송계속중 위 제청신청인은 이 사건 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청을 신청하였고, 위 법원은 이를 받아들여 이 사건 법률조항에 대하여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

(4) 95헌바58 사건

청구의 최민준 등 4인은 청구외 임호가 운행하는 자동차의 승객으로서 입은 손해에 관하여 서울지방법원 서부지원에 위 임호의 보험자인 청구인을 상대로 손해배상 청구소송(94가단7198)을 제기하여 위 법원은 1994. 3. 30. 원고들의 일부승소판결을 선고하였다. 청구인은 이에 불복하여 위 최민준을 상대로 항소를 제기한 후 서울지방법원에 그 소송(95나26604)이 계속중 이 사건 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청을 신청하였다. 서울지방법원은 1995. 12. 6. 위 제청신청을 기각하였고(95카기4853), 청구인은 같은 달 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호(1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정된 것)이고 그 규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상할 경우에 있어서 자기 및 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리하지 아니하고 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으며 또한 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 장애가 없었다는 것을 증명한 때

2. 승객이 사망하거나 부상한 경우에 있어서 그것이 그 승객의 고의 또는 자살행위로 말미암은 것인 때

2. 제청법원의 위헌제청이유와 청구인 등 관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유(96헌가4, 97헌가6·7)

(1) 이 사건 법률조항에서 말하는 승객의 개념에 무상동승자 및 호의동승자를 포함할 경우, 자동차의 운행자 또는 운전자에게 전혀 과실이 없더라도 손해배상책임을 부담시키는 것은 위험책임의 법리 또는 보상책임의 법리를 너무 확대하여 적용함으로써 재산권 보장 및 평등의 원칙에 비추어 과잉입법으로 위헌이다(96헌가4).

(2) 이 사건 법률조항에 의하여 교통사고가 피해자 또는 제3자의 전적인 과실로 말미암아 발생한 경우에도 과실 없는 운행자는

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

승객에 대한 손해배상책임을 지게 되고, 특히 과실 있는 자동차의 운전자 등에게 자력이 없을 때에 과실 없는 운행자는 전혀 구상할 수 없게 되어, 과실책임 및 자기책임의 원칙에 위반됨으로써 재산권보장에 관한 헌법 제23조 제1항, 경제질서에서 개인과 기업의 자유와 창의를 존중하는 헌법 제119조 제1항에 위반된다.

또한 일본과 독일은 승객과 승객 아닌 자를 구별하지 아니하고 있는데, 이 사건 법률조항은 승객과 승객 아닌 자를 지나치게 차별대우하고 있어서 평등의 원칙에도 위반된다(97헌가6).

(3) 일본과 독일의 입법례에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항은 운행자에게 승객에 대하여 거의 완전한 무과실책임을 지우는 것으로서 평등의 원칙 및 재산권 보장을 규정한 헌법규정에 위반된다. 특히 무상승객이 이 사건 법률조항의 승객에 포함되는 것으로 해석된다면 이는 무상승객을 다른 자동차의 운전자나 승객, 일반 보행자 등과 합리적 이유 없이 차별하여 위헌성이 더욱 커진다(97헌가7).

나. 제청신청인들의 의견

제청법원들의 제청이유와 같다.

다. 청구인의 주장요지(95헌바58)

(1) 헌법이 경제적 기본질서로 채택하고 있는 자유시장 경제질서(제119조 제1항)와 헌법 전문의 “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며”라는 부분 및 연좌제금지의 원칙(제13조 제3항)은 사법(私法)의 영역에서 과실책임주의 내지 자기책임주의로 구현되고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 불가항력이나 제3자의 일방적인 과실에 의하여 승객이 사

망하거나 부상한 경우에도 과실 없는 운행자에게 승객에 대한 손해배상책임을 지움으로써 헌법에서 과생되는 과실책임의 원칙에 위반된다.

광업법, 원자력손해배상법, 환경정책기본법, 근로기준법 등에서도 무과실책임주의를 규정하고 있기는 하나, 위 법률 등에서 규정하는 손해는 제3자의 책임을 인정할 여지가 없다는 점에서 이 사건 법률조항과 다르다. 또한 무과실책임주의의 근거로 드는 위험책임론이나 보상책임론에서도 제3자의 과실이 명백한 경우 등에는 예외를 인정하고 있다. 일본, 독일, 영국 및 미국의 입법례에 비추어 볼 때에도 이 사건 법률조항은 무과실책임주의를 인정할 수 있는 한계를 벗어났다. 승객의 보호를 위해서 과실 없는 운행자나 그 보호자에게 손해배상책임을 지울 것이 아니라 국가에 대하여 무과실책임 또는 엄격책임을 지우거나 범죄피해자구조법에 의하여 피해자를 구제하여야 할 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 피해자 보호를 위하여 손해배상책임을 지는 가해자가 따로 있는 경우에 아무런 과실이 없는 자동차 운행자에게도 손해배상책임을 지움으로써 재산권 제한의 방법이 적합하지 아니하다. 또한 이 사건 법률조항은 과실 없는 운행자에 대하여도 승객이 입은 모든 손해를 배상하도록 규정하고, 가해자의 배상능력이 없어서 과실 없는 운행자가 구상권을 실효성 있게 행사할 수 없는 경우에는 스스로 그 손해를 부담하게 하며, 평소에 자동차보험료를 성실하게 납부하고 안전운전을 한 무과실 운행자에게 보상책임을 지게 하는 결과를 가져옴으로써 재산권의 본질적 내용을 침해하고 있다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

(3) 상대방 자동차의 운행자는 자기 및 운전자의 무과실, 피해자 또는 제3자의 고의·과실과 자동차의 구조상 결함 및 기능상 장애가 없었다는 것을 증명한 때에는 다른 자동차의 승객에 대한 면책을 주장할 수 있는 데 반하여, 승객을 동승시킨 운행자는 이 사건 법률조항에 의하여 이러한 면책을 주장할 수 없다. 또한 피해차량의 승객은 자신이 동승한 자동차의 운행자와 가해차량의 운행자 모두에게 손해배상을 청구할 수 있으나, 가해차량의 승객은 피해차량의 운행자에게 손해배상을 청구할 수 없으므로, 같은 승객이라도 자신이 동승하고 있는 자동차의 운행자의 경제적 능력에 따라 차별적인 보상을 받게 된다. 피해차량의 운행자들 사이에서도 가해차량 운행자의 경제적 보상능력과 승객의 자의적 판단에 따라 승객에 대한 손해배상책임이 차별적으로 부과된다.

따라서 이 사건 법률조항은 승객과 승객 아닌 자 사이에서, 그리고 운행자들 사이에서 합리적 이유 없이 차별을 규정하여 평등의 원칙에 위반된다.

라. 서울지방법원의 위헌제청신청 기각이유(95헌바58)

(1) 위험책임 및 보상책임의 원리에 따라 이 사건 법률조항이 운행자에 대하여 승객에 대한 무과실책임을 규정한 것은 헌법의 자유시장 경제질서에 위반되지 아니한다. 광업법, 원자력손해배상법, 환경정책기본법, 근로기준법 등에서도 무과실책임주의에 따른 규정을 두고 있다.

(2) 자동차의 운전자는 자기의 의사에 따라 제3자를 자동차에 탑승시킬 것인가 여부를 자유롭게 결정할 수 있고, 운행자는 자동차종합보험에 가입함으로써 무과실책임을 대비할 수 있으므로, 이

사건 법률조항은 손해의 공평·타당한 부담이라는 공공복리를 위하여 필요한 범위내에서 합리적으로 재산권을 제한하고 있고, 따라서 재산권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 법률조항이 승객과 승객 아닌 자를 구별하고 있는 것은 위험책임이나 보상책임의 법리에 비추어 부당하다고 볼 수 없으므로 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

마. 건설교통부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 교통사고의 특성상 사고원인을 입증할 때 피해자가 가해자보다 불리하다는 점을 감안하여 형평상 규정한 것이다. 승객과 승객 아닌 자를 구별하여 면책사유를 규정하는 이유는, 본인의 주의노력과 무관하게 사고를 당할 가능성이 높은 승객과 본인의 의지에 의하여 사고예방을 위한 주의노력을 다할 수 있는 승객 아닌 자의 차이에서 비롯된 것이다. 위험책임이나 보상책임의 원리에 비추어 운행자에게 승객의 손해를 배상하도록 하는 것은 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 개별적 운행자는 보험에 가입하여 승객에 대한 손해배상에 대비할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 운행자의 재산권을 침해하지 아니한다.

(3) 이 사건 법률조항의 정책적 의미는 대다수 국민이 안심하고 여러 교통수단을 이용하도록 하는 것이다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 특색

(1) 자동차는 일상생활에 필수적인 운송수단으로 그 운행 자체는 적법하나, 자동차의 운행에는 그 속도와 중량으로 인하여 필연

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

적으로 사고의 위험이 수반되고 자동차 사고로 인한 피해의 규모도 매우 크다. 자동차사고는 다른 불법행위와 비교할 때 사고가 순간적으로 발생하기 때문에 사고 당사자들의 책임소재를 명확히 가려내는 것이나 그것을 소송절차에서 입증하는 일이 매우 곤란하다. 또한 자동차사고는 가해자의 고의가 원인이 되어 발생하는 경우는 극히 예외적이고, 대개의 경우는 운전자나 제3자의 부주의, 자동차의 결함, 도로상황 등이 합쳐져 일어난다. 따라서 자동차사고의 경우에는 일반불법행위와는 달리 가해자의 책임문제보다는 피해자에게 어떤 방식으로 공평·타당한 보상을 할 것인가가 법률적으로 중요한 과제이다.

자동차사고의 특수성에 따라 세계 각국에서는 일반적인 불법행위책임과는 별도로 자동차사고로 인한 손해배상을 규율하는 특별법을 제정하고 있고, 우리나라도 1963. 4. 4. 법률 제1314호로 자동차손해배상보장법(이하 “자배법”이라 한다)을 제정하였다가, 1984. 12. 31. 법률 제3774호로 전문개정하였다. 이 법은 종래의 과실책임주의를 수정하여 위험원(危險源)을 지배하는 자로 하여금 그 위험이 현실화된 경우의 손해를 보상하게 한다는 위험책임의 원리를 도입하였다는 데 그 특색이 있다.

(2) 자배법 제3조는 그 본문에서 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다고 규정하고, 그 단서 제1호에서 승객이 아닌 자가 사망하거나 부상할 경우에 있어서는 자기 및 운전자가 자동차의 운행에 관하여 주의를 게을리하지 아니하고 피해자 또는 자기 및 운전자 외의 제3자에게 고의 또는 과실이 있으

며 또한 자동차의 구조상의 결함 또는 기능에 장애가 없었다는 것을 증명한 때에 한하여 책임을 지지 아니한다고 규정하면서, 이 사건 법률조항인 그 단서 제2호에서는 승객이 사망하거나 부상한 경우에 있어서 그것이 그 승객의 고의 또는 자살행위로 말미암은 것인 때에 한하여 책임을 지지 아니한다고 규정하여, 승객이 사망하거나 부상한 경우에는 승객이 아닌 자의 경우와는 달리 무과실 책임을 지우고 있다.

(3) 자동차사고에 대한 운행자의 배상책임에 관하여 이를 일반적인 불법행위책임과 달리 규율할 것인지, 달리 규율하는 경우 운행자에게 어느 정도의 책임을 지울 것인지는 원칙적으로 입법정책에 관한 사항으로서 각국의 교통상황이나 법률제도에 따라 입법자가 결정할 문제이다.

자동차사고의 손해배상책임에 관한 각국의 입법례를 보면, 영국과 미국은 전통적인 과실책임의 원칙에 따라 규정하고 있는 반면, 독일, 스위스 및 일본은 운행자에게 조건부 무과실책임 내지 엄격책임을 지우면서 호의동승에 대하여는 엄격책임을 인정하지 아니하거나 책임을 감경하고 있고, 프랑스, 오스트리아 및 뉴질랜드는 무과실책임을 인정하고 있는데, 특히 프랑스에서는 1985. 7. 5.의 “교통사고피해자의구제와배상절차의신속화를위한법률”에서 교통사고 피해자의 사상(死傷)에 관하여 ‘피해자의 변명할 수 없는 과실이 사고의 전적인 원인’인 경우에 한하여 운행자의 면책을 인정하고 있다.

(4) 이와 같이 이 사건 법률조항이 승객이 사망하거나 부상한 경우, 특히 무상동승, 호의동승의 경우에도 승객이 아닌 자와 달리 운행자에게 무과실책임을 지도록 한 것이 헌법 제119조 제1항의

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

자유시장 경제질서나 제23조 제1항의 재산권보장, 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위반되는지 여부에 관하여 살펴본다.

나. 자유시장 경제질서 위반 여부

(1) 헌법 제119조는 제1항에서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하여 사유재산제도, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하면서, 한편 그 제2항에서 국가는 …… 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고, 헌법 제34조는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(제1항), 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다(제5항)고 규정하여 사회국가원리를 수용하고 있다.

결국 우리 헌법은 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서 사회국가원리를 수용하여 실질적인 자유와 평등을 아울러 달성하려는 것을 근본이념으로 하고 있는 것이다.

(2) 우리 민법은 헌법 제119조 제1항의 자유시장 경제질서에서 파생된 과실책임의 원칙을 일반불법행위에 관한 기본원리로 삼고 있다. 그런데, 현대산업사회에서는 고속교통수단, 광업 및 원자력 산업 등의 위험원(危險源)이 발달하고 산업재해 및 환경오염으로 인한 피해가 증가함에 따라, 헌법이념의 하나인 사회국가원리의 실현을 위하여 과실책임의 원리를 수정하여 위험원을 지배하는 자로 하여금 그 위험이 현실화된 경우의 손해를 부담하게 하는 위험책임의 원리가 필요하게 되었다. 위험책임의 원리는 위험원의 지

배를 책임의 근거로 하여 위험을 지배하는 자에게 책임을 지우는 원리로서 단순한 결과책임주의와는 다른 것이다.

이 사건 법률조항도 위에서 본 바와 같이 자동차사고의 특수성에 비추어 승객이 사망하거나 부상한 경우에는 과실책임의 원칙에 기한 일반불법행위책임과 달리 위험책임의 원리를 수용하여 운행자에게 무과실책임을 지우고 있는 것이다. 그리고 이 사건 법률조항 이외에도 공작물 소유자의 손해배상책임에 관한 민법 제758조, 광업권자의 손해배상책임에 관한 광업법 제91조, 원자력사업자의 손해배상책임에 관한 원자력손해배상법 제3조 제1항, 환경오염의 피해에 대한 사업자의 손해배상책임에 관한 환경정책기본법 제31조와 사업자의 재해보상책임에 관한 근로기준법 제81조, 제85조 등도 위험책임의 원리를 수용하여 무과실책임을 규정하고 있다.

(3) 위에서 본 바와 같이 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 사회국가원리를 수용하고 있는 우리 헌법의 이념에 비추어 일반불법행위책임에 관하여는 과실책임의 원리를 기본원칙으로 하면서 이 사건 법률조항과 같은 특수한 불법행위책임에 관하여 위험책임의 원리를 수용하는 것은 입법정책에 관한 사항으로서 입법자의 재량에 속한다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 아래에서 보는 바와 같이 운행자의 재산권을 본질적으로 제한하거나 평등의 원칙에 위반되지 아니하는 이상 위험책임의 원리에 기하여 무과실책임을 지운 것만으로 헌법 제119조 제1항의 자유시장 경제질서나 청구인이 주장하는 헌법 전문 및 헌법 제13조 제3항의 연좌제금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

다. 재산권 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항에 의하면 자동차운행자는 승객이 사망하거나 부상한 경우에는 자기 및 운전자에게 아무런 과실이 없고 자동차의 구조상 결함 및 기능상 장애가 없으며, 제3자의 고의·과실에 의하여 사고가 발생한 경우에도 손해배상책임을 지고, 고의·과실이 있는 제3자나 그 운행자에게 자력이 없을 때에는 구상권을 실효성 있게 행사할 수 없게 된다. 특히 운행자는 무상동승 또는 호의동승의 경우에도 손해를 배상하여야 한다. 따라서 이 사건 법률조항은 고의·과실이 없는 운행자가 손해배상책임을 부담한다는 점에서 운행자의 재산권을 제한하는 규정이라고 할 수 있다.

(2) 헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안 전보장·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 입법을 함에 있어서는 입법 목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.(헌재 1998. 2. 27. 95헌바32, 공보 26, 229, 232)

그러므로 이 사건 법률조항이 기본권제한의 입법적 한계를 준수하였는지를 본다.

(가) 이 사건 법률조항의 입법목적

이 사건 법률조항은 위에서 본 바와 같이 사회국가원리를 수용한 헌법이념에 따라 위험원인 자동차를 지배하는 운행자에게 승객의 손해에 대한 무과실책임을 지도록 하여 자동차사고로 인한 손해의 공평·타당한 보상을 실현하기 위한 것으로서 그 입법목적은 정당하다.

(나) 방법의 적정성

이 사건 법률조항은 자동차의 운행을 지배한 운행자에게 자동차사고로 말미암은 승객의 손해를 배상하게 하는 방법을 채택하였다.

운행자는 자동차의 운행을 지배하고 운행이익을 받으면서 승객의 동승에 적어도 추상적·간접적으로 동의하여 승객을 자동차의 직접적인 위험권 안에 받아들인 사람이고, 승객은 운행자의 동의 아래 자동차에 동승하여 승객이 아닌 자에 비하여 더 큰 위험에 직접 노출되어 있는 사람이다.

이와 같은 점에서는 과실 있는 운행자나 과실 없는 운행자 사이에 본질적인 차이가 없고, 유상동승이든 무상동승이든 호의동승이든 승객은 모두 본질적으로 같다.

그리고 이 사건 법률조항에 따라 고의·과실이 없는 운행자는 고의·과실이 있는 제3자나 그 운행자에게 자력이 없을 때에는 그 구상권을 실효성 있게 행사할 수 없게 된다. 그러나 이러한 문제는 일반적으로 배상책임 내지 구상책임이 있는 채무자가 무자력일 때에는 언제나 발생할 수 있는 것으로서 이 사건 법률조항에 특유한 문제는 아니다. 위험원인 자동차의 운행을 지배하는 운행자로

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

서는 이러한 경우에 대비하여 보험제도를 이용할 수 있다. 먼저 자배법 제5조는 일정한 금액을 지급하는 책임보험을 강제보험으로 규정하고 있으므로 운행자는 책임보험금의 범위 안에서는 그 손해 배상금을 충당할 수 있고, 책임보험금의 범위를 넘는 손해에 관하여는 그의 선택에 따라 이를 보상하는 보험에 가입함으로써 그 위험을 분산할 수 있다. 이에 반하여 승객에 대하여는 운행자의 경우와 같이 자동차사고에 대비하여 미리 보험에 가입하는 것을 기대하기는 현실적으로 대단히 어려운 일이다.

따라서 이 사건 법률조항이 그 입법목적 달성을 위하여 자동차의 운행에 지배하고 그 운행이익을 받으면서 승객의 동승에 적어도 추상적·간접적으로 동의하여 승객을 자동차의 직접적인 위험권 안에 받아들인 운행자로 하여금 그 과실 유무를 묻지 않고 무상·호의동승자를 포함한 모든 승객의 손해를 배상하도록 하는 방법은 적정하다고 하겠다.

다만, 차량의 운행자가 아무런 대가를 받지 아니하고 동승자의 편의와 이익을 위하여 동승을 허락하고, 동승자도 그 자신의 편의와 이익을 위하여 그 제공을 받은 경우, 운행의 목적, 동승자와 운행자의 인적 관계, 그가 차에 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성 등 제반 사정에 비추어 운행자에게 일반의 교통사고와 같은 책임을 지우는 것이 신의칙이나 형평의 원칙에 비추어 매우 불합리한 것으로 인정되는 경우에는 그 배상액을 감경할 사유로 삼으면 충분한 것이다.

(다) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

기록에 편철된 보험개발원장의 자동차보험 요율관련 질의에 대

한 회신(청구인의 1997. 9. 5.자 의견서에 붙여낸 참고자료 11)의 기재에 의하면, 이 사건 법률조항에 의하여 승객에 대하여 손해배상책임을 지는 운행자와 보험계약을 체결한 보험회사가 승객에 대한 보험금을 지급한 후 과실이 있는 제3자의 무자력으로 말미암아 구상권을 실효성 있게 행사하지 못함으로써 결국 보험료에 전가되는 보험료율은 약 0.18%인 사실을 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 운행자의 재산권 침해는 운행자가 그의 선택에 따라 보험제도를 이용하는 경우 약 0.18%의 보험료 추가부담에 불과할 정도로 그다지 크지 않으므로 위에서 본 이 사건 법률조항의 입법목적, 운행자와 승객의 관계에 비추어 침해의 최소성이나 법익의 균형성도 갖추었다고 하겠다.

(라) 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항이 자동차의 운행을 지배하고 그 운행이익을 받으면서 승객의 동승에 적어도 추상적·간접적으로 동의하여 승객을 자동차의 직접적인 위험권 안에 받아들인 운행자로서 하여금 그 과실 유무를 묻지 않고 무상·호의동승자를 포함한 모든 승객의 손해를 배상하도록 한 것은 운행자의 재산권의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없고, 사회국가원리를 수용한 헌법이념에 따라 공공복리를 위하여 필요한 최소한도의 합리적인 제한이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 운행자의 재산권을 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

라. 평등의 원칙 위반 여부

(1) 이 사건 법률조항은 승객이 사망하거나 부상한 경우에 그 손해에 관하여 운행자에게 무과실책임을 지도록 규정하여 승객이

헌재 1998. 5. 28. 96헌가4등

아닌 자에 비하여 승객을 두텁게 보호하고 있다.

승객과 승객이 아닌 자에 대한 운행자의 책임을 달리한 이유는 승객은 자동차에 동승함으로써 자동차의 위험과 일체화되어 그 위험이 더 크다는 점에 있다. 승객은 자동차가 보행자나 다른 자동차와 충돌한 경우 뿐 아니라 자동차의 전복, 시설물과의 충돌 등 자신이 탄 자동차로 말미암은 대부분의 사고에서 위험에 직접 노출되어 있다. 운행자에 대한 관계에서 볼 때, 운행자는 자동차의 운행을 지배하고 그 운행이익을 받으면서 승객의 동승에 적어도 추상적·간접적으로 동의하여 승객을 자동차의 직접적인 위험권 안에 받아들였다는 점에서, 승객과 승객이 아닌 자 사이에 본질적인 차이가 있는 것이다.

(2) 과실 있는 운행자나 과실 없는 운행자는 다 같이 위험원인 자동차를 지배한다는 점에서는 본질적으로 차이가 없으므로 이 사건 법률조항은 그것을 근거로 하여 각자 운행하는 자동차의 승객에 대한 무과실 손해배상책임을 지게 하는 것이고, 이 사건 법률조항에 의한 손해배상책임과는 별도로 과실 있는 운행자는 그 과실을 근거로 하여 자신이 운행하는 자동차의 승객 이외의 자에 대하여 손해배상책임을 지게 되는 것이다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항이 승객을 승객이 아닌 자와 차별하고 과실 있는 운행자와 과실 없는 운행자에게 다 같이 승객에 대한 무과실책임을 지게 한 데에는 합리적인 이유가 있으므로 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여

재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석(주심) 신창언 이영모 한대현

기부금품모집금지법 제3조 등 위헌제청

(1998. 5. 28. 96헌가5 전원재판부)

【판시사항】

1. 기본권이 허가절차에 미치는 영향
2. 기부금품 모집행위의 허가여부를 행정청의 자유로운 재량행위로 한 것의 위헌 여부(적극)
3. 최소침해성의 원칙
4. 기부금품의 모집목적에 제한하는 허가절차의 위헌성 여부(적극)

【결정요지】

1. 허가는 특별히 권리를 설정하여 주는 것이 아니라 공익목적을 위하여 제한된 기본권적 자유를 다시 회복시켜주는 행정행위이다. 따라서 기부금품의 모집행위도 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권에 의하여 기본권으로 보장되기 때문에, 법의 허가가 기본권의 본질과 부합하려면, 그 허가절차는 기본권에 의하여 보장된 자유를 행사할 권리 그 자체를 제거해서는 아니되고 허가절차에 규정된 법률요건을 충족시킨 경우에는 기본권의 주체에게 기본권행사의 형식적 제한을 다시 해제할 것을 요구할 수 있는 법적 권리를 부여하여야 한다.

2. 법은 제3조에 규정된 경우가 존재하는 때에만 행정청이 허가를 하도록 규정하여 그 규정에 열거한 사항에 해당하지 아니한 경우에는 허가할 수 없다는 것을 소극적으로 밝히면서 한편, 어떠한 경우에 행정청이 허가를 할 의무가 있는가 하는 구체적인 허가요건을 규정하지 아니하고, 허가여부를 오로지 행정청의 자유로운 재량

행사에 맡기고 있다. 따라서 기부금품을 모집 하고자 하는 자는 비록 법 제3조에 규정된 요건을 충족시킨 경우에도 허가를 청구할 법적 권리가 없다. 법 제3조는 기부금품을 모집하고자 하는 국민에게 허가를 청구할 법적 권리를 부여하지 아니 함으로써 국민의 기본권-행복추구권-을 침해하는 위헌적인 규정이다.

3. 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다. 기본권을 제한하는 규정은 기본권행사의 '방법'에 관한 규정과 기본권행사의 '여부'에 관한 규정으로 구분할 수 있다. 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 '방법'에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 '여부'에 관한 규제를 선택해야 한다.

4. 모집목적에 대하여 원칙적으로 제한을 두지 않으면서, 공공의 안녕과 질서를 침해할 위험이 없고 모집행위의 합법적인 시행과 모집목적에 따른 기부금품의 사용이 충분히 보장되는 경우에는 허가를 해주는 질서유지행정 차원의 허가절차를 통해서도 충분히 법이 의도하는 목적을 실현할 수 있다. 따라서 법이 의도하는 목적인 국민의 재산권보장과 생활안정은 모집목적의 제한보다도 기본권을 적게 침해하는 모집행위의 절차 및 그 방법과 사용목적에 따른 통제를 통해서도 충분히 달성될 수 있다 할 것이므로, 모집목적의 제한을 통하여 모집행위를 원칙적으로 금지하는 법 제3조는 입법목적을 달성하기에 필요한 수단의 범위를 훨씬 넘어 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다.

【심판대상조문】

기부금품모집금지법(1951. 11. 7. 법률 제224호로 제정되고 1970. 8. 12. 법률 제2235호로 개정된 것) 제3조(모집의 금지와 허가) ① 누구든지 기부금품의 모집을 할 수 없다. 다만, 左의 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 내무부장관과 도지사 또는 서울 특별시장은 기부심사위원회의 심의를 거쳐 이를 허가할 수 있다.

1. 국제적으로 행하여지는 구제금품
 2. 천재, 지변 기타 이에 준하는 재액을 구휼하는데 필요한 금품
 3. 국방기재를 헌납하기 위한 금품
 4. 현충기념시설의 설치와 자선사업에 충당하기 위한 금품
 5. 전국적 규모로 사용할 수 있는 체육시설의 설치를 위한 금품과 올림픽에 참여할 선수의 파견을 위한 금품
 6. 국제적인 반공기관의 설치를 위한 금품
 7. 국제기능올림픽대회에 참석할 선수의 파견을 위한 금품
- ② 전항의 도지사 및 서울특별시장의 모집허가와 기부심사위원회에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

기부금품모집금지법(1951. 11. 7. 법률 제224호로 제정되고 1970. 8. 12. 법률 제2235호로 개정된 것) 제11조(벌칙) 제3조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 기부금품의 모집을 행한 자 또는 제4조의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 이백만원 이하의 벌금에 처한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제37조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원(96초210 위헌제청신청)

제청신청인 권영길

당해사건 서울지방법원 95고단10975 기부금품모집금지법위반등

【주 문】

구 기부금품모집금지법(1951. 11. 7. 법률 제224호로 제정되고 1970. 8. 12. 법률 제2235호로 개정된 것) 제3조 및 제11조 중 제3조에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인 권영길은 현재 서울지방법원 95고단10975호 노동쟁의조정법위반 등 사건의 피고인으로 재판에 계류중인 자이다. 그런데 공소제기된 제청신청인에 대한 공소사실 중의 하나가 제청신청인이 서울특별시장의 허가를 받지 아니하고 기부금품을 모집하여 기부금품모집금지법(1951. 11. 7. 법률 제224호로 제정되고 1970. 8. 12. 법률 제2235호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제3조 및 제11조를 위반하였다는 것이다. 이에 제청신청인은 법 제3조 및 11조 중 제3조에 관한 부분에 대하여 위헌제청을 신청하였고(96초210), 서울지방법원은 제청신청인의 신청을 받아들여 헌법재판소법 제41조 제1항에 의하여 1996. 2. 7. 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 법 제3조와 제11조 중 제3조에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정내용은 다음과 같다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

법 제3조(모집의 금지와 허가)

누구든지 기부금품의 모집을 할 수 없다. 다만, 좌의 각 호의 1에 해당하는 경우에 한하여 내무부장관과 도지사 또는 서울특별시장은 기부위원회의 심사를 거쳐 이를 허가할 수 있다.

1. 국제적으로 행해지는 구제금품
2. 천재, 지변 기타 이에 준하는 재액을 구휼하는데 필요한 금품
3. 국방기재를 헌납하기 위한 금품
4. 현충기념시설의 설치와 자선사업에 충당하기 위한 금품
5. 전국적 규모로 사용할 수 있는 체육시설의 설치를 위한 금품과 올림픽에 참여할 선수의 파견을 위한 금품
6. 국제적인 반공기관의 설치를 위한 금품
7. 국제기능올림픽대회에 참석할 선수의 파견을 위한 금품

법 제11조(벌칙)

제3조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 기부금품의 모집을 행한 자 또는 제4조의 규정에 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 이백만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 위헌심판제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유 및 제청신청인의 위헌제청신청이유

(1) 법은 6. 25 사변으로 국가재정이 곤란하게 된 시점에서 시국대책 또는 멸공구국운동 등의 이름아래 기부금품모집행위가 성행하고 있어 국민의 재산권보장과 생활안정을 목적으로 1951. 11. 7. 제정되었다. 그러나 제정당시와 상황이 현저하게 변화된 오늘날은 법이 정한 규제의 적정성, 존속의 필요성에 대한 새로운 검토

가 필요하다.

(2) 자신의 재산을 스스로 다른 사람에게 아무런 대가없이 기부하는 행위는 선행으로서 사회공동체의 유지, 발전을 위하여 바람직한 행위인데, 이 사건 법률조항은 기부금품의 모집행위를 원칙적으로 금지하면서 오로지 정부가 필요한 범위내에서만 인정한 경우에 한하여 내무부장관 등의 허가를 받아야만 모집행위를 할 수 있도록 하고 허가를 받지 아니하고 기부금품의 모집행위를 한 경우에는 형사처벌을 하도록 규정함으로써 우리 헌법이 보장하는 행복추구권을 침해하고 있다.

법이 기부금품모집행위를 합리적이고 타당한 한도내에서 재산권행사의 자유와 조화를 이룰 수 있도록 규제하지 아니하고 모든 기부금품모집행위를 원칙적으로 금지하고 있는 것은 재산권행사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다. 또한 헌법이 보장하는 결사의 자유의 중요한 내용 중의 하나는 결성된 단체가 자유롭게 조직원을 모으고 일반 국민의 지지와 후원을 얻어가며 활동하는 것인데, 이 사건 법률조항은 이와 같은 단체들이 일반 국민을 대상으로 지지와 후원을 확대해 나가면서 독립적이고 건전한 재정을 확보할 수 있는 수단 자체를 원천적으로 봉쇄함으로써 결사의 자유를 침해한다.

(3) 법 제3조가 규정한 7가지 사업은 너무 한정적이다. 법이 허가의 대상이 되는 사업의 영역을 지나치게 제한하여 오로지 정부가 필요하다고 인정하는 경우에만 기부금품의 모집을 허용함으로써 오히려 공익을 위하여 국민의 적극적인 참여가 절실히 요구되는 경우에도 법의 규제로 말미암아 그러한 사업을 할 수 없는 모

순이 발생한다.

허가를 받지 아니하고 기부금품모집행위를 한 자에 대하여 오로지 허가를 받지 않았다는 이유만으로 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 것은 명백히 과잉금지원칙에 위배된다. 왜냐하면 사인의 일정한 행위에 대하여 행정관청의 허가를 얻도록 하는 것은 그러한 행위가 아무런 통제없이 허용됨으로써 발생할 수 있는 부작용과 폐해를 사전에 예방하고자 하는 것이지 행위 자체를 아예 금지하고자 하는 것이 아니며, 원칙적으로 기부금품의 모집행위 그 자체는 타인의 법익이나 사회적 법익을 침해하는 것이 아니어서 이를 범죄로 규정하여 금지해야만 할 필요성이 없기 때문이다.

나. 행정자치부장관, 법무부장관 및 서울지방검찰청 검사장의 의견

(1) 기부금품모집에 대한 규제는 법 제1조에서 명시하고 있듯이 무분별한 기부금품 모집을 방지하여 국민의 재산권을 보장하고 생활안정에 기여하게 하고자 한 것인데, 아직도 국민과 기업으로부터 각종의 기부금품 모집에 따른 폐해의 여론이 비등한 실정이므로 현 단계에서 기부금품 모집에 대한 규제를 완화 또는 폐지하는 것은 우리의 과거 타성이나 사회실정상 부작용이 크게 우려된다.

(2) 이 사건 법률조항에 의한 규제는 법 제2조에 의해 “의뢰, 권유 기타 방법으로 무상 또는 정당한 대가를 지급하지 아니하고 금품을 취득하는 행위”에 한하는 것이고, 사인간의 자발적인 의사에 따라 금품을 증여하거나 기탁·기부하는 행위까지 규제하는 것은 아니다. 특히 같은 조 제1호 내지 제3호에서 법인, 정당, 종교단체 등이 그 소속원 또는 신도 등으로부터 그 경비에 충당하기 위하여 금품을 각출하는 경우에는 법의 적용을 배제하고 있다. 따

라서 법의 규제로 인하여 기본권이 제한을 받는다 하더라도 이는 무분별한 기부금품모집을 방지하여 국민의 재산권을 보장하고 건전한 사회질서를 확립한다는 공익의 차원에서 불가피한 것이고, 국민의 행복추구권이나 계약의 자유, 재산권 행사의 본질적인 내용을 침해하지도 않는다. 결사의 자유란 단체를 결성하고 이에 가입하고 활동하는 권리를 보장하는 것으로, 단체의 결성에 일정한 재정의 수준을 요건으로 하는 것이 아닌 한 결사의 자유와 재정의 확보와는 직접적인 관계가 없다.

(3) 기부금품의 모집은 의뢰, 권유, 요구 등에 의하여 대가와 반대급부없이 금품을 모집하는 것으로서, 이는 원칙적으로 상대방의 자발성에 의한 것 과도 구별되고 사기 또는 강박에 의한 것 과도 구별된다고 할 수 있어 현행 민·형법 등에 의해서는 효과적으로 규제되기 어려우므로, 독자적인 법률에 의하여 규제해야 할 충분한 이유가 있어 중복규제라 할 수 없다.

국민의 의식이 크게 향상된 현재에도 각종의 기부금품 모집에 따른 부작용이 지적되고 있음을 감안할 때 허가의 필요성은 여전히 존재한다. 더욱이 법 제3조는 기부금품모집의 금지 그 자체에 목적이 있는 것이 아니라 필요한 기부금품의 모집은 인정하면서도 국민에게 피해를 줄 우려가 있는 무분별한 기부금품의 모집에 따르는 부작용을 방지하자는 취지이므로 허가규정이 크게 문제되는 것은 아니다.

법 제3조 각 호의 사업은 기부금품모집에 의한 재원충당이 정당화될 만큼 사회공익에 관련된 사업이라 할 수 있다. 반대급부없는 일방적인 각출인 기부금품모집의 대상은 되도록이면 최소화하는

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

것이 바람직하다.

기부금품의 모집이 날로 지능화, 거액화하고 있는 오늘날 그 위반에 대하여 과태료 등의 행정벌로만 대처하는 경우에는 그 실효성은 매우 미미할 것이므로 징역형이나 벌금형 등의 형사벌로 처벌하도록 규정한 것이다.

이러한 이유로 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반한다고 할 수 없으므로 이 사건심판청구는 기각되어야 한다.

3. 판 단

가. 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권

법 제3조는 기부금품의 모집행위를 하기 위하여 행정자치부장관 등의 허가를 얻도록 규정함으로써 국민이 기부금품을 모집할 수 있는 자유를 제한하고 있다. 우리 헌법 제10조 전문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하여 행복추구권을 보장하고 있고, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권을 포함하기 때문에(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 275), 기부금품의 모집행위는 행복추구권에 의하여 보호된다. 계약의 자유도 헌법상의 행복추구권에 포함된 일반적인 행동자유권으로부터 파생하므로, 계약의 자유 또한 행복추구권에 의하여 보호된다.

단체의 재정확보를 위한 모금행위가 단체의 결성이나 결성된 단체의 활동과 유지에 있어서 중요한 의미를 가질 수 있기 때문에 기부금품 모집행위의 제한이 결사의 자유에 영향을 미칠 수 있다는 것은 인정된다. 그러나 결사의 자유에 대한 제한은 법 제3조가

가져오는 간접적이고 부수적인 효과일 뿐이다. 법 제3조가 규율하려고 하는 국민의 생활영역은 기부금품의 모집행위이므로, 모집행위를 보호하는 기본권인 행복추구권이 우선적으로 적용된다.

청구인은 법 제3조가 재산권행사의 자유를 침해한다고 주장하나, 법 제3조는 기부금품의 모집을 하고자 하는 자의 재산권행사와는 전혀 무관할 뿐 아니라, 기부를 하고자 하는 자의 재산권보장이란 관점에서 보더라도 기부를 하고자 하는 자에게는 기부금품의 모집행위와 관계없이 자신의 재산을 기부행위를 통하여 자유로이 처분할 수 있는 가능성은 법 제3조에 의한 제한에도 불구하고 변함없이 남아 있으므로, 법 제3조가 기부를 하고자 하는 자의 재산권행사를 제한하지 아니한다. 물론, 기부를 하려는 국민도 타인의 모집행위를 통하여 누가 어떤 목적으로 기부금품을 필요로 하는가를 인식함으로써 기부행위의 동기와 기회를 부여받는다든가 사실은 인정되지만, 법에 의한 제한은 단지 기부행위를 할 기회만을 제한할 뿐 재산권의 자유로운 처분에 대한 제한을 하는 것은 아니다. 국가의 간섭을 받지 아니하고 자유로이 기부행위를 할 수 있는 기회의 보장은 헌법상 보장된 재산권의 보호범위에 포함되지 않는다.

그렇다면 법 제3조에 의하여 제한되는 기본권은 행복추구권이다.

나. 법 제3조의 위헌성

(1) 기부행위의 허가여부를 행정청의 재량행위로 한 것

(가) 법 제3조는 허가를 받지 않은 기부금품의 모집을 전면적으로 금지하고, 다만, 입법자가 모집행위의 필요성을 인정한 7가지의

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

경우에 한하여 “내무부장관과 도지사 또는 서울특별시장은 기부위원회 심사를 거쳐 이를 허가할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 법 제3조에 열거된 모집목적이 존재하는 경우에도 허가여부 행정청의 재량에 맡기고 있으므로 비록 기부금품을 모집하고자 하는 목적이 법에 규정된 경우에 해당한다 하더라도 허가를 청구할 수 있는 개인의 법적 권리는 존재하지 않는다.

허가는 법령에 의한 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위로서, 허가의 목적은 경험적으로 보아 빈번하게 법질서의 위반이 발생하거나 우려되는 행위나 상황에 대하여 행정청으로 하여금 적시에 사전적·예방적 심사를 하게끔 하는데 있다. 즉, 허가를 받아야 하는 법률상의 의무는 허가를 요하는 행위 그 자체가 금지된다는 것에 있는 것이 아니라 행정청이 정해진 절차에서 행위의 적법성을 심사하고 확인한 후에야 비로소 권리행사를 개시할 수 있다는 것일 뿐이다. 이러한 뜻에서 허가의 법적 의미는 의도하는 행위의 적법성이 확인된 경우에는 사전적으로 권리행사를 제한하는 잠정적인 금지가 다시 해제되는데 있다. 그러므로 허가는 특별히 권리를 설정하여 주는 것이 아니라 공익목적을 위하여 제한된 기본권적 자유를 다시 회복시켜주는 행정행위이다. 따라서 허가의 본질은 바로, 기본권에서 파생하는 국민의 원칙적인 주관적 공권을 규율하는데 있으며 달리 정당한 공익이 대치하지 않는 한 국민이 허가를 요구할 권리가 있다는 데 있다.

(나) 법은 제1조에서 “이 법은 기부금품의 모집을 금지하여 ……”라고 규정하고, 법 제3조에서 예외적으로 모집을 허용할 수

있는 대상을 정함으로써, 기부금품의 모집행위를 원칙적으로 금지하는 입장을 취하고 있다. “기부금품모집금지법”이란 법의 명칭도 이러한 입법자의 의도를 잘 표현하고 있다. 이로써 법은 모집행위를 원칙적으로 허용되는 행위로 보고 모집과정에서 발생하는 위법적 행위를 통제하기 위하여 허가절차가 필요하다는 사고에서 출발하는 것이 아니라, 기부금품의 모집행위를 원칙적으로 사회적으로 바람직하지 않은 것 또는 유해한 것으로 간주하고 단지 국가가 모집의 필요성이 있다고 판단한 예외적인 경우에 한해서만 허용하고 있다.

그러나 기부금품의 모집행위 그 자체는 공익이나 타인의 법익을 침해하는 사회적으로 유해한 행위가 아니다. 모든 기본권으로 보장된 행위가 그 자체로서 사회적으로 유해한 행위는 아니며 단지 기본권의 행사과정에서 타인의 법익이나 공익과의 충돌로 말미암아 그에 따른 제한이 필요하듯이, 기부금품의 모집행위 또한 마찬가지로 모집과정에서 타인에 대한 피해나 공공의 안녕과 질서에 대한 침해가 우려되므로, 바로 이러한 이유에서 그에 대한 제한과 규율의 필요성이 있을 뿐이다. 따라서 기부금품의 모집행위도 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권에 의하여 기본권으로 보장되기 때문에, 법의 허가가 기본권의 본질과 부합하려면, 그 허가절차는 기본권에 의하여 보장된 자유를 행사할 권리 그 자체를 제거해서는 아니되고 허가절차에 규정된 법률요건을 충족시킨 경우에는 기본권의 주체에게 기본권행사의 형식적 제한을 다시 해제할 것을 요구할 수 있는 법적 권리를 부여하여야 한다.

(다) 그런데 법은 제3조에 규정된 경우가 존재하는 때에만 행정

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

청이 허가를 하도록 규정하여 그 규정에 열거한 사항에 해당하지 아니한 경우에는 허가할 수 없다는 것을 소극적으로 밝히면서 한편, 어떠한 경우에 행정청이 허가를 할 의무가 있는가 하는 구체적인 허가요건을 규정하지 아니하고, 허가여부를 오로지 행정청의 자유로운 재량행사에 맡기고 있다. 따라서 기부금품을 모집하고자 하는 자는 비록 법 제3조에 규정된 요건을 충족시킨 경우에도 허가를 청구할 법적 권리가 없다. 다시 말하면 법 제3조는 허가를 재량행위로 형성하여 헌법상 부여된 기본권적인 권리의 행사여부를 행정청의 재량에 맡김으로써, 허가관청이 임의로 국민의 기본권적 권리를 처분할 수 있는 길을 열어 놓았다. 그러므로 법 제3조는 기부금품을 모집하고자 하는 국민에게 허가를 청구할 법적 권리를 부여하지 아니 함으로써 국민의 기본권 -행복추구권-을 침해하는 위헌적인 규정이다.

(2) 기부행위 모집목적을 제한한 것

법 제3조는 제1문에서 “누구든지 기부금품의 모집을 할 수 없다”고 하고, 제2문 단서에서 모집행위의 목적을 제한하여 7가지의 대상에 한하여는 허가를 할 수 있다고 규정하고 있다. 법 제3조의 허가절차는 기부금품의 모집행위가 일반적인 행동자유권의 한 표현이므로, 일반적인 행동자유권을 제한하는 규정이다. 물론, 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권도 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 근거하여 공익상의 이유로 제한될 수 있다. 따라서 입법자는 법 제3조와 같이 일정한 행위에 대하여 예방적·사전적 심사절차를 규정하고 관할 행정청의 허가를 받아야 자유를 행사할 수 있도록 규율할 수도 있다. 그러나 이를 위하

여 적용되는 구체적인 수단은 법치국가적 요청인 비례의 원칙(과잉금지 원칙)에 합치해야 한다. 즉, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적을 달성하고 촉진하기에 적합해야 하고(방법의 적정성), 입법목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 수단중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 하며(침해의 최소성), 법률에 의하여 국민에게 야기되는 효과, 즉 기본권의 침해의 정도와 법률에 의하여 실현되는 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하였을 때 양자사이의 적정한 비례관계가 성립해야 한다(법익의 균형성).

청구인의 주장에 의하면, 법의 목적인 국민의 재산권보장과 생활안정은 기존의 법률로도 충분히 달성할 수 있기 때문에 기부행위를 허가사유로 규정해야 할 당위성과 필요성이 없다고 하나, 행복추구권에서 파생하는 일반적인 행동자유권은 모집행위를 감독하고 통제하는 모든 형태의 법적 규율까지 금지하는 것은 아니다. 기부금품의 모집과정에서 타인의 법익에 대한 침해나 범질서에 대한 위반이 빈번하게 발생할 우려가 있으므로(지난날 우리 사회에는 그러한 일들이 흔히 있었다), 공공의 안녕과 질서, 사기·강박, 불공정경쟁, 그 외 질서위반행위를 방지하기 위하여 허가절차를 통하여 모집행위에 대하여 사전에 규율하는 것은 그 필요성이 인정되고, 헌법적으로도 전혀 하자가 없다 할 것이다. 그러나 법 제3조가 모집행위를 원칙적으로 금지하고 다만 예외적으로 국가가 정당한 것으로 정한 경우에만 모집행위를 허용하고 있으므로, 모집목적에 제한하는 이러한 형태의 허가절차는 위헌이 아닌가 하는 문제가 생기게 된다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

(가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

법 제1조는 “이 법은 기부금품의 모집을 금지하여 국민의 재산권을 보장하며 그 생활안정에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하여, 법이 국민의 재산권보호와 생활안정을 목적으로 제정된 것임을 명시하고 있다. 법제정 당시와는 현저하게 다른 현재의 제상황에 비추어 위의 입법목적의 정당성에 대한 의문이 제기되기도 하지만, 법 제1조의 표현에도 불구하고 법이 의도하는 바는 궁극적으로 모집행위에 있어서의 공공의 안녕과 질서의 유지, 사기·강박에 의한 모집행위나 그 밖의 질서위반의 방지 등, 질서유지행정적 차원에서의 규율의 필요성을 뜻한다고 해석할 수 있으므로, 입법목적의 정당성이 인정된다고 하겠다.

또한 수단의 적정성의 관점에서, 법 제3조가 허가의 대상을 국가가 필요하다고 인정한 몇 가지의 공익사업에만 국한함으로써 입법 목적을 저해할 우려가 있는 개인의 모든 모집행위를 처음부터 완전히 봉쇄하는 방법을 선택하였고, 이러한 수단이 입법목적의 달성에 기여한다는 데에는 의심의 여지가 없으므로 수단으로서의 적정성도 인정된다 하겠다.

(나) 침해의 최소성

① 1951년 법이 제정된 이래 우리 사회는 정치·경제·문화 모든 분야에서 엄청난 변화를 겪었고, 입법당시의 상황과는 비교할 수 없을 만큼 오늘날 국민의 생활수준이 향상되었으며 국민의 의식 또한 크게 성숙하였다. 이제 우리 국민은 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체안에서 각자의 생활을 자신의 책임하에서 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민으

로 발전하였다. 국가재정 또한 그 사이 국가경제의 성장으로 인하여 크게 향상되었고, 이에 따라 국가가 주도하는 사업을 더 이상 국민의 성금에 의존하지 않고도 시행할 수 있게 되었다. 그럼에도 불구하고 법 제3조의 모집목적의 제한을 통한 모집행위의 원칙적인 금지는 바로 우리 헌법의 인간상인 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민을 마치 다 자라지 아니한 어린이처럼 다룸으로써, 오히려 국민이 기부행위를 통하여 사회형성에 적극적으로 참여하는 자아실현의 기회를 가로 막고 있다.

결국 법 제3조는 국가만이 기부금품의 모집을 정당화하는 공익적 목적과 모집의 필요성을 결정하고, 나아가 국민이 기부금품의 모집행위를 통하여 기본권적 자유를 행사할 필요가 있는가 하는 것을 결정할 수 있게 하였다. 즉, 법 제3조는 어떠한 경우에 국민이 기본권을 행사할 필요가 있는가를 규정함으로써 국민의 기본권행사의 여부와 방향을 통제하게 되고, 기본권에 대한 이러한 통제방법은 기본권에 대한 매우 심각한 침해이므로 그에 상응하는 중대한 공익에 의하여 정당화되지 아니하는 한 헌법상 허용될 수 없는 것이다.

② 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법목적의 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택해야 한다. 기본권을 제한하는 규정은 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규정과 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규정으로 구분할 수 있다. 침해의 최소성의 관점에서, 입법자는 그가 의도하는 공익을 달성하기 위하여 우선 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 ‘방

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

법'에 관한 규제으로써 공익을 실현할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 공익달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 '여부'에 관한 규제를 선택해야 한다.

법 제3조에 규정된 모집목적은 충족시키지 못하는 경우에는 기부금품을 모집하고자 하는 자는 기본권을 행사할 수 있는 길이 처음부터 막혀 있다. 따라서 법 제3조에서 허가의 조건으로서 기부금품의 모집 목적을 제한하는 것은 기본권행사의 '방법'이 아니라 '여부'에 관한 규제에 해당한다. 그러나 국민의 '재산권보장과 생활안정', 즉 '모집행위에 의한 피해나 부작용의 방지'라고 하는 법이 달성하려는 공익을 실현하기 위하여 기부금품의 모집행위를 독자적인 법률에 의하여 규율할 필요성이 비록 있다고 하더라도, 규율의 형태에 있어서 모집목적에 관한 제한보다는 기본권의 침해를 적게 가져오는 그 이전의 단계인 모집절차 및 그 방법과 모집된 기부금품의 사용에 대한 통제를 통하여, 즉 기본권행사의 '방법'을 규제함으로써 충분히 입법 목적을 달성할 수 있다고 보여진다.

③ 기부금품의 모집에 따른 피해나 부작용이 우려된다면, 그러한 피해가 가장 우려되는 모집형태인 방문모집이나 가두모집을 원칙적으로 금지하고, 모집방법을 우편에 의한 모집으로 제한한다든지 아니면 방문모집과 가두모집은 엄격한 요건하에서만 예외적으로 허용한다든지 또는 모집장소를 일정한 공개장소로 제한하는 등 모집절차에 대한 통제를 통하여 얼마든지 모집과정에서 발생할 수 있는 피해를 사전에 방지할 수 있다. 이러한 모집방법의 제한은 순수한 사익을 위한 모집행위나 제3자에게 피해 또는 심리적 압박을 주는 모집행위를 사전에 예방하고, 결국 모집목적이 자연스럽게

게 사회공익적 성격의 사업이나 자선행위에 국한되도록 형성하는 효과를 가져 오게 한다. 또한 모집결과의 신고의무, 기부금품의 모집상황 및 사용내역에 관한 장부의 비치의무, 관계서류제출의무 등 행정청의 감독권한을 통하여 모집된 기부금품을 모집의 목적에 맞도록 사용하게끔 통제함으로써, 모집의 목적과 다르게 사용하기 위한 모집행위를 처음부터 차단하여 무분별하거나 사기적인 모집행위를 방지할 수 있다. 한 마디로, 일반 국민의 지지를 받지 못하는 목적을 위한 모집행위는 모집절차와 사용용도의 통제로 말미암아 아무런 성과를 거두지 못할 것이 확실히 예상되므로, 이러한 방법을 통하여 자연히 국가에 의한 것이 아니라 국민에 의한 모집목적의 제한을 가져올 수 있다.

④ 모집목적에 대하여 원칙적으로 제한을 두지 않으면서, 공공의 안녕과 질서를 침해할 위험이 없고 모집행위의 합법적인 시행과 모집목적에 따른 기부금품의 사용이 충분히 보장되며 모집에 소요되는 비용과 모집된 금액 사이에 명백한 불균형이 우려되지 아니한 경우에는 허가를 해주는 질서유지행정 차원의 허가절차를 통해서도 충분히 법이 의도하는 목적을 실현할 수 있다. 따라서 법이 의도하는 목적인 국민의 재산권보장과 생활안정은 모집목적의 제한보다도 기본권을 적게 침해하는 모집행위의 절차 및 그 방법과 사용목적에 따른 통제를 통해서도 충분히 달성될 수 있다 할 것이므로, 모집목적의 제한을 통하여 모집행위를 원칙적으로 금지하는 법 제3조는 입법목적의 달성에기에 필요한 수단의 범위를 훨씬 넘어 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라 아니할 수 없다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌가5

(3) 소결론

법 제3조가 모집행위의 허가여부를 행정청의 재량에 위임하는 것은 기본권인 행복추구권의 본질에 반하고, 모집목적의 제한을 통하여 모집행위를 원칙적으로 금지하는 것은 행복추구권을 과도하게 침해하므로 법 제3조는 위헌적인 규정이다.

다. 법 제11조의 위헌성

법 제11조 중 제3조에 관한 부분은 법 제3조에 위반한 경우에 대한 형벌조항이므로 그 처벌의 전제가 되는 구성요건인 제3조가 헌법에 위반된다면 그에 따라 당연히 위헌이 될 수 밖에 없는 규정이다. 따라서 법 제11조 중 제3조에 관한 부분은 그 구성요건인 법 제3조가 이미 위에서 밝힌 이유로 헌법에 위반되기 때문에 헌법에 위반된다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 모두 헌법에 위반된다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 의견 일치에 따른 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

구 국가공무원법 제73조의2 제1항 단서 위헌제청

(1998. 5. 28. 96헌가12 전원재판부)

【판시사항】

1. 형사사건으로 기소되면 필요적으로 직위해제처분을 하도록 한 국가공무원법규정의 위헌 여부(적극)
2. 필요적 규정에 의한 과잉금지원칙의 위반가능성

【결정요지】

1. 형사사건으로 기소되기만 하면 그가 국가공무원법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있는가의 여부에 무관하게 경우에 따라서는 벌금형이나 무죄가 선고될 가능성이 큰 사건인 경우에 대해서까지도 당해 공무원에게 일률적으로 직위해제처분을 하지 않을 수 없도록 한 이 사건 규정은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 직업의 자유를 과도하게 침해하고 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에도 위반된다.

2. 입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면, 이는 비례의 원칙의 한 요소인 ‘최소침해성의 원칙’에 위배된다.

【심판대상조문】

구 국가공무원법(1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정되기 이전의 것) 제73조의2(직위의 해제) ① 임용권자 또는 임용제청권자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 다만, 제4호에

헌재 1998. 5. 28. 96헌가12

해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하여서는 아니된다.

1. 삭제(1973. 2. 5.)
2. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자
3. 징계의결이 요구중인 자
4. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)
5. 삭제(1981. 4. 20)

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제27조 제4항, 제37조 제2항

사립학교법(1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것) 제58조의 2(직위의 해제) ① 사립학교의 교원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 당해 교원의 임면권자는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 다만, 제3호에 해당하는 자에 대하여는 직위를 해제하여서는 아니된다.

1. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자, 또는 교원으로서 근무태도가 심히 불량실한 자
2. 징계의결이 요구중인 자
3. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)

②~⑤ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393
헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1
2. 헌재 1995. 2. 23. 93헌가1, 판례집 7-1, 130
헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550

【당 사 자】

제청법원 부산고등법원(94부411 위헌제청신청)

제청신청인 장성환 외 1인

제청신청인들 대리인 변호사 문재인 외 1인

당해사건 부산고등법원 94구8013 직위해제처분취소

【주 문】

구 국가공무원법(1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정되기 이전의 것) 제73조의2 제1항 단서는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

경상대학교 소속 교수인 제청신청인들이 ‘한국사회의 이해’라는 서적을 교재로 강의를 하던중 1994. 11. 30. 창원지방법원 제1부 형사부에 의하여 국가보안법위반죄로 창원지방법원에 기소되자, 신청의 경상대학교 총장은 같은 날 구 국가공무원법(1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정되기 이전의 것) 제73조의2 제1항 단서 및 제4호의 규정에 의거하여 제청신청인들을 직위해제하였다. 이에 대하여 제청신청인들은 1994. 12. 15. 부산고등법원에 위 대학총장을 상대로 직위해제처분취소의 소송(94구8013)을 제기하고, 위 법원에 위 직위해제의 근거가 된 구 국가공무원법 제73조의2 제1항 단서 규정에 대하여 위헌심판제청신청(94부411)을 하였고, 위 법원은 그 신청을 받아들여 헌법재판소에 위 규정의 위헌여부의 심판을 제청하였다. 당해사건 진행중 구 국가공무원법은 1994. 12. 22. 법률 제4829호로 개정되어 위 단서 규정은 삭제되었고, 신청의 경상대학교 총장은 동 개정법률 제4829호 부칙 제2호에 의하여 제청신청인들을 1995. 1. 3. 복직발령하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 국가공무원법(1994. 12. 22. 법률 제

헌재 1998. 5. 28. 96헌가12

4829호로 개정되기 이전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제73조의2 제1항 단서 규정(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)의 위헌여부인데, 그 내용은 다음과 같다.

국가공무원법 제73조의2(직위의 해제) ① 임용권자 또는 임용제청권자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하지 아니할 수 있다. 다만 제4호에 해당하는 자에 대하여는 직위를 부여하여서는 아니된다.

1. 삭제(1973. 2. 5.)
2. 직무수행능력이 부족하거나 근무성적이 극히 불량한 자
3. 징계의결이 요구중인 자
4. 형사사건으로 기소된 자(약식명령이 청구된 자는 제외한다)
5. 삭제(1981. 4. 20.)

② 내지 ⑤ 생략

2. 위헌심판제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 이 사건 규정에 의하면 약식명령이 청구된 경우가 아닌 한 어떠한 내용의 형사사건이건 공소가 제기되면 이를 이유로 당연히 직위해제처분을 하도록 되어 있는바, 공무원에게 무죄나 벌금형이 선고될 가능성이 큰 경우에 대해서까지도 일률적으로 직위해제처분을 해야 하는 불합리성이 있다.

(2) 이 사건 규정에 의한 직위해제처분은 실질상 징계처분의 일종인 정직과 비슷한 처분인데도 불구하고 징계절차 또는 기타 이와 유사한 절차에 의하여 공무원의 직위해제여부를 결정하는 것이 아니라, 형사사건으로 기소되었다는 사실만을 이유로 임면권자의

일방적인 처분으로 직위해제를 행하게 되어 있어 공무원은 자기에
 게 유리한 사실의 진술이나 필요한 증거를 제출할 방법조차 없어
 적법절차가 존중되고 있지 않다.

