

회사정리법 제149조 위헌제청

(1996. 8. 29. 95헌가15 전원재판부)

[판례집 8권2집, 1~16]

【관시 사항】

회사정리법(會社整理法) 제149조가 위헌(違憲)인지 여부

【결정 요지】

가. 회사정리법(會社整理法) 제147조, 제151조, 제152조가 집행력있는 채무명의 또는 중국판결이 있는 정리채권에 대하여 이의가 있거나, 혹은 집행력 있는 채무명의 또는 중국판결이 없는 정리채권에 대하여 관리인이 아닌 자만이 이의를 한 경우와 구별하여, 아직 집행력 있는 채무명의나 중국판결이 없는 정리채권에 대하여 관리인이 이의를 한 경우에는 그 권리를 주장하는 자에게 제소의무를 부담시키고 있는 것은 회사정리절차의 공익적 목적에 봉사하기 위하여 합리적으로 구분하여 제소의무를 분배한 것이며, 한편 회사정리절차개시결정에 의하여 중단된 정리채권에 관한 소송이 다시 계속되기 위하여는 회사정리법(會社整理法)의 다른 규정과의 조화를 위하여 소송의 주관적·객관적 변경이 요구되고, 이러한 변경은 사실상 새로운 제소와 다르지 않는 것이므로, 결국 회사정리법(會社整理法) 제149조가 그 권리자에게 소송수계신청의 의무를 부담시킨 것은 회사정리법(會社整理法)의 목적을 달성하기 위한 합리적 고려에서 나온 것으로서 정리채권자에 대하여만 회사, 관리인 또는 다른 이해관계인과 비교하여 합리적인 사유없이 자의적으로 차별적 대우를 한 것이라고 할 수 없다.

나. 출소기간의 제한은 재판청구권에 대하여 직접적인 제한을 가하는 것이지만, 그 제한이 출소를 사실상 불가능하게 하거나 매우 어렵게 하여 “사실상 재판의 거부”에 해당할 정도로 재판청구권의 본질적인

내용을 침해하지 않는 한, 구체적인 법률관계의 성질에 비추어 그 법률관계를 조속히 확정할 합리적인 필요가 인정되는 경우에는 헌법(憲法) 제37조 제2항에 따라 상당한 범위내에서 입법재량으로 허용되는 것이다. 그런데 이 사건 심판대상규정을 보면 “권리조사가 있는 날로부터 1월내”라고 수계신청기간을 제한하고 있으나, 그 1개월이 중단된 소송절차의 수계를 신청하기에 비교적 충분한 기간으로서 “사실상 재판의 거부”라고 볼 수 있는 경우로는 보이지 아니하며, 회사정리절차가 다수관계인의 이해관계가 한꺼번에 조정되어야 할 필요가 있고 절차의 간이·신속성이 요구된다는 점에 비추어 합리적인 범위내의 제한이라고 볼 수 있으므로, 이 제한은 재판청구권의 본질적 내용을 침해한 것이라고 볼 수 없다.

다. 법률에 제소기간 또는 그와 동일한 법적효과를 갖는 수계신청기간이 명시된 경우에는 그 자체가 실권에 대한 경고로서의 의미를 갖는 것이므로, 별도로 그 기간을 해태할 경우 소권을 상실한다고 사전에 통지 또는 경고하는 절차규정을 두지 아니하였다 하여 재판청구권 또는 재산권을 위험적으로 침해한 것이라고 할 수 없는 것이다. 이 사건 심판대상 규정은 “권리의 조사가 있는 날로부터 1월내에” “소송을 수계하여야”함을 문언상으로 명확하게 규정하고 있으므로, 이러한 법률의 규정 그 자체로서 사전경고의 기능을 충분히 한다고 볼 수 있어 이 사건 심판대상규정에 의한 수계신청기간에 관하여 별도의 경고절차규정이 없다 하여 재판청구권이나 재산권을 위험적으로 침해한 것이라고 볼 수 없다.

제청법원	창원지방법원		
제청신청인	1. 조	○	제
	2. 송	○	연
	3. 조	○	숙
	4. 조	○	제
	5. 조	○	제
	대리인	변호사	지 명 철
당해소송사건	창원지방법원 94가단16574 손해배상(산)		

【심판대상조문】

회사정리법(會社整理法) 제149조(이의 있는 정리채권 또는 정리담보권에 관한 소송의 수계) ① 제147조 제1항에 제기한 정리채권 또는 정리담보권에 관하여 정리절차개시결정 당시 소송이 계속하는 경우에 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 권리의 확정을 청구하고자 할 때에는 이의자를 상대로 하여 소송을 수계하여야 한다.

② 제147조 제2항 내지 제4항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항

헌법(憲法) 제27조 제1항, 제37조 제2항

헌법(憲法) 제23조 제1항, 제27조 제1항

【참조 판례】

1992.6.26. 선고, 91헌가8·9(병합) 결정

1996.1.25. 선고, 93헌바5·58(병합) 결정

1992.7.23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 92헌바25(병합) 결정

1993.12.23. 선고, 92헌바11 결정

1993.12.23. 선고, 92헌가12 결정

【주 문】

회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호) 제149조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인 조○제와 그의 처자인 나머지 제청신청인들은,

제청신청인 조○제가 1992. 3. 10. 신청의 주식회사 ○○공영(이하 "○○공영")에 근무하던 중 ○○공영의 피용자의 과실로 인하여 상해를 입었다고 주장하면서, 1994. 9. 23. ○○공영을 피고로 하여 이 사건 당해소송인 창원지방법원 94가단16574 손해배상청구소송을 제기하여 그 절차가 진행중에 있었다.

1994. 11. 17. 인천지방법원이 같은 법원 93과466호로 ○○공영에 대하여 회사정리절차개시결정을 내리자, 이에 따라 제청신청인들과 ○○공영 사이의 이 사건 당해소송은 회사정리법 제68조에 의하여 절차가 중단되었다.

제청신청인들은 1995. 1. 14.의 정리채권조사기일에 출석하여 이 사건 당해소송에서 구하는 손해배상청구권을 정리채권으로 신고하였는데, 정리회사 ○○공영의 관리인은 이에 대하여 이의를 제기하였다. 제청신청인들은 위 이의에 대하여 아무런 조치를 취하지 아니하다가 1995. 5. 9.에 이르러 비로소 이의자인 정리회사 ○○공영의 관리인을 상대로 하여 이 사건 당해소송의 수계신청을 하였다.

(2) 수계신청의 상대방인 정리회사 ○○공영의 관리인이, 회사정리법 제149조 제1항, 제2항 및 제147조 제2항에 의하여 제청신청인들의 위 수계신청을 각하하여 줄 것을 항변으로 제출하자, 수계신청인들은 위 규정에 대한 위헌제청을 신청하였고, 이에 따라 창원지방법원은 헌법재판소법 제41조 제1항에 의하여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 관련 규정 및 심판의 대상

(1) 회사정리법(1962. 12. 12. 법률 제1214호) 제149조 【이의 있는 정리채권 또는 정리담보권에 관한 소송의 수계】 ① 제147조 제1항에 제기한

정리채권 또는 정리담보권에 관하여 정리절차개시결정 당시 소송이 계속하는 경우에 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 권리의 확정을 청구하고자 할 때에는 이의자를 상대로 하여 소송을 수계하여야 한다.

② 제147조 제2항 내지 제4항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

제147조 【정리채권 또는 정리담보권 확정의 소】 ① 이의(회사의 이의는 제외한다) 있는 정리채권 또는 정리담보권에 관하여는 그 권리자는 그 이의자에 대하여 소로써 그 권리의 확정을 청구할 수 있다.

② 전항의 소는 그 권리의 조사가 있는 날로부터 1월내에 제기하여야 한다.

③ 이의자가 수인 있을 때에는 이를 공동피고로 한다.

④ 법원은 정리채권자 또는 정리담보권자의 청구에 의하여 그 권리에 관한 정리채권자표 또는 정리담보권자표의 초본을 교부하여야 한다.

(2) 제청법원은 위헌제청결정의 주문에서 회사정리법 제149조를 위헌여부 심판의 대상으로 특정하였다. 그러나 제청이유와 관련하여 실제 위헌여부의 판단의 대상이 되는 것은 첫째, 정리채권자에게만 수계신청의 의무를 부과한 회사정리법 제149조 제1항, 둘째, 수계신청의 기간을 조사기일로부터 1개월 내로 정한 회사정리법 제149조 제2항 중 제147조 제2항을 준용하는 부분이라 할 수 있다.

2. 제청이유 및 관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유의 요지

이미 제기되어 계속중이고, 다만 회사정리절차개시결정에 의하여 정지되어 있는 상태에 있는 소송의 한 절차에 지나지 아니하는

수계신청의 기간을 출소기간과 동일하게 취급하여, 이를 해태한 경우 실권시키는 것은 이로써 보호하려는 법익에 비하여 너무 큰 불이익을 주는 것으로 국민의 재판받을 권리를 필요 이상으로 제한하고 있는 것이다.

정리채권자에 대하여만 회사정리절차개시결정에 의하여 정지되어 있는 소송의 수계신청의무를 부담시키고, 정리회사 관리인에게는 아무런 의무를 부담시키지 아니하는 것은 평등의 원칙에 어긋난 것이 아닌가 하는 의문이 있다.

소송수계의 기간을 제한하고, 이를 도과하였을 경우 실권이라는 불이익을 가하려면, 법률에 사전에 이를 필요적으로 경고하거나 통지하도록 함이 합리적인 입법의 방법이라 할 것인데, 이러한 사전 경고 내지 통지의 규정이 없다.

나. 제청신청인들 대리인의 의견요지

채권은 10년의 소멸시효가 있고 실체상의 권리가 소멸되지 않는 한 소송을 제기할 수 있는 것이 당연한 법리라 할 것인데, 회사정리법은 그 자체가 난해한 데다가 오로지 회사정리의 목적에만 급급하여 채권자의 이해를 충분히 고려하지 아니하고, 1월이라는 단기간의 수계신청기간을 정하여 헌법상의 정당한 재판받을 기본권을 침해하고 있다.

회사정리법상 회사정리절차개시결정 전에 소송이 계속중인 경우에는 정리회사를 상대로 수계신청을 하도록 하면서 그 수계신청기간을 제한하고 있는 반면, 소송을 제기하지 않은 채권자는 아무런 수계절차 없이 바로 정리회사를 상대로 출소기간의 제한을 받지 아니하고 언제든지 소송을 제기할 수 있어 헌법상 기회균등의 평등권

을 침해하고 있다.

순수한 절차법인 회사정리법의 규정이 실제법상의 권리인 손해배상청구권을 소멸시키는 것은 헌법에 위반된다.

다. 법무부 장관의 의견요지

헌법이 보장하는 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것일 뿐이고, 구체적인 소송에 있어서 특정의 당사자가 승소판결을 받을 권리를 의미하는 것은 아니다.

회사정리절차는 공익상의 필요에 의하여 재정적 궁핍으로 파탄에 직면한 회사의 정리채권이라는 목적을 이루기 위하여 회사가 부담하고 있는 채무 또는 책임을 감소시켜 되도록 부담이 가벼워진 상태에서 회사가 영업을 계속하여 수익을 올릴 수 있는 여건을 만들어 주자는 것이므로, 회사에 대한 채권자 등 이해관계인의 권리에 대하여는 면책 등 광범위한 변경을 가하여 그 이해를 조정하지 아니할 수 없다.

회사정리법상 이의가 있는 채권의 신속한 확정을 위하여 출소기간 및 소송수계신청기간을 1개월로 설정한 것은 회사정리제도의 취지 및 입법목적달성을 위하여 필요하고도 합리적인 제한이다. 그러므로 소송수계신청기간이 도과하여 정리회사에 대한 정리채권자의 권리가 상실되는 결과 정리채권자의 청구가 법원에 의하여 받아들여지지 아니하여 승소판결을 받을 수 없게 되었다 하더라도, 이를 들어 정리채권자의 재판을 받을 권리 자체가 제한되거나 박탈된 것이라고 볼 수 없고, 회사정리절차를 신속하게 진행하려는 회사정리제도의 취지 및 입법 목적에 비추어 볼 때 국민의 재판을 받을 권

리를 필요 이상으로 제한하는 것이라고도 할 수 없을 것이다.

정리채권자에게 수계신청의무를 부담시켜 정리채권자로 하여금 소송의 수계신청을 하도록 한 이유는 정리채권 등의 신속한 확정을 기하여 종국적으로 기업의 정리재건을 도모하여 채권자와 주주 등 모든 관련자의 이익을 보호하기 위한 것이라 할 것이므로, 합리적인 이유 없이 차별대우하는 것이라 할 수 없다.

소송수계기간을 명시적으로 통지하는 규정을 두지 아니한 것을 들어 헌법상의 재산권을 침해하거나 재판 받을 권리를 침해한 것이라고 할 수 없다.

3. 판단

가. 당해소송 사건에 대한 법률적 검토 및 쟁점의 정리

(1) 회사정리절차개시결정과 정리채권에 관한 관련규정의 검토

회사에 대하여 정리절차개시전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권을 정리채권이라 한다(제102조). 정리절차개시결정 전에 회사를 상대로 하여 정리채권의 이행을 구하는 소가 제기된 경우, 그후 정리절차개시의 결정이 있는 때에는 그 소송절차는 중단한다(제68조). 정리절차개시결정이 내려진 경우, 정리채권자는 그가 가진 정리채권으로 정리절차에 참가할 수 있는데(제113조), 정리절차에 참가하기 위하여는, 법원이 정한 신고기간내에 성명, 주소, 채권의 내용 등을 신고하고(제125조 제1항), 그 밖에도 정리채권에 관하여 정리절차개시 당시 소송이 계속하는 때에는 법원, 당사자, 건명과 번호를 신고하여야 한다(제125조 제3항).

이와 같이 신고된 정리채권에 대하여는, 조사기일을 열어 정리채권의 내용과 원인 등을 조사하게 되는데(135조), 신고된 정리채권에

관하여 관리인, 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 이의가 없는 경우에는 확정되어(제143조), 정리채권자표에 기재됨으로써 확정판결과 동일한 효력을 갖게 된다(145조). 정리채권에 대하여 관리인, 다른 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주로부터 이의가 제기된 경우에는 정리채권확정의 소를 통하여 확정하도록 하고 있다. 즉, 회사정리절차개시결정 당시 아직 회사를 상대로 하여 그 정리채권에 관한 소송을 제기하지 아니한 정리채권자는 조사기일로부터 1월내에 그 이의자를 상대로 그 권리의 확정을 구하는 소를 제기하여야 하고(제147조 제1항, 제2항), 회사정리절차개시결정 당시 회사를 상대로 하여 그 정리채권에 관한 소송이 계속중인 정리채권자는 조사기일로부터 1월내에 이의자를 상대로 하여 계속중인 소송의 수계를 신청하여야 한다(제149조 제1항, 제2항, 제147조 제2항).

(2) 회사정리법의 관련규정에 의한 당해소송 사건의 검토

제청신청인들이 ○○공영에 대하여 가지고 있다고 주장하는 손해배상청구권은 제청신청인 조동제가 1992. 3. 10. ○○공영의 사업장에서 입은 상해로 인하여 발생한 것이라고 하고 있으므로(즉, 회사정리절차개시결정이 내려진 1994. 11. 17. 전에 발생한 것이다), 정리채권에 해당한다. 제청신청인들은 1994. 9. 23. ○○공영을 상대로 이 사건 당해소송을 제기하여 소송이 계속중 1994. 11. 17. 회사정리개시결정이 내려짐에 따라 그 소송절차가 중단되었다. 제청신청인들이 위 손해배상청구권을 신고하고, 1995. 1. 14. 조사기일에 출석하였는바, 관리인은 위 손해배상채권에 대하여 이의를 제기하였다. 따라서 제청신청인들로서는 이의를 받은 날로부터 1월내에 관리인을 상대로 하여 위절차가 중단된 소송의 수계를 신청하여야 하는 면

데, 이를 도과하여 1995. 5. 9.에 이르러 비로소 수계신청을 하였다.

회사정리법 제149조 제2항에 의하여 준용되는 제147조 제2항의 수계신청기간은 불변기간으로, 기간경과후 수계신청이 제출된 경우 그 신청을 각하하여야 한다(대법원 1989. 4. 11. 89다카4113 결정 참조). 물론 이로 인하여 손해배상청구권이라는 실체적 권리가 소멸하는 것은 아니고, 다만 정리절차참가자격이 부정되는데 그치는 것이나(위 대법원 결정 참조), 결과적으로 강제이행을 구할 수 없다는 점에서 일종의 자연채무로 남게 된다.

(3) 쟁점의 정리

이 사건 심판대상의 규정은 수계신청의무를 정리채권자에게 부담시키고, 수계신청기간을 이의가 있는 날로부터 1월로 제한하고 있으며, 또한 실권의 위험에 대한 별도의 사전 경고절차조항을 두고 있지 아니하다. 제청신청인들 및 제청법원은 헌법이 보장하는 재판청구권, 평등권 및 재산권의 관점에서 이 사건 심판대상 규정의 합헌성에 대하여 의문을 제기하고 있다. 즉, 첫째, 수계신청의무자를 정리채권자로 한정하는 것이 평등의 원칙에 부합하는가? 둘째, 1개월의 수계신청기간이 부당하게 짧아 헌법이 보장하는 재판청구권 또는 재산권을 위헌적으로 침해하는 것은 아닌가? 셋째, 사전에 제소기간에 관한 경고 내지 통지를 하도록 하지 아니한 것이 재판청구권 또는 재산권에 대한 위헌적인 침해가 아닌가? 하는 것이다.

나. 쟁점에 대한 판단

(1) 회사정리법의 목적과 특색

회사정리법은 재정적 궁핍으로 파산에 직면하였으나 갹생의 가망이 있는 주식회사에 관하여 채권자, 주주 기타 이해관계인의 이

해를 조정하며 그 사업의 정리재건을 도모함을 목적으로 한다(제13조). 주식회사는 산업과 경제발전에 크게 기여하는 사회적 가치를 가지고 있으므로, 재정적 궁핍으로 사업에 차질이 생긴 경우 곧 바로 파산절차 등에 따라 이를 해체하게 되면 주주나 종업원은 물론 채권자 등에게 반드시 유리한 것도 아니고, 사회경제적 손실 또한 크게 따르게 되므로, 그러한 사회적 손실을 방지하려는 공익적 필요성도 인정된다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 91헌가8·9(병합) 결정 참조). 정리계획에 따른 일련의 회사정리절차가 이러한 소기의 목적을 달성할 수 있기 위하여는 정리채권자 등 이해관계인의 존부와 그 권리의 범위에 대한 정확하고 또 확정적인 파악이 무엇보다도 긴요한 선결과제라 할 것이며{헌법재판소 1996. 1. 25. 선고, 93헌바5·58(병합) 결정 참조}, 채권자, 담보권자, 주주 등 다수의 이해관계인의 이해관계를 조정하기 위하여 법원이 적극적으로 이에 관여하게 되며, 한편으로 절차의 간이·신속성이 요구된다(대법원 1984. 10. 5. 84마카42 결정 참조).

(2) 수계신청의무자와 관련하여

회사정리법은 이의가 제기된 정리채권의 확정을 위한 제소 의무를 다음과 같이 구분하여 규정하고 있다. 우선, 집행력 있는 채무명의 또는 종국판결이 있는 정리채권 등에 대하여는 이의자에게 제소책임을 지우고 있다(제152조). 이와 같은 경우에는 권리자에게 더 이상의 제소책임을 지우는 것이 부당하다고 보는 것이다. 집행력이 있는 채무명의나 종국판결이 없는 정리채권 등에 대하여는 관리인이 이의를 하였는지의 여부에 따라 구분하여 취급하고 있다. 관리인이 아닌 다른 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주가 이의를 한

경우에는 그 이의자에게 제소책임을 부담시키고 있다(제151조). 관리인 또는 관리인과 다른 이해관계인이 이의한 경우에 관하여는 그 권리자가 이의자에 대하여 소로써 그 권리의 확정을 청구하도록 하고 있다(제147조 제1항).

회사정리절차에 있어서는 모든 정리채권, 정리담보권 및 주식 이 정리계획에 따라 한꺼번에 처리되어야 한다. 또한 회사정리법상의 관리인은 정리회사의 기관이거나 그 대표자가 아니고 정리회사와 그 채권자 및 주주로 구성되는 소위 이해관계인 단체의 관리자로서 일종의 공적 수탁자라 할 수 있다. 따라서 집행력 있는 채무명의 또는 중국판결이 있는 정리채권에 대하여 이의가 있거나, 혹은 집행력 있는 채무명의 또는 중국판결이 없는 정리채권에 대하여 관리인이 아닌 자만이 이의를 한 경우와 구별하여, 아직 집행력 있는 채무명의나 중국판결이 없는 정리채권에 대하여 관리인이 이의를 한 경우에 그 권리를 주장하는 자에게 제소의 의무를 부담시킨 것은 회사정리절차의 공익적 목적에 봉사하기 위하여 합리적으로 구분하여 제소의무를 분배한 것이라 할 수 있다.

회사정리절차개시결정 전에 정리채권에 관하여 이미 소송이 제기되어 계속중인 경우에는 회사정리절차개시결정과 동시에 그 절차는 중단된다. 중단된 소송이 다시 계속되기 위하여는 회사정리법의 다른 규정과의 조화를 위하여 소송의 주관적·객관적 변경이 요구된다. 즉, 피고가 회사에서 관리인으로, 청구의 내용이 통상의 이행의 소 등에서 정리채권확정의 소로 바뀌어져야 한다. 이러한 변경은 사실상 새로운 제소나 다름이 없기 때문에 그 권리자에게 수계신청의 의무를 부담시킨 것이라 할 수 있고, 이것은 위에서 본

회사정리절차의 공익적 목적과 간이·신속성의 요구에 비추어 그 합리성을 부인하기 어렵다. 파산법(1962. 1. 20. 법률 제998호) 제219조 제1항이 "이의 있는 채권에 관하여 파산선고당시에 소송이 계속하는 경우에 채권자가 그 채권의 확정을 요구하려고 할 때에는 이의자를 상대방으로 하여 소송을 수계하여야 한다."고 규정한 것도 같은 취지에서 나온 것이라 할 수 있다.

결국 회사정리절차개시결정으로 중단된 소송의 수계의무를 그 권리자에게 부담시킨 것은 위에서 본 바와 같은 회사정리법의 목적을 달성하기 위한 합리적인 고려에서 나온 것이므로, 정리채권자에 대하여만 회사, 관리인 또는 다른 이해관계인과 비교하여 합리적인 사유 없이 자의적으로 차별적인 대우를 한 것이라고 할 수 없다.

(3) 수계신청기간의 제한과 관련하여

헌법 제27조 제1항의 규정에 의한 재판청구권은, 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것일 뿐 구체적 소송에 있어서 특정의 당사자가 승소의 판결을 받을 권리를 의미하는 것은 아니다{헌법재판소 1996.1.25. 선고, 93헌바5·58(병합) 결정}. 출소기간의 제한은 재판청구권에 대하여 직접적인 제한을 가하는 것이지만, 그 제한이 재판청구권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한, 각 구체적 법률관계의 성질에 비추어 그 법률관계를 조속히 확정할 합리적인 필요가 인정되는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 상당한 범위내에서 입법재량으로 허용되는 것이라 할 것이다. 즉 특별히 법률관계를 조속히 확정할 필요가 없음에도 그 권리의 행사여부 및 시기를 실체적 권리자의 선택에 맡기지 아니하고 합리적 이유없이 출소기간을 설정하여 실체적 권리의 행

사를 부당하게 제한하거나 법률관계의 조속한 확정의 필요가 인정되는 경우라도 그 출소기간을 지나치게 단기간으로 하여 출소하는 것이 사실상 불가능하거나 매우 어렵게 되는 등 출소기간이 현저히 불합리하여 '사실상 재판의 거부'라고 볼 수 있는 경우가 아닌한 출소기간의 제한은 입법재량으로 허용되는 것이라 할 것이다.

이 사건 심판대상규정을 보면 '권리의 조사가 있는 날로부터 1월내'라고 수계신청기간을 제한하고 있으나, 그 1개월이 중단된 소송절차의 수계를 신청하기에 비교적 충분한 기간으로서 '사실상 재판의 거부'라고 볼 수 있는 경우로는 보이지 아니하며, 앞서 본 바와 같이 회사정리절차가 다수관계인의 이해관계가 한꺼번에 조정되어야 할 필요가 있고 절차의 간이·신속성이 요구된다는 점에 비추어 합리적인 범위내의 제한이라고 볼 수 있으므로, 이 제한은 재판청구권의 본질적 내용을 침해한 것이라고는 볼 수 없다.

(4) 사전경고절차와 관련하여

법률에 제소기간 또는 그와 동일한 법적 효과를 갖는 수계신청기간이 명시되어 있는 경우에는 그 자체가 실권에 대한 경고로서의 의미를 갖는 것이므로, 별도로 그 기간을 해태할 경우 소권을 상실한다고 사전에 통지 내지 경고하는 절차 규정을 두지 아니하였다 하여 재판청구권 또는 재산권을 위헌적으로 침해한 것이라고는 할 수 없다. 다만, 제소기간과 같은 불변기간은 국민의 기본권인 재판을 받을 권리행사와 직접 관련되기 때문에 그 기간계산에 있어서 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 쉽사리 이해되게, 그리고 명확하게 규정되어야 한다(헌법재판소 1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 92헌바25(병합) 결정; 1993. 12. 23.

선고, 92헌바11 결정; 1993. 12. 23. 선고, 92헌가12 결정 등 참조} . 그런데 이 사건 심판대상 규정은 "권리의 조사가 있는 날로부터 1월내에" "소송을 수계하여야" 함을 그 문언상으로 이를 명확하게 규정하고 있다. 따라서 이러한 법률의 규정 그 자체로서 사전경고의 기능을 충분히 하고 있다고 볼 수 있다. 이 사건 당해소송의 경우에도 관련 법조문을 확인하여 보는 것만에 의하여 조사기일로부터 1월내에 수계신청을 하여야 하는 것을 아는데 어떠한 지장이 있었다고 보기 어렵다.

그러므로, 이 사건 심판대상 규정에 의한 수계신청기간에 관하여 별도의 경고절차규정이 없다 하여 재판청구권이나 재산권을 위헌적으로 침해한 것이라고 볼 수 없다.

4. 그렇다면 이 사건 심판대상 규정인 회사정리법 제149조는 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로, 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주심	재판관 조승형
	재판관 정경식

재판관 고중석
재판관 신창언

부가가치세법 제22조 제2항 위헌소원

(전원재판부 1996. 8. 29. 92헌바46)

[판례집 8권 2집, 17~31]

【관시 사항】

부가가치세법(附加價值稅法) 제22조 제2항이 조세평등주의(租稅平等主義)에 반하는지 여부

【결정 요지】

조세법(租稅法)의 영역에서는 국민을 자의적(恣意的)으로 차별(差別)하지 아니하는 한도에서 입법자(立法者)에게 광범위(廣範圍)한 형성권(形成權)이 부여되어 있는바, 부가가치세법(附加價值稅法) 제22조 제2항이 사업자(事業者)가 법인(法人)인 경우에 개인(個人)에 비하여 더 많은 가산세(加算稅)를 부담하도록 규정하였다고 하더라도, 이는 법인(法人)이 개인(個人)에 비하여 상대적으로(相對的)으로 사업조직(事業組織)이나 활동(活動)에서 우월(優越)하여 보다 무거운 사회적(社會的) 책임(責任)을 부담하고 있다는 실제적(實際的) 차이점(差異點)을 고려하여, 법인(法人)이 세금계산서 수수의 선도적 역할을 수행하여야 하며, 회계업무상의 투명성을 더욱 강하게 유지하여야 한다는 입법적(立法的) 판단(判斷)에 따른 합리적(合理的) 차등(差等)으로서 조세평등주의(租稅平等主義)에 위반한다고 볼 수 없다.

재판관 조승형의 반대 의견(反對意見) 및 주문표시에 관한 별개의견(別個意見)

부가가치세법(附加價值稅法)은 제16조 제1항에서 원칙적으로 사업자(事業者)가 개인(個人)이든 법인(法人)이든 똑같은 형태의 세금계산서(稅金計算書) 작성의무(作成義務)를 부과하고 있고, 또한 자본금 등 물적측면 또는 매출액이나 인적측면 등 영업운영 규모(營業運營規模)에 있어서 재벌 등 대기업을 제외하고는 법인사업자(法人事業者)가 개인사업자(個人事業者)보다 일률적(一律的)으로 우월(優越)하다고 보기는 어렵기 때문에, 사업자(事業者)가 개인(個人) 또는 법인(法人)이라는 형식적(形式的)인 기준(基準)보다는 총매출액(總賣出額)의 규모(規模) 등 실질적(實質)

的)인 기준(基準)에 따라서 다단계의 차등(差等)을 두어 가산세(加算稅)를 부과함은 별론으로 하고, 개인사업자(個人事業者)와 법인사업자(法人事業者) 사이에 일률적(一律的)으로 차등(差等)을 두어 가산세(加算稅)를 부과하도록 함은 이를 두고 합리적(合理的)인 차등(差等)이라고는 할 수 없으므로, 헌법상의 평등(平等)의 원칙(原則)과 조세평등원칙(租稅平等原則)을 위반하고 있다. 가사 이 사건 심판대상조항이 합헌이라고 가정하더라도 이 사건 심판청구는 헌법소원심판청구이므로 주문에서 “……헌법에 위반되지 아니한다”라고 표시할 것이 아니라 “심판청구를 기각한다”라고 표시함이 옳다.

청 구 인 주식회사 ○○

대표이사 김 ○ 학

대리인 변호사 김 백 영

관련소송사건 부산고등법원 92구46 부가가치세부과처분취소

【심판대상조문】

부가가치세법(附加價值稅法) 제22조 제2항(가산세) ① 생략

② 사업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 공급가액에 대하여 개인에 있어서는 100분의1, 법인에 있어서는 100분의2에 상당하는 금액을 납부세액에 가산하거나 환급세액에서 공제한다.

1. 제16조 제1항의 규정에 의한 세금계산서를 폄하지 아니한 때 또는 고부한 분에 대한 세금계산서의 필요적 기재사항의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하거나 사실과 다른 때

2. 삭제(1993. 12. 31.)

3. 제32조의2 제3항의 규정에 의한 신용카드매출전표 및 제32조의3 제3항 후단의 규정에 의한 계산서를 교부받아 제18조 제1항 및 제2항 단서 또는 제19조 제1항의 규정에 의하여 신고를 하는 때에 정부에 제출하여 매입세액을 공제받지 아니하고 대통령령이 정하는 사유로 매입세액을 공제받지 아니하고 대통령령이 정하는 사유로 매입세액을 공제받

는 때

③~⑧ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제38조, 제59조

부가가치세법 제16조(세금계산서) ① 납세의무자로 등록한 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 제9조에 규정하는 시기에 다음 각호의 사항을 기재한 계산서(이하 “세금계산서”라 한다)를 대통령령이 정하는 바에 의하여 공급을 받는 자에게 교부하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 교부시기를 달리할 수 있다.

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

②~⑤ 생략

부가가치세법 제20조(세금계산서합계표의 제출) ① 사업자는 제16조 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 세금계산서를 교부하였거나 교부받은 때에는 다음 각호의 사항을 기재한 매출처별세금계산서합계표와 매입처별세금계산서합계표(이하 “매출·매입처별세금계산서합계표”라 한다)를 당해 예정신고 또는 확정신고와 함께 제출하여야 한다. 다만, 제18조 제2항 본문의 규정이 적용되는 경우에는 당해 과세기관의 확정신고와 함께 제출하여야 한다.

1. 공급하는 사업자 및 공급받는 사업자의 등록번호와 성명 또는 명칭
2. 거래기간
3. 작성일자
4. 거래기간 동안의 공급가액의 합계액 및 세액의 합계액
5. 제1호 내지 제4호 외에 대통령령이 정하는 사항

②~⑤

【참조 판례】

1995.9.28. 선고, 94헌바23 결정

1995.10.26. 선고, 94헌마242 결정

1995.11.30. 선고, 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37,

94헌바34·44·45·48, 94헌바12·17(병합) 결정

【주 문】

구 부가가치세법 제22조 제2항 제2호(1980. 12. 13. 법률 제 3273호 개정, 1993. 12. 31. 법률 제4663호로 삭제되기 전의 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 주식회사 ○○은 위 주소지에서 주류도매업을 영위하는 법인으로서 1990년 1기분 및 2기분 각 부가가치세 확정신고시 ○○세무서장에게 각 과세기간에 대한 납부세액을 신고함에 있어 90년 1기분 공급가액(매출금액)을 금1,120,278,469원, 90년 2기분 공급가액을 금1,328,038,383원으로 하여 산출된 각 매출세액 금112,027,846원과 금132,803,837원에서 각 과세기간 동안의 매입세액 금110,989,229원과 금128,937,992원 및 예정신고 납부세액 금266,743원과 금477,760원을 각 공제한 금771,874원과 금3,388,085원을 신고·납부하였다. ○○세무서장은 1991. 5. 1. 청구인이 위와 같이 확정신고를 하면서 그 증빙으로 제출한 90년 1기분 매출금액 중 금356,756,746원과 90년 2기분 매출금액 중 금352,916,180원에 해당하는 매출세금계산서에 필요적 기재사항이 사실과 다르게 허위로 기재되었다는 이유로 당시 시행중이던 구 부가가치세법 제22조 제2항 제2호의 규정에 따라 가산세 금7,135,130원(=356,756,746원×가산세율 100분의2)과 7,058,320원(=352,916,180원×100분의2)을 각 1991년도 수

시분 부가가치세로 부과처분하였다.

청구인은 부산고등법원에 위 부가가치세 부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하고, 그 재판의 전제가 된 구 부가가치세법 제22조 제2항 제2호가 가산세를 산정함에 있어서 개인에 있어서는 공급가액의 100분의1, 법인에 있어서는 공급가액의 100분의2에 상당하는 금액으로 산정되도록 차등하게 규정하고 있는 것은 조세평등주의에 위반된다는 이유로 위헌제청신청을 하였다. 위 법원이 1992. 10. 21. 이를 기각하자, 청구인은 같은 달 31. 위 법원의 결정을 송달받은 후, 다음 달 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 적법하게 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 부가가치세법 제22조 제2항 제2호(1980. 12. 13. 법률 제3273호 개정, 1993. 12. 31. 법률 제4663호로 삭제되기 전의 것; 이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이다. 그 내용은 다음과 같다.

구 부가가치세법 제22조[가산세] ② 사업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 공급가액에 대하여 개인에 있어서는 100분의1, 법인에 있어서는 100분의2에 상당하는 금액을 납부세액에 가산하거나 환급세액에서 공제한다. 다만, 제16조 제1항의 규정에 의하여 교부한 세금계산서를 제20조 제2항의 규정에 의하여 정부에 제출하는 경우에는 그 공급가액에 대하여 개인에 있어서는 1000분의5, 법인에 있어서는 1000분의10에 상당하는 금액을 납부세액에 가산하거나 환급세액에서 공제한다.

1. (생략)

2. 제20조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 자기가 교부한 분
에 대한 세금계산서를 제출하였으나 필요적 기재사항의 전부 또
는 일부가 기재되지 아니하거나 사실과 다른 때
3. (생략)

【관련법률조항】

같은 법 제20조[세금계산서의 제출] ① 사업자는 제16조제1항
및 제3항의 규정에 의하여 교부하였거나 교부받은 세금계산서를
당해 예정신고 또는 확정신고와 함께 정부에 제출하여야 한다.
② 사업자는 각 예정신고와 함께 제출하지 아니한 세금계산서를
당해 예정신고기간이 속하는 과세기간의 확정신고와 함께 정부
에 제출할 수 있다.

2. 주장과 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 가산세를 적용함에 있어 개인에 대하여는
공급가액의 100분의1, 법인에 대하여는 100분의2로 차등하게
규정함으로써 개인사업자에 비하여 법인사업자에게 과중한 부담
을 지우고 있는데, 이는 사업자의 능력이나 규모(자본금 매출액)
등 합리적인 기준이 아니고 단순히 법인이라는 이유로 개인에
비하여 차별하는 것으로서 헌법상 조세평등의 원칙에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청기각 이유

이 사건 법률조항은 개인사업자보다 법인사업자에게 더 높은 수
준의 조세협조의무를 부과하여 그 의무불이행에 대하여 행정벌
로서 보다 높은 율의 가산세를 부과하고 있는 것이므로 헌법상
조세평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

다. 재무부장관의 의견

부가가치세는 납부할 세액을 계산하여 정부에 자진신고 납부하는 조세이다. 따라서, 부가가치세의 근거자료인 세금계산서의 교부 및 제출, 장부의 기장 및 보관의무 등이 성실히 지켜져야 그 실효성을 담보할 수 있다.

물적 시설 또는 인적 차원의 측면에서 법인이 개인사업자보다 일반적으로 우월하므로, 법인세법상의 의무불이행에 따른 가산세와 소득세법 상의 의무불이행에 따른 가산세가 법인과 개인에 각각 달리 차등하게 부과되는 것과 같이, 부가가치세법은 납세의무에 대한 조세협력수준을 법인에게 높게 부과하여, 법인사업자가 부가가치세법 상의 제반의무를 이행하지 않았을 경우에 가산세를 개인사업자보다 다소 높게 적용하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 합리적이라 할 것이므로 조세평등의 원칙에 위배되지 않는다.

라. 국세청장의 의견

우리 나라 부가가치세제는 사업자에게 높은 수준의 조세협조를 요구하는 정교한 형태의 조세제도로서 제도 운영의 근간을 세금계산서로 하고 있다. 이에 이 사건 법률조항은 영세사업자가 많은 개인사업자보다 비교적 세금계산서 수수 비중이 큰 법인사업자가 세금계산서 수수의 선도적 역할을 하도록 법인에게 높은 수준의 조세협력의무를 부과하고 그 불이행에 대해서는 가산세를 중과하고 있는데, 이는 합리적 이유가 있는 차별이다.

3. 판 단

헌법 제11조 제1항은 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·

문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다"라고 평등의 원칙을 선언하고 있다. 조세평등주의는 위 평등의 원칙의 조세법적 표현이라고 할 수 있다. 따라서 국가는 조세입법(租稅立法)을 함에 있어서 조세의 부담이 공평하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 할 뿐만 아니라, 조세법의 해석 적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급하여야 한다(헌법재판소 1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정 참조). 한편, 헌법은 제38조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다"고 규정하고, 제59조에서 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다"라고 규정하여, 조세의 내용, 종목 및 세율은 입법자로 하여금 법률로 정하도록 하고 있다. 오늘날 세원(稅源)이 극히 다양하고, 납세의무자인 국민의 납세능력에도 차이가 많을 뿐만 아니라, 조세도 국가재원의 확보라는 고전적 목적외에 다양한 정책적 목적하에 부과되고 있기 때문에 조세법의 영역에서는 국민을 자의적으로 차별하지 아니하는 한도에서 입법자에게 광범위한 형성권이 부여되어 있다고 할 것이다.

그런데 부가가치세법이 세금계산서의 작성, 교부 및 제출의무에 관하여 사업자가 개인이든 법인이든 똑같은 내용으로 규정하고 있음에도 불구하고, 가산세의 산정을 정하고 있는 이 사건 법률조항이 개인에 비하여 법인을 불리하게 다루고 있는 것은, 사업자가 단순히 법인이라는 이유만으로 아무런 합리적 이유 없이 자의적으로 차별대우하는 것으로서 조세평등주의에 위반되는 것이 아닌가의 의문이 있을 수 있다.

부가가치세법은 납세의무자의 신고에 의하여 조세가 확정되는 신고납세의무주의를 채택하고 있다. 부가가치세는 그 과세표준과

세액을 정부에 신고하는 때에 확정되고(국세기본법 제22조, 국세기본법 시행령 제10조의2, 부가가치세법 제19조), 1990년 당시 시행된 부가가치세법에 의하면 정부는 예외적으로 확정신고를 하지 아니한 때, 확정신고의 내용에 오류 또는 탈루가 있는 때, 확정신고에 있어서 세금계산서 전부 또는 일부의 제출이 없는 때 또는 그밖에 대통령령이 정하는 사유로 인하여 부가가치세를 포탈 할 우려가 있는 때에 한하여 그 과세기간에 대한 부가가치세의 과세표준과 납부세액 또는 환급금액을 조사에 의하여 경정할 수 있을 뿐이다(제21조). 결국, 부가가치세의 징수는 납세신고에 대한 사업자의 성실성을 전제로 하고 있다고 하겠는데, 이를 확보하기 위하여 위 법은 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 세금계산서를 작성하여 공급을 받는 자에게 교부하여야 하고(제16조 제1항), 사업자는 위와 같이 교부하였거나 교부받은 세금계산서를 당해 예정신고 또는 확정신고와 함께 정부에 제출하여야 할 의무 등을 부과하는 한편(제20조 제1항), 이 사건 법률규정을 포함하고 있는 제22조에서는 이러한 의무의 성실한 이행을 확보하기 위하여 그 의무불이행에 대하여 일종의 행정벌적 제재조치로서 가산세를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇다면, 이 사건 법률규정은 부가가치세법에 따라 사업자 자신이 교부한 분에 대한 세금계산서를 제출하였으나 필요적 기재사항의 전부 또는 일부가 기재되지 아니하거나 사실과 다르게 기재하는 것을 방지하여 사업자의 성실한 의무이행을 확보함을 그 입법목적으로 한다고 할 것이다.

이러한 입법목적에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 사업자가 법인인 경우에 개인에 비하여 더 많은 가산세를 부담하도록 규정할

만한 합리적인 이유가 존재하는가에 관하여 살펴본다.

일반적으로 법인이 개인사업자에 비하여 물적 시설 또는 인적 자원의 측면에서 우월함을 인정할 수 있다. 우리 조세법체계에 의하면, 사업자의 소득에 대하여 부과되는 조세는 사업자가 법인인가, 개인인가에 따라 사업자가 법인인 경우에는 법인세가, 사업자가 개인인 경우에는 소득세가 부과되는데, 법인세와 소득세의 세율과 누진율이 다른 이유로 인하여(1990년 당시의 최고 세율은 소득세는 50%에 이르나 법인세는 33% 이하임), 과세표준소득이 일정액 이상의 고소득인 경우에는 법인이 세제상 유리하고, 그 이하인 경우에는 개인이 세제상 유리하게 규정되어 있다(소득세법 제70조, 법인세법 제22조 참조). 그러므로, 소득이 증대되어 사업을 확장하는 경우, 사업자는 사업형태를 개인사업자가 아니라 법인형태로 전환시키는 것이 일반적인 현상이다. 따라서 일반적으로 개인사업자 속에는 영세사업자가 많을 수밖에 없고, 법인이 개인사업자에 비하여 사업규모나 그 소득규모가 큰 것이 통상적이다.

이러한 사실도 조세법의 각 분야에 반영되는 것은 당연하다. 부가가치세법은 제25조 이하에서 영세한 개인사업자에 대하여만 과세특례를 인정하여 영세한 법인사업자와는 달리 규정하고 있고, 사업자가 법인인가, 개인인가에 따라 적용을 달리하는 법인세법과 소득세법은 1990년 당시 시행하던 법조항에 의하여도 조세채권확정방법(소득세법 제116조 이하 및 법인세법 제26조, 제31조 및 제32조 참조), 과세소득의 범위(소득세법 제4조, 법인세법 제2조 등 참조), 세율(소득세법 제70조, 법인세법 제22조 참조), 익금(총수입금액) 및 손금(필요경비)의 인정(법인세법 제12조 이하, 조세감면규제법 제30조 제41조의2, 제42조, 제42조의2,

제67조의12 등 참조), 가산세(소득세법 제121조, 법인세법 제41조 등 참조) 등에서 다양한 차이를 보이고 있다.

개인과 법인 사이의 위와 같은 세법상 차등은 법인이 개인사업자에 비해 상대적으로 사업조직이나 활동에서 우월하여, 보다 무거운 사회적 책임을 부담하고 있다는 점이 반영된 것이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 영세한 사업자가 많은 개인사업자보다 비교적 세금계산서 수수비중이 큰 법인사업자가 세금계산서 수수의 선도적 역할을 수행하여야 하며, 회계업무상의 투명성을 더욱 강하게 유지하여야 한다는 요청에서 같은 내용의 의무위반이라도 법인에게는 그 책임의 정도가 더 크다는 판단에 따라, 부가가치세법분야에서 법인에게 보다 높은 수준의 조세협력의무를 인정하여 가산세를 부과하고 있는 것이다. 물론 일부 개인사업자 중에는 그 자본금이나 매출액 등 영업규모가 일부 법인의 그것보다 더 클 수 있으나, 이는 보편적인 예는 아니라고 할 것이므로, 입법자로서는 이 사건 법률조항과 같이 법인에 대해 가중된 가산세를 규정할 수 있는 것이며, 그것이 합리적인 입법재량권의 범위를 넘어선 것이라고 할 수는 없다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 법인사업자에 대하여 개인사업자에 비해 가산세를 다소 높게 적용하여 법인사업자를 불리하게 다루고 있다고 하더라도, 이 사건 법률조항에 의한 그와 같은 차별은 개인사업자와 법인사업자 간의 위와 같은 실제적 차이점을 고려한 합리적인 근거에 의한 차별로서 조세평등주의에 위반한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 5.와 같은 반대의견이 있는 외는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

가. 나는 이 사건 심판대상 법조항이 조세평등원칙에 반하여 헌법에 위반된다는 의견으로 다수의견을 반대한다.

다수의견이 합리적인 차등으로서 조세평등원칙에 반하지 아니한다는 이유로 합헌임을 주장함에 있어서 들고 있는 논거는, 부가가치세분야에서 물적·인적자원·매출액 등 영업규모에 있어서 개인사업자보다는 법인사업자가 우월하며, 소득세법과 법인세법에서도 개인과 법인 사이에 차등을 두어 법인에게 보다 무거운 사회적 책임을 부담시키고 있으므로 정책적인 측면에서 법인이 보다 더 세금계산서 수수의 투명성을 확보하게 하는 등 선도적 역할을 하여야 한다는 입법적 판단하에 차등을 둔 것으로서 합리적인 차등의 규정이라 함에 있다.

그러나 살펴보면,

(1) 부가가치세법 제16조 제1항은 "납세의무자로 등록한 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 제9조에 규정하는 시기에 다음 각호의 사항을 기재한 세금계산서를 대통령령이 정하는 바에 따라 공급을 받는 자에게 교부하여야 한다"라고 규정하고 있어 원칙적으로 사업자가 개인이든 법인이든 똑같은 형태의 세금계산서 작성의무를 부과하고 있다. 다만 특별히 현실적으로 영세한 개인사업자에게 빠짐없는 세금계산서 작성의무를 요구하는 것이 적절하지

아니하는 경우에는 세금계산서 작성의무를 면하여 주거나(같은 법조 제4항, 같은 법시행령 제57조) 간이과세자 혹은 과세특례자로 분리하여 놓고 있어(같은 법 제25조), 세금계산서작성의무에 관한 영세한 개인사업자들을 제외시키고 있다. 또한 자본금 등 물적측면 또는 매출액이나 인적측면 등 영업운영규모에 있어서 재벌 등 대기업을 제외하고는 법인사업자가 개인사업자보다 일률적으로 우월하다고 보기는 어렵다. 따라서 사업자가 개인 또는 법인이라는 형식적인 기준보다는 총매출액의 규모 등 실질적인 기준에 따라서 다단계의 차등을 두어 가산세를 부과함은 별론으로 하고, 일반개인사업자(위 특례자 등 제외)와 법인사업자 사이에 일률적으로 차등을 두어 가산세를 부과하도록 함은 아무리 백보를 양보하더라도 이를 두고 합리적인 차등이라고는 할 수 없다.

(2) 소득세와 법인세는 각기 별개의 단행세법에서 규율하고 있는 각각의 특수성에 기반을 둔 세제로서 이를 동렬의 차원에 두고 비교하기란 매우 어렵다고 할 것이다. 다수의견이 주장하는 바와 같이 우리 세법제도상 개인과 법인을 구별하여 취급한 예는 많이 찾아볼 수 있지만(소득세법과 법인세법의 경우에는 과세소득의 범위·세율·신고납부방법 등, 조세감면규제법의 경우에는 양도소득세의 감면한도 등, 토지초과이득세법의 경우에는 유희토지의 판정기준 등, 지방세법의 경우에는 등록세와 취득세의 과세표준 등, 개인과 법인 사이에 차등규정이 있다), 이는 그 차등의 비율 등에 비추어 보아 모두 형식적인 기준에 의한 것이 아니라 실질적인 기준에 의한 차등을 두었을 뿐, 소득세와 법인세의 특수성으로 말미암아 부가가치세의 경우에 위와 같이 차등을 둘 필요성이 있다고는 할 수 없다. 즉 부가가치세

법이 법인에게 더 높은 수준의 조세협력의무를 부과하는 직접적인 규정을 마련하고 있다고 보기는 어렵다. 그렇다면 유독 법인사업자에게만 가산세를 무겁게 물리는 차별성에 대한 합리적 근거를 찾아 보기란 어렵다.

따라서 이 사건 심판대상 법조항은 세수의 확보를 위한 편의만을 추구하고 있을 뿐 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급하라는 헌법상의 평등의 원칙과 조세평등원칙을 위반하고 있다 할 것이다.

나. 가사 다수의견과 같이 이 사건 심판대상 법조항이 합헌이라고 가정하더라도 이 사건 심판청구는 위헌법률심판청구가 아니라 헌법소원심판청구이므로 주문에서 "…… 헌법에 위반되지 아니한다"라고 표시할 것이 아니라 "심판청구를 기각한다"라고 표시함이 옳다고 생각하여 다수의견의 주문표시에 대하여 반대한다.

그 이유에 대하여서는 우리 재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원 94헌바7,8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원 95헌바22정발재산정리에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원 94헌바28소액사건심판법 제3조 위헌소원의 각 사건의 선고시에 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.

다. 이상과 같은 이유로 이 사건 심판대상 범조항은 헌법에 위
반되고, 가사 그러하지 아니한다고 하더라도 주문표시방법에 대
하여 다수의견에 대하여 반대하는 것이다.

1996. 8. 29.

재판장 재판관 김용준
주심 재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

민법 제440조 위헌소원

(1996. 8. 29. 93헌바6 전원재판부)

[판례집 8권2집, 32~45]

【판시 사항】

민법(民法) 제440조의 위헌(違憲) 여부

【결정 요지】

1. 민법(民法) 제440조의 입법취지는 보증채무(保證債務)의 부종성(附從性)에 따른 당연한 규정이 아니라 주채무자(主債務者)에 대한 권리행사만으로도 보증인(保證人)에 대한 시효중단의 효력이 미치게 하여 주채무와 별도로 보증채무(保證債務)가 시효소멸하는 일이 없도록 하여 채권담보의 목적을 달성하고 채권자를 보호하려는 것이고, 회사정리법(會社整理法) 제240조 제2항은 회사정리제도(會社整理制度)의 목적을 달성하기 위하여 정리절차(整理節次)에 있어서 회사의 변제능력 상실에 따른 손실을 정리채권자(整理債權者)와 보증인(保證人)과의 관계에서 이를 보증인(保證人)에게 부담시켜 채권자로 하여금 보증인(保證人)이 있는 경우에는 보증인(保證人)으로부터 원래의 채권을 변제받을 수 있도록 입법정책적으로 배려한 규정이라고 할 것이므로, 회사정리절차(會社整理節次)에 있어서도 민법(民法) 제440조를 적용하여 주채무자(主債務者)에 대한 시효중단의 효력이 보증채무(保證債務)에 미치게 하는 것은 회사정리제도(會社整理制度)의 목적과 회사정리법(會社整理法) 제240조 제2항 및 민법(民法) 제440조의 입법취지에 부응하는 것으로서 합리적인 이유가 있고, 더구나 채권자의 정리절차참가로 인하여 보증인이 본래의 채무 이상의 채무를 부담하거나 시효중단의 효력이 당초보다 확대되는 것은 아니므로, 채권자의 정리절차참가로 인한 시효중단의 효력이 민법 제440조에 의하여 정리회사의 보증인에게 미치는 것이 보증인의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

2. 정리회사(整理會社)의 보증인(保證人)이 정리절차(整理節次)에서 정리채권자(整理債權者)나 정리회사(整理會社)에 비

③ 법원(法院)은 필요(必要)하다고 인정(認定)하는 때에는 관리인(管理人)의 신청(申請)에 의(依)하여 또는 직권(職權)으로 전항(前項)의 1년(年)의 기간(期間)을 신장(伸長)할 수 있다. 이 경우(境遇)에는 법원(法院)은 미리 징수(徵收)의 권한을 가진 자(者)의 동의(同意)를 얻어야 한다.

④ 생략

⑤ 제2항과 제3항의 규정(規定)에 의하여 처분(處分)을 할 수 없거나 처분(處分)이 중지(中止)된 기간중(期間中)에는 시효(時效)는 진행(進行)하지 아니한다.

⑥~⑦ 생략

회사정리법(會社整理法)제240조(정리계획(整理計劃)의 효력범위(效力範圍)) ① 생략

② 계획(計劃)은 정리채권자(整理債權者) 또는 정리담보권자(整理擔保權者)가 회사(會社)의 보증인(保證人) 기타(其他) 회사(會社)와 함께 채무(債務)를 부담(負擔)하는 자(者)에 대(對)하여 가진 권리(權利)와 회사(會社) 이외의 자(者)가 정리채권자(整理債權者)또는 정리담보권자(整理擔保權者)를 위(爲)하여 제공(提供)한 담보(擔保)에 영향(影響)을 미치지 아니한다.

【참조 판례】

1992.6.26. 선고, 91헌가8·9 결정

【주 문】

민법(1958.2.22. 법률 제471호 제정) 제440조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구외 ○○보증기금은 청구외 주식회사 ○○농장(이하 ○○농장이라 한다)의 채무에 대하여 신용보증을 하였고 청구인들은 ○○농장의 신용보증기금에 대한 구상채무에 대하여 연대보증을 하였다.

신용보증기금은 1984.2.17.부터 같은 해 8.23. 사이에 그 보증채무인 ○○농장의 채무를 이행하고 ○○농장이 구상채무를 이행하

지 않자 ○○농장의 연대보증인인 청구인들을 상대로 1991.1.21. 서울지방법원 서부지원에 구상금청구소송(91가합 773호)을 제기하였다.

위 소송에서 청구인들은 신용보증기금의 구상금채권은 상사소멸시효기간인 5년간 행사하지 아니하여 소멸시효의 완성으로 소멸하였다고 주장하고, 이에 대하여 신용보증기금은 1985.1.29. 주채무자인 ○○농장에 대한 회사정리절차가 개시되어 그 절차에 참가하였으므로 회사정리법 제5조에 의하여 주채무자에 대하여는 시효가 중단되었고, 주채무자에 대한 시효중단의 효력은 민법 제440조에 의하여 보증인인 청구인들에게도 미친다고 주장하여 결국 회사정리절차참가로 인한 시효중단의 효력이 민법 제440조에 의하여 보증인에게도 미치는가의 여부가 위 사건의 재판의 전제가 되었다.

그리하여 청구인들은 민법 제440조가 적어도 회사정리법 제5조 및 제67조 제5항, 제2항, 제3항과의 관련하에서는 헌법 제23조 및 제11조 제1항에 위반된다고 주장하여 위 법원에 위헌여부 심판의 제청신청(92카기219)을 하였으나 그 제청신청이 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상 및 관련 법률조항

이 사건 헌법소원심판의 대상은 민법(1958.2.22. 법률 제 471호 제정) 제440조이고, 관련 법률조항은 회사정리법 제5조, 제67조 제5항, 제2항, 제3항으로서 그 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

민법 제440조(시효중단의 보증인에 대한 효력) 주채무자에 대한 시효의 중단은 보증인에 대하여도 그 효력이 있다.

(2) 관련조항

회사정리법 제5조(시효의 중단) 정리절차참가는 시효중단의 효력이 있다. 그러나 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 신고를 취하하거나 그 신고가 각하된 때에는 그러하지 아니하다.

회사정리법 제67조(다른 절차의 중지 등)

① 제2항과 제3항의 규정에 의하여 처분을 할 수 없거나 처분이 중지된 기간 중에는 시효는 진행하지 아니한다.

② 정리절차개시의 결정이 있는 때에는 그 결정한 날로부터 정리계획인가 또는 정리절차종료까지 또는 그 결정한 날로부터 1년간은 정리채권 또는 정리담보권에 의한 회사재산에 대한 국세징수법에 의한 체납처분, 국세징수의 예에 의한 체납처분과 조세채무담보를 위하여 제공된 물건의 처분은 할 수 없고 이미 행한 처분은 중지한다.

③ 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 관리인의 신청에 의하여 또는 직권으로 전항의 1년의 기간을 연장할 수 있다. 이 경우에는 법원은 미리 징수의 권한을 가진 자의 동의를 얻어야 한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 회사정리절차참가는 원래의 권리 그 자체를 확정받는 것이 아니고 정리계획에 의하여 변형된 채권을 확정받는 것이므로 일반적인 채권행사와 많은 차이가 있다.

따라서, 첫째 채권자가 주채무자인 정리회사에 대하여 갖게 되는 권리와 보증인에 대하여 갖는 권리가 완전히 괴리되어 더 이상 부종성이 유지되지 못하며, 둘째 주채무와 보증채무의 동질성이 인정

될 수 없다는 점에서 민법 제440조의 채권의 담보를 확보하려는 정책적인 목적은 그 의미가 없어지며, 셋째 주채무자에 대하여 권리를 행사하였으므로 권리 위에 잠자는 자가 아니라는 근거도 정리채권자가 채권 본연의 모습을 확정받는 것이 아니라 변용되는 모습으로 확정받는다라는 점에서 그 의미를 잃게 된다.

따라서 정리채권자의 회사정리절차참가로 인한 시효중단의 효력이 민법 제440조에 의하여 보증인에 대하여도 미치게 되는 것은 부당하게 시효중단의 효력범위를 확대하고 정리채권에 대한 보증인의 소멸시효의 이익을 박탈하여 헌법상 보장된 보증인의 재산권을 침해하는 것이므로 헌법 제23조 제1항에 위반된다.

(2) 회사정리절차에 의하여 주채무자는 채무원리금의 감면을 받고 기한의 유예를 받는 등 많은 혜택을 입는데 반하여 회사정리법 제240조 제2항에 의하여 보증인은 종전의 주채무자의 채무를 그대로 책임져야 하는 불이익을 받는데 정리절차참가만으로도 보증인에 대한 시효가 중단된다면 정리채권자에 비하여 정리회사의 보증인을 불합리하게 차별하게 되어 헌법 제11조 제1항에 정한 평등원칙에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 회사정리제도는 기업을 파산에 의하여 해체·청산하는 것은 국가경제적 차원에서의 막대한 손실을 낳게 된다는 점을 고려하여 공익상의 필요에 의하여 재정적 궁핍으로 파탄에 직면한 회사의 정리재건의 목적을 이루기 위하여 회사가 부담하고 있는 채무를 감소시킨 상태에서 회사가 경영을 계속하여 수익을 올릴 수 있는 여건을 만들어 주자는 것이므로 회사의 채권자를 비롯한 이해관계인의 권

리에 대한 광범위한 변경을 가하여 그 이해를 조정하지 않을 수 없다.

이에 따라 정리회사는 원래의 채무보다 감면되거나 변경된 내용의 채무만을 부담하게 되는 한편 채무를 보증한 보증인은 회사정리법 제240조 제2항에 따라 원래의 채무를 그대로 부담하게 되어 주채무자와 보증인간의 채무내용이 상이하게 되는 결과가 초래되나 이는 회사정리제도의 특성상 불가피하며 보증인의 재산권에 대한 헌법상 허용되는 합리적인 제한으로 헌법재판소는 위 회사정리법 제240조 제2항에 대하여 합헌결정을 내린 바 있다.

(2) 헌법상의 평등의 원칙은 모든 국민에 대하여 일체의 차별을 금지하는 절대적 평등을 보장하는 것이 아니라 합리적 이유없는 자의적 차별을 금지하는 것이므로 차별의 목적이 정당하고 차별의 수단·정도가 적정한 경우에는 헌법상 허용되는 합리적 차별의 범위내에 속한다.

회사정리제도의 목적·내용 및 보증채무의 특성을 고려하여 볼 때 정리회사의 채무를 보증한 보증인이 주채무자인 정리회사와는 달리 원래의 채무 그대로를 부담하는 것이 공평하고 합리적이며, 또한 보증인이 회사정리계획에 의하여 원래의 채무보다 무거운 채무를 부담하는 것도 아니므로 정리회사에 대한 시효중단의 효력이 보증인에게 미치는 것은 결코 헌법상 허용되지 아니하는 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

다. 서울지방법원 서부지원의 위헌제청신청 기각이유
법무부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판단

가. 회사정리절차에 있어서 보증인의 지위

회사정리제도는 주식회사의 사회적 기능에 따른 공익상의 필요에서 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 갱생의 가망이 있는 주식회사에 관하여 채권자, 주주 기타 이해관계인의 이해를 조정하며 그 사업의 정리 재건을 도모할 목적으로 마련한 제도로서, 회사정리법은 이와같은 회사정리제도의 목적에 따라 법원의 감독 아래 정리계획을 수립하여 회사의 책임을 감면하고 채권자, 주주 기타 이해관계인의 권리를 변경, 제한하는 것을 그 본질적인 특색으로 하고 있다.

그런데 회사정리법 제240조 제2항은 “계획은 정리채권자 또는 정리담보권자가 회사의 보증인 기타 회사와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가진 권리와 회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 아니한다.”고 규정하여 정리채권자의 회사에 대한 권리가 정리계획의 효력에 의하여 면책 또는 변경된다고 하더라도 이러한 정리채권자가 회사의 보증인에 대하여 갖는 권리는 아무런 영향을 받지 아니한다는 뜻을 밝히고 있다. 이에 따라 보증인은 정리채권자에 대하여 정리계획의 인가결정의 내용과는 상관없이 원래의 내용에 따른 채무나 책임을 그대로 부담하게 된다.

원래 민법상 일반원칙에 의하면 보증채무는 오로지 주채무의 이행을 담보하는 수단으로 되어 있기 때문에 주채무자의 채무가 감면되거나 그 내용에 변경이 생기면 그에 따라 보증인도 그 한도에서 책임을 면하거나 보증채무의 내용도 변경되고(민법 제430조), 보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항할 수 있는 권리를 가지

는데(민법 제433조 제1항) 회사정리법 제240조 제2항은 바로 이와 같은 “민법상의 보증채무의 부종성의 원칙”에 대한 예외를 규정하고 있는 것이다.

나. 정리절차참가로 인한 시효중단과 민법 제440조의 적용

(1) 시효제도는 법률이 권리 위에 잠자는 자의 보호를 거부하고 사회생활상 영속되는 사실상태를 존중하여 여기에 일정한 법적효과를 부여하는 제도이고, 시효중단이란 어떤 사실상의 상태가 계속 중 그 사실상의 상태와 상용할 수 없는 사정이 발생한 때는 그 사실상의 상태를 존중할 이유를 잃게 되므로 이미 진행한 시효기간의 효력을 상실케 하는 제도이다.

(2) 시효중단 사유에 관하여 살펴보면 우리 민법은 제168조에서 소멸시효의 중단사유로 1. 청구, 2. 압류 또는 가압류, 가처분, 3. 승인을 규정하고 있는 바 어느 것이나 모두 시효의 기초가 되는 사실상태를 뒤집는 것이기 때문에 이를 중단사유로 하고 있다.

민법 제168조 제1호가 규정하고 있는 소멸시효 중단사유로서의 “청구”는 권리를 행사하는 것을 말하며 “청구”의 종류로서는 민법 제170조 이하에서 재판상청구, 파산절차참가, 지급명령, 화해를 위한 소환, 임의출석, 최고를 규정하고 있고, 민법의 규정외에도 회사정리법 제5조(정리절차참가에 의한 중단) 등 개별법에서 시효중단 사유를 규정하고 있다.

그 외에도 민법 기타 개별법에서 규정하는 중단사유를 예시적으로 보아 그와 유사한 성질을 가지는 다른 사유들에도 시효중단의 효력을 인정하여야 한다는 것이 통설이며 학설상 인정되는 시효중단사유로는 파산선고신청, 강제집행절차에 있어서의 배당요구 등 이

있다.

(3) 우리 민법은 제169조에서 “시효의 중단은 당사자 및 그 승계인간에만 효력이 있다”고 규정하여 소멸시효의 효력의 인적범위를 규정하고 있으면서 다시 제440조에서 그 예외로 주채무자에 대한 시효중단의 효력이 보증인에 대하여도 미친다고 규정하고 있는데, 대법원판례나 학설은 회사정리법 제5조에 따라 정리채권자의 정리절차참가로 인하여 주채무자에 대한 소멸시효가 중단된 경우에도 민법 제440조가 적용되어 보증인에 대하여 별도의 권리행사가 없이도 시효중단의 효력이 보증인에 대하여도 미치는 것으로 보고 있다.

다. 회사정리절차에 있어서 민법 제440조의 적용의 위헌 여부

위에서 본 바와 같이 회사정리절차에 있어서 보증인의 책임이나 채무내용에 대하여는 부종성을 배제하면서도 정리채권자의 정리절차참가로 인하여 주채무자에 대한 소멸시효가 중단된 경우에도 민법 제440조가 그대로 적용되어 보증인에 대하여 시효중단의 효력이 있는 것으로 보는 것이 헌법 제23조 제1항(재산권보장) 및 제11조 제1항(평등의 원칙)에 위반되는지 여부를 검토해 보기로 한다.

(1) 재산권의 침해 여부

(가) 청구인은, 회사정리절차참가는 당초 갖고 있던 채권 본연의 모습대로의 행사가 아니라 변용된 모습의 채권을 확정받는 것에 지나지 아니하여 일반적인 시효중단사유로서의 권리의 행사와는 질적인 차이가 있고 정리계획의 인가로 주채무와 보증채무가 동일성을 잃어 보증채무의 부종성이 유지되지 못하고 채권담보를 확보할 필요성도 없어졌으므로 정리채권자의 회사정리절차참가로 인한 시

효중단의 효력이 민법 제440조에 의하여 보증인에 대하여도 미치게 하는 것은 부당하게 시효중단의 효력범위를 확대하고 보증인의 소멸시효의 이익을 박탈하여 헌법상 보장된 보증인의 재산권을 침해하는 것이라고 주장한다.

(나) 그러나 먼저 민법 제168조 제1항에 규정된 시효중단 사유인 “청구”라 함은 시효의 목적인 사법(私法)상의 권리를 재판상 및 재판외에서 실행하는 행위를 말하는 것인데 회사정리법 제5조 소정의 회사정리참가는 본래의 채권행사로서 일반적인 시효중단사유인 “청구”의 범주에 포함된다.

그 근거로는, 첫째 정리회사의 채권자로서는 개별적 권리행사가 금지되고 정리절차참가 외에는 다른 권리행사의 방법이 없다는 점, 둘째 정리절차에의 참가는 원래의 채권 그 자체를 가지고 참가하는 것이므로 원래의 권리를 행사하는 것인데 다만 정리계획의 인가에 따른 결과로 원래의 권리가 상당부분 축소 또는 변경되는 것일 뿐인 점, 셋째 민법 제171조에서 정리절차의 참가와 같은 성질을 가지는 파산절차의 참가를 시효중단사유인 “청구”의 한 예로 규정하고 있는 점 등을 들 수 있다.

(다) 그리고 주채무자에 대한 시효중단의 효력이 보증인에게 미치게 한 민법 제440조의 입법취지는 보증채무의 부종성에 따른 당연한 규정이 아니라 주채무자에 대한 권리행사만으로도 보증인에 대한 시효중단의 효력이 미치게 하여 주채무와 별도로 보증채무가 시효소멸하는 일이 없도록 하여 채권담보의 목적을 달성하고 채권자를 보호하려는 것이고, 회사정리절차에서 보증채무의 부종성을 배제한 회사정리법 제240조 제2항 입법취지는 회사정리제도의 목적

을 달성하기 위하여 정리절차에 있어서 회사의 변제능력 상실에 따른 손실을 정리채권자와 보증인과의 관계에서 이를 보증인에게 부담시켜 채권자로 하여금 보증인이 있는 경우에는 보증인으로부터 원래의 채권을 변제받을 수 있도록 입법정책적으로 배려한 것(이 조항에 관하여는 우리 재판소가 1992.6.26. 선고, 91헌가8·9 결정에서 헌법 제11조 제1항, 제29조 제1항, 제37조 제2항에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다)이라고 할 것이므로 회사정리절차에 있어서도 민법 제440조를 적용하여 주채무자에 대한 시효중단의 효력이 보증인에게 미치게 하는 것은 앞에서 본 회사정리제도의 목적과 민법 제440조 및 회사정리법 제240조 제2항의 입법취지에 부응하는 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이고, 더구나 채권자의 정리절차참가로 인하여 보증인의 본래의 채무 이상의 채무를 부담하거나 시효중단의 효력이 당초보다 확대되는 것은 아니므로 채권자의 정리절차참가로 인한 시효중단의 효력이 민법 제440조에 의하여 정리회사의 보증인에게 미치는 것이 보증인의 재산권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(2) 평등의 원칙 위반 여부

(가) 청구인은 정리계획의 인가에 따라 주채무자인 정리회사는 그 채무가 축소·면제되거나 유예되는 등의 혜택을 받는데 반하여 보증인은 그 혜택을 받지 못하고 원래의 채무를 그대로 부담하여야 하는데도 원래의 채권행사가 아닌 채권자의 정리절차참가로 인한 정리회사에 대한 시효중단의 효력이 당연히 보증인의 원래의 채무 전체에 대하여 미치게 하는 것은 정리채권자나 주채무자인 정리회사에 비하여 보증인을 불합리하게 차별하는 것으로서, 헌법 제11조

제1항에 위반된다고 주장한다.

(나) 그러나 회사정리절차에서 주채무자인 정리회사의 채무가 축소·면제된 경우에도 보증인이 원래의 채무를 그대로 부담하는 것은 위에서 본 바와 같이 회사정리제도의 목적을 달성하기 위한 입법정책적 고려에서 보증인에게 손실을 부담시킨 것으로서 평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없고, 한편 회사정리절차의 참가가 원래의 채권행사에 해당하는 것이고 민법 제440조가 회사정리절차참가로 인한 주채무자에 대한 소멸시효 중단의 효력이 보증인에 대하여도 미치게 하는 것은 채권담보의 목적을 달성하고 채권자 보호를 위하여 보증채무만이 따로 시효소멸하는 결과를 방지하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

따라서 정리회사의 보증인이 정리절차에서 정리채권자나 정리회사에 비하여 혜택을 받지 못한다고 하더라도 회사정리제도나 채권담보제도의 목적상 불가피하고 합리적인 차별인 만큼 회사정리절차참가로 인한 시효중단의 효력이 민법 제440조에 의하여 보증인에게 미친다고 하여 이를 평등의 원칙에 어긋난다고 볼 수도 없다고 할 것이다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견 일치에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시중 “민법(……) 제440조는 헌법에 위반되지 아니한

다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리 재판소가 1995.10.26. 선고한 92헌바45
균형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉
진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조
세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리
에관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건
심판법 제3조 위헌소원의 각 사건 결정시에 주문표시에 관한 별
개의견에서 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 받아들일 수 없는
결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바
도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
주심	재판관 고중석
	재판관 신창언

민사소송등인지법 제1조 등 위헌소원

(1996. 8. 29. 93헌바57 전원재판부)

【판례집 8권2집, 46~

【관시 사항】

가. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 헌법소원심판(憲法訴願審判)에서의 재판(裁判)의 전제성(前提性)

나. 민사소송(民事訴訟)등인지법(印紙法) 제1조가 평등(平等)의 원칙(原則)에 반하거나 재판청구권(裁判請求權)을 침해하는 것인지 여부

【결정 요지】

가. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항의 헌법소원(憲法訴願)에 있어서는 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판(裁判)의 전제(前提)로 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제라 함은 문제된 법률(法律)이 당해(當該) 소송사건(訴訟事件)에 적용(適用)될 법률(法律)이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판(裁判)의 주문(主文)이 달라지거나 재판(裁判)의 내용(內容)과 효력(效力)에 관한 법률적(法律的) 의미(意味)가 달라지는 경우를 말하는바, 민사소송비용법 제2조는 소송비용 중 인지액의 산정방법을 규정한 것에 불과하여, 위 관련사건상의 인지보정명령이나 인지미보정으로 인한 재판장의 소장각하명령의 각 재판에 있어서 적용될 법률이 아닐 뿐만 아니라, 그 위헌 여부에 따라 위 각 재판의 결과가 달라지지 아니하므로 재판의 전제성이 없다.

나. (1) 헌법재판소(憲法裁判所)는 이미 1994.2.24. 선고, 91헌가3 결정 인지첨부(印紙貼付)및공탁제공(供託提供)에관한특별법(特例法) 제2조 위헌확인사건(違憲確認事件)에서 국가에게 인지첨부의무를 면제하고 있는 위 특별법 규정에 대해서 헌법 제11조의 평등(平等)의 원칙(原則)에 위배되는 법률규정이라고 할 수 없다고 판시한 바 있는바, 위 논지는 국가(國家)를 합리적(合理的)인 근거(根據) 없이 우대하는 것이 아닐뿐만 아니라 일반 국민에 대하여도 합리적인 근거 없이 부당하게 차별하는 것이 아

나라는 의미도 내포하고 있으며, 헌법재판소로서는 현재 위 논의와 달리 판단하여야 할 필요성을 느끼지 아니하므로 이 사건에서도 위 판례(判例)의 취지(趣旨)를 그대로 유지(維持)하기로 한다.

(2) 민사소송(民事訴訟)등인지법(印紙法) 제1조가 소장에 미리 일정액(一定額)의 인지(印紙)를 붙이도록 규정하였다고 하더라도, 소송구조제도(訴訟救助制度)가 마련되어 있는 현행 민사소송제도 하에서, 이를 자력(資力)이 부족(不足)한 당사자(當事者)에 대하여 소송(訴訟)의 기회(機會)를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단하는 규정이라고 볼 수 없으므로, 그들의 재판청구권(裁判請求權)이 침해되거나 불합리(不合理)한 차별(差別)을 받고 있다고 할 수 없다.

(3) 소송수수료(訴訟手數料) 특히 인지대(印紙代)를 어떠한 형태로 어느 정도로 정할 것인가는 그 나라의 재판제도(裁判制度)의 구조(構造)와 완비(完備) 정도(程度), 인지제도(印紙制度)의 연혁(沿革), 재판제도(裁判制度)를 이용하는 국민(國民)의 법의식(法意識), 국가(國家)의 경제여건(經濟與件), 외국(外國)의 입법례(立法例) 등 여러가지 요소를 종합하여 고려하여야 하고, 그 규정방식이 지극히 불합리하거나 인지액이 소송물가액 등에 비추어 지극히 다액이어서 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 아니하는 한, 입법자(立法者)의 광범위(廣範圍)한 재량영역(裁量領域)에 속하는바, 현행 민사소송등인지법은 인지액 산정비율을 1천분의 5로 통일(統一), 일원화(一元化)하였고(제2조 제1항) 종전에 적용되던 비율 중 가장 최저율(最低率)을 채택하여 국민의 부담을 경감시키고 있으므로, 현행 인지대가 객관적으로 극히 고액이어서 재판청구권(裁判請求權)을 침해하거나 헌법상의 평등(平等)의 원칙(原則)에 위배된다고 볼 수 없다.

청 구 인 김 ○ 립
 대리인 변호사 문 한 식 (국선)

【관련사건】

부산지방법원 93가합5850 위자료

【심판대상조문】

민사소송(民事訴訟)등인지법(印紙法) 제2조(소장) ① 소장(반소장 및 대법원에 제출하는 소장을 제외한다)에는 소송목적의 가액(이하“소가”라 한다)에 1천분의 5를 곱하여 산출한 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 산출된 인지액이 1천원 미만인 때에는 이를 1천원으로 하고, 1천원 이상의 경우에 100원 미만의 단수가 있는 때에는 그 단수는 이를 계산하지 아니한다.

③ 소가는 민사소송법 제23조 제1항 및 제24조의 규정에 의하여 산정하되, 대법원규칙으로 소가산정기준을 정할 수 있다.

④ 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것과 비재판권을 목적으로 하는 소송의 소가는 1천만 100원으로 한다.

⑤ 1개의 소로서 비재판권을 목적으로 하는 소송과 그 소송의 원인된 사실로부터 발생하는 재산권상의 소송을 병합한 때에는 다액인 소가에 의하여 인지를 붙인다.

【참조 조문】

1. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항

1. 가. 헌법(憲法) 제11조 제1항

인지첩부(印紙貼付)및공탁제공(供託提供)에 관한 특례법(特例法) 제2조(인지부첩부)

국은 국가를 당사자로 하는 소송 및 행정소송절차에 있어서 민사소송인지법 규정의 인지를 첩부하지 아니한다.

나. 헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제1항

민사소송법(民事訴訟法) 제118조(구조의 요건) ① 법원은 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자의 신청에 의하여 각심에서 소송상의 구조를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 구조의 사유는 소명하여야 한다.

민사소송법(民事訴訟法) 제119조(구조의 객관적 범위) ① 소송과 강제집행에 대한 소송상의 구조는 다음과 같다.

1. 재판비용의 납입유상
2. 변호사 및 집행관의 보수와 채부금의 지급유예
3. 소송비용의 담보면제

② 생략

다. 헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조 제1항

【참조 판례】

가. 1995.7.21. 선고, 93헌바46 결정

- 나. (1) 1994.2.24. 선고, 91헌가3 결정
1994.2.24. 선고, 93헌바10 결정
(2) 1994.2.24. 선고, 93헌바10 결정

【주 문】

1. 이 사건 심판청구 중 민사소송비용법(1970.6.18. 법률 제2201호로 개정된 것) 제2조에 대한 청구를 각하한다.
2. 민사소송등인지법(1990.12.31. 법률 제4299호로 개정된 것) 제1조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인은 국가기관의 불법행위를 이유로 국가를 상대로 위자료 청구소송(부산지방법원 93가합5850)을 제기하였던바, 재판부로부터 소장에 인지를 붙이지 않았다는 이유로 인지보정명령을 받았다. 청구인은 위 법원에 무자력을 이유로 소송구조신청을 하였으나 본안소송에서 패소할 것이 명백하지 않은 점에 대한 소명이 없다는 이유로 1993.5.21. 기각되었다. 청구인은 이에 국가를 상대로 한 민사소송에서도 인지를 첩부하도록 하고 있는 민사소송등인지법 제1조 및 민사소송비용법 제2조에 대하여 재판청구권 등을 과잉침해한다는 이유로 같은 법원에 위헌법률제청신청을 하였으나(93카기2310) 1993.10.29. 기각되자(본안소송 역시 그 무렵 각하되었다), 같은 해 12.3. 이 사건 헌법소원심판청구를 제기하였다.

- 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 민사소송등인지법(1990.12.31. 법률 제4299호로 개정된 것) 제1조(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다) 및 민사소송비용법(1970.6.18. 법률 제2201호로 개정된 것) 제2조로서 그 내용은 다음과 같다.

민사소송등인지법 제1조(인지의 첩부) 민사소송절차, 행정소송절차 기타 법원에서의 소송절차 또는 비송사건절차에 있어서의 소장이나 신청서 또는 신청의 취지를 기재한 조서에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 정하는 인지를 붙여야 한다. 다만, 대법원규칙이 정하는 바에 의하여 인지의 첩부에 갈음하여 당해 인지액 상당의 금액을 현금으로 납부하게 할 수 있다.

민사소송비용 법제2조(인지액) 민사소송등인지법에 의하여 첩부한 인지액은 그 정액에 의한다.

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청신청기각결정의 요지 가. 청구인의 주장

민사소송등인지법 제1조는 사인(私人)에 대하여는 국가를 상대로 한 소송이나 행정소송의 경우에도 예외없이 인지를 첩부하도록 하면서, “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우”로서 인지첩부및공탁제공에관한특례법에 의하여 국가는 국가를 당사자로 하는 소송에 있어서 인지를 첩부하지 않도록 하고 있다. 그러나 민사소송에서 당사자가 누구인가에 따라 차별대우가 있어서는 아니되며, 국가가 민사소송의 당사자가 되었다고 해서 합리적 이유없이 우대받아서서는 아니된다. 즉 국가라 할지라도 권력적 작용이 아닌 민사소송의 대상이 되는 국고작용(國庫作用)으로 인한 법률관계에 있어서는 사

인과 동등하게 다루어져야 할 것이다. 따라서 민사소송등인지법 제1조는 평등의 원칙에 위배된다.

국가의 공권력의 행사 또는 불행사의 결과로 권리를 침해 받은 국민이 국가를 상대로 국가배상청구소송이나 행정소송을 통하여 위법한 공권력행사의 시정과 손해의 전보를 구하는 소송에 있어서까지 이른바 재판유상주의를 엄격히 적용하여 제소과정에서부터 비용을 예납하게 한다면, 비용부담 능력이 없는 국민에 대하여서는 헌법이 보장하는 재판을 받을 권리를 유명무실하게 함은 물론 위법한 공권력으로 인하여 침해받은 자신의 기본권과 권리를 구제받을 수 있는 길을 원천적으로 봉쇄하는 결과를 초래한다. 한편 그러한 비용을 부담할 경제적 능력의 유무에 따라 사법적 구제를 받을 수 있는 여부를 차별화함으로써 헌법상의 평등원칙에도 위배되는 것이다.

민사소송법 및 법률구조법에서 소송구조제도를 마련해 두었다고 하나, 그 실질에 있어서는 이러한 소송구조로는 사회·경제적 약자의 재판청구권을 보장하는데 거의 도움을 주지 못하고 있는 실정이다. 민사소송법상 규정된 소송상의 구조를 받으려면 법원에 신청하여 구조결정이 나와만 소송비용 예납의무를 유예받을 수 있으나, 그러한 결정을 받기 위해서는 자신의 본안소송에서 패소할 것이 명백하지 아니하다는 점에 관한 소명을 소송구조신청인이 하도록 되어 있어, 법에 무지한 소송구조신청인에게 그 소명을 다하기를 기대하기도 무리일 뿐만 아니라 소송구조신청인이 그 소명을 제대로 하지 못할 때에는 국민의 재판을 받을 권리를 향유해 보지도 못하게 됨으로써 헌법정신에 반하는 결과를 초래한다. 또한 법률구조법

에 있어서도 그 구조의 범위, 요건, 대상, 절차 등이 법률구조공단의 내부규정으로 엄격히 제한되어 있을 뿐만 아니라(법률구조법시행령 제3조), 구조 여부의 결정은 전적으로 법률구조공단의 자의적 판단에 맡겨져 있어 이 사건과 같은 국가를 상대로 한 소송에 있어서는 그 구조를 받기가 사실상 어렵다.

따라서 이 사건 규정은 국가를 상대로 한 소송에서 국가에게는 인지불척부의 혜택을 주고 국민에게는 비용을 납부한 경우에만 사법적 구제를 받을 수 있게 함으로써, 그 범위내에서는 헌법 제27조의 국민의 재판권을 받을 권리, 헌법 제11조 평등의 원칙을 정면으로 위배하였을 뿐만 아니라 헌법 제7조, 제10조, 제37조에도 위배되는 위헌적 법률이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각결정의 요지

일반국민이 사적권리관계에 관한 분쟁을 해결하는 방법으로 국가기관인 법원에 민사소송을 제기하는 경우 그 비용을 누가 부담해야 하는가는 입법정책상의 문제이다. 만일 비용전액을 국고부담으로 하게 되면 국민의 권리행사는 용이하게 되고, 무자력자의 권리보호도 두텁게 되는 장점이 있는 반면 남소를 초래할 위험이 있으며 소송제도를 이용하지 않는 사람들과의 균형상 문제점도 있다.

민사소송비용법은 민사소송에 있어서 사법제도를 이용하는 당사자 등 소송관계인에게 그 비용을 부담시키는 것을 원칙(이른바 재판유상주의)으로 하여 당사자(중국적으로는 패소자)의 부담으로 할 소송비용의 종류를 열거하고 그 한도를 소송행위에 필요한 한도의 비용으로 제한하고 있으며, 나아가 민사소송법 및 법률구조법에 소송구조제도를 마련하여 사회·경제적 약자의 재판청구권을 보호하고

있다. 이러한 민사소송비용법이 국민에게 그 소송비용부담을 면제하는 조항을 두지 않았다고 하여 신청인이 주장하는 각 헌법 조항에 위배된다고 할 수 없으며 이는 그 소송의 상대방이 국가 이냐 그렇지 않으나에 따라 영향을 받는 것은 아니므로 최소한 그 상대방이 국가의 경우에는 소송비용을 면제받아야 한다는 신청인의 주장은 아무런 근거가 없다.

한편 민사소송등인지법은 민사소송절차에 있어서 인지를 붙여야 한다고 규정함으로써 이른바 사법수수료의 납부를 규정하고 있는데, 이를 당사자에게 부담시키는 것을 헌법에 위배된다고 할 수 없다. 한편 인지첩부및공탁제공에관한특례법에 의하여 국은 국가를 당사자로 하는 소송에 있어서 민사소송등인지법 규정의 인지를 첩부하지 아니하게 되어 있으나, 그렇다고 하여 국을 당사자로 하는 소송에 있어서 그 상대방도 인지를 첩부하지 않도록 하여야만 하는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 그 경우 상대방으로 하여금 인지를 첩부하게 하는 민사소송등인지법의 규정이 신청인이 주장하는 각 헌법조항에 위배된다고 할 수 없다.

3. 판단

가. 적법요건에 대한 판단

먼저 민사소송비용법 제2조에 대한 청구에 대하여 직권으로 판단하건대, 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서는 일반 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제라 함은 문제된 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한

법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌법재판소 1995.7.21. 선고, 93헌바46 결정 참조).

그런데 위 법률조항은 민사소송법의 규정에 의한 소송비용액을 산정함에 있어서 민사소송등인지법에 의하여 첨부한 인지액은 그 정액을 소송비용에 산정한다는 내용으로서(민사소송등인지법 제1조 참조) 소송비용 중 인지액의 산정방법을 규정한 것에 불과하여, 위 관련사건상의 인지보정명령이나 인지미보정으로 인한 재판장의 소장각하명령의 각 재판에 있어서 적용될 법률이 아닐 뿐만 아니라, 그 위헌 여부에 따라 위 각 재판의 결과가 달라지지 아니하므로 재판의 전제성이 없다. 따라서 이 부분 심판청구는 부적법하므로 각하하여야 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 인지대의 의의

(가) 근대의 법치국가는 원칙적으로 사인(私人)의 자력구제를 금지하면서 한편 사인의 권리보호와 사법질서를 유지하기 위하여 민사소송제도를 설치하여 사인간에서는 사권을 확정함으로써 개인의 권리보호와 의무준수를 보장하고 국가적 측면에서는 사법질서를 유지할 수 있도록 사법부인 법원에 그 기능의 수행을 맡기고 있다. 국가는 문화적 과제의 하나로서 위와 같은 목적을 수행하기 위하여 법원을 설치·운영하는 것이므로 법원의 물적 시설·인건비는 되도록 국가가 부담하는 것이 당연하지만, 그렇다고 하여 개개의 소송수행을 위하여 필요한 비용까지 모두 국가가 부담하여야만 한다면 결국 개별적인 소송비용까지 납세자 일반의 부담으로 돌아가는 것을 뜻하는 것으로서, 개인이 소송제도를 이용함으로써만 소송제

도와 관계를 맺게 되는 민사소송의 본질에서나 국가재정의 견지에서도 적당하지 않다. 따라서 개개의 소송수행을 위하여 지출되는 비용은 원칙적으로 법원에 권리구제를 구하는 당사자의 부담으로 하는 것이 법원의 재정조달을 위한 적절한 해결책이 될 수 있다. 또한 이러한 해결책은 납세자 일반의 조세부담에 의하여 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 제기하는 것을 막을 수 있고, 나아가 남소에 따른 법원의 과중한 업무부담으로 인하여 법원에 의한 권리구제의 양질성과 효율성이 저하되는 것도 방지할 수 있을 뿐만 아니라 법적 안정성도 보증함으로써 넓은 의미에서는 국민의 권리보호와 법적 생활의 안정에 기여하는 것이다(헌법재판소 1994.2.24. 선고, 93헌바 10 결정 참조).

(나) 우리 나라도 위와 같은 취지에서 국민이 소송제도를 이용하고자 법원에 소송을 제기하는 때에는 수익자부담의 원칙에서 그 이용대가의 일부 또는 수수료를 징수한다는 의미에서 일정액의 인지를 첩부하게 하고 기타 소송비용을 당사자의 부담으로 하는 이른바 재판유상주의(裁判有償主義)를 채택하고 있다. 즉 민사소송절차, 행정소송절차 기타 법원에서의 소송절차 또는 비송절차에서의 소장이나 신청서 또는 신청의 취지를 기재한 조서에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송등인지법이 정하는 인지를 붙여야 하거나, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 인지의 첩부에 같음하여 당해 인지액 상당의 금액을 현금으로 납부하여야 하고(위 법률 제1조), 소장·항소장 또는 상고장에 인지를 붙이지 아니한 경우에는 재판장은 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 인지를 보정할 것을 명하여야 하고, 원고·항소인 또는 상고인이 그 보

정을 하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 소장·항소장 또는 상고장을 각하하여야 한다(민사소송법 제231조, 제227조 제1항, 제368조의2, 제371조, 제395조 각 참조).

(2) 평등원칙의 위반 여부

(가) 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다[헌법재판소 1989.5.24. 선고, 88헌가37·96(병합) 결정; 1994.2.24. 선고, 93헌바10 결정 각 참조].

또한 차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 차별을 두기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적절한 것이어야 한다[위 88헌가37·96(병합) 결정 참조].

(나) 국가에게만 인지첩부의무를 면제한 것이 평등의 원칙에 반하는 여부

먼저 국가를 상대로 한 민사 내지 행정소송절차에서 국민은 비용을 예납하여야 하는데 반하여 국가는 민사소송의 당사자가 된 경우에도 인지첩부의무를 부담하지 않는바(인지첩부및공탁제공에관한특례법 제2조 참조), 이는 동일한 사건에서 한쪽 당사자인 국민을 국가

에 비하여 불합리하게 차별하는 것이 아닌지 살펴본다.

헌법재판소는 이미 1994.2.24. 선고, 91헌가3 결정 인지첩부및공탁제공에관한특례법 제2조 위헌확인 사건에서 국가에게 인지첩부의무를 면제하고 있는 위 특례법 규정에 대해서, 국가의 인지첩부 여부는 국고재산의 증감을 가져오지 않는 점에서도 인지첩부의 의미가 일반국민인 당사자와 다르고, 인지첩부는 소송절차에 관한 것이고 실제적인 소송내용에 관계가 없으므로 인지첩부를 국가가 면제받는다 고 하여도 실제적인 재판의 승패에 영향을 주는 것이 아니어서 상대방 당사자의 헌법에 보장된 재산권을 침해하거나 그 밖의 어떤 손해가 생기게 하는 것도 아니며, 국가의 민사소송등인지법 소정의 인지첩부의무가 면제됨으로써 국가의 남소 또는 남상소가 있게 된다고 할 수도 없으므로 기본권 보장에 있어서 국가를 합리적 근거 없이 우월하게 대우하는 것이라고 할 수 없어, 결국 국가에게 인지첩부를 면제하는 것은 합리적인 차별이라고 할 것이어서 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위배되는 법률규정이라고 할 수 없다고 판시한 바 있다.

위 논지는 국가를 합리적인 근거 없이 우대하는 것이 아닐 뿐만 아니라 일반 국민에 대하여도 합리적인 근거 없이 부당하게 차별하는 것이 아니라는 의미도 내포하고 있으며, 헌법재판소로서는 현재 위 논지와 달리 판단하여야 할 필요성을 느끼지 아니하므로 이 사건에서도 위 판례의 취지를 그대로 유지하기로 한다.

(다) 나아가 이 사건 법률조항이 무자력자를 자력자에 비하여 불합리하게 차별하고 있는지 보건대, 이 사건 법률조항은 인지첩부의 의무만을 규정하고 있고 민사소송등인지법 제2조 제1항은 소송물가

액에 대하여 일정한 비율(1,000분의 5)의 인지첩부를 요구하고 있어 소송제기시 무자력자를 자력자에 비하여 인지액수에서 차별하는 것이라고는 볼 수 없다. 다만 소송물가액이 큰 경우 인지대의 고액화가 소송을 제기하려고 하는 자들 가운데 자력이 부족한 자의 제소기회를 자력자에 비하여 불합리하게 봉쇄하는 차별의 결과가 발생하는가 하는 문제가 남는바, 이는 재판청구권의 침해 여부를 논하면서 보기로 한다.

(3) 재판청구권의 침해 여부

이 사건 법률조항이 소장에 미리 일정액의 인지를 붙이게 함으로써 인지를 첩부할 능력이 없거나 부족한 자에 대하여 법원에 의한 권리구제의 길을 차단하여 재판청구권을 과잉 침해하는 것은 아닌지 여부를 살펴본다.

(가) 국민의 권리구제를 위한 민사소송제도를 운영하면서 개개의 소송수행에 필요한 경비를 소송제도를 이용하는 당사자의 부담으로 하는 수익자부담의 원칙을 채택하고 형식적으로 법원의 문을 누구에게나 개방한다고 하더라도, 자력이 부족한 자에 대하여도 소송을 제기함에 있어서 지나치게 많은 인지를 첩부하도록 요구하고 인지를 붙이지 아니하는 경우 소장을 각하하도록 한다면, 그러한 규정은 그 비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 제소의 기회를 형식상 보장하고 있을 뿐 실질적으로는 그 기회를 이용하기 심히 어렵게 되어 결국 자력이 부족한 당사자에게 불합리하게 소송에 의한 권리구제의 기회를 제한하는 문제가 발생할 뿐만 아니라, 소송을 제기하는 자 사이에 경제력에 따른 불합리한 차별을 가져옴으로써 헌법 제11조 제1항에 의하여 보장된 평등의 원칙에도 위반

될 가능성이 농후한 것이다.

(나) 그러나 민사소송법은 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 그 신청과 소명에 의하여 패소할 것이 명백한 경우를 제외하고는 각 심급에서 소송상의 구조를 할 수 있게 하고(제118조 참조), 이에 따라 소송상의 구조를 받는 자는 인지대 등 재판비용의 납입이 유예되므로(제119조 제1항 참조), 소장의 인지액이 소송을 제기하고자 하는 당사자의 자력으로서는 부담하기 어려울 정도로 고액인 경우에는 그 당사자가 패소할 것이 명백하여 소송의 실질적 이익이 없다고 인정되지 않는 한 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어 두고 있다. 따라서 위와 같은 소송구조제도가 마련되어 있는 현행 민사소송제도 하에서 이 사건 법률조항은 자력이 부족한 당사자에 대하여 소송의 기회를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 차단하는 규정이라고 볼 수는 없으므로 그들의 재판청구권이 침해되거나 불합리한 차별을 받고 있다고 할 수는 없다.

(다) 나아가 현행법상의 인지대가 객관적으로 보아 지나치게 고액인지를 살펴본다.

국가가 국민으로 하여금 재판제도의 이용을 용이하게 하여 국민의 기본권이 좀더 잘 보장되도록 하는 것이 바람직한 것이기는 하지만, 이른바 재판유상주의를 취하고 있는 이상, 재판비용은 결국 패소자의 부담으로 돌아가는 것일 뿐만 아니라 그 비용이 너무 저렴할 경우 소송제기와 상소가 남발되어 국민의 권리구제는 지연되고 국가는 그에 따른 비용을 추가로 부담하게 되며, 이는 중국적으로 국민에 의한 국가재판제도 및 재판자원의 공평하고 공정한 이용

을 저해하거나 재판제도를 이용할 필요를 느끼지 아니하는 국민의 부담을 그만큼 가중시키는 역기능적 측면이 있는 것이다.

일반적으로 소송물가액이 높으면 그 권리관계가 복잡하고 이로 인하여 소송당사자에게 미치는 영향이 크며 이에 따라 소송도 장기간에 걸쳐 신중하게 진행되는 것이 보통이다. 물론 소송물가액의 증액비율과 재판에 소요되는 비용, 사건의 난이도 및 당사자에 대한 영향력의 증가비율이 반드시 동일한 것은 아니고 예외가 존재하는 것이지만, 다종다양한 소송사건의 모든 경우를 예상하여 이에 대하여 각각 인지액을 별도로 정하는 것은 불가능한 일이라고 할 수 있다.

따라서 소송수수료 특히 인지대를 어떠한 형태로 어느 정도로 정할 것인가는 그 나라의 재판제도의 구조와 완비 정도, 인지제도의 연혁, 재판제도를 이용하는 국민의 법의식, 국가의 경제여건, 외국의 입법례 등 여러 가지 요소를 종합하여 고려하여야 하고, 그 규정방식이 지극히 불합리하거나 인지액이 소송물가액 등에 비추어 지극히 다액이어서 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 아니하는 한, 입법자의 광범위한 재량영역에 속하는 것이다.

우리나라 인지제도의 연혁상 1990.12.31. 법률 제4299호로 개정되기 전의 민사소송인지법은 일정한 소가까지는 정액제를, 그 이상의 경우는 소가를 3종류로 구분하여 소가가 증가함에 따라 점차 저율에 의한 비례제를 취하는 2원적 구조를 채택하였으나 현재보다 높은 비율이 적용되었던데 비하여(최저 1천분의 53.2), 현행 민사소송등인지법은 인지액 산정비율을 1천분의 5로 통일, 일원화하였고(제2조 제1항) 종전에 적용되던 비율 중 가장 최저율을 채택하여 국

민의 부담을 경감시켰다. 위와 같이 일정한 비율로 인지를 산출하게 하는 방법은 소송당사자간의 형평을 고려하여 정한 원칙이다.

또한 우리 나라와 같이 비례제를 채택하고 있는 대륙법계 국가(독일, 오스트리아, 일본 등)의 인지제도와 비교하더라도 우리나라의 경우가 다른 나라에 비하여 인지액이 현저히 높다고는 할 수 없다(독일이나 오스트리아의 경우는 우리 나라보다 고액이고, 일본과 비교하여 볼 때 1심에서 소송물가액 1억원을 초과하는 경우와 항소심에서 소가 5천만원을 초과하는 경우, 상고심에서 소가 3천만원 이상의 경우에는 우리 나라가 다소 고율이라 할 수 있으나, 그 밖의 경우에는 대부분 우리 나라가 더 저렴하다).

한편 우리 나라의 제1심 민사본안사건 소송물가액별 현황을 보면, 소가 5억원(인지액 250만원)을 초과하는 사건이 전체에서 차지하는 비율은 1992년도에 0.18%, 1993년에 0.28%, 1994년에 0.34%로서 극히 미미하다(법원행정처편 사법연감, 1995. 참조). 더욱이 소가가 고액인 소송을 제기하는 제소자는 개인의 경우에는 극히 드물고 대부분 법인인 경우가 많으며, 개인이라 하더라도 상당한 재력이나 그에 상응하는 경제적·사회적 이해관계를 맺으면서 활동하는 사람인 경우가 거의 대부분인 경우라는 것은 경험칙상 충분히 예견할 수 있다.

이상과 같은 여러 가지 사항을 고려할 때 현행 인지대가 객관적으로 극히 고액이어서 재판청구권을 침해하거나 헌법상의 평등의 원칙에 위배될 정도에 이르렀다고는 볼 수 없다.

(4) 기타 청구인의 주장

청구인은 이 사건 법률조항이 헌법 제7조(공무원의 지위·책임·신

분·정치적 중립성), 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장)에도 위배된다고 주장한다. 그러나 청구인은 그 구체적 이유를 적시하지 아니하고 단순히 위 조문들만을 나열하고 있을 뿐이므로 이 사건에서 헌법 제7조, 제10조는 이 사건 법률조항의 위헌 여부의 판단에 있어서 심사척도로서의 관련성이 있다고 판단되지 아니하므로 위 주장은 이유없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 민사소송비용법 제2조에 대한 청구부분은 재판의 전제성의 요건을 결여하여 부적법하므로 각하하고, 민사소송등인지법 제1조는 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
주심	재판관 이재화
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

토지수용법 제75조의2 제1항 등 위헌 소원

(1996. 8. 29. 93헌바63, 95헌바8(병합) 전원재판부)

[판례집 8권2집, 63~73]

【판시 사항】

토지수용법(土地收用法) 제75조의2 제1항이 헌법(憲法)에 위배되는지 여부

【결정 요지】

가. 일반적으로 행정소송에 관한 절차를 어떻게 구성할 것인가, 특히 제소기간을 얼마동안으로 할 것인가는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법권자가 결정할 사항으로, 재판청구권 제한의 한계를 벗어난 예외적인 경우가 아니면, 구체적인 적용대상 법률관계의 성질상 이를 조속히 확정할 합리적인 필요가 있는지의 여부에 따라 상당한 범위 안에서 입법권자의 재량범위가 폭넓게 허용되어야 한다.

나. 토지수용법(土地收用法) 제75조의2 제1항은 토지수용 재결에 대한 이의신청이 있어 중앙토지수용위원회가 이의재결을 한 경우 다시 이에 대한 불복을 하려면, 재결서가 송달된 날로부터 1월 이내에 행정소송을 제기하여야 하도록 규정함으로써, 제소기간을 행정소송법 상의 제소기간 60일보다 짧게 규정하고 있다. 그러나, 토지수용에 관련된 공익사업은 국민경제에 중대한 영향을 미치는 경우가 대부분이므로 수용할 토지의 구역이나 손실보상을 둘러싼 분쟁 등 토지수용에 관한 법률관계를 신속하게 확정하는 것이 공익사업을 신속·원활하게 수행하기 위하여 매우 요긴하다. 또한 토지수용절차는 사업시행자가 토지수용에 따른 보상문제 등에 관하여 미리 소유자 등과 충분한 협의를 거치고, 그 뒤에 수용재결, 이의신청, 이의재결 등의 사전구제절차를 거치도록 되어 있어 이미 오랜 시간에 걸쳐 보상 등이 적정인지에 관하여 서로 다투어

은 당사자로서는 재결의 의미와 이에 대하여 불복할 것인지 여부에 관하여 생각할 충분한 시간이 주어진 바이므로 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 행정소송을 제기할 것인지 여부의 결정이나 제소에 따른 준비에 많은 시간이 필요한 경우가 아닌 점에 비추어 볼 때 위 제소기간 1개월은 결코 그 기간이 지나치게 짧아 국민의 재판청구권 행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 한다고 말할 수 없다.

다. 토지수용법이 행정소송의 제소기간에 관하여 일반법인 행정소송법을 배제하고 그보다 짧은 제소기간을 규정함으로써 국민이 착오를 일으켜 제소기간을 놓치는 사례가 있을 수 있으나, 이러한 사태는 특별법에서 일반법과 다른 규정을 두는 경우에 언제나 발생할 가능성이 있는 것이며, 그 이유만으로 그 규정이 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견(別個意見)

이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없고, “심판청구를 기각한다”로 주문을 표시함이 옳다.

- 청 구 인 1. 이 ○ 환
 대리인 변호사 이 은 기
 2. 최 ○ 식
 대리인 변호사 김 성 만

관련사건 서울고등법원 93구20513 토지수용재결처분
취소등(93헌바63)
 서울고등법원 94구29890 토지수용이의재결
처분취소등(95헌바8)

【심판대상조문】

토지수용법(土地收用法) 제75조의2 제1항(이의신청에 대한 재결의 효력) ① 이의신청의 재결

에 대하여 불복이 있을 때에는 재결서가 송달된 날로부터 1월 이내에 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 기업자는 행정소송을 제기하기 전에 제75조 제1항의 규정에 의하여 이의신청에 대한 재결에서 정한 보상금을 공탁하여야 한다. 이 경우, 토지소송자 등은 공탁된 보상금을 소송종결시까지 수령할 수 없다.

②~④

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제27조

【참조 판례】

1992.7.23. 선고, 90헌바, 92헌바2·25(병합) 결정

【주 문】

토지수용법 제75조의2 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 93헌바63 사건

청구인 이○환은 한국토지개발공사가 사업시행자인 안양·평촌 택지개발사업지구 내에 편입된 안양시 ○○동 618의 1,2 전 5,678㎡ 중 2분의 1 지분의 소유자이다. 중앙토지수용위원회는 위 토지를 수용하고자 하여 토지수용에 관한 협의를 하였으나 협의가 이루어지지 아니하자 1992. 9. 18. 그 토지에 대한 수용 재결처분을 하였고, 청구인 이○환은 이에 이의신청을 제기하였다.

중앙토지수용위원회가 1993. 5. 27. 이의신청에 대한 재결을 하였는데, 청구인은 그 재결서를 송달받은 날인 1993. 6. 13.로부터 1월

이 이미 경과한 이후인 1993. 8. 9.에 이르러서야 서울고등법원 93구20513 토지수용재결처분취소 등 청구소송을 제기하는 한편, 토지수용법(1991. 12. 31. 법률 제4483호) 제75조의2 제1항 본문이 위 청구인의 헌법상 평등권, 재판청구권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 서울고등법원 93부798 위헌법률심판제청신청을 하였다.

서울고등법원은 1993. 12. 3. 토지수용재결처분취소 등 청구사건에 관하여 제소기간이 도과되었다는 이유로 소를 각하하는 한편, 같은 날 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 청구인은 1993. 12. 14. 이 사건(93헌바63) 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 95헌바8 사건

청구인 최○식은 서울특별시가 사업시행자인 택지개발사업지구 내에 편입된 서울 강서구 방화동 110 전 708㎡, 같은 동 111의 2 전 206㎡의 소유자이다. 서울특별시는 위 토지를 수용하고자 협의를 하였으나 협의가 이루어지지 아니하자 1992. 12. 31. 그 토지에 대한 수용재결처분을 하였고, 청구인 최○식은 이에 이의신청을 제기하였다.

중앙토지수용위원회가 1994. 8. 1. 이의신청에 대한 재결을 하였는데, 청구인은 그 재결서를 송달받은 날인 1994. 8. 9.로부터 1월이 이미 경과한 이후인 1994. 9. 27.에 이르러서야 서울고등법원 94구29890 토지수용이의재결처분취소등 청구소송을 제기하는 한편, 토지수용법(1991. 12. 31. 법률 제4483호) 제75조의2 제1항 본문이 위 청구인의 헌법상 평등권, 재판청구권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 서울고등법원 95부153 위헌법률심판제청신청을 하였다.

서울고등법원은 1995. 3. 3. 토지수용재결처분취소 등 청구사건에

관하여 제소기간이 도과되었다는 이유로 소를 각하 하는 한편, 같은 날 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 청구인은 1995. 3. 10. 이 사건(95헌바8) 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 토지수용법 제75조의 2 제1항 본문(이하 이 사건 법률조항이라 한다)이 헌법에 위반된 것인지 여부이고, 제75조의 2의 내용은 다음과 같다.

토지수용법 제75조의 2 (이의신청에 대한 재결의 효력)

① 이의신청의 재결에 대하여 불복이 있을 때에는 재결서가 송달된 날로부터 1월 이내에 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 기업자는 행정소송을 제기하기 전에 제75조 제1항의 규정에 의하여 이의신청에 대한 재결에서 정한 보상금을 공탁하여야 한다. 이 경우 토지소유자 등은 공탁된 보상금을 소송종결시까지 수령할 수 없다.

② 제1항의 규정에 의하여 제기하고자 하는 행정소송이 보상금의 증감에 관한 소송인 때에는, 당해 소송을 제기하는 자가 토지소유자 또는 관계인인 경우에는 재결청 외에 기업자를, 기업자인 경우에는 재결청 외에 토지소유자 또는 관계인을 각각 피고로 한다.

③ 제1항의 기간 내에 소송이 제기되지 아니하거나 기타 사유로 제75조의 규정에 의한 이의신청에 대한 재결이 확정되었을 때에는 민사소송법상의 확정판결이 있는 것으로 보며 재결정본은 집행력있는 판결정본과 동일한 효력을 가진다.

④ 이의신청에 대한 재결이 확정된 때에는 토지소유자·관계인 또는 기업자는 관할 토지수용위원회에 대하여 재결확정증명서를

청구할 수 있다.

2. 당사자의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항이 토지수용법상 이의신청의 재결에 대하여 불복이 있을 때에는 재결서가 송달된 날로부터 1월 이내에 행정소송을 제기하여야 하도록 규정한 것은 행정소송 제기기간을 너무 단기간으로 규정함으로써 국민의 재판청구권을 침해한 것이다. 행정소송에 관한 일반적 절차를 규정한 행정소송법 제20조 제1항에 의하면 행정심판의 재결을 거쳐 제기하는 행정소송은 그 재결서의 정본을 송달받은 날로부터 60일 이내에 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 조세, 인사, 건축, 노동 등 다른 법률 분야에서는 제소기간을 최소한 60일 이상으로 연장하고 있는 것과 비교해 볼 때 균형이 맞지 않는다.

제소기간을 1월로 단축한다고 하여 토지수용과 관련한 공공사업의 공익성, 신속성을 얼마나 확보할 수 있을 것인지 의문이다. 따라서 굳이 토지수용법에서 제소기간을 1월로 단축하고 있는 것은 토지의 수용으로 말미암아 재산권을 침해받은 자에 대한 헌법상 보장된 기본권인 국민의 재판청구권을 합리적인 이유없이 차별하여 제한한 것이다.

물론 행정소송법 제8조에 의하면 행정소송에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 규정을 적용하도록 하고 있고, 토지수용법의 규정이 행정소송법에 우선하여 적용되는 것은 사실이지만 국민의 권리구제적 측면에서 볼 때 행정소송법의 위법률조항은 다른 법률에서 제소기간을 더 길게 규정한 때를 대비하여 둔 규

정으로 한정해석하여야 마땅하다.

나. 법원의 기각결정 이유

토지수용법 제75조의 2 제1항 본문이 이의재결에 대한 행정소송 제소기간을 그 일반법인 행정소송법 제20조 제1항의 행정소송 제소기간인 60일보다 짧게 규정한 것은 토지수용과 관련한 공공사업을 신속히 수행하여야 할 특수성과 전문성을 살리기 위한 필요 때문에 그렇게 된 것으로 이해되므로, 이를 국민의 재산권보장에 관한 헌법 제23조, 재판청구권의 보장에 관한 헌법 제27조나 그 밖의 헌법규정에 어긋나는 위헌규정이라 할 수 없다(서울고등법원 1993. 12. 3.자, 93부798 결정 ; 1995. 3. 3.자, 95부153 결정).

다. 중앙토지수용위원회·한국토지개발공사·건설부장관·서울특별시장의 의견

토지수용법은 토지수용에 따르는 보상을 신속하게 확정된 뒤 공익사업을 신속·원활하게 추진할 수 있도록 지원하기 위하여 특별히 행정소송의 제소기간을 30일로 규정한 것이다.

행정소송의 제소기간을 행정소송법 제20조 제1항에서 규정한 60일 또는 그 이상의 기간으로 하여야 한다거나 그 보다 단축하여서는 아니된다는 근거가 없다. 이 사건 법률조항이 정한 1개월은 토지수용에 관한 재결서를 송달받은 후 행정소송을 제기하는데 하등의 지장이 없는 충분한 기간이므로 헌법상 보장된 국민의 재판청구권을 침해하는 것이 아니다.

또한 이 사건 법률조항이 정한 제소기간에 관한 규정은 모든 국민에게 다같이 적용되므로 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 행정소송법 제20조 제1항에 의하면, 행정심판의 재결을 거쳐 행정소송을 제기하는 경우에는 그 재결서의 정본의 송달을 받은 날로부터 60일 이내에 소를 제기하도록 규정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항에 의하면, 토지수용재결에 대한 이의신청이 있어 중앙토지수용위원회가 이의재결을 한 경우 다시 이에 대한 불복을 하려면, 재결서가 송달된 날로부터 1월 이내에 행정소송을 제기하여야 하도록 규정함으로써, 제소기간을 행정소송법상의 제소기간 60일보다 짧게 규정하고 있다.

일반적으로 행정소송에 관한 절차를 어떻게 구성할 것인가, 특히 제소기간을 얼마동안으로 할 것인가는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법권자가 결정할 사항이다. 물론 이러한 입법제량도 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권의 본질적 내용을 침해하거나 비례의 원칙에 어긋나는 것이어서는 아니된다. 이러한 경우로는 예컨대, 법률관계의 조속한 확정의 필요가 인정되는 경우에 있어서도, 그 제소기간을 너무 짧게 정하여 소를 제기하는 것이 사실상 불가능하거나 매우 어렵게 되는 경우라든가, 제소기간은 소송을 제기하기에 상당한 기간을 두고 있다고 하더라도, 기간을 계산함에 있어서 그 기산일을 누구나 쉽사리 이해할 수 있도록 명확하게 규정하지 아니하고, 법률전문가로서도 혼란을 일으킬 정도로 불명확하고 모호하게 규정한 경우(헌법재판소 1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 92헌바25 병합결정 참조)가 그 예이다.

따라서 위의 예에서 본 경우와 같은 재판청구권 제한의 한계를 벗어난 예외적인 경우가 아니면, 제소기간의 제한은 비록 재판청구

권에 관한 직접적인 제한인 것이 분명하지만, 구체적인 적용대상 법률관계의 성질에 따라 그 법률관계를 조속히 확정할 합리적인 필요가 있는지의 여부에 따라 상당한 범위안에서 입법권자의 재량범위가 폭넓게 허용되어야 한다.

나. 토지수용에 대하여 불복이 있는 경우, 행정소송에 의하여 토지소유자가 그 토지에 관한 재산권을 회복할 가능성이 남아 있는 동안에는 공익사업은 더 이상 진행될 수 없으며 중단된 채로 남아 있을 수 밖에 없다. 그러나 토지수용에 관련된 공익사업은 국민경제에 중대한 영향을 미치는 경우가 대부분이므로 수용할 토지의 구역이나 손실보상을 둘러싼 분쟁 등 토지수용에 관한 법률관계를 신속하게 확정하는 것이 공익사업을 신속·원활하게 수행하기 위하여 매우 요긴하다. 이 사건 법률조항이 이의재결에 대한 행정소송의 제소기간을 1개월로 규정하게 된 입법목적은 바로 여기에 있고, 따라서 이러한 입법목적은 정당하다.

토지수용절차는 사업시행자가 토지수용에 따른 보상문제 등에 관하여 미리 소유자 등과 충분한 협의를 거치고, 그 뒤에 수용재결, 이의신청, 이의재결 등의 사전구제절차를 거치도록 되어 있다. 따라서 이미 오랜 시간에 걸쳐 보상 등이 적정한 지에 관하여 서로 다투어 온 당사자로서는 재결의 의미와 이에 대하여 불복할 것인지 여부에 관하여 생각할 충분한 시간이 주어진 바이므로 중앙토지수용위원회의 재결에 대하여 행정소송을 제기할 것인지 여부의 결정이나 제소에 따른 준비에 많은 시간이 필요한 경우가 아니다. 이러한 점에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 정한 제소기간 1개월은 결코 그 기간이 지나치게 짧아 국민의 재판청구권 행사를 불가능하

게 하거나 현저히 곤란하게 한다고 말할 수 없다.

다. 물론 행정소송의 제소기간에 관하여 일반법인 행정소송법을 배제하고 그보다 짧은 제소기간을 토지수용법에 규정함으로써(물론, 행정소송법 제8조를 행정소송법상의 제소기간보다 긴 제소기간을 둘 때만을 염두에 둔 규정으로 볼 수 없다) 국민이 착오를 일으켜 제소기간을 놓치는 바람에 행정소송을 제기하지 못하게 되는 사례가 있을 수 있다. 그러나 이러한 사태는 특별법에서 일반법과 다른 규정을 두는 경우에는 언제나 발생할 가능성이 있는 것이며, 그러한 이유만으로 그 규정이 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

최근 행정심판법, 행정소송법을 제정·개정하고 개별행정법규를 정비하면서, 불복절차를 거의 통일시키고 있는데도 불구하고, 이 사건 법률조항을 종전과 같이 그대로 두고 있는 것은 바로 다른 행정절차와 달리 토지수용에 따른 분쟁을 되도록 빨리 확정하고자 하는 입법자의 뜻이 반영된 것이라 할 것으로서 이를 탓하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그러므로 토지수용법 제175조의 2 제1항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 대한 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 별개의견

나는 주문표시중 "토지수용법(……) 제75조의 2 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7,8(병합) 구조세감면규제법 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.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
주심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

영화법 제4조 제1항 등 위헌소원

(1996. 8. 29. 94헌바15 전원재판부)

[판례집 8권2집, 74~89]

【관시 사항】

가. 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 있어서의 명확성(明確性)의 정도

나. 영화법(映畫法) 제4조 제1항의 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 위배되는지 여부

다. 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)의 내용과 한계

라. 영화법(映畫法) 제4조 제1항에서 영화제작업자에게 등록의무를 부과하는 것이 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)를 침해하는지 여부

마. 영화법(映畫法) 제4조 제1항 등이 정한 등록요건이 사실상 허가제(許可制)에 해당하는지 여부

바. 영화법(映畫法) 제4조 제1항이 평등(平等)의 원칙(原則)에 위배되는지 여부

【결정 요지】

가. 우리 헌법 제12조 제1항 후문의 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 따라 형벌법규(刑罰法規)는 일반인이 범죄(犯罪)와 형벌(刑罰)의 내용을 미리 알 수 있도록 구체적으로 명백하게 규정하여야 하며 자의적으로 확장하거나 유추할 수 있는 개념을 사용하여서는 아니되지만, 범죄구성요건(犯罪構成要件)에 일반적, 규범적 개념을 사용하더라도 법률(法律)의 규정에 의하여 그 해석이 가능하고 또한 일반인이 금지된 행위와 허용된 행위를 구분하여 인식할 수 있다면 죄형법정주의(罪刑法定主義)에 위반한 것은 아니라고 보아야 한다.

나. 영화법(映畫法) 제4조 제1항은 “업”이라는 일반적 개념을 사용하고 있지만, 같은 법 제4조 제4항, 같은법시행령 제5조의2의 규정 등과 종합하여 볼 때 위 규정에서 “영화의 제작을 업으로 하는 자”라 함은 영리를 목적으로 하는지 여부에 관계없이 영화(映畫)를 계속·반복하여 제작하고자

하는 자를 의미하는 것으로 해석하여야 하고, 이러한 해석은 일반인으로서도 통상적으로 인식할 수 있는 것이라고 보아야 할 것이므로 영화법(映畫法) 제4조 제1항은 죄형법정주의(罪刑法定主義)의 한 가지인 형벌법규(刑罰法規)의 명확성(明確性)의 원칙(原則)에 위반한다고 볼 수 없다.

다. 헌법(憲法)이 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)를 보장하는 것은 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)의 내재적 본질인 표현의 방법과 내용을 보장하는 것을 말하는 것으로서 언론(言論)·출판기업(出版企業)의 주체인 기업인으로서의 활동까지 포함하는 것으로 볼 수 없다. 기업경영주체로서는 일반사회질서의 규율에서 예외가 될 수 없으며 언론출판기업에 대하여 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)의 본질적 내용의 간섭과는 구분되며, 원칙적으로 언론(言論)·출판(出版)의 자유(自由)에 관한 본질적인 내용의 침해에 해당하는 것이라고 볼 수 없다.

라. 영화법(映畫法)에서 영화(映畫)의 제작을 업으로 하고자 하는 자에게 등록의무를 부과하는 것은 영화산업의 육성발전을 촉진하고 영화예술의 질적 향상을 도모하기 위하여 문화체육부장관이 영화제작업자의 실태를 파악하여 이를 건전하게 육성하고 그 기능이 공공의 이익과 질서유지에 합당하게 지속적으로 유지·발전하도록 하기 위한 것이므로, 영화법(映畫法) 제4조 제1항 및 제32조 제1호는 헌법상 보장된 표현(表現)의 자유(自由)의 내용을 간섭하기 위한 것이 아니라 단순히 주무행정관청의 기본업무인 행정상의 절차와 행정업무상 필요한 사항을 등록하게 하고 이를 규제하기 위하여 그 위반행위에 대한 벌칙 규정을 두고 있는데 불과한 것이다. 따라서 위 법률조항은 입법부(立法府)가 그러한 규제를 함에 있어서 입법재량(立法裁量)을 남용함으로써 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 위반하는 등 자의적인 입법을 하지 않는 이상 그 규제입법 자체를 위헌이라고 할 수 없다.

마. 영화(映畫)는 오늘날 다른 표현매체와 달리 대규모의 자본과 시설에 의해 이루어지고 있고, 영화(映畫)의 영향력은 광범위하고 직접적이며 강력하여 각국이 자국의 영화산업을 집중 육성함으로써 자국의 문화를 세계에 널리 보급하고자 이를 새로운 전략산업으로 지원·육성하고 있어

이를 기업화하여 국민경제에 기여하는 전략산업으로 육성하여야 할 필요성 또한 크다고 할 수 있는바, 이와 같은 점을 종합적으로 고려해 볼 때 영화법(映畫法) 제4조 제1항, 제3항, 같은 법 시행령 제2조, 제5조의3의 규정이 정한 예탁금을 포함한 그 규제의 정도가 표현의 자유를 본질적으로 침해할 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다.

바. 영화법(映畫法)이 부동산중개업법, 보건범죄단속에관한특별조치법에서 무면허 부동산중개업자와 무면허 의료업자의 처벌은 반드시 영리성을 그 요건으로 하고 있는 경우와 달리 단지 영화를 계속·반복하여 제작하는 것만을 처벌의 요건으로 규정하고 있다고 하더라도 영화(映畫)가 가진 국민들에게 미치는 영향력은 영리의 목적 여부와 관계없이 강력하고 직접적이며 광범위한 것이기 때문에 그 차별에 합리적인 근거가 있어 평등(平等)의 원칙(原則)에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견(別個意見)

이 사건의 경우는 국민이 위헌이라고 주장하여 심판을 청구하는 것이므로 그 뜻을 받아들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없고, “심판청구를 기각한다”로 주문을 표시함이 옳다.

청 구 인 이 ○ 배

대리인 변호사 이석태, 김형태, 조용환, 백승헌

관련사건 서울형사지방법원 93노1894 영화법위반, 서울형사지방법원 93초3652 위헌심판제청신청

【심판대상조문】

영화법(映畫法) 제4조 제1항 ① 영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자 또는 외국영화의 수입을 업으로 하고자 하는자는 문화체육부에 등록하여야 한다. 등록사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는

경미한 사항의 변경은 신고로 등록에 갈음한다.

②~⑤ 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제21조 제1항·제2항

영화법(映畫法) 제4조 (영화업의 등록) ① 영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자 또는 외국영화의 수입을 업으로 하고자 하는 자는 문화체육부에 등록하여야 한다. 등록사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 신고로 등록에 갈음한다.

② 제1항의 규정에 의하여 등록하고자 하는 자는 법인이어야 한다. 다만, 극영화가 아닌 영화의 제작을 업으로 하기 위하여 등록하고자 하는 자는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의하여 등록하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 금액(이하 “예탁금”이라 한다)을 예탁하여야 한다.

④ 국가·지방자치단체 기타 대통령령이 정하는 자가 영화를 제작하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 등록, 제2항의 규정에 의한 법인의 자본금의 기준, 제3항의 규정에 의한 예탁금의 예탁·관리 및 운용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

영화법 제32조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제4조의 규정에 의한 등록을 하지 아니하고 영화를 제작하거나 외국영화를 수입한 자

2. ~5. 생략

영화법시행령(映畫法施行令) 제2조(등록기준) ① 법 제4조의 규정에 의한 극영화를 제작하는 영화업의 등록기준은 다음 각호와 같다.

1. 자본금이 5천만원 이상인 법인일 것.

2. 제5조의3 제1항의 규정에 의한 예탁금을 예탁한 자일 것. 다만, 중소기업협동조합법에 의하여 영화제작업자 등을 조합원으로 하여 설립된 협동조합의 조합원으로서 종합활용소의 건립목적을 위하여 출자하는 자인 경우에는 예탁금의 금액의 2분의 1까지 이와 동액의 당해 출자금의 출자로서 예탁한 것에 갈음할 수 있다.

② 법 제4조 제2항 단서의 규정에 의한 극영화가 아닌 영화를 제작하는 영화업의 등록기준은 제5조의3 제1항의 규정에 의한 예탁금을 예탁한 자로 한다.

③ 법 제4조의 규정에 의한 외국영화를 수입하는 영화업자의 등록기준은 다음 각호와 같다.

1. 자본금이 5천만원 이상인 법인일 것. 다만, 외국법인(국내지사)인 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 제5조의3 제1항의 규정에 의한 예탁금을 예탁한 자일 것

영화법시행령 제5조의2(영화법등록의 특례) 법 제4조 제4항에서 “기타 대통령령이 정하는 자” 함은 영리를 목적으로 하지 아니하는 영화를 제작하는 경우의 교육법에 의한 학교를 말한다.

영화법시행령 제5조의3(예탁금의 금액 및 관리·운용) ① 제2조의 규정에 의하여 영화업의 등록을 하고자 하는 자가 법 제4조 제3항의 규정에 의하여 영화진흥공사에 예탁하여야 하는 예탁금의 금액은 다음 각호의 범위 안에서 문화체육부령으로 정한다.

- 1. 극영화작업 : 2억원 이하
- 2. 극영화가 아닌 영화제작업 : 1천만원 이하
- 3. 외국영화수입업 : 10억원 이하

② 영화진흥공사는 예탁받은 예탁금을 선량한 관리자의 주의로써 관리·운용하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 예탁금은 이를 다음 각호의 사업을 위하여 운용한다.

- 1. 영화제작업자에 대한 영화제작비의 융자
- 2. 영화제작시설 또는 기자재의 지원이나 영화제작시설비 또는 기자재구입비의 융자
- 3. 기타 문화체육부장관이 정하는 영화진흥공사업

【참조 판례】

- 가. 1990.1.15. 선고, 89헌가103 결정
- 1991.7.22. 선고, 89헌가106 결정
- 1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정
- 1992.2.25. 선고, 89헌가104 결정
- 1992.4.28. 선고, 90헌바27내지34,36내지42,44내지46, 92헌바15(병합) 결정

1994.7.29. 선고, 93헌가4·6(병합) 결정

1995.5.25. 선고, 93헌바23 결정

【주 문】

구 영화법 (1995. 12. 30. 법률 제5130호 영화진흥법에 의해 폐지된 법률) 제4조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 문화체육부장관에게 구 영화법 제4조 제1항 소정의 영화제작업자 등록을 하지 아니하고 "과업전야"라는 제목의 극영화를 제작하였다는 이유로 영화법위반죄로 기소되어 재판을 받았다.

청구인은 제1심(서울형사지방법원 90고단8020 사건)에서 유죄 선고를 받았으나, 항소심(서울형사지방법원 92노2413 사건)에서 "영화법 제4조 제1항에 의하여 등록을 필요로 하는 '영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자'라 함은 이익을 얻을 목적으로 반복·계속하여 영화의 제작을 하고자 하는 자를 말한다"고 하여 무죄를 선고받았다. 그런데 대법원(92도3204 사건)은 "영화법 제4조 제1항에 의하여 등록을 필요로 하는 영화제작업을 반드시 영리를 목적으로 하는 경우에 한정한다고 볼 수 없다"고 판시하여 파기환송하였다.

청구인은 환송심에 이르러 영화법 제4조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 1994. 2. 18. 기각되었다. 청구인은 그해 2. 28. 기각결정 정본을 송달받고 3. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청

구하였다.

한편 구 영화법은 이 사건 심판이 계속 중이던 1995. 12. 30. 법률 제5130호로 제정되어 1996. 7. 1.부터 시행된 영화진흥법에 의해 폐지되었다. 다만, 영화진흥법 부칙 제6조에 의하면, 위 법 시행전에 종전의 영화법에 위반한 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 영화법의 규정에 의하도록 규정하고 있다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 영화법 제4조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부이고, 구 영화법 제4조의 내용은 다음과 같다.

구 영화법 제4조 (영화업의 등록)

① 영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자 또는 외국영화의 수입을 업으로 하고자 하는 자는 문화체육부에 등록하여야 한다. 등록사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 신고로 등록에 갈음한다.

② 제1항의 규정에 의하여 등록하고자 하는 자는 법인이어야 한다. 다만, 극영화가 아닌 영화의 제작을 업으로 하기 위하여 등록하고자 하는 자는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의하여 등록하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 금액(이하 "예탁금"이라 한다)을 예탁하여야 한다.

④ 국가·지방자치단체 기타 대통령령이 정하는 자가 영화를 제작하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 등록, 제2항의 규정에 의한 법인의 자본금의 기준, 제3항의 규정에 의한 예탁금의 예탁·관리 및 운용에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 당사자의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 죄형법정주의 위반

영화법 제32조 및 제4조는 영화의 제작을 '업'으로 하는 자가 등록을 하지 아니하고 영화제작을 하는 경우에는 형사처벌을 하도록 규정하고 있다. 그러나 영화의 제작을 업으로 하는 것이 무엇을 말하는지에 관하여 명문규정을 두지 않고 있다. 따라서 '업'의 의미는 유추해석을 통해서만 밝혀질 수 있어 백지형법에 해당하므로 죄형법정주의에 위반된다.

(2) 표현의 자유 침해

위 법률조항을 영리를 목적으로 하는지 가리지 아니하고 영화제작을 하고자 하는 자는 모두 등록을 하여야 하는 것으로 해석한다면, 영화를 제작하고자 하는 자는 영리목적 여부와 상관없이 등록을 하여야 하고 등록을 하기 위하여는 법인을 설립하여야 하며 최소한 5,000만원의 예탁금을 미리 준비하고 있어야만 영화를 제작할 수 있다는 결과에 이르게 된다(영화법 제4조 제1항, 제2항, 제3항, 같은법 시행규칙 제2조 제1항). 따라서 위 법률조항은 실질적으로 영화를 통한 표현 자체를 원천적으로 봉쇄하는 것이 되어 표현의 자유를 심각하게 침해하는 것이 될 뿐 아니라 재산이 있는 자와 없는 자를 차별하여 평등권을 침해하는 것으로 된다.

(3) 평등의 원칙 위반

부동산중개업법 제4조 제1항 소정의 무면허 부동산중개업, 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조 소정의 무면허 의료업의 경우에는 영리성을 요구하고 있는데 반하여, 영화제작업에 대해서만 영리

성을 요하지 않는다고 해석하는 것은 평등의 원칙에 반한다.

나. 위헌심판제청신청에 대한 법원의 기각결정 이유
일반적, 규범적 개념을 사용한 형벌법규의 구성요건이라 하더라도 법률의 규정에 의하여 그 해석이 가능하고 (죄형법정주의 원칙상 이와 같은 해석에 있어서 피고인에게 불리한 유추해석은 금지된다), 또한 일반인이 이를 인식할 수 있다면 죄형법정주의에 위반한 것이라고 볼 수는 없다.

영화법 제4조 제1항은 비록 일반적, 규범적 개념을 사용하고 있으나, '영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자'라 함은 영리를 목적으로 하는지에 관계없이 계속, 반복적으로 영화를 제작하고자 하는 자를 의미하는 것으로 해석되고, 이러한 해석은 일반인도 인식할 수 있는 것이므로, 위 영화법 제4조 제1항과 그 처벌규정인 같은 법 제32조 제1호는 죄형법정주의(특히 유추해석금지의 원칙이나 명확성의 원칙)에 위반한 법률조항이라고 볼 수는 없다

다. 법무부장관 및 검찰총장의 의견

영화를 제작하고자 하는 자가 영리목적 여부에 관계없이 영화법상의 제한을 받는 것은 영화산업의 육성발전을 촉진하고 영화예술의 질적향상을 도모하여 민족예술의 진흥에 기여하기 위한 필요에 따른 제한이다. 또한 영화법은 모든 영화제작업자가 법인으로 5,000만원 이상의 예탁금을 미리 준비하여야 할 것으로 요구하고 있는 것은 아니고 구체적인 경우에 따라 기준을 달리함으로써 그 제한이 최소한에 그치도록 규정하고 있다. 이러한 최소한의 제한의 필요성은 영화제작업자의 영리목적성에 의하여 좌우되는 것이 아니다. 따라서 위와 같은 해석이 표현의 자유를 침해한다거나 평등

의 원칙에 위반한다고 볼 수 없다.

또한 영화제작업을 부동산중개업, 의료업과 다르게 취급하는 것은 영화의 직접성, 대중성 등의 특수성에 기초하여 영화법의 입법목적 달성을 위한 합리적 근거가 있는 차별이므로 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아니다.

그 밖에 죄형법정주의 위반 여부에 관하여는 법원의 위헌제청신청 기각결정 이유와 같다.

3. 판 단

가. 적법요건

구 영화법은 1995. 12. 30. 법률 제5130호로 제정되어 1996. 7. 1.부터 시행된 영화진흥법에 의하여 폐지되었으나, 영화진흥법 부칙 제6조에 의하면 위 법 시행전에 종전의 영화법에 위반한 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 영화법의 규정에 의하도록 규정하고 있다. 한편 청구인은 영화진흥법의 시행으로 영화법이 폐지되기 전에 영화법위반죄로 형사재판을 받았으므로 비록 지금은 영화법이 폐지되었다 하더라도 이 사건 심판 대상인 구 영화법 제4조 제1항의 위헌 여부가 청구인에 대한 형사재판의 전제가 되므로 위 법률조항은 당연히 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 죄형법정주의에 대한 위반 여부

(가) 우리 헌법 제12조 제1항 후문은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"고 규정하고 있다.

위 헌법조항은 죄형법정주의를 선언한 것으로서, 어떠한 행위가 금지되어 있고 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 부과되는가를 미리 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 예측가능성을 확보하자는 데에 그 뜻이 있다. 따라서 형벌법규는 일반인이 범죄와 형벌의 내용을 미리 알 수 있도록 구체적으로 명백하게 규정하여야 하며 자의적으로 확장하거나 유추할 수 있는 개념을 사용하여서는 아니된다.

이러한 명확성의 원칙을 구현하기 위한 가장 이상적인 형벌법규는 순수하게 기술적 요소만으로 범죄구성요건을 만드는 것이지만, 이는 입법기술상 불가능하다. 또한 실제로 발생하는 범죄의 내용은 매우 다양하여서 범죄구성요건을 지나치게 구체적으로 기술하면 실제 범죄에 대하여 법률을 적용할 수 없는 상황에 처할 우려가 있다. 따라서 형벌법규의 구성요건을 규정함에 있어서는 가치개념을 포함하는 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다.

범죄구성요건에 일반적, 규범적 개념을 사용하더라도 법률의 규정에 의하여 그 해석이 가능하고 또한 일반인이 금지된 행위와 허용된 행위를 구분하여 인식할 수 있다면 죄형법정주의에 위반한 것은 아니라고 보아야 한다(헌법재판소 1990. 1. 15. 선고, 89헌가103 참조).

(나) 구 영화법 제4조 제1항은 "영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자 또는 외국영화의 수입을 업으로 하고자 하는 자는 문화체육부에 등록하여야 한다"고 규정함으로써 "업"이라는 일반적 개념을 사용하고 있다.

그러나 구 영화법 제4조 제4항은 "국가, 지방자치단체 또는 대통령

령령이 정하는 자가 영화를 제작하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다"고 규정하고, 같은 법 시행령 제5조의2는 "법 제4조 제4항에서 '기타 대통령령이 정하는 자'라 함은 영리를 목적으로 하지 아니하는 영화를 제작하는 경우의 교육법에 의한 학교를 말한다"고 규정하고 있다.

시행령에서 등록을 요하지 않는 경우로서 "교육법에 의한 학교가 영리를 목적으로 하지 않는 영화를 제작하는 경우"를 들고 있는 것으로 보아, 교육법에 의한 학교라 하더라도 영리를 목적으로 하는 영화를 제작하는 경우에는 당연히 영화제작업자 등록을 하여야 하며, 또한 영리를 목적으로 하지 않는 영화를 제작하는 경우라 하더라도 그 주체가 교육법에 의한 학교가 아닌 경우에는 역시 영화제작업자 등록을 하여야 한다는 취지로 해석할 수 있다.

또한 "업"의 사전적인 의미도 반드시 영리를 목적으로 하는 업무만을 의미한 것으로 해석되지 아니하고, 오히려 "직업"의 준말로써 "날마다 종사하는 일"을 의미한다. 비영리업무도 직업에 포함될 수 있는 이상 일반인으로서도 "업"이란 영리업무만을 의미하며 비영리업무는 포함되지 않는다고 보는 것이 통상이라고 말할 수는 없다.

따라서 영화법에서 "영화의 제작을 업으로 하는 자"라 함은 영리를 목적으로 하는지 여부에 관계없이 영화를 계속·반복하여 제작하고자 하는 자를 의미하는 것으로 해석하여야 하고, 이러한 해석은 일반인으로서도 통상적으로 인식할 수 있는 것이라고 보아야 할 것이므로 영화법 제4조 제1항은 죄형법정주의의 한 가지인 형벌법규의 명확성의 원칙에 위반한다고 볼 수 없다.

(2) 표현의 자유와 평등의 원칙에 대한 침해 여부

(가) 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하는 것은 언론·출판의 자유의 내재적 본질인 표현의 방법과 내용을 보장하는 것을 말하는 것으로서 언론·출판기업의 주체인 기업인으로서의 활동까지 포함하는 것으로 볼 수는 없다. 기업경영주체로서는 일반 사회법질서의 규율에서 예외가 될 수 없으며, 언론·출판기업에 대하여 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 언론·출판의 자유의 본질적 내용의 간섭과는 구분되며, 원칙적으로 언론·출판의 자유에 관한 본질적인 내용의 침해에 해당하는 것이라고 볼 수 없다. 다시 말하면, 헌법상 보장된 언론·출판의 본질적 자유에 속하는 표현의 자유가 강력하게 보장되어야 한다는 것과 언론·출판의 자유를 현출하는 매체가 하나의 기업으로서 객관적인 시설기준으로 갖추고 일반 법질서에 의해 규율되어야 한다는 것은 서로 구분하여 파악하여야 한다.

영화법에서 영화의 제작을 업으로 하고자 하는 자에게 등록의무를 부과하는 것은 영화산업의 육성발전을 촉진하고 영화예술의 질적 향상을 도모하기 위하여 문화체육부장관이 영화제작업자의 실태를 파악하여 이를 건전하게 육성하고 그 기능이 공공의 이익과 질서유지에 합당하게 지속적으로 유지·발전하도록 하기 위한 것이다. 따라서 영화법 제4조 제1항 및 제32조 제1호는 헌법상 보장된 표현의 자유의 내용을 간섭하기 위한 것이 아니라 단순히 주무행정관청의 기본업무인 행정상의 절차와 행정업무상 필요한 사항을 등록하게 하고 이를 규제하기 위하여 그 위반행위에 대한 벌칙 규정을 두고 있는데 불과한 것이다.

따라서 위 법률조항은 입법부가 그러한 규제를 함에 있어서 입법

재량을 남용함으로써 과잉금지의 원칙에 위반하는 등 자의적인 입법을 하지 않는 이상 그 규제입법 자체를 위헌이라고 할 수 없다.

(나) 영화법은 영화제작업자로 등록하고자 하는 자는 원칙적으로 "법인"이어야 하며 다만 극영화가 아닌 영화를 제작하고자 하는 자는 법인이 아니어도 되도록 규정하고, 한편 같은 법 시행령 제2조는 극영화제작업자는 자본금이 5천만원 이상의 법인이어야 한다고 규정하고 있다. 또한 영화법 제4조 제3항에 의하면 영화제작업자로 등록하려면 대통령령이 정하는 금액을 예탁하도록 하고 있는데, 같은 법 시행령 제5조의3에 의하면, 극영화제작업은 2억원 이하, 극영화가 아닌 영화제작업은 1천만원 이하, 외국영화수입업은 10억원 이하의 범위내에서 문화체육부령으로 정하는 금액을 영화진흥공사에 예탁하도록 하고 있다. 위 법령조항 등에 정한 예탁금액이 지나치게 많은 경우에는 사실상 영화제작업자의 자유로운 등록을 제한하여 실질적으로 표현의 자유를 직접 또는 간접적으로 침해할 수가 있고, 나아가 헌법에서 금지하는 언론·출판의 허가제에 유사한 제한을 하는 것에 해당하게 된다.

그러나 한편 영화는 오늘날 다른 표현매체와 달리 대규모의 자본과 시설에 의해 이루어지고 있고, 영화의 영향력은 광범위하고 직접적이며 강력하여 각국이 자국의 영화산업을 집중 육성함으로써 자국의 문화를 세계에 널리 보급하고자 이를 새로운 전략산업으로 지원·육성하고 있다.

이처럼 영화는 표현의 자유를 구현하는 수단으로서의 의미도 있지만, 이를 기업화하여 국민경제에 기여하는 전략산업으로 육성하

여야 할 필요성 또한 크다고 할 수 있으므로 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것이 아닌 한 영화제작업체를 기업적으로 육성하여야 할 필요가 있다.

이러한 점을 종합적으로 고려해 볼 때 영화법상의 등록제도는 이러한 규제목적 달성을 위한 것으로서 예탁금을 포함한 그 규제의 정도가 표현의 자유를 본질적으로 침해할 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다.

(다) 또한 영화법이 부동산중개업법, 보건범죄단속에관한특별조치법에서 무면허 부동산중개업자와 무면허 의료업자의 처벌은 반드시 영리성을 그 요건으로 하고 있는 경우와 달리 단지 계속·반복하여 제작하는 것만을 처벌의 요건으로 규정하고 있다고 하더라도 이 이유만으로 평등의 원칙에 위반되는 것으로 볼 수 없다. 왜냐하면 앞서 본 바와 같이 영화가 가진 국민들에게 미치는 영향력은 영리의 목적 여부와 관계없이 강력하고 직접적이며 광범위한 것이기 때문에 그 차별에 합리적인 근거가 있기 때문이다.