(3) 이 사건 규정에 의한 직위해제처분은 그 기간의 제한도 없
 이 판결이 확정될 때까지로 되어 있어, 형사재판이 장기화하여 직
 위해제처분을 받은 때로부터 3개월을 초과하게 되면 징계처분으로
 행하는 3개월 이하의 정직처분보다 더욱 불리하고 가혹하여 실질
 에 있어서는 해임에 버금가는 불이익처분이 될 뿐 아니라, 법 제
 68조에 규정된 공무원의 신분보장의 규정이 유명무실해져 버릴 우
 려가 있다.

(4) 또한 공무원에 대하여 형사사건으로 공소제기가 되었다는
 사실만으로 직위해제처분을 행하는 것은 아직 유·무죄가 가려지
 지 않은 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되므로 헌법 제27조 제4
 항의 무죄추정의 원칙에 위배된다.

(5) 따라서 이 사건 규정은 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익
 의 균형성을 갖추고 있지 못하므로 헌법 제37조 제2항의 비례의
 원칙에 어긋나서 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해한다는 의
 심이 있고, 또한 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항에
 도 합치하지 아니한다.

나. 교육부장관 및 총무처장관의 의견

(1) 직위해제제도는 법 제73조의2 제1항에 열거된 경우와 같이
 해당 공무원이 직무를 수행하는 것이 부적합하다고 판단되는 경우
 일정 기간 동안 직무를 담당하지 않도록 함으로써 공무원 개인은
 물론 국민에 대한 봉사조직인 행정기관에 대한 국민의 신뢰를 잃

헌재 1998. 5. 28. 96헌가12

지 않도록 규정한 것이다. 특히 형사사건으로 기소된 공무원에 대하여 일정 기간 공무를 담당하지 않도록 제도화한 것은 형사피고인이 계속 공무를 담당하는 경우 발생할 수 있는 공무나 행정기관에 대한 국민의 불신을 방지하고, 한편 피고인인 공무원에게도 공무담당의 의무를 일시적으로 해제하여 소송당사자로서 공판과정에서 변론준비 등 충분히 방어권을 행사할 수 있는 기회를 부여함으로써 해당 공무원 자신도 보호하기 위한 제도이다.

(2) 공무원이 형사사건으로 기소된 경우 피고인인 공무원으로 하여금 계속해서 공무를 담당하도록 하는 것은 공무의 공정성과 적정성을 도모하지 못할 우려가 크므로, 공무원에게는 일반국민보다 더 높은 윤리성과 준법성이 요구된다는 관점에서 반드시 직위해제조치를 하도록 규정한 것은 충분한 사유가 인정된다.

(3) 제청법원은 이 사건 규정이 무죄추정의 원칙에 위배된다고 주장하나, 이는 직위해제제도의 기본취지가 피고인인 공무원의 유죄를 추정하고 그를 전제로 하여 내린 불이익처분이 아니라 공무집행의 공정성·적정성에 대한 국민의 신뢰를 잃지 않으면서 해당 공무원 스스로 직무상의 부담없이 자기 변호를 할 수 있도록 하기 위한 것임을 간과한 것이다.

3. 판 단

가. 적법성에 관한 판단

위헌제청이 적법하기 위해서는 이 사건 규정이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고, 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다. 그렇다면 이 사건 규정의 위헌여부가 당해 소송사건의 해결을 위

하여 필요불가결한 선결문제가 되어야 하는데, 제청신청인들은 이미 1995. 1. 3. 복직발령을 받았으므로 직위해제처분의 취소를 구할 소의 이익이 있는가 하는 것에 대한 의문이 있을 수 있다.

제청신청인들은 개정법률 부칙 제2호에 의하여 1995. 1. 3. 복직발령을 받았으나, 직위해제처분은 여전히 유효하기 때문에, 승진소요최저연수의 계산에 있어서 직위해제기간은 산입되지 않으며(공무원임용령 제31조 제2항) 직위해제기간중 봉급의 감액을 감수할 수 밖에 없는(공무원보수규정 제29조) 등 제청신청인들에게 법적으로 불리한 효과가 그대로 남아 있다. 그러므로 제청신청인들에게는 승급이나 보수지급 등에 있어서의 불리함을 제거하기 위하여 직위해제처분의 취소를 구할 소의 이익이 인정되고, 이로써 제청법원은 당해사건의 본안에 관하여 판단해야 할 필요성이 있다고 하겠다. 따라서 개정법률 부칙 제2호의 규정에도 불구하고 이 사건 규정은 당해사건에서 적용되는 규정이고, 이 규정의 위헌여부에 따라 직위해제처분의 취소 여부, 즉 재판의 결과가 달라지므로 재판의 전제성이 인정된다.

나. 이 사건 규정의 위헌 여부

(1) 이 사건 규정에 의하면, 약식명령이 청구된 경우가 아닌 한 어떠한 내용의 형사사건이건 이를 가리지 아니하고 공소가 제기되기만 하면 그것만을 이유로 당연히 직위해제처분을 하도록 되어 있다. 법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에 의하면 형사사건으로 금고 이상의 형을 받거나 형의 집행유예를 받든지 또는 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그로부터 각 일정한 기간이 경과하지 않았거나 그 기간중에 있는 때에는 그 사유에 해당하는 공무

헌재 1998. 5. 28. 96헌가12

원은 당연퇴직할 수밖에 없게 되어 있다. 약식명령이 청구된 경우가 아니라 일단 정식기소된 경우에는 위와 같이 당연퇴직사유가 되는 형의 선고를 받게될 개연성이 상당히 크다고 할 것이다. 법 제73조의2 제1항의 직위해제제도는 유죄의 확정판결을 받아 당연퇴직되기 전 단계에서 형사소추를 받은 공무원이 계속 직위를 보유하고 직무를 수행한다면 공무집행 및 행정의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰를 저해할 구체적인 위험이 생길 우려가 있으므로, 이를 사전에 방지하고자 하는 잠정적이고 가처분적 성격을 가진 제도이다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393, 399; 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1, 9).

(2) 그러나 이 사건 규정이 당사자에게 가져오는 불이익의 정도와 그 진지성을 살펴본다면, 직위해제처분은 기한의 제한도 없이 판결이 확정될 때까지로 되어 있으므로, 형사재판이 장기화하여 직위해제처분을 받은 때로부터 3월이 초과하게 되면 징계처분으로 행하는 3월 이하의 정직처분보다 더 가혹하며, 경우에 따라서는 그 실질이 해임에 버금가는 불이익처분이 될 수도 있다. 그렇다면 이 사건 규정은 직위해제처분이 당사자에게 가져오는 불이익의 진지함과 위에서 본 직위해제제도의 목적을 고려하여 반드시 그 요건을 엄격히 규정해야 할 필요가 있다 할 것이다. 즉, 비록 공무원에게는 일반국민에 비하여 더 높은 윤리성과 준법성이 요구되며 공무집행 및 행정의 공정성과 그에 대한 국민의 신뢰 등의 관점에서 직위해제처분제도가 일반적으로 필요하고 그 당위성이 인정된다고 하더라도, 그로 인한 기본권의 침해는 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위에 그쳐야만 합헌성이 인정될 수 있다.

그럼에도 불구하고 이 사건 규정은 공무원이 형사사건으로 기소된 경우에는 형사사건의 성격을 묻지 아니하고, 즉 고의범이든 과실범이든, 법정형이 무겁든 가볍든, 범죄의 동기가 어디에 있든지를 가리지 않고 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정하고 있다. 이로써 공소제기로 인하여 당사자가 공무원으로서 계속적인 업무활동을 하는데 문제가 있는지 혹은 공무의 공정성을 저해하고 국민의 불신을 불러 일으킬 우려가 있는지 등 임면권자가 직위해제처분을 행함에 있어서 구체적인 경우에 따라 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 완전히 없애버렸다. 즉 이 사건 규정은 형사사건으로 기소되기만 하면 그가 법 제33조 제1항 제3호 내지 제6호에 해당하는 유죄판결을 받을 고도의 개연성이 있는가의 여부에 무관하게 경우에 따라서는 벌금형이나 무죄가 선고될 가능성이 큰 사건인 경우에 대해서까지도 당해 공무원에게 일률적으로 직위해제처분을 하지 않을 수 없도록 규정한 것이다.

(3) 입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면 이는 비례의 원칙의 한 요소인 “최소침해성의 원칙”에 위배된다는 것을 헌법재판소는 이미 여러 차례 확인하였다(헌재 1995. 2. 23. 93헌가1, 판례집 7-1, 130; 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550 참조). 특히 이 사건과 관련하여 헌법재판소는 형사사건으로 기소된 사립학교 교원에 대하여 당해 교원의 임면권자로 하여금 필요적으로 직위해제처분을 하도록 규정하고 있는 사립학교법 제58조의2 제1항 단서에 대한 위헌여부심판제청사건(헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1)에

헌재 1998. 5. 28. 96헌가12

서, 기소된 사안의 위법성의 정도, 증거의 확실성여부 및 예상되는 판결의 내용 등을 고려하지 아니하고 형사사건으로 공소가 제기된 경우 일률적으로 판결의 확정시까지 직위해제처분을 하도록 한 것은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋나서 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하는 것이며 또한 무죄추정의 원칙을 규정한 헌법 제27조 제4항에도 위반된다고 선언하였다.

(4) 형사사건으로 기소된 경우에 행하는 직위해제처분에 있어서 국립대학 교원 등의 공무원을 사립학교교원과 달리 취급해야 할 아무런 합리적인 이유가 없다. 이 사건 규정은 공무원이 형사기소된 경우에는 당연히 직위해제되어야만 한다는 점에서 그의 내용이 위 결정의 심판대상 조항인 사립학교법 제58조의2 제1항 단서의 규정과 본질적으로 동일하고, 위 결정선고 이후 이를 달리 판단해야 할 특별한 사정변경이 있다고 할 수도 없으므로, 위 사립학교법조항에 대한 헌법재판소결정의 판시이유는 이 사건에서도 그대로 타당하다고 하겠다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 규정은 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되어 직업의 자유를 과도하게 침해하고 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에도 위반되므로, 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

국세기본법 제39조 제1항 제2호 가목 등 위헌제청

(1998. 5. 28. 97헌가13 전원재판부)

【판시사항】

1. 제2차 납세의무를 부과함이 상당하다고 인정되는 과점주주의 범위
2. 과점주주 중 “주식을 가장 많이 소유한 자”에게 일률적으로 제2차 납세의무를 부담시키는 국세기본법 제39조 제1항 제2호 가목이 헌법에 위반되는지 여부(적극)
3. 과점주주 중 “주식을 가장 많이 소유하거나 법인의 경영을 사실상 지배하는 자와 생계를 함께하는 자”에게 제2차 납세의무를 부담시키는 국세기본법 제39조 제1항 제2호 다목이 헌법에 위반되는지 여부(적극)
4. 과점주주 중 “대통령령이 정하는 임원”에게 제2차 납세의무를 부담시키는 국세기본법 제39조 제1항 제2호 라목이 헌법에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 제2차 납세의무를 부과함이 상당하다고 인정되는 과점주주의 범위는 입법목적에 비추어 “주식회사를 실질적으로 운영하면서 이를 조세회피의 수단으로 이용할 수 있는 지위에 있는 자, 즉 법인의 경영을 사실상 지배하는 자나 당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자”로 제한함이 상당하다.

2. 주식을 가장 많이 소유한 자인지의 여부는 주주명부 등에 기재된 형식적인 내용을 기준으로 삼을 수 밖에 없으므로, 국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘가목’이 “주식을 가장 많이 소유한 자”라는 형식적인 기준에만 의하여 제2차 납세의무를 부담시키는 것은 위헌의 소지가 있다. 따라서 “주식을 가장 많이 소유한 자”라도 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자”가 아닌 과점주주에게 제2차 납세의무를 부담하게 하는 것은 실질적 조세법률주의에 위배되고 과점주주의 재산권을 침해하여 헌법에 위반된다.

3. 국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘다목’은 과점주주 자신이 법인의 경영을 사실상 지배하거나 당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는지 여부에 관계 없이 과점주주 중 주식을 가장 많이 소유한 자와 서로 도와서 일상생활비를 공동으로 부담한다는 이유만으로 책임의 범위와 한도조차 뚜렷하게 설정하지 아니한 채 법인의 체납세액 전부에 대하여 일률적으로 제2차 납세의무를 지우는 것은 과점주주들 사이에 불합리한 차별을 하여 조세평등주의와 실질적 조세법률주의에 위반되고 과점주주의 재산권을 침해하게 된다.

4. 국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘라목’은 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주인 임원의 범위를 구체적인 기준도 없이 이를 모두 대통령령에 포괄위임하여 위임입법의 한계를 일탈함으로써 “대통령령이 정하는 임원”인 과점주주가 법인의 경영을 사실상 지배하는지, 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는지 여부를 가리지 아니한 채, 과세청이 자의로 제2차 납세의무자인 과점주주를 지정하여 보충적인 납세의무를 지울 여지가 있으므로, 실질적 조세법률주의와 포괄위임입법금지의 원칙에 위반된다.

【심판대상조문】

국세기본법 제39조(출자자의 제2차 납세의무) ① 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무의 성립일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 부족액에 대하여 제2차 납세의무를 진다.

1. 생략
 2. 과점주주 중 다음 각 목의 1에 해당하는 자
 - 가. 주식을 가장 많이 소유하거나 출자를 가장 많이 한 자
 - 나. 생략
 - 다. 가목 및 나목에 규정하는 자와 생계를 함께하는 자
 - 라. 대통령령이 정하는 임원
- ② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제59조, 제75조

구 국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제39조(출자자의 제2차 납세의무) 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무의 성립일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 부족액에 대하여 제2차 납세의무를 진다.

1. 생략
2. 주주 또는 유한책임사원 1인과 그의 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자들로서 그들의 소유주식금액 또는 출자액의 합계액이 당해 법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 51 이상인 자(이하 “과점주주”라 한다)

【참조판례】

헌재 1998. 5. 28. 97헌가13

1. 헌재 1997. 6. 26. 93헌바49등, 판례집 9-1, 611

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원(96부1518 위헌제청신청)

제청신청인 남순동

대리인 변호사 오병선

당해사건 서울고등법원 96구27317 제2차납세의무지정처분취소

【주 문】

1. 국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘가목’ 중 주주에 관한 부분은 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자” 이외의 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부담하게 하는 범위내에서 헌법에 위반된다.

2. 국세기본법 제39조 제1항 제2호 ‘다목 과 라목’ 중 주주에 관한 부분은 모두 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건개요와 심판대상

가. 전자기기제작·설치업 등을 목적으로 하는 주식회사 경희(이하, “이 회사”라 한다)는 주식이 한국증권거래소에 상장되지 아니한 법인으로 1988. 1. 19. 제청신청인의 동생인 망 남현식의 주도로 설립되었다. 법인등기부상의 이사인 제청신청인은 1994. 12. 현재 이 회사의 주식이동상황명세서상 발행주식 총 74,000주 가운데 12,000주, 남현식은 17,000주, 남현식의 처인 이정숙은 14,000주의 주식을 각 소유하고 있는 것으로 등재되어 있다. 제청신청인은 이

회사 설립 당시 발기인이고 이사로 등재는 되어 있으나 위 남현식에게 단지 명의만 빌려주었을 뿐 실질적으로 주식을 인수하거나 회사 경영에 참여한 사실이 없다.

이 회사는 1994년 제2기분 부가가치세 금 143,000,000원을 체납하였다. 서초세무서장은 1995. 3. 30. 제청신청인이 국세기본법 제39조 제1항 소정의 과점주주 및 이 회사의 이사에 해당한다고 보고 제2차 납세의무자로 지정하여 위 부가가치세의 납부고지처분을 하였다가 1996. 3. 12. 금 70,000,000원으로 감액하는 경정결정을 하였다.

제청신청인은 국세기본법 제39조 제1항 제2호 소정의 과점주주 및 이사가 아니라는 이유를 들어 서울고등법원에 위 과세처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다(96구27317). 그 소송계속중에 위 과세처분의 근거가 된 위 법률조항에 대한 위헌여부심판제청신청을 하였고(96부1518), 위 법원은 1997. 9. 20. 신청을 받아들여 위 법률조항 중 가목·다목·라목에 대한 위헌심판제청결정을 하였다.

나. 심판대상은 국세기본법(이하 “법”이라 한다) 제39조 제1항 제2호 가목·다목·라목, 중 주주에 관한 부분(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 부분을 포함한 법 제39조의 내용은 아래와 같다.

법 제39조(출자자의 제2차 납세의무)

① 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무의 성

헌재 1998. 5. 28. 97헌가13

립일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 부족액에 대하여 제2차 납세의무를 진다.

1. (생략)

2. 과점주주 중 다음 각 목의 1에 해당하는 자

가. 주식을 가장 많이 소유하거나 출자를 가장 많이 한 자

나. 법인의 경영을 사실상 지배하는 자

다. 가목 및 나목에 규정하는 자와 생계를 함께하는 자

라. 대통령령이 정하는 임원

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

[참고조문]

구 국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제 39조(출자자의 제2차 납세의무)(이하 “구 법조항”이라 한다) 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금과 체납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 국세의 납세의무의 성립일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 부족액에 대하여 제2차 납세의무를 진다.

1. (생략)

2. 주주 또는 유한책임사원 1인과 그외 대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자들로서 그들의 소유주식금액 또는 출자액의 합계액이 당해 법인의 발행주식총액 또는 출자

총액의 100분의 51 이상인 자(이하 “과점주주”라 한다)

2. 제정법원의 위헌심판제청이유와 이해관계기관의 의견

가. 제정법원의 위헌심판제청이유

과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 지을 때에는 입법목적에 따라 과점주주의 범위를 제한하여 과점주주의 주식 소유 정도, 과점주주 소유의 주식에 대한 실질적인 권리의 행사 여부와 법인의 경영에 대한 사실상 지배 여부 등의 실질적인 요소를 고려하여야 함에도 불구하고, 이 법률조항이 과점주주 전원에게 일률적으로 법인의 채납세액 전부에 대한 제2차 납세의무를 부담하도록 규정한 것은 헌법 제11조 제1항(평등권), 제23조 제1항(재산권보장), 제37조 제2항(과잉금지의 원칙), 제59조(조세법률주의) 등에 위반된다는 의심이 있다.

나. 재정경제원장관 및 국세청장의 의견

이 법률조항은, 첫째 회사에 대한 지배권의 행사나 회사이익의 귀속에 있어서는 특수관계자에 있는자 간에 분산된 주식의 주주권은 지배주주의 주주권 행사에 가담되므로, 이러한 관계에 있는 주주들의 집합체라면 실질적으로 동일한 경제적 주체로 파악하는 것이 실질과세의 원칙에 부합하므로 조세법률주의에 위반되지 아니하고, 둘째 국세기본법 제39조의 제2차 납세의무조항이 상장법인과 비상장법인의 과점주주를 차별하고 있으나, 상장법인은 증권거래법 등에 의하여 출자의 제한 및 주요사항의 대외공시 등의 외부적 통제를 받을 뿐만 아니라, 주식이 분산되어 있어 출자자의 자의적인 법인의 지배가 어려운 점 등을 감안하여 볼 때 그 차별의 합리성이 인정되므로 평등의 원칙에 위반되지 아니하며, 셋째 조

헌재 1998. 5. 28. 97헌가13

세는 국가의 기능을 유지하고 공공복리를 위하여 법률에서 합리적이고 객관적인 일정한 요건을 갖춘 과점주주에게만 제2차 납세의무를 지우는 것이므로 재산권의 본질을 침해하는 것도 아니다.

3. 판 단

가. (1) 헌법재판소는 1997. 6. 26. 93헌바49등 구 법조항에 대한 위헌소원사건에서, ‘구 법조항 중 주주에 관한 부분은 “법인의 경영을 사실상 지배하는 자” 또는 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자” 이외의 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부담하게 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다’라는 결정을 선고하였다(판례집 9-1, 611).

이 결정이 구법조항을 위헌으로 판단한 이유의 요지는 아래와 같다.

『과점주주에 대한 제2차 납세의무제도의 입법목적을 보면, 우리나라 비상장법인이 대부분 친족, 친지 등을 주주로 하여 구성된 소규모의 폐쇄회사들로서 회사의 경영을 사실상 지배하는 실질적인 운영자인 과점주주는 회사의 수익은 자신에게 귀속시키고 그 손실은 회사에 떠넘김으로써 회사의 법인격을 악용하여 이를 형해화시킬 우려가 크므로 이를 방지하여 실질적인 조세평등을 이루려는데 있으므로, 그 합리성이 인정된다.

그러나 구 법조항이 과점주주 전원에 대하여 그 부담액에 관한 한도를 설정하지 않고 무제한의 책임을 지도록 하는 것은 입법 목적을 위하여 그 방법이 적절하다고 할 수 없다. 특히 과점주주의 범위와 관련하여 그 구체적인 내용은 사실상 대통령령에 백지위임하고 있고, 동법시행령 제20조는 과점주주의 범위를 정함에 있어

서 이를 형식적인 기준만에 의하여 규율하면서 과세추급권의 범위를 지나치게 넓게 확장하고 있다. 과점주주라 하더라도 단지 일정 비율의 주식만을 소유하고 있거나 특히 친족관계 등으로 인한 명목상의 주주와 같이 법인의 경영을 사실상 지배하는 자가 아닌 경우에도 제2차 납세의무를 지게 하는 것은 본래의 입법목적을 넘어 사실상 그 조세와는 관련이 없는 제3자에 대하여 조세를 부과하는 것이 되므로, 실질적 조세법률주의에 위반된다.

또한 위 조항은 과점주주의 주식의 소유 정도 및 과점주주 소유의 주식에 대한 실질적인 권리의 행사 여부와 법인의 경영에 대한 사실상의 지배 여부 등 제2차 납세의무의 부과를 정당화시키는 실질적인 요소에 대하여는 고려함이 없이, 과점주주 전원에 대하여 일률적으로 법인의 체납세액 전부에 관하여 제2차 납세의무를 부담토록 함으로써 과점주주들간에 불합리한 차별을 하여 평등의 원칙과 그 조세분야에서의 실현형태인 조세평등주의에도 위반된다.

그러나 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부과하는 것 자체가 모두 위헌이라고는 볼 수 없으므로, 실질적 조세법률주의의 원칙에 비추어 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주의 범위를 적절하게 제한하거나 과점주주의 책임의 한도를 설정하면 그 위헌성이 제거될 수 있을 것이다. 따라서 제2차 납세의무를 부과함이 상당하다고 인정되는 과점주주의 범위는 입법목적에 비추어 이를 “주식회사를 실질적으로 운영하면서 이를 조세회피의 수단으로 이용할 수 있는 지위에 있는 자, 즉 법인의 경영을 사실상 지배하거나 과점주주로서의 요건 즉 당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51

이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자”로 제한함이 상당하다.

그리고 이 법률조항의 각 목과 대비하여 보면, 나목을 제외한 가목·다목·라목은 모두 형식적인 기준으로 제2차 납세의무를 부담하는 과점주주를 규정하고 있어 위헌의 소지가 있으므로, 위와 같이 과점주주의 범위를 실질적인 기준으로 제한적 해석을 하는 것이 상당하다.』

(2) 그런데 위 결정의 심판대상이 된 구법조항은 1993. 12. 31. 법률 제4672호로 이 법률조항으로 개정되었다. 이 구 법조항에 대한 위헌심판 당시 이미 이 법률조항인 가목·다목·라목이 모두 형식적인 기준으로 제2차 납세의무를 부담하게 하는 과점주주를 규정하고 있어 위헌의 소지가 있다는 이유를 밝힌 바가 있고, 이 결정을 선고한 이후에 사정변경이 생기지도 아니 하였다.

나. 그러므로 이 법률조항의 위헌여부에 대하여 검토하기로 한다.

(1) 위 조항 중 ‘가목’은 과점주주 중 “주식을 가장 많이 소유한……자”에게 제2차 납세의무를 부담하게 하고 있다. 주식을 가장 많이 소유한 자라 함은 과점주주 가운데 주식을 가장 많이 소유한 자를 가리키는 것이고, 과점주주를 포함한 법인의 모든 주주 중에서 주식을 가장 많이 소유한 자를 의미하는 것은 아니다. 주식을 가장 많이 소유한 자인지의 여부는 주주명부나 주식이동상황 명세서상에 등재된 형식적인 내용을 기준으로 삼을 수밖에 없을 것이고, 주식명의를 차용·도용한 경우 등이 있을 것인데도, 이러한 특수사정은 전혀 고려하지 않고 있다. 따라서 ‘가목’은 제2차

납세의무를 부담하는 범위를 과점주주 중 주식을 가장 많이 소유한 자라는 형식적인 기준에만 의하도록 규정한 것은 위헌의 소지가 있음을 부인할 수 없다. 법원의 해석도, 과세청은 납세의무 성립일 현재 과점주주 중 주식을 가장 많이 소유한 사실을 주주명부나 주식이동상황명세표로 입증하면 되고, 주주명의의 차용·도용 등의 사정은 이를 주장하는 명의자가 입증하여야 한다는 견해를 갖고 있다(대법원 1996. 12. 6. 95누14770, 공97, 242).

이미 우리재판소는 선례를 통하여 과점주주 중 “주식을 가장 많이 소유한 자”라도 “법인의 경영을 사실상 지배하는 자”가 아니거나 “당해 법인의 발행 주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자”가 아닌 과점주주에게는 제2차 납세의무를 부담하게 할 수 없다는 견해를 밝힌 바가 있으므로, 이러한 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 지게 하는 것은 실질적 조세법률주의(헌법 제38조, 제59조)에 위배되고 과점주주의 재산권(헌법 제23조 제1항)을 침해하여 헌법 위반이 된다.

(2) 위 조항의 ‘다목’에 관한 부분을 살펴보면, 위 ‘다목’은 과점주주 중 “가목 및 나목에 규정하는 자와 생계를 함께 하는 자” 즉, “주식을 가장 많이 소유하거나 법인의 경영을 사실상 지배하는 자와 생계를 함께 하는 자”는 소유하는 주식이 몇 주(株)인지도 묻지 않고 제2차 납세의무를 지우는 것이다. 여기에 생계를 함께 하는 자라 함은 서로 도와서 일상생활비를 공동으로 부담하고 있는 것을 말하고 반드시 동거하고 있는 것을 필요로 하지 아니한다(법시행령 제20조 제10호, 법기본통칙 4-2-15……39).

따라서 위 ‘다목’은 과점주주 자신이 법인의 경영을 사실상 지

헌재 1998. 5. 28. 97헌가13

배하거나 당해 법인의 발행 주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자에 해당하는지 여부에 관계없이 과점주주 중 주식을 가장 많이 소유한 자와 서로 도와서 일상생활비를 공통으로 부담한다는 이유만으로 책임의 범위와 한도조차 뚜렷하게 설정하지 아니한 채 법인의 채납세액 전부에 대하여 일률적으로 제2차 납세의무를 지우는 것은 과점주주들 간에 불합리한 차별을 하여 조세평등주의와 실질적 조세법률주의(헌법 제11조 제1항, 제38조, 제59조)에 위반되고 과점주주의 재산권(헌법 제23조 제1항)을 침해하게 된다.

(3) 위 조항 중 ‘라목’에 대하여 보면, 위 ‘라목’은 “대통령령이 정하는 임원”을 제2차 납세의무를 지는 과점주주 중의 하나로 규정하고 있다. 그러나 ‘라목’은 제2차 납세의무를 지는 과점주주인 임원의 범위를 구체적인 기준도 없이 이를 모두 대통령령에 포괄 위임하여 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 보지 않을 수 없다. 대통령이 정하는 임원인 과점주주 모두에게 제2차 납세의무를 지게 하는것은 법인의 경영을 사실상 지배하는지, 발행 주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는지 여부를 가리지 아니한 채, 과세청이 자의로 제2차 납세의무자인 과점주주를 지정하여 보충적인 납세의무를 지울 여지가 있다.

위 조항 ‘라목’의 위임에 따라 만든 법시행령 제20조의2(임원의 정의)를 보면 “법인의 회장·부회장·사장·부사장·이사 등 실질적으로 법인의 경영에 참여하는 직위에 있는 자와 감사”라고만 규정하고 있다. 이것은 제2차 납세의무를 지게 되는 임원의 범위가 너무 광범위하고, 실질적으로 법인의 경영에 참여하는 직위에

있기만 하면 법인의 경영을 사실상 지배하는지에 상관없이 법인의 채납세액 전부에 대하여 제2차 납세의무를 지우도록 규정하고 있다.

따라서 위 ‘라목’이 과점주주의 범위를 적절하게 제한하거나 책임의 한도를 설정하지 아니한 것은 실질적 조세법률주의(헌법 제38조, 제59조)와 포괄위임금지의 원칙(헌법 제75조)에 위반된다.

4. 결 론

이상의 이유로 법 제39조 제1항 제2호 ‘가목’ 중 주주에 관한 부분은 “당해 법인의 발행주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자” 이외의 과점주주에 대하여 제2차 납세의무를 부담하게 하는 범위내에서 헌법에 위반되고, 법 제39조 제1항 제2호 ‘다목 과 라목’ 중 주주에 관한 부분은 모두 헌법에 위반되므로 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

지방세법 제112조 제5항 등 위헌소원

(1998. 5. 28. 95헌바18 전원재판부)

【판시사항】

1. 법인이 아닌 개인이 1가구당 1대를 초과하여 비영업용 승용차를 취득할 경우 취득세와 등록세를 중과하도록 한 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 위 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항이 법인을 제외하고 개인만을 대상으로 위 1항과 같이 중과하도록 함으로써 청구인이 가지는 법인이 아닌 개인기업의 형태로 계속 자신의 직업에 종사할 자유가 제한받고 있는지 여부(소극)

3. 위 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항이 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법인이 아닌 개인이 1가구당 1대를 초과하여 비영업용 승용차를 취득할 경우 취득세와 등록세를 중과하도록 한 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항은 대도시의 교통난, 주차난 해소와 에너지 절약대책의 일환으로 개인의 불필요한 비영업용 승용차의 과다보유를 억제하기 위한 규정으로서, 법인은 2인 이상의 자연인으로 구성된 조직체이므로 이를 몇 대나 보유할 것이 기대되는지 예상하기 어려운 점이 있어 법인 아닌 개인을 대상으로 한 것이고, 또 일반적으로 승용차를 많이 보유하고 있는 가정일수록 수입도 많다고 추정할 수 있으므로 담세능력에 상응한 공평과세의 원칙에 따른 법률조항이라 할 것이어서 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

2. 청구인은 법인이 아닌 개인사업자로 자동차부품 제조업에 종사하고 있는데, 위 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항이 법인을 제외하고 개인만을 대상으로 1가구당 1대 초과 승용차량의 취득 및 등록에 대하여 취득세와 등록세를 2배로 중과한다고 하여 위 제조업을 수행할 수 없을 정도로 비용부담이 커서 청구인이 개인기업의 형태로 위 직업에 종사하는 것이 제한받고 있다고 보기 어렵다.

3. 위 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항은 입법목적의 정당성이 인정되고, 차량증가 억제와 에너지 절약 대책으로 어느 방법을 선택하는가는 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 사항으로서 1가구당 1대 초과 승용차량의 보유를 일반적으로 금지하는 것이 아니라 통상보다 높은 세율의 취득세·등록세를 부과함으로써 간접적으로 이를 억제하는 것이므로 그 방법의 적정성 및 피해의 최소성 또한 인정되며, 위 조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로 법익균형성도 갖추었다고 볼 것이어서 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

재판관 조승형의 반대의견

위 지방세법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항은 비업무용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하고 등록하는 경우의 취득세 및 등록세율을 2배로 중과한다는 내용으로써, 1가구를 어떻게 규정하느냐를 이 사건 법률조항에 아무런 구체적인 기준을 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임하였으므로 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정을 위반하였다고 할 것이다.

【심판대상조문】

지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정되고 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기전의 것) 제112조(세율) ①~④ 생략
⑤ 제196조의5 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 비영업용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하는 경우의 취득세율은 1대를 초과하여 취득하는 자동차마다 제1항의 세율의 100분의 200으로 한다.

지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정되고 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기전의 것) 제132조의2(자동차등록의 세율) ①~② 생략
③ 제196조의5 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 비영업용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 등록받는 경우의 등록세율은 1대를 초과하여 등록받는 자동차마다 제1항 제1호의 세율의 100분의 200으로 한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항

지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고, 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것) 제196조의5(과세표준과 세율) ① 자동차세의 표준세율은 다음 구분에 의한다.

1. 승용자동차

배기량에 씨씨당 세액을 곱하여 산정한 세액을 자동차 1년대 연세액으로 한다.

영 업 용		비 영 업 용	
배 기 량	씨씨당 세액	배 기 량	씨씨당 세액
1,000씨씨 이하	18원	800씨씨 이하	100원
1,500씨씨 이하	18원	1,000씨씨 이하	120원
2,000씨씨 이하	19원	1,500씨씨 이하	160원
2,500씨씨 이하	19원	2,000씨씨 이하	220원
2,500씨씨 초과	24원	2,500씨씨 이하	250원
		3,000씨씨 이하	410원
		3,000씨씨 초과	630원

2. 기타 승용자동차

다음의 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다.

영 업 용	비영업용
20,000원	100,000원

3. 승합자동차

다음의 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다.

구 분	영 업 용	비 영 업 용
고 속 버 스	100,000원	—
대형전세버스	70,000원	—
소형전세버스	50,000원	—
대형일반버스	42,000원	115,000원
소형일반버스	25,000원	65,000원

4. 화물자동차

다음의 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다. 다만, 적재정량 10,000킬로그램 초과 자동차에 대하여는 적재정량 10,000킬로그램 이하의 세액에 10,000킬로그램 초과시마다 영업용의 경우에는 30,000원을 가산한 금액을 1대당 연세액으로 한다.

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

적 재 정 량	영 업 용	비 영 업 용
1,000킬로그램 이하	6,600원	28,500원
2,000킬로그램 이하	9,600원	34,500원
3,000킬로그램 이하	13,500원	48,000원
4,000킬로그램 이하	18,000원	63,000원
5,000킬로그램 이하	22,500원	79,500원
8,000킬로그램 이하	36,000원	130,500원
10,000킬로그램 이하	45,000원	157,000원

5. 특수자동차

다음의 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다.

구 분	영 업 용	비 영 업 용
대형특수자동차	36,000원	157,500원
소형특수자동차	13,500원	58,500원

6. 삼륜 이하 소형자동차

다음의 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다.

영 업 용	비 영 업 용
3,300원	18,000원

②~③ 생략

지방세법(1976. 12. 31. 법률 제2945호로 개정되고, 1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정되기 전의 것) 제112조(세율) ① 취득세의 세율은 취득물건의 가격 또는 연부금액의 1,000분의 20으로 한다.

②~⑤ 생략

지방세법(1979. 4. 16. 법률 제3160호로 개정되고, 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것) 제132조의2(자동차등록의 세율) ① 비영업용승용자동차에 관한 등록을 받을 때에는 다음 각 호의 구분에 의하여 등록세를 납부하여야 한다.

1. 신규등록 및 소유권이전등록
자동차가액의 1,000분의 50
2. 지당권설정등록
채권금액의 1,000분의 30

3. 제1호 및 제2호 외의 등록

매 1건당 7,500원

②~③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525
2. 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219

【당 사 자】

청 구 인 김옥구

대리인 변호사 장원용

당해사건 부산고등법원 94구7652 취득세등부과처분취소

【주 문】

지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정되고 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것) 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 개인사업자로서 승용차 3대를 소유하고 있던중 1994. 2. 25. 승용차 1대를 교체하여 신규등록을 하였는데, 부산시 사하구청장은 같은 해 5. 16. 청구인을 지방세법(1993. 12. 27. 법률 제4611호로 개정되고 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항의 규정에

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

의한 1가구 1대 초과 승용차량 취득 및 등록의 중과세 대상으로 보아 자동차 취득세 금 500,720원, 등록세 금 1,043,180원 등을 부과하였다.

(2) 청구인은 1994. 12. 3. 부산고등법원에 취득세등부과처분취소청구의 소(94구7652)를 제기하고, 같은 달 20. 법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항이 헌법에 위반된다고 하여 위헌제청신청(94부412호)을 하였으나 그 신청이 기각되자 1995. 6. 24. 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 법 제112조 제5항 및 제132조의2 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며 그 내용은 다음과 같다.

법 제112조 ⑤ 제196조의5 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 비영업용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하는 경우의 취득세율은 1대를 초과하여 취득하는 자동차마다 제1항의 세율의 100분의 200으로 한다.

제132조의2 ③ 제196조의5 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 비영업용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 등록받는 경우의 등록세율은 1대를 초과하여 등록받는 자동차마다 제1항 제1호의 세율의 100분의 200으로 한다.

[관련규정]

지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고, 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것) 제196조의5 ① 자동차세의 표준세율은 다음 구분에 의한다.

1. 승용자동차 : 배기량에 씨씨당 세액을 곱하여 산정한 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다. <표 생략>
2. 기타 승용자동차 : 다음의 세액을 자동차 1대당 연세액으로 한다. <표 생략>

지방세법(1976. 12. 31. 법률 제2945호로 개정되고, 1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정되기 전의 것) 제112조 ① 취득세의 세율은 취득물건의 가액 또는 연부금액의 1,000분의 20으로 한다.

지방세법(1979. 4. 16. 법률 제3160호로 개정되고, 1995. 12. 6. 법률 제4995호로 개정되기 전의 것) 제132조의2 ① 제1호 자동차 가액의 1,000분의 50

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

청구인은 1963년부터 현재까지 법인이 아닌 개인사업자로 자동차부품을 생산하는 사업장을 운영하여 왔다. 그런데 이 사건 법률조항과 그 시행령에 의하면 개인사업자가 승용차를 2대 이상 취득하는 경우 사업용으로 사용되는 승용차임이 명백하다 하더라도 법인이 아닌 이상 자연인의 경우와 동일하게 평가되어 취득세와 등록세를 법인에 비하여 중과세하도록 되어 있다. 이와 같이 이 사건 법률조항이 승용차의 취득세와 등록세에 있어 개인사업자를 법인과 차별하여 중과세하도록 한 것은 불합리한 차별로서 헌법 제11조 제2항의 평등의 원칙과 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

칙에 위반되고, 또한 청구인의 헌법상 보장된 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

나. 부산고등법원의 위헌제청신청기각이유

이 사건 법률조항은 1가구가 여러 대의 승용차를 소유하는 것을 억제하여 교통난, 주차난을 덜어 보려는 취지에서 규정된 것이고, 법인사업자에 대하여 개인사업자와 차이를 두어 중과세 규정을 두지 아니한 것은 법인사업자의 장려 등 그 특수성에 따른 것이므로 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없고, 헌법상 평등의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

다. 부산 사하구청장의 의견

법인사업자의 승용차 취득 및 등록에 있어 중과세 규정을 두지 않은 것은 법인사업자를 장려하고자 하는 취지에서 연유한 것이므로 법인사업자의 비영업용 승용차의 취득 및 등록시 중과세 규정이 적용되지 아니한다 하여 이 사건 법률조항이 평등의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

라. 행정자치부장관 및 건설교통부장관의 의견

(1) 법인은 법률에 의하여 법인격이 부여된 사회적 조직체로서 사실상으로는 법률상으로는 자연인과는 명확히 구별되므로, 이와 같은 차이점을 근거로 하여 자연인과 법인에 대하여 법적용을 달리한다고 하더라도 실질적 의미에서의 평등권 보장이라는 헌법의 규정에 위배된다고 볼 수 없다. 법인에게는 법인세법이, 개인에게는 소득세법이 적용되는 등 자연인과 법인을 달리 취급하는 세법 규정은 지방세법 외에도 많이 있다.

(2) 직업선택의 자유에 직업의 수행 내지 경영의 자유도 포함됨은 물론이다. 1가구 1대 초과 승용차량에 대한 중과세제도는 급격한 자동차의 증가를 억제함으로써 대도시의 교통난, 주차난 등을 해소하기 위하여 공공복리 차원에서 도입한 제도이다. 개인사업자가 소유하는 승용차에 대하여 지방세인 취득세와 등록세를 중과할 경우 추가적인 세부담으로 인하여 기업경영에 부담을 줄 수 있음은 사실이다. 그러나 그 부담이 너무 과중하여 직업의 선택이나 직업수행을 금지 내지 제한하는 결과를 가져온다고는 볼 수 없으므로 이것이 청구인의 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.

(3) 1가구 1대 초과 승용차량에 대하여 중과세 규정을 적용함에 있어 개인사업을 하는 가구와 개인사업을 하지 않는 가구를 구별하는 것은 형평에 맞지 않고, 또한 현실적으로도 일반가구와 개인사업자 가구를 구분하는 것은 곤란한 일이 아닐 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항이 이를 구별하지 않았다고 하더라도 이는 입법기술상 불가피한 일로서 이를 과잉금지의 원칙에 위배된다고 비난할 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 조항의 입법취지 및 연혁

우리나라는 1970년대 이후 급속한 산업화의 진행으로 인구의 도시집중에 따른 갖가지 사회적 문제가 발생하였다. 그 중에서도 자동차로 인한 도시의 교통혼잡문제는 대기오염의 주범이 되었을 뿐만 아니라 교통체중에 따른 사회적 비용과 물류비용을 증가시킴으로써 국가경제력을 약화시키는 과급효과까지 낳았다. 여기에 덧붙

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

붙여 주 에너지인 원유를 전면 수입에 의존해야 하는 우리에게서 자동차 교통 문제는 무역수지에까지 영향을 미치는 중대한 문제로 대두되기에 이르렀다. 특히 1980년대 말부터는 2대 이상의 승용차를 보유하는 가구가 급격히 늘어남으로써 대도시의 교통난과 주차난이 심각해지고, 에너지 소비가 급증하게 되었다. 이에 따라 한편으로는 증가하는 교통수요를 지하철, 버스 등 대중교통수단으로 유도하고, 다른 한편으로는 승용차의 보유를 억제할 필요성이 요청되었다.

그리하여 1991. 5. 18. 대도시교통대책위원회에서 대도시의 교통난 완화를 위하여 1가구당 1대를 초과하여 비영업용인 승용차를 취득하는 경우 취득세, 등록세를 증가하는 방침을 확정하고, 1992. 4. 30. 정부 에너지절약 종합대책의 일환으로 위 증과세 방침을 재확인한 후, 1993. 12. 27. 법률 제4611호로 이 사건 법률조항을 신설하여 1994. 1. 1.부터 시행하기에 이르렀다(이 사건 법률조항은 1995. 12. 6. 개정되어 대통령령이 정하는 경자동차와 기타 승용자동차가 증과세 대상에서 제외되었다).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 평등의 원칙 위배 여부

우리 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유없이 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있으므로 조세법률관계에 있어서도 과세는 개인의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적인 이유없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니하는바, 이를 조세

평등주의라고 한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535).

이 사건 법률조항은 법인이 아닌 개인이 비영업용 승용차를 취득할 경우 취득세와 등록세를 중과세하도록 함으로써 법인에 비해 개인을, 그리고 개인의 경우에도 승용차를 보유하고 있지 아니한 자에 비해 이미 승용차를 보유하고 있는 자를 차별적으로 불이익하게 취급하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 조세평등주의에 위배되는 것은 아닌가 하는 의문이 생긴다.

이 사건 법률조항의 입법목적은 대도시의 교통난, 주차난 해소와 에너지 절약대책의 일환으로 개인의 비영업용 승용차의 급속한 증가를 억제하고, 교통수요를 대중교통수단으로 유도할 목적으로 입법화된 것으로 개인의 불필요한 비영업용 승용차의 과다보유를 억제하고자 하는 데 있다.

그런데 법인은 2인 이상의 자연인으로 구성된 조직체이므로 비영업용 승용차라 하더라도 이를 몇 대나 보유할 것이 기대되는지 예상하기 어려운 점이 있으므로 이 사건 법률조항은 법인 아닌 개인을 대상으로 하고 있는 것이다. 또한 이 사건 법률조항은 2대 이상의 차량의 보유가 불가피한 경우에는 중과세 대상에서 제외될 수 있는 여지를 두고 있다. 한편, 1가구당 1대 초과 승용차량 취득에 대하여 취득세와 등록세를 중과하도록 한 것은 일반적으로 승용차를 많이 보유하고 있는 가정의 경우 수입도 많다고 추정함이 무리라고 보여지지는 아니하므로 일종의 누진세 구조를 취한 것으로서 담세능력에 상응한 공평과세의 원칙에 따른 법률조항이라 하겠다. 따라서 이 사건 법률조항에 따른 위와 같은 차별은 합리적인 차별로서 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

(2) 직업의 자유 침해 여부

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하고 있고, 이는 직업결정의 자유, 전직의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유 등을 그 내용으로 하는 종합적이고 포괄적인 직업의 자유를 보장하는 것이라고 해석된다. 그러나 한편, 직업의 자유는 기본권제한입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있는 것이고, 직업의 자유를 구체적으로 어느 정도까지 제한할 수 있는지에 관하여 우리재판소는 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 폭 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 판시한 바 있다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543).

이 사건 법률조항은 승용차의 취득세와 등록세의 중과세부과 기준으로 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하는 경우라고 규정함으로써 법인은 여기에 해당되지 않도록 하고 있다. 청구인은 법인이 아닌 개인사업자로 자동차부품 제조업에 종사하고 있고, 동 업종은 법인의 형태이든, 개인기업의 형태이든 어떠한 형태로도 수행될 수 있다. 1가구당 1대 초과 승용차량의 취득 및 등록에 대하여 취득세와 등록세를 2배로 중과한다고 하여 위 제조업을 수행할 수 없을 정도로 비용부담이 커서 청구인이 개인기업의 형태로 위 직업에 종사하는 것이 제한받고 있다고 보기 어렵다.

더구나 직업선택의 자유는 앞서 본 바와 같이 공공복리를 위하여 제한 가능한 기본권이고, 이 사건 법률조항이 법인사업자를 장

려하기 위하여 법인사업자를 개인사업자보다 세율 등에서 다소 우대하는 규정을 두고 있다고 하여도 이는 법인사업자의 장려 등 입법정책에 의한 반사적 효과에 불과할 뿐, 이로써 바로 개인사업자의 직업선택의 자유의 본질적 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.

(3) 과잉금지의 원칙 위반 여부

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고, 또한 과잉금지의 원칙에 위배되어서도 아니되는바, 과잉금지의 원칙이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등을 의미하며, 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가 17, 판례집 9-1, 219, 234).

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 입법목적은 그 정당성이 인정된다. 다음으로 차량증가 억제와 에너지 절약 대책으로는 차량보유를 억제하는 방법과 차량운행을 억제하는 방법이 있을 수 있으나, 위 목적을 달성하기 위하여 어느 방법이 더 효율적인가는 단정하기 어렵고, 따라서 어느 방법을 선택하는가는 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 사항일 뿐만 아니라, 1가구당 1대 초과 승용차량의 보유를 일반적으로 금지하는 것이 아니고 통상보다 높은 세율의 취득세·등록세를 부과함으로써 간접적으로 이를 억제하는 것이므로 그 방법의 적정성 및 피해의 최소성 또한 인정된다.

나아가 현재 극심한 교통난, 주차난과 에너지절약이라는 국가적

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

으로 긴요한 공익적 요청에 응하여 1가구 1대 초과 취득 승용차량에 대하여 취득세·등록세를 통상의 세율보다 2배 높게 부과하였다고 하여 위 법률조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로 법익균형성을 갖추었다고 볼 수 있다.

그러므로 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에도 위반되지 아니한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견 일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 청구인이 지적하지 아니하고 있으나 이 사건 법률조항이 다음과 같이 조세법률주의를 위배하고 위임입법의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다는 의견이므로 다수의견에 대하여 반대한다.

가. 헌법 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다.

한편 헌법재판소는 위임입법의 근거와 한계에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다.

법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을

구체적으로 규정하여 둠으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 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 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조), 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 따라서 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강을 예측할 수 없는 경우라면 위임입법의 한계를 일탈하였다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59 참조).

또한 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30; 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 101 참조).

그러나 위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민

헌재 1998. 5. 28. 95헌바18

주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상의 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므로 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여는 원칙적으로 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다.”(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 371 참조).

나. 이 사건 법률조항의 규정내용을 보면, 법 제112조 제5항 및 법 제132조의2 제3항은 법 제196조의5 제1항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 비업무용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하고 등록하는 경우의 취득세율 및 등록세율을 2배로 중과한다는 내용으로써, 1가구를 어떻게 규정하느냐를 이 사건 법률조항에 아무런 구체적인 기준을 정함이 없이 대통령령에 위임하고 있다. 그런데 1가구를 어떻게 규정하느냐 즉 지방세법시행령이 이 사건 법률조항의 위임에 따라 1가구의 개념정의를 규정함에 있어서 주민등록법에 의한 세대별주민등록표에 기재된 세대주와 그 배우자, 직계존·비속 및 형제자매를 기준으로 정하는 이외에 개인사업체가 그 사업체의 운영을 위하여 여러대의 승용차를 사업자명으로 취득하여 등록하는 경우를 제외레로 규정할 수도 있고 위 제외레를 두지 아니하는 규정을

둘 수도 있는데 이를 어떻게 규정하느냐에 따라서, 청구인이 주장하는 바와 같은 위헌주장이 있을 수 있고 다수의견과 같이 합헌주장이 있을 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항은 1가구의 정의를 대통령령에 위임함에 있어 위의 경우중 어느 경우로 규정하여야 한다는 구체적인 범위를 정하거나 적어도 일반인이라면 누구나 그 범위가 어느 정도라고 예측할 수 있을 정도로 대강의 기준을 정하여 위임하지 아니하고 포괄적으로 “대통령령이 정하는 1가구……”라 규정하였는바, 지방세법시행령이 1가구의 정의를 얼마든지 자의로 규정할 수 있고, 그렇다면 일반인은 누구나 1가구의 정의가 어떻게 규정될 것인지를 예측할 수 없다고 할 것이며, 이 사건 법률중 다른 조항이나 다른 세법들의 규정들을 보아도 위와 같은 범위를 제시하는데 도움을 줄 수 있는 내용이 전혀 없다. 다시 말하면 위임된 하위법규에 규정내용될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 곤란하다.

따라서 이 사건 법률조항의 규정은 국민의 납세의무의 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 하위법규인 대통령령에 전적으로 일임함으로써 포괄적으로 위임하였으므로 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정을 위반하였다고 할 것이다.

다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 이유가 있으므로 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 선고하였어야 마땅하다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

개발이익환수에 관한 법률 제8조 등 위헌소원

(1998. 5. 28. 95헌바37 전원재판부)

【판시사항】

1. 개발대상토지의 취득세, 등록세 및 방위세(이하 ‘토지매입관련경비’)가 개발부담금산정시 공제되는 개발비용에 포함되는지 여부(소극)
2. 개발부담금 산정시 공제되는 개발비용의 범위와 입법재량
3. 청구인이 지출한 토지매입관련경비, 사업구역에 진입하기 위한 도로 개설비용 및 사업구역 밖의 주민들에게 지급한 민원보상비용을 개발비용에 포함시키지 아니한 개발이익환수에 관한 법률 제8조 제3호 및 제11조 제1항이 헌법상 보장된 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 위 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 개발부담금은 공시지가에 의하여 그 금액을 산정하고 있는데, 공시지가는 당해 토지에 대하여 자유로운 거래가 이루어지는 경우 합리적으로 성립한다고 인정되는 적정가격을 말하고, 이 적정가격은 인근 유사토지의 거래가격·임료 및 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 토지의 구성에 필요한 비용추정액 등으로 종합적으로 참작하여 평가하는 것이므로, 부과대상 토지가액을 공시지가로 평가한 이 사건에서 토지매입관련경비는 개발비용 산정대상의 경비로 볼 수 없다.
2. 개발부담금의 부과기준은 부과대상토지에 소요된 개발비용만

을 말하므로, 청구인이 주장하는 바와 같은 비용(사업구역에 진입하기 위한 도로개설비용 및 사업구역 밖의 주민들에게 지급한 민원보상비용 등)을 개발비용에 포함시켜 공제할 것인지 여부는 입법재량에 속하는 문제이고, 입법자의 입법목적에 비추어 개발사업과 직접 관련이 없는 것으로 보아 개발비용의 범위에서 제외한 것에 재량의 범위를 벗어난 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 청구인이 대지조성사업에 지출한 총경비 중 위 법률조항에서 규정된 비용만을 개발비용으로 인정하고 토지매입관련경비와 사업구역에 진입하기 위한 도로 개설비용 및 사업구역 밖의 주민들에게 지급한 민원보상비용을 개발비용으로 인정하지 아니하는 차별취급은 모두 합리적인 이유가 있으므로 지출한 위 비용들을 모두 개발비용으로 규정하지 않았다 하더라도 헌법상의 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 위 법률조항이 개발사업 대상토지에 지출된 비용만을 공제대상 비용으로 규정하고 있는 것은 개발비용 산정기준을 개발대상 토지에 한정하는 것이 개발이익의 환수라는 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로서 필요하고 합리성을 갖춘 것이다. 법률이 추구하는 입법 목적을 달성함으로써 얻어지는 공익이 차지하는 비중과 효과가 더 큰 반면 개발부담금의 부과대상인 청구인의 토지재산권에 대한 부담은 보다 크지 않다. 따라서 개발비용의 산정 수단을 통한 토지 재산권에 대한 부담은 추구하는 입법 목적과의 관계에서 수단의 적정성과 법익균형성의 원칙에도 어긋나지 않으므로 헌법상의 재산권 보장에 관한 규정을 침해한다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 이전의 것) 제8조(부과기준) 개발부담금의 부과기준은 개발사업완료시점의 부과 대상 토지의 가액에서 다음 각 호의 금액을 뺀 금액으로 한다.

헌재 1998. 5. 28. 95헌바37

1. 개발사업착수시점의 부과대상토지의 가액
2. 개발사업시행기간중의 정상지가상승분
3. 제11조의 규정에 의한 개발비용

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 이전의 것) 제11조(개발비용의 산정) ① 제8조 제3호의 규정에 의한 개발비용은 개발사업의 시행과 관련하여 지출된 다음 각 호의 금액을 합하여 산출한다.

1. 순공사비·조사비·설계비·일반관리비 및 기타 경비
 2. 관계법령의 규정에 의하여 사업시행자가 공공시설 또는 토지 등을 국가 또는 지방자치단체에 제공하거나 기부한 경우에는 그 가액
 3. 제세공과금
- ② 제1항 각 호의 산정방법 등에 관한 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항

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

1. 생략
2. “적정가격”이라 함은 당해 토지에 대하여 자유로운 거래가 이루어지는 경우 합리적으로 성립한다고 인정되는 가격을 말한다.
- 3.~6. 생략

지가공시및토지등의평가에관한법률 제4조(지가의 공시) ① 건설교통부장관은 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 중에서 선정한 표준지에 대하여 매년 공시기준일 현재의 적정가격을 조사·평가하고, 제12조의 규정에 의한 중앙토지평가위원회 심의를 거쳐 이를 공시하여야 한다.

②~③ 생략

지가공시및토지등의평가에관한법률 제5조(조사·평가의 기준) ① 건설교통부장관이 제4조의 규정에 따라 표준지의 적정가격을 조사·평가하는 경우에는 인근유사토지의 거래가격·임료 및 당해 토지와 유사한 이용가격을 지닌다고 인정되는 토지의 조성에 필요한 비용추정액 등을 종합적으로 참작하여야 한다.

② 생략

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 한성주택

대표이사 신익순

대리인 변호사 김주원

당해사건 서울고등법원 93구24218 개발부담금부과처분취소

【주 문】

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 이전의 것) 제8조 제3호 및 제11조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 청구인은 1990. 11. 12. 당진군수로부터 충남 당진읍 채운리 355 일대의 토지 합계 11,679㎡ 지상에 한성아파트 4개동 및 상가를 신축하려고 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 주택건설사업계획 승인을 받아 대지조성사업을 마치고 1992. 9. 24. 준공검사를 받았다.

당진군수는 1992. 12. 24. 청구인에게 위 사업이 완료된 시점 당시 위 토지의 지가를 금 3,006,760,950원으로 보고, 이 금액에서 위 사업의 착수시점의 지가(금 1,743,454,002원), 정상지가상승분(금 422,823,146원), 토목공사비(금 253,375,000원)와 기부채납비(금 440,390,153원)를 합한 개발비용 금 693,765,153원을 각 공제하고 산출한 개발이익에 개발부담금 부과대상기간과 부담율을

헌재 1998. 5. 28. 95헌바37

각 곱한 금 70,359,320원에 해당하는 개발부담금을 부과하였다.

청구인은 서울고등법원에 개발부담금부과처분취소청구소송을 제기하고(93구24218), 위 재판의 전제가 되는 개발이익환수에관한법률(이하 “법률”이라 한다) 제8조 및 제11조 제1항에 대한 위헌심판제청 신청을 하였으나(95부642), 위 법원은 1995. 8. 29. 기각하는 결정을 하여 이 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 이 심판대상은 개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제 4563호로 개정되기 이전의 것) 제8조 제3호 및 제11조 제1항(이하 “이 법률조항”이라 한다)에 관한 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제8조(부과기준) 개발부담금의 부과기준은 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액에서 다음 각 호의 금액을 뺀 금액으로 한다.

1. 개발사업착수시점의 부과대상토지의 가액
2. 개발사업시행기간중의 정상지가상승분
3. 제11조의 규정에 의한 개발비용

제11조(개발비용의 산정) ① 제8조 제3호의 규정에 의한 개발비용은 개발사업의 시행과 관련하여 지출된 다음 각 호의 금액을 합하여 산출한다.

1. 순공사비·조사비·설계비·일반관리비 및 기타 경비
 2. 관계법령의 규정에 의하여 사업시행자가 공공시설 또는 토지 등을 국가 또는 지방자치단체에 제공하거나 기부한 경우에는 그 가액
 3. 제세공과금
2. 청구인의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장요지

개발이익환수에 관한 법률에 의한 개발부담금을 산정함에 있어서 개발대상 토지매입관련경비(취득세, 등록세 및 방위세), 사업구역에 진입하기 위한 간선도로 및 회전진입도로의 개설비용 및 식수원 고갈과 일조권 침해에 관한 분쟁에 따라 사업구역 밖의 주민들에게 지급한 민원보상비용은 개발사업과 관련이 있는 비용이다. 그럼에도 불구하고 이 법률조항은 위의 각 비용들이 제외된 개발비용의 대상항목을 불충분하게 규율하는 부진정입법부작위로 인하여 헌법상 보장된 평등권과 재산권 보장에 관한 규정을 침해하고 있다.

나. 서울고등법원의 위헌심판제청 기각이유와 건설교통부장관의 의견 요지

청구인이 주장하는 경비와 비용을 이 법률조항에서 개발부담금 산정시 공제되는 비용으로 규정하지 아니한 것은 사업자체에 직접 투입된 비용이 아니므로 이 법률조항은 헌법상의 평등권이나 재산권 보장에 관한 규정에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

법률 제8조 제3호와 제11조 제1항이 개발비용으로 산정할 비용의 내역을 규정하면서 청구인이 지출한 개발대상 토지매입 관련 경비[취득세, 등록세 및 방위세(이하 “매입관련경비”라 한다)]와 진입로 회전도로 개설비용 및 식수원 고갈과 일조권 침해에 관한 민원보상비용(이하 “각종비용”이라 한다)을 개발비용에 포함시키지 아니한 것이 헌법상 보장된 청구인의 평등권과 재산권을 침해하는 것인지의 여부가 이 사건의 쟁점이다.