4. 결 론

그러므로 영화법 제4조 제1항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 대한 별개의견이 있는 이외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 별개의견

나는 주문표시중 "구 영화법(……) 제4조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7,8(병합) 구조세감면규제법 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.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원

(1996. 8. 29. 95헌바36 전원재판부)

[판례집 8권2집, 90~106]

【관시 사항】

구(舊) 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法) 제4조 단서가 헌법(憲法)에 반하는지 여부

【결정 요지】

가. 구(舊) 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法) 제4조 단서는 같은 조 본문의 적용이 제외되는 사업에 관하여 “사업(事業)의 위험율규모(危險率規模) 및 사업장소(事業場所) 등을 참작”하여 정하도록 함으로써 대통령령으로 규정될 적용제외사업의 내용(內容) 및 범위(範圍)의 기본사항(基本事項)을 구체적(具體的)으로 규정(規定)하고 있어서 이 사건 법률조항으로부터 대통령령에 규정될 내용(內容)의 대강(大綱)을 예측(豫測)할 수 있다고 할 것이므로 위임입법(委任立法)의 한계(限界)를 일탈한 포괄위임규정(包括委任規定)이라고 보기는 어렵다.

나. 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法)은 모든 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하여 근로자의 보호에 기여하는 것을 그 이상으로 하고 있지만, 보험기술적인 측면에서 실제로 어떠한 범위(範圍)의 사업(事業)을 강제적용대상(強制適用對象)으로 할 것인지, 또는 어떠한 범위(範圍)의 사업(事業)을 적용제외대상(適用除外對象)으로 할 것인지는 입법권자(立法權者)가 가지는 입법재량(立法裁量)의 영역에 속하는 문제로서 그 기준이 현저(顯著)하게 불합리(不合理的)하지 아니하는 한 근로조건(勤勞條件)에 관한 기준(基準)이 인간(人間)의 존엄성(尊嚴性)을 보장할 수 있어야 한다는 헌법 제32조 제3항의 규정에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 구(舊) 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法) 제4조 단서는 사업(事業)의 위험율규모(危險率規模) 및 사업장소(事業場所) 등에 따라 산재보험율(産災保險率)이 달라지는 점을 고려하여 사업(事業)의 특성(特性)이나 규모(規模)에 따라 위험율(危險率)이 극히 낮거나 규모(規模)가 작은 기업(企業) 등을 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法)의 강제적용대상에서 제외하려는 취지에서 규정된 것이

므로 합리적(合理的)인 기준(基準)에 의한 차별(差別)이라고 할 것이다.

라. 헌법 제23조 제1항의 재산권보장(財産權保障)에 의하여 보호되는 재산권(財産權)은 사적유용성(私的有用性) 및 그에 대한 원칙적 처분권(處分權)을 내포하는 재산가치(財産價値) 있는 구체적(具體的) 권리(權利)이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익(利益)이나 재화(財貨)의 획득(獲得)에 관한 기회(機會) 등은 재산권보장의 대상이 아닌바, 구(舊) 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法) 제4조 단서가 보험업에 대한 법적(法的) 환경(環境)의 일부(一部)를 구성하는 것으로 보험영업(保險營業)에 간접적(間接的)·사실적(事實的) 영향(影響)을 미칠 수 있다고 하더라도 이러한 영리획득(營利獲得)의 단순한 기회(機會)나 기업활동(企業活動)의 사실적(事實的)·법적(法的) 여건(與件)은 헌법상(憲法上) 재산권보장(財産權保障)의 대상(對象)이 아니라고 할 것이므로, 결국 구(舊) 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法) 제4조 단서는 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권(財産權)과는 관련(關聯)이 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견(別個意見)

이 사건은 헌법소원심판청구사건이므로 주문표시 중 “…… 헌법에 위반되지 아니한다”는 “심판청구를 기각한다”로 함이 상당하다.

청 구 인 주식회사 ○○화재보험
 대리인 변호사 김 교 창

관련소송사건 서울고등법원 94나14478(본소) 채무부존재확인, 94나34567(반소) 손해배상(자)

【심판대상조문】

구(舊) 산업재해보상보험법(産業災害補償保險法) 제4조 이 법은 모든 사업 또는 사업장(이하 "사업"이라 한다)에 적용한다. 다만, 사업의 위험율, 규모 및 사업장소 등을 참작하여 대통령령으로 정하는 사업은 그러하지 아니하다.

【참조 조문】

헌법(憲法) 제32조 제3항, 제75조
헌법(憲法) 제32조 제3항

헌법(憲法) 제11조 제1항

헌법(憲法) 제23조 제1항

【참조 판례】

- 가. 1996.2.29. 선고, 94헌마13 결정
1995.7.21. 선고, 94헌마125 결정
1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정
- 다. 1994.2.24. 선고, 93헌바10 결정
1989.5.24. 선고, 88헌가37,96(병합)
- 라. 1996.4.25. 선고, 95헌바9 결정
1995.5.25. 선고, 90헌마196 결정
1994.2.24. 선고, 92헌가15 등(병합) 결정

【주 문】

구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문개정되기 전의 것) 제4조 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 손해보험업을 목적으로 하는 법인으로서 청구의 성남시 수정구청장과의 사이에 위 구청 소속 청소차인 경기 7노 9910호 복사 압축식 진개차를 피보험차량으로 하여 보험기간을 1992. 11. 12.부터 1993. 11. 14.까지로 하는 업무용 자동차종합보험계약을 체결하였다.

나. 위 업무용 자동차종합보험약관 제10조 제2항 제4호에 의하면, 배상책임의무가 있는 피보험자의 피용자로서 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 사람이 죽거나 다친 경우를 그 피보험

대상에서 제외하기로 되어 있다.

다. 그런데 성남시 소속 환경미화원인 청구의 박○철은 1992. 11. 12. 06:40경 위 청소차에 의하여 약 4개월간의 치료를 요하는 상해를 입게 되었던바, 청구인은 위 박○철은 근로기준법의 적용을 받는 근로자이고 위 사고는 동인의 업무수행 중에 발생한 것이므로 근로기준법에 의한 재해보상을 받을 수 있는 자에 해당하므로 위 자동차종합보험약관에 의한 보상하지 아니하는 손해에 해당하여 청구인은 보험금을 지급할 의무가 없다고 주장하면서 위 박영철을 상대로 1993. 7. 1. 수원지방법원성남지원에 위 사고로 인한 보험금지급의무가 없음을 확인하여 달라는 채무부존재확인소송(93가합5761호)을 제기하였다.

그러나 위 법원은 1993. 9. 10. 위 사고가 근로기준법상의 업무상 재해에 해당한다고 하더라도 재해를 당한 근로자가 산업재해보상보험법에 의하여 보상을 받을 수 없는 경우에는 위 자동차종합보험약관의 면책사유의 적용대상에서 제외되어야 할 것인데 구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 개정되기 전의 것) 제4조 단서, 같은법시행령 제2조 제1항 제3호에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업은 산업재해보상보험법의 적용대상에서 제외되어 있으므로 위 박○철은 산업재해보상보험법에 의한 보상을 받을 수 없다는 이유로 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다.

이에 청구인은 서울고등법원에 항소를 제기하고(94나14478호) 그 재판의 전제가 되는 구 산업재해보상보험법 제4조 단서가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌제청신청(94카698호)을 하였던바, 서울고등

법원이 1995. 8. 16. 위 제청신청을 기각하자, 1995. 9. 6. 위 기각결정 정본을 수령하고 같은 달 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문개정되기 전의 것, 이하 구 산재보험법이라 한다) 제4조 단서(이하 이 사건 법률조항이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다.

제4조 [적용범위] 이 법은 모든 사업 또는 사업장(이하 "사업"이라 한다)에 적용한다. 다만, 사업의 위험율, 규모 및 사업장소 등을 참작하여 대통령령으로 정하는 사업은 그러하지 아니하다.

3. 청구인과 이해관계인의 주장 요지

가. 청구인의 주장 요지

(1) 이 사건 법률조항은 산재보험법의 대상에서 제외될 수 있는 사업을 시행령에 위임하였는데, 같은법시행령 제2조 제1항 제3호는 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업을 위 법의 적용대상에서 제외하고 있다. 대법원판례는 이를 이유로 이 사건 사고가 자동차종합보험약관의 면책사유에 해당하지 않는다는 태도를 취하고 있다.

(2) 근로기준법은 모든 근로자를 적용대상으로 하고 모든 근로자가 업무상 재해에 대하여 보상받을 것을 그 이념으로 하고 있으며, 산재보험법은 그 이념의 실현을 보장하기 위한 제도이다. 따라서 산재보험법도 모든 근로자를 대상으로 하여야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 그 적용제외 대상을 시행령에 포괄적으로 위임함으로써 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제 75조를 위반하였을 뿐만

아니라, 근로자의 권리와 근로조건에 관한 헌법 제32조에도 위반된다.

(3) 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업이라도 그 근로자의 지위는 다른 근로자의 지위에 못지 않게 보장하여야 하는데도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이들을 그 적용대상에서 제외하여 결과적으로 업무상 재해 면책약관의 적용에서도 제외되어 청구인 등과 같은 보험회사가 그 부담을 떠맡게 됨으로써 헌법상 보장되는 재산권이 침해되었다.

(4) 모든 근로자는 업무상 재해에 관하여 확실한 보상을 받을 수 있어야 함에도 불구하고 이 사건 법률조항은 합리적인 이유없이 여러 유형의 기업을 산재보험법의 적용대상에서 제외할 수 있도록 규정함으로써 헌법상 보장된 평등의 원칙에 위반된다.

나. 노동부장관의 의견 요지

(1) 청구기간 경과

헌법재판소법 제68조 제2항에 기한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 청구하여야 하는데(같은 법 제69조 제2항 참조), 이 사건 심판청구는 위헌제청신청의 기각결정이 있었던 1995. 8. 16.로부터 14일이 경과한 같은 해 9. 19.에 청구되었으므로 청구기간을 도과하여 부적법하다.

(2) 이 사건 법률조항을 둔 이유는, 산재보험법이 위 법의 적용을 받는 사업주로 하여금 당연히 산재보험의 가입자가 되어 산재보험료의 납부 등 각종 의무를 부담하도록 하는 등 강제적인 성격을 가지고 있으므로(같은 법 제6조, 제19조, 제27조의 2 등 참조), 경제적 사회적 요건 등을 감안하여 위 법을 강제적으로 적용하는 것이

타당하지 아니한 사업을 제외할 필요가 있기 때문이다.

한편 적용제외규정을 두면서도 산재보험법 제4조 본문의 취지를 일탈하지 못하게 하기 위하여 적용제외되는 사업의 구체적인 내용에 관하여 "사업의 위험을 규모 및 사업장소 등을 참작"하도록 함으로써 위임의 범위를 한정하였고, 적용제외되는 사업의 사업주도 노동부장관의 승인을 받아 임의로 산재보험에 가입할 수 있는 길을 마련하고 있으며(같은 법 제6조 제2항), 국민연금법이나 고용보험법이 정하는 각 적용범위에 관한 위임규정과 비교하여 보아도 이 사건 법률조항이 비합리적인 포괄위임규정이라고 보기는 어려울 뿐만 아니라, 근로의 권리와 근로조건외의 기준을 정한 헌법 제32조의 취지에 위반되지 아니한다.

(3) 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업을 산재보험 적용사업에서 제외한 이유는, 국가나 지방자치단체는 공무원의 경우 공무원연금법에 의하여 공무로 인한 부상 질병 폐질에 대하여 적절한 급여를 실시하고 있으며, 공무원이 아닌 경우에도 보상을 해주지 아니할 위험성도 없고 그 특성상 보험급여의 신속한 지급 및 지급확보를 위하여 특별히 산재보험에 가입할 필요성도 없다는 점을 고려한 것이므로 불합리한 조건에 의한 차별이라고 볼 수 없어 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

(4) 산재보험법의 적용을 받지 않는 성남시 수정구청이 청구인의 보험에 가입한 취지에는 근로기준법상의 보상책임을 담보하기 위한 목적도 있는데, 자동차종합보험약관의 면책규정이 근로기준법상의 업무상 재해를 입었으나 산재보험법에 의하여 보상받을 수 없는 사람까지 포함한다고 보아서는 아니될 것이다.

또한 국가나 지방자치단체가 직접 행하는 사업을 산재보험적용사업에서 제외한 것이 정당한 이유가 있는 이상 청구인이 침해당하였다고 주장하는 재산권은 권리가 아닌 반사적 이익에 불과하다.

4. 판단

가. 적법요건

먼저 청구기간에 대하여 보건대, 기록에 의하면 서울고등법원이 청구인의 위헌제청신청에 대하여 1995. 8. 16. 기각결정을 하였으나 위 결정정본은 1995. 9. 6. 청구인에게 송달되었고, 청구인은 같은 달 19. 이 사건 심판청구를 제기한 사실이 인정되므로 이 사건 심판청구는 청구기간내에 제기된 것이 명백하다.

그리고 이 사건 법률조항이 위헌이라고 선언되는 경우 이에 근거한 위 시행령 조항도 역시 적용할 수 없게 되기 때문에 그 한도에서는 재판의 전제성이 있다고 하여야 할 것이다.

나. 본안

(1) 근로조건기준에 관한 법률주의 위반 및 위임입법의 한계 일탈 여부

(가) 청구인은 이 사건 법률조항이 산업재해보상보험법의 적용대상을 모든 사업 또는 사업장으로 하면서도 동법의 적용대상에서 제외되는 사업과 관련하여 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 헌법 제32조 제3항에 규정된 근로조건기준의 법률주의 및 제75에 규정된 포괄적 위임입법의 금지에 위반하였다고 주장한다.

(나) 헌법 제32조 제3항은 "근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다"고 하여 적어도 근로자들의 인간존엄성을 확보하는 데 필요한 최저한의 근로조건 기준을 법률로 정하도

록 규정하고 있다. 이처럼 헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성의 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회·경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것이다. 한편 입법자는 헌법 제32조 제3항에 의거하여 근로조건의 최저기준을 근로기준법에 규정하고 있다.

(다) 산업재해를 입은 근로자에 대한 보상을 어떻게 할 것인가의 문제도 헌법 제32조 제3항이 의미하는 근로조건에 관한 기준의 한 문제로 볼 수 있다. 그렇다고 하더라도 헌법 제32조 제3항이 그에 관한 모든 문제를 국회가 정하는 법률로 규정할 것을 요구한다고는 볼 수 없다. 즉 헌법 제32조 제3항이 헌법 제75조에 정한 위임입법의 한계를 유월하지 않는 한도에서 위 문제에 관한 대강의 기준을 국회가 제정하는 법률로 정하고 기타 상세한 사항은 하위 법령으로 정하도록 위임하는 것을 전면적으로 금지하고 있는 것은 아니라고 해석된다.

그렇다면 결국 이 사건 법률조항이 헌법 제32조 제3항 및 제75조의 정신에 반하여 산재보험법의 적용이 배제되는 사업이나 사업장에 관한 사항을 포괄적으로 하위 법령에 위임하고 있는 여부만이

문제된다.

(라) 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없이 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해 초래할 위험이 있기 때문이다. 헌법 제75조도 "대통령령은 법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있다. 여기서 법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌법재판소 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4 결정; 1995. 7. 21. 선고, 94헌마125 결정 등 참조).

(마) 이 사건 법률조항은 산재보험법이 적용되지 아니하는 사업의 범위에 관한 규정인바, 구 산재보험법 제4조 본문에서는 모든 사업에 산재보험법을 적용하도록 규정하면서도 위와 같이 예외를 둘 수 있도록 한 이유는, 위 법률의 적용을 받는 사업의 사업주는 당연히 보험가입자가 되어(같은 법 제6조) 노동부장관이 정하는 보험료율에 따른 산재보험료를 납부하여야 하고(제19조) 이에 관련하여 개산보험료와 확정보험료를 보고할 의무가 있으며(제23조, 제25조), 보험료를 체납하면 노동부장관은 국세 체납절차에 의하여 이를 징수하는 등(제27조의 2) 사업주에게 각종 의무를 부과하는 강제적인

성격을 가지고 있으므로 경제적 사회적 요건 등을 감안하여 위 법을 강제적으로 적용하는 것이 타당하지 아니한 사업을 제외할 필요가 있기 때문이다.

한편 적용제외의 기준에 관하여는, 산재보험법 제4조 본문의 취지를 일탈하지 못하게 하기 위하여 적용제외되는 사업의 구체적인 내용에 관하여 "사업의 위험을 규모 및 사업장소 등을 참작"하도록 함으로써 위임의 범위를 한정하였다. 원래 산재보험료의 산정은 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험료율을 곱한 금액으로 산정하며(제20조), 보험료율은 매년 9월 30일 현재로 과거 3년간의 재해율을 기초로 하고 산재보험법상의 연금 등 보험급여에 필요한 액을 감안하는 것이므로(제21조 제1항), 사업의 위험율이 낮거나 사업규모가 작은 경우에는 산재발생율이 낮기 때문에 강제적용사업에서 제외시키려는 목적이 있는 것이다. 다만 적용제외사업의 사업주는 노동부장관의 승인을 얻어 보험에 가입할 수 있다(제6조 제2항). 이는 사업주의 이익과 근로자의 보호라는 양자의 이해관계를 고려한 것이다.

또한 이 사건 법률조항의 위임에 의거한 구 산재보험법시행령 제2조(1995. 4. 15. 대통령령 제14628호로 전문개정되기 전의 것)는 적용제외사업으로서 1. 임업 중 벌목업으로서 벌목재적량이 800세제곱미터 미만의 사업, 2. 금융 및 보험업, 교육, 보건 및 사회복지사업, 국제 및 기타 외국기관, 부동산임대 및 사업서비스업 중 연구 및 개발업, 기타 공공 사회 및 개인서비스업 중 회원단체, 3. 국가 또는 지방자치단체에서 직접 행하는 사업, 4. 선원법에 의하여 재해보상이 행하여지는 사업, 5. 제1호 내지 제4호외의 사업으로서 상시 5

인 미만의 근로자를 사용하는 사업, 6. 기간의 정함이 있는 사업(제1호의 별목업 및 제7호의 건설공사를 제외한다) 또는 계절사업으로서 연간 연인원 1천 350인 미만의 근로자를 사용하는 사업, 7. 건설공사에 있어서는 총공사금액(도급에 의하여 행하여지는 경우로서 발주자가 재료를 제공할 때에는 그 재료의 시가환산액을 포함한다)이 4천만원 미만인 공사 또는 건설업법 제4조 제2호 본문의 규정에 의하여 건설업자가 아닌 자가 시공하는 공사 등을 구체적으로 규정하고 있다. 위 적용제외사업 가운데 제3호와 제4호는 특별법에 의하여 재해보상책임을 부담하고 있고 또한 충분한 자력을 가지고 있기 때문에, 제1, 2, 5, 6, 7호는 소규모 기업이거나 특수한 기업으로서 위험율이 낮기 때문에 각 적용제외된 것이다.

(바) 그렇다면, 이 사건 법률조항은 이미 대통령령으로 규정될 적용제외사업의 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 이 사건 법률조항으로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이므로 위임입법의 한계를 일탈한 포괄위임규정이라고 보기는 어렵다.

(사) 그러므로 이 사건 법률조항이 헌법 제32조 제3항의 근로조건기준의 법률주의나 헌법 제75조에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 근로조건기준의 인간존엄성보장의 위배여부

(가) 청구인은 이 사건 법률조항이 국가 또는 지방자치단체가 행하는 사업 등을 산재보험법의 적용대상에서 제외시킴으로써 근로자의 인간의 존엄성을 보장하도록 근로자의 지위를 보장하여야 한다는 헌법 제32조 제3항에 위배되고 있다고 주장한다.

(나) 그러나 산재보험법은 모든 근로자의 업무상 재해를 신속하

고 공정하게 보상하여 근로자의 보호에 기여하는 것을 그 이상으로 하고 있지만, 보험기술적인 측면에서 실제로 어떠한 범위의 사업을 강제적용대상으로 할 것인지, 또는 어떠한 범위의 사업을 적용제외대상으로 할 것인지는 입법권자가 가지는 입법재량의 영역에 속하는 문제로서 그 기준이 현저하게 불합리하지 아니하는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없는 것이다. 더구나 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업을 산재보험 적용사업에서 제외한 이유는, 국가나 지방자치단체는 공무원의 경우 공무원연금법에 의하여 공무로 인한 질병 부상 재해 폐질 등에 대하여 적절한 급여를 실시하고 있으며 공무원이 아닌 경우에도 보상을 해주지 아니할 위험성도 없고 그 특성상 보험급여의 신속한 지급 및 지급확보를 위하여 특별히 산재보험에 가입할 필요성도 없다는 점을 고려한 것이므로, 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는 사업의 근로자의 지위나 근로조건이 이 사건 법률조항에 의하여 특별히 다른 근로자에 비하여 더 열악해졌다고 할 수 없다.

(다) 그렇다면 이 사건 법률조항은 근로조건에 관한 기준이 인간의 존엄성을 보장할 수 있어야 한다는 헌법 제32조 제3항의 규정에도 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 평등원칙의 위배 여부

우리 헌법은 제11조 제1항에서 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."고 규정하여 평등권을 보장하고 있다. 그러나 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정

하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다 {헌법재판소 1989. 5. 24. 선고, 88헌가37, 96(병합) 결정; 1994. 2. 24. 선고, 93헌바10 결정 등 참조} .

그런데 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 사업의 위험을 규모 및 사업장소 등에 따라 산재보험율이 달라지므로 사업의 특성이나 규모에 따라 위험율이 극히 낮거나 규모가 작은 기업 등을 산재보험법의 강제적용대상에서 제외하려는 취지에서 규정된 것이어서 합리적인 기준에 의한 차별이라고 할 것이다. 따라서 청구인의 주장과는 달리 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배된다고도 볼 수 없다.

(4) 재산권의 침해 여부

(가) 헌법은 제23조 제1항에서 "모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정하여야 한다."고 하여 국민에게 재산권을 보장하는 한편, 대부분의 재산권이 사회현실에서 의미있게 행사되고 그 기능을 발휘하기 위해서는 입법자에 의한 구체적 형성이 필요하다는 점에 유의하여 그 구체적 규율을 입법자에게 유보하고 있다. 그리고 헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적인 권리가 아닌, 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아니다.

(나) 그런데 청구인은, 국가 또는 지방자치단체가 직접 행하는

사업이라도 그 근로자의 지위는 다른 근로자의 지위에 못지 않게 보장하여야 하는데도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이들을 그 적용대상에서 제외하여 결과적으로 업무상 재해 면책약관의 적용에서도 제외되고 청구인 등과 같은 보험회사가 그 부담을 떠맡게 됨으로써 청구인 등의 헌법상 보장되는 재산권을 침해한다고 주장한다.

(다) 이 사건 법률조항이 국가나 지방자치단체가 운영하는 사업장에서 일하는 근로자의 지위를 열악하게 만들고 있다는 청구인의 주장이 근거가 없음은 이미 위에서 지적한 바 있다. 나아가 청구인은 이 사건 법률조항이 헌법 제23조에 위반된다고 주장하고 있으나 이 사건 법률조항은 보험업에 대한 법적 환경의 일부를 구성하는 것으로 보험영업에 간접적·사실적 영향을 미칠 뿐이다. 즉 이 사건 법률조항이 존재하지 않았더라면 청구인과 같은 자동차보험업 종사자는 자동차보험사고의 발생시에 그만큼 보험금채무의 잠재적 규모 등이 줄어들 가능성이 있는 등 보다 나은 영업환경에서 자동차종합보험업을 영위할 수 있었을 것이다. 이 사건 법률조항은 이처럼 청구인의 영업활동에 간접적·사실적 영향을 미칠 수는 있으나 헌법 제23조 제1항에 의하여 보호되는 재산권과는 관련이 없다. 왜냐하면 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적 법적 여건은 그것이 청구인과 같은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니기 때문이다.

또한 설사 이 사건 법률조항이 청구인의 주장처럼 헌법 제23조 제1항의 재산권과 관련된다고 하더라도 이 사건 법률조항이 그 재산권을 침해하였다고는 볼 수 없다. 즉 자동차종합보험은 자동차의

은행으로 사람이 사망하거나 부상한 경우에 손해배상을 보장함으로써 피해자를 보호하고 자동차운송의 건전한 발전을 촉진하는 것을 목적으로 하는 것이고(자동차손해배상보장법 제1조 참조) 그 내용은 물질적·정신적 손해를 완전하게 전보하는 데 있는 것임에 반하여, 산재보험은 산업재해를 신속·확실하게 응급 보상하여 근로자의 최소한의 생활 내지 생존권을 보장하려는 데에 그 목적이 있는 것이며 그 내용도 평균임금을 기초로 정률(定率)보상방식에 의하여 보험급여액이 결정되는 사회보험방식을 취하고 있다. 그런데 자동차종합보험에서 규정하는 면책약관은, 위 두 가지 보험이 동일한 사고에 대하여 중첩되는 경우에 동일한 피해자에게 보험급여가 이중으로 지급되는 것을 방지하기 위한 조정규정에 불과하므로, 그 조정의 결과 청구인과 같은 자동차종합보험회사가 그 배상을 하게 되었다고 하더라도 헌법상 보장되는 재산권이 침해된다고는 볼 수 없다.

5. 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 6.과 같은 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 "청구인의 구 산업재해보상보험법(.....) 제4조 단서는 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제

75조 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.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
주심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

구 조세감면규제법 제88조의2 등 위헌소원

(1996. 8. 29. 95헌바41 전원재판부)

[판례집 8권2집, 107~126]

【관시 사항】

가. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)를 함에 있어 법원(法院)에 위헌제청신청(違憲提請申請)을 하지 아니한 법조(法條)를 추가(追加)할 수 있는지 여부

나. 개인(個人)에 대하여만 양도소득세감면종합한도(讓渡所得稅減免綜合限度)를 둔 구(舊) 조세감면규제법(租稅減免規制法)(1991.12.27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다)이 조세평등주의(租稅平等主義)에 반하는지 여부

다. 법 부칙 제14조가 조세평등주의(租稅平等主義)에 반하는지 여부

라. 조세법률주의(租稅法律主義)와 조세법규(租稅法規)의 해석(解釋)

【결정 요지】

가. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판(憲法訴願審判)의 청구(請求)는 같은 법(法) 제41조 제1항의 규정(規定)에 의한 적법(適法)한 위헌여부심판(違憲與否審判)의 제청신청(提請申請)을 법원(法院)이 각하(却下) 또는 기각(棄却)하였을 경우에만 당사자(當事者)가 직접 헌법재판소(憲法裁判所)에 헌법소원(憲法訴願)의 형태로 심판(審判)을 청구(請求)할 수 있는 것이므로 위헌여부심판(違憲與否審判) 제청신청(提請申請)이나 위헌제청신청기각(違憲提請申請棄却)의 결정(決定)을 한 바도 없는 조항(條項)을 심판대상(審判對象)에 추가(追加)하는 것은 부적법하다.

나. (1) 자산양도수익(資產讓渡收益)에 대한 조세부과체계(租稅賦課體系)가 법인(法人)과 개인(個人)에 따라 달리 규정(規定)되어 있고 법인(法人)의 경우에는 최저한세(最低限稅) 규정(規定)이 특별부가세감면(特別附加稅減免) 종합한도액(綜合限度額) 설정(設定)의 기능(機能)까지 가짐에 비하여 개인(個人)의 경우에는 그러하지 않으므로 이를 보완(補完)하기 위하여 개인(個人)에 대하여만 양도소득세감면종합한도액규정(讓渡所得稅減免綜合限度額規定)을 신설(新設)한 입법자(立法者)의 의도는 달리 명백히 비합리적(非合理的)이고 불공정(不公正)한 조치(措置)라고 볼 근거가 없는 이상 충분히 존중되어야 한다.

(2) 우리 세제에 있어서 양도소득세가 가지는 제1차적 기능은 부동산투기의 억제에 있는 것이고 이 점에서 법인이나 개인간에 특별한 차별을 할 이유는 없는 것이므로, 양도소득세 감면의 종합한도액을 신설하는 마당에는 개인의 경우만 아니라 법인의 경우도 함께 감면 종합한도액을 설정하는 것이 일반적 의미에서 타당한 것이나, 현행 세제와 같이 소득세법과 법인세법으로 나누어 각기 달리 과세하는 체계 아래에서는 어느 한 요소만을 보고 개인과 법인간의 조세부과의 형평성을 쉽게 단정할 수 있는 것이 아니고, 이 사건의 경우에도 법인에 대한 특별부가세 감면의 종합한도액 규정이 나중에 신설됨으로써 개인과 개인간의 조세 부과에 있어 형평성이 제고되었다고 할 수 있을지는 몰라도 이를 이유로 구(舊) 조세감면규제법(租稅減免規制法) 제88조의2의 규정이 형평의 원칙에 현저히 반하는 것이라고 할 수 없다.

다. 청구인은 법 부칙 제14조는 토지초과이득세법상 유휴토지 양도의 경우에만 적용되고 비유휴토지 양도의 경우에는 적용되지 않으며, 위 규정에 의한 면제의 경우에는 법 제88조의2에 의한 양도소득세 감면 종합한도액이 적용되지 않음을 전제로 법 부칙 제14조가 조세평등주의원칙에 반하는 것이라고 주장하나, 법 부칙 제14조의 요건에 해당하는 경우에는 토지초과이득세법상의 유휴토지 양도의 경우이든 비유휴토지 양도의 경우이든 모두 100% 면제를 받는 것이고, 법 제88조의2의 적용대상 가운데 법 제57조 제1항만 포함되어 있고 법 부칙 제14조는 포함되어 있지 않다고 하더라도 법 부칙 제14조에 의한 면제의 경우에도 다시 법 제88조의2가 당연히 적용되는 것으로 해석되므로, 법 부칙 제14조가 토지초과이득세법상 유휴토지 양도인과 비유휴토지 양도인을 자의적으로 차별하는 위헌의 법률조항이라고 할 수 없다.

라. 조세법규(租稅法規)의 해석(解釋)에 있어 유추해석(類推解釋)이나 확장해석(擴張解釋)은 허용되지 아니하고 엄격히 해석(解釋)하여야 하는 것은 조세법률주의(租稅法律主義)에 비추어 당연한 것이지만 조세법규(租稅法規)에 있어서도 법규(法規) 상호간의 해석(解釋)을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 것은 다른 법률(法律)의 경우와 마찬가지로, 그와

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제68조 제2항, 제41조 제1항

구(舊) 조세감면규제법(租稅減免規制法)(1991.12.27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제88조의2(양도소득세 감면의 종합한도)

개인이 제57조 내지 제60조·제62조·제67조의4·제72조의 4의 규정에 의하여 감면받는 양도소득세액의 합계액이 과세기관별로 3억원을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분에 상당하는 금액은 이를 감면하지 아니한다.

헌법(憲法) 제59조

【참조 판례】

- 가. 1994.4.28. 선고, 89헌마221 결정
- 나. 1995.6.29. 선고, 94헌바39 결정

【주 문】

1. 이 사건 심판청구 중 구 조세감면규제법(1991.12.27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 부칙 제20조에 대한 청구 부분을 각하한다.

2. 구 조세감면규제법(1991.12.27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것) 제88조의2 및 부칙 제14조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1991.9.3. 그 소유이던 경기 고양군 일산읍 탄현리 8의 8 외 19필지의 토지를 금 3,093,821,390원에 청구의 한국토지개발공사에 수용당하였던바, 서초세무서장은 1992.11.10. 구 조세감면규제법(1991.12.27. 법률 제4451호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라고 한다) 부칙 제14조에 의하여 위 양도소득세가 면제되더라도 법 제88조의2, 부칙 제20조에 의하여 그 중 3억원을 초과하는 부분에 대하여는 납세의무가 있다는 이유로 금 775,273,557원의 양도소득세를 부과하는 처분을 하였다. 이에 청구인은 서울고등법원에 위 양도소득세부과 처분의 취소를 구하는 소송(93구22823)을 제기하여 승소하였으나 서초세무서장의 상고로 위 소송이 대법원에 계속(94누6741) 중 법 제88조의2, 법 부칙 제14조에 대한 위헌심판제청신청(95부23)을 하였는바, 대법원이 1995.9.26. 위 신청을 기각하자 1995.10.2. 위 기각결정을 송달받고 같은 달 13. 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제88조의2 및 부칙 제14조·제20조의 위헌 여부인바, 심판대상 규정 및 관련규정인 법 제57조 제1항·제66조의3의 내용은 다음과 같다.

제88조의2(양도소득세 감면의 종합한도) 개인이 제57조 내지 제60조·제62조·제67조의4 및 제72조의4의 규정에 의하여 감면받는 양도소득세액의 합계액이 과세기간별로 3억원을 초과하는 경우에는 그 초과하는 부분에 상당하는 금액은 이를 감면하지 아니한다.

부칙 제14조(양도소득세 등의 면제에 관한 적용례) 제57조 제1항 제2

호에 해당하거나 대규모개발사업에 필요한 토지 등을 1991년 12월 31일 이전에 양도하는 경우에는 제57조 제1항 및 제60조 제1항의 개정규정과 제66조의3의 개정규정에 불구하고 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다.

부칙 제20조(양도소득세 면제의 종합한도에 관한 적용례) 제88조의2의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 종료하는 과세기 간분부터 적용한다.

제57조(공공사업용 토지 등에 대한 양도소득세 등 감면)

① 다음 각호의 1에 해당하는 토지 또는 건물(이하 “토지 등”이라 한다)의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 50에 상당하는 세액을 감면한다. 다만, 제2호에 해당하거나 대통령령이 정하는 대규모의 택지개발사업 또는 댐건설사업 등(이하 “대규모개발사업”이라 한다)에 필요한 토지등으로서 당해 토지 등이 속한 지구에 대한 사업인정고시일(대규모개발사업의 경우에는 양도일)부터 소급하여 5년 이전에 취득한 것의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 70에 상당하는 세액을 감면한다.

1. 공공용지의취득및손실보상에관한특례법이 적용되는 공공사업에 필요한 토지등을 당해 공공사업의 시행자에게 양도함으로써 발생하는 소득

2. 토지수용법 기타 법률에 의한 수용으로 인하여 발생하는 소득

제66조의3(유휴토지 등에 대한 양도소득세의 감면배제) 1990년 1월 1일 이후에 취득한 토지로서 양도일 현재 토지초과이득세법 제8조의

규정에 의한 유휴토지 등에 해당하는 경우에는 제57조 제1항·제58조 제1항·제60조 제1항 및 제62조 제1항 중 양도소득세의 감면에 관한 규정은 이를 적용하지 아니한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 법 제88조의2는 납세자가 법인인 경우에는 양도소득세액이 얼마인가에 무관하게 전액을 면제하면서도 납세자가 개인인 경우에는 과세기간별로 3억원을 한도로 양도소득세를 감면하고 있는바, 이는 합리적 이유없이 개인과 법인을 차별함으로써 개인의 재산권을 침해하는 것이다.

(2) 법 부칙 제14조는 “…… 경우에는 …… 제66조의3의 개정 규정에 불구하고 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다”라고 규정하고 있고 법 부칙 제14조는 법 제88조의2의 적용대상이 되는 감면규정에 포함되어 있지 않으므로 토지초과이득세법(이하 “토초세법”이라고 한다) 제8조의 규정에 의한 유휴토지 양도인은 이에 의하여 양도소득세액이 3억원을 초과하더라도 전액을 면제받는다. 이에 비하여 비유휴토지 양도인은 법 제88조의2에 의하여 3억원까지만 감면되므로 이는 심히 부당한 것이고, 토지투기를 억제하고 지가를 안정시킨다는 토초세법의 정신에 비추어 보아도 법 부칙 제14조는 합리적 이유없이 비유휴토지 양도인을 차별하는 것이다.

(3) 법 제88조의2가 위에서 본 바와 같이 위헌의 조항인 이상 법 부칙 제20조도 당연히 위헌의 조항이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

법 제88조의2에서 양도소득세 감면총합한도(3억원)를 규정하는 부

분 및 법 부칙 제14조에서 법 제88조의2를 포함시키지 아니한 것이 헌법상의 평등원칙, 조세법률주의 등에 위배하여 위헌이라고 볼 수 없다.

다. 국세청장의 의견 요지

법 제88조의2는 공공사업시행 용지를 원활히 확보하여야 하는 정책목표 수행을 위하여 감면대상과 감면한도를 정한 것인데, 법인은 개인과 달리 비업무용토지를 보유하고 있는 경우가 드물고 그에 따라 법인 소유 토지의 양도로 인하여 법 제88조의2에 정한 경우에 해당하게 될 경우도 무시할 수 있을 정도의 극소수에 지나지 않으므로 굳이 법인 소유 부동산이 공공사업용지에 사용될 경우의 조세감면 종합한도를 정하지 않아도 위 정책목표의 달성에 아무런 영향이 없는 것이다. 따라서 개인에 대하여만 양도소득세 감면 종합한도액 규정을 둔 것이고 이는 합리적 이유가 있는 차별이므로 헌법에 반하지 않는다.

라. 재정경제원장관의 의견 요지

(1) 개인의 경우에는 법인과 달리 감면된 양도소득세 전액이 개인에게 귀속되어 근로소득자나 사업소득자와의 과세불형 평성이 심화되는 문제가 있으므로 이를 개선·보완하기 위하여 우선 개인에게 먼저 감면 종합한도제를 실시한 후 조세감면의 지속적 축소방침에 따라 법인에 대하여도 특별부과세 감면 종합한도제를 도입하게 된 것이다. 따라서 개인에 대하여 먼저 양도소득세 감면 종합한도제를 실시한 것이 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

(2) 법 부칙 제14조가 법 제66조의3의 적용을 배제한 취지는 토초세법상의 유희토지의 경우에는 양도소득세의 감면이 배제되는

것이 원칙이지만 1991년 말까지의 양도분에 한하여 개정전 규정의 감면율에 따라 양도소득세를 감면받을 수 있다는 것에 불과하고 비유희토지의 경우에는 1991년 말까지 양도하더라도 양도소득세를 감면받을 수 없다는 뜻이 아니며, 위 조항과 법 제 88조의2는 직접적 관련이 없다. 법 제88조의2는 감면세액의 종합한도를 규정한 것이기 때문에 법 부칙 제14조의 규정에 의한 감면의 경우에도 적용된다. 따라서 법 부칙 제14조가 유희토지 양도인을 그렇지 않은 경우에 비하여 우대함으로써 평등의 원칙에 반하는 것이라고 할 수 없다.

3. 판단

가. 적법요건에 관한 판단

청구인은 법 제88조의2 및 법 부칙 제14조 외에 법 부칙 제20조에 대하여도 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있으므로 그 적법여부에 관하여 살펴본다.

헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원……은 ……당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부의 심판을 제청한다”라고 규정하고 있고, 같은 법 제68조 제2항 전문은 “제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있는 바, 그렇다면 같은 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 청구는 같은 법 제41조 제1항의 규정에 의한 적법한 위헌여부심판의 제청신청을 법원이 각하 또는 기각하였을 경우에만 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로 심판

을 청구할 수 있는 것인데, 이 사건에 있어서 청구인은 법 부칙 제20조에 대하여 위헌여부심판 제청신청을 하지 않았고 따라서 법원이 위 조항에 대하여 위헌제청신청기각의 결정을 한 바도 없는 점은 기록상 명백하다. 따라서 법 부칙 제20조는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 심판의 대상이 될 수 없는 것이므로 이 부분에 대한 청구인의 심판청구는 부적법하다(헌법재판소 1994.4.28. 선고, 89헌마221 결정 참조).

나. 위헌 여부에 관한 판단

(1) 조세감면규정과 조세평등주의

(가) 이 사건의 쟁점은 첫째, 법 제88조의2에 의하여 개인에게만 양도소득세 감면 종합한도액이 적용되고 법인에게는 적용되지 않는 것이 조세평등의 원칙에 반하는 것인지 여부와 둘째, 법 부칙 제14조는 토초세법상 유휴토지 양도의 경우에만 적용되고 이 경우 법 제88조의2의 적용이 배제되어 양도소득세액 전액을 면제받음으로써 비유휴토지 양도인과 비교하여 조세평등의 원칙에 반하는 것인지 여부이다.

(나) 조세평등주의는 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등 원칙이 세법영역에서 구현된 것으로 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적 이유없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다. 입법자는 조세법의 분야에서도 광범위한 입법형성의 자유를 가지므로 구체적인 조세관계에서 납세자들을 동일하게 대우할 것인지 혹은 달리 대우할 것인지를 일차적으로 결정할 수 있는 것이기는 하지만, 이러한 결정을 함에 있어서는

재정정책적, 국민경제적, 사회정책적, 조세기술적 제반 요소들에 대한 교량을 통하여 그 조세관계에 맞는 합리적인 조치를 하여야만 평등의 원칙에 부합할 수 있다. 조세감면의 우대조치의 경우에도 비록 조세감면이 조세평등의 원칙에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하며 특히 정책목표달성이 필요한 경우에 그 감면혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되어야 하는 것이기는 하나, 특정 납세자에 대하여만 감면조치를 하는 것이 현저하게 비합리적이고 불공정한 조치라고 인정될 때에는 조세평등주의에 반하여 위헌이 된다고 할 것이다(헌법재판소 1995.6.29. 선고, 94헌바39 결정 참조).

(2) 법 제88조의2와 조세평등주의

(가) 법 제88조의2의 입법경위

조세감면규제법은 경제개발의 촉진, 기업의 육성, 산업의 장려 등 정책목표의 수행을 지원하기 위한 정책수단으로 특정한 경우에 조세를 감면·면제하는 것을 그 내용으로 하는 것이므로 기본적으로 조세의 형평성을 해하는 법이다. 그런데 그 중에서도 양도소득세, 특히 이 사건 심판청구에서 문제되고 있는 공공사업용지에 대한 양도소득세의 감면 항목의 비중이 아주 큰 데다가 부동산 투기억제라는 측면에 비추어도 문제가 많아 조세정책적 측면에서 그 비율의 축소를 위한 방안들이 논의되어 왔는 바, 법 제88조의2도 이와 같은 배경에서 1990.12.31. 법률 제 4285호로 조세감면규제법이 개정되어 신설된 것이다. 즉, 1990.12.31.자 조세감면규제법 개정 전에는 조세감면에 대한 종합한도제(위 개정전 법 제88조)와 방위세의

할증부과(1989.12.30. 법률 제4165호로 개정된 방위세법 제4조 제1항 별표 순번 2,3) 등을 통하여 조세감면으로 인한 조세부담의 불평등을 줄여 왔으나 세법 개정으로 방위세를 폐지함과 아울러 법 제88조를 개정하여 최저한세제를 도입하고 이에 더하여 개인에 대하여는 법 제88조의2를 신설하여 양도소득세 감면 종합한도제를 도입한 것인바, 법 제88조의2를 신설한 자체는 조세감면폭의 축소라는 점에서 극히 타당한 것이다. 문제는 개인에 대하여만 양도소득세 감면 종합한도액을 설정하고 법인에 대하여는 그러한 규정이 없다는 점인데 그 타당성 여부는 양도소득세 감면 종합한도액 규정만을 두고 볼 것이 아니라 최저한세 등 다른 조세법규와의 관련하여서 검토하여야 한다.

(나) 최저한세와 법 제88조의2

정책목적상 조세특례제도를 이용하여 세금을 감면하여 주는 경우에도 세부담의 형평성, 제정확보의 측면 등에서 소득이 있으면 누구나 최소한의 세금을 부담하도록 하기 위한 제도가 최저한세제도이고, 법이 규정하고 있는 최저한세는 개인과 법인간에 차이가 있는바 이를 개관하면 다음과 같다.

법인의 경우에는 법인의 각 사업연도의 소득에 대한 감면 등을 받은 후의 세액과 감면을 받기 전의 과세표준에 100분의 12를 곱하여 계산한 세액 중 많은 것을 기초로 산정한 세금을 최저 법인세액으로 납부하여야 함에 비하여(법 제88조 제1항) 개인의 경우에는 제조업 중 사업소득에 한하여 감면 등을 받은 후의 세액과 감면을 받기 전의 산출세액에 100분의 30을 곱하여 계산한 금액 중 많은 것을 기초로 산정한 세금을 최저세액으로 납부하여야 한다(법 제88조

제2항).

이를 이 사건과 관련된 양도소득세 또는 특별부가세(이하 “양도소득세 등”이라 한다)와 관련하여 살펴보면 다음과 같은 문제점이 있음을 알 수 있다. 첫째, 법인이 자산의 양도로 수익을 얻은 경우에는 이에 대하여 법인세[그 세율은 과세표준금액이 1억원 이하인 경우에는 20%, 과세표준금액이 1억원을 초과할 경우에는 2천만원 + 1억원 초과부분에 대하여 34%이다. {구 법인세법(1993.6.11. 법률 제4561호로 개정되기 전의 것) 제22조}]를 납부하는 외에 다시 특별부가세[그 세율은 미등기 양도토지 등의 경우에는 과세표준금액의 40%, 그 밖의 경우에는 25%(위 구 법인세법 제59조의4)]를 납부하여야 하는데 이에 비하여 개인은 양도소득세[세율은 양도소득과세표준의 10% 내지 75%로 세분되어 있다. {구 소득세법(1992.12.8. 법률 제4520호로 개정되기 전의 것) 제70조 제3항}]만 납부하면 된다. 따라서 이를 일률적으로 비교할 수는 없지만 일반적으로는 법인의 경우가 개인보다 자산의 양도로 인한 세부담이 더 크다고 할 수 있다. 둘째, 법인의 특별부가세나 개인의 양도소득세는 최저한세의 적용대상이 아니지만 법인의 법인세는 최저한세의 적용대상이 된다. 따라서 양도소득세 등이 감면·면제되는 경우에 있어서 법인은 법 제88조의2와 같은 규정이 없더라도 자산의 양도로 인한 소득 중 법인세 부분에 대하여는 법 제88조에 의한 최저한의 세금을 납부하지 않으면 안되지만 이에 비하여 개인은 특별한 한도 설정 규정이 없는 한 전액 면제를 받게 된다.

이와 같은 점을 종합하여 보면, 자산양도수익에 대하여 부과되는 세금체계가 법인과 개인에 따라 달리 규정되어 있고 법인의 경우에는 최저한세 규정이 양도소득세 감면 종합한도액 설정의 기능까지

가짐에 비하여 개인의 경우에는 그러하지 않으므로 이를 보완하기 위하여 개인에 대하여만 양도소득세 감면 종합소득액 규정인 법 제88조의2를 신설함으로써 법인과 개인간의 균형을 맞추려고 한 것이 입법자의 의도라고 할 것이고, 이와 같은 입법자의 의도는 달리 명백히 비합리적이고 불공정한 조치라고 볼 근거가 없는 이상 충분히 존중되어야 할 것이다. 이와 관련하여 헌법재판소는 법 제88조의2가 양도소득세 감면 종합소득액을 3억원으로 정한 것이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정(헌법재판소 1995.6.29. 선고, 94헌바39 결정)을 한 바 있다.

물론 우리 세제에 있어서 양도소득세 등이 가지는 제1차적 기능은 부동산투기의 억제에 있다고 할 것이고 이 점에 있어서 법인이나 개인간에 특별한 차별을 할 이유는 없는 것이므로 양도소득세 감면의 종합소득액 규정을 신설하는 마당에 있어서는 개인의 경우에만 양도소득세 감면 종합소득액을 설정할 것이 아니라 법인의 특별부가세의 경우에도 감면 종합소득액을 설정하는 것은 일반적인 의미에서 타당한 것이고, 그러하기 때문에 1991.12.27. 법률 제4451호로 조세감면규제법 개정시 제88조의3으로 법인에 대한 특별부가세 감면의 종합소득액 규정이 신설된 것은 사실이다. 그러나 개인과 법인을 동일 세제에 의하여 과세하는 경우라면 모르겠지만 현행 세제와 같이 소득세법과 법인세법으로 나누어 각기 달리 과세하는 체계 아래에서는 어느 한 요소만을 보고 개인과 법인간의 조세부과의 형평성을 쉽게 단정할 수 있는 것은 아니라고 하겠고, 이 사건의 경우에도 앞서 본 바와 같은 사정을 참작하여 보면 법인에 대한 특별부가세 감면의 종합소득액 규정이 신설됨으로 인하여 법인과

개인간의 조세 부과에 있어 형평성에 제고되었다고 할 수 있을지는 몰라도 이를 이유로 법 제88조의2의 규정이 형평의 원칙에 현저히 반하는 비합리적이고 불공정한 것이었다고 할 수는 없다.

(다) 따라서 법 제88조의2는 입법재량의 한계내에 있는 규정이고, 조세평등주의 및 재산권보장의 원칙에 반하는 위헌의 법률규정이라고 할 수 없다.

(3) 법 부칙 제14조와 조세평등주의

(가) 법 부칙 제14조 및 법 제88조의2의 해석론

청구인은 법 부칙 제14조는 토초세법상 유휴토지 양도의 경우에만 적용되고 비유휴토지 양도의 경우에는 적용되지 않으며, 위 규정에 의한 면제의 경우에는 법 제88조의2에 의한 양도소득 감면 종합한도액이 적용되지 않음을 전제로 법 부칙 제14조가 조세평등원칙에 반하는 것이라고 주장한다. 그러나 법 부칙 제14조와 법 제88조의2의 관계에 관하여는 첫째로 “법 부칙 제14조는 법 제57조 제1항이 규정하는 감면의 경우 중 토지수용법 기타 법률에 의하여 수용되거나 대규모개발사업에 필요한 토지를 1991.12.31. 이전에 양도하는 경우에 한하여 양도소득세를 전액 면제하는 경과규정으로서 법 제88조의2에 의한 양도소득세 감면 종합한도제의 시행시기를 규정한 법 부칙 제20조에 대한 특별규정이므로 이 경우에는 법 제88조의2가 적용되지 않고 양도소득세 액수에 관계없이 전액 면제된다”는 해석, 둘째로 “법 부칙 제14조에 해당하는 경우에는 양도소득세가 전액 면제되는 것이고 법 제88조의2는 그 적용대상이 되는 감면규정에 법 부칙 제14조를 포함하고 있지 않음이 법문상 명백하므로 조세법률주의의 원칙상 이 경우에는 양도소득세 액수에 관계

없이 전액 면제된다”는 해석, 셋째로 “법 부칙 제14조는 법 제 57조 제1항에 의하여 양도소득세가 감면되는 경우 중 일정한 요건에 해당하는 경우에 있어서의 감면비율에 관한 적용례를 규정한 것으로 근본적으로 법 제57조 제1항에 의한 감면의 한 모습에 불과할 뿐 별도로 양도소득세 등의 면제에 관한 근거규정이 되는 것은 아니어서(따라서 유희토지인지 비유희토지인지에 따른 적용상 차이는 없다) 법 제88조의2 소정의 양도소득세 감면 종합한도의 적용대상으로 법 제57조에 의한 감면의 경우가 포함되어 있는 이상 법 부칙 제14조에 의한 면제의 경우에도 법 제88조의2가 적용되어 3억원을 초과하는 부분에 대하여는 감면되지 아니한다”는 해석 등 몇 가지 해석이 가능한 것으로 생각된다. 그렇다면 먼저 과연 위 조항들이 청구인의 주장과 같이 해석되는 것인지가 선결문제라 할 것이므로 이 점을 살펴본다.

(나) 법 제57조 제1항·제88조의2와 법 부칙 제14조의 관계

법 제57조 제1항은 공공사업용 토지 등의 양도로 인한 양도소득세 등의 감면에 관한 규정으로 1981.12.31. 조세감면규제법이 전문개정(법률 제3481호) 될 당시에는 양도소득세 등 전부를 면제하도록 규정하고 있었으나, 1989.12.30.자 개정으로 감면비율이 50%(단서에 해당하는 경우에는 100%)로 인하되고 법 제66조의3이 신설되어 토초세법에 의한 유희토지 양도의 경우에는 법 제57조 제1항에 의한 감면이 배제되었으며(법률 제4165호), 다시 1990.12.31.자 개정으로 법 제57조 제1항 단서에 해당하는 경우에도 감면율이 70%로 인하되었다(법률 제4285호). 그러나 다른 한편으로는 위와 같은 조세감면규제법의 개정에도 불구하고 위 각 개정법률은 공공사업용 토지

등의 양도에 관하여 법 제57조 제1항 중 일정 경우에 해당하는 토지 등을 일정 시기까지 양도하는 경우에는 각 개정된 법률의 법 제57조 제1항 소정의 감면·면제 비율에 불구하고 종전과 같이 양도소득세 등을 전부 면제하고, 이 경우에는 법 제66조의3의 적용까지 배제하는 입법목적상의 배려를 함으로써 토초세법상의 유희토지를 양도하는 경우에도 비유희토지와 마찬가지로 취급하는 경과규정을 두어 왔으며(1989.12.30. 개정 법률 부칙 제5조 제4항, 1990.12.31. 개정 법률 부칙 제14조), 이와는 별도로 1990.12.31. 조세감면규제법이 개정되면서 법 제88조의2로 양도소득세 감면 종합한도액 규정이 신설되어(법률 제4285호) 개인의 경우에는 법 제88조의2가 정하는 규정에 의하여 감면받는 양도소득세액의 합계액이 과세기간별로 3억원을 초과하는 경우 그 초과하는 부분에 상당하는 금액은 이를 감면하지 아니하도록 되었으며, 위 규정은 1991년도 과세기간(1991.1.1.부터 1991.12.31.까지)분부터 적용되는 것으로 하였다(법 부칙 제20조). 그렇다면 이와 같은 법률의 개정연혁과 법 부칙 제14조의 내용이나 규제방식, 체제 등에 비추어 보면 법 부칙 제14조는 법 제57조 제1항 소정의 양도소득세 등 감면의 경우에 있어서의 감면비율(50% 또는 70%)을 전부 면제(100%)로 수정하는 규정으로서 법 제57조 제1항에 의한 감면의 한 적용례에 불과한 것이지 법 제57조 제1항과는 별개의 독립된 감면 근거규정으로 볼 수 없다 할 것이고, 법 제88조의2는 위와 같은 감면·면제 근거규정에 의하여 감면·면제된 양도소득세액의 종합한도액을 설정함으로써 조세형평성을 강화하려는 규정이므로 조세의 감면비율에 관한 규정과는 무관한 것이라고 할 것이다. 따라서 법 부칙 제14조의 요건에 해당하는 경우에는

토초세법상의 유휴토지 양도의 경우이든 비유휴토지의 양도의 경우이든 모두 100% 면제를 받은 것이고, 법 제88조의2의 적용 대상 가운데 법 제57조 제1항만 포함되어 있고 법 부칙 제14조는 포함되어 있지 않다고 하더라도 법 부칙 제14조에 의한 면제의 경우에도 법 제88조의2가 당연히 적용되는 것으로 해석되므로 토초세법상 유휴토지 양도의 경우이든 비유휴토지 양도의 경우이든 모두 3억원의 양도소득세 감면 종합한도액이 적용되는 것이다.

(다) 조세법규의 해석과 조세법률주의

다만 이와 같은 해석이 유추해석이나 확장해석을 금지한 조세법률주의에 반하는 것인가 하는 점이 문제되므로 이를 살피건대, 조세법규의 해석에 있어 유추해석이나 확장해석은 허용되지 아니하고 엄격히 해석하여야 하는 것은 조세법률주의의 원칙에 비추어 당연한 것이고 조세법규는 과세요건명확주의에 의하여 해석상 애매함이 없도록 명확히 규정될 것이 요청된다고 할지라도 조세법규에 있어서도 법규 상호간의 해석을 통하여 그 의미를 명백히 할 필요가 있는 것은 다른 법률의 경우와 마찬가지로, 그와 같은 조세법규 해석에 의하여 조세의 부과·면제 여부를 확정하는 것은 유추해석 또는 확장해석에 의하여 조세의 부과나 면제범위를 확장·감축하는 것과는 전혀 다른 문제라고 할 것이고, 이 사건의 경우 법 제88조의2 소정의 양도소득세 감면 종합한도의 적용대상에 명문으로 포함되어 있지 아니한 법 부칙 제14조를 법 제57조 제1항의 한 적용례로 보아 법 부칙 제14조에 의한 양도소득세 면제의 경우에도 법 제88조의2가 적용되는 것으로 해석하는 것은 전자에 해당하므로 이를 조세법률주의에 반하는 해석이라고 할 수 없을 것이다.

(라) 따라서 법 부칙 제14조가 토초세법상 유휴토지 양도인과 비유휴토지 양도인을 자의적으로 차별하는 위헌의 법률 조항이라고 할 수 없다.

4. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 법 부칙 제20조에 대한 심판청구는 부적법하고, 법 제88조의2 및 법 부칙 제14조는 헌법에 위반되지 아니하므로 제5항과 같은 재판관 조승형의 주문 제2항의 주문표시에 대한 별개의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문 제2항의 주문표시에 대한 별개의견

나는 주문 제2항의 주문표시 중 “구 조세감면규제법(……) 제88조의2 및 부칙 제14조는 헌법에 위반되지 아니한다”는 “구 조세감면규제법(……) 제88조의2 및 부칙 제14조에 대한 심판청구는 이를 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 징발재산정리에 관한특별조치법 제20조 제1항 위헌소원, 94헌바28 소액사건 심판법 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 받아들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이

국민이 청구한 바도 없는 “합헌”임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김문희
	재판관 황도연
주심	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 고중석
	재판관 신창언

자산재평가법시행령 제3조 등 위헌확인

(1996. 8. 29. 92헌마137 전원재판부)

[판례집 8권 2집, 127~140]

【관시 사항】

가. 법령(法令)에 대한 헌법소원청구(憲法訴願請求)가 청구기간(請求期間)을 초과(徒過) 한 것으로 부적법하다고 본 사례

나. 입법행위(立法行爲)에 의한 기본권침해(基本權侵害)와 헌법소원청구기간(憲法訴願 請求期間)의 제한(制限)

【결정 요지】

가. 구 자산재평가법시행령(1973.4.24. 대통령령 제6645호로 개정된 것, 이하 “재평가법시행령”이라 한다) 제3조 제2호와 구 금융기관의연체대출금에관한특별조치법시행령(1994.2.14. 대통령령 제14161호로 개정되기 전의 것, 이하 “연특법시행령”이라 한다) 제2조에 있어서는 청구인들 감정평가법인이 설립됨으로써 그 적용을 받게 된 1991.7.1.을 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 “그 사유가 있는 날”로 보아야 할 것이다. 따라서 청구인들은 위 기준일로부터 늦어도 180일 이내에 위 조항들에 대한 헌법소원을 청구하였어야 할 것인데도 그로부터 180일이 훨씬 지난 1992.6.26.에 헌법소원청구를 하였으므로, 이에 대한 헌법소원청구는 청구기간을 초과하였음이 명백하여 부적법하다.

나. 입법행위(立法行爲)의 속성상 침해행위(侵害行爲) 자체는 한번에 끝나는 것이고 그러한 입법행위(立法行爲)의 결과(結果)인 권리침해상태(權利侵害狀態)가 계속될 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이므로 법령(法令)에 의한 기본권침해(基本權侵害)의 경우에 침해행위(侵害行爲)의 결과(結果)가 계속 남아있다고 하여 청구기간(請求期間)의 제한(制限)을 배제한다는 것은 법적(法的) 안정성(安定性)의 확보를 위한 청구기간(請求期間)의 설정 취지에 반하는 것으로서 부당하다.

**재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견
(反對意見)**

가. 헌법재판소법(憲法裁判所法) 제40조 제1항에 의하여 행정소송법(行政訴訟法) 제20조 제2항 단서(但書)가 헌법소원심판(憲法訴願審判)에 준용(準用)됨에 따라 “정당(正當)한 사유(事由)”가 있는 경우에는 제소기간(提訴期間)의 도과(徒過)에도 불구하고 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)는 적법(適法)하다고 할 것인바, “정당(正當)한 사유(事由)”라 함은 청구기간도과(請求期間徒過)의 원인 등 여러가지 사정을 종합하여 지연(遲延)된 심판청구(審判請求)를 허용하는 것이 사회통념상(社會通念上)으로 보아 상당한 경우를 뜻하는 것으로(헌법재판소 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 참조), 민사소송법(民事訴訟法) 제160조의 “당사자(當事者)가 그 책임(責任)을 질 수 없는 사유(事由)”나 행정심판법(行政審判法) 제18조 제2항의 “천재(天災)·지변(地變)·전쟁(戰爭)·사변(事變) 그밖에 불가항력적(不可抗力的)인 사유(事由)” 보다는 넓은 개념으로 보아야 할 것이다. 이 사건에서 청구인들은 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조 규정상의 문제가 감정평가제도의 변천을 법령이 따라가지 못함으로써 발생한 것으로서 법령정비의 청원으로 해결하여야 한다고 인식하고 그에 따라 권리구제를 받기 위한 노력을 하다가 청구기간을 도과하게 된 것이므로, 이러한 경우에는 청구기간을 탄력적으로 해석·적용하여 청구기간도과에 “정당한 사유”가 있다고 봄으로써 가능한 한 국민의 기본권을 보장하고 헌법질서를 유지보장하는 쪽으로 노력하는 것이 바람직하다.

청 구 인 ○○감정평가법인
대표사원 이 ○ 기 외 11인
청구인들 대리인 변호사 송 호 신 외 1인

【심판대상조문】

구(舊) 자산재평가법시행령(資產再評價法施行令)(1973.4.24. 대통령령 제6645호로 개정된 것) 제3조 제2호(시가감정기관) 법 제7조 제2항의 규정에 의한 “금융기관기타기관”은 다음과

같다.

1. 생략
2. 은행법의 규정에 의한 금융기관

구(舊) 금융기관(金融機關)의연체대출금(延滯貸出金)에 관한 특별조치법(特別措置法)(1994.2.14. 대통령령 제14161호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) ① 이 법에서 “금융기관”이라 함은 은행법 제3조의 규정에 의한 금융기관 한국산업은행 한국주택은행 및 성업공사와 국가의 보증에 의하여 국제금융기구로부터 차입한 자금을 전대하는 법인을 말한다.

② 이 법에서 “연체대출금”이라 함은 금융기관에서 취급한 여신거래에 있어서 약정된 기일에 변제되지 아니한 원금 이자 및 이에 관련된 채무총액을 말한다. 다만, 국가의 보증에 의하여 국제금융기구로부터 차입한 자금을 전대하는 법인에 있어서는 그 전대금과 정부로부터 직접 또는 금융기관을 통하여 차입하여 대출한 것에 한한다.

주택분양가원가연동제시행지침(1990. 5. 22. 전문개정된 것) 제5조

① 생략

② 사업계획승인권자는 한국감정원과 감정평가업자 1인에게 택지가격의 감정평가를 의뢰하여야 한다.

공영개발사업용지규정(公營開發事業用地規定)(1991.10.18. 개정된 것) 제16조 제2항 ① 생략

② 공영개발사업용지규정 제16조 제1항의 규정에 의한 감정평가업자의 선정은 한국감정원과 감정평가법인 1인으로 한다.

구(舊) 지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에 관한 법률시행령(法律施行令)(1995.6.30. 대통령령 제14690호로 개정되기 전의 것) 제35조 제1호(업무범위) 법 제20조 제2항의 규정에 의한 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위는 다음 각호와 같다.

1. 감정평가법인의 경우 다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한 감정평가업자의 모든 업무

2~3. 생략

【참조 조문】

헌법재판소법(憲法裁判所法) 제69조 제1항

② 생략

【참조 판례】

- 가.나. 1996.3.28. 선고, 93헌마198 결정
- 나. 1996.6.13. 선고, 95헌마115 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 구 지가공시및토지등의평가에관한법률(1995.12.29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것, 이하 “지공법”이라고 한다) 제19조에 따라 1991.7.1. 건설부장관의 인가를 받아 설립된 감정평가법인들인바, 주식회사 한국감정원(이하 “한국감정원”이라고 한다)도 청구인들과 같이 지공법상의 감정평가법인 중 하나에 불과함에도 한국감정원만을 소정의 시가감정기관 또는 평가기관(이하 “감정기관”이라고 한다)으로 규정하고 있는 구 자산재평가법시행령(1973.4.24. 대통령령 제6645호로 개정된 것, 이하 “재평가법시행령”이라고 한다) 제3조 제2호, 구 금융기관의연체대출금에관한특별조치법시행령(1994.2.14. 대통령령 제14161호로 개정되기 전의 것, “연특법시행령”이라고 한다) 제2조 및 한국감정원을 복수평가시의 필수적 평가기관으로 규정한 주택분양가원가연동제시행지침(1990.5.22. 건설부 주정 제30417-12304호로 전문개정된 것, 이하 “이 사건 건설부지침”이라고 한다) 제5조 제2항,

공영개발사업용지구규정(1991.10.18. 개정된 것, 이하 “이 사건 내무부규정”이라고 한다) 제16조 제2항은 합리적 이유없이 청구인들의 평등권, 직업의 자유 등을 침해하고 있다는 이유로 1992.6.26. 위 각 조항들에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 1995.3.24.에 이르러 구 지공법시행령(1995.6.30. 대통령령 제14690호로 개정되기 전의 것, 이하 “지공법시행령”이라고 한다) 제35조 제1호에 대하여 심판청구를 확장하는 청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상 조항 및 그 내용은 다음과 같다.

(1) 재평가법시행령

제3조(시가감정기관) 법 제7조 제2항의 규정에 의한 “금융기관 기타 기관”은 다음과 같다.

1. (생략)

2. 주식회사 한국감정원

(2) 연특법시행령

제2조(최저경매가격결정을 위한 평가기관) 법 제4조의 규정에 의하여 최저경매 가격을 평가할 기관은 주식회사 한국감정원 또는 금융기관으로 한다. 다만, 광업권을 평가하는 경우에는 대한광업진흥공사로 할 수 있다.

(3) 주택분양가원가연동제시행지침 제5조 제2항

사업계획승인권자는 한국감정원과 감정평가업자 1인에게 택지가격의 감정평가를 의뢰하여야 한다.

(4) 공영개발사업용지구규정 제16조 제2항

공영개발사업용지구규정 제16조 제1항의 규정에 의한 감정평가업

자의 선정은 한국 감정원과 감정평가법인 1인으로 한다.

(5) 지공법시행령

제35조(업무범위) 법 제20조 제2항의 규정에 의한 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위는 다음 각호와 같다.

1. 감정평가법인의 경우 다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한 감정평가업자의 모든 업무

2.3. (생략)

2. 청구인의 주장과 이해관계인들의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조는 은행법의 규정에 의한 금융기관과 더불어 한국감정원을 감정기관으로 규정하고 있으나 위 규정들은 아직 감정평가제도가 정비되지 않아 자격을 갖춘 전문감정평가기관이 존재하지 않던 때에 임시방편으로 제정된 것들로서 지공법의 시행에 따라 “자산재평가법에 의한 토지 등의 감정평가”, “법원에 계속중인 경매를 위한 토지 등의 감정평가”를 그 업무범위에 포함하고 있는 감정평가사제도가 실시됨으로써 실효되었다.

(2) 지공법 제20조, 지공법시행령 제35조 제1호에 의하면 “자산재평가법에 의한 토지 등의 감정평가”, “법원에 계속중인 경매를 위한 토지 등의 감정평가”는 감정평가법인의 업무범위에 속하고, 지공법 제21조 제1항에 의하면 국가, 지방자치단체, 정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관 기타 대통령령이 정하는 공공단체가 토지등의 관리·매입·매각·경매·재평가 등을 위하여 토지 등의 감정평가를 의뢰하고자 하는 경우에는 감정평가업자에게 의

되하여야 하는바, 이 사건 심판대상 조항들은 합리적 이유없이 감정평가법인의 하나에 불과한(지공법 부칙 제8조) 한국감정원을 다른 감정평가법인보다 우월적 지위에 두는 특혜를 주는 것으로서 청구인들의 헌법상 평등권, 직업선택의 자유, 행복추구권을 제한하고 있다.

(3) 지공법시행령 제35조 제1호의 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한”이라는 부분은 한국감정원을 포함한 모든 감정평가법인에게 공통으로 적용되어야 하는 제한규정임에도 재평가법시행령 제3조 제2호 및 연특법시행령 제2조가 한국감정원에 대하여만 특혜를 인정하는 것은 법체계에 반하는 것이다.

나. 한국감정원의 의견

(1) 적법요건에 대한 의견

(가) 이 사건 건설부지침 및 내무부규정은 행정기관의 내부적인 사무처리지침에 불과하므로 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

(나) 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조, 이 사건 건설부지침 제5조 제2항은 청구인들 법인이 설립된 1991.7.1. 당시 이미 시행되고 있었고, 이 사건 내무부규정 제16조 제2항은 1991.10.18. 시행되었는바, 감정평가를 업으로 하는 청구인들로서는 이 사건 내무부규정에 대하여는 위 시행일 무렵에, 나머지 법규에 대하여는 위 법인설립 당시에 그 내용을 알았다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 1992.6.26. 청구된 이 사건 헌법소원심판은 청구기간을 도과한 부적법한 청구이다.

(2) 위헌여부에 대한 의견

(가) 지공법 제정 당시 입법자의 의도는 한국감정원이 아닌 다른

감정평가법인은 재평가법에 의한 감정평가, 연특법에 의한 경매부동산의 감정평가업무를 할 수 없도록 하려는 것이었으므로 그와 같은 내용의 재평가법시행령 제3조, 연특법시행령 제2조를 지공법 제20조 제1항과 조화시키기 위하여 지공법시행령 제35조 1호로 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우”에는 감정평가법인이라도 지공법 제20조 제1항에 규정된 업무를 할 수 없도록 한 것이다.

(나) 한국감정원은 그 규모, 업무수행능력, 공신력 등의 면에서 다른 감정평가법인보다 뛰어나고 정부가 투자하는 감정단체로서 공정성의 확보되기 때문에 공익적 견지에서 특히 공정·정확한 감정평가가 요구되는 이 사건 심판대상 조항 관련 각 감정평가업무에 대하여는 다른 감정평가법인에 비하여 한국감정원에게 우월적 지위를 인정한 것이다. 따라서 이 사건 심판대상 조항들에 의한 기본권의 제한은 합목적성, 필요성, 비례성을 모두 갖춘 공익목적상 불가피한 최소한의 제한이다.

다. 건설부장관, 내무부장관의 의견요지

(1) 택지나 공영개발용지의 감정평가를 어느 감정평가업자에게 의뢰할 것인가하는 것은 재량의 문제로서 건설부나 내무부로서는 한국감정원이 업무수행능력이나 공신력에서 뛰어나다고 판단하여 복수평가시의 필수적 평가기관으로 하도록 내부적인 사무처리지침을 정한 것에 불과하다. 따라서 이 사건 건설부지침 및 내무부규정은 행정규칙에 해당하므로 헌법소원의 대상이 아니다.

(2) 이 사건 헌법소원은 청구기간을 초과하여 부적법하다.

라. 재무부장관의 의견

(1) 지공법 제20조, 지공법시행령 제35조 제1호는 감정평가법인

이 취급할 수 있는 업무의 범위를 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한 감정평가업자의 모든 업무”로 규정하고 있고, 재평가법시행령 제3조 제2호와 연특법시행령 제2조가 감정평가법인 중 한국감정원만을 감정기관으로 규정한 것은 지공법시행령 제35조 제1호의 “다른 법령에 따로 규정이 있는 경우”에 해당하므로, 지공법이 신법이라는 이유만으로 위 조항들을 무효라고 할 수 없다.

(2) 재평가법시행령과 연특법시행령은 각 자산재평가법 제7조 제2항, 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제4조의 위임에 의하여 제정된 것이고, 위 각 상위법률이 지공법과 상충되는 것도 아니므로 위 각 시행령의 규정들이 지공법에 반하는 것이라고 할 수 없다.

(3) 자산재평가법에 의한 재평가는 세무회계 및 기업회계상 중대한 영향을 미치게 되므로 평가의 객관성·공정성·신뢰성이 절대적으로 요구되고, 금융기관의 연체대출금 회수를 위한 경매절차에 있어서도 담보물에 대한 공정하고 객관적인 평가가 필수적이다. 그런데 일반 감정평가법인은 영리추구를 회사의 제1목표로 하는 기업인 반면 한국감정원은 비록 주식회사의 형태를 취하고 있으나 정부와 금융기관이 각 49.4%, 50.6%를 출자하고 있는 공적 성격이 강한 감정기관으로서 객관성·신뢰성의 확보면에서 차이가 있으므로 한국감정원만을 감정기관으로 정하고 있는 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조가 위헌의 규정이라고 할 수 없다.

3. 판단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 등으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수

있다고 규정하고 있고, 같은 법 제69조 제1항은 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 청구기간의 기산점 및 그 기간에 관하여 규정하고 있다. 따라서 법령에 대한 헌법소원의 경우에도 법령의 시행과 동시에 기본권침해를 받은 자는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받은 자는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 할 것이다.

나. 이 사건 심판대상 조항 중 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조, 이 사건 건설부지침 제5조 제2항, 지공법시행령 제35조 제1호는 청구인들 법인이 설립된 1991.7.1. 당시 이미 시행되고 있었고, 이 사건 내무부규정 제16조 제2항은 위 설립일 이후인 1991.10.18. 시행되었다. 그렇다면 이 사건 심판대상 조항 중 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조와 이 사건 건설부지침 제5조 제2항 및 지공법시행령 제35조 제1호에 대하여는 청구인들 법인이 설립됨으로써 그 적용을 받게 된 1991.7.1.을, 이 사건 내무부규정 제16조 제2항에 대하여는 그 시행일인 1991.10.18.을 각 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 “그 사유가 있는 날”로 보아야 할 것이므로 청구인들은 위 각 기준일로부터 늦어도 180일 이내에 헌법소원심판을 청구하였어야 할 것인데도, 청구인들은 그로부터 180일이 훨씬 지난 1992.6.26. 지공법시행령 제35조 제1호를 제외한 나머지 심판대상 조항들에 대하여 헌법소원심판을 청구하였

다가 1995.3.24. 지공법시행령 제35조 제1호에 대하여 청구를 확장하였으므로 이 사건 청구는 청구기간을 초과하였음이 명백하여 부적법하다.

다. 청구인들은 이에 대하여 위헌적인 내용을 담고 있는 이 사건 각 심판대상조항들이 개정되지 아니하고 존속하는 한 기본권 침해는 계속되는 것이므로 이러한 경우에는 청구기간의 제한이 적용되지 않는다는 취지의 주장을 한다. 그러나 입법행위는 그것이 국회입법이든 행정입법이든 막론하고 그 행위의 속성상 행위자체는 한번에 끝나는 것이고 그러한 입법행위의 결과인 권리침해상태가 계속될 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 기본권침해행위는 한번에 끝났음에도 불구하고 그 결과가 계속 남아있다고 하여 청구기간의 제한이 배제되어야 한다는 청구인들의 주장은 법적 안정성의 확보를 위한 청구기간의 설정취지에 반하는 것으로서 이유없다(헌법재판소 1996.6.13. 선고, 95헌마115 결정 참조).

4. 결론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 아래 5와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견

가. 우리는 다수의견 중 이 사건 건설부지침 제5조 제2항, 이 사건 내무부규정 제16조 제2항, 지공법시행령 제35조 제1호에 대한 심판청구 부분이 청구기간을 초과하여 부적법하다는 데 대하여는 찬성하나, 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조 부분

까지도 청구기간을 초과하여 부적법하다는데 대하여는 다음과 같은 이유로 반대한다.

나. 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 행정소송법 제20조 제2항 단서가 헌법소원심판에 준용됨에 따라 “정당한 사유”가 있는 경우에는 제소기간의 도과에도 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 할 것인바, “정당한 사유”라 함은 청구기간 도과의 원인 등 여러가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻하는 것으로(헌법재판소 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정 참조), 민사소송법 제160조의 “당사자가 그 책임을 질 수 없는 사유”나 행정심판법 제18조 제2항의 “천재·지변·전쟁·사변 그 밖에 불가항력적인 사유”보다는 넓은 개념으로 보아야 할 것이다. 이 사건의 경우 청구인들이 청구기간을 도과시킨 것에는 우리나라 감정평가제도 및 법령의 연혁과도 밀접한 관련이 있으므로 이를 살피건대, 한국감정원이 설립된 1969년 당시 우리나라에는 체계화되고 공인된 감정평가제도가 없어 누구나 필요에 따라 감정평가업무를 행하고 금융기관이 전문감정기관의 역할을 하여 오던 가운데 정부가 사실상 공적 감정평가업무를 담당할 기관으로 한국감정원을 설립함에 따라 재평가법시행령 제3조 제2호와 연특별시행령 제2조에 기왕의 금융기관과 더불어 한국감정원이 감정기관으로 규정되게 된 것이다. 그러다가 1972.12.30. 국토이용관리법이 제정·공포되면서 토지평가사제도가 시행되고, 1973.12.31. 감정평가에 관한 법률이 제정·공포되면서 공인감정사제도가 시행됨에 따라 비로소 우리나라에 국가가 자격을 인정하는 전문감정평가제도가 도입되었고, 그후 1989.7.1. 지공법이 시행되면서 토지평가사

및 공인감정사가 모두 지공법상의 감정평가사로 통합됨으로써 현재와 같이 일원화된 감정평가제도가 정립되었는바, 위 제도 변천에 맞추어 한국감정원도 감정평가에관한법률 시행 후에는 동법 소정의 감정회사로(감정평가에관한법률 부칙 제3조),지공법 시행 후에는 지공법 소정의 감정평가법인으로(지공법 부칙 제8조) 각 간주되었다. 그런데 감정평가에관한법률 시행 당시에는 한국감정원이 동법에 의하여 인가를 받은 유일한 감정회사였으므로 다른 감정회사와의 업무영역 관계에서 문제가 발생할 여지가 없었으나(다만 감정평가에관한법률시행령 제38조 제2호는 “법원에 계류중인 쟁송 또는 경매물건의 감정”을 감정회사가 아닌 감정업자의 업무범위에도 포함시키고 있어 연특법시행령 제2조와의 관계가 문제되었는데 이에 관한 한국공인감정사협의회회의 질의에 대하여 재무부장관은 1982.9.24. 감정회사가 아닌 감정업자도 연특법시행령 제2조에 불구하고 금융기관에서 경매요청하는 부동산의 최저경매가격을 평가할 수 있다고 회답한 바 있다), 지공법이 시행된 후 다른 감정평가법인이 설립되면서 비로소 재평가법시행령 제3조 제2호 및 연특법시행령 제2조와 지공법시행령 제35조 제1호의 관계가 문제되게 되었는바, 청구인들은 앞서 본 제도 및 법령의 연혁에 비추어 이는 법령미정비, 즉 제도의 변천을 법령이 따라가지 못함으로써 발생할 문제이므로 법령정비를 청원함으로써 해결하여야 할 문제로 인식하게 된 것이고 그에 따라 관련부서에 법령개정건의를 하였다가 1992.6.8. 과 같은 달 15. 부정적인 회신을 받고서야 관련부서가 전문감정평가제도의 확립에도 불구하고 한국감정원에 다른 감정평가법인에 대한 우월적 지위를 인정하고 위 법령을 계속 시행할 의사를 갖고 있는 것으로 인식하고 1992.6.26. 이 사건 심판

청구를 하게 된 것이다. 물론 법령미정비의 경우라고 할지라도 결국 위헌문제가 발생하는 것이기는 하지만 앞서 본 제도 및 법령의 연혁과 한국감정원의 지위 변천, 재무부장관의 위 질의회답 내용에 비추어 보면 법률전문가가 아닌 청구인들의 위와 같은 인식 및 그에 따라 권리구제를 받기 위한 노력을 하다가 청구기간을 도과시킨 데 대하여 청구인들을 비난하기 보다는 위와 같은 경우에는 청구기간을 탄력적으로 해석·적용하여 청구기간도과에 “정당한 사유”가 있다고 봄으로써 가능한 한 국민의 기본권을 보장하고 헌법질서를 유지보장하는 쪽으로 노력하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

다. 따라서 다수의견과 같이 이 사건 심판청구를 모두 각하할 것이 아니라 재평가법시행령 제3조 제2호, 연특법시행령 제2조 부분에 대하여는 본안판단을 하여야 할 것으로 생각한다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
주심	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

지가공시및토지등의평가에관한법률시행령 제30조 등
위헌 확인

(1996. 8. 29. 94헌마113 전원재판부)

[판례집 8권2집, 141~166]

【관시 사항】

가. 법령(法令)에 대한 헌법소원(憲法訴願)에 있어서 자기 관련성, 현재성, 직접성을 인정한 사례

나. 지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한 법률시행령(法律施行令) 제30조 및 제35조가 헌법(憲法)에 위배 되는지 여부

【결정 요지】

가. 이 사건에 있어 청구인은 합동사무소를 개설하고 있는 감정평가사로서 이 사건 심판대상규정인 지가공시(地價公示) 및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률시행령(法律施行令) 제35조에 의하여 감정평가업무의 내용을 제한받고 있고, 감정평가업무의 내용을 확장하기 위하여 법인을 설립하고자 하여도 30인, 또는 건설부장관이 필요하다고 인정하는 경우에는 최대한 40인 이상의 감정평가사와 함께 하는 경우에만 법인을 설립할 수 있는 제한을 받고 있으며, 청구인은 이 점에 있어서 자신의 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)와 평등권(平等權)을 침해받고 있다고 주장하고 있으므로, 자기관련성, 현재성, 직접성의 요건은 모두 충족된 것이다.

나. 감정평가업자의 감정평가라는 업무의 성질은 동일하다고 하더라도, 그 업무 중에는 공시지가 산정의 기초가 되는 표준지의 적정가격의 조사·평가와 같이 보다 높은 공신력이 요구되는 것과 개인의 의뢰에 의하여 개별 토지의 감정평가를 하는 것과 같이 공신력이 비교적 덜 요구되는 것으로 나눌 수 있고, 또한 같은 종류의 감정평가라 하더라도

라도 감정대상물의 가액에 따라 공신력이 요구되는 정도가 다르다고 할 수 있는바, 위 시행령(施行令) 제30조 및 제35조가 이와 같이 공신력이 요구되는 정도에 따라 업무의 영역을 나누고, 감정평가업자를 그 법적 존재형태와 구성원의 수에 따라 3종으로 나누어 업무를 분담토록 하는 것은 보다 높은 공신력이 요구되는 감정평가의 업무에 대하여 객관성·공정성·정확성을 보다 확실히 확보하고자 하는 것으로 공공복리를 위한 경우라 할 것이므로 그 입법 목적에 있어서의 정당성은 인정되고, 감정평가사 사무소, 감정평가사 합동사무소 및 감정평가법인에 있어 요구되는 인적 내지 물적 요소의 차이, 설립절차상의 차이, 감정평가업무의 객관성·공정성·정확성을 확보하기 위한 법적수단에 있어서의 차이 및 감정평가업자의 대형화·조직화·법인화의 유도 등을 종합하여 볼 때 그 방법 또한 적정하며, 감정평가사 사무소와 합동사무소에 소속된 감정평가사는 감정평가법인을 설립함으로써 위와 같은 제한에서 벗어나 감정평가업자로서의 모든 업무에 참여할 수 있는 길이 열려 있으므로 그 제한의 정도는 필요한 최소한의 정도로써 그 목적에 비례하여 과도한 것이라고는 할 수 없을 뿐더러 직업선택의 자유를 침해화할 정도로 그 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수도 없다.

다. 감정평가사 15인 또는 7인 이상으로 구성된 감정평가사 합동사무소와 감정평가사 30인 또는 최대한 40인 이상의 감정평가사로 구성되고 법인의 형태를 취한 감정평가법인 사이에는 앞에서 본 바와 같은 업무의 객관성·공정성에 대한 기대가능성에 차이가 있으므로, 이러한 합리적 근거를 바탕으로 한 업무범위에 대한 제한을 들어 자의적인 차별이라고는 할 수 없다.

라. 지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에 관한 법률(法律) 제20조 제1항은 3종의 감정평가업자의 업무 모두를 규정한 것에 불과하고 제2항에서 감정평가업자의 종별에 따라 업무범위 등이 다름을 전제로 하여 명시적으로 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 또는 업무지역의 규정을 대통령령에

위임하고 있는바, 따라서 위 법(法) 제20조 제2항은 구체적으로 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 등을 위임하고 있고, 이에 따라 지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률시행령(法律施行令) 제35조가 그 업무범위 등에 관하여 규정하고 있으므로, 위 시행령(施行令) 제35조가 법(法) 제20조 제1항 소정의 감정평가업무를 박탈·제한한 것이 아님은 물론이고, 위임입법에 관한 일반적인 헌법원칙에도 어긋나지 아니한다.

청 구 인 박 ○ 민
 대리인 변호사 정 영 수

【심판대상조문】

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률시행령(法律施行令) 제30조(감정평가법인의 구성) 법 제19조 제2항의 규정에 의한 감정평가법인의 사원은 30인 이상으로 한다. 다만, 건설부장관은 감정평가사의 수·감정평가업무의 양 등을 감안하여 감정평가업의 건전한 발전을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 40인의 범위 내에서 사원의 수를 증원하여 정할 수 있다(이 사건 심판청구후인 1994. 12. 23. 대통령령 제14447호로 건설부장관을 건설교통부장관으로 개정하고 1995. 6. 30. 대통령령 제14690호로 제31조만을 개정하였을 뿐 제정된 이래령 제30조의 조문내용은 개정된 바 없이 현행되고 있다).

지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률시행령(法律施行令)제35조(업무범위) 법 제20조 제2항의 규정에 의한 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위는 다음 각호와 같다.

1. 감정평가법인의 경우 다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한 감정평가업자의 모든 업무
2. 감정평가사 합동사무소의 경우
 - 가. 법 제10조 제1항 각호(제2호를 제외한다)의 목적을 위한 토지의 감정평가 중 평가예정액이 10억원 이하인 감정평가
 - 나. 법 제20조 제1항 제4호의 감정평가
 - 다. 법 제21조 제2항의 규정에 의한 토지 등의 감정평가 중 대출신청액이 3억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가
 - 라. 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가
 3. 감정평가사 사무소의 경우
 - 가. 법 제10조 제1항 각호(제2호를 제외한다)의 목적을 위한 토지의 감정평가 중 평가예정액이 5억원 이하인 감정평가

- 나. 법 제20조 제1항 제4호의 감정평가
- 다. 법 제21조 제2항의 규정에 의한 토지 등의 감정평가 중 대출신청액이 2억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가
- 라. 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가

【참조 조문】

**헌법(憲法) 제11조 제1항, 제15조, 제75조, 제119조 제1항
지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률(法律) 제19조
(鑑定評價法人) ① 생략**

② 鑑定評價法人은 大統領令이 정하는 數이상의 鑑定評價士인 社員으로 구성하고, 社員이 아닌 소속鑑定評價士를 둘 수 있다. 이 경우 社員 및 社員이 아닌 소속 鑑定評價士는 제18조 제4항 각호의 1에 해당하는 자가 아니어야 한다.

③~⑦ 생략

**지가공시(地價公示)및토지(土地)등의평가(評價)에관한법률(法律) 제20조
(鑑定評價業者의 業務) ①鑑定評價業者는 다음 각호의 業務를 행한다.**

1. 제4조의 規定에 의한 標準地의 適正價格의 調査·評價
 2. 제10조 제1항 각호의 目的을 위한 土地의 鑑定評價
 - 2의2. 제10조의2 제3항의 規定에 의한 個別公示地價의 檢證
 3. 資産再評價法에 의한 土地 등의 鑑定評價
 4. 法源에 繫屬중인 訴訟 또는 競賣를 위한 土地등의 鑑定評價
 5. 金融機關·保險會社·信託會社 등 他人의 의뢰에 의한 土地등의 鑑定評價
 - 5의2. 鑑定評價와 관련된 相談 및 諮問
 6. 다른 法令의 規定에 의하여 鑑定評價士가 행할 수 있는 土地등의 鑑定評價
- ② 鑑定評價業者의 種別에 따른 業務範圍 또는 業務地域은 大統領令으로 정한다.

【참조 판례】

- 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정
- 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정
- 1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정
- 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정

1991.11.25. 선고, 89헌마99 결정
1992.10.1. 선고, 92헌마68·76(병합) 결정
1993.5.13. 선고, 91헌마190 결정
1995.2.23. 선고, 90헌마214 결정

【주 문】

심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1994. 4. 12. 지가공시및토지등의평가에관한법률(이하 '법'이라 한다) 제14조 제1항 소정의 감정평가사 자격을 취득하고, 1994. 5. 3. 청구의 백○열 등 14인과 함께 법 제18조에 따라 건설부에 감정평가사 합동사무소 개설등록을 하고, 같은 날부터 감정평가사 업무를 시작하였다.

청구인은 법 시행령(이하 '령' 이라 한다) 제30조가 감정평가사 30인, 건설부장관이 필요하다고 인정할 경우에는 최대한 40인 이상이 아니면 감정평가법인을 구성할 수 없도록 하고,령 제35조가 감정평가사 합동사무소의 업무범위를 감정평가법인에 비하여 제한한 것이 청구인의 헌법상의 권리인 직업선택의 자유와 평등권을 침해하는 것이라 하여, 1994. 6. 11. 이 사건 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 지가공시및토지등의평가에관한법률시행령(1989. 8. 18. 대통령령 제12781호로 제정) 제30조와 제35조이며

그 규정내용과 관련법령의 규정내용은 다음과 같다.

령 제30조(감정평가법인의 구성) 법 제19조 제2항의 규정에 의한 감정평가법인의 사원은 30인 이상으로 한다. 다만, 건설부장관은 감정평가사의 수·감정평가업무의 양 등을 감안하여 감정평가업의 건전한 발전을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 40인의 범위 내에서 사원의 수를 증원하여 정할 수 있다(이 사건 심판청구후인 1994. 12. 23. 대통령령 제14447호로 건설부장관을 건설교통부장관으로 개정하고 1995. 6. 30. 대통령령 제14690호로 제31조만을 개정하였을 뿐 제정된 이래 령 제30조의 조문내용은 개정된 바 없이 현행되고 있다).

령 제35조(업무범위) 법 제20조 제2항의 규정에 의한 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위는 다음 각호와 같다.

1. 감정평가법인의 경우 다른 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외한 감정평가업자의 모든 업무

2. 감정평가사 합동사무소의 경우

가. 법 제10조 제1항 각호(제2호를 제외한다)의 목적을 위한 토지의 감정평가 중 평가예정액이 10억원 이하인 감정평가

나. 법 제20조 제1항 제4호의 감정평가

다. 법 제21조 제2항의 규정에 의한 토지 등의 감정평가 중 대출신청액이 3억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가

라. 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가

3. 감정평가사 사무소의 경우

가. 법 제10조 제1항 각호(제2호를 제외한다)의 목적을 위한

토지의 감정평가 중 평가예정액이 5억원 이하인 감정평가

나. 법 제20조 제1항 제4호의 감정평가

다. 법 제21조 제2항의 규정에 의한 토지 등의 감정평가 중 대출신청액이 2억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가

라. 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가

법(1989. 4. 1. 법률 제4120호로 제정되고 1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 이전의 것) 제19조(감정평가법인) 제2항; 감정평가법인은 대통령이 정하는 수 이상의 감정평가사인 사원으로 구성하되 다음 각호의 1에 해당하는 자가 아니어야 한다.

1. 제28조의 규정에 의하여 등록이 취소되거나 업무가 정지된 자로서 등록이 취소된 후 1년이 경과되지 아니하거나 업무정지기간이 경과되지 아니한 자

2. 제28조의 규정에 의하여 설립인가가 취소되거나 업무가 정지된 감정평가법인의 사원이었던 자로서 그 설립인가가 취소된 후 1년이 경과되지 아니하거나 업무정지기간이 경과되지 아니한 자

법(상동) 제20조(감정평가업자의 업무) 제1항 ; 감정평가업자는 다음 각호의 업무를 행한다.

1. 제4조의 규정에 의한 표준지의 적정가격의 조사·평가

2. 제10조 제1항 각호의 목적을 위한 토지의 감정평가

3. 자산재평가법에 의한 토지 등의 감정평가

4. 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가

5. 금융기관·보험회사·신탁회사 등 타인의 의뢰에 의한 토지 등의 감정평가

6. 다른 법령의 규정에 의하여 감정평가사가 행할 수 있는 토지 등의 감정평가

제2항 ; 감정평가자의 종별에 따른 업무범위 또는 업무지역은 대통령령으로 정한다(이 항은 법제정 이후 개정된 바 없이 현행 되고 있다).

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

감정평가사로서의 자격은 개인에게 주어진 것이다. 감정평가사의 자격을 가진 청구인으로서의 감정평가사로서의 모든 업무를 할 수 있어야 한다. 령 제35조가 감정평가법인의 형태를 취한 감정평가사에 대하여는 감정평가사로서의 모든 업무를 할 수 있게 허용하면서도, 감정평가사 사무소 또는 감정평가사 합동사무소의 형태로 감정평가사의 업무를 영위하는 경우에는 그에 비하여 현저하게 업무내용을 제한하고, 한편 감정평가사가 감정평가법인을 구성하고자 하여도 령 제30조에 의하여 감정평가법인을 구성하기 위하여는 30인, 또는 건설부장관이 필요하다고 인정할 경우에는 최대한 40인 이상의 감정평가사가 있어야 하고, 그 이하일 경우에는 감정평가법인을 구성할 수 있는 길을 막고 있다.

령 제30조 및 제35조에 의한 위와 같은 제한은, 감정평가업무가 이해관계인에게 미치는 영향을 감안하여 보다 신중한 판단을 유도하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도, 감정평가업자로서의 자격을 취득한 청구인으로 하여금 법 제20조 제1항에 규정한 감정

평가업자의 업무를 거의 수행할 수 없게 하는 것으로, 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해하고, 합리적인 이유 없이 법인과 개인을 차별 대우하여 청구인의 평등권을 침해하는 것이다.

또한 상위법인 법 제20조 제1항에 의하여 보장된 감정평가업자의 업무를 하위법인 령 제35조에 의하여 박탈, 제한한 것은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 위헌이다.

나아가 헌법 제119조 제1항은 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다"라고 선언하여 우리 사회의 경제질서가 원칙적으로 자유경쟁에 입각한 시장경제질서를 근간으로 하고 있음을 명백히 하고 있는 바, 령 제30조 및 제35조에 의한 업무의 제한은 우리 헌법이 채택한 자유경쟁에 입각한 시장경제질서에도 위반된다.

나. 건설교통부장관의 의견요지

법은 토지·건물·동산 등의 감정평가에 관한 사항을 정함으로써 이의 적정한 가격형성을 도모하며, 나아가 국토의 효율적인 이용과 국민경제의 발전에 이바지하게 함을 목적으로 한다. 토지 등의 감정평가는 객관성·정확성·공정성을 확보하는 것이 그 생명이라 할 수 있다. 개인인 감정평가사의 경우에는 감정평가를 함에 있어 오류를 방지할 수 있는 체제를 갖추기 어렵고 또한 평가의뢰자나 이해관계인의 요구를 견제할 수 있는 장치가 미약하다. 평가기법의 개발, 광범위한 자료의 축적, 책임도 등을 높이기 위하여는 감정평가업체를 될 수 있는 한 법인화·대형화하도록 유도하여야 한다. 이렇게 함으로써 감정평가업무의 공신력을 높이고 난립에 의

한 과당경쟁을 지양하여 앞에서 본 법의 목적을 달성할 수 있을 것이다.

따라서 감정평가사 1인 또는 소수의 인원이 감정평가사 사무소를, 또는 일정한 인원 이상의 감정평가사가 감정평가사 합동사무소 내지 법인을 설립할 수 있도록 하되, 법인은 보다 엄격한 조건을 갖추도록 하는 한편, 감정평가의 공신력이 요구되는 정도에 따라 업무범위에 차등을 두어, 표준지의 적정가격의 조사·평가 등 다수의 국민에게 영향을 주게 되는 업무는 이를 할 수 있는 감정평가업자의 범위를 감정평가법인으로 제한하고, 공신력이 보다 덜 요구된다고 할 수 있는 감정평가 즉 공공용지의 매수 및 토지의 수용·사용에 대한 보상, 국토이용관리법상의 유흥지의 매수 또는 매수청구된 토지의 매수, 징발보상 등을 위한 감정평가업무의 경우에는 평가예정가액에 따라 감정평가사 사무소와 감정평가사 합동사무소에 따라 차등을 두되, 개인적 거래 등을 위한 감정평가업무는 감정평가사이면 누구나 수행할 수 있도록 하고 있다. 위와 같은 제한은 공공복리와 경제민주화를 실현하기 위한 최소한의 제한이므로 직업선택의 자유를 본질적으로 침해한 것으로 볼 수 없고, 또한 인적구성, 시설확보 등의 요건을 달리하는 감정평가법인과 감정평가사 사무소 내지 감정평가사 합동사무소에 대해서 특히 높은 공신력이 요구되는 평가업무에 관하여 업무수행능력에 따라 업무범위에 최소한의 차등을 둔 것은 실질적 평등을 실현하고 법의 목적을 달성하기 위하여 필요하며 사회통념상 적정한 것이라 할 것이므로 평등권에 관한 헌법원리에 합치하며, 나아가 헌법상의 시장경제 질서에도 위배되지 않는다.

또한 법 제20조 제1항이 감정평가업자가 행할 업무를 열거하고 있지만, 같은 조 제2항이 "감정평가업자의 종별에 따른 업무 범위 또는 업무지역은 대통령령으로 정한다."고 규정하고 있으므로, 이에 따라 령 제35조가 감정평가업자의 규모와 업무수행능력에 따라 업무의 범위를 달리 정한 것은 법 제20조 제1항에 반하지 아니한다.

3. 판단

가. 청구의 적법성에 관하여,

(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 구체절차를 모두 거쳤거나 그러한 구체절차가 없어야(보충성) 한다.

청구인은 합동사무소를 개설하고 있는 감정평가사로서 이 사건 심판대상 규정인 령 제35조에 의하여 감정평가업무의 내용을 제한받고 있고, 감정평가업무의 내용을 확장하기 위하여 법인을 설립하고자 하여도 30인, 또는 건설부장관이 필요하다고 인정하는 경우에는 최대한 40인 이상의 감정평가사와 함께 하는 경우에만 법인을 설립할 수 있는 제한을 받고 있다. 청구인은 이 점에 있어서 자신의 직업선택의 자유와 평등권을 침해받고 있다고 주장하고 있으므로, 자기관련성, 현재성, 직접성의 요건은 모두 충족되며 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 구체절차가 있는 경우가 아니므로

바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것이다(헌법재판소 1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정; 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1990.10.8. 선고, 89헌마89; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1991.11.25. 선고, 89헌마99 결정; 1992.10.1. 선고, 92헌마68, 76 결정; 1993.5.13. 선고, 91헌마190 결정; 1995.2.23. 선고, 90헌마214 결정 참조).

(2) 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 하며, 이 때 사유가 발생한 날이라 함은 당해 법령이 청구인의 기본권을 명백히 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다(헌법재판소 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정; 1995.2.23. 선고, 90헌마214 결정 참조).

이 사건의 경우 심판대상의 령 조항들이 비록 1989. 8. 18.에 공포 시행되었다고 하더라도, 청구인은 1994. 4. 12. 감정평가사의 자격을 취득하고, 1994. 5. 3. 건설부에 감정평가사 합동사무소의 개설등록을 하여, 같은 날부터 감정평가사로서의 업무를 시작하였는바, 청구인은 이 때에 비로소 이 사건 심판대상의 령 조항들에 해당하는 사유가 발생하여 자기의 기본권의 침해를 받게 되었고 그 사유를 알게 된 것이므로 감정평가법인의 성립요건에 관한 령 제30조는 감정평가사의 자격을 취득한 날부터, 감정평가의 업무범위에 관한 령

제35조는 감정평가사로서의 업무를 시작한 때로부터 청구기간을 기산하여야 할 것이다. 따라서 이 사건 심판청구의 청구기간은, 령 제30조의 경우는 1994. 4. 13.부터, 령 제35조의 경우는 1994. 5. 4.부터 기산하여야 할 것이고, 안 때로부터 각 60일이 내인 1994. 6. 11.에 제기된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다.

(3) 따라서 청구는 적법하므로 본안에 관하여 살핀다.

나. 본안에 관하여

청구인은 이 사건 심판대상의 령 조항들이 첫째, 직업선택의 자유를 제한함에 있어 과잉금지의 원칙에 반하고 위 자유의 본질적 내용을 침해한 점, 둘째, 합리적인 이유없이 평등권을 침해한 점, 셋째, 위임입법의 한계를 벗어난 점, 넷째 헌법 제119조 제1항 소정의 자유경쟁에 입각한 시장경제의 질서에 반하고 있는 점을 들어 헌법에 위반된다고 주장하므로 다음에서 순차로 살펴 본다.

(1) 직업선택의 자유에 대한 헌법위반의 제한인 여부에 관하여,

(가) 직업의 자유에 대한 제한과 그 한계

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다(헌법재판소 1993.5.13. 선고, 92헌마80 결정 참조). 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객

관적 법질서의 구성요소이기도 하다. 따라서 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 공동체의 동화적 통합을 촉진시키기 위하여 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문규정에 따라 이에 대하여 제한을 가할 수 있다. 즉, 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 목적의 정당성이 인정되는 경우에는 그러한 목적을 달성하는데 필요한 범위 내에서 법률로서 국민의 기본권을 제한할 수 있다. 그러나 그 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되거나 제한의 한계규정인 헌법 제37조 제2항 후문의 규정에 따라 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 아니 된다(헌법재판소 1989.11.20. 선고, 89헌가102 결정; 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정; 1993.5.13. 선고, 92헌마80 결정참조). 따라서 이 사건 심판대상의 령 조항들이 이와 같은 한계를 넘어 직업수행의 자유를 제한한 것인지를 판단하기에 앞서 감정평가에 관한 관련 법령의 규정들을 본다.

(나) 감정평가에 관한 관련 법령들의 규정내용

감정평가라 함은 토지 등의 경제적 가치를 판정하여 그 결과를 가액으로 표시하는 것을 말한다(법 제2조 제4호). 이러한 감정평가를 업으로 하는 감정평가업자의 구체적 업무에 관하여 법은 공시지가 산정의 기초가 되는 표준지의 적정가격의 조사·평가(법 제20조 제1항 제1호), 법 제10조 제1항 각호의 목적을 위한 토지의 감정평가(같은 조항 제2호), 자산재평가법에 의한 토지 등의 감정평가(같은 조항 제3호), 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가(같은 조항 제4호), 금융기관·보험회사·신탁회사 등 타인의

의뢰에 의한 토지 등의 감정평가(같은 조항 제5호), 다른 법령의 규정에 의하여 감정평가사가 행할 수 있는 토지 등의 감정평가(같은 조항 제6호)등을 규정하고 있다.

감정평가사는 타인의 의뢰에 의하여 토지 등을 감정평가함을 그 직무로 하는바(법 제13조), 이러한 감정평가사의 자격을 취득하기 위하여는 제1차 및 제2차시험을 합격하고 2년 이상의 실무수습을 마치거나, 대통령령이 정하는 기관에서 5년 이상 감정평가에 관한 업무에 종사한 자로서 감정평가사 제2차시험에 합격하여야 한다(법 제14조 제1항 제1호, 제2호). 감정평가사는 이러한 절차에 의하여 취득한 1개의 동일한 자격이 있을 뿐이지만, 감정평가를 업으로 하는 감정평가업자에는 3가지의 종류가 있다. 우선 감정평가사와 감정평가법인으로 구분된다(법 제2조 제5호, 제6호). 법인이 아닌 감정평가사는 1인 또는 일정한 수에 미달하는 인원의 감정평가사가 감정평가사 사무소를 개설한 경우(법 제18조 제1항)와 일정한 수 이상의 인원, 즉 서울·부산·인천·경기 지역의 경우 15인, 기타지역의 경우 7인 이상의 감정평가사가 감정평가사 합동사무소를 개설한 경우(같은 법조 제5항, 령 제29조 제2항)가 있고, 감정평가법인을 설립하기 위하여는 30인, 또 건설부장관이 필요하다고 인정하는 경우는 최대한 40인 이상의 감정평가사가 있어야 한다(령 제30조). 감정평가사 사무소, 감정평가사 합동사무소 및 감정평가법인은 그 구성원이 감정평가사라는 동일한 자격을 가지고 있고 감정평가라는 동일한 성질의 업무를 수행하지만, 그 업무의 범위에 있어서는 커다란 차이가 있다.

즉, 이 사건 심판대상 중 령 제35조는 모든 감정평가업자에게 법

원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가와 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가를 허용하면서도, 법 제4조의 규정에 의한 표준지의 적정가격의 조사·평가, 국·공유토지의 취득 또는 처분을 위한 토지의 감정평가, 자산재평가법에 의한 토지 등의 감정평가 등에 대하여는 감정평가법인만이 이를 할 수 있도록 하고, 법 제10조 제1항 각호(제2호 제외)의 목적을 위한 토지의 감정평가에 대하여는 감정평가사 사무소의 경우는 평가예정액이 5억원 이하인 감정평가, 감정평가사 합동사무소의 경우는 평가예정액이 10억원 이하인 감정평가로 제한하고, 법 제21조 제2항의 규정에 의한 토지 등의 감정평가에 대하여는 감정평가사 사무소의 경우는 대출신청액이 2억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가, 감정평가사 합동사무소의 경우는 대출신청액이 3억원 이하인 대출을 위한 토지 등의 감정평가로 제한하고 있다.

이와 같이 감정평가사는 다같이 동일한 자격을 얻은 자임에도 불구하고 감정평가사 합동사무소를 개설하고 있는 청구인은 이 사건 심판대상의 령 조항들로 말미암아 감정평가법인에 비하여 그 업무범위와 업무지역에 있어 제한을 받고 있을 뿐 아니라, 감정평가법인을 설립하려 하여도 위와 같은 감정평가사의 수의 제한을 받고 있음이 명백하며 이 제한이 법 제19조 제2항 및 제20조 제2항 규정에 근거하고 있음도 명백하다. 그러면 이와 같은 제한이 청구인과 같은 감정평가사의 직업수행의 자유를 제한함에 합리적인 제한 등 지켜야 할 앞서 본 한계를 넘은 것인지의 여부를 본다.

(다) 입법 목적의 정당성

감정평가라는 업무의 성질은 동일하다고 하더라도, 감정평가의

대상이나 목적에 따라 그 공신력이 요구되는 정도는 다르다. 감정평가업자의 업무 중에는 공시지가 산정의 기초가 되는 표준지의 적정가격의 조사·평가와 같이 보다 높은 공신력이 요구되는 것과 개인의 의뢰에 의하여 개별 토지의 감정평가를 하는 것과 같이 공신력이 비교적 덜 요구되는 것으로 나눌 수 있고, 또한 같은 종류의 감정평가라 하더라도 감정대상물의 가액에 따라 공신력이 요구되는 정도가 다르다고 할 수 있다. 이 사건 심판대상의 령 제30조 및 제35조(이하 이 사건 심판대상의 조항들이라 한다)가 이와 같이 공신력이 요구되는 정도에 따라 업무의 영역을 나누고, 감정평가업자를 그 법적 존재형태와 구성원의 수에 따라 3종으로 나눈 것은 보다 높은 공신력이 요구되는 감정평가의 업무에 대하여 객관성·공정성·정확성을 보다 확실히 확보하고자 하는 것으로 공공 복리를 위한 경우라 할 것이므로 그 입법 목적에 있어서의 정당성은 인정된다.

(라) 방법의 적정성

이 문제는 감정평가사 30인 이상 또는 최대한 40인 이상의 구성원으로 이루어지는 감정평가법인만이 보다 높은 공신력이 요구되는 감정평가 업무를 할 수 있도록 하고, 그에 미치지 못하는 인원의 감정평가사를 구성원으로 한 감정평가사 사무소 내지 감정평가사 합동사무소에 대하여 그러한 업무에 종사할 수 없도록 제한하는 것이 앞서 본 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고, 또 그러한 목적의 달성에 적절하고도 유효한 수단이라 할 수 있는지의 여부 즉 감정평가법인에 의한 감정평가가 감정평가사 사무소 내지 감정평가사 합동사무소에 의한 감정평가보다 더 객관적이고 정확하며 공

정하리라고 일반적으로 기대할 수 있는지의 여부라 할 것인바, 다음 두가지의 점을 먼저 살펴 볼 필요가 있다.

① 감정평가사 사무소, 감정평가사 합동사무소 및 감정평가법인의 3자 사이에는 어떠한 차이가 있는가.

㉠ 인적요소의 차이

감정평가사의 수가 서로 다르다. 즉 감정평가법인의 경우에는 30인이상 또는 최대한 40인 이상의 감정평가사, 감정평가사 합동사무소의 경우에는 지역에 따라 15인 또는 7인 이상의 감정평가사가 각 필요하며, 감정평가사 1인이 단독으로 혹은 위 합동사무소의 구성에 미달하는 인원의 감정평가사의 경우에는 감정평가사 사무소를 개설할 수 밖에 없다.

㉡ 물적요소의 차이

감정평가사가 감정평가사 사무소를 개설하기 위하여는 감정평가협회를 거쳐 그 개설등록을 하여야 한다(법 제18조 제2항, 제1항). 개설등록신청서에 첨부할 서류로서 감정평가사의 자격을 증명하는 서류, 사무실의 보유를 증명하는 서류 및 신청인의 신원증명서가 요구되고 있고(령 제27조 제1항 각호), 위 요건을 충족한 신청에 대하여 건설부장관은 지체없이 감정평가사사무소 개설등록부에 등록을 하고 등록증을 교부하여야 하도록 규정하고 있으므로(령 제27조 제2항), 결국 개설등록시 요구되는 물적시설로는 사무실이 있을 뿐이다.

감정평가사 합동사무소의 경우에도 사무실 이외에 특별한 물적시설이 요구되지 아니한다는 점에서 감정평가사 사무소와 마찬가지로, 다만 합동이라는 점에서 개설등록신청시 합동사무소의 규

약을 첨부하도록 되어 있는 바(령 제29조 제1항), 합동사무소의 규약에는 사무소의 명칭 및 소재지, 조직 및 운영에 관한 사항, 수입 및 지출에 관한 사항, 구성원의 가입 및 탈퇴에 관한 사항을 포함하여야 하도록 하고 있다 {법 시행규칙(이하 규칙이라 한다) 제13조} .

그러나, 감정평가법인의 경우에는 건설부장관이 법인의 설립 인가를 함에 있어 감정평가업무를 공정하고 효율적으로 수행할 수 있는 인적구성 및 시설의 확보여부를 심사·확인하도록 하고 있어 위 사무소·합동사무소의 경우와는 다르다(령 제31조 제2항 제3호). 여기서 인가의 요건으로 요구되는 '시설'이 사무실 이외에 구체적으로 무엇을 의미하는지의 여부는 분명하지 아니하나, 감정평가 업무의 성질과 감정평가법인설립인가신청서에 첨부할 서류로서 정관, 사원의 감정평가사자격수첩 사본 각 1부, 사원의 이력서 각 1부, 사원의 인감증명서 각 1부, 사무실의 보유를 증명하는 서류 1부를 요구하고 있을 뿐인 점에 비추어 보면(규칙 제14조 제1항 각호), 무형의 인적조직을 효과적으로 유지하는데 필요한 물적 기반을 의미하는 것으로 보인다.

한편, 법 제26조 제2항은 감정평가업자의 부실감정에 따른 손해배상책임을 담보하기 위하여 보험에 가입하거나 감정평가업협회가 운영하는 공제사업에 가입할 것을 감정평가업자 모두에게 강제하고 있는데, 보증보험에 가입하는 경우에 당해 보험의 보험가입금액은 구성원 또는 사원인 감정평가사 1인당 2천만원 이상으로 하고(령 제38조 제2항), 법 부칙 제8조의 규정에 의한 감정평가법인은 보증보험 또는 공제사업에의 가입 외에 따로 감정평가수수료의 100분의 2 이상을 손해배상충당금으로 적립하도록 하고 있어(같은 조 제3

항) 서로 다르다.

㉔ 설립절차상의 차이

감정평가사 사무소와 감정평가사 합동사무소의 경우에는 사무소개설 등록을 하면 족하고, 이 경우 등록신청을 받은 건설부장관은 지체없이 등록증을 교부하여야 하도록 되어 있으나(령 제 27조 제2항), 감정평가법인의 경우에는 건설부장관의 인가를 필요로 하고 있으며 건설부장관은 감정평가법인의 설립을 인가함에 있어 감정평가업무를 공정하고 효율적으로 수행할 수 있는 인적구성 및 시설의 확보여부를 심사·확인하도록 규정하고 있어 서로 다르다.

㉕ 따라서, 위 3자 사이에 두드러진 차이는 구성원인 감정평가사의 수와 설립절차상 인가를 요하는가 하는 점 및 물적 담보 능력이라 할 수 있다.

이러한 차이점 이외에도 일반론으로서, 감정평가법인은 법인인 점에서 또는 대형화·조직화됨에 따라 그 존속의 영속성, 업무의 객관화 등에 대한 기대가능성이 나머지 감정평가업자에 비하여 훨씬 크다는 점을 들 수 있다.

② 감정평가 업무의 공공적 성격으로 말미암아 그 객관성·공정성·정확성을 확보하기 위한 법적 수단은 어떠한 것이 있는가.

우선 법이 감정평가사의 자격제를 채택한 것이 가장 중요한 제도적 장치라 할 수 있다. 이외에도 감정평가사에 대하여 업무상의 성실의무(제27조), 건설부장관의 지도·감독(제32조), 부실감정에 따른 손해배상책임 및 이를 담보하기 위한 보험 내지 공제사업에의 가입에 관한 규정(제26조)을 들으로써 감정평가의 객관성·공정성을 확보하기 위한 법적 장치를 마련하고 있다.

③ 위에서 본 바와 같이 감정평가라는 업무의 성격은 동일하다 하더라도 그 평가의 대상과 목적에 따라 그 공정성이 요구되는 정도를 확연히 구별할 수 있을 뿐만 아니라 감정평가법인이 감정평가사 사무소 내지 감정평가사 합동사무소보다는 그 존재와 활동의 양상에 있어서 보다 객관적이고 영속적임을 알 수 있다. 즉 감정평가에 필요한 자료와 정보의 축적 및 이를 이용한 체계적이고 효율적인 업무수행, 그리고 이러한 과정에서의 객관성을 유지함으로써 확보할 수 있는 공신력의 정도에 있어서 그와 같은 차이가 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상의 령 조항들이 감정평가업자의 유형에 따라 업무범위 등에 관하여 앞서 본 바와 같은 방식으로 차등을 두는 방법은 감정평가업자의 규모와 업무수행능력에 따른 것으로서 적절하다고 할 것이며, 감정평가업자의 대형화·조직화·법인화를 오히려 유도하는 의미도 있다고 할 것이므로 더욱 적절하다고 할 것이다.

(마) 비례성

먼저 심판대상인 령 제35조가 앞서 본 바와 같이 감정평가업자의 업무범위 등을 차등을 두어 감정평가사 사무소와 합동사무소의 업무범위 등을 특히 감정평가법인에 비하여 제한하고 있으나, 고도의 공신력이 요구되는 표준지의 적정가격의 조사·평가 및 국·공유토지의 취득 또는 처분을 목적으로 하는 감정평가업무에 대하여서만 감정평가법인 이외의 감정평가업자가 감정평가를 행할 수 없도록 금지하고 있을 뿐, 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가 및 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가업무에 대하여서는 모든 감정평가업자에게 무제한적으로 허용하고 있으

며, 다만 공공용지의 매수 및 토지의 수용·사용에 대한 보상을 목적으로 하는 등의 법 제10조 제1항 제1호, 제3호 내지 제6호의 목적을 위한 감정평가와 금융기관·보험회사·신탁회사 등이 대출 등에 관련하여 의뢰하는 감정평가에 관하여는 평가대상물의 가액에 따른 제한을 가하고 있을 뿐이다. 또한 앞에서 본 바와 같이 감정평가업무에 대한 차별적 제한의 필요성이 수긍되는 이상, 법 10조 제1항 각호(제2호를 제외)의 목적을 위한 토지의 감정평가는 평가예정액 10억원 또는 5억원, 법 제21조 제2항의 규정에 의한 토지 등의 감정평가는 대출신청액 3억원 또는 2억원을 기준으로 하여 제한한 것이 현저히 불합리한 것이라고는 할 수 없으며, 감정평가사 사무소와 합동사무소에 소속된 감정평가사는 령 제30조가 정하는 바에 따라 감정평가법인을 설립함으로써 위와 같은 제한에서 벗어나 감정평가업자로서의 모든 업무에 참여할 수 있는 길이 열려있으므로, 위와 같은 제한의 정도는 필요한 최소한의 정도로써 그 목적에 비례하여 과도한 것이라고는 할 수 없다.

다음 심판대상인 령 제30조가 감정평가법인의 설립을 위한 최소한의 감정평가사 인원으로 30인 또는 최대한 40인 이상으로 정한 입법취지는 감정평가업자의 대형화·조직화·법인화를 유도함에 있다고 할 것이므로, 위와 같은 인원의 제한은 그 정도가 입법의 목적에 비하여 과중하다고 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 심판대상의 령 조항들에 의한 제한은 그로 인하여 입게 되는 손해가 그 대가로서 기대되는 공동체 전체의 이익과 합리적인 비례의 관계에 있다고 할 수 있다.

(바) 본질적인 내용의 침해여부

타인의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 토지 등의 감정평가를 업으로 행하는 감정평가업에 관하여, 일반인에게는 감정평가사 자격제도의 관문을 통과하여 그에 종사할 수 있도록 문호가 개방되어 있고, 감정평가사의 자격을 취득한 자에게는 기본적으로 일반거래를 위한 토지 등의 감정평가 및 법원에 계속중인 소송 또는 경매를 위한 토지 등의 감정평가의 업무에는 무제한적으로 종사할 것이 허용되고, 그밖의 사항에 대하여는 감정평가의 목적과 대상이 보다 공공성을 더 요구하는 것에 한정하여 감정평가법인의 형태를 취하여 그 업무에 종사할 수 있도록 하면서, 한편으로 감정평가사 30인, 또는 최대한 40인 이상이 감정평가법인을 설립하여 그러한 업무에 종사할 수 있는 길을 열어 놓고 있으므로, 이 사건 심판대상의 령 조항들이 직업선택의 자유를 침해화할 정도로 그 본질적인 내용을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

(2) 평등권을 침해한 여부에 관하여

감정평가사 15인 또는 7인 이상으로 구성된 감정평가사 합동사무소와 감정평가사 30인 또는 최대한 40인 이상의 감정평가사로 구성되고 법인의 형태를 취한 감정평가법인 사이에는 앞에서 본 바와 같은 업무의 객관성·공정성에 대한 기대가능성에 있어서 차이가 있으므로, 이러한 합리적 근거를 바탕으로 한 업무범위에 대한 제한을 들어 자의적인 차별이라고는 할 수 없다.

(3) 위임입법의 한계를 벗어났는지의 여부에 관하여

사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임이 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래하는 결과를 사

전에 방지하기 위하여, 헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 위임입법의 한계를 정한 것이므로, 법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여야 할 것이다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고(헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 참조), 여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌법재판소 1994.7.29. 선고, 93헌가12 결정 참조).

그러나, 청구인은 위와 같은 일반론이 적용되는 경우와는 달리 법 제20조 제1항이 감정평가업자의 업무를 제1호 내지 제6호에 걸쳐 열거하고 있는데, 심판대상의 령 제35조가 감정평가업자인 감정평가사 합동사무소의 업무범위를 제한하고 있는 것이 위헌이라고 주장하고 있는 바, 그 취지는 령 제35조가 법 제20조 제1항에 위반되어 위임입법의 한계를 벗어난 것이라는 주장으로 보인다.

그러나 법 제20조 제1항은 3종의 감정평가업자의 업무 모두를(업자의 종별 구분없이) 규정한 것에 불과하고 그 제2항에서 감정평가업자의 종별에 따라 업무범위 등이 다름을 전제로 하여 명시적으로 "감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 또는 업무지역은 대통령령

으로 정한다."고 규정하고 있다. 따라서 법 제20조 제2항은 구체적으로 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 등을 위임하고 있고, 이에 따라 이 사건 심판대상인 령 제35조가 그 업무범위 등에 관하여 규정하고 있으므로, 령 제35조가 법 제20조 제1항 소정의 감정평가업무를 박탈·제한한 것이 아님은 물론이고, 앞서 본 위임입법에 관한 일반적인 헌법원칙에도 어긋나지 아니한다. 따라서 위 심판대상 령 조항이 법 제20조 제1항을 위반하여 위임입법의 한계를 벗어났다고는 볼 수가 없다.

(4) 경제질서와 관련하여

대한민국의 경제질서가 개인과 기업의 창의를 존중함을 기본으로 하고 있으나, 그것이 자유방임적 시장경제질서를 의미하는 것이 아님은 물론이다(헌법 제119조 제2항). 공공적 성격을 갖는 감정평가라는 업무와 관련하여 자격제도를 도입하고, 유자격자 사이에서도 대형화·법인화를 유도하기 위한 정책적 고려에서 감정평가의 대상과 목적에 따른 업무상의 차등을 둘 것인지의 여부 및 그 기준을 어떻게 정할 것인가 하는 등의 문제는 궁극적으로 "국토의 효율적인 이용과 국민경제의 발전에 이바지"(법 제1항)하고자 하는 목적을 염두에 둔 입법자의 합리적 재량의 범위 내에 속하는 것이다. 이 사건 심판대상 규정에 의한 감정평가업자의 업무범위 등의 제한 및 감정평가법인의 설립을 위한 최소한의 인원규정은 우리 헌법이 요구하는 경제질서 하에서 수긍되는 성질과 정도의 것으로 이를 들어 우리 헌법의 경제질서에 반한다고 할 수 없다.

(5) 따라서 이 사건 심판대상의 령 조항들은 청구인이 주장하는 바와 같은 헌법상의 직업선택의 자유와 평등권을 침해한 바 없고

위임입법의 한계를 벗어나거나 헌법의 경제조항을 위반한 것이라고는 할 수 없다.

4. 그렇다면 이 사건 심판청구는 이유가 없으므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주심	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

공직선거및선거부정방지법 제56조 위헌확인

(1996. 8. 29. 95헌마108 전원재판부)

[판례집 8권2집, 167~198]

【관시 사항】

가. 구체적인 기본권침해(基本權侵害)가 있기 전에 제기한 헌법소원심판청구(憲法訴願審判請求)에 관하여 현재성(現在性)의 요건(要件)을 갖춘 것으로 인정한 사례

나. 주관적(主觀的) 권리(權利)의 구제가 불가능하게 되었어도 심판청구(審判請求)의 이익(利益)을 인정한 사례

다. 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 기탁금제도(寄託金制度) 자체의 위헌(違憲) 여부

라. 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 5천만원의 기탁금(寄託金)이 과다(過多)하여 헌법(憲法)에 위반(違反)되는지 여부

【결정 요지】

가. 시·도지사선거(市道知事選舉)에 입후보한 청구인이 기탁금제도(寄託金制度)에 의하여 구체적으로 기본권(基本權)의 침해(侵害)를 받게 되는 후보자등록신청개시일보다 약 두달전에 청구한 이 사건 헌법소원의 경우를 가리켜 현재성(現在性)이 없다고 한다면 현행 헌법소원절차(憲法訴願節次)에 미루어 기본권구제(基本權救濟)의 실효성(實效性)을 기대하기 어려우므로 이 사건 심판청구는 현재성(現在性)의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.

나. 청구인이 헌법소원심판을 청구한 뒤에 청구인이 입후보한 시·도지사선거(市道知事選舉)는 1995.6.27. 실시되어 이미 종료하였으므로, 이 사건 심판대상인 공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제56조 제1항 제4호에 대한 위헌결정(違憲決定)이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있으나, 앞으로 이 사건 법률조항에 의한 기본권침해의 반복이 확실히 예상되므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은

헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니는 경우에 해당하여 심판청구의 이익이 인정된다.

다. 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 무분별한 후보난립을 방지하기 위한 제재금(制裁金) 예납(豫納)의 의미와 함께, 공직선거(公職選舉) 및 선거부정방지법(選舉不正防止法) 위반행위에 대한 과태료(過怠料) 및 불법시설물(不法施設物) 등에 대한 대집행비용(代執行費用)과 부분적으로 선전벽보(宣傳壁報) 및 선거공보(選舉公報)의 작성비용에 대한 예납(豫納)의 의미도 아울러 가지고 있는 기탁금제도(寄託金制度)는 그 기탁금액이 지나치게 많지 않는 한 이를 위헌이라고 할 수는 없다.

라. (1) 시·도지사선거(市道知事選舉)의 경우 선거구(選舉區)의 규모(規模) 및 이에 따른 비용(費用)의 면에 있어서 국회의원선거나 다른 지방선거와의 차이가 크고, 성공적인 지방자치제도의 정착을 위하여는 민선 시·도지사의 역할이 매우 중대하며, 이에 따라 후보난립방지의 필요성도 절실하다는 점 등을 고려할 때, 그 기탁금을 다른 선거들에 비하여 많게 규정하고 있다고 하더라도 그것만으로 다른 선거의 기탁금액에 비하여 합리적인 이유 없이 지나치게 많은 것이라고는 할 수 없다.

(2) 1995.6.27. 시행된 시·도지사선거(市道知事選舉)에서 선거후 후보자들이 보고한 선거비용지출금액이 평균 3억여원에 이르렀으며, 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 기탁금 5천만원은 기탁금제도(寄託金制度)의 목적달성에 필요한 액수를 초과한 과도한 금액이 아니라 할 것이고, 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 함으로써 공무담임권(公務擔任權) 등 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(3) 기탁금의 액수를 정함에 있어서는 선거구(選舉區)의 규모(規模) 외에도 각 선거(選舉)가 갖는 특성(特性) 등도 아울러 참작하여야 하고, 같은 종류의 선거에 있어서 각 선거구의 규모에 따라 기탁금의 액수를 다르게 정하는 것이 반드시 바람직한 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 입법기술상으로도 유동적인 선거구의 인구수 등을 매선거때마다 반영하는 것도 그리 쉬

운 일이 아니므로, 입법자가 각종 선거의 기탁금의 액수를 정함에 있어 평균적인 선거구의 규모 및 선거마다의 특성을 고려하여 각 선거마다 달리 기탁금을 정하되, 같은 종류의 선거에 있어서는 선거구간의 인구수나 경제력 등의 차이를 고려하지 아니하고 기탁금을 일률적으로 균등하게 책정하는 것을 나무랄 수는 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 법률상 같은 종류의 지방자치단체인 시·도의 장을 선출하는 시·도지사선거(市道知事選舉)에 있어서 각 시·도간의 인구수나 경제력 등의 차이를 고려하지 아니하고 그 기탁금을 일률적으로 5천만원으로 정하였다고 하여 이를 두고 위헌이라고 할 수는 없다.

재판관 김진우의 반대의견(反對意見)

다.라. (1) 후보자의 난립방지라는 목적을 위하여 후보자에게 지나치게 많은 경제적 부담을 지우는 기탁금제도(寄託金制度)를 선택한 것은 그 목적의 달성에 적합한 수단을 선택한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 추천인명부제도에 비하여 피해를 최소화하지 못하는 제도라 할 것이고, 이 사건 법률조항에 의한 공무담임권(公務擔任權)의 심각한 제한과 그로 인하여 달성하고자 하는 공익 사이에 균형이 이루어지고 있다고 보기도 어렵다.

(2) 이 사건 법률조항의 기탁금제도(寄託金制度)는 실질적으로 득표율이 저조한 후보자들을 제재하기 위한 것이고 선거법상 모든 후보자가 부담하여야 할 선거비용을 예납한다는 의미나 목적을 가지고 있다고 보기 어려우므로 헌법 제116조 제2항에서도 그 헌법적 근거를 찾을 수 없으며, 저율의 득표를 한 후보자들을 불성실한 후보자라 하여 금전적 제재를 가하는 것은 민주주의원리(民主主義原理)의 중요한 내용의 하나인 소수의견이 존중 등 소수자보호(小數者保護)의 원칙(原則)에도 반한다.

5. 생략

②~③ 생략

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항, 제25조, 제116조 제2항

【참조 판례】

- 가. 1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정
1995.11.30. 선고, 94헌마97 결정
- 나. 1994.12.29. 선고, 91헌마57 결정
1995.5.25. 선고, 91헌마44 결정
1995.5.25. 선고, 92헌마269·299·305(병합) 결정
- 다.라. 1995.5.25. 선고, 91헌마44 결정
1995.5.25. 선고, 92헌마269·299·305(병합) 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1994. 3. 16. 공포·시행된 공직선거및선거부정방지법(이하 "공직선거법"이라 한다) 부칙 제7조 제1항에 의하여 1995. 6. 27. 실시될 예정이던 지방선거에서 제주도지사선거에 입후보하고자 하였는데, 공직선거법 제56조 제1항 제4호가 시·도지사선거에 입후보하려는 자는 후보자등록신청시에 기탁금 5천만원을 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다고 규정함으로써, 기탁금을 마련

할 수 있는 경제적 능력이 있는 자만이 입후보할 수 있도록 하여 청구인의 평등권, 공무담임권 등을 침해하고 있다는 이유로 1995. 4. 14. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거법 제56조 제1항 제4호(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정, 이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이고, 그 규정내용은 다음과 같다.

제56조(기탁금) ① 후보자등록을 신청하는 자는 등록신청시에 후보자 1인마다 다음 각호의 기탁금을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

1. 2. 3. 생략

4. 시·도지사선거는 5천만원

5. 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 시·도지사선거의 경우 후보자등록신청시에 5천만원을 기탁하도록 하고 있는데, 이는 경제적 능력 유무에 의하여 정치적 영역에 있어서 차별을 규정하고 있는 것이고, 나아가 합리적 이유 없이 그 기탁금의 액수가 다른 선거에 출마하려는 후보자들에 비하여도 지나치게 과다하여 기탁금을 마련할 수 있는 경제적 능력이 없는 사람은 후보자 등록을 할 수 없도록 함으로써 공무담임권을 침해할 뿐만 아니라, 각 시·도가 인구수나 경제력에 있어서 상당한 차이가 있음에도 불구하고 일률적으로 같은 금액으

로 규정함으로써 청구인의 평등권을 침해하고 있다.

(2) 후보자등록신청시에 기탁금을 미리 기탁하도록 하는 것은 후보자에게 선거에 관한 경비를 부담시키는 결과를 초래하고, 균등한 기회를 보장한다는 헌법에 정한 선거의 원칙을 후보등록단계에서 훼손하고 있는 것이다.

나. 내무부장관의 의견

각종선거에 입후보하는 자에게 일정한 기탁금을 납부하도록 한 취지는 선거운동과정에서 후보자가 선거법을 위반한 경우 부과되는 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 담보하고, 후보자의 난립으로 인한 유권자들의 선택의 혼란을 예방하여 공명선거를 보장하기 위한 제도적 장치의 하나이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 공직선거법은 1994. 3. 16. 공포·시행되었고, 이때 이미 기본권의 침해가 있었으므로 위 법 시행일로부터 180일이 경과한 뒤에 제기한 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것이다. 후보자등록일 이후에 비로소 기본권 침해가 있다고 본다면 후보자등록일 이전에는 청구인에 대한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하지 못한 것이 된다. 따라서 어느모로 보나 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 기탁금제도는 선거에 입후보하려는 자로 하여금 미리 일정한 금액을 기탁하게 하고 선거결과 일정수준의 득표를 하지 못할 경우 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적인 제재를 가함으로써 무분별한 후보의 난립을 방지하여 선거를 효율적으로 공정하게 운영

하며, 아울러 다수표를 획득할 수 있도록 제도적으로 보장함으로써 공직선거의 신뢰성과 정치적 안정을 확보하기 위한 것으로서 그 기탁금액이 과다하지 않는 한 헌법상 허용되는 것이다.

(3) 기탁금은 원칙적으로 당선되거나 일정한 수준의 득표만 하면 선거종료 후 반환받는 것이므로 당선가능성이 있는 자에게는 사후반환이 보장된 일시적 예탁금이라고 할 수 있다. 정당은 정치적 의사형성에 필요한 조직을 갖추고 있으므로 시·도지사선거에서 당선가능성이 있다고 보아 후보자를 추천하였다면 5천만원 정도의 기탁금을 마련하는 것이 그다지 어렵다고 보여지지 아니하고, 무소속 후보자의 경우에도 1천인 이상 2천인 이하의 추천을 요구하고 있으므로 이러한 다수의 선거권자의 추천을 받을 수 있는 후보자라면 우리의 경제현실에 비추어 위와 같은 액수의 기탁금을 마련하는 것이 불가능하거나 현저히 어려워 참정권이나 공무담임권의 본질을 침해하는 정도에 이른다고 할 수 없다.

(4) 15개 시·도지사 선거구의 인구·예산의 규모를 일일이 대비하여 차별적으로 기탁금액을 책정하는 것이 현실적으로 가능하다 하더라도, 그것은 매번 선거때마다 변동하는 인구·예산의 규모를 반영해야 하는 곤란한 문제가 생기므로 부적절하다.

3. 판 단

가. 심판청구의 적법 여부

(1) 청구인은 1995. 6. 27.에 실시될 예정이던 시·도지사선거에 입후보하려는 사람이므로 자기관련성이 있고, 이 사건 법률조항은 시·도지사 선거에 입후보하려는 사람이 5천만원을 기탁하지 아니할 경우에는 별도의 집행행위의 매개없이 후보자 등록신청을 할 수

없도록 규정하고 있으므로 직접성의 요건도 갖추고 있다. 법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 법령이 시행된 뒤에 비로소 기본권을 침해받은 경우에는 기본권을 침해받은 때로부터 기산하여야 한다(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 93헌마198 결정 참조). 이 사건의 경우 후보자등록신청시에 기탁금을 납부하도록 되어 있으므로 후보자등록신청개시일에 비로소 구체적으로 기본권의 침해가 생긴다고 할 것이다. 그런데 공직선거법 제49조 제1항에 의하면 지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거일전 16일부터 2일간 후보자등록을 신청하도록 하고 있으므로 시·도지사선거에 입후보하려는 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받게 되는 것은 후보자등록신청개시일인 1995. 6. 11.부터라고 할 것이다.

구체적인 기본권의 침해가 있기 전인 1995. 4. 14.에 청구한 이 사건 헌법소원의 경우를 가리켜 후보등록일 이전에 청구한 것이므로 현재성이 없다고 한다면 현행 헌법소원절차에 미루어 기본권구제의 실효성을 기대하기 어렵다. 따라서 후보자등록신청개시일 보다 약 두달 전에 청구한 이 사건 심판청구는 현재성의 요건도 갖춘 것으로 보아야 한다.

(2) 한편 청구인이 헌법소원심판을 청구한 뒤에 청구인이 입후보한 시·도지사선거는 1995. 6. 27. 실시되어 이미 종료하였으므로, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있다.

그러나 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판계속중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본

권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌법재판소 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정 등 참조). 그런데 시·도지사선거에서 후보자등록신청시에 기탁금 5천만원을 납부하도록 하는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바가 없어 만약 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 시·도지사선거에 입후보하고자 하는 사람들도 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 위헌적인 법률조항에 의한 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 수 있으므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 시·도지사선거에서 기탁금제도 자체의 위헌 여부

(가) 원래 기탁금제도는 선거를 할 때에 후보자로 하여금 일정금액을 기탁하게 하고 후보자가 선거에서 일정수준의 득표를 하지 못할 때에는 기탁금의 전부 또는 일부를 국고에 귀속시키는 등의 방법으로 금전적 제재를 가함으로써, 후보자의 무분별한 난립을 방지하고 아울러 당선자에게 되도록 다수표를 몰아주어 민주적 정당성을 부여하는 한편 후보자의 성실성을 담보하려는 취지에서 생겨난 것이다(헌법재판소 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21 결정 참조).

공직선거법 제56조 제3항, 제57조에 의하면 지방자치단체의 장 선거의 경우 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10이상인 때(당선되거나 사망한 때 포함)에는 공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 기탁금에서 공제한 후 잔액을 후보자에게 반환하도록 하되, 후보자의 득표수가 유효투표총수의 100분의 10미만인 때(후보사퇴·등록무효 포함)에는 위 과태료 및 대집행비용을 기탁금에서 공제하는 외에도 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 기탁금으로 보전(補填)한 뒤에 잔액을 당해 지방자치단체에 귀속하도록 하고 있다. 그러므로 공직선거법에 정한 기탁금제도는 후보난립을 방지하고 후보사퇴·등록무효 등 후보자의 성실성을 담보하기 위한 제재금 예납의 의미와 함께 공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용과 부분적으로 선전벽보 및 선거공보의 작성비용에 대한 예납의 의미도 아울러 가지고 있다고 할 수 있다.

(나) 대통령선거 등 다른 선거에 있어서와 마찬가지로 시·도지사선거에서도 후보자가 난립할 경우 선거관리가 복잡해 짐은 물론 선거운동이 과열·혼탁해지기 쉽고 선거비용이 과다하게 소요되며 유권자의 지지표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화될 뿐 아니라, 나아가 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기 어려워 지방자치 및 선거자체에 대하여 무관심해질 염려도 있으므로 무분별한 후보난립을 방지할 필요성은 크다고 할 수 있다.

공직선거법상 위반행위에 대한 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용은 그 성격상 당락이나 득표율 여하를 불문하고 후보자

에게 부담시키는 것이 당연하다. 또한 헌법 제116조 제2항은 법률이 정하는 경우에는 선거에 관한 경비의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있도록 규정하고 있고, 시·도지사선거에 들어가는 일체의 비용을 지방자치단체가 부담하도록 하는 것은 주민의 조세부담이나 지방재정형편에 비추어 반드시 적절하다고 할 수 없으므로 당선될 가능성이 희박함에도 무리하게 입후보를 한 것으로 보여지는 득표율이 저조한 후보자에 대하여는 선거비용의 일부인 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 부담시키는 것이 부당하다고 할 수 없다.

그러므로 시·도지사선거에서 후보난립을 방지하고, 아울러 위 과태료 및 대집행비용과 선전벽보 및 선거공보의 작성비용 등을 예납하도록 하기 위한 기탁금제도는 그 기탁금액이 지나치게 많지 않는 한 이를 위헌이라고 할 수는 없다.

(2) 기탁금액의 과다 여부

(가) 기탁금제도 자체의 정당성이 비록 인정된다고 하더라도 기탁금을 납부하지 아니하면 후보자등록신청을 할 수 없게 된다는 점에서 자유로운 입후보에 대한 제한임이 명백하므로, 기탁금액은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 정하여야 한다.

(나) 모든 선거는 각 선거마다 고유의 의미와 목적을 가지고 있고, 선거구의 규모의 차이를 비롯한 여러가지 특별한 사정이 있다. 이에 따라서 기탁금이 담보해야 할 과태료 및 대집행비용 그리고 선전벽보 및 선거공보의 작성비용이 달라짐은 물론이고 각 선거에 있어 후보자의 난립을 방지하기 위하여 요구되는 제재금의 의미에서의 기탁금의 액수도 당연히 달라질 수 밖에 없는 것이다. 그러므

로 각 선거마다 기탁금액을 달리 규정하고 있다 하더라도 그 이유만으로 차등의 정도가 현저히 불합리한 것이 아닌 한 위헌이라고 할 수 없다.

한편 공직선거법 제 56조 제1항 각호에 정한 각종선거의 기탁금액을 살펴 보면, 이 사건 법률조항에서 시·도지사선거의 기탁금을 5천만으로 정한 외에 대통령선거는 3억원, 국회의원선거 및 자치구·시·군의 장선거는 1천만원, 시·도의회의원선거는 400만원, 자치구·시·군의회의원선거는 200만원의 기탁금을 규정하여 각 선거마다 기탁금액을 달리 규정하고 있다.

각종선거의 선거구(지역구) 수를 보면 시·도지사선거는 15개, 국회의원선거는 253개, 자치구·시·군의 장선거는 230개, 시·도의회의원선거는 875개, 자치구·시·군의회의원선거는 3,750개에 달하는 바, 시·도지사선거의 경우 다른 지방선거나 국회의원선거의 경우에 비하여 선거구수가 현저히 적고, 이에 따라 선거구의 규모나 선거구당 선거인수가 매우 방대하므로, 위에서 본 바와 같은 기탁금이 담보해야 할 각종 비용 등이 위 다른 선거들의 경우에 비하여 훨씬 큰 액수에 달할 것이라는 것은 쉽게 예상된다.

실제로도 1995. 6. 27. 시행된 지방선거가 끝난 뒤에 중앙선거관리위원회가 발행한 "제1회 전국동시지방선거총람"에 의하여 1995. 6. 27. 시행된 각 지방선거에서 들어간 선전벽보 및 선거공보 작성비용의 후보자 1인당 평균치를 살펴 보면, 시·도지사선거의 경우 760여만원에 달하는 데 반하여, 자치구·시·군의 장선거의 경우는 137만여원, 시·도의회의원선거의 경우는 97만여원, 자치구·시·군의회의원선거의 경우는 83만여원에 불과하여, 시·도지사선거의

경우 기탁금이 담보하는 선전벽보 및 선거공보 작성비용이 다른 지방선거에 비하여 적어도 5배 이상에 이르고 있음을 알 수 있다.

따라서 시·도지사선거의 경우 위와 같이 선거구의 규모 및 이에 따른 비용의 면에 있어서 국회의원선거나 다른 지방선거와의 차이가 크고, 성공적인 지방자치제도의 정착을 위하여는 민선 시·도지사의 역할이 매우 중대하며, 이에 따라 후보난립방지의 필요성도 절실하다는 점 등을 고려할 때, 그 기탁금을 비록 다른 선거들에 비하여 많이 규정하고 있다고 하더라도 그것만으로 다른 선거의 기탁금액에 비하여 합리적인 이유 없이 지나치게 많은 것이라고는 할 수 없다.

(다) 위 선거총람에 의하면, 시·도지사선거에 입후보한 후보자의 수는 모두 56명이었고, 그중 기탁금반환요건에 해당하는 후보자수는 41명(당선자 15명 포함)이었으며(이들의 선전벽보 및 선거공보의 작성비용은 평균 720여만원이었다), 기탁금반환요건에 해당하지 아니한 후보자수는 15명(사퇴 1명 포함)이었고 이들의 선전벽보 및 선거공보의 작성비용은 평균 870여만원으로서 이를 기탁금에서 보전하고 난 잔액인 평균 4,120여만원은 당해 지방자치단체에 귀속되었다.

따라서 기탁금이 담보하는 선전벽보 및 선거공보의 작성비용은 앞에서 본 바와 같이 후보자 1인당 평균 760여만원에 불과하였다.

그러나 한편 위 선거총람에 의하면, 각 선거구선거관리위원회가 선거비용제한액을 산정하여 1995. 5. 28.까지 선거별·선거구별로 공고한 후보자 1인당 선거비용제한액은 시·도지사선거의 경우 평균 7억여원(서울특별시가 최대로 14억 2천여만원이었고, 제주도가 최소로 2

억 7천여만원)이었는데 선거후 후보자들이 보고한 선거비용지출 금액도 평균 3억여원에 이르렀음을 알 수 있다.

위 사실관계와 기탁금제도가 가진 본래의 의의에 미루어 기탁금액은 불성실한 입후보자에 대하여 실질적인 제재효과를 거둘 수 있는 금액이어야 한다는 점을 고려하면, 시·도지사선거에서의 기탁금 5천만원은 입법목적달성에 필요한 액수를 초과한 과도한 금액이 아니다. 따라서 이 사건 법률조항은 당선가능성이 있는 자의 후보등록을 불가능하게 하거나 현저히 어렵게 할 정도로 그 금액이 과도하여 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(라) 한편 위 선거총람에 의하면, 1995. 6. 5. 현재 서울특별시의 인구는 10,659,820명에 달하는데 반하여, 제주도의 경우는 515,629명에 지나지 아니하고, 6·27 지방선거의 시·도지사선거의 경우 1개 선거구당 평균 선거인의 수는 206만여명으로서 서울특별시의 선거인수는 7,438,025명인데 비하여 제주도는 348,191명에 불과하다.

또한 1996년 동아연감에 의하면, 1993년 지역내총생산(경상)이 서울특별시의 경우 69조 8천여억원에 달하는데 반하여, 제주도의 경우는 2조 5천여억원에 지나지 않고, 1994년 지방자치단체의 세입은 서울특별시의 경우 11조 9천여억원인데 비하여, 제주도는 8천여억원에 불과하다.

그러므로 각 시·도는 법률상 같은 종류의 지방자치단체임에도 불구하고 인구수(선거인수)나 경제력에 있어서 상당한 편차를 나타내고 있고, 실제로 시·도지사선거에 있어서 각 선거구의 인구수(선거인수)의 차이에 따라 기탁금이 담보하는 선전벽보 및 선거공보

작성비용 등도 각 시·도마다 상당한 차이가 날 것이라는 점 또한 부인할 수 없다.

그러나 입법자가 기탁금의 액수를 정함에 있어서 인구수(선거인수)로 표현되는 선거구의 규모가 중요한 요소이기는 하나 이것만이 유일한 요소라고 할 수는 없고, 각 선거가 갖는 특성 등도 아울러 참작하여야 하므로, 같은 종류의 선거에 있어서 각 선거구의 규모에 따라 기탁금의 액수를 다르게 정하는 것이 반드시 바람직한 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 입법기술상으로도 유동적인 선거구의 인구수 등을 매 선거 때마다 이를 반영하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.

그렇다면 입법자가 각종 선거의 기탁금의 액수를 정함에 있어 평균적인 선거구의 규모 및 선거마다의 특성 등을 고려하여 각 선거마다 달리 기탁금을 정하되, 같은 종류의 선거에 있어서는 선거구간의 인구수나 경제력 등의 차이를 고려하지 아니하고 기탁금을 일률적으로 균등하게 책정하는 것을 나무랄 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 법률상 같은 종류의 지방자치단체인 시·도의 장을 선출하는 시·도지사선거에 있어서 그 기탁금을 균등하게 5천만원으로 정하였다고 하여 이를 두고 위헌이라고 할 수는 없다.

다. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 시·도지사 선거에 입후보하려는 사람의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 정도에 이르지 아니하여 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김진우, 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견이

일치되었다.

4. 재판관 김진우의 반대의견

나는 시·도지사선거에 있어서의 후보등록요건으로 5,000만원의 기탁금을 요구하는 이 사건규정은 폐지된 지방의회의원선거법상의 기탁금제도가 공영선거비용을 예납케 하는 목적이 있었던 것과는 달리 공영선거비용의 예납이라는 목적이 아니고 거의 전적으로 저율득표자 등을 '제재'하려는 목적을 가지고 있을 뿐만 아니라 그 금액도 지나치게 많아 헌법 제25조에 보장된 공무담임권과 헌법 제11조에 보장된 평등권을 침해하여 위헌이라고 생각하며, 따라서 이 사건 규정이 합헌이라는 다수의견에 반대한다.

가. 기탁금제도와 공무담임권의 제한

(1) 헌법이 그 제117조 이하에서 보장하고 있는 지방자치제도는 지방행정에 주민을 참여시킴으로써 행정의 능률성과 투명성을 제고시키는 등 행정목적의 달성을 위한 방편에 그치지 아니하고 지방적인 차원에서 행하여지는 정책결정에 그 이해관계의 당사자들인 지방자치단체의 주민들이 주도적으로 참여하는 것을 가능하게 하며 또 그러한 만큼 지방적 차원에서의 정치세력이 형성될 수 있는 기반을 제공하기도 하는 것이다. 지방자치가 지역주민 모두가 지역사무의 처리에 직접적으로 참여하는 형태가 아닌, 지역주민을 정치적으로 대표하는 자들에 의하여 간접적 형태로 이루어지는 현실에서 지방자치기관에의 주민의 적극적인 참여를 가능하게 하고 또 그럼으로써 자치기구의 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 "지방자치단체의 장"이나 의결기관인 지방의회의 "의원"의 선거권과 피선거권이 지역주민에게 실효성 있게 보장되어 있어야 한다.

(2) 헌법은 제24조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다."라고 규정하고, 제25조에서 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다."고 규정하여 각급선거에 있어서 국민에게 선거권 및 피선거권을 포함한 공무담임권을 보장하고 있다. 헌법 제25조의 공무담임권에는 선거를 통하여 광역지방자치단체의 장인 시 도지사에 당선될 수 있는 권리인 피선거권도 포함되어 있다.

광역지방자치단체장의 피선거권을 어떻게 규정할 것인가의 문제는 그 입법내용이 과잉금지의 원칙에 반하거나 공무담임권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 원칙적으로 입법형성권을 가지고 있는 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정하여야 할 입법재량의 영역에 속한다. 그러나 지방자치단체의 장 선거에 입후보할 수 있는 피선거권 내지 공무담임권에 대한 제한은 자치기구의 민주적 구성이 지방자치제의 실현에 기본적인 의미를 갖기 때문에 그러한 의미에 상당한 중대한 공익의 실현을 위한 것일 때에만 헌법적으로 정당화될 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

(3) 이에 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙을 준수하고 있는지를 본다.

다수의견은 기탁금제도의 목적으로 후보자의 난립을 방지하고 입후보자의 성실성을 담보하며 공직선거법 위반행위에 대한 과태료, 불법시설물 등에 대한 대집행비용 그리고 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 예납케 하는 데 있다고 본다. 먼저 이들 각 목적과 관련하여 기탁금제도가 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 살펴본다.

(가) 먼저 후보자의 난립방지라는 목적에 관하여 본다.

① 선거에서 후보자가 난립하게 되면 그들 가운데는 불성실한 후보자가 등장할 우려가 있는가 하면 선거가 과열될 위험이 있고 표의 분산으로 당선자의 민주적 정당성이 약화되는 결과가 야기될 수도 있다. 그러나 후보자의 난립방지라는 목적을 달성하기 위하여 다른 방법을 강구하는 것은 별론으로 하고 후보자에게 지나치게 많은 경제적 부담을 지우는 기탁금제도를 선택한 것은 그 목적의 달성에 적합한 수단을 선택하였다고 볼 수 없다.

먼저 정당법 제2조에 의하면 정당은 각종 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함을 그 목적의 하나로 한다. 또한 국가가 정당에게 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있도록 규정한 헌법 제8조 제3항의 규정에 의거하여 정치자금에관한법률 제17조 이하의 규정에 의거하여 정당은 국가로부터 매년 통상적 보조금을 받음은 물론 대통령선거, 국회의원선거 또는 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료로 인한 선거가 있는 연도에는 각 선거마다 법정액의 추가보조금을 받을 수 있다. 그러므로 정치자금에관한법률이 정하는 정치자금의 배분기준을 충족시키는 정당이 다수 존재하는 경우에는 이들 정당들이 적지 않은 금액을 정당운영비용으로 보조받을 수 있기 때문에 기탁금규정을 통하여 (정당추천)입후보자의 난립방지라는 목적의 달성도 기대하기 어렵다. 뿐만 아니라 결코 소액이라고 볼 수는 없는 5천만원이라는 기탁금을 시·도지사선거의 입후보등록요건으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 정당에게 지방자치단체장의 선거에 후보자를 추천하고 지지할 것을 요구하고 있는 위 법률들과 체계적 조화를 이

루지 못하고 있다. 결국 이 사건규정은 주로 신생 군소정당의 후보자들이나 무소속후보자들에게만 입후보의 자유를 제약하거나 불가능하게 하는 작용을 한다고 할 것이나, 이들이 기탁금을 마련할 충분한 재력을 보유하고 있는 경우에는 그 입후보를 심리적으로 억제하기 힘들다.

② 다수의견은 후보자가 난립하게 되면 유권자의 표가 분산되어 당선자의 민주적 정당성이 약화될 뿐만 아니라, 나아가 주민들로서는 적절한 후보자를 선택하기도 어려워 지방자치 및 선거자체에 관하여 무관심해 질 염려도 있어서 무분별한 후보난립을 방지할 필요성은 매우 크다고 주장한다. 그러나 당선자의 민주적 정당성을 제고하는 방법으로 결선투표제 등 다른 방법을 선택하는 것은 별론으로 하고, 고액의 기탁금제도를 통하여 아예 기탁금을 낼 자력이 없는 자들을 선거에서 배제하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지는 극히 의문스럽다. 무엇보다도 위에서도 지적한 바와 같이 기탁금제도가 다수의견이 주장하는 당선자의 민주적 정당성약화의 근본원인인 후보난립의 방지를 위한 적합한 방법이 아니기 때문이다. 다수의견은 뿐만 아니라 후보난립으로부터 후보자선택의 곤란성을 추론하고 이로부터 다시 지방자치에 주민들이 무관심해질 위험이 있다고 주장하지만 그 주장에는 논리적 비약이 있을 뿐만 아니라 그러한 위험이 존재하는지도 검증되지 아니한 것이다.

③ 설사 이 사건 법률조항이 다수의견이 주장하는 바와 같은 목적의 달성에 적합한 수단을 선택하고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항은 피해의 최소성요건이나 법익의 균형성요건을 충족하지 못하여 위헌이라고 본다.

먼저, 후보자의 난립, 불성실한 입후보자의 입후보방지 등의 목적을 위해서는 추천인명부제도만으로도 충분하다고 할 것이다. 즉 현행 공직선거법 제48조 제2항 제4호에 의하면 무소속후보자는 후보자등록시에 당해 시·도 안의 3분의 1 이상의 자치구·시·군에 나누어 하나의 자치구·시·군에 주민등록이 되어 있는 선거권자의 수를 50인 이상으로 한 1천인 이상 2천인 이하의 추천을 요구하고 있다. 어느 정도 지명도와 조직을 확보하고 있지 아니한 경우에는 이러한 요건을 충족시키기가 용이한 일은 아니다. 또 필요하다면 추천인수를 어느 정도 늘려서 입후보를 어렵게 하는 것도 생각해 볼 수 있을 것이다. 광역지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거구가 비교적 광범위하고 유권자의 수도 많으므로 추천인수를 늘린다고 하여 다수의견이 주장하는 바와 같은 사전선거운동의 문제도 그다지 우려할 만한 것이 못되기 때문이다. 그러한 한 이 사건 규정에 의한 고액의 기탁금 제도는 아예 처음부터 고액의 기탁금을 납부하지 않으면 후보등록을 못하게 함으로써 유권자의 심판을 받아 보기도 전에 그 기탁금을 내기 힘든 경제력이 약한 자들을 선거전으로부터 아예 배제시키는 제도로서 위에서 살펴본 바와 같이 후보난립방지라는 목적달성에 별로 적합하지도 않으면서 피선거권을 강력하게 제한하는 것으로 추천인명부제도에 비하여 피해를 최소화하지 못하는 제도라 할 것이다.

지난 시·도지사선거에 있어서 선거후보자들이 보고한 선거비용 지출금액이 평균 3억여원에 이르렀으므로 기탁금 5천만원이 과다한 액수가 아니라는 다수의견의 주장도 별로 설득력이 없다. 다수의견이 인용하는 통계자료는 이 사건 법률조항에 따른 기탁금요건을 충

족하여 후보자로 등록하고 선거운동을 한 자들의 사정만을 반영할 뿐이며 그 기탁금액이 지나치게 많아 선거를 통하여 시 도지사가 되는 기회를 확보하려는 시도를 애초부터 포기한 이들의 사정을 반영하였다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 공직선거법이 추구하는 '돈이 많이 들지 아니하는 선거'의 정신에 맞게 많은 선거비용을 들이지 않고도 당선될 수 있는 가능성도 있음을 도의시하고 있기 때문이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 기본권제한에 있어서의 피해의 최소성요건을 충족하지 못하고 있다고 할 것이다.

또한 공무담임권의 실효적 보장이 지방자치체의 민주성구현에 중대한 의미를 갖는다는 점에 비추어 보더라도 이 사건 법률조항에 의한 공무담임권의 심각한 제한과 그로 인하여 달성하고자 하는 공익 사이에 균형이 이루어 지고 있다고 보기도 힘들다.

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 근거를 두고 있는 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되는 위헌적인 규정이라고 할 것이다.

(나) 다음으로 선거비용 등의 예납을 통한 동 비용의 용이한 징수라는 목적에 관하여 본다.

① 헌법은 제116조 제1항에서 선거공영제를 규정하고, 같은 조 제2항에서는 "선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다."고 하여 선거비용의 국고부담원칙을 규정하고 있다. 이 규정들은 공직선거는 국가나 지방자치단체의 기관을 구성하는 일인 만큼 원칙적으로 국가나 지방자치단체로 하여금 그 공영선거비용을 부담하도록 하는 것이 합당

할 뿐만 아니라, 후보자들 사이에 존재하는 선거운동에 필요한 인적 물적 비용의 부담능력의 차이가 선거운동 및 선거결과에 중대한 영향을 미칠 수 있으므로 원칙적으로 국가나 지방자치단체가 선거를 관리하고 또 선거비용을 부담하여 그러한 불공정한 결과를 방지하는 것을 목표로 하고 있다. 다만 헌법은 법률의 규정이 있는 경우에는 전술한 원칙에 대한 예외로 선거비용을 후보자에게 부담시킬 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 입법자가 법률로 선거비용의 일부를 후보자에게 부담시킨다고 하더라도 그것이 실제로 선거에 입후보하려는 이들에게 미치는 효과가 매우 상이하게 나타나므로 원칙적으로 필요최소한의 범위에 그쳐야 하는 것이 헌법규정들의 체계적 해석의 결과라고 본다.

② 다수의견은 이 사건 법률조항에 의하여 추구하는 목적들 중의 하나로 선거비용의 예납을 들고 있는 바, 이 사건 법률조항에 의한 기탁금제도가 이같은 목적을 가지고 있는지를 본다.

구 지방의회의원선거법(1988. 4. 6. 법률 제4005호로 제정, 1990. 12. 31. 법률 제4311호로 전문개정, 1994. 3. 16. 법률 제4739호 공직선거및선거부정방지법의 시행으로 폐지) 제36조의 기탁금제도는 법정의 기탁금으로부터 후보자의 당선여부나 득표율과는 무관하게 공영선거비용을 공제할 수 있도록 되어 있었기 때문에(동법 제37조 참조) 기탁금액이 지나치게 높지 아니한 한 그 헌법적 근거를 헌법 제116조 제2항에서 찾을 수 있었다(이에 관해서는 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고, 91헌마44 결정에 대한 재판관 김진우의 반대의견 참조). 그러나 이 사건 규정에 의한 기탁금은 공직선거법 제261조 규정에 의한 과태료 및 동법 제271조 규정에 의한 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 담보하거

나(동법 제56조 제3항), 후보자가 사퇴하거나 그 등록이 무효로 된 경우에 그 금액을 국고에 귀속시킴으로써 입후보자의 성실성을 담보하거나(동법 제57조 제2항), 후보자가 제57조 제1항 각호의 기준에 미달하는 득표를 하고 낙선한 경우에는 선전벽보 및 선거공보의 작성비용을 담보하는 데(동법 제57조 제3항) 사용되고 있다. 따라서 이 사건 규정의 기탁금은 후보자 개인의 위법행위에 대하여 부과되는 과태료 및 불법시설물 등에 대한 대집행비용을 제외하고는 당선자나 일정 득표율 이상의 후보자에게는 이를 모두 반환하여야 하기 때문에(동법 제57조 제1항) 실질적으로는 대부분 선거에서 도중 사퇴하거나 그 등록이 무효로 된 이들 또는 득표율이 저조한 후보자들을 제재하기 위하여 부과되고 있다고 보아야 한다. 결국 이 사건 법률조항의 기탁금제도는 선거법상 모든 후보자가 부담하여야 할 선거비용을 예납한다는 의미나 목적을 가지고 있지 않다고 보아야 한다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 선거비용의 개인부담가능성을 규정하고 있는 헌법 제116조 제2항에서도 그 헌법적 근거를 찾을 수 없는 것이다.

③ 이렇게 소위 득표율이 저조한 이들을 제재하기 위한 기탁금제도가 다른 관점에서 헌법적으로 정당화되는지도 극히 의문스럽다.

먼저 후보자의 난립은 위에서 지적한 바와 같이 기탁금을 통하여 해결할 수 있는 문제가 아니므로, 저율의 득표를 한 후보자들의 기탁금의 국고귀속 등 제재의 위하를 통해서도 해결될 수 있는 문제가 아님은 이미 위에서 살펴본 바와 같다.

나아가 다수의견은 득표율이 낮은 자들을 제재할 수 있는 또 다른 논거로 그러한 후보자들이 불성실하다고 전제하고 있다고 해석

되지만 입후보자의 성실성여하를 득표율에 의하여 판단할 수 있다는 전제부터가 그 타당성을 결여한 것이다. 득표율이 낮은 입후보자도 자신의 당선을 위하여 자신의 진지한 정치적 견해나 구상을 피력하면서 선거운동에 최선을 다했으나, 유권자들이 그들에게 투표하지 않을 가능성은 얼마든지 있기 때문에 득표율이 낮다고 하여 그 후보자들이 일률적으로 성실성이 없다거나 진지성이 없다고 할 수는 없다.

뿐만 아니라 지방자치단체의 장선거에 있어서 후보자가 유효득표총수의 100분의 10미만에 해당하는 유효득표를 하는 경우에는 기탁금은 지방자치단체에 귀속되는 바(동법 제57조 제1항 제1호), 후보자의 득표수가 선거에 있어서의 그의 진지성 내지 성실성을 나타낸다고 하더라도 그 기준이 지나치게 높다. 선거에 있어서 정당의 지역분할구도가 고착화되어 각 정당들이 연고를 두고 있는 각 지역에서 몰표를 얻고 있는 현실에 비추어 보면 그러한 평가는 더욱더 설득력이 없다. 이는 국가가 정당운영에 필요한 자금을 정당에 보조할 수 있도록 한 헌법 제8조 제3항에 근거를 두고 있는 정치자금에관한법률 제18조에 비추어 보더라도 불합리하다. 동법 제18조 제2항에 의하면 국회의석을 얻지 못하였거나 5석미만의 의석을 얻은 정당들도 다음과 같은 경우에는 국고보조금을 지급받을 수 있다. 즉 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당의 경우에는 그 국회의원총선거에서 유효득표총수의 100분의 2이상을 득표한 경우(동조항 제1호 참조), 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당 중 제1호에 해당하지 아니한 정당으로서 의석을 얻은 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방

의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효득표총수의 100분의 0.5 이상 득표한 경우(동조항 제2호), 그리고 최근에 실시된 국회의원총선거에 참여하지 아니한 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 정당의 후보추천이 허용되는 지방의회의원 또는 지방자치단체의 장의 선거에서 유효득표총수의 100분의 2이상 득표한 경우에는(동조항 제3호) 모두 국고보조금을 지급받는다는 규정을 두고 있다. 정치자금에관한법률이 이처럼 저율의 득표를 한 정당에게도 국고보조금을 지급하도록 규정하고 있는 것이나 대통령선거, 국회의원선거 또는 정당의 추천이 허용되는 지방자치단체의 단체장이나 의회의원의 임기만료로 인한 선거가 있는 해에는 정당에 대한 국고보조금을 일반적 보조금에 추가하여 계상하도록 국가에게 의무를 부과하고 있는 것(동법 제17조 제2항)은 모두 정당이 각종 공직선거에서 후보자를 추천 또는 지지하고 국민의 정치적 의사를 형성한 것에 대한 보상으로서 행하여지고 있다고 할 것이다. 지방자치단체의 장 선거에 있어서의 후보자들 역시 정당추천후보자든 무소속후보자든 주민의 정치적 의사를 결집하고 형성하는데 기여하는 등 유사한 기능을 수행하고 있음에도 불구하고 위와 같은 높은 기준에 의하여 소위 저율의 득표자를 제재하는 것은 형평에 반한다. 그러므로 저율득표자를 소위 불성실한 후보자라 하여 제재하기 위한 담보로서 기탁금을 부과하는 것은 법체계적인 관점에서도 불합리하다고 볼 수밖에 없다.

그리고 저율의 득표를 한 후보자들을 불성실한 후보자라 하여 금전적 제재를 가한다면, 민주주의원리의 중요한 내용의 하나인 소수의견의 존중 등 소수자보호의 원칙에도 반한다. 즉 저율득표자 제

재를 위한 기탁금제도는 득표율이 낮은 후보자는 비록 당해 선거에서 자신의 정견이나 노력으로 유권자들의 고율의 지지를 이끌어 내는 데 실패하였더라도 상황의 변화에 따라서는 장차의 선거에서 그를 지지하는 유권자가 다수가 될 수 있는 가능성을 배제할 수 없음을 간과하고 있는 것이기 때문에 다수와 소수의 교체가능성을 전제로 하고 또 그 장점으로 하고 있는 민주제의 본질에 반한다.

나. 기탁금제도와 평등의 원칙

(1) 헌법은 물론 국회의원선거(제41조 제1항), 대통령선거(제67조 제1항)에 있어서와는 달리 지방자치단체의 기관구성을 위한 선거와 관련하여서는 선거의 원칙을 명시하고 있지는 않다. 그러나 "모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적 경제적 사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."라고 규정하여 정치생활영역에 있어서의 차별을 원칙적으로 금지하고 있는 헌법 제11조 제1항, "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 규정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다."고 규정하여 선거운동에 있어서의 기회균등이 보장됨을 명시하고 있는 헌법 제116조 제1항에 비추어 볼 때 역시 지방자치단체구성을 위한 선거에 있어서도 평등선거의 원칙이 적용되어야 한다는 것은 명백하다고 할 것이다. 또한 민주주의적 선거의 핵심원칙인 평등선거의 원칙을 지방자치단체의 기관구성을 위한 선거에 적용해야 하는 것은 지역단체의 구성원인 지역주민들이 상호 동등하다는 그 기본적 전제에 비추어 볼 때도 자명한 것이다. 그리고 이 평등선거의 원칙은 선거권뿐만 아니라 피선거권과 관련하여서도 보장된다는 데 이론의 여지가 없다.

(2) 오늘날 지방자치가 지역주민들이 선거를 통하여 그 대표에게 시한부 신임을 부여하고 이들이 그 정당성에 바탕을 두고 지역정치를 펼쳐 나가는 형태를 취하기 때문에 지역주민에 의한 선거권 공무담임권 등 참정권의 행사는 민주주의의 뿌리로서의 지방자치를 실현하는 중요한 수단인 것이다. 그러므로 지방자치단체의 기관을 구성하는 선거와 관련된 차별은 지방자치제도의 기본전제를 뒤흔드는 것이기 때문에 이들 권리와 관련된 지역주민의 차별은 그 차별이 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 국한되어야 한다.

(3) 이 사건 법률조항이 평등원칙과 관련한 위와 같은 기준을 충족시키고 있는지를 본다.

이 사건 법률조항은 5,000만원이라는 고액의 기탁금을 시 도지사의 선거에 입후보하려는 자들에게 요구함으로써 그 기탁금액을 납입할 재력이 없는 재력이 빈한한 자를 차별하여 후자를 유권자의 심판도 받아보기도 전에 후보등록조차 못하게 함으로써 아예 선거전으로부터 배제하는 효과를 발휘한다. 결국 이 사건 법률조항은 재력이 풍부한 자와 그렇지 못한 자를 공무담임권의 한 내용인 피선거권부여에 있어서 차별하는 규정이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항에 의한 차별을 헌법적으로 정당화할 수 있는 합리적 근거로 다수의견이 제시하는 기탁금제도의 목적들이 기탁금을 통하여 달성할 수 없거나 달성하기 곤란한 것이거나 또는 헌법적으로 정당하지 아니한 목적이라는 것은 이미 위의 가.에서 지적한 바 있다. 요컨대 이 사건 법률조항은 입후보하려는 자가 재력이 풍부한 이인 경우에는 그 입후보를 심리적으로 억제하지 못하여

후보자난립의 방지라는 목적을 달성하기가 어렵고, 결국 자력이 없는 이들의 입후보만을 곤란하게 하거나 불가능하게 하여 결국 이 사건 법률조항에 따른 고액의 기탁금제도는 국민을 그 재산 정도에 따라 차별하여 그들의 공직에의 접근을 막는 제한선거의 효과를 유발하는 것이다. 사정이 그와 같다면 그와 같은 목적을 달성하기 위하여 지방자치단체의 장의 피선거권과 관련하여 재산보유정도에 따라 주민을 차별하는 효과를 동반하는 이 사건 법률조항은 합리적 근거가 없는 자의적인 것이어서 평등원칙의 관점에서든 헌법적으로 정당화될 수 없다.

다. 결 론

따라서 이 사건 규정은 지나치게 많은 기탁금을 후보자등록요건으로 요구함으로써 헌법 제24조의 공무담임권을 과잉제한하고 있고, 또 재력이 약한 자들을 자의적으로 차별하여 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 반하는 위헌적인 규정이라고 생각된다. 이상과 같은 이유로 이 사건 심판청구를 이유없어 기각해야 한다는 다수의견에 반대한다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 기탁금제도 자체가 국민주권 등의 헌법정신에 반하고 보통·평등선거의 본질에 반하며, 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한에 있어서 선거질서유지목적·필요성과 기본권 제한의 정도를 비교할 때에 지켜야 할 비례의 원칙·과잉금지의 원칙에 반하고 국민의 공무담임권(피선거권)·평등권·투표를 통하여 참정권을 행사하는 주인인 국민의 선거권의 본질적 내용을 침해하는 제도로서, 헌법에 위반된다고 본다.

그 이유는 1995. 5. 25. 우리재판소가 선고한 바 있는 92헌마 269·299·305(병합) 대통령선거법제26조등위헌확인, 91헌마44 지방의회의원선거법제36조제1항에 대한헌법소원 사건의 다수의 견에 대한 반대의견을 밝힐 때에 상세하게 실시한 바 있으므로 이를 그대로 인용하고 그 요지만을 실시하기로 한다.

가. 우리의 기탁금제도의 연혁을 살펴면

이 제도는 집권자의 영구집권욕이 발현되는 시점에 도입되거나 다시 부활 또는 강화되어 왔으며, 제2공화국의 민주화추진 시점이나 집권자의 영구집권욕이 아직 발현되지 아니한 시점에는 폐지되었던 사실을 알 수 있고

나. 우리의 현행 헌법은 실질적 국민주권론 등을 확립하고 있으므로 국민주권의 핵심 참정권의 본질적 내용은 어떠한 이유로도 차별됨이 없는 실질적 주권행사의 보장에 있다. 그러나 이 제도는 "돈이 있는 자"와 "없는 자"를 차별하여 "없는 자"로부터 국정이나 지방행정에 참여할 기회를 박탈하는 것이 되며, 보통·평등·직접·비밀·자유선거제도에 반하는 차등선거제도로서 우리 헌법이 확립하고 있는 실질적 국민주권론 등 헌법정신에 반하고 위 참정권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

다. 다수의견은 이와 같은 기본권 침해의 점에 관하여 이의를 하지 아니하면서도, 입후보난립·선거과열 등의 방지라는 선거질서유지의 목적 때문에 필요에 따라 위 기본권을 제한할 수 있다는 것이며, 비례원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하지 아니하므로 헌법 제37조 제2항 소정의 적헌의 기본권 제한이라고 주장한다.

그러나 먼저 선거질서유지란 절차적인 문제에 관한 법익인 반면

위 기본권의 보호란 실제적인 문제에 관한 법의으로서, 절차적인 법의가 실제적인 법의에 우선할 수 없음은 당연하다 할 것이다. 다음, 선거질서유지를 위해서는 기탁금제도에 대체할 만한 방법이 얼마든지 있으므로 즉 선거후 강제징수방법, 일정률의 득표를 못한 경우 선거질서교란죄로 재산형 또는 강제봉사명령을 발하는 방법, 유권자추천인수를 늘리는 방법 등 대체방법이 있으므로 이 제도가 필요하고도 최소한의 유일한 방법일 수는 없다. 끝으로 참정권은 실질적 국민주권론 등을 확립하고 있는 우리 헌법하에서는 어떠한 경우에도 국민이 직접·평등하게 선거권을 자유로이 행사하고 차별없이 피선거권을 보장 받는 것을 그 본질적 내용으로 하고 있으므로, 이 제도하에서는 위와 같은 본질적 내용이 형해화될 수 밖에 없다.

따라서 다수의견이 주장하는 바는 모두 받아 들일 수 없다.

라. 헌법 제116조 제2항의 선거경비부담 규정은 입후보의 등록효력을 배제하는 기탁금제도를 인정하는 취지가 아니라, 오히려 이 제도를 배제하는 규정임이 문언상 명백하다.

마. 구시대의 잔재청산이라는 측면에서도 적극적으로 해석하여 이 제도를 위헌이라고 선언함이 이 시대의 상황논리에 부합한다. 권위주의 40여년간에 걸쳐 장기집권 또는 영구집권의 한 방편으로 악용하여 왔던 구시대의 유물이며 청산되어야 할 잔재이므로, 이른바 문민정권이 출범한 이 시대에 이르러서까지 위헌시비를 무릅쓰가면서 이를 존치할 아무런 타당성을 찾기 어렵다. 또한 국민은 이 시대야말로 구시대의 잔재를 일소해야 할 것으로 믿고 이를 간절하게 요망하고 있으며 국민의 참여의식이 그 어느

때보다도 고양되어 선거를 최대의 국민축제로 인식하는 등 크게 변하고 있는 바, 오욕으로 점철된 우리의 헌정사에 비추어 이와 같은 급변하는 국민의식과 요망을 결코 외면할 수는 없다 할 것이다.

그렇다면 이 제도는 어느모로 보나 위헌제도임이 명백하므로 이 사건 심판대상법조항은 청구인의 공무담임권의 본질적 내용을 해함으로써 헌법 제37조 제2항 단서규정에 위반된다는 취지 등으로 위헌선언을 함이 마땅하다.

1996. 8. 29.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

공직선거및선거부정방지법 제48조등 위헌확인

(1996. 8. 29. 96헌마99 전원재판부)

[판례집 8권2집, 199~211]

【관시 사항】

1. 무소속후보자(無所屬候補者)에게 선거권자의 추천을 요건으로 입후보를 허용한 것이 위헌인지 여부
2. 선거기간개시일(選舉期間開始日) 전에 정당의 당원교육을 허용한 것이 위헌인지 여부
3. 선거기간개시일(選舉期間開始日) 전 정당의 당사에 선전물의 설치를 허용한 것이 위헌인지 여부
4. 국회의원입후보예정자에게 후원회(後援會)를 둘 수 없도록 한 것이 위헌인지 여부

【결정 요지】

1. 무소속후보자의 입후보에 선거권자의 추천을 받도록 하고 있는 것은 국민인 선거권자의 추천에 의한 일정한 자격을 갖추게 하여 후보자가 난립하는 현상을 방지하는 한편, 후보자등 록 단계에서부터 국민의 의사가 반영되도록 함으로써 국민의 정치적 의사가 효과적으로 국정에 반영되도록 하기 위한 것이고, 이에 반하여 일정한 정강정책을 내세워 공직선거에 있어서 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사 형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적 조직인 정당이 후보자를 추천하는 행위에는 정치적 의사나 이해를 집약한 정강정책을 후보자를 통하여 제시하는 의미가 포함되어 있는 것이어서 무소속후보자의 경우와 같이 선거권자의 추천을 따로 받을 필요가 없으므로 무소속후보자에게만 선거권자의 추천을 받도록 한 것이 정당후보자와 불합리한 차별을

하는 것이라고 할 수 없다.

2. 정당의 당원교육은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 정당내부의 기본적·통상적 활동으로서, 선거운동의 공정이라는 선거법의 목적을 달성하기 위하여 정당이 가지는 권능과 자유를 어느 정도로 제한할 것인가 하는 것은 입법자의 광범위한 형성의 재량에 속하는 사항이라 할 것이므로, 무소속후보자에게는 금지되어 있는 선거운동기간개시 전의 선거운동을 허용하는 것이 아닌 한 선거기간개시일 전에 정당의 당원교육을 허용한 것이 자의적인 입법이라고 할 수 없다.

3. 정당은 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적 조직체로서 그 고유한 기능과 기본적·통상적 활동은 헌법과 법률에 의해 보장되고 정당이 당사에 선전물을 설치하는 것은 정당의 통상적인 활동이므로, 정당은 선거법 제145조의 규정에 의하여 선거기간 중은 물론 선거기간 전이라도 당사의 외벽면 등에 선전물을 설치할 수 있는 데 반하여 무소속후보자는 선거기간이 개시되어야 비로소 선거사무소 등 선거운동기구에 선전물을 설치할 수 있어 차별이 존재한다 하여도 이를 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

4. 정치자금법의 입법목적은 달성하기 위하여는 정치자금을 받을 대상자가 객관적으로 정치자금을 제공받을 수 있는 위치에 있을 것을 요한다고 할 것인데 정당이나 국회의원 또는 국회의원입후보등록자가 아닌 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가 객관적으로 불분명하므로, 국회의원입후보예정자에게 후보등록 이전에는 후원회를 둘 수 없도록 한 것은 정치자금법의 입법목적은 달성하기 위한 적절한 수단에 해당되며 따라서 합리적 이유가 있는 차별이다.

청 구 인 김 ○ 길(변호사)

【심판대상조문】

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제48조
(선거권자의 후보자추천) ① 管轄選舉區안에 住民登錄이 된 選舉
權者는 각 選舉(全國區國會議員選舉와 比例代表市·道議員選舉
를 제외한다)別로 政黨의 黨員이 아닌 1人을 당해 選舉區(國會
議員選舉와 市·道議員選舉에 있어서는 당해 議員의 地域區)의
候補者(이하 "無所屬候補者"라 한다)로, 自治區·市·郡議會議員
選舉에 있어서는 1인을 候補者로 추천할 수 있다.

② 自治區·市·郡議會議員選舉의 候補者 또는 無所屬候補者가
되고자 하는 者는 管轄選舉區選舉管理委員會가 候補者登錄申請
開始日전 5일(大統領의 任期滿了에 의한 選舉에 있어서는 候補
者登錄申請開始日전 30日, 大統領의 闕位로 인한 選舉등에 있어
서는 그 사유가 확정된 후 3日)부터 檢印하여 교부하는 推薦狀
을 사용하여 다음 각호에 의하여 選舉權者의 추천을 받아야 한
다.

1. 생략
2. 地域區國會議員選舉 및 自治區·市·郡의 長選舉 300人 이상
500人 이하
- 3.~5. 생략
- ③~④ 생략

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제143조
(黨員教育의 제한) ① 政黨은 選舉期間開示日부터 選舉日까지 所
屬黨員의 訓練·研修 기타 명목여하를 불문하고 選舉가 실시중
인 選舉區안이나 選舉區民인 黨員을 대상으로 黨員教育을 실시
할 수 없다.

②~③ 생략

공직선거(公職選舉)및선거부정방지법(選舉不正防止法) 제145조
(黨舍揭示宣傳物 등의 제한)

정치자금(政治資金)에관한법률(法律) 제3조 (定義) 이 法에서 사
용되는 用語의 定義는 다음과 같다.

【참조 판례】

1995.11.30. 선고, 94헌마97 결정

1996.3.28. 선고, 96헌마9·77·84·90(병합) 결정

1996.3.28. 선고, 96헌마18·37·64·66(병합) 결정

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1996. 4. 11. 실시된 제15대 국회의원선거에서 청주시상당구선거구에 정당의 추천을 받지 아니하고 입후보한 자이다.

(2) 청구인은 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정, 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 최종개정 : 이하 "선거법"이라 한다) 제48조(선거권자의 후보자추천) 제1항, 제2항, 제143조(당원교육의 제한) 제1항, 제145조(당사계시선전물등의 제한) 제1항, 정치자금에관한법률(1980. 12. 31. 법률 제3302호로 제정, 1995. 12. 30. 법률 제5128호로 최종개정 : 이하 "정치자금법"이라 한다) 제3조(정의) 제8호등은 정당의 추천을 받아 입후보하거나 후보자가 되고자 하는 자(이하 "정당후보자"라 한다)에게 유리하고 정당의 추천을 받지 아니하고 입후

보하거나 후보자가 되고자 하는 자(이하 "무소속후보자"라 한다)에게는 불리하여 헌법상의 평등권 및 공무담임권을 침해한다는 이유로 1996. 3. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 선거법 제48조 제1항, 제2항, 제143조 제1항, 제145조 제1항, 정치자금법 제3조 제8호이며 그 규정 내용은 다음과 같다.

선거법 제48조 【선거권자의 후보자추천】 ① 관할선거구안에 주민등록이 된 선거권자는 각 선거(전국구국회의원선거와 비례대표시 도의원선거를 제외한다)별로 정당의 당원이 아닌 1인을 당해 선거구(국회의원선거와 시 도의원선거에 있어서는 당해 의원의 지역구)의 후보자(이하 "무소속후보자"라 한다)로, 자치구 시 군의회의원선거에 있어서는 1인을 후보자로 추천할 수 있다.

② 자치구 시 군의회의원선거의 후보자 또는 무소속후보자가 되고자 하는 자는 관할선거구선거관리위원회가 후보자등록신청개시일 전 5일(대통령의 임기만료에 의한 선거에 있어서는 후보자등록신청개시일 전 30일, 대통령의 궐위로 인한 선거등에 있어서는 그 사유가 확정된 후 3일)부터 검인하여 교부하는 추천장을 사용하여 다음 각호에 의하여 선거권자의 추천을 받아야 한다.

1. (생략)
2. 지역구국회의원선거 및 자치구 시 군의 장선거
300인이상 500인이하
- 3.~ 5. (생략)

선거법 제143조 【당원교육의 제한】 ① 정당은 선거기간개시일부터

선거일까지 소속당원의 훈련 연수 기타 명목여하를 불문하고 선거가 실시중인 선거구안이나 선거구민인 당원을 대상으로 당원 교육을 실시할 수 없다.

선거법 제145조【당사게시 선전물등의 제한】① 정당은 선거기간중이라도 구호 기타 정당의 홍보에 필요한 사항과 당해 당부명 및 그 대표자성명을 게재한 간판 현판 또는 현수막을 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 당해 당사의 외벽면 또는 옥상에 설치 게시할 수 있다. 이 경우 그 수는 합하여 모두 4개이내로 한다.

정치자금법 제3조【정의】이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ~ 7. (생략)

8. "후원회"라 함은 정당의 중앙당(정당법 제8조의 규정에 의하여 중앙선거관리위원회에 신고된 창당준비위원회를 포함한다. 이하 같다)이나 시 도지부, 지구당 국회의원 또는 국회의원 입후보등록을 한 자(이하 "지구당등"이라 한다)에 대한 정치자금의 기부를 목적으로 설립 운영되는 단체로서 관할선거관리위원회에 등록된 것을 말한다.

2. 당사자의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 선거법 제48조 제1항, 제2항은 무소속후보자에게 정당 후보자와 달리 선거권자 300인 이상 500인 이하의 추천을 받도록 하고, 제143조 제1항은 정당후보자는 당원에게 연수와 교육을 시킬 수 있으나 무소속후보자는 자신의 지지자들을 상대로 연수나 교육을 시킬

수 없도록 하고, 제145조 제1항은 정당에게만 당사에 선전물을 게시할 수 있도록 하고, 정치자금법 제3조 제8호는 정당후보자는 후보자등록을 하기 전에도 후원회를 둘 수 있으나 무소속후보자는 후보자등록을 한 후에만 후원회를 둘 수 있도록 각 규정하고 있다.

(2) 위 각 조항은 무소속후보자에게 불리한 내용으로서 헌법 제11조에서 규정하는 평등권 및 헌법 제25조에서 규정하는 공무담임권을 침해하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

(1) 선거법 제48조 제1항, 제2항

(가) 공직선거에 있어서 후보자추천제도는 후보자의 성실성을 담보하고 후보자의 난립으로 인한 폐해를 방지하기 위한 장치라고 할 수 있으며, 추천방법에 따라 정당추천제도와 선거권자추천제도로 나눌 수 있다.

(나) 현행 선거제도에 있어서 위 조항에 의한 선거권자추천제도는 후보등록요건으로서 일정수의 선거권자로부터 추천을 받도록 하여 후보자로서의 성실성을 담보하기 위한 것으로서 정당추천제도의 보완방법으로 채택되고 있다.

(다) 정당이란 국민의 정치적 의사를 형성하고 정권의 획득 유지를 통하여 그 정책을 실현하는 자주적인 조직단체로서 헌법에 의하여 그 설립과 활동의 자유가 보장됨은 물론, 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받도록 규정하고 있으므로 선거법 제47조의 규정에 의하여 정당에 공직선거의 후보자추천권한을 부여하는 것은 당연하다.

(라) 따라서 후보자추천 방법상의 단순한 비교만으로 정당 후보

자와 무소속후보자를 차별하고 있다고 할 수 없다.

(2) 선거법 제143조 제1항 및 제145조 제1항

(가) 정당이 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하기 위하여 그 조직원인 당원에게 정강 정책등에 관하여 교육을 실시하거나 정당의 당사에 선전물을 게시하는 것은 정치적 조직단체로서 그 목적을 달성하기 위한 통상적인 활동이라 할 수 있으며, 정당은 헌법에 의하여 그 설립과 활동의 자유가 보장되고 있으므로 선거가 있는 때라 하더라도 그 본질적인 활동을 침해할 수 없다.

(나) 따라서 정당후보자와 무소속후보자 사이의 사실상의 정치활동 범위의 불균형은 통상적인 정당활동이 허용되므로 인하여 발생하는 반사적인 효과에 불과한 것이므로 정당후보자와 무소속후보자 사이에 선거운동의 차별이 있다고 할 수 없다.

(3) 정치자금법 제3조 제8호

위 조항에 의한 후원회는 같은법 제5조에 의하여 정당의 중앙당이나 시 도지부, 지구당 국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자가 둘 수 있도록 하고 있어, 국회의원이 아닌 국회의원입후보 예정자는 후보등록 이전에는 정당에 소속되어 있거나 그러하지 아니하거나 간에 후원회를 둘 수 없으므로 정당후보자와 무소속후보자 사이에 차별이 있다고 할 수 없다.

3. 판단

가. 선거제도와 정당제도

대의제민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법의 통치구조에서 선거 제도는 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 과정으로서 국가권력의 창출과 국가 내에서 행사되는 모든 권력의 정당성을 국민의 정치적

인 합의에 근거하게 하는 통치기구의 조직원리이다. 따라서 선거에 있어서 모든 국민이 평등하게 참여할 수 있는 기회를 보장하는 것은 필수불가결한 요소이며(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 96헌마9·77·84·90(병합) 결정 참조), 이에 따라 헌법은 평등선거의 원칙과 선거운동의 균등한 기회 보장을 규정하고 있다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제116조 제1항).

한편 우리 헌법은 정당제민주주의를 채택하여 정당설립의 자유와 국가의 보호를 규정함으로써(제8조 제1항, 제3항) 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 광범위하게 보장하고 있으며 이에 따라서 정당법도 정당활동의 자유를 보장하고 있다(제30조). 정당은 정치적결사로서 국민의 정치의사를 적극적으로 형성하고 각계 각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는등 현대의 대의제민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적기능을 수행하고 있다(헌법재판소 1996. 3. 28 선고, 96헌마 18·37·64·66(병합) 결정 참조).

그러므로 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 고유한 기능과 통상적인 활동은 선거에 있어서도 보장되어야 하며 따라서 그로 인하여 무소속후보자와 정당후보자 간에 차별이 생긴다 하더라도 그것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

나. 선거법 제48조(선거권자의 후보자추천) 제1항, 제2항

정당후보자는 정당의 추천만 받으면 선거에 입후보할 수 있는데 비하여(제47조) 무소속후보자는 위 조항에 의하여 당해 선거구 선거권자 300인 이상 500인 이하의 추천을 받아야 입후보할 수 있도록

되어 있는 것이 불합리한 차별인지 여부에 관하여 살펴본다.

선거는 국민의 정치적 의사나 이해를 국정에 반영하는 제도이므로 그 방법과 절차가 공정하고도 효과적이어야 하며 무소속후보자에게 선거권자의 추천을 요구하고 있는 것은 후보자로 하여금 국민인 선거권자의 추천에 의한 일정한 자격을 갖추게하여 후보자가 난립하는 현상을 방지하는 한편 후보자의 등록단계에서부터 국민의 의사가 반영되도록 함으로써 국민의 정치의사가 효과적으로 국정에 반영되도록 하기 위한 것이다.

이에 반하여 정당은 일정한 정강정책을 내세워 공직선거에 있어서 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사 형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적조직이고 소속당원만을 후보자로 추천할 수 있으므로(제47조 제1항) 정당이 후보자를 추천하는 행위에는 정치의사나 이해를 집약한 정강정책을 후보자를 통하여 제시하는 의미가 포함되어 있다고 할 것이므로 무소속후보자의 경우와 같이 선거권자의 추천을 따로 받을 필요가 없다고 할 것이다.

따라서 무소속후보자에게만 선거권자의 추천을 받도록 한 것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

다. 선거법 제143조(당원교육의 제한) 제1항

정당은 위 조항에 의하여 선거기간개시일 전에 아무런 제한없이 당원교육이 허용되는 결과 당원교육을 구실로 사실상의 사전선거운동을 하는 것이 가능하게 되는데 반하여 무소속후보자는 지지자들을 상대로 한 교육이라고 하더라도 사전선거운동으로서 금지되므로 이 점이 불합리한 차별인지 여부에 관하여 살펴본다.

정당의 당원교육은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 정

당 내부의 기본적 통상적 활동이며 헌법재판소는 위 조항에 관하여 선거운동의 공정이라는 선거법의 목적을 달성하기 위하여 정당이 가지는 권능과 자유를 어느 정도로 제한할 것인가 하는 것은 입법자의 광범위한 형성의 재량에 속하는 사항이라 할 것이고, 무소속후보자에게는 금지되어 있는 선거운동기간개시 전의 선거운동을 허용하는 것이 아닌한 이를 자의적인 입법이라고 할 수 없다는 이유로 위헌이 아니라고 판시하였는바(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 96헌마18·37·64·66(병합) 결정 참조), 이를 달리 판단하여야 할 사정변경도 없다 할 것이다.

따라서 위 조항은 불합리한 차별을 규정한 것이라고 할 수 없다.

라. 선거법 제145조(당사게시 선전물 등의 제한) 제1항

정당은 위 조항에 의하여 선거기간 중은 물론 선거기간 전이라도 당사의 외벽면 등에 홍보에 필요한 사항들을 게재한 간판 등(이하 "선전물"이라 한다)을 설치할 수 있는데 반하여, 무소속 후보자는 선거기간이 개시되어야 비로소 선거사무소등 선거운동 기구에 선전물을 설치할 수 있어 차별이 존재한다.

그러나 정당은 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 정치적 조직체로서 그 고유한 기능과 기본적 통상적 활동은 위에서 본 바와 같이 헌법과 법률에 의해 보장되는 바, 정당이 당사에 선전물을 설치하는 것은 정당의 통상적 활동이라고 할 것이므로 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

마. 정치자금법 제3조(정의) 제8호

정치자금법은 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지

출상항을 공개함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 하며(같은 법 제1조), 위 조항은 정치자금에 관하여 정당의 중앙당, 시·도지부, 지구당이나 국회의원은 후원회를 둘 수 있음에 반하여 국회의원입후보예정자는 후보등록 이전에는 후원회를 둘 수 없도록 차별을 하고 있다.

이 점에 관하여 헌법재판소는 정치자금법의 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위해서는, 정치자금을 받을 대상자가 객관적으로 정치자금을 제공받을 수 있는 위치에 있을 것을 요한다고 할 것인데, 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가가 객관적으로 불분명하므로, 위 조항이 정치자금법의 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단에 해당되는 것이며 따라서 합리적 이유가 있는 차별이라는 점을 들어 위헌이 아니라고 판시하였는바(헌법재판소 1995. 11. 30. 선고, 94헌마97 결정 참조), 이를 달리 판단하여야 할 사정변경도 없다 할 것이다.

4. 결론

따라서 선거법 제48조 제1항·제2항, 제143조 제1항, 제145조 제1항, 정치자금법 제3조 제8호가 청구인의 기본권을 침해한다고 볼 수 없으므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 8. 29.

재판장 재판관 김용준
 재판관 김진우

재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
주심 재판관 신창언

영화법 제12조 등에 대한 위헌제청

(1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10 (병합) 전원재판부)

[판례집 8권2집, 212~227]

【관시 사항】

1. 영화의 제작과 상영에 대한 헌법상의 보장
2. 헌법(憲法) 제21조 제2항이 정한 검열금지의 원칙의 의미
3. 영화법(映畫法)(1984. 12. 31. 법률 제3776호로 개정된 것) 제12조 제1항 및 제2항, 제13조 제1항 중 공연윤리위원회에 의한 심의에 관한 부분의 위헌여부

【결정 요지】

1. 영화도 의사표현의 한 수단이므로 영화의 제작 및 상영은 다른 의사표현수단과 마찬가지로 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받음은 물론, 영화는 학문적 연구결과를 발표하는 수단이 되기도 하고 예술표현의 수단이 되기도 하므로 그 제작 및 상영은 학문·예술의 자유에 의하여도 보장을 받는다.
2. 가. 헌법(憲法) 제21조 제2항의 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. 그러므로 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다.
- 나. 헌법(憲法) 제21조 제1항이 언론·출판에 대한 검열금지를 규정한 것은 비록 헌법(憲法) 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안전보장·질

서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도 언론·출판에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니한다는 것을 밝힌 것이다.

다. 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고 단지 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻하며, 또한 정신작품의 발표 이후에 비로소 취해지는 사후적인 사법적 규제를 금지하지 않는다. 따라서 심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 종국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다.

3. 가. 영화법(映畫法) 제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항이 규정하고 있는 영화에 대한 심의제의 내용은 심의기관인 공연윤리위원회가 영화의 상영에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대하여는 상영을 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니하고 영화를 상영할 경우에는 형사처벌까지 가능하도록 한 것이 그 핵심이므로 이는 명백히 헌법(憲法) 제21조 제1항이 금지한 사전검열제도를 채택한 것이다.

나. 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 그러므로 공연윤리위원회가 민간인으로 구성된 자율적인 기관이라고 할지라도 영화법(映畫法)에서 영화에 대한 사전허가제도를 채택하고, 공연법에 의하여 공연윤리위원회를 설치토록 하여 행정권이 공연윤리위원회의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 하였으므로 공연윤리위원회는 검열기관으로 볼 수밖에 없다.

1. (93헌가13 사건)

제청법원 서울지방법원 (93초145)

제청신청인 강 ○

대리인 변호사 이 석 태 외 2인

제청관련사건 서울지방법원 92고단7586 영화법위반

2. (91헌바10 사건)

청 구 인 홍 ○ 선 외 1인

청구인들 대리인 변호사 박 용 일 외 1인

소원관련사건 서울지방법원 89노6866 영화법위반

【심판대상조문】

영화법(映畵法)제12조 제1항·제2항, ① 영화(그 예고편을 포함한다)는 그 상영 전에 공연법에 의하여 설치된 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 심의를 필하지 아니한 영화는 이를 상영하지 못한다.

③~④ 생략

영화법(映畵法)제13조 제1항 ① 공연윤리위원회 또는 방송심의위원회는 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의에 있어서 다음 각호의 1에 해당된다고 인정되는 영화에 대하여는 이를 심의판한 것으로 결정하지 못한다. 다만, 그 해당부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정될 때에는 그부분을 삭제하고 심의필을 결정할 수 있다.

1. 헌법의 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때

2. 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때

3. 국제간의 우의를 훼손할 우려가 있을 때

4. 국민정신을 해이하게 할 우려가 있을 때

② 생략

【참조 조문】

헌법(憲法) 제 21조

영화법(映畵法)제32조(벌칙(罰則)) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1.~4. 생략

5. 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의를 받지 아니하고 영화를 상

영한 자

【참조 판례】

1992.6.26. 선고, 90헌바26 결정

1992.11.12. 선고, 89헌마88 결정

【주 문】

영화법(1984. 12. 31. 법률 제3776호로 개정된 것) 제12조 제1항 및 제2항, 같은 법 제13조 제1항 중 공연윤리위원회의 심의에 관한 부분은 각 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 93헌가13 사건

서울지방법원은 제청신청인(피고인) 강 ○에 대한 영화법위반 피고사건(92고단 7586)을 심리하던 중 제청신청인의 위헌법률심판제청신청(93초145)에 따라 영화법 (1984. 12. 31. 법률 제3776호로 개정된 것, 이하 "법"이라 한다)제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항의 위헌 여부가 위 영화법위반 피고사건의 재판의 전제가 되고, 언론·출판에 대한 사전허가인 검열을 금지하고 있는 헌법 제21조 제2항에 위반될 소지가 있다는 이유로 1993. 9. 5. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

(2) 91헌바10 사건

청구인들은 그들이 공모하여 "오 꿈의 나라"라는 영화를 상영함

에 있어서 상영전에 공연윤리위원회의 심의를 받지 아니함으로써 법 제12조 제1항에 위반하였다는 공소사실로 기소되어 항소심인 서울지방법원 89노6866으로 사건 계속중, 위 법원에 법 제12조 제1항에 대하여 위헌제청신청(같은 법원 90초5448)을 하였으나 위 법원이 1991. 5. 7. 이를 기각하자 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 따라서 이 사건 심판의 대상은 법 제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제12조[심의]

- ① 영화(그 예고편을 포함한다)는 그 상영 전에 공연법에 의하여 설치된 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 심의를 필하지 아니한 영화는 이를 상영하지 못한다.
- ③ 이하 생략

제13조[심의기준]

- ① 공연윤리위원회 또는 방송심의위원회는 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의에 있어서 다음 각호의 1에 해당한다고 인정되는 영화에 대하여는 이를 심의필한 것으로 결정하지 못한다. 다만, 그 해당 부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정될 때에는 그 부분을 삭제하고 심의필을 결정할 수 있다.
1. 헌법의 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때

- 2. 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때
- 3. 국제간의 우의를 훼손할 우려가 있을 때
- 4. 국민정신을 해이하게 할 우려가 있을 때

② 생략

한편, 심판의 대상과 관련이 되는 벌칙규정으로는 법 제32조 제 5호가 있고, 그 내용은 다음과 같다.

제32조[벌칙] 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내지 4. (생략)

5. 제12조 제1항 또는 제4항의 규정에 의한 심의를 받지 아니하고 영화를 상영한 자

(2) 한편, 법은 1995. 12. 30. 법률 제5130호로 제정 공포되고 1996. 7. 1.부터 시행된 "영화진흥법"에 의하여 이미 폐지되었다. 그러나 영화진흥법은 제12조 및 제13조에 이 사건 심판의 대상인 법률조항과 같은 내용을 그대로 규정하고 있고, 같은 법 부칙 제6조(벌칙에 관한 경과조치)에는 "이 법 시행전 종전에 영화법에 위반한 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 영화법의 규정에 의한다"라고 규정하여 이 사건 심판의 대상인 법률조항을 적용하도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 비록 법이 폐지되었음에도 불구하고 아직도 재판의 전제성을 갖추고 있다 할 것이므로 나아가 위헌 여부를 가리기로 한다.

2. 관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유(93헌가13 사건)

(1) 영화도 사상·양심 및 지식·경험 등을 표현하는 수단
의 하나이므로, 영화의 자유도 언론·출판의 자유에 포함된다 할
것인데, 법 제12조 제1항, 제2항은 영화에 대한 사전심의제를
규정하고 있으므로, 언론·출판에 대한 사전허가나 검열을 금지하
고 있는 헌법 제21조 제2항에 위반될 소지가 있다. 또한 이러
한 사전심의제는 예술활동의 독자성과 창의성을 침해하여 예술
및 언론·출판의 자유를 포함한 표현의 자유의 본질적인 내용을
침해할 우려가 있어 예술의 자유를 규정하고 있는 헌법 제22조
제1항과 기본권 제한의 한계를 정한 헌법 제37조 제2항에도 위
반될 소지가 있다.

(2) 법 제13조 제1항은 위 규정에 의한 공연윤리위원회
(이하, "공륜"이라 한다)의 심의기준의 하나로 "국제간의 우의를
훼손할 우려가 있을 때(제3호)", "국민정신을 해이하게 할 우려
가 있을 때(제4호)"를 들고 있는바, 이는 지나치게 자의적이고
추상적이며 모호하기 때문에 표현의 자유의 규제에 관한 합헌성
판단기준의 하나인 "막연하기 때문에 무효"의 이론에 의하여 위
헌의 소지가 있다.

나. 제청신청인의 의견(93헌가13 사건)

(1) 영화상영의 자유 역시 언론·출판의 자유에 의한 보
장을 받으므로 그에 대한 어떠한 형식의 사전통제도 모두 언론·
출판에 대한 검열을 금지한 헌법규정에 정면으로 위배된다.

법은 구법에 문화부장관의 검열을 받아야 한다는 것을 공륜의
사전심의를 받아야 한다고 개정하였으나,

① 우선 공륜의 구성면에서, 공륜 위원은 문화체육부장관(제정당
시에는 문화부장관이었으나 그 뒤 1993. 3. 6. 법률 제4541호
에 의한 정부조직법의 개정으로 문화체육부장관으로 되었다, 이
하 "문화체육부장관"이라

한다)의 독자적 판단에 의하여 위촉하게 되어 있고, 위원장과 부위원장의 선출은 장관의 승인을 받아야 하며, 위원장은 심의결과를 장관에게 보고하여야 하고, 정부의 예산에 의하여 운영되고 있는 점에서 공륜은 검열기관에 해당하고,

② 또한 공륜은 영화에 대한 심의를 필하여 주지 않을 수도 있고 내용을 삭제하여 심의필을 할 수도 있으며, 더욱이 공륜의 심의를 받지 아니한 경우 행정적 수단이 아닌 형벌적 제재를 과할 수 있도록 한 점에서 공륜의 사전심의제도는 본질적으로 사전검열제도에 해당하며,

③ 심의기준이 자의적으로 규정되어 있고, 실제의 심의과정에서도 검열자의 개인적인 사상, 기호나 영화의 구체적인 장면에 따라 다르게 적용되어 왔다는 점에 미루어 보더라도 심의기준 자체에 위헌성이 있음을 알 수 있고,

④ 공륜의 심의에 대하여 즉각적인 구제방법이 보장되어 있지 않은 점에서도 사전심의제도는 헌법에 위반된다.

(2) 영화의 영향력에 대한 막연한 두려움과 선입견에 입각한 영화상영의 자유에 대한 제한론은 영상산업이 비약적으로 발달하여 영화가 하나의 표현수단으로 일상적이며 대중적인 수단으로 정착한 현재에는 시대착오적인 주장이다. 세계 각국이 영화산업의 육성, 발전을 위하여 노력을 하고 있는데 반하여 우리나라에서만 사전심의제를 통하여 이를 규제함으로써 영화인들의 창의력을 말살하고 한국영화의 국제경쟁력을 약화시키고 있다.

또한 국민정서와 청소년보호를 위한다는 명목으로 사전심의제를 정당화하려는 견해가 있으나, 위와 같은 사전심의방법이 그 적절한

방법으로 되지 못함이 이미 증명되었고, 영화에 대하여는 자율적 수준의 영화등급심사와 그 엄격한 시행에 의하여서만 해악방지의 목적을 달성할 수 있다(사단법인 한국영화인협회가 마련한 영상진흥법 개정시안은 이에 좋은 참고가 된다).

다. 심판청구이유의 요지(91헌바10 사건)

영화에 대한 사전심의제도는, ① 영화에 대한 심의주체인 공연윤리위원회가 문화체육부장관이 위촉한 위원들로 구성되고, 심의결과를 장관에게 보고하며 관련자료를 제출하는 등 행정권이 강하게 작용하고 있는 점, ② 심의기준이 애매모호한 점, ③ 예술표현행위의 금지가 행해지는 점, ④ 공연윤리위원회의 판정에 대하여 사법심사를 받을 기회가 없는 점, ⑤ 심의 없이 영화를 상영하였을 경우 단순한 행정질서벌이 아닌 무거운 형벌을 부과하고 있는 점 등에 비추어 언론·출판에 대한 사전검열을 금지하고 있는 헌법에 위반된다.

라. 법원의 제청신청기각이유(91헌바10 사건)

영화는 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는 대상이 아니다. 영화가 가지는 대중예술성과 표현의 직접성에 비추어 볼 때 공공질서의 유지 및 미풍양속의 보전을 위하여 사전검열은 필요하고도 가능하다. 그리고 공공질서에의 배치여부는 구체적인 상황을 객관적으로 평가하여 가려내는 것이므로 심의기준이 구체적으로 규정되어 있지 아니하다고 하여 위헌이라고 할 수 없다.

마. 문화체육부장관의 의견(93헌가13 사건 및 91헌바10 사건)

(1) 영화에 대한 검열제도는 1984.12. 법 개정시 이미 폐지되었고, 법은 영화 상영에 대한 규제를 공론의 사전심의 형태로 운영하

고 있다. 이러한 법에 의한 공륜의 사전심의제도는,

① 공륜 위원이 예술·언론·방송·출판·공연·교육 등에 관하여 학식과 경험이 풍부한 사람들 중에서 위촉되고 있으며, 특히 영화심의위원은 영화감독, 평론가 등 영화전문가와 신문사 논설위원, 대학교수, 여류작가, 여성·청소년단체간부 등 민간전문인들로 구성되어 결국 자율적인 심의체제로 운영되고 있는 점,

② 심의 후 법시행령 제20조의2의 규정에 따라 심의필증을 미리 교부하고 5일 이내에 결과를 문화체육부장관에게 사후 보고하는데 지나지 아니하고, 심의 전이나 후의 행정부의 간섭이 없는 점 등에 비추어 이를 사전검열이라고 할 수 없다.

(2) 언론·출판의 자유도 내재적 한계가 있고, 헌법 제37조 제2항에 따른 법률에 의한 제한이 있을 수 있다. 선진 외국에서도 영상매체에 대한 사전심의나 제약을 법률로써 제도화하고 있으며, 판례도 이를 합헌이라고 하고 있다.

특히, 영상매체는 신문·잡지 등 출판매체와는 달리 일반대중에게 영상이라는 생동감있고 충격적인 방법으로 동시에 광역적으로 전달되기 때문에 파급되는 영향력이나 충격이 엄청나다는 특수성이 있다. 영화의 폭력, 음란화로 인한 청소년에 대한 피해를 시정하기 위한 노력이 현재에도 세계적으로 행해지고 있는 추세에 있다.

(3) 공륜의 심의기준은 법과 법시행령 및 공연윤리심의 규정 등에 구체적이고도 명확하게 규정되어 있으므로, 이를 막연하기 때문에 위헌이라고 하는 주장은 성립될 수 없다.

바. 법무부장관(91헌바10 사건) 및 검찰총장의 의견(93헌가13 사건)

법은 영화산업의 육성을 위한 것이고, 현행법상의 공륜에 의한

사전심의제도는 영화에 대한 사전검열에 해당하지 아니하며, 심의기준이 막연하거나 불명확하지도 않다. 따라서 법 제12조, 제13조는 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 판 단

가. 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙

(1) 의사표현의 자유는 헌법 제21조 제1항이 규정하는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없다고 할 것이다. 영화도 의사표현의 한 수단이므로 영화의 제작 및 상영은 다른 의사표현수단과 마찬가지로 헌법에 의한 보장을 받음은 물론 영화는 학문적 연구결과를 발표하는 수단이 되기도 하고, 예술표현의 수단이 되기도 하므로 그 제작 및 상영은 학문·예술의 자유를 규정하고 있는 헌법 제22조 제1항에 의하여도 보장을 받는다.

헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서의 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 검열제가 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 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.

그러므로 헌법 제21조 제2항이 언론·출판에 대한 검열금지를 규정한 것은 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도 언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다. 물론 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식에 구애됨이 없이 실질적으로 위에서 밝힌 검열의 개념에 해당되는 모든 것을 그 대상으로 하는 것이다.

그러나 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고, 단지 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻한다. 그러므로 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다.

(2) 한편, 표현의 자유에 대한 검열을 수단으로 한 제한은 위에서 본 바와 같이 법률로써도 허용될 수 없는 것이기 때문에 검열의 의미는 다음과 같이 제한적으로 해석하여야 함이 마땅하다.

① 먼저 헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열은 사전검열만을 의미하므로 개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위내에서 발표를 저지하는 것만을 의미하고(헌법재판소 1992. 11. 12. 선고, 89헌마 88 결정 참조), 헌법상 보호되지 않는 의사표현에 대하여 공개한 뒤에 국가기관이 간섭하는 것을 금지하는 것은 아니다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌

바26 결정). 그러므로 사후심사나 앞에서 밝힌 검열의 성격을 띠지 아니한 그 외의 사전심사는 검열에 해당하지 아니한다. 다만, 이러한 검열의 성격을 띠지 아니한 심사절차의 허용 여부는 표현의 자유와 이와 충돌되는 다른 법익 사이의 조화의 문제이므로 헌법상의 기본권제한의 일반적 원칙인 헌법 제37조 제2항에 의하여 상충하는 다른 법익과의 교량과정을 통하여 결정된다 할 것이다.

② 검열금지의 원칙은 정신작품의 발표 이후에 비로소 취해지는 사후적인 사법적 규제를 금지하는 것이 아니므로 사법절차에 의한 영화상영의 금지조치(예컨대 명예훼손이나 저작권침해를 이유로 한 가처분 등)나 그 효과에 있어서는 실질적으로 동일한 형벌규정(음란, 명예훼손 등)의 위반으로 인한 압수는 헌법상의 검열금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

③ 검열금지의 원칙은 바로 영화에 대한 사전심사를 모두 금지하는 것도 아니다. 영화는 시청각을 표현수단으로 하는 영상매체의 특수성으로 말미암아 일단 상영되고 나면 그 자극이나 충격이 매우 강하게 그리고 직접 전달되어 영향력이 클 뿐만 아니라, 비디오의 보급이 일반화되면서 그 파급효과가 광범위하게 이루어 질 수 있게 되었고, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 이를 효율적으로 규제할 방법마저 없다. 그러므로 영화를 상영 또는 보급하기 이전에 심사·규제해야 할 필요가 있음은 물론, 특히 청소년이 음란, 폭력 등 영화에 접근하는 것을 미리 막아야 할 필요성 역시 매우 크다.

심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영 여부를 종국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나, 예컨대, 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에

대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다. 설사 등급심사를 받지 아니한 영화의 상영을 금지하고 이에 위반할 때에 행정적 제재를 가하는 경우(예컨대 새 영화진흥법 시안 제11조의 등급심의)에도 검열에는 해당하지 아니한다. 여기서의 상영금지에는 심의의 결과가 아니고 단지 일괄적인 등급심사를 관철하기 위한 조치에 지나지 아니하기 때문이다.

나. 법 제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항의 위헌성

(1) 법은, 영화는 상영 전에 공론의 사전심의를 받아야 할 의무를 부과하고(제12조 제1항), 사전심의를 거치지 않은 모든 영화의 상영을 금지하고(제12조 제2항), 사전심의를 받지 아니하고 영화를 상영한 자는 2년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하도록(제32조 제5호) 규정하고 있다. 한편 법 제13조 제1항은 영화에 대한 심의기준을 정하고, 심의기관인 공론이 그 기준에 적합하지 않은 영화에 대하여는 심의필 결정을 할 수 없으나, 해당 부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정되는 경우에는 그 부분을 삭제하고 심의필을 결정할 수 있도록 규정하고 있다.

그렇다면 법이 규정하고 있는 영화에 대한 심의제의 내용은 심의기관인 공론이 영화의 상영에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대하여는 상영을 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니하고 영화를 상영할 경우에는 형사처벌까지 가능하도록 한 것이 그 핵심이므로 이는 명백히 앞서 "가의(1)"에서 밝힌 헌법 제21조 제2항이 금지한 사전검열제도를 채택하고 있다고 볼 수밖에 없다.

(2) 헌법상의 검열금지의 원칙은 검열이 행정권에 의하여 행하여지는 경우에 한하므로 영화의 심의기관인 공륜이 이에 해당한지에 대하여 의문이 있을 수 있다. 그러나 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 왜냐하면 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다.

그런데 법은 영화를 상영하기 전에 공륜의 사전심의를 받아야 한다고 규정하고 있고, 공연법과 그 시행령에 의하면 공륜의 위원은 문화체육부장관에 의하여 위촉되고(공연법 제25조의 3 제3항), 위원장과 부위원장의 선출은 장관의 승인을 받아야 하며(같은 법 시행령 제20조 제1항), 위원장은 심의결과를 장관에게 보고하여야 하고(같은 법 시행령 제21조), 공륜은 국가예산의 범위 안에서 공륜의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록(같은 법 제25조의 3 제6항) 규정하고 있다.

그렇다면 공륜이 민간인으로 구성된 자율적인 기관이라고 할지라도 법에서 영화에 대한 사전허가제도를 채택하고, 공연법에 의하여 공륜을 설치토록 하여 행정권이 공륜의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 하였으므로 공륜은 검열기관으로 볼 수 밖에 없다.

또한 공륜이 비록 그의 심의활동에 있어서 독립성이 보장된 심의기관이라 할지라도 검열기관인가를 판단하는데 있어서 그것은 결

정적인 것이 되지 못한다. 심의기관의 독립성이 보장되어야 하는 것은 단지 심의절차와 그 결과의 공정성 및 객관성을 확보하기 위하여 모든 형태의 심의절차에 요구되는 당연한 전제일 뿐이기 때문이다. 국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 의도된 이상, 비록 검열기관을 문화체육부장관에서 민간인들로 구성된 공륜으로 대체했다고 하여 법이 정한 사전심의제도의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니다.

4. 결 론

이러한 이유로 법 제12조 제1항 및 제2항, 제13조 제1항에 근거한 공륜에 의한 영화에 대한 사전심의에 관한 부분은 헌법 제21조 제2항에 위배되는 검열제도라 할 것이므로 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

상법 제41조 제1항 위헌제청

(1996. 10. 4. 94헌가5 전원재판부)

[판례집 8권2집, 228~238]

【관시 사항】

舊 商法(1984. 4. 10. 法律 제3724호로 改正되고 1994. 12. 22. 法律 제4796호로 改正되기 前의 것) 제41조 제1항의 違憲 與否

【결정 요지】

1. 營業讓渡人의 競業可能性은 營業의 種類 및 營業地 등에 따라 다양하게 나타날 수 있어 競業禁止區域과 期間을 세분화하는 것이 立法技術上 쉽지 아니할 뿐 아니라, 舊 商法(1984. 4. 10. 法律 제3724호로 改正되고 1994. 12. 22. 法律 제4796호로 改正되기 前의 것) 제41조 제1항은 그에 반하는 特約을 인정하고 있고 그 違反에 대한 處罰規定을 두고 있지 않으며 競業과 損害 사이에 相當因果關係가 있어야만 損害賠償을 청구할 수 있어서 一律的인 競業禁止區域 및 期間의 設定에서 오는 不合理性이 완화되고 있는 점 등에 비추어 立法裁量權의 한계를 벗어나 職業選擇의 自由를 過剩侵害한 것으로 볼 수 없다.

2. 면단위에서 營業양도계약을 체결하는 당사자들의 거래환경과 대도시에서의 그것은 질적으로 다른 것이며, 일반적으로 거래당사자들은 그러한 각자의 거래환경을 염두에 두고 계약체결에 임하는 것이므로, 面단위에서 행해진 營業양도행위와 서울특별시에서 행해진 營業양도행위는 그 대상업종이 같은 종류라 하여도 이들을 같은 기준점에 놓고 판단할 수는 없는 것이다. 그렇다면 달리 다른 기준점이 쉽게 책정될 수 없는 한 이 사건 규정으로 인하여 서울특별시와 같은 대규모 지역이 다른 面 등의 소규모 지역에 비해 같은 종류의 營業양도인에게 더

불리하다 하더라도, 그 이유만으로 바로 입법자에게 이 사건 규정의 입법에 있어서 자의성이 있다고 할 수 없다.

제청법원 서울지방법원 북부지원
제청신청인 전 ○ 인
관련사건 서울지방법원 북부지원 93가합6755 손해배상청구사건

【심판대상조문】

舊 商法(1984. 4. 10. 法律 제3724호로 改正되고 1994. 12. 22. 法律 제4796호로 改正되기 前의 것) 제41조 제1항(영업양도인의 경영금지) ①영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 서울특별시·직할시·시·읍·면과 인접 서울특별시·직할시·시·읍·면에서 동종영업을 하지 못한다.
② 생략

【참조 조문】

憲法 제15조, 제11조 제1항, 제37조 제2항

【주 문】

구 상법(1984. 4. 10. 법률 제3724호로 개정되고, 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것) 제41조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

관련사건의 원고 오○길은 1991. 5. 7. 피고 전○인으로부터 서울 성동구 □□동 330 소재 피고 ○○상협 주식회사의 알루미늄 늪휠 서울지역 판매대리점 영업을 양수하였는바, 피고 전○인이 다음 해인

1992. 1. 초순경 서울 동대문구 ○○동 218의 46에 한국타이어 장안대리점을 개설하고 위 ○○상협 주식회사로부터 알루미늄휠을 공급받아 공장도가격 이하로 판매하자 원고 오○길은 서울지방법원 북부지원에 위 피고들을 상대로 구 상법(1984. 4. 10. 법률 제3724호로 개정되고, 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것, 이하 "상법"이라 한다) 제41조 제1항 소정의 영업양도인의 경업금지의무위반으로 인한 손해배상청구의 소를 제기하였다. 이에 피고 전○인이 상법 제41조 제1항에 대한 위헌제청신청(위 법원 94카기124)을 하자 위 법원이 이를 받아들여 1994. 4. 22. 이 사건 위헌제청결정을 한 것이다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 상법 제41조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부인바, 심판대상 조항의 내용은 다음과 같다.

상법 제41조 【영업양도인의 경업금지】 ①영업을 양도한 경우에 다른 약정이 없으면 양도인은 10년간 동일한 서울특별시·직할시·시·읍·면과 인접 서울특별시·직할시·시·읍·면에서 동종영업을 하지 못한다.

2. 위헌심판 제청결정이유와 이해관계인의 의견

가. 위헌심판 제청결정이유의 요지

이 사건 심판대상 조항은 영업양도와 관련한 상거래질서유지와 영업양수인의 보호라는 공공복리를 위하여 영업양도인의 경업행위를 일정한 범위내에서 금지함으로써 그의 직업선택의 자유를 제한하고 있는바, 공공복리를 위하여 직업선택의 자유를 제한하는 경우라도 가능한 한 헌법상 보장된 국민의 기본권을 최소한 침해하는

방법을 선택함으로써 자유로운 경제활동을 보장하여야 할 것이다. 그런데 이 사건 심판대상 조항은 경업금지지역을 인구수에 따라 구분되는 동일한 서울특별시·직할시·시·읍·면과 인접 서울특별시·직할시·시·읍·면으로 정하면서 자본금·매출액·종업원수 등으로 구분할 수 있는 양도영업의 규모에 관하여는 아무런 구분을 하지 아니함으로써 서울특별시에서 구멍가게 영업을 양도한 경우와 같이 영업의 규모와 지역에 따라서는 그 제한의 정도가 비례의 원칙 및 평등권에 어긋나는 경우가 있을 수 있어 위헌의 의심이 있다.

나. 법무부장관의 의견 요지

(1) 이 사건 심판대상 조항이 경업금지의 지역적 범위에 관하여 행정구역단위인 서울특별시·직할시·시·읍·면과 인접 서울특별시·직할시·시·읍·면으로 규정한 것은 위 각 행정구역단위가 나름대로의 사회적·경제적 독자성을 가지고 있기 때문이며 이는 영업에 관한 인가·허가나 사업자등록 등 영업에 부수되는 기타 법률관계에 관한 관할범위와 같은 것으로 합리적이다.

(2) 구체적인 영업의 형태나 규모는 일률적으로 기준을 정하여 분류하기가 매우 어려우므로 심판대상 조항과 달리 구체적으로 영업지역과 영업규모를 세분한다는 것은 사실상 불가능할 뿐 아니라, 영업 양도인과 양수인은 이 사건 심판대상 조항과 다른 특약을 함으로써 이 사건 심판대상 조항의 적용을 배제할 수도 있다.

(3) 뿐만아니라 이 사건 규정은 특약이 있는 경우 특약이 법정 의무에 우선하도록 하고 있고, 상법 제41조 제2항에 의할 때 이 사건 규정상의 법정 의무보다 적은 경업금지 의무를 특약에 의하여 정

하는 경우에는 그 특약이 우선하게 되는 것이다. 따라서 이 사건 위헌제청신청인과 같이 경업금지의무를 합리적으로 조정할 필요가 있는 경우에는 당사자간에 특약을 할 수 있는 것이다. 일본상법은 동일내지 인접 시(市), 정(町), 촌(村)에서 20년간 경업을 할 수 없도록 규정하고 있다.

(4) 따라서 이 사건 심판대상 조항이 직업선택의 자유를 제한한다거나 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

3. 판단

가. 영업양도는 사실상 영업의 승계를 뜻하며, 따라서 단순한 개개의 구성재산의 가치를 넘어서 영리활동을 목적으로 조직된 유기적 일체로서의 영업 내지 영업재산을 그 동일성을 유지하면서 이전함으로써, 양수인으로 하여금 당해 영업의 세력범위라고도 할 수 있는 종래의 고객이나 구매처 기타 사실관계를 이용하여 양도인의 영업을 그대로 계속할 수 있도록 함에 그 의의가 있다.

나. 이 사건 규정은 1962. 1. 20. 상법 제정시에 신설되었다. 그 연혁은 일본의 상법전에서 비롯된 것으로 보인다. 일본의 상법 제25조 제1항은 "영업양도시 당사자가 별도의 의사표시가 없을 때에는 양도인은 동일한 시(市)·정(町)·촌(村) 및 인접 시·정·촌에서 20년간 동일한 영업을 할 수 없다"고 규정하고 있다. 한편 제2항은 당사자간에 특약이 있는 경우 30년 이내의 범위에서 효력이 인정된다고 하였다. 따라서 우리의 경우보다 기간이 각 10년씩 더 길다. 독일·프랑스의 상법전에는 유사한 규정이 없다.

다. 그런데 양도인이 영업을 양도하고도 인근에서 동종의 영업을 재개하여 종전의 고객·신용 등 사실관계를 자기에게 유인하거나

구매처로 하여금 양수인과의 관계를 끊도록 하는 것은 원칙적으로 금지되는 일이고 이러한 영업양도는 실효성을 잃고 영업양수인은 소기의 목적을 이루기 어렵게 될 것이다. 상법이 규정하고 있는 경업금지의무는 당사자간의 특정한 약정이 없는 경우에 영업양도의 본질로부터 법이 당사자의 의사의 보완·해석규정으로 둔 것이라 할 수 있다. 즉 경업금지의무를 약정하는 것이 당사자의 합리적인 의사라고 보는 것이다. 이 사건 규정은 이러한 합리적인 당사자의 의사가 명확히 약정되어 있지 않은 경우를 대비한 의사보충규정(意思補充規定)이라고 할 수 있다. 영업양도인이 영업양도계약을 체결하여 이행하고도 후에 경업금지에 관한 명시적 약정이 없었음을 이유로 동종영업을 한다면 영업양도라는 형식의 상거래는 매우 불건전해지고 영업양수인에게는 부당한 손실을 가져오게 된다. 물론 상인들이 성실하고 신뢰할 수 있는 직업의식을 갖고 상행위에 임한다면 굳이 이러한 규정을 둘 이유가 없을 것이나 우리나라의 상행위 양태에서 전반적으로 이러한 풍토를 기대하기에는 아직도 부족함이 많다고 할 것이다. 따라서 이를 방지하고 영업양도의 실효성을 높이기 위하여 상법의 후견적 기능으로서의 이 사건 심판대상 조항은 영업양도인에 대하여 경업금지의무를 부과하고 있는 것이므로 이로 인하여 양도인의 직업선택의 자유가 제한된다고 할지라도 제한의 입법목적 자체는 정당하고 이를 시장경제질서에 반하는 것이라고도 할 수 없다.

다만 이 사건 심판대상 조항은 양도되는 영업의 성질·규모를 가리지 않고 종래 영업활동이 행해지던 행정구역단위를 기준으로 경업금지의무를 부과하고 있다(상법 제22조, 제23조 제4항의 상호권보호

규정에서도 행정구역단위를 기준으로하여 지역단위를 정하고 있다). 따라서 관련사건과 같이 서울특별시라는 거대 행정구역단위에서의 경업금지의무 부과는 영업의 규모나 종류에 따라서는 위 입법목적에 비추어 지나치게 직업선택의 자유를 제한하는 것이 아닌가 또는 읍·면과 같은 좁은 행정구역단위에서의 영업양도의 경우와 비교하여 자의적으로 불평등한 취급을 하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

살피건대 양도인이 이 사건 심판대상 조항 소정의 경업금지의무를 위반하더라도 이에 대하여 행정적·형사적 제재는 부과할 수 없고 다만 위 의무위반으로 인한 민사상 책임만 물을 수 있는바, 위 민사상 책임은 양도인의 비용으로 그 위반한 것을 제거할 것 및 장래에 대한 적당한 처분을 구하는 청구(민법 제389조 제3항)와 이로 인하여 양수인이 입은 손해에 대한 배상청구(민법 제389조 제4항, 제390조)로 나눌 수 있다. 그런데 이 가운데 손해배상청구는 양도인의 경업금지의무위반과 양수인의 손해 사이에 상당인과관계가 존재하는 경우에만 인정될 수 있는 것이기 때문에 경업금지의무가 인정되는 영업의 태양 및 행정구역단위의 광협과는 원칙적으로 직접 관련이 있다고 할 수 없다(서울특별시와 같은 넓은 지역에서는 읍·면 등 지역에 비하여 상대적으로 경업가능성이 높은 대규모 영업이 행해지는 경우가 많을 것이므로 그와 같은 영업의 경우에는 경업금지구역이 넓다고 하더라도 특별한 문제가 없고, 그렇지 않은 영업의 경우에는 상당인과관계의 존재라는 기준에 의하여 손해배상이 인정되는 경업금지구역의 범위가 실질적으로 좁혀지므로 역시 문제는 없다). 문제가 되는 것은 민법 제389조 제3항 소정의 책임일 것이다. 생각건대 서울특별시와 같은

넓은 행정구역단위의 경우 영업의 종류에 따라서는 양도인의 영업재개지가 종전의 영업장소와 멀리 떨어져 있어 양수인에게 손해를 끼칠 위험이 없는 경우라 할지라도 경업금지의무위반으로 민법 제389조 제3항 소정의 책임을 부담하게 될 수도 있으므로 이 점에서 이 사건 심판대상 조항에 입법론적으로 문제가 없지는 아니하다. 그러나 영업의 종류에 따라서는 전국적으로 경업관계에 있는 영업을 있을 수도 있고, 동(洞)이나 리(里)와 같은 좁은 지역내에서만 경업관계에 있는 영업도 있을 수 있는바, 이와 같이 다양한 경업가능성과 관련하여 어떠한 기준으로 경업금지구역을 정할 것인가 하는 점에 관하여 입법자는 고도의 입법재량권을 갖는다 할 것이고 그 재량권의 행사가 지나치게 비합리적이고 자의적이지 아니한 한 이는 존중되어야 할 것이다. 그런데 서울특별시와 같은 경우에는 각 구(區)나 동(洞)이 아닌 서울특별시 전체를 하나의 독립된 사회·경제적 독자성을 가진 단위로 볼 수 있고 이 점은 이 사건 심판대상 조항이 정하는 다른 구역단위인 직할시·시·읍·면의 경우에도 마찬가지라 할 것인바, 경업금지구역을 이와 같이 정한 입법재량권의 행사가 명백히 비합리적이고 자의적인 것이라고 볼 특별한 사정은 없다. 물론 경업금지구역을 이 사건 심판대상 조항과 같이 정하는 경우에 앞서 본 바와 같은 문제점이 있기는 하지만 그렇다고 예컨대 서울특별시와 같은 경우에 경업금지구역을 구(區)나 동(洞)으로 세분하고 영업의 규모도 그에 맞추어 세분한다고 하는 것은 현실적으로 영위되는 영업형태 및 그에 따른 경업가능성의 다양성에 비추어 입법기술상 반드시 용이한 것이라고는 할 수 없고, 이 사건 심판대상 조항과 같이 경업금지구역을 정하더라도 양도인의 경업

행위와 양수인의 손해 사이에 상당인과관계가 존재하여야 손해 배상을 청구할 수 있고 손해발생의 위험이 없음에도 양수인이 양도인에 대하여 민법 제389조 제3항 소정의 청구를 하는 경우란 실질적 이유에 의하여 상정하기 어려우므로 앞서 본 바와 같은 문제점은 충분히 완화될 수 있을 것이다.

특히 동일 행정구역내라도 서울특별시와 같은 광범한 지역에서 이 사건 규정이 제정된 당시에 비하여 현재 사회적·경제적 환경이 매우 급격하게 변동되는 상황에서 10년씩이나 특약이 없다 하여 그러한 동종영업을 금지하는 것이 적절한 것인가는 문제될 소지가 있다. 그러나 그렇다고 입법자가 어느 다른 지역적 범위와 다른 단축된 기간의 설정을 쉽게 할 수 있다고는 보여지지 아니한다. 그렇다면 이 사건 규정의 지역적 범위와 기간산정은 대체로 입법자의 입법형성권 범위내에 속한다고 볼 것인바, 이 사건 규정에서 나타난 그러한 입법형성은 상법 제41조 제1항·제2항에서 달리 특약의 여지를 긍정하고 있고, 그 위반에 대한 직접적인 처벌규정을 두고 있지 않은 점을 참작한다면 나름대로 충분한 합리성이 있어 이 사건 심판대상 조항이 입법재량권의 한계를 지나치게 일탈한 것이라고는 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 규정이 직업선택의 자유를 과잉침해한 것이라 할 수 없다.

라. 제청법원은 일례로 면단위의 지역에 비해 서울특별시와 같은 광범위한 지역의 경우 같은 경업금지의무를 부과함은 심각한 불균형을 가져올 수 있다고 주장한다. 그러나 면단위에서 행해진 영업양도 행위와 서울특별시에서 행해진 영업양도 행위는 만일 그 대상업종이 같은 종류라 하여도 이들을 같은 기준점에 놓고 판단할 수

는 없다고 할 것이다. 왜냐하면 면단위에서 영업양도계약을 체결하는 당사자들의 거래환경과 서울특별시에서의 그것은 질적으로 다른 것이며, 일반적으로 거래 당사자들은 그러한 각자의 거래환경을 염두에 두면서 계약체결에 임할 것이기 때문이다. 또한 영업양수인의 입장에서는 경업금지의무의 위배정도에 대한 판단의 관점이 대도시와 면단위의 시골간에 차이가 있을 수 있는 것이다.

그렇다면 달리 다른 기준점이 쉽게 책정될 수 없는 한 이 사건 규정으로 인하여 서울특별시와 같은 대규모 지역이 다른 면 등의 소규모 지역에 비해 같은 종류의 영업의 영업양도인에게 더 불리하다고 하더라도, 그 이유만으로 바로 입법자에게 이 사건 규정의 입법에 있어서 객관적인 자의성이 있었다고 할 수는 없을 것이다. 결국 이 사건 규정은 행정구역단위 및 영업의 태양을 구분하지 않음으로써 관련사건과 같은 경우를 자의적으로 차별하여 평등의 원칙(자의금지의 원칙)에 위배되었다고 볼 수는 없다고 판단된다.

4. 결론

따라서 구 상법(1984. 4. 10. 법률 제3724호로 개정되고, 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정되기 전의 것) 제41조 제1항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 4.

재판장

재판관 김용준

재판관 김진우

재판관 김문희
재판관 황도연
주심 재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

구 증권거래법 제197조 제1항 등 위헌제청

(1996. 10. 4. 94헌가8 전원재판부)

[판례집 8권2집, 239~257]

【관시 사항】

가. 舊 證券去來法(1991.12.31. 법률 제4469호로 개정되기 전의 것, 이하 "증권거래법"이라 한다) 제197조 제1항에 의하여 준용되는 舊 株式會社의外部監査에 관한法律(1993.12.31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것, 이하 "외감법"이라 한다) 제17조 제2항 전단의 규정이 違憲인지 여부

나. 損害賠償額을 法으로 看做한 舊 證券去來法 제15조의 규정이 違憲인지 여부

다. 損害賠償의 範圍에 관한 看做規定을 推定規定으로 合憲的 法律解釋을 한 예

【결정 요지】

가. 증권거래법 제197조 제1항에 의하여 준용되는 외감법 제17조 제2항 전단은 그 입법연혁이나 입법목적, 다른 조항과의 균형있는 해석 등 어느모로 보나 "회계법인인 감사인이 당해 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 위 규정에 의한 손해배상책임을 지지 아니하는 것"으로 해석되며, 그렇게 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 損害賠償額을 法으로 看做하는 것이 正當化되기 위하여는 적어도 侵害된 財産權과 본질적으로 연결되는 일정 範圍의 收益이 일반적으로 인정되기 때문에 財産權에 대한 侵害行爲와 損害 사이에 相當因果關係의 存在를 看做하는 것이 社會通念上 許容될 수 있고, 看做되는 損害額은 侵害된 當該 財産權을 특별히 運用하지 않더라도 그 社會的, 經

濟的 本質에 따라 당연히 발생할 것으로 생각되는 最小限의 金額이어야 한다는 前提條件을 충족시켜야 할 것이고, 그 밖의 政策的 理由만으로 損害賠償의 範圍를 看做하는 것은 이를 正當化 할 만한 특별한 事情이 있어야만 할 것인바, 證券去來法 제15조는 證券投資나 證券價格 決定의 특성상 위와 같은 前提條件을 충족시킬 수 없음에도 投資者의 保護 등 政策的 理由만으로 損害賠償의 範圍를 法으로 看做함으로써 賠償義務者의 反證을 不許하고 法院의 裁量權을 制限함으로써 憲法에 반한다.

다. 證券去來法 제15조를 單純違憲 宣言할 경우에는 같은 법 제197조 제1항에 근거한 損害賠償請求訴訟에서 株式投資者는 一般의인 損害賠償請求訴訟에서와 마찬가지로 監査人의 不實監査와 損害發生 사이의 因果關係를 立證하여야 하는데 이는 사실상 곤란하고 이를 審理하는 法院도 큰 부담을 안게 될 것이므로 가급적 위 法規定의 效力을 유지하는 쪽으로 이를 解釋하는 것이 바람직하다고 할 것인바, 損害賠償의 範圍에 관한 看做規定과 推定規定은 본질적으로 상이하다고 보다는 看做規定이 賠償義務者의 反證을 不許함으로써 推定規定보다 賠償權利者를 보다 더 두텁게 保護하는 정도의 質的, 量的 차이가 있는 것으로 볼 것이고 따라서 證券去來法 제15조를 推定規定으로 解釋하더라도 立法權의 侵害에 해당하지는 아니하므로 이를 推定規定으로 解釋함으로써 그 違憲性を 除去함이 상당하다.

제청법원	서울지방법원 (제청 당시 서울민사지방법원)
제정신청인	○○회계법인 대표사원 정 ○ 응
관련사건	서울민사지방법원 92가합75113 주식원금반환 등

【심판대상조문】

舊 證券去來法(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항·제2항(감사인의 손해배상책임) ①선의(善意)의 투자자(投資者)에 대한 감사인(監査人)의 손해배상책임(損害賠償責任)은 주

식회사(株式會社)의 외부감사(外部監査)에 관한 법률(法律) 제17조 제2항 내지 제4항의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

② 제1항의 규정(規定)에 의한 손해배상액(損害賠償額)의 산정(算定)에 관하여는 제15조의 규정(規定)을 준용(準用)한다.

③ 생략

舊 주식회사(株式會社)의 외부감사(外部監査)에 관한 법률(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 전단 ① 생략

② 증권관리위원회는 법 제4조 제3항의 규정에 의한 감사인의 변경 또는 선정을 요구한 경우에는 그 내용을, 법 제16조 제1항의 규정에 의한 감사인에 대한 조치를 한 경우에는 그 내용을 공인회계사회에 통보하여야 한다.

③ 생략

【참조 조문】

가. 나. 憲法 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항, 제119조 제1항

【참조 판례】

나. 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 93헌바9 결정

헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 92헌바27, 94헌바6·47(병합) 결정

헌법재판소 1995. 9. 28. 선고, 94헌바23 결정

【주 문】

1. 구 증권거래법(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항 및 구 주식회사의외부감사에 관한 법률(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 전단은 "회계법인인 감사인이 당해 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 위 구 주식회사의외부감사에 관한 법률 제17조 제2항 전단에 의한 손해배상책임을 지지 아니하는 것"으로 해석하는 한 각 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 위 구 증권거래법 제197조 제2항은 같은 법 제15조의 규정 중

"..... 금액으로 한다"라는 부분을 추정규정으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 관련사건의 원고(선정당사자, 이하 "원고"라고 한다)를 비롯한 선정자 김○숙 등(이하 "원고 등"이라고 한다)은 1991. 11. 26.부터 같은해 12. 5.까지 사이에 증권거래소에 상장된 주식회사 영원통신의 주식을 매입하였는데, 위 회사가 부도를 내고 그에 대한 보전처분 및 정리절차가 개시되는 바람에(1991. 11. 28. 정리절차개시신청, 1992. 6. 25. 정리절차개시결정, 1993. 6. 정리절차폐지결정) 그 주식 가격이 폭락함으로써 원고 등은 주식투자금을 거의 상실하는 등의 손해를 입었는 바, 원고 등은 위 회사에 대한 외부감사인인 제청신청인이 회계감사를 부실하게 하는 바람에 이를 신뢰하고 위 회사 주식에 투자를 한 원고 등이 위 손해를 입었다고 주장하며 서울민사지방법원(현 서울지방법원)에 제청신청인 등을 상대로 구 증권거래법(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정되기 전의 것, 이하 "증권거래법"이라 한다) 제197조 제1항 및 이에 의하여 준용되는 구 주식회사의외부감사에관한법률(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것, 이하 "외감법"이라 한다) 제17조 제2항 소정의 사유를 청구원인으로 하여 증권거래법 제197조 제2항, 제15조 소정 금액의 지급을 구하는 주식원금반환등청구의 소를 제기하였다.

(2) 이에 제청신청인이 증권거래법 제197조 제1항·제2항 및 외

감법 제17조 제2항 전단에 대한 위헌제청신청(94카기43)을 하자 제청법원이 이를 받아들여 1994. 9. 3. 위헌제청결정을 한 것이다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 증권거래법 제197조 제1항·제2항 및 외감법 제17조 제2항 전단이 위헌의 법률조항인지 여부인 바, 이 사건 심판대상 조항 및 관련조항인 증권거래법 제15조의 내용은 다음과 같다.

(1) 증권거래법 제197조 【감사인의 손해배상책임】 ①선의의 투자자에 대한 감사인의 손해배상책임은 주식회사의외부감사에관한법률 제17조 제2항 내지 제4항의 규정을 준용한다.

②제1항의 규정에 의한 손해배상액의 산정에 관하여는 제15조의 규정을 준용한다.

(2) 외감법 제17조 【손해배상책임】 ②감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 제3자에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 감사인은 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다. (후단 생략)

(3) 증권거래법 제15조 【손해배상액】 제14조의 규정에 의하여 배상할 금액은 청구권자가 당해 유가증권을 취득함에 있어서 실지로 지급한 액에서 다음 각호의 1에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다.

1. 당해 유가증권에 관하여 소송이 제기되어 있는 때에는 변론종결시에 있어서의 시장가격(시장가격이 없는 경우에는 추정처분가격)

2. 제1호의 변론종결전에 당해 유가증권을 처분한 때에는 그

처분가액

2. 위헌제청결정이유와 이해관계인들의 의견

가. 위헌제청결정이유와 요지

(1) 증권거래법 제197조 제1항에 의하여 준용되는 외감법 제17조 제2항 전단은 입법연혁이나 입법목적 등에 비추어 볼 때 회계법인인 감사인에 대하여 무과실의 손해배상책임을 규정한 것으로 보아야 할 것인 바, 이는 감사인의 책임의 본질이나 증권거래법 제14조 소정의 주식발행인의 손해배상책임과 비교하여 볼 때 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에 위배되고 형평의 원칙에도 맞지 않는다.

(2) 증권거래법 제197조 제2항은 감사인의 손해배상책임 범위에 관하여 같은법 제15조를 준용하도록 하고 있는 바, 주가는 주식발행회사의 경영상태뿐만 아니라 다양한 정치적·사회적·경제적 요인에 의하여 결정되는 것이고 투자자도 감사인의 감사 보고서에만 기초하여 투자를 하는 것이 아님에도 불구하고 이러한 제요소가 결합하여 발생한 손해 전부에 대하여 감사인에게 책임을 지우는 것은 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 위배된다.

나. 관련사건 원고의 의견 요지

감사인의 부실감사로부터 투자자를 보호하기 위하여 감사인에게 무과실의 손해배상책임을 부담시키는 것은 정당한 것이고, 증권거래법 제15조는 감사인의 부실감사로 인한 투자자의 최소한의 손해액만을 배상하도록 정하고 있어 오히려 투자자의 이익을 해하는 규정이다.

다. 재무부장관의 의견 요지

외감법 제17조 제2항 전단은 그 입법연혁이나 다른 조항과 관련

하여 해석할 경우 과실책임주의를 규정한 것이고, 증권거래법 제15조는 손해액의 입증에 어려움을 겪는 투자자를 보호하기 위한 손해배상액의 예정 규정에 불과하여 구체적 손해액은 법관에 의하여 합리적으로 결정될 수 있으므로 이 사건 심판대상 조항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 판단

가. 증권거래법 제197조 제1항 및 외감법 제17조 제2항 전단의 검토

(1) 증권거래법 제197조 제1항에 의하여 준용되는 외감법 제17조 제2항 내지 제4항은 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임에 관하여 "감사인이 합동회계사무소 또는 감사반인 경우에는 당해 감사에 참여한 공인회계사가 연대하여 손해를 배상할 책임이 있고, 그 경우 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 손해배상책임을 지지 않는 것"으로 규정함으로써 이 사건 관련사건과 같이 회계법인인 감사인인 경우에는 당해 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하더라도 감사인이 면책되지 않는 것으로 해석될 수 있는바, 그렇다면 회계법인인 감사인에 대하여 무과실의 과중한 손해배상책임을 부담시킴으로써 헌법에 위반되지 않는가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 법규의 해석은 그 문언만에 의할 것이 아니라 입법경위나 입법목적, 관련법규와의 관계 등을 종합하여 합리적으로 해석하여야 할 것이므로 과연 위 조항이 회계법인인 감사인의 제3자에 대한 무과실 손해배상책임을 규정한 것인지에 관하여 살펴본다.

(2) 법령의 연혁면에서의 검토

외감법상 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임 조항은 1980. 12. 31. 법률 제3297호로 외감법이 제정되면서 제17조 제2항으로 신설되었는바, 당시의 규정은 다음과 같다.

제17조 제2항 : 감사인이 중요한 사항에 관하여 감사보고서에 기재하지 아니하거나 허위의 기재를 함으로써 제3자에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 감사인은 제3자에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명한 때에는 그러하지 아니하다.

위 조항은 그 후 1989. 12. 30. 법률 제4168호로 외감법이 개정되면서 이 사건 심판대상 조항과 같이 바뀌었는바, 위 양 규정을 비교하여 살펴보면 다음과 같은 차이점이 있음을 알 수 있다. 즉, 구 조항의 본문 중 "연대하여" 부분이 삭제되고 단서가 "이 경우 제1항 후단의 규정을 준용한다."로 바뀌었는데, 위 제1항 후단은 "이 경우 합동사무소 또는 감사반인 감사인의 경우에는 당해 회사에 대한 감사에 참여한 공인회계사가 연대하여 손해를 배상할 책임을 진다."라고 규정하고 있고, 한편 위 개정시 제17조 제4항이 신설되어 같은 조 제1항 후단 또는 제2항 후단의 경우 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 손해배상책임을 지지 아니하는 것으로 되었다.

위 개정 내용을 형식적으로 보면 첫째로 감사인은 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하더라도 면책되지 않고, 둘째로 감사인이 합동회계사무소 또는 감사반인 경우에 당해 회사에 대한 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명할 경우에 그 공인회계사가 면책되는 것이므로, 감사인이 회계법인인 경

우에는 감사인인 회계법인과 그 구성원인 공인회계사 모두 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하더라도 면책되지 않는 것으로 법규가 개정되었다고 해석할 수도 있다. 그러나 위와 같은 해석은 다음과 같은 이유로 부당하다.

첫째, 종래의 과실책임을 무과실책임으로 변경시키는 것은 법률의 중요한 사항에 관한 변경이라 할 것인데 위 외감법 개정시 이 점에 관하여는 아무런 제안이유 설명이나 토론이 된 바 없으며 주무부 장관인 재무부장관 또한 위 개정시 이 사건 심판대상 조항에 의한 감사인의 손해배상책임을 무과실책임으로 전환하고자 하는 입법의도는 없었다고 하고 있다.

둘째, 감사인 중 합동회계사무소 또는 감사반은 회계법인과 달리 원칙적으로 법인 이나 권리능력없는 사단(또는 재단)이 아니므로 손해배상책임의 주체가 될 수 없다는 점을 감안하면, 외감법 제17조 제1항 후단, 제2항 후단 및 제4항의 내용은 합동회계사무소 또는 감사반이 감사인인 경우 당해 회사에 대한 감사에 참여한 공인회계사가 감사인인 합동회계사무소 또는 감사반과 연대하여 손해를 배상하되 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니한 경우에 공인회계사는 면책된다는 의미가 아니라 합동회계사무소 또는 감사반이 감사인인 경우 손해배상책임의 주체는 당해 회사에 대한 감사에 참여한 공인회계사들이고, 감사에 참여한 복수 공인회계사들의 책임의 상호관계는 연대채무(비진정연대채무의 의미이다)이며, 그 책임의 성질은 입증책임이 전환된 과실책임이라는 의미로 보아야 할 것이다. 그렇다면 외감법 제17조 제2항 후단, 제4항의 문면에 불구하고 감사인 중 나머지만 형태인 회계법인의 손해배상책임도 역시 입증책

임이 전환된 과실책임으로 보아야 할 것이다.

셋째, 위 외감법 개정시 제17조 제5항이 신설되어 감사인은 위 손해배상책임을 보장하기 위하여 재무부령이 정하는 바에 의하여 보험에의 가입 등 필요한 조치를 하여야 하도록 되었다 하더라도 이는 손해배상채무의 이행을 보장하기 위한 조치의 하나일 뿐이므로 위 제17조 제5항과 감사인의 무과실책임이 논리필연적으로 연결되는 것은 아니다.

넷째, 외국의 입법례를 보더라도 일본의 경우에는 주식회사의 감사등에관한상법의특례에관한법률 제10조에서 회계감사인의, 증권거래법 제21조 제1항 제3호, 제2항 제2호에서 공인회계사 또는 감사법인의, 미국의 경우에는 증권법 제11조 비(b)항 제3호에서 공인회계사의 면책항변을 각 인정하고 있다.

그렇다면 법령개정의 연혁면에서 보아 감사인이 회계법인인 경우 증권거래법 제197조 제1항에 의하여 준용되는 외감법 제17조 제2항 전단에 의한 감사인의 제3자에 대한 손해배상책임이 종래의 입증책임이 전환된 과실책임으로부터 무과실책임으로 전환된 것이라고 할 수 없다.

(3) 입법목적 등의 면에서의 검토

상법이 주식회사의 회계감사를 위한 필요적 상설기관으로 감사를 두고 있지만 회사의 내부 감사는 대부분 형식적으로 운영되어 이사회 등 경영진에 대한 견제기능을 발휘하지 못하여 온 반면 기업의 규모가 대형화하고 조직이 복잡해짐에 따라 기업과 직·간접적으로 관련을 맺게 되는 주주, 채권자, 종업원, 소비자 등 이해관계자의 수가 증대하였고, 이러한 이해관계자를 보호하기 위하여 그

들이 기업의 재무상태 및 경영성과를 정확히 판단하여 의사결정을 할 수 있도록 회계정보를 올바르게 작성 공시하여야 할 필요성이 증대하였으므로 외감법에서 외부감사제도를 도입하여 회계전문가인 감사인으로 하여금 회계감사업무를 처리하도록 한 것이다. 따라서 상법상의 감사와 외감법에 의한 감사인의 지위 및 책임의 본질에 근본적인 차이는 없다고 할 수 있고, 상법상 감사의 책임의 본질에 비추어 보면 외감법 제17조 제2항 전단에 의한 감사인의 책임의 본질은 다음과 같이 이해된다.

즉, 감사인은 회사에 대하여는 위임관계에 있어 그에 따른 법률관계를 갖지만, 제3자에 대하여는 직접적인 법률관계를 가지지 아니하므로 불법행위의 요건을 갖춘 경우에 한하여 배상책임이 있을 뿐이다. 그러나 감사가 적정하게 행하여지는 것은 회사외의 제3자에 대하여도 중요한 의미를 가지기 때문에 외감법 제17조 제2항과 같은 예외적인 규정을 두어 제3자의 이익을 보호하는 것이다.

그러나 위와 같은 감사인의 책임의 본질에 회계전문가인 감사인에 대한 제3자의 신뢰는 상법상의 감사에 대한 그것보다 더 보호되어야 할 것이라는 점 및 투자자나 이해관계인의 이익을 보호한다는 증권거래법 및 외감법의 입법목적을 종합하여 보아도 증권거래법 제197조 제1항, 외감법 제17조 제2항 전단에 의한 감사인의 책임을 무과실책임으로 해석하여야만 하는 것은 아니다. 오히려 위 각 규정에 의하여 제3자가 더 보호되는 만큼 감사인은 민법상의 일반불법행위책임 이상의 책임을 부담하는 것이 되므로 감사인의 제3자에 대한 책임 규정을 해석 운용함에 있어서는 위 양자의 이익을 적절히 조화시켜야 할 것이라는 점과 감사인의 제3자에 대한 책임의 기

초가 감사인의 부실감사로 인한 제3자의 손해발생 사실 자체가 아니라 그의 전문지식으로 인하여 그가 행한 직업적 행위에 권위가 주어짐에도 불구하고 그 임무를 해태하였다는 데에 있다는 점을 감안한다면 감사인의 제3자에 대한 책임은 본질적으로 과실책임이라고 할 것이고, 따라서 상법상 감사가 책임을 부담하지 않는 경과실로 인한 행위에 대하여도 감사인에게 책임을 부담시키고(상법 제414조 제2항은 "감사가 악의 또는 중과실로 인하여 그 임무를 해태한 때"에 제3자에 대하여 손해배상책임이 있는 것으로 규정하고 있다), 고의 또는 과실이 없었다는 점에 관한 입증책임을 감사인에게 전환하는 정도로도 그 입법목적을 달성하기에 충분하다고 할 것이다.

(4) 증권거래법의 다른 규정과의 관련하여서의 검토

유가증권신고등에관한규정 제7조, 제10조는 유가증권신고서에 재무에 관한 사항과 감사인의 감사의견을 기재하고 이에 감사인의 감사보고서를 첨부하도록 규정하고 있고, 증권거래법 제12조 제2항은 유가증권신고서에 기재된 내용과 상이한 내용을 사업설명서에 기재하지 못하도록 규정하고 있으며, 한편 증권거래법 제14조는 발행인이 유가증권신고서와 증권거래법 제12조의 규정에 의한 사업설명서 중 허위의 기재 또는 표시가 있거나 중요한 사항을 기재 또는 표시하지 아니함으로써 유가증권의 취득자에게 손해를 끼친 때에 유가증권신고자 등 소정의 자는 그 손해에 관하여 배상의 책임을 지되 배상의 책임을 질 자가 상당한 주의를 하였음에도 불구하고 허위의 기재 또는 표시가 있거나 중요한 사항을 기재 또는 표시하지 아니하였음을 알 수 없었음을 증명한 경우에는 면책되는 것으로 규정하고 있다.

그렇다면 부실 또는 허위의 사항이 기재된 유가증권신고서와 사업설명서를 작성·사용함으로써 실제로 이익을 얻는 유가증권 신고자 등은 입증책임이 전환된 과실책임을 부담함에 비하여 그 기초자료를 제공함에 불과한 감사인은 무과실책임을 부담한다고 해석하는 것은 형평의 원칙에 반하는 것이므로 채택할 바 못된다.

(5) 따라서 증권거래법 제197조 제1항에 의하여 준용되는 외감법 제17조 제2항 전단은 그 입법연혁이나 입법목적, 다른 조항과의 균형있는 해석 등 어느모로 보나 "회계법인인 감사인이 당해 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 외감법 제17조 제2항 전단에 의한 손해배상책임을 지지 아니하는 것"으로 해석되므로 헌법에 반한다고 할 수 없다.

나. 증권거래법 제197조 제2항 및 제15조의 검토

(1) 문제의 제기

증권거래법 제197조 제2항은 같은 조 제1항의 규정에 의한 손해배상액의 산정에 관하여 같은 법 제15조의 규정을 준용하도록 하고 있는바, 위 제15조는 손해배상의 범위에 관하여 "제14조의 규정에 의하여 배상할 금액은 청구권자가 당해 유가증권을 취득함에 있어서 실지로 지급한 액에서 다음 각 호의 1에 해당하는 액을 공제한 금액으로 한다."라고 규정함으로써 상당인과관계에 따라 손해배상의 범위가 결정되는 통상적인 경우와는 달리 손해배상의 범위를 간주의 형식으로 법정하고 있다.

그런데 손해배상의 범위가 간주된다는 것은 배상의무자가 손해의 발생과 자기의 행위와의 사이에 상당인과관계가 존재하지 않음을 입증하더라도 면책 또는 감책될 수 없다는 것(다만 역으로 배상권

리자가 초과손해액을 입증하여 법정손해액보다 많은 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점은 달리 검토되어야 한다)이므로 배상의무자로서는 자기책임의 원칙을 벗어나는 부분에 대하여까지 손해배상책임을 부담하는 경우가 있게 되고, 따라서 그 위헌성이 문제된다.

(2) 입법목적에 대한 검토

증권거래법 제15조는 다양한 요인에 의하여 결정되는 주가의 등락분 중 감사인의 부실감사 등으로 인한 하락분을 가려내어 그 인과관계를 입증한다는 것이 투자자의 입장에서 볼 때 반드시 용이한 것이 아님에도 민법의 일반원칙에 따라 그 입증을 요구할 경우 투자자보호라는 증권거래법의 입법목적에 달성함에 충분하지 아니하므로 손해배상의 범위를 법정(간주)함으로써 투자자보호를 강화하는 것을 그 목적으로 하는 것으로 해석되고 따라서 증권거래법 제15조 및 이를 준용하도록 한 증권거래법 제197조 제2항의 입법목적은 정당하다.

(3) 수단의 적정성에 대한 검토

위에서 본 바와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로 손해배상의 범위를 간주하는 것이 적절한 것인지를 살피건대, 손해배상의 범위를 법으로 간주한다는 것은 결국 상당인과관계의 존재를 간주한다는 것에 지나지 아니하므로 손해배상범위 간주 규정이 정당화되기 위하여는 적어도 다음과 같은 전제조건을 충족하여야 할 것이다.

첫째, 금전채무불이행의 경우에 있어서의 법정이자 상당의 수익(민법 제397조 제1항), 지적재산권침해의 경우 실시료 상당의 수익(특허법 제128조 제2항, 실용신안법 제31조, 의장법 제64조 제2항, 상표법

제67조 제2항 등)과 같이 각 재산권과 본질적으로 연결되는 수익의 범위가 일반적으로 인정되기 때문에 재산권에 대한 침해행위와 손해 사이에 상당인과관계의 존재를 간주하는 것이 사회통념상 허용될 수 있어야 한다.

둘째, 간주되는 손해액은 침해된 당해 재산권을 특별히 운용하지 않더라도 그 사회적·경제적 본질에 따라 당연히 발생할 것으로 생각되는 최소한의 금액이어야 한다 [따라서 배상권리자로서는 이를 초과하는 손해가 있다면 그 배상을 청구할 수 있다고 해석하여야 할 것이지만, 입법례는 당해 재산권의 본질 및 손해배상액 간주의 이유 등과 관련하여 구체적 경우에 따라 달리 정하고 있다(민법 제397조 제2항, 특허법 제128조 제3항 등)].

이 밖에 당해 재산권의 특성상 운용방법 및 이로 인한 손해가 다양할 수밖에 없어 손해배상 청구사건을 심리하는 법원의 부담을 경감해 주려는 정책적 이유도 손해배상액 간주의 한 근거로 될 수 있으나 앞서 본 조건을 충족시키지 못한 상태에서 위와 같은 정책적 이유만으로 손해배상의 범위를 간주함에 있어서는 이를 정당화할 만한 특별한 사정이 있어야만 할 것이다.

그런데 증권거래법 제15조 소정의 손해배상액이 상당인과관계가 정형적으로 인정되는 최소한의 손해액이므로 그와 같은 간주규정을 두어 배상의무자(감사인)의 감책·면책항변을 불허하여도 좋을 정도인가 하는 점에 관하여는 다음과 같은 이유로 이를 긍정하기 어렵다.

첫째, 불법행위와 법정손해액 사이에 상당인과관계가 인정되지 않는다. 즉, 증권투자자는 감사인의 감사보고서만 믿고 투자를 하

는 것이 아닐 뿐 아니라, 증권가격은 감사대상회사의 재무상태만이 아니라 국내외의 정치·사회·경제적 제요인들에 민감히 반응함을 그 속성으로 하는 것이므로 이와 같은 제요인들에 의하여 결정되는 주식투자 및 가격하락분 중 감사인의 부실감사 등과 상당인과관계를 인정할 수 없는 요인으로 인한 손해에 대하여는 감사인이 면책되어야 함이 당연하다.

둘째, 증권거래법 제197조 제2항, 제15조에 규정된 법정손해액이 주식투자자의 최소한의 손해라고 볼 수도 없다. 오히려 위 규정은 주식투자자로 인하여 손해를 입은 경우 침해받은 재산권과 본질적으로 연결되는 또는 통상 얻을 수 있을 것으로 사회통념상 생각되는 최소한의 이익이나 손해를 쉽게 평가할 수 없기 때문에 입증의 곤란을 방지하기 위하여 정책적으로 둔 규정으로서의 성격이 강하다고 할 것인바, 증권가격 결정상의 특성으로 인하여 투자자의 손해액 입증이 곤란하고 법원에 심리상의 부담을 주는 점은 있으나 그렇다고 하여 그 이유만으로 앞서 살펴 본 바와 같은 전제조건을 충족시킬 수 없음에도 불구하고 손해배상액의 범위를 법으로 간주하는 것은 적절한 방법이라고 할 수 없다.

왜냐하면 투자자의 입증곤란이나 법원의 심리곤란 등을 덜어 준다는 입법목적이 정당하다 할지라도 그 목적을 위한 수단으로는 배상액의 추정규정을 두는 것만으로도 충분함에도 간주규정을 둠으로써 배상의무자의 반증을 불허하고 법원의 재량권을 제한하는 것은 비례의 원칙에 반하는 것이기 때문이다.

외국의 입법례를 보더라도 일본의 경우 증권거래법상 감사인의 손해배상액의 범위를 정한 규정은 없고, 다만 증권거래법 제 19조

제1항은 허위 또는 부실의 유가증권신고서 또는 사업설명서의 신고·발행자의 손해배상액에 관하여 우리나라 증권거래법 제15조와 유사한 규정을 두고 있지만 한편 같은 조 제2항으로 배상 의무자가 손해의 전부 또는 일부가 허위의 기재 또는 중요한 사실의 기재누락에 의하여 생길 가치하락 이외의 사정에 의하여 생긴 것을 입증한 경우에는 그 부분에 대하여 면책되는 것으로 규정하고 있고, 미국의 증권법 제11조 이(e)항도 공인회계사 등의 책임범위에 대하여 일본 증권거래법과 같은 취지의 면책규정을 두고 있다.

(4) 추정규정으로의 해석

그러므로 증권거래법 제15조를 문면대로 간주규정으로 해석한다면 이를 준용하도록 한 증권거래법 제197조 제2항은 헌법에 반한다. 그러나 이를 단순위헌으로 선언할 경우에는 증권거래법 제197조 제1항에 근거한 손해배상청구소송에서 주식투자자는 일반적인 손해배상청구소송에서와 마찬가지로 감사인의 부실감사와 손해발생 사이의 인과관계를 입증하여야 하는데 그 입증은 사실상 곤란하고 이를 심리하는 법원도 큰 부담을 안게 될 것이므로 가급적이면 위 법규정의 효력을 유지하는 쪽으로 이를 해석하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

살피건대 손해배상의 범위에 관한 간주규정과 추정규정은 본질적으로 상이한 규정이라기 보다는 간주규정이 배상의무자의 반증을 불허함으로써 추정규정보다 배상권리자를 보다 더 두텁게 보호하는 정도의 질적·양적 차이가 있는 것으로 볼 것이고 따라서 증권거래법 제15조를 추정규정으로 해석하더라도 입법권의 침해에 해당하지는 아니하므로 이를 추정규정으로 해석함으로써 그 위헌성을

제거함이 상당하다.

위와 같이 해석하는 경우 앞서 본 바와 같은 증권거래법 제15조 및 제197조 제2항의 입법목적을 충분히 달성할 수 있고(법원의 실무운용 태도에 따라서는 추정규정만으로도 간주규정과 같이 운용될 수도 있을 것이다) 이를 간주규정으로 해석할 경우에 생기는 앞서 본 바와 같은 문제점도 해소할 수 있기 때문이다.

(5) 그렇다면 증권거래법 제197조 제2항은 같은 법 제15조의 규정 중 "…… 금액으로 한다"라는 부분을 추정규정으로 해석하는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결론

따라서 구 증권거래법(1991. 12. 31. 법률 제4469호로 개정되기 전의 것) 제197조 제1항 및 구 주식회사의외부감사에관한법률(1993. 12. 31. 법률 제4680호로 개정되기 전의 것) 제17조 제2항 전단은 "회계법인인 감사인이 당해 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 해태하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 위 구 주식회사의외부감사에관한법률 제17조 제2항 전단에 의한 손해배상책임을 지지 아니하는 것"으로 해석하는 한 각 헌법에 위반되지 아니하고, 위 구 증권거래법 제197조 제2항은 같은 법 제15조의 규정 중 "…… 금액으로 한다"라는 부분을 추정규정으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 4.

재판장

재판관 김용준

재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
주심 재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

민사소송등인지법 제2조 제1항 등 위헌소원

(1996. 10. 4. 95헌가1, 4(병합) 전원재판부)

[판례집 8권2집, 258~282]

【관시 사항】

민사소송(民事訴訟)등인지법(印紙法)제2조 제1항의 위헌 여부

【결정 요지】

가. 인지제도의 목적은 수익자부담의 원칙에 따라 국가 또는 공공단체가 특정 개인을 위하여 행하는 역무에 대한 반대급부로서의 수수료의 성질을 가짐과 아울러 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 방지하고 남소에 따른 법원의 과중한 업무부담에서 오는 법원업무의 양질성과 효율성 저하를 방지하는 데에 있는 것인바, 현행 민사소송등인지법은 인지액 산정비율을 통일, 일원화 하였고(1천분의 5) 종전에 적용되던 비율 중 가장 낮은 비율을 채택하여 국민의 부담을 경감시키고 있으며, 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 소송상의 구조를 할 수 있게 하고 있을 뿐만 아니라 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 재판청구권과 그에 의하여 추구되는 공익 사이에는 상당한 비례 관계가 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 재판청구권을 과잉금지의 원칙에 반하여 과도하게 제한하고 있는 것이라고 할 수 없다.

나. (1) 민사소송등인지법 제2조 제1항은 소송물가액에 대하여 일정한 비율의 인지첩부를 요구하고 있고 위에서 본 소송 구조제도를 이용하여 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어두고 있으므로 소송제기시 무자력자를 자력자에 비하여 인지액수에서 불합리하게 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 소송수수료 특히 인지대를 어떠한 형태로 어느 정도로 정할 것인가는 재판제도의 구조와 완비 정도, 그 나라의 인지제도의 연혁, 재판제도를 이용하는 국민의 법의식, 국가의 경제여건 등 여러 가지 요소를 종합하여 고려하여야 하고, 그 규정방식이 지극히 불합리하거나 인지액이 소송물가액 등에 비추어 지극히 다액이어서 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 아니하는 한, 입법자의 광범위한 재량영역에 속하는 것이다. 비례제를 채택하고 있는 경우에는 소가가 고액이 될 수록 항상 인지대 역시 그에 비례하여 고액이 되나 이는 비례제에 수반되는 불가피한 현상일 뿐만 아니라, 제소자가 재판을 통하여 잠재적으로 확보하게 되는 이익 또한 큰 것이므로 비례제로 인한 차별은 적정선을 넘는 지나친 차별이라 할 수 없고 합리적인 이유가 있는 것이어서 소송물가액이 고액인 사건의 비율, 우리 나라의 경제 현황 등 여러 가지 사정을 고려할 때 이 사건 법률조항은 고액 소송물의 제소자를 다른 제소자에 비하여 불합리하게 차별하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 조항이라고 할 수는 없다.

재판관 김문희, 황도연의 반대의견(反對意見)

인지대의 목적이 비록 남소방지를 위한 측면이 있다고 하더라도 수수료의 성격이 주된 것이므로 수수료에 해당하는 비용을 현저히 넘는 고액의 인지대는 재판청구권에 대한 지나친 제한으로서 과잉금지의 원칙에 반한다.

이 사건 법률조항은 이 사건의 당해 관련사건의 경우에서 본 바와 같이 소가가 다액인 경우에는 언제나 그에 비례하여 수수료의 성격을 무색케 할 정도로 다액의 인지를 붙이도록 함으로써 실질적으로 그러한 사람의 재판에 의한 권리구제의 길을 막는다고 아니할 수 없으므로 그 범위 안에서 재판청구권을 지나치게 제한한 위헌인

법률조항으로 보아야 한다.

【당 사 자】

제 청 법 원 95헌가1 : 서울지방법원(1994. 12. 27. 94카기2622 위헌법률심판제청)

95헌가4 : 창원지방법원(1995. 2. 28. 95카기71 위헌법률심판제청)

- 제청신청인
- 1. 이 ○ 순(95헌가1)
 - 2. 김 ○ 수(95헌가1)
 - 3. 김 ○ 수(95헌가1)
 - 4. 이 ○ 호(95헌가4)
 - 5. 김 ○ 준(95헌가4)
 - 6. 조 ○ 수(95헌가4)
 - 7. 장 ○ 흥(95헌가4)
 - 8. 이 ○ 모(95헌가4)
 - 9. 김 ○ 연(95헌가4)
 - 10. 강 ○ 태(95헌가4)
 - 11. 방 ○ 부(95헌가4)
 - 12. 김 ○ 남(95헌가4)

제청신청인 1,2,3의 대리인 변호사 김 평 우 외 1인
제청신청인 4 내지 12의 대리인 변호사 문 재 인 외 3인
관련사건 서울지방법원 93가합99314호 손해배상(기)(95헌가1)
창원지방법원 92가합5652호 손해배상(기)(95헌가4)

【심판대상조문】

민사소송등인지법 제2조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4299호로 전문개정된 것) 제2조 (訴狀) ① 訴狀(反訴狀 및 大法源에 제출하는 訴狀을 제외한다)에는 訴訟目的의 價額(이하 "訴價"라 한다)에 1千分의 5를 곱하여 算出한 金額 상상의 印紙를 붙여야 한다.

②~⑤ 생략

【참조 조문】

1. 헌법 제27조 제1항, 제37조 제2항

민사소송법 제118조 (구조의 요건) ① 법원은 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자의 신청에 의하여 각심에서 소송상의 구조를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.

②구조의 사유는 소명하여야 한다.

민사소송법 제119조 (구조의 객관적 범위) 소송과 강제 집행에 대한 소송상의 구조는 다음과 같다.

1. 재판비용의 납입유예
2. 변호사 및 집행관의 보수와 채당금의 지급유예
3. 소송비용의 담보면제

② 생략

나. 헌법 제11조 제1항

민사소송법 제118조 (구조의 요건) ①법원은 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자의 신청에 의하여 각심에서 소송상의 구조를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다.

②구조의 사유는 소명하여야 한다.

민사소송법 제119조 (구조의 객관적 범위) 소송과 강제 집행에 대한 소송상의 구조는 다음과 같다.

1. 재판비용의 납입유예
2. 변호사 및 집행관의 보수와 채당금의 지급유예
3. 소송비용의 담보면제

② 생략

【참조 판례】

- 가. 1994. 2. 24. 선고, 93헌바10 결정
- 나. 1994. 2. 24. 선고, 93헌바3 결정
- 1994. 2. 24. 선고, 93헌바10 결정

【주 문】

민사소송등인지법 제2조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4299호로 전문개정된 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 95헌가1 사건

제청신청인 1, 2, 3은 충주호 부근 소재 토지 22만평지상에서 대규모 종합관광레저사업을 목적으로 하는 청구외 주식회사 ○○(이하 ○○라고 한다)의 발행주식 80,000주(1주당 액면금 10,000원) 전부를 사실상 소유하고 있던 청구외 망 김유방의 가족들로서 위 망인이 1993. 4. 27. 사망함에 따라 위 망인의 재산을 공동상속한 상속인들이다.

위 제청신청인들은, 청구외 학교법인 건국대학교의 재단이사장이던 청구외 유○윤이 위 ○○의 인수대금을 지급할 의사나 능력이 없었음에도 불구하고 자신의 사회적 신분 등을 이용하여 위 망인을 기망하여 1990. 10. 경 위 망인과 위 ○○의 인수계약을 체결하고 '선(先) 주식인수, 후(後) 대금지급'의 약정 하에 1990. 12. 27. 위 망인 소유의 ○○ 주식 8만주와 위 회사의 경영권을 양도받아 편취하였다고 주장하면서 1993. 일자 불상경 위 유○윤외 6인을 상대로 서울민사지방법원(1995. 3. 1. 서울지방법원으로 개칭)에 93가합99314호로 금 3500만원의 손해배상청구소송을 제기하였다.

그런데 위 제청신청인들은 소장 제출 후 1994. 5. 13. 청구금액을 금 200억원으로 확장하면서 확장된 소가 금19,965,000원에 대한 추가 인지액 금99,825,000원(=19,965,000원 x 5/1000) 중 금100원만을 인지로 첩부하였다. 이에 서울민사지방법원은 1994. 5. 17. 위 제청신청인들의 대리인에게 부족한 인지를 10일 이내에 보정할 것을 명하였던 바, 위 제청신청인들은 민사재판을 받기 위한 조건으로 모든 사건에 대하여 일률적으로 상한의 제한없이 소가의 1천분의 5에

상당하는 인지를 첩부하도록 규정한 민사소송등인지법 제2조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4299호로 전문개정된 것)이 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원 94카기2622호로 위헌제청신청을 하였고, 서울민사지방법원은 1994. 12. 27. 위 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 결정하였다.

(2) 95헌가4 사건

청구의 ○○종합특수강주식회사는 방위산업체로서, 그 회사의 노동조합간부 또는 파업지도부의 구성원인 이 사건 제청신청인 4 내지 12 쟁의행위가 금지되어 있는 위 회사 내에서 1992. 9. 8. 경부터 같은 달 21. 경까지 불법쟁의를 하여 회사 기물을 파손하고 공장가동을 중단하게 함으로써 손해를 입었다고 주장하면서 동 제청신청인들을 상대로 창원지방법원 92가합5652호로 손해배상청구소송을 제기하였고, 위 법원은 1994. 12. 6. 피고들은 연대하여 원고에게 금 3,000,000,000원 및 이에 대한 법정이자 상당의 지연손해금을 지급하라는 판결을 선고하였고, 위 판결은 1995. 1. 3. 동 제청신청인들에게 송달되었다.

이에 위 제청신청인들은 항소제기기간내인 1995. 1. 17. 위 판결에 대하여 항소를 제기하면서 금1,000원의 인지만을 첩부하였던 바, 위 법원은 동 제청신청인들에게 5일 이내에 항소장에 부족한 인지 금29,999,000원 상당을 첩부할 것을 명하였고 위 명령은 같은 달 21. 동 제청신청인들에게 도달되었으나, 동 제청신청인들은 이에 응하지 아니하면서 위 (1)항의 민사소송법 제2조 제1항이 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원 95카기71호로 위헌제청신청을 하였고, 위 법원은 1995. 2. 28. 위 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판제

청을 결정하였다.

나. 심판의 대상

(1) 따라서 이 사건 심판의 대상은 민사소송등인지법 제2조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4299호로 전문개정된 것, 이하 이 사건 법률조항이라 한다)이며 그 내용은 다음과 같다.

제2조 [소장] ① 소장(반소장 및 대법원에 제출하는 소장을 제외한다)에는 소송목적의 가액(이하 소가라 한다)에 1천분의 5를 곱하여 산출한 금액 상당의 인지를 붙여야 한다.

2. 위헌심판제청이유 및 이해관계인의 의견 요지

가. 제청법원들의 위헌심판제청이유 요지

(1) 인지대(印紙代)는 일반 국민의 조세부담을 경감시키고 남소에 의한 폐단을 시정하기 위하여 법원에 소 제기시 당사자로 하여금 그 이용대가의 일부 또는 수익자 부담으로서 수수료를 징수하는 의미가 있는 것이다.

그러나 만약 인지대의 정도가 상당한 고율에 해당하여 실질적으로 국가 소송제도의 이용을 저지할 정도에 이른다면 이는 헌법상 보장된 평등권과 재판청구권을 본질적으로 침해하는 결과에 이른다고 할 것이므로 인지대 액수의 범위를 입법으로 정한다고 하더라도 그 범위는 국가재정, 정의감 등의 국민감정, 사회사정 등을 참작하여 남소 방지 등 소송제도를 적정하고 합리적으로 운영할 수 있는 선에 맞추어 결정되어야 할 것이고, 그 인지대의 액수가 소가의 상당부분에 달하여 경제적인 무자력자 등으로 하여금 법원에의 접근과 소송절차상 권리행사에서의 기회균등이 사실상 차별화되어 소의 제기나 상소를 제한하게 할 정도가 되어서는 아니된다.

(2) 이 사건 규정에 의하면 모든 국민은 민사재판을 받기 위한 전제로서 소가 계산이 가능한 재산권상의 청구에 기한 모든 사건에 대하여 상한의 제한 없이 소가의 1천분의 5의 비율에 의한 인지를 일률적으로 첩부하여야 하는바, 이에 의하면 금200억원의 손해배상을 구하는 이 사건 소송에서 제청신청인들로서는 사건의 실제적인 진실 발견의 절차에 들어가기도 전에 금1억원이라는 거액을 인지대로 납부하여야 하는 결과에 이르게 된다 할 것인데, 인지대가 수익자 부담의 원칙에서 수수료 징수의 성격과 무분별한 납소를 억제시킴으로써 법원 기능의 효율성을 제고시킨다는 순기능을 가진다는 점을 고려한다 하더라도 위와 같은 결과는 이미 경제적인 곤란이 있는 당사자에게 민사소송을 통한 권리구제의 길을 사실상 포기하게 만드는 것일 뿐만 아니라 그 자체로서 인지대가 수수료의 범위를 일탈하는 수준에 이르러 너무 과도한 비용에 해당한다고 할 것이다.

앞으로 국가경제규모가 더욱 확대되고 사인간의 분쟁이 복잡 다양화되면서 소송물 가액이 수백억 내지 수천억원에 달하는 소송도 얼마든지 예상할 수 있다 할 것인데, 만일 이 사건 법률조항에 따른 인지의 첩부제도를 그대로 유지한다면 소장에 첩부하여야 할 인지대만도 수억원대에 이르는 경우가 발생할 수 있으며 따라서 그러한 경우 과도한 인지대가 부담스러워 피해자가 권리침해를 당하고도 재판을 청구하지 못하는 상황이 발생할 수도 있다 할 것이고, 그로 인한 결과는 인지대의 부과로 말미암아 사실상 헌법상 보장된 재판청구권과 법 앞의 평등이라는 대전제에 위반되는 것이라고 볼 수 있으므로 위헌의 의심이 있다.

(3) 소의 적법요건이나 장해사유에 대한 입법에는 항상 과잉금지라는 법치국가의 원칙 및 소송제도가 효과적인 권리구제 수단이 되어야 한다는 측면이 고려되어야 할 것인바, 이 사건 법률조항은 상한의 제한이 없다는 점 그 자체로 사건에 따라 국가의 소송제도를 이용하고자 하는 당사자에게 필요 이상으로 과도한 비용을 요구하게 되어 이로 인하여 위 인지대의 선납규정이 가지는 법률적 성격과 기능이 상쇄되는 역작용이 초래될 가능성이 농후하므로 이 사건 법률조항은 이러한 관점에서도 위헌의 의심이 있다.

(4) 민사소송법은 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여 그 신청과 소명에 의하여 패소할 것이 명백한 경우를 제외하고는 각 심급에서 소송상의 구조를 할 수 있도록 하고(제118조), 이에 따라 소송상의 구조를 받는 자는 인지대 등 재판비용의 납입을 유예 받을 수 있도록(제119조 제1항) 제도적 장치를 마련하고 있으나, 이는 소송당사자의 자력이 부족할 경우 한정적으로 위 구조를 받아 인지대 등의 납입을 유예받는 것에 불과한 것으로서(사실상 소송구조의 혜택을 누릴 수 있는 범위도 상당히 제한적이다) 위와 같은 사정만으로는 과도한 인지액의 부담으로 인하여 사실상 재판청구권을 제한 당하게 되는 현실적인 측면에서 이 사건 법률조항의 위헌성을 의심하는 데 별다른 영향은 없다 할 것이다.

나. 법원행정처장의 의견 요지

(1) 재판청구권의 침해 여부

일반적으로 소송물 가액의 1천분의 5라는 비율은 이 사건과 같이 소가가 고액인 경우를 제외하고는 그다지 큰 비율은 아니다. 그런데 소가가 큰 민사소송일수록 그 권리관계가 복잡하고 이로 인하여

소송당사자에게 미치는 영향이 크며 이에 따라 소송도 장기간에 걸쳐 신중하게 진행되는 것이 보통이므로, 이러한 점을 고려하면 소가가 클수록 오히려 많은 비용이 들게 되어 소가가 작은 소송에 비하여 고율의 수수료를 납부하게 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 소가가 크면 클수록 당사자가 다액의 현금을 우선적으로 납입하여야 하는 부담이 커지는 만큼 누진율을 부가하는 것이 적절하지 않은 점이 있다. 그렇기 때문에 이러한 점을 고려하여 현행 법률은 일정한 비율에 의하여 인지를 산출하도록 하고 있다. 따라서 일정한 비율로 인지를 산출하게 하는 방법은 소송당사자간의 형평을 고려하여 정한 원칙이다.

또한 경제적인 부담은 절대적인 것이 아니라 상대적인 것이다. 200억원의 이해관계를 가지고 다투는 사건에서 1억원의 인지대는, 1억원의 이해관계가 걸려있는 사건에 있어서와는 달리, 전체의 소의 이익 중 일부에 불과한 것이므로 그 정도의 비용은 소송당사자가 충분히 감내할 수 있고 소송당사자들도 그 정도의 재산을 운영할 정도의 재력이 있다고 추정된다.

뿐만 아니라 민사소송비용의 최종적인 부담자는 원고가 아니라 그 소송에서 패소하는 자이므로, 원고가 정당하고 합목적적인 소송을 제기한다면 당연히 그에 따른 비용은 모두 회수할 수 있기 때문에 원고로서는 고액의 인지대를 선납하는 부담이 있다고 하더라도 소송자체를 주저하거나 포기하지는 아니한다.

(2) 과잉금지의 원칙의 위배 여부

이 사건 법률조항에 의한 인지산정이 소송의 실제 비용에 비추어 필요 이상으로 과도한 비용을 요구하는 결과가 된다는 주장이 있으

나, 실제 복잡 다양한 소송사건의 경우를 모두 예상하여 그 소송비용을 산출하고 그에 따라 인지를 부가하는 방식은 사실상 불가능하며 인지대에는 소송비용의 성격 뿐 아니라 남소를 억제하는 기능도 함께 가지고 있으므로 소가의 증액비율과 실제소송비용의 증액비율이 일치하지 않는다는 점만으로는 바로 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

오히려 이 사건 법률조항과 같은 인지산정방식은 소송당사자가 인지액수를 쉽게 산정할 수 있어 소송의 결과에 따른 비용부담의 정도를 쉽게 예측할 수 있는 장점이 있고 소가가 저액인 경우에 인지대보다 비용이 더 소요되는 손실요인을 소가가 고액인 경우에 전보하게 함으로써 전체적인 균형을 맞추는 역할을 담당하고, 국민 전체가 큰 부담없이 소송제도를 이용하게 하는 기능을 발휘하고 있다.

(3) 소송구조제도와와의 관련성

민사소송법상의 소송구조제도는 아무리 인지액이 다액이라도 패소할 것이 명백한 경우가 아닌 한 자력이 부족한 자에 대하여는 소송상의 구조가 이루어지며 정당한 소송이라면 인지대 상당의 비용은 최종적으로 패소자가 부담하게 되므로, 정당한 소송당사자에게는 소송을 수행할 수 있는 길이 보장되어 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 재판청구권이나 평등권에 어긋난다고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견 요지

법원행정처장의 의견 요지와 거의 같다.

3. 판단

가. 재판청구권의 침해 여부

(1) 우리 헌법은 제27조 제1항에서 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 하여 재판청구권을 국민의 기본적 권리로 보장하고 있다. 이 재판청구권은 어떤 경우에도 제한될 수 없는 절대적 권리는 아니며 헌법이 제37조 제2항에 정한 요건하에 법률로 제한될 수 있음은 물론이다. 그렇다고 하더라도 재판을 받을 기회는 국민에게 실효적 실질적으로 보장되어야 하며 수인할 수 없을 정도로 법원에의 제소를 어렵게 하여 재판청구권이 단지 명목적인 권리가 될 정도로 재판청구권을 제한할 수 있는 것은 아니다.

(2) 민사소송절차, 행정소송절차 기타 법원에서의 소송절차 또는 비송절차에서의 소장이나 신청서 또는 신청의 취지를 기재한 조서에는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송등인지법이 정하는 인지를 붙여야 하거나, 대법원규칙이 정하는 바에 따라 인지의 첩부에 갈음하여 당해 인지액 상당의 금액을 현금으로 납부하여야 한다(위 법률 제1조). 소장, 항소장 또는 상고장에 인지를 붙이지 아니한 경우에는 재판장은 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 인지를 보정할 것을 명하여야 하고, 원고, 항소인 또는 상고인이 그 보정을 하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 소장, 항소장 또는 상고장을 각하하여야 한다(민사소송법 제231조, 제368조의2, 제371조, 제395조 참조).

(3) 그러므로 이 사건 법률조항이 소장에 미리 일정액의 인지를 붙이게 함으로써 법원에의 제소를 과잉금지의 원칙에 반하여 필요이상으로 곤란하게 함으로써 재판청구권을 침해하는 것은 아닌지에 관하여 의문이 있을 수 있다.

우리 헌법 제37조 제2항에 근거를 두는 과잉금지의 원칙은 법률로 헌법상 보장된 기본권을 제한함에 있어서 그 입법목적이 정당하여야 하고(목적의 정당성), 수단이 목적달성에 적합하여야 하고(방법의 적합성), 기본권침해가 필요최소한에 그쳐야 하며(최소침해성), 제한되는 기본권과 그로 인하여 실현되는 공공이익 사이에 상당한 비례관계가 있어야 하며(법익의 균형성), 이 중 어느 하나에도 어긋나게 되면 그러한 법률은 관련 기본권을 침해하는 위헌적인 법률이라는 것을 내용으로 하고 있다. 이 사건 법률조항이 이러한 요건을 충족하고 있는지를 본다.

(1) 먼저 이 사건 법률조항의 목적이 정당한지를 살펴본다. 근대의 법치국가는 원칙적으로 사인(私人)의 자력구제를 금지하면서 한편 사인의 권리보호와 사법질서를 유지하기 위하여 민사소송제도를 설치하여 사인간에서는 사권을 확정함으로써 개인의 권리보호와 의무준수를 보장하고 국가적 측면에서는 사법질서를 유지할 수 있도록 사법부인 법원에 그 기능의 수행을 맡기고 있다. 국가는 위와 같은 목적을 수행하기 위하여 법원을 설치·운영하는 것이므로 법원의 물적 시설·인건비는 되도록 국가가 부담하는 것이 당연하지만, 그렇다고 하여 개개의 소송수행을 위하여 필요한 비용까지 모두 국가가 부담하여야만 한다면 결국 개별적인 소송비용까지 납세자 일반의 부담으로 돌아가는 것을 뜻하는 것으로서, 개인이 소송제도를 이용함으로써만 소송제도와 관계를 맺게 되는 민사소송의 본질에서나 국가재정의 견지에서 적당하지 않다. 따라서 개개의 소송수행을 위하여 지출되는 비용은 원칙적으로 법원에 권리구제를 구하는 당사자의 부담으로 하는 것이 법원의 재정 조달을 위

한 적정한 해결책이 될 수 있다. 또한 이러한 해결책은 납세자 일반의 조세부담에 의하여 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 제기하는 것을 막을 수 있고, 나아가 남소에 따른 법원의 과중한 업무부담으로 인하여 법원에 의한 권리구제의 양질성과 효율성이 저하되는 것도 방지할 수 있을 뿐만 아니라 법적 안정성도 보증함으로써 넓은 의미에서는 국민의 권리보호와 법적 생활의 안정에 기여하는 것이다(헌법재판소 1994. 2. 24. 선고, 93헌바10 결정 참조).