가. 개발이익환수에 관한 법률은 토지로부터 발생하는 개발이익을

헌재 1998. 5. 28. 95헌바37

환수하여 이를 적정하게 배분함으로써 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 개발부담금은 개발사업 완료시점의 지가에서 개발착수시점의 지가와 사업시행기간중의 정상지가 상승분 및 개발사업에 투입한 개발비용을 공제하고 남은 개발이익금 중에서 100분의 50에 해당하는 금액만을 부과하게 된다(제8조, 제13조). 그런데 징수된 개발부담금의 100분의 50에 상당하는 금액은 개발이익이 발생한 토지가 속하는 지방자치단체에 귀속되고 이를 제외한 나머지 개발부담금은 법률이 정하는 토지관리 및 지역균형개발특별회계에 귀속되어 토지관리와 지역개발을 위한 재원으로 활용하게 되어 있다(제4조 제1항). 이러한 입법이 추구하려는 목적은 공공복리에 기여하므로 헌법적 정당성을 가진다.

나. 먼저, 개발사업 승인전에 지출한 이 사건 토지매입 관련경비에 관한 청구인의 주장을 보건대, 청구인에게 부과된 개발부담금은 개발사업착수시점의 부과대상 토지의 가액(제8조 제1호)을 법률 제10조 제1항 본문 및 제3항 본문에 따라 지가공시및토지등의평가에관한법률에 규정된 공시지가에 의하여 그 금액을 산정하고 있다. 공시지가는 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 중에서 선정한 표준지에 대하여 매년 공시기준일 현재의 적정가격을 조사·평가하고 토지평가위원회의 심의를 거쳐 건설교통부장관이 공시한다(지가공시및토지등의평가에관한법률 제4조 제1항). 그런데 공시지가는 당해토지에 대하여 자유로운 거래가 이루어지는 경우 합리적으로 성립한다고 인정되는 적정가격을 말한다(같은 법률 제2조 제2호). 이

적정가격은 인근 유사토지의 거래가격·임료 및 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 토지의 조성에 필요한 비용 추정액 등을 종합적으로 참작하여 평가한다(같은 법률 제5조 제1항). 따라서 부과대상 토지가액을 공시지가로 평가한 이 사건에서는, 매입관련경비는 개발비용 산정대상의 경비로 볼 수 없다.

다음, 개발부담금의 부과기준은 부과대상토지에 소요된 개발비용만을 말하고(제8조) 법률 제11조 제1항 제1호 내지 제3호에 열거된 비용내역만을 가리킨다. 청구인이 지출한 것으로 주장하는 바와 같은 비용을 개발비용에 포함시켜 공제할 것인지의 여부는 입법재량에 속하는 문제이고, 입법자가 위에서 본 입법의 목적에 비추어 개발사업과 직접 관련이 없는 것으로 보아 개발비용의 범위에서 제외한 것에 재량의 범위를 벗어난 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 그러므로 청구인이 대지조성사업에 지출한 총경비 중 이 법률조항에서 규정된 비용만을 개발비용으로 인정하고 토지매입관련 경비와 각종비용을 개발비용으로 인정하지 아니하는 차별취급은 모두 합리적인 이유가 있으므로 지출한 위 비용들을 모두 개발비용으로 규정하지 않았다 하더라도 헌법상의 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다. 그리고 이 법률조항이 개발사업 대상토지에 지출된 비용만을 공제대상 비용으로 규정하고 있는 것은 개발비용 산정기준을 개발대상 토지에 한정하는 것이 위에서 본 입법목적이나 그 입법목적 달성을 위한 수단으로서 필요하고 합리성을 갖춘 것이다. 법률이 추구하는 입법 목적을 달성함으로써 얻어지는 공익이 차지하는 비중과 효과가 더 큰 반면 개발부담금의 부과대상인 청구인의

헌재 1998. 5. 28. 95헌바37

토지재산권에 대한 부담은 보다 크지 않다고 보여진다. 개발비용의 산정 수단을 통한 토지재산권에 대한 부담은 추구하는 입법목적과의 관계에서 수단의 적정성과 법익균형성의 원칙에도 어긋나지 아니하므로 헌법상의 재산권 보장에 관한 규정을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 법률조항은 헌법상 보장된 청구인의 평등권과 재산권을 침해한 것은 아니므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “개발이익환수에 관한 법률(……) 제8조 제3호 및 제11조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에 관한 특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없

이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

관세법 제38조 제3항 제2호 위헌소원

(1998. 5. 28. 96헌바4 전원재판부)

【판시사항】

통고처분을 행정심판이나 행정소송의 대상에서 제외하고 있는 관세법 제38조 제3항 제2호가 재판청구권을 침해하였거나 적법절차에 위배되어 위헌인지 여부(소극)

【결정요지】

통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다툴 수 있기 때문에 관세법 제38조 제3항 제2호가 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

관세법(1983. 12. 29. 법률 제3666호로 개정된 것) 제38조(불복의 신청) ①~② 생략

③ 다음 각 호의 처분은 제1항의 처분에 포함되지 아니한다.

1. 생략
2. 이 법의 규정에 의한 통고처분
3. 생략

④~⑦ 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항·제3항, 제27조 제1항

관세법 제227조(1983. 12. 29. 법률 제3666호로 개정된 것)(통고처분)

- ① 관세청장 또는 세관장은 관세법의 조사결과 범주의 확증을 얻은 때에는 그 이유를 명시하고 벌금에 상당하는 금액, 몰수에 해당하는 물품 또는 추징금에 해당하는 금액을 납부할 것을 통고할 수 있다.
- ② 관세청장 또는 세관장은 제1항의 규정에 의한 통고처분을 받을 자가 벌금 또는 추징금에 상당한 금액에 대하여 가납을 하고자 할 경우에는 이를 가납시킬 수 있다.
- ③ 제1항의 통고가 있을 때에는 공소의 시효는 중단된다.

관세법 제232조(1983. 12. 29. 법률 제3666호로 개정된 것)(통고의 불이행과 고발) 관세범인이 통고서의 송달을 받은 때에는 그 날로부터 10일내에 이를 이행하여야 한다. 이 기간내에 이행하지 아니할 때에는 관세청장 또는 세관장은 즉시 고발하여야 한다. 다만, 10일을 경과한 경우에 있어서도 고발전에 이행한 때에는 예외로 한다.

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

- 1. “처분 등”이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(이하 “처분”이라 한다) 및 행정심판에 대한 재결을 말한다.
- 2. 생략

② 생략

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

- 1. 취소소송 : 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송
- 2.~3. 생략

【참조판례】

헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853

헌재 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14

【당 사 자】

청 구 인 1. 중소기업은행

헌재 1998. 5. 28. 96헌바4

대표자 은행장 이우영

대리인 유명하

2. 이태규

청구인들 대리인 변호사 김교창

당해소송 대법원 95누16158 벌금상당액통고처분취소

【주 문】

관세법(1983. 12. 29. 법률 제3666호로 개정된 것) 제38조 제3항 제2호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 중소기업은행은 1991. 3. 29. 청구의 철강섬유 주식회사에게 청구의 기술신용보증기금의 신용보증서에 기하여 공업발전기금시설자금 97,000,000원을 대출하고, 이 회사가 관세감면을 받아 수입한 재봉기 1세트를 양도담보받았는데, 이 회사가 1993. 10.경 부도나자 위 기술신용보증기금으로부터 위 대출원리금을 변제받고 같은 달 25. 양도담보물인 위 재봉기 1세트를 위 기술신용보증기금에 양도하였다.

청구인 이태규는 당시 청구인 중소기업은행 미아동지점에서 이 업무를 담당하여 처리하였다.

이에 대하여 서울세관장은 서울세관장의 확인없이 관세감면물품을 무단양도하였다는 이유로 관세법 제227조에 따라 1994. 9.경 청구인들에게 위 재봉기 1세트의 감면세액(금 1,090,329원)의 2배에

해당하는 벌금상당액 각 금 2,180,650원의 통고처분을 하였다.

청구인들은 일단 위 벌금상당액을 납부한 다음 관세청장에게 위 통고처분의 위법·부당을 주장하며 심사청구를 하였으나 1994. 12. 15. 통고처분에 대하여는 불복할 수 없다는 관세법 제38조 제3항 제2호를 근거로 각하되었고, 다시 국세심판소장에게 심판청구를 하였으나 1995. 6. 8. 같은 이유로 각하되었다.

청구인들은 서울고등법원에 벌금상당액통고처분취소청구소송을 제기하였으나(95구12363) 1995. 10. 5. 통고처분에 대하여는 행정심판이나 행정소송으로 다룰 수 없다는 관세법 제38조 제3항 제2호의 규정과 관세청장·세관장의 통고처분은 행정소송의 대상이 아니다라는 대법원 판례(1976. 1. 27. 선고, 75누40 판결)를 들어 소를 각하하였다.

이에 청구인들은 대법원에 상고하는 한편(95누16158) 관세법 제38조 제3항 제2호는 위헌이라고 주장하면서 대법원에 위헌심판제청신청을 하였으나(95부34) 1995. 12. 26. 기각되자, 1996. 1. 13. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 관세법 제38조 제3항 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이며 그 내용은 다음과 같다.

제38조(불복의 신청) ③ 다음 각 호의 처분은 제1항의 처분에 포함되지 아니한다.

1. (생략)
2. 이 법의 규정에 의한 통고처분

[관련규정]

제38조(불복의 신청) ① 이 법 기타 관세에 관한 법률 또는 조약에 의한 처분으로서 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로써 권리 또는 이익의 침해를 당한 자는 이 절의 규정에 의한 심사청구를 하여 그 처분의 취소 또는 변경이나 필요한 처분을 청구할 수 있다.(단서 생략)

2. 청구인들의 주장과 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장요지

청구인들은 관세법에 대하여 통고처분만으로 벌금이 과해지고 이를 납부하면 형이 확정되는 것으로 보는 것은 법관이 아닌 행정기관의 처분이 바로 형사처분으로 되어 헌법이 보장한 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌되지 않는다는 헌법상 기본권을 침해하는 것이고, 나아가 통고처분을 행정심판이나 행정소송 대상에서 제외한 것은 헌법상 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유의 요지

관세법의 규정에 의한 통고처분은 관세법 제38조 제1항 소정의 불복신청의 대상이 되는 처분에 포함되지 아니한다고 한 같은 조 제3항 제2호의 규정이 법관에 의하여 재판을 받을 권리를 보장한 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

다. 관세청장의 의견요지

헌법상 죄형법정주의는 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다는 원칙으로서 여기서 말하는 법률과 적법한 절차란 반드시 형법이나 형사소송법 내지 그에 따른 절차에 국한

되는 것이 아니라 다른 개별법 내지 그에 따른 절차도 포함된다고 할 것이다. 통고처분은 관세법 제227조(통고처분), 같은 법 제230조(통고서의 작성), 같은 법 제231조(통고서의 송달), 같은 법 제232조(통고의 불이행과 고발), 같은 법 제235조(형사소송법의 준용)의 규정에 따라 소정의 요건과 절차에 의하여 처벌하는 것이므로 헌법상 죄형법정주의에 위배되는 것이 아니다.

그리고 통고이행여부는 오로지 피통고자의 자유에 속하고, 이에 불복하면 관세청장 또는 세관장의 고발에 따라 형사소송절차에 의하여 재판을 받을 수 있으므로 헌법상 법률에 의한 재판을 받을 권리가 침해된 것도 아니다.

3. 판 단

가. 통고처분의 제도적 의의

통고처분이라 함은 법원에 의하여 자유형 또는 재산형에 처하는 과벌제도에 같음하여 행정관청이 범규위반자에게 금전적 제재를 통고하고 이를 이행한 경우에는 당해 위반행위에 대한 소추를 면하게 하는 것을 말한다. 관세법상의 통고처분은 관세청장 또는 세관장이 관세범을 조사한 결과 범죄에 대한 확증을 얻었을 때에 범인에 대하여 그 이유를 명시하고 벌금에 상당하는 금액 등을 납부할 것을 통고하는 행정처분이다(관세법 제227조 참조).

이러한 통고처분의 개념에 비추어 볼 때 그 제도적 의의를 도출하여 본다면 통고처분은 첫째, 관세범에 대한 효율적·기술적 처리를 도모하고 법원·검찰의 업무부담을 덜어 준다. 관세범은 수출입 물품과 관련된 범죄이므로 범죄행위를 하는 자도 무역에 전문지식을 가진 자인 경우가 많으므로 이를 조사·처벌하는 기관도

헌재 1998. 5. 28. 96헌바4

관세법 및 대외무역관계의 전문지식이 필요하다. 이러한 전문지식과 경험을 가진 관계 공무원으로 하여금 1차적으로 처리하게 하는 것이 기술적으로 합리적일 뿐만 아니라 결국 검찰과 법원 등 사법기관의 과중한 업무를 덜어 준다.

둘째, 증거인멸과 재산도피 이전에 신속히 해결할 수 있고, 국가세수확보에 이바지한다. 특히 관세법의 경우 증거인멸의 염려가 많으므로 정식재판의 단계에 들어가지 않고 행정절차에 의하여 간이·신속하게 처리함으로써 범행으로 인한 법익침해를 신속히 회복하고, 재발을 억제하는 등 제재의 취지를 효과적으로 달성할 수 있으며 나아가 범죄자의 주거이동 내지 재산은닉·이전의 신속한 집행, 특히 가납제도(관세법 제227조 제2항)의 활용으로 국가의 수입확보의 견지에서도 타당하다.

세제, 정식절차는 오히려 비용증가·신용실추·고통장기화로 범죄자에게 불리하다. 범죄자의 입장에서 볼 때 통고처분에 승복할 경우 통고처분이라는 불이익을 당하는 것으로 당해 행위에 대한 법적 제재가 신속·간편하게 종결되며 따라서 시간과 비용을 절약하고 심리적 불안감에서 빨리 해방될 수 있으며, 수형인명부 등에 등재되어 전과자로서 사회활동에 제약을 받는 등 범죄행위로 인한 사후관리 대상에서 제외됨으로써 명예나 업무상 신용이 손상되지 않는다.

한편 통고처분은 형벌인 “벌금”이 “벌금에 상당하는 금액”(벌칙금)으로 전환된다는 점에서는 형벌의 비범죄화 정신에 접근하고(불복할 경우 바로 소추절차로 이행된다는 점에서 엄밀한 의미의 비범죄화 문제와 구별된다), 또 통고처분은 경제적 측면에서 볼 때 벌금과 마

찬가지의 효과를 가지며 징역형 등 자유형의 대상이 될 수 있는 위반행위까지도 그 대상이 된다는 점에서 최근의 형벌의 금전벌화 경향과도 그 맥을 같이 한다고 하겠다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 통고처분이 형사절차가 아닌 행정절차에 속하고 통고처분도 하나의 행정행위에 해당한다는 점에 대해서는 이론이 없다. 그럼에도 이 사건 법률조항은 통고처분을 행정심판이나 행정소송(이하 두가지를 ‘행정쟁송’이라 한다)의 대상에서 제외시켜 위법·부당한 통고처분에 대하여 행정쟁송의 방법으로 다룰 수 있는 길을 막고 있는바, 이것은 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것으로서 결국 헌법상 보장된 적법 절차의 원칙에 위배되는 것이 아니냐는 의문이 들 수 있다.

(2) 먼저 적법절차원칙과 재판청구권의 의미와 내용에 관하여 본다. 헌법 제12조 제1항 제2문은 “누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 하고, 동 조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”라고 하여 적법절차의 원칙을 규정하고 있다.

현행 헌법에 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 절차의 적법성 뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장되어야 한다는 뜻으로 이해하는 것이 마땅하다. 다시 말하면 형식적인 절차 뿐만 아니라 실체적

헌재 1998. 5. 28. 96헌바4

법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적인 의미로 확대 해석하고 있다.

이러한 적법절차의 원리가 형사절차 이외 행정절차에도 적용되는가에 관하여 우리 헌법재판소는 이 적법절차의 원칙의 적용범위를 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 대하여 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용된다고 판시하고 있다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877; 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14, 30).

또한 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 하여 법률에 의한 재판과 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 재판청구권은 재판이라는 국가적 행위를 청구할 수 있는 적극적 측면과 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판이나 법률에 의하지 아니한 재판을 받지 아니하는 소극적 측면을 아울러 가지고 있다. 이렇게 볼 때 헌법 제27조 제1항은 법관에 의하지 아니하고는 민사·행정·선거·가사사건에 관한 재판은 물론 어떠한 처벌도 받지 아니할 권리를 보장한 것이라 해석된다.

그렇다면 그 취지는 전술한 헌법 제12조 제1항의 그것과 마찬가지로 생각된다. 결국 헌법의 이 두 조항은 “법률로 정하고, 그 내용도 타당한 절차”에 따라 법관이 과하는 것이 아니면 누구도 처벌을 받지 아니한다는 것을 보장한 것이라 할 수 있다.

(3) 통고처분에 대한 행정쟁송을 배제하고 있는 이 사건 법률조항의 위헌여부를 살펴 본다.

(가) 통고처분의 행정처분성 여부

먼저 통고처분의 성질과 관련하여 보건대, 통고처분은 형사절차의 사전절차로서의 성격을 갖는 점 등으로 인해 일반 행정행위와는 다른 법적 성질을 갖게 되는바, 그 중에서 가장 문제되는 것이 통고처분에 대한 행정쟁송을 인정할 것인가이다.

행정쟁송 중에서도 특히 문제되는 것이 취소소송인데 행정소송법 제4조 제1호는 취소소송을 “행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송”이라고 하고, 같은 법 제2조 제1항 제1호는 “처분 등”을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용”이라고 정의하고 있어 통고처분이 우선 위 “처분”에 해당할 것인가가 문제이다.

취소소송의 대상으로서의 “처분”이 되기 위하여는 무엇보다 공권력의 발동으로서의 행위로 국민에 대하여 권리설정 또는 의무의 부담을 명하며, 기타 법률상의 효과를 발생하게 하는 행위일 것을 요구하고 있다.

그런데 통고처분은 상대방의 임의의 승복을 발효요건으로 하기 때문에 통고처분 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않는다. 피통고자가 통고이행을 하지 않는다고 하여 강제집행에 의하여 실현시킬 수 없다. 조문상은 관세범에게 “벌금에 상당하는 금액……을 납부할 것을 통고할 수 있다”라고 표현하고 있기 때문에 마치 의무를 부과하는 것처럼 볼 여지가 있으나 법구조의 전체의 취지는 어디까지나 본인의 임의이행에 맡겨져 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 통고처분은 행정쟁송 대상으로서의 처분성이 없고 통고처분 그 자체

가 위법·부당하여 이의가 있는 경우에 그 취소·변경을 구하는 행정쟁송을 제기할 수 없다고 할 것이다.

다만, 통고처분을 받은 자는 사실상 통고이행을 거부하기를 주저하게 되고 본의아니게 그 처분에 따를 가능성이 적지 않기에 통고처분은 사실상 강제력을 가지고 있다. 그러나 통고처분은 법적으로는 어디까지나 임의이행을 원칙으로 하는 이상 심리적 차원에서 임의성이 약하다는 이유를 들어 법적인 의무 내지 강제와 동일시하여 통고처분에 대하여 행정쟁송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수는 없는 것이다.

(나) 재판청구권침해 및 적법절차위배의 여부

통고처분이 행정쟁송의 대상이 될 수 없음은 통고처분의 이행 전에는 물론 통고처분의 이행 후에도 마찬가지이다. 통고처분을 이행한다는 것은 통고처분에 승복한다는 뜻이고 이는 결국 소송절차에 의하여 다투는 것을 포기한다는 의미라고 보아야 한다. 재판청구권은 이를 일반적·추상적으로 포기하는 것은 허용되지 않지만 구체적 사건에 관하여 당사자가 포기할 수 있기 때문이다.

요컨대, 통고처분이 행정쟁송의 대상이 될 수 없음은 이와같이 통고처분이 피통고자의 권리의무에 직접적으로 변경을 가하는 것이 아니고 통고이행을 강제하지 않는 통고처분의 법적 성질에서 연유하는 것이므로 이 사건 법률조항은 이를 확인하는 당연한 규정에 불과하다고 볼 수 있다.

그렇다고 하여 통고처분에 대하여 불복할 수 있는 길이 전혀 없는 것은 아니다. 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어(관세법 제232조) 형사재판절차에서 통

고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다룰 수 있다. 범죄자측에서 먼저 적극적·능동적으로 이의제기할 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 재판 받을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다.

만약 통고처분에 대하여 형사제재와 별도로 행정쟁송을 제기할 수 있다고 한다면 절차의 중복과 복잡화 그리고 소송 진행·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

헌재 1998. 5. 28. 96헌바4

이판된다) 여부는 통고처분의 제도적 의의와 법적성질, 행정소송과 형사소송과의 관계, 관세범죄의 성향과 그 나라의 형사사법 운용 실정 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 입법형성의 자유에 속하는 영역이다. 그러므로 통고처분에 대하여 어떠한 불복절차도 인정하지 않는 것과 같이 그 내용이 현저하게 불합리하여 재판청구권을 침해하거나 적법절차에 위배되는 정도에 이르지 않는 한 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 아래 5.와 같이 주문표시에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “관세법(……) 제38조 제3항 제2호는 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이

사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

부동산등기특별조치법 제11조 위헌소원

(1998. 5. 28. 96헌바83 전원재판부)

【판시사항】

1. 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고 그 의무위반에 대하여 과태료에 처할 수 있도록 규정하고 있는 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 죄형법정주의의 규율대상에 해당하는지 여부(소극)

2. 소유권이전등기신청의무 위반에 제재방법으로 과태료를 선택한 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 입법재량의 범위에 속하는지 여부(적극)

3. 과태료의 액수를 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하로 정한 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데, 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분이 정하고 있는 과태료는 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니한다.

2. 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 것인지는 기본적으로

입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이다. 그런데 부동산투기를 막기 위하여 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고 이에 대한 제재방법으로 행정형벌보다 그 정도가 약한 행정질서벌인 과태료를 선택한 것은 적절하다.

3. 입법권자가 입법재량의 범위 내에서 행정질서벌인 과태료를 과하기로 하였다면, 다시 그 과태료의 액수를 정하는 것도 역시 그것이 의무위반 행위와 그에 대한 책임이 현저하게 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 행정법규 위반자와의 사이에서 헌법상의 평등의 원리에 위반하게 된다거나 그 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 위반하는 것으로 평가되는 등 헌법재판소가 관여할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라 단정할 정도로 높지 않는 한 입법재량에 속하는 문제이다. 더욱이 부동산등기특별조치법 제11조 제2항은 부동산등기특별조치법 제11조 제1항에 의한 과태료의 금액을 정함에 있어서 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여 정하도록 규정하고 있어, 결국 과태료의 액수를 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하로 정한 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분은 과태료 금액의 상한을 정한 것에 불과하여 사안에 합당한 과태료의 금액을 정하는 것이 가능하게 되어 있는 점을 고려할 때, 이를 가지고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

부동산등기특별조치법 제11조(과태료) ① 등기권리자가 상당한 사유없이 제2조 각 항의 규정에 의한 등기신청을 해태한 때에는 그 해태한 날 당시의 그 부동산에 대한 등록세액(등록세가 비과세·면제·감경되는 경우에는 지방세법의 규정에 의한 부동산가액에 부동산등기세율을 곱한 금액)의 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료에 처한다.(다만, 부동산실권리자명의등기에관

헌재 1998. 5. 28. 96헌바83

헌법률 제10조 제1항의 규정에 의하여 과징금을 부과한 경우에는 그러하지 아니하다).

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제37조 제2항

부동산등기특별조치법 제1조(목적) 이 법은 부동산거래에 대한 실체적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위하여 부동산등기에 관한 특례 등에 관한 사항을 정함으로써 건전한 부동산 거래질서를 확립함을 목적으로 한다.

부동산등기특별조치법 제2조(소유권이전등기 등 신청의무) ① 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 다음 각 호의 1에 정하여진 날부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 한다. 다만, 그 계약이 취소·해제되거나 무효인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날
2. 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날

②~④ 생략

부동산등기특별조치법 제8조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금에 처한다.

1. 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 제2조 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 때

2.~3. 생략

부동산등기특별조치법 제11조(과태료) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 과태료의 금액을 정함에 있어서 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여야 한다.

민법 제186조(부동산물권변동의 효력) 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 취득변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.

지방세법 제111조 제2항(과세표준) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 과세표준액은 조례로 정하는 바에 따라 취득자의 신

고에 의한다. 다만, 신고 또는 신고가액의 표시가 없거나 그 신고가액이 대통령령으로 정하는 바에 의한 과세시가표준액(이하 이 절에서 “시가표준액”이라 한다)에 미달하는 때에는 시가표준액에 의한다.

③~④ 생략

⑤ 다음에 제기하는 취득(증여·기부 기타 무상취득을 제외한다)에 대하여는 제2항 단서 및 제3항의 규정에 불구하고 사실상의 취득가격 또는 연부금액에 의한다.

1.~3. 생략

4. 공매방법에 의한 취득

⑥~⑦ 생략

지방세법 제130조(과세표준) ① 부동산·선박·항공기·자동차 및 건설 기계에 관한 등록세의 과세표준은 취득 당시의 가격으로 한다.

② 생략

③ 제111조 제5항 또는 제6항의 규정에 해당하는 취득에 대한 등록세의 과세표준은 제2항 단서의 규정에 불구하고 각각 동 조 동 항의 규정에 의한 과세표준으로 한다.

④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336
2. 헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281
3. 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478

【당 사 자】

청 구 인 서용은(변호사)

당해사건 춘천지방법원 96라34 과태료처분에대한이의

【주 문】

부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1994. 10. 28. 춘천지방법원(94타경4048호 부동산임의경매절차)에서 강원 홍천군 북방면 소매곡리 산 37의 2 임야 24,720㎡를 경락받고 같은 해 11. 22. 경락대금을 완납하여 소유권을 취득한 후 부동산등기특별조치법(이하 “법”이라 한다) 제2조 소정의 등기신청기간(60일)이 지난 1995. 11. 2. 그에 관한 소유권이전등기를 신청하였다.

(2) 이에 대하여 청구의 홍천군수는 1995. 12. 4. 청구인에게 법 제11조에 의하여 과태료 금 31,800,000원을 부과하였고, 청구인은 위 법원에 위 과태료부과처분에 대한 이의신청(96과26)을 하여 과태료를 금 9,789,120원으로 감액받은 후, 다시 이에 대하여 항고(96라34)하고 그 재판 진행중에 법 제11조 제1항 본문이 헌법에 위반된다는 위헌법률심판제청신청(96카기121)을 하였으나 1996. 10. 18. 기각되자, 같은 해 11. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제11조(과태료)

① 등기권리자가 상당한 사유 없이 제2조 각 항의 규정에 의한 등기신청을 해태한 때에는 그 해태한 날 당시의 그 부동산에 대한 등록세액(등록세가 비과세·면제·감경되는 경우에는 지방세법의 규정에

의한 부동산가액에 부동산등기세율을 곱한 금액)의 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료에 처한다.

한편 일정기간 내의 부동산소유권이전등기신청의 의무를 규정하고 있는 법 제2조 제1항의 내용은 다음과 같다.

제2조(소유권이전등기 등 신청의무)

① 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 다음 각 호의 1에 정하여진 날부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 한다. 다만, 그 계약이 취소·해제되거나 무효인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날

2. 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 과태료는 의무위반자에게 부과하는 제재금으로서 징벌에 해당하는 것이므로 헌법상의 죄형법정주의의 원칙에 근거하여 비례의 원칙, 과잉입법금지의 원칙, 예측가능성의 원칙 및 평등의 원칙 등의 원리에 따른 규율을 받아야 하는바, 이 사건 법률조항은 과태료 액수를 등기신청을 “해태한 날 당시의 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하”라고 규정함으로써 부동산 취득가액을 성실하게 신고한 사람은 위의 규정에 따라 신고가격에 대한 과태료를 부과 받게 되는 반면 부동산 신고가격이 지방세법상의 시가표준액에 미달하는 경우 및 아무런 신고가격이 없는 증여의 경우 등에 있어

서는 오히려 그 당시의 등록세 최하한인 시가표준액에 의하여 산정되는 혜택을 받는 결과를 가져올 수 있게 하여 결국 그 과태료 액수에 대한 예측가능성이 없을 뿐 아니라 평등의 원칙 및 비례의 원칙을 크게 벗어난다.

(2) 법의 입법목적 또는 형법이나 특별법이 규정하고 있는 재산범죄의 형량과 비교하여 볼 때 등록세액의 5배에 해당하는 과태료를 부과하게 하는 이 사건 법률조항은 그 과태료의 액수가 너무 무거워 과잉입법으로서 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각결정 이유의 요지

이 사건 법률조항은 등기권리자가 등기신청을 해태한 때에는 그 해태한 날 당시의 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하에 상당하는 금액의 과태료에 처한다고 규정하고 있고, 그 등록세액은 지방세법 제130조와 제131조의 각 규정에 의하여 결정되는데, 부동산 취득가액의 신고 유무 등에 따라 등록세의 과세표준을 달리하게 되어 있다 하더라도(이 사건과 같이 임의경매절차에서 부동산을 취득한 경우는 지방세법 제130조 제3항, 제111조 제5항에 의하여 신고 유무에 관계없이 사실상의 취득가격이 과세표준이 되므로 불합리한 결과가 발생하는 것도 아니다), 이는 법정형의 상한을 정한 것에 불과하고 선고형은 등록세액의 5배 이하에서 법 제11조 제2항 소정의 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여 결정하도록 되어 있어 이 사건 법률조항이 예측가능성이 없거나, 평등의 원칙, 비례의 원칙에 위배된다고 할 수 없고, 또 특정경제범죄가중처벌 등에관한법률 제3조는 벌금형을 병과할 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 규정하고 있고, 조세범처벌법에도 탈세액

의 2배 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있음에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항을 과잉입법이라 할 수도 없다.

다. 법원행정처장의 의견

부동산등기신청자가 법이 정한 기간 내에 등기신청을 하지 않는 경우에 부과하는 과태료의 기준은 그것이 특별히 불합리하지 않는 한 입법자의 재량에 속하는 문제인바, 법 제11조 제1항, 지방세법 제130조에 의하면 부동산 취득가액의 신고 유무 등에 따라 등록세의 과세표준이 달라지기는 하나, 법 제11조 제1항은 과태료 부과 상한을 정한 것에 불과하고 같은 조 제2항에 의하면 구체적인 과태료의 금액은 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여 정하도록 되어 있으며, 법 제12조에 의하면 그와 같이 산정하여 부과된 과태료액에 불복이 있는 경우에는 법원에 이의신청을 할 수 있도록 되어 있는 점 등에 비추어 보면 법 제11조의 규정이 헌법상의 평등의 원칙, 비례의 원칙 등에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

라. 법무부장관의 의견

(1) 법은 부동산거래에 대한 실체적권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위하여 부동산등기에 관한 특례 등에 관한 사항을 정함으로써 건전한 거래질서를 확립하기 위하여 제정된 것으로, 이를 위하여 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고, 실거래내용에 부합하지 않는 등기신청행위에 대하여는 형사처벌을 과하도록 하는 한편(법 제6조, 제8조, 제9조 등), 부동산소유권이전등기신청의무를 위반한 자에 대하여는 법 제11조, 제12조에 의하여 과태료를 부과하도록 하고 있다.

(2) 이러한 입법취지에 비추어 보면 이 사건 법률조항이 부동산 소유권이전등기신청의무를 해태한 자에 대하여 등록세액의 5배 이하의 과태료를 부과하는 것은 충분한 근거가 있다고 할 것이고, 부동산 취득가액의 신고 유무 등에 따라 등록세의 과세표준이 달라지기는 하나 이는 과태료 부과 상한을 정한 것에 불과하며, 법 제11조 제2항에 의하면 구체적인 과태료의 금액은 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여 정하도록 하고 있을 뿐만 아니라 법 제12조에 의하면 그와 같이 산정하여 부과된 과태료액에 불복이 있는 경우에는 법원에 이의신청을 할 수 있도록 되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 예측가능성이 없거나 평등의 원칙, 비례의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 부동산소유권이전등기신청의 의무화에 의한 건전한 부동산거래질서확립과 미등기전매 등을 통한 부동산투기의 근절을 위한 불가피한 조치라는 점에서 그 목적의 정당성이 인정되고, 또한 등록세의 5배 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 한 것은 제반사정을 고려하여 탄력적으로 법을 집행하기 위하여 과태료 금액의 상한을 정한 것에 불과하며, 구체적인 과태료의 금액은 등기신청해태기간, 해태사유, 부동산의 가액 등을 참작하여 정하도록 하면서 이에 불복이 있는 경우에는 법원에 이의신청을 할 수 있도록 하고 있는 점에서 그 방법의 적정성과 피해의 최소성이 충분히 인정될 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항이 침해하는 등기신청해태자의 재산권보다는 보호하는 부동산거래질서확립이라는 공익이 더 크다고 할 것이어서, 결국 과잉입법금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법목적

(1) 이 법의 입법목적에 관하여 법 제1조는 “이 법은 부동산거래에 대한 실체적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위하여 부동산등기에 관한 특례 등에 관한 사항을 정함으로써 건전한 부동산 거래질서를 확립함을 그 목적으로 한다”고 규정하고 있고, 입법자의 법 제정이유도 “부동산소유권이전등기신청을 의무화하고, 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위·부실등기신청행위와 부동산투기억제를 위한 거래제한법령을 회피하여 나가는 각종 편법·탈법행위를 직접적으로 규제함으로써, 등기부 기재와 거래의 실제내용이 일치하도록 하여 건전한 부동산거래질서를 확립하려는 것”이었다(1990. 8. 1. 판보 제11589호, 18).

종래 우리나라의 현실을 보면, 부동산투기가 극심하여 지가의 양등을 부추기고 나아가 경제질서의 혼란과 왜곡을 초래하였으므로 이를 막고 건전한 부동산거래를 확립하기 위하여 미등기전매로 인하여 각종 세금을 포탈하고 중간에서 지가상승으로 인한 이득을 취하기 위하여 이용된 중간생략등기를 규제할 필요성은 절실할 것이다. 미등기전매로 인한 중간생략등기에 대하여는 그것이 조세부과를 면하려 하거나, 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 또는 소유권등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적의 경우 법 제8조 제1호에 의하여 이를 처벌하고, 또 각종 세법에서 이에 대하여 중과세를 하고 있기는 하나, 그 전제로 모든 부동산 소유권이전을 내용으로 하는 계약이 체결된 경우 등기신청의무를 부과하는 것도 부동산거래에 대한 실체적 권

헌재 1998. 5. 28. 96헌바83

리관계에 부합하는 등기가 이루어지도록 함으로써 그와 같은 탈법 행위에 대한 예방의 일책이 될 수 있으므로 그 필요성이 충분히 인정된다 할 것이다.

결론적으로 부동산소유권이전등기신청의 의무화는 부동산투기의 수단으로 이용되는 허위·부실등기신청행위와 부동산투기억제를 위한 거래제한법령을 회피하려는 각종 편법·탈법행위를 직접적으로 규제하기 위한 전제인 동시에 그 자체로써 부동산거래에 대한 실체적 권리관계에 부합하는 등기가 이루어지도록 하는 불가피한 입법조치라 할 것이다.

(2) 민법 제186조는 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다”고 규정하여 법률행위로 인한 부동산물권변동에 관하여 형식주의를 채택하고 있다. 이에 따라 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 소유권을 이전받으려면 등기를 경료하여야 하지만, 그러나 반드시 소유권이전등기를 하여야 할 공법상 의무는 부담하지 않는 것이 일반원칙이다.

즉 부동산을 양수한 자는 특별한 사정이 없는 이상 소유권이전 등기를 할 것인지 여부를 스스로 결정할 자유가 있다 할 것이고, 이러한 자유는 헌법 제10조에 규정된 행복추구권에 함축되어 있는 일반적 행동의 자유권의 한 내용을 이루고 있는 것이다. 그런데 소유권이전등기신청을 의무화하고 있는 법 제2조와 그 의무위반에 대한 제재를 정하고 있는 이 사건 법률조항은 국민에게 공법상의 의무와 부담을 부과하는 것으로서 위와 같은 자유를 제약하는 것이 되므로, 헌법 제37조 제2항에 의한 정당한 제한인지가 문제된

다.

한편, 청구인은 이 사건 법률조항에 의한 과태료는 징벌에 해당하며 죄형법정주의의 원칙에 위배된다는 취지의 주장을 하고 있다. 그러나 죄형법정주의는 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙인데(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 340 참조), 이 사건 법률조항이 정하고 있는 과태료는 아래에서 보는 바와 같이 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌에 해당할 뿐 형벌이라고 할 수 없어 죄형법정주의의 규율대상에 해당하지 아니하므로 청구인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 과잉금지의 원칙의 위배 여부

(1) 부동산의 계약자에 대하여 소유권이전등기신청의무를 부과하는 것은 앞에서 본 바와 같이 그 입법목적이 헌법 제37조 제2항 소정의 공공복리에 부합하는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다 할 것이지만, 그 경우에도 그 위반행위에 대한 제재방법이 적절하지 않거나 그 제재의 정도가 과도할 경우 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위반된다 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 제재방법이 적절한지 여부를 살펴본다.

먼저, 이 사건 법률조항이 부동산소유권이전등기신청의무의 위반에 대한 제재로서 규정하고 있는 과태료는 행정의 실효성확보수단의 하나로 행정상의 질서유지를 위한 행정질서벌이며, 행정법규위반이 직접적으로 행정목적이나 사회공익을 침해하는 데까지는 이르지 않고, 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 과하여지는 것이다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌바83

그리고 어떤 행정법규위반의 행위에 대하여 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우로 보아 행정질서별인 과태료를 과할 것인지 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인지는 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제라 할 것이다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 303). 그런데 앞에서 본 바와 같이 부동산투기를 막기 위하여 부동산소유권이전등기신청을 의무화하고 이에 대한 제재방법으로 행정형벌보다 그 정도가 약한 행정질서별인 과태료를 선택한 것은 적절하다 할 것이다.

(2) 다음, 이 사건 법률조항에 의하여 부과할 과태료의 액수가 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하로서 과다한 것인지 여부에 대하여 살펴본다.

앞에서 본 바와 같이 입법권자가 입법재량의 범위 내에서 행정질서별인 과태료를 과하기로 하였다면, 다시 그 과태료의 액수를 정하는 것도 역시 그것이 의무위반 행위와 그에 대한 책임이 현저하게 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 행정법규 위반자와의 사이에서 헌법상의 평등의 원리에 위반하게 된다면 그 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 과생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 위반하는 것으로 평가되는 등 헌법재판소가 관여할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라 단정할 정도로 높지 않는 한 입법재량에 속하는 문제라 할 것이다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487 참조).

더욱이 법 제11조 제2항은 이 사건 법률조항에 의한 과태료의 금액을 정함에 있어서 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여 정하도록 규정하고 있어, 결국 이 사건 법률조항은 과태료 금액의 상한을 정한 것에 불과하여 사안에 합당한 과태료의 금액을 정하는 것이 가능하게 되어 있는 점을 고려할 때, 이를 가지고 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다 할 것이다.

다. 평등의 원칙의 위배 여부

(1) 이 사건 법률조항은 과태료 액수를 등기신청을 해태한 날 당시의 그 부동산에 대한 등록세액의 5배 이하라고 규정하고 있는데, 등록세액은 등록세의 과세표준에 따라 달라지고, 지방세법은 등록세의 과세표준을 정함에 있어서 이중적인 기준을 사용하고 있다. 즉 지방세법 제130조 제1항은 부동산 등록세의 과세표준을 등기 당시의 부동산의 가액으로 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서 위 과세표준은 신고에 의함을 원칙으로 하되, 신고가 없거나 신고가액이 같은 법 제111조 제2항 각 호의 규정에 의한 시가표준액에 미달할 경우에는 시가표준액을 과세표준으로 한다고 규정하고 있다.

따라서 시가표준액을 초과하는 다액으로 부동산을 취득한 경우에 취득가격을 신고하지 않거나, 허위로 저렴한 가격으로 취득하였다고 신고한 자는 등록세의 최하한인 시가표준액을 기준으로 과태료가 산정됨에 반하여, 이를 성실하게 신고한 자는 오히려 높은 실제취득가액에 의하여 과태료가 산정될 것이므로 이러한 상이한 과태료 산정방식이 평등의 원칙에 위배되는 것인지가 문제될 수

있다.

(2) 그러나 부동산의 가액을 과세표준으로 하는 경우 일응 신고 가액을 과세표준으로 보는 것은 신고납세방식에 비추어 당연한 것이고, 다만 신고가 없거나 신고가액이 시가표준액에 미달할 경우 이를 시가표준액으로 하는 것도 부득이한 것으로서, 이 점만으로 등록세의 과세표준을 정하는 것이 평등의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다 할 것이며, 이와 같은 사정은 과태료의 액수를 정함에 있어서도 마찬가지다.

특히 청구인의 경우와 같이 공매방식에 의한 취득의 경우에는 같은 법 제130조 제3항, 제111조 제5항 제4호의 규정에 의하여 신고와 관계없이 실제 취득가액이 부동산의 가액으로서 과세표준이 되므로, 신고 여부에 따라 시가표준액이 과세표준이 되는 일은 없고, 따라서 평등의 원칙의 위배 문제가 제기될 여지가 없다.

(3) 그리고 앞에서 본 바와 같이 법 제11조 제2항에서 과태료의 금액을 정함에 있어서 해태기간, 해태사유, 목적부동산의 가액 등을 참작하여 정하도록 하고 있어, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 등록세액의 5배라는 것은 단지 과태료 금액의 상한을 정한 것에 불과하며, 사안에 따라 구체적으로 적절한 과태료의 금액을 정할 수 있도록 되어 있으므로, 이 사건 법률조항에 의한 과태료의 금액이 이중기준에 의하여 산정될 수 있다고 하여 이를 가지고 평등의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 아래 5와 같은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에

는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “부동산등기특별조치법 제11조 제1항 본문 중 제2조 제1항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언(주심) 이영모 한대현

특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조 제1항 등 위헌소원

(1998. 5. 28. 97헌바68 전원재판부)

【판시사항】

1. 연간 포탈세액이 일정액 이상인 자에 대하여 가중처벌하고 있는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

2. 선고유예나 집행유예의 선고를 하지 못하도록 법정형의 하한을 높게 규정하고 또 벌금형도 필요적으로 병과하도록 규정한 특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조가 법관의 양형재량권을 침해한 것인지 여부(소극)

3. “연간”의 개념정의에 관한 규정도 없이 연간 포탈세액 등을 기준으로 단계적으로 가중처벌하고 있는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조 제1항 각 호가 죄형법정주의에 반하는지 여부(소극)

4. 조세포탈행위에 대한 벌금형의 병과에 있어서 형법 제38조 제1항 제2호의 적용을 배제하도록 규정하고 있는 조세범처벌법 제4조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려 뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.

특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조가 조세범처벌법 제9조 제1항에 규정된 죄를 범한 자로서 연간 포탈세액이 2억원 이상 5억원 미만인 자 또는 5억원 이상인 자에 대하여 특히 가중처벌하고 있다 하더라도 조세범처벌법의 처벌규정이 너무 가벼워서 범죄예방의 실효를 거두지 못하고 있는 현실에 대한 반성적 고려에서 이를 입법하게 된 배경, 그리고 현재 우리나라 국민의 평균적 소득수준에서 본 2억원의 경제적 가치, 거액의 조세포탈에 대한 국민 일반의 법감정 내지 비난여론, 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등을 종합적으로 고려할 때 위 법률조항의 법정형이 형벌체제상의 균형을 잃은 것이라거나 범행자를 귀책 이상으로 과잉처벌하는 것이라고 단정할 수는 없고 따라서 그것이 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 과잉금지 원칙에 위배된다 할 수 없으며 나아가 헌법 제10조의 인간존엄성의 이념에도 위배된다고 할 수 없다.

2. 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞는 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 입법자가 앞서 본 바와 같은 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌간의 비례의 원칙상 수용할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수 없다.

특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조의 경우 그 법정형의 하한을 높게 규정함으로써 특단의 사정이 없는 한 법관이 선고유예나 집행유예의 선고를 할 수 없고 또 벌금형도 필요적으로 병과하도록 규정하고 있다 하더라도 이는 일정액 이상의 조세포탈범에 대하여 그 위법성과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 징벌의 강도를 높이고자 한 입법자의 결단이라 보아야 할 것이고 이러한 입법자의 결

단은 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 것이라고는 보기 어려우므로 위 법률조항이 법관의 양형재량권을 침해한 것이라고 볼 수는 없다.

3. 헌법 제12조 제1항 후문에 따라 처벌법규의 구성요건이 명확히 규정되어야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니고 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다.

특가법 제8조 제1항 각호가 연간 포탈세액 등을 기준으로 단계적으로 가중처벌하는 형태를 취하고 있으면서도 그 연간 포탈세액 등의 계산에 있어 “연간”의 개념정의에 관한 규정을 두고 있지 아니함은 입법론상 바람직스러운 것이라고 볼 수는 없으나, “연간”이라는 용어 자체가 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수는 없고, 다만 위 법률조항이 갖는 구조적 특성에 기인하는 해석상의 이견은 관련법규정 및 법률이론에 입각한 법관의 보충적 해석과 판례의 축적을 통하여 충분히 해결될 수 있는 것이므로, 위 특가법 조항이 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.

4. 조세범처벌법 제4조 제1항은 조세포탈행위에 대한 벌금형의 병과에 있어서 벌금경합에 관한 형법상의 제한가중규정인 형법 제38조 제1항 제2호의 적용을 배제하도록 규정하고 있다. 그러나 수개의 조세포탈행위에 대한 처벌에 있어서 형법상의 벌금제한가중규정을 준용할 것인가의 문제는 결국 조세포탈죄의 법정형에 관한 문제이고 국가의 입법정책에 속하는 문제로서, 조세포탈범의 처벌에 있어서 그 행위의 반사회성, 반윤리성에 터잡아 그에 대한 징벌의

강도를 높이기 위해 위와 같이 일부 형법규정의 적용을 배제한 입법자의 의도는 우리의 경제현실이나 사회실정 및 국민의 법감정을 고려할 때 합리적인 것이라 할 수 있고 그것이 형벌체계상의 균형을 잃고 형벌 본래의 목적과 기능을 넘어선 과잉처벌이라고 볼 수 없으므로 위 조세범처벌법 조항은 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 과잉금지의 원칙에 위배된다 할 수 없다.

【심판대상조문】

특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조(조세포탈의 가중처벌) ① 조세범처벌법 제9조 제1항에 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 포탈하거나 환급받은 세액 또는 징수하지 아니하거나 납부하지 아니한 세액(이하 “포탈세액 등”이라 한다)이 연간 5억원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
 2. 포탈세액 등이 연간 2억원 이상 5억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 제1항의 경우에는 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과한다.

조세범처벌법 제4조(형법적용의 일부 배제) ① 제8조 내지 제11조, 제12조의2와 제12조의3 제3항의 범칙행위를 한 자에 대하여는 형법 제9조, 제10조 제2항, 제11조, 제16조, 제32조 제2항 및 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정을 적용하지 아니한다. 다만, 징역의 형에 처할 때에는 예외로 한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제37조 제2항

조세범처벌법 제9조(조세포탈자의 벌칙) ① 사기 기타 부정한 행위로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 다음 각 호에 의하여 처벌한다. 다만, 주세포탈의 미수범은 처벌한다.

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

1. 특별소비세·주세 또는 교통세의 경우에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액, 환급·공제받은 세액의 5배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.
2. 인지세의 경우에는 증서·장부 1개마다 포탈세액의 5배 이하에 상당하는 벌금 또는 과료에 처한다.
3. 제1호 및 제2호에 규정한 이외의 국세의 경우에는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액이나 환급·공제받은 세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

② 생략

형법 제38조(경합범과 처벌예) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 생략
2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.
3. 생략

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 487
2. 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 553
3. 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 792

【당 사 자】

청 구 인 김기순 외 3인
청구인들 대리인 변호사 김현무 외 2인
당해사건 서울고등법원 97노1138 살인등피고사건

【주 문】

특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조와 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가

중규정” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 수원지방법원 여주지원에 법인세 등의 조세를 포탈하였다는 범죄사실 등으로 기소되어 1997. 5. 19. 위 지원에서 유죄판결(96고합74)을 선고받고 이에 불복하여 서울고등법원에 항소(97노1138)하는 한편, 위 재판의 전제가 되는 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 “특가법”이라 한다) 제8조 제1항 제1호, 제2호 및 제2항과 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정” 부분이 헌법에 위반됨을 이유로 위헌심판제청신청(97초140)을 하였으나, 위 법원은 1997. 9. 19. 청구인들의 위 제청신청을 기각하였고, 이에 청구인들은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 위헌심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 특가법 제8조와 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정” 부분의 위헌여부이고, 관련 법률조항들의 내용은 다음과 같다.

특정범죄가중처벌등에관한법률

제8조(조세포탈의 가중처벌)

① 조세범처벌법 제9조 제1항에 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

1. 포탈하거나 환급받은 세액 또는 징수하지 아니하거나 납부하지 아니한 세액(이하 “포탈세액 등”이라 한다)이 연간 5억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
2. 포탈세액 등이 연간 2억원 이상 5억원 미만인 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 제1항의 경우에는 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과한다.

조세범처벌법

제4조(형법적용의 일부 배제)

① 제8조 내지 제11조, 제12조의2와 제12조의3 제3항의 범칙행위를 한 자에 대하여는 형법 제9조, 제10조 제2항, 제11조, 제16조, 제32조 제2항 및 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정을 적용하지 아니한다. 다만, 징역의 형에 처할 때에는 예외로 한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 특가법 제8조 제1항 제1호·제2호 및 제2항의 위헌성

첫째, 지나치게 가혹하고 무거운 형벌을 규정하고 있다. 즉, 위 특가법 조항에 규정된 법정형이 조세범처벌법 제9조 제1항의 경우와 비교할 때 그 가중의 정도가 지나치고, 법정형의 하한이 너무 높으며 거기에 다시 포탈세액의 2배 이상 5배 이하의 벌금이 필요적으로 병과되어 국민의 생존권까지 위협하게 된다. 위와 같은 지나치게 가혹하고 무거운 형벌은 헌법 제11조의 평등의 원칙, 제37조 제2항에서 유래하는 과잉금지의 원칙 및 제10조의 인간존엄

성의 이념에도 반한다.

둘째, 법정형의 하한이 너무 높게 규정되어 있어서 형의 선고유예가 불가능함은 물론 포탈세액이 5억원 이상인 경우에는 달리 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고도 불가능하며 또 과중한 벌금을 필요적으로 병과하도록 규정하여 법관의 양형판단의 재량권을 부당하게 침해하고 있다.

셋째, 구성요건 중 ‘연간 포탈세액 등’의 개념이 모호하여 죄형법정주의에 반한다.

(2) 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정” 부분의 위헌성

조세범처벌법위반자에 대하여 형법 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정의 적용을 배제하는 것은 보호법익의 주체가 국가라는 이유로 일반 형사범의 경우와는 달리 무거운 처벌을 규정한 것으로서 그 차별에 합리적인 이유가 없으므로 헌법 제11조의 평등의 원칙에 반하고 또 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙에도 반한다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 특가법 제8조 제1항 제1호·제2호 및 제2항과 조세범처벌법 제4조 제1항에 의한 법정형이 지나치게 무거워 청구인의 기본권을 침해한다고 주장하나, 위 법률조항들은 거액의 조세포탈범에 대하여 그 형을 가중하여 처벌함으로써 범죄예방의 실효성을 높이고 나아가 벌금형의 필요적 병과를 통하여 조세포탈자가 부정하게 취한 이득을 박탈하고자 하는 목적에서 입법된 것으로서 그것이 입법재량의 범위를 벗어나 헌법상 비례의 원칙이나 과잉입법금지의

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

원칙에 위반되고 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하거나 평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없으며 또한 법관의 양형재량권을 침해한 것이라고도 볼 수 없다.

(2) 특가법 제8조 제1항 제1호·제2호에 규정된 ‘연간’의 개념은 관련법규정 및 법률이론에 의한 법관의 보충적 해석을 통하여 충분히 개념을 명확하게 정의할 수 있는 것이므로 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다.

다. 수원지방검찰청 여주지청 검사의 의견

서울고등법원의 위헌제청신청기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 특가법 제8조의 위헌여부

(1) 지나치게 가혹하고 무거운 형벌인지의 여부

(가) 법정형의 내용에 관한 입법형성권

어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려 뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가

아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다(헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 487).

(나) 이 사건 특가법 조항의 입법배경과 개정연혁

그러므로 이 사건 특가법 조항이 청구인이 주장하는 바와 같은 위헌적 요소를 포함하고 있는지를 살피기에 앞서 먼저 그 입법배경과 개정의 경과를 보기로 한다.

원래 어떤 범죄를 특별법의 제정을 통하여 가중처벌하는 것은, 그 법률로 대응하고자 하는 사회현상에 큰 변화가 생겨서 일반법의 특정형으로는 처벌의 실효가 없게 되었거나, 종래에는 단순한 행정범으로 인식되던 것이 사회사정의 변화에 따라 형사범으로 인식되게 된 경우와 같이 그 범죄의 성격에 대한 인식이 변화되었거나, 또 경우에 따라서는 선고형이 너무 낮아서 입법으로 일정한도 이상의 양형의 선택을 제한하게 하는 등의 경우에 흔히 사용되는 법률정책이다.

그런데 조세포탈범은 국가의 존립기반인 국가의 재정권을 침해하는 국가적 법익에 관한 범죄로서 사기 기타 부정한 방법으로 헌법상 국민의 기본적 의무인 납세의무를 면탈하는 것이라는 점에서 반사회적 반윤리적 범죄로 평가되고 있다. 더구나 복지국가적 경향이 갈수록 강화되어가는 오늘에 있어서는 조세의 중요성은 더욱 커지고 있으며, 국민의 담세율(擔稅率)과 담세액(擔稅額)이 점차 증대됨에 따라 조세에 대한 국민 개개인의 관심이 증대된 한편 조세포탈의 금액과 방법도 거대하고 교묘해지게 되었다. 이러한 사회현상 및 사회사정의 변화는 조세포탈범에 대하여 특별법에 의한 가중처벌을 필요로 하게 하였으며, 이에 종래의 조세범처벌법의

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

법정형을 대폭 가중하여 그 포탈세액 등에 따라 가중처벌하도록 하는 이 사건 특가법 조항이 입법되었다.

한편 이 사건 특가법 조항은 그 동안 국가경제규모의 확대, 물가상승, 사회가치관 및 국민법감정의 변천에 따라 가중처벌의 기준이 되는 포탈세액 등 구성요건해당금액을 현실에 맞도록 상향 조정하여 왔다.

즉, 애당초 특가법 제8조 제1항은 1966. 2. 23. 법률 제1744호로 제정될 당시에는 포탈세액 등이 1,000만원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 포탈세액 등이 500만원 이상 1,000만원 미만인 경우에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 각 처하도록 규정하였다가, 1980. 12. 18. 법률 제3280호로 개정되면서 포탈세액 등이 5,000만원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 포탈세액 등이 2,000만원 이상 5,000만원 미만인 경우에는 무기 또는 3년 이상의 유기징역에 각 처하도록 규정하였고, 그 후 1990. 12. 31. 법률 제4291호로 다시 개정되면서 지금과 같이 포탈세액 등이 5억원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 포탈세액 등이 2억원 이상 5억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 각 처하도록 규정하게 되었다.

(다) 형벌체계상의 균형상실 또는 과잉처벌인지의 여부

그렇다면 이 사건 특가법 조항의 법정형이 다른 범죄의 그것과 견주어 볼 때 지나치게 높아서 형벌체계상의 균형을 잃고 있거나 행위자를 그 귀책사유 이상으로 과잉처벌하는 것인지의 여부를 보기로 한다.

1) 조세범처벌법 제9조 제1항 각호와의 비교

조세범처벌법 제9조 제1항 각호는 그 법정형이 가장 중한 경우에 있어서도 3년 이하의 징역 또는 포탈세액 등의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 규정하고 있음에 비하여 이 사건 특가법 조항은 그 법정형이 가장 경한 경우에 있어서도 3년 이상의 유기징역과 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금에 처하도록 규정하고 있어서 조세범처벌법과 비교할 때 이 사건 특가법 조항의 법정형이 상당히 높은 것임은 사실이다. 그리고 이와 같은 차이는 연간 포탈세액이 199,999,999원인 경우와 2억원인 경우를 놓고 그 법정형을 비교할 때 그 차이가 더욱 뚜렷하게 드러나게 된다.

그러나 조세포탈범은 재정범으로서 일반형사범에 비하여 범행의 동기나 행위의 태양 등이 비교적 정형화되어 있고 그것이 국가와 사회에 미치는 병폐는 조세포탈액 등이 많으면 많을수록 가중된다는 점에서 볼 때 위와 같은 조세포탈액 등을 기준으로 한 단계적 가중처벌은 일응 수긍할 만한 합리적 이유가 있다 할 것이고, 그 한계금액 2억원을 전후한 사안에 있어서의 법정형의 현저한 차이는 법관이 구체적 재판에서 작량감경 등을 통하여 조절이 가능한 것이므로 그것을 들어서 바로 불합리한 것이라고 보기는 어렵다.

더구나 앞에서 본 바와 같이 조세포탈행위가 국가적 법익에 관한 범죄이고 반사회적, 반윤리적 범죄임에도 불구하고 그에 대처하는 조세범처벌법의 처벌규정이 너무 가벼워서 범죄예방의 실효를 거두지 못하고 있는 현실에 대한 반성적 고려에서 가중처벌을 위하여 위 특가법 조항을 입법하게 된 것이라는 입법배경, 그리고 현재 우리나라 국민의 평균적 소득수준에서 본 2억원의 경제적 가

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

치, 거액의 조세포탈에 대한 국민 일반의 법감정 내지 비난여론, 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 특가법 조항의 법정형이 형벌체계상의 균형을 잃은 것이라거나 범행자를 귀책 이상으로 과잉처벌하는 것이라고 단정할 수는 없는 것이다.

2) 법정형의 하한의 문제

이 사건 특가법 조항의 법정형의 하한을 보면 포탈세액 등이 5억원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 포탈세액 등이 2억원 이상 5억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 각 처하도록 규정하고 있으며, 따라서 어느 경우에도 형의 선고유예가 불가능함은 물론 포탈세액 등이 5억원 이상인 경우에는 달리 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고도 불가능하고 또 공소시효가 10년까지 늘어나게 되는 것은 사실이다.

그러나 위와 같은 사정만으로 곧 이 사건 특가법의 법정형이 형벌체계상 균형을 잃고 그 적용대상자를 과잉처벌하는 것이라고는 볼 수 없다. 어느 범죄에 대한 법정형의 하한도 입법자가 그 재량으로 결정할 사항이며, 조세포탈액 5억원 이상인 경우를 5년 이상의 유기징역으로, 또 조세포탈액이 2억원 이상 5억원 미만인 경우를 3년 이상의 유기징역으로 그 하한을 규정하는 것이 앞에서 살핀 여러 사정에 비추어 볼 때, 그리고 이 사건 특가법 조항에 해당한다 하더라도 구체적인 재판에서 법관이 법률상 감경 및 작량 감경 등을 통하여 집행유예를 선고할 수 있는 길도 열려있다는 점을 고려할 때 그 가중의 정도가 불합리하여 형벌체계상의 균형을 상실한 것이라거나 범행자를 귀책 이상으로 과잉처벌하는 것으

로 보기는 어렵다.