그렇다면 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

(2) 이어서 기본권제한에 있어서 방법의 적합성요건이 충족되었는지를 본다.

인지제도의 목적은 수익자부담의 원칙에 따라 국가 또는 공공단체가 특정 개인을 위하여 행하는 의무에 대한 반대급부로서의 수수료의 성질을 가짐과 아울러 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 방지하고 남소에 따른 법원의 과중한 업무부담에서 오는 법원업무의 양질성과 효율성 저하를 방지하는 데에 있다. 이 사건 법률조항은 소가의 일정비율에 상당하는 금액을 인지로 첩부할 것을 요구함으로써 불요불급한 제소를 억제하기에 적합한 수단을 채택하고 있다고 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 방법의 적합성요건을 충족시킨다고 판단된다.

(3) 다음으로 기본권제한에 있어서 최소침해의 요건이 충족되었는지를 본다.

(가) 우리 나라 인지제도의 연혁상 1990. 12. 31. 법률 제4299호로 개정되기 전의 민사소송인지법은 일정한 소가까지는 정액제를, 그 이

상의 경우는 소가를 3종류로 구분하여 소가가 증가함에 따라 점차 저율에 의한 비례제를 취하는 2원적 구조를 채택하였으나 현재보다 높은 비율이 적용되었던데 비하여(최저 1천분의 53.2), 현행법은 인지액 산정비율을 통일, 일원화하였고 종전에 적용되던 비율 중 가장 낮은비율을 채택하여 국민의 부담을 경감시켰다. 위와 같이 일정한 비율로 인지를 산출하게 하는 방법은 소송당사자간의 형평을 고려하여 정한 원칙이다.

(나) 또한 우리 나라와 같이 비례제를 채택하고 있는 대륙법계 국가(독일, 오스트리아, 일본 등)의 인지제도와 비교하더라도 우리 나라의 경우가 다른 나라에 비하여 인지액이 현저히 높다고는 할 수 없다(독일이나 오스트리아의 경우는 우리 나라보다 고액이고, 일본과 비교하여 볼 때 1심에서 소송물가액 1억원을 초과하는 경우와 항소심에서 소가 5천만원을 초과하는 경우, 상고심에서 소가 3천만원 이상의 경우에는 우리 나라가 다소 고율이라 할 수 있으나, 그밖의 경우에는 대부분 우리 나라가 더 저렴하다).

(다) 민사소송법은 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 그 신청과 소명에 의하여 패소할 것이 명백한 경우를 제외하고는 각 심급에서 소송상의 구조를 할 수 있게 하고(제118조 참조), 이에 따라 소송상의 구조를 받는 자는 인지대 등 재판비용의 납입이 유예되므로(제119조 제1항 참조), 소장의 인지액이 소송을 제기하고자 하는 당사자의 자력으로는 부담하기 어려울 정도로 고액인 경우에는 그 당사자가 패소할 것이 명백하여 소송의 실질적 이익이 없다고 인정되지 않는 한 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어 두고 있다.

(라) 그밖에도 이 사건 법률조항에 의하면 소가가 고액인 경우에는 그에 비례하여 소장 등에 첨부해야 할 인지가액도 그만큼 많아지지만 이는 현행법이 비례제를 채택하는 데 따르는 불가피한 현상일 뿐만 아니라 소가가 커지면 일반적으로 소송도장기간에 걸쳐 신중하게 진행되는 등 소송수행에 따르는 법원의 비용도 증가하게 되고 소를 통하여 제소자가 잠재적으로 확보하게 될 이익도 또한 그만큼 비례하여 커지는 것이므로 공법관계의 쟁송인 행정소송의 경우에 채택된 소가상한제도(민사소송등인지규칙 제17조 제1호, 제2호 참조)를 민사소송에서도 채택할 것인가의 여부는 원칙적으로 입법재량사항이라고 할 것이다. 그리고 국민이 일반적으로 부담하기가 어려운 인지첨부액이 어느 정도인지는 구체적인 소송상황이 다르기 때문에 일률적으로 확정하기가 곤란한 만큼 소가가 고액인 소송을 제기하는 이들에게는 경험칙상 그만큼 경제적 능력도 있다는 것을 전제로 소가상한제도가 없는 비례제를 채택한 것이 필요이상으로 재판청구권을 제한하였다고 할 수는 없다.

(마) 그렇다면 이 사건 법률조항이 소가의 일정비율에 해당하는 인지의 첨부를 소송요건으로 하여 소제기를 어느 정도 어렵게 하였다고 하더라도 그것만으로는 기본권제한에 있어서의 피해의 최소성원칙에 반한다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

(4) 이어서 이 사건 법률조항이 법익균형의 요건을 충족시키고 있는지를 본다.

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 소가의 일정비율을 소장 등에 첨부하게 함으로써 재판청구권에 대하여 제한을 가하고는 있으나 위에서 살펴본 바와 같은 여러가지 사정에 의하면 무자력자에 대한 소송구제의 길을 현행법이 열어놓고 있는

한 이는 일반적으로 수인불가능한 것이 아니다. 그에 비하여 이 사건 법률조항은 소제기자와 일반국민 사이의 형평성실현, 남소의 방지를 통한 법원기능의 유지 확보 및 법원재판의 효율성유지 및 질하락 방지, 법적 생활의 안정성의 확보 등 사법제도의 원활한 운영과 법치국가의 실현을 위한 중대한 법익을 추구하고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 재판청구권과 그에 의하여 추구되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있다고 할 것이다.

(5) 그러므로 이 사건 법률조항이 헌법 제27조에 보장된 재판청구권을 과잉금지의 원칙에 반하여 과도하게 제한하고 있는 것이라고 할 수 없다.

나. 평등원칙의 위배 여부

(1) 우리 헌법은 제11조 제1항에서 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적 경제적 사회적 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다."고 하여 평등권을 보장하고 있다. 동조항은 법률적용에 있어서의 평등만이 아니라 법제정에 있어서의 평등을 보장한다는 데 오늘날 이론이 없다. 또한 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 불합리한 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 . 실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다[헌법재판소 1989. 5. 24. 선고, 89헌가37, 96(병합) 결정; 1994. 2. 24. 선고, 93헌바10 결정 등 참조]. 또한 차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성

하기 위한 차별을 두기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다[위 89헌가 37, 96(병합) 결정 참조].

(2) 국민의 권리구제를 위한 민사소송제도를 운영하면서 개개의 소송수행에 필요한 경비를 소송제도를 이용하는 당사자의 부담으로 하는 수익자부담의 원칙을 채택하고 형식적으로 법원의 문을 누구에게나 개방한다고 하더라도, 자력이 부족한 자에 대하여도 소송을 제기함에 있어서 미리 이 사건 법률조항에 의하여 소가에 따라 고액화하는 인지를 불일 것을 언제나 예외없이 요구하고 인지를 불이지 아니하는 경우 소장을 각하하도록 한다면, 그러한 규정은 그 비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 제소의 기회를 형식상 보장하고 있을 뿐 실질적으로는 그 기회를 이용하기 심히 어렵게 되어 결국 자력이 부족한 당사자에게 불합리하게 소송에 의한 권리구제의 기회를 제한하는 문제가 발생할 뿐만 아니라, 소송을 제기하는 자 사이에 불합리한 차별의 결과를 가져옴으로써 헌법 제11조 제1항에 의하여 보장된 평등의 원칙에도 위반되는 것은 아닌가의 의문이 있을 수 있다.

그러므로 이 사건 법률조항이 유자력자와 무자력자를 또는 소송물의 가액이 저액인 자와 고액인 자를 재판청구권행사와 관련하여 차별하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 살펴본다.

(3) 먼저 이 사건 법률조항은 재판청구권의 침해 여부를 검토하

면서 살펴본 바와 같이 헌법적으로 정당한 목적을 추구하고 있다.

(4) 이어서 이 사건 법률조항이 무자력자를 자력자에 비하여 불합리하게 차별하고 있는지에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항은 소송물가액에 대하여 일정한 비율(1천분의 5)의 인지첩부를 요구하고 있어 소송제기시 무자력자를 자력자에 비하여 인지액수에서 불합리하게 차별하는 것이라고는 볼 수 없다.

다만 소송물가액이 큰 경우 인지대의 고액화가 소송을 제기하려고 하는 자들 가운데 자력이 부족한 자의 제소기회를 유자력자에 비하여 불합리하게 봉쇄하는 차별의 결과가 발생하는가 하는 문제가 남는다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 현행 민사소송법은 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여 일정한 요건하에 소송구조제도를 이용하여 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어 두고 있고 승소한 경우에는 유예받은 인지첩부액은 결국 패소자의 부담으로 돌아가므로, 이 사건 법률조항이 자력이 약한 자들을 불합리하게 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

(5) 나아가 이 사건 법률조항이 고액 소송물의 제소자를 그렇지 아니한 제소자에 비하여 불합리하게 차별하는지 여부를 살펴본다.

(가) 국가가 국민으로 하여금 재판제도의 이용을 용이하게 하여 국민의 기본권이 좀더 잘 보장되도록 하는 것이 바람직한 것이기는 하지만, 이른바 재판유상주의(裁判有償主義)를 취하고 있는 이상, 재판비용은 결국 패소자의 부담으로 돌아가는 것일 뿐만 아니라 그 비용이 너무 저렴할 경우 소송제기와 상소가 남발되어 국민의 권리구제는 지연되고 국가는 그에 따른 비용을 추가로 부담하게 되며,

이는 중국적으로 국민에 의한 국가재판제도 및 재판자원의 공평하고 공정한 이용을 저해하거나 재판제도를 이용할 필요를 느끼지 아니하는 국민의 부담을 그만큼 가중시키는 역기능적 측면이 있는 것이다.

(나) 일반적으로 소송물가액이 높으면 그 권리관계가 복잡하고 이로 인하여 소송당사자에게 미치는 영향이 크며 이에 따라 소송도 장기간에 걸쳐 신중하게 진행되는 것이 보통이다. 물론 소송물가액의 증액비율과 재판에 소요되는 비용, 사건의 난이도 및 당사자에 대한 영향력의 증가비율이 반드시 동일한 것은 아니고 예외가 존재하는 것이지만, 다종다양한 소송사건의 모든 경우를 예상하여 이에 대하여 각각 인지액을 별도로 정하는 것은 불가능한 일이라고 할 수 있다.

(다) 따라서 소송수수료 특히 인지대를 어떠한 형태로 어느 정도로 정할 것인가는 재판제도의 구조와 완비 정도, 그 나라의 인지제도의 연혁, 재판제도를 이용하는 국민의 법의식, 국가의 경제여건 등 여러 가지 요소를 종합하여 고려하여야 하고, 그 규정방식이 지극히 불합리하거나 인지액이 소송물가액 등에 비추어 지극히 다액이어서 국민의 재판청구권을 침해할 정도에 이르지 아니하는 한, 입법자의 광범위한 재량영역에 속하는 것이다.

(라) 한편 우리 나라의 제1심 민사본안사건 소송물가액별 현황을 보면, 소가 5억원(인지액 250만원)을 초과하는 사건이 전체에서 차지하는 비율은 1992년에 0.18%, 1993년에 0.28%, 1994년에 0.34%로서 미미하고(법원행정처편 사법연감, 1995. 참조) 여기에 연도별 물가상승률과 국가경제규모의 성장을 고려하더라도 그 중에 이 사건의

경우와 같이 소가가 200억원 이상에 이르는 경우란 상당히 드문 경우일 것이라는 것은 쉽게 추측할 수 있다.

(마) 더욱이 소가가 고액인 소송을 제기하는 제소자는 개인의 경우에는 극히 드물고 대부분 법인인 경우가 많으며, 개인이라 하더라도 상당한 재력이나 그에 상응하는 경제적·사회적 이해관계를 맺으면서 활동하는 사람인 경우가 거의 대부분인 경우라는 것은 경험칙상 충분히 예견할 수 있다.

(바) 제청법원들은 이 사건 법률조항에 기한 인지대 산정 방법에 의하면 소가가 고액일수록 인지액도 고액이 되어 소가가 일정한 정도를 넘으면 인지대 역시 제소자가 부담하기 극히 어려울 정도로 되므로 결국 위와 같은 제소자를 그 보다 저액의 제소자보다 불합리하게 차별한다는 취지로 주장한다. 그러나 비례제를 채택하고 있는 경우에는 소가가 고액이 될수록 항상 인지대 역시 그에 비례하여 고액이 되나 이는 비례제에 수반되는 불가피한 현상일 뿐만 아니라, 제소자가 재판을 통하여 잠재적으로 확보하게 되는 이익 또한 그만큼 큰 것이므로 비례제로 인한 차별은 적정성을 넘는 지나친 차별이라 할 수 없고 합리적 이유가 있는 것이며 따라서 위 주장은 타당하지 아니하다.

(사) 이상과 같은 여러 가지 사정을 고려할 때 이 사건 법률조항은 고액 소송물의 제소자를 다른 제소자에 비하여 불합리하게 차별하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 조항이라고 할 수는 없다.

4. 결론

이에 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김문희, 재판관 황도연의 아래 5.에서 보는 바와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김문희, 재판관 황도연의 반대의견

가.(1) 개개의 소송수행을 위하여 지출되는 비용은 법원에 권리의 구제를 구하는 당사자의 부담으로 하는 것이 법원의 재정 조달을 위한 적절한 해결책이 될 수 있고, 납세자 일반의 조세 부담에 의하여 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 제기하는 것을 막을 수 있다. 또한 이러한 소송비용 당사자 부담의 원칙은 남소에 따른 법원의 과중한 업무부담으로 말미암아 법원에 의한 권리구제의 양질성과 효율성이 저하되는 것도 방지할 수 있을 뿐만 아니라 법적 안정성도 보증함으로써 넓은 의미에서는 국민의 권리보호와 법적 생활의 안정에 기여하는 것이라는 다수 의견에는 우리도 찬성한다.

(2) 그러나 우리는 소장 등에 붙여야 할 인지값이 지나치게 고액이기 때문에 실질적으로 소송제도를 이용하기 어려울 정도에 이른다면, 이는 헌법상 보장된 재판청구권을 본질적으로 침해하는 결과에 이를 수도 있고, 그러한 결과는 바로 이 사건 법률조항으로 말미암은 것이므로 그 범위 안에서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다고 보는 것이다.

나.(1) 민사소송제도는 근대법치국가가 원칙적으로 사인의 자력 구제를 금지하는 대신 국가가 사인의 권리를 보호함과 아울러 사법질서를 유지하기 위하여 마련한 제도로서 사법부인 법원에 그 기능을 맡기고 있다.

그러므로 사인간에 민사에 관한 분쟁이 생긴 경우에는 국민은 누

구나 법원에 소송을 제기하여 그 권리를 구제받을 수 있어야 하고, 그러한 권리구제가 실질적으로 보장되기 위하여는 되도록 법원의 문턱을 낮추어 손쉽게 법원을 이용할 수 있도록 하여야 한다.

또한, 당사자에게 인지대를 부담하게 하는 목적이 비록 남소방지를 위한 측면이 있다고 하더라도 국가가 제공하는 역무에 대한 반대급부 즉, 수수료의 성격이 주된 것이므로 수수료에 해당하는 비용을 현저히 넘는 고액의 인지대는 재판청구권에 대한 지나친 제한으로서 과잉금지의 원칙에 반한다.

(2) 이 사건 법률조항에 따르면, 국민은 민사재판을 받기 위한 전제로서 소가계산이 가능한 모든 재산권상의 청구에 대하여 상한의 제한 없이 소가의 5/1000의 비율에 의한 인지를 붙여야 한다. 예컨대, 이 사건의 당해 관련사건의 경우를 보면 약 금 200억원의 손해배상을 구하는 사건이므로 제청신청인들로서는 사건의 실제적인 판단절차에 들어가기 앞서 미리 약 금1억원의 인지를 붙여야 한다.

금1억원이라는 돈은 현재의 우리 나라 화폐가치에 미루어 볼 때 법원의 재판에 대한 수수료라는 성격을 무색하게 할 정도로 고액(장관급 공무원의 4년치 급료를 초과한다)이고, 비록 많은 재산을 가진 사람이라 하더라도 그것이 대부분 부동산 등 처분이 쉽지 아니한 경우에는 쉽사리 마련하기 어려운 정도의 것으로서 자기의 권리구제를 위한 소송제기를 곤란하게 하는 요인이 될 수 있는 금액이기도 하다.

(3) 다수의견은 이 사건의 당해 관련소송사건과 같은 소가가 다액인 사건은 지극히 드문 예에 불과하므로 큰 문제가 아니라고 판

단하고 있으나 그 예가 드물다 하여 위헌적인 법률조항이 합헌적인 것으로 될 수 있는 것은 아니다. 현재 우리 나라는 경제 규모가 확대되고 국제화 되는 등 경제사정의 변화에 따라 소가가 고액인 소송사건이 급속히 늘어나고 있는 추세(1992 - 1994, 2년 사이에 5억 이상의 사건이 거의 200% 늘어났음을 알 수 있다, 1995. 사법년감 참조)이고, 앞으로 이러한 추세는 더욱 가속화 될 것이 분명한 터이고 보면, 이 사건 법률조항을 그대로 둘 때에는 인지대만 수억원에 이르는 사건도 다수 생길 수 있을 것으로 예상된다.

다.(1) 이러한 결과는 바로, 이 사건 법률조항이 모든 민사사건에 대하여 그 소송물가액의 다과를 불문하고 한결같이 단순비율로 소가의 5/1000의 인지를 붙이도록 규정하고 있기 때문인 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 선진외국의 입법예에 비추어 보더라도 온당치 아니할 뿐만 아니라(소송비용에 관한 외국의 입법예에 의하면 무료로 하는 프랑스, 스페인 등과 소가와 관계 없이 일정액으로 하는 미국, 영국, 이탈리아, 스웨덴, 호주 등의 나라가 있다.) 소가의 상한을 제한한 민사소송등인지규칙 제17조 제1항 제2항의 각 단서의 규정과 대비하여 보더라도 입법정책적인 측면에서도 문제가 있는 조항임이 분명하다.

(2) 그렇다면 이 사건 법률조항은 이 사건의 당해 관련사건의 경우에서 본 바와 같이 소가가 다액인 경우에는 언제나 그에 비례하여 수수료의 성격을 무색케 할 정도로 다액의 인지를 붙이도록 함으로써 실질적으로 그러한 사람의 재판에 의한 권리구제의 길을 막는다고 아니할 수 없으므로 그 범위 안에서 재판청구권을 지나치게 제한한 위헌인 법률조항으로 보아야 한다.

우리는 이러한 이유로 다수의견에 반대하는 것이다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
주 심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

국가보안법 제7조 제1항 등 위헌제청

(1996. 10. 4. 95헌가2 전원재판부)

[판례집 8권2집, 283~307]

【판시 사항】

國家保安法(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것, 이하 "법"이라고 한다) 제7조 제1항, 제3항, 제5항의 違憲 與否

【결정 요지】

法 제7조 제1항은 憲法裁判所 1990. 4. 2. 宣告 89헌가113 決定 등의 취지를 받아들인 것으로서 舊法 規定보다는 그 構成要件이 훨씬 명확히 규정되어 있지만 아직도 구법 규정의 결합이었던 법문의 다의성과 적용범위의 광범성이 조금은 남아 있다. 그러나 법 제7조 제1항에서는 "國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었고, "構成員", "活動", "同調" 등 多義的이고 適用範圍가 廣範圍한 일부 개념도 위와 같이 신설된 主觀的 構成要件과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 헌법재판소가 위 결정 등에서 판시한 견해와 같이 제한해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거된다. 따라서 위 條項 및 이를 전제로 하는 같은 조 제3항, 제5항은 表現의 自由의 本質的 內容을 侵害하거나 이를 지나치게 制限할 위험성이 있다고 할 수 없고 罪刑法定主義에 위배된다고도 할 수 없다.

재판관 조승형의 반대의견

이 사건 審判對象 條項들은 그 改正에 불구하고 憲法裁判所

1990. 4. 2. 宣告 89헌가113 決定 등이 지적인 憲法上의 言論·出版·學文·藝術 및 良心의 自由를 위축시킬 염려, 刑罰過剩을 초래할 염려, 國家安全保障이나 自由民主的 基本秩序의 守護와 관계없는 경우까지 擴大適用될 만큼 不透明하고 具體性이 결여되어 憲法 제37조 제2항의 限界를 넘는 制限인 점, 法執行者의 恣意的 執行을 허용할 소지가 있는 점, 罪刑法定主義에 위배된다는 점 등이 충분히 해소되지 않고 있으므로 憲法에 違背된다.

【당 사 자】

제 청 법 원 부산지방법원 (1995. 1. 17. 94고합1325 위헌제청)

당해 소송사건 부산지방법원 94고합1325 국가보안법위반

【심판대상조문】

國家保安法(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조
(찬양·고무등) ①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다.

②생략

③제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다.

④생략

⑤제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

【참조 조문】

憲法 前文, 제4조, 제8조 제4항, 제11조, 제12조 제1항, 제19조, 제21조 제1항, 제22조 제1항, 제37조 제2항

【참조 판례】

헌법재판소 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정

헌법재판소 1990. 6. 25. 선고, 90헌가11 결정

헌법재판소 1992. 1. 28. 선고, 89헌가8 결정

【주 문】

국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조 제1항, 제3항 및 제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상등

가. 사건의 개요

(1) 위 당해 사건의 피고인 정○경은 1994. 11. 12. 제청 법원에 국가보안법위반죄로 기소되어 현재 재판계속중에 있다. 그 공소사실의 요지는, 피고인은 (가) 1994. 7. 일자불상경 부산에서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 국가변란을 선전·선동하는 행위를 목적으로 하는 단체인 소위 국제사회주의자들그룹(International Socialists, 약칭 IS)에 가입하고, (나) 1991. 1. 초순경부터 1994. 10. 9.경까지 사이에 경남 양산, 부산 등지에서 6회에 걸쳐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조하거나 국가변란을 선전·선동할 목적으로 "혁명적 신문" 1부 등 책자나 유인물 형태의 표현물 9점을 취득·소지하였는 바, 위 (가)항의 소위는 국가보안법 제7조 제3항 제1항에, (나)항의 소위는 같은 법 제7조 제5항 제1항에 각 해당한다는 것이다.

(2) 이에 제청법원은 1995. 1. 17. 직권으로 위 당해 사건의 재판의 전제가 되는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항에 대한 위헌제청결정을 하였고, 그 결정은 같은 해 2. 14. 당 재판소에 접수되었다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 위헌여부심판의 대상은 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 국가보안법(이하 "신법"이라 한다) 제7조 제1항, 제3항 및 제5항이 헌법에 위반되는지의 여부인바, 그 규정 내용은 다음과 같다.

국가보안법 제7조 【찬양·고무 등】 ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다.

③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

다. 구 국가보안법 제7조의 규정내용

설명의 편의를 위하여, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 국가보안법(이하 "구법"이라 한다) 제7조의 규정내용을 보면 다음과 같다.

① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬

양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년이하의 징역에 처한다.

② 국외공산계열의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 제1항 및 제2항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

⑥ 제1항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.

⑦ 제1항 내지 제5항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년이하의 징역에 처한다.

2. 제청법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

별지와 같다.

나. 법무부장관 및 부산지방법검찰청 검사장의 의견

(1) 기본권제한법률의 내용이 의견상 추상적인 것으로 보이더라도 합리적 해석에 의하여 그 내용을 충분히 알 수 있다면 이를 두고 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없는 것인 바, 이 사건 심판대상 법률조항들의 의미는 이미 판례, 학설 등에 의하여 명확히 정립되어 있으므로 이를 지나치게 다의적이라거나 포괄적이라고 할 수 없

어, 죄형법정주의에 위배되지 아니한다.

(2) 남북이 분단된 채 군사적으로 대치하고 있는 우리나라의 현실 및 표현과 행동을 2분적으로 명확히 나눌 수 없다는 점에 비추어 보면, 자신의 생각을 실현시키기 위하여 구체적 활동을 준비하거나 폭력 등을 행사하지 않더라도 표현만으로도 충분히 국가안보에 실질적 해악을 초래할 수 있는 명백하고도 현존하는 위험이 있다고 할 것이므로, 국가안보를 위하여 이를 규제하는 것을 두고 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 구법 제7조와 신법 제7조의 대비

구법 제7조와 신법 제7조를 대비하여 보면 다음과 같은 규정 내용의 변경이 있었음을 알 수 있다.

(1) 제1항에 관하여,

신법 제1항에서는 구법 제1항에는 없던 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서"라는 주관적 구성요건이 추가되어 있고, 또 구법 제1항 후단에 규정되어 있던 "기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자"라는 부분이 삭제된 대신 "국가변란을 선전·선동한 자"라는 부분이 새로이 들어가 있으며, 또 구법 전단의 "(활동을) 찬양·고무 또는 이에 동조하거나" 라는 부분이 신법에서는 "(활동을) 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나"로 개정되었다.

(2) 제2항, 제3항에 관하여,

구법 제2항(국외공산계열의 활동에 대한 찬양·고무등)이 삭제되었고, 제3항의 규정 그 자체에는 실질적인 변경이 없었다.

(3) 제4항, 제5항에 관하여

구법 제4항 후단의 (사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여) "사실을 왜곡하여 전파"하는 행위가 삭제되었고, 제5항의 규정 그 자체에는 실질적인 변경이 없었다.

(4) 제6항, 제7항에 관하여

제6항의 규정 그 자체에는 실질적인 변경이 없었고, 다만 구법 제7항은 "제1항 내지 제5항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자"를 처벌대상으로 하였으나, 신법 제7항은 그중 "제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자"만을 처벌대상으로 규정함으로써 예비·음모죄의 처벌범위를 축소하였다.

이상으로 보건대, 구법 제7조와 신법 제7조의 가장 큰 상이점은 신법 제1항에 있어서 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 구성요건이 추가된 점과 그 제1항 후단에 있어서 "기타의 방법으로 반국가 단체를 이롭게 한 자"라는 부분이 삭제된 대신 "국가변란을 선전·선동한 자"라는 새로운 구성요건이 추가된 점 및 구법 제2항이 삭제된 점이라 할 수 있다.

나. 구법 제7조 제1항 및 제5항의 위헌성에 관한 헌법재판소의 결정요지

(1) 우리 재판소는 1990. 4. 2.선고, 89헌가113 결정, 같은 해 6. 25.선고, 90헌가11 결정 및 1992. 1. 28.선고, 89헌가 8 결정에서 구법 제7조제1항 및 제5항의 위헌성에 관하여 그 견해를 밝힌 바 있는데, 그 요지는 다음과 같다.

(가) 구법 제7조 제1항에 관하여,

이 조항은 "구성원", "활동", "동조", "기타의 방법", "이롭게 한"등의 용어가 지나치게 다의적(多義的)이고 그 적용범위가 광범하여 이를 문언 그대로 해석·운영할 경우에는, 첫째로 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 침해할 개연성이 있고 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 양심의 자유도 침해할 가능성이 있으며, 둘째로 법운영 당국의 자의적(恣意的) 집행을 허용할 소지가 있어 법치주의에 위배되고 결국 법의 집행을 받는 자에 대한 평등권의 침해가 되며 죄형법정주의에 위배될 소지가 생기고, 셋째로 헌법전문과 헌법 제4조가 천명한 평화적 통일지향의 규정과 양립하기 어려운 문제점 등이 생길 수 있다.

그렇다고 해서 이 조항을 완전폐기하는 경우에는 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제이지만 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 군사력으로 대치하고 있으며 긴장상태가 계속되고 있는 상황하에서는 이 조항의 완전폐기에서 오는 국가적 불이익이 폐기함에서 오는 이익보다 이익형량상 더 클 것이고, 또 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄만으로는 오늘날 우리가 처한 현실에서 국가의 안전보장에 미흡하여 이와 별도로 이 조항의 존재의의가 있다고 할 것이며 국가의 존립·안전에 대한 침해나 민주체재전복을 부추기는 내용의 언동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없고, 문제의 소재가 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에 있는 만큼 이를 헌법합치적으로 축소·제한하면 앞서 본 이 조항의 위헌성은 제거될 수 있다.

그렇다면 문리해석상으로는 일응 이 조항에 해당하는 행위라 할

지라도 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해(無害)한 행위는 처벌에서 제외하고 이에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 적용하도록 처벌범위를 축소제한하는 경우에는 앞서 본 헌법전문이나 헌법규정들에 합치되는 합헌적 해석이 되고, 그 위헌성이 제거된다.

(나) 구법 제7조 제5항에 관하여,

이 조항은 제1항을 그 요건으로 하고 있는데 앞서 본 바와 같이 제1항의 개념들이 다의적이고 광범위한 데에 문제점이 있는 이상 문리에 충실한 해석을 하면 제5항에도 같은 위헌적인 요소가 생길 수 있다. 따라서 이 조항도 제1항의 경우와 마찬가지로 국가보안법의 입법목적 등에 비추어 그 소정의 행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 여기서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우란 일응 그 표현물의 내용이 그와 같이 된 경우를 말한다고 할 것이고 따라서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악이 될 정도가 못된다거나 해악이 되는지의 여부가 불분명한 때에는 그 적용이 배제된다고 할 것이며, 문제의 표현물과 외부관련성의 정도 또한 여기의 위험성 유무를 판단하는 기준이 된다고 부연하면서 이와 같은 해석하에서는 구법 제7조 제5항이 헌법에 위반되지 아니한다는 요지로 판시하였다.

(2) 우리 재판소의 위 1990. 4. 2.선고, 89헌가113 결정 및 같은 해 6. 25.선고, 90헌가11 결정 후에 남·북한이 1991. 9. 17. 동시에 유엔에 가입하고 또 남·북한의 정부 당국자가 같은 해 12. 13. 소

위 남북합의서에 서명하여 이것이 발효되었는바 이러한 사실들이 위의 결정내용에 어떠한 영향을 미치는가에 관하여 보건대, 남·북한의 유엔동시가입이 곧 남·북한 상호간에 국가승인의 효력을 발생시켰다고는 볼 수 없고 또 남북합의서의 서명과 그 발효로써 바로 북한이 대남 적화혁명노선을 명백히 포기하였다고 볼 수도 없으며 지금도 이 노선에 따른 각종 도발이 여전히 계속되고 있으므로, 위와 같은 사정변경만으로는 우리 재판소가 위와 같이 한정합헌결정을 한 후에 그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없고, 지금에 이르러 위와 달리 판단하여야 할 다른 사정변경이 있다고도 인정되지 아니한다.

다. 신법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항의 합헌성

우선, 신법 제7조 제1항에 관하여 보건대, 이 조항은 구법 제7조 제1항과 대비하여 보면 두가지 점에서 뚜렷한 변경이 있는 바, 그 하나는 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 구성요건을 추가한 점이고 다른 하나는 구법 제7조 제1항 후단의 "기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자"라는 부분을 삭제한 대신 "국가변란을 선전·선동한 자"라는 부분을 삽입한 점이다.

신법 제7조 제1항에 위와 같은 주관적 구성요건이 추가된 것은 우리 재판소의 위 한정합헌결정의 취지를 받아들인 것으로 보이며 구법규정보다는 그 구성요건이 훨씬 명확히 규정되었다고 보여지나 아직도 구법규정의 결함이었던 범문의 다의성(多義性)과 적용범위의 광범성이 조금은 남아 있다.

그래서 문제는, 이 정도의 결함 때문에 신법 제7조 제1항에 대하여

여서도 다시 그 구법규정에 대한 것처럼 한정합헌의 결정을 할 것인가, 아니면 이 정도의 규정내용으로 구법규정에 있던 위헌적 요소는 제거되었다고 보고 그래도 남은 용어의 추상성은 법 적용·집행자의 합헌적·합리적 해석에 맡기기로 하여 단순합헌의 결정을 할 것인가에 있다.

이 문제에 관하여 우리 재판소는 우선 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본적 인권 특히 이른바 "표현의 자유"는 그 어떤 경우에도 부당하게 제한되거나 침해되어서는 아니된다는 기본적 입장에 서있지만, 아래와 같은 이유로 신법 제7조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하게 되었다.

첫째로, 구법 제7조 제1항의 가장 큰 위헌적 요소는 법문의 다의성과 적용범위의 광범성 때문에 이를 법문의 문리대로 해석하는 경우 행위자의 행위의 동기나 그 행위가 국가의 존립·안전이나 그 헌법적 기반인 자유민주적 기본질서에 미치는 영향등을 불문하고 객관적으로 나타난 언행(言行)만을 형식논리의 잣대로 재어서 이 조항을 함부로 적용할 위험성이 있었기 때문인데, 신법 제7조 제1항에서는 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서"라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적(신·구법 제1조)을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다고 볼 수 있다.

더구나 신법은 제2조 "반국가단체"의 정의규정에서 이 법의 적용대상이 되는 반국가단체의 범위를 축소하였고(신·구법 제2조 참조), 또 제1조 제2항에서 "이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거

나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다."고 규정함으로써 이 법의 해석·적용에 관한 기본준칙을 신설한 점에 유의할 필요가 있다. 이러한 규정 내용은 비단 국가보안법뿐만 아니라 모든 형벌법규의 해석·적용에 있어서 법집행자가 의당 지켜야 할 준칙이라 할 것인데도, 신법이 특히 그 제1조에서 이를 천명한 것은 비록 이를 위반한 경우의 벌칙규정은 없다고 하더라도 법집행자의 합헌적인 법해석·적용을 이끌어 내는데 중대한 역할을 할 수 있다고 본다(이와 비슷한 규정이 1958. 12. 26. 법률 제500호로 제정된 구 국가보안법 제2조에 "주의규정"이라는 표제로 규정되어 있다가 1960. 6. 10. 법률 제549호로 국가보안법이 전문개정되면서 삭제되어 그 이후에는 줄곧 없던 규정인데, 신법 제1조 제2항에서 다시 신설된 것이다).

둘째로, 신법 제7조 제1항의 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 구성요건도 그 내용이 다소 추상적이어서 불명확하다는 느낌이 들 수도 있다. 그러나 "자유민주적 기본질서"란 무엇을 말하는가에 관하여는 앞서 본 우리 재판소의 결정내용이나 학설, 판례에 의하여 그 개념정립이 되어 있고, "위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 부분도 우리 재판소의 위 결정들의 판시취지에 따라 이를 합법적(특히 이 법의 입법목적을 규정한 신법 제1조 제1항과 그 해석준칙을 규정한 같은 조 제2항의 규정취지에 따라), 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있다고 본다. 이러한 관점에서 풀이하면, 신법 제7조 제1항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악(害惡)을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 한

다(이러한 견해는 우리 재판소의 종전 결정들의 주문내용과는 표현상 약간의 차이가 있으나, 그 기본적 견해에 변경이 있는 것은 아니므로 종전의 판례를 변경하는 것은 아니다).

셋째로, 신법 제7조 제1항 후단에 새로이 신설된 "국가변란을 선전·선동한 자"라는 구성요건 중 "변란(變亂)"이라는 개념은 1948. 12. 1. 법률 제10호로 공포, 시행되었던 구 국가보안법에서부터 계속 사용되어 온 용어이고 신법 제2조의 "반국가단체"의 정의규정에서도 사용되고 있는 용어로서 이미 판례에 의하여 그 개념이 상당한 정도로 정립되어 있다. 더구나 이 부분 즉 "국가변란을 선전·선동한 자"라는 구성요건은 같은 항 전단의 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 부분과 연결되어 하나의 구성요건을 이루고 있다고 보여지므로 그 개념의 불명확성은 제거되었다고 볼 수 있다.

넷째로, 신법 제7조 제1항에서도 "구성원", "활동", "동조"등 다의적이고 적용범위가 넓은 개념이 그대로 사용되고 있으나, 구법규정과는 달리 이들 개념은 모두 같은 항 앞머리의 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 구성요건과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 우리 재판소의 위 견해와 같이 제한해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거된다. 그리고 신법 제7조는 형법상의 내란죄 등 규정의 존재와는 별도로 그 독자적 존재의의가 있는 것이어서 표현의 자유의 필요최소한도의 제한원칙에 반하는 것이 아님은, 앞서 본 우리 재판소의 결정내용에서 이미 밝힌 바 있다.

다음으로, 신법 제7조 제3항 및 제5항에 관하여 보건대, 이 조항들은 모두 같은 조 제1항을 전제로 하는 조항들로서 위에서 본 바와 같이 제1항에서 그 위헌성이 제거된 이상 이들 조항도 그 구법규정이 띠고 있던 위헌성은 제거된 것으로 보여지고 달리 이 조항들 그 자체에 따로이 어떤 독립적인 위헌적 요소가 있다고도 볼 수 없다.

그렇다면, 신법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항은 제청법원이 주장하는 바와 같이 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 이를 필요이상으로 지나치게 제한할 위험성이 있다고 할 수 없고 또 죄형법정주의에 위배된다고도 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 신법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 아래와 같은 반대의견이 있는 외에는 그 나머지 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 이 사건 심판대상의 법조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 의견으로 이를 반대한다.

가. 이 사건 심판대상 법조항들은 다수의견에서 보는 바와 같이 우리재판소가 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판 사건을 1990. 4. 2.에 한정합헌임을 선고한 이후에 개정된 바는 있으나, 우리재판소가 문언해석상 법률명확성의 원칙에 위배된다고 판시한 구 국가보안법 제7조 제1항상의 문언 중 "기타의 방법" "이롭게 한"에 대하여서만 다수의견이 지적한 바와 같이 개정하였을 뿐 "구

성원" "활동" "동조" 등의 문언을 여전히 존치시키고 있는 바, 지적한 문언 중 과반수가 넘는 문언에 대하여 입법자가 우리재판소의 위 결정취지에 따르지 아니하였음을 확인할 수 있다. 비록 변형결정이지만 단순위헌결정이 아니라는 이유로 입법자가 우리재판소의 결정취지에 따르지 아니하였다고 가정하더라도 이미 위헌이라고 지적하였던 "구성원" "활동" "동조"의 각 문언은 여전히 존치되고 있으므로 우리재판소로서는 이 3개 문언 부분에 대하여서만은 여전히 그 위헌성을 지적하여야 할 것이다.

그러나 다수의견은 위 3개 문언 부분에 대한 종전 판시내용을 변경하지 않음을 분명히 하면서 종전 판시취지에 반하여 단순합헌이라고 주장하고 있는 바, 이 논리는 그 선후가 모순되어 설득력이 없다(변경하지 아니하는 이유로 들고 있는 바는 그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없다는데 있으나, 위의 논리상의 모순을 탈피할 수는 없다).

나. 또한 다수의견은 신법 제7조 제1항은 구법 같은 조항과 대비하여 뚜렷한 두가지의 변경이 있었다고 주장하나, 앞에서 본 바와 같이 5개의 문언 중 2개만을 개정했을 뿐인데 이를 두고 어찌 뚜렷한 변경이 있었다고 할 것이며, 새롭게 도입한 "변란"이란 문언마저 문언해석상 법률명확성의 원칙에 위배되고 있는데 즉 위헌성이 새롭게 추가되었는데 어찌 이를 두고 합헌적으로 뚜렷한 변경이 있었다고 할 수 있을 것인가. 이 논리마저 모순됨은 불문가지의 일이다. 또한 다수의견이 아직도 구법 규정이었던 문언의 다의성과 적용범위의 광범성이 남아 있음을 자인하고 있으면서도 입법자가 헌법재판소의 결정에 충분하게 따라오지 아니하는 큰 잘못을 탓하기

는 커녕 이를 두둔하고 나서는 이유가 나변에 있는지 이해할 수가 없다. 다만 신법 규정에 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 확대해석의 위험이 거의 제거되었다고도 주장하나, 알고 있는 위태성이 명백하지도 않으며, 그 행위가 실질적으로 해악을 끼치지 아니하는 경우나, 반국가단체에 아무런 이득을 주지 못하는 경우에도, 위태롭게 할 수도 있다는 막연한 생각을 가지고, 찬양·고무·선전 또는 동조하거나 국가변란을 선전 선동만 하면, 처벌위험은 여전히 상존한다고 할 것이므로, 위주관적 요건이외에 "반국가단체를 위하여"라는 주관적 요건과 "반국가단체에 실질적인 이득을 제공한 때"라는 객관적인 요건을 추가하지 않는 한 위 결정이 지적하는 위헌성을 모면하기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 이 부분의 위 다수의견도 부당하다.

다. 따라서 이 사건 심판대상 신법조항들이 여전히 위헌성을 모면할 수 없고 위 종전결정 중 그 결정이 지적하고 있는, 헌법상의 언론·출판·학문·예술 및 양심의 자유를 위축시킬 염려, 형벌과잉을 초래할 염려, 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호와는 관계가 없는 경우까지 확대 적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘은 제한인 점, 법집행자에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 있는 점, 죄형법정주의에 위배된다는 취지의 판시내용은 여전히 이 사건의 경우에도 타당하며 제청법원의 위헌여부에 관한 심판제청 결정이유도 같은 취지이므로 제청법원의 이 사건 제청은 받아들여야 할 것으로 보인다.

라. 따라서, 나는 이 사건 심판대상 법조항들은 모두 헌법에 위

반된다는 의견이므로 다수의견을 반대하는 것이다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
주 심	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

【별지】 ·

이 사건 피고인의 공소사실 행위는 위와 같이 국가보안법 제7조 제1항, 3항, 5항으로 공소제기되었으나 그 해석과 관련하여 직권으로 위 조항들에 대하여 살피건대 위 조항들은 헌법 제12조 1항 후문의 죄형법정주의와 제37조 제2항 후문의 기본권의 본질적 내용 침해금지 규정 등 헌법규정과 합치하지 아니한다는 의심이 있다.

먼저 우리 헌법은 사상의 자유와 집회 결사의 자유등 여러가지 표현의 자유를 규정하고 있는 바, 우리의 국가기본질서의 기초인 자유민주주의의 이념은 새삼스럽게 설명할 필요도 없이 자유와 평

등이고, 그것은 개인의 인권과 인격의 존중에 밑바탕을 둔 것으로서 집단보다도 개인에게서 더 높은 인간의 가치를 인정하는 것이다. 그러므로 개인이 집단 또는 반대자의 의사와 상반되는 자신의 의사를 표명할 수 있는 자유는 자유민주주의의 필요적 요건의 하나일 뿐 아니라 그 대표적 징표이기도 하다. 이러한 의사표현의 자유는 개인의 가치표현이라는 측면만이 아니라, 적극적으로 정치적 의사결정에 참가할 수 있는 민주적 정치참여의 권리확보라는 측면에서도 필요불가결한 것이다.

그런데 이러한 표현의 자유는 사상의 경쟁이 자유롭게 허용되는 사회에서만 건전하고 실질적으로 보장될 수 있다. 한 시대 또는 한 사회에서의 기존의 진리와 가치는 사상의 자유경쟁과 도전을 거쳐 새로운 진리와 가치로 발전 또는 창조되어 나아가는 것이고, 우리는 이것을 역사의 발전과정으로 인식한다. 이러한 새로운 진리와 가치의 발전과 창조는 때로는 기존의 진리와 가치를 부정하고 극복함으로써 이루어지는 것이므로 기존의 사상·이념에 반한다 하여 무조건 배척하거나 억제할 것이 아니라 무가치하고 유해한 사상과 이념이라고 할 지라도 가급적 자유경쟁의 시장에서 비판되고 도태되는 과정을 거치게 함으로써 건전한 국가와 사회체제의 기초가 형성될 수 있는 것이다. 오늘날과 같이 대중매체가 고도로 발달되고 조직화되어 사상의 전달과 형성이 인위적으로 조작가능한 시대에 있어서는 자유방임에 의한 경쟁원리가 그대로 통용되지 않는다는 반론이 없는 것은 아니나, 사상의 경쟁이 자유민주주의 사회의 유지와 발전에 있어서 필요불가결한 요소임은 부정할 수 없다.

그런데 위와 같이 자유민주주의 이념이 표현의 자유를 그 대표적

정표로 삼고 심지어 기존의 사상과 가치체계를 부정하는 사상의 표현에 대해서 조차도 관용을 베푸는 것은 사상의 경쟁을 통하여 민주주의 사회의 건전한 보전과 발전을 도모하려는 데에 있는 것이지, 자유민주주의의 질서와 체제 자체를 파괴하려는 행위까지도 관용하려는 것은 물론 아니며, 이러한 행위는 표현의 자유의 한계 밖에 있고 그 한계를 벗어나는 행위의 규제는 자유민주주의 자체의 방어를 위하여 당연하다고 할 것이나 기존질서의 이념과 가치를 부정하거나 이와 상반되는 사상·의견을 표명한다는 것은 기존질서측에서 볼 때에는 매우 불쾌한 공격임에는 틀림없으나, 그것이 자유민주주의 체제의 폐지·전복을 유도·선동하는 행위의 일환으로 즉 대한민국의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 파괴할 "구체적이고 가능한 위험"이 있는 표현행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 사상·의견에 대해서도 표현의 자유를 허용하는 것이 바로 자유민주주의의 존재이유인 것이다.

민주주의 사회는 그 구성원들의 다양한 사상, 다양한 생활방식 즉 다원성이 보장되는 사회로서 우리 헌법 또한 국민들의 사상의 자유, 양심의 자유 등을 규정하고 있고 민주주의의 제도적 보장이라고 할 수 있는 표현의 자유의 우월적 지위는 널리 인식되고 있는 바이며 표현의 자유는 민주정치에 필수불가결하고도 전제가 되는 것으로 표현의 자유가 보장되지 않는 국가는 민주정치국가라 할 수 없으며 이와 같은 표현의 자유는 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있어 헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데에서도 특히 중요한 기본권이며, 그러기에 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 의사표현 행위를 처벌하기 위해

서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 한다는 명백하고도 현존하는 위험의 원칙 외에도 사전억제금지의 이론, 표현의 자유를 제약하는 입법의 합헌성추정의 배제원칙, 막연하기 때문에 무효의 이론, 필요최소한도의 규제수단의 선택에 관한 원칙, 비교형량의 원칙과 이중기준의 원칙 등이 발전되어 오고 있는 것이므로 국민의 사상과 신념의 자유, 이를 표현하는 자유는 그 제한에 있어서 위 여러 원칙에 합당하게 이루어져야 한다고 보인다. 이에 따라 헌법 제37조 제2항 후문에서 규정하고 있는 기본권의 본질적 내용의 침해금지 규정의 적용에 있어서도 그 대상이 표현이 자유라면 보다 엄격하게 그 제한법률을 규정하고 해석하여야 할 것이다.

그런데 국가보안법 제7조 제1항에서는 국가의 존립·안전이나 자유민주적기본질서를 위태롭게 하는 정을 알면서도 국가변란을 선전·선동하는 자를 처벌하고, 제3항에서는 제1항의 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자에 대한 처벌규정을 두고 또한 제5항에서는 그러한 행위를 할 목적으로 문서 등 표현물을 제작하거나 소지하는 등의 행위를 처벌할 것을 규정하고 있는 바, 이는 이른 바 표현범죄에 대한 반국가활동성을 처벌하는 것으로서 위에서 살펴본 바와 같은 엄격한 기준에 이르러야 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 위험성이 없다고 할 것이나, 국가의 존립·안전이나 자유민주적기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알고 국가변란을 선전하는 자를 처벌하도록 규정되어 있어 그 해석이나 적용에 있어서

표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 위험성이 내포되어 있다고 보인다. 즉 기존의 체제를 비판하거나 반대하는 사상임을 인식하고 이를 표현하는 행위라면 위 조항을 문리적으로 해석할 때 처벌하도록 되어 있어 국민의 사상의 다양성을 사전에 봉쇄할 수도 있는 것이다.

이 사건을 살펴보면 피고인은 대우정밀의 한 노동자로서 우리 사회 현실의 문제점을 나름대로 인식하고 보다 나은 사회가 되려면 어떻게 하여야 할 것인가에 관해 고민하고 비슷한 생각을 가진 다른 사람들과 정기적이며 조직적인 모임을 가지며 토론하고 '노동자 연대'라는 같은 성향의 정치신문을 읽어 본 것으로서 비록 그 목표로서 주장하는 바가 기존의 체제와는 상반되는 노동자당을 건설하고 노동자들이 지배계급이 되는 사회를 이상으로 보고 있으나, 피고인은 현재의 북한사회도 노동자들의 혁명이 필요한 왜곡된 사회라고 비판하고 있으며 비록 목표달성을 위한 현재 가능한 수단으로서 과격한 방법을 내세우고 있으나 피고인이 자신의 생각을 실현시키기 위해서 혁명의 구체적 실현을 준비하거나 그를 위하여 폭력 등을 행사한 사실이 없고, 자신들이 가지는 생각들에 관하여 서로 토론을 거듭한 순수이념단체적인 성격도 가진다고 할 것이므로 위와 같은 표현내용이 우리에게 당혹스러운 느낌을 주는 것은 사실이나 그것은 이러한 종류의 표현이 북한이 종전에 퍼온 간접침략정책에 의한 선전내용과 흡사하여 그 동안 국가안전보장을 이유로 철저히 금지되어 온 것이어서, 그 내용의 실제적 위험성보다도 금기된 표현물이 갖는 상징적 위험성이 더 강하게 느껴지기 때문이라고 보이나 피고인이 참여한 모임은 북한도 비판하고 있는 점에서 위와

같은 상징적 위험성도 약하다고 할 것이다. 피고인의 위와 같은 사상과 표현물도 사상의 경쟁시장에 상장되면 그 허구성과 무가치한 실체가 드러나서 저절로 스러져 버릴 표현물이라고 할 지라도 이를 금기시함으로써 상징적 위험성을 지니게 만드는 것이므로, 이 사건 표현물의 내용이 기존의 이념과 가치를 부정하고 공격하는 내용이어서 당장은 당혹스럽고 불쾌한 것이라고 하더라도, 이를 과감하게 허용, 피고인이 주장하는 노동자당의 결성 등도 허용하여 현실에서의 사상의 경쟁을 거쳐 현실정치의 상황에 순응하게 함으로써 그 상징적 위험성을 제거하는 것이 자유민주주의 체제의 정도라고 보인다.

국민의 지지와 정당성을 갖추고 문민정부가 출범한 이래 대한민국의 자유민주적 기본질서에 기초한 현재의 체제에 대한 우월성을 바탕으로 과거와 달리 북한과의 교류와 협력을 넓히면서 사상의 다양성을 폭넓게 수용, 세계화를 향하여 나아가고 있는 현재의 시대의 변화에 비추어서도 지금은 과거와 달리 사상의 포용성을 한층 더 높여도 대한민국의 존립이나 안전이 위협받지 않으리라고 보이는 바, 서구의 여러 선진 민주주의 국가들의 경우를 보더라도 사회당이나 공산당이 합법적으로 활동하고 있음을 알 수 있으므로 세계화를 향한 현 시점에서 이러한 사정 또한 참작되어야 할 것이다.

그러므로 위와 같이 피고인이 국가체제에 비판적 사상을 가졌다는 행위를 국가존립 등을 위태롭게 한다는 정을 알면서 국가변란을 선전하는 것으로 보아 처벌하는 국가보안법 제7조 제1항은 표현의 자유의 제한의 엄격성의 기준에 철저하지 못하며 다음에서 보는 바와 같이 죄형법정주의에도 철저하지 못한 점이 있어 헌법 제37조

제2항 후문의 본질적 내용의 침해가능성의 소지가 있다고 보인다.

헌법 제12조 제1항 후문은 이른 바 죄형법정주의를 규정한 것으로서 죄형법정주의에서 말하는 법률은 국민이 처벌가능성을 예측할 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 규정되어야 하고 지나치게 포괄적이고 애매하거나 막연하고 불명확한 처벌법규는 자의적인 행정권의 행사에 의한 국민의 기본권 침해의 여지를 가지게 되기 때문에 삼권분립 내지 법치주의 이념과 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 위헌의 법률이라고 할 것인데, 구 국가보안법 제7조 제1항, 제5항에 대하여는 이미 헌법재판소에서 제1항의 '구성원', '활동', '동조' 등의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하여 문언을 그대로 해석적용한다면 헌법상의 언론·출판·학문·예술의 자유 및 양심의 자유를 침해할 가능성이 있고 법운영 당국에 의한 자의적 집행이 가능하여 법치주의원리에 반하고 법의 집행을 받는 자에 대한 평등권 침해가 되며 헌법 전문 및 헌법 제4조의 평화적 통일 지향의 규정에 양립하기 어려운 문제가 생길 수 있으나 그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 '실질적 해악을 줄 명백한 위험성'이 있는 경우에 적용되는 것으로 해석하여야 한다고 위조항의 위헌의 소지가 있음을 밝힌 바 있고 이에 따라 국가보안법의 위 규정이 현행과 같이 개정되어 제7조 제1항에는 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서'란 모두의 요건이 추가되었고, "기타의 방법으로", "이롭게 한"이라는 부분은 삭제되면서 구 법 같은 조 제2항의 국외공산계열에 관한 조항이 삭제되고 대신 제1항에 "국가변란을 선전·선동하는"을 추가하는 것으로 바뀐 바 있다. 그런데

개정조항들이 헌법재판소의 결정취지를 어느정도 수용한 면은 있으나 여전히 "구성원", "활동", "동조" 등의 용어가 남아 있어 기왕에 논의되었던 위헌의 시비를 아직까지도 불식하지 못하고 있고, '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'란 모두의 주관적 구성요건으로 기왕의 위헌의 소지를 줄이려고 하고 있으나 이는 행위자의 내심에 관한 사항을 규정한 것으로서 이를 인정하는 기준이 불명확할 뿐 아니라 어떠한 행위가 행위자의 내심의 의사를 어떻게 평가하는가에 따라 범죄가 되기도 하고 안 되기도 하며 무엇이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것인지 아무런 내용이 규정되어 있지 않아 여전히 그 해석의 기준이 불명확함에 따르는 해석기관의 자의에 따른 적용이 가능하다는 우려를 가지고 있다.

또한 '국가변란'이라는 개념도 그 의미나 내용이 명확하지 아니할 뿐 아니라 단순히 '국가변란'이라고만 정의하고 있는데 형법상의 내란죄의 경우 '폭동할 것'이라는 보다 명확한 개념을 구성요건으로 두고 있음에도 같은 법 제91조에 국헌문란에 대한 자세한 정의규정을 별도로 두고 있는 것과 비교하여 보아도 '국가변란'이 형법상 규정된 국헌문란과 어떠한 차이가 있는지 불분명하다고 할 것이고, 국가변란을 목적으로 폭동하는 등의 행위는 그 행위가 가지는 구체적이고 가능한 위험성을 가려내어 형법에 규정된 내란죄의 각 구성요건에 맞추어 처벌하는 것이 가능할 뿐 아니라 타당하다고 보이며 그 처벌도 가법지 아니하여 국가보안법의 위 계 규정들은 형법규정과 중복되는 점도 있다고 보이므로 표현의 자유의 필요최소한도의 제한원칙과도 부합되지 아니하는 점이 있어 그 필요성에서

도 어느 정도 의문이 있다고 할 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 재판의 전제가 되는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항은 헌법상의 죄형법정주의와 표현의 자유의 우월적 보장, 기본권의 본질적 침해금지 규정 등에 합치하지 아니하는 의심이 있다.

공공자금관리기금법 제5조 제1항 등 위헌제청

(1996. 10. 4. 96헌가6 전원재판부)

[판례집 8권2집, 308~344]

【관시 사항】

1. 명령에 대한 위헌제청의 적법여부
2. 위헌제청된 법률의 재판의 전제성에 대한 판단 기준
3. 국민연금기금을 공공자금관리기금에 예탁하도록 한 법률 규정의 위헌여부
4. 국민연금기금운용위원회 구성에 관한 법률 규정의 위헌여부

【결정 요지】

1. 법원의 위헌여부심판제청은 "법률"이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 할 수 있는 것이고, 명령이나 규칙이 헌법에 위반되는 여부는 법원 스스로 이를 판단할 수 있는 것이므로, 이 사건 위헌여부심판제청 중 국민연금법시행령 제54조 제1항에 대한 부분은 법률이 아닌 대통령령에 대한 것으로서 부적법하다.
2. 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 부적법하다 하여 각하할 수 있다. 그런데 이 사건 심판대상이 된 법률조항의 위헌여부와 관계없이 이 사건의 당해 소송사건에서 원고들(제청신청인들)의 청구가 인용될 수 없음이 명백한지의 여부는 헌법재판소가 함부로 판단할 사항이 아니므로, 이 사건 법률조항들이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있다는 전제하에 그 위헌여부심판

제청을 한 제청법원의 법률적 견해는 존중되어야 한다.

3. 공공자금관리기금법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 규정은 국민경제 전체적인 관점에서 그 입법목적이 정당하고 국민연금 가입자의 입장에서 보더라도 그것이 곧 그들의 장래의 연금수급권을 침해한다고는 볼 수 없으므로, 국민 개개인의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법규정에 위반된 과잉입법이라고 할 수 없다.

4. 국민연금기금운용위원회의 위원장인 재정경제원장관이 위 위원회를 자의적으로 주도할 수 있는 것은 아니며 그 위원회의 위원 중에는 사용자 대표, 사용자 외의 가입자 대표, 수급권자 대표 등도 포함되어 있으므로, 연금가입자들의 위 기금 관리·운용에 관한 참여권이 사실상 박탈되고 있다고 볼 수 없다.

재판관 조승형의 반대의견

3. 연금가입자들의 각출료 납부로 조성된 순수한 민간기금이며 연금급여의 책임준비금인 국민연금기금을 공공자금관리기금에 강제예탁하고 이에 대하여 예수증서만 교부하는 것은 입법목적과 입법수단의 정당성을 인정할 수 없으며, 이로 인한 공공복리의 비중과 효과보다는 운용수익률의 저하로 인한 연금가입자의 장래의 연금수급권이나 현재의 연금수급기대권의 침해가 훨씬 크므로 공공자금관리기금법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계를 벗어나 국민의 재산권과 행복을 추구하는 권리를 제한한 위헌의 법률조항들이다.

4. 국민연금기금운용위원회의 구성규정(국민연금법 제84조 제3항)은 그 기능면이나 구성면에서 크게 제한을 받고 있어 모두 국민연금가입자들의 재산권을 보호함에 부족하고 오히려 재산권 및 행복을 추구할 권리를 침해할 우려가 크다고 할 것이므로 헌법 제37조

제2항의 기본권 제한의 한계(과잉금지의 원칙)를 벗어나 헌법에 위반된다.

제 청 법 원 서울지방법원 (1996. 2. 15.자 95카기6548 위헌제청)

제청신청인 김 ○ 웅 외 1인

당해 소송사건 서울지방법원 94가단175355 손해배상(기)

【심판대상조문】

공공자금관리기금법(1993. 12. 31. 법률 제4677호) 제5조 제1항 제1호, 제2항 제1호

제5조 (관리기금에의 예탁의무) ①다음 각호의 기금·채신예금 및 자산(이하 "기금등"이라 한다)의 관리자는 그 기금등의 설치에 관한 법률의 규정에 불구하고 그 여유자금을 관리기금에 예탁하여야 한다. 다만, 관리기금과 기금등의 설치목적에 지장이 없는 범위안에서 제10조의 규정에 의한 공공자금관리기금운용위원회가 예외로 인정하는 것에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 국민연금법에 의한 국민연금기금

2.~7. 생략

②제1항에서 "여유자금"이라 함은 다음 각호의 자금으로서 대통령이 정하는 것을 말한다.

1. 채신예금외의 기금등의 경우에는 그 설치목적을 달성하기 위하여 직접 필요한 자금을 제외한 자금

2. 생략

국민연금법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정된 것) 제84조 제3항

①~ ② 생략

③운용위원회의 위원장은 경제기획원장관이 되고, 부위원장은 보건사회부장관이 되며, 위원은 재무부장관, 농수산부장관, 상공자원부장관 및 노동부장관과 다음 각호의 자중 위원장이 위촉하는 자가 된다. 이 경우 다음 각호의 자가 각 1인이상 포함되어야 한다.<개정 1993·3·6>

1. 사용자를 대표하는 자

2. 사용자외의 가입자를 대표하는 자

3. 수급권자를 대표하는 자

4. 관계전문가

④ 생략

국민연금법시행령(일부개정 1993.11.16 대통령령 제14005호) 제54조 (운용위원회의 위원위촉) ①국민연금기금운용위원회(이하 "운용위원회"라 한다)의 위원장이 법 제84조제3항의 규정에 의하여 운용위원회의 위원을 위촉하고자 할 때에는 다음의 구분에 의한다.

1. 사용자를 대표하는 자로서 사용자단체의 장 2인
2. 사용자외의 가입자를 대표하는 자로서 노동조합의 총연합단체의 장 및 산업별연합단체의 장 1인
3. 수급권자를 대표하는 자로서 공단이사장
4. 관계전문가로서 국민연금에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 2인

② 생략

【참조 조문】

헌법 제37조 제2항

헌법재판소법 제41조 제1항

②~⑤ 생략

【참조 판례】

1. 1992. 10. 31. 고지, 92헌바42 결정
1992. 11. 12. 선고, 92헌바7 결정
2. 1993. 5. 13. 선고, 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24·50(병합) 결정

【주 문】

1. 공공자금관리기금법(1993. 12. 31. 법률 제4677호) 제5조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항 제1호와 국민연금법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정된 것) 제84조 제3항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 국민연금법시행령 제54조 제1항에 대한 위헌여부심판제청을 이를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인들은 국민연금법 제8조 제1항에 규정된 "당연적용사업장"의 근로자인 "사업장가입자"로서 연금보험료를 납부하고 있는 사람들인데, 1994. 12. 5. 서울지방법원에 대한민국을 상대로 손해배상청구(위 법원 94가단 175355호)의 민사소송을 제기하였다.

그 청구이유의 요지는, 연금보험료로 조성된 국민연금기금의 운용주체인 대한민국이 공공자금관리기금법을 통하여 국민연금기금을 "공공자금관리기금"으로 강제 편입하여 수익성이 적은 재정투자 등에 임의 사용할 수 있도록 함으로써 국민연금기금을 고갈시킬 위험에 처하도록 만들었을 뿐만 아니라, 기금의 중장기 배분계획을 세우지 아니하고 국민연금 가입자들로 하여금 자신들이 조성한 위 국민연금의 운용에 대한 의사결정에 참여할 수 있는 길까지 봉쇄한 채 파행적으로 국민연금을 운용함으로써, 제청신청인들의 장래의 연금수급권을 침해하고 있다고 주장하면서 위자료 등 그 손해배상을 청구한 것이다.

(2) 제청신청인들은 위 소송 계속중 국민연금기금의 여유자금을 공공자금관리기금에 강제로 예탁하도록 규정한 공공자금관리기금법 제5조 제1항, 제2항과 국민연금기금의 운용에 관한 중요사항을 심의·의결하는 국민연금기금운용위원회의 구성방법을 규정한 국민연금법 제84조 제3항 및 국민연금법시행령 제54조 제1항은 각 위헌이라고 주장하면서 그 위헌제청신청(위 법원 95카기6548)을 하였으

며, 위 법원은 1996. 2. 15. 이 신청을 받아들여 위 법령조항들의 위헌 여부에 관한 심판제청결정을 하였고, 이 결정은 같은 달 28. 당 재판소에 접수되었다.

나. 심판의 대상

제청법원은 공공자금관리기금법 제5조 제1항 및 제2항, 국민연금법 제84조 제3항과 국민연금법시행령 제54조 제1항에 대하여 위헌여부심판의 제청을 하였으나, 공공자금관리기금법 제5조 제1항의 제2호 내지 제7호와 같은 조 제2항의 제2호는 제청신청인들이 가입하고 있는 국민연금 내지 국민연금사업과는 관련이 없는 조항들로서 그 제청이유에서도 별다른 언급이 없으므로 이를 제외한 그 나머지 법령의 조항들만을 심판의 대상으로 삼기로 한다.

그렇다면 이 사건 위헌여부심판의 대상이 되는 법령의 조항은 공공자금관리기금법(1993. 12. 31. 법률 제4677호, 이하 "공자법"이라 약칭한다) 제5조 제1항 제1호, 같은 조 제2항 제1호, 국민연금법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정된 것) 제84조 제3항 및 국민연금법시행령(1995. 4. 1. 대통령령 제 14565호로 개정된 것) 제54조 제1항으로서, 그 내용은 다음과 같다.

(1) 공공자금관리기금법 제5조 【관리기금에의 예탁의무】

① 다음 각호의 기금·채신예금 및 자산 (이하 "기금 등"이라 한다)의 관리자는 그 기금 등의 설치에 관한 법률의 규정에 불구하고 그 여유자금을 관리기금에 예탁하여야 한다. 다만, 관리기금과 기금 등의 설치목적에 지장이 없는 범위안에서 제10조의 규정에 의한 공공자금관리기금운용위원회가 예외로 인정하는 것에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 국민연금법에 의한 국민연금기금

2.- 7. (생략)

② 제1항에서 "여유자금"이라 함은 다음 각호의 자금으로서 대통령이 정하는 것을 말한다.

1. 체신예금 외의 기금 등의 경우에는 그 설치목적에 달성하기 위하여 직접 필요한 자금을 제외한 자금

2. (생략)

(2) 국민연금법 제84조 【국민연금기금운용위원회】

①, ② (생략)

③ 운용위원회의 위원장은 경제기획원장관이 되고, 부위원장은 보건사회부장관이 되며, 위원은 재무부장관, 농수산부장관, 상공자원부장관 및 노동부장관과 다음 각호의 자 중 위원장이 위촉하는 자가 된다. 이 경우 다음 각호의 자가 각 1인 이상 포함되어야 한다.

1. 사용자를 대표하는 자

2. 사용자 외의 가입자를 대표하는 자

3. 수급권자를 대표하는 자

4. 관계전문가

※ 정부조직법중개정법률(1994. 12. 23. 법률제4831호) 부칙 제4조에 의하여 경제기획원장관, 재무부장관은 "재정경제원장관"으로, 상공자원부장관은 "통상산업부장관"으로, 보건사회부장관은 "보건복지부장관"으로 본다.

(3) 국민연금법시행령 제54조 【운용위원회의 위원위촉】

① 국민연금기금운용위원회(이하 "운용위원회"라 한다)의 위원장이 법 제84조 제

3항의 규정에 의하여 운용위원회의 위원을 위촉하고자 할 때에는 다음의 구분에 의한다.

1. 사용자를 대표하는 자로서 사용자단체의 장 2인
2. 사용자 외의 가입자를 대표하는 자로서 노동조합의 총연합단체의 장 및 산업별연합단체의 장 1인
3. 농어민과 농어민 외의 지역가입자를 대표하는 자 3인
4. 수급권자를 대표하는 자로서 공단이사장
5. 관계전문가로서 국민연금에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 2인

2. 제청법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 공자법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 위헌성

공공자금관리기금(이하 "관리기금"이라 한다)에 강제예탁되는 다른 기금 등과는 달리 국민연금기금은 정부의 보조 없이 순수하게 민간부문에서 조성되고 있으며 사업장가입자인 근로자들의 연금보험료는 그 임금에서 원천공제되고 있으므로 그렇게 조성된 연금기금을 재정자금으로 사용하기 위하여는 기금관리자와의 협의를 거쳐 사용함이 마땅하고, 우리 국민연금제도의 구조상 연금기금은 수급권자에 대한 장래의 급여를 담보하는 것으로서, 될 수 있는 한 수익성을 제고하여 장래의 보험급여를 확보하여도 연금제도의 성공여부가 불확실하다. 그런데도 불구하고 공공자금관리기금법에 이에 대한 강제예탁규정을 두어 그때 그때의 연금제도 유지에 필요한 비용에 드는 자금을 제외한 나머지 자금을 일방적으로 "여유자금"이라고 규정하고 이를 그 조성의 주체인 보험가입자들의 의사를 반영

할 기회도 주지 않은 채 일반 금융부문보다 수익률이 떨어지는 재정자금을 강제예탁하도록 한 것은, 비록 그것이 경제계획에 소요되는 재정자금을 조달하기 위한 것이라고 하더라도, 국민의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법규정에 위반된 과잉입법이 아닌가 하는 의심이 든다.

(2) 국민연금법 제84조 제3항 및 국민연금법시행령 제54조 제1항의 위헌성

재정경제원장관이 "국민연금기금운용위원회"의 위원장과 "공공자금관리기금운용위원회"의 위원장을 겸직하고 있고 국민연금기금운용위원회의 나머지 위원도 경제부처장관 5인외에 장래의 연금수급권자로서 가장 많은 보험료를 납부하고 있는 가입자, 즉 근로자를 대표하는 자로서는 1인만을 위원장인 재정경제원장관이 위촉하도록 되어 있다. 이러한 국민연금기금운용위원회의 구성만으로 볼 때는, 관리기금에 되도록 많은 연금기금이 예탁되기를 원하는 재정경제원장관이 국민연금기금운용위원회의 운영까지 주도함으로써 가장 존중되어야 할 연금가입자들의 위 기금 관리·운용에 관한 의사결정 참여권이 사실상 박탈되는 결과를 가져올 개연성이 매우 크다고 할 것이므로, 국민연금기금운용위원회의 구성에 관한 위 각 조항도 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의심이 든다.

나. 재정경제원장관 및 보건복지부장관의 의견

(1) 재판의 전제성에 관하여

이 사건의 당해 소송사건은 국민연금사업과 관련된 국가의 위법한 공행정작용으로 인한 정신적 손해의 배상(위자료)을 청구한 사건

으로서, 국가배상법상의 전심절차인 배상심의회 결정절차를 거쳐야 하는 데도 이를 거치지 아니한 채 제기되었을 뿐만 아니라 제청신청인인 원고들의 청구가 인용될 수 없음이 명백하므로, 이 사건 위헌여부심판제청은 그 적법요건인 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

(가) 공자법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 위헌여부

1) 공자법은 공공성이 있는 각종 기금의 여유자금을 그 설치목적에 지장이 없는 범위내에서 정부가 적정한 수익을 보장하면서 빌려와 공공투자를 위한 안정적인 재원으로 활용함과 아울러 각종 기금이 수익성만을 고려한 나머지 투기자금화하여 오히려 금융시장, 부동산시장등을 교란하는 부작용을 방지하고 각종 기금의 운영에 있어서 수익성과 공공성이 조화를 이루도록 하기 위하여 제정된 것이다.

2) 국민연금제도는 국민의 노령·폐질·사망에 대하여 기본적인 소득보장을 목적으로 실시하는 공적 사회보장제도의 하나로서, 순수한 사적(私的) 계약에 의하는 것이 아니라 국민연금법에 의하여 강제적으로 가입하여야 하며 법에 정해진 급여를 받는 것이기 때문에, 현실적으로 연금기금 조성에 국고부담이 거의 없다고 하여 가입자들과 국가 사이에 민법상의 신탁관계가 성립된다고 보기는 어렵다. 또 보건복지부장관이 기금을 관리·운용함에 있어 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 한다는 의미는, 법령상 주어진 의무를 준수하고 궁극적으로는 전체 국민의 복리증진과 공익에 도움이 되도록 기금을 관리·운용하여야 한다는 의미이지, 가입자 개개

인이 주장하는 내용에 따라 기금을 운용하여야 한다는 의미는 아니다.

그러므로 연금보험가입자인 제청신청인들이 가입자 전체에 대한 현재 또는 장래의 총체적 급여준비금인 기금 전체에 대하여 신탁의 본지에 따를 것을 주장하는 것은 지나친 권리의 확대이다.

3) 국민연금가입자들은 법률에 정해진 바에 따라 연금수급권을 가지는 것이고 이에 대하여 국가가 연금지급에 대한 책임을 지는 것이므로, 위 법조항이 연금기금을 수익성 중심으로 투자하는 것을 제한함으로써 국민연금기금의 수익을 감소시켜 연금제정에 다소 영향을 미칠 수 있다고 하더라도 그것이 직접 원인이 되어 연금수급권 자체를 박탈하거나 연금급여액을 현저히 축소하지 않은 이상, 제청신청인들을 포함한 연금가입자들의 재산권이나 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고는 할 수 없다.

4) 공자법 제5조 제1항 제1호에서 국민연금기금의 관리자에 대하여 그 여유자금의 예탁의무를 부과하고 있으나, 같은 항 단서 및 공자법 제10조 제1항 제3호의 규정에 의하여 여유자금 중 공공자금관리기금운용위원회가 인정하는 부분은 그 예외로 할 수 있도록 되어 있고 실제로도 여유자금 전액을 예탁하지는 아니하고 있을 뿐만 아니라 (1995년말 잔액 기준으로 여유자금의 65%만을 공공부문에 예탁하고 있음), 관리기금의 운용은 기금관리기본법에 의하여 국회의 통제를 받고 있으며 재정투융자특별회계는 헌법 제54조의 규정에 의하여 일반회계와 같이 정부가 회계년도마다 예산안을 편성하여 국회에 제출하고 국회가 이를 심의·확정하고 있고, 보건복지부장관은 매년도 연금기금의 결산에 대하여 신문에 공고하고(국민연금법 제87

조 제2항, 동 시행령 제64조) 그 운용결과에 대하여 국민연금기금운용위원회 등에 분기별로 보고하는 등 이를 일반적으로 공개하고 있으며, 국회의 국정감사·감사원 감사 등을 통해 사후적으로도 통제·감독되고 있으므로 위 조항이 자의금지의 원칙을 위반한 것이라고 볼 수도 없다.

5) 공자법 제7조 제2항은 예탁기금의 수익성을 중시하여 예탁자금에 대하여는 시장금리로 발행되는 국·공채의 이자율과 기금 등의 운용수익률 등을 기준으로 하여 이자율을 결정하도록 규정하고 있고, 이에 따라 공공자금관리기금운용위원회에서는 기금예탁금에 대하여 시장금리로 발행된 중장기 국채의 발행금리와 금융자산운용수익률을 평균하여 산출한 금리에 의한 이자를 지급하고 있으므로, 예탁기금에 대하여는 실세금리 또는 그 이상의 이자를 지급하고 있는 것이다.

6) 한편 공공사업의 재원조달을 위하여 각종 기금 등의 여유자금을 예탁받지 아니하고 국채를 발행할 수도 있으나, 공공기금인 국민연금기금에서는 여유자금을 민간부문에 운용하고 재정에서는 국채를 발행하여 다시 민간부문으로부터 자금을 끌어들이는 것은 금융시장에 이종의 충격을 주기 때문에 바람직하지 못할 뿐만 아니라 국채의 성질상 이를 적정한 선에서 통제하기도 어려워 재정구조의 악화를 초래할 우려가 있다.

7) 현행 연금제도의 구조적 취약성으로 말미암아 결국은 국가재정에서 연금지급을 지원해야 할 것으로 예상되기는 하나, 향후 국가의 국민연금에 대한 지원능력은 현재의 여유자금을 얼마나 효과적으로 활용하여 본격적으로 연금을 지급할 시기에 있어서의 국가

전체 경제력을 향상시키느냐에 크게 의존하는 만큼, 공자법 제5조 제1항 제1호, 제2항 제1호의 규정은 국민경제 전체적인 관점에서 그 입법목적이 정당하고 국민연금 가입자의 연금수급권을 침해하는 것이 아니므로 국민 개개인의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법규정에 위반된 과잉입법이라고 할 수 없다.

(나) 국민연금법 제84조 제3항 및 국민연금법시행령 제54조 제1항의 위헌 여부

1) 재정경제원장관이 "국민연금기금운용위원회"의 위원장을 맡도록 한 것은, 재정경제원장관이 정부조직법 제23조 제1항의 규정에 의하여 국가의 경제운용 전반을 책임지고 있기 때문이다.

2) "국민연금기금운용위원회"의 위원장은 단순히 위원회를 대표하며 그 회무를 통리할 뿐 의사결정에 있어 어떠한 특권도 인정받지 못하고 있으며, 국민연금기금운용위원회의 위원 15명 중 사용자대표, 근로자대표, 지역가입자대표, 수급권자대표 등이 과반수인 8명을 차지하고 있어 가입자의 의사가 충분히 반영되도록 구성되어 있으므로, 국민연금법 제84조 제3항과 같은 법 시행령 제54조 제1항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 제청신청인들의 주장

위에서 본 제청법원의 제청이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 국민연금법시행령 제54조 제1항에 관한 부분

법원의 위헌여부심판제청은 "법률"이 헌법에 위반되는 여부 자체

판의 전제가 된 경우에 할 수 있는 것이고(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항), 명령이나 규칙이 헌법에 위반되는 여부는 법원 스스로 이를 판단할 수 있는 것인 바(헌법 제107조 제2항), 이 사건 위헌여부심판제청 중 국민연금법시행령 제54조 제1항에 대한 부분은 "법률"이 아닌 "대통령령"에 대한 것으로서 부적법하다.

나. 공자법 제5조 제1항 제1호, 제2항 제1호 및 국민연금법 제84조 제3항에 관한 부분

(1) 재판의 전제성

법원의 법률위헌여부심판제청에 있어서 위헌 여부가 문제되는 법률 또는 법률조항이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는, 되도록 제청법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며, 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소가 그 제청을 부적법하다 하여 각하할 수 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건의 당해 소송사건에 있어서 그 원고인 제청신청인들이 국가배상법에 정해진 전심절차를 거치지 아니한 채 국가배상청구소송을 제기하였다고 하더라도, 그 후에 배상금지급신청을 하고 당해 소송사건의 변론종결전에 배상심의회의 결정이 있거나 배상금지급신청을 한 날로부터 3개월이 경과하면 전심절차에 관한 하자는 치유되는 것인 바(대법원 1978. 3. 28.선고, 77다1084 판결; 1978. 7. 25.선고, 78다869 판결 등 참조) 위 소송에 있어서 제청신청인들은 이 사건 법률위헌여부심판제청 후인 1996. 9. 5. 서울지구배상심의위원회에 배상금지급신청을 한 사실이 기록상 인정되므로 위 소송이 반드시 부적법하여 각하될 것이라고 볼 수는 없으며, 이 사건 심판대상이 된 법률조항의 위헌여부와 관계없이 이 사건

의 당해 소송사건에서 원고들(제청신청인들)의 청구가 인용될 수 없음이 명백한지의 여부는 헌법재판소가 함부로 판단할 사항이 아니다. 그렇다면 이 사건 법률조항들이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있다는 전제하에 그 위헌여부심판의 제청을 한 제청법원의 법률적 견해는 존중되어야 한다.

(2) 위헌여부에 관한 판단

(가) 국민연금제도와 국가의 책임

우리나라의 국민연금사업은, 1973. 12. 24. 법률 제2655호로 "국민복지연금법"이 제정되었으나 그 실시여건이 성숙되지 아니하여 계속 그 시행을 미루어 오다가, 1986. 12. 31. 법률제 3902호로 법률의 명칭을 "국민연금법"으로 변경하고 전문개정하여 1988. 1. 1.부터 시행된 것이다. 국민연금제도는 국민의 노령·폐질 또는 사망에 대하여 연금급여를 실시함으로써 국민의 생활안정과 복지증진에 기여할 목적으로(국민연금법 제1조) 위와 같은 사태가 발생한 때에 그 부담을 국가적인 보험기술을 통하여 대량적으로 분산시킴으로써 그 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종으로서, 사보험(私保險)과는 달리 ① 일정한 범위에 있어서 보험가입이 강제되고, ② 보험관계의 내용이 법률에 의하여 정하여지며, ③ 사용자 또는 국가가 보험비용의 일부를 부담함으로써 급부와 반대급부 균형의 원칙이 유지되지 못하고, ④ 보험료를 강제징수할 수 있는 등 보험원리에 부양원리가 도입되어 사회보장제도로서의 사회보험의 특색을 나타내고 있다.

국민연금사업은 보건복지부장관이 이를 관장하고(국민연금법 제2조), 국민연금사업에 필요한 재원을 원활하게 확보하고 국민연금법

에 의한 급여에 충당하기 위한 책임준비금으로서 국민연금기금을 설치하고 있으나(같은 법 제82조) 이 기금도 보건복지부장관이 이를 관리·운용하고 있으며(같은 법 제83조 제1항), 다만 연금보험료의 징수, 급여의 결정 및 지급 등 국민연금사업의 여러 가지 실무는 그 효율성을 고려하여 보건복지부장관의 위탁을 받은 국민연금관리공단이 이를 수행하고 있고(같은 법 제22조, 제23조) 국가는 매년 국민연금사업의 관리·운영에 필요한 위 공단의 관리·운영비의 전부 또는 일부를 부담한다(같은 법 제74조).

한편, 연금수급권은 사회보장수급권의 하나로서 인간다운 생활을 보장하기 위한 사회적 기본권의 성격과 아울러, 연금의 주요재원인 연금보험료의 일부를 수급권자 자신이 부담한다는 점과 이는 재산적 가치가 있는 권리라는 점에서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 성격을 갖는데(헌법재판소 1994. 6. 30.선고, 92헌가9 결정 참조) 이에 대응하여 국가는 법률에 정해진 요건을 갖춘 수급권자에 대하여 법률에 정해진 급여를 지급할 의무를 부담한다. 즉, 현실적인 연금지급업무는 국민연금관리공단이 이를 수행하고 있으나 국민연금관리공단은 보건복지부장관의 위탁에 따라 이를 수행할 뿐이고 연금기금 역시 그 자체가 독립한 법인격체로서 급여의무의 주체가 되는 것도 아니어서 결국은 국가가 종국적으로 국민연금법에 의한 급여의무를 부담하는 것이다.

우리 헌법에 의하면 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지고 있고 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 지고 있으며 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받을 수 있다

록 되어 있는 바(제34조 제1항, 제2항, 제5항), 국민연금제도의 성격이 위에서 본 바와 같고 국가가 연금기금의 운영성과와 관계없이 국민연금법에 정해진 지급기준에 따라 연금지급을 해야 하는 중독적 책임을 부담하고 있다면, 비록 연금수급권이 재산권의 성격을 갖고 있다고 할지라도, 연금기금은 위에서 본 헌법 규정 및 재산권보장에 관한 헌법규정과 국민연금법의 입법목적(제1조)에 부응하도록 정부가 그 합리적 재량에 따라 이를 관리·운용할 수 있다고 보아야 할 것이고 반드시 가입자 개개인이 주장하는 내용에 따라 이를 운용해야 한다고는 볼 수 없다.

그리고 일반적으로 연금기금의 운용에 있어서는 안정성, 수익성, 공공성 등을 종합적으로 고려해야 할 것이나, 그 중에서도 장기적인 "안정성"을 최우선으로 고려할 것이 요청된다(국민연금법 제83조 제2항 참조). 이는 우리의 국민연금제도와 유사한 사회보험제도를 시행한지 오래된 사회보장의 선진제국들에서도 여유기금의 전액을 국·공채 매수에 투자하도록 법률에 규정하고 있거나 법률에 규정이 없는 경우에도 대부분의 여유기금을 국·공채 매수 등의 안전한 투자방법으로 운용하고 있는 실정에서도 쉽사리 알 수 있다. 그렇다면 정부의 국민연금기금의 운용방법이 그 수익률에 있어서는 다소 떨어진다고 하더라도 장기적인 안정성에 있어서 충분한 보장이 있는 이상 그와 같은 기금운영방법이 곧 연금가입자의 장래의 연금수급권을 침해한다거나 그들의 인간다운 생활을 할 기본권을 침해하는 것이라고 말할 수는 없을 것이다.

(나) 국민연금사업의 장기재정추계와 연금기금의 운용현황

1) 국민연금사업의 장기재정추계

연금재정의 기본적인 운용형태에는 연금제도에 가입하고 있는 기간 동안의 보험료를 적립하여 적립금의 이식수입을 주요재원으로 급여를 지급하도록 계획하는 "적립방식(積立方式)"과 일정한 짧은 기간(예컨대 1년) 중에 지출해야 하는 급여를 그 기간 내에 납부된 보험료 수입에 의하여 충당하도록 계획하는 "부과방식(賦課方式)"이 있는데, 국민연금법은 원칙적으로 적립방식에 입각한 재정운용방식을 취하고 있으나 현행 보험료율(제도시행 초기에는 표준소득월액의 3%부터 시작하여 순차적으로 9%까지 인상하도록 계획되어 있다)로는 제도가 성숙되고 노령층의 비율이 커지게 되면 적립방식을 유지하기 어려울 것으로 예상되는 바, 국민연금관리공단이 1994년 12월에 발표한 {국민연금 장기재정추계}에 의하면 현재의 보험료율·노령연금의 지급개시연령·급여수준 등을 변경하지 아니한다는 전제하에서 계산하면 2025년경에는 총지출액이 총수입액(보험료 + 적립금의 운용수익)을 초과하게 되고 그 이후 급속히 적립기금이 잠식되어 2033년경에는 기금 자체가 고갈되고 그 이후 매년 75조원(2033년) 내지 180조원(2050년)가량의 연금재정 적자가 발생할 것으로 전망된다.

2) 국민연금기금의 운용현황

현재 국민연금기금은 크게 공공부문, 금융부문 및 복지부문으로 나누어 운용되고 있는 바, 공공부문에의 운용은 1994년도 2/4분기까지는 국민연금기금운용위원회의 결의에 의하여 정부의 재정투융자특별회계에 예탁하는 방식으로(공자법 부칙 제2조 참조), 1994년도 3/4분기 이후에는 공자법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호에 의하여 여유자금을 관리기금에 예탁하는 방식으로 이루어지고 있다

며, 금융부문에의 운용은 국·공채, 회사채, 수익증권, 주식의 매입이나 금전신탁 등의 방법으로 이루어지고 있고, 복지부문은 보육시설이나 노인복지시설의 설치자금 용자, 생활안정자금 대부, 휴양시설설치 사업비 등으로 운용되고 있는 바, 1995년말 현재 총 기금조성액 17조9860억원 중 11조4770억원(63.8%)을 공공부문에, 4조8750억원(27.1%)를 금융부문에, 그 나머지 중 8220억원(4.6%)을 복지부문 등에 투자하고 있는데, 공자법 시행 이후인 1994년도와 1995년도에는 사회간접자본 등 공공투자의 수요가 급증하여 신규투자액의 87%-88%를 공공부문에 투자하였으나 1996년도에는 신규투자액의 63.6%만을 관리기금에 예탁할 것으로 계획하고 있다.

다음으로 각 부문별 수익률을 살펴보면, 관리기금에 예탁되는 연금기금의 여유자금에 대하여는 공공자금관리기금운용위원회가 정하는 이자율에 의한 이자를 지급하는데(공자법 제7조 제2항), 1994. 6. 7. 공공자금관리기금운용위원회에서 의결한 공공자금관리기금의 예탁 및 재예탁조건 결정기준 제2조, 제3조에 의하면, 예탁기간 5년인 기금예탁금에 대하여 적용하는 기준금리는 최근 3개월간 시장금리로 발행된 중장기 국채(만기 3년이상인 외국환평형기금채권과 국채관리기금채권)의 발행금리와, 각종 기금의 금융자산운용수익률(각종 기금의 금융자산보유현황과 최근 3개월간 자산별 시장수익률을 기준으로 산출한 것)을 평균하여 산출하고(매분기별로 산정한 금리와 기존의 적용금리의 차이가 연 0.5% 미만일 경우에는 기존의 금리를 그대로 적용하며 그 차이가 연 0.5% 이상이 될 때에만 기준금리를 변경한다), 예탁기간이 5년미만이거나 예탁기간 만료 전에 상환할 경우에는 기준

금리보다 다소 낮은 금리를 적용하도록 되어 있는데, 시장금리로 국채를 발행한다는 것은 국채발행시 이를 금융시장에서 경매에 부쳐 금리가 정해지도록 한다는 것이므로 기준금리에는 금융시장의 실세금리가 그대로 반영되고 있다.(다만 국채는 투자의 위험성이 거의 없는 관계로 일반 회사채에 비하여 다소 낮은 금리수준에서 결정되고 있다)

한편, 1995년말까지의 국민연금기금의 운용결과, 공공부문의 수익률은 평균 연 11.64% (1994년 2/4분기까지는 재정투융자 특별회계에, 동년 3/4분기부터는 관리기금에 각 예탁), 금융부문의 수익률은 평균 연 13.11%, 복지부문의 수익률은 평균 연 10.68%이었다.

(다) 공자법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 위헌 여부

1) 위 법률조항에 관한 제청이유의 요지는, 첫째로 국민연금기금을 공공자금관리기금에 예탁함에 있어 국민연금기금관리자와의 협의를 거친 바 없고 또 보험가입자들의 의사를 반영할 기회를 주지 아니한 것이 헌법규정에 반하는 과잉입법이 아닌가 하는 의심이 든다는 것이다.

그러므로 먼저 공자법의 입법취지에 관하여 보건대, 이 법은 공공성이 있는 각종 기금의 여유자금을 그 설치목적에 지장이 없는 범위내에서 정부가 적정한 수익을 보장하면서 빌려와 공공투자재원으로 활용함으로써 공공성이 있는 각종 기금이 수익성만을 고려한 나머지 투기자금화하여 오히려 금융시장, 부동산시장 등을 교란하는 부작용을 제거하고 각종 기금의 운영에 있어서 공공성과 수익성의 조화를 이루며 국가가 전체적으로 필요한 공공투자재원을 안정적으로 확보하기 위하여 제정된 것으로 보인다. 그리고 공자법

제5조 제1항 제1호, 제2항 제1호와 공자법시행령 제2조 제2항에 의하면 국민연금기금의 "전액"을 관리기금에 예탁하도록 한 것이 아니고 그 기금설치목적은 달성하기 위하여 직접 필요한 자금을 제외한 이른바 "여유자금" (국민연금기금의 경우에는 이 기금의 설치목적은 달성하기 위하여 당해 회계연도에 직접 필요로 하는 일상적인 운영자금, 연금급여의 지급을 위한 자금 등을 제외한 자금)만을 예탁하도록 한 것이며, 이 여유자금예탁의 원칙도 공자법 제10조의 규정에 의한 공공자금관리기금운용위원회가 예외로 인정한 것에 대하여는 이를 적용하지 않도록 되어 있다.

다음으로, 공자법 제9조에 의하면 재무부장관(지금은 재정경제원장관, 이하 같다)은 회계연도마다 기금관리기본법 제5조의 규정에 따라 공공자금관리기금의 운용계획을 수립하여야 하고 이 운용계획을 수립함에 있어서는 기금 등의 관리자 기타 이해관계인의 의견을 들어야 하도록 되어 있으며 기금등의 관리자는 위 운용계획의 수립을 위하여 필요한 여유자금운용상황에 관한 자료를 재무부장관에게 제출하여야 한다고 규정되어 있다. 그리고 이 관리기금의 운용은 기금관리기본법(1991. 12. 31. 법률 제4461호, 최종개정 1995. 12. 30. 법률 제5136호)에 의하여 기금운용계획의 수립, 변경 및 그 시행결과 등의 전과정에 걸쳐 국민의 대표기관인 국회의 광범한 통제를 받도록 하고 있다(기금관리기본법 제1조, 제2조, 제6조, 제7조, 제8조, 제9조, 제13조 참조).

위와 같은 사실들과, 앞서 본 국민연금제도의 성격, 국가의 중국적 급여지급책임 및 이에 따른 상당정도의 관리·운영에 관한 재량성 등을 종합하여 고려하면, 국민연금기금을 공공자금관리기금으

로 예탁함에 관하여 국민연금기금관리자와의 협의를 거친 바 없고 또 보험가입자들의 의사를 반영할 기회를 주지 아니하였다고 하더라도 그것이 곧 국민연금가입자들의 재산권을 보장하고 그들의 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법규정에 위배된다고는 할 수 없다.

2) 위 법률조항에 관한 제청이유의 두번째 요지는, 국민연금기금을 일반 금융부분보다 수익률이 떨어지는 재정자금에 강제예탁하도록 한 것이 헌법규정에 반하는 과잉입법이라는 취지이다.

그러나, 위 제청이유도 다음과 같은 이유로 부당하다.

첫째로, 국민연금제도의 목적과 성격으로 볼 때 국민연금기금의 관리·운용에는 수익성, 안정성, 공공성 등을 종합적으로 고려하여야 하나 장기적인 "안정성"이 가장 중요한 관리지표이므로 수익률이 다소 떨어진다고 하더라도 장기적인 관점에서 안정성이 보장된다면 그러한 운용방법이 곧 국민연금가입자의 장래의 연금수급권을 침해하는 것이 아니라 함은, 이미 위에서 본 바와 같다.

둘째로, 국민연금기금을 공공부분에 투자하는 경우와 일반 금융부분에 투자하는 경우 사이에 언제나 반드시 현격한 수익률의 차이가 생기는 것은 아니라는 점이다.

자료에 의하면 1995년말까지의 국민연금기금의 운용결과 공공부분의 수익률은 평균 연 11.64%이고 금융부분의 수익률은 평균 연 13.11%이어서 평균 연 1.47%의 차이가 난 것으로 되어 있다. 그러나 법의 규정내용을 보면 공자법 제7조 제2항은 관리기금에 예탁하는 자금 즉 기금예탁금에 대하여는 공개시장에서 시장금리로 발행되는 국·공채의 이자율 수준과 기금 등의 금융자산운용수익률 등

을 기준으로 공공자금관리기금운용위원회가 정하는 이자율의 이자를 지급함을 원칙으로 한다고 규정하고 있고 이에 따라 위 운용위원회에서는 기금예탁금에 대한 기준금리를 시장금리로 발행된 중장기 국채의 발행금리와 금융자산운용수익률을 평균하여 산출한 금리로 결정하여 운용하고 있는 바, 금리라는 것은 투자위험성이 높을수록 올라가고 낮을수록 내려가는 것인데 투자위험이 거의 없는 관리기금에 대한 예탁이자율은 국채의 시장금리가 정당한 보상수준이라고 할 것인데도, 투자위험이 있는 여타 금융자산의 운용수익률과 평균하여 이자를 지급하는 것은 오히려 연금기금에 혜택을 주는 것이라고 볼 수도 있으며, 금융시장의 상황에 따라서는 금융자산운용수익률이 국채의 시장금리보다 낮을 수도 있고 (자료에 의하면 실제로 1994년 3/4분기부터 1995년 3/4분기까지는 국채발행금리가 각종 기금의 금융자산운용수익률을 상회하였다) 그러한 경우에는 오히려 금융자산으로 운용한 것보다 높은 이자를 지급받는 결과가 된다.

셋째로, 일시적, 개별적 현상은 논외로 하고 일반적으로는 공공부문에의 투자가 일반 금융부문에의 투자에 비하여 그 수익율이 다소 떨어진다고 하더라도, 아래와 같은 제반사정을 고려한다면, 그것만으로 곧 국민연금 가입자의 장래의 재산권등을 침해한다고는 할 수 없다.

(i) 국민연금기금은 대다수의 국민이 연금가입자 또는 그 수혜대상자이고 그 자금의 규모가 수백조원에 이르러 그 운용이 국가경제에 미치는 영향이 지대한 공공성을 띤 자금이므로 이를 수익성 위주로만 운영할 수는 없는 것이고, 이 기금의 운용에 있어서 가장 우선적으로 적용되는 원칙은 장기적인 "안정성"인데(국민연금법 제

83조 제2항) 국가에 예탁하고 그로부터 적정한 수익(이자)을 받는 것 이상의 안정성있는 투자는 없다.

(ii) 국민연금가입자의 연금수급권은 국민연금법에 의하여 보장되고 국민연금기금 고갈시에는 정부가 재정지원 등으로 그 종국적 지급책임을 지는 것이므로 향후 국가의 국민연금에 대한 지원능력은 현재의 여유자금의 얼마나 효과적으로 활용하여 국가 전체의 경쟁력을 향상시키느냐에 크게 의존하는 것인데, 공공자금관리기금은 공공투자의 재원으로 활용되어 국가 전체적인 성장잠재력과 국제경쟁력을 향상시키고 각종 산업의 균형있는 발전에 기여하게 되므로 이는 결국 국가의 재정기반을 튼튼히 하여 국고의 장기적인 연금급여 지급능력을 향상시킨다. 또한 공공자금관리기금의 주요투자대상인 사회간접자본에 대한 투자 등은 그 회임기간이 길어 장래에도 그 혜택이 주어지므로 후세대의 연금보험료 부담가중 등 세대간의 보험료부담의 불평등을 보완하는 효과도 있다.

(iii) 연금기금을 수익성 위주로만 운용할 경우에는, 연금기금의 움직임이 곧바로 금융시장에서의 자산구성에 대한 신호가 되어 시장질서를 교란시키며, 각종 재정수요를 가진 중앙정부의 각 부처나 지방자치단체가 각종 기금으로부터 자금을 차용하기 위하여 개별적으로 경쟁한다면 행정력의 낭비는 물론 각종 부작용을 야기할 우려가 있다.

(iv) 앞으로 약 40년후에 국민연금기금의 고갈이 예상되는 근본적 원인은, 국민연금제도 도입당시에 국민의 부담능력 등을 고려하여 보험료율을 매우 낮게 책정함으로써 연금보험료 납입액보다 연금급여액이 훨씬 많도록 되어 있는 "수입과 지출"의 불균형과 인구

의 노령화로 인한 연금수급자의 증가 등에서 오는 구조적인 문제에 있는 것이지, 국민연금기금의 여유자금을 일반 금융부문보다 수익률이 다소 낮은 관리기금에 예탁하기 때문은 아니다. 따라서 장기적으로 국민연금가입자의 연금수급권을 보장하기 위하여는, 이자수익률의 제고도 중요하지만 보다 근본적인 방안은 국민연금의 여유자금을 국민경제를 발전시킬 수 있는 분야에 효과적으로 투자함으로써 연금지급의 궁극적 책임을 지는 국가의 전체적인 경제력을 증진시키고 이와 아울러 기존가입자의 권익을 침해하지 않는 범위내에서 인구의 노령화 등도 고려한 연금수입·지출구조의 개편 등이 고려되어야 한다.

3) 위에서 살펴본 바를 종합하여 보면, 공자법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호의 규정은 국민경제 전체적인 관점에서 그 입법목적이 정당하고 국민연금 가입자의 입장에서 보더라도 그것이 곧 그들의 장래의 연금수급권을 침해한다고는 볼 수 없으므로 국민 개개인의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법규정에 위반된 과잉입법이라고 할 수 없다.

(라) 국민연금법 제84조 제3항의 위헌 여부

위 법률조항에 관한 제청이유의 요지는, 국민연금기금운용위원회의 구성만으로 볼 때에는, 관리기금에 되도록 많은 연금기금이 예탁되기를 원하는 재정경제원장관이 위 위원회의 운용을 주도할 수 있게끔 되어 있고 또 연금가입자들의 위 기금의 관리·운용에 관한 참여권이 사실상 박탈되는 결과를 가져올 개연성이 커서, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 있다는 것이다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 국민연금기금은 대규모의 자금으로서 그 운용이 국민경제 전체에 미치는 영향이 지대하므로 안정성·수익성과 더불어 국민경제에 미치는 영향 등 공공성을 종합적으로 고려하여 운용되어야 하며, 이를 위하여 "국민연금기금운용위원회"에는 이익대표자외에 공익대표자로서 재정경제원장관, 국민연금사업을 관장하는 보건복지부장관, 농림수산부장관, 통상산업부장관, 노동부장관 등이 참여하고 있는 바(국민연금법 제84조 제3항, 정부조직법중 개정법률 부칙 제4조), 그 중에서 재정경제원장관으로 하여금 위 위원회의 위원장직을 맡도록 한 것은 그가 정부조직법 제23조 제1항의 규정에 의하여 국가의 경제사회발전을 위한 종합계획의 수립·운용과 그 재원조달을 위한 계획의 조정, 예산의 편성 및 그 집행의 관리 등의 사무를 관장하고 부총리를 겸임하도록 되어 있어 국가의 경제운용 전반을 책임지고 있기 때문이다.

한편 "국민연금기금운용위원회"의 위원장은 단순히 위원회를 대표하며 그 회무를 통리할 뿐 의사결정에 있어 어떠한 특권도 인정받지 못하고 있으므로(국민연금법시행령 제55조 제1항, 제56조 제3항) 재정경제원장관이 위 위원회를 자의적으로 주도할 수 있는 것은 아니며, 그 위원회의 위원 중에는 사용자 대표, 사용자외의 가입자 대표, 수급권자 대표 등도 포함되어 있으므로 연금가입자들의 위 기금관리·운용에 관한 참여권이 사실상 박탈되고 있다고도 볼 수 없다.

그렇다면 국민연금법 제84조 제3항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위배된다고도 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 위헌여부심판제청 중 국민연금법시행령 제 54조 제1항에 관한 부분은 부적법하므로 이를 각하하기로 하고 공자법 제5조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항 제1호와 국민연금법 제84조 제3항은 헌법에 위반된다고 할 수 없으므로 합헌선언을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은, 재판관 조승형의 아래와 같은 반대의견이 있는 외에는, 그 나머지 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 다수의견 중 공자법 제5조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항 제1호와 국민연금법 제84조 제3항이 헌법에 위반되지 아니한다는 주문 제1항 부분에 대하여, 위 법조항들이 헌법 제37조 제2항 규정에 따른 기본권 제한의 한계를 벗어나 국민의 재산권·행복을 추구할 권리를 제한한 법조항들로서 헌법에 위반한다는 의견이므로 반대한다.

가. 공자법 제5조 제1항 제1호 및 같은 조 제2항 제1호에 관하여

헌법 제37조 제2항 규정에 따라 국민의 기본권을 제한함에 있어서는 입법목적의 정당성, 입법수단의 적정성·피해의 최소성·법익의 균형성 등 비례의 원칙 등이 지켜져야 하며 이를 위 제한의 한계로 보고 있음은 우리 재판소가 확립하고 있는 판례(헌법재판소 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 등)이다. 살펴보면 위 법조항들은 다음과 같이 이와 같은 한계를 벗어나 국민의 재산권과 행복을 추구할 권리를 제한하고 있다.

즉

(1) 입법목적의 정당성에 관하여

(가) 다수의견이 주장하는 바와 같이 일응 입법목적의 정당성을 인정할 수 있다고 하더라도 국민연금기금을 연금보험의 적인 목적인 공공자금으로 전용하는 것이 과연 타당하느냐에 대하여서는 의문이 있다.

(나) 다수의견은 국민연금기금은 공공성이 있는 기금이고 정부가 연금기금의 운영성과와 관계없이 국민연금법에 정해진 지급기준에 따라 연금지급을 해야 하는 중국적인 책임을 부담하고 있으므로 합리적 재량에 따라 이를 관리·운용할 수 있다고 보아야 한다고 주장하고 있다. 그러나 국민연금기금은 조세징수에 의한 재정자금과는 다른 연금가입자들의 각출료납부로 조성된 순수한 민간기금이므로 정부가 사용자로서 각출료의 50%를 부담하고 있는 공무원연금 및 군인연금이 갖는 공공성을 국고지원이 없는 국민연금에 적용하는 것은 불합리하다. 연금기금은 장래의 연금급여를 위하여 적립중인 책임준비금으로서 가급적 기금자체내에서 급여지출을 감당할 수 있도록 운용수익을 최대한 올려야 한다는 점에서 원칙적으로 "여유자금"이라는 개념이 성립할 수 없다. 이와 같은 이유 때문에 국민연금법 제83조 제2항에서는 보건복지부장관이 국민연금 재정의 장기적인 안정유지를 위하여 그 수익을 최대로 올릴 수 있도록 기금을 관리·운용할 의무를 규정해 놓고 있다. 그럼에도 불구하고 국민연금기금의 책임준비금을 "여유자금"으로 간주하여 공공자금관리기금에 의무적으로 예탁하도록 한 것은 국민연금제도가 채택하고 있는 적립방식에 의한 연금재정의 운용이라는 근본취지에도 반한다. 또한 국민연금법 기타 관련법에 정부가 중국적인 책임을 부담하고 있다는 규정을 두지 않고 있다(다만 공자법 제14조 제

2항에서 공공자금의 결산상 손실금이 생긴 때에는 공공자금의 이익적립금에서 보전하고 부족하면 정부가 일반회계에서 보전할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 강제예탁금의 운용결과에 대한 정부자신의 책임에 관한 규정일 뿐 국민연금지급에 관한 정부의 중국적인 지급책임과는 무관한 규정이다).

따라서 위 다수의견은 부당하며 연금기금을 연금보험외적인 목적인 공공자금으로 전용하는 것이 타당하다고 보기는 어렵다.

(다) 또한 다음과 같은 부정적인 결과를 가져올 수 있기 때문에 더욱 그 타당성을 인정할 수 없다.

첫째, 운용수익률이 낮은 공공관리기금의 강제예탁은 지속적인 운용손실을 초래한다. 이는 현행 연금제도가 갖는 재정구조적 취약성(상대적으로 낮은 보험료율, 보험료율에 비하여 과도한 급여수준, 인구의 노령화로 인한 수급권자의 증가 등의 구조적 요인)을 더욱 악화시켜서 연금기금 재정의 조기적자 및 고갈을 초래한다.

둘째, 연금기금을 과도하게 공공자금관리기금으로 운용한다면 추후 원리금의 상환문제가 심각한 재정압박 요인이 되어 상환연기 내지 상환불능 사태를 초래할 우려가 있다. 이러한 경우 가입자의 각출료와 운용수익으로 장래의 연금급여에 충당하는 적립방식의 현행 연금제도의 존립기반이 붕괴될 우려가 크다.

셋째, 순수한 민간자산인 국민연금을 재정부문으로 전환하면, 민간 금융자산 형성이 축소되고, 금융시장자금 흐름이 왜곡되며, 경제의 효율성을 저해할 뿐만 아니라 경제민주화에도 역행하게 된다. 또한 국가경제 잠재력이상의 재정확대를 통한 투융자는 물가상승과 민간금융축소로 금리상승을 초래해 결국 경기후퇴를 가져올 수

도 있다. 결국 연금자산이 조기에 고갈되거나 연금기금의 상환이 불가능해질 때는 국가채정부담의 증가로 인한 일반국민의 조세부담의 증가, 연금부담률의 대폭인상, 연금급여액인하 등 연금가입자의 부담이 발생하게 된다.

(라) 이상에서 본 바와 같이 국민연금의 공공자금기금에의 강제예탁제도는 다수의견이 주장하는 순기능이 있다고 하더라도 앞서 본 바와 같은 역기능에 비하여 크다고 할 수 없다 할 것이므로 입법목적은 그만큼 정당성을 인정할 수 없다고 할 것이다.

(2) 입법수단의 적정성에 관하여

입법자가 동일하게 효과적이면서 기본권을 침해하지 않거나 또는 보다 적게 침해하는 여타 수단을 선택할 수 있다면, 선정수단의 필요성이 있다거나 피해의 정도를 최소로 낮추어야 한다는 원칙을 지키는 것이라고는 볼 수 없으므로 선정수단이 적정하다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

살피면,

공공사업을 위한 투자재원 마련의 여타 수단으로는 무엇보다도 국가가 직접 국채를 발행하거나, 공공사업을 수행하는 공기업이 직접 공채를 발행하는 방법이 있다. 국채의 발행은 국회의 사전동의를 받아야 하므로 국가차입의 규모와 사용목적은 가시화함으로써 이에 대한 통제를 강화할 수 있고, 국공채의 발행은 취약한 국공채 유통시장의 활성화를 통하여 금융산업의 발전을 촉진시킬 수도 있다.

따라서 정부가 국민연금기금을 예탁받을 때에는 반드시 국채를 발행하거나 위 공기업으로 하여금 공채를 발행하여 국민연금 관리

공단에 교부하여 주는 수단도 강구할 수 있음에도 불구하고 정부는 예수금증서만을 교부하여 주는 수단을 선택하고 있는 바, 이는 국민의 대표기관인 국회의 심의·의결 등 통제를 벗어나기 위한 수단의 선택으로서 결코 적정한 수단의 선택이라고는 볼 수 없다.

다수의견은 기금운용계획의 수립·변경 및 그 시행결과 등의 전과정에 걸쳐 국회의 광범한 통제를 받고 있다고 주장하면서 기금관리기본법 제1조, 제2조, 제6조 내지 제9조, 제13조를 들고 있으나, 제7조 규정은 기금운용계획서를 국회에 제출한다는 규정일 뿐 국회의 심의나 의결을 거쳐야 한다는 통제규정이 아니며(1993. 12. 31. 법률 제4660호로 개정되기 이전에는 구법 제7조 제2항이 기금운용계획에 대하여 국회 소관상임위원회에 기금관리주체가 출석하여 보고하고 질의에 답변하여야 한다는 규정을 두어 불충분하나마 국회의 통제를 받도록 하였으나 위 개정시에 이 규정을 삭제하여 오히려 개악하였다) 제13조는 위 기금관리주체가 국정감사의 대상기관이라는 규정일 뿐, 국민연금기금의 강제예탁이 국가의 차입행위로서 국회의 심의·의결을 받아야 한다는 규정이 아니며, 제1조는 목적규정에 불과하고 제2조, 제6조 내지 제9조는 행정절차에 관한 규정일 뿐 그 어느 것이나 국회의 통제에 관한 규정은 아니므로, 위 다수의견의 주장은 일고의 가치도 없다. 따라서 위 강제예탁제도는 필요하고도 피해의 정도가 최소이어서 적정한 제도라고는 볼 수 없다.

(3) 입법수단의 법익 균형성에 관하여,

위 제도가 추구하는 목적(공공복리)과 수단(기본권침해의 정도)을 비교형량하면 서로 비례성(균형성)을 유지하고 있다고는 할 수 없다.

이를 비교형량함에 있어서는 기본권의 침해의 정도, 공공복리의 비중 및 긴급성, 기본권보장에서 보호되는 개별이익 그 자체를 비교함으로써 가능하다고 할 것이므로 이에 따라 살핀다.

(가) 기본권침해의 강도

위 강제예탁제도는 그로 인하여 비록 상대적으로 위 연금기금의 안전성을 기할 수는 있다고 할 것이나 수익성이 현저히 낮아(다수의견 주장에 따르면 1995년말까지의 국민연금기금의 운용결과 공공부문의 수익률은 평균 연 11.64%, 금융부문의 수익률은 평균 연 13.11%로서 그 차가 연 1.47%에 불과하다고 하나, 이 차이는 1개년도를 비교한 것에 불과하고 예를 들어 20년간(평균가입기간으로 보이는)을 이 차이를 계산하면 무려 16%를 상회한다고 보아야 할 것이다(별첨 참조). 연금가입자의 장래의 연금수급권이나 현재의 연금수급기대권이 그만큼 침해를 받게되며 그 강도는 앞서 본 바와 같은 공무원연금이나 군인연금의 경우에 비하면 훨씬 크다고 할 것인 바, 위 목적과 수단의 비교형량에 있어서도 위 두 경우와는 달리 균형관계를 상실하였다고 보아야 할 것이다.

(나) 공공복리의 비중 및 긴급성

어떤 법률이 추구하는 공공복리의 비중과 긴급성이 크면 클수록, 보다 더 심화된 기본권침해를 정당화 하는 바, 이에 관하여 다수의견은,

국민연금가입자의 연금수급권은 국민연금법에 의하여 보장되고 그 기금이 고갈할 때에는 정부가 재정지원 등으로 그 종국적 지급책임은 지는 것이므로 향후 국가의 국민연금에 대한 지원능력은 현재의 여유자금을 얼마나 효과적으로 활용하여 국가전체의 경쟁력

을 향상시키느냐에 크게 의존하는 것인데, 공공자금관리기금은 공공투자의 재원으로 활용되어 국가전체적인 성장잠재력과 국제경쟁력을 향상시키고 각종 산업의 균형있는 발전에 기여하며, 이는 결국 국가의 건전한 재정기조유지에 도움을 준다. 또한 위 관리기금의 주요투자대상인 사회간접자본에 대한 투자는 그 회임기간이 길어 장래에도 그 혜택이 주어지므로 후세대의 연금보험료부담가중 등 세대간의 보험료 부담의 불평등을 보완하는 효과가 있다 하여 공공복리의 비중성을 강조하고 있다.

그러나 위와 같은 주장의 공공복리는 국민연금제도에 가져다 주는 다음과 같은 부정적 영향으로 인하여 그 효과가 감소될 수밖에 없다.

첫째, 앞서 본 바와 같은 수익성의 저조로 연금재정이 약화되고, 둘째, 공공자금관리기금에의 과도한 강제예탁으로 인하여 연금기금의 상환연기 내지 상환불능 사태의 위험이 매우 커서 국민연금제도의 존립기반이 상실될 우려가 있으며, 셋째, 민간자본형성의 위축으로 인하여 경제의 효율성이 저해되고, 넷째, 연금자산이 조기에 고갈되거나 연금기금의 상황이 불가능해질 경우에 일반국민의 조세부담의 증가, 연금보험료 대폭인상, 연금급여액인하 등 연금가입자의 부담증가가 예상된다.

따라서 공공복리의 비중과 효과는 크지 않으며, 그 긴급성마저 인정하기는 어렵다.

(다) 연금재산권의 개별이익

오늘날 다수의 국민은 자신의 생존보장을 위한 경제적 수단을 사적인 물적재산에서의 수입을 통해서가 아니라, 근로소득으로 획득

하고 있으며, 노후생활을 위한 생존수단을 점차로 근로소득과 직접 연결되어 있는 사회보험수급을 통해서 획득하게 되고 국민 각자의 연금수급권이 노후의 사적인 생존보장수단으로서 중요한 역할을 담당하게 되었다. 그러므로 연금재산권이 생존재산권으로서 갖는 개별이익은 매우 크다고 볼 수 밖에 없다. 또한 연금수급권이나 연금수급기대권은 가입자 자신의 연금보험료에 직접 기초하여 발생한 권리이므로 보험가입자는 상당히 큰 개인적 연관을 가진다. 따라서 이러한 권리는 가입자의 직접 연금보험료와는 전혀 관련이 없는 법적 지위보다도 재산권보호를 강하게 받는다고 할 것이다.

(라) 이상에서 본 바를 종합하면, 위 강제예탁제도라는 입법수단을 통한 연금재산권의 침해의 강도가 크며 침해된 연금재산권이 상대적으로 높은 개별이익을 가지고 있다고 할 것이며 공공복리가 상대적인 비중만을 차지하며 연금제도에 미치는 부정적인 영향 때문에 그 효과가 크지 않다. 따라서 위 강제예탁제도가 추구하는 입법목적인 공공투자재원확보를 통한 공공사업시행과 입법수단인 위 제도 사이에는 그 균형성을 인정하기는 어렵다.

(4) 그렇다면 공자법 제5조 제1항 제1호 및 제2항 제1호는 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계를 벗어나 국민의 재산권과 행복을 추구하는 권리를 제한한 위헌의 법률조항들이라고 할 것이다.

나. 국민연금법 제84조 제3항에 관하여

위 국민연금기금운용위원회 구성규정은 그 기능면이나 구성면에서 크게 제한을 받고 있어 모두 국민연금가입자들의 위 재산권을 보호함에 부족하고 오히려 위 재산권 및 행복을 추구할 권리를 침해할 우려가 크다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항의 기본권제한

의 한계(과잉금지의 원칙)를 벗어나 헌법에 위반된다고 봄이 타당하다.

즉

(1) 그 기능면에서 보면 앞서 본 공자법 제5조 제1항 제1호 등 강제예탁의 위헌규정으로 말미암아 그 기능이 크게 훼손되어 본래의 자유로운 연금기금운용을 할 기능을 상실하였으며 수익성을 제고하여 가입자 등의 재산권을 확충하여 줄 기능을 상실하였으므로, 위 강제예탁제도와 더불어 과잉금지의 원칙을 현저히 위반하고 있다 할 것이다.

다수의견은 강제예탁제도의 합헌성에 관하여 설명하면서 들고 있는 이유중의 하나로 강제예탁의 원칙도 공자법 제10조의 규정에 의한 공공자금관리기금운용위원회가 예외로 인정한 것에 대하여는 이를 적용하지 않도록 되어 있음을 강조하고 있으나, 다음에서 보는 바와 같이 위 위원회의 구성이 그 운영을 정부측 의사에 따라 일방적으로 강행할 수 있도록 되어 있어 연금가입자측의 의사가 사실상 전혀 반영될 수 없으므로, 다수의견의 위와 같은 주장은 일고의 가치도 없다.

(2) 그 구성면에서 보면

정부측을 대표하는 위원이 경제기획원장관, 보사부장관, 재무부장관, 농수산부장관, 상공자원부장관, 노동부장관 등 6인이고, 사용자, 사용자외의 가입자대표자, 수급권자대표자, 관계전문가 각 1인 이상을 위원장인 경제기획원장관이 위촉할 수 있도록 규정하고 있으나, 정부의 일방적인 운영을 위하여 위 사용자 등 대표 각 1인씩만을 위원으로 위촉할 수 있을 뿐만 아니라, 수급권자대표자 1인

을 대통령이 임명하는 국민연금관리공단이사장으로, 관계전문가로서 정부측에 가까운 인사 1인을 위촉할 경우를 배제할 수 없으므로 이러한 경우 정부측 위원과 가입자측 위원의 구성비율은 6대 4 또는 8대 2일 수 밖에 없다. 또한 국민연금법시행령 제 54조 제1항 각호 규정에 따르면 여전히 정부측으로 보이는 위 관리공단이사장을 수급권자대표자로, 정부측에 가까운 전문가 2인을 위촉하게 되어 있고, 사용자대표로서 사용자단체장 2인, 사용자외의 가입자를 대표하는 자로서 노동조합의 총연합단체의 장 및 산업별연합단체장 1인, 농어민과 농어민외의 지역가입자를 대표하는 3인을 위촉하게 되어 있을 뿐만 아니라, 위 위원들 중 사용자외의 가입자를 대표하는 자로서 노동조합의 총연합단체장 및 산업별연합단체장중 1인을 위촉하게 되는 경우를 제외한 나머지 위원들을 경제기획위원장관이 정부측에 가까운 인사로 선택하여 얼마든지 위촉할 수 있게 되어 있으므로, 실제로도 위 위원회는 정부측과 가입자측의 구성비율이 9대 6 내지 14대 1로 구성될 수 있게 된다. 그렇다면 가사 위 위원회가 강제예탁제도를 유명무실하게 할 수 있는 막대한 기능을 보유하고 있다 하더라도, 강제예탁제를 입법까지 하게 된 강력한 정부측 의사 때문에 위 위원회의 기능은 형해화될 수 밖에 없다고 할 것이다.

그렇다면 위 위원회 구성규정은 어느모로 보나 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계인 과잉금지의 원칙을 벗어난 위헌의 법조항이라고 할 것이다.

다. 이상과 같은 이유로 나는 다수의견 중 주문 제1항 표시 부분에 관하여 반대한다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
주 심	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

【별지】 생략

법무사법 부칙 제3조 등 위헌소원

(1996. 10. 4. 94헌바32 전원재판부)

[판례집 8권2집, 345~353]

【관시 사항】

가. 法務士制度和 法務士 資格要件 설정에 있어서의 立法裁量

나. 法務士法 부칙 제3조와 舊 司法書士法 제4조 제1항 제1호의 위헌 여부

【결정 요지】

가. 법무사제도는 소송절차에 관한 업무를 제외한 비교적 단순한 업무인 법무서류의 작성 및 제출대행과 등기·공탁사건의 신청대리에 한하여 이를 일정한 자격을 갖춘 법무사로 하여금 취급하게 함으로써 그 절차의 원활한 진행과 국민의 권리보전에 기여하려는 데에 그 입법취지가 있는 것으로서, 법무사에 대하여 어떤 자격요건을 설정한 것인가는 원칙적으로 위와 같은 입법취지에 따른 입법자의 재량사항이다. 다만 그 경우 그 자격요건설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불공정 내지 불합리하게 행사되어 평등권 등을 침해하게 되는 경우에는 위헌의 문제가 생길 수 있다.

나. 법원서기보와 정리는 서로 그 직무의 내용과 직렬 등이 다르고, 그에 따라 인사행정상으로도 달리 취급하여 승진도 같은 직렬내에서만 이루어지며, 신규채용시험도 법원서기보의 경우는 법률과목이 포함되어 있으나 정리의 경우는 법률과목이 없는 점 등 많은 차이가 있으므로, 법무사법 부칙 제3조와 구 사법서사법 제4조 제1항 제1호에서 법무사제도의 입법취지 등에 비추어 소송진행을 법률적·사무적으로 보조하여 어느 정도의 법률지식과 실무에 익숙할 것으로 판단되는 15년

이상 법원서기보 이상의 직에 있던 자에 한하여 법무사자격인정의 기회를 부여하고 있음은 청구인의 평등권 등을 침해하고 있는 것으로 보기 어렵고, 또 그와 같은 입법내용이 불공정하다거나 불합리하다고도 보이지 않는다. 그리고 법무사 자격요건의 설정은 그 업무의 내용 등 사회적 제한경을 종합적으로 고려한 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이므로 위 조항들이 청구인의 직업선택의 자유를 침해하고 있다고도 할 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

이 사건의 주문표시는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인	정 ○ 천
	대리인 변호사 이 영 대
관련사건	대법원 94누1845 법무사자격인정거부처분취소

【심판대상조문】

법무사법 부칙 제3조(1990. 1. 13. 법률 제4200호로 전문개정된 것)

이 법 시행 당시 법원·헌법재판소 또는 검찰청에서 법원서기보·검찰서기보 이상의 직에 있는 자와 이 법 시행 전에 15년 이상 법원·헌법재판소 또는 검찰청에서 법원서기보·검찰서기보 이상의 직에 있던 자에 대하여는 종전의 제4조 제1항 제1호의 규정에 의하여 이 법에의한 법무사의 자격인정을 받을 수 있다.

사법서사법 제4조 제1항 제1호(1986. 5. 12. 법률 제3828호로 개정되고 1990. 1. 13. 법률 제4200호로 전문개정되기 전의 것) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 사법서사의 자격이 있다.

1. 15년 이상 법원서기보와 검찰서기보 이상의 직에 있던 자, 7년 이상 법원주사보와 검찰주사보 이상에 있던 자 또는 5년 이상 법원사무관이나 검찰사무관(검찰의 수사사무관을 포함한다) 이상의 직에 있던 자로서 사법서사업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정하는 자

2. 생략

② 생략

【참조 조문】

憲法 제11조 제1항, 제15조

【주 문】

법무사법 부칙 제3조(1990. 1. 13. 법률 제4200호로 전문개정된 것) 및 구 사법서사법 제4조 제1항 제1호(1986. 5. 12. 법률 제3828호로 개정되고 1990. 1. 13. 법률 제4200호로 전문개정되기 전의 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 춘천지방법원 강릉지원에서 1962. 11. 14.부터 1966. 6. 30.까지는 정리보(9급)로, 1967. 7. 1.부터 1987. 4. 10.까지는 정리(8급, 정리는 1994. 7. 27. 법률 제47 65호에 의한 법원조직법의 개정으로 그 명칭이 법정경위로 변경되었으나 이하에서는 편의상 정리로 통일한다)로 함께 23년 이상 재직한 자로서, 1992. 1. 30. 법원행정처장에게 법무사자격을 인정해 달라는 취지의 신청서를 제출하였다가, 2. 27. 그 신청이 거부되었다. 이에 청구인은 서울고등법원에 법원행정처장을 상대로 위 법무사자격인정거부처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나(92구11338) 기각되자 대법원에 상고하면서(94누1845) 법무사법 부칙 제3조(1990. 1. 13. 법률 제4200호로 전문개정된 것,

이하 같다)와 구 사법서사법 제4조 제1항 제1호(1986. 5. 12. 법률 제3828호로 개정되고 1990. 1. 13. 법률 제4200호로 전문개정되기 전의 것, 이하 같다)에 대한 위헌심판제청신청을 하였다가(94부7) 1994. 6. 24. 기각되자 7. 7. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 법무사법 부칙 제3조와 구 사법서사법 제4조 제1항 제1호의 규정(이하 위 두 규정을 "이 사건 법률조항들"이라 한다)중 15년 이상 법원서기보 이상의 직에 있던 자에 대한 자격인정 부분의 위헌 여부이며, 그 내용은 아래와 같다.

법무사법 부칙 제3조[법무사자격에 관한 경과조치]

이 법 시행 당시 법원·헌법재판소 또는 검찰청에서 법원서기보·검찰서기보 이상의 직에 있는 자와 이 법 시행 전에 15년 이상 법원·헌법재판소 또는 검찰청에서 법원서기보·검찰서기보 이상의 직에 있던 자에 대하여는 종전의 제4조 제1항 제1호의 규정에 의하여 이 법에 의한 법무사의 자격인정을 받을 수 있다.

구 사법서사법 제4조[자격]

① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 사법서사의 자격이 있다.

1. 15년 이상 법원서기보와 검찰서기보 이상의 직에 있던 자, 7년 이상 법원주사 보와 검찰주사보 이상에 있던 자 또는 5년 이상 법원사무관이나 검찰사무관(검찰의 수사사무관을 포함한다) 이상의 직에 있던 자로서 사법서사업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정하는 자

2. 청구인의 주장 및 관계인의 의견

가. 청구인의 주장

법무서류의 작성 및 제출대행과 등기·공탁사건의 신청대리 등 비교적 단순한 법률업무에 한하여 절차의 원활한 진행과 국민의 권리보전에 기여하기 위한 법무사제도의 입법취지에 비추어볼 때, 법원 등의 직원 중 법원사무직렬의 법원서기보 이상의 직에 있지 아니하였던 자라 하더라도 청구인과 같이 정리직렬에 있으면서도 소액사건보조, 등기신청접수, 재판사무보조 등의 업무를 취급하여 위와 같은 업무수행능력이 있는 자에게는 법원서기보와 동등한 자격을 인정하거나 간단한 검정시험 등으로 그러한 능력을 확인할 수 있도록 하여야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항들이 법원서기보 이상의 직에 있던 자에게만 법무사자격인정의 기회를 부여함은 헌법전문의 기회균등의 규정이나 헌법 제11조 제1항의 평등권 및 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

나. 법원행정처장의 의견

법무사제도의 본질을 어떻게 정하고 그에 따른 업무의 내용을 어떠한 것으로 규정할 것인가, 따라서 그 자격을 어떠한 방법으로 어떠한 능력이나 경력을 가진 자에게 부여할 것인가의 문제는 근본적으로 입법기관의 입법형성의 자유에 속하는 영역으로서 그 판단은 1차적으로 입법기관의 재량에 맡겨져 있으며, 그 판단이 명백히 불합리하고 불공정하지 않는 한 존중되어야 할 것인바, 법원서기보와 정리는 법원조직법상 직무가 구분되어 왔고 법원사무직렬과 정리직렬로 그 직렬을 달리하여 임용되었으며 책임과 직무의 난이도에 차이가 있고 채용의 절차 및 시험과목도 상이하며 직무 수행에 필요한 지식 및 응용능력에도 차이가 있었으므로, 이러한 여러 가지 점을 고려하여 법무사로서의 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능

력에 관하여 자격취득의 요건을 구분하여 정한 이 사건 법률조항들은 헌법이 요구하는 형평의 원리에 입각한 입법정책상의 적절한 배려라 할 것이고, 따라서 위헌이라는 청구인의 주장은 부당하다.

3. 판단

가. 법무사제도와 법무사 자격의 설정

(1) 법무사제도란 소송절차나 법무서류 및 등기·공탁사건의 서류가 모두 문서에 의한 방식주의이고 복잡하기 때문에 일반 당사자로서는 이에 관한 업무를 제대로 처리하기 어려워 그중에서 소송절차에 관한 업무를 제외하고 비교적 단순한 업무인 법무서류의 작성 및 제출대행과 등기·공탁사건의 신청대리 등에 한하여 이를 일정한 자격을 갖춘 법무사로 하여금 취급하게 함으로써 절차의 원활한 진행과 국민의 권리보전에 기여하려는 사법제도이며, 법무사의 자격요건은 법원 등에서 5년 내지 7년 법원사무관 내지 법원주사보 등의 직 이상에 있던 자와 법무사시험에 합격한 자로 규정되어 있으며, 청구인의 퇴직 당시에는 15년 이상 법원서기보 이상의 직에 있던자도 그 자격이 있었다.

(2) 그리고 법무사에 대하여 어떤 자격요건을 설정한 것인가는 원칙적으로 입법자의 재량사항이라 할 것이다. 어떤 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가 하는 것은 그 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려한 입법형성의 자유에 속하는 것이기 때문이다. 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 평등권 침해 등의 위헌 문제가 생길 수도 있다 할 것이므로 이 사건 법률조항들이 법무사의 자격을 규정함에 있어서 법원서기보와 정리와의 사이에 위와 같은 위헌 문

제가 있는지에 대하여 살펴본다.

나. 법원서기보와 정리의 비교

(1) 직위분류제에 의한 비교

법원서기보와 정리는 모두 국가공무원법 및 법원공무원규칙의 적용을 받는 법원공무원 중 일반직공무원으로서 같은 사법행정 사무직군에 속하나, 법원서기보는 법원사무직렬의 9급에 해당하는 직급인데 반하여 정리는 정리직렬의 8급에 해당하는 직급으로서 그 직렬이 서로 다르고, 인사행정상으로도 달리 취급하여 승진도 같은 직렬내에서만 이루어지며, 신규채용시험도 법원서기보는 법원행정처장이 실시하는데 비하여 정리는 임용권자가 행하고, 시험과목도 법원서기보의 경우는 국어·국사 등의 교양과목 외에 헌법·민사법·형사법 등의 법률과목이 반드시 포함되어 있으나 정리의 경우는 법률과목이 없는 점 등 많은 차이가 있다.

(2) 직무내용의 비교

법원조직법상 법원서기보와 정리의 직무의 내용은 기본적으로 서로 다른바, 법원서기보는 서기관, 서기 등이 담당하는 업무인 심판입회, 기록 기타 서류의 작성보관, 법령에 의한 직무와 서무에 관한 사무를 보조하도록 되어 있음에 반하여, 정리는 원칙적으로 법관의 명을 받아 소송관계자의 인도, 법정외 정비 기타 소송진행에 필요한 사무를 담당하도록 되어있다. 즉 법원서기보는 법률적·사무적인 측면에서 법관을 보조하는 서기관, 서기를 보조함에 반하여 정리는 주로 사실적인 측면에서 법관의 소송진행을 보조하는 직무를 담당하고 있다.

다. 이 사건 법률조항들의 위헌 여부에 대한 판단

헌법전문에 기회균등의 규정이나 헌법 제11조 제1항의 평등권의 내용으로서의 평등은 절대적 평등이 아닌 상대적 평등을 의미하는 것이며, 앞서 본 바와 같이 법원서기보와 정리는 그 직무의 내용과 직렬 등이 서로 다르고, 인사상 취급과 신규채용 방법 등에도 큰 차이가 있다. 따라서 이 사건 법률조항들이 법무사제도의 입법취지에 비추어 소송절차의 원활한 진행과 국민의 적절한 권리보전을 위하여 소송진행을 법률적·사무적으로 보조하여 전문적인 법률지식과 실무경험을 갖추게 되는 법원서기보 이상의 직에 15년이상 있던 자에 한하여 법무사자격인정의 기회를 부여한 것은 합리적이라 할 것이므로 청구인의 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

그리고 이 사건 법률조항들이 정리의 직에 있던 자에 대하여는 법무사자격인정의 기회를 부여하지 않은 것도 앞에서 본 바와 같이 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이라 할 것이며, 법무사제도의 입법취지 등에 비추어 15년 이상 법원서기보 이상의 직에 있던 자에게만 법무사자격을 인정하는 것은 그 입법목적의 정당성과 방법의 상당성 등이 인정된다 할 것이므로 그로 인하여 청구인의 직업선택의 자유가 침해되었다고 볼 수 없다.

4. 결론

따라서 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 조승형의 아래 5.와 같은 주문표시에 대한 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 대한 별개의견

나는 주문표시중 "법무사법 부칙 제3조(……)및 구 사법서사법

제4조 제1항 제1호(……)는 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판 청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군 형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에 관한특별조치법 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.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
주 심	재판관 신창언

지가공시및토지등의평가에관한법률 제8조 제1항
위헌소원

(1996. 10. 4. 95헌바11 전원재판부)
[판례집 8권2집, 354~362]

【판시 사항】

구 지가공시및토지등의평가에관한법률 제8조 제1항(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것)이 헌법에 위반되는지 여부.

【결정 요지】

구 지가공시및토지등의평가에관한법률 제8조 제1항이 표준지공시지가에 관하여 그 이의신청기간을 '공시일로부터 60일 이내'의 기간으로 규정하고 있는 것은 표준지공시지가의 특성상 이를 조속히 그리고 이해관계인 모두에 대하여 일률적으로 확정할 합리적인 필요에 기인하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 의하여 입법권자에게 허용된 입법재량의 범위 내에서의 공공복리 등을 위한 합리적인 제한이므로, 위 법률조항은 행정심판청구권이나 재판청구권 및 평등권을 침해하는 조항이라 할 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

주문표시는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인 1. 김 ○ 한 외 2인
 청구인들 대리인 변호사 김 두 현
관련사건 서울고등법원 93구29008 표준지가격결정처분취소

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항, 제107조 제3항

구 지가공시및토지등의평가에관한법률 제8조 제1항(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것)(이의신청)

①공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 공시일로부터 60일 이내에 서면으로 건설부장관에게 이의를 신청할 수 있다.

②~③ 생략

【참조 판례】

1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바25(병합) 결정

1996. 8. 29. 선고, 93헌바63, 95헌바8(병합) 결정

【주 문】

구 지가공시및토지등의평가에관한법률(1989. 4. 1. 법률 제4120호로 제정되고 1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 서울고등법원 93구29008호 표준지가격결정처분취소 사건의 원고들이다. 청구인들은 위 사건 재판의 전제가 되는 구 지가공시및토지등의평가에관한법률(1989. 4. 1. 법률 제4120호로 제정되고 1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것, 이하 "지가공시법"이라 한다) 제8조 제1항이 표준지가격결정 처분에 대한 이의신청기간을 지나치게 짧게 규정하여 헌법상 보장된 평등권, 행정심판청구권 및 재판청구권 등을 침해하였다는 이유로 위 법원에 94부1198호로서

위헌제청신청을 하였으나, 위 법원은 1995. 3. 30. 청구인들의 위 신청을 기각하는 결정을 하였고, 위 기각결정은 1995. 4. 12. 청구인들에게 송달되었다.

이에 청구인들은 1995. 4. 26. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 지가공시법 제8조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부인바, 지가공시법 제8조 제1항은 이의신청이라는 제목하에 '공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 공시일로부터 60일 이내에 서면으로 건설부장관에게 이의를 신청할 수 있다'고 규정하고 있다. (이 사건 심판대상인 지가공시법 제8조 제1항은 1995. 12. 29. '공시지가에 대하여 이의가 있는 자는 공시지가의 공시일부터 30일 이내에 서면으로 건설교통부장관에게 이의를 신청할 수 있다'로 개정되었다.)

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장

지가공시법 제8조 제1항은 건설부장관이 결정하여 공시한 표준지공시지가에 관한 이의신청기간을 '공시일로부터 60일 이내'라고 규정하고 있으나, 이는 일반행정처분에 관하여 행정심판법 제18조가 '처분이 있음을 안 날로부터 60일 이내' 또는 '처분이 있는 날로부터 180일 이내'에 심판청구를 할 수 있도록 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때 그 이의신청의 기회를 현저히 제한하는 불평등한 조항으로서, 국민의 평등권을 규정하고 있는 헌법 제11조에 위배될 뿐만 아니라 재판의 전심절차로서의 행정심판을 받을 권리를 보장하고 있는 헌법 제107조 및 국민의 재판을 받을 권리를 보장하고 있

는 헌법 제27조에 위배된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각 이유
지가공시법 제8조 제1항이 표준지공시지가에 관하여 그 이의신청기간을 '공시일로부터 60일 이내'의 단기간으로 규정하고 있는 것은 표준지공시지가의 특성상 이를 조속히 일률적으로 확정할 필요가 있기 때문이고, 이는 공공복리 등을 위하여 헌법상 허용된 필요하고도 합리적인 제한이라고 할 것이므로, 지가공시법의 위 조항이 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙에 위배되거나 헌법 제107조의 행정심판을 받을 권리 및 헌법 제27조의 재판을 받을 권리를 침해한다고 볼 수도 없다.

다. 건설교통부장관의 의견
서울고등법원의 위헌제청신청기각 이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 구 행정심판법(1995. 12. 6. 법률 제5000호로 개정되기 전의 것) 제18조는 행정청의 처분이나 부작위에 대한 행정심판의 청구기간과 관련하여 개별법령에 특별규정이 없는 한 원칙적으로 '처분이 있음을 안 날로부터 60일 이내' 그리고 '처분이 있는 날로부터 180일 이내'에 행정심판을 청구하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 지가공시법은 제8조 제1항에서 건설부장관이 결정하여 공시한 표준지공시지가에 대한 이의신청은 '공시일로부터 60일 이내'에 제기하여야 한다고 규정하고 지가공시법시행령 제4조는 표준지공시지가의 공시는 관보에 공고하는 방법에 의하도록 규정하고 있다.

따라서 표준지공시지가에 대한 이의신청은 지가공시법의 위 규

정에 따라 그가 현실적으로 표준지공시지가의 공시사실을 알았는지의 여부에 관계없이 관보에 게재되어 공고된 날로부터 60일 이내에 제기되어야 하며, 위 기간을 경과하면 이를 행정심판의 방법으로 다룰 수는 없게 되는 것이다.

이와 같은 결과는 직접적으로는 헌법 제107조 제3항에 의하여 보장된 행정심판청구권을 제한하는 것이고 나아가 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조 제1항의 평등권을 제한하는 것이 될 수도 있다.

나. 그러나 헌법이 보장하는 이러한 기본권은 절대적, 무제한적인 것은 아니고 기본권 자체에 내재하는 한계를 가지며, 헌법 제37조 제2항도 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한 이를 법률로서 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

더구나 이 사건에 있어서와 같이 행정청의 위법 또는 부당한 처분 등에 대한 구제절차로서의 행정심판절차를 어떻게 구성할 것인가, 특히 그 심판청구기간은 얼마 동안으로 하며 그 심판청구기간의 기산일은 언제로 할 것인가 등의 문제는 기본적으로 당해 법률관계를 조속히 그리고 일률적으로 확정할 합리적인 필요성 여부 등을 고려하여 입법형성권을 가진 입법권자가 결정할 재량범위내의 사항이다.

물론 이러한 입법재량도 헌법상 보장된 기본권인 행정심판청구권이나 재판청구권 또는 평등권 등의 본질적 내용을 침해하거나 비례의 원칙에 어긋나는 것이어서는 아니될 것이다. 예컨대, 법률관계의 조속한 확정의 필요만을 강조한 나머지 그 청구기간을 너무

짧게 정하여 청구 자체를 사실상 불가능하게 하거나 또는 청구기간 자체는 상당하더라도 그 기산일을 정함에 있어 법률전문가로서도 혼란을 일으킬 정도로 불명확하고 모호하게 규정함으로써 사실상 청구기간의 준수를 매우 어렵게 한 경우(헌법재판소 1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바25 병합; 1996. 8. 29. 선고, 93헌바63, 95헌바8 병합결정 참조)에는 입법재량의 범위를 벗어난 것이 될 것이다.

다. 그러므로 이 사건 심판대상인 지가공시법 제8조 제1항이 이의신청기간을 '공시일로부터 60일 이내'로 규정한 것이 과연 헌법 제37조 제2항에 의하여 허용된 공공복리 등을 위한 제한으로서 입법재량의 범위 내에 속하는 것인지의 여부에 관하여 살핀다.

(1) 먼저 이의신청기간을 60일로 규정한 점에 관하여 본다.

지가공시법에 의한 표준지공시지가는 그 특성상 조속히 확정될 것을 요한다. 즉, 표준지공시지가는 인접토지의 개별공시지가 산정의 기준이 되고 아울러 일반적인 토지거래의 지표가 됨은 물론, 국가 지방자치단체 등의 기관이 그 업무와 관련하여 지가를 산정하거나 감정평가업자가 개별적으로 토지를 감정평가하는 경우에 그 기준이 되는 것이어서 만일 표준지공시지가가 결정되지 아니하면 이를 기준으로 하여야 할 개별토지에 대한 지가산정이 불가능할 뿐만 아니라 일단 결정된 표준지공시지가가 뒤늦게 변경되거나 취소된다면 이를 기준으로 하여 산정된 개별토지들의 지가 역시 그에 따라 모두 변경되어야 하는 등의 혼란을 초래하게 되므로 표준지공시지가는 그 결정후 조속한 시간내에 확정하여야 할 필요가 있다.

따라서 지가공시법 제8조 제1항이 표준지공시지가에 대한 이의신청기간을 60일로 설정한 것은 위와 같은 필요에 기인하는 것으로서

그 입법목적은 정당하다.

(2) 다음으로 이의신청의 기산점을 '공시일로부터'로 규정한 점에 관하여 본다.

표준지공시지가의 결정 및 공시는 불특정 다수인을 대상으로 하는 일반처분으로서의 성격을 가지며 따라서 그 특성상 이해관계인 모두에 대하여 동시에 일률적으로 확정할 필요가 있다. 개별 공시지가가 해당토지를 소유하는 개개인의 법률관계에 대하여 영향을 미치는 것이라면, 표준지공시지가는 해당토지는 물론 그를 기준으로하여 지가를 산정하게 될 주변 개별토지의 소유자나 기타 이해관계인들의 법률관계에도 영향을 미치는 것이고, 따라서 다수 이해관계인 각자에 대하여 개별공시지가에서처럼 해당 공시지가의 결정을 안 때로부터 기산하여 이의신청을 할 수 있도록 한다면 그 법률관계의 혼란은 피할 수 없게 될 것이다.

이에 지가공시법은 제8조 제1항에서 표준지공시지가에 대한 이의신청의 기산점을 이해관계인이 이를 '안 때로부터' 기산하지 아니하고 '공시일로부터'라고 규정함으로써 표준지공시지가를 둘러싼 법률관계를 일률적으로 확정시키고자 하였다.

라. 결국, 지가공시법 제8조 제1항이 표준지공시지가의 결정 및 공시에 대한 이의신청과 관련하여 행정심판법상의 일반규정과 달리 '공시일로부터 60일 이내'라고 규정하여 행정심판청구기간을 제한하고 있는 것은 표준지공시지가가 가지는 특성상 이를 조속히 그리고 이해관계인 모두에 대하여 일률적으로 확정할 합리적인 필요에 기인하는 것으로서, 이는 헌법 제37조 제2항에 의하여 입법권자에게 허용된 입법재량의 범위 내에서, 공공복리를 위하여 헌법상

허용된 필요하고도 합리적인 제한이라고 할 것이므로, 이와 견해를 달리하여 위 법률조항이 헌법 제107조 제3항의 행정심판 청구권이나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권 및 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 조항이라는 청구인들의 주장은 이유 없다.

4. 결 론

그렇다면 지가공시법 제8조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로, 재판관 조승형의 주문표시에 대한 제5항과 같은 별개의견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 "구 지가공시및토지등의평가에관한법률(……) 제8조 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.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
주 심	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

불기소처분취소

(1996. 10. 4. 95헌마70 전원재판부)

[판례집 8권2집, 363~368]

【판시 사항】

심판계속증의 代理人 辭任과 심판청구의 適法여부

【결정 요지】

청구인 대리인이 헌법재판소법 소정의 요건에 맞추어 審判請求書를 提出하였고 그 외 추가로 제출한 請求理由書에서 事件의 發端 및 經緯 등 사건의 核心的인 爭點이라고 할 수 있는 점에 관하여 상세히 主張하고 있으며, 피청구인의 답변요지가 결국 피청구인의 이 사건 불기소처분은 정당한 것이므로 청구인의 심판청구는 이유없이 이를 기각해 달라는 것일 뿐 그 외에 다른 주장이 없다고 한다면, 피청구인의 답변서 제출전에 청구인 대리인이 사임한 경우라도, 구태여 다시 보정명령을 발하여 새로운 대리인을 선임하게 하고 그 대리인으로 하여금 심판을 수행하게 할 필요는 없는 것이며, 그 상태로 終局決定을 한다고 하더라도 청구인의 裁判을 통한 基本權의 實質的 保障에 조금도 소홀함이 없는 것이므로, 그 대리인의 사임후 새로이 청구인의 대리인을 選任하지 아니하였다고 하더라도 그 사실 때문에 이 사건 심판청구가 不適法하게 되는 것이라고는 볼수 없다.

청 구 인 김 ○ 훈

대리인 변호사 조 병 룡(사임)

피청구인 서울지방검찰청 검사

【참조 조문】

憲法裁判所法 제25조, 제72조 제3항 제3호

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 증거자료(서울지방법검찰청 1994년 형제51182호 불기소사건기록)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인은 1994. 5. 23. 서울지방법검찰청에 청구외 김○학을 공문서변작 및 동 행사 혐의로 고소하였는 바, 그 고소사실의 요지는 아래와 같다.

청구의(피고소인) 김○학은 서울지방경찰청 지하철방범수사대 제2지구대에 근무하면서 범죄수사업무 등을 담당하던 경찰관(사법경찰리 경장)인 바, 1993. 10. 7. 청구의 허○회 등에 대한 폭력행위등처벌에관한법률위반 피의사건과 관련하여 그 피해자인 청구인에 대한 진술조서를 작성하였음에도 불구하고 같은 달 12. 경 서울 관악구 남현동 사당역내에 있는 위 지하철방범수사대 제2지구대 사무실에서 행사할 목적으로 싸인펜을 사용하여 위 진술조서 첫쪽과 마지막쪽의 각 작성일자란의 '7'을 '12'로 고침으로써, 위 진술조서가 마치 같은 달 12.에 작성된 것처럼 공문서인 청구인에 대한 진술조서 1통을 변작(變作)하고, 그 무렵 그 정을 모르는 위 제2지구대 반장인 청구의 황만영 경위에게 위와 같이 변작된 진술조서를 마치 진정하게 작성된 것처럼 가장하고 관련 수사서류와 함께 제출하여서 이를 행사하였다는 것이다.

나. 피청구인은 위 고소사건(서울지방검찰청 1994년 형제 51182호)의 피고소인인 청구의 김○학에 대하여 1994. 8. 22. 범죄의 혐의가 없다는 이유로 "혐의없음"의 불기소처분을 하였다.

다. 청구인은, 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법의 규정에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 이유없다고 기각되자, 이 불기소처분은 범죄의 성립이 명백한데도 공소권을 발동하지 아니한 매우 자의적인 검찰권의 행사로서 헌법상 보장된 청구인의 평등권 및 재판절차상의 진술권 등을 침해하였다 하여 1995. 3. 2. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 판 단

가. 심판계속중의 대리인사임과 이 사건 심판청구의 적법여부

기록에 의하면, 청구인 본인이 1995. 3. 2. 당 재판소에 헌법소원심판청구서를 제출하였으며(숙직접수), 청구인의 대리인인 변호사 조병룡은 그 다음 날인 같은 달 3. 소송위임장과 더불어 헌법소원심판청구서를, 같은 달 20. 헌법소원심판 청구이유서를 각 제출하였고, 피청구인이 답변서를 제출(같은 해 4. 18.)하기 전인 같은 해 4. 11. 당 재판소에 사임계를 제출하였으며, 그 후 청구인은 변호사인 다른 대리인을 선임한 바 없고 당 재판소도 새로이 대리인을 선임하도록 그 선임명령을 한 바가 없다.

헌법재판에 있어서 이른바 변호사강제주의를 채택하고 있는 것은 재판을 통한 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영과 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 그리고 사법운영의 민주화를 도모하기 위한 것이다(당 재판소 1990. 9. 3. 선고, 89헌마120, 212(병합) 결정 참조).

그런데 기록에 의하면, 청구인 대리인인 변호사 조병룡은 1995. 3. 3. 자 헌법소원심판청구서에서 청구취지, 침해된 권리, 침해의 원인 및 청구이유를 개진하였고, 1995. 3. 20. 자 헌법소원심판청구 이유서에서 사건의 발단 및 경위, 즉 관련 폭행사건의 경위와 이 사건의 핵심적인 쟁점이라고 할 수 있는 청구인에 대한 진술조서의 변개경위 등을 상세히 주장하고 있다. 한편 피청구인이 제출한 답변서의 답변요지는 결국 피청구인의 이 사건 불기소처분은 정당한 것이므로 청구인의 심판청구는 이유 없어 이를 기각해 달라는 것일 뿐 그 외에 별다른 주장이 없다. 그리고 이 사건의 쟁점에 유의하면서 기록을 살펴보아도 청구인의 주장과 소명 그 자체에는 부족함이 없다고 보여진다.

그렇다면 위에서 본 헌법재판에 있어서 이른바 변호사강제주의를 채택한 취지에 비추어 볼 때, 이 사건의 경우에는 구태여 다시 보정명령을 발하여 새로운 대리인을 선임하게 하고 그 대리인으로 하여금 심판을 수행하게 할 필요는 없다고 할 것이고, 이 상태로 종국결정을 한다고 하더라도 청구인의 재판을 통한 기본권의 실질적 보장에 조금도 소홀함이 없다고 판단된다.

따라서 이 사건에 있어서는 위 변호사 조병룡의 사임 후에 새로이 청구인의 대리인을 선임하지 아니하였다고 하더라도 그 사실 때문에 이 사건 심판청구가 부적법하게 되는 것이라고는 볼 수 없다.

나. 본안에 관한 판단

살피건대, 피청구인이 청구인의 위 고소사실에 대하여 현저히 정의와 형평에 어긋나는 수사를 하였다거나 헌법의 해석, 법령의 적용 또는 증거판단에 있어서 위 불기소처분의 결정에 영향을 미친 중대한 잘못을 저질렀다고도 보여지지 아니하므로, 그 불기소처분으로 인하여 청구인 주장의 위 기본권 등이 침해되었다고 할 수 없다.

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 4.

재판장 재판관 김용준
 재판관 김진우

주 심 재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

불기소처분취소

(1996. 10. 4. 95헌마252 전원재판부)

[판례집 8권2집, 369~382]

【관시 사항】

1. 告訴權 없는 告訴人이 檢事의 不起訴處分에 대하여 憲法訴願을 제기할 수 있는지 여부
2. 被告訴人을 被疑者로 訊問하지 않은 告訴事件의 搜查가 平等의 原則에 違背되는지 여부

【결정 요지】

1. 자신의 權利나 法益을 侵害받은 被害者가 아닌 자에 의한 告訴는 告訴로서의 效力이 없고 告發로서의 效力이 있을 뿐이며, 檢事의 不起訴處分에 대하여 告發人이 자기의 基本權이 侵害되었음을 이유로 憲法訴願審判請求를 하는 것은 허용될 수 없다.
2. 告訴事件에 있어서 被告訴人이 다른 사건(이 사건 高소사건의 피고소인이 高소인을 상대로 高소한 사건)의 搜查 때 檢事로부터 이 사건의 告訴事實에 관하여 상세히 조사를 받았고 그 陳述調書가 이 사건 搜查記錄에 添附되어 있으므로, 被告訴人에 대하여 被疑者訊問調書의 형식으로 다시 調書를 받지 않았다고 하여 衡平에 반하는 搜查라고 할 수 없다.

재판관 조승형의 反對意見

2. 檢事が 被疑者들이나 參考人을 환문한 바 없이 搜查를 終結한 것은 搜查規範이나 搜查慣行을 현저히 어겨 搜查를 다하지 아니한 것이고, 이 사건 告訴事件과 表裏의 관계에 있는 다른 告訴事件에

서 被疑者들이나 參考人들이 調査되었다고 하더라도 동인들의 진술이 請求人의 主張에 반하고 請求人의 主張에 부합하는 듯한 자료가 전혀 수집되지 아니하였음에도 그 被疑者들이나 參考人들을 환문하여 전자 사건에서의 陳述內容이 事實인지 與否를 확인하고 事件의 구체적 經緯 및 動機 등을 搜查하지 않은 것은 恣意로 非民主的이고 非科學的인 搜查方法을 택하여 수사를 다하지 못한 것으로 請求人의 平等權과 裁判節次상 被害者陳述權을 侵害한 것이다.

청 구 인 정 ○ 중
대리인 변호사 백승현 외 1인
피 청 구 인 서울지방검찰청 검사

【주 문】

이 사건 심판청구 중 사기죄에 관한 부분은 이를 각하하고, 협박죄에 관한 부분은 이를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 수사기록(서울지방검찰청 94형제92185호)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인은 1994. 9. 2. 서울지방검찰청에 청구의 김○철, 이○범을 사기 및 협박죄로 고소하였는 바, 고소사실의 요지는 아래 2 기재와 같다.

나. 피청구인은 위 사건을 수사하여 1994. 12. 16. 혐의없음으로 불기소처분을 하였고, 청구인은 이에 불복하여 항고·재항고 하였

으나 모두 기각되자, 위 불기소처분이 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 행복추구권과 평등권을 침해하였다는 이유로 1995. 8. 21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 고소사실의 요지

피고소인들은 공동하여

가. 1992. 11. 12. 서울 영등포구 여의도동 소재 ○○호텔에 있는 김○철의 사무실에서 김영삼대통령후보가 대통령으로 당선 되면 1983년 한약업사시험에서 평균 60점 이상을 득점하고도 보건사회부의 지침에 의하여 불합격처리된 한약업사들의 자격구제에 관한 민원이 해결되도록 해 주겠다는 취지의 거짓말을 하여 이에 속은 위 83한약업사자격구제추진위원회 고문 지○규로부터 1억 500만원을 교부받아 편취하고

나. 1994. 2. 4. 서울 송파구 잠실동 소재 롯데호텔 커피숍에서, 고소인이 같은달 2. 대통령비서실장에게 "민원해결 관련 정치자금 지불건 요약"이라는 제하에 한약업사자격구제와 관련하여 교부한 위 돈이 정치자금으로서 김○철이 관련되어 있다면서 그 조속한 해결을 촉구하는 내용의 진정을 전송한데 대하여 이를 취하하라고 하면서 정치자금 건에 대하여 입을 벌리면 쥐도 새도 모르게 죽인다고 말하는 등 동인을 협박한 것이다.

3. 불기소이유의 요지

가. 사기의 점에 대하여

이○범은 변호사 업무로서 지○규를 만나 한약업사자격 취득을 위한 행정소송, 청원 등 사건위임 계약을 체결하고 그 보수로 1억 2,000만원을 받아 사무실운영경비 등에 소비한 것이라고 하고, 김

○철은 이○범이 지○규와 위와 같이 사건위임계약을 체결하고 보수를 받은 사실을 전혀 알지 못하고 있었다고 피의사실을 부인하는 바, 참고인 지○규, 김○갑, 조○봉 등의 각 진술, 사건위임계약서, 무통장입금증, 당좌계정거래명세장, 압수수색영장 집행결과 등의 기재내용 등이 부합하고, 이에 반하는 고소인의 진술은 자신의 추측에 기한 것일 뿐만 아니라 위 참고인의 진술 등에 비추어 보아 사실이 아님을 인정할 수 있고 달리 범죄혐의를 인정할 만한 다른 자료가 없으므로 범죄혐의 없고,

나. 협박의 점에 대하여

이○범은 고소인과 위 지○규, 김○갑, 조○봉 등을 만나 고소인이 대통령비서실에 진정서를 제출한 경위를 확인하였을 뿐 고소인을 협박한 사실이 없고, 김○철은 고소인을 만난 일이 전혀 없다고 피의사실을 부인하는 바, 참고인 지○규, 김○갑, 조○봉, 황○익, 김○철, 최○영, 김○현 등의 각 진술이 부합하고, 고소인의 진술은 위 참고인 등의 진술에 비추어 보아 믿을 수 없고 다른 증거가 없으므로 범죄혐의 없다.

4. 당사자의 주장

가. 청구인의 주장

이 사건 고소사실은 증거가 충분함에도 수사를 제대로 하지 않고 불기소처분을 하여 청구인의 기본권을 침해하였다.

나. 피청구인의 답변

불기소이유의 요지와 같다.

5. 판단

가. 적법요건에 관한 판단

이 사건 심판청구 중 사기죄 부분에 관하여 청구인 적격이 있는지 여부를 살피건대, 수사기록에 의하면 청구인은 이 사건 금원수수가 이루어지기 2년여 전인 1990년 봄경 83한약업사자격구제추진위원회의 고문직에서 탈퇴하였고, 그 전에도 회비나 한약업사자격구제를 위한 활동경비인 특별회비를 납부한 사실이 전혀 없으므로 위 사건으로 인하여 자신의 권리나 법익을 침해 받은 피해자라고 할 수 없어 그에 관한 고소권이 없다 할 것이다. 그러므로 청구인의 고소는 고소로서의 효력이 없고 고발로서의 효력이 있을 뿐인데, 검사의 불기소처분에 대하여 고발인이 자기의 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판청구를 하는 것은 허용될 수 없다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 92헌마306 결정 등 참조). 따라서 이 부분에 관한 심판청구는 청구인 적격이 없다 할 것이다.

나. 분안판단

이 사건 심판청구 중 협박죄 부분에 관하여 살피건대, 수사기록을 자세히 검토해 보아도 헌법재판소가 관여할 정도로 피청구인이 현저히 형평에 반하는 수사를 하였다고 볼 수 없고 (피고소인 이○범은 이미 청구인 정○중에 대한 출판물에의한명예훼손사건 수사때 같은 검찰청에 출석하여 검사로부터 협박 등 이 사건 고소사실에 관하여 상세히 조사를 받았고, 그 진술조서가 이 사건 수사기록에 첨부되어 있으므로, 피의자신문조서의 형식으로 다시 조서를 받지 않았다고 하여 수사가 현저히 형평에 반하였다고 볼 수는 없다), 헌법의 해석이나 법률의 적용 또는 증거판단에 있어서 불기소처분에 영향을 미친 중대한 잘못이 있다고 인정되지 아니하므로 피청구인의 위 불기소처분으로 인하

여 청구인의 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.

다. 결론

따라서 이 사건 심판청구 중 사기죄에 관한 부분은 부적법하므로 이를 각하하고, 협박죄에 관한 부분은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조승형의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 조승형의 반대의견

나는 피청구인이 자의로 수사를 회피함으로써 실제진실규명을 외면하는 등 현저히 형평에 반하는 수사를 하여 만연히 이 사건 혐의없음의 불기소처분을 한 중대한 잘못을 범하였고 그로 인하여 청구인의 평등권과 재판절차상 피해자진술권을 침해하였으므로 이 사건 혐의없음의 불기소처분을 취소하여 재기수사를 하도록 함이 마땅하다고 생각하여, 다수의견 중 협박 피의사실에 관한 부분에 대하여 반대한다.

가. 일건기록을 살펴보면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

(1) 청구인은 1994. 9. 2.자로 고소(이하, 이 사건 고소사건이라 한다)를 제기하였으나 이는 서울지방검찰청에 1994. 9. 6.자로 접수되어 김영진 부장검사에게 배당되었고, 바로 중요사건으로 분류되어 기록에 "요정보보고"라는 주서 메모지가 첨부되어 있는 점으로 보아 접수 즉시 상부에 정보보고를 한 사실을 인정할 수 있다.

(2) 청구인은 고소한지 20여일이 지나도 주임검사인 김영진 부장검사가 환문하지 아니하므로 청구인이 구치소에 수감중이던 1994. 9. 22.에 고소인(보충)진술서를 작성하여 구치소 교사 표달중으

로부터 무인확인을 받은 후 1994. 9. 26.에 위 검찰청 종합민원실에 접수시켰고(수사기록 7쪽), 위 검찰청 검사장은 같은 날 청구인의 이 고소사건을 박종렬 부장검사에게 재배당(위 기록 1쪽)하였다(재배당 이유는 기록상으로는 불명하다).

(3) 재배당을 받은 박종렬 부장검사는 고소인이 스스로 고소인보충진술서를 작성하여 제출하는 등 고소인환문을 고대하고 있음을 알 수 있었음에도 불구하고, 청구인을 바로 환문하지 아니한 채 1994. 10. 10.에 , 위 고소사건의 피고소인이었던 피의자 김○철이가 1994. 4. 27. 청구인을 출판물에의한명예훼손으로 고소한 위 검찰청 94형제40578호 사건(이하 피의자 김○철이가 고소한 사건이라 한다)기록을 등본하여, 청구인의 이 사건 고소사건 기록에 편철하였을 뿐(위 기록 20쪽 내지 326쪽) 고소인이 고소장이나 고소인(보충)진술서에서 주장하고 있는 사실들에 관하여 직접 참고인 등을 환문하여 조사한 바가 전혀 없을 뿐 아니라 피의자 김○철, 이○범을 출석시키거나 피의자신문을 행한 바가 전혀 없다.

(4) 그 후 1994. 11. 28.에 비로소 청구인을 소환하여 고소인 보충진술조서를 작성하였는바 이는 청구인이 고소한지 무려 83일이 지난 후의 일이며 피청구인은 그 후에도 여전히 참고인·피의자들을 환문한 바 없이, 1994. 12. 16.에 서둘러 혐의없음의 불기소처분을 하고 말았다.

(5) 이후 청구인이 항고·재항고를 하였으나 서울고등검찰청 검사장 또는 검찰총장은 위 각항 사실이 기록상 명백함에도 이에 대하여 일체 지적한 바 없이 피청구인의 불기소이유를 원용하여 기각하였다.

나. 고소사건 수사에 관한 관련규정과 수사관행을 살펴보면,

헌법은 제27조 제5항에서 재판절차에 있어서 형사피해자의 진술권을 기본권으로 보장하고 있으며, 형사소송법령은 고소를 범죄수사의 단서중의 하나로 규정하고 있거나, 비록 구술로서 고소하더라도 검사 또는 사법경찰관으로 하여금 반드시 고소인 진술조서를 작성하도록 강제하고 있고(법 제223조·제237조, 검찰사건사무규칙 제9조 제1항), 법 제238조 규정이 사법경찰관이 고소를 받은 때에는 신속하게 조사하여 관계서류와 증거물을 검사에게 송부하도록 규정한 입법취지로 보더라도 법이 검사에게 고소사건의 신속공정한 조사의무를 부과하고 있다.

그렇다면 검사로서는 기본적으로, 자신이 공익의 대표자로서 국민일반에 대한 봉사자임을 자각하여 불편부당한 자세로 수사를 공정·성실·신속하게 수행하여야 할 것이고 국민이 납득할 수 있도록 건전한 양식과 민주적이고 과학적인 방법으로 수사를 진행하여야 할 것이며 강한 정의감으로 부정과 불법을 끝까지 끈기있게 추적하여 수사를 종료하고, 수집된 증거자료들을 건전한 양식과 합리적인 논리에 따라 증거를 취사선택하고 상사의 지시나 기타 외압에 굴함이 없이 자신의 소신에 따라 사건을 처리하여야 할 것이다.

따라서 수사에 임하는 검사 또는 사법경찰관은 고소사건을 배당받으면 먼저 고소인을 소환하여 고소장 기재사실을 보충하거나 고소인의 진술을 직접 들어서 고소장에서 감지할 수 없는 수사의 방향을 잡아 가면서 필요한 참고인의 환문, 압수수색 기타 고소인 주장에 부합하거나 반하는 자료를 수집한 연후에 피의자를 출석시켜 충분한 변명을 듣고 피의자의 변소에 부합하거나 반하는 자료를 충

분하게 수집하는 등 신속하게 그리고 선입견 없이 공평무사하게 성심성의껏 조사를 행하고, 수사를 다하였다고 하더라도 혹시 미진한 점이 없는지 수집된 증거자료를 재검토한 연후에 더 이상의 조사가 필요없다고 확신할 때에 비로소 수사를 종결하고 증거법칙에 따라 합리적으로 증거자료를 취사선택하면서 고소인과 피의자간의 쟁점에 관하여 판단하고 혐의유무를 살핀 후에 혐의가 있다고 하더라도 기소의 가치가 있는 유무를 검토한 끝에 기소 또는 불기소처분을 하여야 할 것이다. 이것이 곧 수사 규범이며 수사관행인 것이다.

그러나 이 사건 심판대상의 불기소처분을 한 피청구인은 앞서 본 가.의 (3),(4)항 기재와 같이 피의자들이나 참고인들을 전혀 환문한 바 없이 수사를 종결하였으므로 수사규범이나 수사관행을 현저히 어겨 수사를 다하지 아니하였다는 비난을 면하지 못할 것이다.

다. 피청구인은 피의자 김○철이가 고소한 사건과 이 사건 고소사건이 표리의 관계에 있고 전자의 사건기록에 의하여 피의자 김○철·이○범의 협박혐의를 인정할 수 없으므로, 이 사건 고소사건 수사에 있어서 굳이 피의자들과 전자의 사건 수사시에 진술한 바 있는 참고인들을 다시 환문할 필요가 없다고 생각하여 전자의 사건기록만을 등본하여 기록에 철하고 수사를 종결하였다고 주장하는 듯 하나, 이는 앞서 본 검사로서 갖추어야 할 기본자세마저 갖추지 못한 사고방식이며 비민주적이고 비과학적인 수사방법이라 아니할 수 없다.

즉, 일건기록을 살피면

고소인이 주장하는(비록 협박과 이의 공모의 점에 있어서는 간접적인 사실이기는 하나) 협박과 이의 공모의 가능성을 판단하기 위하여서

는 중요한 자료인, 피의자 김○철작성(1992. 12. 14. 작성, 제 14대 대통령선거일전 4일전 작성) "추진위원회에서 정책건의해 주신 내용중 대부분을 적극 수용하도록 하겠습니다"라고 기재된 문서, 1992. 11. 12. 피의자 "김○철·(이○범)" 앞으로 발행한 지급일 1992. 12. 12.의 약속어음 원부 5매(정치자금 1억 5백 만원을 위 김○철에게 제공하였다는 자료), 협박을 공모하게 된 직접적인 동기에 관한 자료로 보이는 "민원해결관련 정치자금지불건 요약"민원서류(1994. 2. 2.자 전국한약업사시험추진위원회 위원장 정재중명의로 "김영삼대통령 친전"으로 보낸 민원서류)가 위 수사기록에 엄존하고 있으며, 피의자 김○철이가 고소한 사건기록에 첨부된 참고인 이○범·지○규·김○갑·조○봉·황○익·김○철·정○현·김○현·김○주·채○창의 각 진술조서 등본상의 각 진술기재 등은 모두가 피의자들에게 유리한 진술기재들이고 청구인의 주장과는 반하고, 청구인의 주장에 부합하는 듯한 자료를 전혀 수집하지 아니하였으므로, 피청구인으로서 위 김○철이가 고소한 사건과 상반되는 이 사건 고소사건에서는 먼저 위 참고인들과 피의자들을 환문하여 그들이 전자의 사건에서 진술한 바가 사실인지 여부를 확인하고, 피의자 김○철이가 위 약속문서를 작성·교부하거나 참고인 지○규가 위 약속어음을 발행하고 피의자들이 이를 수수하게 된 경위 및 동기와, 위 민원서류를 피의자들이 입수하게 된 경위 및 동기, 그리고 피의자들이 청구인에게 위 민원서류를 철회하라고 요구하게 된 경위 및 동기 등을 과학적인 방법에 따라 철저하게 추문하고, 청구인과 그들간의 진술에 서로 다른 점을 정리하여, 청구인과 그들간의 대질이나 청구인과 피의자들간의 대질신문을 시도하는 등 민주적이고 과학적인 수사

를 다하여야 할 것이다. 그러나 피청구인은 이와 같은 수사방법을 당초부터 회피하였는 바, 자의로 비민주적이고 비과학적인 수사방법을 택하여 현저히 수사를 다하지 못하였다는 비난을 역시 면하지 못할 것이다.

라. 다수의견도 다.항기재와 같은 피청구인의 주장과 같은 취지로, 피의자 이○범은 이미 청구인 정○중을 피의자 김○철이 고소한 사건을 수사할 때 같은 검찰청에 출석하여 검사로부터 협박 등 이 사건 고소사실에 관하여 상세히 조사를 받았고, 그 진술조서가 이 사건 수사기록에 첨부되어 있으므로, 피의자 신문조서의 형식으로 다시 조서를 받지 않았다고 하여 수사가 현저히 형평에 반하였다고 볼 수는 없다고 주장하나,

기록을 살펴보면, 첫째 피의자 김○철이 청구인을 고소한 출판물에의한 명예훼손사건은, 청구인이 피의자들을 협박으로 고소한 이 사건 고소사건이 피청구인에게 접수되기 전, 무려 132일 이전에 고소한 사건이고, 둘째, 두 사건의 주임검사는 같은 검사 아니고 전자는 김진태검사, 후자는 박종렬 부장검사이며, 셋째, 피의자 김○철이 고소한 사건에서도 피의자 김○철을 고소인으로서 환문한 바가 없었을 뿐만 아니라, 피의자 이○범을 참고인으로 조사한 바는 있으나 이 사건 고소사건이 피청구인에게 접수되기 전 123일이전인 1994. 5. 6.에 조사한 것으로서 고소인의 주장에 따른 조사나 추문·대질 등의 조사를 전혀 한 바가 없음을 인정할 수 있다.

이와 같은 사실을 종합하면, 첫째 위 두 검사들은 피의자 김○철이 고소인의 지위에 있건 피의자의 지위에 있건간에 한 차례도 환문하지 않은 사실을 알 수 있는 바, 위 두 검사들은 한결같이 앞

서 본 수사규범과 수사관행을 무시하여 자의로 수사를 다하지 아니하였음이 분명할 뿐 아니라 오히려 그 환문을 회피하였다는 비난을 면할 수 없다. 둘째, 나는 피의자신문조서를 작성하지 아니한 점만을 지적하는 것이 아니며, 피의자 김○철이가 고소한 사건에서 비록 피의자 이○범이가 참고인으로서 협박 등 이 사건 고소사실에 관하여 상세히 진술한 바가 있다고 하더라도, 협박사실이 고소되기 이전의 단계에서 행하여진 진술이기 때문에 위 이○범의 진술은 이 사건 고소사건의 고소인 주장에 따른 적절한 추문이나 대질 기타 방법으로 그 진술의 신빙성 등이 검증된 바 없는 진술이라 할 것이므로 이 사건 고소사건에서는 반드시 피의자로 출석시켜 충분한 변명을 듣고 위와 같은 방법의 검증절차를 밟는 수사를 다하였어야 했다. 그러나 피청구인은 다른 사건의 참고인으로 그 다른 사건과는 아무런 상관이 없는 협박사실에 관하여 일부 진술한 바가 있다는 구실로 그 참고인 진술조서를 이 사건 고소사건에서의 피의자신문조서로 사실상 대용하여 위와 같은 검증절차를 회피하였는바 이는 사실상 수사 직무를 포기한 것이나 다름이 없다.

그러함에도 불구하고 다수의견은 피의자신문조서를 작성하지 아니하였다고 하여 수사가 현저히 형평에 반한다고 할 수 없다는 것이므로 부당하다. 오히려, 다수의견이 피의자 이○범을 환문하지 않은 사례만을 들어 위와 같이 주장하고 있는 점을 역으로 풀이하면 피의자 김○철을 환문하지 않았던 피청구인의 수사가 현저히 형평에 반함을 자인하고 있는 것이라 할 것이므로 다수의견은 스스로 모순을 범하고 있다.

마. 그렇다면 피청구인은 자의로 수사를 회피함으로써 실제 진실

구명을 외면하는 등 현저히 형평에 반하는 수사를 하여 만연히 이 사건 혐의없음의 불기소처분을 한 중대한 잘못을 범하였고 그로 인하여 청구인의 평등권과 재판절차상 피해자진술권을 침해하였다고 할 것이므로 위 불기소처분을 취소하여 재기수사를 하도록 함이 마땅하다고 할 것이다.

바. 끝으로 이 사건 심판대상의 불기소처분이 검찰의 중립성에 관하여 국민들로부터 불신을 받는 모델의 하나라는 점을 참고로 지적한다.

나는 근래에 부쩍 늘어나는 국민일반의 검찰불신감정을 간과할 수 없다. "검찰 누가 믿겠나"라는 제목의 언론사 사설 등(동아일보 및 중앙일보 1996. 9. 1.자, 한국인보 1996. 8. 30.자 각 사설, 경향신문 1996. 9. 4.자 데스크칼럼, 중앙일보 1996. 9. 16.자 중앙시평 등)을 통하여 번지는 국민일반의 감정을 한마디로 요약한다면 검찰은 집권층의 범법행위에 대하여 기능을 상실함에 반하여 집권층이 피해를 입은 범법행위에 대하여는 그 기능을 배가하여 형평을 잃고 있다는 인식과 불신이라 할 것이다.

이 사건 고소사건의 피의자 중 한사람은 현직 대통령의 차남이고 다른 한사람은 1992년 제14대 대통령선거때에 현직 대통령을 지지하였던 이른바 YSG(영소사이어티그룹)의 일원으로 크게 활동하여 비록 한약업사문제로 취임 6개월만에 떠났지만 일시 청와대 사정비서관으로 근무한 바 있으며 위 다른 피의자와는 중학교 3년 선후배간으로서, 피의자들은 모두 집권층에 가까운 인사들이라는 점을 감안할 때에, 이 사건 고소사건에 대하여 앞서 본 바와 같은 검찰의 수사태도에 대하여 과연 어느 국민이 납득할 수 있을 것인가? 납

특할 국민이 아무도 없을 것이라는 결론에 이르기 이전이라도 검찰은 자신의 이 사건 처분이 국민일반의 불신감정을 불러 일으키는 원인중의 한 모델이라 자각하고 시급히 시정하여야 할 것으로 믿으며 이 점을 지적하는 것이다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
주 심	재판관 신창언

기소유예처분취소

(1996. 10. 4. 95헌마318 전원재판부)

[판례집 8권2집, 383~394]

【판시 사항】

1. 기소유예처분의 대상인 피의사실에 대하여 일반사면이 있는 경우 그 처분의 취소를 구하는 헌법소원의 적법여부
2. 검사의 기소유예처분으로 인한 기본권침해가 인정된 사례

【결정 요지】

1. 1995. 12. 2. 대통령령 제14818호로 공포·시행된 일반사면령 제1조 제1항 제11호에 의하면 청구인의 이 사건 도로교통법 위반 범행은 사면되었는 바, 만약 우리 재판소가 이 사건 심판청구를 받아들여 "기소유예" 처분을 취소하면 피청구인은 "공소권없음"의 결정을 할 것으로 짐작되는데, "기소유예" 처분은 피의사실은 인정되나 정상을 참작하여 단지 그 소추를 유예하는 처분임에 반하여, "공소권없음" 처분은 검사에게 피의사실에 대한 공소권이 없음을 선언하는 형식적 판단으로서 피의자의 범죄 혐의 유무에 관하여 실체적 판단을 하는 것이 아니다. 그렇다면 비록 청구인의 이 사건 음주운전 소위에 대하여 일반사면이 있었다고 하더라도 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 있다.
2. 이 사건 사고지점이 도로교통법 제2조 제1호 소정의 "도로"인지 여부에 관하여 제대로 조사한 바도 없이 청구인의 자동차운행을 자의적으로 "음주운전"이라고 인정하고 이에 기하여 청구인에 대하여 한 기소유예 처분에는, "주취중 운전죄"의 구성요건에 관한 해석을 그르쳐 이 사건 사고지점이 이 법 소정의 "도로"인지 여부에 관하여 사실을 오인하였거나 수사를 다하지 아니한 잘못이 있고, 이는 그 처분의 결

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 증거자료(인천지방검찰청 1995년 형제 51252호 불기소사건기록)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 청구인은 1995. 5. 8. 19:00경 음주한 상태에서 인천 남동구 간석3동 117 소재 "루벤스"가구점 뒷편 공터에 주차해 둔 그 소유의 승용차 인천 1도 〇〇〇〇호의 기아변속을 잘못함으로써 그 차가 갑자기 앞으로 나아가 위 가구점의 내부벽을 뚫고 들어가 그 가구점의 상품인 가구 등을 손괴하는 사고가 발생하였다.

나. 피청구인은, 위 사건을 수사한 인천 남부경찰서로부터 사건송치를 받은 다음, 이 사건(인천지방검찰청 1995년 형제 51252호)의 피의자인 청구인에 대하여, 1995. 8. 31. 아래 2기재와 같은 피의사실을 인정하면서도 그중 "재물손괴"의 점에 대하여는 가해차량이 자동차종합보험(대물)에 가입되어 있다는 이유로 "공소권없음"의 처분을 하고 "음주운전"의 점에 대하여는 정상에 참작할만한 사유가 있다 하여 "기소유예"의 처분을 하였다.

다. 청구인은 피청구인의 위 불기소처분 중 음주운전의 점에 대한 "기소유예"처분에 불복하여 1995. 10. 30. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 피의사실 및 "기소유예"이유의 요지

가. 피의사실의 요지

피의자(청구인)는 상업에 종사하는 자인 바,

(1) 1995. 5. 8. 19:00경 인천시 남동구 간석3동 117 소재 "루벤

스"가구점의 주차장내에서 그 소유인 인천 1도 ○○○○호 승용차를 시동, 출발함에 있어, 자동차의 운전자로서는 제동 및 주향장치를 정확히 하고 안전하게 출발하여야 할 업무상의 주의 의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리한 채 만연히 시동, 출발한 과실로, 주행방향 전방에 있던 위 "루벤스"가구점의 내부벽을 위 자동차의 앞부분으로 들이받고 그 안으로 진입하여 건물 및 가구 등 수리견적 시가 11,614,680원 상당의 재물을 손괴하고,

(2) 술에 취한 상태에서는 자동차 등을 운전하여서는 아니 됨에도 불구하고, 이때 혈중알콜농도 0.12퍼센트의 주취상태에서 위 자동차를 약 4미터 가량 운전한 것이다.

나. "기소유예" 이유의 요지

음주운전의 점은 인정되나, 피의자(청구인)는 동종의 전과가 없고 본건은 음주 0.12퍼센트 상태에서 무료주차장에 주차된 차량을 제자리에 똑바로 주차하는 과정에서 기아 변속의 잘못으로 물피교통사고를 낸 사안으로서, 사안이 그리 중하지 아니하고 그 경위에 참작할 바 있으며 본건 차량이 종합보험에 가입되어 있는 점 등 정상참작사유가 있으므로 엄중 경고한 후 이번에 한 하여 기소를 유예함이 상당하다.

3. 당사자의 주장

가. 청구인의 주장

(1) 청구인은 가정주부(1954. 4. 28.생)인 바, 1995. 5. 8. 오후 인천 남구 간석3동 117 소재 "루벤스"가구점의 주차장내에 자신이 운전해 온 그 소유의 인천 1도 ○○○○호 승용차를 주차시키고 그 부근의 친구집에 들러 친구와 술을 나누어 마신 뒤, 다시 위 주차장으로

돌아와 위 차량을 시동, 주행코자 하였으나 술이 덜 깬 상태이므로 차안에서 잠시 자고 귀가하기로 작정하고, 에어컨을 켜기 위하여 차량시동을 켜고 편안히 누우려고 의자를 뒤로 제치는 순간 기아를 잘못 건드렸는지 갑자기 차가 뒤로 밀렸고 이에 당황한 나머지 급히 기아를 변경시키자 위 차량이 앞으로 약 4미터 가량 나아가면서 위 "루벤스"가구점의 측면벽(얇은 합판과 스티로폼을 이용하여 만든 벽)을 부수고 들어가 그 곳에 적재되어 있던 가구 등을 손괴한 것이다.

(2) 위와 같은 피의사실에 대하여 피청구인은 이를 도로교통법상의 "음주운전"으로 인정하였으나, 이는 아래와 같은 이유로 사실인정과 법령의 해석, 적용을 그르친 것임이 명백하다.

즉, 도로교통법 제2조제1호("도로"의 정의규정), 제19호("운전"의 정의규정) 및 제41조(주취중 운전금지)의 규정들을 종합하여 보면 도로교통법 제41조가 규정하고 있는 "음주운전"은 술에 취한 상태로 "도로에서" 차를 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것을 의미하는 것인 바, 수사기록에 첨부된 사진과 실황조사서 등에 나타난 자료에 의하면 이 사건 사고지점인 위 주차장은 사방이 건물로 막혀져 있는 공터로서 한쪽면에서만 출입이 가능하고 출입이 가능한 한쪽면에도 말뚝을 박고 쇠사슬로 출입차량을 통제할 수 있도록 되어 있어, 일반공중이나 차량들이 이 곳을 지나 자유로이通行할 수 있는通行장소가 아니므로 도로교통법상의 "도로"라고 볼 수 없고 따라서 그 곳에서의 자동차운행은 그 법에서 말하는 자동차의 "운전"에 해당하지 아니한다.

(3) 그런데도 피청구인은 사고지점에 대한 사실오인 내지는 수사

미진으로 인하여 그 곳을 도로교통법상의 "도로"에 해당한다고 보고 청구인에 대하여 "음주운전"의 혐의가 있음을 전제로 하는 "기소유예"처분을 하였다. 이는 자의적인 검찰권의 행사로서 그로 말미암아 청구인은 다른 형사사건의 피의자들에 비하여 합리적 이유없이 차별대우를 받은 것이고 또 헌법과 법률이 정하는 법관에 의한 재판으로 자신의 무죄를 인정받을 기회마저 박탈당한 것이므로 헌법상 보장된 청구인의 평등권과 재판청구권 등이 침해된 것이다.

나. 피청구인의 답변

(1) 이 사건 심판청구는 다음과 같은 이유로 권리보호의 이익이 없으므로 각하되어야 한다. 즉,

1995. 12. 2. 공포, 시행된 일반사면령(대통령령 제14818호)에 의하면 1995. 8. 10. 이전의 도로교통법위반 등 범죄는 일반사면의 대상인 바, 이 사건 심판청구의 대상인 도로교통법위반 범행(음주운전)의 범행일시는 1995. 5. 8.로서 위 일반사면의 대상이 되었으므로 결국 이 사건은 공소권이 없는 사건으로 귀착된다. 그렇다면 "혐의없음"의 불기소처분을 받기 위하여 "기소유예"처분의 취소를 구하는 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 있다고 볼 수 없으므로 각하되어야 한다.

(2) 가사 권리보호의 이익이 있다고 하더라도, 이 사건 심판청구는 다음과 같은 이유로 기각되어야 한다. 즉,

첫째, 청구인은 이 사건 사고장소가 도로교통법상의 "도로"에 해당하지 아니한다고 주장하므로 살피건대, 도로교통법상의 "도로"는 도로법에 의한 도로, 유로도로법에 의한 도로 외에 "그밖의 일반교통에 사용되는 모든 곳"을 의미하는 바(도로교통법 제2조 제1호),

이 사건 사고장소는 "루벤스"가구점의 건물 뿐만 아니라 약산장 여관 건물등 3면이 건물로 둘러싸여 있지만 대로(大路)에 접한 비교적 넓은 공터로서 위 공터를 위 각 건물중 어느 특정건물의 출입자들만을 위한 주차장이라고 볼 아무런 자료 없고, 이 공터를 출입하는 차량들을 위한 특별한 관리인이 있다거나 관리시설이 설치되어 있지도 아니하고 주차요금을 받는 등으로 통제되고 있지도 아니하여, 인근에서 용무가 있는 사람은 누구나 위 공터를 출입할 수 있도록 되어 있다. 그렇다면 이 곳은 도로교통법 제2조제1호에서 말하는 "그밖의 일반교통에 사용되는 곳"이라고 인정되므로 위 조항 소정의 "도로"에 해당한다. 따라서 이 점에 관한 청구인의 주장은 이유없다.

둘째, 청구인은 이 사건 사고의 발생경위는 시동을 걸고 차에서 쉬려고 하다가 기아조작의 잘못으로 차가 앞으로 약 4미터가량 진행하여 건물벽을 들이 받은 것이니 이는 도로교통법에서 말하는 "운전"에 해당하지 아니한다는 취지로 주장한다. 그러나 도로교통법상의 "운전"은 도로에서 차를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것 (조종을 포함한다)으로 정의되어 있고(도로교통법 제2조제19호) 본래의 사용방법에 따라 사용한다는 의미는 반드시 특정지점에서 다른 지점으로 이동하기 위하여 차를 진행시키는 것 뿐만 아니라 차의 시동을 걸고 에어컨을 작동시키는 등 언제든지 출발할 수 있는 상태로 두는 것 자체도 포함된다고 해석되는 바(법문에서 "조종을 포함한다"는 것은 위와 같은 경우도 포함한다는 의미이다), 이 사건의 경우는 시동을 건 후 기아 및 핸들제동장치의 조작 잘못으로 차량이 앞으로 진행하여 건물벽과 건물내의 상품까지 파손한 사안이므로 당

연히 "운전"의 개념에 포함된다고 보아야 한다.

결론적으로, 위와 같은 청구인의 소위는 도로교통법상의 "음주 운전"에 해당되므로 음주운전이 성립됨을 전제로 하여 전과, 운전경위, 사고후 조치내용등을 종합 고려하여 청구인에 대하여 "기소유예"의 처분을 한 피청구인의 결정은 정당하고 이에 반하는 청구인의 주장은 이유없다.

4. 판 단

가. 권리보호이익의 유무

이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없으므로 각하되어야 한다는 피청구인의 주장에 대하여 본다.

1995. 12. 2. 대통령령 제14818호로 공포·시행된 일반사면령 제1조 제1항 제11호에 의하면 1995. 8. 10. 이전에 범한 도로교통법위반의 죄는 사면되었으므로 청구인의 이 사건 도로교통법위반의 범행도 사면되었음이 분명하다. 그런데 사면법 제5조 제1항 제1호에 의하면 사면의 효과로서 일반사면은 형의 언도(言渡)의 효력이 상실되며 형의 언도를 받지 않은 자에 대하여는 공소권이 상실된다고 규정되어 있다. 따라서 우리 재판소가 청구인의 이 사건 심판청구를 이유있다고 받아들여 위 "기소유예" 처분을 취소한다고 하더라도, 피청구인은 검찰사건사무규칙 제52조 제3항 제4호의 규정에 따라 청구인에게 "공소권없음"의 결정을 할 것이 아닌가 짐작된다. 그런데 "기소유예"의 처분은 피의사실은 인정되나 정상을 참작하여 단지 그 소추를 유예하는 처분임에 반하여, "공소권없음"의 처분은 확정판결이 있는 경우, 사면이 있는 경우, 공소의 시효가 완성된 경우 등과 같이 검사에게 피의사실에 대한 공소권이 없는 경우 그

공소권없음을 선언하는 형식적 판단으로서 피의자의 범죄의 혐의유무에 관하여 실체적 판단을 하는 것이 아니다(검찰사건사무규칙 제52조 제3항 참조).

그렇다면 비록 청구인의 이 사건 음주운전의 소위에 대하여 일반사면이 있었다고 하더라도 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없다고 할 수 없으므로(청구인은 피청구인의 이 사건 기소유예처분으로 음주운전부분에 대한 혐의가 인정되어 1995. 10. 6. 자동차운전면허취소처분을 받았다고 진술하고 있다. 헌법소원심판청구서 제7면 참조) 이 점에 관한 피청구인의 주장은 이유없다.

나. 심판청구의 당부

(1) 도로교통법(이하 "이 법"이라 한다) 제2조 제1호에 의하면 이 법에서 "도로"라 함은 도로법에 의한 도로, 유료도로법에 의한 유료도로 그밖의 일반교통에 사용되는 모든 곳을 말한다고 규정되어 있고 같은 조 제19호에서는 이 법에서 "운전"이라 함은 도로에서 차를 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것(조종을 포함한다)을 말한다고 규정되어 있으며 한편 이 법 제41조 제1항에서는 술에 취한 상태에서는 자동차 등을 운전하여서는 아니된다고 규정되어 있으므로, 결국 이 법 제41조 제1항이 규정하는 주취중 운전 즉 이른바 "음주운전"은 술에 취한 상태로 "도로에서" 자동차 등을 그 본래의 사용방법에 따라 사용하는 것을 말한다고 풀이해야 할 것이다. 따라서 비록 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운행하였다고 하더라도 그 운행장소가 이 법에서 말하는 "도로"가 아니라면 그 자동차 등 운행은 이 법에서 말하는 "운전"에 해당되지 아니하고 따라서 이 법 제41조 제1항 소정의 주취중 운전 즉 이른바 "음주운전"에 해

당되지 아니한다(대법원 1992. 10. 9. 선고 92도1662 판결 등 참조).

그리고 대법원의 판례에 의하면, 위 "도로"의 정의규정(이 법 제2조 제1호)에서 말하는 "일반교통에 사용되는 곳"이라 함은 현실적으로 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로서 교통질서유지 등을 목적으로 하는 일반교통경찰권이 미치는 공공성이 있는 곳을 의미하는 것이고 특정인들 또는 그들과 관련된 특정한 용건이 있는 자들만이 사용할 수 있고 자주적으로 관리되는 장소는 이에 포함되지 아니한다고 풀이하고 있다(대법원 1992. 10. 9. 선고 92도1662 판결, 1993. 6. 22. 선고 93도828 판결 등 참조).

(2) 그러므로 이 사건 사고지점이 이 법 제2조 제1호에서 말하는 "도로"인지의 여부에 관하여 보건대, 인천 남부경찰서 교통관리계 경장 유진철 작성의, 교통사고보고서(실황조사서)중 사고지점부근약도의 기재(수사기록 제8면), 청구외 배정회에 대한 교통사고 발생상황 진술조서의 기재(수사기록 제16면) 및 거기에 첨부된 사고현장의 사진(수사기록 제18, 19면) 등을 종합하여 보면, 이 사건 사고지점은 "루벤스"가구점 건물(뒤쪽), 약산장여관 건물(뒤쪽)등으로 막혀져 있는 공터로서 그 한쪽면에서만 출입이 가능하고 출입이 가능한 한쪽면에도 말뚝을 박고 쇠줄로 출입차량을 통제할 수 있도록 되어 있어 사실상 위 가구점이나 여관등을 출입하는 자들을 위하여 그 주차장으로 이용되고 있는 것으로 보이고, 현실적으로 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소로는 보여지지 아니한다.

그렇다면 이 사건 사고지점은 도로법에 의한 도로나 유료도로법에 의한 유료도로가 아님은 물론이고 (도로법 제1조, 제2조 제1항, 제

11조, 유료도로법 제1조, 제2조 제2항 참조) 현실적으로 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소라고도 보기 어려워 이 법 제2조제1호 소정의 "도로"는 아닌 것으로 보여진다. 피청구인의 주장과 같이 이 공터를 출입하는 차량들을 위한 특별한 관리인이 있다거나 주차요금을 받는 등으로 통제되고 있지 아니하여 청구인처럼 위 가구점이나 여관을 출입하는 자가 아닌 사람도 위 쇠줄을 걷고 일시적으로 그 곳에 주차할 수 있었다 하더라도, 이는 말뚝을 박고 쇠줄을 쳐서 출입차량을 통제하고 있는 이 공터 관리자의 의사에 반한 것이어서, 그러한 사실만으로는 사고지점이 불특정 다수의 사람 또는 차량의 통행을 위하여 공개된 장소라고 보기 어렵다. 그렇다면 비록 청구인이 술에 취한 상태로 이 사건 사고지점에서 그 소유의 자동차를 시동, 운행하였다 하더라도, 그 곳은 이 법에서 말하는 "도로"가 아니어서 그 자동차운행은 이 법에서 말하는 자동차의 "운전"에 해당되지 아니하고 따라서 그 법 소정의 "음주운전"이 되지 아니한다 (인천 남부경찰서 사법경찰관의 인천지방검찰청 검사장에 대한 교통사범지휘품신에 의하면, 이 사건 사고지점은 도로가 아니고 주차장이므로 청구인의 이 사건 "음주운전"의 점에 대하여는 범죄의 혐의가 없다는 취지로 조사자의 의견을 표명하고 있다. 수사기록 제27면).

그럼에도 불구하고 피청구인은 이 사건 사고지점이 이 법 소정의 "도로"인지의 여부에 관하여 제대로 조사한 바도 없이 청구인의 위 자동차운행을 자의적으로 "음주운전"이라 인정하였다.

5. 결 론

그렇다면 피청구인의 청구인에 대한 이 사건 기소유예처분에
는

주취중 운전죄(이 법 제107조의 2 제1호, 제41조 제1항)의 구성요건에 관한 해석을 그르쳐 이 사건 사고지점이 이 법 소정의 "도로"인지의 여부에 관하여 사실을 오인하였거나 수사를 다하지 아니한 잘못이 있고 이는 그 처분의 결정에 영향을 미친 것임이 명백하여 청구인 주장과 같은 그의 평등권 등이 침해되었다 할 것이므로 청구인의 이 사건 심판청구는 이유있다. 이에 헌법재판소법 제75조 제2항, 제3항의 규정에 따라 위 기소유예 처분을 취소하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
주 심	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

음반및비디오물에 관한 법률 제16조 제1항 등 위헌제청
(1996. 10. 31. 94헌가6 전원재판부)
[판례집 8권2집, 395~407]

【관시 사항】

公演倫理委員會의 審議를 받지 아니한 音盤의 판매를 금지하고 이에 위반한 자를 처벌하는 규정이 헌법상의 檢閱禁止原則에 위배되는지 여부

【결정 요지】

1. 헌법 제21조 제2항이 언론·출판에 대한 檢閱禁止를 규정한 것은 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안 전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도 언론·출판의 자유에 대하여는 檢閱을 수단으로 한 제한만은 法律로써도 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다.

2. 가. 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고, 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다. 그리고 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에 만 이에 해당하는 것이다.

나. 청소년 등에게 부적절한 내용의 音盤에 대하여는 청소년에게 판매할 수 없도록 미리 等級을 審査하는 이른바 等級審査制度는 事前檢閱에 해당하지 아니한다.

3. 이 사건 法律條項은 審議機關인 公演倫理委員會가 音盤의 제작.판매에 앞서 그 내용을 審査하여 審議基準에 적합하지 아니한 音盤에 대하여는 판매를 금지할 수 있고, 審議를 받지 아니한 音盤을 판매할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있는바, 공연윤리위원회는 공연법에 의하여 설치되고 행정권이 그 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 되어 있으므로, 음반에 대한 위와 같은 사전심의제도는 명백히 事前檢閱制度에 해당한다.

제청법원 서울형사지방법원 (1994.5.10. 94초1385 위헌법률심판제청)
제청신청인 정 ○ 춘
대리인 법무법인 해마루종합법률사무소
담당변호사 천 정 배
당해사건 서울형사지방법원 93고단373 음반및비디오물에관한법률위반

【심판대상조문】

音盤및비디오물에관한法律(1995. 12. 6. 법률제5016호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항, 제2항

① 판매.배포.대여 등의 목적으로 음반...을 제작...하고자 하는 자는 당해 음반...의 내용에 관하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 미리 공연법에 의한 공연윤리위원회(이하 "공연윤리위원회"라 한다)의 심의를 받아야 한다.

② 누구든지 제1항의 규정에 의하여 심의를 받지 아니한 음반을 판매하여서는 아니된다.

音盤및비디오물에관한法律(1995. 12. 6. 법률제5016호로 개정되기 전의 것) 제24조 제1항, 제2항

① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내지 3. 생략
4. 제16조 제2항의 규정에 위반한 자

② 제1항의 규정에 해당하는 자가 소유 또는 점유하고 있는 음반...과 그 제작 또는 복제에 직접사용된 기자재 및 제작에 사용할 수 있는 인쇄물은 이를 몰수하고 몰수가 불가능한 때는 그 가액을 추징한다.

【참조 조문】

憲法 제21조 제1항, 제2항

【참조 판례】

1996. 10. 4. 선고, 93헌가13, 91헌바10(병합) 결정

【주 문】

구 음반및비디오물에관한법률(1991. 3. 8. 법률 제4351호로 제정되어 1995. 12. 6. 법률 제5016호로 전문개정되기 전의 것)제16조 제1항 중 음반의 제작에 관한 부분, 제16조 제2항 전문부분 중 음반의 판매에 관한 부분, 제24조 제1항 제4호 및 제24조 제2항 중각 음반을 판매한 자에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

서울형사지방법원은 제청신청인에 대한 음반및비디오물에관한 법률위반 피고사건(93고단373)을 심리하던 중 제청신청인의 위헌법률심판제청신청(94초1385)에 따라 구 음반및비디오물에관한법률(1991. 3. 8. 법률제4351호로 제정되어 1995. 12. 6. 법률제5016호로 전문개정되기 전의 것, 이하 "법"이라고 한다) 제16조 제1항, 제2항, 제24조 제1항 제4호, 제2항의 위헌여부가 위 사건의 재판의 전제가 된다고하여

1994. 5. 10. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 법 제16조 제1항, 제2항, 제24조 제1항 제4호, 제2항 중 주문 기재부분이 헌법에 위반되는 여부이고, 그 내용은 다음과 같다(이 사건 위헌제청서에는 제청대상 법률 조항으로 위 각 법률조항의 주문 전체를 기재하고 있지만 이 사건 제청결정이유에 의하면 위 각 조항 중 나머지 부분은 당해사건에 관한 재판의 전제가 되지 아니하여 심판의 대상으로 삼지 아니한다).

제16조[심의] ① 판매·배포·대여 등의 목적으로 음반...을 제작...하고자 하는 자는 당해 음반...의 내용에 관하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 미리 공연법에 의한 공연윤리위원회(이하 "공연윤리위원회"라 한다)의 심의를 받아야 한다.

② 누구든지 제1항의 규정에 의하여 심의를 받지 아니한 음반...을 판매....하여서는 아니된다.

제24조[벌칙] ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 내지 3. 생략

4. 제16조 제2항의 규정에 위반한 자

② 제1항의 규정에 해당하는 자가 소유 또는 점유하고 있는 음반...과 그 제작 또는 복제에 직접 사용된 기자재 및 제작에 사용할 수 있는 인쇄물은 이를 몰수하고 몰수가 불가능한 때는 그 가액을 추징한다.

2. 관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

음반에 관하여 이른바 사전심의제를 규정하고 있는 이 사건 심판대상 규정들은 그 자체가 예술의 자유나 언론출판의 자유에 대한 제한의 한계를 벗어나 그 본질적 내용을 침해할 우려가 있어 위 자유들을 규정한 헌법규정 또는 과잉금지의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 반하여 위헌이라고 볼 여지가 있고, 이를 위반한 경우에 형벌로 제재하고, 그 행위에 사용된 물건들을 몰수하도록 한 것은 언론출판에 대한 사전허가나 검열을 금지한 헌법 제21조에 위반하여 위헌이라고 볼 소지가 있다.

나. 문화체육부장관의 의견

(1) 공연윤리위원회(이하 공륜이라 한다)의 심의제도는 심의기관의 자율성과 공정성 확보를 위하여 심의위원은 민간전문인으로 구성되어 그 심의의 내용이나 결과가 창작물에 대한 훼손은 최소화 하면서 최대의 효과를 달성할 수 있도록 자율심의체제로 운영되고 있으며 또한 제작자의 피해가 최소화되도록 음반제작 전에 심의함으로써 적절한 방법으로 목적을 수행하고 있다.

(2) 우리나라는 서구의 개방적 관행이나 생활문화와는 달리 전통적인 고유의 미풍양속과 도덕적 규범속에서 살아가고 있으며 대중가요는 남녀노소를 막론하고 사회전반에 폭넓게 확산·보급되는 특성을 지니고 있고 국민정서에 미치는 영향력이 크므로 윤리적 측면에서의 여과장치가 반드시 필요하다. 또한 국민정서에 심각한 위해를 줄 수 있는 내용들이 사전심의 없이 배포되고 난 이후에는 그 악영향을 돌이킬 수 없으므로 사전심의제도가 필요하다.

(3) 따라서 현행 심의제도는 학문과 예술의 자유와 언론출판의 자유를 보장하면서 헌법 제37조 제2항의 범위내에서 음반의 질적향

상을 도모하고 음반산업의 건전한 육성 발전을 도모함으로써 국민이 문화생활 및 정서생활에 이바지하기 위한 필요한 최소한의 규제이다.

다. 서울지방검찰청 검사장의 의견

(1) 대중예술이 국민의 문화생활과 정서생활에 미치는 영향이 지대하기 때문에 표현의 자유, 예술의 자유에 대하여도 일정한 정도의 제한이 필요하며 무제한의 자유가 허용되는 것은 아니다. 특히 국가존립의 기초가 되는 가치질서나 공중도덕 또는 사회윤리를 침해하는 내용의 음반이 일단 판매·배포되면 그 영향은 기하급수적으로 대중에게 전파되는 것이기 때문에 이를 사후적인 방법으로 규제하기 매우 곤란하다.

(2) 공륜은 예술, 언론, 방송, 출판, 공연, 교육 등에 관하여 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 문화체육부장관이 위촉하는 위원으로 구성되며, 그 운영에 필요한 경비는 전적으로 국가예산에 의존하는 것이 아니고 다만 일정한 범위 안에서 국가의 보조를 받을 뿐이므로 동 위원회를 행정관청이라 할 수 없고 특수한 성격의 공공기관으로 보아야 할 것이다. 따라서 음반에 대한 사전심사는 민간심의기구인 공륜에서 수행하는 점에서 행정관청에서 주관하는 사전검열과는 차이가 있다.

(3) 음반및비디오물에관한법률 제17조 제1항에서 합리적인 심의기준을 규정하고 있는바 이러한 심의기준은 다양한 가치를 인정하는 민주사회에서 다소 추상적이고 경계가 불분명할 수밖에 없는 것이며 현실적으로 더 이상 구체적이고 명확하게 규정하는 것이 불가능할 것이다.

라. 법무부장관의 의견

서울지방검찰청 검사장의 의견과 거의 같다.

마. 제청신청인의 의견

(1) 가요를 음반에 담아 배포하는 행위도 언론 출판행위의 일종이므로 음반의 제작과 판매도 언론 출판의 자유로 헌법상 보호되어야 한다. 현행 음반 등에 대한 사전심의제는 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 언론 출판에 대한 허가나 검열에 해당하므로 동조 제1항이 보장하는 언론 출판의 자유, 제22조 제1항의 학문과 예술의 자유에 대한 본질적 내용을 침해하는 제한이므로 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

(2) 현행 음반에 대한 사전심의기준은 "미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려", "저속한 언어사용", "역사적 사실이나 인물 또는 물건을 허위로 묘사" 등과 같이 지나치게 모호하고 추상적이므로 "모호하기 때문에 무효"이며 또한 "광범위하기 때문에 무효"이다.

3. 판 단

가. 헌법 제21조 제2항의 검열금지의 원칙

(1) 헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론 출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론 출판의 자유를 보장하고 있다. 의사표현의 자유는 언론·출판의 자유에 속하고, 여기서 의사표현의 매개체는 어떠한 형태이건 그 제한이 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건에서 문제되고 있는 음반은 학문적 연구결과를 발표하는 수단이 되기도 하고, 예술표현의 수단이 되기도 하므로 그 제작 및 판매 배포는 학문·예술의 자유를 규정하고 있는 헌법 제22조 제1항에 의하여

보장을 받음과 동시에 헌법 제21조 제1항에 의하여도 받는다.

한편 헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하여 언론·출판에 대한 검열을 절대적으로 금지하고 있다. 언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 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 절대적으로 금지하고 있는 것이다.

따라서 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 하여도 언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 절대 허용되지 아니 한다고 할 것이다.

(2) 헌법 제21조 제2항에서의 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사 선별하여 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 그러나 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고, 의사표현의 발표여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다. 그리고 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수

있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다(헌법재판소 1996. 10. 4. 선고, 93헌가13, 91헌바10 결정 참조).

(3) 한편, 표현의 자유에 대한 검열을 수단으로 한 제한은 위에서 본 바와 같이 법률로써도 허용될 수 없는 것이기 때문에 검열의 의미는 다음과 같이 제한적으로 해석하여야 할 것이다.

(가) 먼저 헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열은 사전검열만을 의미하므로 개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위내에서 발표를 저지하는 것만을 의미하고(헌법재판소 1992. 11. 12. 선고, 89헌마88 결정 참조), 헌법상 보호되지 않는 의사표현에 대하여 공개한 뒤에 국가기관이 간섭하는 것을 금지하는 것은 아니다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌바26 결정 참조). 그러므로 사후심사나 앞에서 밝힌 검열의 성격을 띠지 아니한 그 외의 사전심사는 검열에 해당하지 아니한다. 다만, 이러한 검열의 성격을 띠지 아니한 심사절차의 허용여부는 표현의 자유와 이와 충돌되는 다른 법익 사이의 조화의 문제이므로 헌법상의 기본권 제한의 일반적 원칙인 헌법 제37조 제2항에 의하여 결정되어야 할 것이다.

(나) 검열금지의 원칙은 정신작품의 발표 이후에 비로소 취해지는 사후적인 사법적 규제를 금지하는 것이 아니므로 사법절차에 의한 음반판매의 금지조치(예컨대 명예훼손이나 저작권 침해를 이유로 한 가처분 등)나 그 효과에 있어서는 실질적으로 동일한 형벌규정(음란, 명예훼손 등)의 위반으로 인한 압수는 헌법상의 검열금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

(다) 또한 검열금지의 원칙은 음반에 대한 사전심사를 모두 금지

하는 것은 아니다. 음반은 음을 표현수단으로 하는 매체로서 국민의 문화생활과 정서에 미치는 영향력이 크고 그 파급효과가 광범위한데다 일단 음반이 소비자에게 보급되고 난 이후에는 이를 효율적으로 규제할 방법이 없으므로 음반을 제작 또는 판매하기 이전에 이를 심사,규제해야 할 필요가 있고, 특히 감수성이 예민한 청소년이 퇴폐적인 음반에 접근하는 것을 미리 막아야 할 필요성 역시 매우 크다.

따라서 청소년들에게 부적절한 내용의 음반에 대하여는 청소년에게 판매할 수 없도록 미리 등급을 심사하는 이른바 등급심사제도는 사전검열에 해당하지 아니한다(법 제17조 제2항에서도 연소자의 건전한 덕성함양을 해칠 우려가 있는 내용 등 연소자에게 부적절한 내용의 음반에 대하여는 공륜의 심의시 연소자가 시청할 수 없음을 결정하여야 한다고 규정하고 있다).

나. 이 사건 심판대상 조항들의 위헌성

(1) 법 제16조는 제1항에서 음반의 제작시 공륜의 사전심의를 받을 의무를 부과하고, 제2항에서 사전심의를 받지 않은 모든 음반에 관하여 판매 등을 금지하면서, 이에 위반한 경우에는 제24조 제1항 제4호에 따라 형사처벌을 하고, 제24조 제2항에 따라 위반자가 소유 또는 점유하는 음반과 그 제작기자재 등을 몰수할 수 있도록 규정하고 있다.

결국 이 사건 법률조항은 심의기관인 공륜이 음반의 제작 판매에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 음반에 대하여는 제작 판매를 금지하고, 심의를 받지 아니한 음반을 제작 판매할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 규정하고 있는 것

으로서 명백히 헌법 제21조 제2항이 금지한 사전검열제도를 채택하고 있다고 볼 수 밖에 없다.(1995. 12. 6. 법률제4351호로 개정된 음반및비디오등에관한법률 제17조 제2항에서는 음반에 관하여 필요적 사전심의제도를 폐지하고 임의로 공륜의 심의를 받을 수 있도록 규정하고 있다)

(2) 헌법상의 검열금지의 원칙은 검열이 행정권에 의하여 행하여지는 경우에 한하므로 음반의 심의기관인 공륜이 이에 해당하는지에 대하여 의문이 있을 수 있다.

그러나 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부로 하여금 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다.

그런데 법은 음반을 제작하기 전에 공륜의 사전심의를 받아야 한다고 규정하고 있고, 공연법과 그 시행령에 의하면 공륜의 위원은 문화체육부장관에 의하여 위촉되고(공연법 제25조의 3 제3항), 위원장과 부위원장의 선출은 장관의 승인을 받아야 하며(같은 법 시행령 제20조 제1항), 위원장은 심의결과를 장관에게 보고하여야 하고(같은 법 시행령 제21조), 공륜은 국가예산의 범위 안에서 공륜의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록(같은 법 제25조의 3 제6항) 규정하고 있다.

이와 같이 법에서 음반에 대한 사전심의제도를 채택하고, 공연법

에 의하여 공륵을 설치토록 하여 행정권이 공륵의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있게 하였으므로 공륵은 실질적으로 헌법 제21조 제2항에서 금지하는 검열기관으로 볼 수밖에 없다(헌법 재판소 1996. 10. 4. 선고, 93헌가13, 91헌바10{{}} 결정 참조).

공륵이 비록 민간인으로 구성되고 심의활동에 있어서 독립성이 보장된 심의기관이라 할지라도 검열기관인가를 판단하는데 있어서 그것은 결정적인 것이 되지 못한다. 심의기관의 독립성이 보장되어야 하는 것은 단지 심의절차와 그 결과의 공정성 및 객관성을 확보하기 위하여 모든 형태의 심의절차에 요구되는 당연한 전제일 뿐이고, 국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 행정권이 공륵의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있도록 한 이상 공륵이 민간인들로 구성되었다고 하여도 검열기관으로서의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니기 때문이다.

(3) 따라서 법이 규정한 공륵의 심의는 헌법 제21조 제2항의 검열에 해당하므로 음반을 제작하기에 앞서 공륵의 심의를 받도록 하고, 공륵의 심의를 받지 아니한 음반의 판매를 금지하면서 이에 위반한 자를 처벌하는 내용의 이 사건 법률조항부분은 헌법 제21조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상 법률조항부분은 헌법에 위반되므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 31.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

주 심

의료법 제25조 제1항 등 위헌제청

(1996. 10. 31. 94헌가7 전원재판부)

[판례집 8권2집, 408~421]

【관시 사항】

無免許 醫療行爲를 一律的·全面的으로 禁止하고 이에 위반할 경우 處罰하는 規定이 過剩禁止의 原則에 違背되는지 여부

【결정 요지】

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 "人體 전반에 관한 이론적 뒷받침"과 "인간의 신체 및 생명에 대한 畏敬心"을 체계적으로 敎育받고 이점에 관한 國家의 檢證을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 科學的으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 不作用도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 回復할 수 없는 致命的인 危害를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 違反하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 刑事處罰을 받게 하는 이 법의 규제방법은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

제청법원 부산지방법원 (1994. 7. 27. 93고단8707 위 제청)

당해소송사건 부산지방법원 93고단8707 의료법위반, 건축법위반

【참조 조문】

憲法 제10조, 제36조 제3항

의료법 제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면호된 이와의 의료행위를 할 수 없다 다만,

다음의 각호의 1에 해당하는 자는 보건사회부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자

2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자

3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

②~③ 생략

의료법 제66조(벌칙)

다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~2. 생략

3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

【주 문】

의료법(1973. 2. 16. 법률제2533호로 전문개정되고 1994. 1. 7. 법률제4732호로 일부 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 진단부분과 제66조 제3호 중 "제25조 제1항" 본문의 진단에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

부산지방법원은 같은 법원 93고단8707 피고인 길○근에 대한 의료법위반등 피고사건의 재판계속 중, 그 재판의 전제가 되는 의료법(1973. 2. 16. 법률 제2533호로 전문개정되고 1994. 1. 7. 법률 제4732호로 일부개정되기 전의 것, 이하 "이 법"이라 한다) 제25조 제1항 진단부분과 제66조 제3호 중 "제25조 제1항" 진단에 관한 부분의 위헌여부에 관하여 의문이 있다하여 1994. 7. 27. 직권으로 위헌제청결정을

하였고, 이 결정은 같은 해 8. 20. 우리 재판소에 접수되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 위헌법률심판의 대상이 되는 법률조항은 이 법 제25조 제1항 본문의 전단부분(즉, "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며"라는 부분)과 제66조 제3호 중 "제25조 제1항" 본문의 전단에 관한 부분이고(이하 이들 법률조항을 "이 사건 법률조항"이라 한다), 그 규정내용은 다음과 같다.

제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 보건사회부령이 정하는 범위안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

②, ③ (생략)

제66조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다.

1. 2. (생략)
3. 제25조 제1항·제3항, 제30조 제1항·제2항·제4항 또는 제31조 제1항의 규정에 위반한자

2. 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청이유

(1) 이 법은 의학(치과의학 및 한방의학을 포함한다)대학을 졸업하고 국가시험에 합격하여 면허를 받은 의사(조산사 및 간호사는 논외로 한다)만이 의료행위를 할 수 있다고 규정하고, 그러한 의사가 아닌 사람이 의료행위를 하면 그 치료결과에 관계없이 그 자체만으로 형벌을 과하도록 규정하고 있다. 이러한 규정들의 입법취지는 치료능력이 없는 자들이 그 능력이 있는 것처럼 사람들을 속여서 의료행위를 한답시고 오히려 사람의 건강을 망치고 생명을 끊는 사태가 생기는 것을 미리 방지함으로써 국민건강을 보호·증진하자는 것이 그 제1차적인 목적일 것이고(의료법 제1조 참조), 나아가서는 시술자의 치료능력의 유무를 일반인들이 판단하기 어렵기 때문에 국민들로 하여금 "의사"라는 자격과 면허를 기준으로 하여 그 판단과 선택을 용이하게 하도록 하자는 데도 그 취지가 있을 것이다.

(2) 그런데 의사가 모든 병을 다고치고 있는 것은 아니고 의사가 못고치는 병은 당연히 의사 아닌 그 누구도 못고치는 것도 아니며, 또 의사가 아닌 사람의 의료행위에 의하여 병이 치유되는 경우와 오히려 병이 더 악화되거나 죽는 경우 중 어느 쪽이 더 많은지는 경험적으로 검증하기 어려울 것이다.

(3) 무면허 의료행위의 폐해를 막고 의료질서를 유지하기 위해서는 의사 아닌 자의 의료행위를 전면금지하는 것이 가장 적절하고 합리적인 방법인지는 매우 의심스럽다. 우선 무능력 의료행위를 방지하는 것이 이 법의 제1차적인 목적이라면 그것은 치료능력이 없이 그 능력이 있는 것처럼 사람을 속여서 하는 의료행위만 처벌하

면 될 것이고, 보다 엄벌하려면 의사아닌 자가 의료행위를 한 결과 오히려 병상이 더 심해진 경우에도 처벌하는 규정을 두는 정도로 족할 것이다. 그렇게 되면 면허가 없더라도 실제로 능력이 있는 자의 의술은 살리면서 폐해는 막을 수 있고 의료질서의 유지에도 별 문제가 없을 것이니 가장 온당한 방법일 것이다. 또한 의료수단에 대한 국민의 선택과 판단을 용이하게 한다는 입법취지에 대하여는, 무면허 의료행위라도 유형별로 세분하여 자격과 면허를 다양하게 부여하는 방법들의 연구가 가능할 것으로 생각되는데 이는 입법자의 과제에 속한다. 그럼에도 불구하고, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지함으로써 의료능력이 있는 사람의 의술까지 사장시키고 반사적으로 치유될 수 있는 생명들을 죽음으로 몰고가는 이법의 태도는, 과잉규제를 통하여 자유와 권리의 본질적 내용을 침해함으로써 인간의 존엄과 가치에 위배되고 있다.

(4) 한편, 의료행위는 면허가 있든 없든 절대권인 사람의 생명을 직접적인 대상과 목적으로 하는 점에서 사회질서라는 법의과의 비교형량이 본질적으로 불가능하고, 의료행위의 문제는 의사들로서도 고치지 못하는 병이 많다는 본질적인 제도내적 한계에서 생기며, 의사면허는 의과대학졸업을 수험자격으로 요구하고 있다는 점을 고려할 때, 무면허 의료행위의 금지제도는 이와 다른 무면허운전의 금지나 변호사아닌 자의 변호활동금지와는 같은 차원에서 비교하여 거론할 성질의 것이 아니다.

(5) 인간은 소우주(小宇宙)이다. 그만큼 오묘 불가사의한 존재이다. 질병은 그 존재의 한 단면이고 따라서 질병에 대한 물음은 인간의 존재 그 자체에 대한 물음이다. 그 우주적인 물음 앞에서 인

간의 제도는 겸손하여야 한다. 그럼에도 불구하고 이 법은 그 겸손을 잃고 오만한 나머지 불필요한 과잉규제를 통하여 시술자와 환자 모두의 생명권, 건강권, 신체활동의 자유, 보전에 관하여 국가권력의 침해받지 아니할 권리 등의 본질적인 내용을 침해함으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손하고 있으므로, 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관하여는 의문이 있다.

나. 부산지방검찰청 검사장의 의견

의사 등에 한하여 의료행위를 하게 하는 이 사건 법률조항은 국민으로 하여금 자신의 질병에 대하여 자격이 있는 사람으로부터 안심하고 치료받을 수 있도록 하는 것이므로 국민건강을 증진하기 위하여 꼭 필요하며, 무자격자의 치료로 불치병이 나올 수 있다는 요행이나 기적을 바라지 못한다고 하여 국민의 건강권이나 생명권이 침해되는 것은 아니다.

이 사건 위헌제청의 전제가 된 의료법위반 등 피고사건은, 그 사건의 피고인 길○근이 의학에 대하여 아무런 지식이나 경험이 없는 자로서 "한국자연건강연구원"이라는 간판을 걸고 정상적인 의료시설이나 응급치료시설도 없이 각종 불치병환자들을 수용하여 월 금 100만원 정도의 치료비를 받고 열썬질 등 치료행위를 하여 오던 중, 간경화 환자인 청구외 백○희가 1993. 7. 30. 경부터 위 연구소에서 한달간 치료를 받다가 상태가 악화되어 사망한 것으로, 무면허 의료행위의 위험성이 적나라하게 나타나고 있는 사건이다.

이와 같은 사건이 다시 일어나지 않도록 하기 위해서라도 의료행위를 의사에게만 허용할 필요가 있고 그렇게 함으로써 국민의 보건을 담보할 수 있으므로, 이 사건 위헌제청은 이유없어 기각되어야

한다.

다. 보건사회부장관의 의견

의료법의 무면허 의료행위 금지규정은, 인간의 존엄과 가치의 근본인 인간의 신체와 생명에 직접적인 위해를 가할 가능성이 많은 의료행위는 체계적인 교육과정을 마치고 국가로부터 일정한 면허를 수여받은 의료인에 한하여 이를 시행할 수 있도록 함으로써, 사회질서와 공공복리를 위하여 최소한의 방법을 입법재량권내에서 선택한 입법이기 때문에 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니하므로, 인간의 존엄과 가치를 보장할 국가의 의무를 침해하기는커녕 오히려 보장하는 것이어서 지극히 당연한 합헌규정이다.

3. 판 단

가. 이 법 제25조 제1항 본문의 전단은 "의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며"라고 규정하고 법 제2조 제1항은 이 법에서 "의료인"이라 함은 보건사회부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사(助産師) 및 간호사를 말한다고 규정하며, 법 제5조는 의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 의학(이하에서는 치과의학, 한방의학을 포함하는 넓은 의미의 개념으로 쓴다) 대학을 졸업하고 의학사의 학위를 받은 자로서 국가시험에 합격한 후 보건사회부장관의 면허를 받아야 한다는 취지로 규정하고, 법 제66조는 "다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처한다"고 하면서 그 제3호에 "제25조 제1항의 규정에 위반한 자"를 규정하고 있다.

따라서, 이 법은 의과대학을 졸업하고 국가시험에 합격하여 면허를 받은 의사(이하, 치과의사 및 한의사도 포함하는 넓은 의미의 개념으

로 쓰고, 조산사 및 간호사는 논외로 한다. 제청이유도 그러하다)만이 의료행위를 할 수 있다고 규정하고, 그러한 의사가 아닌 사람이 의료행위를 하면 그 치료결과에 관계없이 그 자체만으로 형벌을 과하도록 규정하고 있다.

나. 그러므로 먼저 의사가 아닌 사람이 의료행위를 한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 이를 규제할 필요가 있는가 하는 점을 살펴본다.

우선 이 사건 법률조항에서 말하는 "의료행위"란 무엇인지를 밝힐 필요가 있다. 그런데 이 법에는 "의료행위"에 관한 정의규정이 없고 다만 이 법 제1조, 제2조에 의하면 의료행위가 국민보건의 향상 및 국민의 건강한 생활확보에 기여해야 하는 행위라는 것만 명백히 하고 있다. 일반적으로 좁은 의미에서는 "상병(傷病)의 부위와 원인을 전문적 기법으로 진단하여 그에 가장 적절한 대응방법을 선택하여 치료하는 것과 질병을 미연에 방지하는 것을 포함하는 것"이라고 개념정의를 하는 것 같다. 그러나 판례중에는 "의료행위라 함은 질병의 예방과 치료행위 뿐만 아니라 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위"를 말한다는 요지로 개념규정을 한 것(대법원 1992. 5. 22. 선고, 91도3219 판결 참조)이 있고, 또 의료행위인지의 여부에 관한 결정기준으로는 "어떤 행위가 의료행위인지의 여부를 판단함에 있어, 질병의 예방과 치료에 사용된 기기가 의료기기냐 아니냐 하는 것은 문제되지 아니하며, 의학적 전문지식이 없는 자가 이를 질병의 예방이나 치료에 사용함으로써 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해를 발생할 우려가 있는지의 여부에 따라 결정하여야 한다"는 요지로 판시한 것(대법원

1989. 9. 29.선고, 88도2190 판결 참조)도 있는데, 이러한 판시는 의료행위는 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 현실적, 구체적 위해를 가하는 것이 아니더라도 "그러한 위해를 발생케 할 우려"가 있으면 그 자체가 규제 대상이 되어야 함을 시사하는 것이다.

이와 같이 의료행위는 가장 존귀한 사람의 생명이나 신체를 다루는 일로서 이를 조금이라도 그르치면 그 피해는 영원히 회복할 수 없거나 회복하기 어려운 것이므로, 의과대학에서 기초 의학부터 시작하여 체계적으로 의학을 공부하고 상당기간 임상 실습을 한 후 국가의 검증(국가시험)을 거친 사람에 한하여 의료행위를 하게 하고 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 이를 하지 못하게 함으로써, 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위 그 자체를 미리 막자는 것이, 이 사건 법률조항의 취지라 할 수 있다. 만약 의사가 아닌 사람도 함부로 의료행위를 할 수 있다고 한다면, 감염이설을 동원한 사이비(似而非) 의료인이 창궐할 것이고 중병이나 불치병을 앓는 사람들은 이에 현혹되어 올바른 판단이나 선택을 하지 못하고 이들에게 자기의 생명이나 신체를 맡기는 일도 흔히 있을 것인데, 이러한 경우에는 국민의 생명, 신체나 공중위생에 대한 위해발생의 가능성을 예견하면서도 국가가 이를 방치하는 것이 된다. 이는 국민건강의 보호증진을 도모하려 하는 국가의료제도의 목적(이 법 제1조, 제2조 참조)에 반하고 전체국민의 건강은 심각한 위협을 받게 될 것이다. 따라서 무면허 의료행위로 인하여 치료를 받던 사람이 사망하거나 그 상태가 더 악화된 경우에만 이를 처벌한다면, 무면허 의료행위를 규제하는 의미가 없어짐은 물론이고 국가의료제도의 기초가 무너지게 된다.

그러므로 무면허 의료행위는 그 치료결과가 좋은 나쁜든 이를 규제할 필요성이 있다. 헌법 제10조는 "인간의 존엄과 가치"에 대한 국가의 보장의무를 규정하고 있는데, 사람의 신체와 생명은 인간의 존엄·가치의 근본이므로 사람의 생명이나 신체에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 대한 규제는, 바로 인간의 존엄과 가치를 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무라고도 할 수 있다.

다. 다음으로, 무면허 의료행위에 대한 이 법의 규제방법은 합리적이고 타당한 것인가를 살펴볼 필요가 있다.

이 법은 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하는 법체계를 취하고 있다. 이와 관련하여, 과연 무면허 의료행위를 사전에 전면적으로 금지하는 것이, 사회질서의 유지 또는 국민건강의 보호증진이라는 공공복리를 그 명분으로 하고 있기는 하지만, 그 목적과 수단사이에 비례성을 상실하여 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이 아니냐 하는 것이 위헌론의 핵심이므로, 비례의 원칙의 위배여부를 형식적 측면과 실질적 측면에서 살펴보기로 한다.

먼저, 형식적 측면에서 본다. 비례성의 유무를 판단하는 것은 원칙적으로 입법자의 책무이다. 비례성의 판단에 있어서 필수적인 입법자의 비교형량에는 그 성격상 광범위한 재량이 허용되어 있으므로 어떤 "목적의 설정"과 이를 위한 "수단의 선택"에 있어서 입법자의 판단이 명백히 잘못되었고 따라서 그 판단이 입법재량의 한계를 "명백히"넘어선 경우에만 비례의 원칙에 반하게 된다. 그러한 기준에서 볼 때, 이 사건 법률조항은 명백히 입법재량의 한계를 넘은 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로 비례성의 형식적 판단단계에서는 위헌성이 있다고 할 수 없다.

다음으로, 실질적 측면에서 본다. 의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 "인체(人體)전반에 관한 이론적 뒷받침"과 "인간의 신체 및 생명에 대한 외경심"을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분할 수 있는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없고, 외국의 입법례를 보아도 의료인면허제도를 채택하고 무면허 의료행위를 사전에 전면금지하는 것 이외의 다른 규제방법을 찾아볼 수 없다.

이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계 없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은, "대안이 없는 유일한 선택"으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제10조가 규정하는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고 헌법 제36조 제3항이 규정하는 국민보건에 관한 국가의 보호의무를 다하고자 하는 것으로서, 국민의 생명권, 건강권, 보건권 및 그 신체활동의 자유 등을 보장하는 규

정이지, 이를 제한하거나 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

라. 제청법원은 이 사건 법률조항이 합리적인 근거를 가지려면 그가 적시하는 몇가지 전제조건이 갖추어져야 한다고 주장하고 있으나, 이 주장은 다음과 같은 이유로 부당하다.

첫째로, 이 사건 법률조항은 의사가 모든(적어도 "거의 모든") 질병을 고칠 수 있고 의사가 못고치는 병은 의사 아닌 그 누구도 못고친다는 것을 그 전제로 하고 있는 것이 아니다. 즉, 이 사건 법률조항은, 의사가 모든 병을 다 고칠 수 있다거나 의사가 아닌 사람이 의사가 못고치는 병을 고치는 경우도 간혹 있다는 사실을 배제하는 것도 아니고, 의료행위를 의료인에게만 독점시키는 것이 의료인이 전지전능하다거나 그 이외의 사람이 무능하다는 등의 이유에서 규정된 것도 아니다. 사람의 신체와 생명을 외경스럽게 다루어야 할 의료인에게는 이론적으로나 임상실험면에서나 인간에 대한 태도면에서 기본적인 자질을 지니고 있어야 하는 것이 필수적인 요소이기 때문에 최소한의 자격요건을 규정해 놓은 것이지, 결코 의료인이 모든 병을 고칠 수 있다거나 의료인이 못고치는 병은 의료인 아닌 어느 누구도 못고친다는 것을 그 전제조건으로 하고 있는 것이 아니다.

둘째로, 의사 아닌 사람의 의료행위에 의하여 병이 치유되는 경우와 오히려 병이 더 악화되거나 죽는 경우 중 어느 쪽이 더 많은지는 경험적으로 검증된 바 없고, 가사 무면허 의료행위의 피해가 더 많다고 하더라도 단순히 비율적인 판단만으로 전면금지가 정당화될 수는 없으며, 금지의 방법으로는 그 보다 완화된 다른 방법을 찾아야 한다는, 제청법원의 주장도 아래와 같은 이유로 부당하다.

위에서 본 바와 같이, 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민 건강의 보호증진을 목적으로 하여(이 법 제1조 참조) 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수 밖에 없는 것이다. 그렇다면 제청법원의 위와 같은 주장은 국가 의료제도의 목적과 취지에 관한 오해나 편견을 그 전제로 한 것이어서 이를 받아들이기 어렵다.

이 법이 인정하는 의료인이 아니면서 어떤 특정분야에 관하여는 우수한 의료능력을 가진 한 부류의 의료인들(넓은 의미)이 있다고 한다면, 국민건강의 보호증진을 위하여 입법자로서는 이들의 지식과 능력을 충분히 검증하고 이들에게 의료인 자격을 부여하는 경우의 순기능과 역기능을 면밀히 검토한 후 긍정적인 평가가 나오면 이들에게도 의료행위를 할 수 있는 길을 열어주는 것이 바람직하겠지만, 이는 어디까지나 입법정책의 문제로서 이러한 입법정책의 문제 때문에 이 사건 법률조항이 제청법원 주장의 기본권들을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결 론

위와 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다고 할 수 없으므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 10. 31.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
주 심	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

직업안정및고용촉진에관한법률 제10조 제1항 등
위헌소원

(1996. 10. 31. 93헌바14 전원재판부)

[판례집 8권2집, 422~442]

【관시 사항】

1. 公訴狀에 適用法條로 기재되지 아니한 法律條項에 대하여 裁判의 前提性을 인정한 事例
2. 職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조 제1항의 규정이 職業選擇의 自由를 침해한 것인지 여부
3. 위 법률조항이 立法委任의 限界를 벗어난 것인지 여부

【결정 요지】

1. 청구인들에 대한 公訴狀에는 適用法條로 職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조 제1항만 기재되어 있고 제10조 제2항은 기재되어 있지 아니하나, 청구인들은 제10조 제1항이 헌법에 위반된다는 중요한 이유로서 제10조 제2항에서 許可要件을 法律로 규정하지 않고 大統領令에 委任을 하고 있는 것이 委任立法의 限界를 벗어나 違憲이라고 주장하고 있으므로 이 사건에서 제10조 제1항의 위헌여부는 제10조 제2항의 위헌여부와 不可分の인 關係에 있다고 할 것이므로 제10조 제2항도 裁判의 前提性이 있다
2. 職業紹介業은 그 성질상 사인이 營利目的으로 운영할 경우 勤勞者의 安全 및 保健上의 危險, 勤勞條件의 低下, 公衆道德上 害로운 職種에의 流入, 未成年者에 대한 搾取, 勤勞者의 被害, 人權侵害 등의 副作用이 초래될 수 있는 가능성이 매우 크므로 職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조 제1항에서 勞動部長官의 許可를 받아야만 有料職業紹

介事業을 할 수 있도록 制限하는 것은 그 目的의 正當性, 方法의 適切性, 被害의 最小性, 法益의 均衡性 등에 비추어 볼 때 合理的인 制限이라고 할 것이고 그것이 職業選擇自由의 本質的 內容을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

3. 가. 헌법 제75조는 一般的이고 包括的인 委任立法이 허용되지 않음을 명백히 밝히고 있으나, 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않더라도 당해 법률의 全般的 體系와 關聯規定에 비추어 委任條項의 內在的인 委任의 範圍나 限界를 客觀的으로 分明히 確定할 수 있다면 이를 一般的이고 包括的인 白紙委任에 해당하는 것으로 볼 수 없다.

나. 職業安定및雇傭促進에 관한法律의 全般的 體系와 일정한 업에 종사하는 자의 직업소개사업의 兼業禁止規定(제11조), 직업소개사업의 缺格事由規定(제19조의2) 등에 비추어 職業安定및雇傭促進에 관한法律 제10조 제2항의 內在的인 委任의 範圍나 限界를 確定할 수 있고, 한편 有料職業紹介事業의 許可는 禁止된 營業의 自由를 回復해 주는 것이고, 有料職業紹介事業의 許可基準을 미리 法律로 상세하게 정하기는 立法技術上 매우 어렵다고 할 것이므로 職業安定및雇傭促進에 관한法律 제10조 제2항에서 더욱 더 具體的으로 許可基準을 정하지 아니하였다고하여 包括委任에 해당한다고 할 수 없다.

재판관 김진우, 황도연, 이재화, 조승형의 反對意見

3. 가. 立法委任의 경우, 법률이 어느 정도의 具體性·明確性을 가져야 法規命令의 基本的 輪廓을 정하고 있는 것으로 볼 것인가의 문제는 일률적으로 확정하기는 어렵지만, 基本權侵害의 入口법의 경우에는 給付行政領域에서 보다는 明確性·具體性이 강하게 요구되고, 多樣한 事實關係를 規律하거나 事實關係가 수시로 變化될 것이 豫想되는 분야에서는 다른 분야에 비하여 相對的으로 立法委任

의 明確性·具體性이 完化된다고 할 것이다.

나. 職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조 제2항은 基本權侵害 領域을 規律하면서, 間接的으로 刑事處罰을 위한 構成要件을 定하는 規定으로서의 性格을 가지므로, 그에 관한 立法의 委任은 明確性·具體性의 要件이 嚴格히 갖추어진 경우에 한하여 憲法的으로 許容된다고 할 것인데, 그 法文만으로는 유료직업소개업에 관한 國民의 職業선택의 자유가 어느 정도 制限될 것인지를 전혀 豫測할 수 없고, 그 내용을 豫測할 수 있는 解釋理論이 判例를 통하여 쌓여 있지도 아니하며, 職業安定및雇傭促進에관한法律의 關聯 法律條項 全體를 有機的·體系의으로 살펴봐도 國民이 職業소개업의 허가에 관한 要件의 基本的 輪廓을 이끌어 낼 수 없으므로, 職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조 제2항은 立法委任에 있어서 必要的 要件을 충족시키지 못한다고 할 것이다.

청 구 인 ○○코뮤니케이션 주식회사 외 6인
 청구인들 대리인 변호사 장 덕 순 외 2인
관련사건 서울형사지방법원 92고단2411 직업안정및고용촉
 진에관한법률위반

【심판대상조문】

職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조 제1항, 제2항(유료직업 소개사업)

① 유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 허가의 종류 요건 대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③~④ 생략

【참조 조문】

憲法 제15조, 제32조 제1항, 제37조, 제75조, 제106조

직업안정및고용촉진에관한법률 제1조(목적)

이 법은 근로자의 능력에 적응한 직업에 취업할 기회를 부여함으로써 공업 기타 사업에 필요한 노동력을 충족시켜 직업안정 및 고용촉진을 도모하고 국민경제발전에 기여함을 목적으로 한다.

직업안정및고용촉진에관한법률 제11조(겸업금지)

음식점영업·숙박업·고물상·전당포·대금업·환금업 기타 대통령령으로 정하는 영업을 하는 자는 직업소개사업 또는 노동자공급사업의 허가를 받거나 직업정보제공사업의 등록을 할 수 없다.

직업안정 및 고용촉진에 관한법률 제19조의2(결격사유)

1. 금치산자, 한정치산자 또는 파산자로서 부권되지 아니한 자
2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
3. 제19조의 규정에 의하여 당해 사업의 허가가 취소된 후 3년이 경과되지 아니한 자
4. 법인으로서 그 임원 중 제1호 내지 제3호의 1에 해당하는 자가 있는 법인
5. 이 법에 의하여 벌금 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자

【참조 판례】

2. 1996. 8. 29 선고, 94헌마113결정
1995. 2. 23 선고, 93헌가1결정
1993. 11. 25 선고, 92헌마87결정
1989. 11. 20 선고, 89헌가102결정
3. 1991. 2. 11. 선고, 90헌가27 결정
1991. 7. 8. 선고, 91헌가4 결정
1994. 7. 29. 선고, 92헌마49, 52(병합) 결정
1995. 7. 21. 선고, 94헌마125 결정
1995. 11. 30. 선고, 94헌마40, 95헌마13 (병합) 결정

【주 문】

구 직업안정및고용촉진에관한법률 (1967.3.30. 법률 제 1952호로 제정

되고 1989.6.16. 법률 제4135호로 최종개정된 것) 제10조 제1항, 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 노동부장관의 허가를 받지 않고 유료직업소개사업을 하였다는 공소사실과 구 직업안정및고용촉진에관한법률(1967. 3. 30. 법률 제1952호로 제정되고, 1989. 6. 16. 법률 제4135호로 최종개정된 것, 이하 "직업안정법" 이라고 한다) 제30조, 제10조 제1항을 적용 법조로 각 기소되어 그 사건(92고단2411)이 서울형사지방법원에 계속중 위 법률 제10조 제1항, 제2항에 대하여 위헌제청신청을 하였으나(92초5384) 1993. 4. 26. 기각되자, 같은 해 5. 6. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 직업안정및고용촉진에관한법률 제10조 제1항, 제2항이고 그 내용은 다음과 같다.

제10조(유료직업소개사업) ①유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다.

②제1항의 규정에 의한 허가의 종류,요건,대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

직업안정법 제10조 제1항은 "유료직업소개사업을 하고자 하는 자

는 노동부장관의 허가를 받아야 한다."고 규정하고 제2항은 "제1항의 규정에 의한 허가의 종류·요건·대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다."고 규정하고 있다. 그러나 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"고 규정하고 있는 바, 직업안정법은 제10조 제1항에서 유료직업소개사업에 대한 허가제를 실시하여 국민의 기본권인 직업선택의 자유에 대한 중대한 제한을 가하면 서도 허가여부에 관한 구체적인 내용이나 한계의 설정을 예측할 수 있는 어떠한 기준도 법률에 전혀 제시하지 않은채 법 제10조 제2항에서 허가의 종류, 요건, 대상 기타 일체사항을 대통령령에 포괄위임한 것은 위임입법의 한계를 벗어난 위헌법률이고 또한 직업안정법 제10조 제1항, 제2항은 헌법 제15조가 보호하고 있는 직업선택의 자유를 침해하여 위헌이다.

나. 법원의 위헌제청기각이유

직업소개사업은 직업안정 및 고용촉진을 도모하고 필요한 노동력을 충족시켜 경제발전에 기여하는 공익적 목적을 위한 것이긴 하나, 한편으로는 근로자의 안전 및 보건상의 위험, 근로조건의 저하, 공중도덕상 해로운 직종에의 유입, 미성년자에 대한 착취, 근로자의 피해, 인권침해 등의 부작용 또한 초래될 가능성이 있다. 따라서 직업소개사업에 대한 일정한 제한은 공공복리를 위하여 필요하다 할 것이므로 직업소개사업을 허가제로 한 직업안정법 제10조 제1항은 헌법상의 직업선택의 자유를 침해한 것이라고 볼 수 없

다.

또한 현대산업사회의 발전과 변화에 따라서 지역별, 직종별 특성 및 인력수급상황 등이 수시로 변할 수도 있고 직업소개사업에 따른 여러가지 특수성과 복잡성을 고려하면 유료직업소개사업의 허가제에 따른 종류, 요건, 대상, 기타 필요한 사항을 법률에서 규정하지 않고 대통령령에 위임하였다 하여 위임입법의 한계를 벗어난 것이라 할 수 없다. 또한 노동부장관의 허가를 받아야 한다고 규정한 것만으로도 명확하고 구체적으로 기본권 제한의 법률유보를 하고 있는 것으로 보이고, 대통령령에 위임한 사항은 허가신청의 절차, 허가기준, 허가종류 등으로 추가적인 기본권제한의 효과를 초래하는 것이 아닌 부수적이고 절차적 사항만을 위임하고 있다고 할 것이다. 따라서 직업안정법 제10조 제2항은 위임입법의 한계를 벗어난 것이 아니다.

그리고 이 사건 법률조항 중 제10조 제2항은 본안사건과 무관한 조항으로서 재판의 전제성이 없어 위헌여부심판제청의 요건에도 맞지 않는다.

다. 노동부장관의 의견

대체로 법원의 위 위헌제청기각결정의 이유와 같은 의견이며, 추가된 부분은 다음과 같다.

직업안정법은 헌법 제32조 제1항의 "국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용...에 노력하여야 하며" 라는 국가의 고용증진 의무규정에 기하여 제정된 것이다. 직업소개업무는 단순한 구인·구직자의 고용계약 알선에만 그치는 것이 아니라 구직자의 직업능력 평가, 직업지도, 직업훈련을 받을 수 있도록 해야 하며, 적당한

직업에 소개할 수 없는 등의 경우 다른 지역에 있는 직업안정기관에 알선을 의뢰해야 한다. 또한 영리를 목적으로 직업소개할 경우 중간착취 및 인권침해의 가능성이 높을 뿐 아니라 약취·유인 및 인신매매 등 범죄와 연계될 수 있다. 이런 이유로 직업안정기관은 전국적 체계로 운영되어야 하며 정부 등의 공공기관이 주체가 되어 무료로 운영되어야 하는 것이다. 이러한 기본원칙에 따라 위 법률은 유료직업사업에 대하여 여러가지 제한규정을 두고 있는 것이다.

외국의 입법례를 보더라도 일본, 독일, 이탈리아 등 대부분의 국가에서는 정부 등 공공기관이 주체가 되어 있고, 영리를 목적으로 하는 유료직업소개소는 특별한 경우에 한하여 예외적으로 인정되고 있다.

3. 판단

가. 재판의 전제성에 관한 판단

법원과 노동부장관은 이 사건 법률조항 중 제10조 제2항은 재판의 전제가 되지 않는다고 주장하므로 그 점에 관하여 본다.

위에서 본바와 같이 청구인들에 대한 공소장에는 적용법조로 직업안정법 제10조 제1항만 기재되어 있고 제10조 제2항은 기재되어 있지 아니 하나, 청구인들은 제10조 제1항이 헌법에 위반된다는 중요한 이유로서 제10조 제2항에서 허가요건을 법률로 규정하지 않고 대통령령에 위임을 하고 있는 것이 위임입법의 한계를 벗어나 위헌이라고 주장하고 있으므로 이 사건에서 제10조 제1항의 위헌 여부는 제10조 제2항의 위헌 여부와 불가분적인 관계에 있다고 할 것이므로 제10조 제2항도 재판의 전제성이 있다고 할 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 직업안정법 제10조 제1항의 유료직업소개사업의 허가제도와 직업선택의 자유 침해 여부

(가) 헌법 제15조는 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다고 규정하여 직업선택의 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 직업선택의 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 직업안정법 제10조 제1항에서는 유료직업소개업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하여 허가를 받지 않고서는 유료직업소개업을 자유로이 할 수 없도록 제한을 하고 있는 바, 유료직업소개업도 헌법 제15조에서 보장하는 직업에 해당한다고 할 것이므로 유료직업소개업에 대한 제한이 헌법 제37조 제2항에서 정한 과잉금지의 원칙에 위배되는 것인가의 점에 관하여 살펴보기로 한다.

(나) 헌법 제32조 제1항은 "국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정 임금의 보장에 노력하여야 하며..."라고 규정하여 국가의 고용증진의무를 규정하고 있고, 이에 따라 제정된 직업안정법은 제1조(목적)에서 "이 법은 근로자의 능력에 적응한 직업에 취업할 기회를 부여함으로써 공업 기타 산업에 필요한

노동력을 충족시켜 직업안정 및 고용촉진을 도모하고 국민경제 발전에 기여함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있다.

이와 같이 근로자의 고용증진을 위한 직업소개업무는 단순한 구인·구직자의 고용계약 알선에만 그치는 것이 아니라 필요에 따라서는 구직자의 직업능력을 평가하고, 직업지도·직업훈련 알선 등의 수단으로 산업계에 필요한 인력을 적재적소에 배치되게 함으로써 완전고용의 달성·유지와 국가 인력자원의 개발·이용을 통한 국민경제발전의 한 수단이 된다.

또한 적당한 직업에 소개할 수 없거나 원하는 근로자를 소개할 수 없을 때는 다른 지역에 있는 직업소개기관에 알선을 의뢰하여야 하므로 직업소개업은 전국적 체계로서 운영될 필요성이 있다.

이러한 직업소개업을 자유로이 할 수 있도록 맡겨둘 경우 중간착취 및 인권침해의 가능성이 높을 뿐 아니라 약취·유인 및 인신매매 등 범죄와 연계될 수 있으므로 대부분의 국가에서는 정부 등 공공기관이 주체가 되어 무료로 직업소개를 하고 있고 영리를 목적으로 하는 유료직업소개사업은 특별한 경우에 한하여 예외적으로 허용하면서 국가의 엄격한 감독을 받게 하고 있는 것이다.

이와같이 직업소개사업이 국가경제에 미치는 중요성, 영리목적의 유료직업소개사업의 폐해 등을 고려하여 직업안정법도 직업소개업무를 원칙적으로 정부가 행하도록 하면서(제2조) 유료직업소개사업은 노동부장관의 허가를 받도록 하고(제10조제1항), 일정한 업에 종사하는 자의 직업소개사업의 겸업을 금지하고(제11조), 직업소개사업의 결격사유를 규정(제19조의2)하는 한편, 유료직업소개업자는 장부, 대장 등 필요한 서류를 비치하도록 하고(제20조), 필요한

경우에는 정부는 보고를 명하고 검사를 하여 감독을 하고(제25조), 유료직업소개사업의 소개요금은 노동부장관이 결정(제10조 제3항, 제4항)하는 등 폐해를 방지하기 위한 장치를 마련하고 있다.

이와같이 직업소개업은 그 성질상 사인이 영리목적으로 운영할 경우 근로자의 안전 및 보건상의 위험, 근로조건 저하, 공중도덕상 해로운 직종에의 유입, 미성년자에 대한 착취, 근로자의 피해, 인권침해 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성이 매우 크므로 유료직업소개사업은 노동부장관의 허가를 받아야만 할 수 있도록 제한하는 것은 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 합리적인 제한이라고 할 것이고 그것이 직업선택자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(2) 포괄위임 여부

(가) 헌법 제75조에서는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항...에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"고 규정하여 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 "법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항"으로 한정함으로써 일반적이고 포괄적인 위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있다. 이는 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 하고 있는 우리 헌법하에서 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행해야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는

안되기 때문이다[1995. 7. 21. 선고, 94헌마125 결정; 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1 등 결정(병합); 1995. 11. 30. 선고, 94헌바40, 95헌바13 결정(병합) 참조].

그런데 직업안정법 제10조 제1항은 유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하여 허가를 받지 않고서는 유료직업소개사업을 할 수 없도록 직업선택의 자유를 제한하면서 허가의 기준을 법률로 직접 정하지 않고 같은 법 제10조 제2항에서 허가의 종류, 요건, 대상 기타 허가에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 바, 같은 법 제10조 제2항의 위임이 일반적, 포괄적 위임으로서 헌법 제75조에 위반하는지 여부에 관하여 본다.

(나) 이 사건 유료직업소개사업의 허가과 같은 이른바 경찰허가는 법령에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있도록 해 주는 행정행위로서 허가의 기준이 법령에 정하여진 경우에는 그 허가여부는 기속행위에 속하는 것이지만 허가기준이 법령에 정하여지지 않은 경우에는 그 허가는 허가관청이 허가 여부를 합목적적으로 판단하여 행하는 재량행위라고 할 것이다. 따라서 이 사건 유료직업소개사업의 허가도 법령에 허가기준에 관하여 특별한 규정이 없는 경우에는 허가관청인 노동부장관의 재량에 속하는 것이고 또한 그 허가는 법률에 의하여 금지된 영업의 자유를 회복하는 것으로서 허가를 받아야만 영업을 할 수 있도록 하여 영업의 자유를 제한하는 것과는 근본적으로 성질을 달리하므로 허가의 기준은 반드시 법률로써 정하여야 하는 사항은 아니라고 할 것이나, 허가에 관한 업무의 통일성, 허가

관청의 재량권 남용방지 등을 위하여 허가의 기준을 설정하고 그 기준에 따라 허가업무를 수행하는 것이 바람직하여 직업안정법 제10조 제1항에서 유료직업소개업을 하려면 허가를 받도록 하여 영업의 자유를 제한하면서 그 제2항에서는 허가의 종류, 요건 등 허가기준을 대통령령으로 정하여 허가를 허가기준에 따라 기속행위로 하도록 한 것이므로 위 제10조 제2항을 헌법 제75조가 금지하는 포괄위임에 해당한다고 할 수 없다.

(다) 그리고 위임조항인 같은 법 제10조 제2항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다[헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 93헌가12 결정; 1995. 11. 30. 선고, 94헌바40, 95헌바13 결정(병합) 참조].

그런데 직업안정법의 전반적 체계와 일정한 업에 종사하는 자의 직업소개사업의 겸업금지규정(제11조), 직업소개사업의 결격사유규정(제19조의2) 등에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 확정할 수 있고, 한편 위에서 본 바와 같이 허가는 금지된 영업의 자유를 회복해 주는 것이고, 유료직업소개업의 허가기준을 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 더욱 더 구체적으로 허가기준을 정하지 아니하였다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수도 없다.

(3) 결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문

과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김진우, 황도연, 이재화, 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

4. 재판관 김진우, 황도연, 이재화, 조승형의 반대의견

우리는 다음과 같은 이유로 직업안정법 제10조 제1항이 합헌이라는 점에는 다수의견과 견해를 같이 하나 같은조 제2항은 다음과 같은 이유로 인하여 포괄위임금지에 저촉되어 위헌이라고 판단하여 다수의견에 반대한다.

가. 입법위임의 한계

(1) 우리 헌법은 제75조에서 '대통령은 법률에 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.'라고 규정하여, 입법권을 대통령령에 위임할 수 있는 가능성을 열어 놓음으로써 국회가 제정하는 법률에 의하여 모든 사항을 규율할 수는 없는 현실적 어려움을 반영하고 있다. 한편, 헌법은 같은 규정에서 "법률에 구체적으로 범위를" 정할 것을 요구함으로써 입법위임이 민주주의, 권력분립주의 및 법치주의의 원칙이 손상되지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 입법위임의 한계를 설정하고 있다. 따라서 입법을 위임할 경우에는 국민이 장래 정립될 법규명령의 구체적 내용을 정확하게 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 법규명령의 기본적 윤곽은 예견할 수 있도록 기본적인 사항들이 법률에서 규정되어야 한다(헌법재판소 1993. 5. 13 선고, 92헌마80 결정 참조).

(2) 입법위임의 경우, 법률이 어느 정도의 구체성·명확성을 가져야 법규명령의 기본적 윤곽을 정하고 있는 것으로 볼 것인가의

문제는 일률적으로 확정하기는 어렵지만, 기본권침해적인 입법의 경우에는 급부행정영역에서 보다는 명확성·구체성이 강하게 요구되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 분야에서는 다른 분야에 비하여 상대적으로 입법위임의 명확성·구체성이 완화된다고 할 것이다. 그러므로, 기본권을 제한하는 경우, 특히 형벌조항을 정하는 경우에는 위임의 명확성·구체성이 엄격히 요구된다고 보아야 한다(헌법재판소 1991. 2. 11. 선고, 90헌가27 결정 ; 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4 결정 ; 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49·52(병합) 결정 참조).

(3) 한편, 입법위임에서의 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[헌법재판소 1994. 6. 30 선고, 93헌가15(병합) 결정 ; 1994. 7. 29 선고, 93헌가12 결정 등 참조].

나. 직업안정법 제10조 제2항의 위헌성

(1) 유료직업소개업의 허가제에 관하여 규율하고 있는 직업안정법 제10조 제2항은 헌법 제15조에 의하여 보장되는 직업선택의 자유를 규율하는 규정임은 의문의 여지가 없다. 그런데 다수의견은 허가의 기준이 법령에 정하여진 경우에는 그 허가여부는 기속행위에 속하는 것이지만 허가기준이 법령에 정하여지지 않은 경우에는 그 허가는 허가관청이 허가여부를 합목적적으로 판단하여 행하는

재량행위이며, 직업안정법 제10조 제2항은 영업의 자유를 제한하는 것이 아니라 금지된 영업의 자유를 회복시켜 주는 것이어서 허가의 기준을 반드시 법률로 정하여야 하는 것은 아니라고 주장한다. 그러나 만일 다수의견과 같이 허가의 법적 성질을 이해한다면 허가제를 도입하는 경우에는 어느 경우에도 입법자가 굳이 법률로 허가요건의 대강을 정할 헌법적 필요가 없다는 것이 된다. 그러나 이는 기본권제한은 국민에 의하여 민주적으로 정당화된 국민의 대표기관인 국회가 제정하는 법률로써 하여야 한다는 헌법 제37조 제2항의 법률유보제도의 근본적 취지와 배치된다. 왜냐하면 다수의견에 따를 때 허가제는 국민의 기본권적 자유에 대한 제한을 의미함에도 불구하고 그 자유가 어떠한 요건하에서 어떻게 제한되는지, 다시 말하면 어떠한 요건하에서 어떻게 그 자유행사의 금지가 해제될 수 있는지 여부를 전적으로 입법자가 아닌 행정청이 정할 수 있다는 것이 되기 때문이다. 허가제를 통하여 자유가 일반적으로 금지되느냐 여부만이 아니라, 자유행사의 일반적 금지에 대한 개별적 해제요건인 허가요건이 자유행사의 금지와 표리관계에 있는 것인만큼 허가의 요건도 기본권제한의 문제와 관련하여 중대한 의미를 갖는다. 따라서 입법자가 스스로 허가요건을 법률로써 규율하거나 부득이 하위법령에 그 구체적 규율을 위임하는 경우에는 그 대강의 요건이라도 법률로써 정하여야 하는 것이다. 그러므로 다수의견의 주장은 직업안정법 제10조가 직업소개업의 국가독점제에 대한 예외를 설정하는 경우, 즉 국민에게 자유를 회복시켜 주는 것이 아니라, 권리를 창설해 주는 경우에만 가능한 해석이라고 할 것이다.

그러나 직업소개업의 본질상 국가가 이를 독점적으로 영위하여

야 한다는 추론이 필연적으로 도출되는 것도 아니며, 직업안정법 전체를 살펴봐도 직업안정법이 직업소개업을 국가가 원칙적으로 독점하고 한정된 분야에서만 사인에 의한 직업소개업의 영위를 예외적으로 허용하는 방식을 취하고 있다는 해석은 가능하지 않다. 오히려 국가는 국가 자체의 직업소개(제2조)와 사인의 직업소개업(제10조)의 이원체제를 통하여 헌법 제32조 제1항에 규정되어 있는 근로자의 고용증진의무를 이행하려 하고 있다고 볼 수 있는 여지가 많으며, 직업소개업 분야의 실태도 이러한 해석을 뒷받침한다. 따라서 직업안정법 제10조가 직업선택의 자유에 대한 '허가'를 규율함으로써 외형상으로는 국민의 자유를 회복시켜 주는 형식을 취하고 있으나, 이 때의 '허가'는 국민이 원래 향유하지 못하던 권리를 부여하는 것이 아니라, 그 성질상 이미 기본권으로 원래 자유로운 행위로 보장되던 것을 법률로 일반적으로 금지시킨 뒤 그 금지를 전제로 일정한 경우에 일정한 국민들에게 해제하여 적법하게 다시 자유를 향유할 수 있게 해주는 행정행위를 의미한다. 그러므로, 직업안정법 제10조 제2항이 혜택을 부여하는 것과 같은 외형을 취하였다고 하더라도, 이로 인하여 위 법조항이 기본권침해영역을 규율하고 있다는 성격이 소멸되는 것은 아니다. 또한 직업안정법 제30조는 직업안정법 제10조 제2항에 의한 허가를 얻지 아니하고 직업소개를 한 자는 5년이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 바, 동 조항은 간접적으로 범죄구성요건을 규정하는 것이다.

그렇다면, 직업안정법 제10조 제2항은 기본권침해영역을 규율하면서, 간접적으로 형사처벌을 위한 구성요건을 정하는 규정으로서

의 성격을 가진다고 할 것이므로, 그에 관한 입법의 위임은 명확성·구체성의 요건이 엄격히 갖춰진 경우에 한하여 헌법적으로 허용된다고 할 것이다.

(2) 직업안정법 제10조 제2항이 위와 같은 위임입법의 요건을 충족시키고 있는 여부를 살펴본다.

① 직업안정법 제10조는 제1항에서 "유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다."라고 규정한 뒤, 제2항에서 "제1항의 규정에 의한 허가의 종류·요건·대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다."라고 규정하여, 유료직업소개사업의 허가요건 전부를 대통령령에 위임하고 있다.

② 사인이 경쟁적으로 유료직업소개업을 영위할 경우 직업을 희망하는 자와 인력이 필요한 고용자 사이의 연결이 보다 원활해짐으로써 고용이 촉진되는 반면에 다수의견이 염려하는 바와 같이 공중도덕상 해로운 직종에 근로자가 유입된다든가, 근로자, 특히 미성년근로자에 대한 착취나 인신매매 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성도 있어서 그에 대한 규제가 필요하리라는 것은 충분히 인정할 수 있다. 그러나 직업안정법 제10조 제2항의 위와 같은 법문만으로는 유료직업소개업에 관한 국민의 직업선택의 자유가 어느 정도 제한될 것인지, 즉 어떠한 경우에 허가가 이루어질 것인지를 전혀 예측할 수 없다고 판단된다. 더구나 직업안정법 제10조 제2항의 내용을 예측할 수 있는 해석이론이 판례를 통하여 쌓여 있지도 않다.

③ 한편, 직업안정법은 제19조의2에서 유료직업소개사업을 포함한 모든 직업소개사업 및 근로자공급사업의 허가나 등록에 대한 결

격사유를 규정함으로써, 직업안정법 제10조 제2항에 대하여 어느 정도의 명확·구체화를 시도하고 있다. 그러나 직업안정법 제19조의2는 그 결격사유로 '1. 금치산자, 한정치산자 또는 파산자로서 복권되지 아니한 자, 2. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 3. 직업안정법 제19조에 의하여 당해 사업의 허가가 취소된 후 3년이 경과되지 아니한 자, 4. 법인으로서 그 임원중 제1호 내지 제3호에 해당하는 자가 있는 법인, 5. 직업안정법에 의하여 벌금 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자'라고 규정하여, 허가요건 중 자격기준에 대한 매우 소극적인 제한사유만을 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 직업안정법 제19조의2의 규정을, 그 규정에 열거되지 아니한 자들에게는 특별한 사정이 없는 한 유료직업소개사업의 허가가 부여된다는 취지로 해석하여, 직업안정법 제10조 제2항의 해석기준으로 볼 수는 없다. 그러므로 직업안정법 제19조의2은 직업안정법 제10조 제2항에 예측가능성을 부여하지 못한다고 판단된다.

실제로 직업안정법 제10조 제2항에 의하여 제정된 직업안정법 시행령(1989. 10. 17. 대통령령 제12821호로 최종개정된 것)이 유료직업소개업에 대한 허가요건을 매우 엄격하게 규정하고 있는데, 유료직업소개사업에 관하여 그와 같이 엄격한 요건이 부과될 것이라는 것을 국민들이 직업안정법 제10조 제2항이나 직업안정법 제19조의2로부터 미리 예측한다는 것은 거의 기대할 수 없다고 할 것이다.

④ 직업안정법상의 다른 법률조항들을 종합적으로 고려하여 살펴봐도 직업안정법 제10조 제2항이 입법위임의 범위를 구체적으

로 정하였다고 인정하기는 어렵다.

먼저 입법목적을 정하고 있는 직업안정법 제1조를 살펴보면, 동법 제10조 제2항의 의미를 확인할 수 없다. 직업안정법 제1조는 입법목적으로서 "이 법은 근로자의 능력에 적응한 직업에 취업할 기회를 부여함으로써 공업 기타 산업에 필요한 노동력을 충족시켜 직업안정 및 고용촉진을 도모하고 국민경제발전에 기여함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정으로부터는 구직자들을 능력에 맞는 직장에 취업시키는 것을 적극 장려하겠다는 입법의지 정도만을 엿볼 수 있을 뿐, 유료직업소개사업의 허가요건에 관한 대강의 윤곽을 이끌어 낼 해석의 단서를 찾기는 어렵다. 그밖에 직업안정법 제10조 제2항에 관련된 유료직업소개사업의 허가요건 등을 해석하는데 참고될만한 기타 다른 법률조항을 찾아보기는 어렵다.

(3) 그렇다면 직업안정법 제10조 제2항 자체는 물론 직업안정법상의 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴봐도 국민이 직업소개업의 허가에 관한 요건의 기본적 윤곽을 이끌어 낼 수 없으며, 따라서 직업안정법 제10조 제2항은 입법위임에 있어서 필요한 요건을 충족시키지 못한다고 할 것이다.

다. 결론

그러므로 직업안정법 제10조 제2항은 입법위임의 한계를 벗어난 법률조항으로서 헌법 제75조의 규정에 위반되어 위헌이라고 할 것이고, 따라서 위 법률조항이 합헌이라는 다수의견에 반대한다.

1996. 10. 31.

재판장
주 심

재판관 김용준
재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

군사법원법 제6조 등 위헌소원

(1996. 10. 31. 93헌바25 전원재판부)

[판례집 8권2집, 443~456]

【관시 사항】

구 군사법원법(1994.1.5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제6조, 제7조, 제23조, 제24조, 제25조의 위헌여부

【결정 요지】

1. 구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군 참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.
2. 헌법이 군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있고, 구 군사법원법 제21조 제1항은 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는 바, 이러한 사정을 감안하면 구 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다는 사유만으로 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것)제7조(군사법원관할관)

① 군사법원에 관할관을 둔다.

② 고등군사법원의 관할관은 국방부장관 및 각 군 참모총장으로 한다.

③ 보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관·장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만, 국방부본부 보통군사법원의 관할관은 국방부본부 고등군사법원의 관할관이, 각군본부 보통군사법원의 관할관은 당해 각군본부 고등군사법원의 관할관이 각각 겸임한다.

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것)제23조(군판사의 임명)

① 군판사는 각군참모총장이 소속 군법무관중에서 임명한다. 다만, 국방부본부 및 국방부직할통합부대의 군판사는 국방부장관이 소속 군법무관중에서 임명한다.

② 국방부장관은 제1항 본문의 규정에 불구하고 각군참모총장의 의견을 들어 각 군소속 군법무관중에서 국방부 및 각군의 군판사를 임명할 수 있다.

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것)제24조(심판관의 임명과 자격)

① 심판관은 다음 각호의 자격을 갖춘 장교중에서 관할관이 임명한다.

1. 법에 관한 소양이 있는 자

2. 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 자

② 관할관의 부하가 아닌 장교를 심판관으로 할 때에는 참모총장이 임명한다.

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것)제25조(재판관의 지정)

재판관은 관할관이 지정한다.

【참조 조문】

헌법 제101조, 제110조

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제21조(재판관의 독립)

① 군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

② 재판관·검찰관 및 변호인은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계 기타 어떠한 불이익한 처분도 받지 아니한다.

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제22조(군사법원의 구성)

① 보통군사법원은 재판관 3인 또는 5인으로써 구성한다.

② 고등군사법원은 재판관 5인으로써 구성한다.

③ 재판관은 군판사와 심판관으로써 하고, 재판장은 선임재판관이 된다.

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제23조(군판사의 임명)

① 군판사는 각군참모총장이 소속 군법무관 중에서 임명한다. 다만 국방부본부 및 국방부직할통하부대의 군판사는 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다.

② 국방부장관은 제1항 본문의 규정에 불구하고 각군참모총장의 의견을 들어 각군소속 군법무관 중에서 국방부 및 각군의 군판사를 임명할 수 있다.

군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제238조(구속)

① 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제110조 제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검찰관은 관할관의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고, 군사법경찰관은 검찰관에게 신청하여 관할관의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. 다만, 5만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 범죄에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우에 한한다.

② 구속영장의 신청에는 구속의 필요를 인정할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.

③ 검찰관으로부터 신청을 받은 관할관은 상당하다고 인정할 때에는 구속영장을 발부한다. 그 신청을 기각할 때에는 신청서에 그 취지를 기재하여 신청한 검찰관에게 교부한다.

④ 관할관은 구속영장을 발부하거나 신청을 기각함에 있어서 군판사의 의견을 물어야 한다.

⑤ 검찰관이 제1항의 신청을 함에 있어서 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 구속영장을 신청하거나 발부받은 사실이 있을 때에는 다시 구속영장을 신청하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다.

군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제379조(판결에 대한 관할관의 확인조취)

① 판결은 관할관이 확인하여야 하며 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 그 형이 부당하다고 인정할 만한 사유가 있는 때에는 그 형을 강경 또는 형의 집행을 면제할 수 있다.

②~③ 생략

군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제535조(관할관의 확인)

① 제534조의 재판을 집행함에는 당해 군사법원관

할관의 확인을 받아야 한다.

② 제1항의 확인은 당해 소송기록을 심사하여 행하되, 그 양형이 부당하다고 인정할 만한 사유가 있는 경우에는 그 형을 감경 또는 형의 집행을 면제할 수 있다.

【주 문】

구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제6조, 제7조, 제23조, 제24조 및 제25조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 육군 보병 제7사단 의무대 보급계에 근무하는 육군상등병(군번91- 〇〇〇〇)으로서 1993. 4. 17. 육군보병제7사단보통군사법원에 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 기소되었다. 청구인은 위 사건(위 군사법원 93고6호)이 위 군사법원에 계속 중 같은 해 5. 25. 위 군사법원에 구 군사법원법(법률 제3993호, 1994. 1. 5. 법률 제4704호로 개정되기 전의 것) 제6조, 제7조, 제23조, 제24조, 제25조가 헌법에 위반된다고 주장하여 위 헌여부심판의 제청을 신청하였으나 위 군사법원은 1993. 6. 14. 위 신청을 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 같은 해 6. 18. 그 결정정보를 송달받고 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판은 구 군사법원법 제6조, 제7조, 제23조, 제24조, 제

25조의 위헌여부로서 그 규정내용은 다음과 같다.

제6조(군사법원의 설치)

- ①고등군사법원은 국방부분부 및 각군본부에 설치한다.
- ②보통군사법원은 국방부분부 및 국방부직할통합부대와 각군본부 및 예하부대중 편제상 장관급장교가 지휘하는 부대(수사기관을 제외한다)에 설치한다.
- ③국방부장관은 필요한 때에는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 군사법원의 설치를 보류할 수 있으며 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 즈음하여 편성된 부대에 보통군사법원을 설치할 수 있다.

제7조(군사법원관할관)

- ①군사법원에 관할관을 둔다.
- ②고등군사법원의 관할관은 국방부장관 및 각 군 참모총장으로 한다.
- ③보통군사법원의 관할관은 그 설치되는 부대와 지역의 사령관·장 또는 책임지휘관으로 한다. 다만, 국방부분부 보통군사법원의 관할관은 국방부분부 고등군사법원의 관할관이, 각군본부 보통군사법원의 관할관은 당해 각군본부 고등군사법원의 관할관이 각각 겸임한다.

제23조(군판사의 임명)

- ①군판사는 각군참모총장이 소속 군법무관중에서 임명한다. 다만, 국방부분부 및 국방부직할통합부대의 군판사는 국방부장관이 소속 군법무관중에서 임명한다.
- ②국방부장관은 제1항 본문의 규정에 불구하고 각군참모총장의 의견을 들어 각 군소속 군법무관중에서 국방부 및 각군의 군판사를 임명할 수 있다.

제24조(심판관의 임명과 자격)

① 심판관은 다음 각호의 자격을 갖춘 장교중에서 관할관이 임명한다.

1. 법에 관한 소양이 있는 자
2. 재판관으로서의 인격과 학식이 충분한 자

② 관할관의 부하가 아닌 장교를 심판관으로 할 때에는 참모총장이 임명한다.

제25조(재판관의 지정) 재판관은 관할관이 지정한다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 구 군사법원법 제6조의 위헌성

첫째, 헌법 제101조 제1항은 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 규정하고 같은 조 제2항은 법원은 최고법원인 대법원과 각급 법원으로 조직된다고 규정하고 있으므로 군사법원 등 특별법원을 포함한 모든 법원은 대법원을 정점으로 하는 사법부에 설치하여야 함에도 불구하고 군사법원법 제6조가 군사법원을 행정부인 국방부 본부와 그 예하 군부대(이하 군부대 등이라 한다)에 설치하도록 규정하고 있는 것은 삼권분립의 원칙에 어긋나고 사법권의 독립을 침해하는 것이다. 둘째, 헌법 제110조 제1항은 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다고 규정하고 같은 조 제3항은 군사법원의 조직 권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다고 규정하고는 있으나 그 밖에 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 구체적이고 명시적인 위임이 없으므로, 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 규정한 군사법원법 제6조는 삼권분립의 원칙 및 정당한 재판을 받을 권리의 보장 등 헌법정신에 비추어 위임입법의

한계를 일탈한 자의적 입법에 해당한다. 셋째, 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하여 법관이 아닌 군장교가 그 재판관이 되어 군사재판을 하도록 하고 있는 것은 헌법 제27조 제1항의 국민의 재판청구권을 본질적으로 침해하고 헌법 제11조의 평등의 원칙에 반하는 것이다.

(2) 구 군사법원법 제7조, 제23조, 제24조 및 제25조의 위헌성

첫째, 군검찰관에 대한 임명·지휘·감독권을 가지고 있는 국방부장관, 각 군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 가지며(군사법원법 제38조, 제39조, 제40조, 제41조), 군검찰사무를 통합·관장하는 관할관이 군사법원의 행정사무도 관장하며(군사법원법 제8조), 검찰권의 주체적 지휘·감독자인 관할관이 구속영장의 발부권과 판결에 대한 확인권을 갖도록 규정하고 있는 것은(군사법원법 제238조, 제379조 제1항, 제535조) 권력분립주의와 사법권 독립의 원칙에 위반된다. 둘째, 재판관은 물적 독립과 인적 독립이 보장되어야 하는 데도 위 심판대상조항들은 군 지휘관인 관할관으로 하여금 검찰권과 사법권을 겸유하도록 규정하여 재판관의 독립을 해치는 것이다. 셋째, 위 심판대상조항들은 관할관에게 검찰권과 사법권을 집중시켜 군 사법운영의 공정성이 전적으로 지휘관의 개인적 양식에 맡겨지도록 규정하고 있어 법적안정성, 예측가능성을 해쳐 죄형법정주의와 평등의 원칙에 반한다. 넷째, 위 심판대상조항들은 이른바 지휘관 사법(指揮官 司法)을 규정한 것으로서 지휘관의 권력의 집중에 의한 권력의 남용 가능성으로 인하여 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 등은 물론 최소한의 정신적 자유마저 본질

적으로 침해하고 있다.

나. 법무부장관의 의견

구 군사법원법 제6조는 헌법 제110조 제1항, 제3항에 근거하여 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 규정한 것으로서 합헌이다. 또 같은 법 제7조, 제23조 내지 제25조는 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있도록 허용한 위 헌법조항에 근거하여 군의 특수성을 고려하고 특별권력관계가 원활히 기능하도록 하기 위하여 군인 군무원의 재판청구권을 합리적으로 일부 제한하고자 한 취지에 따른 것으로서 역시 합헌이다.

3. 판 단

가. 헌법상 군사법원의 설치근거

헌법 제101조는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하고(제1항) 법원은 최고법원인 대법원과 각급 법원으로 조직되며(제2항) 법관의 자격은 법률로 정한다(제3항)고 규정하고 헌법 제102조 제3항은 대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다고 규정하여 사법권과 일반법원의 조직 및 법관의 자격에 관하여 규정하는 한편 헌법 제110조는 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있고(제1항) 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할하며(제2항) 군사법원의 조직 권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다(제3항)고 규정하여 헌법에 직접 특별법원으로서 군사법원을 설치할 수 있는 근거를 두고 있다.

나. 군사법원의 지위와 헌법적 한계

(1) 그런데 헌법 제110조 제1항에서 "특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다"는 의미는 군사법원을 일반법원과 조직·권한 및 재판

관의 자격을 달리하여 특별법원으로 설치할 수 있다는 뜻으로 해석되므로 법률로 군사법원을 설치함에 있어서 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직 권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정하는 것은 헌법상 허용되고 있다.

(2) 그러나 아무리 군사법원의 조직 권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정할 수 있다고 하여도 그것이 아무런 한계 없이 입법자의 자의에 맡겨 질 수는 없는 것이고 사법권의 독립 등 헌법의 근본원리에 위반되거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조 제1항의 평등권, 헌법 제12조의 신체의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 안될 헌법적 한계가 있다고 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항들의 위헌여부

그러므로 이 사건 법률조항들이 위와 같은 헌법적 한계를 일탈한 자의적 입법으로서 헌법에 위반되는가의 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(1) 군은 국가의 안전보장과 국토방위의 임무를 수행하기 위하여 외적에 대항하는 전투집단으로서 생명을 걸고 위험한 행동을 하는 특성을 가진다.

이와 같은 군대조직에 있어서 군기의 유지와 군 지휘권 확립은 그 조직을 유지, 운용하는데 있어서 필요불가결한 것인데 군사범죄는 일반적으로 군대조직을 급속도로 오염시켜 군기를 일거에 붕괴시키는 특징을 가지고 있다.

그리고 군은 그 임무의 특성상 전시에는 말할것도 없고 평시에도 적의 동태나 작전계획에 따라 자주 이동하고, 급박하게 상황이

변화하므로 이에 대응하여 언제, 어디서나 신속히 군사재판을 할 수 있도록 하기 위하여 군사법원을 군부대 등에 설치할 필요가 있고, 군 지휘권을 확립하고 군사범죄를 정확히 심리, 판단할 수 있도록 하기 위하여 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두고 관할관이 군판사 및 재판관의 인사권을 갖게하고, 군의 사정을 잘 알고 군사문제에 관하여 경험과 학식이 풍부한 일반장교를 재판에 참여시킬 필요가 있으며 또한 군사법원체제가 전시에 제대로 기능을 할 수 있기 위하여는 그러한 사법체제가 평시에 미리 조직, 운영되고 있어야 할 것이다. 특히 북한과 첨예한 군사적 대치상황에 놓여있는 우리나라의 경우에는 그러한 사법체제의 필요성이 더욱 크다고 할 것이다.

따라서 구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 위에서 본 바와 같이 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대 조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

(2) 한편 헌법에 직접 군사법원을 일반법원과 조직 권한 및 재판관의 자격을 달리하는 특별법원으로 설치할 수 있도록 허용하고 있음은 위에서 본 바와 같고, 헌법 제110조 제2항에 의하면 군사법

원의 상고심은 대법원에서 관할한다고 규정하여 대법원을 군사재판의 최종심으로하고 있고, 군사법원법 제21조 제1항은 "군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판한다"라고 규정하여 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 "군사법원의 재판관은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계 기타 어떠한 불이익한 처분도 받지 아니한다"라고 규정하여 재판관의 신분을 보장하고 있으며, 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이와 같은 사정을 감안하여 보면 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다는 사유만으로 청구인이 주장하는 바와 같이 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈한 것이거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없고 또한 같은 법 제7조, 제23조, 제24조, 제25조가 일반법원의 조직이나 재판부구성 및 법관의 자격과 달리 군사법원에 관할관을 두고 군검찰관에 대한 임명, 지휘, 감독권을 가지고 있는 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권 및 재판관의 지정권을 가지며 심판관은 일반장교중에서 임명할 수 있도록 규정하였다고 하여 바로 위 조항들 자체가 청구인이 주장하는 바와 같이 군사법원의 헌법적 한계를 일탈하여 사법권의 독립과 재판의 독립을 침해하고 죄형법정주의에 반하거나 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 정당한 재판을 받을 권리 및 정신적 자유를 본질적으로 침해하는 것이라고 할 수

없다.

그리고 피의자에 대한 관할관의 구속영장발부권을 규정한 구 군사법원법 제238조(1994. 1. 5. 개정 법률에서는 삭제되었다)나 판결에 대한 관할관의 확인조치권을 규정한 같은 법 제379조 제1항, 제535조(1994. 1. 5. 개정 법률에서는 상소심판결에 대한 확인조치권은 삭제되었다)가 가령 청구인 주장과 같이 헌법에 위반된다고 하더라도 그로 인하여 이 사건 법률조항들까지 당연히 헌법에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항들은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 관한 아래 5.와 같은 별개의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시중 "구 군사법원법(……) 제6조, 제7조, 제23조, 제24조 및 제25조는 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 바

와 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 받아들일 수 없는 결론 즉 합헌이라면 굳이 아무런 실효도 없이 국민이 청구한 바도 없는 "합헌"임을 주문에 표시할 필요가 없기 때문이다.

1996. 10. 31.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
주 심	재판관 고중석
	재판관 신창언

군인연금법 제16조 제9항 위헌소원

(1996. 10. 31. 93헌바55 전원재판부)

[판례집 8권2집, 457~465]

【관시 사항】

- 가. 退職年金 또는 退職一時金の 法的 性質
- 나. 退職年金 또는 退職一時金制度의 내용 결정에 있어서의 立法裁量の 정도
- 다. 軍人年金法 제16조 제9항의 위헌 여부

【결정 요지】

가. 군인연금법상의 퇴역연금의 법적 성질은 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대한 공적보상으로서의 은혜적 성질을 갖는 한편, 퇴역연금 중 군인이 부담하는 기여금에 상당하는 부분은 봉급연불적인 성질과 군인인 기간 동안 및 퇴직 후에 있어서의 공적 재해보험의 성질이 있고, 국고의 부담금은 군인과 그 가족을 위한 사회보장 부담금으로서의 성질이 있다 할 것이므로, 결국 퇴역연금은 퇴역군인의 생활을 보장하기 위한 사회보험 내지 사회보장 사회복지적인 성질도 함께 갖는 것이며, 이와 같은 법적 성질은 퇴직일시금의 경우도 기본적으로 같다.

나. 퇴역연금 중 사회보장·사회복지적인 성질을 지니는 부분에 대하여는 그 연금제도의 내용을 결정함에 있어서 시행시기·지급대상·지급 정도·복무기간의 계산방법·복무기간의 소급 여부 내지 그 정도 등은 원칙적으로 입법자가 사회정책적 고려와 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭 넓게 그의 형성재량으로 결정할 수 있는 사항이다.

다. 입법자가 군인연금법 제16조 제9항에서 급여액 산정의 기초가 되는 복무기간의 계산에 있어서 이를 연금제도의 시행일 이전으로 소급하되 그 소급의 범위를 정부수립일인 1945. 8. 15.까지로 제한한 것은 그 소급제한부분에 대한 소급기여금의 납부제도가 없었던 이상 입법자의 광범위한 형성재량사항으로 헌법에 위반되지 않는다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

이 사건의 주문표시는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인 윤 ○ 모
관련사건 서울고등법원 93구23406 퇴직일시금지급처분무
효확인

【심판대상조문】

軍人年金法 제16조 제9항(복무기간의 계산) ①~⑧ 생략
⑨ 복무기간계산은 정부수립의 연 이전에 소급하지 못한다.
⑩~⑪ 생략

【참조 조문】

憲法 제11조 제1항, 제23조 제1항

【참조 판례】

가. 나. 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 92헌가9 결정

【주 문】

군인연금법 제16조 제9항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1945. 11. 13. 창군된 이후인 1946. 1. 16. 국방경비대 제6연대에 하사관으로 지원 입대한 후 1947. 4. 19. 소위로 임관되어 복무하다가 1963. 12. 16. 육군준장으로 퇴직한 자로서, 군인으로서의 실제 복무기간을 계산하면 20년 10월이 됨에도 불구하고, 군인연금법 제16조 제9항에 따라 정부수립 이전의 복무기간 2년 7월이 복무기간에서 제외됨으로써 복무기간이 20년이 되지 못해 퇴역연금대상에서 제외되어 나머지 복무기간 18년 3월에 대한 퇴직일시금 442,260원만을 지급받았다. 그후 청구인은 서울고등법원에 퇴직일시금지급처분무효확인의 소(93구23406)를 제기하면서 위 조항이 위헌임을 이유로 위헌심판제청신청(93부1002)을 하였으나 1993. 11. 11. 당해 사건소송과 함께 기각되자 11. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 군인연금법 제16조 제9항(1963.1.28. 법률 제1260호로 제정될 당시에는 제16조 제7항이었다가 1982.12.28 법률의 개정으로 제16조 제9항이 되었으나 그 내용은 개정된 바 없다, 이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제16조[복무기간의 계산]

⑨ 복무기간계산은 정부수립의 연 이전에 소급하지 못한다.

2. 청구인의 주장 및 관계인의 의견

가. 청구인의 주장

정부수립 이전인 1945. 11. 13. 미군정법령 제28호에 의하여 국방사령부설치, 군무국창설, 육·해군부설치 등의 창군조치가 이루어

졌고, 국방사령부는 1946. 6. 15. 미군정법령 제86호에 의하여 조선경비대 및 조선해안경비대로 명칭이 바뀌었는데, 제헌헌법은 제100조에서 "현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다"라고 규정하여 이를 인정하였고, 이어 국군조직법 제18조, 병역입시조치령 제2조, 병역법 제1조, 부칙 제2항, 군인사법 부칙 제3조 등의 규정을 통하여 정부수립 이전에 지원 입대한 군인들에 대하여도 정부수립 이후 임명된 군인과 동등하게 규율함으로써, 결국 정부수립 이전 조선경비대 등에 입대한 육·해군 군인들은 정부수립 이전이라도 각자 임용된 때로부터 합헌적인 군인의 신분을 취득한 것이 되었다. 따라서 군인연금법의 적용에 있어 복무기간의 계산은 정부수립 이전이라도 실제로 임용된 때를 기준으로 하여야 함에도 불구하고, 군인과는 사정이 다른 일반 공무원에 대하여 대한민국 수립 이전 관력은 경력연수에 계산치 아니한다고 한 국가공무원법(1950. 3. 3. 법률 제103호로 개정된 것) 제58조의 규정을 이유없이 모방하여 군인의 경우에도 퇴역연금의 지급대상인지의 여부를 결정하는 기준이 되는 복무기간의 계산에 있어 정부수립 이전의 복무기간을 산입하지 않도록 이 사건 법률조항을 두었는바, 이는 정부수립 이전에 입대한 군인을 합리적 이유없이 차별하는 것으로서 청구인의 평등권을 침해하는 규정이다.

그리고 군인연금제도의 경우 공무원연금제도와는 달리 제정 당시부터 군인이 납부하는 기여금과 국가가 부담하는 부담금 및 그 이자로 그 기금을 조성하되 그 이전 부분은 공무원연금법(1960. 1. 1. 법률 제533호로 제정된 것) 부칙 제3조의 규정에 의하여 일반 공무원의 경우와는 달리 소급기여금의 납부없이 전액 국가가 부담하는 방

식으로 기금을 조성하도록 하였으므로, 기금조성 여부에 따라 정부수립 이전의 복무기간을 제외할 합리적 이유가 없다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각 이유

군인연금법은 구 공무원연금법에 의하여 규율되던 군인에 대한 연금제도를 별도의 법률로 제정한 것으로, 퇴직 또는 사망한 군인이나 그 유족에게 적절한 급여를 지급함으로써 본인 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 하고, 그 기금은 군인이 납부하는 기여금과 국고가 부담하는 부담금 및 그 이자로 조성되는 것이다. 그리고 그러한 연금제도를 언제부터 시행할 것인지, 급여액산정의 기초가 되는 복무기간을 연금제도의 시행일부터 할 것인지 아니면 그 이전으로 소급할 것인지, 복무기간을 시행일 이전으로 소급하여 계산하는 경우 어느 때까지 소급할 것인지 등의 판단은 기여금 납부자 및 국가의 재정형편 등을 고려하여 합목적적으로 정하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 그러한 기여금 납부자 및 국가의 재정형편 등을 고려하여 한 입법으로 상당한 이유가 있다 할 것이므로 헌법에 위반되지 않는다.

다. 국방부장관의 의견

군인연금제도는 가입자인 군인과 국가가 공동으로 기금을 조성하여 이를 바탕으로 군인 또는 그 유족에게 일정한 급여를 지급하는 것으로서 그 지급 정도는 군인의 기여금 납부 정도, 국가의 재정상태 등에 따라 결정되는 것이다.

이 사건 법률조항은 입법자가 위와 같은 사정을 참작하여 재량으로 결정한 사항이고, 또 모든 군인의 복무기간의 계산을 정부수립의 연 이전으로 소급하지 않는다고 하였을 뿐 차별적으로 소급 여

부를 결정하도록 하고 있는 것도 아니며, 일반 공무원의 경우와도 차별을 하지 않고 있으므로, 청구인과 같이 정부수립 이전에 입대한 군인의 평등권을 침해하는 규정도 아니다.

3. 판단

가. 군인연금법상의 퇴역연금의 법적 성질은 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대한 공적보상으로서의 은혜적 성질을 갖는 한편, 퇴역연금 중 군인이 부담하는 기여금에 상당하는 부분은 봉급연불적인 성질과 군인인 기간 동안 및 퇴직 후에 있어서의 공적 재해보험의 성질이 있고, 국고의 부담금은 군인과 그 가족을 위한 사회보장 부담금으로서의 성질이 있다 할 것이므로, 결국 퇴역연금은 퇴역군인의 생활을 보장하기 위한 사회보험 내지 사회보장 사회복지적인 성질도 함께 갖는 것이며(헌법재판소 1994. 6. 30. 선고, 92헌가9 결정 참조), 이와 같은 법적 성질은 퇴직일시금의 경우도 기본적으로 같다 할 것이다.