3) 벌금형의 필요적 병과의 문제

이 사건 특가법 제8조 제2항은 그 조세포탈자에 대하여 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 필요적으로 병과하도록 규정하고 있다. 이에 대하여는 조세범을 형사범으로 파악하는 한 형벌로서는 자유형으로 처벌하는 것이 보다 바람직하고 효과적이며 더구나 조세채권에 대하여 간이하고 우선적인 집행절차를 규정하여 우선적으로 징수할 수 있는 제도적 장치를 가지고 있는 오늘날에 있어서는 조세포탈자에 대한 과도한 벌금형의 필요적 병과는 더 이상 필요하지 아니하다는 주장이 있다.

그러나 조세포탈범에 대한 벌금의 필요적 병과여부는 원칙적으로 입법정책의 문제이고, 이 사건 특가법 조항에 벌금형의 필요적 병과를 규정한 것은 조세포탈행위의 반사회성, 반윤리성에 터잡아 거액의 조세포탈자에 대하여 경제적인 불이익을 가하고 아울러 그가 부정하게 취한 이득을 박탈함으로써 국민의 납세윤리를 확립하고 나아가 건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전에 기여하고자 하는 입법목적에서 비롯된 것으로 앞에서 살핀 여러 가지 사정과 아울러 이 사건 특가법 조항에 해당하여 벌금형이 병과되는 경우에 있어서도 법관이 정상에 따라 작량감경 등을 통한 벌금형의 감액이 가능하며 경우에 따라서는 벌금형만의 선고유예도 가능한 점 등을 고려할 때 위와 같은 벌금형의 필요적 병과규정이 형벌체계상의 균형을 잃은 것이라거나 범행자를 귀책이상으로 과잉처벌하는 것으로 보기는 어렵다.

(라) 이 사건 특가법 조항의 합헌성

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

결국 이 사건 특가법 조항의 법정형은 입법재량 범위내의 것으로서 형벌체계상의 균형을 상실한 것이라거나 과잉처벌이라고 볼 수 없으므로 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙에 위배된다 할 수 없고 나아가 헌법 제10조의 인간존엄성의 이념에도 위배된다고 할 수 없다.

(2) 법관의 양형재량권을 침해한 것인지 여부

청구인은 이 사건 특가법 조항의 법정형의 하한이 너무 높게 규정되어 있고 과중한 벌금형을 필요적으로 병과하도록 규정하여 법관의 양형판단의 재량권을 부당하게 침해하고 있다고 주장한다.

물론 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞는 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 입법자가 앞서 본 바와 같은 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수 없다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 553).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 이 사건 특가법 조항의 경우 그 법정형의 하한을 높게 규정함으로써 포탈세액 등이 5억원 이상인 자에 대하여는 달리 특단의 사정이 없는 한 법관이 선고유예는 물론이고 집행유예의 선고도 할 수 없고 포탈세액 등이 2억원 이상인 자에 대하여도 역시 특단의 사정이 없는 한 법관이 선고유예

를 할 수 없으며, 또 벌금형도 필요적으로 병과하도록 규정하고 있으나, 이는 일정액 이상의 조세포탈범에 대하여 그 위법성과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 징벌의 강도를 높이고자 한 입법자의 결단이라 보아야 할 것이고 이러한 입법자의 결단은 앞에서 본 여러가지 사정에 비추어 입법재량의 한계를 벗어난 자의적인 것이라고는 보기 어렵다.

그러므로 이 사건 특가법 조항이 법관의 양형재량권을 침해한 것이라고 볼 수는 없다.

(3) 죄형법정주의를 위반한 것인지의 여부

(가) 구성요건 명확성의 원칙

헌법 제12조 제1항 후문은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지

헌재 1998. 5. 28. 97헌바68

충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌 법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이라는 것이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 792).

(나) 포탈세액계산에 있어서 ‘연간’이라는 개념과 명확성 원칙의 위배여부

특가법 제8조 제1항 제1호·제2호는 연간 포탈세액 등이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 조세범처벌법 제9조 제1항의 조세포탈행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 규정하고 있다. 즉, 연간 포탈세액 등의 액수는 단순한 양형의 자료에 불과한 것이 아니고 구성요건적 요소인 것이다.

그런데 조세범처벌법 위반행위 자체가 조세의 종류에 따라 그 성립과 확정, 과세기간과 납부기한 등이 달라서 그 포탈세액 등을 계산하는 방법 또한 동일한 것이 아니고 예컨대 부가가치세와 같이 조세의 종류에 따라서는 연간 포탈세액의 기준을 포탈 등이 성립하는 신고 및 납부시기를 기준으로 할 것이냐 아니면 과세기간을 기준으로 할 것이냐에 따라 결론이 달라질 수 있다.

그러나 대법원판례는 일찍이 ‘연간’에 있어서의 ‘연’의 의미를 문리상의 의미 그대로 ‘연도’의 의미로 보고 ‘당해연도 1. 1.부터 12. 31.까지 사이에 포탈한 세액 등의 합계액’을 ‘연간 포탈세액 등’으로 보아왔으며 이를 전제로 부가가치세 제2기분 포탈세액의 귀속 연도에 관하여도 그 성립시기와는 관계없이 과세기간을 기준으로

연간 포탈세액등을 계산하여야 할 것이라는 취지로 판시하고 있다 (대법원 1982. 6. 22. 82도938, 집30(2)형108 ; 대법원 1983. 4. 12. 83도 362, 집31(2)형104 각 참조).

결국 특가법 제8조 제1항 각 호가 연간 포탈세액 등을 기준으로 단계적으로 가중처벌하는 형태를 취하고 있으면서도 그 연간 포탈세액 등의 계산에 있어 “연간”의 개념정의에 관한 규정을 두고 있지 아니함은 입법론상 바람직스러운 것이라고는 볼 수는 없으나, “연간”이라는 용어 자체가 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수는 없고, 다만 이 사건 특가법 조항이 갖는 구조적 특성에 기인하는 해석상의 이견은 관련법규정 및 법률이론에 입각한 법관의 보충적 해석과 판례의 축적을 통하여 충분히 해결될 수 있는 것이므로, 위 특가법 조항이 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.

나. 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정” 부분의 위헌여부

조세범처벌법 제4조 제1항은 조세포탈행위에 대한 벌금형의 병과에 있어서 벌금경합에 관한 형법상의 제한가중규정인 형법 제38조 제1항 제2호의 적용을 배제하도록 규정하고 있다. 그 결과 아직 판결이 확정되지 아니한 수개의 조세포탈행위를 동시에 벌금형으로 처벌하는 경우에는 각 죄마다 벌금형을 따로 양정하여 이를 합산한 액수의 벌금형을 선고하게 되고 위 형법규정이 정하는 바와 같이 가장 중한 죄에 정한 벌금 다액의 2분의 1로 제한되지

아니한다.

그러나 수개의 조세포탈행위에 대한 처벌에 있어서 형법상의 벌금제한가중규정을 준용할 것인가의 문제는 결국 조세포탈죄의 법정형에 관한 문제이고 국가의 입법정책에 속하는 문제로서, 조세포탈범의 처벌에 있어서 그 행위의 반사회성, 반윤리성에 터잡아 그에 대한 징벌의 강도를 높이기 위해 위와 같이 일부 형법규정의 적용을 배제한 입법자의 의도는 우리의 경제현실이나 사회실정 및 국민의 법감정을 고려할 때 합리적인 것이라 할 수 있고 그것이 형벌체계상의 균형을 잃고 형벌 본래의 목적과 기능을 넘어선 과잉처벌이라고 볼 수 없다.

그러므로 위 조세범처벌법 조항은 헌법 제11조의 평등의 원칙이나 헌법 제37조 제2항에서 유래하는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배된다 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상인 특가법 제8조와 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정” 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로, 아래와 같이 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견에 의하여 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 『특정범죄가중처벌등에관한법률 제8조와 조세범처벌법 제4조 제1항의 “형법 …… 제38조 제1항 제2호 중 벌금경합에 관한 제한가중규정” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다』는

『심판청구를 기각한다』로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식(주심)
고중석 신창언 이영모 한대현

양도소득세등부과처분에 대한 헌법소원

(1998. 5. 28. 91헌마98, 93헌마253(병합) 전원재판부)

【판시사항】

행정처분이 헌법에 위반된다는 등의 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 그 청구가 받아들여지지 아니하는 판결이 확정되어 법원의 소송절차에 의하여서는 더 이상 이를 다룰 수 없게 된 경우에, 당해 행정처분 자체의 위헌성 또는 그 근거법규의 위헌성을 주장하면서 그 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하는 것이 허용되는지 여부(소극)

【결정요지】

원행정처분에 대하여 법원에 행정소송을 제기하여 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 당사자는 그 판결의 기판력에 의한 기속을 받게 되므로, 별도의 절차에 의하여 위 판결의 기판력이 제거되지 아니하는 한, 행정처분의 위법성을 주장하는 것은 확정판결의 기판력에 어긋나므로 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이며, 뿐만 아니라 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 허용하는 것은, “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정한 헌법 제107조 제2항이나, 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에도 어긋난다.

재판관 이영모의 의견

법원의 재판을 거친 원행정처분의 경우에, 그 원행정처분이 헌

법소원 심판대상이 되려면 위헌인 법률을 합헌으로 해석·적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 당해 재판 자체가 헌법소원 심판 대상이 되는 한도내에서, 그 재판과 같이 원행정처분도 헌법소원 심판대상으로 되는 것이지, 그 원행정처분만을 따로 떼어내어 헌법소원 심판대상으로 삼을 수는 없는 것이다. 왜냐하면 법원의 재판을 취소하지 않고, 원행정처분만을 취소하는 결정을 하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 헌법과 헌법재판소법의 각 규정을 살펴보아도 이와 같은 결정을 할 수 있는 근거가 없기 때문이다.

재판관 이재화, 고중석, 한대현의 별개의견

헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 심판대상에서 ‘법원의 재판’을 제외한 것은 위 조항 단서의 보충성의 원칙과 결합하여 법원의 재판자체 뿐만 아니라 재판의 대상이 되었던 원행정처분도 제외하는 것으로 봐야 한다. 왜냐하면 원행정처분에 대하여 헌법소원심판을 하는 것은 단순한 행정작용에 대한 심사가 아니라 사법작용에 대한 심사와 행정작용에 대한 심사를 동시에 행하는 것이 되고, 결국 헌법소원심판의 대상에서 제외됨에 따라 금지된 사법작용에 대한 심사를 행하는 것이 되어 결과적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 것이 되기 때문이어서, 원행정처분은 언제나 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

재판관 조승형의 반대의견

‘법원의 재판’에 대한 직접적인 소원과 헌법재판소법 제68조 제1

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

항 단서에 규정하고 있는 ‘권리구제절차로서의 재판’을 거친 원공권력작용에 대한 소원은 명백히 구분하여야 할 것이므로 구제절차로서 ‘재판’을 거친 원공권력작용도 헌법소원의 대상이 되며, 따라서 행정처분은 공권력인 입법·행정·사법작용 중 행정작용의 대표적인 행위형식으로써 그 행사나 불행사로 인하여 기본권을 침해 받은 경우에는 비록 권리구제절차로서 행정소송의 ‘재판’을 거친 행정처분의 경우라 하더라도 헌법소원심판의 대상이 된다. 또한 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정하고 있는바, 위 헌법조항의 문언에 따르면이라도 처분자체의 위헌·위법성이 재판의 전제가 된 경우만을 규정하고 있으므로 그 경우를 제외하고는 처분자체에 의한 직접적인 기본권 침해를 다투는 헌법소원이 모두 가능하다.

【참조조문】

헌법 제107조 제1항·제2항, 제111조 제1항 제5호
헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842
헌재 1998. 4. 30. 92헌마239

【당 사 자】

청 구 인 1. 한효남 (91헌마98)
대리인 변호사 이상혁

2. 정원근 (93헌마253)

대리인 변호사 박승환

- 피 청 구 인 1. 강동세무서장 (91헌마98)
2. 부산진세무서장 (93헌마253)

【주 문】

청구인들의 이 사건 청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 91헌마98 사건

(가) 청구인은 1959. 12. 14. 서울 강동구 천호동 298의 4 전 1,094㎡의 4분의 1 지분을 취득하였는데, 위 토지는 1981년경 구 획정리사업으로 같은 동 314의 5 대 488.2㎡로 환지되고 위 환지된 토지는 1985. 8. 30. 같은 동 314의 5 대 159.5㎡(이하 “이 사건 토지”라 한다)의 1필지로 분할되었으며, 청구인은 1988. 9. 30. 그 소유인 이 사건 토지를 타에 양도하였다.

(나) 그런데 강동세무서는 이 사건 토지가 청구인의 취득당시에는 특정지역에 해당하지 아니하였으나 양도당시에는 국세청장이 고시한 특정지역에 해당한다고 하여 양도가액은 구 소득세법시행령(1989. 8. 1. 대통령령 제12767호로 개정되기 전의 것) 제115조 제1항 제1호 (가)목 소정의 배율방법에 의하여 평가한 기준시가에 의하고, 취득가액은 구 소득세법시행령 제115조 제3항(1987. 5. 8. 대통령령 제12514호로 개정되고 1989. 8. 1. 대통령령 제12767호로 개정되

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

기 전의 것)에 따른 재무부령(구 소득세법시행규칙 제56조의5 제7항)이 정하는 방법에 따라 환산하면서 다만 취득일을 구 소득세법시행령(1974. 12. 31. 대통령령 제7458호) 부칙 제9조에 따라 1975. 1. 1.로 의제하여 그 당시의 토지등급을 적용하여 환산한 기준시가에 의하여 산출하고 이를 기초로 세액을 계산하여 1989. 5. 16. 청구인에 대하여 1989. 5. 수시분 양도소득세로 14,972,910원을, 방위세로 2,994,580원을 부과고지 하였다.

(다) 청구인은, 위 과세처분에 대하여 위 부동산의 양도 및 취득가액을 모두 지방세법상의 과세시가표준액에 의한 가액에 의해야 함에도 불구하고 양도가액은 배율방법으로, 취득가액은 재무부령이 정하는 방법에 따라 환산한 가액으로 양도차익을 산출한 위법이 있다는 이유로 행정심판절차를 거쳐 1990. 2. 16. 서울고등법원에 위 과세처분취소청구의 소를 제기하여 기각판결을 받고 1990. 10. 30. 대법원에 상고하였으나, 1991. 4. 26. 상고기각판결이 선고되어 같은 해 5. 9. 위 판결을 송달받고, 위 과세처분의 위헌확인 및 취소를 구하고자 같은 해 5. 27. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 93헌마253 사건

(가) 청구인은 부산 금정구 남산동 959의 2 대 1,066.7㎡ 및 같은 동 959의 26 대 145.2㎡(이하 “이 사건 대지”라 한다)를 1968. 5. 28. 취득하여 소유하다가 1990. 2. 9. 주택건설등록업자인 청구의 아신주택에 국민주택건설용지로 매도하기로 하여 같은 해 4. 9. 잔금을 수령하고 같은 달 16. 소유권이전등기를 마쳐준 후, 구 조세감면규제법(1991. 12. 27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제62조

에 의하여 양도소득세를 50% 감면하여 예정신고를 하고 자진납부하였다.

(나) 그러나 피청구인은 이 사건 대지가 양도일 현재 토지초과 이득세의 과세대상이 되는 유희토지에 해당한다고 하여 구 조세감면규제법(1990. 12. 31. 법률 제4285호로 개정되기 전의 것) 제66조의3, 같은 법시행규칙(1991. 3. 13. 재무부령 제1850호로 개정되기 전의 것) 제20조의6에 따라 양도소득세의 감면을 배제하고 소득세법 소정의 세액을 산출하여 청구인이 당초 자진납부한 세액외에 납부하여야 할 양도소득세 92,018,330원을 확정하여 1992. 2. 17. 청구인에게 부과처분하였다.

(다) 이에 청구인은 1992. 2. 27. 국세청에 심사청구를 하였으나, 같은 해 4. 10. 청구기각되었고, 같은 해 6. 3. 재무부 국세심판소에 심판청구 하였으나 같은 해 8. 31. 청구기각되었으며, 같은 해 10. 28. 부산고등법원에 양도소득세부과처분취소를 구하는 소송(92구4475)을 제기하였으나 1993. 5. 12. 청구기각되었고, 같은 해 6. 3. 대법원에 상고(93누12701)하였으나 같은 해 9. 14. 상고기각되어, 같은 해 9. 23. 대법원의 위 판결을 송달받고, 같은 해 10. 22. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 헌법소원 심판의 대상은 앞서 본 바와 같이 법원의 재판절차를 모두 마친 원행정처분 즉 1989. 5. 16. 피청구인이 청구인에 대하여 한 1989. 5. 수시분 양도소득세 14,972,910원, 방위세 2,994,580원의 부과처분(91헌마98 사건) 및 1992. 2. 17. 피청구인이 청구인에 대하여 한 양도소득세 92,018,330원의 부과처분(93헌마

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

253 사건)이 청구인들의 기본권을 침해하였는지의 여부이다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 91헌마98 사건

(1) 청구인의 주장요지

피청구인은 소득세법 제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호, 제60조, 같은 법시행령 제115조 제1항, 같은 법시행령(1987. 5. 8. 대통령령 제12514호로 개정된 것) 제115조 제3항, 부칙 제1항 및 제3항의 규정들을 적용하여 이 사건 과세처분을 하였으나, 위 규정들은 과세요건법정주의 내지 소급입법금지의 원칙 등을 내용으로 하고 있는 헌법 제59조의 조세법률주의에 위배된 위헌조항이다. 즉,

(가) 조세에 관한 모든 사항은 법률에 의하여 완결적으로 규정할 것을 요구하고 있으며 법률에 근거없이 시행령이나 시행규칙 등으로 과세요건을 규정할 수 없도록 한 것이 과세요건 법정주의 인바, 위 시행령 제115조 제3항은 법률에 근거도 없이 “특정지역에……재무부령이 정하는 방법에 따라 환산한 가액을 취득당시의 기준시가로 한다”고 규정함으로써 과세요건을 재무부령으로 정하도록 위임하고 있다.

(나) 한편, 위 시행령 제115조 제3항의 개정규정은 납세자는 자산의 양도시에 특정지역으로 고시되었다는 이유로 취득당시에는 전혀 예상하지도 못했던 방법에 의해 자산의 취득가액까지도 재무부령에 의하여 양도가액 산출시에 적용되는 배율방법에 의해 환산한 가액으로 산출하도록 하고 있으므로, 위 시행령 부칙은 법적 안정성의 보장 및 장래의 예측가능성을 그 법적 기능으로 하는 조세법률주의와 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조

제2항에 위배되어 무효라고 할 것이다.

(2) 법무부장관의 의견요지

(가) 적법요건에 관한 의견

이 사건에서 청구인은 이미 1990. 2. 16. 서울고등법원에 이 사건 과세처분에 대한 취소청구소송을 제기하여 기각판결을 받고, 이에 불복하여 대법원에 상고하였으나 1991. 4. 26. 상고기각되어 그 판결이 확정되었으므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원심판청구의 대상에서 제외한 법원의 재판을 대상으로 하고 있음이 명백하여 부적법하다.

(나) 본안에 관한 의견

① 소득세법시행령은 헌법 제75조와 제95조에서 규정하고 있는 위임입법의 범위내에서 기준지가의 결정사항을 법률로부터 위임받되 그 시가결정의 구체적인 기준과 방법에 관하여 상세히 규정함으로써 집행관서의 자의적인 과세권의 행사를 방지하고 있다.

② 소득세법과 그 시행령에 정한 지가산정의 방법은 특별한 경우의 환가방법의 결정에 있어서 국세청장이 정하는 바에 의하도록 하였다고 하더라도, 이는 구체적·개별적인 각 토지의 상황에 따른 적정한 시가의 산정을 위한 자료의 결정만을 국세청장에게 위임한 것에 불과하므로, 법규명령의 제정권이 없는 자에게 법률 또는 대통령령의 위임사항을 다시 포괄적으로 위임한 것이라고는 할 수 없다.

③ 위 시행령 부칙 제3항에 의하여 제115조 제3항의 개정규정을 최초로 양도하는 분부터 적용하도록 하고 있고, 양도당시의 현황에 의하여 과세요건 등을 판정하지 아니할 경우에는 동일한 물

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

건을 양도하면서 취득시점에 따라 과세여부가 달라지게 되는 현저한 과세불형평의 문제가 발생하므로 양도당시의 현황에 의함으로써 과세의 공평을 도모하려는 것이다.

④ 따라서, 이 사건 관련 소득세법 및 같은 범시행령 규정들은 조세법률주의에 반하는 위헌규정들이라고 할 수 없으며, 동 규정들에 근거한 피청구인의 이 사건 과세처분도 합헌이다.

(3) 재무부장관의 의견요지

법무부장관의 본안에 관한 의견과 대체로 같다.

나. 93헌마253 사건

(1) 청구인의 주장요지

(가) 피청구인은 이 사건 부과처분을 하면서 구 조세감면규제법 제66조의3에서 토지초과이득세법의 범문을 인용하였는데도 토지초과이득세법의 법리에 따르지 않고 양도소득세법의 법리에 따라 해석·적용함으로써 법률을 잘못 적용하였다.

(나) 위 조세감면규제법시행규칙 제20조의6은 모법 및 시행령의 위임없이 양도소득세 감면대상의 범위를 축소시켜 납세의무 범위를 확장시켰으므로 위헌이고, 구 조세감면규제법 제66조의3의 양도소득세 등 감면배제 규정은 1989. 12. 30. 제정되었음에도 토지초과이득세법의 시행일(1990. 1. 1.) 이전에 취득한 토지에까지 적용하여 감면 배제함으로써 “모든 국민은 소급입법에 의하여 재산권을 박탈당하지 아니한다”라는 헌법 제13조 제2항에 위반되고 토지초과이득세법 제3조 제2항에 저촉되어 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 위반된다. 따라서 위헌인 위 규정들에 근거한 피청구인의 처분은 위헌이다.

(2) 피청구인의 주장요지

(가) 구 조세감면규제법 제66조의3이 “토지초과이득세법의 규정에 의한 토지초과이득세의 과세대상이 되는 토지”라 함은 토지초과이득세법에서 규정하고 있는 유희토지 그 자체를 말하는 것으로 조세감면규제법에서 양도소득세 감면배제 규정을 정하면서 과세대상자산의 범위를 정하기 위하여 입법기술상 별도의 유희토지를 규정하지 아니하고 토지초과이득세법상의 유희토지 개념을 원용한 것에 불과한 것이고, 이 규정은 양도소득세의 감면을 배제하도록 한 규정이므로 당연히 양도소득세법의 법리에 따라야 하며 양도소득세가 양도시를 과세소득의 실현시기로 보아 수시로 과세하는 조세이므로 과세 또는 면세여부의 판단시기는 양도시의 법률 또는 양도일 현재의 상황에 의하여야 하는 것이다.

(나) 구 조세감면규제법시행규칙 제20조의6의 규정은 토지초과이득세법 제3조 제2항의 규정에 저촉된다는 청구인의 주장은 잘못된 것이고, 이처럼 모법의 규정에 의하여 당연시되고 있는 적용시기를 시행규칙에 구체적으로 명시하였다고 하여 조세법률주의에 위반된다고 할 수 없다.

(다) 양도소득세는 토지, 건물 등과 같이 자본적 성격을 가지는 자산을 양도하는 경우 취득당시에 비하여 가치상승으로 발생된 이익에 대하여 과세하는 조세로 과세기간 종료시에 과세요건이 완성되고 그 때에 납세의무가 성립되는 것이므로 1989. 12. 20. 제정되어(법률 제4165호) 1990. 1. 1. 이후 양도분부터 적용토록 한 것은 소급입법으로 볼 수 없다.

(3) 재무부장관의 의견요지

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

(가) 양도소득세와 토지초과이득세는 과세체계가 서로 다르므로 유휴토지 등에 대하여 양도소득세 감면을 배제하는 경우 양도당시의 현황에 의하여 유휴토지 등을 판정하여야 하는 것으로서, 유휴토지 등에 해당하는 여부에 대한 판정시기를 별도로 규정하고 있지 아니하더라도 양도일 현재를 기준으로 유휴토지 등의 해당여부를 판정하는 것이 타당하다. 따라서 조세감면규제법시행규칙 제20조의6은 유휴토지 등에 대하여 양도소득세감면을 배제함에 있어서 토지초과이득세 과세대상 토지인 유휴토지 등에 해당하는지 여부의 판정시기는 양도일 현재임을 명백하게 규정한 것에 불과하므로 동 규정은 모범을 제한하거나 시행령의 위임없이 과세요건을 새로이 규정한 창설적 규정이 아니고 조세감면규제법 제66조의3과 관련한 해석적 규정으로서 조세법률주의에 위배되지 아니하며 법령의 개별적인 위임이 필요한 것도 아니다.

(나) 토지 등을 취득하거나 보유할 당시에는 토지초과이득세가 시행되지 않아 유휴토지에 해당되지 아니하였으나 당해 토지 등을 양도할 당시에 당해 토지가 토지초과이득세의 과세대상 토지인 유휴토지에 해당됨으로써 양도소득세 감면을 받지 못하는 것이 소급입법에 의한 재산권 침해에 해당하는 것은 아니다.

3. 판 단

이 사건의 쟁점은, 행정처분이 헌법에 위반된다는 등의 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 그 청구가 받아들여지지 아니하는 판결이 확정되어 법원의 소송절차에 의하여서는 더 이상 이를 다룰 수 없게 된 경우에, 당해 행정처분(이하 “원행정처분”이라고 한다) 자체의 위헌성 또는 그 근거법규의 위헌성을 주장

하면서 그 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하는 것이 가능한지 여부이다.

그런데 우리 재판소는 96헌마172·173(병합) 사건에 관하여 1997. 12. 24. 선고한 결정(판례집 9-2, 842)에서, 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판은 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있음을 선언하면서, 그와 같은 법원의 재판을 취소함과 아울러, 그 재판의 대상이 되었던 원행정처분에 대한 헌법소원 심판청구까지 받아들여 이를 취소한 바 있다.

그러나 위 결정에서 보는 바와 같이 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소하는 것은, 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고, 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이다. 원행정처분에 대하여 법원에 행정소송을 제기하여 패소판결을 받고 그 판결이 확정된 경우에는 당사자는 그 판결의 기판력에 의한 기속을 받게 되므로, 별도의 절차에 의하여 위 판결의 기판력이 제거되지 아니하는 한, 행정처분의 위법성을 주장하는 것은 확정판결의 기판력에 어긋나기 때문이다. 따라서 법원의 재판이 위 96헌마172등 사건과 같은 예외적인 경우에 해당하여 그 역시 동시에 취소되는 것을 전제로 하지 아니하는 한, 원행정처분의 취소 등을 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 아

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

니한다고 할 것이다. 뿐만 아니라 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 허용하는 것은, “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정한 헌법 제107조 제2항이나, 원칙적으로 헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에도 어긋나는 것이다.

따라서 청구인들이 앞에서 본 바와 같은 원행정처분의 취소를 구하고 있을 뿐, 법원의 재판에 대하여는 헌법소원심판청구를 제기하고 있지 아니함이 명백하고, 달리 법원의 재판이 취소되었다는 사정도 보이지 아니하는 이 사건에 있어서, 원행정처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판청구는 더 나아가 살펴 볼 필요도 없이 부적법하다 할 것이다.

4. 결 론

결국 청구인들의 이 사건 청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 한다. 이 결정은 재판관 이영모의 아래 5.와 같은 의견, 재판관 이재화, 고중석, 한대현의 아래 6.과 같은 별개의견, 재판관 조승형의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에는, 나머지 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 이영모의 의견

이 사건은 법원의 재판을 거친 원행정처분이 헌법소원 심판대상이 되는지 여부가 쟁점이 된 중요한 사건이다.

나는, 우리재판소가 1998. 4. 30. 선고한 92헌마239 결정에서 법원의 재판에 대한 헌법소원 심판대상의 허용범위에 관하여 반대의견을 개진한 바가 있고, 이 사건의 쟁점과 반대의견에서 판단

한 내용과의 정합성(整合性)을 감안하여 볼 때에 다수의견과는 결론은 같으나 그 이유를 달리하므로 아래와 같이 의견을 밝혀 두고자 한다.

가. 나는, 위 결정에서 “헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 위헌인 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다”는 견해를 밝혔다. 그 이유는, 위헌인 법률을 합헌으로 해석할 권한이 없는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소에서 그 법률의 위헌여부와 그 법률을 적용한 법원의 재판을 헌법소원 심판대상으로 삼아 심판을 하는 것이 견제와 균형을 본질로 하는 권력분립의 원리에도 들어맞고, 헌법이 우리재판소에 맡겨준 위헌법률심판권을 헌법의 규정과 이념에 들어맞게끔 합리적이고도 적정하게 행사하는 길이기 때문이라는 것이었다.

나. 법원의 재판을 거친 원행정처분의 경우에, 그 원행정처분이 헌법소원 심판대상이 되려면 위헌인 법률을 합헌으로 해석·적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 당해 재판 자체가 헌법소원 심판대상이 되는 한도내에서, 그 재판과 같이 원행정처분도 헌법소원 심판대상으로 되는 것이지, 그 원행정처분만을 따로 떼어내어 헌법소원 심판대상으로 삼을 수는 없는 것이다. 왜냐하면 법원의 재판을 취소하지 않고, 원행정처분만을 취소하는 결정을 하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 헌법과 헌법재판소법의 각 규정을 살펴보아도 이와 같은 결정을 할 수 있는 근거가 없기 때문이다.

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

[다만, 91헌마98 사건의 청구인은 1989. 5. 16. 양도소득세등부과처분을 받고, 위 과세처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데, 1991. 4. 26. 청구인 패소판결이 대법원에서 확정되었고, 이어서 같은 해 5. 27. 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

그런데 위 과세처분의 근거가 된 법률은 구 소득세법(1978. 12. 5. 법률 제3098호로 개정된 것으로 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제60조이고, 우리재판소는 1995. 11. 30.(91헌바1등, 판례집 7-2, 562) 위 조항에 대하여 “이는 어떤 사정을 고려하여, 어떤 내용으로, 어떤 절차를 거쳐 양도소득세 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용인 기준시가를 결정할 것인가에 관하여 과세권자에게 지나치게 광범한 재량의 여지를 부여함으로써, 국민으로 하여금 소득세법만 가지고는 양도소득세 납세의무의 존부 및 범위에 관하여 개략적으로나마 이를 예측하는 것조차 불가능하게 하고, 나아가 대통령령을 포함한 행정권의 자의적인 행정입법권 및 과세처분권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로써 국민의 경제생활에서의 법적 안정성을 현저히 해친 입법으로서 조세법률주의 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 취지에 반한다”는 이유로 헌법불합치결정을 선고하였다.]

다. 따라서 청구인들로서는 대법원 판결의 취소를 구하는 헌법소원과 동시에 원행정처분인 과세처분의 취소도 아울러 청구해야만 된다고 할 것이다(위 92헌마239 결정, 재판관 이영모의 반대의견 참조). 그런데도 불구하고 청구인들은 이 사건에서 과세처분의 취소만을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고 청구취지를 확장할 신청기간도 이미 도과되어 부적법하므로 이 심판청구는 모두 각하할

수 밖에 없다고 하겠다.

6. 재판관 이재화, 고중석, 한대현의 별개의견

우리는 이 사건 심판청구가 부적법하므로 이를 각하하여야 한다는 결론에는 다수의견과 견해를 같이 하지만, 그 설시이유에 관하여는 의견을 달리한다.

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다”고 규정하고, 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하여 구체적 규범통제절차에서의 법률에 대한 위헌심사권과 명령·규칙·처분에 대한 위헌심사권을 서로 분리하여 각각 헌법재판소와 대법원에 귀속시킴으로써 헌법의 수호 및 기본권의 보호가 오로지 헌법재판소만의 과제가 아니라 헌법재판소와 법원의 공동과제라는 것을 밝히고 있다.

그리고 헌법 제111조 제1항 제5호가 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’이라고 규정한 뜻은 헌법이 입법자에게 공권력 작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치적·사회적 현황 등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로, 헌법소원은 언제나 ‘법원의 재판에 대한 소원’을 그 심판의 대상에 포함하여야만 비로소 헌법소원제도의 본질에 부합한다고 단정할 수는 없다(위 96헌마172등 결정, 판례집 9-2, 854).

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

그러므로 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 심판대상에서 ‘법원의 재판’을 제외한 것은 위 조항 단서의 보충성의 원칙과 결합하여 법원의 재판자체 뿐만 아니라 재판의 대상이 되었던 원행정처분도 제외하는 것으로 봐야 한다. 왜냐하면 원행정처분에 대하여 헌법소원심판을 하는 것은 단순한 행정작용에 대한 심사가 아니라 사법작용에 대한 심사와 행정작용에 대한 심사를 동시에 행하는 것이 되고, 결국 헌법소원심판의 대상에서 제외됨에 따라 금지된 사법작용에 대한 심사를 행하는 것이 되어 결과적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 것이 되기 때문이다.

만약 원행정처분이 위헌이어서 사법적심사의 방법으로 이를 바로 잡아야 한다면 그것은 법원의 몫이지 헌법재판소의 몫은 아니다. 따라서 원행정처분은 언제나 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다. 헌법재판소와 법원의 양 헌법수호기관은 서로의 권한을 대신 행사할 수도 없으려니와 서로의 책무를 대신 수행할 수도 없는 것이다.

7. 재판관 조승형의 반대의견

가. 헌법재판소법 제68조 제1항 규정상의 헌법소원의 대상

(1) 헌법 제111조 제1항 제5호가 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판” 이라고 규정하여 그 구체적인 형성을 입법자에게 위임함으로써, 입법자에게 헌법소원제도의 본질적내용을 구체적인 입법을 통하여 보장할 의무를 부과하고 있다.

헌법소원제도는 일반사법제도와 같이 보편화된 제도가 아니고 헌법소원을 채택하고 있는 나라마다 헌법소원제도를 구체적으로

형성함에 있어서, 특히 헌법소원의 대상이나 심판범위에 있어서도 그 내용을 서로 달리 하는 경우가 많으므로 일반적으로 인정된 보편·타당한 형태가 있는 것이 아니다. 그러나 오늘날 헌법소원제도를 두고 있는 나라들은 모두 한결같이 헌법소원이 공권력 작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 이른바 주관적 권리구제절차라는 것을 그 본질적 요소로 하고 있다.

헌법 제111조 제1항 제5호가 “법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판”이라고 규정한 정신은 결국 헌법이 입법자에게 공권력 작용으로 인하여 헌법상의 권리를 침해받은 자가 그 권리를 구제받기 위한 주관적 권리구제절차를 우리의 사법체계, 헌법재판의 역사, 법률문화와 정치적·사회적 현황 등을 고려하여 헌법의 이념과 현실에 맞게 구체적인 입법을 통하여 구현하게끔 위임한 것으로 보아야 할 것이므로, ‘법원의 재판에 대한 소원’을 헌법소원심판의 대상에서 배제하였다 하여 이를 두고 헌법소원제도의 본질에 반한다고 단정할 수 없다 할 것이다. 그러나 ‘법원의 재판’에 대한 직접적인 소원과 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 규정하고 있는 ‘권리구제절차로서의 재판’을 거친 원공권력작용에 대한 소원(간접적인 재판에 대한 소원)은 명백히 구분하여야 할 것이며, 헌법 제111조 제1항 제5호에서 헌법소원의 대상과 심판범위를 헌법재판소법에 위임한 정신이나 위 헌법재판소법 조항 단서의 입법취지에 비추어 보면 후자까지도 그 대상에서 배제한 것이라고는 할 수 없다. 즉 위와 같은 위임정신이나 입법취지는 헌법재판소법 제68조 제1항이 명백하게 규정하고 있는 바와 같이 헌법소원의 대상에서

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

배제하고 있는 ‘공권력’의 작용은 ‘재판’만을 지칭하고 있을 뿐 ‘재판’을 거친 원공권력작용을 배제하는 규정을 두고 있지 아니할 뿐 아니라, ‘재판’을 제외한 모든 공권력작용에 대한 헌법소원은 다른 법률에 정하여진 권리구제절차를 모두 거치게 되면 헌법소원을 제기할 수 있으며, ‘다른 법률에 구제절차가 있는 경우’라 하여 ‘행정소송법에 구제절차가 있는 경우’를 제외하고 있지 않은 점으로 본다면 구제절차로서 ‘재판’을 거친 원공권력작용도 헌법소원의 대상임을 명백히 하고 있다 할 것이다.

(2) 다만 헌법재판소법 제68조 제1항이 헌법소원의 심판대상에서 ‘법원의 재판’을 제외한 것은 위 조항 단서의 보충성의 원칙과 결합하여 법원의 재판자체 뿐만 아니라 재판의 대상이 된 행정처분도 제외하는 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있을 수 있다.

그러나 입법자는 헌법소원과 여타의 권리구제절차의 관계를 명확히 하지 않으면 헌법재판소와 일반법원 사이의 권한분배의 질서에 현저한 변동을 초래하기 때문에 불가피하게 기존의 권리구제절차와 헌법소원절차 간의 관계를 분명히 하고자 공권력에 의한 기본권침해라고 하는 포괄적인 개념을 사용하면서 그 중에서 재판작용만을 헌법소원의 대상에서 원칙적으로 제외시키고 오히려 헌법소원의 보충성 원칙을 천명함으로써 일반적 권리구제절차와 헌법소원절차를 활용함에 있어서 시간적 선후관계를 분명히 하여 양자의 관계를 밝힘은 물론 일반법원과 헌법재판소와의 권한분배의 질서를 그대로 유지하려 하였다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 헌법재판소법 제68조 제1항 단서가 보충성의 원칙을 규정한 뜻은 재판의 대상이 된 행정처분을 헌법소원의 대상에서

제외시키려 함에 있는 것이 아니라 위 조항 본문을 원칙으로 삼고 단서에서 그 예외를 규정하려 함에 있다고 보아야 할 것이다.

다만, 헌법재판소가 이미 일반법원이 한번 그 적헌성과 적법성을 심사하였던 원행정처분을 헌법적인 관점에서 검토할 수 있다 한다면, 양자의 사실상의 위상에 변화가 생길 수도 있지만, 그것은 사실상의 효과이지 법적 효과는 아니라 할 것이다.

또한 처분의 경우에는 명령, 규칙과는 달리 처분의 위헌, 위법 따라서 처분에 의한 기본권침해 그 자체를 소송물로 하여 다룰 수 있는 행정쟁송절차가 존재한다는 점과 관련하여, 명령, 규칙과는 다른 문제가 발생할 수도 있다는 의문이 있을 수 있으나, 헌법소원의 보충성을 명시하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서규정에 비추어 볼 때, 일반법원의 심판대상이 되는 행정처분 등에 대한 헌법소원은 원칙적으로 법정의 권리구제절차를 사전에 경료한 경우에 한하여 적법성이 인정되며, 이러한 보충성원칙의 본래적 기능은 헌법재판소와 일반법원 사이의 권한분배의 질서를 유지, 확보하여 좁에 있을 뿐이라 할 것이므로 권리구제절차를 모두 마친 원행정처분에 대한 헌법소원을 인정한다 하더라도 별다른 문제는 발생하지 아니한다고 할 것이다.

(3) 이렇게 볼 때 행정처분은 공권력인 입법·행정·사법작용 중 행정작용의 대표적인 행위형식으로써 그 행사나 불행사로 인하여 기본권을 침해 받은 경우에는 비록 권리구제절차로서 행정소송의 ‘재판’을 거친 행정처분의 경우라 하더라도 헌법소원심판의 대상이 된다고 봄이 타당하다. 그럼에도 불구하고 다수의견은 헌법소원의 대상이 되는 행정작용 중에서 행정처분을 제외시키고, 행

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

정소송의 대상이 될 수 없는 예외적인 행정작용만을 헌법소원의 대상이 된다고 주장하면서 그 논거로 헌법 제107조 제2항 규정, 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 불인정 판례(1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842) 및 기관력 문제 등을 들고 있으나, 이는 앞서 본 바와 같은 헌법 제111조 제1항 제5호의 위임정신과 헌법 재판소법 제68조 제1항 단서의 입법취지 뿐만 아니라 다음에서 보는바와 같은 이유로 수긍할 수 없다.

나. 헌법 제107조 제2항과 관련하여

헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 규정하고 있는바, 위 헌법 조항의 문언에 따르더라도 처분자체의 위헌·위법성이 재판의 전제가 된 경우만을 규정하고 있으므로 그 경우를 제외하고는 처분 자체에 의한 직접적인 기본권 침해를 다투는 헌법소원이 모두 가능하다고 보아야 할 것이다. 또한 헌법재판소는 이미 명령·규칙 자체가 직접 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원의 심판대상이 된다는 판례(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365 참조)를 확립하고 있으므로 위 헌법조항에 병렬적으로 열거된 처분의 경우도 명령·규칙과 달리 보아야 할 아무런 이유를 찾아 볼 수 없다.

다. 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제규정과 원행정처분에 대한 헌법소원의 적법성

다수의견은 헌법재판소가 1997. 12. 24. 선고한 96헌마172등 사건의 결정에서 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소한 것은 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의

재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고, 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이라 하여, 원행정처분에 대하여 헌법소원심판을 하는 것은 단순한 행정작용에 대한 심사가 아니라 사법작용에 대한 심사와 행정작용에 대한 심사를 동시에 행하는 것으로서 결국 원칙적으로 배제된 법원의 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 것이나 다름이 없다는 취지로 주장한다.

(1) 그러나 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제규정은 곧 원행정처분에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제라는 공식이 필연적으로 도출되는 것은 아니다. 재판을 헌법소원대상에서 원칙적으로 제외시킨 것은 법관의 오심에 의한 기본권침해(자의적인 사실판단, 법률해석의 오류로 인한 기본권침해) 또는 소송절차상의 기본권침해 등을 이유로 하는 판결이나 결정 등에 대하여 제기되는 헌법소원을 배제한다는 것, 즉 재판작용이 원인이 되어 새로이 발생하는 기본권침해 문제를 헌법소원의 대상으로 삼을 수 없다는 것일 뿐, “재판을 제외하고는”이라는 범문으로부터 재판의 원인된 원행정처분자체에 대한 헌법소원까지도 배제한 것이라는 결론을 바로 이끌어 내기는 어렵다고 할 것이며, 헌법재판소법 제75조 제3항·제4항·제5항에서 따로 헌법소원을 인용할 때의 결정내용과 위헌인 법률 또는 법률조항이 공권력의 행사 또는 불행사의 원인이 된 때에 당해 법률 또는 법률조항이 위헌임을 선고할 수 있음을 특별히

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

규정하고 있는 점에 비추어 보더라도 위와 같은 다수의견은 부당하다.

(2) 또한 소송물의 관점에서 보더라도 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제규정은 곧 원행정처분에 대한 헌법소원의 배제규정이라는 추론은 무리라 할 것이다. 물론 법원도 기본권을 구제하는 역할을 수행하지만 행정법원을 비롯한 법원 판결의 기판력은 원칙적으로 직접 헌법적인 문제, 즉 헌법이 보장하는 기본권의 침해여부까지 미치지 아니한다(헌법적인 문제는 다투어지고 있는 법률관계에 간접적으로 영향을 미칠 뿐 그 자체 판결주문을 구성하지 않는다는 점에 유의하여야 한다). 그에 반해 원행정처분에 대한 헌법소원절차에서는 헌법문제, 무엇보다도 기본권침해문제 자체가 결정의 기판력 내지 기속력의 내용을 이룬다. 따라서 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제규정은 원행정처분에 대한 헌법소원의 대상성 인정여부와 아무런 상관관계가 없다고 할 것이다.

[이 점은 비교법적으로도 논증된다. 오스트리아에서는 헌법적인 권리의 침해를 이유로 하는 처분에 대한 헌법소원심판의 청구와 법률적 차원에서 주어지는 권리침해를 다투는 행정법원에서의 소제기가 배타적인 관계에 있지 아니하고 양자가 독립적으로 이루어질 수 있다는 점에서도 알 수 있다. 물론 오스트리아의 경우 헌법소원의 적법요건 중의 하나인 보충성요건과 관련하여 행정청내부의 권리구제절차의 종료만을 요구하기 때문에 우리의 헌법재판소법의 헌법소원절차의 규율태양과는 다른 점이 없지 않다. 그러나 오스트리아의 헌법소원의 제도적 모습은 우리의 현행 사법체계 하에서도 일반법원에서의 행정소송과 원행정처분에 대한 헌법소원이 양립

할 수 있다는 것을 강력히 시사해 주고 있다고 할 것이다.

스위스에서는 물론 주의 행정처분에 의한 권리침해를 행정법원에서 구제받을 수 있는 경우에는 헌법소원이 허용되지 않지만, 그 밖에는 주의 행정청의 처분에 대한 헌법소원의 경우에 헌법재판관의 관장기관인 연방법원이 주행정청의 법 적용행위가 현저히 부당한 경우에, 즉 자의적인 경우에 한하여 통제권을 행사하고 있다. 이 사실은 원행정처분에 대한 헌법소원을 우리가 인정할 경우에도 그 통제범위를 한정하기에 따라서는 한편 헌법재판소가 헌법심으로서의 그 성격을 유지하면서도 다른 한편 일반 법원의 권한을 잠탈하지 않을 수 있다는 점을 시사해 주고 있는 것이다.

독일의 경우도 헌법소원의 대상이 포괄성을 띤다는 점에서는 우리와 차이가 있지만 독일의 헌법소원심판절차 역시 원행정처분에 대한 헌법소원이 입법기술상 가능할 뿐만 아니라, 우리의 현행법의 해석문으로도 그러한 유형의 헌법소원이 적법하다는 점을 입증하여 준다고 하겠다. 물론 독일의 경우에는 재판에 대한 헌법소원이 인정되므로 원행정처분에 대한 헌법소원을 논할 실익이 없다. 왜냐하면 법원의 최종판결을 헌법소원의 대상으로 삼는다면 간접적으로 원행정처분의 위헌성을 다룰 수 있게 되기 때문이다. 그러나 독일에서도 행정처분에 대한 법원에서의 권리구제절차를 경로한 경우에도 법원의 판결과 원행정처분을 각각 헌법소원의 대상으로 할 수 있다는 주장이 있는 것에 비추어 보면 우리의 경우에 법원의 판결에 대한 헌법소원을 원칙적으로 인정하지 않는다 하더라도 그와는 별개로 원행정처분에 대한 헌법소원을 인정할 수 있는 여지가 있음을 시사해 주고 있다 할 것이다.]

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

(3) 위 96헌마172등 사건 결정에서 말하는 법원의 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제라 함은, 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판만이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있을 뿐 이러한 경우가 아닌 법원의 재판에 대한 헌법소원은 허용되지 아니한다는 취지로서, 결코 그 재판자체까지 취소되는 경우에 한하여 비로소 헌법소원심판의 대상이 되는 것이라는 취지는 아니다. 왜냐하면 위 사건 결정이 판시하고 있는 어느 부분에서도 그 재판자체까지 취소되는 경우에 한하여 헌법소원이 허용된다는 판시부분을 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 재판자체까지 취소되는 경우인지 여부는 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하였다고 주장하여 법원의 재판에 대한 헌법소원을 제기한 경우에 헌법소원심판의 대상성을 인정하느냐의 여부와는 상관되지 않는 문제로서 전자는 본안판단의 결과에 따라, 후자는 본안전판단의 결과에 따를 문제이기 때문이다. 그러함에도 불구하고 다수의견은 위 사건 결정의 취지를 잘못 이해하고 있으며 이와같이 잘못 이해한 취지를 법원의 재판에 대한 것도 아닌 원행정처분에 대입함으로써 헌법소원심판의 대상성을 부인하면서도 이 사건 심판청구가 원행정처분의 취소를 구하고 있을 뿐 법원의 재판에 대하여는 헌법소원을 제기하지 아니하였다는 이유로 원행정처분에 대한 헌법소원심판의 대상성 유무에 관하여 정면으로 판단하는 것을 회피하고 있는바, 이러한 헌법해석의 태도는 지양되어야 마땅하다.

라. 헌법재판소의 원행정처분취소·공권력불행사위헌확인결정의 기속력과 법원의 확정재판의 기판력 문제에 관하여,

헌법재판소법 제75조 제1항은 “헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다”라고 규정하여 국가기관인 법원을 기속함을 명백히 천명하고 있으므로 헌법재판소의 원행정처분취소·공권력불행사위헌확인결정의 기속력은 행정처분에 대한 법원의 확정재판의 기판력에 우선한다고 봄이 마땅하다. 기판력은 확정된 중구재판에서 생기는 효력으로 이 후 당사자간의 관계를 규율하는 기준으로서 구속력을 가지고, 후에 동일 사항이 문제가 되면 당사자는 이에 반하는 주장을 해서 판단을 다룰 수 없고, 법원도 이와 모순·저촉되는 판단을 할 수 없는 것이며 기판력의 법적 성질에 관하여 실체법설 등 수개의 설이 나누어지나 그 어느 설을 취하든 “원행정처분에 대한 헌법소원”에서는 “기본권 침해 등 헌법위반” 여부만이 심판의 대상이고 명령·규칙·처분의 위헌여부가 재판의 전제가 된 때를 제외한 모든 경우의 최종적인 헌법위반여부판단은 헌법재판소가 독점하고 있으며, 특히 헌법소원심판에 있어서는 더욱 그러하므로 “기판력의 본질”과 “원행정처분에 대한 헌법재판소의 취소·위헌확인 결정”이 서로 충돌하는 것은 아니며 위 기속력으로 인하여 위 기판력이 소멸할 뿐이다. 이는 법원의 확정재판의 취소(예컨대 재심)에 의하여 기판력이 소멸되는 법리와 다를 바 없다고 할 것이다. 따라서 다수의견은 부당하며 특히 3인의 별개의견은 입법·사법·행정작용 중 국민의 기본권침해 개연성이나 침해영역이 가장 많은 행정처분만은 오히려 언제나 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다는 견해로써, 더욱 이해할 수 없다.

마. 제4심 인정여부의 문제

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

다수의견의 모든 논거의 근거에는 원행정처분을 헌법소원의 대상으로 할 경우 제4심을 인정하는 결과가 되어 부당하다는 논리가 전제되어 있으나, 원행정처분에 대하여 법원이 판단한 점 모두에 대하여, 다시 헌법재판소가 판단하는 것이 아니라, 헌법에 위반되는지의 여부만을 판단하는 것이므로 관할문제에서 헌법과 충돌되는 점이 없고 이러한 경우 헌법위반여부를 판단하는 것이 결과적으로 제4심이 된다고 하더라도 헌법의 규정과 충돌되는 점이 없다. 즉 헌법규정에 제4심을 인정하지 않는다는 것을 규정하고 있지 아니하기 때문이다.

바. 이상에서 살핀 바와 같이 원행정처분에 대한 헌법소원의 대상성은 인정된다고 할 것이므로 이 사건 심판청구는 적법하여 본안판단을 하였어야 마땅하다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

입법부작위 위헌확인

(1998. 5. 28. 96헌마44 전원재판부)

【판시사항】

1. 강제집행권이 헌법 제23조 제3항 소정의 재산권에 포함되는지 여부(소극)
2. 외교관계에 관한 비엔나협약에 가입하는 것이 재산권의 제한에 해당하는지 여부(소극)
3. 위 협약에 의하여 외국의 대사관저에 대하여 강제집행이 불가능하게 된 경우 국가가 그 손실을 보상할 입법의무가 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 강제집행은 채권자의 신청에 의하여 국가의 집행기관이 채권자를 위하여 채무명의에 표시된 사법상의 이행청구권을 국가권력에 의하여 강제적으로 실현하는 법적 절차를 지칭하는 것이다. 강제집행권은 국가가 보유하는 통치권의 한 작용으로서 민사사법권에 속하는 것이고, 채권자인 청구인들은 국가에 대하여 강제집행권의 발동을 구하는 공법상의 권능인 강제집행청구권만을 보유하고 있을 따름으로서 청구인들이 강제집행권을 침해받았다고 주장하는 권리는 헌법 제23조 제3항 소정의 재산권에 해당되지 아니한다.

2. 외교관계에 관한 비엔나협약 제32조 제1항과 제4항에 의하여 외교관 등을 파견한 국가는 판결의 집행으로부터의 면제의 특권을 포기할 수도 있는 것이므로 위 협약에 가입하는 것이 바로 헌법 제23조 제3항 소정의 ‘공공필요에 의한 재산권의 제한’에 해당하는 것은 아니다.

헌재 1998. 5. 28. 96헌마44

3. 외국의 대사관저에 대하여 강제집행을 할 수 없다는 이유로 집달관이 청구인들의 강제집행의 신청의 접수를 거부하여 강제집행이 불가능하게 된 경우 국가가 청구인들에게 손실을 보상하는 법률을 제정하여야 할 헌법상의 명시적인 입법위임은 인정되지 아니하고, 헌법의 해석으로도 그러한 법률을 제정함으로써 청구인들의 기본권을 보호하여야 할 입법자의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 볼 수 없다.

【참조조문】

헌법 제23조

외교관계에관한비엔나협약 제22조

1.~2. 생략

3. 공관지역과 동 지역내에 있는 비품류 및 기타 재산과 공관의 수송수단은 수색, 징발, 차압 또는 강제집행으로부터 면제된다.

외교관계에관한비엔나협약 제32조

1. 파견국은 외교관 및 제37조에 따라 면제를 향유하는 자에 대한 재판관할권의 면제를 포기할 수 있다.

2.~3. 생략

4. 민사 또는 행정소송에 관한 재판관할권으로부터의 면제의 포기는 동 판결의 집행에 관한 면제의 포기를 의미하는 것으로 간주되지 아니한다. 판결의 집행으로부터의 면제를 포기하기 위하여서는 별도의 포기를 필요로 한다.

【참조판례】

헌재 1989. 3. 17. 88헌마1등, 판례집 1, 9

헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505

헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395

【당 사 자】

청 구 인 차수웅 외 1인

청구인들 대리인 변호사 이현범

【주 문】

청구인들의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 1990. 6. 4. 그 소유의 주택을 청구외 주한 자이레공화국 대사관에 월 차임 미화 5,000불, 기간은 2년으로 정하여 임대하였고, 위 대사관측은 그 때부터 위 주택을 그 대사관저로 사용하고 있다.

(2) 주한 자이레공화국 대사관이 1991. 10. 7.부터의 차임지급을 연체하자, 청구인들은 1992. 2. 17. 위 임대차계약을 해지한 다음 서울지방법원에 위 대사관을 상대로 한 건물명도 등 청구소송을 제기하여, 같은 해 9. 15. 위 대사관은 청구인들 소유의 주택을 명도하고, 1991. 10. 7.부터 명도시까지 월 미화 5,000달러의 비율에 의한 금원을 지급하라는 내용의 판결(92가합33089)이 선고되어 그 무렵 확정되었다.

(3) 그런데, 1970. 9. 26. 국회의 동의를 거쳐 1971. 1. 27. 공포된 외교관계에관한비엔나협약(이하 협약이라고 한다) 제22조 제3항은 “공관지역과 동 지역내에 있는 비품류 및 기타 재산과 공관의 수송수단은 수색, 징발, 차압, 또는 강제집행으로부터 면제된다”고 규정하고 있고, 청구인들은 1993. 3. 30.경 위 법원으로부터 위 판결에 대한 집행문을 부여받은 다음 위 법원 소속 집달관에게 강제집행을 의뢰하였으나, 위 집달관은 대사관저에 대하여 강제집행을

헌재 1998. 5. 28. 96헌마44

할 수 없다는 이유로 청구인들의 강제집행신청의 접수를 거부하여 강제집행이 불가능한 상태에 있다.

(4) 이에 청구인들은 협약 제22조 제3항과 관련하여 재산권을 제한당한 국민에게 국회가 손실보상에 관한 입법을 하지 아니한 부작위로 인하여 헌법 제23조의 재산권, 제11조의 평등권 및 제10조 및 제37조 제1항에 의하여 보장되는 계약의 자유 등 청구인들의 기본권이 침해되었다고 주장하면서 1996. 1. 30. 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 국회가 협약 제22조 제3항에 의하여 강제집행이 불가능하게된 자를 위하여 손실보상에 관한 법률을 제정할 의무를 이행하지 아니하는 부작위가 청구인들의 기본권을 침해한 것인지의 여부이다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계기관 등의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 협약은 1970. 9. 26. 국회의 동의를 거쳐 1971. 1. 27. 공포됨으로써 국내법과 동일한 효력을 갖게 되었는데, 협약 제22조 제3항은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 청구인들의 재산권을 제한하는 경우에 해당되고, 헌법 제23조 제3항이 국민의 재산권을 제한하는 경우에는 법률에 의하여 보상을 하도록 명시하고 있으므로 ‘헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 그 입법을 위임하였을 때 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 조치를 취하지 않은 경우’에

해당한다.

(2) 헌법 제23조가 보장하는 재산권에는 물권, 채권 등 모든 권리 뿐만 아니라 그러한 권리의 실효성을 보장하기 위한 강제집행권도 포함된다 할 것이므로, 대한민국이 협약에 가입함으로써 외국 대사관 등에 대한 강제집행을 제한하는 것은 헌법 제23조 제3항에 의한 공공필요에 의한 재산권의 제한에 해당된다. 이 경우 헌법 제23조는 법률에 의하여 손실보상을 하도록 규정하고 있으므로 입법자가 손실보상에 관하여 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 것은 재산권의 본질적 내용을 침해하여 입법재량의 한계를 넘는 입법의무불이행으로서 청구인들에게 헌법상 보장된 재산권, 평등권 및 계약자유권을 침해하여 위헌이다.

나. 외교통상부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

(가) 입법부작위의 경우에도 청구인들이 기본권을 침해받은 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 하는데, 청구인들은 1993. 3. 30. 서울민사지방법원으로부터 집행문을 부여받고 그 무렵 강제집행신청이 거부되었으므로, 1996. 1. 30. 제기된 이 사건 심판청구는 청구기간이 도과되어 부적법한 것이다.

(나) 협약 제22조 제3항으로 인하여 강제집행이 불가능한 경우 이에 대한 보상을 지급하는 법률을 제정하여야 할 헌법상의 명시적인 위임은 없으며 달리 그러한 내용의 법률을 제정함으로써 청구인들의 기본권을 보호하여야 할 입법자의 행위의무 내지 보호의 무가 존재한다고 볼 아무런 근거가 없으므로 청구인들을 위한 입

법의무가 존재함을 전제로 하는 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

(가) 헌법 제23조 제3항 소정 ‘공공필요에 의한 재산권의 제한’이라 함은 공익사업 기타 복리행정상의 목적을 위하여 특정한 재산권에 대하여 가하여지는 공법상의 제한을 뜻하는 것인바, 협약 제22조 제3항에 의한 강제집행의 면제가 공공필요에 의한 재산권의 제한이라는 청구인들의 주장은 근거가 없다.

또한 청구인들의 주장처럼 강제집행에 관한 것이 헌법 제23조 제3항의 재산권에 해당하는지도 의문이다.

(나) 협약 제32조 제1항·제4항에 의하면 판결의 집행으로부터의 면제를 포기할 수 있기 때문에 청구인이 자이레공화국 대사관과 임대차계약을 체결할 당시 판결의 집행으로부터의 면제를 포기받았으면 청구인들의 강제집행신청이 거부되지 않았을 것이므로 청구인들의 강제집행신청이 거부된 것은 청구인들의 책임에 속한다.

3. 판 단

입법부작위에 관한 헌법재판소의 재판관할권은, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하지 않고 있는 경우 또는 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우에 한하여 제한적으로 인정된다 함이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9; 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505; 1994.

12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395 참조).