나. 그리고 이와 같은 퇴역연금 또는 퇴직일시금의 사회보장·사회복지적인 성질에 따라 연금제도의 내용을 결정함에 있어서, 그 시행시기를 언제부터로 할 것인지, 지급대상을 어떤 범위로 한정할 것이며 지급 정도는 어느 정도로 할 것인지, 급여액 산정의 기초가 되는 복무기간은 얼마로 할 것이며 복무기간의 계산은 어떤 방법으로 할 것인지, 복무기간을 시행일 이전으로 소급할 것인지, 소급한다면 어느 때까지로 할 것인지 등은 원칙적으로 입법자가 사회정책적 고려와 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러가지 사정을 참작하여 폭 넓게 그의 형성재량으로 결정할 수 있는 사항이라 할 것이다(위 92헌가9 결정 참조).

다. 그러므로 입법자가 급여액 산정의 기초가 되는 복무기간의 계산에 있어서 이를 연금제도의 시행일 이전으로 소급하되 그 소급의 범위를 정부수립일인 1948. 8. 15.까지로 제한한 것은 그의 재량으로 결정한 것으로서 정당하다 할 것이고, 또 국가의 재정 등 여러가지 사정을 고려할 때 나름대로의 합리성을 갖고 있다 할 것이며, 비록 청구인이 주장하는 바와 같이 정부수립 이전에 먼저 군이 창설되고 그후 그 정통성이 인정되었다 하더라도 달리 볼 것은 아니라 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인과 같이 정부수립 이전에 입대한 군인이 불합리한 차별대우를 받아 헌법상의 평등권을 침해당하였다고 할 수 없다.

라. 다만 퇴역연금에는 앞서 본 바와 같이 봉급연불적인 성질도 있으므로, 그 범위 안에서는 퇴역연금의 지급 정도가 기본권의 제한에 관한 헌법의 원칙에 따라야 할 것인바(위 92헌가9 결정 참조), 1970. 1. 1. 법률 제2173호로 개정된 군인연금법 부칙 제2항에 의하면 "이 법 시행 당시 복무중인 군인으로서 1948. 8. 15.부터 1959. 12. 31.까지의 사이에 임용된 자는 그 임용된 날로부터 1959. 12. 31.까지의 기간에 해당하는 기여금으로 1970. 이후 매월 봉급월액의 1000분의 35에 상당하는 금액을 퇴직 또는 사망할 때까지 납부하여야 한다"고 규정되어 있을 뿐이어서 정부수립일인 1948. 8. 15. 이전에 대하여는 소급기여금을 납부하지 않도록 하고 있음이 명백하고, 청구인 또한 그 이전 부분에 해당하는 기여금을 소급하여 납부한 사실이 없으므로, 정부수립 이전의 복무기간을 복무기간의 계산에서 제외하더라도 그것이 퇴직연금의 봉급연불적 성질에 반하는 것으로 볼 수 없다.

4. 결론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 아래 5.와 같은 재판관 조승형의 주문표시에 대한 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 대한 별개의견

나는 주문표시 중 "군인연금법 제16조 제9항은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에 관한특별조치법 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.

1996. 10. 31.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

주 심

형사소송법 제262조 제2항 위헌소원

(1996. 10. 31. 94헌바3 전원재판부)

[판례집 8권2집, 466~479]

【관시 사항】

1. 裁判의 前提性이 인정된 事例
2. 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의한 憲法訴願審判의 權利保護의 利益이 인정된 事例
3. 刑事訴訟法 제262조 제2항이 裁判請求權을 침해하는지 여부

【결정 요지】

1. 청구인이 高等法院의 裁定申請棄却決定에 대하여 普通抗告를 제기하지 아니하고 형사소송법 제415조에 기한 再抗告를 하면서 이 사건 심판청구를 한 것은 형사소송법 제262조 제2항이 裁定申請棄却決定에 대한 普通抗告의 길을 막고 있어서 부득이 法令違反을 이유로만 할 수 있는 再抗告를 택할 수밖에 없었던 때문이고, 만일 이 사건 법률조항이 違憲이라고 確認되는 경우 그에 따른 法改正후 大法院이 청구인의 再抗告申請에 普通抗告를 구하는 취지도 포함되었다고 선해하여 판단할 수도 있는 것이므로, 그러한 경우 이 사건 법률조항의 위헌여부는 위 再抗告事件의 裁判結果에 영향을 미칠 수 있을 것이어서, 裁判의 前提性을 인정하는 것이 타당하다.
2. 재정신청의 대상이 된 犯罪事實의 公訴時效가 지났기 때문에 가사 裁定申請이 引用되어 公訴가 提起되어도 公訴棄却의 判決을 면할 수 없다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 違憲이 되는 경우 裁定申請棄却決定에 대하여 抗告를 할 수 있는 權利를 취득하게 되므로, 항고심에서 抗告의 認容 여부나 告訴事實에 대한 付審判決定 후 刑事裁判

의 結果에 關係없이 청구인에게 權利保護의 利益은 인정된다

3. 가. 헌법 제27조에서 규정한 裁判을 받을 權利에 모든 사건에 대해 上訴法院의 構成法官에 의한, 上訴審 節次에 의한 裁判을 받을 權利까지도 당연히 포함된다고 단정할 수는 없을 것이고, 모든 사건에 대하여 劃一的으로 上訴할 수 있게 하느냐 아니 하느냐 또는 上訴의 事由를 어떻게 규정하느냐는 특단의 사정이 없는 한 立法政策의 문제라고 함이 타당하다.

나. 刑事訴訟法 제262조 제2항은 大法院의 業務負擔을 輕減하려는 취지와 法律關係를 早速히 確定하고 刑事裁判制度의 效率性を 提高하며, 형사사건의 當事者와 利害關係인의 法的 安定性を 調和하려는 목적에서 高等법원의 결정에 대한 普通抗告를 禁止하고 高等법원의 결정에 대하여 事實誤認을 이유로 한 抗告를 禁止하고 있는 刑事訴訟法 제415조의 원칙을 再確認하는 規定에 불과하다 할 것이므로, 합리적인 이유없이 헌법 제27조 제1항이 정하는 裁判을 받을 權利를 過度하게 制限하거나 그 本質的 內容을 침해하는 위헌적인 規定이라고 볼 수는 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

이 사건의 주문표시는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인 이 ○ 승
대리인 변호사 이 원 형 외 3인
관련사건 대법원 93모45 재정신청기각결정에 대한 재항고

【심판대상조문】

刑事訴訟法 제262조 제2항

① 생략

② 전항의 결정에 대하여는 항고할 수 없고 전항 제1호의 결정이 있었던 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.

③~⑤ 생략

【참조 조문】

憲法 제27조 제1항, 제104조, 제103조, 제106조
刑事訴訟法 제214조의2(체포와 구속의 적부심사)

①~③ 생략

④ 법원은 구속된 피의자에 대하여 피의자의 출석을 보증할 만한 보증금의 납입을 조건으로 하여 결정으로 제3항의 석방을 명할 수 있다. 다만, 다음 각호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 죄증을 인멸할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때

2. 피해자, 당해 사건의 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 해를 가하거나 가할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때

⑤~⑫ 생략

형사소송법 제402조(항고할 수 있는 재판)

법원의 결정어에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다. 단, 이 법원에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

형사소송법 제403조(판결전의 결정에 대한 항고)

① 법원의 관할 또는 판결전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 특히 즉시항고를 할 수 있는 경우외에는 항고를 하지 못한다.

② 생략

형사소송법 제415조(재항고)

항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고를 할 수 있다.

【참조 판례】

- 3. 1992. 6. 26. 선고, 90헌바25 결정
- 1993. 11. 25. 선고, 91헌바8 결정

【주 문】

형사소송법(1973. 1. 25. 법률 제2450호로 개정된 것) 제262조 제2항 중 "전항의 결정에 대하여는 항고할 수 없고" 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인은 삼청교육피해자들의 모임인 삼청피해자동지회의 대표로서 1989. 12. 27. 청구의 최○하, 전○환, 이○성, 김○기를 1980. 8. 경부터 1981. 1. 25.경까지 집행된 삼청교육과 관련하여 형법상의 직권남용, 불법체포, 감금, 폭행 및 가혹행위, 살인 및 살인교사죄로 고소하였으나, 서울지방검찰청 검사는 1992. 12. 26. 공소권없음 처분을 하였다. 이에 대하여 청구인은 서울고등법원에 93초12호로 재정신청을 하였던바, 서울고등법원은 1993. 4. 28. 고소사실이 공소시효가 만료되었거나 재정신청의 대상이 아니라는 이유로 위 재정신청을 기각하였다. 청구인은 위 결정에 대하여 대법원에 93모45호로 재항고를 하는 한편 고등법원의 재정결정에 대하여 항고할 수 없다고 규정한 형사소송법 제262조 제2항이 헌법에 위반된다고 주장하면서 대법원 93초72호로 위헌제청신청을 하였으나, 대법원이 1993. 12. 27. 위헌제청신청을 기각하자 1994. 1. 8. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

청구취지 및 이유를 살펴볼 때, 이 사건 심판의 대상은 형사소송법(1973. 1. 25. 법률 제2450호로 개정된 것) 제262조 제2항 중 "전항의 결정에 대하여는 항고할 수 없고" 부분(이하 이를 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이며, 형사소송법 제262조 제1항과 제2항의 내용은 다음과 같다.

제262조[고등법원의 재정결정] ① 재정신청서와 그 기록을 수리한

고등법원은 항고의 절차에 준하여 20일 이내에 다음의 구별에 의하여 재정결정을 하여야 한다. 법원은 필요있는 때에는 증거를 조사할 수 있다.

1. 신청이 법률상의 방식에 위배하거나 이유없는 때에는 신청을 기각한다.

2. 신청이 이유있는 때에는 사건을 관할지방법원의 심판에 부한다.

② 전항의 결정에 대하여는 항고할 수 없고 전항 제1호의 결정이 있었던 사건에 대하여는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 소추할 수 없다.

3. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

재정신청에 대한 기각결정에 대하여 항고를 금지한 것은 재판청구권을 제한한 것이다. 가사 형사소송법 제415조에 의한 재항고를 할 수 있다고 하여도 항고를 금지하면서 재항고는 인정한다는 것은 상호 법률의 모순이며, 위 제415조의 재항고는 청구기간이 짧은 즉시항고에 한하도록 되어 있어 결국 이 사건 법률조항은 헌법 제27조 제1항이 규정하는 재판을 받을 권리를 침해하는 것이다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

재정신청을 이유없다 하여 기각한 결정에 대하여는 형사소송법 제415조에 따른 재항고를 할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 헌법에 위배되는 것이라고 볼 수는 없다.

다. 법무부장관과 서울지방검찰청 검사장의 의견요지

(1) 청구인의 고소사실은 이미 공소시효가 지났거나 재정신청의

대상이 되지 아니하는 것이므로 권리보호의 이익이 없으며, 고소사실 중에는 청구인이 고발인의 지위에 불과한 것도 있으므로 이 부분에 대한 심판청구는 자기관련성이 없어 각하하여야 한다.

(2) 헌법상의 재판을 받을 권리는 심급의 제한없이 모든 분쟁에 대하여 대법원과 각급 법원을 구성하는 법관에 의한 재판을 받을 권리가 있음을 보장하는 것이라고 볼 수는 없으며, 상고이유를 순수한 법령위반으로만 제한하느냐 아니면 사실오인도 포함시키느냐 하는 문제는 입법정책의 문제이다.

또한 재정신청을 기각한 결정에 대하여는 형사소송법 제415조의 해석상 재항고가 가능한 만큼 이 사건 조항이 위헌이라 할 수 없다.

4. 판단

가. 적법요건

(1) 먼저 재판의 전제성에 관하여 본다.

청구인은 서울고등법원의 재정신청기각결정에 대하여 보통항고를 제기하지 아니하고 형사소송법 제415조에 기한 재항고를 하면서 이 사건 심판청구를 하였다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌여부가 재정신청기각결정에 대한 재항고사건에 대한 재판의 전제가 되지 않는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 청구인은 법률이 재정신청기각결정에 대한 보통항고의 길을 막고 있기 때문에 보통항고를 하지 못하고 부득이 법령위반을 이유로만 할 수 있는 재항고를 택할 수밖에 없었던 것이어서 만일 이 사건 법률조항이 위헌이라고 확인되는 경우 그에 따른 법 개정후 대법원이 청구인의 재항고 신청에 보통항고를 구하는 취지도 포함되었다고 선해하여 판단할 수도 있

는 것이고, 그러한 경우 이 사건 법률조항의 위헌여부는 위 재항고사건의 재판결과에 영향을 미칠 수 있을 것이다. 대법원에서 이 점을 감안하여 이 사건 법률조항의 재판의 전제성을 인정하여 청구인의 위헌제청신청을 각하하지 아니하고 기각한 것으로 풀이된다.

따라서 이 사건에서는 재판의 전제성을 인정하는 것이 타당하다고 판단된다.

(2) 한편 이 사건 재정신청의 대상이 되는 범죄사실 중 재정신청의 대상이 될 수 있는 범죄사실은 모두 공소시효가 지났으므로(나머지 범죄사실은 모두 재정신청의 대상이 되지 아니한다) 항고가 가능하다고 하더라도 항고기각될 것이 예상되며 가사 재정신청이 인용되어 공소가 제기되어도 공소기각의 판결을 면할 수 없다. 이러한 경우에 이 사건 심판청구가 권리보호의 이익의 요건을 갖추었는지 의문이 생길 수도 있다. 그러나 이 사건 심판청구의 전제가 되는 재판은 위에서 본 바와 같이 재정신청기각결정에 대한 재항고사건(대법원 93도45호)이라 할 것이고, 청구인은 이 사건 법률조항이 위헌이 되는 경우 재정신청기각결정에 대하여 항고를 할 수 있는 권리를 취득하게 되므로, 항고심에서 항고의 인용 여부나 고소사실에 대한 부심판결정 후 형사재판의 결과에 관계없이 청구인에게 권리보호의 이익은 인정된다고 할 것이다.

나. 본안

(1) 사건의 쟁점

이 사건에서의 쟁점은 재정신청에 대한 고등법원의 기각결정에 대하여 항고할 수 없도록 한 규정이 헌법상 보장되는 재판청구권을

과도하게 제한하거나 그 본질을 침해한 것으로서 헌법에 위반되는지 여부이다. 그런데 형사소송법 제415조는 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 때에 한하여 대법원에 즉시항고할 수 있다고 규정하고 있고, 법원의 결정에 대하여는 형사소송법에 특별한 규정이 있는 경우에는 항고를 할 수 없으므로(동법 제402조 참조), 법 해석상 고등법원의 결정에 대하여는 보통항고를 할 수 없다고 할 것이다. 따라서 현행 형사소송법상 고등법원의 결정에 대하여는 보통항고할 수 없는 것이 원칙인 이상, 이 사건 법률조항은 특별한 의미를 지닌 규정이 아니라 위 제415조에서 도출되는 원칙을 재확인하는 규정에 불과하다. 이러한 점을 고려할 때 이 사건에서 검토하여야 할 쟁점은 재정결정에 대하여 보통항고를 허용하지 아니하는 이 사건 법률조항에 국한되지 아니하고 형사소송법상 고등법원의 결정에 대하여 보통항고를 금지하는 것이 재판청구권의 본질을 침해하는지의 여부의 문제로 돌아간다. 다시 말하면 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반(이른바 법령위반)이 있는 때에 한하여 할 수 있는 재항고만을 할 수 있도록 함으로써 고등법원의 결정에 대하여 보통항고를 금지하고 있는 것이 재판청구권을 침해하는지의 문제로 일반화된다.

(2) 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다"라고 규정하고 있다. '헌법과 법률이 정한 법관에 의하여' 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고(헌법 제104조, 법원조직법 제41조 내지 제43조), 물적 독립(헌법 제103조)과 인적

독립(헌법 제106조, 법원조직법 제46조)이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미한다. 한편 '법률에 의한' 재판을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판, 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실제법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하는 취지이다. 이러한 취지에서 본다면 재판청구권에는 상급심재판을 받을 권리나 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 반드시 대법원 또는 상급법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리가 포함되어 있다고 할 수는 없다.

무릇 재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안된다고 할 것이다. 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다. 그러나 모든 사건에 대하여 똑같이 한 차례 이상 상급법원에서의 심사 기회를 제공하는 것이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고 할 수는 없을 것이다. 국가에 따라서는 국민에게 상소심에서 재판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 예도 있으나, 그와 같은 명문규정이 없고 상소문제가 일반 법률에 맡겨져 있는 우리나라의 경우에는 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 모든 사건에 대해 상소법원의 구성법관에 의한, 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 단정할 수는 없을 것이고, 모든 사건에 대하여 획일적으로 상소할 수 있게 하느냐 아니 하느냐 또는 상소의 사유를 어떻게 규정하느냐는 특단의 사정이 없는 한 입법정책의 문제라고 함이 타당하

다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌바25 결정 및 1993. 11. 25. 선고, 91헌바8 결정 참조).

(3) 상소심의 재판을 받을 권리가 헌법상 제한이 불가능한 기본권이라고 할 수는 없기 때문에, 어느 정도까지 상소의 기회를 부여할 것인가 및 상소의 사유를 어떻게 정할 것인가의 문제는 각 사건유형의 성질과 경중에 따라 입법자가 법률로써 제한할 수 있는 문제라고 할 것이다. 다만 우리 나라의 형사소송법이 판결에 대하여는 항소와 상고를, 결정에 대하여는 항고를 각 인정하는 것을 원칙으로 하고 있는 점에 비추어 만일 이 사건 법률조항이 합리적인 이유도 없이 고등법원의 재정신청기각결정에 대하여 항고를 배제하거나 항고이유를 제한하고 있는 것이라면 이는 재판당사자에 대하여 헌법 제11조 제1항의 평등권이나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이 될 수 있을 것이다.

그러나 재정신청에 대한 기각결정 등 고등법원의 결정에 대하여 항고를 제한하는 이유는, 고등법원의 결정에 대하여 항고를 허용하면 대법원이 이를 심리하게 되는데 모든 항고법원 또는 고등법원의 결정에 대하여 무제한적으로 항고를 허용하는 경우 대법원은 사건의 폭주로 인하여 법령해석의 통일이라는 대법원의 본질적 기능을 제대로 수행할 수 없게 되기 때문에 대법원의 업무부담을 경감하려는 취지와 법률관계를 조속히 확정하고 형사재판제도의 효율성을 제고하며, 형사사건의 당사자와 이해관계인의 법적 안정성을 조화하려는 목적에서 고등법원의 결정에 대한 보통항고를 금지하고 다만 재항고의 사유를 법령위반으로 한정하고 있는 것이다.

형사소송법은 위 제415조 이외에도 불필요한 소송지연을 방지하

려는 취지에서 법원의 관할 또는 판결 전의 소송절차에 관한 결정에 대하여는 원칙적으로 항고를 불허하고 있고(제403조 제1항), 또한 구속적부심사청구에 대한 결정에 대하여도 항고권의 남용으로 인한 수사의 지장, 심사기간의 장기화, 절차의 번잡 등의 이유로 항고를 금지하고 있다(제214조의2 제4항). 따라서 현행 형사소송법에서는 법원의 결정에 대하여 불복이 있으면 항고를 할 수 있다는 형사소송법 제402조 본문의 규정에도 불구하고 그 예외의 폭이 매우 광범위하므로 실질적으로 보통항고는 예외적인 경우에만 인정된다고 하겠다.

그러나 고등법원의 결정에 대하여 보통항고를 할 수는 없지만, 형사소송법은 고등법원의 결정에 대하여 대법원에 불복할 수 있는 기회를 근본적으로 박탈하고 있는 것은 아니고 형사소송법 제415조에 의하여 그 결정이 헌법이나 법률, 명령, 규칙에 위반되는 경우에는 재항고가 가능하며, 청구인도 이 절차에 따라 대법원에 재항고하고 있는 것이다.

한편 형사소송법상 상소를 제한하는 것은 비단 항고에 국한되는 것은 아니다. 우리 형사소송법은 상고의 경우에도 사형 . 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건을 제외한 나머지 사건의 경우에는 사실오인이나 형의 양정이 부당하다는 것을 상고이유로 할 수 없으며 사형 . 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건의 경우에도 중대한 사실오인이나 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 경우에만 상고할 수 있다(제383조 참조). 또한 민사소송에서는 소액사건에 대한 지방법원합의부의 제2심판결이나 결정 . 명령에 대하여 법률 . 명령 . 규칙 또는 처분

의 헌법위반 여부와 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때와 대법원의 관례에 상반되는 판단을 한 때에 한하여 상고 또는 재항고를 할 수 있도록 제한하고 있고(소액사건심판법 제3조; 이에 대하여는 이미 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고, 90헌바25호로 합헌결정이 선고되었다), 상고심절차에 관한 특별법에서도 상고이유를 일정한 법령위반 내지 대법원관례위반으로 제한하고 있다(동법 제4조 참조).

그렇다면 결국 이 사건 법률조항은, 대법원의 부담경감과 법률관계의 신속한 안정 등을 위하여 고등법원의 결정에 대하여 사실오인을 이유로 한 항고를 금지하고 있는 형사소송법 제415조의 원칙을 재확인하는 규정에 불과하다 할 것이므로, 합리적인 이유없이 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙을 위배하거나 헌법 제27조 제1항이 정하는 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하는 위헌적인 규정이라고 볼 수는 없다.

또한 청구인의 주장과 같이 비록 즉시항고를 제기할 수 있는 기간이 3일이어서 다소 짧은 기간이라 하더라도(형사소송법 제405조 참조) 이러한 사유만으로 이 사건 조항이 재판을 받을 권리를 과도하게 제한하여 헌법에 위반되는 것이라고 할 수는 없다고 할 것이다.

5. 결론

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

이 결정은 재판관 조승형의 6.과 같은 주문표시에 관한 별개의견이 있는 외는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시중 『형사소송법 제262조 제2항(……) 중 "전항의 결정에 대하여는 항고할 수 없고" 부분은 헌법에 위반되지 아니한다』는 『심판청구를 기각한다』로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7·8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에 관한특별조치법 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.

1996. 10. 31.

재판장	재판관 김용준
주 심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형

재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

입법부작위 위헌확인

(1996. 10. 4. 94헌마108 전원재판부)

[판례집 8권2집, 480~505]

【관시 사항】

1. 이른바 眞正立法不作爲와 不眞正立法不作爲의 의미
2. 不眞正立法不作爲에 대한 憲法訴願의 제기방법
3. 진정입법부작위에 해당하지 않는다고 본 사례

【결정 요지】

가. 넓은 의미의 立法不作爲에는, 입법자가 헌법상 立法義務가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 '立法行爲의 欠缺이 있는 경우'와 입법자가 어떤 사항에 관하여 立法은 하였으나 그 입법의 내용 범위 질차 등이 당해 사항을 不完全, 不充分 또는 不公正하게 규율함으로써 '입법행위에 缺陷이 있는 경우'가 있는데, 일반적으로 前者를 진정입법부작위, 後者를 부진정입법부작위라고 부르고 있다.

나. 이른바 부진정입법부작위를 대상으로 憲法訴願을 제기하려면 그것이 平等의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 積極的인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정의 提訴期間을 준수하여야 한다.

다. 大韓民國과 日本國間의 財産및請求權에 관한 問題의 解決과 經濟協力에 관한 協定(조약 제172호)에 의거하여 제정된 舊 청구권자금의 운용 및 관리에 관한 법률, 舊 대일민간청구권신고에 관한 법률, 舊 대일민간청구권보상에 관한 법률의 관계규정들을 종합하면, 입법자는 對日民間請求權에 관하여 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권을 주된

補償의 대상으로 삼으면서도 예외적으로 終戰후에 발생한 特殊한 상태하에서의 접촉과정에서 취득된 請求權도 보상할 수 있도록 하는 규정을 마련함으로써 위 일자 이후에 取得된 청구권에 대하여도 나름대로 立法的 規律을 행한 것임을 알 수 있는 바, 청구인의 이 사건 청구권이 신고 및 보상의 대상에 포함되어 있지 않고 그 결과로 청구인이 보상을 받지 못하게 된 것은, 입법자가 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득한 청구권에 관한 보상입법을 불완전·불충분하게 함으로써 입법의 결함이 생겼기 때문이지, 보상입법을 하지 않았기 때문은 아니므로 이른바 不眞正立法不作爲에 지나지 않는다.

재판관 김진우, 이재화, 조승형의 反對意見

가. 다수의견은 입법부작위를 진정·부진정의 두 경우로 나누고 있으며, 그 판단기준을 어떤 사항에 관하여 "입법이 있었느냐"의 여부에만 두고 있으나, 이와 같은 2분법적 기준은 애매모호하여 국민의 기본권 보호에 실효성이 없으며, 가사 2분법에 따른다 하더라도, 헌법상 입법 의무의 대상이 되는 입법사항이 여러가지로 나누어져 있을 때에 각 입법사항을 모두 규율하고 있으나 입법자가 질적·상대적으로 불완전·불충분하게 규율하고 있는 경우를 부진정입법부작위로, 위 입법사항들 중 일부의 입법사항에 대하여는 규율하면서 나머지 일부의 입법사항에 관하여서는 전혀 규율하고 있지 아니한 경우 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 아니한 경우에는 진정입법부작위로 보아야 한다.

다. 위 조약의 규정내용과 위 세 보상관련법률의 관계규정에 따르면,

(1) 이 사건의 경우 헌법 제23조 제1항의 해석상 청구인과 같은

특정집단에게 보상청구권이라고 하는 구체적인 재산권적 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백한데도 이 사건 청구권과 같은 대일민간청구권부분에 관하여는 아무런 보상규정을 마련하고 있지 않고 그 후 현재까지도 보상에 관한 아무런 입법을 하지 않고 있으므로 청구인은 이러한 입법부작위에 의하여 기본권을 침해당하고 있다.

(2) 가사 2분법에 따른다 하더라도 이 사건의 경우 위 조약에 따라 입법자가 입법하여야 할 사항(헌법상 입법의무의 대상이 되는 입법사항)은 일본국화폐에 의한 청구권, 다른나라의 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국책금융기관에 예치한 청구권, 기타 일본국의 지배하에 있는 금융기관에 예치한 청구권 등(그 청구권이 상속으로 인하여 승계된 것이거나 일반거래에 의하여 양수된 것이거나를 묻지 아니하고 위 청구권에 포함된다)에 관한 사항이라 할 것이나, 위 세 보상관련법률은 위 입법사항 중 일부인 일본국 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국책금융기관이었던 조선은행 등에 예치한 청구권의 보상청구권을 가지고 있는 그 본인이나 그 상속인에의 보상에 관한 사항만을 규율하고 있을 뿐, 나머지 입법사항에 대하여서는 불완전 또는 불충분하게나마도 규율한 바가 전혀 없어, 진정입법부작위의 경우로 보아야 한다.

反對意見에 관한 재판관 김진우의 補充意見

나. 이 사건 헌법소원심판의 對象은 1945. 8. 15.이후에 非通常的 去來에서 이루어진 대일민간청구권 중 청구인 주장의 청구권에 대한 補償立法을 하지 아니한 입법부작위의 위헌여부이고, 請求趣旨

국 국민이 귀국할 때에 일본국정부기관에 기탁한 기탁금

6. 일본국에 본점을 둔 일본국의 생명보험회사에 대한민국 또는 일본국에서 납입한 보험료와 수취하게 된 보험금

7. 대한민국에 본점을 둔 법인의 일본국에 있던 지점의 재산정
이로 인하여 생긴 잉여금중 대한민국 국민인 주주의 지분

8.~9. 생략

舊 對日民間請求權申告에 관한法律 제2조(보상의 대상) ①청구
권의 보상은 대일민간청구권신고에 관한법률(이하 "청구권신고법"
이라 한다) 제6조의 규정에 의하여 대일민간청구권신고관리위원
회에서 증거 및 자료의 적부를 심사하여 당해 청구권신고의 수
리가 결정된 것을 대상으로 한다.

단서 생략

②~④ 생략

憲法裁判所法 제69조

【참조 판례】

1989. 7. 28. 선고, 89헌마1 결정

1991. 9. 16. 선고, 89헌마151 결정

1993. 3. 11. 선고, 89헌마79 결정

1993. 9. 27. 선고, 89헌마248 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구외 김○준은 8. 15. 해방이전에 중국으로 건너가 호북성 한구시(湖北省 漢口市)에 거주하면서 여러가지 사업을 하여 많은 재산을 축적하였는바, 1945. 8. 하순에야 해방의 소식을 듣고 같은 해 9. 2.부터 9. 6.까지 사이에 3회에 걸쳐 별지목록 기재와 같이 일화 5,020,000엔 및 미화 5,000,000달러를 일본국책은행인 주식회사 대만은행 한구(漢口)지점을 통하여 동 은행 일본 큐슈 후꾸오까(九州 福岡)지점으로 송금하였으므로 위 은행(주식회사 대만은행은 연합국사령관의 명령으로 1945. 9. 30.경 폐쇄조치되었으며 1957. 7. 29. 청산종료되었음)의 후신으로 설립된 일본무역신용주식회사에 대하여 동액의 채권(이하 "이 사건 청구권"이라 한다)을 갖고 있었다고 한다. 그런데 1964. 6. 22. 체결되고 같은 해 12. 18. 발효된 "대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정"은 1945. 8. 15. 전후를 불문하고 대일청구권(對日請求權) 전부를 일괄타결한 것으로 해석되고 있음에도 불구하고 위 협정에 근거하여 제정된 국내법인 "청구권자금의운용및관리에관한법률", "대일민간청구권신고에관한법률" 및 "대일민간청구권보상에관한법률" 등은 1945. 8. 15. 이전에 취득한 대일민간청구권(對日民間請求權)만을 그 보상대상으로 규정하였기 때문에 위 김형준은 이 사건 청구권에 대한 보상을 받지 못하고 있다가 1979. 12. 12.경 이를 청구인에게 양도하고 1980. 8. 9. 위 일본무역신용주식회사에 대하여 채권양도통지를 하였으며 그 후 사망하였는바, 국회가 이 사건 청구권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 취득된 대일민간청구권의 보상에 관한 법률을 제정하지 아니함으로써(즉, 입법부작위로 인하여) 청구인의 평등권과

재산권이 침해되었다 하여 1994. 6. 3. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은, 과연 이 사건 청구권에 대한 보상의 내용 및 절차 등에 관하여 규정한 법률이 제정되지 아니하였는지, 제정되지 아니하였다면 그 "입법부작위"가 어떤 유형의 것인지, 그리고 그 "입법부작위"로 인하여 청구인 주장의 기본권이 침해되었는지의 여부 등이다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 1951. 9. 8. 미국 샌프란시스코에서 체결되고 1952. 4. 28. 그 효력을 발생한 연합국과 일본국과의 평화조약 제21조, 제4조에 의거, 한일 양국은 1965. 6. 22. "대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정"(조약 제172호, 이하 "이 사건 협정"이라 한다)을 체결하였다. 이 협정 제1조, 제2조와 이 협정에 대한 합의의사록(1965. 12. 18. 조약 제173호) 제2조 (b)호, (d)호, (g)호 및 한일회담에서 한국측이 제출한 "한국의 대일청구요강"(소위 8개 항목)에 의하면, 대한민국이 일본국으로부터 3억불의 무상자금과 2억불의 차관자금을 제공받되 이로써 이 협정 제2조 제2항에 규정된 예외사항을 제외하고는 양국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 "완전히 그리고 최종적으로 해결된 것"으로 확인되었으므로, 더 이상 일본국이나 그 국민에 대한 청구권을 주장할 수 없게 되었으며 청구인의 이 사건 청구권도 이 협정에 의하여 일괄타결된 대

일청구권에 포함된 것이다.

(2) 그런데, 위 협정에 의거하여 제정된 국내법인 "청구권자금의운용및관리에관한법률"(1966. 2. 19. 법률 제1741호, 이하 "청구권자금법"이라 한다.) 제5조 제1항에서는 대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간 청구권만 보상하도록 규정하였고, 위 법률에 의거하여 보상의 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항을 정하기 위해 제정된 "대일민간청구권신고에관한법률"(1971. 1. 19. 법률 제2287호, 이하 "청구권보상법"이라 한다) 및 "대일민간청구권보상에관한법률"(1974. 12. 21. 법률 제2685호, 이하 "청구권보상법"이라 한다)도 신고 및 보상의 대상을 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국 및 일본국민에 대한 민간청구권만으로 제한하고, 이 사건 청구권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 취득한 것으로서 이 사건 협정에 의해 일괄타결된 대일민간청구권의 보상에 관하여는 아무런 규정을 두지 아니하였다.

(3) 국가는 일본과 1965. 6. 22. 이 사건 협정을 체결함으로써 국민의 대일민간 청구권을 소멸시키고, 그 대가로 일본으로 무상자금 3억불과 차관자금 2억불을 제공받았다. 그렇다면 국가는 대일민간청구권자들에게 자신이 제공받은 자금으로 즉시 이를 상환하여 줄 의무가 있는 것이고, 그에 대한 법률의 규정은 국가의 당연한 의무를 확인해 주는 것에 불과하다. 만약 국가가 일본과의 협정을 통해 자국민의 대일청구권을 권리자의 동의도 없이 자의로 소멸시키고 그 대신 받아온 청구권자금을 자의적으로 처리할 수 있다고 한다면, 이는 국가가 자국민의 대일청구권을 일방적으로 몰취, 행사하여 자국민의 희생으로 불법 내지 부당한 이득을 취하는 결과가

된다.

(4) 그러므로 국가의 입법기관인 국회는 마땅히 청구인의 이 사건 청구권을 보상하는 내용과 절차를 규정하는 법률을 제정하여야 함에도 불구하고 아직까지 이를 제정하지 않고 있다. 국회가 이러한 법률을 제정하지 아니함으로 인하여 청구인은 이 사건 청구권에 관한 보상을 받지 못하고 있으니 결국 이러한 입법부작위로 말미암아 청구인들의 평등권과 재산권이 침해당한 것이어서 그 위헌확인을 구하는 것이다.

나. 법무부장관의 주장

(1) 입법부작위에 대한 헌법소원은, 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 이를 방치하고 있거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 작위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에만 인정된다. 그런데 이 사건 입법부작위는 이러한 경우에 해당하지 아니하므로 이 사건 심판 청구는 부적법하다.

(2) 이 사건 청구권은, 주식회사 대만은행이 연합국사령관의 명령으로 폐쇄조치된 후 1957. 7. 29. 청산완료됨에 따라, 그 행사의 상대방을 영구히 상실함으로써 목적달성이 불가능하다는 점에서, 우리 나라와 일본은 모두 채권의 소멸시효를 10년으로 규정하고 있는데 이 사건 청구권은 1945. 8. 15. 직후에 취득한 것이므로 이미 소멸시효가 완성되었다는 점에서, 청구인이 이 사건 청구권을 양수하였다고 주장하는 1979. 12. 12.부터 기산하더라도 10년이 경과한 1989. 12. 12에 소멸시효가 완성되었다는 점에서 결국 이 사건

청구권은 이미 소멸하였으며, 따라서 청구인은 현재, 직접 자기의 기본권을 침해받고 있는 자가 아니어서 청구인적격이 없으므로, 이 사건 심판청구는 이 점으로서도 부적법하다.

3. 판 단

가. 넓은 의미의 "입법부작위(立法不作爲)"에는,

① 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 "입법행위의 흠결(L cke)이 있는 경우"(즉, 입법권의 불행사)와 ② 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전, 불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 "입법행위에 결함(Fehler)이 있는 경우"(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)가 있는데, 일반적으로 전자를 진정(眞正)입법부작위, 후자를 부진정(不眞正)입법부작위라고 부르고 있다.

그런데 우리 재판소의 판례에 의하면, 이른바 "진정입법부작위" 즉 본래의 의미에서의 입법부작위를 대상으로 하여 헌법소원을 제기하려면 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 불구하고 입법자가 상당한 기간내에 이를 이행하지 아니하거나 또는 헌법의 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우이어야 하고, "부진정입법부작위"를 대상으로, 즉 입법의 내용·범위·절차 등의 결함을 이유로 헌법소원을 제기하려면 이 경우에는 결함이 있는 당해 입법규정 그 자체를 대상으로 하여 그것이 평등의 원칙에 위배된다는 등 헌법위반을 내세워 적극적인 헌법소원을 제기하여야 하며, 이 경우에는 헌법재판소법 소정

의 제소기간(청구기간)을 준수하여야 한다(우리 재판소 1989. 선고 89헌마1 결정;1993. 3. 11, 선고 89헌마79 결정;1993. 9. 27. 선고 89헌마248 결정 등 참조).

나. 그러므로 청구인이 주장하는 이 사건 입법부작위가 위 두 가지의 유형중 그 어느것에 해당하는지를 살펴보기로 한다.

(1) 1951. 9. 8. 미국 샌프란시스코에서 체결되고 1952. 4. 28. 그 효력을 발생한 연합국과 일본국과의 평화조약 제21조, 제4조, 이에 의거하여 1965. 6. 22. 한일 양국간에 체결된 이 사건 협정 제1조, 제2조, 이 사건 협정에 대한 합의의사록(1965. 12. 18.조약 제173호) 제2조의 규정들을 종합하여 보면, 이 사건 청구권은 이 사건 협정 제2조 제2항의 예외사항에 해당하지 아니하고 따라서 이 사건 협정의 적용을 받아 일괄타결된 대일민간청구권에 포함된 것이라고 보여진다.

(2) 청구인은 이 사건 청구권에 대하여 보상입법을 하지 않고 있는 입법부작위가 위헌이라고 주장하고 있으므로, 먼저 청구권자금법 등 이 사건 협정에 의거하여 제정된 보상관계입법의 내용에 관하여 살펴본다.

청구권자금법은 이 사건 협정에 의하여 수입(受入)되는 자금을 효율적으로 운용·관리 또는 도입함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 동법 제5조 제1항은 "대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금중에서 보상하여야 한다."라고 규정하고, 같은 조 제2항은 "전항의 민간청구권의 보상에 관한 기준·종류·한도 등의 결정에 필요한 사항은 따로 법률로 정

한다."라고 규정하고 있다.

한편, 청구권신고법은 청구권자금법 제5조 제1항에 규정된 대일민간청구권의 정확한 증거와 자료를 수집함에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 같은 법 제2조 제1항은 신고대상의 범위를 "1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자를 제외한 대한민국국민(법인을 포함한다)이 1945년 8월 15일 이전(제1호·제5호 및 제7호에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다)에 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다)에 대하여 가졌던 청구권 등으로서 다음 각호에 계기하는 것"이라고 규정하고 있다. 그리고 청구권보상법은 청구권자금법 제5조 제2항의 규정에 의하여 대한민국국민이 가지고 있는 일본국에 대한 민간청구권의 보상에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 것인데(제1조), 같은 법 제2조 제1항은 "청구권신고법 제6조의 규정에 의하여 대일민간청구권신고관리위원회에서 증거 및 자료의 적부를 심사하여 당해 청구권신고의 수리가 결정된 것"을 보상의 대상으로 하고 있다.

위와 같이 청구권자금법 제5조 제1항은 "대한민국국민이 가지고 있는 1945년 8월 15일 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권"만을 보상의 대상으로 규정하였지만, 그후에 제정된 청구권신고법 제2조는 이 범위를 넘어 일정한 경우(같은 조 제1항 제1·5·7호의 경우)에는 1945. 8. 15. 이후에 취득된 청구권까지도 신고대상의 범위에 포함시키고 있으며, 청구권보상법은 청구권신고법이 정한 신고대상 청구권 중 신고관리위원회에서 신고를 수리한 것만을 보상해 주도록 하고 있으므로, 결국 대일민간 청구권 중 어떤 것이 보상을 받

고, 어떤 것이 보상을 받지 못하는지의 여부는 오로지 청구권신고법의 규정, 특히 동법 제2조 제1항의 규정내용에 달려 있다고 보여진다. 그러므로 이 조항을 중심으로 이 문제를 살펴 본다.

(3) 청구권신고법 제2조 제1항은 우선 "1947년 8월 15일부터 1965년 6월 22일까지 일본국에 거주한 일이 있는 자"의 청구권을 신고대상에서 배제하고 있다. 이는 이 사건 협정 제2조 제2항 (a)호를 염두에 둔 규정이다. 이 (a)호는 이 사건 협정의 일괄타결에서 제외된 사항이므로 여기에 해당하는 청구권에 관하여는 보상을 할 필요가 없음이 당연하고, 따라서 신고대상에서 배제하고 있는 것이다.

다음으로, 청구권신고법 제2조 제1항은 청구권자금법 제5조의 규정에 맞추어 원칙적으로 "1945년 8월 15일 이전에" 일본국 및 일본국민(법인을 포함한다)에 대하여 가졌던 청구권을 신고대상으로 하고 있다. 같은 항의 제 2·3·4·6·8·9호에 계기된 청구권은 모두 위 일자 이전의 것만을 신고대상으로 한다.

그러나 한편, 같은 항 제1·5·7호에 계기된 청구권에 관하여는 예외적으로 그 취득시기가 1945. 8. 15.전이건 후이건 불문하고 신고의 대상으로 하고 있다. 이 제1·5·7호는 이 사건 협정 제2조 제2항 (b)호에 대응하는 규정으로 이해된다. 즉 이 (b)호는 1945. 8. 15. 이후에 "통상의 접촉의 과정"에 있어 취득된 청구권을 일괄타결의 대상에서 제외한 규정인 바, 이 사건 협정에 대한 합의의사록 제2조 (d)호에 의하면 "종전후에 발생한 특수한 상태하에서의 접촉"은 위(b)호 소정의 "통상의 접촉"에 포함되지 아니한다고 규정되어 있으므로 이러한 것들에 대하여는 보상을 하여야 할 것인데, 위 제

1·5·7의 각호는 바로 이와 같은 1945. 8. 15. 이후에 비통상의 접촉의 과정에 있어 취득된 청구권에 대한 보상을 실현하기 위하여 마련된 규정으로 보인다.

이와 같이 청구권신고법 제2조 제1항은 이 사건 협정에 의하여 일괄타결된 대일민간청구권의 보상에 관하여 동 협정의 분류(즉, 1945. 8. 15. 이전에 취득한 것과 그후에 취득한 것)에 대응하여 각 사례별로 나름대로의 입법적 규율을 행하고 있음을 알 수 있다. 그런데 청구인의 이 사건 청구권은 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권의 하나로 보여짐에도 불구하고 청구권신고법 제2조 제1항 제1·5·7호 소정의 신고대상 청구권에 포함되어 있지 않는 것 같다. 이 사건 청구권은 위 신고법 제2조 제1항 제1·5·7호의 그 어느 것에도 해당한다고 볼 수 없기 때문이다(만약 견해를 달리하여 이 사건 청구권이 이 조항 제1·5·7호 소정의 신고대상 청구권 중 그 어느 것이라도 해당되는 것이라면, 국회는 이 사건 청구권의 보상에 관하여 입법을 한 것임이 분명하므로 청구인 주장의 "입법부작위"는 애당초 존재하지 아니한 것이어서 바로 그 이유로 이 사건 심판청구는 부적법하다).

(4) 이와 같이, 이 사건 청구권이 신고 및 보상의 대상에 포함되어 있지 않고 그 결과로 청구인이 보상을 받지 못하게 된 것은, 입법자가 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권에 관한 보상입법을 불완전·불충분하게 함으로써 입법의 결함이 생겼기 때문이지, 입법자가 그러한 청구권에 관한 보상입법을 하지 않았기 때문은 아니다. 입법자는 위에서 본 바와 같이 1945. 8. 15. 이후 비통상의 접촉의 과정에서 취득된 청구권에 관하여서도 나름

대로의 입법적 규율을 행한 것이다.

그 입법적 규율에 있어서 입법자가 이 사건 청구권과 같은 사례를 포함시키지 아니한 이유는 분명치 않다. 입법자가 부주의로 또는 이 사건 협정의 취지를 오해하여 이 사건 청구권과 같은 사례를 누락하였을 수도 있고, 여러가지 사정을 고려하여 의도적으로 배제한 것일 수도 있다. 후자의 경우라 할지라도 입법행위가 있었다는 결론에는 변함이 없다. 왜냐하면 그 경우에도 이 사건 청구권에 대한 보상을 할 것인가에 관한 입법자의 응답이 전혀 없다고 볼 것이 아니라 이 사건 청구권과 같은 성격의 것에 대한 보상은 이를 거부한다는 입법자의 소극적 응답이 포함되어 있다고 볼 수 있기 때문이다.

청구인은 이 사건 청구권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 취득된 대일민간청구권에 대하여는 입법자가 아무런 보상입법을 하지 않고 있다는 취지로 주장하나, 이는 위에서 본 바와 같은 청구권신고법 제2조의 규정내용을 상세히 살피지 아니한 데에서 온 잘못된 주장이다.

다. 그렇다면 이 사건 심판의 대상인 청구인 주장의 입법부작위는 헌법소원의 대상이 될 수 있는 진정한 의미에서의 입법부작위가 아니고 이른바 "부진정입법부작위"임이 분명하다. 그런데 앞서 본 청구권자금법, 청구권신고법 및 청구권보상법은 1982. 12. 31. 법률 제3613호(청구권자금의운용및관리에관한법률 폐지법률), 및 법률 제3614호(대일민간청구권신고에관한법률 폐지법률) 및 법률 제3615호(대일민간청구권보상에관한법률 폐지법률)로 모두 폐지되었다. 따라서 청구인으로서 "헌법재판소법 제69조 제1항이 정한 청구기간내에"

청구권신고법 등 보상관계입법의 관계규정과 각 그 폐지법률을 대상으로하여 그것이 헌법위반이라는 적극적인 헌법소원을 제기 하여야 하는바, 청구인이 주장하는 위 보상관계입법들에 의한 기본권침해는 헌법재판소가 발족하기 이전의 일이므로 이러한 경우 그 청구기간의 기산점은 헌법재판소가 구성된 1988. 9. 19. 이라고 함이 우리 재판소의 확립된 판례이다(1991. 9. 16. 선고 89헌마151 결정 등 참조). 그런데 청구인의 이 사건 헌법소원은 1988. 9. 19.부터 헌법재판소법 제69조 제1항소정의 청구기간인 180일을 훨씬 경과한 1994. 6. 3.에 제기되었으므로 그 청구기간을 도과하였음이 분명하다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하므로 더 나아가 판단할 것도 없이 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우, 이재화, 조승형의 아래 5기재와 같은 반대의견과 이 반대의견에 관한 재판관 김진우의 아래 6기재와 같은 보충의견이 있는 외에는 그 나머지 재판관 전원의 의견 일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견

우리는 다음과 같은 이유로 이 사건 심판청구의 적법성을 인정하고 본안판단을 하여야 한다는 의견이므로 다수의견에 반대한다.

가. 이 사건의 심판대상은 1945. 8. 15. 이후에 비통상적으로 이루어진 대일민간청구권에 대한 보상입법을 하지 아니한 입법부작위에 의한 청구인의 기본권이 침해되었는지의 여부이다.

즉

청구인은 1945. 8. 15. 이전에 이루어진 대일민간청구권에 대한 보상입법에 관하여서는 자기관련성이 없어 주장한 바도 없고 주장할 필요도 없으며 1945. 8. 15. 이후에 비통상적으로 이루어진 대일민간청구권에 대한 보상입법이 없었다고 주장하고 있기 때문이다(보상입법의 유무는 판단문제에 불과하다).

나. 우리 헌법재판소는 입법부작위로서 헌법소원심판의 대상이 되는 경우에 관하여, "헌법에서 기본권 보장을 위하여 명시적으로 그 내용과 범위를 한정하여 법령에 그 입법을 위임하였을 때 또는 헌법해석상 특징인 내지 특정집단에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 전혀 이런 조치를 취하지 않은 경우에 국한한다"는 판례를 확립(헌법재판소 1989. 3. 17. 선고, 88헌마1결정;1991. 9. 16. 선고, 89헌마163결정;1991. 11. 25. 선고, 90헌마19결정 참조)하고 있는바, 이 사건 심판청구의 대상인 입법부작위가 위와 같은 적격요건을 구비하고 있는지가 문제가 될 뿐이다.

이 사건에서 청구인이 침해를 당하였다고 주장하는 기본권인 재산권에 관한 헌법 제23조 제1항은 그 해석상 청구인과 같은 특징인 내지 특정집단에게 보상청구권이라고 하는 구체적인 재산권적 기본권을 인정한다고 볼 수 있고, 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 다음에서 보는 바와 같이 헌법 해석상 명백하다.

(1) 대일민간청구권보상의 대상에 1945. 8. 15. 이전은 물론 그 이후라도 비통상적인 접촉의 과정에서 이루어진, 대한민국 민간인의, 일본국 및 일본국국민에 대한 모든 청구권이 해당된다고 인정되는

점,

이 사건 조약 제1조 제1항(a)는 "현재의 1,080억 일본원(日本圓)으로 환산되는 3억 아메리카 합중국불(\$300,000,000)과 동등한 일본원(圓)의 가치를 가지는 일본국의 생산물 및 일본용역을, 본협정의 효력발생일부터 10년기간에 걸쳐 무상으로 제공한다……"라 규정하고, 제2조 제1항은 "양체약국은, 양체약국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양체약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 1951. 9. 8.에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조(a)에 규정된 것을 포함하여, 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다"라 규정하고, 제2조 제2항(b)는 "본 조의 규정은 다음의 것(본 협정의 서명일까지 각기 체약국이 취한 특별조치의 대상이 된 것을 제외한다)에 영향을 미치는 것이 아니다.……(b) 일방체약국 및 그 국민으 재산, 권리 및 이익으로서 1945. 8. 15. 이후에 있어서의 통상의 접촉의 과정에 있어 취득되었고 또는 타방체약국의 관할하에 들어 오게 된 것"이라 규정하여 1945. 8. 15. 이후에 있어서의 비통상적인 접촉의 과정에 있어 취득된 청구권은 위 제2조 제1항의 적용대상이 됨을 명백히 하였고 다수의견이 지적하는 바와 같이 이 사건 조약에 대한 합의의사록 제2조(d)가 이를 확인하고 있다. 따라서 이 조항이 구 군정법령 제57호 규정에 의하여 지정된 금융기관에 예입한 예입금인지 여부와 청구권이 승계된 것인지 여부를 불문하고, 이 사건 채권과 같은 경우의 모든 민간인채권이 이 사건 조약에서 일본국이 지불하기로 한 3억불의 무상자금에 포함되는 것이라고 인정할 수 있는 근거라 보여진다[다만 이 사건 조약의 서명일까지 대한민국과 일본국이 각각 취한 특

별조치의 대상이 된 것은 제외한다고 하였으나, 위 합의의사록 (2)항(b)에서 "특별조치라 함은, 일본국에 관하여는, 제2차 세계 대전 전투상태의 종결의 결과로 발생한 사태에 대처하여 1945. 8. 15. 이후 일본국에서 취해진 전후처리를 위한 모든 조치 (1951. 9. 8.에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조(a)의 규정에 의거하는 특별약정을 고려하여 취해진 조치를 포함함)를 말하는 것으로 양해되었다"라고만 규정하고 있을 뿐이므로, 종전의 결과로 발생한 사태에 대처하여 패전국인 일본국이 이 사건 채권의 경우와 같은 대한민국 민간인의 청구권을 일방적인 조치로 소멸시킬 수 없음이 국제법상 명백함을 확인하고 있으며, 따라서 위와 같은 제외례가 이 사건 채권에는 해당되지 않는다 할 것이다].

(2) 이 사건 채권과 같은 경우의 대일민간청구권을 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 볼 수 있는 점.

위 (1)항에서 실시한 바 있는 이 사건 조약 제1조 제1항 규정의 3억불 무상자금을 일본국이 대한민국에 제공하는 조건으로 같은 조약 제2조 제1항에서 규정한 바와 같이 대일민간청구권에 관하여 완전히 그리고 최종적으로 해결(채권소멸)하는 것이고, 이 사건 채권과 같은 경우의 대일민간청구권도 위 3억불 무상자금에 포함된다 함은 위(1)항에서 본 바와 같으므로, 국가는 이 사건 조약이 발효된 1965. 12. 18.부터 이 사건 채권과 같은 대일민간청구권을 보장할 행위의무 내지 보호의무가 발생하였다고 보여진다.

(3) 이 사건의 경우 이 사건 채권과 같은 대일민간청구권부분에 대하여는, 이 사건 조약에 근거하여 위 청구권자금법, 청구권신고법, 청구권보상법 등 3법을 입법하면서도 그 청구권의 신고 및 보상의 대상에서 제외시키고 있는 등 아무런 보장규정을 마련하고 있

지 않을 뿐 아니라 그 이후 현재까지도 신고 및 보상에 관한 아무런 입법을 하지 아니하고 있는바, 청구인은 이러한 입법부작위에 의하여 바로 청구인 주장의 기본권을 침해당하고 있다고 할 것이며, 이와 같이 보는 것이 우리 재판소의 위 판례의 취지에 합당하다고 할 것이다.

다. 입법부작위를 진정·부진정의 두 경우로 나누어 전자의 경우에 한해서만 입법 부작위의 위헌성을 논할 수 있다는 다수의 견은, 독일연방헌법재판소가 초기에 유지하고 있었던 2분법에 불과하며, 근래에 위 재판소도 이 2분법의 기준이 애매모호하여 국민의 기본권 보호에 실효성이 없음을 인정하고 있는 실정이므로, 그 점에서도 다수의견은 납득할 수 없다.

라. 가사 위와 같은 2분법에 따른다고 하더라도 이 사건 심판대상의 입법부작위는 진정입법부작위에 포함된다고 보아야 한다.

(1) 다수의견이 진정·부진정 입법부작위를 판단하는 기준을 어디에 두고 있는지는 불명하나 대일민간청구권에 대한 입법이 있었는지 여부에만 두고 있음은 분명하며, 이와 같은 기준에 의하여 이 사건의 경우가 부진정입법부작위의 경우에 해당한다고 주장하고 있다. 살피면,

독일 연방헌법재판소는 부진정입법부작위의 경우를 예컨대 헌법상 입법의무의 대상이 되는 입법사항이 여러 가지로 나누어져 있을 때에 각 입법사항에 관하여 모두 규율하고 있으나 입법자가 질적·상대적으로 불완전 불충분하게 규율하고 있는 경우를 말하고 있으며, 이와는 달리 위 입법사항들 중 일부의 입법사항에 대하여는 규율하면서 나머지 일부의 입법사항에 관하여서는 전혀 규율하고 있

지 아니한 경우에는 즉 양적·절대적으로 규율하고 있지 아니한 경우에는 진정입법부작위로 보고 그 위헌성여부를 판단한 사례들이 많다.

이러한 입장에서 살펴보면,

이 사건 조약 제2조 제2항(b), 위 합의의사록 제2조(d)가 1945. 8. 15. 이후에 비통상의 접촉과정에서 취득한 청구권이면 아무런 제한없이 모두 이 사건 조약상의 청구권 자금에 포함되어 있음을 명백히 하고 있다함은 앞에서 본 바와 같은바, 위 조약 등이 확인하고 있는 청구권은 그것이 일본국 국책은행이든 아니든간에 일본국의 지배하에 있는 금융기관에 예입하거나 송금한 예입금이라면, 그 예입된 화폐가 일본국의 화폐이거나 다른 나라의 화폐이거나를 묻지 아니하며, 그 청구권이 상속으로 인하여 승계된 것이거나 일반거래에 의하여 양수된 것이거나를 묻지 아니하고, 모두가 위 조약상의 청구권에 포함된다고 보아야 할 것이다. 따라서 위 조약에 따라 입법자가 입법하여야 할 입법사항은 일본국 화폐에 의한 청구권, 다른 나라의 화폐에 의한 청구권, 일본국의 국책금융기관에 예치한 청구권, 기타 일본국의 지배하에 있는 금융기관에 예치한 청구권 등이라 할 것이다.

그러나 위 청구권자금법은 제5조 제1항에서 "대한민국국민이 가지고 있는 1945. 8. 15. 이전까지의 일본국에 대한 민간청구권은 이 법에서 정하는 청구권자금 중에서 보상하여야 한다"라고 규정하여 1945. 8. 15. 이후의 위 청구권에 대하여 보상하지 않음을 명백히 하고 있음에 반하여 위 청구권신고법은 다수의견에서 본 바와 같이 제2조 제1항 제1·5·7호에서 1945. 8. 15. 이후에 비통상의 접촉과정

에서 취득한 청구권에 대한 보상을 실현하기 위한 규정을 두고 있으나 그 청구권중에서 구 군정법령 제57호 일본은행권·대만은행권의 예입규정에 의하여 지정된 금융기관에 예입한 예입금 등만을 신고대상으로 하고 있을 뿐(위 법조항 제1호)이고, 위 청구권 보상법은 제2조 제3항에서 청구권의 보상을 받을 권리가 있는 자와 동일인이 아닌 경우 즉 청구권을 인수한 자에 대하여서는 청구권자로부터 보상금수령의 위임을 받거나 상속인이 아닌 한 보상하지 않을 것을 규정하고 있다. 다시 말하면 위 3법은 위 여러개의 입법사항중 일본국 화폐에 의한 청구권의 보상, 일본국의 국책금융기관이었던 조선은행, 조선식산은행, 조흥은행, 조선상업은행, 조선신탁회사, 조선저축은행, 금융조합연합회(위 군정법령 제2조 지정 금융기관)에 예치한 청구권의 보상, 청구권을 가지고 있는 그 본인이나 그 상속인에의 보상에 관한 입법사항에 대하여서만 규율하고 있을 뿐, 나머지 입법사항에 대하여서는 불완전 또는 불충분하나마 규율하려고 한 바도 없는 등 전혀 규율하고 있지 아니하고 있다.

그렇다면 이러한 경우는 진정입법부작위의 경우라고 봄이 마땅하다.

(2) 이 사건의 경우를 보면,

청구인은 1979. 12. 12.청구의 김형준으로부터 다음의 송금청구권을 양수하였고 위 김형준은 1945. 9. 2.과 같은 달 6.에 일본국화폐 20,000엔과 같은 5,000,000엔을 위 3법의 지정금융기관이 아닌 대만은행 후꾸오까지점을 통하여 송금하였고, 같은 달 3.에 미국화폐 5,000,000불을 위 지점을 통하여 송금하였던 청구권을 가지고 있다가 위와 같이 청구인에게 이를 모두 양도하였음을 인정할 수 있으

나, 청구인은 위 (1)항에서 본 바와 같은 진정입법부작위로 인하여 대일청구권 신고조차도 할 수 없게 됨으로써 위 재산권을 침해당하였음을 인정할 수 있다.

그러나 다수의견은 이 사건의 경우가 위 3법의 보상대상에 포함되어 있지 않음을 시인하면서도 부진정입법부작위라고 강변하고 있으며 심지어는 입법자가 재량으로 이 사건의 경우와 같은 경우에는 보상을 거부하는 의사를 표명한 것이라고 주장하면서도 이를 거부하는 이유가 구체적으로 어떠한 것인지에 관하여는 설명을 피하고 있는 등 납득하기 어려우므로 부당하다.

마. 이 사건 심판청구는 위의 진정입법부작위가 현재까지도 계속하고 있으므로 심판청구기간을 도과한 바가 없다(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 89헌마2 결정 참조).

바. 그렇다면 이 사건 심판청구는 그 어느 경우나 적법하므로 본안판단을 하였어야 할 것으로 믿으며 이에 반하는 다수의견에 대하여 반대하는 것이다.

6. 위 5.의 반대의견에 관한 재판관 김진우의 보충의견

가. 청구인의 청구취지나 청구이유를 살펴보면 청구인은 입법자가 자신의 채권과 같이 1945. 8. 15. 이후에 비통상적인 거래에서 발생한 대일민간청구권을 위한 보상입법을 행하고 있지 아니함으로써 자신의 헌법상 보장된 재산권과 평등권을 침해하고 있음을 주장하면서 입법부작위의 위헌확인을 구하고 있음이 분명하다. 그러한 한 이 사건 헌법소원의 심판의 대상은 1045. 8. 15. 이후에 비통상적 거래에서 이루어진 대일민간청구권중 청구인 주장의 청구권에 대한 보상입법을 하지 아니한 것의 위헌여부라고 보아야 한다.

나. 그럼에도 다수의견은 심판의 대상과 이 사건 헌법소원심판청구의 적법성 판단에 있어서 제기되는 쟁점을 혼동하면서 청구인 주장의 전취지로 보아 심판의 대상은 이 사건 청구권에 대한 보상의 내용 및 절차 등에 관하여 법률이 제정되지 아니하였는지, 제정되지 아니하였다면 그 "입법부작위"가 어떤 유형의 것인지, 그리고 "입법부작위"로 인하여 청구인주장의 기본권이 침해되었는지의 여부로 보고 있다.

다수의견은 그와 같이 심판대상을 확정된 뒤에 판단부분에서 청구권자금융통제관리에관한법률, 대일민간청구권신고에관한법률, 대일민간청구권보상에관한법률을 종합적으로 해석하면 이 사건에서는 입법자가 비록 명문으로 1945. 8. 15. 이후에 발생한 대일민간청구권을 보상대상에 포함시키지는 않았으나 그 문제를 해결하기 위한 보상입법을 소극적인 형태로 이미 하였다고 볼 수 있다는 이유로, 이 사건 심판청구가 부진정입법부작위의 위헌확인, 다시 말하면 이미 폐지된 대일민간청구권보상에관한법률 등의 위헌확인을 구한 것으로 본다는 설시도 없이, 이 사건 헌법소원은 그러한 위헌확인청구에 관한 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간을 경과한 후에 제기된 것이어서 부적법하다는 이유로 각하하고 있다.

다. 소위 심판청구의 전환은 청구인에게 이익이 되는 방향으로 청구취지를 재해석할 여지가 있거나 청구취지가 모호하거나 다의적이어서 여러 관점에서 심판청구의 적법성을 검토할 필요가 있는 경우에는 의미가 있으나, 이 사건에 있어서 다수의견은 청구인에게 이익되는 방향으로 청구취지를 재해석한 것도 아니고, 이 사건 헌법소원심판의 청구취지가 모호하게 기재되어 있거나 다의적인

것 도 아니고, 청구인이 무지로 심판대상을 잘못 선정한 경우가 아니라, 오히려 청구인이 소원청구의 적법요건 중 청구기간이라는 장벽을 우회하기 위하여 입법부작위의 위헌확인으로 청구취지를 구성한 경우일 수 있기 때문에 헌법재판소가 직권으로 청구취지를 변경할 여지는 없다고 할 것이다, 하물며 청구인에게 불이익한 청구취지를 재판부가 임의로 선정하여 청구인에게 불이익한 심판을 할 수는 없는 것이다, 헌법재판소가 그와 같이 청구취지를 정정하거나 임의로 선정한다면 헌법소원심판의 청구나 그 심판대상의 선정과 관련하여 원칙적으로 타당한 당사자처분권주의에도 반할 소지가 있다.

라. 따라서 다수의견과 같이 입법자가 문제의 규율대상을 소극적인 형태로나마 법류로 이미 규율하였고 따라서 입법부작위가 존재하지 아니하여 이 사건 심판청구가 청구기간에 관한 규정의 적용범위 밖에 있는 진정입법부작위에 대한 헌법소원의 적법요건을 충족하지 못한다고 본다 하더라도 이 사건 심판청구를 입법부작위의 소원요건을 충족하지 못한 것으로 각하하여야 할 것이지, 법률에 대한 헌법소원으로 청구취지를 전환 내지 임의로 선정한 후에 이를 다시 청구기간의 경과를 이유로 각하할 것은 아니라고 본다.

마. 이상과 같은 이유로 다수의견에 대하여 반대하여 보충의견을 개진한다.

1996. 10. 31.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우
재판관 김문희
주 심 재판관 황도연
재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

관세법 제182조 제2항 위헌제청

(1996. 11. 28. 96헌가13 전원재판부)

[판례집 8권2집, 507~525]

【관시 사항】

1. 法律條項 중 關聯事件의 裁判에서 適用되지 않는 부분도 違憲審査의 對象이 될 수 있는지 여부
2. 關稅法 제182조 제2항의 違憲與否

【결정 요지】

1. 법률조항 중 關聯事件의 裁判에서 적용되지 않는 내용이 들어 있는 경우에도 提請法院이 단일 조문 전체를 違憲提請하고 그 조문 전체가 같은 심사척도가 적용될 위헌 심사대상인 때에는 그 조문 전체가 審判對象이 된다고 할 것이며, 關稅法 제182조 제2항과 같이 병렬적으로 적용대상이 규정되어 있는 경우라도 그 내용이 서로 밀접한 관련이 있어 같은 審査尺度가 적용될 위헌심사 대상인 경우 그 내용을 분리하여 따로 판단하는 것이 적절하지 아니하다.

2. 가. 關稅犯은 財政犯으로서 國家經濟에 미치는 영향이 크고, 조직성, 전문성, 지능성, 국제성을 갖춘 영리범이라는 特性을 갖고 있으며, 범행의 인지, 범인의 체포 등이 극히 어렵고, 既遂와 未遂, 未遂와 豫備를 엄격히 구별하기 어려울 뿐만 아니라 法益侵害可能性이나 危險性에 있어서도 크게 차이가 없으므로, 관세법 제182조 제2항이 관세포탈죄 등의 예비범과 미수범을 기수범에 준하여 처벌하도록 규정한 것은 관세법의 立法目的 달성을 위하여 선택된 수단 및 방법으로서 적정하다고 인정된다.

나. 관세법 제182조 제2항은 特殊한 犯罪構成要件에 해당되는 자에

한하여 특별히 既遂에 준하여 처벌하도록 규정하고 있을 뿐, 어느 特定人에 대하여 그 조항의 적용을 배제하는 것은 아니며, 위와 같이 특수한 구성요건에 해당하는 행위를 특별하게 처벌하는 이유가 秩序維持와 公共福利를 위하여 필요함에 있을 뿐, 합리적 근거없이 어느 특정인을 일반국민과 차별하거나 다른 특정 범죄와 차별하여 특별히 엄단하려 함에 있지 아니하므로 헌법 제11조의 平等原則이나 헌법 제10조의 人間的 尊嚴性 尊重原理에 반하지 아니하며 立法形成裁量權의 範圍를 逸脫한 바가 없다고 할 것이다.

재판관 김진우, 재판관 김문희, 재판관 황도연의 반대의견

관세법은 관세포탈죄와 무면허수입죄 등 주요한 관세법위반 사범들의 경우 既遂 및 未遂罪와 豫備罪를 모두 동일한 法定刑으로 처벌하도록 규정하고 있는데, 이는 우리 형법이 예비죄를 기수·미수죄와 처벌상 구분하여 責任主義를 구현하고 있는 것과는 명백히 배치된다. 관세법의 경우에는 기수 및 미수와 예비행위와의 구분이 비록 명백하지 아니한 경우가 있다고 하더라도 이는 構成要件을 合理的이고 適正하게 해석함으로써 해결할 문제이지 이를 이유로 법규정상 미수와 예비행위의 구분을 포기하여 수범자인 국민에게 불이익이 돌아가도록 하여서는 아니된다. 따라서 관세법위반의 예비죄를 본죄에 준하여 처벌하도록 규정한 이 사건 법률조항은 평등의 원칙과 적법절차의 원칙 및 기본권 제한에 관한 과잉금지의 원칙에 위반된다.

제청법원 제주지방법원(1996.4.25. 직권으로 위헌제청결정)

관련사건 제주지방법원 95고합197 관세법위반

【심판대상조문】

관세법 제182조 (미수범 등) ① 생략
② 제179조 내지 제181조의2의 죄를 범할 목적으로 그 예비를
한 자와 미수범은 각각 해당하는 본죄에 준하여 처벌한다.

【참조 조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항,

【참조 판례】

1. 1995. 11. 30. 선고, 94헌가2 결정
2. 1994. 2. 24. 선고, 92헌바43 결정
1995. 3. 23. 선고, 94헌가4 결정

【주 문】

관세법 제182조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 위헌심판 제청의 전제가 된 당해 소송사건은 제주지방법원에 계속중인 95고합197호 피고인 고○석에 대한 관세법 위반사건이다. 피고인 고○석은 1995. 9. 1. 중국으로부터 냉동 전갱이를 수입하면서 관세금 3,699,120원을 포탈하려다가 제주세관직원에게 적발되어 미수에 그친 것으로 공소제기 되었고, 위 법원은 1심재판을 진행하던중 관세법 제182조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여 1996. 5. 4. 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 관세법 제182조 제2항이며, 대상규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 위헌여부심판대상 규정

관세법 제182조 제2항 ; 제179조 내지 제181조 및 제182조의 2의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범은 각각 해당하는 본죄에 준하여 처벌한다.

(2) 관련 규정

(가) 관세법 제180조 제1항 ; 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, 제186조의 3의 규정에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.

(나) 형법 제25조 ; ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.

② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

(다) 형법 제28조 ; 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.

(라) 형법 제29조 ; 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.

2. 위헌여부심판 제청이유와 이해관계인들의 의견

가. 제청법원의 제청이유의 요지

형법상 미수범의 처벌은 장애미수의 경우는 임의적 감경을, 중지미수의 경우는 필요적 감면을 하도록 규정하고 있는 것과는 달리 관세법위반죄의 미수범에 대하여는 미수감경을 하지 못하도록 되어 있다.

미수범처벌의 근거에 관하여 주관설과 객관설의 대립이 있으나 현행 형법은 절충적 입장에서 임의적 감경을 하도록 하고 있다. 그런데 위 관세법의 규정은 미수범의 임의적 감경까지도 배제하도록 해석될 수 있어 위헌의 소지가 있는 것이다(미수범의 감경에 관한 형법총칙 규정의 적용이 배제되지 않는다고 해석하는 한 합헌으로서 한정합헌의 여지도 있다).

형법상의 미수범은 구성요건적 결과 즉 범익의 침해가 아직 발생하지 않은 것이므로 일반적인 경우에 있어서는 처벌할 수 없으나 범익침해의 결과가 발생하지 아니하였다더라도 행위자의 범죄의사 및 범익침해의 가능성을 고려하여 처벌의 필요성이 특히 강하게 요구되는 범죄에 대하여는 미수범 처벌규정을 두고, 그 처벌은 장애미수의 경우 범익침해가 없어 기수범에 비하여 가벌성이 약하므로 감경할 수 있게 하는 것이다.

그러나 다른 법에서와 달리 형법의 미수감경을 배제하고 있는 관세법의 규정은 다른 위법행위에 대한 처벌과는 형평의 원칙상 불합리한 결과가 됨은 자명하고, 특히 예비를 본죄의 기수와 동일하게 취급하고 있는 것은 형법상 책임원리에 반한다.

물론 관세법의 입법목적의 달성을 위하여 미수범도 기수범과 동일하게 처벌하는 것이 필요하다고 주장될 여지는 있지만, 조세범처벌법에서는 미수감경이 가능하도록 규정된 것을 고려하면 관세법의 미수감경배제가 차별취급을 정당화할 수 있는지 심히 의심스럽다.

형법의 기본원리인 책임원리에 의하면 책임없이 형벌없고, 책임에 상응한 형벌이 과해져야 한다. 책임원리는 헌법상의 평등 원칙에

서 파생되는 비례원칙의 형법상의 한 표현이라고 해석되는데 미수감경을 배제하고 나아가 예비도 기수범과 동일하게 처벌하는 위 관세법의 규정은 형법상의 책임원리에 반하고, 따라서 헌법 제11조의 평등원칙에 반하는 것이 된다.

나. 이해관계인들의 의견

(1) 재정경제원장관 및 관세청장의 의견

자연범인 일반 형사범의 기수범과 미수범은 법익침해결과가 확연히 구별됨에 따라 처벌형량도 차등처벌을 원칙으로 하고 있으나 관세법 제179조 내지 제181조의 2의 규정에 의한 관세범은 범죄의 실행에 착수하여 여러 단계의 절차를 거쳐서 범죄의 완성에 이르는 특성을 갖고 있어 범죄의 완성과 미완성의 의미가 실질적으로 큰 차이가 없기 때문에 미수범과 기수범을 구별하여 차등처벌하는 실익이 없다고 할 것이다.

예를 들면 관세범의 경우 "수입승인 → 수입신고 → 관세납부 → 면허"등의 일련의 과정이 종결되어야만 기수범으로 취급이 되나, 동 과정은 수입승인전 계약 등의 단계부터 명백한 범의를 가지고 실행중인 일련의 사건임을 고려할 때, 단순히 수입면허라는 형식적 절차요건을 거치지 않았다 하여 미수범 처벌을 경감하는 것은 바람직하지 않으며, 또한 관세범은 국민경제에 매우 큰 영향을 끼치므로 범죄예방측면을 고려해야 한다고 판단된다.

대법원도 관세법 제182조 규정의 미수범은 각 해당법조의 본죄에 준하여 처벌하도록 한 규정은 관세범의 특성상 자연범을 처벌하는 형법의 규범과는 달리해야 할 특수성이 인정되어 미수범을 본죄에 정한 형으로 처벌하므로서 미수경감을 아니하여 형법 규정을 배제

하고 있다(대법원 1976. 11. 23. 선고 75도363 판결)고 해석하고 있고, 관세법에 대하여 미수를 기수에 준하여 처벌하는 것은 형사정책적인 필요에 대한 입법적인 합리적 고려에 의한 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다(대법원 1980. 1. 29 선고 79도2663 판결)고 하고 있다.

(2) 법무부장관의 의견

(가) 재판의 전제성

헌법 제107조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다"라고 규정하고, 헌법재판소법 제41조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다"고 하고 있다. 그런데 제청법원에서 재판중인 위 관세법위반사건은 피고인이 관세를 포탈하려다가 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그친 사안으로서 관세포탈예비에 관한 범죄사실은 전혀 없으며, 관세법 제182조 제2항 중 예비에 관한 부분은 위 본안사건과 아무런 관련이 없어 위 부분이 위헌으로 선고된다 하더라도 위 본안사건의 판결주문이나 이유에 아무런 영향을 미치지 아니하므로 재판의 전제성이 있다고 할 수 없고, 따라서 관세법 제182조 제2항 중 예비부분에 대한 위헌심판제청은 부적법 각하되어야 할 것이다.

(나) 본안

관세법은 관세의 부과, 징수 및 수출입물품의 통관을 적정하게 하여 국민경제의 발전에 기여하고 관세수입의 확보를 도모하기 위

하여 제정한 것이며(관세법 제1조 참조), 이에 위배되는 행위를 한 자를 관세범으로 처벌하고 있다.

이러한 관세범은 관세징수의 확보를 위한 규제에 위반한 행위를 처벌한다는 점에서 재정법의 일종이고 행정법에 해당한다고 볼 수 있으며, 여기서 행위 자체의 반도덕성이나 반사회성을 이유로 처벌하는 일반 형사범과는 다른 관세범의 특징이 있다.

그리고 관세범은 통상 일련의 절차를 거치는 수출입통관의 특성상 기수와 미수, 나아가 미수와 예비를 엄격히 구별하기 곤란하고 통관절차인 수입승인이나 수입면허라는 형식적 절차를 거치지 않았다고 하여 차등 처벌할 실익이 없다.

따라서 행정의 합목적성의 관점에서 관세법은 관세범의 처벌에 관하여 일부 형법규정의 적용을 배제하고 있는데, 관세법 182조 제2항에서 제179조 내지 제181조의 2의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자와 미수범을 각 해당하는 본 죄, 즉 기수범에 준하여 처벌하도록 규정하고 있는 것도 같은 맥락이라 할 것이다.

제청법원은 다른 법에서와 달리 형법상의 미수감정규정의 적용을 배제하고 나아가 예비도 기수범과 동일하게 처벌하고 있는 관세법 제182조 제2항이 헌법 제11조의 평등원칙에 위반된다고 주장하나, 우리 헌법상 보장되는 평등이란 결코 일체의 차별적 대우를 금지하는 것이 아니라 차별할 합리적인 이유가 없는 경우에 자의적으로 차별하는 것을 금지하는 것을 의미하므로 사리에 맞는 합리적 근거가 있는 차별은 얼마든지 허용된다고 할 것이다.

이렇게 볼 때 관세법 제179조 내지 제181조의 2의 규정에 의한 관세범에 대하여 예비죄와 미수범을 기수범에 준하여 처벌하는 것은

형사정책적인 필요에 대한 입법적인 합리적 고려에 의한 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 할 수 없을 것이며(대법원 1980.1.29. 선고 79도 2663 판결 참조), 결국 관세법 제182조 제2항은 입법권자의 입법형성재량권의 범위 내에서 형사정책적인 필요에 따른 합리적인 근거를 가지고 있는 것이므로 형법상의 책임원리나 헌법상의 평등원칙에 반하는 것은 아니라고 할 것이다.

(3) 제주지방검찰청 검사장의 의견

법무부장관의 의견과 대체로 같으며, 아울러 미수범에 대한 감경규정의 적용배제는 관세법위반행위의 사회, 경제적 파급효과가 일반형사범에 비해 크다고 볼 수 있어 오히려 책임에 상응한 형벌이라고 볼 수 있고, 관세법 제194조가 관세범을 징역형에 처할 경우 작량감경을 허용하고 있어 비록 미수감경이 허용되지 않는다고 하더라도 처벌상 불합리한 결과를 가져오지 않으며, 벌금형의 경우 작량감경이 허용되지 않는다 하더라도 관세범이 재정범이며, 관세수입의 확보를 목적으로 하는 점에 비추어 보면 크게 불합리하다고 보이지 않는다. 그리고 관세법의 이러한 태도는 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하지 않으면서도 공공복리의 관점에서 그 합리적 제한인 것으로 인정된다.

3.판 단

가. 예비범에 대한 부분의 재판의 전제성

이해관계인인 법무부장관은 당해사건의 공소사실이 미수사실 뿐이므로 예비범에 대한 부분의 위헌여부심판의 제청부분은 재판의 전제성이 없다고 주장한다. 따라서 살펴보면, 헌법 제107조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원

은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다"라고 규정하고, 헌법재판소법 제41조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다"라고 규정하고 있다. 헌법재판소는 법률의 위헌여부에 대한 재판의 전제성은 첫째 구체적인 사건이 법원에 현재 계속중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률 또는 조항이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다고 하고 있다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조). 이 사건의 경우 제청법원의 위헌제청결정서 기재 사건의 개요에 의하면 피고인 고○석이 관세포탈죄의 미수범으로 공소 제기되어 1심 재판진행중인 것을 알 수 있으므로 미수부분에 관하여 재판의 전제성이 있음은 명확하나, 관세법 제182조 제2항 중 관세포탈죄의 예비에 관하여는 재판의 전제성이 있는지 여부에 관하여 의문이 있다. 그러나 재판의 전제성과 관련하여 법률조항 중 관련사건의 재판에서 적용되지 않는 내용이 들어 있는 경우에도 그 조항 전체가 위헌심사의 대상이 될 수 있는지 여부에 관하여 제청법원이 단일 조문 전체를 위헌제청하고 그 조문 전체가 같은 심사척도가 적용될 위헌 심사대상인 경우 그 조문 전체가 심판대상이 된다고 할 것이며(헌법재판소 1995. 11. 30. 선고, 94헌가2 결정 참조), 관세법 제182조 제2항과 같이 병렬적으로 적용대상이 규정되어 있는 경우라도 그 내용이 서로 밀접한 관련이 있어 같은 심사척도가 적용될 위헌심사대상인 경우 그 내용을 분리하

여 따로 판단하는 것이 적절하지 아니하다고 할 것이다. 제청 법원이 단일 조항 전체에 대하여 위헌제청을 한 취지도 위와 같다고 보이므로, 제청법원의 이와 같은 의견을 존중(헌법재판소 1993.5.13. 선고, 92헌가10 결정 참조)하고 헌법재판소가 규범 통제에 역할을 수행하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 단일조항을 함께 판단하는 것은 구체적 규범통제 제도의 취지에 벗어나지 않는다고 할 것이다. 따라서 위 이해관계인의 의견은 부당하여 받아들이지 아니한다.

나. 본안에 대한 판단

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 있어서 평등이라 함은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거없이 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 의미하므로, 합리적 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것이다. 또한 합리적 근거가 있는 차별인지의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하여야 할 것이다(헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 92헌바43 결정 참조). 따라서 관세법의 예비범과 미수범을 본죄에 준하여 처벌하도록 한 규정이 다른 예비범이나 미수범에 대한 처벌에 비하여 불합리하게 차별대우한 규정인지 여부는 위 기준에 따라 판단하여 보아야 할 것이다.

(1) 입법목적

관세법 제182조 제2항이 관세포탈죄 등의 예비범과 미수범을 기수범에 준하여 처벌하도록 규정하고 있는 목적은, 동 조항이 특정

하고 있는, 금지품수출입죄(제179조)·관세포탈죄(제180조)·무신고수출입죄(제181조)·부정수출입죄(제181조의 2)만은, 다음에서 보는 특성과 위험성을 고려하여, 이를 처벌함에 있어 조세범이나 다른 일반범죄와는 달리 함으로써, 관세의 부과·징수 및 수출입물품의 통관을 적정하게 하여 국민경제를 발전시키고 관세수입을 확보하는 등 보다 더 질서유지와 공공복리를 위함에 있다(제1조 참조). 이와 같은 입법목적은 우리나라의 경제질서에 관한 헌법 제119조 제2항(경제의 규제·조정), 제125조(무역의 규제·조정) 규정의 정신에 부합하여 정당하다고 인정된다.

(2) 필요성 및 수단과 방법의 적정성

예비범과 미수범을 본죄에 준하여 처벌하는 것이 위 입법목적의 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인지에 대하여 법익침해가능성·위험성·관세범의 특성·차별의 정도의 면에서 살펴본다.

(가) 법익침해가능성 및 위험성

관세범에 있어 기수와 미수 및 예비의 법익침해가능성 내지 위험성의 차이를 관세포탈의 유형에 따라 통관절차를 경유하지 않는 경우, 보세구역을 경유하는 경우, 통관절차를 경유하는 경우로 나누어 살펴보면,

먼저, 통관절차를 경유하지 않는 경우의 기수시기는 물품을 우리나라에 인취한 때 즉 육로의 경우 국경선을 유월할 때, 해로의 경우 선박으로부터 양륙할 때, 공로(空路)의 경우 항공기로부터 물품을 하륙한 때로 보는 것이 관례(대법원 1990. 7. 10. 선고 90도1049 판결) 및 통설인 바, 국경유월이전, 양륙 또는 하륙이전에 있는 단계인 예비나 미수의 단계가 기수에 비하여 그 위험성이나 법익침해가

능성이 다음에서 보는 관세범의 특성에 비추어 다르다고는 할 수 없다.

다음, 보세구역을 경유하는 경우의 기수시기는, 보세구역으로부터 물품을 반출하는 때로 보고 있으며(대법원 1984. 12. 26. 선고 83도1988 판결), 보세구역에 장치되어 있는 상태에서 면세통관을 물색하는 경우는 보세구역 반입당시에 관세포탈의 범의를 가졌다고 하더라도 예비에 해당하므로(대법원 1982. 6. 22. 선고 82도898 판결) 사실상 기수와 미수 및 예비간에 별 차이가 없다.

끝으로, 통관절차를 경유하는 경우, 수입신고시에 실행의 착수가 있고(대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1496 판결), 수입면허(통관)시에 기수가 된다고 보고 있으나(대법원 1985. 4. 9. 선고 85도225 판결) 수입신고후 면허까지는 명백한 범의를 가지고 진행되는 일련의 절차에 불과하므로 예비나 미수가 기수에 비하여 위험성이나 범익침해가능성이 다르다고 할 수는 없다.

(나) 관세범의 특성

관세범은 행정범(재정범)으로서 국가경제에 미치는 영향이 크며, 조직성과 전문성, 지능성, 국제성을 갖춘 영리범이라는 특성을 갖고 있어 쉽게 근절되기 어려울 뿐 아니라 범행의 인지·범인의 체포 등이 극히 어렵고 특히 기수와 미수, 미수와 예비를 엄격하게 구별하기는 어려우므로, 이 범죄에 대하여 철저하게 대처해야 할 필요성이 있으며, 법률의 위하적 효과로서의 일반 예방적 효과를 제고할 필요도 있다고 할 것이다.

(다) 차별의 정도

관세법 제194조는 징역형을 선고할 경우 작량감경을 할 수 있도록

록 규정하고 있어 구체적 사건의 양형에 있어 법관의 양형에 대한 재량을 제한하지 않고 있다고 볼 수 있다. 다만 벌금형에 처할 경우 작량감경이 허용되지 않으나 벌금형의 법정형이 포탈세액의 2배 이상 10배 이하로 규정되어 있어 법관의 재량의 폭이 넓으며, 하한으로 규정된 포탈세액의 2배 이상이 관세범의 특성에 비추어 적정할 뿐 결코 과도하다고 볼 수는 없으므로 이를 두고 불합리한 차별이라고 볼 수도 없다.

(라) 따라서, 관세법 제182조 제2항은 입법목적의 달성을 위하여 필요할 뿐 아니라 그 수단·방법에 있어서 적정하다고 인정된다.

(3) 또한 관세법 제182조 제2항은 특수한 범죄구성요건에 해당되는 자에 한하여 특별히 기수에 준하여 처벌하도록 규정하고 있을 뿐, 어느 특정인에 대하여 그 조항의 적용을 배제하는 것은 아니며, 위와 같이 특수한 구성요건에 해당하는 행위를 특별하게 처벌하는 이유가 질서유지와 공공복리를 위하여 필요함에 있을 뿐, 합리적 근거없이 어느 특정인을 일반국민과 차별하거나 다른 특정범죄와 차별하여 특별히 엄단하려 함에 있지 아니하므로(헌법재판소 1995. 3. 23. 선고 94헌가4 결정 참조), 헌법 제11조의 평등원칙이나 헌법 제10조의 인간의 존엄성 존중원리에 반하지 아니하며 입법형성재량권의 범위를 일탈한 바가 없다고 할 것이다. 제청법원은 형법상의 책임원리에 반한다고 주장하나, 앞에서 범의침해가능성 및 위험성에 관하여 본 바와 같이 이 사건의 경우 기수·미수·예비행위의 책임이 반드시 다르다고 보기는 어려우므로 이 주장은 부당하여 받아들일 수 없다.

(4) 다만 위험성의 점에 있어서, 예비의 위험성이 과연 어느 경

우나 기수의 경우와 같은 정도라고 단정할 수 있을 것인가라는 문제에 대하여서는, 구체적인 사건에 따라 다를 수 있음을 부인할 수는 없다. 즉 예비행위는 실제 법익침해가 아직 이루어지고 있지 않으며, 범인의 심성·이해관계의 과다에 따라 중도에 범행을 포기하는 경우도 있을 수 있기 때문이며 예비의 정도에 따라 그 위험성이 기수의 경우와 같거나 다를 수 있기 때문이다. 그러나 이와 같은 문제를 해결하기 위한 입법적 노력은 입법기술상 매우 어렵기 때문에 앞서 본 입법목적과 필요성 및 적정성이 있다 하여 입법형성재량권의 범위내에서 입법한 것이라면, 이 문제만을 이유로 예비부분의 규정이 헌법에 위반된다고 하고 ②석하기는 어렵다. 다만 기수와 준하여 처벌하는 예비의 정도를 가능한 한 구분하는 입법의 필요성이 있음을 지적할 수 있을 뿐이다.

4. 결 론

그렇다면 관세법 제182조 제2항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우, 재판관 김문희, 재판관 황도연의 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 김문희, 재판관 황도연의 반대의견

가. 형법상 예비행위란 특정의 범죄를 실현하기 위한 목적으로 행하여지는 준비행위로서 아직 실행의 착수에 이르지 아니한 일체의 행위를 말하고, 우리 형법 제28조에는 '범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.'라고 규정하여 예비행위는 원칙적으로

처벌되지 않음을 밝히고 있다. 다만 예비행위라고 하더라도 범죄의 완성에 상당하는 실질적인 위험성을 가지거나 본범이 중대한 법익을 침해하는 경우 이를 방지하기 위하여 형벌권의 발동을 앞당길 필요가 있을 때에 예외적으로 특별한 규정을 둠으로써 비로소 처벌하는 것이 가능하다. 이와 같이 예외적으로 예비행위를 처벌하는 경우에도 우리 형법은 이미 범죄행위의 실행의 착수에 들어간 미수행위의 경우 본범과 동일한 법정형으로 처벌하되 다만 그 형을 감경할 수 있도록 한 것과는 달리 법정형 자체를 본범과 달리하면서 별도의 보다 가벼운 처벌조항을 두도록 하고 있다.

우리 형법이 예비행위를 본범과 엄격히 구별하여 다루는 것은 예비행위는 그 본범에 해당하는 경우와 형사상 책임이 동일할 수 없고, 그 죄책에 상응한 별도의 가벌성 평가를 받아야 한다는 데에 근거를 둔 것으로 이는 헌법 제12조 제1항의 적법절차 원칙과 제37조 제2항의 기본권제한에 관한 과잉금지 원칙의 형법적 표현이라고 할 수 있다.

나. 관세법은 관세포탈죄와 무면허수입죄등 주요한 관세법위반사범들의 경우 기수 및 미수죄와 예비죄를 모두 동일한 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있는데, 이는 앞서 본 바와 같이 우리 형법이 예비죄를 기수 미수죄와 처벌상 구분하여 책임주의를 구현하고 있는 것과는 명백히 배치된다. 관세법의 경우에는 기수 및 미수와 예비행위와의 구분이 비록 명백하지 아니한 경우가 있다고 하더라도 이는 구성요건을 합리적이고 적정하게 해석함으로써 해결할 문제이지 이를 이유로 법규정상 미수와 예비행위의 구분을 포기하여 수범자인 국민에게 불이익이 돌아가도록 하여서는 아니된다. 아무

리 관세법의 경우라고 하더라도 예비행위는 엄연히 미수행위에 앞서는 선행단계로서 아직 실행의 착수에도 들어가지 못한 상태에 불과하고, 이러한 경우에는 범행을 미리 철회한다면 행위자는 이에 상응한 책임의 경감 혹은 면제를 받을 수 있도록 하여야 합리적이기 때문이다.

다. 헌법 제12조 제1항은 모든 국민의 신체의 자유를 보장하면서 적법절차에 따른 처벌을 요구하고 있다. 이는 처벌이 법률에 정한 절차에 의하여야 함은 물론 그 법률의 실제적 내용 또한 적정하여야 함을 말하는 것이고, 형벌규정의 실제적 내용이 적정하다함은 곧 행위의 불법정도와 형벌사이에 서로 공정하고 합리적이며 상당성이 있어 형평의 관념에 합치되어야 한다는 것을 뜻한다. 그렇다면 예비행위를 처벌하는 법률조항은 그 행위자의 위험성과 처벌의 필요성을 비교교량하여 위험성의 정도에 상응하는 처벌이 이루어 질 때 비로소 그 적정성을 인정받을 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 예비행위에 관하여 그 기수와 함께 처벌토록 한 것은 그 위험성의 정도에 비례하여 처벌하는 것으로 볼 수 없어 결국 적정성을 상실하고 있으므로 죄형간의 형평을 요구하는 헌법상 적법절차의 원리에도 위반된다.

또한 관세법 처벌의 입법 목적에 관하여 살펴 보더라도 우리나라의 사회사정은 이 사건 법률조항의 제정당시와 크게 변화하여 이미 관세법의 예비행위에 대하여 특별히 엄하게 처벌해야 할 필요성도 많이 감소되었다고 판단된다. 국내산업의 기반이 취약하고 국민경제의 규모가 작았던 이 법률조항의 제정 당시에는 특히 밀수행위를 중심으로 한 관세법들을 엄히 처벌하는 것이 국내산업과 경제의

보호를 위하여 절실히 요청되었으나, 그 동안 국민경제의 성장 발전과 국제화의 실현으로 수많은 국내생산제품이 외국에 수출되고 외국과의 인적·물적 교류도 빈번하여지고 있는 지금 관세범은 조세범의 한 형태로서 다른 조세범위반사범과 국민경제에 미치는 해악의 정도에 있어서 별다른 차이가 없게 되었기 때문이다. 즉 관세범도 여타의 조세범과 마찬가지로 조세범적 성격을 가지고 있으므로 형법상의 책임주의원칙을 어겨가면서까지 특별히 관세범의 경우에만 예비죄를 기수죄와 동일한 범정형으로 처벌해야 할 합리적인 이유가 없게된 지금 예비행위를 기수행위와 같이 처벌하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 관세범에 대한 불합리한 차별대우에 해당한다고 하지 않을 수 없다.

라. 그렇다면 관세범위반의 예비죄를 본죄에 준하여 처벌하도록 규정한 이 사건 법률조항은 비록 그 입법목적이나 관세범의 특성을 고려한다 하더라도 지금은 합리성이 없는 지나치게 과중한 형벌일 뿐 아니라 다른 조세범의 처벌과 비교하여 볼 때에도 불합리하게 차별한 것으로 볼 것이므로 헌법 제11조의 평등원칙과 제12조 제1항의 적법절차 원칙 및 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 관한 과잉금지 원칙에 위반된 위헌의 법률조항이라 아니할 수 없다.

이상과 같은 이유로 우리는 이 사건 법률조항 중 예비범을 본범에 준하여 처벌하도록 규정한 부분이 헌법에 위반된다는 의견이므로 다수의견에 반대한다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
주 심	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

구 국세기본법 제61조 제1항 단서 위헌제청

(1996. 11. 28. 96헌가15 전원재판부)

[판례집 8권2집, 526~536]

【관시 사항】

舊 國稅基本法(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 단서 중 괄호 내인 "決定的 通知를 받지 못한 경우에는 同條 同項 단서에 규정하는 決定期間이 경과한 날" 부분이 憲法에 違反되는지 여부

【결정 요지】

提訴期間과 같은 不變期間은 國民의 基本權인 裁判받을 權利의 行使와 직접 관련되는 사항이므로 提訴期間에 관한 규정은 國民들이 나무랄 수 없는 法의 오해로 裁判을 받을 權利를 상실하는 일이 없도록 알기 쉽고, 여러가지 해석이 나오지 않게끔 명확하게 규정되어야 하며, 그것이 바로 裁判을 받을 權利의 基本權行使에 있어서 豫測可能性의 保障일 뿐만 아니라 裁判을 받을 權利의 실질적인 존중이며 나아가 法治主義의 이상을 실현시키는 것이기도 할 것인바, 違法한 課稅處分에 대한 國稅廳長에의 審査請求期間을 정한 이 사건 審判對象 規定 중 稅務署長의 異議申請에 대한 決定的 通知를 받지 못한 경우의 請求期間에 관한 괄호부분은 어구가 모호하고 불완전하여 그 起算日에 관하여 여러가지 해석이 나올 수 있고, 일반인의 주의력으로는 쉽사리 정확하게 이해하기도 어렵거니와 중요한 규정을 괄호내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받은 國民으로 하여금 裁判權行使에 착오와 혼선을 일으키게 하였으므로 法治主義의 한 내용인 明確性의 原則에 반할 뿐만 아니라 裁判을 받을 權利의 파생인 不變期

間 明確化의 原則에도 반하고, 또한 憲法으로 확보된 基本權이 그 下位法規로 인하여 잃기 쉽게 된다면 이는 立法過程에서 국가의 基本權 保障義務를 현저히 소홀히 한 것이라 할 것이므로 위 괄호규정은 憲法 제10조 後文에도 저촉된다.

제 청 법 원 서울고등법원(1996. 6. 25. 94구37921
위헌제청신청)

당해소송사건 서울고등법원 94구37921 양도소득세등
부과처분취소

【심판대상조문】

舊 國稅基本法(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 但書

【참조 조문】

憲法 제10조 후문, 제27조 제1항

【참조 판례】

1992. 7. 23. 선고 90헌바2, 92헌바2, 92헌바25 (병합) 결정

1993. 12. 23. 선고 92헌가12 결정

1992. 12. 23. 선고 92헌바11 결정

【주 문】

구 국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 단서 중 괄호 내인 "결정의 통지를 받지 못한 경우에는 동조 동항 단서에 규정하는 결정기간이 경과한 날" 부분은 헌법에

위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해소송사건의 원고 이○돈은 1993. 8. 16. 당해소송사건의 피고 양천세무서장으로부터 양도소득세 24,707,260원, 방위세 4,914,450원의 부과처분을 받고 1993. 9. 7. 양천세무서장에게 양도시기인정과 배율적용에 오류가 있다는 내용의 시정요구(실질적으로는 이의신청에 해당한다)를 하였다가 1994. 1. 13. 피고로부터 배율적용에 관한 시정요구는 받아들여지 않음에 관한 주장은 받아들일 수 없다는 내용의 시정요구에 대한 회신 겸 결정서를 송달받고 이에 불복하여 1994. 2. 24. 국세청장을 상대로 심사청구를 하였는바, 국세청장은 1994. 4. 8. 위 심사청구를 기각하는 결정을 하였고 그 결정은 같은 달 11. 원고에게 송달되었다. 이에 원고가 1994. 6. 10. 국세심판소에 심판청구를 하였으나, 국세심판소는 1994. 10. 11. "구 국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것, 이하 "법"이라고 한다) 제61조 제1항에 따르면 심사청구는 당해 처분이 있는 것을 안 날로부터 60일 이내에 하여야 하므로 이 사건의 경우 납세고지서 송달일인 1993. 8. 16.로부터 60일이 되는 날인 1993. 10. 15. 이내에 이의신청 또는 심사청구를 하여야 함에도 청구인은 1994. 2. 24. 심사청구를 제기하여 부적법하므로 부적법한 전심절차를 거친 심판청구 역시 부적법하다"는 이유로 원고의 심판청구를 각하하였다.

(2) 이에 원고의 제소에 의하여 당해소송사건을 심리하던 제청법원은 1996. 6. 25. 직권으로 법 제61조 제1항 단서 중 괄호부분에 대한 위헌제청신청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제61조 제1항 단서 중 괄호부분이 헌법에 위반되는지 여부인바, 법 제61조 제1항의 내용은 다음과 같다.

제61조 【청구기간】 ①심사청구는 당해 처분이 있는 것을 안 날(처분의 통지를 받은 때에는 그 받은 날)로부터 60일(납세자가 외국에 주소를 둔 경우에는 90일)내에 하여야 한다. 다만, 이의신청을 거친 후 심사청구를 하고자 할 때에는 제66조 제5항의 규정에 의하여 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 날(결정의 통지를 받지 못한 경우에는 동조 동항 단서에 규정하는 결정기간이 경과한 날)로부터 60일내에 하여야 한다.

2. 위헌심판 제청이유와 이해관계인의 의견

가. 위헌심판 제청이유 요지

(1) 원고가 1993. 9. 7. 한 시정요구는 이의신청으로 보아야 할 것이고, 이는 당해 처분을 안 날로부터 법 제66조 제5항, 법 제61조 제1항 소정의 이의신청 기간인 60일 이내에 제기된 것으로 적법하다. 원고는 1994. 1. 13. 위 이의신청에 대한 결정을 통지받고 그로부터 법 제61조 제1항 단서 소정의 통상적인 기간(60일)내인 1994. 2. 24. 심사청구를 하였는데, 이 사건 심판대상 규정은 위 통상의 경우에 대한 특칙으로 이의신청 후 결정기간내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 이의신청에 대한 결정기간 30일이 경과한 날로

부터 60일내에 심사청구를 하여야 하는 것으로 규정하고 있으므로 이를 적용할 경우 원고의 위 심사청구는 기간을 초과하여 부적법하게 된다.

(2) 그런데 법 제61조 제1항 중 이의신청에 대한 결정의 통지를 받지 못한 경우의 청구기간에 관한 이 사건 심판대상 규정 부분은 그 어구가 모호하고 불완전하여 그 기산일에 관하여 여러가지 해석이 나올 수 있고, 일반인의 주의력으로는 쉽사리 정확하게 이해하기도 어려우며 중요한 규정을 괄호내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받는 국민으로 하여금 재판권행사에 착오와 혼선을 일으키게 하였으므로 법치주의의 한 내용인 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 재판을 받을 권리의 파생인 불변기간 명확화의 원칙에도 반하고, 또한 헌법으로 확보된 기본권이 그 하위법규로 인하여 잃기 쉽게 되어 입법과정에서 국가의 기본권보장의무를 현저히 소홀히 한 것이므로 헌법 제10조 후문에도 저촉되어 위헌의 의심이 있다.

나. 재정경제원장관의 의견 요지

(1) 이 사건 심판대상 규정은 이의신청 후 결정기간내에 결정의 통지를 받지 못한 때에는 결정기간이 경과한 날로부터 심사청구 제기기간이 진행되는 것으로 규정하고 있는바, 그 입법 취지는 이의신청에 있어 세무서장이 결정기간내에 결정 또는 통지를 하지 아니함으로써 그 절차를 지연시키는 경우에 그 결정기간이 경과함과 동시에 곧바로 다음 단계의 불복청구인 심사청구를 할 수 있도록 하여 이의신청인으로 하여금 신속하게 권리를 구제받을 수 있도록 함과 아울러 이의신청에 대한 결정·통지의 지체로 인한 권리의무관

계의 불확정상태의 장기화를 방지함에 있다.

(2) 따라서 이 사건 심판대상 규정은 이의신청의 행정심판으로서의 특성 및 국민의 편의를 고려한 규정으로 국민의 재판을 받을 권리를 침해하거나 국가의 기본권보장의무를 규정한 헌법정신에 위반하는 법률이라고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 법 제55조 이하에서는 법 또는 세법에 의한 처분으로써 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로써 권리 또는 이익의 침해를 당한 자가 이에 불복하여 구제받을 수 있는 절차를 규정함으로써 국민들의 재판을 받을 권리를 구체화하고 있다. 법이 정하는 불복절차에 의하면 국민들은 먼저 세무서장에 대한 이의신청(임의적), 국세청장에 대한 심사청구, 국세심판소장에 대한 심판청구를 적법하게 거친 뒤에 법원에 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 법 제61조 제1항 단서는 위 다단계의 불복절차 가운데 이의신청을 거친 뒤 국세청장에게 심사청구를 할 수 있는 청구기간을 정하고 있고, 한편 국민들이 위 심사청구기간을 도과하여 심사청구를 한 경우에는 그 심사청구가 부적법한 것으로 인정되어 그 뒤에 제기되는 심판청구 및 행정소송 역시 적법한 전심절차를 거치지 아니하고 제기된 것으로 각하되게 되므로, 결국 법 제61조 제1항 단서는 이의신청을 거친 후 국세청장에게 심사청구를 함에 있어서의 청구기간을 정함으로써 국민의 재판청구권 행사를 제한하는 규정이라고 보아야 할 것이다.

그런데 법 제61조 제1항 단서는 위 청구기간에 관하여 두 부분으로 나누어 규정하고 있는바, 그 하나는 세무서장으로부터 이의신청

에 대한 통지를 받은 경우에 관하여 그 결정의 통지를 받은 날로부터 60일이내를 청구기간으로 규정한 부분이고, 다른 하나는 결정의 통지를 받지 못한 경우에 관하여 법 제66조 제5항 단서, 법 제65조 제2항소정의 결정기간이 경과한 날로부터 60일이내를 청구기간으로 규정한 이 사건 심판대상 규정부분이다. 그 중 결정의 통지를 받지 못한 경우의 청구기간을 규정한 이 사건 심판대상 규정부분은 괄호 내에 규정되어 있어 일반인의 주의력을 기준으로 할 때에 그 의미를 파악하기 어렵고 오해의 가능성마저 있어 국민들이 국세청장에게 심사청구를 함에 있어 장애가 되어 결과적으로 국민들의 재판청구권 행사를 침해하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

헌법은 헌법 제27조 제1항에서 기본권의 하나로서 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가짐을 선언함과 함께, 헌법 제37조 제2항에서 기본권도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률에 의하여 제한될 수 있음을 인정하고 있다. 그러나 법률에 의하여 국민의 재판청구권을 제한하는 경우라 하더라도 그 법률은 국민들이 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 알기 쉽고 여러가지 해석이 안나오도록 명확하게 규정되어야 한다. 특히 법 제61조 제1항은 위법한 과세처분에 대한 국민의 재판을 받을 권리의 행사에 직접 관련되는 불변기간에 관한 규정이기 때문에 더욱 그러하다. 제소기간에 관한 규정을 일반 국민들이 알아 보기 쉽고 명확하게 규정하여야 한다는 요청은 바로 재판을 받을 권리의 행사에 있어서 예측가능성을 보장하는 것일 뿐 아니라 재판을 받을 권리를 실질적으로 존중하는 것이며 나아가 법

치주의의 이상을 실현시키는 길이기도 한 것이다.

나. 이러한 의미에서 이 사건 심판대상 규정인 법 제61조 제1항 단서 중 괄호내 부분을 살펴보면, 이 부분은 아래와 같은 이유로 법치주의원칙의 하나이며 재판을 받을 권리의 파생원칙 중 하나이기도 한 불변기간 명확화의 원칙에 반한다.

(1) 이 사건 심판대상 규정은 불변기간에 관한 규정으로 재판청구권의 행사에서 매우 중요한 의미를 지니는 것임에도 괄호로 처리했다는 점에서 입법을 소홀히 한 것으로 보아야 할 것임은 물론이고, 괄호규정의 뒷구절에서 "동조 동항 단서에 규정하는 결정기간"이라 하여 결정기간이 며칠인지를 쉽게 빨리 파악할 수 없게 하였다는 점에서도 문제가 있다. 즉, 위 "동조 동항 단서에 규정하는 결정기간"이 얼마의 기간인지를 알기 위하여는 먼저 법 제61조 제1항 본문에서 "동조 동항"이 "법 제66조 제5항"을 가리키는 것임을 확인한 후 법 제66조 제5항 단서 및 법 제65조 제2항을 비교해 본 후에야 비로소 위 기간이 30일의 기간을 뜻하는 것임을 알 수 있는데 이를 "30일의 이의신청결정기간"으로 규정하였다면 보다 알아보기 쉽게 단순화시킬 수 있는 것을 구태여 다른 조항의 규정을 거듭 인용함으로써 국민의 재판을 받을 권리의 행사에 불편을 주고 있는 것이다.

(2) 심사청구의 청구기간이 위에서 본 바와 같이 30일임을 알 수 있다고 하더라도, 그 기간이 고정적인 것인가 가변적인 것인가의 여부가 쉽게 판별되지 않는다는 점도 문제이다. 청구기간에 관한 규정인 법 제61조 제1항에서는 보정기간에 관하여 규정하고 있지 않다. 그러나 법 제66조 제5항에 의하여 이의신청에 준용되는 법

제63조에 의하면, 이의신청절차에 이의신청서의 보정요구절차가 있으며 그 보정기간은 결정기간에 산입되지 아니하여 결정기간이 그만큼 연장된다는 뜻을 알 수 있으므로 결국 이의신청 결정기간은 반드시 30일로 고정되는 것이 아니며 보정요구가 있었을 때에는 그만큼 연장되게 되어 있는 가변적인 것이라 할 것이고(다만 보정요구가 있었다 하여도 송달불능이 된 경우에는 보정기간만큼 결정기간이 연장되지 않는다는 것이 대법원의 판례이다), 통상인의 주의력으로서 이러한 사정을 결코 용이하게 알 수 없다. 그러므로 이 또한 심사청구 청구기간의 기산점에 관한 혼선의 요인이 되는 것이다.

(3) 이 사건 심판대상 규정의 앞구절인 "결정의 통지를 받지 못한 경우" 부분에는 그 어구가 모호하고 불완전하는 점에서 더 큰 문제가 있다. 그 의미에 대하여는 첫째 결정기간의 경과 후 상당한 시일이 지났는데도 결정의 통지를 받지 못한 경우를 뜻한다는 해석, 둘째 결정기간이 만료될 때까지 결정의 통지를 받지 못한 경우 따라서 결정기간 경과후에 통지를 받았다 하여도 결정의 통지를 받지 못한 경우로 보는 해석, 셋째 결정기간 경과후의 통지라도 그것이 결정기간 내에 한 결정이라면 통지받지 못한 경우가 아닌 것으로 보는 해석이 있을 수 있고, 그 중 어느 견해를 취하느냐에 따라 기산일은 다르게 된다.

다. 이상에서 본 바에 의하면 이 사건 심판대상 규정은 일반인의 주의력으로는 쉽게 정확하게 이해하기도 어렵거니와 중요한 규정을 괄호내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받은 국민으로 하여금 재판청구권 행사에 착오와 혼선을 일으키게 하고 있다. 또한 60일이라는 짧은 제소기간을 규정하면서도

그 기간계산에 있어서 착오가 생기기 쉽게 한 것은 조잡하고 신중하지 못한 입법이라 하지 않을 수 없으며, 다단계의 행정심판 절차를 거치게 하면서 이른바 기각간주 규정과 연계시켜야 비로소 심사청구의 청구기간을 정확하게 파악을 할 수 있게 한 것도 입법체제로서는 매우 드문 예이다. 이 사건 심판대상 규정이 위법한 과세처분에 대한 국민의 재판을 받을 권리에 직접 관련된 불변기간에 관한 규정이라는 점에서 더욱 그러하며 다른 법률에 규정된 불변기간에 관한 규정들에서는 위 규정처럼 모호하고 불명확하게 규정함으로써 그 기산점에 관하여 혼선을 일으키게 한 예를 발견하기 어렵다. 이 때문에 이 사건 심판대상 규정은 지금까지 일반국민이 조세부과처분에 대한 행정소송에 이르는 길에 큰 장애요인이 되어 왔다.

이러한 의미에서 이 사건 심판대상 규정은 법치주의의 한 내용인 명확성의 원칙에 반할 뿐 아니라 재판을 받을 권리의 파생인 불변기간 명확화의 원칙에도 반한다고 할 것이다. 이렇듯 법률전문가의 입장에서조차 그 내용파악이 어렵고 모호한 것이라면 신속한 재판을 받는데 기대만큼의 도움이 될 수 없을 것임은 물론 이를 내세워 정당화시킬 수도 없을 것이므로, 결국 헌법 제 27조 제1항의 규정에 위반된다.

나아가 헌법 제10조 후문은 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있으며, 또한 헌법은 재판청구권을 보장하고 있으므로 잘못된 과세처분을 받은 납세자는 그 시정을 위한 재판을 청구할 수 있는 것이다. 그러함에도 헌법에 의하여 보장된 기본권이 그 하위 법규로 인하여 잃

기 쉽게 된다면 이는 입법과정에서 국가의 기본권보장 의무를 현저히 소홀히 한 것이라고 할 것이므로 이 사건 심판대상 규정은 헌법 제10조 후문에도 저촉된다고 하겠다(헌법재판소 1992. 7. 23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 92헌바25 (병합) 결정; 1993. 12. 23. 선고, 92헌가12 결정; 1993. 12. 23. 선고, 92헌바11 결정 각 참조).

4. 결 론

그렇다면 구 국세기본법(1993. 12. 31. 법률 제4672호로 개정되기 전의 것) 제61조 제1항 단서 중 괄호 내인 "결정의 통지를 받지 못한 경우에는 동조 동항 단서에 규정하는 결정기간이 경과한 날" 부분은 헌법에 위반된다고 할 것이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
주 심	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

형법 제250조등 위헌소원

(1996. 11. 28. 95헌마1 전원재판부)

[판례집 8권2집, 537~572]

【관시 사항】

1. 死刑制度가 憲法에 위반되는지 여부
2. 殺人罪에 대하여 死刑에 처할 수 있도록 규정한 刑法 제250조 제1항이 憲法에 위반되는지 여부

【결정 요지】

1. (가) 生命權 역시 憲法 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 生命權에 대한 제한은 곧 生命權의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 死刑이 比例의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 公共의 利益을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 刑罰이라 하더라도 憲法 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(나) 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라

서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.

2. 刑法 제250조 제1항이 규정하고 있는 殺人の罪는 인간생명을 부정하는 犯罪행위의 전형이고, 이러한 犯罪에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 反人倫的 犯罪라고 규정지워질 수 있는 極惡한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 死刑을 刑罰의 한 종류로서 合憲이라고 보는 한 그와 같이 他人의 生命을 부정하는 犯罪行爲에 대하여 행위자의 生命을 부정하는 死刑을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 生命과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 生命을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수 밖에 없으므로 이를 가리켜 比例의 원칙에 반한다고 할 수 없어 憲法에 위반되는 것이 아니다.

재판관 김진우의 반대의견

1. 憲法 제10조에 규정된 인간의 尊嚴性에 대한 존중과 보호의 요청은 刑事立法, 刑事法의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 刑事法의 영역에서 立法者가 인간의 尊嚴性을 유린하는 惡法의 제정을 통하여 국민의 生命과 自由를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 刑罰제도를 채택하는 것은 憲法 제10조에 반한다. 死刑제도는 나아가 良心에 반하여 법규정에 의하여 死刑을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 良心에 반하여 직무상 어쩔수 없이 死刑의 집행에 관여하는 자들의 良心의 自由와 인간으로서의 尊嚴과 가치를 침해하는 비인간적인 刑罰제도이기도 하다.

재판관 조승형의 반대의견

1. 死刑제도는 生命權의 본질적 내용을 침해하는 生命權의 제한이므로 憲法 제37조 제2항 단서에 위반된다. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 生命權의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 刑罰의 목적은 應報·犯罪의 일반예방·犯罪人의 개선에 있음에도 불구하고 刑罰로서의 死刑은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어 生命權을 제한하는 것으로 目的의 正當性, 그 수단으로서의 適正性·피해의 最小性 등 제원칙에 반한다.

청 구 인 정 ○ 범
대리인 변호사 이상혁, 차형근
관련소송사건 대법원 94도2316 살인등

【심판대상조문】

刑法 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역
3. 금고
4. 자격상실
5. 자격정지
6. 벌금
7. 구류
8. 과료
9. 몰수

刑法 제250조 제1항(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

②생략

【주 문】

1. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호 제정, 1995. 12. 29. 법률 제5057호 최종 개정) 제41조 제1호, 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인의 이 사건 심판청구 중 형법 제66조, 행형법(1961. 12. 23. 법률 제858호 전문개정, 1995. 1. 5. 법률 제4936호 최종 개정) 제57조 제1항에 대한 부분을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 살인과 특수강간 등의 혐의로 기소되어 제1심 및 항소심에서 사형을 선고받고 대법원에 상고를 함과 동시에 살인죄에 대한 법정형의 하나로서 사형을 규정한 형법 제250조 제1항, 사형을 형의 종류의 하나로서 규정한 같은 법 제41조 제1호, 사형집행의 방법을 규정한 같은 법 제66조, 사형집행의 장소를 규정한 행형법 제57조 제1항에 대한 위헌여부심판의 제청을 하였으나 대법원은 1994. 12. 19. 청구인의 위 신청을 기각하였다.

이에 청구인은 1995. 1. 3. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 형법 제250조 제1항, 제41조 제1호, 제66조 및 행형법 제57조 제1항이다.

위 각 법률조항의 규정내용은 다음과 같다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호 제정, 1995. 12. 29. 법률 5057호 최종 개정)

제250조 【살인, 존속살해】 ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

제41조 【형의 종류】 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형

제66조 【사형】 사형은 형무소내에서 교수하여 집행한다.

행형법(1950. 3. 2. 법률 제105호 제정; 1961. 12. 23. 법률 제 858호 전문 개정, 1995. 1. 5. 법률 제4936호 최종 개정)

제57조 【사형의 집행】 ① 사형은 교도소내의 사형장에서 집행한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 인간의 생명권은 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조 내지 일반적인 권리보호조항인 헌법 제37조 제1항에 의하여 보장되고, 생명권에 대한 침해는 성질상 생명의 박탈을 의미하므로 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여도 제한할 수 없다. 그렇지 않다 하더라도 생명권은 헌법 제12조에 의하여 보장되는 신체의 자유의 본질적인 내용이므로 법률로써도 이를 제한할 수 없는 것이다.

인간의 생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없는 절대적 가치이며, 인간존엄의 근원이다. 그러므로 이와 같이 존엄한 인간의 생명을 국가가 참혹하고 야만적이며 잔학하게 박탈하는 것은 인도주의의 입장에서 볼 때 허용될 수 없는 문화국가의 수치이다.

(2) 재판도 하나의 제도로서 인간이 행하는 것이기 때문에 오판의 가능성을 배제할 수 없으며 오판에 의한 사형의 집행은 인간의 생명을 박탈함으로써 영원히 구제될 수 없는 결과를 초래한다.

사형의 범죄에 대한 일반예방적 효과는 학문적 가설일 뿐 과학적으로 입증된 바가 없고, 형벌의 본질이 응보에서 교육으로 옮겨가고 있는 추세임을 감안할 때 사형을 인정한다는 것은 결국 국가가 범죄인의 사회복귀를 위한 교화와 개선의 노력을 스스로 포기하는 것이다.

결국 사형은 그 자체가 법의 이름으로 자행되는 또 다른 살인행위일 뿐 아니라 국민의 응보적 법감정을 순화시키기보다는 도리어 그것을 황폐화시킬 뿐이며, 국가가 살인행위를 비난하면서도 스스로 사람의 생명을 박탈하는 것은 이를 정당화시키는 모순에 빠진다.

사형으로 응징될 만한 범죄의 경우는 그 범인 개개인의 인격이나 성향보다 그와 같은 범죄로 몰고간 우리 국가사회 전체의 구조적 모순에서 오히려 더 강한 비난의 요소가 있다고 보여지는 경우가 많을 것임에도 불구하고 범인 개개인의 생명을 박탈하는 극단적인 방법으로 이에 대처하려고 하는 형사정책은 문제의 본질을 왜곡한 임시방편에 불과하다.

(3) 그러므로 이 사건 심판대상 각 법률조항들은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제12조의 신체의 자유, 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 권리 및 동조 제2항의 기본권제한의 한계규정에 각 위배된다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

형법 제250조 제1항, 제41조 제1호 등 사형이라는 형벌을 규정한 형법규정이 헌법위반의 법률이라고 할 수 없고, 따라서 사형의 집행을 인정하는 형법 제66조, 행형법 제57조 제1항 역시 헌법에 위배되는 것이라고 볼 수 없다.

다. 법무부장관 및 서울지방검찰청 남부지청장의 의견요지

(1) 사형제도의 존폐는 그 나라의 정치적·사회적 조건 및 역사적·문화적 환경과 깊이 결부되어 있는 문제라 할 것이므로 이상적이고도 가치지향적인 결론만을 좇아 사형제도의 폐지를 운위하는 것은 온당치 아니하다. 우리 국민의 법감정도 소위 가정과괴사범, 때강도 등의 치안문제가 중요시 되는 현 시점에서는 사형이 가지는 강한 위하력에 의한 범죄방지효과라는 관점에서의 존치론이 압도적이라 여겨진다.

(2) 인간의 존엄성 수호를 최고가치로 하는 우리 헌법의 자유민주적 이념상 인간의 생명에 대한 권리는 그 규정의 흠결에도 불구하고 하나의 자연권적 기본권으로서 부정될 수 없다고는 하겠으나, 생명권이라고 하여 그 자체로서 무한정하게 인정되어야 하는 속성을 가졌다고는 볼 수 없으므로 그 생명권이 다른 생명권을 불법하게 침해할 경우에는 사회규범적 가치판단이 개입하게 되는 제약을 면하지 못한다. 따라서 이러한 관점에서 사형제도는 바로 우리 헌법에서 예상하고 있는 형벌의 한 종류로서 헌법질서에 반하지 아니한다.

3. 판 단

가. 형법 제66조, 행형법 제57조 제1항과 재판의 전제성 위 각 법률조항은 사형이라는 형벌의 집행의 방법과 장소를 정하

는 규정에 불과하므로 그 위헌여부에 따라 이 사건 관련소송사건의 재판의 주문이나 내용 및 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 되는 경우라고 할 수 없다. 따라서 청구인의 이 사건 심판청구 중 위 법률조항들에 대한 청구부분은 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

나. 형법 제41조 제1호(사형제도)의 위헌여부

(1) 형법 제41조 제1호는 형의 종류의 하나로서 사형을 규정하고 있고, 사형은 인간존재의 바탕인 생명을 빼앗아 사람의 사회적 존재를 말살하는 형벌이므로 생명의 소멸을 가져온다는 의미에서 생명형이자, 성질상 모든 형벌 중에서 가장 무거운 형벌이라는 의미에서 극형인 궁극의 형벌이다.

사형은 국가형사정책적인 측면과 인도적인 측면에서 비판이 되어 오기도 하였으나 인류 역사상 가장 오랜 역사를 가진 형벌의 하나로서 범죄에 대한 근원적인 응보방법이며 또한 가장 효과적인 일반예방방법으로 인식되어 왔고, 우리나라에서는 고대의 소위 기자 8조금법(箕子 八條禁法)에 "상살자 이사상(相殺者 以死償)"이라고 규정된 이래 현행의 형법 및 특별형법에 이르기까지 계속하여 하나의 형벌로 인정되어 오고 있다.

(2) 우리 헌법은 개별적인 인간존재의 근원인 생명을 빼앗는 사형에 대하여 정면으로 이를 허용하거나 부정하는 명시적인 규정을 두고 있지 아니하지만, 헌법 제12조 제1항이 "모든 국민은 ... 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."고 규정하는 한편, 헌법 제110조 제4항이 "비상계엄하의 군사재판은 ... 법률이 정하는 경우에 한하여 단심으

로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보인다.

(3) 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존 본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다. 따라서 사형은 이러한 생명권에 대한 박탈을 의미하므로, 만약 그것이 인간의 존엄에 반하는 잔혹하고 이성한 형벌이라고 평가되거나, 형벌의 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 것으로 평가된다면 앞서 본 헌법 제12조 제1항 및 제110조 제4항의 문언에도 불구하고 우리 헌법의 해석상 허용될 수 없는 위헌적인 형벌이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

(가) 인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가가 행하여져서는 안될 것이지만, 비록 생명에 대한 권리라고 하더라도 그것이 헌법상의 기본권으로서 법률상의 의미가 조영되어야 할 때에는 그 자체로서 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로서 남아 있어야 하는 것이라고 볼 수는 없다.

다시 말하면 한 생명의 가치만을 놓고 본다면 인간존엄성의 활력적인 기초를 의미하는 생명권은 절대적 기본권으로 보아야 함이 당연하고, 따라서 인간존엄성의 존중과 생명권의 보장이란 헌법정신에 비추어 볼 때 생명권에 대한 법률유보를 인정한다는 것은 이념

적으로는 법리상 모순이라고 할 수도 있다. 그러나 현실적인 측면에서 볼 때 정당한 이유없이 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지 아니한 중대한 공공이익을 침해한 경우에 국법은 그 중에서 타인의 생명이나 공공의 이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없게 되고, 이러한 경우에는 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 밖에 없다 할 것이다.

이에 대하여 청구인은 사형이란 헌법에 의하여 국민에게 보장된 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 되어 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다는 취지로 주장한다.

그러나 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.

(나) 사형은, 이를 형벌의 한 종류로 규정함으로써, 국민일반에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하고, 이를 집행함으로써 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌이다.

청구인은 사형이라고 하여 무기징역형(또는 무기금고형)보다 반드시 위하력이 강하여 범죄발생에 대한 억제효과가 높다고 보아야 할

아무런 합리적 근거를 발견할 수 없고, 사회로부터 범죄인을 영구히 격리한다는 기능에 있어서는 사형과 무기징역형 사이에 별다른 차이도 없으므로, 국가가 사형제도를 통하여 달성하려는 위 두가지 목적은 사형이 아닌 무기징역의 형을 통하여도 충분히 달성될 수 있을 것이고, 따라서 형벌로서의 사형은 언제나 그 목적달성에 필요한 정도를 넘는 생명권의 제한수단이라고 주장한다.

그러나 사형은 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 그 위하력이 강한 만큼 이를 통한 일반적 범죄예방효과도 더 클 것이라고 추정되고 또 그렇게 기대하는 것이 논리적으로나 소박한 국민일반의 법감정에 비추어 볼 때 결코 부당하다고 할 수 없으며 사형의 범죄억제효과가 무기징역형의 그것보다 명백히 그리고 현저히 높다고 하는데 대한 합리적·실증적 근거가 박약하다고는 하나 반대로 무기징역형이 사형과 대등한 혹은 오히려 더 높은 범죄억제의 효과를 가지므로 무기징역형만으로도 사형의 일반예방적 효과를 대체할 수 있다는 주장 역시 마찬가지로 현재로서는 가설의 수준을 넘지 못한다고 할 것이어서 위 주장을 받아들이지 아니한다.

(4) 결국 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 규준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적

인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것이라고는 판단되지 아니한다.

(5) 그러나 우리는 형벌로서의 사형이 우리의 문화수준이나 사회현실에 미루어 보아 지금 곧 이를 완전히 무효화시키는 것이 타당하지 아니하므로 아직은 우리의 현행 헌법질서에 위반되지 아니한다고 판단하는 바이지만, 사형이란 형벌이 무엇보다 고귀한 인간의 생명을 국가가 법의 이름으로 빼앗는 일종의 "제도살인(制度殺人)"의 속성을 벗어날 수 없는 점에 비추어 우리의 형사관계법령에 폭넓게 사형을 법정형으로 규정하고 있는 이들 법률조항들(반대의견의 참조, 모두 89개조항임)이 과연 행위의 불법과의 간에 적정한 비례관계를 유지하고 있는지를 개별적으로 따져야 할 것임은 물론 나아가 비록 법정형으로서의 사형이 적정한 것이라 하더라도 이를 선고함에 있어서는 특히 신중을 기하여야 한다는 생각이다.

또한 우리는 위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것이고, 한 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다면 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 하며, 그럼에도 불

구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다는 의견이다.

다. 형법 제250조 제1항 위헌여부

비록 형벌로서의 사형이 위와 같이 그 자체로서 위헌이라고는 할 수 없다고 하더라도 형법 제250조 제1항이 살인이라는 구체적인 범죄구성요건에 대한 불법효과의 하나로서 사형을 규정하고 있는 것이 행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃음으로써 비례의 원칙에 반한다고 평가된다면 형법 제250조 제1항은 사형제도 자체의 위헌여부와는 관계없이 위헌임을 면하지 못할 것이다.

형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 반인륜적 범죄라고 규정 지워질 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수 밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인의 이 사건 청구 중 형법 제66조 및 행형법 제57조 제1항에 대한 부분은 부적법하고, 형법 제41조 제1호 및 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이

결정한다.

이 결정은 재판관 김진우 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우의 반대의견

나는 사형제도가 합헌이라는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대의견을 개진한다.

가. (1) 헌법은 제10조에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하여 모든 국민이 이 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 인간으로서의 존엄과 가치를 갖는 존재임을 명확히 확인하고 있다. 헌법 제10조에서 이와 같이 확인된 인간의 존엄과 가치는 헌법개정에 의해서도 삭제되거나 제한되어서는 아니되는 것이고, 헌법의 다른 규정들에 의하여도 제한되어서는 아니되는 헌법의 최고의 가치이며, 위와 같은 확인은 가장 중요한 가치결단인 것이다. 다른 기본권들은 이와 같이 최고의 의미를 갖는 인간의 존엄과 가치를 각 생활영역에서 구체화하고 있는 것이며, 따라서 인간의 존엄과 가치는 다른 기본권규정들에 대한 해석의 지침인 동시에 다른 기본권의 제한에 있어서의 절대적 한계를 이룬다. 뿐만 아니라 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 기본권보장규범들 이외의 다른 규정들에 대한 해석의 지침으로 작용한다.

(2) 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의

존엄성을 유린하는 악법의 제정을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 이는, 극악한 범죄를 범함으로써 스스로 인간임을 포기한 자라도 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고 있는 인간존재인 한, 그에 대하여도 피해자 내지 그 가족 또는 사회의 보복감정을 충족시키기 위해서 또는 유사 범죄의 일반적 예방이라는 목적의 달성을 위해서 비인간적인 형벌을 적용해서는 아니된다는 것을 의미한다. 그런데 형벌로서의 사형은 자유형과는 달리 사형선고를 받은 자에게 개과천선할 수 있는 도덕적 자유조차 남겨주지 아니하는 형벌제도로써 개인을 전적으로 국가 또는 사회 전체의 이익을 위한 단순한 수단 내지 대상으로 삼는 것으로서 사형수의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 사형제도는 나아가 양심에 반하여 법규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 양심에 반하여 직무상 어쩔수 없이 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 하다.

나. (1) 그런데 다수의견은 헌법 제12조 제1항이 "모든 국민은 …… 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."고 규정하는 한편, 헌법 제110조 제4항이 "비상계엄하의 군사재판은…… 법률이 정하는 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보면서, 이를 사형제도의 합헌성을 뒷받

침하는 주요한 논거들 중의 하나로 제시하고 있다.

(2) 그러나 먼저 헌법 제12조 제1항에서 말하는 적법절차의 원칙이란 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실제적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 원칙이다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정 등 참조). 그러므로 법률이 정한 처벌도 적법절차에 합치하려면 그 법률에 정한 형벌의 내용이 정당성과 합리성이 있어야 함은 물론이다.

(가) 그런데 아무리 훌륭한 법관이라 하더라도 인간이 하는 재판인 한 오판이 있을 수 있고 그 경우 집행을 마친 후에 있어서는 어떠한 방법으로도 원상회복이 절대적으로 불가능한 사형제도에 의하여 달성하려는 목적인 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 무기징역에 의하여도 달성될 수 있는 것인데도 국민의 기본권 중에서 가장 기본적인 의미를 갖는 기본권인 생명권(인간의 생명은 그 개개인에 있어서는 하나의 우주이고, 지구보다 무거운 것이다)을 완전히 최종적으로 박탈하는 사형제도를 규정하고 있는 법률규정은 피해의 최소성원칙에 반하여 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되고, 위와 같은 가장 중요한 기본권인 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에 반할 뿐만 아니라(이 점에 관해서는 조승형 재판관의 반대의견에서 상세한 설명이 있으므로 여기서는 상세한 설명은 생략한다.), 위 가.에서 이미 살펴본 바와 같이, 헌법 제10조에서 보장된 인간의 존엄과 가치도 침해하는 것이다. 따라서 형벌제도로서의 사형제도는 아무런 정당성도 합리성도 없는 것이어서 사형제도 및 이를 규정한 법률규정은 적법절

차에 반하는 형벌 및 법률규정이라고 할 것이다. 따라서 헌법 제12조 제1항이 사형제도의 합헌론의 근거가 된다고 볼 수는 없다.

(나) 또한 다수의견은 헌법 제110조 제4항 단서에 사형제도의 헌법적 근거가 있다고 보고 있으나 이러한 입장에는 찬성할 수 없다.

① 헌법 제110조 제4항 단서는 사형제도가 법률 차원에서 하나의 형벌제도로 인정되고 있다는 법적 상황을 전제로 사형의 선고가 갖는 기본권침해의 심각성에 비추어 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문의 규정에 대한 예외를 설정하고 있는 것에 불과하다. 그리고 법률차원에서 사형제도가 폐지되는 경우 동 단서조항은 사문화되어 버릴 정도로 동 단서조항의 실제적 의미는 법률차원에서 사형제도가 계속 존속하느냐에 달려 있다. 그러므로 이 규정을 사형제도에 관한 실정 헌법적 근거로 보는 데는 의문이 있다.

② 그러나 설사 다수의견과 같이 위 헌법조항에서 사형제도의 헌법적 근거를 간접적으로 발견할 수 있다고 하더라도 나는 위 헌법조항은, 사형제도가 위헌인 한, 헌법에 위반되는 위헌적인 규정이기 때문에 사형제도를 합헌이라고 보는 다수의견에 찬성할 수 없다.

㉠ 물론 헌법에 반하는 헌법조항을 인정할 수 있는지에 관하여 의문이 있을 수 있다. 그러나 오늘날 모든 헌법규범들이 등가치적인 것은 아니며, 헌법규범들 상호 간에 어느 정도의 가치서열이 있다는 것이 헌법이론적으로도 광범위하게 인정되고 있다. 또한 자유민주적인 헌법제정이나 헌법개정을 통하여 헌법의 근본규범 내지 근본가치에 위반되는 헌법규범이 생성되는 경우는 거의 없다고 볼

수 있으나 그러한 가능성을 전적으로 배제할 수는 없다. 특히 헌법의 근본가치를 부인하거나 제한하는 규범이 헌법제정이나 헌법의 개정시에 헌법의 각 조항들의 의미에 관하여 충분한 검토를 거치지 못한채 헌법에 수용될 수 있는 가능성은 줄속으로 헌법제정 및 헌법개정의 작업이 진행되었던 우리의 헌정사에 비추어 볼 때 결코 없다고 할 수는 없다.

㉠ 이론적으로 위와 같이 헌법 규범들 상호 간에 위계가 있고, 따라서 헌법에 반하는 헌법규범이 있을 수 있다고 하더라도 헌법재판소가 위헌적 헌법규범을 위헌으로 선언할 수 있는지, 더구나 국민투표에 의하여 확정된 헌법규범을 위헌으로 선언할 수 있는지에 관하여는 의문이 있을 수 있다. 물론 이 사건에서 헌법 제110조 제4항 단서는 심판대상이 아니어서 이와 같은 문제에 대하여 여기서 판단할 필요는 없다. 그러나 헌법재판소에 게 그러한 규범을 제거할 수 있는 권한이 제도적으로 주어져 있지 않다고 하더라도 어떤 헌법규정이 근본적인 의미를 갖는 헌법규범에 반한다고 판단되는 경우에는 그 규정에 적극적으로 의미를 부여하는 것을 삼가함으로써 헌법의 근본가치를 실현하는 것이 헌법재판소가 선택하여야 할 방향이라고 본다.

㉡ 그러므로 헌법 제110조 제4항 단서가 비록 헌법적 지위를 갖는 법규범이라 하더라도, 동 규정이 국가가 사형제도를 통하여 인간의 생명을 제도적으로 박탈함으로써 사형수는 물론 사형 집행에 관련된 자들의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 용인하는 한, 그 규정 중 사형제도의 인정은 헌법의 근본가치를 규정하고 있는 상위의 헌법규범인 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 위반된다

고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소로서는 헌법 제110조 제4항 단서 중 사형제도를 인정하는 부분은 적극적인 의미를 부여할 만한 가치를 갖고 있지 아니하는 것으로 보아 이 사건에 관한 법리구성을 하여야 하며, 다수의견과 같이, 이 규정에 적극적인 의미를 부여하면서 사형제도의 합헌성을 뒷받침하는 논거로 원용하는 것은 타당하지 아니하다고 본다.

다. 나는 이상과 같은 이유로 사형제도가 합헌이라는 다수의견에 반대하는 것이다.

6. 재판관 조승형의 반대의견

나는 사형제도가 위헌이라는 의견으로 주문 제1항의 다수의견에 대하여 반대한다.

무릇 사형이란 국가권력이 법과 제도라는 이름으로 수형자의 생명을 박탈하여 그 존재를 영구히 말살하는 것을 내용으로 하는 형벌 즉 이른바 극형이다. 그렇다면 인간이 구성한 사회·국가권력 다시말하면 인간이 과연 같은 사회 국가의 구성원인 다른 인간의 생명을 박탈할 수 있는 것인가의 이 문제는 동서고금을 통하여 오랫동안 찬반의 논란이 있어 왔고 각인의 가치관과 인생관에 따라 첨예하게 대립되어 왔다.

그러나 시대의 흐름에 따라 전제사회가 민주사회로 변천하고 인권의식이 고양되면서 19세기 중반부터 선진제국이 이 제도를 폐지하기 시작하였으며 현재는 그 수가 무려 60여개 국가에 이르고(별지 1 참조) 있어, 중당에는 세계의 모든 국가가 이 제도를 폐지하게 될 것이라는 전망과 추론을 배제할 수 없으며, 우리나라의 경우에도 1990년대부터 기왕에 사형에 처할 수 있었던 범 죄를 점차 줄여

가고 있는 실정(별지 2 참조)이며, 특히 1996. 11. 18. 정부에서 형법개정안을 확정하면서, 사형은 특별한 경우에 한하여 신중히 고려해 선고해야 한다는 "사형선고 신중선언" 규정을 신설하고 있는 점을 감안하면, 위와 같은 전망과 추론이 가능하다고 보여진다.

나는 이와 같은 사형제도의 폐지에 대한 긍정적인 측면을 바탕으로 하여 다음과 같은 이유로 사형제도의 폐지는 이 시대에 요구되는 당위라고 생각한다.

가. 사람의 생명은 창조주 이외의 어떠한 권위로서도 사람이 이를 박탈할 수는 없다.

사람은 창조주에 의하여 피조된 신비스러운 존재이며 사람의 생명은 창조주 다음으로 가장 고귀하고 신성한 것이므로, 사람의 생명을 박탈하는 일은 창조주만이 가능할 뿐 창조주가 아닌 사람은, 그 어떠한 권위를 가지고서도, 사람이 만든 어떠한 법과 제도를 통하여서도, 불가능하다고 할 것이다. 만약 이것이 가능하다면 이는 창조주의 권위보다 더 큰 권위를 찬탈하는 것이 되며 창조주의 구원(救援)을 거부하는 것이 되기 때문이다. 따라서 사람의 생명에 대하여서는 부정적인 어떠한 사회과학적 평가나 법적인 평가도 허용되어서는 안된다고 할 것이며, 이와 같은 평가로 세워진 사형제도는 허용될 수 없다고 할 것이다(사형제도의 존치론자중 혹자들은 성경 창세기 9장 6절, 출애굽기 21장 24-25절의 성구를 인용하고 있으나, 이 성구들은 보복의 관념을 어느 경우라도 정당화한 것이 아니라 신체에 한하여 보복이 가능함을 말하는 보복의 한계를 정한 것이라 보이며 생명에 대한 보복이 가능함을 정한 성구라고는 이해되지 아니하므로 그들의 인용은 일고의 가치도 없다).

나. 인간의 생명권은 선행적이고 자연법적인 권리로서 이를 박탈할 수는 없다.

사람의 생명에 대하여도 부정적으로 사회과학적·법적인 평가가 가능하다고 하여, 헌법상 기본권인 인간의 생명권으로서 법률상의 의미를 조영한다고 하더라도, 인간의 생명권은 사람의 생존 본능과 존재목적 그리고 고유한 존재가치에 바탕을 두고 있으므로 이는 선행적이고 자연법적인 권리일 수 밖에 없다. 또한 이는 모든 기본권이 생명이 있음을 전제로 하여 비로소 의미를 가지는 것으로서 모든 기본권의 근원이 되는 최고의 기본권이기 때문에, 어떠한 법률이나 제도에 의하여서도 박탈될 수 없다고 할 것이다.

다. 우리 헌법의 근본정신은 사형제도를 부인하고 있음이 분명하고 생명권은 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다.

사형제도는 아직도 사회안전의 유지라는 명분으로 존치되고 있지만 본래 국가의 목적수행에 있어서 유용한 수단으로 인식되고 특히 개인존중의 이념이 무시된 전제군주제나 전체주의국가에서 군주나 독재자가 자신의 권력유지와 권위보전의 수단으로 애용되어 왔다고 보여진다.

우리 헌법은 제1조에서 전체주의적인 성격을 부인하고 있으며, 제10조에서 인간으로서의 존엄과 가치를 즉 인격주의를 선언하고 불가침의 기본권이 있음을 확인하며 그 보장의무가 국가에 있음을 선언하고 있다. 따라서 우리 헌법의 근본정신은 반전체주의적 정신과 인격주의라 할 것이므로 생명박탈의 형벌은 바로 이 정신에 반하는 형벌로써, 우리 헌법이 사형제도를 예정하고 있지 않다고 보

는 것이 논리상 합당하다고 할 것이다. 즉 이와 같은 근본정신 하에서 사형을 인정한다면 이는 곧 전체주의국가임을 자인하고 인격주의를 부정하는 것이 되어 그 스스로 논리적인 모순을 범하는 것이 되기 때문이다. 또한 국가가 불가침의 기본권이 있음을 확인한다 함은 적어도 기본권 중에서 근원적이며 최고의 기본권인 생명권을 이 불가침의 기본권으로 확인함을 의미하며, 국가가 이를 보장할 의무를 진다 함은 국가가 스스로 이 불가침의 기본권을 침해할 수 없음을 선언한 것이라고 보아야 할 것이므로, 생명권은 기본권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다고 할 것이다(우리 헌법이 사형제도를 예정하고 있다는 다수의견은 납득하기 어렵다).

라. 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 생명권의 제한이므로 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다고 본다.

즉

생명권의 제한은 성질상 생명의 박탈을 의미하며 생명권의 본질은 생명 그 자체이므로 이의 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이기 때문이다. 또한 생명권이 헌법에서 보장하고 있는 기본권이냐는 논란을 차치하더라도 헌법 제12조가 신체의 자유권을 보장하고 있는 바, 신체는 본래 생명이 있어야 존재하는 것이므로 생명의 박탈은 곧 신체의 박탈이며 신체가 없는 신체의 자유권은 그 본래의 의미까지 상실하게 되고 결국 신체자유권의 본질적 내용까지도 침해하는 것이 되기 때문이다.

다수의견은 현실적인 측면에서 볼 때에 정당한 이유없이 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지 아니한 중대한 공공이익을 침해한 경

우에 국법은 그 중에서 타인의 생명이나 공공이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없게 될 것이며, 이러한 경우에는 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 된다고 할 것이며 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 않는 공공이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로는 볼 수 없다고 주장하나, 이 주장은 헌법 제37조 제2항 본문에 따라 기본권을 제한함에 있어서 지켜야 할 입법목적의 정당성, 입법수단의 필요성(적정성·피해의 최소성·법의 균형성) 등 기본권 제한의 상대적 한계인 제원칙과 헌법 제37조 제2항 단서의 절대적 한계규정을 혼동하였거나 생명권의 본질적 내용을 오해한 잘못을 범하고 있는 주장에 불과하여 부당하다. 즉 헌법 제37조 제2항 본문은 국민의 기본권을 법률로써 제한함에 있어서는 입법목적의 정당성, 입법수단의 필요성(적정성·피해의 최소성·법의 균형성) 등 제원칙을 지켜야 한다는 제1차적이고 원칙적이며 상대적인 기본권 제한의 한계규정을 정한 것이고, 헌법 제37조 제2항 단서는 위와 같은 상대적인 한계규정을 준수하더라도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 최종적이고 예외적이며 절대적인 기본권 제한의 한계규정을 정한 것일 뿐만 아니라, 가사 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 된다고 가정하더라도, 생명권은 다른 기본권들과는 달리 그 본질적 내용이 생명의 유지이므로 생명의 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이며, 위의 절대적 한계를 일탈하는 것

이 되므로 생명권이 헌법상 일반적 법률유보의 대상이 된다는 견해는 헌법 제37조 제2항 본문과 단서규정을 오해하였거나 생명권의 본질적 내용을 오해하였음이 분명하기 때문이다.

마. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 생명권의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 형벌의 목적은 응보·범죄의 일반예방·범죄인의 개선에 있음에도 불구하고 형벌로서의 사형은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어, 생명권을 제한하는 목적의 정당성, 그 수단으로서의 적정성·피해의 최소성 등 제원칙에 반한다.

(1) 사형은 범죄자의 생명을 박탈하는 것이므로 범죄자에 대한 개선의 가능성을 포기하는 형벌일 수 밖에 없고 그렇다면 형벌의 목적의 하나인 개선의 목적에 반하여 사형제도의 정당성을 인정할 수 없다.

범죄인에 대한 개선의 목적은 개선이 가능한 범죄인에 대하여서만 이를 수 있을 뿐, 개선이 절대적으로 불가능한 범죄인에 대하여서는 그 목적을 이를 가능성은 없다고 할 것이나, 과연 개선이 절대적으로 불가능한 범죄인이 있을 수 있을 것인가 하는 문제는 지극히 어려운 문제라 할 것이고, 가사 있을 수 있다고 가정하더라도 이를 절대적으로 명확하게 판단한다는 문제는 더욱 어려운 문제로 결국 인간의 판단력으로서의 불가능한 문제라 할 것이다. 그렇다면 국가는 모든 범죄인에 대한 개선가능성을 긍정적으로 받아들여야 할 것이며, 범죄의 책임이 범죄인 개인만이 아니라 그가 속하여 있는 사회에도 있다고 보아야 한다면, 범죄인에 대한 개선이라는 형벌의 한 목적을 결코 포기할 수는 없다고 할 것이다. 이와 같은 형

벌의 목적달성의 길이 있음에도 불구하고 사형제도를 존치함은 그 길을 포기하는 것으로써 사형제도의 정당성은 인정될 수 없다.

(2) 재판은 인간이 하는 심판이므로 오판을 절대적으로 배제할 수는 없고 오판이 시정되기 이전에 사형이 집행되었을 경우에는 비록 후일에 오판임이 판명되더라도 인간의 생명을 원상으로 복원시킬 수는 없는 것이므로 사형제도는 어떠한 이유로도 그 정당성을 설명할 수는 없다고 할 것이다.

(3) 사형이 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 형벌로서 그 위하력을 통한 일반적 범죄예방효과를 거둘 수 있느냐는 문제는 오랫동안 많은 학자들이 실증적인 연구조사를 하여 오고 있다. 그러나 그 결과에 따르면 예방효과를 인정하는 견해는 소수에 불과하고 다수견해는 그 효과를 인정하지 아니하고 있는 실정이다. 이와 같이 사형제도로서도 형벌의 목적의 하나인 범죄의 일반적 예방의 실효를 거두고 있다고는 할 수 없으며 그 효과면에서 보더라도 무기징역형을 최고의 형벌로 정하는 경우와 비교하여 크나큰 차이가 있다고 할 수는 없다. 그렇다면 사형제도가 형벌의 한 수단으로서 적정하다거나 필요한 방법이라고는 할 수 없다.

다수의견은 이와 같은 효과가 클 것이라고 추정하고 기대하는 것이 논리적으로나 소박한 국민감정에 비추어 볼 때 부당하지 않다고 주장한다. 여기서 국민일반의 법감정이 무엇을 의미하는지는 알 수 없으나, 국민여론을 뜻하는 것으로 이해하면서 살펴보면, 여론조사는 알기회를 전혀 갖지 못한 대다수 국민의 평범한 생각으로, 알기회를 가져서 알고 있는 일부 국민의 생각을 비판하려는 의도로 행하여지는 경우가 허다하다. 예를 들면 "살인죄에 대한 사형은 당연

하다"는 생각은 국민 대다수의 소박하고 평범한 서민감각이며 국민대다수는 이와 같은 서민감각을 쉽게 버릴 수 없을 것이므로 그들의 생각이 여론조사에 그대로 반영될 것은 뻔한 노릇이며, 이와 같은 여론조사 결과는, 모든 국민에게 필요한 정보를 완전하게 전달한 후가 아니면, 사형폐지론을 비판하는데에 남용되는 의도적인 산물에 불과할 뿐 국민일반의 법감정으로 정당화시킬 수는 없다. 또한 생명은 평범이상의 신비스런 외경의 존재이므로 이와 같은 평범한 서민감각을 일반의 경우와 동일하게 국민 일반의 법감정으로 승화하거나 정당화시킬 수는 없다. 따라서 다수의견이 내세우는 위 근거는 적어도 사형제도의 존치에 관한 설득력이 전혀 없다고 할 것이다.

(4) 사형이라 하여 무기징역형보다 반드시 위하력이 강하고 범죄발생의 예방효과가 높다고 보아야 할 합리적 근거를 발견할 수 없음은 앞서 본 실증적 연구조사결과로 보아 분명하고, 영구히 사회로부터 범죄를 격리한다는 기능에 있어서는 사형과 무기징역간에 별다른 차이를 인정할 수 없으므로 반드시 사형제도를 통하지 아니하더라도 이를 대체하여 무기징역형 제도를 통하여 형벌의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 할 것이다. 따라서 인간의 생명박탈이라는 가장 큰 피해를 입혀 생명권을 제한함은 피해의 최소성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

(5) 다수의견은 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것으로서, 지금

도 여전히 기능하고 있다는 점에서 정당화 될 수 있다고 주장하나, 자연법적 요구는 오히려 인간의 생명권이 생존본능과 존재 목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리임을 요구하고 있다 함은 앞서 본 바와 같고 다수의견도 그 점에 관하여서는 수긍한 바 있음에도 불구하고, 인간의 죽음에 대한 본능적 공포심과 응보욕구가 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피한 선택이라 운운함은 논리적으로 그 선후가 모순되어 수긍할 수 없다. 또한 다수의견이 그 논리의 전제로 삼고 있는, 즉 사형이 지극히 한정된 경우에만 부과되는 형벌이라는 전제는, 예서 보는 바와 같이 우리의 각종 형사법이 광범위하게 사형을 규정하고 있는 실정을 외면하였거나, 이러한 실정이 지극히 한정된 경우의 실정이라는 주장으로 볼 수 밖에 없는 전제인 바, 이는 아전인수의 유도논리의 전제에 불과하며, 후손에게 지극히 한정된 경우라함은 이러한 경우를 지칭하는 것이라고 가르치는 모습이 되어 곤혹스럽다.

또, 다수의견이 말하는 "필요악"으로서 불가피한 선택이라 함은 "생명박탈이 다른 생명권의 보호보장이"는 논리로도 이해되는 바, 이는 형법상 정당방위나 정당행위의 논리와 맥을 같이 하는 바, 자기의 생명에 대한 현재의 급박한 침해를 방위하기 위하여 부득이 그 침해자의 생명을 박탈할 수 밖에 없는 불가피한 선택의 경우라면 모르되, 그와 같은 경우가 아닌, 생명박탈법에 대하여 후일에 국가가 형벌로써 그의 생명을 박탈하는 경우(현재의 급박한 침해의 상태가 아닌 경우) 등은 생명을 박탈할 수 밖에 없는 불가피한 선택의 경우라고 강변할 수 없기 때문에 이 점에서 다수의견은 납득하기 어렵다.

따라서 다수의견은 어느 경우나 사형제도의 입법수단의 적정성이나 피해의 최소성·비례성 등 제원칙을 지켰다는 주장을 논증하지 못하고 있어 부당하다.

바. 사형제도는 시대의 변화(정치·사회·문화·국제사회 등 제분야에 있어서의 변천)에 순응하여 폐지되어야 한다.

고급을 통하여 사형제도의 존폐에 대한 논쟁이 이어져 오는 동안 오늘에 이르러서는 앞서 본 바와 같이 이 제도를 폐지한 국가들이 점차 늘어나고 있을 뿐만 아니라, 학계에서도 사형존치론을 적극적으로 주장하는 경우가 드물며, 다만 정치·사회·문화적 여건으로 보아 사형폐지는 시기상조라고 하거나 단계적인 폐지를 주장하는 경우가 많으나 대부분의 학자들이 사형폐지의 당위성만은 인정하고 있다. 그러나 우리나라는 이제 독재와 독선으로 일관하였던 헌정사를 마감하고 이른바 문민정치의 시대를 열어가고 있으며, 남녀고용평등, 노사공존, 각종 복지제도를 과감하게 실시하여 적절한 소득의 재분배, 빈부격차와 계층간 위화의 해소 등 국민총화를 이루어가고 있으며 각 종교와 자선단체의 노력으로 생명에 대한 외경심을 높이고 있을 뿐만 아니라, 사형수의 사면을 원하는 등 가해자를 용서하는 피해자들이 점차 증가하고 있는 등 귀감이 되어 국민의식이 크게 변화하고 있으며, 국제적으로는 시민적·정치적권리에 관한 국제협약(제6조 참조), 유럽인권협정인 인권및기본적자유보장을위한협정(제1조 참조)에서 사형제도의 폐지를 강조하고 있으며 이들 협정에 가입한 국가들이 점차 증가하고 있는 추세이다.

이와 같은 시대의 변화를 외면하고 아직도 존치론이나 시기상조론 및 단계적 폐지론을 고집할 수는 없다고 할 것이므로, 우리 헌

법재판관은 시대의 변화에 순응하여 과감하게 사형제도가 위헌임을 선언함으로써 사회개혁에 선도적 역할을 다하여야 할 것으로 믿는다.

사. 나는 지금까지 사형제도의 존폐에 관하여 오랫동안 좌고우면(左顧右眄)하여 왔으나 이제 이와 같은 태도를 버리고 이 시대에 우리 헌법재판관에게 지워진 소명에 따라 사형제도의 폐지를 주장하면서 다수의견을 반대하기에 이르렀다. 이 사건의 경우 주문 제1항은 "형법 제41조 제1호, 제250조 제1항은 헌법에 위반된다"라고 함이 마땅하다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주 심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

【별지 1】

법률상 또는 사실상 사형폐지국

- | | | | |
|-------------|-----------|------------|-----------|
| 1. 그리스 | 2. 네덜란드 | 3. 노르웨이 | 4. 뉴질랜드 |
| 5. 니제르 | 6. 니카라과 | 7. 덴마크 | 8. 도미니카 |
| 9. 독일 | 10. 룩셈부르크 | 11. 리히텐슈타인 | 12. 마다가스칼 |
| 13. 말디부스 | 14. 말타 | 15. 멕시코 | 16. 모나코 |
| 17. 몽세라 | 18. 바레인 | 19. 바티칸 | 20. 버뮤다 |
| 21. 베네수엘라 | 22. 벨기에 | 23. 볼리비아 | 24. 부탄 |
| 25. 불란서 | 26. 브라질 | 27. 브루나이 | 28. 사오툼 |
| 29. 산마리노 | 30. 세네갈 | 31. 세이셸 | 32. 스리랑카 |
| 33. 스웨덴 | 34. 스위스 | 35. 스페인 | 36. 아르헨티나 |
| 37. 아일랜드 | 38. 아이슬랜드 | 39. 아이티 | 40. 안도라 |
| 41. 앙골라 | 42. 에콰도르 | 43. 엘살바도르 | 44. 영국 |
| 45. 오스트레일리아 | 46. 오스트리아 | 47. 온두라스 | 48. 우루과이 |
| 49. 이스라엘 | 50. 이탈리아 | 51. 카이먼순도 | 52. 캐나다 |
| 53. 케이프버드 | 54. 코스타리카 | 56. 키프러스 | 57. 파라과이 |
| 58. 파푸아뉴기니 | 55. 콜롬비아 | 59. 페루 | 60. 포르투갈 |
| 61. 피지 | 62. 핀란드 | 63. 필리핀 | |

【별지 2】

사형제도의 폐지죄목

◎ 특정범죄가중처벌등에 관한법률(1996. 2. 23. 법률 제1744호로 제정)

사형폐지 범죄	폐지연도
수뢰액 5천만원이상의 뇌물수수 (제2조 제1항 제1호)	1990. 12. 31(법률 제4291호)
물품원가 2억원이상 무면허 수출입죄 (제6조 제1항 제1호)	1990. 12. 31 (법률 제4291호)
포탈액 1억원이상 관세포탈죄 (제6조 제2항 제1호)	1990. 12. 31(법률 제4291호)
5억원이상 국고손실의 회계관계직원 횡령·배임 (제5조 제1호)	1990. 12. 31(법률 제4291호)
임산물원산지가액 1천만원이상의 산림절도 및 5만평방미터이상 산림훼손죄 (제9조 제1항 제1호)	1990. 12. 31.(법률 제4291호)
사고운전자가 치사한 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주하거나, 위 도주후 피해자가 사망한 경우	1992.4.28. 헌법재판소가 90헌바24호로 위헌결정을 하여 효력상실

◎ 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률(1983. 12. 31. 법률 제 3693호로 제정)

사형폐지 범죄	폐지연도
취득액 50억원이상의 사기·공갈·횡령·배임(제3조 제1항 제1호)	1990. 12. 31(법률 제4292호)
국외도피액 50억원이상의 재산국외도피범(제4조 제2항 제1호)	1990. 12. 31(법률 제4292호)
수수액 5천만원이상 금융기관 임직원의 금품수수(제5조 제4항 제1호)	1990. 12. 31(법률 제4292호)

【별지 3】

가. 일반형사범

- (1) 살인죄(형법 제250조)
단순살인(제1항)·존속살해(제2항)
- (2) 위계등에 의한 촉탁살인 등(형법 제253조)
- (3) 강간 등 살인(형법 제301조의2 전문)
- (4) 인질살해(형법 제324조의4 전문)
- (5) 강도살인(형법 제338조 전문)
- (6) 해상강도살인, 치사, 강간죄(형법 제340조 제3항)
- (7) 폭발물사용죄(형법 제119조)
- (8) 현주건조물등방화치사죄(형법 제164조 제2항 후문)
- (9) 현주건조물등일수치사죄(형법 제177조 제2항 후문)
- (10) 음용수혼독치사죄(형법 제194조 후문)

나. 정치적 변혁시마다 법제정·개정으로 특정범죄에 대하여 사형을 추가한 경우(이하 '특정범죄가중처벌등에관한법률'을 '특가법'으로, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률은 '특정경제범죄가중처벌법'으로, 보건범죄단속에관한특별조치법은 '보건범죄특조법'으로 약칭)

- (11) 특정재산범죄가중처벌(특정경제범죄가중처벌법 제3조 제1항의 1)
- (12) 재산국외도피죄(특정경제범죄가중처벌법 제4조 제2항의 1)
- (13) 수재등의죄(특정경제범죄가중처벌법 제5조 제4항의 1)
- (14) 살해목적 미성년자 약취, 유인죄의 가중처벌(특가법 제5조의2 제1항 제2호)
- (15) 약취·유인 미성년자 살해·치사죄의 가중처벌(특가법 제5조의2 제2항 제2호 및 제4호)
- (16) 업무상과실치사범이 피해자를 사고장소에서 옮겨 유기하고 도주한 행위의 가중처벌(특가법 제5조의3 제2항 제1호)
- (17) 강도 등의 상습범·누범에 대한 가중처벌(특가법 제5조의4 제3항·제5항)
- (18) 강도상해·강도강간범·그 미수범의 누범에 대한 가중처벌(특가법 제5조의5)
- (19) 절도목적의 단체 또는 집단구성죄의 수괴에 대한 가중처벌(특가법 제5조의8 제1호)

- (20) 살인범의 보복범죄에 대한 가중처벌(특가법 제5조의9 제1항)
- (21) 관세법위반사범의 상습범·집단범에 대한 가중처벌(특가법 제6조 제7항)
- (22) 통화위조범의 가중처벌(특가법 제10조 제1항)
- (23) 마약법 제60조 위반의 가중처벌(특가법 제11조 제1항·제2항·제3항)
- (24) 상해폭력을 목적으로 한 단체 또는 집단구성의 수괴에 대한 가중처벌(폭력행 위등처벌에관한법률 제4조)
- (25) 부정식품제조 등의 처벌(보건범죄특조법 제2조 제3항)
- (26) 부정의약품 등의 처벌(보건범죄특조법 제3조 제3항)
- (27) 보건범죄 재범자의 특수가중(보건범죄특조법 제3조의2)
- (28) 문화재사범가중죄(문화재보호법 제83조 제2항)

다. 정치범

- (29) 내란수괴·중요임무종사죄(형법 제87조)
- (30) 내란목적살인죄(형법 제88조)
- (31) 정권탈취목적의 반란수괴·중요임무종사(군형법 제5조 제1호, 제2호)

라. 공안사범

- (32) 외환유치죄(형법 제92조)
- (33) 여적죄(형법 제93조)
- (34) 모병이적죄(형법 제94조)
- (35) 시설제공 이적죄(형법 제95조)
- (36) 시설파괴 이적죄(형법 제96조)
- (37) 간첩죄(형법 제98조)
- (38) 반국가단체구성의 수괴·중요임무종사죄(국가보안법 제3조)
- (39) 반국가단체의 구성원 등에 의한 소요죄 등에 대한 가중처벌(국가보안법 제4조) {형법에 사형규정이 없는, 소요(형법 제115조), 도주원조(제147조), 간수자의 도주원조(제148조), 방화(제164-69조), 현주건조물 등 일수(제177-180조), 음용수의 사용방해 등(제192-195조), 통화위조 등(제207-208조, 210조), 촉탁·승락에 의한 살인(제252조), 강도·특수강도·준강도·인질강도·강도상해치사·강도강간·해상강도·해상강도상해치상(제333-337조, 339-340조 1항·2항)을 범한 경우, 교통·통신·국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 함

선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동, 취거한 때, 위 각 미수범
-- 형법 제92조 내지 제99조, 제119조 제1항, 제250조, 제253조, 제338조, 제340조 제3항은 사형을 규정하고 있으므로 여기서는 2중기재를 포함)

(40) 반국가단체의 구성원 등이 반국가단체의 지배하의 지역으로부터의 잠입 또는 그 지역에서의 탈출(국가보안법 제6조 제2항)

(41) 특수가중(국가보안법 제13조)

국가보안법, 군형법 제13조·제15조, 형법 제2편 제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄를 범하

여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료

하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과되지 아니한 자가 반국가단체의 구성

원(국가보안법 제3조 제1항 3호와 제2항 - 제5항, 제4조 제1항 제1호 중 반국가단체구성 수괴·중요임무종사자를 제외한 자)이 되거나 기타 사형에 해당되지 않는 죄를 범한 자에 대한 특수가중(국가보안법 제13조)

{개별적으로 보면 위 가중범의 수는 30여개를 넘는다}

마. 군사범죄

(42) 정권탈취 목적이 없는 반란수괴·중요임무종사(군형법 제5조 제1호, 제2호)

(43) 반란수괴·중요임무종사자의 반란목적의 군용물 탈취(군형법 제6조)

(44) 군대 및 군용시설제공(군형법 제11조)

(45) 군용시설 등 파괴(군형법 제12조)

(46) 간첩(군형법 제13조)

(47) 일반이적(군형법 제14조)

(48) 불법전투개시(군형법 제18조)

(49) 불법전투계속(군형법 제19조)

(50) 불법진퇴(군형법 제20조)

(51) 항복(군형법 제22조)

(52) 솔대도피(군형법 제23조)

(53) 지휘관의 적전 직무유기(군형법 제24조 제1호)

(54) 지휘관의 수so이탈(군형법 제27조 제1호·제2호)

(55) 초병의 수so이탈(군형법 제28조 제1호)

(56) 적전 군무이탈(군형법 제30조 제1항 제1호, 제2항)

- (57) 특수군무이탈(군형법 제31조)
- (58) 적진에의 도주(군형법 제33조)
- (59) 위 각 미수범(군형법 제7,15,21,25,29,34조)
- (60) 전시·사변·계엄지역에서의 위계로 인한 군함·군비행기의 항행에의 위협발 생범(군형법 제37조 제1호)
- (61) 적진에서의 허위의 명령, 통보, 보고(군형법 제38조 제1호)
- (62) 적진에서의 명령 등의 허위전달(군형법 제39조)
- (63) 적진에서의 초령위반 등(군형법 제40조 제1항 제1호, 제2항)
- (64) 적진에서의 근무태만 목적의 사술(군형법 제41조 제1항 제1호)
- (65) 유해음식물공급치사 등(군형법 제42조 제2항, 제4항)
- (66) 적진 항명(군형법 제44조 제1호)
- (67) 적진 상관특수폭행, 협박(군형법 제50조 제1호)
- (68) 적진 상관집단특수폭행, 협박의 수괴(군형법 제51조 제1호 전문)
- (69) 적진 상관폭행치사상(군형법 제52조 제1항 제1호, 제2항 제1호)
- (70) 적진 상관중상해(군형법 제52조의3 제1호)
- (71) 적진 상관상해치사(군형법 제52조의4 제1호)
- (72) 상관살해(군형법 제53조 제1항)
- (73) 적진 초병특수폭행, 협박(군형법 제56조 제1호)
- (74) 적진 초병집단특수폭행, 협박의 수괴(군형법 제57조 제1호 전문)
- (75) 초병폭행치사상(군형법 제58조 제1항)
- (76) 초병상해치사(군형법 제58조의 4)
- (77) 초병살해(군형법 제59조 제1항)
- (78) 상관·초병이외의 직무수행자에 대한 폭행치사(군형법 제60조 제3항)
- (79) 상관·초병이외의 직무수행자에 대한 상해치사(군형법 제60조의4)
- (80) 위 적진 상관살해·초병특수폭행·협박, 초병집단특수폭행·협박, 초병폭행치사상, 초병상해치사, 초병살해의 각 미수범(군형법 제63조)
- (81) 군용시설의 방화 및 현존군용물건저장창고 소훼(군형법 제66조 제1항, 제2항 제1호)
- (82) 전시·사변·계엄지역에서의 노적군용물의 방화(군형법 제67조 제1호)
- (83) 폭발물파열(군형법 제68조)
- (84) 취역중의 선박, 항공기의 복물, 파괴 등 그 치사상(군형법 제71조)
- (85) 위 군용물시설등 방화, 전시 등 노적군용물방화, 폭발물파열, 취역중

의 선박·항공기 복물·파괴의 각 미수범(군형법 제72조)

(86) 총포·탄약·폭발물범죄에 대한 가중처벌(군형법 제75조 제1호)

(87) 약탈로 인한 살해 및 치사상(군형법 제83조 제1호)

(88) 전지강간(군형법 제84조)

(89) 위 약탈로 인한 살해 및 치사상, 전지강간의 각 미수범(군형법 제85조)

사회보호법 제5조 제3호 등 위헌소원

(1996. 11. 28. 95헌바20 전원재판부)

[판례집 8권2집, 573~587]

【판시 사항】

- 가. 국가보위입법회의에서 제정된 법률의 위헌여부
- 나. 사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 것, 이하 "이 법"이라 한다) 제5조 제3호의 위헌여부
- 다. 이 법 제7조 제3항의 위헌여부
- 라. 이 법 제23조 제1항의 위헌여부

【결정 요지】

- 가. 1980. 10. 27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항, 제3항과 1987. 10. 29. 개정·공포된 현행 헌법 부칙 제5조의 규정에 비추어 볼 때, 국가보위입법회의에서 제정된 법률에 대하여는 그 내용이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 다투는 것은 별론으로 하고, 그 제정절차에 위헌적 하자가 있음을 다룰 수는 없다.
- 나. (1) 이 법 제5조 제3호에 의한 보호감호의 핵심적 요건인 재범의 위험성이 있는지 여부는 법관이 개개의 구체적 사건을 대상으로 사후에 예측 판단하는 것이므로 그 구체적 기준을 미리 망라하여 규정하는 것은 입법 기술상 불가능할 뿐 아니라, 이를 미리 규정하지 않는다고 하더라도 그 의미가 사회적으로 인식되어 있어서 법관에 의한 법의 해석과 적용이 일반에게 예측될 수 있다 할 것이므로 이를 백지입법이라고 할 수 없고, 이 법 제1조가 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 한다고 규정하고 있으나 재범의 위험성과 특수한 교육·개선 등의 필요성은

표리관계에 있으므로 이 법 제5조에서 재범의 위험성만을 요건으로 규정하고 특수한 교육 개선 등의 필요성에 관한 구체적 기준을 정하지 않았다고 하여 이를 흠결입법이라고 할 수 없다.

(2) 보호감호처분과 형벌은 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 유사하나, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 보안처분으로서 헌법 제12조 제1항에 근거를 두고 있으며, 그 본질과 목적 및 기능에 있어서 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로, 형과 보호감호를 병과하여 선고한다고 해서 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 이 법은 제25조 제1항, 제35조 등에 재범의 위험성의 소멸 정도에 따른 단계적인 사회복귀절차를 규정하고 있으므로, 이 법 제7조 제3항이 더 구체적인 사회복귀절차를 규정하지 않았다고 하여 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유 내지 적법절차의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

라. 형과 보호감호가 병과된 경우 형을 먼저 집행한 후에 보호감호를 집행하는 것은 형벌과 보호감호제도의 본질과 목적에 비추어 상당하고, 보호감호의 집행으로 형의 집행을 면제한다면 형과 함께 보호감호를 선고받은 자가 단순히 형만을 선고받은 자보다 유리하게 처우될 수 있으며, 보호감호를 먼저 집행한다면 그로 인한 교육 개선의 효과가 그 후 형의 집행 과정에서 상실될 수도 있으므로 형을 먼저 집행하는 것이 합리적이라 할 것이다. 따라서 이 법 제23조 제1항은 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유 내지 적법절차의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

이 사건 주문표시는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인 손 ○ 식

【심판대상조문】

사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 것) 제5조 (보호감호) 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다.

1~2. 생략

3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 것) (보호감호의 내용) ①~② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보호감호시설과 감호·교화의 방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 것) (집행순서 및 방법) ①감호와 형이 병과된 경우(보호감호시설에 수용되어 있는 중에 형을 선고받은 경우를 포함한다)에는 형을 먼저 집행한다. 다만, 자격정지는 보호감호와 같이 집행하며, 치료감호는 형보다 먼저 집행한다. 이 경우 치료감호의 집행기간은 형기에 산입한다.

② 생략

【참조 조문】

헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제40조

【참조 판례】

가. 1992. 4. 14. 선고, 90헌바23 결정

나. 다. 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정

【주 문】

사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 것) 제5조 제3호, 제7조 제3항 및 제23조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1959. 12. 24. 서울고등법원에서 야간주거침입절도죄로 징역10월을 선고받은 것을 비롯하여 위 죄와 동종 또는 유사한 죄로 1980. 7. 23.까지 사이에 10회에 걸쳐 각 실행(형기합계 17년)을 선고받은 후, 1982. 11. 25. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)으로 징역 1년 6월과 보호감호 10년(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정되기 전의 사회보호법 - 이하 "구법"이라 한다 - 제5조 제1항에 의한 것이다)을 선고받고 그 형의 집행을 마친 다음 감호집행을 받아오다가 1989. 2. 25. 가출소하여 3년의 보호관찰기간이 경과됨으로써 보호감호에 대한 집행이 면제되었고, 그 2년 후 다시 같은 죄를 범하여 1994. 6. 30. 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 석방되었다.

(2) 그 후 같은 해 10. 11. 다시 같은 죄를 범하여 12. 9. 대전지방법원 강경지원에서 징역 1년6월과 보호감호(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 사회보호법 - 이하 "이 법"이라 한다 - 제5조 제3항에 의한 것이다)의 선고를 받고 항소하였다가 기각되자 상고를 제기하였고(대법원 95감도42, 95도964 보호감호등 사건), 상고심 계속중에 이 법 제5조 제3호, 제7조 제3항, 제23조 제1항 등이 위헌이라는 이유로 위헌심판제청을 신청하였다가(대법원 95초62) 1995. 6. 30. 상고와 함께 위 신청이 기각되자 7. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 청구인은 현재 청송교도소에서 그 형의 집행중에 있고, 위 징역형의 형기종료일은 1996. 5. 3.이나 앞서 선고받은 집행유예가

실효되어 최종 형기종료일은 1997. 12. 20.이며 그 다음날 부터 보호감호의 집행이 개시될 예정이다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 이 법 제5조 제3호가 헌법 제12조 제1항 후단의 죄형법정주의 등을 내포한 적법절차조항 및 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리의 원칙에 위배되는지 여부, 이 법 제7조 제3항 및 제23조 제1항이 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유 내지 적법절차조항에 위배되는지 여부 및 이 법이 헌법 제40조의 국회의 입법권을 침해하여 제정되어 위헌인지의 여부 등이고, 청구인이 위헌이라고 주장하는 조항의 내용은 다음과 같다.

제5조(보호감호) 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다.

1. (생략)

2. (생략)

3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

제7조(보호감호의 내용)

① (생략)

② (생략)

③ 보호감호시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다.

④ (생략)

제23조(집행순서 및 방법)

① 감호와 형이 병과된 경우(보호감호시설에 수용되어 있는 중에 형

을 선고받은 경우를 포함한다)에는 형을 먼저 집행한다. 다만, 자격정지는 보호감호와 같이 집행하며, 치료감호는 형보다 먼저 집행한다. 이 경우 치료감호의 집행기간은 형기에 산입한다.

② (생략)

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 법 제5조 제3호

이 법 제5조는 재범의 위험성을 같은 조 각호의 요건과 병행적인 보호감호처분의 기준으로 하고 있으나 이에 대한 구체적인 기준을 명시한 바 없는 일종의 백지입법으로서 임의적 판단에 따라 국민의 신체의 자유라는 기본권을 침해할 수 있고, 이 법 제1조에 명시된 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대한 구체적인 요건을 규정하지 아니한 흠결입법이므로, 헌법 제12조 제1항 후단의 죄형법정주의 등을 내포한 적법 절차조항에 위배된다.

제5조 제1호는 형사소송절차에 따른 처벌을 그 요건으로 하고 있고, 같은 조 제2호의 상습범에 대한 보호감호처분은 행위자의 범죄행위를 요건으로 하여 형사소송절차에 따라 과해질 수 있는 것이며, 같은 조 제3호는 실질적으로 같은 조 제1호, 제2호에 의한 보호감호처분을 선고받았던 것을 전제로 하므로, 보호감호처분은 선행 내지 병행된 형사소송절차를 그 실제적인 구성요건으로 하고 있을 뿐만 아니라 신체의 자유를 박탈 내지 제한하는 것을 본질적 내용으로 하고 있는 점에서 형사처벌과 다를 바 없어 실질적으로 동일한 범죄에 대한 형사처벌과 중복된 처벌이므로, 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리의 원칙에 위배된다.

(2) 이 법 제7조 제3항 및 제23조 제1항

보호감호처분은 그 대상자가 사회에 적응하지 못한 재범의 위험성이 있는 자이고 최근 사회의 제반환경이 급변하고 있는 상황 등을 감안하면, 이 법 제7조 제3항 소정의 최장 7년의 보호감호시설에의 수용처분에는 출소시의 현실적이고 구체적인 사회복귀절차를 규정하였어야 함에도 불구하고 이에 대한 규정을 두지 않음으로써 보호감호처분을 마치고도 사회에 적응하지 못하여 재범에 이르는 사람들이 적지 않은 실정이므로, 이 법의 입법목적인 사회보호와 신체의 자유의 박탈 내지 제한이라는 기본권 침해의 양자를 비교형량할 때 후자가 도외시된 입법이다.

보호감호처분의 집행에 따라 재범의 위험성이 소멸되고 사회복귀를 위한 준비가 완료되면 형의 집행을 면제하는 것이 그 입법목적에 부합됨에도 불구하고, 이 법 제23조 제1항은 감호와 형이 병과된 경우 형을 먼저 집행하도록 하고 있어 사회보호법의 입법취지와 상반된다.

따라서 이 법 제7조 제3항 및 제23조 제1항은 헌법 제12조 제1항에 규정된 신체의 자유 내지 광의의 적법절차조항에 위배된다.

(3) 구법은 1980. 12. 18. 국가보위입법회의에서 제정된 법률(법률 제3286호)이므로 입법권은 국회에 속한다는 헌법 제40조의 규정에 위배되어 위헌이며, 위와 같은 하자는 법률상 치유될 수 없는 것이므로 위 법이 개정된 이 법 또한 위헌이다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 이 법 제5조 제3호

(가) 사회보호법상 감호가 독립청구된 경우를 제외하고 감호사

건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하도록 되어 있어, 감호의 전제요건인 재범의 위험성 유무 및 특수한 교육 개선의 필요성 인정여부 등은 피고사건에 대한 판결의 시점에서 판단하게 되나, 피감호청구인에 대한 재범의 위험성 유무 및 특수한 교육개선의 필요성 인정여부의 판단은 결국 법원에 의한 사후의 예측 판단작용이므로 입법에 의해 구체적 사유를 모두 규정하는 것은 입법의 한계를 넘는 것일 뿐만 아니라, 개개의 구체적 사건에 따라 자유롭게 재범의 위험성 유무 등을 판단해야 할 법관의 재량을 배제하는 것이어서, 오히려 헌법 제27조 제1항이 보장한 법원에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하는 결과를 초래할 것이다.

(나) 보호감호와 형벌은 다 같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 집행상 유사한 점이 있기는 하지만, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 헌법 제12조 제1항에 근거를 둔 보안처분으로서 형벌과는 그 본질과 목적 및 기능이 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로, 형벌과 보호감호를 병과하여 선고한다하여 이를 헌법 제13조 제1항 후단이 정한 거듭처벌금지나 일사부재리의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 이 법 제7조 제3항

(가) 보안처분의 본질적 요소인 재범의 위험성은 장래에 다시 범죄를 범할 개연성을 의미하는 것으로 장래의 예측에 따른 불확실성을 가지고 있으므로, 보안처분을 선고할 때에 미리 재범의 위험성의 소멸시기를 예측하는 것이 거의 불가능하고, 보안처분은 그 본

질상 집행단계에서 기간이 확정되는 부정기적인 처분일 뿐만 아니라 기본권의 제한을 의미하는 것이므로, 위 조항은 기본권을 보장한다는 뜻에서 단지 보호감호 집행상의 상한을 정한 것이다.

(나) 보안처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사 결정하는 사회보호위원회가 설치되어 피보호감호자에 대하여 그 집행 개시 후 1년마다 가출소 여부를, 가출소한 피보호감호자에 대해서는 매 6월마다 집행면제 여부를 심사결정하고, 검사의 청구에 의하여 수시로 피보호감호자에 대한 가출소와 보호감호 면제에 관한 사항을 심사 결정할 수 있도록 되어 있어, 피보호감호자의 성향이 개선되어 재범의 위험성이 없다고 판단될 때에는 동 위원회의 심사를 거쳐 가출소 또는 보호감호의 면제를 받을 수 있는 길이 열려 있으므로, 보호감호제도가 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 이 법 제23조 제1항

(가) 보호감호와 형이 병과된 경우에 위 조항에 규정된 집행순서 및 방법에 따라 형을 먼저 집행하도록 하는 것은, 만약 보호감호로서 형벌의 기능을 대체하도록 한다면 형과 함께 보호감호까지 선고받은 자가 단순히 형만을 선고받은 자보다 유리하게 처우될 수 있는 불합리한 점이 있기 때문이며, 또 집행순서에 관하여 보더라도 형을 보호감호 후에 집행함으로써 발생할 수 있는 불합리한 면, 즉 보호감호에 의한 교육 개선의 효과가 그후 형집행 과정을 통해서 상실될 수 있는 점을 고려하면 사회보호법의 입법취지에도 부합된다.

(나) 형벌은 책임을 기초로 과거행위에 대한 응보의 목적을 지닌데 반하여 보안처분은 행위자의 장래의 위험성에 대한 대책이라는

목적은 지녔다는 점에서 형벌보충적 기능을 가지고 있기 때문에 일반적으로 보안처분은 형벌의 집행종료 후에 집행되어야 하며 또 형벌은 기간이 정해져 있음에 반하여 보안처분은 부정기적인 처분이므로 형벌을 먼저 집행하는 것이 타당하다.

(4) 이 법의 효력

(가) 구법은 1980. 12. 8. 비상기관인 국가보위입법회의에 의해 제정되었으나, 당시 헌법부칙 제6조 제3항에 의하면 "국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다"라고 규정되어 헌법에 근거를 두고 있으며, 보안처분제도는 1972. 12. 27. 제7차 개정헌법 이래 헌법상의 제도로 수용하여 왔으므로 헌법의 규정에 따라 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐 하는 문제는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이다.

(나) 1989. 3. 25. 법률 제4089호로써 국회에서 사회보호법의 전면 개정이 이루어짐으로써 그 합헌성이 더욱 분명해졌다.

다. 대법원의 위헌심판제청신청 기각 이유

청구인의 신청은 이유 없다고 하였을 뿐 그 구체적인 이유는 설시하지 않았다.

3. 판단

가. 국가보위입법회의에서 제정된 법률의 위헌 여부

1980. 10. 27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항은 국가보위입법회의에 국회의 권한을 대행하도록 입법권을 부여하였고, 제3항은 국가보위입법회의가 제정한 법률은 그 효력을 지속하도록 규정하고 있으며, 1987. 10. 29. 개정·공포된 현행 헌법 부칙 제5조는 이 헌법

시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다고 규정하고 있으므로, 국가보위입법회의에서 제정된 법률의 내용이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 다투는 것은 별론으로 하고, 그 제정절차에 위헌적 하자가 있음을 다룰 수는 없다고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1992. 4. 14. 선고, 90헌바23 결정 참조).

따라서 구법이 국가보위입법회의에서 제정되었다는 이유로 이 법이 헌법에 위반되어 무효라고 할 수 없다.

나. 이 법 제5조 제3호의 위헌 여부

(1) 죄형법정주의의 위배 여부

이 법 제5조 제3호에 의한 보호감호의 요건을 보면, 전에 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 특정한 죄를 범하고 또 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때로 규정되어 있다.

따라서 재범의 위험성이 핵심적 요건으로 되어 있고, 그 유무에 대한 판단은 법관의 재량에 일임되어 있으므로 보호감호처분의 합헌성이 인정된다 할 것이다(헌법재판소 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5,8, 89헌가44(병합) 결정 참조).

재범의 위험성이 있는지 여부는 법관이 개개의 구체적 사건을 대상으로 사후에 예측 판단하는 것이므로 그 구체적 기준을 미리 망라하여 규정하는 것은 입법 기술상 불가능할 뿐 아니라, 이를 미리 규정하지 않는다고 하더라도 그 의미가 사회적으로 인식되어 있어서 법관에 의한 법의 해석과 적용이 일반에게 예측될 수 있다 할 것이므로 이를 백지입법이라고 할 수 없다.

또 이 법 제1조가 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 한다고 규정하고 있으나, 이는 법의 목적에 관한 규정이고 재범의 위험성과 특수한 교육·개선 등의 필요성은 표리관계에 있으므로, 이 법 제5조에서 재범의 위험성만을 요건으로 규정하고 특수한 교육·개선 등의 필요성에 관한 구체적 기준을 정하지 않았다고 하여 이를 흠결입법이라고 할 수 없다.

따라서 위 조항이 헌법 제12조 제1항 후단의 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 일사부재리원칙의 위배 여부

보호감호처분과 형벌은 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 유사하나, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 보안처분으로서 헌법 제12조 제1항에 근거를 두고 있으며, 그 본질과 목적 및 기능에 있어서 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로, 형과 보호감호를 병과하여 선고한다고 해서 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌법재판소 1989. 7. 14. 선고, 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정등 참조).

다. 이 법 제7조 제3항의 위헌 여부

이 법 제7조3항은 보호감호시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다고 규정하고 있는데, 보호감호시설에의 수용기간은 재범의 위험성을 핵심적 요소로 하는 보안처분제도의 본질에 비추어 볼 때 보호감호 집행상의 상한을 정한 것이라 할 것이고(헌법재판소 1989.

7. 14. 선고, 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 결정 등 참조), 이 법은 보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사 결정하는 사회보호위원회에서 피보호감호자에 대하여 그 감호집행 개시 후 매 1년 가출소 여부를, 가출소한 자에 대하여 매6월 집행면제 여부를 심사·결정하는 한편(제25조 제1항), 검사의 청구에 의하여 수시로 가출소 및 그 취소와 보호감호면제에 관한 사항을 심사 결정할 수 있도록 하는 제도적 장치를 두는 등(제35조), 재범의 위험성의 소멸정도에 따른 단계적인 사회복지절차를 규정하고 있다.

따라서 위 조항이 더 구체적인 사회복지절차를 규정하지 않았다고 하여 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유 내지 적법절차의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

라. 이 법 제23조 제1항의 위헌 여부

형벌은 과거의 범죄에 대하여 책임주의를 기초로 한 응보적 성질의 처분이고 보안처분은 장래의 위험성에 대한 사회방위목적의 처분으로서 형벌보충적 기능을 가지고 있으며, 형벌은 기간이 정해져 있음에 반하여 보호감호는 부정기적인 처분이므로, 형과 보호감호가 병과된 경우 형을 먼저 집행한 후에 보호감호를 집행하는 것은 형벌과 보호감호제도의 본질과 목적에 비추어 상당하고, 또 보호감호의 집행으로 형의 집행을 면제한다면 형과 함께 보호감호를 선고받은 자가 단순히 형만을 선고받은 자보다 유리하게 처우될 수 있으며, 보호감호를 먼저 집행한다면 그로인한 교육·개선의 효과가 그 후 형의 집행 과정에서 상실될 수도 있으므로 형을 먼저 집행하는 것이 합리적이라 할 것이다.

따라서 위 조항이 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유 내지 적법절

차의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

5. 결론

따라서 이 법 제5조 제3호, 제7조 제3항, 제23조 제1항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문표시 방법에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시 중 "사회보호법(……) 제5조 제3호, 제7조 제3항 및 제23조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7,8(병합) 구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원, 95헌바22 징발재산정리에 관한특별조치법 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.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
주 심	재판관 신창언

총액임금제적용사업장지정 등에 관한 헌법소원

(1996. 11. 28. 92헌마108 전원재판부)

[판례집 8권 2집, 588~599]

【관시 사항】

1. 정부의 임금인상률 상한선(이른바 임금 가이드라인)의 발표행위에 대한 헌법소원심판청구가 임금교섭의 종료후에도 권리보호의 이익이 있는지 여부
2. 이 경우 헌법질서의 수호를 위한 헌법적 해명의 필요성이 있어 심판청구의 이익이 인정되는지 여부

【결정 요지】

1. 이 사건 발표행위는 1992년에 이루어진 것이고 그 내용도 청구인들이 소속한 사업장의 사업주에 대하여 1992년도의 임금협상시 총액기준 5% 이상의 임금인상을 제한하는 것인데, 청구인들이 소속한 사업장에서의 1992년도 임금교섭은 이미 종료되어 위 발표행위는 더 이상 청구인들의 권리에 대하여 영향을 미치지 못할 뿐더러, 이 사건 헌법소원이 인용된다고 하여도 청구인들의 침해된 권리는 구제받을 수 없게 되었으므로 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없다.

2. 1993년도 이후 새로운 문민정부가 출범하면서 정부는 총액임금제도는 그대로 유지하되 과거의 제6공화국과는 달리 이 사건에서 문제가 되고 있는 획일적인 임금인상률 상한선을 제시·강행하지 아니하고 노사간의 자율적인 합의를 존중하겠다는 의지를 거듭 밝히고 있고 실제로 현재까지의 임금교섭이 공권력의 강제적인 개입없이 노사간의 자율적인 합의에 의하여 이루어지고 있으므로, 현재와 같은 상황에서 이 사건이 헌법질서의 수호를 위하여 긴요한 사항으로 헌법적으로 그 해

명이 중요한 의미를 지니고 있다거나 침해행위가 반복될 구체적 위험이 있다고 보기는 어려워 예외적인 심판청구의 이익도 인정할 수 없다.

- 청 구 인 1. ○○신문사 노동조합 외 9인
 청구인들 대리인 변호사 윤 중 현 외 3인
- 피청구인 1. 재정경제원장관
 2. 노동부장관

【참조 조문】

헌법 제33조 제1항

【참조 판례】

1. 1992. 12. 24. 선고, 92헌마186 결정
2. 1994. 7. 29. 선고, 91헌마137 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

청구인들은 청구의 전국언론노동조합연맹 산하의 단위노동조합들로서 신문사, 통신사 또는 방송사의 노동조합들이다.

피청구인들(피청구인 경제기획원장관은 1994. 12. 23. 정부조직법 개정예 따라 재정경제원장관으로 명칭이 변경되었다)은 정부의 경제 및 노동정책을 주관하는 부서의 장들로서, 피청구인들의 주도 아래 정부의 담당 부처는 1991. 7. 22. 경 공무원과 국영기업체 임직원을 대상

으로 이른바 "총액임금제"를 도입하겠다고 발표하였다. 위 "총액임금제"는 기본급과 제 수당 및 상여금 등 제반 임금을 모두 합산하여 총액기준으로 임금인상률을 계산하겠다는 것이다. 1991. 12. 26. 피청구인들과 정부 관계부처는 1991년도 경제운용계획을 수립하면서 총액임금제를 실시하기로 하면서 민간 대기업에 대하여는 총액 기준으로 5% 이상을 억제하기로 하는 방침을 확정하였다. 그 후 피청구인 경제기획원장관을 위원장으로 하는 인력정책심의위원회는 1992. 3. 9. "임금중점관리대상기업관리방안"을 의결하여 총액임금제적용사업장 선정기준을 정하였다. 위 관리방안 가운데에는 이른바 중점관리대상업체(500인 이상의 대기업, 정부투자 . 출연기관 등)의 임금인상률 상한선(이른바 임금인상 가이드라인) 5% 준수 여부에 따른 우대 및 불이익 조치 내용이 포함되어 있었으며(위 우대 및 불이익 조치 내용은 같은 해 4. 14. 언론에 보도되었으나 각 사업체에 개별적으로 통보되지는 아니하였다), 위 관리방안에 따라 관계부처합동점검반이 편성되었다. 피청구인들은 그 무렵 위 총액임금제적용사업장 선정기준에 따라 청구인들 소속 사업장을 포함한 1,453개소 사업장을 총액임금제적용사업장으로 지정하였다가 1992. 4. 22. 총액임금제 적용사업장을 780개로 축소하여 발표하였고, 같은 달 30. 위 관계부처합동점검반회의에서 임금인상률 상한선 5% 준수 여부를 1992. 5. 1.부터 점검하기로 결정하였다.

청구인들은 1992. 6. 2. 피청구인들이 위와 같이 총액임금제 적용사업장에 청구인들이 소속한 사업장의 사용자들(이하 이 사건 사용자들이라 한다)을 포함시킨 행위 및 기타 이에 관련한 아래 심판대상 행위들이 청구인들의 헌법 제33조 제1항의 근로자의 자주적인 단결

권, 헌법 제11조 제1항의 평등권 등을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

2. 심판의 대상

가. 청구인들이 헌법소원심판청구서에서 주장한 이 사건 심판의 대상은 다음과 같다.

(1) 피청구인들이 1992. 4. 22. 총액임금제 적용사업장을 780개로 확정하면서 그중 이 사건 사용자들을 포함시킨 행위의 위헌 여부.

(2) 피청구인들이 1992. 4. 14. 청구인들과 이 사건 사용자들 사이의 1992년도 단체교섭을 통하여 총액임금 기준으로 5% 이상의 임금인상을 하기로 합의할 경우 이 사건 사용자들에게 별지 1 기재 불이익 조치와 같은 각종 불이익을 주고, 총액임금 기준으로 5% 이하의 임금인상을 하기로 합의할 경우 별지 2 기재 우대 조치와 같은 각종 이익을 제공할 것이라고 발표한 행위의 위헌 여부.

(3) 피청구인들이 1992. 4. 30. 청구인들과 이 사건 사용자들 사이의 1992년도 단체교섭을 통하여 5% 이상의 임금인상을 하기로 합의하는 것을 저지하고 단속할 목적으로 피청구인들 및 그 밖의 정부기관 소속 공무원들로 관계부처 합동점검반을 편성하기로 한 행위(이하 이 사건 편성행위라 한다)의 위헌 여부.

나. 그러나 위 (1), (2)행위에 관하여 보건대, 위 행위들은 모두 경제기획원 산하 인력정책심의위원회의 결정에 기한 것인바, 청구인들이 소속된 사업체를 비롯하여 780개 사업체를 1992년도 총액임금제 적용사업장(중점관리대상)으로 확정한다는 결정은 곧 1992년도의 경우 총액임금제 적용사업장의 임금인상을 총액 기준으로 5% 이내로 억제한다는 것을 의미하며, 위 두 행위는 형식적으로는 별

개의 행위지만 하나의 공통된 행정목적을 달성하기 위하여 단계적으로 이루어진 행위들로서 대외적으로는 이들 각 행위가 상호 유기적으로 결합되어 통일적인 작용을 하고 있으므로, 위 두 행위를 각각 독립된 심판대상으로 하지 아니하고 이를 통합하여 "피청구인들이 청구인들과 노사관계에 있는 사용자들의 사업장을 1992년도 총액 기준 5% 이내의 임금인상이 권장되는 중점관리 대상에 포함시키면서 위 임금인상률 상한선을 따르지 아니할 경우 별지 1 기재와 같은 불이익 조치와 이를 따를 경우 별지 2 기재와 같은 우대 조치를 취할 것을 발표한 행위"(이하 이 사건 발표행위라 한다)로 일괄하여 그 위헌 여부를 이 사건 심판의 대상으로 보는 것이 타당하다 할 것이다.

3. 당사자의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 피청구인들은 정부의 경제 및 노동정책을 주관하는 부서의 장들이다. 그런데 피청구인들의 주도 아래 정부의 담당부처가 도입한 "총액임금제"는 기본급과 제 수당 및 상여금 등 제반 임금을 모두 합산하여 총액 기준으로 임금인상률을 계산하겠다는 것으로서 사실상 임금인상을 억제하기 위한 편법으로서 강구된 것이다.

(2) 피청구인들이 청구인들의 사업장을 임금 '총액'기준 5% 인상률의 제한을 받는 대상업체에 포함시킴으로써, 청구인들의 단체교섭을 무의미하게 만들어 버린 것은 청구인들의 단체교섭권의 본질을 침해한 것이다. 또 그 결과 청구인들이 조합원의 확대, 조직강화 등을 할 수 없도록 만들어 버림으로써 청구인들의 단결권에도 타격을 주고 있다. 나아가 정부가 사용자들이 자율적으로 결정해야

할 단체교섭안의 내용을 사용자들에게 강제함으로써, 청구인들이 사용자들을 상대로 단체행동을 할 실익이 없어져 버림으로써 청구인들의 단체행동권을 침해하고 있다.

(3) 피청구인들이 청구인들의 사업장을 임금 '총액'기준 5% 인상률의 제한을 받는 대상업체에 포함시킴으로써, 청구인들과 청구인들에게 소속되어 있는 근로자들을 그에 포함되지 않는 사업장의 노동조합과 근로자들에 비하여 부당하게 차별을 받게 한 것은 헌법 제11조 제1항에 위반하여 청구인들의 평등권을 침해한 것이다.

(4) 피청구인들은 별지 1 및 2에서 보는 바와 같이 피청구인들의 위헌적인 공권력 행사에 따르는 기업에 대하여는 각종 우대 조치를 제공하고 그에 따르지 않는 기업들에 대하여는 제재 조치를 취하겠다고 발표하였는데, 이러한 발표는 그 자체가 정당한 법률의 근거없이 기업에 부당한 의사결정을 강요한다는 점에서 권력적 사실행위로서 위헌일 뿐 아니라 각각의 법령상의 근거에 의하여 원래의 취지에 맞게 공정하게 집행되어야 할 여러 경제정책적 수단들을 각 기업이 자율적으로 결정해야 할 임금의 형태와 인상률을 기준으로 하여 자의적으로 적용한다는 점에서 역시 위헌이다.

(5) 피청구인들의 이 사건 공권력행사는 정부의 강제력을 배경으로 사실상 청구인들의 기본권을 침해하면서도 구체적으로 법률효과를 일으키는 행정처분의 형태를 취하지 않고 있기 때문에 이 사건 헌법소원 외에 달리 법적으로 구제를 받을 길이 없는 실정이다.

나. 피청구인들 및 법무부장관의 의견요지

(1) 정부의 총액기준임금정책은 노사의 임의적 협력을 전제로 국민경제 전체 차원에서 정부가 법적 강제력이 없는 행정지도에 의하

여 추진하고 있는 것으로 정부의 공권력 행사와는 상관이 없다. 청구인들이 주장하는 우대 및 불이익 조치 발표행위는 행정청의 의견발표에 불과한 것이다. 총액기준임금정책의 추진과 관련하여 합동점검반을 편성한 행위는 행정기관간의 업무협조를 위한 행정기관 내부운영에 관한 것으로 역시 국민에 대한 공권력행사라고 할 수 없다. 따라서 청구인들이 주장하는 이 사건 심판대상 행위들은 모두 헌법소원의 대상이 될 수 없다.

(2) 이 사건 심판대상 행위들이 공권력의 행사에 해당한다 하더라도 청구인들의 기본권을 직접 또는 현재적으로 침해하고 있다고 할 수 없고, 또 가사 그 침해가 있었다고 하더라도 청구인들이 행정쟁송절차를 거치지 않은 채 제기한 이 사건 헌법소원은 부적법하여 각하하여야 할 것이다.

(3) 총액 기준 임금정책은 임금교섭과 임금관리체제의 과학화와 그 합리성을 높이며 기업간의 임금격차 완화, 생산성 제고를 도모하기 위한 것으로서, 헌법 제119조 제2항에 근거하여 국민경제의 합리적 운용과 공공복리의 증진을 위하여 노동시장에 질서를 부여하기 위한 경제조정기능의 수행 차원에서 이루어지는 것이다. 또한 정부는 위 정책을 추진함에 있어서 우리나라의 경제상황에 비추어 기업의 규모, 공공성, 시장지배력의 유무 등을 고려하여 그 대상을 선정하였을 뿐 아니라, 선정된 중점관리대상 사업장은 전체 사업장의 0.57%, 전체 근로자의 10.1%에 불과하며 또한 1992년도 경제상황으로 볼 때 청구인들 소속 사업장의 임금인상률을 5%로 지도함이 상당하였으므로 국민경제의 측면에서 실질적 평등에 부합한다.

총액임금제는 전체 국민경제의 운용 차원에서 바람직한 임금수

준을 제시하고 자율적인 노사교섭과정에서 정확한 정보에 의한 합리적인 임금결정을 권고하는 것으로서 근로자의 단결권이나 단체행동권과는 관계가 없을 뿐 아니라 단체교섭권도 침해한다고 할 수 없다.

4. 판단

헌법소원은 국민의 기본권침해를 구제하는 권리구제절차로서의 성격을 가지므로 권리보호의 이익이 있어야 적법하게 제기될 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌마186 결정 등 참조)인바, 이 사건 심판청구가 권리보호의 이익을 구비하였는지 살펴본다.

이 사건 발표행위는 1992년에 이루어진 것이고 그 내용도 청구인들이 소속한 사업장의 사업주에 대하여 1992년도의 임금협상시 총액기준 5% 이상의 임금인상을 제한하는 것인데, 청구인들이 소속한 사업장에서의 1992년도 임금교섭은 이미 종료되었다 할 것이므로 위 발표행위는 더 이상 청구인들의 권리에 대하여 영향을 미치지 못할 뿐더러, 이 사건 헌법소원이 인용된다고 하여도 청구인들의 침해된 권리는 구제받을 수 없게 되었다. 그러므로 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없다고 할 것이다.

한편, 헌법소원심판청구 당시 권리보호의 이익이 인정되더라도 심판계속중에 생기는 사정변경 즉 사실관계 또는 법제의 변동으로 말미암아 권리보호의 이익이 소멸 또는 제거된 경우에는 원칙적으로 심판청구는 부적법하게 된다 할 것이나, 다만 이러한 경우에도 당해 사건에 대한 본안판단이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 지니고 있는

경우나, 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있는 경우 등에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료된 침해행위가 위헌이었음을 확인할 필요가 있으며, 여기서 말하는 반복적 침해의 위험성이란 단순히 추상적이거나 이론적인 가능성이 아니라 구체적인 것이어야 한다는 것이 헌법재판소의 확립된 관례이다(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 91헌마137 결정 등 참조). 이 사건 심판청구가 이와 같은 의미에서의 심판청구의 이익을 구비하고 있는지를 본다.

1993년도 이후 새로운 문민정부가 출범하면서 정부는 총액임금제도는 그대로 유지하되 과거의 제6공화국과는 달리 이 사건에서 문제가 되고 있는 획일적인 임금인상률 상한선을 제시·강행하지 아니하고 노사간의 자율적인 합의를 존중하겠다는 의지를 거듭 밝히고 있고 실제로 현재까지의 임금교섭이 공권력의 강제적인 개입없이 노사간의 자율적인 합의에 의하여 이루어지고 있으므로 앞으로 피청구인들이 이 사건 발표행위 등으로 임금인상을 억제하여 근로자의 단체교섭권을 제한할 위험성은 존재하지 아니한다고 보아야 하며, 현재와 같은 상황에서 이 사건이 헌법질서의 수호를 위하여 긴요한 사항으로 헌법적으로 그 해명이 중요한 의미를 지니고 있다거나 침해행위가 반복될 구체적인 위험이 있다고 보기는 어렵다.

그러므로 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익은 물론 예외적인 심판청구의 이익도 없어 부적법하다 할 것이다.

5. 결론

이에 이 사건 심판청구는 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
주 심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

(별지 1)

불이익 조치

1. 각 금융기관의 운전자금 대출시 여신심사 강화 및 사후관리 철저
2. 정부의 주요 인 . 허가 사업 참여시 불이익 조치(예시)

구 분	조 치 내 용	소 관 부 처
국유재산 신규사용허가(대부)배제	해당기업체가 공장확장,기타 목적등 신규로 국유재산을 사용하고자 하는 경우 이를 배제	재무부
정부발주공사, 물품제조계약 체결시 선급금 지급율 불이익	정부발주공사, 물품제조 계약 체결시 선급금 지급율을 관련규정에서 정한 최저치 적용	재무부
공단입주 제한	국가공업단지내 공장용지 분양시 입주우선순위 배제	상공부
할당관세 추천심사 강화	할당관세 추천심사시 적격자 여부 심사 강화	상공부
도로점용허가시 불이익	동일한 점용물건에 동일한 조건으로 신청이 있는 경우 허가우선순위에서 배제	건설부
적정임금 초과분 가격인상 요인 불인정	석유제품 가격관리에 있어 5% 초과한 임금인상분은 비용 불인정(석유정제업)	동자부

(별지 2)

우대 조치

1. 회사채 발행 평점시 가산점 부여
2. 은행대출 또는 정책자금 지원시 우선지원 및 대출금리 차등 적용
3. 5%미만으로 인상한 계열 대기업에 대하여는 5% 인상액과의 차액만큼 여신관리상 자구 노력으로 인정
4. 신용보증 지원 우대
5. 일정기간 세무조사 면제조치(성실납세자우대관리규정 개정)
6. 5%이하 임금인상으로 인한 분규발생업체에 대하여는 세금 납기 연장 9월 범위내 징수유예조치를 하고, 분규기간중 또는 분규종료 1개월내 납기가 도래한 관세에 대하여는 1-6월간 납기 유예조치

【참조 조문】

憲法裁判所法 제68조 제1항

【참조 판례】

1. 1991. 9. 16. 선고, 89헌마163 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 부산시 동래구 ○○동 788 전133평, 같은동 789의 1 대155평방미터 중 155분의 101 지분과 같은동 796의 6 대 197평방미터(이하 이 토지들을 '이 사건 토지'라 한다)의 소유권자이다. 이 사건 토지에 대하여 건설부장관은 1973. 3. 28. 건설부고시 제14호에 의하여 소로 3류 35호선 계획도로(노폭 8m)로 도시계획결정 및 지적승인 고시를 하였으며, 다시 피청구인은 1977. 5. 16. 부산시 고시 제1563호로 소로 2류(노폭 8-10미터) 71호선 계획도로로 변경결정 및 지적승인 고시를 하였다.

현재 이 사건 토지는 사실상 도로로서 사용되고 있으며, 그 주변에는 주택과 상가건물이 들어서 있는 상태이며, 그 출입자들은 이 사건 토지가 아니면 다른 공로로通行할 수 없게 되어 있다. 한편 피청구인이나 그로부터 관내 도시계획사무를 수입한 동래구청장은 현재까지 이 사건 토지에 대하여 도시계획을 시행하거나 수용 내지

보상을 하지 않고 있다.

청구인은 피청구인이 이 사건 토지를 도시계획도로 예정지로 결정만 하고 그 후 20여년이 경과하도록 아무런 조치도 취하지 아니함으로써 재산권과 평등권을 침해하고 있다며 1992. 10. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인이 주장하는 바에 따르면, 이 사건의 심판의 대상은 피청구인이 이 사건 토지를 1973. 5. 16. 도시계획도로 예정지로 결정한 뒤 현재까지 수용 내지 준용도로 지정 등의 행위를 하지 않고 있는 부작위가 청구인의 기본권을 침해하는 여부이다.

2. 청구인의 주장과 관련기관의 의견

가. 청구인의 주장

피청구인은 예산이 없다는 이유로 이 사건 토지에 대한 도로 사업을 시행치 않고 있으나, 이 사건 토지 양옆에는 건축허가를 하여 점포 기타의 건물들이 들어서고 이 사건 토지는 필수적인 공로로 사용되게 됨으로써 청구인이 그 도로를 점거하거나 폐쇄할 수도 없어, 이 사건 토지에 대한 청구인의 사용수익권은 완전히 배제되어 오늘에 이르고 있다. 피청구인은 이 사건 토지를 도로법에 의한 절차에 따라 수용하고 도로로 완성하여 노선을 인정하는 등의 공권력 행사를 할 수 있고, 또한 그렇게 하는데 필요한 예산이 빨리 마련될 수 없다면 도로법과 시행령에 따른 준용도로로 지정하는 절차를 취함으로써 청구인의 손해를 보상하는 절차를 취함이 상당함에도 불구하고, 20여년간 아무런 조치도 취하지 아니하고 오늘에 이르기까지 방치하고 있음은 공권력의 불행사로 인해 기본권을 침해한 경

우라 할 것이다.

청구인은 피청구인측에 대하여 이 사건 토지가 도로임을 전제로 하여 부당이득금반환청구의 민사소송을 제기하였으나, 도로법에 의한 도로가 아니라는 이유로 기각되었는바, 사법부에 의한 권리구제는 더 기대할 수 없고 오로지 헌법소원으로 다룰 수밖에 없는 상황이다.

청구인은 피청구인에게 하루속히 이 사건 토지를 공용도로의 부지로 수용하여 그에 대한 보상을 해줄 것을 진정하였으나 피청구인이 아무런 조치를 취하지 않고 있는 것은 헌법 제23조에서 보장된 기본권을 침해하는 것이며, 이 사건 토지 양옆의 토지소유자 혹은 다른 일반 토지소유자와 비교해 볼 때 청구인의 평등권을 침해하는 것이다.

나. 피청구인의 답변

이 사건 토지의 계획도로 지정과 관련된 내용은 도로법 제24조 및 부산직할시 사무의 위임·위탁에 관한 조례 제2조에 의하여 관할 지방자치단체인 동래구에서 처리할 사무이므로, 청구인은 피청구인을 상대로 할 것이 아니라 동래구를 상대로 이 사건을 다투어야 할 것이므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

도시계획법에는 도시계획사업의 시행기간에 관하여 별도의 명문규정을 두고 있지 않으나, 도시계획도로의 사업시행은 피청구인의 관할구역의 전체적인 균형발전과 교통량, 지역주민의 편의 등을 고려하고, 시행청의 사업의 우선 순위와 재정형편 등을 감안하여 단계적으로 시행하고 있는데, 이 사건 계획도로 예정지는 피청구인의 재정형편상 시행순위가 미루어지고 있는 실정이다.

토지의 수용 또는 사용은 도시계획사업실시계획의 인가 및 고시 후 사업시행단계에서 사업시행자가 필요한 때에 헌법 제23조 제3항을 근거로 도시계획법 제29조에 의거하여 가능한바, 도시계획 사업시행 전단계인 도시계획의 결정 및 지적 고시만으로는 이 사건 토지를 수용 또는 사용할 수 없다. 청구인은 도시계획법 제12조, 제13조에 의한 도시계획의 결정 및 지적승인 고시에 의하여 재산상의 권리행사에 많은 제한을 받게 되고 그 한도내에서 일반토지 소유자에 비해 불이익을 받게 됨은 명백하지만, 도시계획시설인 도로(폭 4미터 이상)는 공공복리의 증진을 위하여 반드시 필요한 도시계획 시설로써, 도시계획법 규정에 따라 적법절차를 거쳐 시설되므로, 동법의 목적인 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 복리증진에 기여하기 위하여 가해지는 그러한 재산상의 권리행사의 제한은 공공복리에 적합한 합리적인 제한이라고 볼 것이고, 그 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 공공복리를 위하여 감수하지 아니하면 안될 정도의 것이라고 인정되므로 도시계획도로 시설결정 고시후 아무런 조치를 취하지 아니하였다 하여 헌법 제11조 및 제23조에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

다. 건설부장관의 의견

도시계획시설에 편입된 토지에 대해서는 도시계획법 제4조(행위등의 제한)에 따라 영구 건축물 등의 건축금지 등 일정한 행위제한이 이루어져 재산권행사에 불이익을 받게 되는 공용제한 내지 계획제한이 발생한다. 그러나 이 사건과 같은 도시계획도로의 지정은 도시계획법이 추구하는 도시의 건전한 성장·발전과 공공복리를 위해 필수적인 것으로서 적법절차에 의해 이루어진 것이므로, 그러

한 제한으로 인한 토지소유자의 불이익은 감수하지 않으면 안되는 재산권의 사회적 제약 범위내에 속하므로 손실보상청구권이 인정될 수 없다. 또한 도시계획시설 편입토지에 대한 토지수용 및 사용은 도시계획법 관계규정들에 의한 사업실시계획의 인가 및 고시가 있어야 가능한 것이므로, 이 사건 도시계획도로와 같은 도시계획결정 및 지적고시만으로는 대상 토지를 수용할 수 없는 것이다.

도시계획은 계획 자체가 안고 있는 미래지향적인 속성에 따라 장기적·종합적인 것이며 막대한 사업비가 소요되는 반면, 사업주체인 지방자치단체의 재정은 부족하고 시급하게 설치되어야 할 간선도로 등 시설에 대한 수요는 급증하고 있다. 1991년말 현재 도시계획으로 결정된 시설의 총면적은 2,236제곱킬로미터이고, 이 중 1,062제곱킬로미터는 미완결 상태이며, 미완결된 시설중 집행기간이 10년 이상된 것은 74.8제곱킬로미터, 20년 이상된 것은 183제곱킬로미터에 이르고 있으며 미집행시설의 해소에는 막대한 재원이 요청되고 있다.

이 사건 토지가 있는 지역은 부산시 중심부에서 멀리 떨어져 있는 시외곽지역으로서 이 사건 토지에 대한 도시계획도로 지정은 무질서한 건축물 등의 난립에 따른 도시기능의 저하를 방지하고 해당지역 주민의 통행편의와 주거환경을 개선하여 공공복리를 증진하고 교외지역의 개발을 촉진하기 위한 것이다.

3. 판 단

먼저 이 사건 심판청구가 적법한지를 본다.

가. 청구인은 피청구인이 이 사건 토지를 도시계획도로 예정지로 결정한 뒤 현재까지 수용 내지 준용도로 지정 등의 행위를 하지 아

니하고 있는 것이 자신의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 주장하면서 그 부작위의 위헌확인을 구하고 있다.

그러나 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 경우에 있어서는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다고 할 것이며, 따라서 의무위반의 부작위 때문에 피해를 입었다는 단순한 일반적인 주장만으로는 족하지 않다고 할 것이므로 기본권의 침해없이 행정행위의 단순한 부작위의 경우는 헌법소원으로서 부적법하다고 할 것이다(헌법재판소 1991. 9. 16. 선고, 89헌마163 결정 참조).

나. 그러므로 이 사건에서 피청구인 등 행정청에게 헌법에서 직접 유래하는 청구인 주장의 작위의무를 부담시키는 법률규정이 구체적으로 규정되어 있는지를 본다.

도시계획의 시행과정은 도시기본계획의 수립, 입안, 결정, 결정 및 지적승인의 고시·공람, 연차별 집행계획의 수립, 시행자의 실시계획작성 및 건설부장관의 인가, 실시계획의 인가·고시, 사업의 시행(수용, 사용, 보상 등)의 절차로 이루어진다. 도시계획법 제30조는 도시계획의 실현을 위하여 필요한 사업에 대한 토지수용권의 근거를 부여하고, 같은 법 제25조에 의한 실시계획인가를 토지수용법 제14조의 규정에 의한 사업인정으로 본다고 규정하고 있어, 도시계획시설 편입토지에 대한 토지수용 및 사용은 결국 당해 도시계획시설사업에 대한 실시계획인가 및 고시가 있어야 가능하다.

따라서 이 사건 토지와 같이 사업시행의 전단계로서 도시계획 결

정 및 지적고시만 된 상태에서는 관할 행정청이 토지를 사용 또는 수용할 수 있는 법률적 근거가 없다. 그러므로 행정청이 이 사건 토지를 수용하여야 할 법률적 의무는 존재하지 아니한다.

한편, 도로법이 준용되는 준용도로(도로법 제10조, 같은법시행령 제10조)의 설정이라도 이루어지면 손실보상(같은법 제79조)이 이루어질 수 있을 것이나, 또한 이 사건 토지와 같은 경우 반드시 준용도로로 지정하여야 하는 행정청의 작위의무에 관한 법률적 근거도 찾아 볼 수 없다(도로법 제10조, 같은법시행령 제10조, 제10조의 2 참조).

다. 나아가 피청구인이 이 사건 토지를 수용하거나 준용도로로 지정해야 할 헌법적 의무가 있는지 여부를 본다.

일반적으로 도시계획의 시행여부나 실시시기는 다른 사업들과의 우선순위, 재정적 여건 등 다양한 요인들을 복합적으로 감안하여 결정되어야 할 사항으로서 관할 행정청은 그에 관한 광범위한 재량권을 갖는다. 마찬가지로 도로예정지로 지정된 어떤 토지를 준용도로로 지정할 것인가의 여부나 그 지정시기도 관할 행정청의 재량사항이라고 할 것이다. 따라서 헌법상 보장된 재산권으로부터 직접 이 사건 토지에 대한 피청구인의 수용의무나 준용도로지정의무가 도출된다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

다만 도시계획의 시행주체인 행정청이 도시계획결정으로 어떤 토지를 도시계획예정지로 지정한 뒤 적정한 기간 이내에 그 실시계획을 수립한 후 시행하지 아니하여 해당 토지소유자의 재산권행사를 수인할 수 없을 정도로 장기간 제한하는 경우에는 원래 적법하였던 도시계획예정지 지정행위 자체가 해당 토지소유권자의 재산

권을 침해하게 될 가능성이 있다. 그러나 이 경우 해당 토지소유자는 헌법상 보장된 재산권으로부터 도출되는 방어권에 기하여 도시계획예정지구의 해제를 요구하거나, 도시계획예정지구 내에서의 일정 기간 이상의 현상변경금지조치에 대하여 보상규정을 마련하거나 도시계획예정지구 지정 이후 일정기간 경과 후에는 자동적으로 그 지정이 실효되도록 하는 규정을 마련하는 등 재산권보호를 위한 적절한 대책을 세우지 아니한 입법자의 입법부작위를 다투거나, 그러한 점에서 불완전한 기존의 도시계획관련법 자체를 다투는 것은 별론으로 하고, 이 사건 토지를 수용하지 아니하거나 준용도로로 지정하지 아니한 행정청의 부작위에 대한 위헌확인을 구할 수는 없다고 할 것이다.

라. 그러므로 이 사건 심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

4. 결론

이에 이 사건 심판청구는 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
주 심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

불기소처분취소 등

(1996.11.28. 93헌마229 전원재판부)

[판례집 8권 2집, 610~635]

【관시 사항】

1. "죄가안됨"의 不起訴處分이 "혐의없음"을 주장하는 被疑者의 기본권을 침해하는 공권력의 행사에 해당하는지 여부
2. 被疑者가 眞犯이 따로 있음을 주장하는 被疑事件에 관하여 檢事가 不起訴處分을 하고 搜查를 終結한 경우 不起訴의 搜查終結處分과 별도로 繼續搜查의 不作為에 대하여 憲法訴願審判을 請求할 수 있는지 여부
3. 殺人事件의 被疑者가 眞犯에 대한 繼續搜查를 요구하였음에도 "죄가안됨"의 不起訴處分만으로 搜查를 終結한 경우 진범에 대한 계속 수사의 중지여에 대하여 被疑者에게 自己關聯性이 인정되는지 여부

【결정 요지】

1. "죄가안됨" 決定이나 "嫌疑없음" 決定은 모두 被疑者에 대하여 訴追障礙事由가 있어 起訴할 수 없다는 내용의 동일한 處分으로서(따라서, 訴追障礙事由가 없음에도 起訴하지 않는다는 내용의 決定인 "起訴猶豫" 決定과는 본질을 달리한다), "嫌疑없음" 決定이 被疑者가 被疑事件과 무관하다는 사실을 確定하는 것도 아니고 "죄가안됨" 決定이 被疑者에게 犯罪嫌疑가 있음을 確定하는 것도 아니므로, 檢事가 刑事未成年者인 被疑者에 대하여 犯罪嫌疑 유무에 불구하고 "죄가안됨" 決定을 하였다고 하여 이를 被疑者의 基本權을 侵害하는 公權力行使라고 할 수 없다.
2. 眞犯이 따로 있으므로 繼續 搜查를 하여 眞犯을 逮捕해 달라고

被疑者が 주장하는 被疑事件에 관하여 被疑者が 刑事未成年者임을 이유로 "죄가안됨"의 不起訴決定을 하고 搜查를 終結한 處分에는 眞犯逮捕를 요구하는 請求人の 주장을 배척하는 취지가 포함되어 있는 것이고, 搜查終結處分과 별도의 繼續搜查不履行(또는 繼續搜查의 中止)이라는 公權力의 行使 또는 不行使가 있는 것으로 볼 것은 아니므로, 위와 같은 경우에는 搜查終結處分에 대하여 憲法訴願審判을 請求함으로써 족한 것이고 이와 並行하여 繼續 搜查의 不履行에 대하여 別個의 憲法訴願審判請求를 하는 것은 不適法하다.

3. 請求人들은 殺人 등 被疑事件의 被疑者로서 眞犯에 대한 告訴權者의 지위에 있지 아니하므로 眞犯을 逮捕하여 달라고 告發을 할 수 있을 뿐이고, 告發人은 그가 告發한 事件에 관한 不起訴處分에 대하여 自己關聯性을 가지지 아니하는바, 繼續搜查의 不履行과 관련한 憲法訴願에 있어서도 이는 같이 보아야 할 것이고 請求人들이 殺人 등 被疑事件의 犯人으로 몰려 調査를 받았다는 사실만으로 달리 볼 것도 아니다.

재판관 김진우, 재판관 조승형, 재판관 정경식의 반대의견

1. 檢事는 먼저 被疑者에게 犯罪構成要件에 해당하는 행위가 있는지 여부를 決定하여 그 행위가 있다고 인정되는 경우에 비로소 犯罪의 成立을 阻却하는 사유가 있는지 여부를 가리어 "죄가안됨" 등의 決定을 하여야 하는바, 이 사건의 경우 檢事が 被疑者의 犯行을 인정하고 있음은 분명하므로 이 사건 "죄가안됨"의 不起訴處分을 "起訴猶豫"의 경우와 달리 볼 것이 아니다.

2. 이 사건은 搜查終結處分과 그 후의 繼續搜查 不履行이 請求人들의 基本權을 侵害하였다는 것이 아니라 搜查終結處分 후 搜查의 端緒를 제공하였음에도 사건을 再起하여 眞犯逮捕를 위한 搜查를

하지 아니한 搜查再開不履行이 請求人들의 基本權을 侵害하였다는 것이므로 繼續搜查不履行에 대한 憲法訴願審判請求는 적법하다.

3. 請求人들은 단순한 告發者가 아니라 殺人 등 被疑事件의 被疑者로서 그들의 누명이 벗겨지느냐의 여부가 眞犯의 逮捕에 걸려있는 등 繼續搜查不履行으로 인하여 直接的이고 具體的인 法律的 不利益을 입는 자들이므로 自己關聯性이 있다고 봄이 상당하다.

청 구 인 유 재 룡 외 1인

청구인들은 미성년자이므로 법정대리인 친권자 부 유○웅 외 3인

청구인들 대리인 변호사 성 민 섭 외 1인

피청구인 대전지방법검찰청 강경지청 검사

【참조 조문】

憲法 제10조

憲法裁判所法 제68조 제1항

檢察事件事務規則 제52조 제3항 ①~②

③불기소결정의 주문은 다음과 같이 한다.

1. 기소유예 : 피의사실이 인정되나 형법 제51조 각호의 사항을 참작하여 소추를 필요로 하지 아니하는 경우
2. 혐의없음 : 피의사실이 인정되지 아니하거나 피의사실을 인정할만한 충분한 증거가 없는 경우 또는 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하는 경우
3. 죄가안됨 : 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 법률상 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우
4. 공소권없음 : 확정판결이 있는 경우, 사면이 있는 경우, 공소의 시효가 완성된 경우, 범죄후 법령의 개폐로 형이 폐지된 경우, 법률의 규정에 의하여 형이 면제된 경우, 피의자에 관하여 재판권이 없는 경우, 동일사건에 관하여 이미 공소가 제기된 경우(공소를 취소한 경우를 포함한다. 다만, 다른 중요한 증거를 발견한 경우에는 그러하지 아니하다) 친고죄 및 공무원의 고발이 있어야 논하는 죄의 경우에 고소 또는 고발이

없거나 그 고소 또는 고발이 무효 또는 취소된 때, 반의사 불벌죄의 경우 처벌을 회망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 회망하는 의사표시가 철회된 경우, 피의자가 사망하거나 피의자인 법인이 존속하지 아니하게 된 경우

5. 각하 : 고소 또는 고발이 있는 사건에 관하여 고소인 또는 고발인의 진술이나 고소장 또는 고발장에 의하여 제2호 내지 제4호의 사유에 해당함이 명백한 경우, 고소·고발이 형사소송법 제224조·제232조제2항 또는 제235조에 위반한 경우, 동일 사건에 관하여 검사의 불기소처분이 있는 경우(다만 새로이 중요한 증거가 발견된 경우에 고소인 또는 고발인이 그 사유를 소명한 때에는 그러하지 아니하다), 형사소송법 제223조, 제225조 내지 제228조에 의한 고소권자가 아닌 자가 고소한 경우, 고소·고발장 제출 후 고소인 또는 고발인이 출석요구에 불응하거나 소재불명되어 고소·고발사실에 대한 진술을 청취할 수 없는 경우

刑事訴訟法 제234조(고발) ①누구든지 犯罪가 있다고 思料하는 때에는 告發할 수 있다.

②公務員은 그 職務를 行함에 있어 犯罪가 있다고 思料하는 때에는 告發하여야 한다.

刑事訴訟法 제294조의2(피해자의 진술권) ①法院은 犯罪로 인한 被害者의 申請이 있는 경우에는 그 被害者를 證人으로 訊問하여야 한다. 다만, 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 被害者가 아닌 者가 申請한 경우
2. 申請人이 이미 당해 事件에 관하여 公判節次 또는 搜查節次에서 충분히 陳述하여 다시 陳述할 필요가 없다고 인정되는 경우
3. 申請人의 陳述로 인하여 公判節次가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우

②法院은 第1項의 規定에 의하여 犯罪로 인한 被害者를 訊問하는 경우에는 당해 事件에 관한 의견을 陳述할 機會를 주어야 한다.

③法院은 동일한 犯罪事實에서 第1項의 規定에 의한 申請人의 數가 多數인 경우에는 證人으로 訊問할 者의 數를 제한할 수 있다.

④第1項의 規定에 의한 申請人이 召喚을 받고도 正當한 이유없이 出석하지 아니한 때에는 그 申請을 撤回한 것으로 본다.

【참조 판례】

- 2. 1993. 5. 10. 고지, 93헌마92 결정
- 3. 1992. 10. 1. 선고, 91헌마31 결정
- 1994. 6. 30. 선고, 94헌마21 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 청구인들의 주장
가. 사건의 개요

1993. 4. 29. 10:00경 충남 논산군 연무읍 ○○리 17에 있는 청구외 이○수의 집 채래식 변소의 변통 속에서 이○수의 아들 망 서○원(당시 9세)이 변사체로 발견되자 강경경찰서 수사관들은 청구인들의 자백 등을 토대로, 청구인들이 1993. 4. 28. 19:20경부터 20:00경 사이에 피해자의 집 안방에서 피해자와 놀다가 말다툼끝에 청구인 유○룡은 나무막대기로 피해자를 마구 때리고 허리띠와 수건 등으로 피해자의 목을 감고 입을 막는 등의 방법으로 피해자를 살해하고, 청구인 김○중은 청구인 유○룡이 위와 같이 범행을 하는 동안 망을 봄으로써 청구인 유○룡의 위 범행을 방조하였으며, 그 직후 청구인들이 공모하여 피해자의 사체를 변소로 끌고 가 변통 속에 넣어 유기한 것으로 판단하여 수사한 후 대전지방검찰청 강경지청에 송치하였는바, 피청구인은 같은 해 7. 28. 청구인들이 형사미성년자라는 이유로 "죄가안됨"의 이 사건 관련 불기소처분을 하였다.

나. 청구인들의 주장요지

청구인들은 위 서○원을 살해하고 사체를 유기한 사실이 전혀 없고 진범이 따로 있으므로 피청구인으로서 마땅히 이를 밝혀 청구인들에 대하여 "혐의없음"의 불기소처분을 하여야 할 것임에도 불구하고 진범에 대한 계속 수사를 요구하는 청구인들의 주장을 묵살한 채 청구인들을 범인으로 단정한 후 다만 청구인들이 형사미성년자라는 이유로 "죄가안됨"의 불기소처분을 함으로써 수사를 종결하였는바, 이는 청구인들의 헌법상 보장된 행복추구권 등 기본권을 침해하는 것이다.

2. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 첫째 피청구인이 청구인들에 대하여 "혐의없음"이 아니라 "죄가안됨"의 불기소처분을 한 것, 둘째 위 살인 등 피의사건의 진범을 밝히기 위한 수사를 계속하지 아니하고 중지한 것이 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 지의 여부이다.

3. 판 단

가. "죄가안됨" 결정에 대한 헌법소원 부분

(1) "죄가안됨" 결정과 "혐의없음" 결정

검찰사건사무규칙 제52조 제3항 제2호는 피의사실이 인정되지 아니하거나 피의사실을 인정할만한 충분한 증거가 없는 경우 또는 피의사실이 범죄를 구성하지 아니하는 경우에는 "혐의없음" 결정을, 같은 항 제3호는 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우에는 "죄가안됨" 결정을 각 하도록 규정하고 있으므로, 이에 따라

피청구인은 이 사건 관련 살인 등 피의사실이 범죄구성요건에는 해당하나 청구인들이 각 형사미성년자이기 때문에 그 혐의유무에 불구하고 "죄가안됨" 결정을 한 것이다.

위와 같은 경우에 청구인들의 혐의를 인정할 수 없다면 "혐의없음" 결정을 하여야지 "죄가안됨" 결정을 하여서는 아니된다라고 할 수도 있다. 그러나 수사란 공소의 제기 및 유지를 위하여 범인과 증거를 발견·수집·보전하는 일련의 절차이고 따라서 공소를 제기할 수 없는 장애사유가 있는 경우에는 그 사유가 무엇이든 간에 불기소의 결정을 하면 족한 것이지 장애사유의 내용에 따라 반드시 결정의 형식을 달리하여야만 할 것이 형사소송법이나 검찰청법상 요구되는 것은 아니다. 다만 검찰사건사무규칙은 소추장애사유가 있는 경우 그 사유가 범죄혐의를 인정할 수 없는 것인지, 피의자가 형사미성년자 또는 심신상실자이거나 정당방위 등 범죄의 성립을 조각하는 다른 사유가 있는 것인지 등에 따라 불기소처분의 주문을 "혐의없음", "죄가안됨" 등으로 세분함으로써 수사검사의 결정이나 결재권자의 결재업무처리의 편의성을 도모하고 있는 것이다. 그렇기 때문에 위와 같은 불기소결정의 주문에 어떤 법적 구속력이나 확정력은 인정되지 않는바, 이러한 점에 비추어 보면 이 사건과 같은 경우에 "죄가안됨" 결정을 하는 검찰의 사무처리 방식이 잘못되었다고 할 수 없다.

(2) "죄가안됨" 결정으로 인한 청구인들의 기본권침해 여부
청구인들은 그들에게는 범죄혐의가 없음에도 피청구인이 청구인들에게 범죄혐의가 있음을 전제로 "죄가안됨" 결정을 하는 바람에 청구인들의 성장과정에서 정신적 충격을 받고 사회생활에서 부정

적 평가를 받는 등 행복추구권 등을 침해받으므로 위와 같은 결정방식은 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라고 주장한다.

그러나 "죄가안됨" 결정이나 "혐의없음" 결정은 모두 피의자에 대하여 소추장애사유가 있어 기소할 수 없다는 내용의 동일한 처분으로서(따라서 소추장애사유가 없음에도 기소하지 않는다는 내용의 결정인 "기소유예" 결정과는 본질을 달리한다) 피청구인이 "혐의없음" 결정을 한다고 하더라도 반드시 청구인들이 살인 등 피의사건과 무관하다는 사실이 확정되는 것도 아니고, "죄가안됨" 결정이 청구인들에게 범죄혐의가 있음을 확정하는 것도 결코 아니다. 따라서 피청구인이 청구인들의 범죄 혐의유무에 불구하고 "죄가안됨" 결정을 하였다고 하여 이를 청구인들의 기본권을 침해하는 공권력행사라고 할 수 없다.

그렇다면 피청구인이 "혐의없음" 결정을 하지 않고 "죄가안됨" 결정을 한 것이 청구인들의 헌법상 기본권을 침해하는 공권력의 행사라고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구 중 위 부분에 대한 청구는 부적법하다.

나. 진범에 대한 계속 수사의 중지에 대한 헌법소원 부분

(1) 불기소처분과는 독립한 공권력의 불행사가 있었는지 여부
청구인들은 피청구인에 대하여 그들은 범인이 아니니 진범을 체포하여 달라는 주장을 수 차례 하였음에도 피청구인이 이를 묵살하고 청구인들을 범인으로 단정한 채 수사를 종결하고 계속 수사를 하지 않고 있는바, 위 계속 수사의 중지(또는 불이행)는 위 불기소결정과는 독립된 공권력의 불행사라고 주장한다. 그러나 위 불기소의 수사종결처분은 진범체포를 요구하는 청구인들의 주장에 대하

여 이를 배척하는 취지를 포함하고 있는 것이라고 할 것이고, 따라서 위 수사종결처분과 계속 수사의 불이행은 결국 동전의 양면과 같은 관계에 있는 것으로 볼 것이지 수사종결처분과 별도의 공권력의 행사 또는 불행사가 있는 것으로 볼 것은 아니다. 그리고 위와 같은 경우에는 수사종결처분에 대하여 헌법소원심판을 청구함으로써 족한 것이고 이와 병행하여 계속 수사의 불이행에 대하여 별개의 헌법소원심판청구를 하는 것은 부적법하여 허용되지 아니한다(헌법재판소 1993. 5. 10. 고지, 93헌마 92 결정 참조).

(2) 기본권침해의 자기관련성 여부

또한 청구인들은 이 사건 살인사건의 피의자일 뿐이며 따라서 그와 관련하여 고소권자의 지위에 있지 아니하므로 진범에 대한 고소권은 인정되지 아니하고 다만 진범을 체포하여 달라는 고발을 할 수 있을 뿐이다. 그러나 고발에 대하여 불기소처분을 한 경우 헌법재판소는 그 불기소처분에 대한 고발권자의 자기관련성을 일관하여 부인하여 오고 있는바, 계속 수사의 불이행과 관련한 헌법소원에 있어서도 이는 같이 보아야 할 것이고 청구인들이 이 사건 관련 살인 등 피의사건의 범인으로 몰려 조사를 받았다는 사실만으로 달리 볼 것은 아니다.

따라서 진범에 대한 계속 수사의 중지 (또는 불이행)에 대한 헌법소원심판청구는 이 점에서 부적법하다.

헌법재판소는 1992. 10. 1. 선고, 91헌마31 결정에서 수사종결처분과는 별개로 계속 수사 불이행 처분에 대한 헌법소원의 적법성을 인정한 바 있으나 이는 청구인이 고소를 하지 않았으나 고소권자로서 자기관련성을 인정할 수 있는 사안에 대한 결정으로서 이 사

건과는 사안을 달리 한다.

그렇다면 이 사건 심판청구 중 진범에 대한 계속 수사의 중지(또는 불이행) 부분에 대한 청구는 부적법하다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김진우, 재판관 조승형, 재판관 정경식의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 조승형, 재판관 정경식의 반대의견

우리는 이 사건 심판청구가 다음과 같이 적법하므로 본안에 관하여 판단하여야 한다는 이유로 다수의견에 반대한다.

가. "죄가안됨" 결정에 대한 헌법소원에 대하여

(1) 검찰사건사무규칙 제52조 제3항 제3호는 피의사실이 범죄구성요건에 해당하나 범죄의 성립을 조각하는 사유가 있어 범죄를 구성하지 아니하는 경우에 "죄가안됨" 결정을 하도록 규정하고 있는바, 이는 범죄구성요건에 해당하는 행위가 있다고 인정되는 경우에 한하여 "죄로안됨"의 결정을 하라는 취지이며, 14세미만의 범죄행위를 벌하지 아니한다는 형법 제9조의 규정도 범죄구성요건에 해당하는 행위를 벌하지 아니한다는 것일 뿐 그 요건에 해당하지 아니하는 행위에 관한 규정이 아니다.

그렇다면 수사에 임한 검사로서는 혐의자로 입건되어 이미 수사가 진행된 사건이라면, 수사를 성실히 수행하여 먼저 혐의자에게 범죄구성요건에 해당하는 행위가 있는지 여부를 결정하고, 그 행위가 있다고 인정할 때에 비로소 혐의자에게 범죄의 성립을 조각하는

사유가 있는지 여부를 가리어 그 조각사유가 있을 때에 비로소 "죄로안됨"의 결정을 하여야 할 것이다.

(2) 이 사건의 경우를 보더라도 피청구인은 혐의자로 입건된 청구인 유○룡이가 망 서○원을 살해하거나 청구인 김○중이가 살해를 방조하였다는 혐의사실을 인정한 후에, 청구인들이 범행 당시 각 10세의 형사미성년자임을 이유로 위의 결정을 하였음이 분명하다.

자세히 더 살펴보면,

첫째, 위 불기소결정문에 따르면, "피의사실의 요지는 사법경찰관 작성 의견서기재 범죄사실과 같은바, 수사한 결과…… 피의자들(청구인들)은 본건 범행 당시 각 10세의 형사미성년자인 사실이 인정되어 죄가 되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다"라고 적시되고 있는바, 1993. 6. 2. 사법경찰관 경위 전○두작성 의견서(위 수사기록 1·2쪽)에 기재된 범죄사실은 피의자(청구인) 유○룡은 1993. 4. 28. 19:20경부터 같은 날 20:00경까지 사이에 망 서○원을 살해하고, 피의자(청구인) 김○중은 그 시경 위 유○룡의 살해행위를 방조하였다는 사실을 명백히 하고 있을 뿐 아니라 피청구인이 "범행당시"라 표현하고 있는 점은 청구인들이 위 범행을 하였을 당시를 의미하는 외에 그 범행을 인정하고 있는 표현이므로, 피청구인이 청구인들의 혐의 유무에 관하여 혐의가 있다고 판단하였음이 분명하다.

둘째, 피청구인이 위 의견서 기재사실을 인용하고 위 의견서를 작성한 사법경찰관이 1993. 5. 6. 사법경찰리 경장 이○화의 4인이 작성한 범죄인지보고서(위 기록 3-1쪽 내지 6쪽)상의 범죄사실을 그대로 이기하고 있는 그 보고서에 따르면 청구인들의 위 범행을 인

정하고 있는바, 위 사법경찰관이나 피청구인이 각별하게 위 인 지보고서상의 범죄사실을 인정할 수 없다는 취지를 명백히 한 바 없으므로, 피청구인은 청구인들의 범행사실을 인정하고 있음이 분명하다.

셋째, 1994. 2. 24. 우리 재판소가 접수한 대전지방검찰청 강경지청 1993진정제131호,제168호 진정사건기록 등본을 살펴보면, 청구인 김○종의 부(父)인 김주인은 1993. 9. 10.과 1993. 9. 23. 등 수차에 걸쳐 정부합동민원실에 자신들이 범인이 아님을 호소하고 진범을 체포해 억울한 누명을 벗겨 달라는 취지의 진정서를 제출하였고, 피청구인은 이를 1993. 9. 24.(위 제 131호)과 1993. 11. 19.(위 제168호)에 이송 또는 송치받아 조사하다가 1994. 1. 31. 청구인들이 범인임을 명백히 밝히고, 형사미성년자임을 이유로 한 "죄로안됨"의 불기소결정은 정당하다 하여 사건을 종결하였음을 인정할 수 있다.

(3) 그렇다면 피청구인이 청구인들을 범인이라고 단정하고 있음은 더욱 명백하고, 피청구인은 비록 1개의 결정을 하고 있는 듯 하지만 실질적으로는 청구인들의 범행을 인정하는 결정과 "죄로안됨"의 결정을 하였음이 분명하다. 따라서 이는 기소유예의 결정과 성질을 같이 하는 경우라 할 것이다. 즉 기소유예의 결정은 범행을 인정하는 결정과 소추함이 적절하지 아니하다는 정상을 고려하여 불기소처분을 하는 것이고, 범죄혐의가 없음이 명백한 사안에 있어서 자의적으로 기소유예처분을 하였다면 헌법이 금지하고 있는 차별적인 공권력의 행사가 되고 그 처분을 받은 피의자가 평등권 등 기본권을 침해당하였다면 이를 이유로 한 헌법소원의 적법성은 인정되는 것이므로(헌법재판소 1989.10.27. 선고 89헌마56; 1992.6.26. 선

고 92헌마7; 1992.10.1. 선고 91헌마169; 1992.11.12. 선고 91헌마146; 1993.3.11. 선고 92헌마191 각 결정 참조), 피청구인이 "죄로안됨"의 결정을 함에 있어서 혐의가 있음을 인정한 결정부분의 공권력행사에 대하여서도, 기소유예처분에 대한 헌법소원의 적법성을 인정하고 있는 이유와 같은 이유로 청구인들의 헌법소원의 적법성이 인정될 수밖에 없다고 할 것이다.

(4) 그러나 다수의견은 피청구인이 청구인들의 범죄혐의 유무에 불구하고 "죄가안됨"결정을 하였다고 하여 이를 청구인들의 기본권을 침해하는 공권력행사라고 할 수 없다하며 그 이유로, 첫째, 피청구인이 "혐의없음" 결정을 한다고 하더라도 반드시 확정되는 것이 아니며, 둘째, "죄가안됨" 결정이 청구인들에게 범죄 혐의가 있음을 확정하는 것도 아니기 때문이라고 설명하고 있다.

그러나 다수의견은,

먼저, 피청구인이 청구인들의 혐의 유무를 판단함이 없음을 전제로 하는 주장으로서, 피청구인이 청구인들의 범행을 부인한 것이 아니라 인정하고 있음은 앞에서 본 바와 같이 기록상 명백하므로 부당하며, 다음, 검사의 결정은 그 어떤 기소 또는 불기소(죄가안됨, 공소권 없음을 제외) 처분도 반드시 확정되는 것이 아니므로, 유독 "혐의없음"처분이 반드시 확정되는 것이 아니라 는 이유로 공권력행사를 부인하는 다수의견의 첫번째 이유는 이해하기 어렵고(다수의견의 재판관 모두는 이미 우리 재판소가 선고한 사건들에서 기소유예처분을 공권력행사로 보고 있음), 특히 청구인들은 그들이 범행을 아니하였음에도 불구하고 누명을 쓰고 있어 진범을 체포하여 그들의 누명을 벗겨달라고 호소하면서 이 사건 심판청구를 한 것이므로,

그들이 범죄혐의가 없음이 확정되기를 바라는 것이 아니라 우선 위와 같은 누명으로 인하여 침해당하고 있는 그들 주장의 기본권을 되찾기 위하여 피청구인이 인정하고 있는 혐의사실을 번복시키는데에 그 목적이 있을 뿐인바, 오히려 헌법소원의 적법성을 더 넓게 인정할 필요가 있는 경우라고 보아야 할 것이며, 끝으로 "죄가안됨"의 결정은 앞서 본 검찰사건사무규칙 조항이나 형법 제9조의 규정이 범죄구성요건에 해당하는 행위가 있음을 전제로 한 규정이기 때문에 그 결정이 있는 한 일반국민에게는 지속적으로 범인으로 각인될 것이 명백하여 청구인들 주장의 기본권이 지속적으로 침해된다고 할 것이다. 그렇다면 그 결정이 청구인들에게 범죄혐의가 있음을 확정하는 것이건 확정하는 것이 아니건간에 청구인들의 기본권은 여전히 침해되고 있는 것이라 할 것이므로, "죄가안됨"결정이 청구인들에게 범죄혐의가 있음을 확정하는 것이 아니어서 공권력행사로 볼 수 없다고 보는 다수의견의 두번째 이유도 납득하기 어렵다.

나. 진범에 대한 계속 수사의 중지에 대한 헌법소원에 대하여

(1) 피청구인이 이 사건 "죄로안됨"의 불기소처분이후의 상황 일건 기록을 살펴보면,

(가) 청구인들이 비록 불기소처분되었으나 청구인들이 진범이라는 누명은, 진범이 체포되지 아니하는 한, 벗겨질 수 없기 때문에, 청구인 김○중의 부(父)인 김주인이가 앞서 본 바 { 가.의 (2)의 셋째} 와 같이 1993. 9. 10.부터 수차에 걸쳐 피청구인에게 진정을 하여 진범체포를 강력하게 요청하였고, 비록 형식적인 절차를 취하지 아니하였으나 실질적인 대리인으로 의뢰하였던 변호사 성민섭(피청구인

도 동 변호사의 수사기록 열람신청을 받아 들여 열람케 하는 등 실질적인 대리인으로 취급하였음)을 통하여, 재수사의 방법 등에 관한 의견 등을 제시하는 등 철저하고도 지속적인 수사를 하여 줄 것을 요청하였다. 특히 위 대리인은 "죄가안됨"의 처분으로 문제가 해결된 것이 아니니 최소한 청구인들이 진범이 아니라는 점만은 밝혀져야 하고 그러하기 위하여서는 비록 진범이 체포되지 못하여 사건이 영구 미제사건으로 남는다 하더라도 최소한 수사를 재개하여 줄 것을 요청하였으나 피청구인은 형식적인 조사로 일관하여 종전에 자신이 청구인들을 진범으로 인정한 것이 정당하다 하여 청구인들이 진범임을 다시 재확인 하였을 뿐, 위 진정을 고소나 고발로 보지 아니하고 단순한 진정사건으로 접수·처리하고 말했다(또한 이 사건 불기소처분이전인 1993. 6. 27. 서울 텔레비전 방송의 "그것이 알고 싶다"라는 프로그램을 통하여 위 대리인이 재수사요청을 하고 있다는 사실이 방영됨으로써 공지의 사실처럼 되었으므로 위 진정은 단순한 진정이 아니라 고소 또는 고발로 보아야 하였다).

(나) 청구인들의 친권자들(유○용, 김주인 등)은 이 사건 불기소 처분이후인 1993년(일자는 기록상 불명)경 청구인들이 진범이라는 이유로, 피해자인 망 서○원의 모(母) 이○수 등으로부터 손해배상청구(대전지방법원 강경지원 93가합586호 사건)를 당하였으나, 1994. 10. 14. 청구인들이 진범이라는 확증이 없다는 이유로 승소하였고, 1996. 6. 18. 대전고등법원(94나5258호 사건)의 항소심에서도 승소한 바 있다.

(다) 한편 1993. 6. 8. 대한변호사협회는 이 살인사건의 진상을 조사하기 위하여 대한변호사협회 인권위원회 강경어린이사건진상조

사위원회를 구성하고, 같은 위원회로 하여금 청구인들이 진범인지 여부, 강압수사여부 등에 관하여 조사하게 하였고, 같은 위원회는 조사를 마치고, 1993. 8. 21. 그 진상조사결과를 보고하였는바 조사결론은, 첫째, 경찰수사과정이 임의수사의 범위를 일탈한 부적법한 수사로서 그러한 수사과정이 청구인들의 자백에 일정한 영향을 주었고, 둘째, 청구인들의 자백내용은 범행방법과 사체부검소견, 자백의 비일관성 및 상호모순, 청구인들의 일부 밝혀진 알리바이 등을 고려할 때 그 신빙성이 극히 어려우므로 이 살인사건에 관한 수사기관은 청구인들에 대한 처벌가능성의 유무에 불구하고 같은 사건을 즉각 재수사하여 사건의 진상을 명명백백하게 밝혀야 한다는 취지였다.

(라) 청구인들의 위 친권자들은 1994년(일자는 기록상 불명)경 피청구인에게 이 사건 살인사건을 수사하면서 청구인들에 대하여 가혹행위를 한 경찰공무원 백태흠·이정구·남기웅·정진호를 불법체포·감금, 독직폭행, 독직가혹행위죄로 고소를 제기하였으나, 피청구인이 "혐의없음"의 불기소처분을 하자, 대전고등법원에 재정신청(같은 법원 94초44호사건)을 하였다. 그러나 같은 법원은 1995. 12. 4. 비록 이 신청을 기각하였으나, 불법체포·감금의 점과 청구인들을 신문하는 과정에서 "감방보내"등의 폭언을 하고 위 정진호가 신문지를 맡아 청구인 김○종의 목부분 등을 툭툭 친 사실을 인정하는 등 독직폭행사실을 인정함으로써 청구인들의 자백(살인 및 그 방조사실)에 의문이 있음을 비추었다.

(2) 과연 상황이 이러하다면, 피청구인으로서는 청구인들의 친권자들이 제기한 진정이 단순한 진정이 아니라 청구인들의 누명을 벗

겨주는 이외에 성명미상의 진범들의 체포와 처벌을 원하는 의사 표시가 있는 수사의 단서로 보고, 이미 형식상 종결한 이 사건을 재기하여 진범체포에 진력하여야 할 수사 즉 공권력의 행사를 해야 할 의무가 있다고 할 것이다. 그러나 피청구인은 앞서 각 항에서 본 바와 같은 상황을 숙지하고 있었음에도 불구하고, 자신의 종전 결정(청구인들이 진범이다)이 정당함을 변명하기 위한 조사로 일관하였을 뿐 진범이 누구인지를 밝히거나, 이를 체포하기 위한 수사를 전혀 한 바가 없음이 일건 기록상 명백할 뿐만 아니라 종전 결정이 정당함을 다시 확인하고 위 진정사건을 종결하는데에만 급급하였는바, 이는 피청구인이 진범에 대한 계속 수사를 포기한 것으로서, 공권력을 행사하지 아니하였음이 분명하다.

(3) 가사 청구인들이 아닌 진범 체포에 대한 확신이 서지 아니하였다고 하더라도, 앞서 본 민사사건판결문이나 재정신청사건의 결정이유를 종합하면, 다음과 같은 사실과 상황을 인정할 수 있으므로, 사건이 고소·고발사건이든, 인지사건이든간에 구애됨이 없이 피청구인으로서의 비록 사건이 영구 미제사건으로 남는 한이 있다 하더라도 사건을 재기하여 적어도 청구인들이 무고함을 확인하여 주거나, 사건을 재기하여 진범에 대한 수사를 하여야 할 검사로서의 책무 즉 공권력을 행사해야 할 막중한 의무가 있다고 할 것이다.

즉

첫째, 살해의 동기에 있어서 다음과 같은 의문점이 있다.

청구인 유○룡은 피해자가 마시는 구론산을 빼앗으려다가 구론산이 얼질러지면서 피해자의 옷에 튀게 되었고, 피해자가 유○룡에

게 '씹할놈'이라고 욕을 하자 이에 격분하여 이 사건 범행에 이른 것으로 혐의사실이 되어 있다. 그런데 당시 10세의 어린 나이에 불과한 위 유○룡이가 그 나이 또래의 어린이들 사이에 흔히 있을 수 있는 이러한 정도의 사유만으로 인하여 친구에 대하여 막대기로 머리와 다리를 수차례 때리고 수건으로 입과 코를 감싸고 허리띠를 목에 감고 잡아 당기고 수건을 입속으로 밀어 넣어 질식사시켰다는 것은 납득하기 어렵다.

둘째, 피의자들의 자백과 피해자 사체부검결과를 비교하면, 다음과 같은 의문을 가질 수밖에 없다. 위 유○룡은 경찰 조사과정에서 지름 3.5센티미터, 길이 75센티미터의 막대기로 피해자의 온 몸을 20여회 때려 피해자를 반실신상태로 만든 다음(피해자는 실신하여 천장을 보고 누워 있었다) 피해자의 배위에 앉아 피해자의 바지허리띠를 풀어 피해자의 목에 감아 힘껏 잡아당겼고, 허리띠는 너무 세게 당기는 바람에 끊어졌다고 자백하였다 하나, 수사기록상의 사체부검결과를 보면, 1993. 4. 30. 부검의 한경석외 1인이 피해자의 시체를 부검하는 과정에서 작성된 검증조서에 의하면 피해자의 사체에는, 우측 측두부 2센티미터 찰과상흔, 좌측이개부 뒤쪽 지름 1센티미터 찰과상흔, 목에 압박된 흔적으로 멍이 들어 있었고 입술의 내측에 피멍이 있었으며, 전면가슴 복부에 외상흔적이 없었고 좌측옆구리에 4센티미터의 찰과상이 있었으며, 둔부의 3개소에 끌린 듯한 찰과상이 있었고 좌측인지 2관절, 우측엄지 1관절부위에 쌀알크기의 피부가 박리되었으며, 좌측대퇴부 바깥쪽에 길이 7센티미터 x 12센티미터의 찰과상이 2개소나 있었고, 우측다리에 지름2센티미터의 찰과상이 육안소견으로 보였으며, 사망원인은 목부분의 심한 압

박흔적으로 보아 기도압박에 의한 호흡중지로 질식사한 것으로 기재되어 있는바, 유○룡이 막대기로 수회 가격하여 반실신상태로 피해자를 만들었다면 부검결과에 막대기에 의한 타격흔적(타박상)이 있어야 할 텐데 전혀 그러한 소견이 없는 것으로 보아 "막대기에 의한 타격"을 자백한 위 유○룡의 진술은 의심스럽다. 또한, 허리띠가 끊어질 정도의 큰 힘을 써서 목을 졸랐다면 목에 이른바 "교흔"이 남았어야 할 것임에도 부검결과 어디에서도 그것이 보이지 않았으며, 오히려 검증조서상의 사진만으로 볼 때 사진속의 목 전면부 압박흔적은 허리띠에 의한 것이 아니어서 의심스럽다.

셋째, 청구인들의 진술에 일관성이 없고 오히려 상호모순되고 있다.

○ 청구인들이 범행현장에 간 시점, 도착했을 때의 상황, 도착후의 상황 등에 관한 청구인들의 진술이 수시로 변하고 있다. 즉, 위 유○룡은 최초 자백시에는 위 김○종과 함께 피해자의 집에 놀러가 범행하였다고 했다가 (위 유○룡의 자술서), 그후 위 유○룡이가 범행 도중에 보니까 위 김○종이가 와 있더라고 진술을 바꾸었고, 결국은 따로 범행현장에 도착하여 함께 텔레비전을 시청하다 범행에 이른 것으로 되었다.

○ 범행시 사용한 허리띠를 위 김○종은 시종 보지 못하였다고 진술하였음에도, 위 김○종은 현장 검증시에는 위 유○룡이가 허리띠로 목을 너무 세게 졸라 허리띠가 끊어졌다고 진술한 것으로 되어 있다.

○ 범행에 사용된 수건을 입안으로 밀어 넣은 장소도 범행현장인 안방이라는 진술과 사체를 유기하려고 끌고 가다가 묶어 놓은 수건

이 풀려서 뒷마당에서 집어 넣었다는 진술이 있는 등 상호 일치하지 아니한다. 수건이 원래 있던 장소에 관하여서도 방바닥에 있었다고 했다가 안방 뒷문쪽에 걸려 있었다고 했다가 다시 번복하기도 하는 등 일관성이 없고, 언제 그 수건을 가지고 왔는지에 관하여도 진술이 수시로 바뀌고 있다.

0 범행에 사용된 막대기를 어디에서 가지고 왔는지에 대하여서도 위 유○룡과 위 김○종의 진술이 일치하지 않는다. 위 유○룡은 안방 뒷마당으로 나가서 가져왔다고 진술하고, 위 김○종은 안방 앞마당에서 가지고 왔다고 진술하고 있다(그러나 현장 검증은 위 유○룡의 진술대로 시행되었다).

0 그밖에도 범행현장의 열쇠의 행방에 관하여 위 유○룡은 처음에 위 김○종이가 가져갔다고 진술하였고, 위 김○종은 위 유○룡이가 가져간 것 같다고 진술하다가 결국 위 유○룡이가 가져간 것으로 되었다(현재까지도 열쇠는 발견되지 않고 있다). 현관 출입문을 잠근 사람이 누구였는가에 관하여서도 마찬가지로 서로 미루다가 위 유○룡이가 잠근 것으로 되었다. 위 유○룡이가 범행시 맨발에 양말을 신고 있었는지에 관하여서도 신지 않았다고 했다가 현장상황에 맞추어 신었다고 진술을 번복하였다. 범행 직전 시청하던 텔레비전 프로그램에 관하여서도 처음에 텔런트들이 나와서 퀴즈를 푸는 것이라고 하다가 가요톱텐이었다고 진술을 바꾸었다. 또 범행중 피해자가 반항하였는지에 관하여서도, 위 유○룡은 처음에 반항하지 못했다고 하다가 나중에는 반항을 하더라고 하는 등 진술이 엇갈리고, 위 김○종은 시종 전혀 반항하지 않았다고 하는 등 서로 다르다.

위와 같은 이유로 위 유○룡, 김○종의 자백은 상호모순되어 논리성과 신빙성을 갖추지 못한 진술이라고 볼 수밖에 없다.

넷째, 현장부재 주장

청구의 이견정은 범행시각이라고 되어 있는 1993. 4. 28. 19:30경 마을 화성상회 앞 평상에 앉아 있던 위 유○룡을 만나 대화를 한 사실이 있다고 법정에서 증언하고 있다(다음날이 소풍날이라서 그 날짜를 확실하게 기억한다고 진술한다. 또 그 다음날 조퇴를 하고 있던 중 살인사건구경을 갔기 때문에 기억한다고 진술하는데, 이에 대하여 출석부상으로 보면 조퇴일자는 그 이전이라고 피해자 유족측은 주장하나 출석부가 분실되어 재작성된 점에 비추어 출석부상의 조퇴일자가 정확하다고 볼 수 없다).

다섯째, 그밖에 다음과 같은 의문점이 있다.

먼저, 허리띠가 끊어졌다는 부분은 선뜻 믿기 어렵다. 범행현장에서 발견된 허리띠는 비교적 새 것인데, 위 유○룡이가 허리띠로 조르는 중에 너무 세게 잡아당겨 허리띠가 끊어졌다는 진술은 위 유○룡의 키가 135센티미터 이하이고 몸무게가 30킬로그램 이하라는 신체조건을 가졌다는 점과 어린 소년인 점에 비추어 믿기 어렵다. 다음, 피해자는 위 유○룡과는 신체조건이 비슷한데도 범행과정에서 큰 반항없이 위 유○룡으로부터 일방적으로 맞고, 목졸림을 당했다는 것은 선뜻 믿기 어려운 부분이다(위 유○룡이가 피해자의 반항에 의해 받았을 것으로 추정되는 상처 등의 흔적이 남아 있었다는 자료는 없다). 또한 위 유○룡이가 피해자를 위와 같이 심하게 때리고 있음에도 불구하고 그들의 친구인 위 김○종이가 그냥 구경만 하고 있었다는 것은 쉽게 납득하기 어렵다. 위 유○룡과 위 김○종이가

미리 공모하지 않은 이상 위 김○종으로서는 이를 말리는 것이 상식에 부합한다. 또한, 사건당일 20:00이후(범행이후 시간) 청구인들의 행적은 끔찍한 범행을 저지른 아이들의 행동으로 보기에는 도저히 믿기 어려운 부분이다. 위 유○룡이가 우발적으로 범행을 저질렀다고 하는 것에 비해서 범행후 안방뒷문을 고리에 볼펜을 끼워 잠그고 마루문을 잠그는 등 현장 뒷정리까지 상당히 완벽하게 하였다는 것이 경찰조사이다. 그후에도 위 유○룡은 태연히 어머니를 기다리고 있다가 소풍준비를 해달라고 졸랐고, 위 김○종은 친구 용훈의 집에 가서 숙제를 하였다. 또 위 김○종은 다음날 피해자의 사체가 발견되었다는 소식을 듣고 이를 구경하러 가기까지 하였다. 불과 10세 정도의 어린 소년들이 이러한 잔인한 범행을 한 직후에 이렇게 태연하게 행동할 수 있었으리라고 보기는 어렵다.

여섯째, 청구인들은 자백의 임의성에 관하여 다음과 같이 진술하고 있다.

위 유○룡은 학교를 다녀 와서 경찰에 의하여 연행되어 이 사건 피의사실에 대하여 부인하자 거짓말한다고 야단을 맞고, 경찰관으로부터 위 김○종이가 모두 말했다는 취지의 말을 들은 후 열쇠가 어디 있느냐고 뺨을 맞고 난 다음 무서워 아무렇게나 가르쳐 주었고, 그 후부터는 현장검증연습을 하고 이에 따라 현장검증을 하였다는 것이고, 위 김○종은 경찰이 자신을 저수지 밑으로 데려간 다음 신문을 말아서 목을 때리고 감방에 넣어서 깡패들한테 맞게 한다고 하여 무서워서 거짓말로 진술하였다는 것이다.

일곱째, 이상과 같은 점을 종합하여 보면 이 사건을 수사하는 경찰관들은 위 유○룡, 김○종에 대하여 진술을 받는 과정에서 물리

적 유형력을 전혀 사용하지 아니하였다고 보기는 어렵다 할 것이고, 가사 경찰관들이 동인들에 대하여 가혹행위 등 유형력을 행사하지 아니하였다 하더라도 의사의 변별력이 없는 만 10세 남짓한 소년들이 수사개시 당초부터 경찰관에 의하여 불법구금된 상태아래에서 보호자들의 참여가 배제된 채 경찰관으로부터 계속된 추궁을 받던 끝에 허위의 내용을 진술한 것은 청구인들에 대한 심리적 무형력의 행사에 의한 강압상태하에서의 진술이라고 보아야 할 것이고(같은 해 5. 2. 16:00경 이장 김승태, 위 유○룡, 김○종의 담임교사인 김명중의 입회 아래 진술조서를 작성하였다 하더라도, 이와 같은 강압적인 추궁으로 인한 심리적 불안이 지속된 상태에서 진술한 것으로 보여진다), 여기에 현장상황에 부합되도록 경찰관들이 조력하여 청구인들로 하여금 진술하게 함으로써 위 유○룡, 김○종이 허위내용의 자백을 함에 이르렀다고 보여지므로 그들의 자백이 담긴 모든 수사자료들 중 청구인들의 진술부분은 믿을 수 없다 할 것이고, 그밖의 증거는 모두 현장상황 등 간접적인 증거에 불과하여 청구인들이 진범임을 입증할 자료가 되지 못하며 달리 청구인들이 진범임을 인정하기에 족한 증거가 없다.

이와 같은 인정사실 등을 종합하면 청구인들이 진범이라기보다는 오히려 아니라함이 논리와 경험칙상 합리적이라 할 것이며, 그렇다면 청구인들이 아닌 진범이 있을 것이라는 의심을 충분히 가질 수 있으므로, 이러한 경우, 피청구인으로서 사건이 영구 미제사건으로 남는 한이 있더라도 제기하여 청구인들이 무고함을 확인하여 주거나 진범이 누구인지에 관하여 계속 수사를 하는 등 공권력을 행사하였어야 할 것이나, 피청구인이 사건을 제기하여 계속수사

를 아닌 점은 일견 기록상 명백하다.

따라서 청구인들이 이 점을 들어 피청구인의 공권력불행사를 주장하고 그로 인하여 청구인들의 평등권과 행복추구권을 침해당하였다는 취지로 심판청구를 한 것이므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 할 것이다.

다. 그러나 다수의견은

(1) 먼저 수사종결처분과 계속수사의 불이행은 동전의 양면과 같은 관계에 있는 것으로 볼 것이지 수사종결처분과 별도의 공권력의 행사 또는 불행사로 볼 것이 아니므로, 이 사건의 경우 수사종결처분에 대하여 헌법소원을 청구함으로써 족할 것이고 이와 병행하여 계속수사의 불이행에 대하여 별개의 헌법소원심판청구를 하는 것은 부적법하다고 주장하면서 위 93헌마92호 결정을 원용하고 있다.

그러나 살펴보면,

앞서 본 바와 같이 이 사건의 경우는 수사종결처분과 그 처분후의 계속수사 불이행이 청구인들의 기본권을 침해하였다는 청구가 아니라, 수사종결처분과 그후에 진범 체포·엄벌의 의사표시가 담긴 진정서를 제출하였음에도 즉 단순한 진정이 아니고 수사의 단서를 제공하였음에도 불구하고 사건을 재기하여 진범체포를 위한 수사를 행하지 아니한 수사재개불이행이 청구인들의 기본권을 침해하였다는 청구이기 때문에, 위 종결처분과 위 부작위가 동전의 양면과 같은 관계에 있는 것이라고는 볼 수 없다. 또한 다수의견이 원용하고 있는 위 93헌마92호 사건의 판시내용은 이 사건의 경우는 단순한 거부처분에 대한 심판청구가 아니므로 다수의견이 이를 원용함은 적절하지 못한 것이다. 따라서 진범체포를 위한 별단의 재

기수사를 이행하지 아니한 것이 기본권을 침해하였다고 주장하는 이 사건 심판청구는 앞서 본 바와 같이 적법하고 다수의견은 부당하다.

(2) 다음, 청구인들이나 그 친권자들은 살인의 피해자나 유족도 아니어서 고소권자의 지위에 있지 아니하므로 진범에 대한 고소권은 인정되지 아니하며, 다만 진범을 체포하여 달라는 고발을 할 수 있음에 불과하고, 고발의 경우라도 불기소처분에 대한 헌법소원에 있어서 자기관련성을 인정할 수 없는 것이므로 진범에 대한 계속수사중지(또는 불이행)에 대한 헌법소원은 부적법하다고 주장한다.

그러나,

청구인들은 단순한 고발자가 아니라 진범이 체포되느냐의 여부에 따라 청구인들의 누명이 벗겨지거나 벗겨지지 아니하는 등 직접적이고 구체적인 법률적 불이익을 입게 되는 자들로서 자기관련성이 있다고 봄이 우리재판소의 확립된 판례(1992. 2. 25. 선고 90헌마91 결정 참조)상 상당하다. 따라서 이 점에 있어서도 다수의견은 납득할 수 없어 부당하다.

라. 따라서 이 사건 심판청구는 어느 경우나 적법하다고 할 것이므로 청구를 각하할 것이 아니라 본안에 관하여 판단하였어야 할 것이다.

1996. 11. 28.

재판장 재판관 김용준
재판관 김진우

재판관 김문희
재판관 황도연
주심 재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

입법부작위 위헌확인

(1996. 11. 28. 93헌마258 전원재판부)

[판례집 8권2집, 636~646]

【관시 사항】

1. 立法不作爲에 대한 憲法裁判所の 裁判管轄權
2. 不眞正 立法不作爲에 해당하여 立法不作爲違憲確認審判의 대상이 되지 아니한다고
본 사례

【결정 요지】

1. 立法不作爲에 대한 憲法裁判所の 裁判管轄權은 憲法에서 基本權保障을 위하여 法令에 명시적인 立法委任을 하였음에도 立法者가 이를 이행하지 아니한 경우이거나, 憲法 해석상 특정인에게 구체적인 基本權이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 行爲義務 내지 保護義務가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 立法者가 아무런 立法措置를 취하지 아니한 경우에 한하여 인정된다.

2. 이 사건의 경우와 같이 입법자가 혜택부여과정에서 일정 인적 집단을 배제한 경우, 그 규정의 인적 대상범위의 확대를 구하는 헌법소원은 비록 외형적으로는 진정입법부작위에 대한 헌법소원과 유사하나 실질은 그러하지 아니하다. 이러한 부작위는 입법자가 혜택부여규정의 제정을 통하여 내린 적극적 결정의 반사적 효과일 뿐이기 때문이다.

청구인의 이 사건 청구는 平等원칙의 관점에서 立法者가 정부산하기관의 직원인 청구인을 당연히 公務員과 같이 1980년解職公務員의補償등에 관한特別措置法의 수혜범위에 포함시켰어야 한다는 주장에 지나지 아니하므로, 立法不作爲는 憲法的 立法義務에 근거한 것이 아니라 단지 혜택부여규정의 人的 범위의 제한에 따른 결과에 지나지 아니하

【참조 판례】

1. 1989. 3. 17. 선고, 89헌마1 결정
1993. 9. 27. 선고, 89헌마248 결정
1993. 11. 25. 선고, 90헌마209 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1974. 6. 7. 정부산하기관인 대한준설공사에 입사하여 직원으로 근무하던 중 1980. 7. 23. 국가보위비상대책위원회의 이른바 "정화계획"에 의하여 강제해직되었다.

한편 국회는 1989. 3.경 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법(이하 "특별조치법"이라 한다)이라는 이름의 법률안을 마련하고, 정화계획에 따라 해직된 자 전원을 적용대상으로 하는 복직및보상에관한특별법을 제정하려고 시도하였으나, 정부는 계약관계에 의하여 고용되는 정부산하기관 또는 사기업체의 임직원까지 그 적용대상에 포함시켜 복직 및 보상책임을 법적으로 강제하는 것은 법체계상 있을 수 없다는 이유로 헌법 제53조에 따라 재의를 요구하였고, 이에 국회는 원래의 법률안을 폐기하고 정화계획에 따라 해직된 공무원만을 적용대상으로 하는 현행 특별조치법으로 대체하여

입법한 다음, 1989. 3. 29. 법률 제4101호로 공포, 시행하였다. 특별조치법 제2조는 보상대상을 정화계획에 따라 해직된 공무원으로 한정하면서, 한편 같은 법 제5조는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 따라 해직된 자에 대하여 정부가 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다고만 규정하였을 뿐 직접 보상을 청구할 수 있다는 취지의 규정을 두지 아니하였다.

청구인은 보상금의 지급을 청구하였으나 대한준설공사가 민영화되어 주식회사 대한준설공사로 바뀌었다는 이유로 그 지급을 거절하자, 위 회사와 대한민국을 공동피고로 하여 서울지방법원에 보상금의 지급을 구하는 소송(89가합033577)을 제기하였다. 위 법원은 특별조치법 제2조는 정화계획에 따라 해직된 공무원에 대한 보상규정이요, 같은 법 제5조는 정부가 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 따라 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 하라는 규정일 뿐이므로 정화계획에 따라 해직된 정부산하기관 직원은 위 법률조항들을 근거로 보상금을 청구할 수 없다고 하여 청구를 기각하였다.

이에 청구인은 서울고등법원에 항소를 제기하고(90나1184), 특별조치법 제2조 및 제5조에 대한 위헌제청신청을 하였으나 기각되자, 1990. 6. 27. 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다(90헌바22).

헌법재판소는 1993. 5. 13. 특별조치법 제2조와 같은 법 제5조에 대하여, "특별조치법 제2조 중 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관의 임직원을 보상대상에 포함시키지 아니한 부분과 제5조는 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다"는 결정을 선고하였다.

그러자 청구인은 특별조치법이 정부산하기관의 임직원에 대하여

명문의 보상규정을 두지 아니하고 법적 구속력도 없는 행정지도만을 선언한 국회의 입법부작위로 말미암아 기본권침해상태가 계속되고 있다는 이유로 1993. 11. 4. 다시 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 청구인은 청구취지로서 주위적으로는, 『국회가 특별조치법 제2조와 관련하여 이 사건 헌법소원 청구인과 같은 정부산하기관의 임직원에 대한 보상청구권을 보장하는 규정을 입법하지 아니함으로써 청구인의 보상청구권, 평등권, 재산권을 침해하였음을 확인한다』라는 심판을 구하고,

예비적으로는, 『국회가 1980년 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 의하여 강제해직된 정부산하기관 임직원이었던 청구인에 대하여 이를 구제하기 위한 아무런 입법을 하지 아니함으로써 청구인의 보상청구권, 평등권, 재산권을 침해한 것임을 확인한다』라는 심판을 구하고 있다.

(2) 청구인이 주장하는 바는 결국 1980년의 정화계획에 따른 해직공무원에게는 특별조치법에 의하여 보상청구권을 보장하면서도 정부산하기관에 근무하던 중 해직된 청구인에게는 그에 상응한 보상청구권을 보장하는 입법을 하지 아니한 것이 위헌이라는 것이므로 청구인이 예비적으로 구하는 부분은 주위적으로 구하는 부분에 포함된 것으로 볼 수 있다.

이러한 사정과 앞서 본 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구에 이르게 된 경위 등을 종합하면, 이 사건 심판의 대상은 "청구인에게 특별조치법의 적용을 받는 해직공무원에 상응하는 보상청구권을

보장하기 위한 입법조치를 취하지 아니한 입법부작위의 위헌확인"이라고 보는 것이 타당할 것이므로 이를 심판의 대상인 것으로 보아 판단하기로 한다.

참조조문

특별조치법 제2조(보상 등)

① 이 법에 의한 보상대상자는 1980년 7월 1일부터 동년 9월 30일까지의 기간 중 정화계획에 의하여 해직된 공무원으로 한다.

다만, 정화계획에 의하여 해직된 공무원으로서 그 해직일이 위 기간 이외의 시기에 해당하는 자에 대하여는 대통령이 정하는 절차에 따라 보상대상자로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 보상대상자(이하 "해직공무원"이라 한다)중 다음 각 호의 1에 해당하는 자에게는 이 법을 적용하지 아니한다.

1. 장관·차관 및 차관급 상당 이상의 보수를 받은 자
2. 국가공무원법 기타 인사관계법령에 의하여 당연퇴직 또는 파면된 자
3. 퇴직 후 재직 중의 직무상 비위사실로 인하여 자격정지 이상의 형의 선고로 받았거나 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 자
4. 소청 또는 행정소송절차를 거쳐 그 당시 면직처분이 취소된 자

③ 해직공무원에 대하여는 이 법에 의한 보상금을 지급한다.

④ 이 법에 의한 보상액 산정기준은 해직당시의 직급·호봉 및 1988년도 봉급월액을 기준으로 한다.

⑤ 보상액 산출을 위한 기간은 해직일로부터 1988년 12월 31일까지로 한다.

다만, 정년초과·사망·이민 또는 공무원으로의 재임용 등 대통령령이 정하는 사유에 해당되는 경우에는 그 사유발생일까지로 한다.

⑥ 해직공무원에 대한 개인별 보상액은 제4항 및 제5항의 규정에 의하여 산출한 총봉급액 상당금액의 60퍼센트로 한다.

다만, 개인별 보상액의 최저한도를 대통령령으로 정할 수 있다.

⑦ 이 법에 의한 보상금 지급은 이 법 시행일로부터 6월 이내에 완료하되, 1989년도 예산에 확보되지 아니한 부족분에 대하여는 추가예산 확보 후 지급한다.

특별조치법 제5조(행정지도)

정부는 정부산하기관의 직원 중 정화계획에 의하여 해직된 자에 대하여 해직공무원과 상응한 조치가 이루어질 수 있도록 행정지도를 한다.

2. 청구인의 주장

청구인은 국회는 1980년 국가보위비상대책위원회의 정화계획에 따라 강제해직된 모든 자에 대한 보상을 위한 법률을 제정할 입법 의무가 있는데도 불구하고 특별조치법을 제정하면서 제2조에서 그 보상대상자를 공무원만으로 규정하고 청구인과 같은 정부산하기관의 임직원에 대하여는 이를 제외시키고, 다만 제5조에서 법적 구속력이 없는 행정지도만을 하도록 규정하여 결국 청구인과 같은 정부산하기관의 임직원에 대하여는 보상청구권을 보장하는 아무런 입법을 하지 아니함으로써 청구인의 기본권을 침해하였다.

3. 판 단

가. 입법부작위는 헌법이 요구하는 입법자의 입법의무가 존재하여야 비로소 성립한다. 즉 입법부작위는 헌법이 입법자에게 입법의무를 부과하였음에도 불구하고 입법자가 이를 이행하고 있지 않는 법적 상태를 의미한다.

헌법상의 입법의무를 어느 정도로 인정하는가의 문제는 바로 입법자와 헌법재판소간의 헌법을 실현하고 구체화하는 공동의무 및 과제의 배분과 직결된 문제이다. 입법자와 헌법재판소는 모두 헌법규범의 구속을 받고, 입법자는 입법작용을 통하여, 헌법재판소는 헌법의 해석과 적용을 통한 헌법재판의 형태로 각각 헌법을 구체화하고 실현한다. 헌법재판소가 헌법에 명시적으로 표현된 명백한 위임을 넘어 헌법해석을 통하여 입법자의 헌법적 의무를 폭넓게 인정하면 할수록, 입법자의 형성의 자유는 축소된다. 따라서 헌법상의 권력분립원칙과 민주주의원칙은 입법자의 민주적 형성의 자유를 보장하기 위하여 입법자의 헌법적 입법의무는 예외적으로만 이를 인정하고 되도록이면 헌법에 명시적인 위임이 있는 경우에만 제한할 것을 요구한다.

이러한 이유에서 입법부작위에 대한 헌법재판소의 재판관할권은 한정적으로 인정할 수 밖에 없다고 할 것이므로, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우이거나, 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한한다고 함이 우리 재판소의 일관된 판

레이다(헌법재판소 1989. 3. 17. 선고, 89헌마1 결정; 1993. 9. 27. 선고, 89헌마248 결정; 1993. 11. 25. 선고, 90헌마209 결정 각 참조).

나. 그러므로 입법부작위에 대한 헌법소원이 적법하기 위하여는 입법의무의 내용과 범위를 규정하는 명시적인 헌법위임이 있거나 또는 헌법해석을 통하여 기본권에서 유출할 수 있는 행위의무나 보호의무가 있어야만 한다.

그러나 이 사건에서는 입법자의 이러한 헌법상의 입법의무가 존재한다고 보기 어렵고, 가사 입법자가 청구인에 대하여 특별조치법의 적용을 받는 해직공무원에 상응하는 보상청구권을 보장하기 위한 입법조치를 취하지 아니함으로써 평등원칙에 위반하였음을 인정한다 하더라도 이를 근거로 입법자에게 헌법상의 입법의무가 발생한 것으로도 볼 수 없다. 평등원칙은 원칙적으로 입법자에게 헌법적으로 아무런 구체적인 입법의무를 부과하지 않기 때문이다. 다만, 입법자가 평등원칙에 반하는 일정 내용의 입법을 하게 되면, 이로써 피해를 입게 된 자는 직접 당해 법률 조항을 대상으로 하여 평등원칙의 위반여부를 다툴 수 있을 뿐이다.

이 사건의 경우와 같이 입법자가 혜택부여규정에서 일정 인적 집단을 배제한 경우, 그 규정의 인적 대상범위의 확대를 구하는 헌법소원은 비록 외형적으로는 진정입법부작위에 대한 소원과 흡사하나, 실질은 그러하지 아니하다. 입법자의 하자있는 행위는 언제나 올바른 행위의 부작용으로 해석될 수 있다는 의미에서 이러한 부작용은 입법자가 혜택부여규정의 제정을 통하여 내린 적극적인 결정의 반사적 효과일 뿐이기 때문이다. 다시 말하면, 평등원칙에 위배된 경우 평등원칙에 합치하는 상태를 실현할 입법자의 의무는 헌법이

직접 부과한 구체적인 의무가 아니고, 단지 입법자의 잘못된 입법에 의하여 비로소 발생하는 것이므로 입법을 통한 평등원칙의 위반에 따른 결과일 뿐, 헌법위임에 의한 것이 아니라는 것이다.

청구인의 이 사건 청구는 평등원칙의 관점에서 입법자가 정부산하기관의 직원인 청구인을 당연히 공무원과 같이 특별조치법의 수혜범위에 포함시켰어야 한다는 주장에 지나지 아니하므로 입법부작위는 헌법적 입법의무에 근거한 것이 아니라 단지 혜택부여규정의 인적 범위의 제한에 따른 결과에 지나지 아니하여 이른바 "부진정 부작위"에 해당할 뿐이므로 입법부작위위헌확인심판의 대상이 되지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 입법부작위위헌확인을 구하는 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주 심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형

재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

사회보호법 부칙 제2조 제1항 위헌확인

(1996. 11. 28. 95헌마280 전원재판부)

[판례집 8권2집, 647~654]

【관시 사항】

1. 法令에 대한 憲法訴願의 請求期間 起算點
2. 社會保護法 附則 제2조 제1항에 대한 憲法訴願의 請求期間 起算點

【결정 요지】

1. 法令에 대한 憲法訴願은 法令의 施行과 동시에 基本權의 侵害를 받은 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 請求하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 基本權의 침해가 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.
2. 구 社會保護法은 1989. 3. 25. 法律 제4089호로 改正, 公布되어 같은 날부터 시행되었고, 請求人에 대한 保護監護의 判決은 그 개정 이전인 1987. 10. 13. 이미 確定되었으므로 청구인 이 주장하는 基本權은 개정된 社會보호법이 시행됨과 동시에 侵害를 받았다고 보아야 한다. 따라서 개정된 社會보호법의 시행으로 基本權을 침해받았다는 이유로 청구한 이 사건 헌법소원심판청구는 늦어도 개정된 社會보호법이 시행된 날인 1989. 3. 25.로부터 180일 이내에 청구하였어야 한다.

재판관 조승형의 反對意見

2. 위 社會保護法 附則 제2조 제1항 규정에 따라 종전에 받은 보

호감호의 判決이 위 사회보호법에 의하여 판결을 받은 것으로 看做된다 하더라도, 청구인이 위 부칙조항에 의하여 직접 청구인 주장의 基本權을 侵害받은 때는, 청구인이 刑執行을 마친후 실제로 保護監護의 執行을 받을 때라 할 것이므로, 이 사건 審判請求의 請求期間은 청구인이 보호감호의 집행을 받은 날로부터 起算하여야 한다.

청 구 인 김 ○ 춘
대리인 변호사 김 태 계

【심판대상조문】

社會保護法 附則 第2條 (중전의 規定에 의하여 宣告된 保護監護등에 관한 經過措置) ①이 法 施行전에 중전의 規定에 의하여 保護監護 또는 治療監護의 判決을 받은 者는 이 法에 의하여 保護監護 또는 治療監護의 判決을 받은 것으로 본다. 다만, 이 法 施行전에 중전의 規定에 의하여 保護監護의 判決을 받은 者중 保護監護請求의 원인이 된 罪가 이 法 第5條 소정의 別表의 罪에 해당하지 아니하는 때에는 保護監護의 執行을 免除한다.

②~③ 생략

【참조 조문】

憲法裁判所法 제69조

구 社會保護法 제5조 제1항 ①保護對象者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 10年の 保護監護에 處한다. 다만, 保護對象者가 50歲이상인 때에는 7年の 保護監護에 處한다.

1. 同種 또는 類似한 罪로 3回이상 禁錮이상의 實刑을 받고 刑期合計 5年이상인 者가 最終刑의 全部 또는 一部の 執行을 받거나 免除를 받은 후 3年내에 다시 死刑·無期 또는 長期 7年이상의 懲役이나 禁錮에 해당하는 同種 또는 類似한 罪를 犯한 때

2. 保護監護의 宣告를 받은 者가 그 監護의 全部 또는 一部の 執行을 받거나 免除를 받은 후 다시 死刑·無期 또는 長期 7年이상의 懲役이나 禁錮에 해당하는 同種 또는 類似한 罪를 犯한 때

② 생략

【참조 판례】

1. 1996. 3. 28. 선고, 93헌마198 결정

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1987. 7. 2. 서울고등법원 87노1218, 87감노117 폭력행위등처벌에관한법률위반 등 사건에서 징역 5년 및 보호감호 10년을 선고받고, 그 판결은 같은 해 10. 13. 대법원의 상고기각판결(대법원 87도1665, 87감도157)로 확정되었다.

(2) 이에 따라 청구인은 청송교도소에서 복역하던 중 1989. 1. 11. 형집행정지로 석방되었다가 또 다른 사건으로 인하여 위 형집행정지결정이 취소된 뒤 1992. 2. 18. 서울고등법원에서 징역 10년을 선고받고 현재 청송 제1교도소에서 복역중이다.

(3) 청구인은 일정한 요건에 해당할 경우 징역형과 별도로 10년

의 보호감호에 처하도록 규정한 구 사회보호법(1980. 12. 18. 법률 제3286호, 1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정되기 전의 것. 이하 "구 사회보호법"이라 한다) 제5조 제1항이 위헌임에도 개정된 사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호) 부칙 제2조 제1항이 구 사회보호법 제5조 제1항에 의하여 선고된 필요적 보호감호까지 개정된 법에 의하여 보호감호의 판결을 받은 것으로 본다고 규정함으로써 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다고 하여 1995. 9. 22. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 1989. 3. 25. 개정된 사회보호법(법률 제4089호) 부칙 제2조 제1항이며, 그 법률조항의 내용은 다음과 같다.

사회보호법 부칙

제2조 [종전의 규정에 의하여 선고된 보호감호 등에 관한 경과 조치] ① 이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 보호감호 또는 치료감호의 판결을 받은 자는 이 법에 의하여 보호감호 또는 치료감호의 판결을 받은 것으로 본다. 다만, 이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 보호감호의 판결을 받은 자 중 보호감호청구의 원인이 된 죄가 이 법 제5조 소정의 별표의 죄에 해당하지 아니하는 때에는 보호감호의 집행을 면제한다.

(별표 생략)

2. 청구인의 주장

가. 구 사회보호법은 1980. 12. 18. 국회가 아닌 국가보위비상대책위원회(국가보위입법회의의 착오로 보임)에서 의결하여 제정, 공포된 것이므로 "입법권은 국회에 속한다"고 규정한 헌법 제40조에 위배

된다. 또한 구 사회보호법 제5조 제1항은 재범의 위험성의 유무를 가리지 아니하고 동종 또는 유사한 전과사실과 죄명, 상습성 등 만으로 반드시 보호감호에 처하도록 규정함으로써 법관의 양심에 따른 재판을 제한함은 물론 동일한 사실에 관하여 실질적으로 거듭 처벌받도록 하고 있으므로 "모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다"고 규정한 헌법 제13조 제1항에도 위반되는 것이다.

나. 그럼에도 불구하고 1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정된 사회보호법은 위헌적인 법률조항 구 사회보호법 제5조 제1항 소정의 필요적 보호감호에 관한 규정을 폐지하고 임의적 보호감호에 관한 규정만을 두었음에도 불구하고 구 사회보호법에 의한 필요적 보호감호처분을 받은 자에게 재범의 위험성 유무에 관하여 다시 재판을 받을 수 있도록 당연히 재심의 기회를 주어야 함에도 개정 사회보호법 부칙 제2조 제1항은 종전의 규정에 의하여 보호감호의 판결을 받은 자는 개정된 법에 의하여 보호감호의 판결을 받은 것으로 본다라고 규정하여 청구인의 헌법상 보장된 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 및 재판청구권을 침해한 것이다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 등으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제69조 제1항은 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다고 규

정하고 있다.

따라서 법령에 대한 헌법소원은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해 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(헌법재판소 1996. 3. 28. 선고, 93헌마198 결정).

그런데 구 사회보호법은 1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정, 공포되어 같은 날부터 시행되었고, 청구인에 대한 보호감호의 판결은 그 개정 이전인 1987. 10. 13. 이미 확정되었으므로 청구인이 주장하는 기본권은 개정된 사회보호법이 시행됨과 동시에 침해를 받았다고 보아야 한다. 따라서 개정된 사회보호법의 시행으로 기본권을 침해받았다는 이유로 청구한 이 사건 헌법소원심판청구는 늦어도 개정된 사회보호법이 시행된 날인 1989. 3. 25.로부터 180일 이내에 청구하였어야 할 것이다. 그러므로 1995. 9. 22.에야 비로소 청구된 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간이 경과된 뒤에 청구된 것으로 부적법하다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는, 개정된 사회보호법의 시행으로 청구인의 기본권을 침해받았다는 것이므로 헌법소원의 청구기간을 그 시행일인 1989. 3. 25.부터 기산하여야 한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

위 사회보호법 부칙 제2조 제1항 규정에 따라 종전에 받은 보호감호의 판결이 위 사회보호법에 의하여 판결을 받은 것으로 간주된다 하더라도, 청구인이 위 부칙조항에 의하여 직접 청구인 주장의 기본권을 침해받은 때는, 청구인이 형집행을 마친후 실제로 보호감호의 집행을 받을 때라 할 것이므로, 이 사건 심판청구의 청구기간은 청구인이 보호감호의 집행을 받은 날로부터 기산하여야 한다고 생각한다.

그렇다면 청구인은, 현재 형집행중일 뿐 아직 보호감호의 집행을 받고 있지 아니한 상태이고, 앞으로 형집행이 종료되면 보호감호가 집행되게 될 것이고 청구인 주장의 기본권이 침해될 것이 명백히 예상되어서, 청구기간기산일 이전인 1995. 9. 22.에 이 사건 심판청구를 한 것으로써, 이는 적법하며, 본안판단을 하였어야 할 것으로 믿는다.