헌법 제23조는 “① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 강제집행은 채권자의 신청에 의하여 국가의 집행기관이 채권자를 위하여 채무명의에 표시된 사법상의 이행청구권을 국가 권력에 의하여 강제적으로 실현하는 법적 절차를 지칭하는 것이므로, 강제집행권은 국가가 보유하는 통치권의 한 작용으로서 민사사법권에 속하는 것이고, 채권자인 청구인들은 국가에 대하여 강제집행권의 발동을 구하는 공법상의 권능인 강제집행청구권만을 보유하고 있을 따름으로서, 청구인들이 침해받았다고 주장하는 권리는 헌법 제23조 제3항 소정의 ‘재산권’에 해당하지 아니한다.

또한 협약 제32조 제1항은 “과견국은, 외교관 및 제37조에 따라 면제를 향유하는 자에 대한 재판관할권의 면제를 포기할 수 있다”고 규정하고, 같은 조 제4항은 “민사 또는 행정소송에 관한 재판관할권으로부터의 면제의 포기는 동 판결의 집행에 관한 면제의 포기를 의미하는 것으로 간주되지 아니한다. 판결의 집행으로부터의 면제를 포기하기 위하여서는 별도의 포기를 필요로 한다”고 규정함으로써 외교관 등은 판결의 집행으로부터의 면제를 포기할 수도 있는 것이므로, 협약에 가입하는 것이 바로 헌법 제23조 제3항 소정 ‘공공필요에 의한 재산권의 제한’에 해당하는 것도 아니다. 청구인들로서는 위 임대차계약을 체결할때 혹은 그 후

헌재 1998. 5. 28. 96헌마44

에라도 판결의 집행으로부터의 면제를 포기받을 수 있었을 터인 데도(위 임대차계약이 청구인들의 의사에 반하여 이루어졌다는 자료는 없다) 이에 이르지 아니하여 강제집행이 불가능하게 된 것이니 이를 승인할 수 밖에 없다.

결국 이 사건에서와 같이 외국의 대사관저에 대하여 강제집행을 할 수 없다는 이유로 집달관이 청구인들의 강제집행신청의 접수를 거부하여 강제집행이 불가능하게 된 경우 국가가 청구인들에게 손실을 보상하는 법률을 제정하여야 할 헌법상의 명시적인 입법위임은 인정되지 아니하고, 헌법의 해석으로도 그러한 법률을 제정함으로써 청구인들의 기본권을 보호하여야 할 입법자의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 볼 수도 없다.

4. 결 론

그렇다면 입법자의 입법의무의 존재를 전제로 한 이 사건 심판 청구는 부적법하므로 다른점에 관하여 판단할 필요도 없이 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

상속세법시행령 부칙 제2항 위헌확인

(1998. 5. 28. 96헌마151 전원재판부)

【판시사항】

1. 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우 법령에 대한 헌법소원에서의 직접성요건의 충족 여부(소극)
2. 명령을 합헌으로 판단하는 대법원의 판례가 형성되어 있는 경우, 명령에 대한 헌법소원에서 직접성 또는 보충성요건의 예외를 인정할지의 여부(소극)

【결정요지】

1. 법령 또는 법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 청구인의 기본권이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법령 또는 법령조항에 의하여 직접 침해받아야 한다. 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 법적 지위의 박탈이 발생하는 경우를 말하므로, 당해 법령에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다.
2. 이 사건 조항을 합헌으로 판단하는 대법원의 판례가 형성되어 있기 때문에 이 사건 조항에 따른 부과처분에 대하여 행정소송절차를 밟아도 기각될 것이 뻔한 경우라 하더라도, 헌법재판소는 그의 재판관할의 범위내에서만 직접성 또는 보충성 요건에 대한 예외를 인정할 수 있다. 다시 말하자면, 이 사건 조항에 대한 위헌심사가 헌법소원의 대상이 되는 경우에 비로소 직접성요건의 충족여부를

헌재 1998. 5. 28. 96헌마151

판단하는 의미가 있고 나아가 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 있다. 그런데 이 사건 조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는, 헌법재판소가 명령의 위헌성여부를 판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하므로 이 사건 조항에 대하여는 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다고 할 것이다.

【심판대상조문】

상속세법시행령(1990. 5. 1. 대통령령 제12993호로 개정된 것) 부칙 제2항(평가에 관한 경과조치) 이 영 시행전에 증여된 것으로서 신고기간 내에 신고된 것과 1990년 12월 31일 이전에 상속이 개시되는 것으로서 신고기간 내에 신고된 것에 대한 평가는 제5조의 개정규정에 불구하고 종전의 규정에 의한다.

【참조조문】

헌법 제107조 제2항

헌법재판소법 제68조 제1항

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

② 생략

민사소송법 제238조(제소에 의한 시효중단의 시기) 시효의 중단 또는 법률상의 기간을 준수함에 필요한 재판상의 청구는 소를 제기한 때 또는 제234조의2 제2항, 제235조 제2항 또는 제237조 제2항의 규정에 의하여 서면을 법원에 제출한 때에 그 효력이 생긴다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813

【당 사 자】

청 구 인 김용욱 외 4인
청구인들 대리인 변호사 김백영 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 1990. 11. 1. 사망한 청구의 배종희로부터 재산(토지)을 상속하였다. 청구인들은 과세당국에 상속세 과세표준 및 세액 신고를 하지 않고 있던 중, 1996. 2.경 가락세무서장으로부터 상속재산 가액 783,204,060원으로 평가된 상속세결정전 조사내용 통지를 받았다. 가락세무서장은 청구인들이 소정의 상속세신고를 하지 아니하였다는 이유로 상속세법시행령(1990. 5. 1. 대통령령 제12993호로 개정된 것) 부칙 제2항을 적용하여 1990년 개별공시지가에 따라 상속재산가액을 산정하였다. 따라서 청구인들의 경우 과세대상인 상속재산의 평가가 종래의 배율방법을 기준으로 하지 않고, 새로운 개별공시지가를 기준으로 하게 되어 2배에 가까운 더 중한 조세부담을 받게 되었다(상속재산평가서에 따르면 배율가액으로는 446,592,729원이고, 개별공시지가로는 822,631,000원으로 평가됨). 이에 청구인들은 1996. 4. 22. 상속재산 신고여부에 따라 상속재산의 평가를 달리하는 것은 평등권, 실질적 조세법률주의, 재산권을 침해하는 것이므로, 위 상속세법시행령 부칙 제2항 중 “……으로서 신

헌재 1998. 5. 28. 96헌마151

고기간내에 신고된 것” 부분은 헌법에 위반된다고 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

한편 청구인들은 이 사건 청구 이후인 1996. 6. 17. 위 상속세 법시행령 부칙 제2항에 따라 상속세의 부과처분(상속세 140,200,050 원 및 방위세 23,366,670 원 부과처분)을 받게 되었는데, 청구인들은 이 상속세의 부과처분도 청구인들의 평등권, 재산권을 침해한 것이라며 1997. 5. 16. 이 처분에 대한 헌법소원심판청구를 예비적으로 추가하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 상속세법시행령(1990. 5. 1. 대통령령 제12993호로 개정된 것) 부칙 제2항 중 “……으로서 신고기간내에 신고된 것” 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌여부 및 예비적으로 1996. 6. 17. 가락세무서장이 청구인에게 부과한 조세처분의 위헌여부이다.

상속세법시행령(1990. 5. 1. 대통령령 제12993호로 개정된 것) 부칙

② (평가에 관한 경과조치) 이 영 시행전에 증여된 것으로서 신고기간내에 신고된 것과 1990년 12월 31일 이전에 상속이 개시되는 것으로서 신고기간내에 신고된 것에 대한 평가는 제5조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 의한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 주위적 청구 부분

청구인은 직접 이 사건 조항에 의하여 과세가액결정에 있어서 불평등한 취급을 받으므로, 이 사건 조항에 의한 기본권침해의 직

접성이 인정된다. 한편 대법원은 일련의 판례를 통하여 이 사건 조항이 합헌이라는 확고한 입장을 표명하고 있기 때문에(대법원 1995. 6. 13. 선고, 95누23 판결 등) 비록 청구인들이 위 부과처분에 대하여 행정쟁송절차를 밟는다고 하더라도 기각될 것이 뻔하므로, 이러한 경우에는 예외적으로 곧바로 이 사건 조항의 위헌확인을 구할 수 있는 것으로 보아야 한다.

이 사건 조항에 의하면 1990. 12. 31. 이전에 상속이 개시되지만 신고기간내에 신고가 없는 것은 개별공시지가를 적용(1990. 5. 1. 개정되고 1990. 12. 31. 개정되기 전의 상속세법시행령 제5조에 근거) 받게 되어 청구인의 상속재산을 평가할 때 신고 여부에 따라 2배 이상의 차이가 나게 된다. 신고 여부에 따라 질서별인 가산세부과 외에 이러한 가중된 조세부과를 받게 되는 것은 평가의 법규상 조리상의 한계를 벗어난 것이다. 헌법재판소는 1992. 12. 24. 선고, 90헌바21 결정에서 상속세의 신고 여부에 따라 상속재산의 평가를 달리하는 것은 조세법률주의, 조세평등주의, 재산권 보장에 위배된다고 하여 구상속세법 제9조 제2항에 대하여 위헌결정을 한 바 있다. 그렇다면 이 사건 조항 역시 그러한 결정에 따라 헌법에 위반되는 부분(신고부분)은 제거하고 적용되어야 할 것이다.

이 사건에서는 신고 여부에 따라 재산평가차이가 엄청나고 또한 만약 1991년 이후에 상속이 개시되었다면 신고 여부와 관계없이 개별공시지가로 평가되나, 그 대신 신법(1990. 12. 31. 개정된 것)에 따르면 각종 공제의 현실화(특히 배우자의 재산형성 기여도를 감안한 배우자공제), 세율인하 등이 적용되는 것이므로, 개별공시지가가 공고된 1990. 8. 30.부터 1990. 12. 31. 사이에 상속이 개시된 무신

헌재 1998. 5. 28. 96헌마151

고 또는 신고누락재산에 대해서만 법의 사각지대가 생기게 되고, 이는 정의와 형평에 위반된다. 무신고자에 대하여는 신고에 따른 10% 혜택과 가산세 20%를 감안하면 30%의 부담이 가중되는 만큼, 이로써 충분하다고 할 것이다.

(2) 예비적 청구 부분

가락세무서장이 1996. 6. 17.자로 청구인들에게 대해 상속세 140,200,050원 및 방위세 23,366,670원을 부과한 처분은 단순히 무신고라는 사유만으로 평가방식을 달리하여 부과한 것이므로 평등권, 재산권을 침해한 것이다.

나. 재정경제원장관 및 국세청장의 의견

이 사건은 보충성 원칙에 위반된다. 청구인들의 주장과 같이 이 사건 조항에 대하여 위헌사유가 있었다면, 상속세결정진 조사통지 후에 뒤따를 부과처분에 대하여 국세기본법 및 행정소송법에서 정한 바에 따라 사전구제절차를 거쳤어야 할 것이나 청구인들은 이를 거치지 않았다.

또한 이 사건 조항은 그 규정 자체만으로 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권 침해에 관련한 내용을 포함하고 있지 않으며, 상속재산을 평가함에 있어서 신고 여부에 따른 그 집행절차를 규정하고 있는 것에 지나지 아니하므로, 청구인들이 이 사건 조항 자체에 의하여 직접 기본권을 침해받았다고 볼 수 없다.

청구인은 상속세 신고여부에 따라 상속재산의 평가를 달리하는 것은 헌법상 평등권에 위배된다고 주장한다. 그러나 국가는 조세징수의 실효성확보를 위하여 국가의 조세징수절차에 협력하는 납

세자에게 일정한 이익을 부여하여 성실한 신고를 유도하기 위한 특례규정을 둘 수 있다. 특히 상속세는 상속재산을 취득한 상속인이 피상속인이 남겨 놓은 재산에 대해 자기가 상속받은 재산의 범위내에서 상속세 납세의무를 지는 것이므로 그 적용대상을 신고된 것에 한정하도록 한 규정이 일반적인 납세자간에 차별적으로 적용되는 것으로 볼 것은 아니므로 평등권에 위배된다고 보기 어렵다.

3. 판 단

가. 이 사건 조항에 대한 심판청구의 적법성

(1) 법령 또는 법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으면, 청구인의 기본권이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법령 또는 법령조항에 의하여 직접 침해받아야 한다. 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 법적 지위의 박탈이 발생하는 경우를 말하므로, 당해 법령에 근거한 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813).

이 사건 조항은 “상속세법시행령 시행전에 증여된 것으로서 신고된 것과 1990. 12. 31. 이전에 상속개시된 것으로서 신고된 것은 제5조의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 의한다”고 규정하고 있다. 그런데 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 이 사건 조항에 의하여 발생하는 것이 아니라, 이 사건조항을 근거로 하여 이루어진 별도의 집행행위인 과세처분에 의하여 비로소 현실적으

로 나타나는 것이다. 따라서 청구인들이 기본권의 현실적 침해를 받게 된 것은 조세관청의 과세처분에 의하여 비로소 발생하는 것이므로, 이 사건 조항을 직접 심판대상으로 하는 헌법소원은 법령에 대한 헌법소원의 요건을 갖추지 못한 부적법한 심판청구이다.

(2) 청구인은 “이 사건 조항을 합헌으로 판단하는 대법원의 판례가 형성되어 있기 때문에 이 사건 조항에 따른 부과처분에 대하여 행정소송절차를 밟는다고 하더라도 기각될 것이 뻔한” 이 사건과 같은 경우에는 곧바로 처분의 근거인 법령에 대하여 위헌여부의 헌법소원을 제기할 수 있는 것이라고 주장한다.

헌법재판소는 그의 재판관할의 범위내에서만 직접성 또는 보충성 요건에 대한 예외를 인정할 수 있다. 다시 말하자면, 이 사건 조항에 대한 위헌심사가 헌법소원의 대상이 되는 경우에 비로소 직접성요건의 충족여부를 판단하는 의미가 있고 나아가 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 있다할 것이다.

명령과 규칙이 구체적인 소송에서 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법 제107조 제2항에 따라 그의 위헌성을 간접적으로 심사할 수 있다. 그러나 명령과 규칙에 의하여 직접 기본권을 침해 받은 경우에는 그의 위헌성을 심사받을 수 있는 길이 달리 없기 때문에, 헌법재판소는 이와같이 직접 기본권을 침해하는 명령과 규칙에 대하여만 헌법소원심판을 청구할 수 있는 길을 열어 주었다.

그런데 이 사건과 같이, 이 사건 조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는, 헌법재판소가 명령의 위헌성여부를

판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하므로 이 사건 조항에 대하여는 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 조항에 대한 심판청구는 부적법한 것으로 볼 수밖에 없다.

나. 예비적 청구인 이 사건 과세처분에 대한 심판청구의 적법성
 이 사건 과세처분은 공권력의 행사로서 헌법소원의 대상이 될 수 있으나, 헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 해야 한다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 이 사건 과세처분에 대해서는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있고 행정심판 및 행정소송절차는 청구인들이 침해되었다고 주장하는 기본권을 효율적으로 구제할 수 있는 권리구제 절차라 할 수 있는데, 청구인들로서는 우선 그러한 구제절차를 거쳐야 함에도 불구하고 그러한 절차를 거치지 아니하였음이 분명하므로, 이 사건 과세처분에 대한 헌법소원 심판청구는 보충성요건이 결여되어 부적법하다.

뿐만 아니라 이 사건 과세처분은 1996. 6. 17. 행해진 반면 청구인들의 예비적 청구서는 1997. 5. 16. 비로소 헌법재판소에 접수되었다. 헌법소원심판청구에 대한 청구취지 변경이 이루어진 경우 청구기간의 준수여부는 헌법재판소법 제40조 제1항 및 민사소송법 제238조에 의하여 예비적으로 추가된 청구서가 제출된 시점을 기준으로 하여 판단하여야 한다. 이 사건의 경우 예비적 청구는 이미 과세처분이 이루어진지 180일이 훨씬 지나서 제출되었으므로 청구기간 또한 경과하였다.

4. 결 론

헌재 1998. 5. 28. 96헌마151

그렇다면 이 사건 심판청구는 모두 부적합하다 할 것이므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 의견 일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

재외국민보호의무불이행 위헌확인

(1998. 5. 28. 97헌마282 전원재판부)

【판시사항】

독일정부의 우리나라 국민에 대한 ‘미성년자보호관련관헌의관할권및준거법에관한협약’의 적용을 피하기 위하여 우리나라 정부가 위 협약에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약을 체결하지 아니한 것이 헌법소원의 대상이 되는지 여부(소극)

【결정요지】

행정권력 내지 사법행정권의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위등 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인데, 헌법 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 규정하고 있으나, 위 규정이나 다른 헌법규정으로부터도 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고는 인정되지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

【참조조문】

헌법 제2조 제2항

미성년자보호관련관헌의관할권및준거법에관한협약 제3조 미성년자가 속하는 국가의 국내법에서 법률상 당연히 발생하는 권한관계는 모든 체약국에서 승인된다.

미성년자보호관련관헌의관할권및준거법에관한협약 제8조 이 협약 제3조, 제4조 및 제5조 제3문의 규정에 관계없이 미성년자가 상거소를 갖는 국가의

헌재 1998. 5. 28. 97헌마282

관현은 미성년자가 신상 또는 재산상의 중대한 위협에 처해있는 한 보호조치를 취할 수 있다.

다른 계약국의 관현은 그 조치를 승인할 의무를 부담하지 않는다.

【참조판례】

헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505

헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415

헌재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700

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

【당 사 자】

청 구 인 윤돈

국선대리인 변호사 장경찬

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

1981. 청구의 신애자와 혼인한 이래 독일에서 거주하여 온 청구인은 위 신애자와의 불화로 별거하던 중 독일법원에 이혼 및 친권자지정소송을 제기하였던바, 제1심 법원은 1988. 2. 위 신애자와의 이혼청구를 인용하면서도 친권자지정청구에 관하여는 ‘국제사법에 관한 헤이그회의’에서 채택된 제협약 중 하나인 ‘미성년자보호관련 관현의관할권및준거법에관한협약(이하 미성년자보호협약이라 줄여쓴다)’ 제3조에 따라 우리나라 구 민법 제909조(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)를 적용하여야 할 것이나, 자녀들의 복리를 고려하여 위 신애자를 자녀 2인의 친권자로 지정하는 판결을

선고하였고, 그 항소심법원도 미성년자보호협약 제8조에 따라 우리나라 민법 대신 독일민법을 적용하여 자녀들에 대한 후견명령이 정당하다는 이유로 청구인의 항소를 기각하였다.

2. 청구인의 주장 요지

독일법원은 친권행사에 관한 우리나라 구 민법 제909조가 독일이 가입한 미성년자보호협약에 저촉된다는 이유로 위 구 민법 조항의 적용을 배제하고, 미성년자보호협약의 규정에 따라 독일민법을 강제로 적용함으로써 청구인은 미성년자인 자녀들에 대한 친권을 상실하게 되었는데, 청구인은 1986년경부터 헌법상의 재외국민 보호의무가 있는 대한민국 외교통상부(정무조직법이 1998. 2. 28. 법률 제5529호로 개정되기 전의 외무부)에 수차례에 걸쳐 미성년자보호협약에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약의 체결이나 기타 대체방안을 확립하는 등으로 국적국가관서의 우선권있는 조치를 취함으로써 재독 재외국민인 청구인을 독일민법의 강제적용에 따른 피해로부터 조속히 구조하여 줄 것을 요청하였음에도 외교통상부장관은 미성년자보호협약의 강제적용의 배제 등을 규정하는 입법조치 등 아무런 조치를 취하지 아니하고 있고, 법원행정처장에게도 대한민국 관서로서 대한민국 국민인 미성년자의 인격이나 재산의 보호를 위해 대한민국법에 따른 우선권있는 긴급 법률피해 구조조치를 취하거나 제도를 확립하여 줄 것을 요청하였으나 역시 아무런 조치를 취하지 아니하고 있으므로 이는 국가적 공권력의 위헌적인 불행사에 해당한다.

3. 관계기관의 의견

가. 외교통상부 장관의 의견

헌재 1998. 5. 28. 97헌마282

(1) 적법요건에 관하여

(가) 조약의 체결, 비준권은 대통령에게 귀속하므로 청구인은 미성년자보호협약에 가입할 것을 요구할 수 있는 권리가 있다 할 수 없어, 청구인은 헌법재판소법 제68조의 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”라고 할 수 없으므로 당사자적격이 없다.

(나) 청구인은 1988년과 1992년의 독일법원의 판결에 의해 자녀 2명에 대한 친권을 상실하였는바, 그 준거법에 관한 판결이유를 보면 미성년자보호협약은 독일국내법으로 일반화되어 비록 대한민국이 위 협약의 가입국이 아니라고 하더라도 미성년자보호협약 제3조를 적용하여 대한민국 구 민법 제909조에 따라 부(청구인)를 친권자로 지정할 수도 있으나, 이 사건의 경우 미성년자가 그 인격이나 재산에 심각한 위험에 처해질 가능성 등 자녀들의 복리를 고려한 결과 미성년자보호협약 제8조에 따라 독일민법을 적용한다는 것이므로 우리나라가 미성년자보호협약에 가입하였다 하더라도 그 판결결과에 어떠한 영향을 미쳤다고 보기 어려워, 결국 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익을 흠결하여 부적법하다.

(다) 청구인이 제기한 부작위위법확인등 소송은 대법원에서 1996. 12. 10. 패소확정되어, 같은 달 13. 청구인에게 송달되었는데 청구인은 이 사건 헌법소원심판을 1997. 8. 15. 제기하였으니 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

미성년자보호협약은 ‘국제사법에 관한 헤이그회의’에서 채택된 34개 협약 중 하나로서 미성년자 자신과 그 재산의 보호를 위한

관계 당국의 관할권 및 준거법을 규정하고 있는데, 위 협약은 특히 유동성이 빈번한 거주제국의 거주환경상 특성을 감안 “상거소국(常居所國)의 권한 있는 당국에 의한 미성년자 보호 권한을 인정하되(제1조), 계약당사국간에는 미성년자의 복지를 위하여 필요한 경우에는 국적국의 국내법에 따른 조치를 취할 수 있도록 절충적 입장을 취하고 있는바, 위 협약에의 가입문제는 민사사법 공조에 필요한 제도적 장치를 마련함으로써 국내거주 외국인 및 국내외 거주국민의 법률 문제를 신속히 해결하고자 하는 헤이그회의 체제의 전반적인 목적을 감안하여 우리나라의 현실적 필요성에 입각하여 추진되어야 할 사안으로, 위 협약의 가입이 바로 재외국민보호라는 목적에 기여한다는 근거도 없다.

나. 법원행정처장의 의견

(1) 조약가입 또는 이에 준하는 입법사항을 포함한 제도확립은 대통령 또는 입법부가 어느 개인의 사적 이익이 아닌 공공의 이익을 우선적으로 고려하여 수행하여야 할 사항으로, 이러한 제도확립을 촉구하는 헌법소원은 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 위임을 하였음에도 이를 방치하거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위무내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 전혀 아무런 조치를 취하고 있지 않은 경우가 아니면 인정될 수 없으므로 이 사건 헌법소원 심판청구는 부적법하다.

(2) 권리보호이익의 흠결에 관한 주장은 외교통상부 장관의 의견 중 (1)의 (나)부분과 대체로 같다.

4. 판 단

헌재 1998. 5. 28. 97헌마282

가. 외교통상부장관 및 법원행정처장의 공권력불행사에 대하여 행정권력내지 사법행정권의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 등 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인데(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505; 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415; 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700; 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500 참조), 헌법 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 규정하고 있으나, 위 규정이나 다른 헌법 규정으로부터도 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고는 인정되지 아니하므로 이 부분에 관한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

나. 입법부작위에 대하여

어떠한 사항을 법규로 규율할 것인지의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적·경제적·사회적 각종 고려하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 함은 별론으로 하고 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법 위임을 하였음에도 입법자가 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않는 경우라야 할 것인바(헌재

1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9; 1991. 9. 16. 89헌마163. 판례집 3, 505등 참조), 헌법의 어느 규정에서도 청구인이 주장하는 내용을 법률에 위임하는 규정을 둔 바 없으며, 국가의 재외국민에 관한 보호의무를 규정한 헌법 제2조 제2항을 두고 위와 같은 취지의 입법위임이라고는 보기 어려울 것이고, 또한 이 사건의 경우에 청구인이 주장하는 바와 같은 기본권의 침해는 청구인 스스로가 우리나라의 주권 내지 법률의 효력이 미치지 아니하는 독일법원에 제소하여 그 법원이 선고한 재판의 효력에 따라 비롯된 것이어서, 국내입법을 통하여 이를 시정하기 위한 국가의 행위의무내지 보호의무가 발생하는 것도 아니고 또 그로서 청구인이 주장하는 바와 같은 기본권의 침해가 시정되는 것도 아니므로, 이 부분에 관한 헌법소원심판청구 역시 부적법하다.

5. 결 론

따라서 이 사건 심판청구를 모두 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)

공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항 위헌확인

(1998. 5. 28. 97헌마362·394(병합) 전원재판부)

【판시사항】

여론조사의 결과공표를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제108조가 국민의 알권리와 참정권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소는 1995. 7. 21. 92헌마177등 결정에서 대통령선거법 제65조에 대하여 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간동안 선거에 관한 여론조사 결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않은 한 위헌이라고 할 수 없고, 우리 나라에서의 여론조사에 관한 여건이나 기타의 상황 등을 고려할 때, 대통령선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거일공고일로부터 선거일까지의 선거기간중에는 선거에 관한 여론조사의 결과 등의 공표를 금지하는 것은 필요하고도 합리적인 범위 내에서의 제한이라고 할 것이므로, 이 규정이 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 한계인 과잉금지의 원칙에 위배하여 언론·출판의 자유와 알권리 및 선거권을 침해하였다고 할 수 없다고 판시하였는데, 위 결정이유는 공직선거및선거부정방지법 제108조에서도 그대로 타당하고, 위 결정 선고 이후에 그 이유와 결론을 달리할 만한 사정 변경이 있는 것도 아니므로 공직선거및선거부정방지법 제108조는 헌법에 위반되는 규정으로 볼 수 없다.

재판관 이영모의 반대의견

여론조사결과의 공표를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제 108조는 국내의 신문·방송 등 언론매체만을 대상으로 규제할 뿐, 외국의 언론매체와 인터넷 등에는 대응하지 못하는 약점을 안고 있어서 실질적인 효력면에서 의문이 있고, 민주주의는 자유로운 의견교환을 필요·불가결한 조건으로 하고 있는 점, 선거는 대의 민주제의 근간(根幹)이고 여론조사결과의 공표는 선거권자들의 의견을 알 수 있는 유일한 수단이라는 점 등을 헤아려 보면, 여론조사결과의 공표를 금지하는 것은 국민의 알권리·표현의 자유의 핵심부분을 제한하여 여론형성을 제대로 못하게 하는 결과가 된다. 여론조사결과의 공표금지라는 알권리, 표현의 자유를 제한하는 이 법률조항은 위에서 본 것처럼 실질적인 효력 면에서 의문이 있고, 더욱이 국제화·정보화 시대에 걸맞지도 아니하므로, 그 입법목적의 정당성은 수궁이 된다고 할지라도 그 목적을 달성하기 위한 수단으로는 적절성·합리성을 갖춘 것으로 보기 어렵다. 따라서, 이 법률조항은 헌법이 보장하는 알권리·표현의 자유와 참정권을 침해하여 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법 제108조(여론조사의 결과공표금지 등) ① 누구든지 선거기간개시일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(모의투표나 인기투표에 의한 경우를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다.

②~④ 생략

헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등

【참조조문】

헌법 제21조 제1항, 제24조

대통령선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제65조(여론조사의 결과 공표 금지) ① 누구든지 선거일공고일부터 선거일까지에는 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(인기투표나 모의투표를 포함한다)의 경위와 그 결과를 공표하여서는 아니된다.

② 생략

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112

【당 사 자】

청 구 인 1. 국민신당(97헌마394)

대리인 변호사 박항용 외 1인

2. 이해동(97헌마362)

3. 김은숙(97헌마362)

4. 황승탁(97헌마362)

청구인 2, 3, 4 대리인 변호사 임홍중 외 2인

【주 문】

1. 청구인 이해동의 심판청구를 각하한다.
2. 청구인 국민신당, 김은숙, 황승탁의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요와 심판대상

가. 청구인 국민신당은 1997. 11. 26. 청구의 이인제를 제15대 대통령선거 후보자로 추천·등록하였다. 청구인 이해동은 1997.

11. 6. 결성된 시민단체인 공정선거민주개혁국민위원회의 대표이고, 청구인 김은숙, 황승탁은 1997. 1. 30. 및 같은 해 5. 9. 각 만 20세가 되어 선거권을 갖게 되었다.

공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제108조 제1항은 제15대 대통령 선거기간 개시일인 1997. 11. 26.부터 투표일인 1997. 12. 18.까지 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하는 여론조사의 경위와 그 결과의 공표를 금지함으로써 청구인들의 알권리와 언론의 자유, 참정권을 제한하고 있다.

청구인 국민신당은 1997. 12. 14. 나머지 청구인들은 1997. 11. 24. 위 기본권 침해를 원인으로 헌법재판소에 위 조항에 대한 각 위헌확인 심판청구를 하였다.

나. 심판대상은 공선법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제108조 제1항(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 위헌여부로서 그 내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법 제108조(여론조사의 결과공표금지 등)
① 누구든지 선거기간개시일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(모의투표나 인기투표에 의한 경우를 포함한다)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다.

[관련조문]

대통령선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호 공선법 부칙 제2조에 의하여 폐지) 제65조(여론조사의 결과공표 금지) ① 누구든지 선거일공고일부터 선거일까지에는 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(인기투표나 모의투표를 포

헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등

함한다)의 경위와 그 결과를 공표하여서는 아니된다.

2. 청구인들의 주장

이 법률조항은, 합리적인 이유없이 국민이 후보선택을 하는데 있어서 결정적이고 중요한 자료나 정보에 대한 접근 자체를 봉쇄함으로써 청구인들의 알권리를 침해하고 신문, 방송 등 보도기관의 표현의 자유도 침해한다. 그리고 여론조사 자체를 금지한 것이 아니고, 발표만 못하게 하여 그 결과는 음성적인 방식으로 유포될 수 있고, 그로 말미암아 왜곡된 여론조사결과가 퍼지게 되어 참정권을 침해하고 있다. 선거일을 포함한 선거기간에 여론조사결과와 발표를 금지하는 입법례는 없다.

(중앙선거관리위원회, 내무부장관, 법무부장관 등 이해관계인은 의견서를 제출하지 아니하였다)

3. 판 단

가. 청구인 이해동의 심판청구에 대한 판단

이 법률조항으로 인하여 기본권의 침해를 받는 자는 그 사유가 발생한 것을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 위 조항에 대한 위헌여부 심판청구를 하여야 한다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250).

청구인은 1934년생이고 1995. 6. 27. 공선법에 따라 시행된 지방의회의원과 지방자치단체의 장 선거당시에 선거권자였다. 따라서 청구인으로서 적어도 위 선거당시에 여론조사결과를 일정기간 공표하지 못하게 한 사실을 알았다고 볼 것이고, 이 심판청구는 이미 그 청구기간이 도과된 것이 분명한 1997. 11. 24.에 제기되었으므로 부적법하다.

나. 청구인 국민신당, 김은숙, 황승탁의 심판청구에 대한 판단

(1) 헌법소원은 심판청구 당시에 기본권의 침해가 있었다 할지라도 결정당시 이미 그 침해 상태가 종료되었다면 심판청구는 권리보호의 이익이 없음이 원칙이다. 청구인들은 1997. 12. 18. 실시 예정인 대통령선거에서 선거기간개시일인 1997. 11. 26.부터 투표일인 1997. 12. 18.까지 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사의 경위와 그 결과를 알 수 없게 됨으로써 알권리와 언론의 자유, 참정권을 침해받고 있다는 이유로 이 헌법소원 심판청구를 하였으나 대통령선거는 이미 끝났으므로 이 법률조항에 의한 주관적인 기본권의 침해상태는 종료되었다. 그러나 통합선거법인 공선법이 새로 제정되었고 이 사건은 선거기간에 여론조사의 경위와 결과를 공표할 수 없게 한 것은 기본권을 침해하는지 여부를 헌법적으로 해명할 필요가 있고, 앞으로도 각종 선거에서 계속·반복될 성질의 사안인 것이다. 이 심판청구는 대통령 선거일에 임박하여 제기된 관계로 우리재판소로서는 선거일 이전에 결론을 내리지는 못하였으나, 헌법판단의 적격은 갖추고 있는 것으로 인정되어 본안판단을 하기로 한다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 678).

(2) 헌법재판소는 1995. 7. 21. 92헌마177등(병합) 대통령선거법 제65조에 대한 위헌확인 사건에서 합헌임을 이유로 심판청구를 기각하는 결정을 선고한 바 있다(판례집 7-2, 112).

위 결정의 요지는 『대통령선거에 관한 여론조사는 그것이 공정하고 정확하게 이루어졌다 하여도 그 결과가 공표되게 되면 투표자로 하여금 승산이 있는 쪽으로 가담하도록 만드는 이른바 밴드

헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등

왜곤효과(bandwagon effect)나 이와 반대로 불리한 편을 동정하여 열세에 놓여 있는 쪽으로 기울게 하는 이른바 열세자효과(underdog effect)가 나타나게 되며 결과적으로 선거에 영향을 미쳐 국민의 진의를 왜곡하고 선거의 공정성을 저해할 우려가 있으며, 더구나 선거일에 가까워질수록 여론조사결과의 공표가 갖는 부정적 효과는 극대화되고 특히 불공정하거나 부정확한 여론조사결과가 공표될 때에는 선거의 공정성을 결정적으로 해칠 가능성이 높지만 이를 반박하고 시정할 수 있는 가능성은 점점 희박해진다 고 할 것이므로, 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간동안 선거에 관한 여론조사결과와 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않은 한 위헌이라고 할 수 없다.

선거에 관한 여론조사결과와 공표금지기간을 어느 정도로 할 것인가는 그 나라의 입법당시의 시대적 상황과 선거문화 및 국민의 식수준 등을 종합적으로 고려하여 입법부가 재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라 할 것인데, 우리 나라에서의 여론조사에 관한 여건이나 기타의 상황 등을 고려할 때, 대통령선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거일공고일로부터 선거일까지의 선거기간 중에는 선거에 관한 여론조사의 결과 등의 공표를 금지하는 것은 필요하고도 합리적인 범위 내에서의 제한이라고 할 것이므로, 이 규정이 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 한계인 과잉금지의 원칙에 위배하여 언론·출판의 자유와 알권리 및 선거권을 침해하였다고 할 수 없다』라고 함에 있다.

(3) 그런데 1994. 3. 16. 선거관리의 효율성을 제고하고 새로운

선거문화의 정착을 도모하기 위하여 종전에 여러 갈래로 나누어졌던 대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 지방자치단체의장선거법 등을 통합한 공선법을 새로 제정하였다. 공선법은 제2조에서 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 적용하는 것으로 규정하고 있는데, 이것은 대통령선거가 국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거와 특별히 다르지 아니하다는 점을 염두에 두었기 때문이다.

따라서 대통령선거법 제65조 제1항에 대한 헌법재판소의 위 결정이유는 이 법률조항에서도 그대로 타당하고, 위 결정 선고 이후에 그 이유와 결론을 달리할 만한 사정 변경이 있는 것도 아니다. 그리고 이 법률조항과 대통령선거법 제65조 제1항의 규정을 서로 비교하면 그 내용이 거의 같으므로 이 법률조항은 헌법에 위반되는 규정으로 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인 이해동의 심판청구는 각하하고, 청구인 국민신당, 김은숙, 황승탁의 각 심판청구는 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 이영모의 다음과 같은 반대의견이 있는 외에는, 관여한 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 이영모의 반대의견

나는, 다수의견과는 달리 선거기간 개시일부터 선거일의 투표마감 시각까지 정당의 지지도·당선인의 예상 등에 대한 여론조사의 경위와 그 결과의 공표·보도(이하 “여론조사결과의 공표”라 한다)를 금지한 이 법률조항은 대통령후보자를 추천·등록한 정당과 선거

헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등

권을 갖는 국민의 알권리와 참정권을 침해하여 헌법에 위반된다고 생각하므로, 다음과 같이 그 이유를 밝혀 두고자 한다.

가. 알권리의 주체는 개인과 법인, 정당이고 권리의 성질상 자유권 및 청구권에 속하는 것으로서 인권 중에서도 가장 중요한 역할을 하는 권리이다. 알권리는 헌법상 표현의 자유의 한 모습으로 역사적으로 보면, 말하는 자유·쓰는 자유에서 듣는 자유·읽는 자유·보는 자유 쪽으로 변천되었다. 특히 국경이 없는 국제화로 변화, 정보화사회의 발전, 매스 미디어(mass media)의 거대화·과점화는 표현의 자유의 본질이 사상·의견을 발표하는 자유보다는 의견·지식·정보를 듣고·읽고·보는 자유의 보장 쪽에 그 중점이 옮겨지기에 이르렀다. 말하고·쓰고·사상 및 정보를 전달하는 자유와, 듣고·읽고·보는 자유는 상호보완·표리(表裏)관계에 있는 자유이다. 이 알권리의 현대적 의의는 자기실현의 가치와 관련된 개인권적 성격 뿐만 아니라, 널리 공공적 사항에 관한 정보를 알고 이를 청구할 수 있는 권리를 포함하는 것이므로 정치적 의사를 형성하고 민주정치과정에서의 참여를 확보하는 자기통치의 가치를 실현하는 참정권적 성격도 아울러 갖고 있다.

주권자인 국민이 민주정치과정에 지적(知的)으로 참여하려면 다양(多樣)한 의견·지식·정보가 필요하므로 이것에의 접근(access)은 절대적인 보장이 요청된다. 정치적 진실과 왜곡된 사실의 혼재(混在)는 여론형성을 제대로 못하게 할 우려가 없지 않다. 그러나 신문·방송 등 모든 언론매체나 그 밖에 모든 종류의 의견·지식·정보에 가감없는 접근이 이루어지고, 공개된 자유로운 의견교환만이 왜곡된 사실의 확산을 방지하고 정치적 진실을 바탕으로

한 여론형성을 가능하게 한다.

나. 대의민주제에서의 선거는 민주적 정당성을 부여하고 국민의 의사를 정치적으로 결집하는 가장 중요한 수단이다. 그런데 선거는 바로 국민의 의사표현의 결과이므로 선거기간에 여론의 흐름을 미리 파악하는 여론조사결과의 공표는 정당·후보자는 물론, 주권자인 국민 또한 지대한 관심을 갖게 하는 문제이다.

선거와 같은 중요한 정치적 문제에 관한 여론조사결과의 공표는, 주권자인 국민으로서는 정당·후보자에 대한 자신의 의사를 간접적인 방법으로 표현하는 것이 되고, 정당·후보자측에서는 그들에 대한 지지도를 파악하고 그 결과에 따라 정책을 보완·시정할 기회를 갖게 된다. 뿐만 아니라 여론조사결과의 공표는 예비선거로서의 기능도 있기 때문에 선거에 대한 관심을 불러 일으키게 하는 구실을 하게 된다.

이 법률조항이 여론조사결과의 공표를 금지한 것은 그 내용의 전달효과에 대한 규제이고, 특히 규제대상이 되는 정보는 헌법상 보호할 가치가 높은 정치적 내용을 담고 있다. 공개된 자유로운 의견교환에서 이 정보를 제공하지 않고 제외하도록 규정한 것은 대의민주제의 근본을 뒤흔드는 알권리에 대한 중대한 침해이고, 헌법이 규정한 모든 권리·자유이 전제가 되는 알권리·표현의 자유에 대한 절대적 보장이라는 핵심원리와도 배치되므로 이 조항에 대한 위헌여부의 심판은 이 점을 염두에 둔 엄격한 심사가 요구되는 것이다.

다. 다수의견은 여론조사결과가 공표되면, 투표자로 하여금 승산이 있는 쪽으로 가담하도록 만들거나, 또는 열세에 놓여 있는 쪽을

헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등

동정하게 되는 부정적인 효과가 나타날 여지가 있고, 또한 불공정·부정확한 여론조사결과의 공표가 가지는 폐해도 간과할 수 없으므로, 선거가 갖는 중요성에 비추어 선거일을 앞둔 일정기간 여론조사결과의 공표를 금지한 이 법률조항은 헌법 제37조 제2항 소정의 요건을 모두 갖추었기 때문에 합헌적인 규정이라고 한다.

그러나, 오늘날 수많은 정보가 공권력이 제대로 제어하지 못하는 통신매체에 의하여 국적과 남녀노소·시간과 장소를 가리지 않고 가장 빠른 시간안에 아무런 장애없이 누구나 손쉽게 접근할 수 있게 되었다. 위성방송, 인터넷(Internet) 등에 의한 정보에의 접근과 송·수신이 그 좋은 예라고 할 수 있다. 특히 익명성(匿名性)·다양성·국제성·시공초월성 등을 특징으로 하는 인터넷의 폭발적인 보급은 우리들이 알고 싶어하는 여론조사결과는 물론, 공정성과 객관성이 없는 조사결과가 정보로 제공될 가능성도 있고 이와 같은 정보에 대한 규제는 기술적으로도 불가능한 영역에 속한다. 따라서 이 법률조항에 의한 여론조사결과의 공표금지는 결과적으로 국내의 신문·방송 등 언론매체만이 대상으로 될 뿐, 외국의 언론매체와 인터넷 등에는 대응하지 못하는 약점을 안고 있다.

이 법률조항이 규정하는 기본권 제한의 내용은 선거기간에 여론조사는 할 수 있으나, 그 결과의 공표를 금지하여 형성된 여론을 알 수 없도록 하는데 있다. 그러나 민주주의는 자유로운 의견교환을 필요·불가결한 조건으로 하고 있는 점, 선거는 대의민주제의 근간(根幹)이고 여론조사결과의 공표는 선거권자들의 의견을 알 수 있는 유일한 수단이라는 점 등을 헤아려 보면, 조사결과의 공표를 금지하는 것은 국민의 알권리·표현의 자유의 핵심부분을 제한하

여 여론형성을 제대로 못하게 하는 결과가 된다.

그런데 여론조사결과의 공표금지라는 알권리·표현의 자유를 제한하는 이 법률조항은 위에서 본 것처럼 실질적인 효력면에서 의문이 있고, 더욱이 국제화·정보화 시대에 걸맞지도 아니하므로, 그 입법목적의 정당성은 수궁이 된다고 할지라도 그 목적을 달성하기 위한 수단으로는 적절성·합리성을 갖춘 것으로 보기 어렵다.

그러므로, 나는 차라리 여론조사결과를 공표하여 알권리를 충족시켜 주는 것이 옳다고 생각한다. 다만, 여론조사결과의 공표에 관한 검증제도로서 선거기간에 한하여 조사결과의 공정성·객관성을 심의하기 위한 기관을 두고, 정당이나 후보자가 당보·신문 등에 광고 등의 형식으로 조사결과를 선거운동수단에 왜곡·악용하여 선거권자들을 혼란에 빠뜨릴 수 있는 여지를 봉쇄하는 최소한의 적절하고 필요한 입법수단을 미리 강구해 두는 것은 바람직하다고 본다. 그러나 이러한 입법수단을 마련함에 있어서도 헌법은 언론에 대한 사전허가·검열을 절대적으로 금지하고 있는 점을 유의하여야 한다.

브랜다이스(Brandeis) 재판관은, 뜻대로 생각하고 생각한대로 말할 수 있는 표현의 자유는 정치적 진리의 발견과 발전(the discovery and spread of political truth)을 위한 필요·불가결한 수단이고, 자유토론에 의한 선택·결정만이 민주정치의 실현과 발전의 기본이 된다고 하였다. 정치적 내용을 담고 있는 정보를 제공하지 아니한 상태에서 행하여지는 정치적 문제에 관한 자유토론은 토론 그 자체의 가치를 떨어뜨리고 그 토론을 통하여 이루어진 선

헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등

택·결정 또한 정치적 진실·이익을 도모하는 수단과는 거리가 먼 결론을 이끌어 낼 가능성도 있다.

라. (1) 우리는 1997. 12. 18. 대통령선거에서 선거기간전에 언론매체에 공표된 여론조사결과를 보고 정당·후보자에 대한 지지도를 알고 그것을 바탕으로 선거에 관한 의견교환을 하였다. 그러나 선거기간중 갑자기 조사결과에 대한 공표를 금지하여 우리들의 눈·귀를 막는 것과 같은 궁급하고 답답한 가운데 선거권을 행사하였다. 선거일의 출구조사결과의 공표는 그 조사결과의 정확성으로 말미암아 놀라움을 맛보았다. 반대로, 1996. 4. 11. 국회의원 선거일의 출구조사결과에 의하여 공표된 여대야소는, 일부 박빙의 경합지역에서 당·락이 뒤바뀌는 개표결과로 인하여 여소야대가 되었고, 이러한 출구조사결과의 공표는 여론조사에 대한 신뢰도를 의심하게 만들었다. 그러나 여론조사결과가 바로 투표결과와는 등식이 항상 성립되는 것은 아니고, 여론조사는 어디까지나 여론조사일 뿐, 그 이상도 그 이하도 아니라는 사실은 우리 모두가 잘 알고 있다. 아무튼 여론조사 기법의 개선·발전은 오늘날 그 결과에 대한 신뢰도를 한층 높혀가고 있는 점 또한 부인할 수 없다.

과거 여론조사가 없었던 시절 우리는 풍문·구전에 의한 바람몰이로 선거를 치렀던 경험을 갖고 있다. 선거기간에 정당·후보자에 대한 지지도의 변화를 알지 못하게 우리들의 눈·귀를 막는 이 법률조항은, 풍문·구전에 따른 바람몰이나 표쏠림의 대상이 되게 하는 옛날의 모습으로 되돌아 가도록 강요하고 있는 셈이다. 그러나 이 법률조항은 선거기간에 여론조사 자체를 금지한 것은 아니므로, 조사를 의뢰한 정당·후보자 또는 신문·방송 등 언론매체

와 그 밖에 일부관계자들은 그 조사결과에 따른 정당·후보자의 지지도의 변화를 알고 있는 것이 현실이다. 선거기간에 주권자인 국민이 그와 같은 지지도의 변화를 알게되면 다수의견이 염려하는 것과 같은 부정적인 효과 때문에 대의민주제의 근간이 되는 선거 결과에 나쁜 영향만 미치게 되는 것인지?

(2) 끝으로, 중앙선거관리위원회는 1997. 12. 18. 대통령선거 당시 여론조사결과와 공표금지기간에 인터넷 사이트(Internet Site)에 후보의 인기도를 측정하여 게시한 것을 삭제요청한 사실이 있었다. 이와 같은 사실 때문에 중앙선거관리위원회에 9인 이내 위원으로 구성되는 여론조사심의위원회를 설치하여 선거에 관한 여론조사를 심의하도록 하고, 심의위원회는 여론조사의 내용이 공정하지 아니하거나 조사결과와 객관성 유지가 곤란하다고 인정되는 경우에는 여론조사의 중지 또는 정정을 요구할 수 있도록 하되, 선거기간(선거일제외) 중의 여론조사결과와 공표와 선거일의 투표자 출구조사를 허용하는 취지의 선거법개정 의견안을 현재 국회에 제출해 두고 있다.

마. 이상의 이유로 이 법률조항은 헌법이 보장하는 알권리·표현의 자유와 참정권을 침해하여 헌법에 위반되므로 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모(주심) 한대현

지방자치법 제131조 제5항 위헌제청

(1998. 6. 25. 97헌가15 전원재판부)

【판시사항】

1. “지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 결정을 하지 아니할 때에는 그 기간이 종료된 날로부터 60일 이내에 …… 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”라고 규정한 지방자치법 제131조 제5항 전단이 헌법에 위반되는지 여부(적극)

2. 위 지방자치법 제131조 제5항 전단은 헌법에 위반되나 부분적으로 합헌적인 요소도 간직하고 있으므로 위헌부분만 제거시키고 합헌부분은 존속시키려는 취지에서 위 전단 중 “60일 이내에”부분에 한하여 위헌결정을 한 사례

【결정요지】

1. 원래 제소기간과 같은 불변기간은 늘일 수도 줄일 수도 없는 기간이며, 국민의 기본권인 재판을 받을 권리행사와 직접 관련되기 때문에 그 기간계산에 있어서 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 쉽게 이해되게, 그리고 명확하게 규정되어야 하는데, “지방자치단체의 장이 제4항의 기간(즉, 이의신청을 받은 날로부터 60일)내에 결정을 하지 아니할 때에는 그 기간이 종료된 날로부터 60일 이내에 …… 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”고 규정한 지방자치법 제131조 제5항 전단은 통상의 주의력을 가진 이의신청인이 제소기간에 관하여 명료하게 파악할 수 없을 정도로 그 규정이 모호하고 불완전하며 오해의 소지가 많으므로 법치주의의 파생인 불변기간 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 위헌규정이다.

2. 위 지방자치법 제131조 제5항 전단 중 입법자가 국민의 신속한 권리구제를 위하여 “이의를 신청한 자는 지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 이의신청에 대한 결정을 하지 아니할 때에는 그 결정통지를 받기전이라도 그 기간이 종료한 날로부터 바로 행정소송을 제기할 수 있다”고 한 부분은 위헌이라 할 수 없고, 다만 위 전단의 위헌성은 이의신청에 대한 결정기간이 종료한 날로부터 60일이라는 기간내에 행정소송을 제기하도록 한 데에서 생긴 것일 뿐인바, 우리 재판소가 위 전단 전부에 대하여 단순위헌결정을 하게 된다면 이러한 일부 합헌적인 부분까지 함께 실효되게 되는 결과에 이르게 되어 오히려 국민의 신속한 권리구제에 역행하는 결과를 낳게 될 우려가 있는 점, 입법자가 우리 재판소의 위헌결정에 따라 국세기본법과 지방세법을 개정하면서 국세에 있어서의 행정소송 제기기간과 지방세에 있어서의 심사청구기간에 관하여 “소정의 결정기간내에 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 경과한 날부터 행정소송이나 심사청구를 할 수 있다”라는 취지의 규정을 둠으로써 국민의 신속한 권리구제에 도움이 되는 규정은 가능한 한 살려 두려고 한 의지를 분명히 밝히고 있는 점 등에 비추어 우리 재판소로서는 구태여 위 전단 전부에 대하여 위헌결정을 할 것이 아니라 그 중에서 권리구제절차에 있어 국민의 발목을 잡는 근거가 되는 “60일 이내” 부분에 대하여만 위헌결정을 함이 상당하다.

【심판대상조문】

지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 개정된 것) 제131조(사용료 등의 부과·징수, 이의신청) ①~④ 생략

⑤ 이의를 신청한 자는 지방자치단체의 장이 제4항의 기간 내에 결정을 하지 아니할 때에는 그 기간이 종료된 날로부터 60일 이내에 또는 그 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내에 관할 고등법원에 소를 제기할 수 있다.

⑥ 생략

헌재 1998. 6. 25. 97헌가15

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 개정된 것) 제131조(사용료 등의 부과·징수, 이의신청) ①~② 생략

③ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과 또는 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 제3항의 이의신청을 받은 날로부터 60일 이내에 이를 결정·통보하여야 한다.

⑤~⑥ 생략

국세기본법 제56조(다른 법률과의 관계) ①~② 생략

③ 제2항의 규정에 의한 행정소송은 행정소송법 제20조의 규정에 불구하고 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 60일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제81조 단서의 규정에 의한 결정기간 내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 경과한 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.

④~⑤ 생략

지방세법 제74조(심사청구) ① 심사청구를 하고자 할 때에는 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 60일 이내에 도지사의 결정에 대하여는 내무부장관에게, 시장·군수의 결정에 대하여는 도지사 또는 내무부장관에게 각각 심사청구를 하여야 한다.

② 제77조의 규정에 의한 결정기간 내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 경과한 날부터 심사청구를 할 수 있다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 7. 23. 90헌바2등, 판례집 4, 493
헌재 1993. 12. 23. 92헌바11, 판례집 5-2, 606
2. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원

당해사건 서울고등법원 96구11794 하천점용부당이득금부과처분취소

【주 문】

지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 것) 제131조 제 5항 전단 중 “60일 이내에” 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

서울특별시하천점용료징수조례 제7조에 의하여 서울특별시장으로부터 하천점용료 등의 징수에 관한 업무를 위임받은 서울특별시한강관리사업소장(이하 관리사업소장이라 한다)은 당해사건의 원고 중 안희경에 대하여 1995. 9. 7.에, 나머지 원고들(맹봉영 등 32인)에 대하여 같은 해 11. 1.에 하천법 제33조 제3항에 따라 하천점용료 상당의 부당이득금을 각 부과하였다. 이에 위 안희경은 같은 해 10. 27.에, 위 맹봉영 등 32인은 같은 해 12. 4.에 위 각 부과처분에 대한 이의신청서를 관리사업소장에게 제출하였는데, 관리사업소장은 이를 결정권자인 서울특별시장에게 송부하지 아니하고 위 안희경의 이의신청에 대하여는 같은 해 12. 27.에, 위 맹봉영 등 32인의 이의신청에 대하여는 1996. 2. 12.에 각 기각결정을 하였다. 그러자 당해사건의 원고들은 1996. 4. 13. 관리사업소장을 상대로 서울고등법원에 당해사건인 위 하천점용부당이득금부과처분취소소송(96구11794)을 제기하였고, 위 사건을 심리중이던 제청법원은 행정소송 제소기간에 관하여 규정한 지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제131조 제5항

헌재 1998. 6. 25. 97헌가15

전단의 위헌여부가 당해사건의 재판의 전제가 된다 하여 1997. 11. 22. 직권으로 헌법재판소에 이 사건 위헌심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이사건 심판대상은 법 제131조 제5항 중 “지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 결정을 하지 아니할 때에는 그 기간이 종료된 날로부터 60일 이내에 …… 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 법 제131조 제3항·제4항·제5항의 내용은 다음과 같다.

제131조(사용료 등의 부과·징수, 이의신청)

③ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과 또는 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 제3항의 이의신청을 받은 날로부터 60일 이내에 이를 결정·통보하여야 한다.

⑤ 이의를 신청한 자는 지방자치단체의 장이 제4항의 기간 내에 결정을 하지 아니할 때에는 그 기간이 종료한 날로부터 60일 이내에 또는 그 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내에 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다.

2. 제청법원의 위헌제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

제소기간과 같은 불변기간은 국민의 기본권인 재판을 받을 권리 행사와 직접 관련되기 때문에 그 기간 계산에 있어서 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 쉽게

이해되게, 그리고 명확하게 규정되어야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은, 이의신청인으로서 이의신청에 대한 결정을 송달받기 전까지는 지방자치단체의 장이 법 제131조 제4항의 기간내에 이의신청에 대한 결정을 하였는지 여부를 알 수 없음에도 법 제131조 제4항의 결정기간 종료 즉시 제소기간이 진행된다는 점, 법 제131조 제4항의 결정기간 도과 후에 이의신청에 대한 결정을 한 경우에는 같은 조 제5항 후단의 “그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내에 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”는 부분과 혼동되어 제소기간을 도과할 우려가 있다는 점 등을 고려할 때, 통상의 주의력을 가진 이의신청인이 제소기간을 명료하게 파악할 수 없을 뿐만 아니라 그 불복청구기간도 단기간이어서 재판청구권으로 연결되는 불복신청권 상실의 위험을 초래하여 결국 헌법상 보장된 국민의 재판을 받을 권리의 본질적 내용을 침해할 우려가 있다.

나. 관리사업소장의 의견

지방자치단체의 장이 법 제131조 제4항의 기간내에 결정·통보하였을 경우 등기우편에 의하여 결정을 통보한 날로부터 보편적으로 2-3일 내에는 이의신청인에게 도달된다고 보는 것이 타당한바, 이 사건 법률조항은 이러한 사정을 고려하여 60일이라는 기간을 정하였다고 볼 것이다. 또 법 제131조 제5항 후단의 “그 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내에 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”는 규정은 지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 결정을 한 경우에 한하여 적용된다고 해석하여야 하므로 이 사건 법률조항과 엄연히 구분된다. 따라

헌재 1998. 6. 25. 97헌가15

서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

다. 당해사건의 피고 소송대리인의 의견

이 사건 법률조항과 같은 행정소송제소기간에 관한 규정은 공익적 강행규정이므로 만일 당사자가 그 규정의 해석을 오해하거나 잘못 풀이하여 그 법정기간을 초과시켰다면 그것은 그 당사자의 귀책사유에 의한 것이라 할 것이니 이러한 경우 공익적 강행규정을 배제하면서까지 그 당사자를 보호할 성질의 것은 아니라 하겠다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

라. 내무부(1998. 2. 28. 정부조직법의 전문개정으로 인하여 ‘행정자치부’로 명칭변경됨) 장관의 의견

이 사건 법률조항은 이의신청인의 재판청구권을 본질적으로 침해할 정도로 모호하거나 불명료한 규정이라고 할 수 없다. 또 지방자치단체의 사용료 등의 부과·징수는 그 기간이 장기화되면 공법상의 채권·채무관계를 복잡한 상태에 놓이게 하여 혼란을 초래할 수 있으므로, 이의신청의 결정기간이 경과한 후 바로 불복절차에 착수하도록 하여 되도록 빨리 법률관계를 확정지을 필요에서 그 제소기간을 행정소송법상의 그것보다 단기로 정한 것으로서, 이는 이해관계인에게 신속한 권리구제의 기회를 제공하고 행정기관에게 징수행정의 효율성을 도모토록 한 것으로 입법권자의 재량사항이다. 따라서 이사건 법률조항이 정한 제소기간은 현저하게 단기간이어서 불복신청권의 상실을 초래할 정도에까지 이른다고는 보기 어려우므로 헌법에 위반되지 않는다.

3. 판 단

가. 법 제131조 제3항·제5항에 의하면 사용료·수수료 또는 분

담금의 부과 또는 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청을 할 수 있고, 이의신청에 대한 결정에 불복이 있을 때에는 관할고등법원에 행정소송을 제기하게 되어 있다. 그런데 동조 제5항은 행정소송의 제기기간에 관하여 두가지의 경우로 나누어 전단에 지방자치단체의 장이 제4항의 기간(즉 이의신청을 받은 날로부터 60일)내에 이의신청에 대한 결정을 하지 아니할 때는 그 기간이 종료한 날로부터 60일 이내를 제소기간으로 규정하고, 후단에 이의신청에 대한 결정이 있는 경우, 그 결정에 대하여 불복이 있을 때에는 그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내를 제소기간으로 규정하고 있다. 그 중 전단인 “제4항의 기간 내에 결정을 하지 아니할 때”에 관한 제소기간이 이 사건 심판의 대상(이 사건 법률조항)인 것이다.

나. 종전에 우리 헌법재판소는 국세에 있어서의 행정소송 제기기간을 규정한 국세기본법 제56조 제2항 등에 대한 헌법소원사건(헌재 1992. 7. 23. 90헌바2등, 판례집 4, 493)에서 “국세기본법(1974. 12. 21. 법률 제2679호, 개정 1984. 12. 15. 법률 제3754호) 제56조 제2항 중 괄호내인 ‘결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제81조 단서의 결정기간이 경과한 날’ 부분은 헌법에 위반된다”라고 결정하였고, 또 지방세에 있어서의 심사청구기간을 규정한 지방세법 제58조 제3항에 대한 헌법소원사건(헌재 1993. 12. 23. 92헌바11, 판례집 5-2, 606)에서 “지방세법 제58조 제3항(1961. 12. 8. 법률 제827호, 개정 1984. 12. 24. 법률 제3757호) 전단 중 제2항에서 정하는 기간 내에 그 결정통지가 없을 때에는 그 결정기간이 경과한 날로부터 심

헌재 1998. 6. 25. 97헌가15

사청구기간을 기산하도록 규정한 부분과 그 후단 중 제5항에서 정하는 기간 내에 결정의 통지를 하지 아니한 때에는 그 결정기간이 만료한 날로부터 심사청구기간을 기산하도록 규정한 부분은 헌법에 위반된다”라고 결정한 바 있다.

이 결정들이 위헌의 근거로 든 주된 사유는 첫째, 원래 제소기간과 같은 불변기간은 늘일 수도 줄일 수도 없는 기간이며, 국민의 기본권인 재판을 받을 권리행사와 직접 관련되기 때문에 그 기간계산에 있어서 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 쉽게 이해되게, 그리고 명확하게 규정되어야 한다. 그런데 위 심판대상조항들은 통상의 주의력을 가진 이의신청인이 제소기간에 관하여 명료하게 파악할 수 없을 정도로 그 규정이 모호하고 불완전하며 오해의 소지가 많아 법치주의의 파생인 불변기간 명확성의 원칙에 반한다. 둘째, 위 심판대상조항들은 행정청이 행정심판에 대한 결정을 소정의 기간내에 하지 아니할 경우에 대비하여 그 결정기간이 경과한 날로부터는 행정소송이나 심사청구를 할 수 있게 하여 이의신청인으로 하여금 신속히 권리구제절차를 밟을 수 있도록 하는 취지에서 마련된 규정인데, 이와 같이 국민의 편의를 위하여 마련된 규정이 그 결정기간 경과일로부터 60일이라는 기간내에 행정소송이나 심사청구를 하도록 강요함으로써 오히려 권리구제절차에 있어 국민의 발목을 잡는 근거가 될 수 있다는 것이었다.

다. 그런데 이사건 법률조항은 다음에서 보는 바와 같이 위에서 본 위 심판대상조항들과 꼭 같은 문제점들을 그대로 간직하고 있다.

우선 “제4항의 기간내에 결정을 하지 아니할 때는”이라는 문언에 문제가 있다. 법 제131조 제4항을 보면 “지방자치단체의 장은 제3항의 이의신청을 받은 날로부터 60일 이내에 이를 결정·통보하여야 한다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘결정·통보’의 뜻은 이의신청에 대하여 결정하여 이를 이의신청자에게 통보하는 것까지를 의미한다고 보인다. 그런데 이 사건 법률조항에서는 “지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 결정을 하지 아니할 때에는”이라고 되어 있으므로 결국 지방자치단체의 장이 “결정하여 이를 통보”하여야 하는 기간 내에 “결정을 하지 아니할 때”에는 그 기간이 종료된 날로부터 60일 이내에 소를 제기할 수 있다는 의미가 되어 같은 조 제4항과 제5항이 형식상 조화를 이루고 있지 못하다. 이는 그 문언자체만을 보더라도 제4항의 ‘결정·통보’를 단순히 결정으로 이해하거나 또는 제5항의 결정을 하지 아니할 때의 ‘결정’을 결정·통보로 해석할 수 있는 실마리를 제공함으로써 이의신청인으로 하여금 제소기간 기산점에 혼동을 일으키게 할 우려가 크다.

뿐만 아니라, 이의신청인은 지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 결정을 하였는지 여부를 결정통지를 받기 전에는 알 수 없는 것임에도 제4항의 기간내에 결정을 하지 아니할 경우 그 기간(이의신청을 받은 날로부터 60일)이 종료된 날로부터 제소기간이 진행된다고 한다면 이의신청인의 법적 지위는 상당히 불안하게 된다고 할 것이다. 왜냐하면 이의신청인으로 하여금 지방자치단체의 장이 위 기간내에 결정을 하였는지를 알아보도록 강요하는 셈이 될 뿐만 아니라 가사 이의신청인이 위 기간 내에 결정이 있었다는 사실을 확인하였을 경우에도 결정통지를 받아야만 비로소 행정소송을

제기할 수 있는 것은 아닌지 의문이 들기 때문이다.

그러한 의문은 특히 “그 결정에 대하여 불복이 있는 때에는 그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내에 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”라고 규정하고 있는 제5항 후단의 의미가 분명치 않기 때문에 생긴다. 즉 제5항 후단은 관리사업소장의 의견과 같이 지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 결정을 한 경우에 한하여 이의신청인이 그 결정통지를 제4항의 기간내에 받은 경우는 물론, 그 결정통지를 제4항의 기간이 경과한 뒤에 받은 경우에도 적용된다고 해석할 수도 있고, 또 이와 달리 지방자치단체의 장이 제4항의 기간 내에 결정을 한 경우에 한하지 않고, 그 기간을 초과하여 결정을 한 경우라도 제5항 전단의 제소기간내에 결정통지를 받은 경우에는 적용된다고 해석할 수도 있기 때문이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 원칙적으로 헌법상의 법치주의의 법리에 반할 뿐만 아니라 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 위헌규정이라 할 것이다.

라. 그러나 이 사건 법률조항은 부분적으로 합헌적인 요소도 간직하고 있음을 간과해서는 아니된다. 즉 입법자가 국민의 신속한 권리구제를 위하여 “이의를 신청한 자는 지방자치단체의 장이 제4항의 기간내에 이의신청에 대한 결정을 하지 아니할 때에는 그 결정통지를 받기전이라도 그 기간이 종료한 날로부터 바로 행정소송을 제기할 수 있다”고 한 부분은 위헌이라 할 수 없기 때문이다. 다만, 이 사건 법률조항의 위헌성은 이의신청에 대한 결정기간이 종료한 날로부터 “60일 이내”라는 기간을 정하여 행정소송을 제기하도록 한 데에서 비롯된 것일 뿐이다. 우리 재판소가 이 사건

법률조항 전부에 대하여 단순위헌결정을 하게 된다면 이러한 일부 합헌적인 부분까지 함께 실효되게 되어 오히려 국민의 신속한 권리구제에 역행하는 결과를 낳게 될 우려가 있다.

그런데 입법자는 위 90헌바2등 사건의 위헌결정에 따라 1994. 12. 22. 법률 제4810호로 국세기본법을 손질하여 “제2항의 규정에 의한 행정소송은 행정소송법 제20조의 규정에 불구하고 심판청구에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 60일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제81조 단서의 규정에 의한 결정기간(즉, 심판청구를 받은 날로부터 90일)내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 경과한 날부터 행정소송을 제기할 수 있다”(제56조 제3항)라고 개정하고, 또 위 92헌바11 사건의 위헌결정에 따라 1997. 8. 30. 법률 제5406호로 지방세법을 손질하여 “심사청구를 하고자 할 때에는 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 날부터 60일 이내에 …… 심사청구를 하여야 한다”(제74조 제1항), “제77조의 규정에 의한 결정기간(즉, 이의신청을 받은 날로부터 60일)내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 경과한 날부터 심사청구를 할 수 있다”(같은 조 제2항)라고 개정하였다.

여기에서 입법자는 국세기본법과 지방세법을 개정하면서 국세에 있어서의 행정소송 제기기간과 지방세에 있어서의 심사청구기간에 관하여 “소정의 결정기간 내에 결정의 통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 경과한 날부터 행정소송이나 심사청구를 할 수 있다”라는 취지의 규정을 둬으로써 국민의 신속한 권리구제에 도움이 되는 규정은 가능한 한 살려 두려고 한 의지를 분명히 밝히고

있다.

그렇다면 우리 재판소로서는 구태여 이 사건 법률조항 전부에 대하여 위헌결정을 할 것이 아니라 그 중에서 권리구제절차에 있어 제소기간에 혼란을 가져와 국민의 재판청구의 행사를 어렵게 하는 근거가 되는 “60일 이내에” 부분에 대하여만 위헌결정을 함이 상당하다 할 것이다.

이와 같이 “60일 이내에” 부분에 대하여만 위헌결정을 하게 될 경우, 결국 법 제131조 제5항은 “이의를 신청한 자는 지방자치단체의 장으로부터 그 결정통지를 받은 날로부터 60일 이내에 관할 고등법원에 소를 제기하여야 한다. 다만, 지방자치단체의 장이 제4항의 기간(즉, 이의신청을 받은 날로부터 60일)이내에 이의신청에 대한 결정을 하지 아니할 때에는 그 결정통지를 받기 전이라도 그 결정기간이 종료한 날로부터 관할고등법원에 소를 제기할 수 있다”라는 취지로 해석됨으로써 합헌 부분은 존속한 채, 위헌부분만이 제거되는 결과에 이르게 된다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항중 “60일 이내에”부분은 헌법에 위반되므로 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

영일군과 정부간의 권한쟁의

(1998. 6. 25. 94헌라1 전원재판부)

【판시사항】

1. 권한쟁의 심판청구의 요건
2. 분쟁의 본질이 권한의 존부 및 범위 자체에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라, 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계의 분쟁에 불과한 경우 권한쟁의 심판청구의 적법성 여부(소극)

【결정요지】

1. 지방자치단체인 청구인이 국가기관인 피청구인을 상대로 권한쟁의심판을 청구하려면 청구인과 피청구인 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관한 다툼이 있어야 하고, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우이어야 한다.

2. 이 사건 분쟁의 본질은 어업면허의 유효기간연장의 불허가처분으로 인한 어업권자에 대한 손실보상금채무를 처분을 행한 청구인이 부담할 것인가, 그 기간연장에 동의하지 아니한 피청구인이 부담할 것인가의 문제로서, 이와 같은 다툼은 유효기간연장의 불허가처분으로 인한 손실보상금 지급권한의 존부 및 범위 자체에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라, 그 손실보상금채무를 둘러싸고 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사이의 단순한 채무채무관계의 분쟁에 불과하므로, 이 사건 심판청구는 청구인이 피청구인을 상대로 권행정 심판을 청구할 수 있는 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제61조

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제4조(어장이용개발계획) ① 서울특별시장·직할시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 관할수면의 종합적인 이용·개발을 위하여 수산청장이 정하는 어장이용개발기본지침에 따라 어장이용개발계획을 수립하여야 한다.

② 시·도지사는 제1항의 규정에 의한 어장이용개발계획을 수립하고자 하는 수면이 다른 법령의 규정에 의하여 어업행위가 제한 또는 금지되고 있는 수면인 경우에는 미리 관계 행정기관의 장의 승인을 얻거나 협의하여야 한다.

③ 제1항의 어장이용개발계획의 수립절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제8조(면허어업) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 어업을 하고자 하는 자는 시·도지사의 면허를 받아야 한다.

1.~2. 생략

3. 정치망어업

일정한 수면을 구획하여 대통령령이 정하는 어구를 정치하여 수산동물을 포획하는 어업

4. 생략

②~③ 생략

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제11조(면허의 금지) ① 시·도지사는 어업의 면허를 받고자 하는 수면이 제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당할 때에는 어업의 면허를 하지 아니할 수 있다.

② 생략

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제14조(어업면허의 유효기간) ① 제8조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간은 10년으로 한다. 다만, 제4조 제2항의 경우에는 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다.

② 시·도지사는 제1항 단서 및 제34조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 어업권자의 신청에 의하여 면허기간이 만료

한 날부터 10년의 범위 안에서 유효기간의 연장을 허가하여야 한다. 이 경우 수차에 걸쳐 연장허가를 한 때에는 그 총연장허가기간은 10년을 초과할 수 없다.

③ 시·도지사는 어업권자가 유효기간의 연장신청을 하지 아니할 때에는 그 어업권에 대하여 등록된 권리자의 신청에 의하여 그 유효기간의 연장을 허가할 수 있다.

④ 어업권은 면허의 유효기간 또는 제2항의 연장허가기간이 만료됨으로써 소멸된다.

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제34조(공익상 필요에 의한 면허어업의 제한 등) ① 시·도지사는 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 면허한 어업을 제한 또는 정지하거나 어선을 계류할 수 있다.

1.~3. 생략

4. 선박의 항행·정박·계류 또는 수저전선의 부설상 필요한 때

5.~7. 생략

②~④ 생략

구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제81조(보상) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 인한 처분에 의하여 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다.

1. 제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다)의 규정에 해당되는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니한 때. 다만, 제34조 제1항 제1호 내지 제3호(제45조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 준용되는 경우를 말한다)의 규정에 해당하는 사유로 인하여 허가 또는 신고한 어업이 제한되는 경우를 제외한다.

2.~3. 생략

② 제1항의 보상의 원인이 된 처분으로 인하여 이익을 받은 자(이하 “수익자”라 한다)가 있을 때에는 당해 처분을 한 행정관청은 그 수익자로 하여금 그 받은 이익의 범위 안에서 보상액의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다. 이 경우 수익자가 부담하도록 결정된 금액을 납부하지 아니한 때에는 국세채납처

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

분의 예에 의하여 이를 징수한다.

③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 보상의 기준·지급방법 기타 보상에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 전문개정되어 1995. 7. 14. 대통령령 제14735호로 개정되기 전의 것) 제18조(공익상 필요에 의한 어업의 제한·정지 등) ① 관계행정기관의 장은 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호의 1에 해당하는 사유에 의하여 면허된 어업의 제한·정지, 어선의 계류 또는 면허를 취소할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 당해 어업의 어장이 위치하는 수면을 관할하는 시·도지사에게 대하여 다음 각 호의 사항을 기재한 문서로써 필요한 조치를 요청할 수 있다.

1. 어업의 제한·정지·어선의 계류 또는 어업의 취소를 하고자 하는 사유와 범위
 2. 어업의 종류, 면허번호, 어업권자의 성명(법인 또는 단체의 경우에는 명칭 및 대표자의 성명), 주소와 주민등록번호
 3. 당해 조치를 필요로 하는 수면의 위치와 구역도
 4. 당해 조치로 인하여 어업에 끼치는 손실에 대한 보상대책
- ② 관계행정기관의 장은 제1항의 규정에 의한 요청을 함에 있어 필요한 어업권의 현황 등에 관한 자료의 제출을 시·도지사에게 요구할 수 있다. 이 경우 시·도지사는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.
- ③ 제1항의 요청을 받은 시·도지사는 시·도위원회의 심의를 거쳐 요청된 조치사항에 대한 의견을 관계행정기관의 장 및 어업권자에게 통보 또는 통지하여야 한다.

구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 전문개정되어 1995. 7. 14. 대통령령 제14735호로 개정되기 전의 것) 제61조(보상의 청구) ① 법 제81조 제1항의 규정에 의하여 보상을 받고자 하는 자는 그 보상의 원인이 되는 처분이 동 항 제1호 및 제2호의 사유로 인하여 행하여진 경우에는 그 처분을 받은 날부터, 동 항 제3호의 사유로 인하여 행하여진 경우에는 그 재해공사가 완성된 날부터 3월 이내에 다음 각 호의 사항을 기재한 청구서에 손실에 관한 증빙서류를 첨부하여 그 처분을 행한 행정관청에 제출하여야 한다.

1. 면허·허가·신고번호 또는 법 제74조 제2항의 규정에 의하여 공사의

명령을 받은 자의 성명(법인 또는 단체의 경우에는 명칭 및 대표자의 성명)·주소 및 주민등록번호

2. 처분사항과 그 일자

3. 손실의 내용

4. 손실액과 그 내역 및 산출방법

② 행정관청은 제1항의 규정에 의하여 청구서를 받은 경우에는 그 내용을 조사·검토한 후 그에 관한 의견서를 당해 보상신청인과 법 제81조 제2항의 규정에 의한 수익자(수익자가 있는 경우에 한한다)에게 송부하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 수익자에는 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대하여 보상의 원인이 되는 처분을 요청하였거나 어업면허유효기간의 연장을 허가하지 아니하도록 요청한 자가 포함된다.

구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 전문개정되어 1995. 7. 14. 대통령령 제14735호로 개정되기 전의 것) 제63조(보상금액 등의 결정과 통지) ① 행정관청은 제61조의 규정에 의하여 보상청구서를 받은 경우에는 시·도위원회의 심의를 거쳐 그 신청이 있는 날부터 60일 이내에 보상금액과 부담금액(수익자가 있는 경우에 한한다. 이하 같다)을 결정하여야 한다. 이 경우 수산에 관한 전문연구기관 또는 교육기관에 제62조 제7항의 규정에 의하여 조사하는 기간은 진단의 기간에 이를 산입하지 아니한다.

② 생략

구 수산업법시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 전문개정되어 1995. 7. 14. 대통령령 제14735호로 개정되기 전의 것) 제64조(보상금의 교부) ① 제63조의 규정에 의하여 결정된 보상금은 그 금액의 결정일부터 1년 이내에 당해 처분을 행한 행정관청(다른 행정관청의 요청에 의하여 처분을 한 경우에는 이를 요청한 행정관청)이 이를 지급한다.

②~④ 생략

개항질서법(1991. 3. 8. 법률 제4359호로 전문개정된 것) 제37조(어로의 제한) 누구든지 개항의 항계안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소 또는 제11조 제2항의 규정에 의하여 지방해운항만청장이 지정·고시한 항로에서는 어로(어구 등의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니된다.

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

【당 사 자】

청 구 인 포항시 (당사자표시 변경전 : 영일군)

대표자 시장 박기환

대리인 변호사 금태환

피청구인 대한민국 정부

대표자 법무부장관 박상천

대리인 검사 홍효식 외 3인

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 이상도, 이상태는 1983. 10. 6. 경상북도지사로부터 각자 포항시 항계 내에 유효기간 1983. 10. 6.부터 1993. 10. 5.까지의 정치망어업면허(어업면허번호 경북 제1493호 및 1494호, 이하 “이 사건 어업면허”라 한다)를 받고 어업을 하던중 그 기한이 임박하자, 경상북도 영일군수(도지사의 어업면허 유효기간연장 허가권한은 경상북도 조례에 의하여 군수에게 위임되었다)에게 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 제4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것) 제14조 제2항에 따라 이 사건 어업면허의 유효기간연장 허가신청을 하였다.

영일군수는 같은 법 제4조 제2항에 따라 1993. 7. 21. 포항지방해운항만청장에게 그 유효기간연장에 관한 협의를 요청하였는데 포항지방해운항만청장은 같은 달 27. 위 면허에 따른 정치망 설치

위치는 포항항 입출항 및 항내 운행선박의 교통에 방해가 될 우려가 있을 뿐 아니라 현재 추진 중인 포항항 광역개발사업 시행에도 영향이 있을 것으로 예상되므로 어업면허 유효기간의 연장에 동의할 수 없다고 회신하였다.

영일군수는 1993. 8. 6. 이 사건 어업면허는 이미 신규면허 당시 피청구인과의 협의를 거쳐 부여된 것으로서 단순히 이를 연장하거나 하는 것 뿐이고, 연안 어민들이 생계대책으로 위 어업면허를 유지하고 있으며, 그 유효기간의 연장에 부동의하는 경우 피청구인에게 보상책임이 있다고 주장하면서 재검토를 요청하였으나 포항지방해운항만청장은 같은 달 23. 신규면허 당시 동의하였다고 하더라도 그 후 관계법령의 개정, 항세확장, 항만개발 등 여건 변화와 현재 추진 중인 포항항 광역개발사업 시행을 고려하여 어업면허 유효기간의 연장에 동의할 수 없다고 회신하였다.

이에 따라 영일군수는 같은달 30. 위 이상도, 이상태에게 이 사건 어업면허의 유효기간연장을 불허가하는 처분을 하였다.

(2) 위 이상도, 이상태는 경상북도지사에게 같은 법 제81조 제1항에 의하여 이 사건 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상을 청구하였고, 경상북도지사는 수산조정위원회의 조정을 거친 후 1994. 3. 10.경 위 이상도에게 금 1,925,998,000원, 위 이상태에게 금 1,089,851,000원의 보상금을 결정하여 통지하였다가, 1995. 9. 4.경 위 보상금을 위 이상도에 대하여 금 789,664,000원, 위 이상태에 대하여 금 552,639,000원으로 재조정하여 통지하였다.

(3) 경상북도지사는 1994. 3. 10. 포항지방해운항만청장에게 이 사건 어업면허의 유효기간연장에 부동의한 피청구인이 위 보상금

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

을 지급해 줄 것을 요청하였으나, 포항지방해운항만청장은 같은 달 17. 경상북도지사에게 보상금의 지급을 거부한다는 내용의 통보서를 보냈다.

(4) 이에 경상북도 영일군은 1994. 5. 16. 위 보상금 지급업무는 피청구인의 직무범위에 속하고 피청구인이 그 지급의무를 이행하지 아니하고 있는 것은 청구인의 권한을 침해한다고 주장하면서 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

(5) 한편, 영일군은 이 사건 권한쟁의심판을 청구한 후 경기도 남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률(1994. 8. 3. 법률 제4774호)에 의하여 1995. 1. 1.자로 폐지되어 포항시에 통합되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 피청구인이 이 사건 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상금을 청구의 이상도, 이상태에게 지급하지 아니하고 있는 것이 청구인의 권한을 침해하였는지 여부이다.

다. 관련조문

(1) 구 수산업법(1990. 8. 1. 법률 4252호로 전문개정되어 1995. 12. 30. 법률 제5131호로 개정되기 전의 것)

제4조(어장이용개발계획) ① 서울특별시·직할시 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 관할수면의 종합적인 이용·개발을 위하여 수산청장이 정하는 어장이용개발기본지침에 따라 어장이용개발계획을 수립하여야 한다.

② 시·도지사는 제1항의 규정에 의한 어장이용개발계획을 수립

하고자 하는 수면이 다른 법령의 규정에 의하여 어업행위가 제한 또는 금지되고 있는 수면인 경우에는 미리 관계 행정기관의 장의 승인을 얻거나 협의를 하여야 한다.

③ 제1항의 어장이용개발계획의 수립절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제8조(어업면허) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 어업을 하고자 하는 자는 시·도지사의 면허를 받아야 한다.

1. 2. (생략)
3. 정치망어업 (이하 생략)
4. (생략)

② ③ (생략)

제11조(면허의 금지) ① 시·도지사는 어업의 면허를 받고자 하는 수면이 제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당할 때에는 어업의 면허를 하지 아니할 수 있다.

② (생략)

제14조(어업면허의 유효기간) ① 제8조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간은 10년으로 한다. 다만, 제4조 제2항의 경우에는 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다.

② 시·도지사는 제1항 단서 및 제34조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 어업권자의 신청에 의하여 면허기간이 만료한 날부터 10년의 범위 안에서 유효기간의 연장을 허가하여야 한다. 이 경우 수차에 걸쳐 연장허가를 한 때에는 그 총연장허가기간은 10년을 초과할 수 없다.

③ 생략

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

④ 어업권은 면허의 유효기간 또는 제2항의 연장허가기간이 만료됨으로써 소멸된다.

제34조(공익상 필요에 의한 면허어업의 제한 등)

① 시·도지사는 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 면허한 어업을 제한 또는 정지하거나 어선을 계류할 수 있다.

1. 내지 3. (생략)

4. 선박의 항행·정박·계류 또는 수저전선의 부설상 필요한 때

5. 내지 7. (생략)

제81조(보상) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 인한 처분에 의하여 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다.

1. 제34조 제1항 제1호 내지 5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 5호에 해당하는 경우에 한한다)의 규정에 해당하는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니한 때.(단서 생략)

2. 3. (생략)

② 제1항의 보상의 원인이 된 처분으로 인하여 이익을 받은 자(이하 “수익자”라 한다)가 있을 때에는 당해 처분을 한 행정관청은 그 수익자로 하여금 그 받은 이익의 범위 안에서 보상액의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다. 이 경우 수익자가 부담하도록 결정된 금액을 납부하지 아니한 때에는 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 보상의 기준·지급방법 기타 보상에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(2) 구 수산업법 시행령(1991. 2. 18. 대통령령 제13308호로 전문개정되어 1995. 7. 14. 대통령령 제14735호로 개정되기 전의 것)

제18조(공익상 필요에 의한 어업의 제한·정지 등)

① 관계행정기관의 장은 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호의 1에 해당하는 사유에 의하여 면허된 어업의 제한·정지, 어선의 계류 또는 면허를 취소할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 당해 어업의 어장이 위치하는 수면을 관할하는 시·도지사에게 대하여 다음 각호의 사항을 기재한 문서로써 필요한 조치를 요청할 수 있다.(이하 생략)

② 관계행정기관의 장은 제1항의 규정에 의한 요청을 함에 있어 필요한 어업권의 현황 등에 관한 자료의 제출을 시·도지사에게 요구할 수 있다. 이 경우 시·도지사는 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

③ 제1항의 요청을 받은 시·도지사는 시·도위원회의 심의를 거쳐 요청된 조치사항에 대한 의견을 관계행정기관의 장 및 어업권자에게 통보 또는 통지하여야 한다.

④ (생략)

제61조(보상의 청구) ① 법 제81조 제1항의 규정에 의하여 보상을 받고자 하는 자는 그 보상의 원인이 되는 처분이 동 항 제1호 및 제2호의 사유로 인하여 행하여진 경우에는 그 처분을 받은 날로부터, 동 항 제3호의 사유로 인하여 행하여진 경우에는 그 재해

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

공사가 완성된 날로부터 3월 이내에 다음 각 호의 사항을 기재한 청구서에 손실에 관한 증빙서류를 첨부하여 그 처분을 행한 행정관청에 제출하여야 한다.(이하 생략)

② 행정관청은 제1항의 규정에 의하여 청구서를 받은 경우에는 그 내용을 조사·검토한 후 그에 관한 의견서를 당해 보상신청인과 법 제81조 제2항의 규정에 의한 수익자(수익자가 있는 경우에 한한다. 이하 같다)에게 송부하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 수익자에는 법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대하여 보상의 원인이 되는 처분을 요청하였거나 어업면허유효기간의 연장을 허가하지 아니하도록 요청한 자가 포함된다.

제63조(보상금액 등의 결정과 통지) ① 행정관청은 제61조의 규정에 의하여 보상청구서를 받은 경우에는 시·도위원회의 심의를 거쳐 그 신청이 있는 날로부터 60일 이내에 보상금액과 부담금액(수익자가 있는 경우에 한한다. 이하 같다)을 결정하여야 한다.(이하 생략)

② 생략

제64조(보상금의 교부) ① 제63조의 규정에 의하여 결정된 보상금은 그 금액의 결정일로부터 1년 이내에 당해 처분을 행한 행정관청(다른 행정관청의 요청에 의하여 처분을 한 경우에는 이를 요청한 행정관청)이 이를 지급한다.

② 내지 ⑦ (생략)

(3) 개항질서법(1991. 3. 8. 법률 제4359호 전문개정) 제37조[어로의 제한] 누구든지 개항의 항계안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소……에서는 어로(어구 등의 설치를 포함한다)를 하여서는 아

니된다.

2. 청구인의 청구이유와 피청구인의 답변 요지 및 관계기관들의 의견요지

가. 청구이유의 요지

(1) 청구인은 포항지방해운항만청장이 선박의 항행, 포항항 광역 개발사업 등에 필요하다는 사유로 불허가 요청을 함에 따라 이 사건 어업면허의 유효기간연장을 허가하지 아니한 것이므로, 피청구인은 구 수산업법 제81조 제2항의 수익자로서 이 사건 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상금을 지급할 의무가 있고, 또한 구 수산업법시행령 제64조 제1항의 불허가처분을 요청한 행정관청으로서 그 손실보상금을 지급할 의무가 있다.

(2) 행정조직의 권한이란 ‘조직의 단일체가 갖는 사무의 범위 내지 그 사무수행에 필요한 각종 권능과 의무의 총체’이다. 위 손실보상금의 지급의무는 피청구인의 권한에 속하는데, 피청구인은 이를 다투면서 그 권한에 속하는 직무 내지 의무를 이행하지 아니하고 있다. 만일 청구인이 위 손실보상금의 지급의무를 부담하게 된다면 재정이 빈약한 청구인으로서 이 사건 어업면허를 포함한 8건의 손실보상금으로 예상되는 수백억원을 감당하지 못하고 재정 파탄을 맞이하게 될 것이다.

이 사건은 손실보상금 지급채무의 주채무자가 누구인가의 문제가 아니라 지급사무가 청구인과 피청구인 중 누구에게 속하는가의 문제, 즉 권한의 문제이므로 권한쟁의 심판의 대상이 된다. 설사 어업권자가 청구인을 상대로 한 민사소송에서 청구인이 패소한다고 하더라도 청구인은 피청구인에게 손실보상금의 지급을 요청할

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

수 있으므로 결국 청구인과 피청구인 사이의 권한의 문제로 된다.

나. 피청구인의 답변의 요지

(1) 피청구인이 어업권자에 대하여 손실보상금 채무를 지는가 여부는 피청구인과 어업권자 사이의 문제이지 청구인의 권한을 침해하는 문제는 아니다. 어업권자에 대한 손실보상금 채무의 귀속은 민사소송절차 또는 행정소송의 기관소송절차에서 다툼 문제이다.

또한 이 사건 어업면허의 유효기간연장 불허가처분은 청구인이 한 것이고 구 수산업법 제61조 내지 제64조에 의하면 손실보상금의 지급사무는 처분청인 청구인의 직무범위에 속하며, 피청구인이 이 사건 어업면허의 유효기간연장에 부동의함으로써 청구인의 어떠한 권한이 침해되었는지도 불분명하다.

(2) 따라서 이 사건 청구는 권한쟁의의 대상이 되지 아니하므로 이 사건 청구는 각하되어야 한다.

다. 관계기관들의 의견요지

(1) 포항지방해운항만청장의 의견

이 사건의 쟁점은 어업면허의 유효기간연장 불허가처분에 따른 손실보상금의 지급채무가 어느 기관에 귀속되는가에 관한 의무의 문제인데, 손실보상금의 지급채무의 귀속에 관한 다툼은 권한쟁의 심판의 대상이 아니므로 이 사건 청구는 각하되어야 한다.

구 수산업법 제81조 제1항에 의하면 보상의 원인이 된 처분으로 인하여 이익을 받은 수익자가 있을 때에는 그 수익자로 하여금 보상액의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다고 규정하고 있으나, 그 단서에서 수익자가 부담하도록 결정된 금액을 납부하지 아

니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수하도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 그 수익자에는 피청구인과 같은 행정청이 포함되지 아니한다고 할 것이다. 한편, 구 수산업법시행령 제64조 제1항에 의하면 보상금은 당해 처분을 한 행정관청이 지급하되, 다른 행정관청의 요청에 의하여 처분을 한 경우에는 이를 요청한 행정관청이 이를 지급하도록 규정하고 있으나, 처분을 요청한 행정관청에 지급의무를 규정한 부분은 모법(母法)의 위임범위를 넘어선 규정으로 무효이거나 적어도 2차적 의무에 관한 규정이라고 볼 것이다. 또한 피청구인으로서는 청구인의 협의요청에 응하여 이 사건 어업면허의 유효기간연장에 부동의한 것 뿐이고 그 불허가처분은 청구인이 한 것이므로 피청구인에게 손실보상금을 지급할 의무가 있다고 볼 수 없다. 따라서 본안판단에 들어갈 경우 이 사건 청구는 기각되어야 한다.

(2) 해운항만청장의 의견

포항지방해운항만청장의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제61조 제1항에 의하면 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 규정하고, 같은 조 제2항에 의하면 권한쟁의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다고 규정하고 있다.

헌재 1998. 6. 25. 94헌라1

따라서 지방자치단체인 청구인이 국가기관인 피청구인을 상대로 권한쟁의심판을 청구하려면 청구인과 피청구인 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어야하고, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우이어야 한다.

나. 이 사건 권한쟁의심판 청구의 요지는 청구인은 국가기관인 포항지방해운항만청장의 요청에 따라 선박의 항행, 포항항광역개발 사업 등에 필요하다는 사유로 이 사건 어업면허의 유효기간연장을 허가하지 아니한 것이므로 피청구인은 수익자로서 불허가에 따른 손실보상금을 지급할 의무가 있을 뿐만 아니라 불허가를 요청한 행정관청으로서 그 손실보상금을 지급할 의무가 있는데 피청구인이 이를 다투면서 그 의무를 이행하지 않고 있고 만일 피청구인이 그 의무를 이행하지 아니하여 청구인이 이를 부담하게 된다면 재정과탄에 이르게 되므로 그 손실보상금의 지급사무에 관한 권한이 청구인과 피청구인 중 누구에게 속하는가를 확정해 달라는 것이다.

다. 그런데 이 사건 분쟁의 본질은 이 사건 어업면허의 유효기간연장의 불허가 처분으로 인한 어업권자에 대한 손실보상금채무가 처분을 행한 청구인이 부담할 것인가, 그렇지 않고 그 기간연장에 동의하지 아니한 피청구인이 구 수산업법 제81조 제2항 소정의 불허가 처분의 수익자나 같은 범시행령 제64조 제1항 소정의 불허가 처분을 요청한 행정관청으로서 부담할 것인가의 문제로서 결국 이와 같은 다툼은 청구인이 주장하는 바와 같이 유효기간연장의 불허가처분으로 인한 손실보상금 지급권한의 존부 및 범위 자체에 관한 청구인과 피청구인 사이의 직접적인 다툼이 아니라

(손실보상금 지급권한이 처분을 행한 행정관청인 청구인에게 있음은 구 수산업법 제81조 제1항에 의하여 명백하다) 그 손실보상금 채무를 둘러싸고 어업권자와 청구인, 어업권자와 피청구인 사이의 단순한 채권채무관계의 분쟁에 불과한 것으로 보인다.

그리고 가사 피청구인이 이 사건 불허가 처분으로 인한 손실보상금채무의 채무자로서 그 채무를 이행하지 않고 있다고 하더라도 피청구인이 그 채무를 이행하지 않는 것과 청구인이 그 채무를 이행하는 것과는 법률상 전혀 별개의 문제로 직접적인 관련이 있다고 할 수 없으므로 청구인이 주장하는 피청구인의 부작위인 채무불이행이 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우에 해당한다고 할 수도 없다.

따라서 이 사건 심판청구는 청구인이 피청구인을 상대로 권한쟁의 심판을 청구할 수 있는 요건을 갖추지 못한 것으로서 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석(주심) 신창언 이영모 한대현

부가가치세법 제36조 등 위헌소원

(1998. 6. 25. 95헌바24 전원재판부)

【판시사항】

1. 집행명령에 관하여 규정하고 있는 부가가치세법 제36조의 위헌 여부가 부가가치세법시행령의 내용을 다투는 재판에 있어서 재판의 전제성이 있는지 여부(소극)
2. 법률의 시행령과 시행규칙에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판청구를 할 수 있는지 여부(소극)
3. 법원의 재판 대상이 되어 그에 관한 판결이 확정된 원행정처분에 대한 헌법소원이 가능한지 여부

【결정요지】

1. 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정한 부가가치세법 제36조는 헌법 제75조 후단에서 규정하고 있는 ‘법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관한 대통령령’을 발할 수 있다는 당연한 내용을 규정하고 있다고 할 것이므로, 같은 법 시행령 제74조의3 제3항 및 같은 법 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항이 실질적으로 법을 보충하는 내용을 규정하고 있다고 하더라도 그 조항이 수권법률의 위임 없는 위임명령으로서 무효로 됨은 별론으로 하고, 집행명령에 관한 규정인 법 제36조가 시행령 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항의 근거규정이 되는 것은 아니다. 따라서, 법 제36조의 위헌 여부에 따라 이 사건 당해 소송사건의 재판 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것은 아니므로 법 제36조는 재판의 전제가 되었다고 할 수 없다.

2. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 같음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로서 심판청구를 하는 것이므로 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 법률인 것이지 대통령령이나 시행규칙은 될 수 없다.

3. 법원의 재판 대상이 되어 그에 관한 판결이 확정된 원행정처분은, 원행정처분에 관한 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해함으로써 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 있을 뿐이고, 그 이외의 경우에 원행정처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 아니한다

재판관 조승형의 반대의견

3. 구체절차로서 재판을 거친 원공권력작용도 헌법소원의 대상이 되어야 한다.

【심판대상조문】

부가가치세법 제36조(시행령) 이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

부가가치세법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14863호로 개정되기 전의 것) 제74조의2(과세특례 및 일반과세의 적용시기) ①~② 생략

③ 제1항에 규정한 시기에 법 제25조의 규정이 적용되는 사업자에 대하여는 제2항의 규정에 의한 통지에 관계없이 제1항에 규정한 시기에 법 제25조의 규정을 적용하며, 제1항에 규정한 시기에 법 제25조의 규정이 적용되지 아니하는 사업자에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 제2항의 규정에 의한 통지를 받은 날이 속하는 과세기간까지는 법 제25조의 규정을 적용한다.

④ 생략

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

부가가치세법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14081호로 삭제되기 전의 것) 제74조의3(과세특례자의 과세표준 및 세액의 계산) ①~② 생략
③ 일반과세자가 과세특례자로 변경된 경우에는 재무부령이 정하는 바에 의하여 당해 변경일 현재의 재고품 및 감가상각자산에 대한 매입세액을 공제받은 경우 법 제27조의 규정에 의한 납부에 있어서 공제받은 매입세액을 납부세액에 가산하여 납부하여야 한다.

부가가치세법시행규칙(1993. 12. 31. 재무부령 제1957호로 전문개정되기 전의 것) 제23조의3(과세특례전환시의 세액계산특례) ①~② 생략

③ 일반과세자가 과세특례자로 변경되는 경우에 당해 사업자는 다음 각 호의 방법에 의하여 계산한 금액(이하 “재고납부세액”이라 한다)을 납부세액에 가산하여 납부하여야 한다. 이 경우 제2호 및 제3호의 규정에 의한 경과된 과세기간의 수에 관하여는 영 제49조 제1항 본문 후단 및 동 조 제4항의 규정을 준용한다.

1. 제1항 제1호 내지 제3호에서 규정하는 재고품

$$\text{재고납부세액} = \text{재고금액} \times \frac{10}{100} \times \left(1 - \frac{5}{100}\right)$$

2. 제1항 제4호에서 규정하는 자산으로서 타인으로부터 매입한 자산
가. 건물 또는 건축물

$$\begin{aligned} \text{재고납부세액} &= \text{취득가액} \times \left(1 - \frac{10}{100} \times \text{경과된 과세기간의 수}\right) \\ &\quad \times \frac{10}{100} \times \left(1 - \frac{5}{100}\right) \end{aligned}$$

- 나. 기타의 감가상각자산

$$\begin{aligned} \text{재고납부세액} &= \text{취득가액} \times \left(1 - \frac{25}{100} \times \text{경과된 과세기간의 수}\right) \\ &\quad \times \frac{10}{100} \times \left(1 - \frac{5}{100}\right) \end{aligned}$$

3. 제1항 제4호에서 규정하는 자산으로서 사업자가 직접 제작·건설 또는 신축한 자산

- 가. 건물 또는 건축물

재고납부세액

= 당해 자산의 건설 또는 건축과 관련하여 공제받은 매입세액(제2항

단

서의 규정이 적용되는 경우에는 시가의 100분의 10에 상당하는 세액)

$$\times \left(1 - \frac{10}{100} \times \text{경과된 과세기간의 수} \right) \times \left(1 - \frac{5}{100} \right)$$

나. 기타의 감가상각자산

재고납부세액

= 당해 재화의 제작과 관련하여 공제받은 매입세액(제2항 단서의 규정이 적용되는 경우에는 시가의 100분의 10에 상당하는 세액)

$$\times \left(1 - \frac{25}{100} \times \text{경과된 과세기간의 수} \right) \times \left(1 - \frac{5}{100} \right)$$

④ 생략

⑤ 당해 사업자가 제1항의 규정에 의하여 신고를 하지 아니하거나 과소하게 신고를 한 경우에는 소관세무서장은 재고금액을 조사하여 당해재고납부세액을 결정통지하여야 한다.

⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제75조

헌법재판소법 제68조

법인세법 제70조(시행령) 이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

소득세법 제172조(시행령) 이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65
헌재 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45
헌재 1998. 3. 26. 97헌바13, 공보 27, 329
대법원 1982. 11. 23. 선고, 82누221 판결(공1983, 223)
2. 헌재 1992. 10. 31. 92헌바42, 판례집 4, 708
헌재 1995. 7. 27. 93헌바1등, 판례집 7-2, 221
3. 헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

【당 사 자】

청 구 인 황창성

대리인 변호사 이규선

당해사건 대법원 94누9160 부가가치세부과처분취소

【주 문】

청구인의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 서울 송파구 오금동 23의2 지상에 지하 1층 지상 6층의 임대용건물을 신축하기 위하여 1990. 11. 21. 일반과세자로 사업자등록을 한 후 1991. 9. 26. 위 건물을 준공하였으며, 1991. 2. 12.부터 같은 해 11. 18.까지 4회에 걸쳐서 위 건물신축에 따른 부가가치세 매입세액 금 147,786,848원을 환급받았다. 그런데 관할 송파세무서장은 청구인이 1991. 10. 8. 임대사업을 개시하여 같은 해 12. 31.까지 임대용역을 공급하고 1992. 1. 신고한 공급대가 금 2,223,745원을 12개월치로 환산한 금액이 금 36,000,000원에 미달하는데다가 구 부가가치세법(이하 ‘법’이라 한다) 제30조(1993. 12. 31. 법률 제4663호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)에 규정된 과세특례 포기신고도 없었으므로 법 제25조 제2항, 제1항, 구 부가가치세법 시행령(이하 ‘시행령’이라 한다) 제74조 제1항 제1호, 제74조의2 제1항(각 1995. 12. 30. 대통령령 제14863호로 개정되기 전의 것, 이하 같다)에 의하여 청구인이 1992. 7. 1.부터 과세특례자로 유형전환되

었다는 이유로 법 제36조, 시행령 제74조의3 제3항(1993. 12. 31. 대통령령 제14081호로 삭제되기 전의 것, 이하 같다), 구 부가가치세법 시행규칙(이하 ‘시행규칙’이라 한다) 제23조의3(1993. 12. 31. 재무부령 제1957호로 전문개정되기 전의 것, 이하 같다)의 규정에 따라 1993. 6. 16.자로 귀속년도 1992년의 재고부가가치세 금 111,750,450원의 부과처분(이하 ‘이 사건 과세처분’이라 한다)을 하였다.

이에 청구인은 1993. 12. 15. 서울고등법원에 이 사건 과세처분 취소의 소를 제기하였으나 패소하여 대법원에 상고를 한 후 법 제36조 및 시행령 제74조의3 제3항에 대하여 위헌법률심판제청을 하여 줄 것을 신청하였으나, 대법원이 1995. 7. 14. 위헌법률심판제청신청을 각하 및 기각하자 청구인은 1995. 7. 20. 위 결정을 송달받고, 1995. 8. 2. 법 제36조, 시행령 제74조의2 제3항(1995. 12. 30. 대통령령 제14863호로 개정되기 전의 것, 이하 같다), 제74조의3 제3항, 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항의 위헌확인 및 송과세무서장의 이 사건 과세처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제36조, 시행령 제74조의2 제3항, 제74조의3 제3항, 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항이 헌법에 위반되는지 여부 및 이 사건 과세처분이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것인지 여부인바, 위 심판대상 조항의 내용은 다음과 같다.

법 제36조(시행령) 이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

시행령 제74조의2(과세특례 및 일반과세의 적용시기) ③ 제1항에 규정한 시기에 법 제25조의 규정이 적용되는 사업자에 대하여는 제2항의 규정에 의한 통지에 관계없이 제1항에 규정한 시기에 법 제25조의 규정을 적용하며, 제1항에 규정한 시기에 법 제25조의 규정이 적용되지 아니하는 사업자에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 제2항의 규정에 의한 통지를 받은 날이 속하는 과세기간까지는 법 제25조의 규정을 적용한다.

시행령 제74조의3(과세특례자의 과세표준 및 세액의 계산) ③ 일반과세자가 과세특례자로 변경된 경우에는 재무부령이 정하는 바에 의하여 당해 변경일 현재의 재고품 및 감가상각자산에 대한 매입세액을 공제받은 경우 법 제27조의 규정에 의한 납부에 있어서 공제받은 매입세액을 납부세액에 가산하여 납부하여야 한다.

시행규칙 제23조의3(과세특례전환시의 세액계산특례) ③ 일반과세자가 과세특례자로 변경되는 경우에 당해 사업자는 다음 각 호의 방법에 의하여 계산한 금액(이하 “재고납부세액”이라 한다)을 납부세액에 가산하여 납부하여야 한다. 이 경우 제2호 및 제3호의 규정에 의한 경과된 과세기간의 수에 관하여는 영 제49조 제1항 본문 후단 및 동 조 제4항의 규정을 준용한다. (각 호 생략)

⑤ 당해 사업자가 제1항의 규정에 의하여 신고를 하지 아니하거나 과소하게 신고를 한 경우에는 소관세무서장은 재고금액을 조사하여 당해재고납부세액을 결정통지하여야 한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 법 제25조 제2항에 의하여 청구인이 일반과세자에서 과세특

례자로 전환되었다고 할지라도 과세특례조항의 적용개시일은 1992. 7. 1.이므로 그 이전으로 소급하여 이미 환급받은 세액에 대하여 재고납부세액의 명목으로 징수하는 것은 법 제17조가 정하는 전단계공제방식에 어긋날 뿐 아니라 새로운 납세의무를 부과하는 것이므로 법률로 정하여야 할 사항임에도 이를 시행령 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항으로 정하는 것은 헌법 제59조가 정하는 조세법률주의에 반한다.

(2) 시행령 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항의 근거규정이 법 제36조라고 할지라도 법 제36조는 구체적이고 개별적이 아니라 포괄적으로 입법권한을 위임한 이른바 백지위임규정으로서 헌법 제75조에 반한다.

(3) 시행령 제74조의2 제3항 전단규정은 일반과세자가 과세특례자로 전환된 경우에는 과세유형전환사실에 대한 통지에 관계없이 같은 조 제1항에 규정한 시기에 과세특례에 관한 법 조항이 적용되는 것으로 규정하고 있는바, 이는 일반과세자를 불평등하게 대우하고 적법절차에 반하는 규정으로 헌법 제11조에 반한다.

(4) 위헌인 법 제36조 등을 적용하여 부과한 이 사건 과세처분은 청구인의 재산권을 침해한 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

법 제36조는 이른바 집행명령에 관한 규정으로서 법률사항에 관하여 새로이 규정한 것이 아니라 법 규정의 범위 내에서 법규의 시행에 필요한 세부적인 사항을 대통령령에 위임한다는 내용의 주의적인 규정에 불과하여 헌법 제75조에 규정된 포괄위임금지의 원칙이나 헌법 제59조에 규정된 조세법률주의의 원칙에 위배된 것이

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

라고 할 수 없다.

다. 재정경제원장관과 국세청장의 의견요지

(1) 시행령 제74조의3 제3항에 따라 일반과세자가 과세특례자로 변경된 경우에 당해 변경일 현재의 재고품 및 감가상각자산에 대한 매입세액을 공제받은 경우 그 공제받은 매입세액을 납부세액에 가산하여 납부하는 까닭은 일반과세자가 과세특례자로 변경되면 적용세율이 10%에서 2% 또는 3.5%로 바뀌고 매입세액공제도 매입세액 전액에서 매입세액의 5%로 바뀌어지기 때문에 일반사업자 지위에서 미리 전액 매입세액을 공제받고 아직 매출이 이루어지지 않은 재고품 및 감가상각자산에 대하여는 과세유형변경에 따른 매입세액상당액을 정산하여야 하는 것이다.

(2) 따라서 시행령 제74조의3 제3항은 이와 같은 부가가치세제상 당연한 내용의 적용에 관한 사항을 규정한 것이지 새로운 조세 부과요건이나 절차를 정한 것이 아니며, 법 제36조는 위와 같이 법 시행에 필요한 세부적인 사항을 대통령령에 위임한다는 집행명령에 관한 규정으로서 포괄위임금지의 원칙에 위배되지 않는다.

3. 판 단

가. 법 제36조에 대한 헌법소원에 관한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우 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 경우

를 말한다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바48, 판례집 5-2, 65; 1997. 1. 16. 89헌마240, 판례집 9-1, 45; 1998. 3. 26. 97헌바13등 참조).

청구인은 재고부가가치세액 징수의 요건과 세액을 법률로 규정하지 아니하고 법 제36조의 포괄위임에 의한 시행령 제74조의3 제3항과 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항으로 규정한 것은 조세법률주의 및 위임입법의 한계에 어긋나는 것이라고 주장한다. 그러나 법 제36조의 규정형식이나 내용 및 이와 같은 내용의 법인세법 제70조와 소득세법 제172조의 취지 등을 종합하여 보면, 법 제36조는 헌법 제75조 후단에서 규정하고 있는 ‘법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관한 대통령령’을 발할 수 있다는 당연한 내용을 규정하고 있다고 할 것이다. 즉 이 조문의 취지는 법을 시행하기 위하여 필요한 구체적 절차와 방법 등을 대통령령으로 정할 수 있다는 것이지, 그 범위를 넘어서 법을 변경 또는 보충하거나 법에 규정이 없는 새로운 입법사항을 규정할 수 있다는 것은 아니라고 할 것이다.

그렇다면 시행령 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항이 실질적으로 법을 보충하는 내용을 규정하고 있다고 하더라도 그 조항이 수권법률의 위임 없는 위임명령으로서 무효로 됨은 별론으로 하고, 집행명령에 관한 규정인 법 제36조가 시행령 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항의 근거규정이 되는 것은 아니므로 법 제36조의 위헌여부에 따라 이 사건 당해소송사건인 대법원 94누9160 사건의 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것은 아니다. 따라서 법 제36조는 재판의 전제가 되었다고 할 수 없으므로

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

이에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 시행령 제74조의2 제3항, 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항에 대한 헌법소원에 관한 판단

청구인은 시행령 제74조의2 제3항, 제74조의3 제3항 및 시행규칙 제23조의3 제3항·제5항이 헌법에 위반된다는 이유로 이를 이 사건 심판의 대상으로 삼고 있으나, 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로서 심판청구를 하는 것이므로 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 법률인 것이지 대통령령이나 규칙은 될 수 없다. 따라서 이 사건 심판청구 중 위 시행령 및 시행규칙에 대한 부분은 헌법재판소법 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판청구를 할 수 없는 것에 대한 청구로서 부적법하다.

다. 이 사건 과세처분에 대한 헌법소원에 관한 판단

법원의 재판 대상이 되어 그에 관한 판결이 확정된 원행정처분은, 원행정처분에 관한 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해함으로써 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 있을 뿐이고, 그 이외의 경우에 원행정처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 아니한다 (헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등 참조).

그런데 이 사건 청구인은 앞서 본 바와 같이 이 사건 과세처분

의 취소를 구하고 있을 뿐, 이 사건 과세처분에 관한 법원의 재판에 대하여는 헌법소원심판청구를 제기하고 있지 아니함이 명백하고, 달리 이 사건 과세처분에 관한 법원의 재판이 취소되었다는 사정도 보이지 아니하므로 원행정처분인 이 사건 과세처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구부분은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 이 사건 과세처분에 대한 심판청구부분에 관하여 다음 5.와 같은 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 우리재판소가 1998. 5. 28.에 선고한 91헌마98, 93헌마253(병합)사건에서 행정처분은 공권력인 입법·행정·사법작용 중 행정작용의 대표적인 행위형식으로써 그 행사나 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 경우에는 비록 권리구제절차로서 행정소송의 ‘재판’을 거친 행정처분의 경우라 하더라도 헌법소원심판의 대상이 된다는 취지의 반대의견을 상세하게 밝힌 바 있으므로 다수의견 중 이 사건 과세처분취소 청구부분에 대한 각하의견에 대하여 여전히 반대한다. 그 이유는 위 사건의 반대의견을 그대로 인용하며 그 요지는 다음과 같다.

가. 헌법 제111조 제1항 제5호의 위임정신이나 헌법재판소법 제68조 제1항의 입법취지는 ‘법원의 재판’에 대한 직접적인 소원과

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

권리구제절차로서의 ‘재판’을 거친 원공권력작용에 대한 소원(간접적인 재판에 대한 소원)을 명백히 구분하고 있으며 ‘재판’을 제외한 모든 공권력작용에 대한 헌법소원은 다른 법률에 정하여진 권리구제절차를 모두 거치게 되면 헌법소원을 제기할 수 있고, ‘다른 법률에 구제절차가 있는 경우’라 하여 ‘행정소송법에 구제절차가 있는 경우’를 제외하고 있지 않은 점으로 본다면 구제절차로서 ‘재판’을 거친 원공권력작용도 헌법소원의 대상임을 명백히 하고 있다.

나. 다수의견이 헌법소원의 대상이 되는 행정작용 중에서 행정처분을 제외시키는 논거로 헌법 제107조 제2항 규정, 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 불인정 판례(1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842) 및 기관력문제 등을 들고 있으나 이는 다음과 같이 모두 부당한 주장이다.

(1) 헌법 제107조 제2항의 문언에 따르더라도 처분자체의 위헌·위법성이 재판의 전제가 된 경우에 한해서 대법원이 최종적으로 심사할 권한을 가지고 있을 뿐이므로, 그 경우를 제외하고는 처분자체에 의한 직접적인 기본권 침해를 다투는 헌법소원은 모두 가능하다고 할 것이며, 우리재판소가 이미 명령·규칙 자체가 직접 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원심판의 대상이 된다는 판례를 확립하고 있으므로 위 헌법조항에 병렬적으로 열거된 ‘처분’의 경우도 명령·규칙과 달리 보아야 할 아무런 이유가 없다.

(2) 다수의견은 우리재판소가 선고한 위 96헌마172등 사건의 결정에서 원행정처분에 대한 헌법소원청구를 받아들여 이를 취소한 것은 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적

으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이라 하여, 원행정처분에 대하여 헌법소원심판을 하는 것은 단순한 행정작용에 대한 심사가 아니라 사법작용과 행정작용에 대한 심사를 동시에 행하는 것으로서 결국 원칙적으로 배제된 법원의 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 것이라고 주장한다.

그러나 ‘재판’을 헌법소원의 대상에서 원칙적으로 제외시킨 것은 법관의 오심에 의한 기본권침해 또는 소송절차상의 기본권침해 등을 이유로 하는 판결이나 결정 등에 대하여 제기되는 헌법소원을 배제한다는 것, 즉 재판작용이 원인이 되어 새로이 발생하는 기본권침해 문제를 헌법소원의 대상으로 삼을 수 없다는 것일 뿐, “재판을 제외하고는”이라는 범문으로부터 재판의 원인된 원행정처분 자체에 대한 헌법소원까지도 배제하는 것이라고는 볼 수 없으며, 소송물의 관점에서 보더라도 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제규정은 곧 원행정처분에 대한 헌법소원의 배제규정이라고 유추 해석을 할 수도 없다. 이 점은 비교법적으로도 충분히 논증된다.

또한 위 사건 결정의 판시취지는 결코 다수의견이 지적한 바와 같은 취지가 아니다. 즉 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판만이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있을 뿐, 이러한 경우가 아닌한 법원의 재판에 대한 헌법소원은 허용되지 아니한다는 취지로서, 그

헌재 1998. 6. 25. 95헌바24

재판자체까지 취소할 것을 청구하는 경우에 한하여 원행정처분에 대한 헌법소원이 허용되는 것이라는 취지가 아니다.

(3) 헌법재판소의 원행정처분취소·공권력불행사위헌확인결정의 기속력은 행정처분에 대한 법원의 확정재판의 기판력에 우선한다고 봄이 마땅하므로 ‘기판력의 본질’과 ‘원행정처분에 대한 헌법재판소의 취소·위헌확인결정’이 서로 충돌하는 것은 아니며 위 기속력으로 인하여 위 기판력이 소멸할 뿐이다.

이는 법원의 확정재판의 취소(예컨대 재심)에 의하여 기판력이 소멸되는 법리와 다를 바 없다.

다. 이상과 같이 다수의견 중 위 부분에 대한 의견은 부당하고 원행정처분에 대한 헌법소원의 대상성이 인정된다고 할 것이므로 이 사건 심판청구 중 과세처분취소 청구부분은 적법하여 본안판단을 하였어야 마땅하다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화(주심) 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현

개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서 위헌소원

(1998. 6. 25. 95헌바35, 97헌바81, 98헌바5·10(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 개발이익환수에관한법률 소정의 개발부담금의 산정기준에 관한 위임입법시 요구되는 구체성, 명확성의 정도
2. 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것)의 위임에 따라 개시시점 지가산정의 기준으로서 대통령령에 규정될 매입가액에 예측가능성이 있는지 여부(소극)
3. 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 행정청에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정한 것이 위임입법의 한계를 일탈한 것인지 여부(적극)
4. 개시시점지가가 될 수 있는 매입가액의 범위를 시행령에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정하고 있는 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서가 기본권인 재산권의 제한시 요구되는 피해의 최소성의 요청을 충족시키는지 여부(소극)
5. 대통령령이 한정적으로 정하는 경우에만 실제 매입가액에 기초하여 개시시점지가를 산정하도록 하는 것에 차별취급의 합리성을 인정할 수 있는지 여부(소극)

재판관 김문희의 반대의견

1. 개발부담금 산정시 개시시점 지가로 삼을 수 있는 매입가액을 대통령령에 위임한 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서가

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

헌법 제75조가 정하는 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부(소극)

2. 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서에서 지가산정의 기준으로서 인정될 수 있는 매입가액의 범위를 위임한 위임입법 그 자체가 재산권이나 평등권의 침해가능성이 있는지 여부(소극)

3. 시행령의 위헌성이 그 모법인 법률의 위헌성을 가져올 수 있는지 여부(소극)

4. 개발이익의 원칙적인 산정기준

【결정요지】

1. 개발이익환수에관한법률 소정의 개발부담금은 그 납부의무자로 하여금 국가 등에 대하여 금전 급부의무를 부담하게 하는 것이어서 납부의무자의 재산권을 제약하는 면이 있고, 부과개시시점의 지가는 개발부담금의 산정기준인 개발이익의 존부와 범위를 결정하는 중요한 요소가 되는 것이므로, 그 산정기준에 관한 위임입법시 요구되는 구체성, 명확성의 정도는 조세법규의 경우에 준하여, 그 요건과 범위가 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다.

2. 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것)의 위임을 받은 대통령령에서는 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우에 한하여 실제 매입가액을 기준으로 개시시점 지가를 산정하도록 규정할 것이라고 예측할 수는 있다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우 중 어떠한 범위 내에서 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 할 것인지, 다시 말하면 대통령령이 그러한 경우를 예시적으로 정할 것인지 아니면 한정적·열거적으로 정할 것인지, 또는 한정적·열거적으로 정하는 경우라도

어떠한 범위 내에서 이를 정할 것인지는 도저히 예측할 수 없다.

3. 과연 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 개시시점의 지가를 산정할 수 있을지 법률규정에 의하여 예측할 수 없도록 하면서 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 행정청의 자의에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정한 것은, 국민의 재산권을 제약하는 개발부담금 납부의무의 존부와 범위를 결정하는 요소가 되는 개시시점 지가의 산정방법을 구체적인 기준이나 원칙을 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임한 것으로서, 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다.

4. 개시시점지가가 될 수 있는 매입가액의 범위를 시행령에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정하고 있는 위 개발이익 환수에관한법률 제10조 제3항 단서는 개별공시지가를 상회하는 실제의 매입가액이 그 객관적 진실성이 있음에도 불구하고 이에 의하여 적정하고 현실적인 개발이익을 계측할 수 있는 길을 봉쇄함으로써, 가공의 미실현 이익에 대하여 개발부담금을 부과하여 원본을 잠식하는 결과를 초래할 위험성을 안고 있다 할 것이고, 이는 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적인 개발이익이 생긴 경우 국가가 그 일부를 환수하고자 하는 입법목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 사업시행자 등에게 과도한 금전납부의무를 과하는 것으로서, 기본권인 재산권의 제한시 요구되는 피해의 최소성의 요청을 충족시키지 못하고 있다.

5. 개발부담금 납부의무자가 신고한 실제 매입가액에 의하여 부과개시시점의 지가를 산정한다고 하는 경우에 있어서, 부과대상토지를 사인으로부터 개별적으로 매입한 경우, 공공기관으로부터 매입한 경우 또는 공매방식을 통하여 매입한 경우 등과 같이 거래의 주체 및 형식에 따라 신고한 매입가액의 신빙성에 차이가 있을 수 있음은 사실이나, 이러한 신빙성의 차이는 결국 거래당사자가 행정

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

청에 제출하는 소명자료에 의하여 진위를 판가름하거나 나아가 부담금부과처분의 취소를 구하는 행정소송과정에서의 주장입증을 통하여 진실을 밝힘으로써 극복될 수 있는 문제라 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대통령령이 한정적으로 정하는 경우에만 실제 매입가액에 기초하여 개시시점지가를 산정하면서도 나머지 경우에는 실제 매입가액에 의한 산정방식을 일체 부정하고 개별공시지가에 기초하여서만 개발이익을 산정하도록 하는 것은 납부의무자가 진실에 부합하는 매입가액을 정직하게 신고한 경우에도 대통령령에 열거되지 않았다는 이유만으로 다른 납부의무자들과는 달리 실제 매입가액을 공제 받을 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄 당하는 것이어서 차별 취급의 합리성을 인정할 수 없다.

재판관 김문희의 반대의견

1. 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서의 입법목적, 그리고 구 법과는 달리 종료시점지가는 물론 개시시점지까지도 모두 원칙적으로 객관적인 기준인 개별공시지가에 의하여 산정하도록 규정함으로써 산정기준을 되도록이면 객관화하려고 한 법의 의도 등에 비추어 보면, 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서의 “대통령령이 정하는 매입가액”이라 함은 ‘객관적으로 그 진실성이 담보될 수 있는 매입가액’이라는 것을 해석을 통하여 쉽게 도출할 수 있다. 따라서 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서는 수권법률로부터 대통령령인 하위규범에 규정될 내용의 대가를 충분히 예측할 수 있으므로, 헌법 제75조가 정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

2. 입법자는 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서에서

행정청에게 모법의 입법취지와 현실적 여건, 법집행의 통일성과 투명성 등을 고려하여 지가산정의 기준으로서 인정될 수 있는 매입가액의 범위를 합리적으로 정하도록 위임하였는데, 이러한 위임입법 그 자체가 국민의 재산권이나 평등권을 침해할 여지는 있을 수 없다. 단지, 시행령이 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서의 위임을 받아 매입가액의 범위를 구체화하는 과정에서 지가산정의 기준으로 인정되는 매입가액과 그렇지 아니한 매입가액과의 차별이 이루어 짐으로써, 비로소 재산권이나 평등권의 침해가능성이 발생하게 된 것이다. 따라서 위헌성은 위 개발이익환수에관한법률 제10조 제3항 단서에 내재하는 것이 아니라 시행령에 있는 것이다.

3. 법률의 위헌성을 판단하는 기준은 오로지 입법자가 그의 입법에 있어서 존중하고 준수해야 하는 헌법적 요청일 뿐, 법률의 위임을 받아 구체화된 시행령의 내용일 수 없다. 따라서 시행령의 위헌성이 곧 그 모법인 법률의 위헌성을 가져오는 것은 아니다.

4. 개발부담금제도란 사업시행자가 개발사업을 시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적 개발이익이 생긴 경우에 이를 사업시행자에게 독점시키지 아니하고 국가에게 그 일부를 환수토록 하는 제도이다. 개발이익은 개발사업의 결과로 발생한 이익으로서 개발사업자가 개별적인 경우 개발대상토지를 실제로 얼마에 매입했는가 하는 주관적인 요인에 의하여 개발이익의 실체가 달라지는 것이 아니므로 원칙적으로 객관적인 기준에 의하여 산정되어야 한다. 따라서 인근 유사토지의 거래가격 등 실제의 거래가격이 평균적으로 반영되어

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

적정한 가격으로 나타난 형태인 공시지가에 의하여 개발이익이 산정되어야 하는 것이 원칙이다.

【심판대상조문】

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제10조(지가의 산정) ①~② 생략

③ 제8조 제1호의 규정에 의한 개시시점지가는 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정당지가상승분을 합한 가액으로 한다. 다만, 납부의무자가 대통령령이 정하는 매입가액을 건설부령이 정하는 기간 내에 신고하는 경우에는 그 가액에 매입일부터 부과개시시점까지의 정당지가상승분을 가감한 가액으로 할 수 있다.

④~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항 본문, 제37조 제2항, 제75조, 제122조

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “개발이익”이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자(이하 “사업시행자”라 한다) 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 말한다.

2.~4. 생략

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제10조(지가의 산정) ① 제8조의 규정에 의한 종료시점지가는 부과종료시점 당시의 부과대상토지와 이용상황이 가장 유사한 표준지의 공시지가를 기준으로 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조 제2항의 규정에 의한 비교표에 의하여 산정한 가액으로 한다. 다만, 그 가액이 다음 산식에 의하여 산정한 부과대상토지의 지가와 다른 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 정산하여야 한다.

부과대상토지의 지가=부과종료시점이 속한 연도의 다음 연도 1월 1일을 기준으로 한 표준지의 공시지가에 비교표를 적용하여 산정한 가액(이하 “개별공시지가”라 한다)-부과종료시점부터 부과종료시점이 속한 연도의 다음 연도 1월 1일까지의 정상지가상승분

② 생략

③ 제8조 제1호의 규정에 의한 개시시점지가는 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정당지가상승분을 합한 가액으로 한다. 다만, 납부의무자가 대통령령이 정하는 매입가액을 건설교통부령이 정하는 기간 내에 신고하는 경우에는 그 가액에 매입일부터 부과개시시점까지의 정당지가상승분을 가감한 가액으로 할 수 있다.

④~⑤ 생략

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제11조(개발비용의 산정) ① 제8조 제3호의 규정에 의한 개발비용은 개발사업의 시행과 관련하여 지출된 다음 각 호의 금액을 합하여 산출한다.

1. 순공사비(세제공과금을 포함한다)·조사비·설계비·일반관리비 및 기타 경비
2. 관계법령의 규정 또는 인가 등의 조건에 의하여 납부의무자가 공공시설 또는 토지 등을 국가 또는 지방자치단체에 제공하거나 기부한 경우에는 그 가액
3. 당해 토지의 개량비

② 제1항 각 호의 산정방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제13조(부담율) 납부의무자가 납부하여야 할 개발부담금은 제8조의 규정에 의하여 산정된 개발이익의 100분의 50으로 한다. 다만, 도시계획법 제21조의 규정에 의한 개발제한구역에서 개발사업을 시행하는 경우로서 납부의무자가 동 구역의 지정당시부터의 토지소유자인 경우에는 100분의 20으로 한다.

개발이익환수에관한법률시행령(1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 전문 개정된 후, 1997. 6. 25. 대통령령 제15398호로 개정되기 전의 것) 제9조(지가의 산정) ①~④ 생략

⑤ 법 제10조 제3항 단서에서 “대통령령이 정하는 매입가액”이라 함은 다음

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

각 호의 가격을 말한다.

1. 국가·지방자치단체 또는 건설교통부령이 정하는 기관으로부터 매입한 가격
2. 경매·입찰에 의하여 매입한 가격
3. 지방자치단체 또는 감면기관이 매입한 가격
4. 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 또는 토지수용법의 규정에 의한 협의 또는 수용에 의하여 취득한 가격
5. 제1항 제1호의 경우로서 부과개시점을 기준으로 감정평가한 가격으로 매입한 가격

⑥ 생략

지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조(공시지가의 적용) ① 생략
② 건설교통부장관은 제1항의 목적을 위한 지가산정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 표준지와 지가산정대상토지의 지가형성요인에 관한 표준적인 비교표(이하 “토지가격비준표”라 한다)를 작성하여 관계행정기관 등에 제공하여야 하며, 관계행정기관 등은 이를 사용하여 지가를 산정하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562
4. 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64

【당 사 자】

- 청 구 인
1. 광인규 (95헌바35)
대리인 변호사 우창록 외 2인
 2. 주식회사 조형주택(97헌바81)
대표이사 최영진
대리인 법무법인 율촌
담당변호사 한만수
 3. 주식회사 우성건설의 공동보전관리인(98헌바5) 어수신 외 1인
위 공동보전관리인들
대리인 변호사 김동묵
 4. 청덕물류 주식회사 (98헌바10)

대표이사 김성배
대리인 법무법인 삼한
담당변호사 배진수

- 당해사건 1. 서울고등법원 94구34410 개발부담금부과처분취소(95헌바35)
2. 대법원 97누10062 개발부담금부과처분취소(97헌바81)
3. 서울고등법원 97구26700 개발부담금부과처분취소(98헌바5)
4. 서울고등법원 97구30686 개발부담금부과처분취소(98헌바10)

【주 문】

개발이익환수에 관한 법률 제10조 제3항 단서(1993. 6. 11. 법률 제 4563호로 개정된 것) 중 대통령령이 정하는 경우에만 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 부과대상토지의 가액을 산정하게 한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 95헌바35 사건

(1) 청구인 광인규는 1993. 5. 16. 청구의 김우영으로부터 춘천시 우두동 139의 3 답 3,795㎡를 금 344,000,000원에 매수한 후 1993. 7. 30. 그 중 467㎡를 청구의 김기용 소유의 같은 동 533의 2 토지 중 308㎡와 교환한 뒤 1993. 8. 28. 그 토지와 위 139의 3 토지의 나머지 부분 중 849㎡에 대하여 건축허가를 받아 1994. 4. 29. 그 지상에 주유소 건물을 건축하고 준공검사를 마쳤다.

(2) 이에 대하여 청구의 춘천시장은 1994. 6. 30. 위 청구인에게 개발부담금 42,099,290원을 부과하는 처분을 하였고, 위 청구인은 1994. 11. 9. 서울고등법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 소(94

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

구34410)를 제기하는 한편 개발부담금 산정의 근거규정이 된 개발 이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것. 이하 “법”이라 한다) 제10조 제3항 단서가 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청을 신청(95부711)하였다. 위 법원은 1995. 8. 24. 위 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하고 같은 날 위 제청신청을 기각하는 결정을 하였으며, 위 청구인은 1995. 9. 6. 그 결정을 송달 받고, 1995. 9. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 97헌바81 사건

(1) 청구인 주식회사 조형주택은 1992. 7. 10.경 청구의 종로구 청장으로부터 위 청구인 소유의 서울 종로구 구기동 27의 2 등 5 필지 합계 7,901㎡의 토지에 대한 토지형질변경허가를 받아 시공하여, 1995. 9. 18.경 종로구청장으로부터 그 준공허가를 받았다.

(2) 종로구청장은 1995. 12. 9. 위 청구인의 개발사업과 관련하여 위 청구인에게 금 239,902,550원의 개발부담금을 부과하였고, 위 청구인은 서울고등법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 소(96구22701)를 제기하였으나 그 청구가 기각되자, 이에 불복하여 대법원에 상고(97누10062)를 제기하는 한편, 그 소송계속중 개발부담금 산정의 근거규정이 된 법 제10조 제3항 단서가 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청을 신청(97부36)하였다. 대법원은 1997. 10. 24. 상고기각의 판결을 선고하고, 같은 날 위 제청신청을 기각하는 결정을 하였으며, 위 청구인은 1997. 11. 1. 그 결정을 송달 받고 1997. 11. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 98헌바5 사건

(1) 피보전관리회사인 주식회사 우성건설은 1994. 5.경 아파트

신축부지로 인천 연수구 옥련동 442의 1 전 64㎡등 합계 22,282㎡를 금 11,019,699,000원에 매수하여 그 지상에 아파트를 신축한 후 1996. 9. 30. 개발사업 준공인가를 받았다.

(2) 인천 연수구청장은 1996. 11. 29. 위 회사에 대하여 개발부담금 601,313,620원을 부과하였고, 위 회사의 공동보전관리인들인 청구인 이수신, 김시웅은 서울고등법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 소(97구26700)를 제기하는 한편 개발부담금 산정의 근거규정이 된 법 제10조 제3항 단서가 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청을 신청(97부2123)하였다. 위 법원은 1997. 12. 16. 그 신청을 기각하는 결정을 하였으며, 위 청구인들은 같은 달 27. 그 결정을 송달 받고, 1998. 1. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 98헌바10 사건

(1) 보통창고업을 영위하는 청구인 청덕물류 주식회사는 청구의 김성태로부터 그 소유의 용인시 구성면 청덕리 383 토지 5,828㎡ 중 2,658㎡를 금 273,322,140원에 매수하고 1995. 4. 10. 청구의 용인시장으로부터 토지거래허가를 받아 1995. 4. 12. 위 청구인 앞으로 소유권이전등기를 경료하고, 또한 청구의 김태홍으로부터 그 소유의 위 같은 리 387 토지 1,964㎡, 같은 리 388의 1 토지 3,643㎡ 및 같은 리 388의 2 토지 2,163㎡ 중 1,730㎡, 합계 7,337㎡를 금 754,463,710원에 매수하여 1995. 4. 10. 위 용인시장으로부터 토지거래허가를 받아 1995. 4. 12. 위 청구인 명의로 소유권이전등기를 경료하였다. 그리고 위 청구인은 이에 앞선 1995. 2. 20. 위 토지에 관하여 구 농지의보전및이용에관한법률(1994. 12. 22. 법률 제4817호로 제정되어 1996. 1. 1.부터 시행된 농지법에 의하여

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

폐지된 것)에 의한 농지전용허가를 받고 연면적 7,131㎡의 물류창고 부지 조성사업을 시행하여 1995. 11. 1. 준공하고 1995. 11. 6. 사업을 완료하였다.

(2) 그런데 용인시장은 1996. 3. 25. 위 청구인에 대하여 개발부담금 219,159,360원을 부과하였다가 1996. 12. 17. 위 부담금을 금 193,066,130원으로 정산 부과하였는데, 위 청구인은 서울고등법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 소(97구30686)를 제기하는 한편 개발부담금 산정의 근거규정이 된 법 제10조 제3항이 헌법에 위반된다고 위헌법률심판제청을 신청(97부2044)하였다. 위 법원은 1998. 1. 22. 위 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하고, 같은 날 위 제청신청을 기각하는 결정을 하였으며, 위 청구인은 1998. 2. 4. 그 결정을 송달 받고, 1998. 2. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 개발이익환수에 관한 법률 제10조 제3항 단서(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 같은 항의 본문을 포함한 내용은 다음과 같다.

제10조(지가의 산정)

③ 제8조 제1호의 규정에 의한 개시시점지가는 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정상지가 상승분을 합한 가액으로 한다. 다만, 납부의무자가 대통령령이 정하는 매입가액을 건설부령이 정하는 기간 내에 신고하는 경우에는 그 가

액에 매입일부터 부과개시시점까지의 정상지가 상승분을 가감한
가액으로 할 수 있다.

(위 제10조 제3항 본문 중 “부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한”이라는 부분은 1995. 12. 29. 법률 제5108호에 의하여 “부과개시시점이 속한 연도”라고 개정되었으나, 그 당시 심판대상 조문인 이 사건 법률조항, 즉 제10조 제3항 단서는 변경된 바 없다. 다만 이 사건 법률조항은 1997. 1. 13. 법률 제5285호에 의하여 개정된 바 있으나, 그 개정 내용은 단지 그 중 “건설부령”이라는 부분을 직제 변경에 따라 “건설교통부령”으로 변경한 것일 뿐이고, 그 외에는 법문상으로도 내용상으로도 아무런 변화가 없었다. 따라서 이 사건 법률조항은 위 1997. 1. 13. 법률 제5285호에 의하여 개정된 이후의 법률과도 실질적으로 그 내용이 동일하다 할 것이므로, 위에서 밝힌 이 사건 심판대상에는 위 1997. 1. 13. 법률 제5285호로 개정된 것까지 포함되어 있다고 할 것이다. 또 한편 98헌바10 사건의 청구인 청덕물류 주식회사는 그 헌법소원심판 청구서에서 본문을 포함한 법 제10조 제3항 전부를 심판의 대상으로 기재하고 있으나, 위 청구인의 전체적인 주장 취지에 의하면, 같은 항 단서만을 심판의 대상으로 삼고 있음이 명백하므로, 다른 사건과 마찬가지로 다루기로 한다).

[관련규정]

구 개발이익환수에 관한 법률시행령 제9조(지가의 산정) (1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 전문 개정된 후, 1997. 6. 25. 대통령령 제15398호로 개정되기 전의 것)

⑤ 법 제10조 제3항 단서에서 “대통령령이 정하는 매입가액”이라 함은 다음 각 호의 가격을 말한다.

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

1. 국가, 지방자치단체 또는 건설부령이 정하는 기관으로부터 매입한 가격 (다만 제1호 중 “건설부령” 부분은 1994. 12. 23. 대통령령 제14447호에 의하여 “건설교통부령”으로 개정되었다.)
2. 경매, 입찰에 의하여 매입한 가격
3. 지방자치단체 또는 감면기관이 매입한 가격
4. 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 또는 토지수용법의 규정에 의한 협의 또는 수용에 의하여 취득한 가격
5. 제1항 제1호의 경우로서 부과개시시점을 기준으로 감정 평가한 가액으로 매입한 가격

3. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견의 요지

가. 청구인들의 주장의 요지

(1) 이 사건 법률조항의 해석상, 부과개시시점의 지가를 산정함에 있어 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조의 규정에 의한 개별공시지가에 의하여 이를 산정하는 것을 원칙으로 하되, 법시행령 제9조 제5항에 규정된 다섯 가지의 경우에만 예외적으로 실제 매입가액을 기초로 부과개시시점의 지가를 산정할 수 있고 그 외의 경우에는 사업시행자가 실제로 매입한 토지의 가액이 개별공시지가보다 큰 경우에도 무조건 개별공시지가를 기준으로 부과개시시점의 지가를 산정하여야 한다면, 이는 결국 개발사업의 시행과는 전혀 무관한 것일 뿐만 아니라 사업시행자 또는 토지소유자에게 현실적으로 귀속되는 이익증가분 즉 개발이익이라고 할 수 없는 허구의 계수상 이익에 불과한 개별공시지가와 실제 매입가액의 차액에 대하여까지 개발부담금을 징수하는 것으로 헌법 제23조에 보장되어 있는 국민의 재산권을 침해하는 것이 될 뿐만 아니

라, 납부의무자가 실제 매입가액을 입증하여 실제로 그에게 귀속된 개발이익에 대하여서만 개발부담금을 부과하도록 재판상 청구할 수 있는 권리까지 박탈하는 것이 된다.

(2) 부과개시시점의 지가는 개발부담금의 산정기준인 개발이익의 존부와 범위를 결정하는 지표가 된다는 점에서, 국민의 재산상 부담의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항임에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 실제 매입가액에 의하여 부과개시시점의 지가를 산정할 수 있는 경우에 관하여 아무런 구체적인 기준이나 원칙을 정하지 아니하고 대통령령에 백지위임하고 있는 것은, 헌법 제75조가 정한 포괄적 위임입법 금지원칙에 정면으로 반하는 것이다.

(3) 또한 법시행령 제9조 제5항 각 호의 열거사유에 해당하지 않는다는 이유로 아무런 불복의 방법도 없이 부담금 납부의무자에게 귀속되지도 아니한 가상의 개발이익에 대하여 부담금 납부의무를 지우는 것은 합리적 이유 없이 부담금 납부의무자를 차별하는 것이고, 행정청이 국민의 권익을 위하여 마땅히 부담하여야 할 실 제조사와 쟁송절차는 회피한 채 편리한 부담금징수의 방법만을 강구한 나머지 지나친 행정편의주의와 획일주의를 추구한 것이 되어 평등원칙을 정한 헌법 제11조에도 위배된다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각결정이유의 요지

개발이익환수제도는 오늘날 토지문제의 핵심으로 되어 있는 토지투기와 토지소유의 편중현상에 대처하여 토지개발사업 등으로 인하여 지가가 상승함으로써 생기는 개발이익을 국가가 환수하여 불로소득을 방지하고 개발이익에 대한 기대심리를 제거함으로써

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

토지에 대한 투기를 방지하여 경제정의 실현하며 토지의 효율적인 이용을 촉진하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지하기 위하여 마련한 제도로서, 어떤 개발이익을 어떤 방법으로 어떤 기준에 의하여 환수할 것인지는 오로지 입법정책적으로 결정될 문제이다.

부과개시시점은 원칙적으로 개발사업의 인가 등을 받은 날이므로 이는 토지의 매입시기와 일치하지 아니하는 것이어서 부과개시시점의 지가가 실제 매입가액과 반드시 일치한다고 볼 수는 없고, 이를 부과종료시점의 지가와 마찬가지로 개별공시지가를 기준으로 산정함은 일응 합리적이라고 할 것이며, 따라서 법시행령 제9조 제5항이 공시지가 원칙에 대한 예외로서 다섯 가지 매입가액의 경우를 들고 있는 것은 그 문면과 위 공시지가 기준의 합리성에 비추어 예시적 규정이 아니라 제한적·열거적 규정으로 해석하여야 할 것이다.

한편 위 시행령 조항이 그에 열거된 다섯 가지 매입가액을 소정 기간 내에 신고한 경우에 한정하여 예외를 허용하고 그 기간 내에 신고한 모든 매입가액의 경우로 확대하지 아니한 것은 현행 행정실무 여건상 실제 매입가액에 대한 객관성 있는 조사도 어렵고 담당공무원의 능력이나 자세에 따라 납부의무자의 부담금 부담이 달라지게 되며 실제 매입가액을 조작한 자만 이득을 보게 될 여지도 있어 실질적으로 오히려 부담금을 공평하게 부과하지 못하게 되는 결과를 초래할 우려가 있으므로, 그러한 우려도 없을 뿐만 아니라 그 진실성이 객관적으로 담보될 수 있다고 보이는 위 다섯 가지 경우를 제외한 그 밖의 경우에는 확일적으로 개별공시지가에 의하여 개발이익을 산정하는 것이 오히려 법의 집행과정에 개입될 수

있는 부정을 배제하고 개발부담금 부과의 공평성과 개발부담금 제도의 활성화를 기할 수 있다는 점에 그 근거를 두고 있다.

위와 같은 공시지가 기준의 합리성과 그 예외를 한정한 취지에 비추어 위 시행령 조항은 이를 제한적·열거적 규정으로 해석하더라도 법률의 위임에 의한 형성의 자유의 범위내의 행정입법이라고 봄이 타당하고, 따라서 이 사건 법률조항이 개발부담금제도의 취지에 반하거나 합리적 근거 없이 실제 매입가액을 지가로 인정받을 수 있는 기회를 박탈하는 부당한 것이라고는 볼 수 없다 할 것이어서, 헌법상 보장된 국민의 재산권, 평등권, 재판받을 권리를 부당히 침해하는 것으로서 위헌이라고는 볼 수 없다. 또 이 사건 법률조항은 공시지가의 원칙을 전제로 하면서 납부의무자가 대통령령이 정하는 매입가액을 건설부령이 정하는 기간 내에 신고한 경우에 대하여만 실제 매입가액을 기준으로 하도록 위임한 것이어서 포괄위임이라고 볼 수 없으므로 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

(1) 개발부담금은 부과종료시점의 지가에서 부과개시시점의 지가와 사업기간 중의 정상지가 상승분, 개발비용을 공제하고 남은 이익에 대하여 부과하는 것으로서, 부담금을 공정하게 산정, 부과하기 위하여는 부과개시시점의 지가산정기준과 부과종료시점의 지가산정기준이 동일하여야 한다. 따라서 법은 부과개시시점의 지가와 부과종료시점의 지가의 산정기준을 모두 개별공시지가로 통일하고, 다만 예외적으로 국가로부터 매입한 경우 등과 같이 매입가액이 객관적으로 명백한 경우 등에 한하여 사업시행자가 소정의

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

기간 내에 그 매입가액을 소명하면 이를 부과개시시점의 지가로 인정할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 실제 매입가액으로 부과개시시점의 지가를 산정할 수 있는 범위를 한정하는 것은 일률적으로 개별공시지가를 기준으로 산정하는 경우에 나타날 수 있는 불합리점을 해소하면서 실제 매입가액이 별도의 검증이나 확인절차를 거치지 아니하고도 객관적으로 명백하고 조작이 불가능한 경우로 한정하여 부담금 산정의 공정성을 높이도록 한 것이다.

(2) 일반적으로 개발사업의 개시시점과 대상토지의 매입시점이 일치하지 않으므로 매입가액으로는 부과개시시점 현재의 정확한 지가를 알 수 없다. 또한 청구인들의 주장과 같이 개시시점지가를 실제 매입가액으로 포괄적으로 인정할 경우에는 사업시행자 등이 개발부담금을 적게 부담하기 위하여 실제보다 높게 매입가액을 신고하더라도 그 신고가격의 진위를 객관적으로 확인하기가 곤란하여 부담금을 경감하기 위한 수단으로 악용될 소지가 있으며, 적극적으로 매입가액을 조작한 자가 부담금을 적게 부담하게 되는 결과가 되어 선량하게 부담금을 납부한 자와 형평에 맞지 않다. 따라서, 이 사건 법률조항은 재산권이나 재판청구권을 침해하고 있지 않고, 평등의 원칙에도 위반되지 않는다.

(3) 또 이 사건 법률조항은 부과개시시점의 지가를 실제 매입가액으로 산정할 수 있는 근거를 명시하고, 그 구체적인 범위는 시행령 및 시행규칙에서 정하도록 위임한 것에 불과하여 헌법 제75조에 위반되지 않는다.

4. 판 단

가. 개발이익 환수제도의 의의와 개발부담금의 산정

개발이익환수에 관한 법률 소정의 개발부담금 제도는, 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 인가 등을 받아 개발사업을 시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가(地價)가 상승하여 정상지가 상승분(正常地價 上昇分)을 초과하는 불로소득적(不勞所得的)인 개발이익이 생긴 경우, 이를 사업시행자에게 독점시키지 아니하고 국가가 그 일부를 환수하여 그 토지가 속하는 지방자치단체 등에게 배분함으로써, 경제정의를 실현하고, 토지에 대한 투기를 방지하며, 토지의 효율적인 이용의 촉진을 도모하기 위한 제도이다.

법 제8조에 의하면 이러한 개발부담금은 부과종료시점의 토지의 가액에서 부과개시시점의 토지의 가액과 부과기간 동안의 정상지가 상승분 및 법 제11조 소정의 개발비용을 공제한 금액을 기준으로 하여 부과하도록 되어 있다. 그런데 그 중 부과종료시점 및 부과개시시점의 각 지가의 산정과 관련하여, 법 제10조 제1항 및 제10조 제3항 본문은 위 각 시점의 지가를 지가공시및토지등의평가에 관한 법률 소정의 공시지가를 기준으로 산정하도록 규정하는 한편, 이 사건 법률조항(제10조 제3항 단서)은 개발부담금 납부의무자가 대통령령이 정하는 매입가액을 건설부령이 정하는 기간 내에 신고하는 경우에는 실제 매입가액을 기준으로 개시시점의 지가를 산정하도록 규정하고 있다.

위와 같이 실제 매입가액을 기준으로 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 대통령령에 위임하고 있는 이 사건 법률조항에 청구인들이 주장하는 바와 같은 위헌성이 있는지 여부를 판단하기 위하여서는, 우선 이 사건 법률조항을 포함한 위 각 법조항 및 이에 근거한 법시행령 제9조 제5항 등에 대한 대법원의 해석을 살

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

떠볼 필요가 있다.

나. 이 사건 법률조항에 대한 대법원의 해석

(1) 구법하에서의 대법원판례

이 사건 법률조항은 1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 후의 것이다(이하에서는 위 개정전의 법률을 ‘구법’이라고 한다). 구법은 제10조 제1항에서 개발사업 완료시점의 부과대상 토지의 가액은 공시지가를 기준으로 둘 이상의 감정평가업자가 평가한 가액의 산술 평균으로 하도록 규정하는 한편, 제10조 제3항에서는 “제8조 제1항의 규정에 의한 개발사업 착수시점의 부과대상 토지의 가액은 그 당시의 공시지가에 의한 가액에 그 공시지가의 기준일로부터 개발사업 착수시점까지의 정상지가 상승분을 합한 가액으로 한다. 다만, 사업시행자가 부과대상 토지의 매입가격(토지에 정착한 지장물의 대가를 지급한 경우에는 그 가액을 포함한다)을 소명한 경우에는 그 매입가격에 매입일로부터 개발사업 착수시점까지의 정상지가 상승분을 합한 금액으로 할 수 있다.”고 규정하고 있었다. 그리고 구 법시행령(1991. 9. 13. 대통령령 제13465호로 개정되기 전의 것) 제9조 제5항은, “[구]법 제10조 제3항 단서의 규정에 의한 부과대상 토지의 매입가격을 소명한 경우는 다음 각호의 경우로서 사업시행자가 건설부령이 정하는 바에 의하여 거래가격을 신고한 경우로 한다.”고 하면서 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관 등으로부터 매입한 경우 등 제1호부터 제4호까지의 네 가지 경우를 규정하였으며, 구 법시행규칙(1991. 11. 29. 건설부령 제495호로 개정되기 전의 것) 제4조는 매입가격의 신고기간을 15일로 규정하고 있었다.

위와 같은 구법 하에서, 대법원은 1993. 5. 11. 선고, 92누13677

전원합의체 판결(공1993하, 1726) 등의 확립된 판례를 통하여, “개발사업 시행자에게 부과 징수할 개발부담금 산정의 전제가 되는 개발이익을 산출함에 있어서는 가능한 한 합리적 방법을 통하여 부과대상자가 현실적으로 얻게 되는 개발이익을 실제에 가장 가깝도록 공정하게 산정하여야 할 것”이고, “개발부담금제도의 취지에 비추어 보면 개발이익을 산출하기 위하여 개발사업 완료시점의 개발부담금 부과대상 토지의 가액에서 공제할 개발사업 착수시점의 개발부담금 부과대상 토지의 가액을 산출함에 있어 개발사업 시행자가 매입가격을 소명한 경우에는 매입가격을 기초로 이를 산정할 수 있는 길을 열어 놓은 법 제10조 제3항 단서의 규정은 이 제도의 취지에 맞고 합리성이 있는 당연한 규정이라 할 것”인데, “시행령 제9조 제5항은 그 규정의 문맥과 내용을 보면 매입가격을 소명하여 이를 기초로 하여 개발사업 착수시점의 개발부담금 부과대상 토지의 가액을 산정할 수 있게 한 법 제10조 제3항의 적용대상 범위를 제한하여 매입가격의 신고가 객관적으로 진실성이 담보될 수 있다고 보이는 그 조항 제1호 내지 제4호의 경우로 한정하는 취지가 분명하므로, 이는 국민의 권리를 제한하거나 국민의 이익을 침해하는 시행령 규정으로서 모법의 위임이 있어야만 유효하다고 할 것인데, 법 제10조 제3항 단서를 비롯한 모법에 아무런 위임근거가 없으므로 시행령 제9조 제5항은 모법에 위반되어 무효”라고 판시함으로써, 구 법상의 개발이익은 현실적으로 얻게 되는 이익을 의미하는 것이고, 위 시행령 제9조 제5항의 규정은 모법에 아무런 위임근거가 없는 무효의 규정이며, 따라서 개발사업 시행자는 개발부담금 부과처분을 다투는 소송의 사실심 종결 시까

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

지 실제 매입가격을 입증하여 이를 기초로 개발부담금을 산정하도록 할 수 있다는 점을 명백히 하고 있었다.

(2) 법률 개정과 대법원판례의 변경

그런데 위와 같은 대법원의 판결이 선고된 후, 위 법률은 1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되어, 법 제10조 제1항은 종료시점의 지가를 그 당시의 부과대상 토지와 이용상황이 가장 유사한 표준지의 공시지가를 기준으로 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조 제2항의 규정에 의한 비교표에 의하여 산정한 가액으로 하도록 규정하는 한편, 이 사건 법률조항은 “다만 납부의무자가 ‘대통령령이 정하는’ 매입가액을 건설부령으로 정하는 기간 내에 신고하는 경우에는 그 가액……으로 할 수 있다.”는 내용으로 개정되어, 시행령 제9조 제5항의 근거규정으로서 실제 매입가액으로 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 대통령령에서 정할 수 있도록 하는 위임규정이 신설되었다.

그런데 대법원은 위와 같이 개정된 이 사건 법률조항 등에 대하여, 1997. 3. 20. 선고, 96누1382 전원합의체 판결(공1997상, 977)로, “신법은 개발이익의 개념을 구 법과 다르게 통일적이고 보다 객관적으로 정의하고 있는 것과 같은 맥락에서, 사업시행자에 대한 개발부담금의 부과기준 역시 다르게 규정하고 있다. 즉, 종료시점 지가는 물론 개시시점 지가 역시 원칙적으로 개별공시지가에 의하여 산정하되(신법 제10조 제1항·제3항), 다만 부담금 납부의무자가 대통령령이 정하는 매입가액을 건설부령이 정하는 기간 내에 신고하는 경우에는 이를 개시시점 지가로 산정할 수 있도록 규정하고 있고(제10조 제3항 단서), 이와 같은 법률의 개정 및 위임근거

규정의 신설에 따라 …… 시행령 제9조 제5항은 위 ‘대통령령이 정하는 매입가액’으로서 국가·지방자치단체 또는 건설부령이 정하는 기관으로부터 매입한 가격 등 그 조항 제1호 내지 제5호 소정의 5가지 경우를 규정하고 있다. 이는 구 법 하에서 완료시점과 착수시점의 지가 산정기준을 달리함으로써 야기되는 여러 가지 문제와 매입가격의 신빙성 등 그 인정 여부에 따른 시비를 불식시키고, 토지공개념 법제의 도입과 함께 마련한 개별공시지가 제도 운용의 활성화를 꾀하기 위하여, 개발이익을 산정함에 있어 감정평가액에서 매입가격을 공제하는 종전의 방식에서 탈피하여, 종료시점 및 개시시점의 지가 산정기준을 통일하여 모두 개별공시지가에 의하여 산정하고, 다만 개발부담금 납부의무자가 일정기간 내에 신고하는 경우로서 객관적으로 그 진실성이 담보될 수 있다고 보이는 법시행령 제9조 제5항 제1호 내지 제5호 소정의 다섯 가지 경우에 한하여 예외적으로 매입가액에 의한 개시시점의 지가산정을 인정하려는 것”이라고 판시하면서, “시행령 제9조 제5항이 그 제1호 내지 제5호에서 개별공시지가에 의한 개시시점 지가 산정의 원칙에 대한 예외로서 규정하고 있는 5가지 매입가액은 예시적 규정이 아니라 제한적·열거적 규정”으로 이해하여야 하고, 종전의 대법원판례는 “구 법령의 해석·적용에 관한 것으로서 개발이익의 개념범위는 물론 종료시점 지가 및 개시시점 지가의 산정방법에 관하여 구법과는 다른 기준을 채용하고 있는 신법 하에서 이를 그대로 원용하여 적용할 것은 아닌 것”이라고 판시함으로써 종전의 판례를 변경하였다. 이러한 대법원의 해석에 의하면, 법시행령 제9조 제5항은 제한적·열거적 규정으로서 그 소정의 경우에만 실제

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

매입가액을 기준으로 개시시점의 지가를 산정할 수 있고, 그 외의 경우에는 그 가액의 다과에 관계없이 개별공시지가에 의하여 개시시점의 지가를 산정하여야 하는 것이다.

다. 위임입법의 한계(헌법 제75조) 일탈 여부

(1) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 위임입법 및 그 한계와 관련하여 법률에 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 취지이다. 여기에서 “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 의미하고, 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는, 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 더욱 강화되어, 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1 등, 판례집 7-2, 562, 591). 그런데 이 사건 개발이익환수에관한법률 소정의 개발부담금은 그 납부의무자로 하여금 국가 등에 대하여 금전급부의무를 부담하게 하는 것이어서 납부의무자의 재산권을 제약하는 면이 있고, 부과개시시점의 지가는 개발부담금의 산정기

준인 개발이익의 존부와 범위를 결정하는 중요한 요소가 되는 것이므로, 그 산정기준에 관한 위임입법시 요구되는 구체성, 명확성의 정도는 조세법규의 경우에 준하여, 그 요건과 범위가 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이다.

(2) 개발부담금 산정의 전제가 되는 개발이익을 산출하기 위하여 부과종료시점의 지가에서 공제할 부과개시시점의 지가를 산출하는 기준과 관련하여, 법 제10조 제3항 본문은 이를 원칙적으로 공시지가에 의하여 산정하도록 하는 한편, 이 사건 법률조항은 납부의무자가 일정한 기간 내에 신고하는 경우로서 대통령령이 정하는 매입가액의 경우에는 실제 매입가액에 의하여 이를 산정할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 사건 법률조항의 문면이나 관련 규정의 해석 또는 법의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때, 과연 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있도록 대통령령에 규정할 것인가가 분명하지 아니하다. 물론, 개발부담금 납부의무자가 주장하는 실제 매입가액이 객관적 진실성이 결여된 경우에도 이에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 하는 것은 상식적으로 허용될 수 없다는 의미에서, 대통령령에서는 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우에 한하여 실제 매입가액을 기준으로 개시시점 지가를 산정하도록 규정할 것이라고 예측할 수는 있다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우 중 어떠한 범위 내에서 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 할 것인지, 다시 말하면 대통령령이 그러한 경우를 예시적으로 정할 것인지 아니면 한정적·열거적으로 정할 것인지, 또는 한정적·열거적

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

으로 정하는 경우라도 어떠한 범위 내에서 이를 정할 것인지는 도저히 예측할 수 없다 할 것이다.

(3) 참고적으로 이 사건 법률조항에 근거하여 제정된 시행령 제9조 제5항의 개정연혁을 보더라도 이와 같은 점은 더욱 분명해진다.

제정 당시의 시행령(1990. 3. 2. 대통령령 제12936호) 제9조 제5항은 이 사건 법률조항에 따른 매입가액의 범위를 “1. 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관 등으로부터 매입한 경우, 2. 경매·입찰에 의하여 매입한 경우, 3. 국토이용관리법의 규정에 의한 토지거래신고 또는 허가를 받아 매입한 경우, 4. 지방자치단체 또는 정부투자기관 등이 매입한 경우”로 정하고 있었다. 그런데 1991. 9. 13. 대통령령 제13465호로 위 조항이 개정되면서 같은 내용이 제9조 제6항으로 옮겨졌다가, 1992. 8. 25. 대통령령 제13718호로 개정시 제9조 제6항에서 “1. 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관 등으로부터 매입한 경우, 2. 경매·입찰에 의하여 매입한 경우, 3. 국토이용관리법의 규정에 의한 토지거래신고 또는 허가를 받아 매입한 경우, 4. 지방자치단체 또는 정부투자기관 등이 매입한 경우”는 종전과 동일하게 규정하는 한편, 새로이 “5. 공공용지의취득및 손실보상에관한특별법 또는 토지수용법의 규정에 의한 협의 또는 수용에 의하여 취득한 경우”를 규정하였다. 그 후 법이 이 사건 법률조항과 같이 개정된 후 1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 위 시행령 조항이 다시 제9조 제5항으로 옮겨지면서 매입가액의 범위에 관한 내용이 “1. 국가·지방자치단체 또는 건설부령이 정하는 기관으로부터 매입한 가격, 2. 경매·입찰에 의하여 매입한

가격, 3. 지방자치단체 또는 감면기관이 매입한 가격, 4. 공공용지의 취득및손실보상에관한특례법 또는 토지수용법의 규정에 의한 협의 또는 수용에 의하여 취득한 가격, 5. 제1항 제1호의 경우로서 부과개시시점을 기준으로 감정 평가한 가액으로 매입한 가격”으로 변경되었다. 그 후 위 조항은 1994. 12. 23. 대통령령 제14447호로 위 제1호 중 “건설부령”이 “건설교통부령”으로 개정되고, 1997. 6. 25. 대통령령 제15398호로 위 제5호가 “5. 부과개시시점 이전에 매입한 경우로서 취득세 또는 등록세의 과세표준”으로 개정되었으며, “6. 사업시행자가 지방세법 제290조의 규정에 의한 법인인 경우에는 법인장부에 기재된 매입가격”이라고 하는 제6호가 신설되었다.

위와 같은 대통령령의 개정연혁을 보더라도 개시시점의 지가의 산정기준으로 삼을 수 있는 실제 매입가액의 범위를 통일적으로 이해할 수 있는 기준을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라, 객관적으로 진실성이 있는 거래가격이라 하더라도 종전에는 열거되지 않았다가 사후에 추가된 경우, 종전에는 열거되어 있다가 삭제된 경우 그리고 진실성이 있음에도 시행령에서 전혀 열거하지 않고 있는 경우 등의 상호관계를 합리적으로 설명하기가 어렵다. 결국 일반 국민의 입장에서는 이 사건 법률조항 소정의 매입가액에 포함되어 공제항목에 해당되게 되는 실제 매입가액과 그렇지 않은 실제 매입가액 사이의 구분을 합리적인 기준에 따라 예측하는 것은 거의 불가능하고, 따라서 매입가액의 범위 획정은 의회입법의 통제를 벗어나 행정부의 자의에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다.

(4) 특히 이 사건 법률조항의 재산권 침해 여부에 관한 다음

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

라.항의 판시부분에서 보는 바와 같이, 발생하지도 않은 가공의 개발이익에 대하여 개발부담금을 부과하는 것은 헌법이 보장하는 재산권에 대한 침해가 될 수 있다고 보는 입장에서는, 실제 매입가액이 개시시점 당시의 공시지가보다 더 큰 경우에는 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 한 원칙적으로 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 하고, 실제 매입가액의 객관적 진실성이 결여된 경우에 한하여 공시지가에 의하여 산정하도록 하는 것이 헌법상의 재산권 보장취지에 부합한다 할 것이다. 그런데 과연 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 개시시점의 지가를 산정할 수 있을지 법률규정에 의하여 예측할 수 없도록 하면서 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 행정청의 자의에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정한 것은, 국민의 재산권을 제약하는 개발부담금 납부의무의 존부와 범위를 결정하는 요소가 되는 개시시점 지가의 산정방법을 구체적인 기준이나 원칙을 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임한 것으로서, 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다 할 것이다.

라. 재산권의 침해 여부

(1) 헌법 제23조 제1항 본문은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 규정하여 재산권을 기본권으로 보장하고 있으나, 동 항 단서는 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 하여 법률로 재산권을 규제할 수 있음을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라, 동 조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 규정하여 재산권 행사의 사회적 의무성도 강조하고 있다. 이러한 재산

권행사의 사회적 의무성의 정도는 재산의 종류, 성질 등에 따라 달라진다 할 것인데, 특히 토지는 자손 만대로 함께 살아가야 할 생활터전으로서, 그 공공성 등의 특성에 비추어 시장경제의 원리를 그대로 적용할 수 없고, 다른 재산권의 경우보다 더욱 강하게 사회공동체 전체의 이익을 관철할 것이 요구된다. 그래서 토지에 대하여서는 헌법 제122조가 명문으로 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”고 별도로 규정하고 있는데, 이것이 ‘토지공개념’의 기초가 되는 것으로서, 토지에 관한 각종 규제법률이 이를 근거로 하여 토지소유자 등에게 여러 가지 의무와 부담을 과하고 있다. 그러나 이러한 토지소유자 등에 대한 여러 가지 의무의 부과와 제재도 헌법 제37조 제2항에 의하여 그 한계가 있음은 물론 재산권의 본질적인 내용을 침해할 수도 없는 것이다.

(2) 위 다.항에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 과연 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있도록 할 것인지 예측할 수 없도록 매입가액의 범위를 대통령령에 포괄적으로 위임한 결과 행정청이 시행령에 의하여 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 그 마음대로 한정적·열거적으로 정할 수 있다고 해석할 여지가 있고, 실제로도 대법원은 앞의 나.항에서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 시행령이 정하는 경우에만 한정하여 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 정하도록 한 취지로서, 법시행령 제9조 제5항은 제한적·열거적 규정이고, 따라서 동 조항이 규정하고 있는 매입가액

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

이외의 경우에는 그 가액의 다과에 상관없이 개별공시지가에 의하여 개시시점 지가를 정할 수밖에 없다고 해석하고 있다.

위와 같은 해석을 전제로 본다면, 시행령이 규정하는 경우 이외의 경우에 있어서는 실제 매입가액이 공시지가보다 더 크다고 하더라도 공시지가에 의하여서만 개시시점의 지가를 산정하도록 지가의 계측수단을 제한하는 결과, 실제 매입가액에 의하여 개시시점의 지가를 산정하게 되면 사업시행자 등에게 아무런 개발이익이 발생하지 않은 것으로 될 것임에도 불구하고, 공시지가에 의하여 개시시점 지가를 산정하여 개발이익이 발생한 것으로 의제함으로써 사업시행자 등이 허구의 개발이익에 대한 개발부담금을 부담하게 되는 경우가 발생할 수 있을 것인바, 이와 같은 재산권의 제약이 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 법리, 특히 과잉금지의 원칙에 위배되는 것은 아닌지 문제될 수 있다.

(3) 그런데 우리 헌법재판소는 이러한 허구의 이익에 대한 재산적인 부담과 관련하여, 비록 토지초과이득세에 관한 것이기는 하지만, “여러 과세기간에 걸쳐 장기간 토지를 보유하는 경우 …… 장기간에 걸쳐 지가의 양등과 하락이 반복되는 경우에, 특정 과세기간 개시일과 종료일 사이에는 지가의 양등이 있었으나, 당해 토지소유 이후 최초 과세기간 개시일의 지가와 특정 과세기간 종료일의 지가를 비교할 때는 아무런 토지초과이득이 없고 오히려 손해만 있는 경우에도, 그 과세기간에 대한 토지초과이득세를 부담하지 않을 수 없는 불합리한 결과가 발생할 수 있게 된다. 이와 같은 결과는 토지초과이득세의 과세로 인하여 원본 자체가 잠식되는 경우로서, 소득세인 토지초과이득세의 본질에도 반하고 헌법

제23조가 정하고 있는 사유재산권 보장취지에도 어긋나는 것이다. …… 토지초과이득세가 실현된 이득을 그 과세대상으로 삼고 있는 것이 아니라, 그 계측의 객관성 보장이 심히 어려운 미실현이득을 과세대상으로 삼고 있는 관계로, 토지초과이득세 세율을 현행법과 같이 고율(50%의 단일비례세율)로 하는 경우에는 자칫 가공이득에 대한 과세가 되어 소득세로서의 토지초과이득세의 본질에 어긋나는 원본잠식의 우려가 있다. …… 따라서 토지초과이득세법 제12조는 헌법상의 재산권 보장규정과 평등조항에 위배된다.”고 판시한 바 있다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 108-110).

(4) 위와 같이 어떠한 이유로든 지가계측을 제대로 하지 않거나 할 수 없도록 하여 가공의 이득에 대하여 금전납부의무를 부담하게 하는 것은 헌법이 보장하는 재산권에 대한 침해가 된다고 하는 법리는, 아직 처분되지 아니한 토지의 가액의 증가분을 개발이익으로 파악하고(법 제2조 제1호) 이에 대한 100분의 50의 부담률(법 제13조)에 의하여 산정한 개발부담금을 부과하는 개발이익환수제도에 적용될 수 있다고 할 것이다. 즉, 이 사건 법률조항은 시행령이 정하는 경우에만 한정하여 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 지가를 산정하는 한편 그 외의 경우에는 아무리 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우라고 하더라도 공시지가에 의하여만 부과개시시점의 지가를 산정하도록 규정함으로써, 부과개시시점의 지가를 실제 매입가액으로 하게 되면 사업시행자 등에게 아무런 개발이익이 발생하지 않은 것으로 될 터임에도 불구하고, 이를 발생한 것으로 의제한 다음 이러한 허구의 개발이익에 대하여까지 개발부담금을 부과함으로써 말미암아 이득에 대한 부담

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

금 부과가 아니라 원본에 대한 부담금 부과가 될 위험성이 있기 때문이다. 따라서 개시시점지가 될 수 있는 매입가액의 범위를 시행령에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 개별공시지가를 상회하는 실제의 매입가액이 그 객관적 진실성이 있음에도 불구하고 이에 의하여 적정하고 현실적인 개발이익을 계측할 수 있는 길을 봉쇄함으로써, 가공의 미실현 이익에 대하여 개발부담금을 부과하여 원본을 잠식하는 결과를 초래할 위험성을 안고 있다 할 것이고, 이는 개발사업 대상 토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적인 개발이익이 생긴 경우 국가가 그 일부를 환수하고자 하는 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 사업시행자 등에게 과도한 금전납부의무를 과하는 것으로서, 기본권 제한시 요구되는 피해의 최소성의 요청을 충족시키지 못하고 있다고 할 것이다.

마. 평등원칙의 위배 여부

앞에서 본 대법원의 변경된 판례와 같이, 이 사건 법률조항을 시행령이 정하는 경우에만 한정하여 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 지가를 산정하도록 하는 것으로서 그 외의 경우에는 아무리 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우라고 하더라도 공시지가에 의하여만 부과개시시점의 지가를 산정하도록 하는 취지라고 해석한다면, 실제 매입가액의 진실성이 객관적으로 담보되는 납부의무자들 사이를 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 문제될 수 있다.

살피건대 개발사업의 기초가 되는 토지의 매입가액은 개발사업의 수행에 들어가는 비용의 큰 부분을 차지한다는 점에서 동일한

측면이 있어 비록 그 거래형식 및 거래주체를 달리한다 하더라도 각 그 실제 매입가액을 공제항목으로 삼을 것인지 여부의 문제에 관하여 서로 공통점을 지니고 있다고 볼 수 있다. 따라서 대통령이 정하는 경우에만 한정하여 실제 매입가액에 의한 공제를 인정하는 것은 대통령이 정하는 매입가액과 그 밖의 매입가액을 차별 취급하는 것이라 할 것이므로, 이러한 차별취급에는 사리에 맞는 합리적인 근거가 있어야 할 것이다.

그러므로 나아가 이 사건 법률조항이 공제의 대상이 될 수 있는 매입가액을 대통령이 정하는 경우에 한정하는 것에 합리적인 근거가 있는지 여부에 관하여 본다. 개발부담금 납부의무자가 신고한 실제 매입가액에 의하여 부과개시시점의 지가를 산정한다고 하는 경우에 있어서, 부과대상토지를 사인으로부터 개별적으로 매입한 경우, 공공기관으로부터 매입한 경우 또는 공매방식을 통하여 매입한 경우 등과 같이 거래의 주체 및 형식에 따라 신고한 매입가액의 신빙성에 차이가 있을 수 있음은 사실이다. 그러나 이러한 신빙성의 차이는 결국 거래당사자가 행정청에 제출하는 소명자료에 의하여 진위를 판가름하거나 나아가 부담금부과처분의 취소를 구하는 행정소송과정에서의 주장입증을 통하여 진실을 밝힘으로써 극복될 수 있는 문제라 할 것이다. 그럼에도 불구하고 대통령이 한정적으로 정하는 경우에만 실제 매입가액에 기초하여 개시시점 지가를 산정하면서도 나머지 경우에는 실제 매입가액에 의한 산정방식을 일체 부정하고 개별공시지가에 기초하여서만 개발이익을 산정하도록 하는 것은 납부의무자가 진실에 부합하는 매입가액을 정직하게 신고한 경우에도 대통령령에 열거되지 않았다는 이유만

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

으로 다른 납무의무자들과는 달리 실제 매입가액을 공제 받을 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄 당하는 것이어서 차별취급의 합리성을 인정할 수 없다 할 것이다. 특히 앞에서 본 바와 같이 허구의 개발이익에 대하여 개발부담금이 부과될 위험성을 고려한다면, 대통령령에 열거된 경우에 한하여 실제 매입가액을 기준으로 개시시점지가를 산정하게 하는 것은 행정편의 위주의 자의적인 조치로서 헌법 제11조 제1항이 정한 평등의 원칙에 위배된다 할 것이다.

5. 결 론

따라서 이 사건 법률조항이 구체적 기준이나 원칙을 정함이 없이 실제 매입가액에 의하여 부과개시시점의 지가를 산정할 수 있는 경우를 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써, 행정편이 자의적으로 그와 같은 경우를 한정적·열거적으로 규정할 수 있도록 하는 한편, 대통령령이 정하는 매입가액 이외의 경우에는 아무리 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보된다 하더라도 그 가액의 다과를 불문하고 공시지가에 의하여서만 개시시점 지가를 산정할 수 있도록 매입가액의 범위를 대통령령에 위임한 부분, 즉 이 사건 법률조항 중 대통령령이 정하는 경우에만 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 부과대상토지의 가액을 산정하게 한 부분은 헌법 제75조 소정의 위임입법의 한계를 일탈하고, 동시에 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙을 위배하여 헌법 제23조 제1항이 보장하는 개발부담금 납부의무자의 재산권을 침해할 뿐만 아니라, 동일한 실제 매입가액을 대통령령에 정하여져 있는지 여부에 따라 자의적으로 차별 취급함으로써 헌법 제11조 제1항이 정한 평등의 원칙에 위배됨으로써 헌법에 위반된다 할 것이므로

주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김문희의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

6. 재판관 김문희의 반대의견

가. 이 사건 법률조항은 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아니다. 법률이 일정 내용을 대통령령에 위임한 것에 문제가 있다고 한다면, 위임법률의 위헌성은 첫째, 국민의 기본권실현에 있어서 본질적인 사항이기 때문에 입법자가 스스로 규정해야 할 사항을 행정입법에 위임하고 있는가, 둘째, 위임법률이 위임의 범위와 요건을 정하지 아니하고 행정청에 입법을 위임함으로써 포괄위임인가의 두 가지 관점에서만 문제가 될 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항의 적용대상은 부과개시시점의 지가를 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 산정해야 하는가의 것이고, 이는 반드시 입법자가 직접 규정해야 할 기본권실현에 있어서의 본질적인 사항이라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌성 여부는 위임입법의 한계를 규정하는 헌법 제75조에 위반된 것인지 아닌지에 달려 있다 할 것이다.

(1) 개발부담금 산정의 전제가 되는 개발이익을 산출하는 과정에서 부과종료시점의 지가에서 공제할 부과개시시점의 지가를 산출하는 기준과 관련하여, 법 제10조 제3항 본문은 부과개시시점의 지가를 원칙적으로 공시지가에 의하여 산정하도록 하는 한편, 이 사건 법률조항은 납부의무자가 일정한 기간내에 신고하는 경우에는 실제 매입가액에 의하여 이를 산정할 수 있도록 규정하면서, 실제 매입가액에 의하여 개시시점의 지가를 산정할 수 있는 구체

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

적인 경우를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다.

실제 매입가액이 공시지가보다 더 높은 경우에도 공시지가에 의해서만 개시시점의 지가를 산정하도록 한다면, 사업시행자 등에게 허구의 개발이익에 대하여 개발부담금을 부담하게 하는 경우가 발생할 수도 있을 것인바, 이 사건 법률조항의 입법취지는 공시지가가 실제의 매입가액을 제대로 반영하지 못하는 경우 발생하지도 않은 개발이익에 대하여 개발부담금을 부과함으로써 납부의무자가 입을 불이익을 방지하고자 하는데 있다고 하겠다.

이와같은 이 사건 법률조항의 입법목적, 그리고 구법과는 달리 종료시점지가는 물론 개시시점지가까지도 모두 원칙적으로 객관적인 기준인 개별공시지가에 의하여 산정하도록 규정함으로써 산정 기준을 되도록이면 객관화하려고 한 법의 의도 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 “대통령령이 정하는 매입가액”이라 함은 ‘객관적으로 그 진실성이 담보될 수 있는 매입가액’이라는 것을 해석을 통하여 쉽게 도출할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 수권 법률로부터 대통령령인 하위규범에 규정될 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있으므로, 헌법 제75조가 정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

(2) 입법자는 이 사건 법률조항을 통하여 어떠한 경우에 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 지가를 산정할 것인가에 관하여 구체적으로 대통령령으로 정하도록 위임함으로써, 실제의 매입가액을 객관적으로 확인할 수 있는 현실적 가능성의 범위안에서 행정부가 개별적 정의의 실현 뿐이 아니라 법적 안정성의 관점도 함께 고려하여 객관적인 진실성을 인정할 수 있는 매입가액의 범위를

합리적으로 규정하도록 한 것이다. 물론, 공시지가가 실제의 매입가액을 충분히 반영하지 못함으로써 발생하는 납부의무자의 불이익을 가능한 한 최소화하는 것이 이상적일 수도 있으나, 모든 경우에 있어서 실제의 매입가액이 관철되도록 한다는 것은 제한된 행정능력과 법집행과정에서 나타날 수 있는 부정과 자의의 가능성 등 현실적 관점에서 보아 사실상 불가능한 것이므로, 한편으로는 실제의 매입가액이 객관적으로 입증될 수 있는 경우에는 이를 구체화하는 것을 원칙으로 하면서도, 다른 한편으로는 과세행정의 투명성, 공정성 및 법집행의 통일성 등 법적 안정성의 요소를 고려하여 객관성이 인정되는 매입가액의 범위를 설정하도록 대통령령에 위임한 것으로 보아야 한다.

다수의견은 ‘실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우 중 어떠한 범위 내에서 실제 매입가액에 의하여 개시시점지가를 산정하도록 할 것인지는 도저히 예측할 수 없으므로 위임입법의 한계를 일탈하였다’고 하나, 이는 입법을 위임하는 수권법률의 구체성, 명확성에 대하여 지나치게 과도한 요구를 하는 것이다. 만일, 수권법률에서 이러한 정도의 구체적인 내용을 예측할 수 있도록 위임의 요건과 범위를 정해야 한다면 결국 행정입법에 위임될 것은 사실상 거의 없고 법률 스스로가 모든 상세한 것까지도 규정해야 한다는 주장과 다름아니다.

나. 이 사건 법률조항은 국민의 재산권이나 평등권을 침해하지도 않는다.

(1) 다수의견은 ‘이 사건 법률조항은 시행령이 정하는 경우에만 한정하여 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 지가를 산정

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

하는 한편 그 외의 경우에는 아무리 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우라고 하더라도 공시지가에 의하여만 부과개시시점의 지가를 산정하도록 규정함으로써, 즉 개시시점지가가 될 수 있는 매입가액의 범위를 시행령에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정함으로써 국민의 재산권과 평등권을 침해하고 있다'고 한다. 다수의견의 견해는 “……대통령령이 정한 경우에만 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점의 부과대상토지의 가액을 산정하게 한 부분은 헌법에 위반된다”는 결정의 주문에서도 그대로 표현되고 있다.

그러나 다수의견에 따른다 하더라도 그 주장의 위헌성은 이 사건 법률조항에 내재하는 것이 아니라 시행령에 있음을 주의할 필요가 있다. 입법자는 이 사건 법률조항에서 행정청에게 모법의 입법취지와 현실적 여건, 법집행의 통일성과 투명성 등을 고려하여 지가산정의 기준으로서 인정될 수 있는 매입가액의 범위를 합리적으로 정하도록 위임하였는데, 이러한 위임입법 그 자체가 국민의 재산권이나 평등권을 침해할 여지는 있을 수 없다. 단지, 시행령이 이 사건 법률조항의 위임을 받아 매입가액의 범위를 구체화하는 과정에서 지가산정의 기준으로 인정되는 매입가액과 그렇지 아니한 매입가액과의 차별이 이루어 짐으로써, 비로소 재산권이나 평등권의 침해가능성이 발생하게 된 것이다.

(2) 다수의견은 우선 이 사건 법률조항인 위임법률을 구체화한 시행령의 내용이 위헌이라고 판단한 뒤, ‘시행령이 위헌이라면 위헌적인 시행령을 가능하게 한 모법인 수권법률도 위헌이다’는 것을 그 전제로 하고 있다. 그러나 시행령의 위헌성이 곧 그 모법인

법률의 위헌성을 가져오는 것은 아니다. 모법이 헌법 제75조의 요청에 부합되게 구체적으로 범위를 정하여 행정청에 입법을 위임한 경우에도 행정청은 모법의 의미와 목적에 위반되게 또는 위임의 범위를 넘어서 입법을 함으로써 위헌적인 행정입법을 제정할 수 있는 것이다. 다수의견에 따르면, 법률의 위헌성이 그를 심사하는 유일한 기준인 헌법에 의하여 판단하는 것이 아니라 법률의 하위규범인 시행령에 규정된 내용에 의하여 결정된다는 결과를 가져온다. 그러나 법률의 위헌성을 판단하는 기준은 오로지 입법자가 그의 입법에 있어서 존중하고 준수해야 하는 헌법적 요청일 뿐, 법률의 위임을 받아 구체화된 시행령의 내용일 수 없다. 만일, 이 사건에서 대통령령이 한 호를 추가하여 “그 외 객관적 진실성이 확인될 수 있는 매입가액” 등의 형태로 일반조항을 덧붙으로써 객관적 진실성이 담보될 수 있는 모든 경우를 포함하도록 매입가액의 유형을 완벽하게 규정하였다면, 이 사건 법률조항의 위헌성은 있을 수 없다. 결국 시행령의 규정내용은 모법의 위헌성을 심사하는데 있어서 고려해야 할 하나의 요소는 될 수 있으나 모법의 위헌성을 결정하는 기준이 될 수는 없다. 모법이 헌법 제75조의 요청에 부합하는가와 관계없이 우연히 시행령의 내용이 어떻게 규정되어 있는가에 따라 모법의 위헌성이 결정된다면, 위헌적인 행정입법을 가능하게 한 것은 결국 모법이라는 이유로 모든 위헌적인 행정입법에 대해서 입법자가 책임을 져야 하는 결과에 이르기 때문이다.

다. 이 사건 법률조항은 개인의 권리구제나 실질적 정의의 실현에 방해가 되지 않는다.

헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등

개발부담금제도란 사업시행자가 개발사업을 시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적 개발이익이 생긴 경우에 이를 사업시행자에게 독점시키지 아니하고 국가에게 그 일부를 환수토록 하는 제도이다. 개발이익은 개발사업의 결과로 발생한 이익으로서 개발사업자가 개별적인 경우 개발대상토지를 실제로 얼마에 매입했는가 하는 주관적인 요인에 의하여 개발이익의 실체가 달라지는 것이 아니므로 원칙적으로 객관적인 기준에 의하여 산정되어야 한다. 즉, 개발로 인하여 발생하는 개발이익은 각 사업시행자가 자신의 토지를 우연히 비싸게 또는 싸게 구입하였다는 주관적 사정과 관계없이 객관적인 기준으로 평가되어야 한다. 따라서 인근유사토지의 거래가격 등 실제의 거래가격이 평균적으로 반영되어 적정한 가격으로 나타난 형태인 공시지가에 의하여 개발이익이 산정되어야 하는 것이 원칙이다. 다만, 일률적으로 공시지가를 기준으로 개발이익을 산정하는 경우에 나타날 수 있는 현저한 불합리함을 시정하기 위하여 이 사건 법률조항은 실제매입가액이 별도의 큰 어려운 확인작업을 거치지 아니하고도 객관적으로 명백하고 조작의 가능성이 없다고 판단되는 경우에 한하여 실제매입가액을 기준으로 삼도록 하였다. 그러므로 이 사건 법률조항은 개인적 권리의 구제나 실질적 정의의 실현 등에 장애가 되는 문제의 규정도 아니다.

라. 따라서 이 사건 법률조항은 위와 같은 이유로 헌법에 위반된다고 볼 수 없으므로 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식

고중석 신청언(주심) 이영모 한대현

근로기준법 제41조 위헌소원

(1998. 6. 25. 96헌바27 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 근로기준법 제41조의 임금채권에 퇴직금채권이 포함되는지 여부(적극)
2. 임금 내지 퇴직금채권이 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리인지 여부(적극)
3. 구 근로기준법 제41조에서 임금채권의 소멸시효를 3년으로 제한한 것이 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권 제한 입법의 한계를 일탈하였는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 구 근로기준법은 퇴직금채권의 소멸시효에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 아니할 뿐만 아니라, 퇴직금은 기본적으로 후불임금의 성격을 가지고 있으므로 동법 제41조의 임금에 퇴직금이 포함되고, 따라서 단기소멸시효 규정도 당연히 적용된다.
2. 임금 내지 퇴직금채권은 근로의 대가로서의 금품에 대한 청구권으로서 사용자에 비해 경제적 약자인 근로자의 보호를 위하여 이에 대한 특별한 보호의 필요성이 인정된다 하더라도 기본적으로는 그 재산권적 성질이 바뀌는 것은 아니므로 헌법 제23조의 재산권 보장에 관한 규정이 적용되는데, 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권 보장은 재산권형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화된다.
3. 임금 및 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효의 설정은 기업거래

의 안전과 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 소멸시효기간을 3년으로 제한한 것은, 민법상 일반채권에 대한 소멸시효기간인 10년보다는 짧으나 민법상 급료채권 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 하는 채권의 소멸시효기간 3년과 동일하고, 노역인·연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권의 소멸시효기간 1년보다 긴 점, 임금 내지 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효기간이 1974. 12. 24. 개정으로 2년에서 3년으로 늘어난 점, 근로자명부 기타 근로계약에 관한 중요한 서류의 보존기간을 3년으로 규정하고 있는 점, 민법 제165조가 단기소멸시효에 걸리는 채권이라도 확정판결을 받은 경우에는 10년으로 시효소멸되도록 규정하고 있어 필요한 경우 근로자가 소를 제기함으로써 그 소멸시효기간을 연장할 수 있는 점 등을 종합하면 특별히 짧다거나 불합리하다고 할 수 없으며, 따라서 입법재량의 범위를 현저히 일탈하였거나 다른 일반채권들에 비하여 근로자에 대해서만 특별히 차별대우를 하고 있다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것) 제41조(임금의 시효) 이 법 규정에 의한 임금채권은 3년간 행사하지 아니하는 때에는 시효로 인하여 소멸한다.

【참조조문】

헌법 제23조, 제37조 제2항

민법 제163조(3년의 단기소멸시효) 다음 각 호의 채권은 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

1. 이자, 부양료, 급료, 사용료 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 한 채권

헌재 1998. 6. 25. 96헌바27

2. 의사, 조산사, 간호사 및 약사의 치료, 근로 및 조제에 관한 채권
3. 도급받은 자, 기사 기타 공사의 설계 또는 감독에 종사하는 자의 공사에 관한 채권
4. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사에 대한 직무상 보관한 서류의 반환을 청구하는 채권
5. 변호사, 변리사, 공증인, 공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권
6. 생산자 및 상인이 판매한 생산물 및 상품의 대가
7. 수공업자 및 제조자의 업무에 관한 채권

민법 제164조(1년의 단기소멸시효) 다음 각 호의 채권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

1. 여관, 음식점, 대석, 오락장의 숙박료, 음식료, 대석료, 입장료, 소비물의 대가 및 채당금의 채권
 2. 의복, 침구, 장구 기타 동산의 사용료의 채권
 3. 노역인, 연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권
 4. 학생 및 수업자의 교육, 의식 및 유숙에 관한 교주, 숙주, 교사의 채권
- 민법 제165조(판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효) ① 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다.
- ② 파산절차에 의하여 확정된 채권 및 재판상의 화해, 조정 기타 판결과 동일한 효력이 있는 것에 의하여 확정된 채권도 전항과 같다.
- ③ 전 2항의 규정은 판결확정 당시에 변제기가 도래하지 아니한 채권에 적용하지 아니한다.

구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것) 제32조(근로자의 명부) ① 사용자는 각 사업장별로 근로자 명부를 작성하고 근로자의 성명, 생년월일, 이력, 기타 대통령령으로써 정한 사항을 기입하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 기입할 사항에 변경이 있는 경우에는 지체없이 정정하여야 한다.

구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것) 제33조(계약서류의 보존) 사용자는 근로자명부와 대통령령으로 정하는 근로계약에 관한 중요한 서류는 3년간 보존하여야 한다.

【참조판례】

1. 대법원 1969. 1. 21. 선고, 68다2130 판결
대법원 1975. 7. 22. 선고, 74다1840 판결
대법원 1990. 5. 8. 선고, 88다카26413 판결
대법원 1969. 3. 18. 선고, 68다2408 판결
3. 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36
헌재 1995. 3. 23. 92헌가19, 판례집 7-1, 324

【당 사 자】

청 구 인 김창근 외 5인
청구인들 대리인 변호사 노동선
당해사건 서울지방법원 95가합113207 손해배상

【주 문】

구 근로기준법 제41조(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 1981. 이전에 포항종합제철주식회사에 입사하여 근무하던 근로자들로서, 1985.경부터 1992.경까지 사이에 각 퇴직하였다. 정부투자기관인 위 회사는 1981. 1. 1. 정부투자기관의 퇴직금 지급기준을 하향조정하라는 정부의 지시에 따라 퇴직금규정을 개정하였고, 청구인들의 퇴직시 개정된 퇴직금규정에 따라 퇴직금을 지급하였다.

(2) 청구인들은 1995. 12. 27. 서울지방법원에 위 개정 퇴직금규

헌재 1998. 6. 25. 96헌바27

정은 청구인들을 포함한 위 회사 근로자들의 집단적 동의절차를 거치지 아니하고 이루어진 것이어서 무효라는 이유로 위 회사를 상대로 미지급퇴직금청구(예비적으로 손해배상청구)소송(95가합 113207)을 제기하였고, 이에 대하여 위 회사는 청구인들의 미지급 퇴직금청구권은 구 근로기준법 제41조(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것)의 규정에 의하여 3년이 경과하였으므로 시효로 소멸하였다고 항변하였다.

이에 청구인들은 구 근로기준법 제41조가 위헌이라는 이유로 위 헌심판제청신청(96카기1583)을 하였으나, 1996. 4. 18. 당해사건인 위 소송과 함께 기각되자, 5. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 근로기준법 제41조(1997. 3. 13. 법률 제 5305호로 폐지되기 전의 것, 이하 “이 사건 법률조문”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제41조(임금의 시효)

이 법 규정에 의한 임금채권은 3년간 행사하지 아니하는 때에는 시효로 인하여 소멸한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 임금 내지 퇴직금채권은 노동의 대가인 단순한 재산적 권리가 아니라, 근로자와 그 가족의 생존을 위하여 필수적인 생계수단인 생존권적 차원의 권리로서 이는 소멸시효로써 제한할 수 없다.

(2) 근로자 개개인이 다양하고 복잡한 고용계약상의 법률문제를

파악하여 적절하게 대처하는 것이 어려운 현실하에서 임금채권, 특히 퇴직금채권에 대하여 단기소멸시효를 적용하는 것은 자신의 정당한 권리의 존재에 대해 알지 못하는 근로자로 하여금 사실상 권리행사를 할 수 없게 하므로 불합리하다.

(3) 퇴직금의 경우 통상의 다른 단기소멸시효 대상채권들과 달리 일상에 있어서 빈번하게 발생하거나 단기간내에 결제되는 것이 아니고, 그 액수나 중요성 등에 비추어 법률관계를 신속하게 확정하여야 할 필요성보다는 근로자가 부당한 피해를 입지 않도록 하는 것이 더 중요하다.

(4) 따라서 이 사건 법률조문은 헌법상의 평등권, 행복추구권, 재산권보장, 직업선택의 자유, 근로의 권리, 인간다운 생활을 할 권리 등을 침해하고 있다.

나. 서울지방법원의 위헌제청신청기각 이유

(1) 이 사건 법률조문의 단기소멸시효는 개정되기 전 규정의 소멸시효 2년에 비해 1년이 더 길어진 것으로서 민법 제163조가 규정하고 있는 급료채권의 시효기간과 동일하며, 민법 제164조가 규정하고 있는 노역인, 연예인의 임금채권의 시효기간인 1년보다는 길어 근로자에게 특별히 불리한 규정이라 할 수 없다.

(2) 임금은 근로자의 유일한 생계수단이므로 지급기마다 이를 청구하여 생계에 충당하여야 할 것이므로 지나치게 오랫동안 권리 위에 잠자는 자까지 보호할 필요는 없으며, 임금채권의 소멸시효기간을 일반채권의 경우와 같이 10년으로 한다면 오히려 사용자에 게 너무 가혹할 뿐 아니라, 임금채권에 대하여 우월적 지위를 부여하여 각종의 보호를 규정하고 있는 근로기준법의 제 규정에 비

헌재 1998. 6. 25. 96헌바27

추어 볼 때 거래의 안전에 미치는 영향이 크다.

(3) 구 근로기준법 제32조에 의한 근로자명부 기타 근로계약에 관한 중요한 서류의 보존기간도 3년으로 규정되어 있고, 따라서 임금채권의 소멸시효도 같이 3년으로 함으로써 불필요한 분쟁을 제거할 수 있는 등 상당한 이유가 있으므로 이 사건 법률조문은 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 노동부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조문은 거래의 안전을 위하여 단기소멸시효를 규정하고 있으나, 한편 근로자의 보호를 위하여 임금채권의 우선 변제권 인정, 14일 이내 청산의무 부여, 불지급시 처벌규정 등 임금채권의 지급보장을 위하여 충분한 배려를 하고 있으므로 근로자를 부당하게 차별하는 것은 아니다.

(2) 퇴직금은 근로자가 받았던 임금을 기초로 산정되고 근로자 자신이 산정내역을 충분히 확인할 수 있으므로 잘못 지급될 우려가 크지 않고, 따라서 단기소멸시효로 인하여 근로자의 재산권이 침해될 가능성은 거의 없으며, 이에 의한 제한은 오히려 노사간의 법률관계를 조기에 정착시킴으로써 거래의 안전과 경제질서의 확립을 꾀할 수 있어 공공복리에 부합된다.

라. 포항종합제철주식회사의 의견

노동부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 근로기준법상 임금 내지 퇴직금채권의 법적 성격

임금이란 “사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품”(근로기준법 제18조)

으로서 사회적으로는 근로자와 그 가족의 생계의 기초가 되는 한편, 경제적으로는 상품원가의 구성요소이고 구매력의 원천으로서 국가경제의 중요한 요소를 이루고 있다.

따라서 근로기준법은 근로자의 임금채권을 보호하기 위하여 임금의 지급방법(구법 제36조, 현행법 제42조), 비상시 임금지급의무(구법 제37조, 현행법 제44조), 휴업수당의 지급(구법 제38조, 현행법 제45조), 임금대장 작성의무(구법 제40조, 현행법 제47조), 근로자의 사망 또는 퇴직시 임금 등 지급의무 및 위반시 형사처벌(구법 제30조, 109조, 현행법 제36조, 112조), 임금·퇴직금 등 채권의 우선변제(구법 제30조의2, 현행법 제37조) 등을 규정하는 한편, 최저임금법(1986. 12. 31. 제정, 법률 제3927호)을 제정하여 임금의 최저수준을 보장함으로써 근로자의 생활안정을 기할 수 있도록 최저임금제도를 도입, 시행하고 있다.

퇴직금은 본래 전근대적 노사관계에서 근로자의 장기근속에 대한 보상 내지 퇴직후 생활보장을 위해 지급된 은혜적 급부에서 발전해 온 관계로, 그 법적 성격에 대하여는 임금후불설, 공로보상설, 노후생활보장설, 사회보장설 등 여러 학설이 있으나, 우리 근로기준법(구법 제28조, 현행법 제34조)에서는 명시적으로 퇴직금의 지급의무와 조건 및 지급률 등을 규정하고 있으므로 후불임금이라는데 이론이 없다.

대법원에서도 일관되게 “근로자에 대한 퇴직금은 근로기준법상 고용주와 피용자의 관계에 있어서는 근로의 대가인 임금적인 성질을 지니는 것”이라고 판시하고 있다(대법원 1969. 1. 21. 선고, 68다 2130; 1975. 7. 22. 선고, 74다1840; 1990. 5. 8. 선고, 88다카26413등 판

헌재 1998. 6. 25. 96헌바27

결 참조).

다만, 대법원은 최근에 이르러 “퇴직금은 후불임금으로서의 성격 이외에도 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상으로서의 성격을 아울러 가진다”고 판시한 사례가 있으나(대법원 1995. 10. 12. 선고, 94다36186 판결), 기본적으로는 후불임금으로 보는 점에서 큰 차이가 없다.

나. 임금채권의 단기소멸시효 규정과 퇴직금채권

이 사건 법률조문(현행 근로기준법 제48조와 같다)은 “임금채권은 3년간 행사하지 아니한 때에는 시효로 인하여 소멸한다”고 하여 임금채권에 대하여 단기소멸시효 제도를 규정하고 있는바, 이 규정의 단기소멸시효가 퇴직금채권에도 적용되는지 여부에 관하여는 이론상 다툼이 있다.

그러나 다수설은 우리 근로기준법은 퇴직금채권의 소멸시효에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 아니할 뿐 아니라, 퇴직금은 기본적으로 후불임금의 성격을 가지고 있으므로 이 사건 법률조문의 임금에 퇴직금이 포함되고, 따라서 단기소멸시효 규정도 당연히 적용된다고 해석하고 있으며, 대법원도 같은 견해를 취하고 있다(대법원 1969. 1. 21. 선고, 68다2130; 1969. 3. 18. 선고, 68다2408 판결 등 참조).

다. 이 사건 법률조문의 위헌 여부

(1) 임금 내지 퇴직금채권은 앞에서 본 바와 같이 근로의 대가로서의 금품에 대한 청구권으로서 사용자에 비해 경제적 약자인 근로자의 보호를 위하여 이에 대한 특별한 보호의 필요성이 인정된다 하더라도, 기본적으로는 그 재산권적 성질이 바뀌는 것은 아

니라고 할 것이므로 동 채권은 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 보는 것이 상당하다.

그러므로 임금 내지 퇴직금채권에 대하여는 헌법 제23조의 재산권 보장에 관한 규정이 적용된다고 할 것인데, 이 규정은 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다. 즉 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권 보장은 재산권형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화하게 된다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36).

(2) 임금 내지 퇴직금채권이 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 한다면, 동 채권의 소멸시효를 규정하고 있는 이 사건 법률조문은 재산권에 대한 제한에 해당한다고 할 것이므로 그것이 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권제한 입법의 한계를 지키고 있는 것인지 여부가 문제된다.

만일 근로자가 자신의 임금 내지 퇴직금채권에 대하여 아무리 오랜 세월이 지난 뒤에도 언제든지 그 채권을 행사할 수 있다고 한다면, 임금 내지 퇴직금의 지급을 둘러싼 법률관계가 장기간 불확정하게 되고, 이는 결과적으로 날로 복잡·다양해지는 기업의 거래관계에 상당한 불안을 초래하게 된다고 할 것이다. 특히 임금 내지 퇴직금채권에 대하여는 근로기준법이 담보물권을 포함한 다른 채권에 비하여 우선변제적 효력을 인정하는 결과, 거래의 안전에 미치는 영향이 크지 않을 수 없게 된다.

따라서 임금 내지 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효의 설정은 이

헌재 1998. 6. 25. 96헌바27

러한 불합리한 결과를 막고 기업거래의 안전과 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정된다고 할 것이다.

외국의 입법례를 보더라도, 독일의 경우 일반채권의 소멸시효는 30년인데 반하여(독일 민법 제195조) 급료 등 임금채권에 대하여는 2년의 단기소멸시효를 규정하고 있고(동법 제196조), 프랑스의 경우 일반채권의 소멸시효는 30년인데 반하여(프랑스 민법 제2262조) 임금채권에 대하여는 6월 또는 5년의 단기소멸시효를 규정하고 있으며(동법 제2271조, 제2277조), 일본에서도 일반채권의 소멸시효는 10년인데 반하여(일본 민법 제167조 제1항) 퇴직수당을 제외한 임금채권은 2년, 퇴직수당채권은 5년으로 규정하여(일본 노동기준법 제115조), 모두 임금 내지 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효 제도를 두고 있는 것도 이러한 정당성을 뒷받침해 주고 있다.

(3) 그러나 임금 내지 퇴직금채권에 대한 단기소멸시효제도의 입법목적이 정당하다 하더라도, 그 기간이 적정한지 여부가 문제될 수 있다.

(가) 본래 소멸시효기간은 원칙적으로 권리의 성질이나 내용, 그 행사방법 등에 따라 입법자가 그의 광범위한 입법재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 92헌가19, 판례집 7-1, 324).

민법은 채권의 소멸시효에 관하여 일반채권의 경우 소멸시효기간을 10년(제162조 제1항)으로 규정하고 있다. 그러나 거래의 안전과 신속을 위하여 이자·부양료채권이나 의사·약사 등의 치료 또는 조제 등 관련 채권, 수급인의 공사관련 채권, 변호사·변리사

등의 직무관련 채권, 생산자·상인의 생산물 및 상품의 대가 등의 경우 3년의 단기소멸시효에 걸리도록 하고(제163조), 숙박료·음식료 등 채권, 의복·침구 등 동산의 사용료채권, 교수·교사 등의 수업료 등 채권은 1년의 단기소멸시효에 걸리도록 규정하고 있다(제164조).

또한 이러한 기준에 따라 급료채권 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 하는 채권에 대하여는 그 소멸시효기간을 3년(제163조 제1호)으로 하고, 노역인·연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권에 대한 소멸시효기간은 1년(제164조 제3호)으로 규정하고 있다.

이와같이 근로기준법상 임금 내지 퇴직금채권의 소멸시효기간은 민법상 일반채권에 대한 소멸시효기간인 10년보다는 짧으나, 민법상 급료채권 기타 1년 이내의 기간으로 정한 금전 또는 물건의 지급을 목적으로 하는 채권의 소멸시효기간인 3년과는 동일하며, 노역인·연예인의 임금 및 그에 공급한 물건의 대금채권의 소멸시효기간인 1년보다는 길다.

(나) 한편, 이 사건 법률조문의 단기소멸시효규정은 1974. 12. 24. 이 사건 법률조문으로 개정되기 이전의 규정에서는 원래 2년으로 정하고 있었던 것을 1년 더 연장한 것으로서 이는 근로자 보호에 보다 더 충실을 도모한 것이라 할 수 있으며, 아울러 근로자명부 기타 근로계약에 관한 중요한 서류의 보존기간도 3년으로 규정하고 있으므로(구법 제33조, 현행법 제41조), 이에 맞추어 임금 내지 퇴직금 지급을 둘러싼 불필요한 분쟁을 제거하고자 하는 취지도 포함되어 있다고 보여진다.

헌재 1998. 6. 25. 96헌바27

또한 민법 제165조는 비록 단기소멸시효에 걸리는 채권이라도 확정판결을 받은 경우에는 10년으로 시효소멸되도록 규정하고 있으므로, 필요한 경우 근로자가 소를 제기함으로써 그 소멸시효기간을 연장할 수 있는 길을 열어 놓고 있다.

그러므로 이 사건 법률조문의 임금 내지 퇴직금채권에 대한 소멸시효기간은 특별히 짧다거나 불합리하다고 할 수 없으며, 따라서 입법재량의 범위를 현저히 일탈하였다거나, 다른 일반 채권자들에 비하여 근로자에 대해서만 특별히 차별대우를 하고 있다고 볼 수 없다.

결국 이 사건 법률조문의 단기소멸시효는 근로자의 헌법상 보장된 재산권이나 평등권, 근로의 권리 기타 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조문은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 5.와 같은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 “구 근로기준법 제41조(……)는 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에관한특별조치법

제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별개의견에서 상세하게 설명한 바와 같이, 헌법재판소법 제75조 제7항, 제47조 소정의 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으며, 이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아 들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언(주심) 이영모 한대현

종합소득세부과처분에 대한 헌법소원

(1998. 6. 25. 91헌마174 전원재판부)

【판시사항】

행정소송을 거친 원행정처분이 헌법소원심판의 대상이 되는지 여부(한정적극)

【결정요지】

원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소하는 것은, 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고, 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다.

재판관 이영모의 의견

법원이 위헌인 법률을 합헌으로 해석·적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 당해 재판 자체가 헌법소원 심판대상이 되는 한도 내에서, 그 재판과 같이 원행정처분도 헌법소원 심판대상으로 된다 할 것이므로, 청구인으로서는 이 사건 대법원 판결의 취소를 구하는 헌법소원과 동시에 원행정처분인 과세처분의 취소도 아울러 청구해야만 된다고 할 것임에도 불구하고, 청구인은 과세처분의 취소만을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고 청구취지를 확장할 신청기간도 이미 도과되어 이 심판청구는 부적법하다.

재판관 조승형의 반대의견

행정처분은 공권력인 입법·행정·사법작용 중 행정작용의 대표적인 행위형식으로서 그 행사나 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 경우에는 비록 권리구제절차로서 행정소송의 ‘재판’을 거친 행정처분의 경우라 하더라도 헌법소원심판의 대상이 된다.

【참조조문】

헌법 제107조 제2항, 제111조 제1항 제5호

헌법재판소법 제68조 제1항 본문

구 법인세법(1980. 12. 13. 법률 제3270호로 개정된 것으로 1994. 12. 22. 법률 제4804호로 개정되기 전의 것) 제32조(결정과 경정) ①~④ 생략
⑤ 제26조의 규정에 의하여 법인세의 과세표준을 신고하거나 제1항 내지 제4항의 규정에 의하여 법인세의 과세표준을 결정 또는 경정함에 있어서 익금에 산입한 금액의 처분은 대통령령이 정하는 바에 의한다.

【참조판례】

헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598

헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842

헌재 1998. 4. 30. 92헌마239, 공보 27, 378

헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등

【당 사 자】

청 구 인 고원준

대리인 변호사 임영득 외 1인

피청구인 서초세무서장

【주 문】

심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요

가. 청구인은 1974. 12. 29.부터 1987. 6. 2.경까지 울산시에 본점을 두고 오션호텔(OCEAN HOTEL)을 경영하던 청구의 진흥개발주식회사의 대표이사로 재직하던 사람이다.

나. 위 회사는 1985. 4.경 부도로 사실상 영업을 폐지하였고 위 호텔의 건물과 부지도 타에 경락되었으나, 법인세법(이하 법이라 한다) 제26조에 의한 1985사업년도분 법인세 신고를 하지 아니하였고, 소득금액을 계산함에 필요한 장부 기타 증빙서류도 갖추고 있지 아니하였다.

다. 이에 위 회사관할 울산세무서장은 1987. 3. 18.경 법 제32조 제1항, 제3항 단서, 법인세법시행령(이하 시행령이라 한다) 제93조 제2항 제1호에 따라 “사업수입금액에 소득표준율을 곱한 금액에서 그 법인의 대표자에게 지급한 급료를 공제한 금액을 과세표준으로 하여 세액을 결정”하는 추계조사방법에 의하여 위 회사의 1985사업년도 법인세 과세표준과 세액을 결정하기로 하고 아래와 같이 계산하였다.

① 사업수입금액 : 위 회사가 부가가치세 신고를 한 1985년도 1, 2, 3월의 총매출액 금 306,176,357원

② 소득표준율 : 국세청장이 결정한 소득세법상의 호텔숙박업의 소득표준율 27.6%

③ 소득액 : ①×② = 84,504,674원

④ 대표자에게 지급할 급료(공제분) : 0

⑤ 특별손실금 : 호텔건물 및 부지 경락으로 인한 차액 금

370,602,636원(취득가액 6,223,509,551원-경락대금 5,852,906,915원)

⑥ 과세표준 : ③-⑤ = -286,097,962원

⑦ 세액 : 0

라. 한편 울산세무서장은 위 법인세 과세표준 및 세액결정과 관련하여 법 제32조 제5항, 시행령 제94조의 2 제2항에 의한 소득처분을 함에 있어서는 “(영) 제93조 제2항의 규정에 의하여 결정된 과세표준과 법인의 대차대조표 상의 당기순이익과의 차액”을 대표자에 대한 이익처분에 의한 상여로 하기로 하고, 아래와 같이 계산하였다.

㉠ (영) 제93조 제2항에 의하여 결정된 과세표준 : 84,504,674원
(즉, ⑥이 아닌 ③)

㉡ 대차대조표상의 당기순이익 : 영 제94조의2 제3항(제2항의 경우에 결손신고를 한 때에는 그 결손은 없는 것으로 한다)을 적용하여 0

㉢ 이익처분에 의한 상여 : 84,504,674원(㉠ - ㉡ 즉, ③)

마. 울산세무서장은 그 세무자료를 청구인의 소득세 관할세무서인 반포세무서에 통지하였고, 반포세무서장은 그 통지받은 금액을 이미 신고된 청구인의 1985년도 귀속분 종합소득세 과세표준에 추가산입하고 그에 따라 세액을 다시 산출하여 1988. 6. 18. 청구인에 대하여 1985년 귀속 종합소득세 금 48,344,780원 및 방위세 금 9,748,670원을 부과처분하였고, 피청구인은 1989. 4. 1. 위 업무를 승계하였다.

바. 청구인은 이에 불복하여 1989년경 서울고등법원에 종합소득세등부과처분취소의 소(89구1997)를 제기하여 1989. 11. 22. 승소하였으나, 피청구인이 대법원에 상고(89누8231)하여 1990. 9. 28. 서

헌재 1998. 6. 25. 91헌마174

울고등법원에 파기환송(90구17721)되고, 1991. 4. 17. 청구기각되어 청구인이 대법원에 상고(91누4447)하였으나 1991. 9. 10. 상고기각되어 확정받는 등 구제절차를 거친 후, 1991. 10. 7. 위 원부과처분의 취소를 구하기 위하여 이 사건 심판청구에 이르렀다.

2. 판 단

이 사건은 행정처분이 헌법에 위반된다는 등의 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 그 청구가 받아들여지지 아니하는 판결이 확정되어 법원의 소송절차에 의하여서는 더 이상 이를 다룰 수 없게 된 경우에, 당해 행정처분 자체의 위헌성 또는 그 근거법규의 위헌성을 주장하면서 그 취소를 구하는 헌법소원심판 청구사건이다.

우리 재판소는, 법원의 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에는 예외적으로 법원의 재판도 헌법소원심판의 대상이 될 수 있음을 선언하면서, 그와 같은 법원의 재판을 취소함과 아울러 그 재판의 대상이 되었던 원행정처분에 대한 헌법소원심판의 청구까지 받아들여 이를 취소한 바 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842).

그러나 원행정처분에 대한 헌법소원심판청구를 받아들여 이를 취소하는 것은, 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고, 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다(헌재 1998. 5. 28. 91헌

마98등).

청구인은 원행정처분의 취소를 구하고 있을 뿐, 법원의 재판에 대하여는 헌법소원심판의 청구를 제기하고 있지 아니함이 명백하고, 달리 법원의 재판이 취소되었다는 사정도 보이지 아니한다. 그렇다면 원행정처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판청구는 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 부적법하다 할 것이다.

3. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 재판관 이영모의 다음 4.와 같은 의견, 재판관 조승형의 다음 5.와 같은 반대의견이 있는 이외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

4. 재판관 이영모의 의견

나는, 이 사건의 다수의견과 결론은 같이 하나 이유를 달리하므로 아래와 같이 의견을 표시해 두고자 한다.

가. 나는, 1998. 4. 30. 선고한 92헌마239 결정에서 법원의 재판에 대한 헌법소원 심판대상의 허용범위에 관하여 “헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 위헌인 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다”는 취지의 반대의견을 개진하였고(공보 27, 378, 381 재판관 이영모의 반대의견 참조), 1998. 5. 28. 선고한 91헌마98등 결정에서는 원행정처분이 헌법소원 심판대상이 되는지 여부에 관하여 “원행정처분이 헌법소원 심판대상이 되려면 위헌인 법률을 합헌으로 해석·적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 당해 재판 자체가 헌법소원 심판대상

헌재 1998. 6. 25. 91헌마174

이 되는 한도내에서, 그 재판과 같이 원행정처분도 헌법소원 심판 대상으로 된다”라는 의견을 따로 밝힌 바가 있다. 그 이유는, 첫째 위헌인 법률을 합헌으로 해석할 권한이 없는 법원의 재판에 대하여는 헌법재판소에서 그 법률의 위헌여부와 그 법률을 적용한 법원의 재판을 헌법소원 심판대상으로 삼아 심판을 하는 것이 견제와 균형을 본질로 하는 권력분립의 원리에도 들어맞고, 헌법이 우리재판소에 맡겨준 위헌법률심판권을 헌법의 규정과 이념에 들어맞게끔 합리적이고도 적정하게 행사하는 길이기 때문이고, 둘째 법원의 재판을 취소하지 않고, 원행정처분만 취소하는 결정을 하는 것은 확정판결의 기판력에 저촉되어 법적 안정성을 해칠 뿐만 아니라 헌법과 헌법재판소법의 각 규정을 살펴보아도 이와 같은 결정을 할 수 있는 근거가 없기 때문이다.

나. 이 사건(91헌마174)의 경우, 청구인은 1988. 6. 18. 종합소득세등부과처분을 받고, 위 과세처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데, 1991. 9. 10. 청구인 패소판결이 대법원에서 확정되었고, 이어서 같은 해 10. 7. 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

그런데 위 과세처분의 근거가 된 법률은 구 법인세법(1980. 12. 13. 법률 제3270호로 개정된 것으로 1994. 12. 22. 법률 제4804호로 개정되기 전의 것) 제32조 제5항이고, 우리재판소는 1995. 11. 30. 위 조항에 대하여 “위임입법의 주제(主題)에 관하여 ‘익금에 산입한 금액의 처분’이라는 점만을 제시하고 있을 뿐 수입자가 따라야 할 기준인 소득의 성격과 내용 및 그 귀속자에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하여, 결국 납세의무의 성부 및 범위와 직접 관계 있는 소득처분에 관련된 과세요건을 정함에 있어서 아무런 기준을

제시함이 없이 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임하였으므로, 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하였다”는 이유로 이미 위헌결정을 선고한 사건이다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598).

다. 따라서 청구인으로서는 위 “가”항에서 실시한 법리에 따라 위 대법원 판결의 취소를 구하는 헌법소원과 동시에 원행정처분인 위 과세처분의 취소도 아울러 청구해야만 된다고 할 것이다. 그런데도 불구하고 청구인은 이 사건에서 위 과세처분의 취소만을 구하는 헌법소원심판을 청구하였고 청구취지를 확장할 신청기간도 이미 도과되어 부적법하므로 이 심판청구는 각하할 수밖에 없다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 우리재판소가 1998. 5. 28.에 선고한 91헌마98, 93헌마253(병합)사건에서 행정처분은 공권력인 입법·행정·사법작용 중 행정작용의 대표적인 행위형식으로써 그 행사나 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 경우에는 비록 권리구제절차로서 행정소송의 ‘재판’을 거친 행정처분의 경우라 하더라도 헌법소원심판의 대상이 된다는 취지의 반대의견을 상세하게 밝힌 바 있으므로 다수의견에 대하여 여전히 반대한다. 그 이유는 위 사건의 반대의견을 그대로 인용하며 그 요지는 다음과 같다.

가. 헌법 제111조 제1항 제5호의 위임정신이나 헌법재판소법 제68조 제1항의 입법취지는 ‘법원의 재판’에 대한 직접적인 소원과 권리구제절차로서의 ‘재판’을 거친 원공권력작용에 대한 소원(간접적인 재판에 대한 소원)을 명백히 구분하고 있으며 ‘재판’을 제외한 모든 공권력작용에 대한 헌법소원은 다른 법률에 정하여진 권리구

헌재 1998. 6. 25. 91헌마174

제절차를 모두 거치게 되면 헌법소원을 제기할 수 있고, ‘다른 법률에 구제절차가 있는 경우’라 하여 ‘행정소송법에 구제절차가 있는 경우’를 제외하고 있지 않은 점으로 본다면 구제절차로서 ‘재판’을 거친 원공권력작용도 헌법소원의 대상임을 명백히 하고 있다.

나. 다수의견이 헌법소원의 대상이 되는 행정작용 중에서 행정처분을 제외시키는 논거로 헌법 제107조 제2항 규정, 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 불인정 판례(1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842) 및 기관력문제 등을 들고 있으나 이는 다음과 같이 모두 부당한 주장이다.

(1) 헌법 제107조 제2항의 문언에 따르더라도 처분자체의 위헌·위법성이 재판의 전제가 된 경우에 한해서 대법원이 최종적으로 심사할 권한을 가지고 있을 뿐이므로, 그 경우를 제외하고는 처분자체에 의한 직접적인 기본권 침해를 다투는 헌법소원은 모두 가능하다고 할 것이며, 우리재판소가 이미 명령·규칙 자체가 직접 기본권을 침해하는 경우에는 헌법소원심판의 대상이 된다는 판례를 확립하고 있으므로 위 헌법조항에 병렬적으로 열거된 ‘처분’의 경우도 명령·규칙과 달리 보아야 할 아무런 이유가 없다.

(2) 다수의견은 우리재판소가 선고한 위 96헌마172 등 사건의 결정에서 원행정처분에 대한 헌법소원청구를 받아 들여 이를 취소한 것은 원행정처분을 심판의 대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한하여, 국민의 기본권을 신속하고 효율적으로 구제하기 위하여 가능한 것이고 이와는 달리 법원의 재판이 취소되지 아니

하는 경우에는 확정판결의 기판력으로 인하여 원행정처분은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다고 할 것이라 하여, 원행정처분에 대하여 헌법소원심판을 하는 것은 단순한 행정작용에 대한 심사가 아니라 사법작용과 행정작용에 대한 심사를 동시에 행하는 것으로서 결국 원칙적으로 배제된 법원의 재판에 대한 헌법소원을 사실상 허용하는 것이라고 주장한다.

그러나 ‘재판’을 헌법소원의 대상에서 원칙적으로 제외시킨 것은 법관의 오심에 의한 기본권침해 또는 소송절차상의 기본권침해 등을 이유로 하는 판결이나 결정 등에 대하여 제기되는 헌법소원을 배제한다는 것, 즉 재판작용이 원인이 되어 새로이 발생하는 기본권침해 문제를 헌법소원의 대상으로 삼을 수 없다는 것일 뿐, “재판을 제외하고는”이라는 범문으로부터 재판의 원인된 원행정처분 자체에 대한 헌법소원까지도 배제하는 것이라고는 볼 수 없으며, 소송물의 관점에서 보더라도 재판에 대한 헌법소원의 원칙적인 배제규정은 곧 원행정처분에 대한 헌법소원의 배제규정이라고 유추 해석을 할 수도 없다. 이 점은 비교법적으로도 충분히 논증된다.

또한 위 사건 결정의 관시취지는 결코 다수의견이 지적한 바와 같은 취지가 아니다. 즉 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판만이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 될 수 있을 뿐, 이러한 경우가 아닌한 법원의 재판에 대한 헌법소원은 허용되지 아니한다는 취지로써, 그 재판자체까지 취소할 것을 청구하는 경우에 한하여 원행정처분에 대한 헌법소원이 허용되는 것이라는 취지가 아니다.

(3) 헌법재판소의 원행정처분취소·공권력불행사위헌확인 결정

헌재 1998. 6. 25. 91헌마174

의 기속력은 행정처분에 대한 법원의 확정재판의 기판력에 우선한다고 봄이 마땅하므로 ‘기판력의 본질’과 ‘원행정처분에 대한 헌법재판소의 취소·위헌확인결정’이 서로 충돌하는 것은 아니며 위 기속력으로 인하여 위 기판력이 소멸할 뿐이다.

이는 법원의 확정재판의 취소(예컨대 재심)에 의하여 기판력이 소멸되는 법리와 다를 바 없다.

다. 이상과 같이 다수의견은 부당하고 원행정처분에 대한 헌법소원의 대상성이 인정된다고 할 것이므로 이 사건 심판청구는 적법하여 본안판단을 하였어야 마땅하다.

재판관 김문희(재판장) 이재화 조승형(주심) 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현

불기소처분취소

(1998. 6. 25. 95헌마100 전원재판부)

【판시사항】

1. 기본권을 직접적으로 침해받지 않은 단체나 고발인도 헌법소원심판을 청구할 수 있는지 여부(소극)
2. 대통령의 재직중 공소시효진행의 정지여부(적극)

【결정요지】

1. 단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없으며, 고발인은 범죄사실에 대한 직접 피해자가 아니므로 불기소처분 자체로 인하여는 그 자신의 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해받은 바가 없어 자기의 기본권의 침해가 있었음을 전제로 자기관련성을 내세워 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용될 수 없다.

2. 대통령의 재직중에는 공소시효의 진행은 당연히 정지되므로 피고소인의 대통령 재직중 행위를 대상으로 한 이 사건 고소사실은 피고소인이 대통령으로 재직하던 1988. 2. 24.까지 공소시효가 정지되었다가 그 익일인 2. 25.부터 진행한다고 보아야 한다.

재판관 김문희의 반대의견

공소시효의 정지는 피의자의 법적 이익을 침해하는 것이므로 반드시 법률에 그 사유가 명문으로 규정된 경우에 한하여 인정할 수 있다고 함이 법치주의의 당연한 귀결인 바, 헌법 제84조에서 대통령은 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다고 규정하고 있는 것

헌재 1998. 6. 25. 95헌마100

은 대통령이 국가원수로서 국가를 대표하는 특수한 직책의 원활한 수행을 보장하고 국가의 권위를 확보하여야 한다는 필요에서 규정된 것일 뿐 공소시효의 정지에 관한 명문규정이라고 볼 수 없으므로 대통령 재직중 그의 범행에 대한 공소시효는 정지되지 아니한다고 봄이 상당하다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제5항

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1989. 12. 22. 89헌마145, 판례집 1, 413
헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289
헌재 1994. 2. 24. 93헌마33, 판례집 6-1, 124
헌재 1994. 6. 30. 94헌마21, 판례집 6-1, 707
헌재 1994. 12. 29. 93헌마167, 판례집 6-2, 483
헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112
2. 헌재 1995. 1. 20. 94헌마246, 판례집 7-1, 15

【당 사 자】

청 구 인 양정모 외 1인

청구인들 대리인 변호사 김평우

피청구인 서울지방검찰청 검사

【주 문】

이 사건 심판청구 중, 청구인 국제그룹북원본부의 청구와 청구인 양정모의 피고소인 김용산, 같은 장상태, 같은 김중원에 대한 청구 및 청구인 양정모의 피고소인 전두환에 대한 청구 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임), 특정경제범죄가중처벌등에

관한법률위반(공갈) 부분을 모두 각하하고, 청구인 양정모의 피고소인 전두환에 대한 청구중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)부분을 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 증거자료(서울지방법검찰청 1993년 형제107827호 불기소 사건기록)에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인 양정모는 1993. 9. 27. 서울지방법검찰청에 피고소인 전두환, 장상태, 김중원을 각 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(공갈)죄로, 피고소인 김용산을 위 같은 죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄로 각 고소(청구인 국제그룹복원본부는 각 고발)하였는 바 고소(고발)사실의 요지는 다음과 같다.

피고소인 전두환은 1981. 2. 25.부터 1988. 2. 24.까지 대한민국 대통령직에 있던 자, 피고소인 김용산은 (주)극동건설 회장, 피고소인 장상태는 (주)동국제강 회장, 피고소인 김중원은 (주)한일합섬 회장으로 각 근무하는 자들인 바

(1) 피고소인들은 1985. 1. 하순경 피고소인 전두환의 지휘로 그 해 2. 12. 총선직후 청구인 양정모 경영의 전 국제그룹을 선인수방식으로 전면해체한 후 피고소인 김용산이 (주)국제상사 건설부분 및 (주)동서증권, 피고소인 김중원이 (주)국제상사, 국제센터빌딩, 제주하이야트호텔을, 피고소인 장상태가 (주)연합철강을 각

헌재 1998. 6. 25. 95헌마100

인수하는 방법으로 위 청구인의 재산권 및 경영권을 강취하기로 공모하고, 공동하여,

그해 2. 7. 피고소인 전두환은 당시 재무부장관 김만제에게 국제그룹 재산권 및 경영권 강취에 대한 실행지침을 하달하여, 그달 11. 동인으로 하여금 강취방안을 마련하고, 그달 20. 국제그룹 주거래은행인 제일은행장 이필선에게 그 강취방법을 통고케 하는 한편, 그달 21. 위 청구인에게 위 이필선을 통하여 강취방침을 전격 통고하는 등으로 공권력의 힘으로 위 청구인을 항거불능상태에 빠뜨린 후, 즉시 동인의 국제그룹에 대한 경영권상실을 기정사실화 하는 내용의 국제그룹해체발표문을 언론에 보도케하여 국제그룹의 재산권 및 경영권을 사실상 강취하는 등 피고소인 전두환은 국제그룹 재산권 및 경영권강취를 목적으로 한 범죄단체의 수괴, 피고소인 김용산, 장상태, 김중원은 동 범죄단체의 간부의 역할을 분담하는 등 범죄단체를 조직하고,

(2) 피고소인들은 국제그룹 계열사를 유리한 조건으로 인수할 목적으로 공모공동하여

1985. 2. 21. 피고소인 전두환은 위 김만제를 통하여 위 이필선으로 하여금 국제그룹을 무단해체한 후 선인수 방식으로 피고소인들 경영회사에서 분할 인수하도록 강요하고 위 이필선 및 관련 채권은행인 상업은행장 김상찬, 서울신탁은행장 구기환등의 인수업체선정권한을 박탈함으로써 추후 실사 및 인수조건 교섭과정에서 위 은행장들로 하여금 피고소인 김용산이 (주)국제상사 건설부문 및 (주)동서증권, 피고소인 김중원이 (주)국제상사, 국제센터빌딩, 제주하이야트호텔을, 피고소인 장상태가 (주)연합철강을 각 유리한

조건으로 인수케하는 등으로 위 인수업체들에게 도합 금 8,219억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 함과 동시에 위 채권은행들에게 동액 상당의 재산상 손해를 가하도록 교사하고,

(3) 피고소인들은 위 제(2)항과 같은 목적으로 공모공동하여

1985. 2. 하순경부터 그해 3. 초순경 사이에 피고소인 전두환은 재무부장관 김만제를 통하여 신임 제일은행장 이석주 및 위 김상찬, 구기환 등 관련 은행장들에게 인수업체 부당폭리 조건인 국제계열사의 선인수방식처분 가계약을 체결토록 강요하여 위 이석주로 하여금 주당가격 1원의 국제상사주식 및 동 경영권양도 가계약서를, 위 구기환으로 하여금 우량, 불량기업 합산의 정산방식으로 연합철강, 국제종합기계주식 및 동 경영권 일괄양도 가계약서를 각 작성하여 청구인 등 구 주주들로부터 강제날인을 받아내도록 지시하고, 위 김상찬으로 하여금 국제상사 건설부문을 국제상사의 주주총회 결의나 청구인의 동의없이 (주)극동건설과 위탁경영계약을 체결토록 지시하는 등으로 피고소인들 경영의 인수업체들로 하여금 액수미상의 재산상 이익을 취득케하여 이를 갈취하고,

(4) 피고소인 전두환, 피고소인 김용산은 국제그룹의 인수자금으로 충당할 목적으로 공모공동하여

1985. 2. 27. 피고소인 전두환은 재무부장관 김만제를 통하여 위 김상찬에게 국제상사 건설부문 인수업체인 (주)극동건설에 300억 원을 특별대출하여 주도록 지시하여 위 김상찬으로 하여금 정당한 대출절차를 밟지 아니한 채 그해 4. 11. 위 회사에 동 금액을 부당대출하게 함으로써 위 회사에 300억원 상당의 재산상 이익을 취득하게 함과 동시에 상업은행에 동액 상당의 재산상 손해를 가

헌재 1998. 6. 25. 95헌마100

하도록 교사하고,

(5) 피고소인 김용산은

1985. 4. 11.경 위 제(4)항과 같이 (주)극동건설 명의로 대출받은 300억원을 업무상 보관중 그 중 수십억원을 자신의 비자금계좌로 입금하고 개인용도에 사용하여 이를 횡령하였다.

나. 피청구인은 위 고소(고발)사건에 대하여 범죄의 혐의가 없다는 이유로 불기소처분을 하였다.

다. 청구인들은 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고, 재항고를 하였으나 모두 기각되자, 피청구인의 위 불기소처분으로 인하여 헌법상 보장된 청구인들의 평등권 및 재판절차진술권을 침해받았다고 주장하고 위 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

(1) 자기 관련성

단체는 원칙적으로 단체자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289; 1994. 2. 24. 93헌마33, 판례집 6-1, 124; 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112 등 참조). 또한 고발인은 범죄사실에 대한 직접 피해자가 아니므로 비록 그가 고발하였다 하더라도 불기소처분 자체로 인하여는 그 자신의 헌법상 보장된 기본권을 직접 침해받은 자가 아니므로 달리 특별한 사정이 없으면 고발인이 자기의 기본권의 침해가 있었음을 전

제로 자기관련성을 내세워 헌법소원심판청구를 하는 것은 허용될 수 없다는 것이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌재 1994. 6. 30. 94헌마21, 판례집 6-1, 707; 1994. 12. 29. 93헌마167, 판례집 6-2, 483; 1989. 12. 22. 89헌마145, 판례집 1, 413 등 참조). 그런데 청구인 국제그룹복원본부는 해체된 국제그룹의 복원을 목적으로 1988. 8. 경비로소 결성된 단체로서 결성 이전에 이미 이루어진 국제그룹 해체로 인하여 단체자신의 기본권이 직접 침해당하였을 리가 없어 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 없을 뿐 아니라 국제그룹복원본부는 단순한 고발인에 불과하고 직접 피해자가 아니므로 자기관련성도 없어 위 단체가 청구한 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

(2) 권리보호의 이익

(가) 피고소인 김용산, 같은 장상태 및 같은 김중원에 대한 청구

범죄에 대한 공소시효가 완성되었을 때에는 그 범죄에 대한 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법하다 함이 우리재판소의 확립된 관례이다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31; 1995. 9. 28. 94헌마263, 판례집 7-2, 372 등 참조). 그런데 위 피고소인들에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)죄(1989. 3. 25. 법률 제4090호로 개정되기 전의 것) 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것, 이하 같다), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(공갈)죄, 피고소인 김용산에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄는 모두 그 법정형이 무기 또는 5년 이

헌재 1998. 6. 25. 95헌마100

상의 징역으로서 각 그 공소시효기간이 10년이다(형사소송법 제249조 제1항 제2호). 따라서 위 피고소인들에 대한 1985. 1. 하순경부터 그해 2. 21.까지 사이의 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)죄, 그해 2. 21.의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄, 그해 2. 하순경부터 3. 초순까지 사이의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(공갈)죄, 피고소인 김용산에 대한 그해 4. 11.의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄의 피고소사실은 각 그때부터 진행하여 적어도 1995. 2. 20., 그해 3. 중순 및 그해 4. 10.이 경과함으로써 각 공소시효가 완성되었으므로 위 피고소인들에 대한 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 모두 부적법하다.

(나) 피고소인 전두환에 대한 청구

대통령의 재직중에는 공소시효의 진행이 당연히 정지된다(헌재 1995. 1. 20. 94헌마246, 판례집 7-1, 15 참조). 그러므로 위 피고소인의 대통령 재직중 행위를 대상으로 한 이 사건 고소사실은 위 피고소인이 대통령으로 재직한 1988. 2. 24.까지 공소시효가 정지되었다가 그 익일인 2. 25.부터 진행한다고 보아야 할 것이다. 그런데 위 피고소인에 대한 고소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(공갈)죄의 공소시효기간은 위 제(2)의 (가)항에서 본 바와 같이 각 10년이어서 1998. 2. 24. 이 경과함으로써 공소시효가 완성되었으므로 이 부분에 대한 심판청구는 권리보호의 이익이 없어 모두 부적법하다. 다만 위 피고소인에 대한 고소사실중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)죄의 공소시효기간은 15년이어서 공

소시효가 2003. 2. 24. 완성되므로 이 부분에 대한 심판청구는 적법하다.

나. 본안에 관한 판단

피고소인 전두환에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직) 부분은, 기록을 자세히 살펴보아도 피청구인이 청구인 양정모의 위 고소사건에 관하여 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였거나, 헌법의 해석, 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분에 영향을 미친 중대한 잘못이 있었다고 보여지지 아니하며, 달리 피청구인의 위 불기소처분이 헌법재판소가 관여할 정도의 자의적 처분이라고 볼 자료도 없으므로 이로 말미암아 위 청구인 주장의 기본권이 침해되었다고 볼 수 없다.

3. 결 론

그렇다면, 이사건 심판청구중 청구인 국제그룹복원본부의 청구와 청구인 양정모의 피고소인 김용산, 같은 장상태, 같은 김중원에 대한 청구 및 청구인 양정모의 피고소인 전두환에 대한 청구중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(공갈) 부분은 부적법하므로 모두 각하하고, 청구인 양정모의 피고소인 전두환에 대한 청구 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)부분은 이유없으므로 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 피고소인 전두환에 대한 청구 중 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(범죄단체조직)부분에 관하여 재판관 김문희의 아래와 같은 반대의견이 있는 외에는 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

4. 재판관 김문희의 청구인 양정모의 피고소인 전두환에 대한 청구중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)부분에 대한 반대의견

가. 다수의견은 헌법 제84조(“대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”)를 근거로 대통령으로 재직중 형사상의 소추를 받지 아니하는 범죄에 대하여는 대통령으로 재직할 기간동안 공소시효의 진행이 정지되는 것으로 보고, 청구인 양정모의 이 사건 고소사실중 피고소인 전두환에 대한 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직)죄에 대한 공소시효는 그가 대통령으로 재직할 기간동안 그 진행이 정지되어 아직 완성되지 아니하였으므로 이 부분에 대하여는 본안판단을 하여야 한다는 것이다.

그러나 나는 대통령이 내란 또는 외환의 죄가 아닌 다른 죄를 범한 경우에도 대통령으로 재직하는 기간 동안 공소시효의 진행이 정지되는 것은 아니므로 위 청구인의 피고소인 전두환에 대한 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(범죄단체조직) 부분은 공소시효 완성을 이유로 각하하여야 한다고 보아 다수 의견에 반대하는 것이다.

나. 대통령으로 재직중 형사상의 소추를 받지 아니하는 범죄에 대하여도 대통령으로 재직하는 동안 공소시효의 진행이 정지되지 아니한다는 나의 의견은 우리 재판소가 1995. 1. 20. 선고한 94헌마246 사건(판례집 7-1, 15, 69)에서 이미 자세하게 밝힌 바 있으므로 여기서는 그 이유의 요지만을 밝힌다.

(1) 헌법 제84조는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우

를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다”라고 규정하고 있다. 나는 위 헌법 제84조가 글자 그대로 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외한 다른 범죄를 범한 경우에는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니하도록 하여 국가의 원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위에 있는 대통령이라는 특수한 직책의 원활한 수행을 보장하고, 그 권위를 확보하여 나라의 체면을 유지하도록 해야 한다는 필요에서 규정된 것일 뿐이므로, 위 헌법조항에서 당연히 재직중 형사상의 소추가 금지된 범죄에 대하여도 대통령으로 재직중 기간 동안은 공소시효의 진행이 정지된다는 해석이 도출된다고 볼 수는 없다고 생각한다.

공소시효제도는 범죄행위가 끝난 뒤 공소가 제기되지 않고 일정한 기간이 경과되면 국가의 소추권행사를 못하도록 한 제도이므로 그것이 피의자의 법적 지위에 안정을 가져다 주는 이로인한 것은 틀림없다. 그러나 공소시효의 정지는 그 정지된 기간 만큼 시효기간을 연장하는 것으로 되어 피의자가 공소시효제도에 의하여 보장받는 법적이익을 침해당하는 결과가 되므로, 그 정지사유는 헌법 제37조 제2항의 정신에 비추어 반드시 법률에 그 사유가 명문으로 규정된 경우에 한하여 인정할 수 있으며, 그러하지 아니하는 한 공소시효의 진행은 방해받지 아니한다고 하여야 함이 법치주의원칙의 당연한 귀결이다.

(2) 그런데 형사소송법을 비롯한 우리의 실정법은 공소시효의 정지사유를 원칙적으로 “공소의 제기 또는 이에 준하는 경우”에 비로소 시효가 정지될 수 있음을 밝히고 있을 뿐, 공소의 제기가 법률의 규정으로 말미암아 제한을 받는 경우, 즉 검사가 법률상의

헌재 1998. 6. 25. 95헌마100

장애사유로 인하여 소추권을 행사할 수 없는 경우에도 이를 공소시효의 정지사유로 규정하고 있지 아니하다.

그럼에도 불구하고 헌법 제84조의 뜻을 다수의견과 같이 별도의 공소시효 정지사유를 규정한 것이라고 풀이한다면 법률에 명문의 규정을 두지 아니한 경우에도 헌법이나 법률의 해석을 통하여 공소시효 정지사유를 인정할 수 있게 되므로, 공소시효제도에 의하여 보장되는 피의자의 법적 이익이 법률의 근거 없이 침해되게 되고, 이는 곧 우리 헌법의 기본이념의 하나인 법치주의에 반하는 결과에 이르게 된다. 또한 이러한 결과는 헌법재판소의 결정으로 새로운 공소시효의 정지사유를 신설하는 내용의 적극적인 입법을 하는 것으로 볼 수 있기 때문에 권력분립의 원칙에 따른 헌법재판 제도의 한계를 벗어난 것이 아닌가 하는 의문을 생기게 한다.

(3) 요컨대 나는, 헌법 제84조는 공소시효의 정지 여부와는 아무런 관련이 없는 조항이고, 위 헌법조항을 대통령 재직중 공소시효가 정지된다고 해석하지 아니한다 하여 법치주의에 반하거나 정의와 형평에 반하는 것으로 생각하지 아니한다. 시효제도는 본래 그 적용을 받게 되는 사람과 그렇지 못한 사람 사이에 차별이 생기기 마련인 제도이고, 형평에 반하는 결과의 근본원인이 위 헌법조항의 탓이 아니라 바로 공소시효와 그 정지사유를 규정한 우리 형사소송법 등 관계법률의 미비에 있기 때문이다.

다시 말하거니와 공소시효는 법률로써 명문의 규정을 둔 경우에 한하여 정지되는 것인데, 헌법 제84조는 결코 공소시효의 정지에 관한 명문규정이라고 볼 수 없다. 그리고 헌법에는 물론 형사소송법이나 우리 실정법 체계의 다른 어느 법률이나 법률조항에도 대

통령 재직중 그의 범행에 대한 공소시효의 진행이 정지된다고 한 명문의 규정이 없으므로 대통령 재직중 그의 범행에 대한 공소시효는 정지되지 아니한다고 보아야 한다는 것이 나의 의견이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 이재화 조승형 정경식
고중석 신창언 이영모 한대현(주심)