1996. 11. 28.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주 심	재판관 김문희
	재판관 황도연

재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

구 소득세법 제29조 제1항 위헌제청

(1996. 12. 26. 94헌가10 전원재판부)

[판례집 8권2집, 655~679]

【관시 사항】

구 소득세법 제29조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4661호로 개정되기 전의 것)의 위헌 여부

【결정 요지】

가. 이 사건 법률조항을 둔 입법취지의 근거에는, 부동산 또는 부동산상의 권리 등을 대여하고 전세금 또는 보증금 등을 받은 경우에는 그 금원은 목적부동산의 사용대가인 차임 또는 지료의 특수한 지급방법으로서 지급되는 것이므로 부동산을 월세로 임대하는 경우와의 형평을 고려하면 이에 대하여서도 과세하는 것이 타당하고, 또 전세권설정자 또는 임대인은 그가 수령한 전세금 또는 보증금 등을 운용하여 이익을 얻을 수 있으므로 이를 다른 곳에 투자하기 어렵다고 하더라도 최소한 은행에 정기예금을 하여 정기예금이자액 상당의 이익은 얻을 수 있다는 과세의 형평 및 실질과세의 고려가 깔려 있으며, 다른 한편 부동산투기 행위나 부동산의 과다보유를 방지 또는 억제하고 자금을 생산적인 방향으로 유도하려는 조세정책적 고려도 그 밑바닥에 깔려 있음을 알 수 있다.

나. 부동산을 임대하고 그 대가로서 보증금이나 전세금 등을 받은 경우에는 그 금원의 운용형태를 불문하고 일단 소득은 발생하였다고 보는 것이 일반적인 사회통념에 비추어 상당하고 단지 그 소득의 크기를 구체적으로 측정하는 문제만 남아 있다고 보아야 하며, 이를 가리켜 "의제된 소득" 또는 "미실현소득"이라거나 보증금 또는 전세금이라는

재원의 "기회이익"을 과세의 계기로 파악한 것이라고는 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항이 소득세의 본질에 반한다고 할 수 없다.

다. (1) 이 사건 법률조항은 위와 같은 여러 목적과 아울러 부동산을 월세로 임대하는 경우와의 과세의 형평 및 임대인이 그가 수령한 전세금 또는 보증금 등을 운용하여 얻을 수 있는 최소한의 소득의 포착 등 실질과세의 실현도 고려한 규정으로서 조세평등주의나 실질과세의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(2) 부동산투기를 억제하고 자금을 생산적인 방향으로 흐르도록 유도하려 한 것이 지금까지의 일관된 조세정책으로서 그러한 조세정책이 합리적 이유 없는 차별이라고 볼 수 없는 이상 이러한 조세정책과 과세의 형평 및 실질과세의 원칙 등을 고려하여 임대보증금을 받아서 금융기관에 예금을 하거나 회사채·주식 등에 투자하여 수익을 얻었을 때에는 그 수익만큼을 간주임대료의 과세대상에서 공제하여 주고, 부동산취득 등 실물자산에 투자한 경우에는 그 공제를 하지 아니한 것이 곧 과잉금지의 원칙에 위배된다고는 보기 어렵다.

재판관 김진우, 재판관 조승형의 반대의견

가. 부동산소득의 총수입금액이 이 사건 법률조항이 정한 보증금, 전세금 등에 금융기관의 이자율을 참작하여 대통령령이 정하는 이자율을 곱하여 산출한 금액(이하 간주차임이라 한다)을 초과하는 경우에만 실지조사나 서면조사에 의하여 총수입금액을 결정하고 총수입금액이 간주차임에 미달하는 경우에는 간주차임에 의하여 총수입금액을 결정하도록 규정한 이 사건 법률조항은 실지조사나 서면조사 등 실액방법에 의하여 총수입금액을 결정하는 1990. 12. 30. 법 개정 이전의 법률조항과 비교할 때, 위와 같은 부동산 투기행위의 억제 등 조세정책적 목적보다는 세수증대의 목적과 세무당

국의 과세편의를 고려하고 조세형평이나 국민의 기본권보장은 도외시한 위헌인 조항이라고 하지 않을 수 없다.

나. 소득세의 가장 기본적인 전제는 '있어야 할 소득'의 존재가 아니라 '실제의 소득'의 존재인바, 이 사건 법률조항에 의하면 소득이 없는 경우에도 소득세를 부과함으로써 소득세의 본질에 반하는 과세를 하게 되고, 따라서 비록 법률로써 과세요건을 규정하고 있다고 하더라도 내용이 실질적인 조세법률주의에 반한다고 하지 않을 수 없다. 더구나 전세금 등을 다른 사업자금에 투자하여 사업소득을 얻고 있는 경우나 비영업대금의 이자소득을 얻은 경우와 같이 그 용도가 명백히 밝혀지는 경우에 그로 인한 소득에 대한 과세와 부동산소득에 대한 과세가 중복되어 이중과세의 위험성이 높다.

다. 이 사건 법률조항은 부동산소득 특히 부동산임대소득에 관하여만 실제로 경제적 이익의 발생 여부를 묻지 않고 일정 금액을 과세소득금액으로 의제하여 다른 소득에는 규정되지 아니한 간주차임을 합산하게 할뿐만 아니라 실지조사와 서면조사 등을 하지 아니한 채 실제로 소득이 없거나 간주차임보다 적은 소득이 있었음이 객관적으로 증명되는 경우까지도 간주차임을 총 수입금액에 산입하게 함으로써 부동산임대소득에 있어서의 납세의무자를 실소득에 대하여만 납세의무를 지는 다른 납세의무자에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하고 있어 조세평등주의 및 실질과세의 원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다. 특히 타납세의무자와는 달리 행정쟁송에 의하여 실소득에 한하여 납세할 수 있는 길조차 막고 있는 점에서 더욱 조세평등주의에 반한다고 할 것이다.

제청법원 서울고등법원

제청신청인 이 ○ 자

대리인 변호사 이 대 복 외 1인

당해소송사건 서울고등법원 93구26146 종합소득세등부과
처분취소

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항, 제38조, 제59조

구 소득세법 제19조(부동산소득)

① 부동산소득은 당해연도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.

1. 부동산 또는 부동산상의 권리의 대여로 인하여 발생하는 소득

2. 등기 또는 등록된 선박·항공기·자동차와 증기의 대여로 인하여 발생하는 소득

3. 공장재단 또는 광업재단의 대여로 인하여 발생하는 소득

4. 광업권자·조광권자 또는 덕대가 채굴에 관한 권리를 대여함으로써 인하여 발생하는 소득

② 부동산소득금액은 당해연도의 총수입금액에서 이에 소요된 필요경비를 공제한 금액으로 한다.

③ 제1항에서 "대여"라 함은 지상권·시설권·전세권 기타 권리를 설정하고 그 대가를 받는 것과 임대차계약 기타 방법에 의하여 물건 또는 권리를 사용 또는 수익하게 하고 그 대가를 받는 것을 말한다.

④ 부동산소득의 범위에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 소득세법 제31조(필요경비의 계산)

① 부동산소득금액·사업소득금액·기타소득금액·양도소득금액 또는 산정소득금액의 계산에 있어서 필요경비에 산입할 금액은 당해연도의 총수입금액에 대응하는 비용의 합계액으로 한다.

② 당해연도 전의 총수입금액에 대응하는 비용으로서 당해연도에 확정된 것에 대하여는 당해연도 전에 필요경비로 계상하지 아니한 것에 한하여 당해연도의 필요경비로 본다.

③ 필요경비의 계산에 있어서 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 소득세법 제118조(실지조사결정)

① 정부(政府)는 과세료준확정신고(課稅料準確定申告)에 의한 결정(決定)을 하는 경우 이외에도 제184조 또는 제185조의 규정에 의한 장부(帳簿)를 장치·기장(記帳)한 거주자(居住者)에 대하여 그 비치(備置)·기장(記帳)된 장부(帳簿)와 증빙서류(證憑書類)를 근거(根據)로 하여

소득금액(所得金額)을 계산(計算)할 수 있을 때에는 그 비치(備置)·기장(記帳)된 장부(帳簿)에 의하여 당해연도(當該年度)의 과세표준(課稅標準)과 세액(稅額)을 조사결정(調査決定)하여야 한다.

②~⑤ 생략

구 소득세법시행령 제58조(총수입금액계산의 특례)

① 법 제29조 제1항에서 "대통령령이 정하는 주택"이라 함은 사원용임대주택 또는 주택건설촉진법에 의한 임대주택(당해 주택에 부수되는 토지로서 건물이 정착된 면적에 제15조 제9항의 규정에 의한 배율을 곱하여 산정한 면적 이내의 토지를 포함한다)을 말한다.

② 법 제29조 제1항에서 "대통령령이 정하는 이자율"이라 함은 당해 과세기간 종료일 현재 계약기간 1년의 정기예금이자율(서울특별시 에 본점을 둔 시중은행의 이자율을 평균한 것을 말한다. 이하 같다)을 말한다.

③ 법 제29조 제1항의 규정에 의하여 총수입금액에 산입할 금액은 다음의 산식에 의하여 계산한다. 이 경우 적수의 계산은 매월말 현재의 임대보증금 등의 잔액에 경과일수를 곱하여 계산할 수 있다. (당해 과세기간의 임대보증금 등의 적수-임대사업개시 후의 차입금상환액의 당해 관세기간중 적수)×계약기간 1년의 정기예금이자율×1/365-당해 과세기간의 당해 임대사업에서 발생한 수입이자와 할인료·배당금·신주인수권처분의 및 유가증권처분이익의 합계액

④ 제3항에 "임대사업개시 후의 차입금상환액"이라 함은 임대사업용고정자산의 취득에 소요된 차입금을 임대보증금 등으로 상환한 금액을 말한다. 이 경우 임대보증금 등을 받은 후 차입금감소액이 있는 때에는 이를 임대보증금 등에서 먼저 상환한 것으로 보며, 차입금을 상환한 후 다시 차입금이 증가한 경우에는 그 증가한 날부터 증가액에 상당하는 금액은 이를 상환하지 아니한 것으로 본다.

⑤ 법 제29조 제1항의 경우에 전전세 또는 전대를 하는 때의 부동산소득의 총수입금액은 다음 각호에 의한다.

1. 전차인으로 부터 받은 총수입금액에서 그 목적물을 전세 또는 임차받기 위하여 지급한 전세금 또는 보증금과 전전세하거나 전대하기 전까지 당해 부동산에 지급한 시설개량비에 대하여 제1항의 규정에 의하여 계산한 금액과 임대료의 합계액을 차감하여 계산한 금액으로 한다.

2. 전대인에 당해 부동산의 일부만을 전대한 경우에는 전대부분이 당해 부동산에 차지하는 비율을 제1호의 합계액에 각각 곱하여 계산한 금액을 차

감하여 계산한 금액으로 한다.

⑥ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 분수계약에 의한 수입금액은 사업소득에 대한 총수입금액으로 한다.

1. 분수계약의 당사자인 토지소유자 또는 비용부담자가 그 계약에 정하는 분수율에 의하여 분수하는 금액 이외에 계약기간중 계속하여 그 대가에 상당하는 금액을 지급받은 때

2. 분수계약의 당사자가 그 계약에 의한 권리의 취득 후 5년내에 그 계약에 따라 산림을 벌채 또는 양도한 때

⑦ 법 제29조 제2항에 규정하는 소비 또는 지급한 때의 가액의 계산에 관하여는 제54조 제4항의 규정을 준용한다.

국세기본법 제16조(근거과세)

① 납세의무자가 세법에 의하여 장부를 비치·기장하고 있는 때에는 당해 국세의 과세표준의 조사와 결정은 그 비치·기장한 장부와 이에 관계되는 증빙자료에 의하여야 한다.

②~⑤ 생략

【참조 판례】

1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정

1992. 2. 25. 선고, 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3(병합) 결정

1992. 12. 24. 선고, 90헌바21 결정

1994. 6. 30. 선고, 93헌바9 결정

1996. 3. 28. 선고, 94헌바42 결정

【주 문】

구 소득세법 제29조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4661호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인은 서울고등법원에 93구26146호로 종합소득세등부과처분취소청구소송을 제기하고 그 소송진행 중 위 재판의 전제가 되는 구 소득세법 제29조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4661호로 개정되기 전의 것)이 헌법에 위반된다는 이유로 위 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였는데(94부508), 위 법원은 1994. 11. 11. 위 신청을 받아들여 이 사건 위헌심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 구 소득세법 제29조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4661호로 개정되기 전의 것; 이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)이다. 위 조항과 이에 관련된 법령의 내용은 다음과 같다.

구 소득세법 제29조[총수입금액계산의 특례] ① 거주자가 부동산(대통령령이 정하는 주택을 제외한다) 또는 그 부동산상의 권리 등을 대여하고 받은 보증금, 전세금 또는 이와 유사한 성질의 금액(임대사업과 관련된 차입금의 상환에 충당된 금액을 제외한다)에서 발생한 수입금액이 그 보증금 등에 금융기관의 이자율을 참작하여 대통령령이 정하는 이자율을 곱하여 산출한 금액에 미달하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액을 부동산소득금액의 계산에 있어서 총수입금액에 산입한다.

구 소득세법시행령 제58조(1992. 12. 31. 대통령령 제13802호로 개정되기 전의 것) [총수입금액계산의 특례] ① 법 제29조 제1항에서 "대통령령이 정하는 주택"이라 함은 주택건설촉진법에 의한 임대주택(당

해 주택에 부수되는 토지로서 건물이 정착된 면적에 제15조 제9항의 규정에 의한 배율을 곱하여 산정된 면적 이내의 토지를 포함한다)을 말한다.

② 법 제29조 제1항에서 "대통령령이 정하는 이자율"이라 함은 당해 과세기간 종료일 현재 계약기간 1년의 정기예금이자율(서울특별시에 본점을 둔 시중은행의 이자율을 평균한 것을 말한다. 이하 같다)을 말한다.

③ 법 제29조 제1항의 규정에 의하여 총수입금액에 산입할 금액은 다음의 산식에 의하여 계산한다. 이 경우 적수의 계산은 매월말 현재의 임대보증금 등의 잔액에 경과일수를 곱하여 계산할 수 있다.

(당해 과세기간의 임대보증금 등의 적수 - 임대사업개시 후의 차입금상환액의 당해과세기간 중 적수) × 계약기간 1년의 정기예금이자율 × 1/365 - 당해과세기간의 당해 임대사업에서 발생한 수입이자과 할인료 . 배당금 . 신주인수권처분이익 및 유가증권처분이익의 합계액

④ 제3항에서 "임대사업개시 후의 차입금상환액"이라 함은 임대사업용고정자산의 취득에 소요된 차입금을 임대보증금으로 상환한 금액을 말한다. 이 경우 임대보증금 등을 받은 후 차입금 감소액이 있는 때에는 이를 임대보증금 등에서 먼저 상환한 것으로 보며, 차입금을 상환한 후 다시 차입금이 증가한 경우에는 그 증가한 날부터 증가액에 상당하는 금액은 이를 상환하지 아니한 것으로 본다.

⑤ 법 제29조 제1항의 경우에 전전세 또는 전대를 하는 때의 부동산소득의 총수입금액은 다음 각호에 의한다.

1. 전차입으로부터 받은 총수입금액에서 그 목적물을 전세 또는 임차받기 위하여 지급한 전세금 또는 보증금과 전전세하

거나 전대하기 전까지 당해 부동산에 지급한 시설개량비에 대하여 제1항 내지 제4항의 규정에 의하여 계산한 금액과 임대료의 합계액을 차감하여 계산한 금액으로 한다.

2. 전대인에 당해 부동산의 일부만을 전대한 경우에는 전대부분이 당해 부동산에 차지하는 비율을 제1호의 합계액에 각각 곱하여 계산한 금액을 차감하여 계산한 금액으로 한다.

⑥ 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 분수계약에 의한 수입금액은 사업소득에 대한 총수입금액으로 한다.

1. 분수계약의 당사자인 토지소유자 또는 비용부담자가 그 계약에 정하는 분수율에 의하여 분수하는 금액 이외에 계약기간 중 계속하여 그 대가에 상당하는 금액을 지급받은 때

2. 분수계약의 당사자가 그 계약에 의한 권리의 취득후 5년 내에 그 계약에 따라 산림을 벌채 또는 양도한 때

⑦ (생략)

2. 제청신청인의 주장과 이해관계인의 주장 요지

가. 제청신청인의 주장 요지

(1) 이 사건 법률조항은 소득이 실제 발생하였는지의 여부를 가리지 아니하고 보증금이라는 재원의 기회이익을 과세의 계기로 파악하고 있어 실현된 소득을 과세의 계기로 하는 소득세의 본질에 반한다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법취지는, 부동산 임대용역사업자가 임대보증금 등을 재원으로 부동산투기를 하는 등 바람직하지 못한 행위를 하는 경우가 있어 이를 규제하기 위한 데 있는 것으로 보인다. 그러나 그렇다고 하여도 실질관계를 불문한 소득 발생의 의제는

부동산 임대용역사업자가 보증금을 재원으로 부동산투기행위 등에 임하는 경우가 일반적이라는 고도의 개연성이 있는 경우이나 가능한 것인데, 사회통념에 비추어 볼 때 그러한 개연성이 높다고 볼 수는 없다.

또한 임대용역사업자가 타인으로부터의 차입금으로 건물을 신축하고 그 건물로부터 받은 보증금으로 차입금을 상환하는 경우와 차입을 하지 않고 임대보증금을 미리 받아 건물을 신축한 경우는 단지 차입절차를 거쳤는가 하는 절차상의 차이에 불과한 것으로 실질적으로는 아무런 차이가 없는데도 이 사건 법률조항에 의하면 전혀 과세상의 취급이 달라지게 된다.

따라서 이 사건 법률조항은 조세평등주의 및 실질과세의 원칙에 위배된다.

(3) 이 사건 법률조항은 법정요건에 해당하는 모든 경우를 과세대상으로 하고 다만 차입금상환의 경우에만 예외를 두고 있어 그 입법취지에 반하지 않는 경우에 구제될 수 있는 길을 열어 놓지 않고 있으므로 국민의 기본권을 과잉제한하고 있다.

(4) 보증금은 운용에 따라 다른 소득의 원천이 될 수 있고 다른 소득의 원천이 되는 경우 당해 소득원천에서 소득세가 과세되는 것이므로 일정 소득의 발생을 의제하여 과세하는 경우 이중과세의 위험이 있다.

(5) 보증금의 발생원인인 임대차는 전형적인 계속적 계약관계임에도 불구하고, 이 사건 법률규정은 개정규정의 시행에 있어서 경과규정을 두고 있지 않아 관련된 법률관계의 법적 안정성을 크게 저해할 위험이 있다.

나. 제청법원의 제청이유 요지

신청인의 주장 요지 (1), (2), (3)과 같다.

다. 재정경제원장관의 의견 요지

(1) 부동산을 임대하고 보증금을 받은 경우에는 어떠한 형태로든 그 보증금을 운영하고 소득을 얻는다고 보는 것이 타당하고 또한 사회통념에도 부합한다. 금전을 이용하여 얻는 소득의 크기를 측정하는 방법에는 시장실세금리 등 여러 가지 방법이 고려될 수 있으나 소득세법은 가장 보수적인 입장에서 정기예금 이자율을 가지고 소득의 크기를 측정하는 것이다.

(2) 부동산 임대의 방법에는 보증금만 받고 임대하는 방법과 월세로 임대료를 받는 2가지 방법이 있을 수 있는바, 후자의 경우를 과세하고 전자의 경우를 과세하지 않는다면 과세형평성 문제가 발생하므로 임대보증금에 대하여도 과세하는 것이 조세평등원칙에 합치된다.

또한 보증금을 운용하여 현실적으로 소득을 얻고 있음에도 불구하고 이를 과세하지 않는다면 오히려 이것이 실질과세의 원칙에 위반된다.

이 사건 법률조항의 입법취지는 부동산투기의 억제 뿐만 아니라 위와 같은 과세의 형평도 고려한 것이다.

(3) 구 소득세법시행령 제58조 제3항에서는 "당해과세기간의 당해 임대사업에서 발생한 수입이자와 할인료 . 배당금 . 신주인수권처분이익 및 유가증권처분이익의 합계액"을 차감하도록 함으로써 임대보증금을 받아 차입금상환에 사용하는 경우는 물론 예금을 하여 이자를 얻거나 주식 등 금융자산에 투자하여 얻는 수익도 과세

대상에서 공제하도록 하는 구제조항을 두고 있는바, 부동산투기를 억제하고 자금을 생산적 방향으로 유도하는 조세정책방향과 과세형평 및 실질과세의 원칙을 감안하여 임대보증금을 받아서 금융기관에 예치하거나 회사채, 주식 등에 투자하여 수익을 얻었을 때에는 그 수익만큼을 간주임대료 과세대상에서 공제해주고, 부동산 등 실물자산에 투자한 경우에만 예외적으로 불이익을 주는 것이 과잉제한금지의 원칙에 위배된다고 보기는 어렵고, 이중과세의 위험도 없다.

(4) 소득세는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지를 과세기간으로 하여 당해 과세기간 중에 발생하는 소득에 대하여 과세되는 세금이므로, 비록 개정법 시행전에 임대차계약을 체결하고 임대보증금을 받았다 하더라도 임대보증금을 반환하지 않고 계속 받고 있다면 개정법 시행 후의 기간에 대하여는 소득을 계산하여 과세할 수 있고 과세의 형평상 타당하다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 취지

구 소득세법(1990. 12. 31. 법률 제4281호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4661호로 개정되기 전의 것, 이하 "구 소득세법"이라 한다)에 의하면, 당해연도에 발생한 "부동산 또는 부동산상의 권리의 대여로 인하여 발생하는 소득"은 부동산소득에 해당하고(제19조제1항제1호) 그 부동산소득금액은 당해연도의 총수입금액에서 이에 소요된 필요경비를 공제한 금액으로 하며(같은 조 제2항) 위에서 "대여"라 함은 지상권·지역권·전세권 기타 권리를 설정하고 그 대가를 받는 것과 임대차계약 기타방법에 의하여 물건 또는 권리를 사용 또는 수익하

게 하고 그 대가를 받는 것을 말하고(같은 조 제3항) 부동산소득금액의 계산에 있어서 필요경비에 산입할 금액은 당해연도의 총수입금액에 대응하는 비용의 합계액으로 한다(제31조제1항)고 규정되어 있다.

그런데 이 사건 법률조항에 의하면 거주자가 부동산(대통령령이 정하는 주택을 제외한다) 또는 그 부동산상의 권리 등을 대여하고 받은 보증금·전세금 또는 이와 유사한 성질의 금액(임대사업과 관련된 차입금의 상환에 충당된 금액을 제외한다)에서 발생한 수입금액이 그 보증금 등에 금융기관의 이자율을 참작하여 대통령령이 정하는 이자율을 곱하여 산출한 금액에 미달하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액을 부동산소득금액의 계산에 있어서 총수입금액에 산입한다고 규정되어 있고, 한편 구 소득세법시행령(1992. 12. 31. 대통령령 제13802호로 개정되기 전의 것, 이하 "구 소득세법시행령"이라 한다) 제 58조에 의하면 위에서 말하는 "대통령령이 정하는 주택"이라 함은 사원용 임대주택 또는 주택건설촉진법에 의한 임대주택을 말하며(제1항) "대통령령이 정하는 이자율"이라 함은 당해 과세기간 종료일 현재 계약기간 1년의 정기예금 이자율(서울특별시에 본점을 둔 시중은행의 이자율을 평균한 것)을 말하고(제2항) 또 그 제3항에서 총수입금액에 산입한 금액의 계산방식이 규정되어 있다(제3항).

이 사건 법률조항과 구 소득세법시행령 제58조의 규정을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항을 둔 입법취지의 근거에는, 부동산 또는 부동산상의 권리 등을 대여하고 전세금 또는 보증금 등을 받은 경우에는 그 금원은 목적부동산의 사용대가인 차임 또는 지료의 특

수한 지급방법으로서 지급되는 것이므로 부동산을 월세로 임대하는 경우와의 형평을 고려하면 이에 대하여서도 과세하는 것이 타당하고 또 전세권설정자 또는 임대인은 그가 수령한 전세금 또는 보증금 등을 운용하여 이익을 얻을 수 있는바 이를 다른 곳에 투자하기 어렵다고 하더라도 최소한 은행에 정기예금을 하여 정기예금이자액 상당의 이익은 얻을 수 있다는 과세의 형평 및 실질과세의 고려가 깔려 있고, 다른 한편 위의 전세금 또는 보증금 등을 임대사업과 관련된 차입금의 상환에 충당하는 경우에는 간주임대료규정을 적용하지 아니하고 또한 위 구 소득세법 시행령 제58조제3항에서 "당해 과세기간의 당해 임대사업에서 발생한 수입이자과 할인료·배당금·신주인수권처분이익 및 유가증권처분이익의 합계액"을 총수입금액의 산정에서 차감하도록 함으로써, 임대보증금 등을 받아 차입금의 상환에 사용하는 경우는 물론 예금을 하여 그 이자를 얻거나 주식취득 등 금융자산에 투자하여 얻는 수익도 과세대상에서 공제하도록 하는 규정을 두고 있는 점 등을 감안할 때, 부동산투기행위나 부동산의 과다보유를 방지 또는 억제하고 자금을 생산적인 방향으로 흐르도록 유도하려는 조세정책적 고려도 그 밑바닥에 깔려 있음을 알 수 있다.

이러한 점에 유의하면서 이 사건 법률조항에 제청법원이 주장하는 바와 같은 위헌적 요소가 있는지를 살펴보기로 한다.

나. 소득세의 본질에 반하는지의 여부

위에서 본 바와 같이, 구 소득세법에 의하면 부동산 또는 부동산상의 권리의 대여로 인하여 발생한 소득은 부동산소득에 해당하고 그 부동산소득금액은 당해연도의 총수입금액에서 이에 소요된 필

요경비(부동산소득금액의 계산에 있어서 필요경비에 산입할 금액은 당해연도의 총수입금액에 대응하는 비용의 합계액으로 한다)를 공제한 금액으로 한다고 규정되어 있으므로(구 소득세법 제19조제1항제1호, 제2항 및 제31호제1항), 부동산을 임대하고 그 대가로서 보증금이나 전세금 등을 받은 경우에는 그 금원의 운용형태를 불문하고 일단 소득은 발생하였다고 보는 것이 일반적인 사회통념에 비추어 상당하고 단지 그 소득의 크기를 구체적으로 측정하는 문제만 남아 있다고 보아야 하며, 이를 가리켜 "의제된 소득" 또는 "미실현소득"이라거나 보증금 또는 전세금이라는 재원의 "기회이익"을 과세의 계기로 파악한 것이라고는 볼 수 없다.

이 문제는 아래에서 보는 바와 같이 부동산을 임대하고 그 임대료를 월세로 받느냐 또는 보증금이나 전세금으로 받느냐에 따라 과세상의 취급을 달리할 수 없다는 점에서 보아도 명백하다.

따라서 이 사건 법률조항이 소득세의 본질에 반한다고 할 수 없다.

다. 조세평등주의 및 실질과세의 원칙에 위배되는지의 여부

(1) 이 사건 법률조항은 위에서 본 바와 같이 부동산투기행위나 부동산의 과다보유를 방지 또는 억제하고 자금을 생산적인 방향으로 흐르도록 유도하려는 조세정책적 고려도 한 것이지만 이와 아울러 부동산을 월세로 임대하는 경우와의 과세의 형평 및 임대인이 그가 수령한 전세금 또는 보증금 등을 운용하여 얻을 수 있는 최소한의 소득의 포착 등 실질과세의 실현도 고려한 규정이다.

즉, 임대보증금 등에 대하여 총수입금액 간주규정을 두게 된 것은, 부동산임대의 형태는 임대료를 월세로만 받은 경우, 보증금으

로만 받는 경우 및 일부는 월세로 일부는 보증금으로 받는 경우 등과 같이 현실적으로 여러가지가 있으나, 보증금과 월세는 상호 대체관계에 있는 것이어서 보증금과 월세를 함께 받는 경우 보증금이 많을수록 월세는 적어지고 보증금이 적을수록 월세는 많아지게 되는 것이므로 월세를 받는 임대료에 대하여는 이를 전부 수입금액으로 보아 과세하면서 보증금으로 받는 임대료에 대하여서는 과세하지 않는다면 이것이 오히려 과세의 형평을 저해하게 되는 점을 감안한 것이고, 또 위에서 본 바와 같이 부동산을 임대하고 그 대가로 보증금이나 전세금 등을 받은 경우에는 소득이 있었다고 보는 것이 상당하고 단지 소득의 크기를 구체적으로 측정하는 문제만 남아 있다고 보아야 할 것인데 그 경우 그 보증금 등(보증금 등은 현금으로 받는 것이 통례이다)을 이용하여 얻는 소득의 크기를 측정하는 방법에는 시장실세금리에 의하는 등 여러가지 방법이 고려될 수 있으나 소득세법은 가장 보수적인 입장에서 누구든지 은행에 예금을 하면 틀림없이 얻을 수 있는 이자의 이율 즉 정기예금의 이자율로써 그 소득의 크기를 측정하도록 한 것이다.

따라서 제청법원의 주장과 같이 부동산임대업자는 그가 수령한 보증금을 재원으로 부동산투기행위등을 하는 경우가 일반적이라는 고도의 개연성이 없다고 하더라도, 그 사실만으로는 이 사건 법률조항이 조세평등주의나 실질과세의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항이 부동산임대보증금에 대하여 소득세를 부과함에 있어 임대사업과 관련된 차입금의 상환액을 공제하도록 한 것은, 그 상환이 없었더라면 당해 차입금에서 발생하는 지급이자가 소득금액 계산시에 필요경비로 인정되는 점등을 감안한 것인바,

건물신축공사비채무는 차입금과는 달리 지급이자가 발생하지 않는 것으로서 당해 임대사업의 과세소득산정과는 아무런 관련이 없으므로 이를 간주소득계산에 있어 임대보증금에서 차감하지 않는 것이다.

일반적으로 "차입금"채무라 함은 외부로부터 금전을 차용함으로써 발생하는 부채로서 이자지급의무가 발생하는 채무이나, 건물신축공사비채무는 일반적인 거래에서 발생하는 부채로서 통상 이자지급의무가 발생하지 않는 채무에 해당되는 것으로서 양자는 명백히 구별된다. 만약 제청법원의 주장과 같이 건물신축공사비를 그 임대보증금에서 공제하여야 한다면, 임대보증금이 아닌 자기자금으로 건물신축공사비를 지급한 경우에도 이를 공제하여야 하는 모순이 생기게 된다.

이론상으로는 자기소유의 자금으로 건물신축공사비에 충당하거나 또는 선수(先受)임대보증금으로 그 공사비에 충당한 경우에 외부로부터의 차입금이 발생하지 아니함으로써 그 차입금에 대한 이자지급액만큼 비용면에서 차이가 있게 되나, 이러한 비용은 경제학상의 이른바 "귀속이자"로서 현실적으로 지출된 비용이 아닌 이론상의 비용이며 이를 과세소득계산시 필요경비로 인정하는 과세체계는 외국의 경우에도 그 예를 찾아볼 수 없다.

이와 같이 임대보증금 등으로 그 임대사업과 관련된 차입금의 상환에 충당하는 경우와 그 임대사업과 관련된 공사비에 충당하는 경우는 명백히 다른 것으로 구별되므로, 서로 다른 경우에 있어서 각각 그 과세상의 취급을 달리하는 것은 조세평등주의에 위배되는 것이라 할 수 없다.

라. 과잉금지의 원칙에 위배되는지의 여부

이 사건 법률조항은 "---대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액을 부동산소득금액의 계산에 있어서 총수입금액에 산입한다"라고 규정하고 있고 그 대통령령인 구 소득세법시행령 제58조제3항에서는 "당해 과세기간의 임대사업부분에서 발생한 수입이자와 할인료·배당금·신주인수권처분이익 및 유가증권처분이익의 합계액"을 총수입금액의 산정에서 차감토록 함으로써, 임대보증금을 받아 이를 차입금의 상환에 사용한 경우는 물론 예금을 하여 이자를 얻거나 주식취득 등 금융자산에 투자하여 얻는 수익도 과세대상에서 공제하도록 하는 조항을 두고 있다.

이러한 규정의 취지는 부동산투기를 억제하고 자금을 생산적인 방향으로 흐르도록 유도하려 한 것이 지금까지의 일관된 조세정책으로서 그러한 조세정책이 합리적 이유없는 차별이라고 볼 수 없는 이상 이러한 조세정책과 과세의 형평 및 실질과세의 원칙 등을 고려하여 임대보증금을 받아서 금융기관에 예금을 하거나 회사채·주식 등에 투자하여 수익을 얻었을 때에는 그 수익만큼 간주임대료의 과세대상에서 공제하여 주고, 부동산취득 등 실물자산에 투자한 경우에는 그 공제를 하지 아니한 것이 곧 과잉금지의 원칙에 위배된다고는 보기 어렵다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 제청법원이 주장하는 바와 같은 위헌적 요소가 있다고 볼 수 없어 헌법에 위반된다고 할 수 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정은, 재판관 김진우, 재판관 조승형의 아래와 같은 반대의

견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우, 재판관 조승형의 반대의견

우리는 이 사건 규정이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 조세법률주의의 위반

(1) 헌법 제38조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다."라고 규정하고, 제59조는 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다."라고 규정하였는데 위 규정들은 조세행정에 있어서의 법치주의, 즉 조세법률주의를 선언하는 규정이다. 조세법률주의는 조세평등주의와 함께 조세법의 기본원칙으로서 법률의 근거 없이는 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다. 조세법률주의는 자의적인 조세징수로부터 국민의 재산권을 보호하고 법적 생활의 안전을 도모하려는 데 그 목적이 있는 것으로서, 과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 그 핵심적 내용으로 하는 것이지만, 오늘날의 법치주의는 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 법률로써 정해야 한다는 형식적 법치주의에 그치는 것이 아니라 그 법률의 목적과 내용 또한 기본권 보장의 헌법이념에 부합하여야 한다는 실질적 법치주의를 의미하며 헌법 제38조와 제59조가 선언하는 조세법률주의도 이러한 실질적 법치주의를 뜻하는 것이므로 비록 과세요건이 법률로 명확히 정해진 것일지라도 그것만으로 충분한 것이 아니고 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상의 제원칙에 합치되지 아니하면 아니된다(헌법재판소 1989. 7. 21. 선고, 89헌마38 결정; 1992. 2. 25. 선고, 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3(병합))

결정; 1992. 12. 24. 선고, 90헌바21 결정; 1994. 8. 31. 선고, 91헌가1 결정; 1995. 2. 23. 선고, 93헌바24, 42, 94헌바16, 30(병합) 결정 등 참조).

(2) 다수의견은 이 사건 법률조항에는 부동산을 임대하고 받은 보증금·전세금 등으로 다른 부동산을 취득하고 그 취득한 부동산을 다시 임대하고 받은 보증금 등으로 제3의 다른 부동산을 취득하는 이른바 부동산 투기행위 및 부동산의 과다보유를 방지 또는 억제하고 자금을 생산적 방향으로 유도하려는 조세정책적 의도가 담겨 있다고 주장한다.

한편 이 사건 법률조항을 둔 입법취지의 근거에는, 다수의견이 주장하는 바와 같이, 전세금·보증금 등을 받은 경우에 그 금원은 목적부동산의 사용대가인 차임의 특수한 지급방법으로서 지급되는 것이므로 부동산을 순수한 월세로 임대하는 경우와의 형평을 고려하면 이를 과세하는 것이 타당하고, 임대인은 보증금 등을 운영하여 이득을 얻을 수 있는데 임대인이 이를 다른 곳에 투자하기 어렵다고 하더라도 최소한 대통령령이 정하는 은행의 예금이자율 상당의 소득을 얻을 수 있다는 것이 전제되어 있다.

(3) 그러나 부동산소득의 총수입금액이 이 사건 법률조항이 정한 보증금, 전세금 등에 금융기관의 이자율을 참작하여 대통령령이 정하는 이자율을 곱하여 산출한 금액(이하 간주차임이라 한다)을 초과하는 경우에만 실지조사나 서면조사에 의하여 총수입금액을 결정하고 총수입금액이 간주차임에 미달하는 경우에는 간주차임에 의하여 총수입금액을 결정하는 것으로 규정한 이 사건 법률조항은 실지조사나 서면조사 등 실액방법에 의하여 총수입금액을 결정하는 1990. 12. 30. 법 개정 이전의 법률조항과 비교할 때, 위와 같은

부동산 투기행위의 억제 등 조세정책적 목적보다는 단지 보증금 등을 임대차 기간동안 일시 이용할 수 있는 경제적 이익이 있다 하여 이 금액의 일정율을 소득으로 간주하여 과세한다는 세수증대의 목적과 세무당국의 과세편의를 고려하고 조세형평이나 국민의 기본권보장은 도외시한 위헌인 조항이라고 하지 않을 수 없다.

(4) 전세제도는 우리 나라에 고유한 제도로서 전세권자가 전세권설정자에게 전세금을 교부하고 일정 기간 전세권설정자의 가옥을 점유·사용하고, 전세권설정자는 매월 차임을 받는 대신 전세금을 전세계약기간 동안 일시 이용할 수 있는 권리를 취득하고 전세계약관계 종료시에 그 전액을 전세권자에게 반환하는 것을 내용으로 하는 쌍무계약이다. 임대차계약의 월차임은 임대인이 종국적으로 취득하고 그 반환채무를 부담하지 않으며 매월 일정한 같은 금액을 소득하는 것임에 반하여 전세금은 이를 일시 이용할 뿐 동액의 반환채무를 부담하며 이를 이용하여 얻을 수 있는 소득도 일정한 것이 아니다. 이런 점에서 전세금은 월차임과 판이한 것이다. 보증금을 수령하면서 매월 차임을 수령하는 임대차의 경우에도 보증금 중 연체된 차임을 공제하고 남은 금액에 있어서는 전세금의 위와 같은 성격을 가지고 있다.

전세금 등을 받는 경우, 이를 재원으로 부동산에 투기하는 경우도 있겠으나 그런 경우가 일반적인 것이라고 할 수도 없고, 오히려 건물신축공사비에 충당하는 경우가 많으며, 전세금 등을 은행에 정기예금하여 그 정기예금이율에 대한 이자 상당의 소득을 얻거나 다른 주식 또는 사업에 투자하여 이익을 얻는 경우도 있겠으나 1년 미만의 시기의 사용을 예상하여 정기예금 아닌 당좌예금으로 예금

하거나 가사에 필요한 비용으로 사용하거나 기존의 채무변제를 위하여 사용하거나 주식이나 사업에 투자하여 손해보거나 때로는 전세금 등을 받아 이를 전혀 이용하지 못하고 있다가 반환하는 경우 기타 그 양상이 다양하므로, 위와 같은 전세금 등으로부터 실제로 소득을 얻었다고 볼 수 없거나 이 사건 법률조항이 정한 간주차임에 훨씬 미달하는 소득만을 얻는 경우는 얼마든지 있을 수 있다. 그런데도 이 사건 법률조항은 위와 같은 다양한 경우를 생각하지 아니하고 소득이 있는 경우뿐만 아니라 소득이 없거나 그 소득이 이 사건 법률조항에 의한 간주차임에 훨씬 못 미치는 경우까지, 월차임과 같이 매월 고정된 간주차임 이상을 얻는 것으로 간주하여 이를 총수입금액에 산입하여 소득세를 부과하고 있는 것이다. 소득세의 가장 기본적인 전제는 '있어야 할 소득'의 존재가 아니라 '실제의 소득'의 존재인바, 이 사건 법률조항에 의하면 소득이 없는 경우에도 소득세를 부과함으로써 소득세의 본질에 반하는 과세를 하게 되고, 따라서 비록 법률로써 과세요건을 규정하고 있다고 하더라도 내용이 실질적인 조세법률주의에 반한다고 하지 않을 수 없다.

{금전을 가지고 얻는 소득은 특별한 사정이 없는 한 은행의 정기예금에서 얻는 이득 이상을 넘는다고 보기 어렵다는 것이 우리의 경험칙에 부합되는 것인데(대법원 1969. 12. 23. 선고, 67누29 판결; 1972. 11. 14. 선고, 70누109 판결 등 참조), 현실적으로 계약기간 1년의 정기예금이자율은 은행의 저축성 예금의 이자율 가운데 가장 이율이 높은 것이므로 위 기준을 간주차임의 상한선으로 하는 것은 별론으로 하고 하한선으로 한다면 실소득과 더욱 먼 과세가 된다. 그런데도 이 사건 법률조항에 근거한 위 법 시행령 제58조 제2항과 제3항에 의할 때 금전을 가지고 얻을 수 있는 최대한

의 소득인 금융기관의 정기예금이자율을 하한선으로 한 간주차임으로 총수입금액에 산입하는 규정이 되므로 자의적인 기준에 근거하고 행정의 편의 내지 세수증대만을 고려한 입법이라 하지 않을 수 없다.} 그리고 이 사건 법률조항은 과세요건사실의 확정은 반드시 근거에 의하여 하여야 하고 근거가 없거나 막연한 추리에 의하여서 과세요건사실을 인정하여서는 아니된다는 이른바 근거과세의 원칙(국세기본법 제16조 제1항, 구 소득세법 제118조 제1항 참조)과도 상충한다.

(5) 더구나 전세금 등을 다른 사업자금에 투자하여 사업소득을 얻고 있는 경우나 비영업대금의 이자소득을 얻은 경우와 같이 그 용도가 명백하게 밝혀지는 경우에 그로 인한 소득에 대한 과세와 부동산소득에 대한 과세가 중복되어 이중과세의 위험성이 높다.

(6) 전세금과 월세와의 경제적 실질이나 성격이 판이한 점은 위에서 본 바이고 월세에 대하여 소득세를 부과하는 것과 균형을 맞추기 위하여 과세한다 하여도 없는 소득이나 실소득보다 훨씬 많은 간주소득으로 소득을 의제하여 과세함으로써 순소득 과세의 원칙에 반하는 과세를 내용으로 한 법률은 실질적인 조세법률주의에 반한다고 할 것이다.

(7) 전세금 등으로 부동산투기를 하는 것이 일반적인 것도 아니지만 전세금 등으로 부동산투기를 하는 것을 방지하는 방법은 이 사건 법률과 같이 없는 소득이나 또는 간주소득보다 훨씬 적은 소득에 대하여 간주소득으로 과세하여 국민의 기본권을 침해하고 실질적인 조세법률주의에 반하는 방법을 취하지 아니하는 방법(예컨대 양도세, 택지초과소유부담금, 추계과세 등에 의한 중과세 등)으로도 얼마든지 가능한 것이다. 또 부동산 소득자에게 설사 비영업대금의

이자와 같은 탈루소득금액이 있다고 하더라도 과세관청이 실제의 탈루소득금액을 적출하여 과세하는 것은 별문제로 하고 실재하지도 않는 일정 금액을 획일적으로 과세표준에 가산하여 소득세를 과세하는 것은 소득세의 본질 또는 순소득과세의 원칙에도 위배되는 것이다.

나. 조세평등주의와의 관계

(1) 우리 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적인 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언함으로써 조세 법률관계에 있어서도 합리적 이유 없는 차별적 과세 내지 차별 대우를 금지하고 있다.

(2) 이러한 조세평등주의의 관점에서 보건대, 이 사건 법률 조항은 부동산소득 특히 부동산임대소득에 관하여만 실제로 경제적 이익의 발생 여부를 묻지 않고 일정 금액을 과세소득금액으로 의제하여 다른 소득에는 규정되지 아니한 간주차임을 합산하게 할 뿐만 아니라 실지조사와 서면조사 등을 하지 아니한 채 실제로 소득이 없거나 간주차임보다 적은 소득이 있었음이 객관적으로 증명되는 경우까지도 간주차임을 총수입금액에 산입하게 함으로써 부동산임대소득에 있어서의 납세의무자를 실소득에 대하여만 납세의무를 지는 다른 납세의무자에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하고 있어 조세평등주의에 위배된다고 하지 않을 수 없다. 특히 타납세의무자와는 달리 행정쟁송에 의하여 실소득에 한하여 납세할 수 있는 길조차 막고 있는 점에서 더욱 조세평등주의에 반한다고 할 것이다.

(3) 다수의견은 부동산임대사업과 관련된 차입금의 상환액을 공

제하는 것은 그 상환이 없었더라면 당해 차입금에서 발생하는 지급이자가 소득금액 계산시에 필요경비로 인정되는 점을 감안한 것이고 건물신축공사대금으로 지급한 금액은 지급이자가 발생하지 않아 당해 임대사업과 과세소득과는 아무런 관련이 없으므로 이를 간주소득 계산에 있어 차감하지 않는 것이므로 합리적인 차별이라고 한다. 그러나 부동산 임대사업과 관련된 차입금이라 하여 반드시 이자가 발생하고 건물신축공사대금이라 하여 지연이자지급의무가 반드시 발생하지 않는 것이 아니므로 이 차별도 합리적인 차별이라고 할 수 없다(자기자금으로 건축비를 지급하는 경우는 전세금의 이용관계가 아니므로 비교대상이 될 수 없다).

다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법상의 조세법률주의, 조세평등주의에 위반되므로 헌법에 위반된다고 생각한다.

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
주 심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
	재판관 신창언

노동쟁의조정법 제4조, 제30조 제3호, 제31조,
제47조에 대한 헌법소원

(1996. 12. 26. 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49(병합)
전원재판부)

[판례집 8권 2집, 729~784]

【관시 사항】

가. 노동쟁의조정법(1987. 11. 28. 법률 제3967호로 개정된 것, 이하 "법"이라 한다) 제4조 제5호 중 방송사업에 관한 부분의 위헌 여부

나. 법 제30조 제3호, 제31조와 제47조의 "제31조"에 관한 부분 중 각 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분의 위헌 여부

【결정 요지】

가. 청구인들이 속한 사업장이 법 제4조에서 정하고 있는 공익사업장에 해당된다는 사실 그 자체만으로는 청구인들의 권리에 아무런 영향을 미치지 아니하고, 다만 공익사업에 있어서의 쟁의행위를 특별취급하는 법 제11조 이하의 규정들에 의하여 비로소 청구인들의 기본권 침해가 논의될 수 있는 것이라고 판단되므로, 결국 법 제4조 제5호는 위 조항이 규정하는 공익사업의 쟁의행위에 대한 특별취급을 규정하는 나머지 규정들의 위헌 여부와 관계없이 헌법에 합치된다.

재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 신창언의
별개의견

법 제4조 제5호에서 규정하고 있는 방송사업은 통신매체를 통하여 정치·경제·사회 등에 관한 보도·논평 및 여론과 교양·음악·연예 등을 공중에 전파하는 사업으로서, 현대의 정보사회에서

는 그 공익적 성격이 다른 어느 분야에 못지 않게 큰 것이고 우리 나라의 과거 경험에 비추어 그 사업이 요구하는 기술·자본의 특성과 전파매체의 특성 때문에 사업주체의 수가 극소수의 범위로 제한될 수밖에 없으며 수입 등의 방법으로는 정보전파의 용역을 대체공급할 여지도 없어 그 사업의 정지나 폐지는 같은 조 제1호 내지 제4호가 정하고 있는 다른 공익사업에 못지 않게 공중의 일상생활이나 국가경제의 전반에 감내할 수 없는 엄청난 피해를 일으킬 수 있는 것임이 분명하다. 따라서 공익사업의 정의행위에 대한 특별취급을 정하고 있는 규정들의 위헌 여부는 별론으로 하고, 노동쟁의조정법 제4조 제5호가 의료사업과 방송 사업을 정의행위에 관하여 특별취급을 받는 공익사업의 한 종류로 정한 것은 충분히 납득할 수 있는 합리적인 이유에 근거한 것으로서 헌법이 보장하고 있는 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 합헌의견

나. (1) 우리 노사관계의 역사와 정치, 경제 및 사회적 현실 등 여러 가지 사항을 고려할 때, 강제중재제도는 사회혼란과 일반국민의 피해를 줄이고, 신속하고 원만한 쟁의타결을 위하여 아직까지는 필요한 제도라고 할 것이며, 긴급조정제도에 흡수될 수 있는 것으로서 옥상옥으로 불필요하다거나 근로자의 단체행동권을 과잉제한하는 것이라고 단정할 수 없고, 오히려 양 제도는 공익사업체의 노동쟁의조정제도로써 상호보완적으로 각자가 그 기능을 하고 있다고 보아야 한다.

(2) 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 노동기본권은 어떤 제약도 허용되지 아니한 절대적인 권리가 아니라 질서유지나 공공복리라는 관점에서 당연히 그 내재적인 제약이 있으며, 그 제한은 노동기본권 보장의 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지·증진할 필요를 비교형량하여 양자가 적정한 균형을 유지하는 선에서 결정된다고 할 것이다.

법 제4조 소정의 공익사업은 질서유지나 공공복리를 위하여 노동쟁의가 쟁의행위로 나아가지 아니하고 원만하고 신속히 타결되어야 할 "필요성"이 일반사업에 비하여 현저히 높고, 노사 쌍방의 대립이 격화되어 당사자가 중재신청에 나아가지 아니하는 경우 노사 양측에게 냉각기간을 가지게 하면서 노사분쟁 해결에 전문지식을 가지고 있는 중립적 기관인 노동위원회로 하여금 중재에 회부하도록 하는 것은 목적 수행을 위한 "부득이한 조치"이며, 노동위원회와 중재위원회의 구성이나 운영절차, 대상조치(代償措置)의 존부 등 여러 가지 점을 고려하면 강제중재제도가 도모하는 목적을 달성하기 위한 방법이 "상당성"을 갖추었다고 하지 않을 수 없으므로, 법 제30조 제3호는 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 중재회부 후 일정기간 쟁의행위를 금지하는 목적은 당사자 쌍방에게 평화적인 해결을 위한 일종의 냉각기간을 다시 부여하여 격화된 당사자의 대립을 완화시킴으로써 중재에 따른 분쟁타결의 효과를 극대화하자는 데 있으므로 그 정당성이 인정되고, 쟁의행위가 금지되는 기간은 15일이지만 그 기간 내에 중재재정이 내려지지 아니할 경우에는 언제든지 쟁의행위에 돌입할 수 있으므로 이 사건

쟁의행위금지규정이 단체행동권인 쟁의권 자체를 박탈하는 것은 아닐 뿐만 아니라 그 기간도 불합리하게 장기라고 할 수도 없으며, 중재재정에 대하여 재심과 행정소송의 불복절차를 경유할 수 있는 등 대상조치도 마련되어 있고, 이익교량의 원칙에 비추어 보더라도 어느 정도의 쟁의행위의 제한은 감수하여야 할 것이므로, 일반사업에 종사하는 근로자와 공익사업에 종사하는 근로자를 합리적인 이유없이 차별하여 평등의 원칙에 반한다고 할 수는 없다.

(4) 처벌규정에 있어서 어떠한 형벌을 어떻게 규정할 것인가는 기본적으로 입법정책의 문제로서, 우리 나라의 특수한 노사관계의 역사와 현실에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘고 가벌성이 큰 경우에는 징역형에 처할 필요가 있는 경우가 발생할 수 있으므로 법 제47조의 "제31조"에 관한 부분이 신체의 자유를 과도하게 제한하는 처벌규정이라고 단정할 수 없다.

**재판관 김진우, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 조승형,
재판관 고중석의 위헌의견**

나. (1) 근로3권 가운데 가장 중핵적인 권리는 단체행동권이라고 보아야 하는바, 구 헌법과 달리 현행 헌법 하에서는 주요방위산업체에 종사하는 근로자가 아닌 공익사업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권을 박탈할 헌법적 근거가 소멸하였다고 할 것이고, 다만 현행 헌법 하에서도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 단체행동권을 제한할 수 있는 여지는 있으나, 이 경우에도 위와 같은 헌법의 개정취지를 존중하여 정당한 단체행동권에 대한 제한은 최후의 수단으로서의 성격

을 가져야 하며, 그만큼 그 제한이 정당화되려면 엄격한 요건을 충족시켜야 한다.

공익사업에 있어서의 정의행위가 국가경제나 국민의 일상생활에 위해를 가할 우려가 있으므로 이를 제한하는 것이 타당하다고 하더라도, 위 법 제30조 제3호의 강제중재제도가 없어도 위 법 제40조 이하에 규정된 긴급조정과 이에 따른 강제중재제도에 의하여 공익사업에서의 정의행위를 필요한 경우에 봉쇄할 수도 있으므로 공익사업의 정의가 바로 국민경제나 국민의 일상생활에 위해를 미칠 가능성은 없으며, 긴급조정을 하여야 할 정도의 심각성이 없는 경우까지 단순히 공익사업이라는 이유만으로 강제중재에 회부하도록 되어 있는 법 제30조 제3호는 공익사업 근로자들의 단체행동권을 필요 이상으로 제한하는 것이다. 그렇다면 법 제30조 제3호는 최소침해의 원칙에 위반된다 할 것이다. 뿐만 아니라 법 제30조 제3호는 관계당사자가 합의 또는 단체협약에 기한 중재신청을 하지 아니하였고 긴급조정절차를 거친 경우가 아닌데도 불구하고, 단순히 공익사업이라는 이유로 노동위원회의 직권이나 행정관청의 요청에 의한 강제중재에 의하여 근로자의 단체행동권의 행사를 사실상 제한함으로써 일반사업에 종사하는 근로자와 공익사업에 종사하는 근로자를 차별대우하고 있으므로 헌법 제11조 제1항에 정한 평등의 원칙에도 위배된다.

(2) 법 제31조와 제47조의 "제31조"에 관한 부분에 대한 이 사건 헌법심판청구는 모두 법 제30조 제3호에 의한 강제중재와 관련된 것이므로, 위 각 법조의 위헌 여부 및 그 범위는 제30조 제3호의 위헌 여부에 따라 필연적으로 결정되는바, 위 제30조 제3호가 헌법에

위반되는 것임은 위에서 본 바와 같으므로 위 각 법조 역시 헌법에 위반된다.

청 구 인 정 ○ 관 외 26인

대리인 변호사 최 병 모 외 11인

관련사건 대법원 90도357 폭력행위등처벌에관한법률 위반 등 (90헌바19) 서울지방법원 남부지원 92초1728 구속적부심사청구(같은 지원 92고합3764 노동쟁의조정법위반) (92헌바41) 부산지방법원 94노2478 업무방해등 (94헌바49)

【심판대상조문】

노동쟁의조정법 제4조 제5호[공익사업의 정의]

이 법에서 공익사업이라 함은 다음의 사업으로서 공중의 일상생활에 없어서는 아니되거나 그 업무의 정지 또는 폐지가 국민경제를 현저히 위태롭게 하는 사업을 말한다.

1. 공중운수사업
2. 수도·전기·가스 및 정유사업
3. 공중위생 및 의료사업
4. 은행사업
5. 방송·통신사업

노동쟁의조정법 제30조 제3호[중재의 개시]

노동위원회는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 중재를 행한다.

1. 관계당사자의 쌍방이 함께 중재의 신청을 한 때
2. 관계당사자의 일방이 단체협약에 의하여 중재신청을 한 때
3. 공익사업에 있어서 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때

노동쟁의조정법 제31조[중재시의 쟁의행위의 금지]

노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 제14조의 규정에 불구하고 그 날로부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없다.

노동쟁의조정법 제47조[벌칙]

제12조 제1항, 제13조 제2항, 제14조, 제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

【참조 조문】

헌법 제11조 제1항

헌법 제11조 제1항, 제33조, 제37조 제2항

구 헌법 제31조

노동쟁의조정법(仲裁委員會의 構成) 제32조

① 노동위원회(勞動委員會)는 노동쟁의(勞動爭議)의 중재(仲裁) 또는 재심(再審)을 하게 하기 위하여 중재위원회(仲裁委員會)를 둔다

② 제1항의 규정(規定)에 의한 중재위원회(仲裁委員會)는 중재위원(仲裁委員) 3인(人)으로 구성(構成)한다

③ 제2항의 중재위원(仲裁委員)은 당해 노동위원회(勞動委員會)의 공익(公益)을 대표(代表)하는 위원(委員)과 공익(公益)을 대표(代表)하는 특별조정위원(特別調整委員) 중에서 관계 당사자(當事者)의 합의(合意)로 선정(選定)한 자(者)에 대하여 그 노동위원회(勞動委員會)의 위원장(委員長)이 지명(指名)한다. 다만, 관계 당사자간(當事者間)에 합의(合意)가 성립(成立)되지 아니한 경우에는 노동위원회(勞動委員會)의 공익(公益)을 대표(代表)하는 위원(委員)과 공익(公益)을 대표(代表)하는 특별조정위원(特別調整委員) 중에서 지명(指名)한다

④ 제3항의 경우에 당해 노동위원회(勞動委員會)에 특별조정위원(特別調整委員)을 두지 아니한 때에는 공익(公益)을 대표(代表)하는 위원(委員)으로 같은 한다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제35조(意見陳述)

관계 당사자(當事者)가 지명(地名)한 노동위원회(勞動委員會)의 사용자(使用者)를 대표(代表)하는 위원(委員) 또는 근로자(勤勞者)를 대표하는 위원(委員)이나 특별조정위원(特別調整委員)은 중재위원회(仲裁委員會)의 동의(同意)를 얻어 그 회의(會議)에 출석하여 의견(意見)을 진술(陳述) 할 수 있다.

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제38조 (仲裁裁定の 確定)

① 관계 당사자(當事者)는 제37조의 규정(規定)에 의한 지방노동위원회(地方勞動委員會)의 중재재정(仲裁裁定)이 위법(違法)이거나 월권(越權)에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 그 중재재정서(仲裁裁定書)의 송달(送達)을 받은 날로부터 10일(日) 이내에 중앙노동위원회(中央勞動委員會)에 그 재심(再審)을 신청(申請)할 수 있다

② 관계 당사자(當事者)는 제37조의 규정(規定)에 의한 중앙노동위원회(中央勞動委員會)의 중재재정(仲裁裁定)이나 제1항의 규정(規定)에 의(依)한 중앙노동위원회(中央勞動委員會)의 재심결정(再審決定)이 위법(違法)이거나 월권(越權)에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 행정소송법(行政訴訟法) 제5조의 규정(規定)에 불구하고 그 중재재정서(仲裁裁定書) 또는 재심결정서(再審決定書)의 송달(送達)을 받은 날로부터 15일(日) 이내에 행정소송(行政訴訟)을 제기할 수 있다

③ 제1항 및 제2항에 규정(規定)된 기간내(其間內)에 재심(再審)을 신청(申請)하지 아니하거나 행정소송(行政訴訟)을 제기하지 아니한 때에는 그 중재재정(仲裁裁定) 또는 재심결정(再審決定)은 확정된다

④ 제3항의 규정(規定)에 의하여 중재재정(仲裁裁定)이나 재심결정(再審決定)이 확정된 때에는 관계 당사자(當事者)는 이에 따라야 한다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제39조 (仲裁裁定の 效力)

① 노동위원회(勞動委員會)의 중재재정(仲裁裁定) 또는 재심결정(再審決定)은 제38조의 규정(規定)에 의한 중앙노동위원회(中央勞動委員會)에의 재심신청(再審申請) 또는 행정소송(行政訴訟)의 제기에 의하여 그 효력(效力)이 정지되지 아니한다

② 제38조의 규정(規定)에 의(依)하여 확정된 중재재정(仲裁裁定) 또는 재심결정(再審決定)의 내용(內容)은

단체협약(團體協約)고 동일(同一)한 효력(效力)을 가진다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제40조 (緊急調整의 決定)

① 노동부장관(勞動部長官)은 쟁의행위(爭議行爲)가 공익사업(公益事業)에 관한 것이거나 그 규모(規模)가 크거나 그 성질(性質)이 특별한 것으로서 현저히 국민경제(國民經濟)를 해(害)하거나 국민(國民)의 일상생활(日常生活)을 위태(危殆)롭게 할 위험(危險)이 현존(現存)하는 때에는 긴급조정(緊急調整)의 결정(決定)을 할 수 있다

② 노동부장관(勞動部長官)은 긴급조정(緊急調整)의 결정(決定)을 하고자 할 때에는 미리 중앙노동위원회(中央勞動委員會)의 의견(意見)을 들어야 한다

③ 노동부장관(勞動部長官)은 제1항 및 제2항의 규정(規定)에 의(依)하여 긴급조정(緊急調整)을 결정(決定)한 때에는 지체없이 그 이유를 붙여 이를 공표(公表)함과 동시에(同時)에 중앙노동위원회(中央勞動委員會)와 관계 당사자(當事者)에게 각각 통보하여야 한다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제41조 (緊急調整時의 爭議行爲의 中止)

관계 당사자(當事者)는 제40조 제3항의 규정(規定)에 의한 긴급조정(緊急調整)의 결정(決定)이 공표(公表)된 때에는 즉시 쟁의행위(爭議行爲)를 중지(中止)하여야 하며, 공표일(公表日)로부터 20일(日)이 경과하지 아니하면 쟁의행위(爭議行爲)를 재개(再開)할 수 없다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제42조 (中央勞動委員會의 調停)

중앙노동위원회(中央勞動委員會)는 제40조 제3항의 규정(規定)에 의한 통고를 받은 때에는 지체없이 조정(調停)을 개시(開始)하여야 한다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제43조 (中央勞動委員會의 仲裁 廻付 決定書)

① 중앙노동위원회(中央勞動委員會)는 제42조의 규정(規定)에 의한 조정(調停)이 성립(成立)될 가망(可望)이 없다고 인정한 경우에는 그 사건(事件)을 중재(仲裁)에 회부(廻付)할 것인가의 여부를 결정(決定)하여야 한다

② 제1항의 규정(規定)에 의한 결정(決定)은 제40조 제3항의 규정(規定)에 의한 통고를 받은 날로부터 10일(日) 이내에 하여야 한다

노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제44조 (中央勞動委員會의 仲裁)

중앙노동위원회(中央勞動委員會)는 당해 관계 당사자(當事者)의 쌍방(雙方)이나 일방(一方)으로부터 중재신청(仲裁申請)이 있거나 또는 제43조의 규정(規定)에 의한 중재회부(仲裁廻付)의 결정(決定)을 한 때에는 지체없이 중재(仲裁)를 행하여야 한다

노동위원회법(勞動委員會法) 제6조 (勞動委員會의 構成 등)

① 노동위원회(勞動委員會)에는 노동자(勞動者)를 대표(代表)하는 자(者)(이하 "근로자위원(勤勞者委員)"이라 한다)와 사용자(使用者)를 대표(代表)하는 자(者)(이하 "공익위원(公益委員)"이라 한다) 각 10인(人)을 둔다. 다만, 특별노동위원회(特別勞動委員會)에 두는 위원(委員)의 수(數)는 3자(者) 동수(同數)로 하되 대통령령(大統領令)으로 정한다.

② 근로자위원(勤勞者委員)은 노동조합(勞動組合)에서, 사용자위원(使用者委員)은 사용자단체(使用者團體)에서 추천한 자(者) 중에서, 중앙노동위원회(中央勞動委員會)의 경우에는 대통령(大統領)이, 특별노동위원회(特別勞動委員會)의 경우에는 중앙행정기관(中央行政機關)의 장(長)이, 지방노동위원회(地方勞動委員會)의 경우에는 노동부장관(勞動部長官)이 위촉(委囑)한다

③ 공익위원(公益委員)으로써 중앙노동위원회(中央勞動委員會)의 위원(委員)은 대통령(大統領)이, 특별노동위원회(特別勞動委員會)의 위원(委員)은 당해 중앙행정기관(中央行政機關)의 장(長)이, 지방노동위원회(地方勞動委員會)의 위원(委員)은 노동부장관(勞動部長官)이 위촉(委囑)한다

④ 공익위원(公益委員)은 중립성(中立性)을 保持하여야 하며 그 자격(資格)은 대통령령으로 정(定)한다

노동위원회법(勞動委員會法) 제7조의3(任用資格)

① 상임위원(常任委員)은 다음 각호의 1에 해당하는 자(者) 중에서 노동에 관한 지식(知識)과 경험(經驗)이 있는 자(者)를 임명(任命)한다

② 중앙노동위원회(中央勞動委員會) 상임위원(常任委員)

1. 1급상당의 공무원(公務員)으로 1년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

2. 2급 또는 3급 상당의 공무원으로 3년 이상 재직(在職)한 자(者)

3. 판사(判事)·검사(檢事)·군법무관(軍法務官)·변호사(辯護士)의 직(職)에 6년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

4. 공인(公認)된 대학(大學)에서 부교수(副教授) 이상으로 3년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

5. 노동관계업무(勞動關係業務)에 15년(年) 이상 종사한 자(者)로서 노동부장관(勞動部長官)이 자격(資格)이 있다고 인정한 자(者)

③ 지방노동위원회(地方勞動委員會) 상임위원(常任委員)

1. 2급(級) 또는 3급(級) 상당의 공무원(公務員)으로 1년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

2. 4급(級)상당의 공무원(公務員)으로 3년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

3. 판사(判事)·검사(檢事)·군법무관(軍法務官)·변호사(辯護士)의 직(職)에 4년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

4. 공인(公認)된 대학(大學)에서 부교수(副教授) 이상으로 2년(年) 이상 재직(在職)한 자(者)

5. 노동관계업무(勞動關係業務)에 10년(年) 이상 종사한 자(者)로서 노동부장관(勞動部長官)이 자격(資格)이 있다고 인정한 자(自)

노동위원회법(勞動委員會法) 제9조 (職務)

① 위원장(委員長)은 會務를 統理하며 당해 노동위원회(勞動委員會)를 대표(代表)한다

② 부위원장(副委員長)은 위원장(委員長)을 보좌(輔佐)하며 위원장(委員長)이 사고(事故)가 있을 때에는 그 직무(職務)를 대행(代行)한다

노동위원회법(勞動委員會法) 제10조 (會議의 召集)

① 위원장(委員長)은 노동위원회(勞動委員會)의 회의(會議)를 소집(召集)하며, 그 의장(議長)이 된다

② 위원장(委員長)은 위원(委員)(제9조의2의 규정(規定)에 의한 회의구성원(會議構成員)을 말한다) 과반수(過半數)

가 회의(會議)의 소집(召集)을 요구한 때에는 이에 응하여야 한다

노동조합법(勞動組合法) 제8조(勞動組合의 組織과 加入의 制限)

근로자(勤勞者)는 자유(自由)로 노동조합(勞動組合)을 조직(組織)하거나 이에 가입(加入)할 수 있다. 다만, 공무원(公務員)에 대하여는 따로 법률(法律)로 정(定)한다

노동조합법(勞動組合法) 제39조(不當勞動行爲)

사용자(使用者)는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(行爲)(이하 "부당노동행위(不當勞動行爲)"라 한다)를 할 수 없다

1. 근로자(勤勞者)가 노동조합(勞動組合)에 가입(加入) 또는 가입(加入)하려고 하였거나 노동조합(勞動組合)을 조직(組織)하려고 하였거나 기타 노동조합(勞動組合)의 업무(業務)를 위(爲)한 정당한 행위(行爲)를 한 것을 이유로 그 근로자(勤勞者)를 해고(解雇)하거나 그 근로자(勤勞者)에게 불이익(不利益)을 주는 행위(行爲)

2. 근로자(勤勞者)가 어느 노동조합(勞動組合)에 가입(加入)하지 아니할 것 또는 탈퇴(脫退)할 것을 고용조건(僱傭條件)으로 하거나 특정(特定)한 노동조합(勞動組合)의 조합원(組合員)이 될 것을 고용조건(僱傭條件)으로 하는 행위(行爲). 다만, 노동조합(勞動組合)이 당해 사업장(事業場)에 중사(從事)하는 근로자(勤勞者)의 3분(分)의 2 이상을 대표(代表)하고 있을 때에는 근로자(勤勞者)가 그 노동조합(勞動組合)의 조합원(組合員)이 될 것을 고용조건(僱傭條件)으로 하는 단체협약(團體協約)의 체결(締結)은 예외로 하며 이 경우 사용자(使用者)는 근로자(勤勞者)가 당해 노동조합(勞動組合)에서 제명(除名)된 것을 이유로 신분상(身分上) 불이익(不利益)한 행위(行爲)를 할 수 없다

3. 노동조합(勞動組合)의 대표자(代表者) 또는 노동조합(勞動組合)으로부터 위임(委任)을 받은 자(者)와의 단체협약체결(團體協約締結) 기타의 단체교섭(團體交涉)을 정당한 이유없이 거부(拒否)하거나 懈怠하는 행위(行爲)

4. 근로자(勤勞者)가 노동조합(勞動組合)을 조직(組織) 또는 운영(運營)하는 것을 지배(支配)하거나 이에 개입(介入)하는 행위(行爲)와 노동조합(勞動組合)의 운영비(運營費)를 授助하는 행위(行爲). 다만, 근로자(勤勞者)가 노동시간중(勞動時間中)에 사용자(使用者)와 협의(協議) 또는 교섭(交涉)하는 것을 사용자(使用者)가 허용(許容)함은 무방(無妨)하며, 또한 근로자(勤勞者)의 후생자금(厚生資金) 또는 경제상(經濟上)의 불행(不幸) 기타의 재액(災厄)의 방지(防止)와 구제(救濟) 등을 위(爲)한 기금(基金)의 기부(寄附)와 최소한(最小限)의 규모(規模)의 노동조합(勞動組合) 사무소(事務所)의 제공은 예외(例外)로 한다

5. 근로자(勤勞者)가 정당한 단체행동(團體行動)에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회(勞動委員會)에 대하여 사용자(使用者)가 이 조(條)의 규정(規定)에 위반(違反)한 것을 신고(申告)하거나 그에 관한 증언(證言)을 하거나 기타 행정관청(行政官廳)에 증거(證據)를 제출한 것을 이유로 그 근로자(勤勞者)를 해고(解雇)하거나 그 근로자(勤勞者)에게 불이익(不利益)을 주는 행위

【참조 판례】

- 가. 1991. 7. 22. 선고, 89헌가106 결정
- 나. 1991. 7. 22. 선고, 89헌가106 결정
- 1992. 4. 28. 선고, 90헌바27내지34, 36내지42, 44내지46, 92헌바15(병합) 결정

【주 문】

노동쟁의조정법(1987. 11. 28. 법률 제3967호로 개정된 것) 제4조 제5호의 방송사업에 관한 부분, 제30조 제3호와, 제31조 및 제47조의 "제31조"에 관한 부분 중 각 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 90헌바19

(1) 청구인 1 내지 7이 소속된 서울특별시지하철노동조합(이하 '지하철노조'라고 한다)은 그 사용자인 서울특별시지하철공사(이하 '지하철공사'라고 한다)와의 사이에 1987. 11. 이래 여러 차례에 걸쳐 지하철공사의 직제개편과 임금인상을 위한 단체교섭을 통하여 합의각서를 작성한 바 있는데 지하철공사측이 그 이행을 미루어 오히려 지하철노조가 수차 그 이행을 촉구하여 일부 조항은 이행되었으나 중요 부분은 이행되지 아니하였다.

(2) 이에 지하철노조는 1989. 2. 28. 서울특별시지방노동위원회(이하 지노위라고 한다)에 쟁의발생신고를 하였고, 조합원들의 찬성으로 파업을 결정한 다음, 노동쟁의조정법 제14조 소정의 냉각기간

14일이 경과한 같은 해 3. 16.부터 파업에 돌입할 것을 예고하였다. 중앙노동위원회는 지하철공사측의 요청으로 같은 해 3. 4. 이 사건을 중재에 회부하기로 결정하였다. 그러나 지하철노조가 예정대로 같은 달 16.부터 파업에 돌입하자 서울지방검찰청 검사는 위 노조 간부인 청구인 1 내지 7을 서울형사지방법원에 노동쟁의조정법 제47조, 제31조 위반 등 죄로 기소하였고, 위 법원은 위 청구인들에 대하여 노동쟁의조정법 위반 및 폭력행위등처벌에관한법률위반 등 죄를 적용하여 유죄판결을 선고하였다.

(3) 위 청구인들은 이에 불복하여 항소하였으나 항소심에서 역시 유죄가 선고되자 이에 다시 대법원에 상고를 제기함과 아울러 대법원 90카33호로서 그 재판의 전제가 되는 노동쟁의조정법 제31조 및 제47조에 대한 위헌법률심판의 제청신청을 하였던바, 대법원은 1990. 5. 15. 위 제청신청을 기각하는 결정을 하였다. 이에 대하여 위 청구인들은 같은 달 29. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항들에 대하여 이 사건 헌법소원심판청구를 제기하였다.

나. 92헌바41

(1) 청구인 8 내지 14가 소속된 주식회사 문화방송노동조합은 1992. 9. 2.부터 그 결의에 따라 쟁의행위에 돌입하였다. 지노위는 같은 날 위 쟁의에 관하여 직권으로 중재에 회부하기로 결정하고, 같은 달 14. 중재재정을 하였다. 위 청구인들이 위 중재회부일 이후에도 쟁의행위를 멈추지 아니하자 서울지방검찰청 검사는 같은 해 10. 3. 위 청구인들을 노동쟁의조정법 제47조, 제31조 위반 등의 죄로 구속하였다.

(2) 이에 위 청구인들은 같은 해 10. 13. 서울지방법원 남부지원

에 구속적부심사청구를 하고(92초1728) 그 다음날인 10. 14. 그 재판의 전제가 된다는 이유로 같은 법원 92초1741호로서 노동쟁의조정법 제4조 제5호의 방송사업에 관한 부분, 제30조 제3호, 제31조 및 제47조에 대한 위헌법률심판의 제청신청을 하였으나, 같은 달 15. 위 제청신청이 기각되자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항들에 대하여 이 사건 헌법소원 심판청구를 제기하였다.

(3) 한편, 위 남부지원은 같은 해 10. 15. 위 청구인들 가운데 청구인 최상일, 이채훈에 대하여는 석방을 명하고 나머지 청구인들의 구속적부심사청구는 기각하였는데, 검사는 같은 달 22. 위 청구인들 전원에게 대하여 노동쟁의조정법 제47조, 제31조 위반 등 죄로 위 법원에 공소를 제기하였다.

다. 94헌바49

(1) 청구인 16 내지 28이 소속되어 있는 부산교통공단노동조합은 1994. 4. 21.부터 사용자인 부산교통공단과 임금인상 등을 위한 단체교섭을 개시하였으나 그후 14회에 걸친 협상을 통하여도 합의에 이르지 못하자 1994. 6. 8. 부산지방노동위원회와 부산직할시에 노동쟁의 발생신고를 하고 같은 달 14, 15. 양일간에 걸친 노조원의 찬반투표를 통하여 파업을 결의하기에 이르렀다.

(2) 그러나 부산지방노동위원회는 위 노동조합이 파업에 돌입하기 이전인 같은 달 22. 부산직할시장의 요청으로 위 노동쟁의를 중재에 회부하기로 결정하고 같은 달 23. 이를 위 노동조합에 통보하였다. 위 노동조합은 부산지방노동위원회의 위와 같은 중재회부결정에도 불구하고 같은 달 25.부터 같은 달 29.까지 파업을 강행하였다.

이에 부산지방법검찰청 검사는 위 과업과 관련하여 청구인 15 내지 27을 노동쟁의조정법 제47조, 제31조 위반 등으로 부산지방법원에 기소하였고, 위 법원은 위 청구인들에 대하여 전원 유죄의 판결을 선고하였다.

(3) 위 청구인들은 위 유죄판결에 불복하여 위 법원 94노 2478호로서 항소함과 동시에 같은 법원 94초3275호로서 그 재판의 전제가 되는 노동쟁의조정법 제30조 제3호에 대한 위헌법률심판의 제청신청을 하였으나, 1994. 12. 22. 위 법원으로부터 위 신청의 기각결정을 송달 받자, 같은 달 28. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 위 법률조항에 대하여 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 심판의 대상

그러므로 이 사건 각 심판대상규정들은 노동쟁의조정법 제4조 제5호의 방송사업에 관한 부분, 제30조 제3호, 그리고 제31조와 제47조의 "제31조"에 관한 부분 중 각 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분이라고 할 것인바, 그 내용은 아래와 같다(위 법은 1963. 4. 17. 법률 제1327호로 제정되었는데, 그 중 제4조 제5호, 제30조 제3호 및 제31조의 각 규정은 1987. 11. 28. 법률 제3967호로 최종 개정되었고, 제47조의 규정은 1980. 12. 31. 법률 제3351호로 최종 개정되었다).

제4조 [공익사업의 정의]

이 법에서 공익사업이라 함은 다음의 사업으로서 공중의 일상 생활에 없어서는 아니되거나 그 업무의 정지 또는 폐지가 국민 경제를 현저히 위태롭게 하는 사업을 말한다.

1. 공중운수사업
2. 수도·전기·가스 및 정유사업

3. 공중위생 및 의료사업
4. 은행사업
5. 방송·통신사업

제30조[중재의 개시]

노동위원회는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에 중재를 행한다.

1. 관계당사자의 쌍방이 함께 중재의 신청을 한 때
2. 관계당사자의 일방이 단체협약에 의하여 중재신청을 한 때
3. 공익사업에 있어서 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때

제31조[중재시의 쟁의행위의 금지]

노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 제14조의 규정에 불구하고 그 날로부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없다.

제47조[벌칙]

제12조 제1항, 제13조 제2항, 제14조, 제15조 또는 제31조의 규정에 위반하거나 제13조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 당사자의 주장 등

가. 청구인 1 내지 7의 주장 요지

(1) 노동위원회가 직권으로 또는 행정관청이나 사용자측의 중재요구 및 신청에 의하여 중재를 개시하게 되는 것은 노사대립이 첨예화되어 노조측에서 최후의 수단으로 쟁의행위에 의존할 수밖에 없는 단계에 이르렀을 때라고 보면, 위와 같은 중재 회부로 인하여 근로자측은 단체행동권을 결정적인 시기에 완전히 박탈당하는 결과가 되어 헌법이 개별유보 없이 단체행동권을 보장한 정신이 완전

히 무시되어 버리는 결과가 된다.

(2) 청구인들이 간부로 있던 지하철노조와 그 사업장인 지하철공사와의 사이에 수차에 걸쳐 합의각서를 교환하고 그 조항의 이행시한까지 명시하였음에도 불구하고 지하철공사측이 위 합의각서의 이행을 하지 아니하여 끝내 지하철노조가 1989. 2. 28. 지노위 등에 쟁의발생신고를 하였고, 이에 따라 노동쟁의조정법 제14조 소정의 냉각기간 14일이 경과한 같은 해 3. 15.경부터 파업에 돌입할 것을 예고하자 중앙노동위원회가 같은 해 3. 4. 이 사건을 중재에 회부하여 쟁의행위를 원천적으로 봉쇄하려 하므로 노조측이 같은 달 16.부터 파업에 돌입함으로써 청구인들이 노동쟁의조정법 제47조, 제31조 위반을 이유로 기소되기에 이른 것이다. 이 사건에 있어서 노사 양측의 합의각서의 이행문제는 오로지 소위 권리분쟁에 관한 것으로서 그 자체 노동위원회의 중재사항이 아니다. 그럼에도 불구하고 이 사건이 중재에 회부되었다는 사유만으로 청구인들이 위 각 법조 위반죄로 기소되어 유죄판결을 받게 된 것은 바로 위 각 법조의 악용 사례 및 위헌성을 명백히 드러낸 것이다.

나. 청구인 8 내지 14의 주장 요지

(1) 우리의 노동현실에서 노동쟁의조정법 제4조, 제30조 제3호, 제31조, 제47조는 사실상 공익사업에 종사하는 근로자의 쟁의행위를 원천적으로 봉쇄하는 기능을 수행하고 있고, 또한 그렇게 운용되어 왔다. 그리하여 공익사업체에서 노사간 의견이 결렬되어 노동조합이 노동쟁의발생신고를 하면 노동위원회는 직권 또는 행정관청의 요구를 받아들여 어김없이 중재회부결정을 하였다. 그리고는 노동조합의 쟁의행위가 금지되는 15일 이내에 사용자의 주장과 거

의 비슷한 내용의 중재재정을 하고, 이에 대하여 노동조합이 중앙노동위원회의 재심 나아가 행정소송 등의 방법으로 불복하더라도 결과는 언제나 위법이나 월권에 의한 것이라고 인정되지 아니한다는 이유로 노동조합의 청구가 기각되었다.

그리고 공익사업체의 사용자들은 단체교섭이 결렬되더라도 직권 중재에 의해 노동조합의 쟁의행위를 봉쇄하면서 그들의 주장대로 중재재정이 이루어질 것을 기대하기 때문에 단체교섭에 성실하게 임하지 아니하고 있고, 그리하여 공익사업체의 단체교섭은 거의 대부분 파행을 거듭하고 있는 것이 현 실정이다.

(2) 헌법상 근로자의 단체행동권에 대한 제한을 규정하고 있는 것은 공무원과 주요방위산업체에 종사하는 근로자뿐이고(헌법 제33조 제2항, 제3항), 방송사업에 종사하는 근로자에 대하여는 헌법이 직접 단체행동권을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 방송사업에 종사하는 근로자의 단체행동권에 대한 제한은 일반적인 기본권 제한규정인 헌법 제37조 제2항에 따를 수밖에 없다. 그런데 헌법 제37조 제2항은 어떠한 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 규정하고 있다. 단체행동권의 핵심적인 내용인 쟁의행위 자체를 불가능하게 하는 것은 단체행동권에 대한 제한을 넘어 박탈을 의미하는 것으로서 단체행동권의 본질적인 내용을 침해한 것이라 아니할 수 없다.

그리고 위 조항들은 근로자들의 자주적인 단체교섭권도 실질적으로 중대하게 침해하고 있다. 단체교섭권의 핵심은 단결권에 기초하여 사용자와 대등한 교섭력을 확보한 노동조합과 사용자가 자주적 교섭을 통하여 근로조건을 결정하는 데 있다. 그런데 직권중재

는 노동조합과 사용자의 의사에 관계없이 행정기관이 최종적으로 협약내용을 결정함으로써 자주적인 단체교섭권의 본질적인 내용을 침해하고 있다. 노사간의 의견이 일치하지 아니할 때 행정기관이 일방적으로 근로조건의 내용을 결정한다면 노사간의 단체교섭은 실질적인 의미를 가질 수 없고 형해화되어 버린다. 그리고 직권중재는 위에서 본 바와 같이 사용자로 하여금 실질적으로 단체교섭에 불성실하게 임하게 한다는 점에서도 자주적인 단체교섭권을 침해하고 있다.

나아가 노동조합은 근로자가 주체가 되어 근로자의 사회적·경제적 지위향상을 목적으로 하는 단체인데, 근로조건의 결정을 위한 단체교섭이 직권중재에 의해 실질적으로 형해화된다면 노동조합의 존재의의는 크게 훼손된다 할 것이고, 그 결과 노동조합의 조직 자체에도 심각한 악영향이 초래되어 근로자의 단결권을 중대하게 침해하는 것이다. 노동조합이 근로조건의 개선을 위한 단체교섭 및 교섭력확보를 위한 단체행동권을 행사할 수 없다면 조직확대와 단결강화를 위한 활동을 할 수 없게 될 것이고, 그 결과 근로자 및 노동조합의 단결권에 중대한 침해를 초래한다.

(3) 또한 사회구조가 복잡한 현대사회에 있어 어느 사업체라 하더라도 공익성을 띠며, 한 사업체의 쟁의행위는 사회 전체에 영향을 미친다. 그럼에도 불구하고 근로자들의 노동3권, 특히 단체행동권을 인정하는 취지는 근로자의 생존권을 실질적으로 보장하기 위함이다. 따라서 방송사업장을 다른 사업장과 달리 취급하여야 할 합리적인 이유는 전혀 없다. 더구나 다른 사업체와 차별하여 단체행동권 자체를 박탈해야 할 합리적인 이유는 더욱더 없는 것이다.

(4) 일반적으로 승인된 국제관습법이 된 국제노동기구(ILO) 제105호 "강제노동의 폐지에 관한 조약"은 '정치적 억압이나 교육으로서의 수단 또는 정치적 견해나 기존의 정치적·사회적·경제적 제도에 사상적으로 반대하는 견해를 가지거나 발표하는 것에 대한 제재', '노동규제의 수단', '동맹파업에의 참가에 대한 제재'에 의한 어떠한 종류의 강제노동도 금지하고 있다. 그런데 노동쟁의조정법의 위 조항들은 방송사업에 종사하는 근로자들이 파업에 참가한 것을 이유로 하여 형벌을 가하는 것으로서 위 조약에서 금지하는 강제노동에 해당된다 할 것이고, 따라서 위 법률 조항들은 위 조약에 위배된다.

다. 청구인 15 내지 27의 주장 요지

(1) 노동쟁의조정법 제30조 제3호는 관계당사자의 쌍방이 함께 중재신청을 하거나(제1호), 관계당사자의 일방이 단체협약에 의하여 중재신청을 한 때(제2호) 뿐 아니라 공익사업에 있어서 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때에도 노동위원회가 중재를 행하도록 규정하고 있으며, 같은 법 제31조 및 제39조는 노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 그날부터 15일간 쟁의행위를 할 수 없고 중재재정은 단체협약과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있다.

따라서 공익사업에 종사하는 근로자는 일반 근로자와 달리 노사 쌍방 또는 일방이 중재신청을 하지 않더라도 중재기관인 노동위원회가 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 강제적으로 중재에 회부할 수 있다. 그와 같이 강제적으로 중재에 회부된 경우에도 그날부터 15일간 쟁의행위를 할 수 없는 것은 물론 그 동안 중재재정이

행하여지기 마련이기 때문에 그 후에도 쟁의행위를 할 수 없다. 결국 공익사업에 종사하는 근로자는 노동쟁의조정법 상의 절차를 모두 준수하더라도 위 규정에 의하여 노동위원회가 노사관계자의 신청없이 언제든지 중재회부 결정을 할 수 있으므로 노동위원회가 그 권한 발동을 자제하지 않는 한 항상 쟁의행위를 할 수 없다는 결론이 된다.

그러므로 위 규정은 공익사업 종사 근로자에 대하여 헌법상 보장된 기본권인 단체행동권의 본질적 내용을 침해하며, 동시에 공익사업 종사 근로자에 대하여만 그와 같은 불평등한 제약을 가한 것이므로 평등권에도 위배된다.

(2) 1987. 10. 29. 개정되기 전의 구 헌법 제31조 제3항은 공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권도 법률이 정하는 바에 의하여 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다고 규정하고 있었으나, 현행 헌법 제33조 제3항은 위 규정을 삭제하여 법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자에 대하여만 법률에 의하여 단체행동권을 제한하거나 인정하지 아니할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 공익사업 종사 근로자에 대하여 특별히 단체행동권을 제약하는 것은 헌법상의 근거가 상실되었으므로, 위 헌법의 개정 전이라면 모르되 현행 헌법 하에서는 위헌임을 면할 수 없다.

(3) 중재제도는 노사간의 집단적 분쟁을 해결하는 보조적 수단으로서 객관적이고 중립적인 중재기관이 중재에 의하여 분쟁을 조정하여 주는 제도이며, 그러한 중재제도의 취지에 따라 일반중재가 개시되면 노사 쌍방의 쟁의행위가 일정 기간 금지되므로 노사관계

자가 그러한 제한을 감수하고서 중재신청을 한 경우에만 중재를 행할 수 있도록 하는 것이 중재제도의 취지에 부합한다. 따라서 중재기관이 스스로 노사관계자의 의사와 무관하게 강제적으로 중재를 행하는 것은 중재제도의 취지에 반한다.

이에 대하여 국민생활이나 경제에 중대한 영향을 미치는 공익사업체에 대하여 단체행동권의 제한이 필요한 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 공익사업에 대하여는 필요한 경우에 국민경제나 생활에 미치는 영향이 현저한 쟁의행위와 마찬가지로 노동쟁의조정법 제40조에 규정된 긴급조정의 방법으로 쟁의행위를 규제할 수 있는 길이 열려 있으므로, 그에 더하여 강제중재까지 할 수 있도록 하고 있는 위 규정은 공익사업 근로자의 단체행동권에 대한 불필요한 이중적인 규제에 지나지 않는 것이다.

(4) 설사 일정한 공익사업에 대한 강제중재의 필요성이 용인된다 하더라도 공익사업이라 하여 언제나 강제중재가 허용되어서는 안되고, 쟁의행위가 노사 자치의 한계를 넘어 남용될 경우에 한하여 허용되거나 쟁의행위로 인한 경제적, 사회적 손실과 강제중재로 인한 단체행동권의 제한을 비교하여 헌법에서 보장된 단체행동권을 저해하지 아니하는 범위 내에서만 허용되어야 한다. 그러므로 공익사업에 대하여 아무런 제한없이 강제적으로 중재할 수 있도록 규정하고 있는 위 규정은 헌법상 보장된 단체행동권의 본질적인 내용을 침해하는 것이다.

라. 대법원과 부산지방법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 헌법 제119조 제1항의 규정취지에 비추어 볼 때 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 우리의 경제질

서 아래에서는 노사양측의 교섭을 통하지 아니한 일방적 노동조건의 결정은 상상할 수 없는 것이기에 사용자에 비하여 열세일 수밖에 없는 근로자에게 열세성을 배제하고 사용자와의 대등성 확보를 위한 법적 수단으로서 단체교섭권을 인정하는 것이야말로 근로조건의 향상을 위한 본질적 방편이라 할 것이므로 근로3권 가운데 단체교섭권이 가장 중핵이라고 할 것이다.

(2) 그렇다면 근로자에게 단체교섭권이 정당하게 확보되어 있기만 하다면 그것을 보장하는 권리로서의 단체행동권은 제한된다고 하여도 필요한 최소한도 내에서, 어쩔 수 없는 것으로서 사회관념상 상당한 대상조치가 마련되어 있다고 보여질 경우에는 단체행동권의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.

(3) 노동쟁의조정법 제30조 제3호, 제31조를 보면 동 규정의 해당 사유가 발생한 경우 노사 양측의 쟁의권이 15일의 단기간 제한되나, 그 이후의 노사교섭은 독립적이고 전문적인 행정위원회로서 준사법적 권한을 갖고 있는 중재위원회가 중립적 입장에서 중재사건을 담당하여 중재재정을 내릴 수 있도록 하고 이것이 확정된 경우에는 단체교섭과 동일한 효력을 갖게 하고 있는 바, 이는 헌법상 보장된 단체행동권을 제한하는 상당한 대상조치라고 할 것이어서 위 각 규정의 합헌성을 부정할 수 없다.

마. 서울지방법원 남부지원의 위헌제청신청 기각이유 요지

(1) 방송·통신사업은 사회에 미치는 영향이 지대한 점 등에 비추어 공익사업으로 보는 것이 정당하고, 공익사업의 경우에 노동위원회가 중재를 할 수 있도록 한 것도 공익사업의 성격에 비추어 이를 허용함이 상당하다.

(2) 중재회부시 15일간 쟁의행위가 금지되는 것은 공익사업이 사회 전체에 미치는 영향력에 비추어 공공복리를 위하여 법률로써 제한한 것으로서 자유와 권리의 본질적 내용을 침해한 것은 아니며, 더욱 15일간의 쟁의행위의 금지만으로는 방송근로자의 근로3권을 원천적으로 봉쇄하거나 박탈한다고 할 수 없다.

(3) 노동쟁의조정법 제47조가 제31조 위반행위를 처벌하도록 하고 있다고 하여 이를 국제노동기구 제105호의 "강제노동의 폐지에 관한 조약"에서 말하는 강제노동이라고 할 수도 없다.

바. 중앙노동위원회위원장, 서울지방검찰청검사장, 노동부장관, 법무부장관의 의견 요지

다음의 점을 제외하고는 대법원의 위헌심판제청기각이유와 같다.

(1) 90헌바19 사건의 심판청구는 청구인들의 위헌제청신청이 대법원에서 1990. 5. 15. 기각된 이후 14일이 경과된 같은 달 30. 제기된 것으로서 청구기간이 지났다고 할 것이므로 각하되어야 한다.

(2) 92헌바41 사건의 경우, 그 심판대상 규정들은 노동위원회의 중재회부결정 및 중재재정을 통하여서만 국민의 권리의무에 영향을 줄 수 있는 추상적 입법으로서 별도의 구체적 집행행위가 없는 한 그 자체로서는 청구인들의 기본권을 침해할 수 없는 것이므로, 구체적 집행행위가 아닌 추상적 법률 그 자체를 대상으로 한 이 사건 심판청구는 부적법하다 할 것이고, 나아가 사전구제절차를 거치지 아니하였으므로 그 점에서도 부적법하다.

(3) 헌법 제33조 제1항에서 근로자의 생존권보장을 위하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하고 있으나, 위와 같은 권리

들이 절대적인 것이라고 할 수 없고 국민생활 전체 이익의 보장이라는 점에서 그 제약은 내재적인 것이므로 노동기본권의 제한은 노동기본권 존중 확보의 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지·증진하여야 할 필요를 비교형량하여 균형을 유지하는 최소한도 내에서 그 제한이 불가피한 것이다.

(4) 이 사건의 경우 청구인들이 소속된 사업장의 업무성질이 공공성이 높은 것으로 그 직무 또는 업무의 정지가 국민생활 전체의 이익을 침해하고 국민생활에 중대한 장애를 초래하는 것이어서, 노동쟁의조정법 제4조에 이를 공익사업으로 규정하고 있다. 위와 같은 공익사업이 사용자와 근로자들의 손을 통해서만 운영이 가능하다는 점을 고려한다면 공익사업체의 쟁의와 관련된 기본권 즉 단결권·단체교섭권·단체행동권에는 헌법 제37조 제2항에 따른 본질적인 제약이 있을 수밖에 없다.

(5) 헌법 제11조 제1항의 평등권은 절대적 형식적 평등이 아닌 상대적 실질적 평등으로 해석되는바, 이 사건 심판대상 규정은 방송사업의 공익성 및 사회의 공공복리를 위하여 필요한 차별대우로서 사회통념상 합리적 근거가 있는 것이다.

(6) 국제노동기구 제105호의 침해 여부는 아직 비준조차 되지 않은 우리 나라의 경우 그 논의의 가치가 없는 것이다.

4. 판 단

가. 적법요건에 대한 판단

(1) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서 청구기간의 기산점인 "위헌신청이 기각된 날"이라 함은 특단의 사정이 없는 한, 제청신청인이 제청신청에 대한 기각결정을 송달 받은 날이라 할

것이다(1991. 9. 16. 선고, 89헌마231 결정; 1993. 7. 29. 선고, 91헌마150 결정 등 참조).

90헌바19 사건의 기록에 의하면 위 사건의 청구인들의 위헌제청신청은 대법원에서 1990. 5. 15. 기각되었으나 위 기각결정의 정본이 작성된 날짜는 같은 달 18.인 사실이 인정되는바, 청구인들은 위 정본 작성일 이후에 위 결정을 송달 받았다고 보는 것이 경험칙상 타당하다 할 것이므로 위 정본 작성일 이후 14일 이내인 같은 달 30. 제기된 위 심판청구는 청구기간내에 제기된 것으로서 적법하다고 할 것이다. 그리고 나머지 사건들 청구도 적법한 기간 내에 청구된 점은 기록상 분명하다.

(2) 또한 92헌바41 사건의 경우, 노동부장관은 이 사건 심판대상 규정들이 노동위원회의 중재회부결정 및 중재결정을 통하여서만 국민의 권리의무에 영향을 줄 수 있는 추상적 입법으로서 별도의 구체적 집행행위가 없는 한 그 자체로서는 청구인들의 기본권을 침해할 수 없는 것인데, 이 사건 심판청구는 구체적 집행행위가 아닌 추상적 법률 그 자체를 대상으로 하고 있으므로 부적법하다 할 것이고, 나아가 사전구제절차도 거치지 아니하였으므로 그 점에서도 부적법하다고 주장한다.

그러나 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제2항에 규정하고 있는 법률에 대한 위헌심판을 헌법소원의 형식으로 청구하는 것이므로 같은 법 제68조 제1항에 의한 법령에 대한 헌법소원의 경우의 적법요건인 직접성이나 공권력의 행사에 대한 사전구제절차의 구비 여부는 이 사건의 경우 그 적법요건이 되지 아니하므로 위 주장은 이유 없다.

(3) 그리고 이 사건 심판대상 법률조항들은 그 위헌 여부가 관련사건들의 판결 주문에 직접 영향을 미칠 규정들이므로 모두 재판의 전제성 요건도 갖추었다. 그러므로 이 사건 청구들은 모두 그 적법요건을 갖추었다고 할 것이다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 쟁 점

이 사건 심판대상은 노동쟁의조정법 제4조 제5호의 방송사업에 관한 부분, 제30조 제3호, 그리고 제31조와 제47조의 "제31조"에 관한 부분 중 각 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분이다. 노동쟁의조정법 제4조는 노동쟁의조정법에서 일반사업과는 달리 특별한 취급을 받는 공익사업의 정의에 관한 규정이고, 같은 법 제30조 제3호는 공익사업의 경우에 쟁의당사자의 신청이 없는데도 노동위원회가 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재회부결정을 함으로써 중재를 행할 수 있다는 강제중재에 관한 규정이며, 같은 법 제31조는 위 강제중재에 회부되면 15일간 쟁의행위가 금지된다는 규정이다. 그리고 같은 법 제47조의 "제31조"에 관한 부분은 위 쟁의금지기간에 쟁의행위를 한 자를 처벌하는 규정이다.

그런데 이 사건의 경우 같은 법 제31조와 제47조의 "제31조"에 관한 부분은 모두 같은 법 제30조 제3호에 의한 노동위원회의 강제중재회부결정 내지 강제중재와 관련된 것이므로, 이 사건에 있어서 위 각 심판대상 규정의 위헌 여부는 쟁의당사자의 신청이 없는데도 불구하고 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 노동쟁의를 중재에 회부하는 것이 공익사업 근로자들의 단체행동권이나 단체교섭권을 부당하게 침해하는 것인가의 여부에 달려 있다.

(2) 노동쟁의조정법 제4조 제5호의 방송사업에 관한 부분의 위헌 여부

(가) 재판관 김진우, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 고중석의 합헌의견

노동쟁의조정법은 제4조에서 공익사업의 개념과 범위를 정한 다음, 같은 조에서 정하고 있는 공익사업에 대하여는 쟁의조정을 우선적으로 취급하고(제11조), 이른바 냉각기간을 일반사업의 경우(10일)보다 긴 15일로 하며(제14조), 노동위원회의 직권이나 행정관청의 요구로 강제중재에 회부될 수 있도록 할 뿐만 아니라(제30조 제3호) 노동쟁의가 중재에 회부되면 냉각기간에 구애됨이 없이 그날부터 15일간 쟁의행위를 할 수 없으며(제31조), 노동부장관은 직권으로 긴급조정의 결정을 할 수 있는(제40조 제1항) 등 공익사업에 대하여 일반사업의 경우와는 다른 특별취급을 하고 있다.

그런데 노동쟁의조정법 제4조 제5호가 공익사업근로자인 청구인들의 근로3권을 침해할 가능성이 있는가를 보건대, 청구인들이 속한 사업장이 같은 법 제4조에서 정하고 있는 공익사업장에 해당된다는 사실 그 자체만으로는 청구인들의 권리에 아무런 영향을 미치지 아니하고, 다만 위와 같이 공익사업에 있어서의 쟁의행위를 특별취급 하는 위 법 제11조 이하의 규정들에 의하여 비로소 청구인들의 기본권 침해 여부가 논의될 수 있는 것이라고 판단된다.

그러므로 노동쟁의조정법 제4조 각 호는 공익사업의 개념과 범위를 정한 규정에 불과하고 그러한 공익사업의 범위를 어떻게 정할 것인가의 문제는 공공의 안녕과 질서를 위하여 쟁의행위에 대한 특별한 취급이 필요한 사업인가 아닌가에 대한 입법부의 판단에 달려

있는 소위 입법제량의 문제일 뿐이며, 결국 같은 조 제5호는 위 조항이 규정하는 공익사업의 정의행위에 대한 특별취급을 규정하는 나머지 규정들의 위헌 여부와 관계없이 헌법에 합치된다고 보아야 할 것이다.

(나) 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 별개의견

노동쟁의조정법이 공익사업을 특별히 구분하여 노동쟁의의 해결을 위한 방법과 절차에 관하여 일반사업과 다른 특별취급을 하고 있는 것은, 공익적 성격이 크고 국민생활이나 국가경제에 중대한 영향을 미치는 일정한 사업의 경우에는 그 사업의 정지나 폐지로 인하여 공중의 일상생활이나 국가경제의 전반에 감내할 수 없는 피해를 일으키게 되어 일반사업의 경우와 같은 방법과 절차에 의하여 노동쟁의를 해결하는 것이 적절하지 않다는 합리적인 이유에 근거하고 있는 것이다. 따라서 이를 가리켜 자의적인 차별취급에 해당한다고 할 수는 없다.

이와 같은 특별취급을 받는 공익사업의 하나로 노동쟁의조정법 제4조 제5호에서 규정하고 있는 방송사업은 통신매체를 통하여 정치 . 경제 . 사회 등에 관한 보도 . 논평 및 여론과 교양 . 음악 . 연예 등을 공중에 전파하는 사업으로서, 현대의 정보사회에서는 그 공익적 성격이 다른 어느 분야에 못지 않게 큰 것이고 우리 나라의 과거 경험에 비추어 그 사업이 요구하는 기술 . 자본의 특성과 전파매체의 특성 때문에 사업주체의 수가 극소수의 범위로 제한될 수밖에 없으며 수입 등의 방법으로는 정보전파의 용역을 대체공급할 여지도 없어 그 사업의 정지나 폐지는 같은 조 제1호 내지 제4호가

정하고 있는 다른 공익사업에 못지 않게 공중의 일상생활이나 국가경제의 전반에 감내할 수 없는 엄청난 피해를 일으킬 수 있는 것임이 분명하다.

따라서 공익사업의 쟁의행위에 대한 특별취급을 정하고 있는 규정들의 위헌 여부는 별론으로 하고, 노동쟁의조정법 제4조 제5호가 방송사업을 쟁의행위에 관하여 특별취급을 받는 공익사업의 한 종류로 정한 것은 충분히 납득할 수 있는 합리적인 이유에 근거한 것으로서 헌법이 보장하고 있는 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(3) 노동쟁의조정법 제30조 제3호, 제31조와 제47조의 "제31조"에 관한 부분의 위헌 여부

(가) 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 합헌의견

1) 우리 나라 노동법의 역사와 노사관계의 현실

법은 현실여건의 바탕위에서 그 시대의 역사인식이나 가치이념을 반영하고 있는 것이므로, 어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치·경제·사회적인 현실과 역사적 특성을 무시하고 헌법의 순수한 일반이론에만 의존하여서는 그 법에 관련된 헌법문제에 대하여 완전한 이해와 적절한 판단은 할 수 없다. 특히 노동법의 역사는 각국의 경제적·사회적 사정에 따라 여러 가지 형태로 발전하여 왔으므로, 한 나라의 노동법사를 바르게 이해하려면 그 나라의 경제적·사회적·사회정책적 측면의 고찰이 반드시 필요한 것이다.

우리 나라는 1953년 노동관계제법이 제정되기 전까지 선진자본주의 제국이 겪어온 노동법 생성의 역사적 과정을 경험하지 못하였

으며, 현실적인 노사관계가 선행되고 그 후에 노동법규가 성립하였다기보다는 오히려 거꾸로 노동법이 먼저 제정되고 그에 따라 집단적 노사관계의 현실적 기초가 마련되었다. 또한 근대적 의미의 노사관계라는 것도 1960년대 이후 근대화, 공업화가 본격적으로 이루어지면서 비로소 형성되기 시작하여, 1970년대까지는 긴급조치등여러 가지 정치·사회적 상황으로 인하여 노동쟁의의 해결에 있어서 노동관계법의 규정이 제대로 적용되지 못하였으며, 1980년대 중반 이후에 와서야 사회의 전반적 민주화 추세에 힘입어 노동관계법에 따른 근로3권의 행사가 가능하게 되었던 것이다. 그러한 까닭에 우리의 노사관계는 쌍방이 법을 제대로 준수하지 아니하고 사용자측의 권위적·고압적인 자세와 근로자측의 자치역량의 부족으로 마치 한풀이식의 폭력적 대응이 맞물려 노사쌍방이 극한적인 대립양상을 보이며 심지어 정치적인 투쟁으로 나아가는 경향이 없지 아니하였다. 우리의 노동관계법이 노사관계에 대하여 다분히 향도적·후견적인 성격의 규정을 마련하고 있는 것도 이러한 현실의 인식에 바탕을 두고 있는 것이다.

한편 우리 나라는 대내적으로는 1980년 중반 이후 사회의 민주화 분위기에 편승하여 노동쟁의의 발생빈도가 높아지고 특히 최근 철도·지하철·교통·통신등 공공부문에서의 노사분규가 급증하고 있으면서도, 수출의존도가 높은 국가경제구조 때문에 대외적으로는 치열한 국가간의 무역경쟁에서 국제경쟁력을 제고하여야 하는 이중의 어려움에 직면하고 있는 실정이다. 따라서 이러한 상황 하에서 과도한 노동쟁의행위는 해당 기업뿐만 아니라 국가 전반의 경쟁력을 저하시켜 궁극적으로는 해당 기업의 근로자는 물론 국민 전

체의 복지에 오히려 위해를 초래할 수 있다는 점을 인식하여야 할 것이다.

그렇다면 이 사건 심판대상 법률조항의 위헌 여부를 판단함에 있어서도, 이와 같은 우리 나라 노사관계의 역사와 우리 나라가 처해있는 현실 여건에 대한 올바른 인식 하에서 공익사업체의 노동쟁의에 대한 강제중재제도가 갖는 현실적인 기능및효용성을 고려하여야 할 것이다.

2) 강제중재제도의 필요성과 합리성

가) 우리 나라 노동쟁의조정법상 노동쟁의조정제도로서 긴급조정제도 외에 별도로 강제중재제도가 필요한가에 관하여 살펴본다.

현행 노동쟁의조정법에서 규정한 조정(調整)의 종류로는 임의 조정(任意調整, 제5조의2)과 알선(제3장), 조정(調停, 제4장), 중재(제5장) 및 긴급조정(緊急調整, 제6장)이 있다. 이 가운데 이 사건에서 위헌 여부가 문제되고 있는 강제중재제도는 ①공익사업, 즉 공중운수사업, 수도·전기·가스 및 정유사업, 공중위생 및 의료사업,은행사업, 방송·통신사업으로서 공중의 일상생활에 없어서는 아니되거나 그 업무의 정지 또는 폐지가 국민경제를 현저히 위태롭게 하는 사업에 있어서,② 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때 행하여지는 것으로서,불합리한 쟁의행위로 인하여 입게될 일반 국민의 손실을 줄이고 신속하고 원만한 쟁의타결을 위한 사전중재제도이다(제4조, 제30조 제3호 참조).

이에 비하여 긴급조정제도는 ① 쟁의행위가 행하여지고 있어야 하며, ② 그 쟁의행위가 공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 크거

나 또는 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에,③ 노동부장관이 미리 중앙노동위원회의 의견을 들어 그 발동을 결정할 수 있도록 되어 있는 사후조정제도이다(제41조 참조).

따라서 양 제도는 모두 공익사업에 있어서 노동쟁의조정제도로써 기능하고 있으나, 강제중재제도는 요건상 다음 2가지 점에서 긴급조정과 현저히 달라 그 독자적인 기능을 하고 있다고 할 것이다. 즉첫째, 긴급조정은 쟁의행위가 행하여지고 있어야하며 현저히 국민경제를 해하는 등 그 쟁의행위의 위험이 현존하여야 비로소 발동할 수 있는 반면, 강제중재는 이를 요하지 아니하고, 둘째, 긴급조정은 노동부장관이 그 발동 여부를 결정하는데, 강제중재는 준사법기관의 성격을 가진 노동위원회가 결정한다는 점이다. 그렇다면 이와 같은 양 제도의 차이가 특히 공익사업의 경우 구체적으로 어떠한 사회·경제적인 영향과 법률적인 의미를 가지는지 살펴보기로 한다.

나) 뒤에 나오는 위헌의견도 인정한 바와 같이 긴급조정은 통상적인 노동쟁의조정제도(알선, 조정, 중재)만으로 노동쟁의가 타결되지 아니하여 쟁의행위에 돌입한 후 그것이 국민생활의 안전을 위태롭게 할 경우 비로소 발동되는 특별한 경우의 노동쟁의조정제도이다. 그런데 아파트 등 집단주거가 대도시 주거형태의 근간을 이루고 있는 우리 나라 주거여건에서는 전기, 수도 및 가스 등의 일시적인 공급중단만으로도 주민의 일상생활에 심각한 고통을 안겨주고, 모든 산업의 원동력의 공급중단으로 생산력은 마비될 것이며, 대부분 도시민들의 출퇴근수단인 지하철 등 공중운수사업의 일시

적인 중단만으로도 큰 혼란이 야기되고 각종 업무에 지장을 초래하고, 심지어 의료사업의 경우는 일시적인 태업만으로도 적시의 치료를 받지 못함으로써 국민의 생명, 신체, 건강에 돌이킬 수 없는 치명적인 결과를 야기시킬 수도 있다. 또한 방송의 중단은 일상생활의 상당 부분이 정보에 의존하고 있는 현대사회에서 국민에 미치는 영향이 지대하다. 이와 같이 태업, 파업 또는 직장폐쇄 등의 쟁의행위가 공중운수·전기·수도·가스·방송·의료 등 공익사업에서 발생하면 비록 그것이 일시적이라 하더라도 그 공급중단으로 커다란 사회적 혼란을 야기함은 물론 국민의 일상생활 심지어는 생명과 신체에까지 심각한 해악을 초래하게 되고 국민경제를 현저히 위태롭게 하므로, 위와같은 공익사업에 있어서는 쟁의행위에 이르기 이전에 노동쟁의를 신속하고 원만하게 타결할 필요성이 특별히 요청된다 할 것이며, 바로 여기에 현행 노동쟁의조정법상 강제중재제도의 존재의의가 있는 것이다.

그럼에도 불구하고, 공익사업의 경우에도 쟁의행위로 돌입된 후 노동쟁의조정법 제30조 제3호의 강제중재제도가 없어도 같은 법 제40조 이하의 긴급조정과 이에 따른 강제중재만으로 공익사업에서의 쟁의행위를 필요한 경우에 봉쇄할 수도 있으므로 공익사업의 경우에 강제중재제도를 두지 않아도 그 쟁의행위에 의하여 국민경제나 국민의 일상생활에 위해를 미칠 가능성은 없다고 판단한 위헌의견은 이와 같은 폐해를 간과한 것이라고 하지 아니할 수 없다. 또한 위에서 본바와 같이 노사관계의 타협과 조정의 역사가 일천한 점, 극한적인 대립양상을 보이며 나아가 정치적인 투쟁으로까지 발전하여 사회불안을 조성하는 경향까지 있었던 우리 노사관계의 경험

과 현실, 공익사업에 있어서 쟁의행위는 국민 생활의 기본적 수요와 국가경제의 기본이 되는 원자재에 해당하는 재화와 용역의 공급을 볼모로 하는 쟁의행위라는 점, 그리고 아직도 선진 외국의 기술과 자본을 도입하는 한편 그들과 치열한 경쟁을 통하여 경제성장과 발전을 이룩하여야 하는 우리의 경제사정 하에서 극한적인 쟁의행위로 생산성과 국제경쟁력을 저하시키고 나아가 국내 기업의 투자심리를 위축시키는 현상을 초래하게되는 점 등을 고려한다면, 쟁의행위의 돌입후 사태의 심각성 여부에 따라 긴급조정을 발동하는 것만으로 충분하다고 주장하는 것은 우리 노사관계의 역사와 정치,경제 및 사회적 현실을 직시하지 못한 견해라고 하지 아니할 수 없다.

다) 그렇다면 위와 같은 여러 가지 사항을 고려할 때, 강제중재제도는 사회혼란과 일반국민의 피해를 줄이고, 신속하고 원만한 쟁의타결을 위하여 아직까지는 필요한 제도라고 할 것이며, 긴급조정제도에 흡수될 수 있는 것으로서 옥상옥으로 불필요하다거나 근로자의 단체행동권을 과잉제한하는 것이라고 단정할 수 없고, 오히려 양제도는 공익사업체의 노동쟁의조정제도로서 상호보완적으로 각자가 그기능을 하고 있다고 보아야 한다. 만약 현행 노동쟁의조정제도상 강제중재제도가 결여된다면 통상적인 노동쟁의조정제도로 노동쟁의가 타결되지 아니하여 쟁의행위로 나아간 경우 긴급조정만으로 노동쟁의를 조정하여야 하는데, 현행 노동쟁의조정법은 긴급조정의 경우 조정을 위하여 쟁의행위가 금지되는 기간이 20일에 불과하여, 현실적 또는 비교법적으로 그 조정기간이 지나치게 짧아서(일본은 50일, 미국은 80일 이다) 긴급조정제도가 효과적인 기능을

발휘하기에는 크게 미흡하다는 점도 고려하여야 할 것이다. 더구나 위에서 살펴본 바와 같은 우리의 노사관계의 역사와 현실을 감안하면 더욱 그러하다.

3) 강제중재와 쟁의행위 제한의 합헌성

헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 노동기본권은 어떤 제약도 허용되지 아니한 절대적인 권리가 아니라 질서유지나 공공복리라는 관점에서 당연히 그 내재적인 제약이 있으며, 그 제한은 노동기본권 보장의 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지·증진할 필요를 비교衡量하여 양자가 적정한 균형을 유지하는 선에서 결정된다고 할 것이다. 이와 같은 관점에서 공익사업에 대한 강제중재규정(노동쟁의조정법 제30조 제3호)과 강제중재에 회부된 경우 쟁의행위를 제한하는 규정(같은 법 제31조)이 과연 과잉금지 원칙 내지 비례의 원칙 등 기본권제한입법의 한계를 일탈하였는가를 각각 살펴본다.

가) 먼저, 위에서 본 강제중재제도의 필요성과 그 운영의 합리성을 전제로 하여, 공익사업에 한하여 강제중재에 회부하도록 한 규정의 합헌성에 관하여 본다.

첫째, 노동쟁의조정법 제4조 소정의 공익사업의 범위는 공중운수사업, 수도·전기·가스 및 정유사업, 공중위생 및 의료사업, 방송통신사업 등으로 상당히 한정되어 있고, 우리 국민생활에 바로 직결되어 있어 그 사업의 정지 또는 폐지가 일반인의 일상생활과 국민경제에 큰 타격을 줄 수 있는 이른바 공공역무로서의 성질을 띠고 있는 것이므로, 위에서 본 바와 같이 질서유지나 공공복리를 위하여 노동쟁의가 쟁의행위로 나아가지 아니하고 원만하고 신속히 타결되어야 할 "필요성"이 일반사업에 비하여 현저히 높다.

둘째, 앞서 본 바와 같이 극한적 대립으로 치닫기 쉬운 우리 노사관계의 현실을 감안하면, 알선이나 조정등에 의하여 분쟁이 타결되지 아니하고 노사 쌍방의 대립이 격화되어 당사자가 중재 신청에 나아가지 아니하는 경우에는 노사 양측에게 냉각기간을 가지게 하면서, 노사분쟁 해결에 관한 전문지식을 가지고 있는 중립적 기관인 노동위원회로 하여금 중재에 회부하도록 하는 것은 그 목적 수행을 위한 "부득이 한 조치"라고 하지 아니할 수 없다.

셋째, 노동부장관이 행정재량에 기한 정책적 결정에 의하여 발동하는 긴급조정과는 달리, 강제중재는 준사법적 기관의 성격을 가지는 노동위원회가 결정하는바, 노동위원회는 노사의 자주적 질서의 수립이라는 이념을 살리기 위하여 법률에 의하여 설치된 독립적 행정규제위원회로서, 근로자를 대표하는 자와 사용자를 대표하는 자의 참여를 조직원리로 하고 있고 중재위원의 선정에 관계당사자의 대표자가 관여할 수 있고(노동쟁의조정법 제32조), 중재시 관계당사자를 대표하는 위원에게 의견진술권이 부여되어 있을 뿐만 아니라(같은 법 제35조), 노사문제가 사회 전체에 미치는 영향을 고려하여 공익을 대표하는 자(공익위원)의 참여도 인정하고 있으며(노동위원회법 제6조, 제9조의 2), 노동위원의 임용자격을 법률로 규정하고(같은 법 제7조의 3) 의결방식도 합의제를 채택하는(같은 법 제10조) 등 그 직무상 독립성이나 전문성이 보장되어 있다. 또한 중재를 담당하는 중재위원회는 노동위원회가 조직하며 중재위원의 선정에 관계당사자의 대표자가 관여할 수 있고(노동쟁의조정법 제32조) 중재시 관계당사자를 대표하는 위원에게 의견진술권이 부여되어 있는(같은 법 제35조) 등 그 구성이나 운영절차 등에 민주성과 공정성이 확보

되어 있을 뿐만 아니라, 중재재정에 대하여는 재심과 행정소송의 방법을 통하여 중재재정의 적정성과 적법성을 다룰 수 있는 대상조치(代償措置)가 마련되어 있다(제38조).

따라서 이러한 여러 가지 점을 고려하면 이 사건 강제중재제도가 도모하는 목적을 달성하기 위한 방법이 "상당성"을 갖추었다고 하지 아니할 수 없으며, 이와 관련하여 중재위원회의 중재재정 여부에 관하여는 전혀 근로자측에서 관여할 수 없고 완전한 행정재량에 맡겨져 있다고 보는 위헌의견은 타당하지 아니하다고 할 것이다.

한편 위헌의견은, 공익사업의 경우 강제중재제도가 있기 때문에 사용자측이 단체교섭에 성실히 임하지 아니할 가능성이 있고, 중재위원회의 경우 중재위원을 선정함에 있어서 관계당사자의 합의로 중재위원이 선정될 가능성은 거의 없으므로 사실상 노동위원회의 위원장이 일방적으로 중재위원을 지명하게 되어 결국 근로자측으로서의 의견진술권을 제외하면 자신들의 의사를 반영할 수 있는 제도적 장치가 없으며, 강제중재에 일단 회부되면 쟁의행위가 금지될 뿐만 아니라 중재재정은 단체협약을 체결한 바와 같은 효과가 있으므로 그 역시 사실상 쟁의행위를 금지하는 결과가 되고, 따라서 강제중재는 최후의 수단으로 행사되는 것이 아니라 행정청의 행정적 편의에 따라 쉽게 동원할 수 있는 일반적인 수단으로 남용될 우려가 있다고 주장한다.

그러나 위와 같은 주장은 다분히 그 동안의 중재제도의 운영 현실에 대한 평가는 될지언정(그 평가의 적정 여부는 불문하고) 제도 자체에 대한 분석과 평가라고 보기는 어렵다. 앞서 본 바와 같이 공익사업의 경우 쟁의행위로 나아가 노사관계가 파국으로 치닫는다면

이는 더 이상 노사당사자만의 문제가 아니라 모든 국민의 생명·신체에 대한 위해나 일상생활에 대한 심각한 곤란뿐만 아니라 나아가 국민 경제에 미치는 악영향이 대단히 크므로, 중립적이고 노사분쟁해결의 전문적인 지식을 갖춘 공적 기관으로 하여금 이를 중재하여 공익을 해치지 않는 범위 내에서 노사 양당사자의 의사를 충분히 반영하여 노사분쟁을 신속하고 원만하게 타결하고자 하는 것이 강제중재제도의 본래 취지인 것이다. 또한 중재위원회는 준사법적인 성격을 가지고 있는 기관으로서 행정부에 소속되어 있지만 그 기능상 독립되어 있고 그 심의방식이나 결정은 위에서 본 바와 같이 오히려 사법기관과 유사하다. 중재위원회를 이와 같이 중립적이고 독립적인 결정기관으로 이해한다면, 제도상 그 중재재정의 내용이 특히 사용자측에 유리하게 이루어질 것을 기대하여 사용자들이 노사교섭에 성실히 임하지 아니한다는 주장은 타당하지 아니하다.

또한 중재위원의 선정에 관하여 관계당사자의 합의 가능성이 없으므로 의견제출권을 제외하면 근로자의 의사를 반영할 기회가 거의 없다는 주장은 설사 그 주장이 타당하다고 하더라도 이는 제도의 운영의 문제이지 제도 자체의 문제는 아니라고 할 것이다. 오히려 만약 실제로 강제중재의 규범력이 확고히 뿌리내리게 된다면, 위와 같은 노사분쟁해결수단을 이용하여 노사당사자는 자기의 의사를 반영하려고 백방으로 최선을 다하여 노력을 경주할 것이고 그 결과 격렬한 쟁의없이 양당사자가 모두 만족할 만한 결과를 도출하게 될 것이며, 그렇게 되면 오히려 이 제도는 노사당사자간의 타협·조정에 의한 노사문제 해결을 담보하는 방편이 될 수도 있는 것이다. 요컨대, 노사당사자가 자치에 입각하여 그들의 분쟁을 해

결하지 못하여 쟁의행위로 나아갈 경우 공익사업에 있어서는 노사당사자만의 문제가 아니라 사회질서나 공공복리에 심각한 위해를 초래할 가능성이 있으므로 중재위원회가 개입하는 것이다.

뿐만 아니라, 이 제도를 행정편의에 따라 일반적 수단으로 남용될 우려가 있다는 주장 역시 앞서 본 중재회부요건, 중재위원회의 기관의 성격, 운영방식과 결정 등에 비추어 보면 타당하지 아니하다고 할 것이다.

따라서 공익사업에 한하여 강제중재절차를 규정한 노동쟁의조정법 제30조 제3호는 공공복리를 위하여 노사쌍방의 자주적 쟁의해결권을 제한하는데 있어서 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

나) 다음으로, 강제중재에 회부되었을 때 쟁의행위를 15일간 금지하는 것이 근로자의 단체행동권을 박탈하는 것인지 여부에 관하여 본다.

앞서 본 것처럼 공익사업에서의 노동쟁의는 쟁의행위가 국민 생활에 미치는 영향이 엄청나게 크기 때문에 노동쟁의를 쟁의행위로 나아가지 아니하고 신속하고 원만하게 해결하기 위하여 강제중재제도를 두고 있는바, 중재회부 후 일정기간 쟁의행위를 금지하는 목적은 당사자 쌍방에게 평화적인 해결을 위한 일종의 냉각기간을 다시 부여하여 격화된 당사자의 대립을 완화시킴으로써 중재에 따른 분쟁타결의 효과를 극대화하자는 데 있으므로 그 정당성이 인정된다고 할 것이다. 이는 우리 노동쟁의의 현실이 대체로 극단적 대립양상을 띠고 있고 특히 공익사업과 같은 대규모 업체의 경우 쟁의의 규모가 크고 국민 대다수에게 직접적으로 큰 피해를 주고 있

음을 감안한 것이라고 하겠다.

그리고 쟁의행위가 금지되는 기간은 15일이지만, 그 기간 내에 중재재정이 내려지지 아니할 경우에는 언제든지 쟁의행위에 돌입할 수 있으므로 이 사건 쟁의행위금지규정이 단체행동권인 쟁의권 자체를 박탈하는 것은 아닐 뿐만 아니라, 그 기간도 현행법에서는 20일에서 15일로 단축하여 불합리하게 장기라고 할 수도 없으며, 위에서 본 바와 같이 중재재정에 대하여 재심과 행정소송의 불복절차를 경유할 수 있는 등 대상조치도 마련되어 있다.

또한 공익사업으로서 공중의 일상생활에 없어서는 아니되거나 그 업무의 정지 또는 폐지가 국민경제를 현저히 위태롭게 하는 사업의 경우, 위에서 살펴본 바와 같이 근로자의 이익이나 권리의 확보에 비하여 중재에 의하여 분쟁을 원만하고 신속하게 해결하여 국민의 일상생활을 보호할 필요가 현저히 크다는 이익교량의 원칙에 비추어 보더라도 어느 정도의 쟁의행위의 제한은 감수하여야 할 것이다. 따라서 일반사업에 종사하는 근로자와 공익사업에 종사하는 근로자를 합리적인 이유없이 차별하는 것이 되어 평등의 원칙에 반한다는 주장은 타당하지 아니하다.

한편 위헌의견은, 구 헌법과는 달리 현행 헌법 하에서는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자가 아닌 공익사업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권을 박탈할 헌법적 근거가 소멸하였다고 할 것인데, 강제중재는 단체행동권을 과잉제한하고 있어 그 권리를 유명무실하게 만들고 있으므로 사실상 단체행동권을 박탈하고 있다고 주장하고 있다.

그러나 현행 헌법이 구 헌법과 달리 공익사업체에 종사하는 근로

자의 단체행동권에 관한 제한규정을 두고 있지 않다고 하더라도, 헌법 제37조 제2항의 일반유보조항에 따른 기본권제한의 원칙에 의하여 단체행동권을 제한할 수 있음은 의문의 여지가 없는 것이고, 문제는 그 제한이 기본권제한입법이 준수하여야 할 헌법상의 제 원칙에 위배되는가 하는 것인데, 강제중재의 경우 쟁의행위의 제한을 규정하는 노동쟁의조정법 제31조가 이러한 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 위배되지 아니한다는 점은 앞서 본 바와 같다. 따라서 강제중재시의 쟁의행위제한규정도 근로자의 단체행동권제한의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고는 볼 수 없다.

4) 쟁의행위 제한규정을 위반한 자에 대한 처벌규정의 합헌성

강제중재회부시 쟁의행위에 대한 제한규정이 위와 같이 헌법에 위반되지 아니한 이상, 그 위반자에 대한 처벌규정인 노동쟁의조정법 제47조의 "제31조"에 관한 부분 역시 헌법에 위반되지 아니한다고 보아야 할 것이다. 다만 규정된 형벌 가운데 "1년 이하의 징역"이라는 자유형에 처할 수 있도록 한 것이 과도한 처벌이 아닌가 하는 의문이 생길 수도 있으나, 처벌규정에 있어서 어떠한 형벌을 어떻게 규정할 것인가는 기본적으로 입법정책의 문제로서, 우리 나라의 특수한 노사관계의 역사와 현실에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘고 가벌성이 큰 경우에는 징역형에 처할 필요가 있는 경우가 발생할 수 있으므로 위 규정이 신체의 자유를 과도하게 제한하는 처벌규정이라고 단정할 수 없다고 할 것이다.

(나) 재판관 김진우, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 고중석의 위헌의견

1) 근로3권 및 노동쟁의조정제도의 의의

헌법 제33조 제1항은 근로자가 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 규정함으로써, 근로자가 자주적인 단결을 통하여 임금 및 근로조건 개선 실현할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 헌법이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 창익과 자유를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서, 노동관계 당사자인 사용자와 근로자가 상반된 이해관계로 말미암은 계급적 대립, 적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립, 항쟁하게 하고, 때로는 교섭, 타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 궁극적으로 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모함에 있다.

이와 같은 헌법정신에 따라 노동관계의 공정한 조정을 도모하고 노동쟁의를 예방 또는 해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제발전에 기여함을 목적으로 하여 노동쟁의조정법이 제정된 것이다(법 제1조 참조).

한편 세계 여러 나라의 헌법은, 근로자들이 단체를 결성하고 이를 배경으로 사용자와 대등한 지위에서 근로조건에 관한 교섭을 하고 경우에 따라서는 단체행동을 함으로써 근로조건을 개선하는 활동이 과거에 국가권력에 의하여 공식적·비공식적으로 탄압받았을 뿐만 아니라 현재도 그러한 권리가 국가권력이나 경제적으로 우월적 지위에 있는 사용자에 의하여 억압받기 쉽다는 점에 근거하여 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 기본권으로서 보장하고 있다. 우리 헌법 제33조 제1항도 근로자가 위와 같은 내용의 활

동을 "자주적"으로 할 수 있도록 규정하고 있다. 그렇다면 헌법 제33조 제1항에 보장된 근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고 이를 바탕으로 사용자와 근로조건에 관한 교섭을 자유롭게 하며 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유의 보장을 주된 내용으로 한다고 할 것이다.

2) 헌법상의 쟁의행위 제한

가) 헌법상 보장되고 있는 단체행동권이라 하여도 그것이 어느 경우에도 절대적으로 보장되는 것을 의미하지는 않는다고 할 것이므로 그 정당성이 전제되어야 한다. 정당한 쟁의행위라 함은 ① 그 주체가 단체교섭의 주체가 될 수 있는 자라야 하고, ② 그 목적이 근로조건을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는데 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 단체교섭의 요구를 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정과 법 소정의 쟁의발생 신고를 거쳐야 하고, ④ 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력행사에 해당하지 않는 것이어야 한다.

정당한 단체행동권의 행사로서의 쟁의행위에 대하여는 형사상의 처벌을 받지 아니하고(노동조합법 제2조, 노동쟁의조정법 제9조), 사용자에 대한 관계에서 민사상의 채무불이행 또는 불법행위 책임을 부담하지 아니하며(노동쟁의조정법 제8조), 단체행동에 참가하였음을 이유로 근로자가 해고 기타 불이익한 처우를 받지 아니하도록 하여(노동조합법 제39조 제5호) 정당한 단체행동에 대한 법적 보호를 하

고 있다.

나) 한편 헌법 제33조 제2항은 법률이 정하는 일정 범위의 공무원에 대하여만 단체행동권을 인정하고, 헌법 제33조 제3항은 주요방위산업체 근로자의 단체행동권을 법률로 제한 또는 배제할 수 있는 근거를 규정하고 있으며, 헌법 제37조 제2항은 공무원이나 주요방위산업체 근로자가 아니더라도 국가안보, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 단체행동권을 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 국가안보, 질서유지 공공복리를 위하여 단체행동권을 제한하는 경우에도 그 목적을 달성하기 위하여 적합한 방법을 취하여야 하고 필요한 최소한도에 그쳐야 할 뿐 아니라, 단체행동권의 본질적 내용을 침해할 수는 없다 할 것이다.

3) 강제조정제도의 위헌성

가) 근로3권은 근로자가 사용자와 개별적으로 근로조건에 관한 계약을 체결할 경우에 처하게 되는 근로자의 사회·경제적으로 열등한 지위를 근로자단체의 힘을 배경으로 보완·강화함으로써 사용자와 근로자 사이의 실질적인 대등성을 확보해 주는 기능을 수행하는 기본권이다. 그런데 근로자의 단체행동권이 전제되지 않은 단체결성이나 단체교섭이란 무력한 것이어서 무의미하여 단체결성이나 단체교섭권만으로는 노사관계의 실질적 대등성은 확보될 수 없으므로, 단체행동권이야말로 노사관계의 실질적 대등성을 확보하는 필수적인 전제이다. 그러므로 근로3권 가운데 가장 중핵적인 권리는 단체행동권이라고 보아야 한다.

구 헌법(1980. 10. 27. 개정되고 1987. 10. 29. 개정되기 이전의 것, 이하 구 헌법이라 한다)과 현행 헌법의 근로3권에 관한 규정의 구조를

비교해 볼 때, 현행 헌법은 공익사업에 종사하는 근로자들에게 단체행동권을 부여하는 것을 원칙으로 하고 있다고 해석된다. 즉 구 헌법 제31조는 근로3권에 관하여 제1항에서 "근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다."고 규정하고, 제2항에서 "공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다."고 규정하며, 제3항에서 "국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다."고 규정하였으므로 위 제3항의 규정 자체에 의하여 공익사업에 종사하는 근로자의 단체행동권을 법률로써 제한하거나 박탈할 수 있었다고 할 것이다.

그러나 현행 헌법 제33조는 제1항에서 "근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."고 규정하여 근로3권의 개별적 법률유보를 삭제하였을 뿐만 아니라, 제2항에서 "공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."고 규정하고, 나아가 제3항에서 "법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다."고 규정하고 있다. 따라서 현행 헌법 하에서는 주요방위산업체에 종사하는 근로자가 아닌 공익사업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권을 박탈할 헌법적 근거가 소멸하였다고 할 것이다. 다만 주요방위산업체가 아닌 공익사업체에 종사하는 근로자

로자인 경우 현행 헌법 하에서도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 단체행동권을 제한할 수 있는 여지는 있으나, 이 경우에도 위와 같은 헌법의 개정취지를 존중하여 정당한 단체행동권에 대한 제한은 최후의 수단으로서의 성격을 가져야 하며, 그만큼 그 제한이 정당화되면 엄격한 요건을 충족시켜야 한다고 보아야 한다.

특정 기본권에 대한 제한이 헌법의 개별유보조항에 근거하든지, 헌법 제37조 제2항의 일반유보조항에 근거하든지 간에 기본권 제한의 목적, 수단 방법 및 정도에 관한 법리작용은 달라지지 아니한다는 주장이 있지만, 이는 헌법조문에 나타난 헌법개정권력자의 객관적 의사나 개별 기본권규정들에 나타나고 있는 기본권제한의 분화된 체계를 완전히 무시하는 부당한 해석이다. 그러한 해석에 의한다면 헌법 스스로 공무원인 근로자 및 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 근로3권과 관련하여 특별한 규정을 두어야 할 이유도 없어지기 때문이다. 그러므로 현행 헌법이 공익사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권에 관하여 별다른 규정을 두고 있지 아니한 취지는 그 단체행동권을 구 헌법에 있어서보다 강하게 보장하려는 것이라고 보아야 한다. 즉 공익사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 강력히 억제했던 구 헌법에 비하여 현행 헌법은 그간의 국민경제적 성장과 노동관계법 영역에서의 체험의 축적을 바탕으로 공익사업체의 근로자와 사용자가 자율적인 타협에 의하여 노·사관계를 규율하도록 노·사관계법질서에 대하여 개방적이고 유연한 자세를 견지하고 있는 것이다. 그리고 단체행동권이 근로자에게 사용자와 대등한 교섭능력을 보장하는 데 있어서 불가결하다면 근로자

의 단체행동권의 정당한 행사는 원칙적으로 제한할 수 없다고 보아야 한다. 구 헌법이 주요방위산업체나 공익사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권에 대한 제한 내지 박탈의 가능성을 스스로 규율하고 있었던 것과 현행 헌법이 공무원인 근로자와 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권에 대하여 특별한 규정을 두고 있는 것은 모두 그러한 해석에 의해서만 제대로 이해될 수 있다고 할 것이다.

나아가 국민경제적 실정이나 노·사협상의 일천한 역사 등 우리 나라의 경제와 노동의 현실을 강조하는 견해는 헌법해석이 현실과 관련을 맺고 또 현실에 뿌리를 두어야 한다는 점을 지적하는 한에서는 타당하다. 그러나 근로3권에 관한 헌법규정은 노·사관계법의 기본방향을 제시함으로써 동시에 노동현실을 규정하고 있는 규범이라는 점을 간과해서는 아니된다. 즉, 현실만을 강조하는 견해는 궁극적으로는 실정헌법에 반하는 현실을 정당화할 위험성을 내포하고 있음에 유의할 필요가 있다.

나) 우리 헌법재판소의 확립된 판례에 의하면 기본권 제한입법이 우리 헌법 제37조 제2항에 근거를 두고 있는 과잉금지의 원칙에 위반하지 않으려면 먼저 정당한 목적을 추구하여야 하고(목적의 정당성), 그 목적을 달성하기에 수단이 적합하여야 하고(수단의 적합성), 피해를 최소화하여야 하며(피해의 최소성), 제한되는 기본권과 실현되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있어야 할 것(법익의 균형성)을 요구하며 만일 기본권을 제한하는 법률이 이 중 어느 한 요건이라도 충족하지 못하면 그 입법은 위헌적인 입법이 된다는 것을 내용으로 하고 있다.

그러므로 위 법 제30조 제3호가 공익사업에 종사하는 근로3권의 핵이라 할 근로자의 단체행동권을 위의 요건들에 반하여 과잉제한하고 있어 헌법에 위배되는지를 본다.

① 위에서 본 바와 같이 노동쟁의조정법 제30조 제3호가 헌법 제37조 제2항에 열거된 기본권제한사유인 공공복리 또는 질서유지라는 헌법적으로 정당한 목적을 추구하고 있음은 의심의 여지가 없으며, 그러한 목적을 달성하기 위하여 공익사업장에서의 노동쟁의를 강제중재에 회부시켜 파업에 이르기 전에 노사분쟁을 해결하는 강제중재제도를 채택하고 있으므로 수단의 적합성 요건도 충족하고 있다고 본다.

② 그러나 우리 나라의 노동쟁의조정제도의 구조상 공익사업의 경우에 노동위원회에서 강제중재회부결정을 하면, 그 날로부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없고, 그 동안에 중재재정이 내려지면 그에 대하여 재심신청 또는 행정소송을 제기하여도 그 효력은 정지되지 아니하며(노동쟁의조정법 제39조 제1항), 확정된 중재재정은 단체협약과 동일한 효력을 가진다(같은 조 제2항). 따라서 중재위원회에서 15일 이내에 중재재정을 내리지 않는다면 다시 쟁의에 돌입할 수 있지만 중재재정을 내리지 아니할 가능성은 희박하고, 중재재정이 내려지면 근로자로서는 사실상 더 이상의 쟁의가 금지되는 결과가 된다고 할 수 있다. 또 중재를 개시하게 되는 시기는 노사대립이 첨예화되어 근로자측에서 최후의 수단인 쟁의행위에 돌입하는 단계이다.

③ 그런데 노동위원회의 강제중재회부결정 여부의 문제와 중재위원회의 중재재정 여부의 문제는 전혀 근로자측에서 관여할 수 없

고 완전한 행정재량에 맡겨져 있다고 할 것이므로 결국 현행 강제중재제도는 근로자들의 노동쟁의권의 행사가능성을 완전히 행정재량에 맡겨놓은 제도라고 할 것이다. 행정관청의 요구에 의한 노동위원회의 결정이나 노동위원회의 직권에 의하여 중재에 회부되게 되는 경우에는 강제중재를 담당하는 중재위원회의 3인의 중재위원도 당해 노동위원회의 공익을 대표하는 위원과 공익을 대표하는 특별조정위원 중에서 관계당사자의 합의로 선정하는 자를 그 노동위원회의 위원장이 지명하고, 관계당사자의 합의가 성립되지 아니하는 경우에는 노동위원회의 공익을 대표하는 위원과 공익을 대표하는 특별조정위원 중에서 지명하도록 되어 있다(노동쟁의조정법 제32조 제3항). 강제중재제도의 본질에 비추어 볼 때 중재위원선정과 관련하여 관계당사자의 합의가 형성되는 것을 기대하기 힘들며 결국 중재위원회는 노동위원회의 위원장이 일방적으로 지명하는 위원들로 구성되게 될 것이다. 그러므로 중재시 관계당사자가 지명한 노동위원회의 사용자위원 또는 근로자위원이나 특별조정위원은 중재위원회의 "동의를 얻어" 그 회의에 출석하여 의견을 진술할 수 있는 점(같은 법 제 35조)을 제외하면 근로자는 중재회부 여부나 그 중재재정을 좌우하게 될 중재위원의 선임이나 중재재정의 결과에 사실상 영향을 미치지 못하게 되어 있다. 이러한 이유 때문에 노동위원회의 직권에 의하여 또는 행정청의 요구에 의한 결정으로 노동쟁의를 중재에 회부했을 경우에는 냉각기간인 15일 이내에 중재재정이 이루어지지 않을 가능성은 거의 없고, 따라서 강제중재에 일단 회부되게 되면 단체행동권의 행사는 사실상 불가능하게 된다.

또한 관계당사자는 중앙노동위원회에 중재재정의 재심청구를 거

쳐 행정소송을 제기할 수 있으나 법원은 중앙노동위원회의 재심 결정의 "위법성"이나 "월권여부"만을 심사하고 그 적정성을 판단할 수 없기 때문에(같은 법 제38조 참조) 행정소송을 통하여 중재재정을 뒤엎는다는 것은 사실상 기대하기 힘들다.

나아가 현실적으로도 공익사업체의 사용자들은 단체교섭이 결렬되더라도 강제중재에 의해 노동조합의 쟁의행위를 봉쇄하면서 그들의 주장대로 중재재정이 이루어질 것을 기대하기 때문에 단체교섭에 성실하게 임하지 아니할 가능성이 많다는 점도 간과하여서는 아니될 것이다.

그러므로 공익사업체에 종사하는 근로자들의 단체행동권을 제한한 것에 대한 대상조치(代償措置)가 마련되어 있는 이상 이 사건 법률조항이 공익사업체 근로자의 단체행동권을 침해하는 것이 아니라는 주장은 현행 강제중재제도의 위와 같은 측면을 무시한 피상적인 이론이라고 할 것이다.

④ 근로자와 사용자가 합의하여 공동으로 중재신청을 하는 것이 아니라 행정청 또는 노동위원회가 일방적으로 강제중재회부 여부의 문제를 결정할 수 있도록 하는 제도는 노·사 양측에 대한 국가 또는 노동위원회의 중립성, 나아가서는 그 신뢰성을 뒤흔들 가능성이 있기 때문에 최대한 그 사용이 억제되어야 한다. 그럼에도 불구하고 노동쟁의조정법 제30조 제3호는 사업장의 성격이 법률이 정하는 공익사업으로서의 성격을 띠는 경우에는 별다른 가중요건도 없이 노동위원회가 직권 또는 행정관청의 요구에 기한 결정으로 중재에 회부할 수 있게 함으로써 강제중재가 최후수단으로서의 성격을 띠는 것이 아니라, 행정청이 필요에 따라 간이하게 동원할 수 있는

일반적 수단으로 변질될 가능성을 안고 있다.

⑤ 더구나 현행 노동쟁의조정법상 노동부장관은 쟁의행위가 공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 크거나 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에는 미리 중앙노동위원회의 의견을 들어 긴급조정의 결정을 할 수 있고(제40조 제1항, 제2항), 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 공표일로부터 20일간은 쟁의행위가 금지된다(제41조). 한편 중앙노동위원회는 노동부장관으로부터 긴급조정의 통고를 받은 때에는 지체없이 조정을 개시하여야 하며(제42조), 조정이 성립될 가망이 없다고 인정한 경우에는 긴급조정의 통고를 받은 날부터 10일 이내에 그 사건을 중재에 회부할 것인가의 여부를 결정하여야 한다(제43조). 또한 중앙노동위원회는 당해 관계당사자의 쌍방이나 일방으로부터 중재신청이 있거나 직권중재회부의 결정을 한 때에는 지체없이 중재를 행하여야 한다(제44조).

따라서 현행법 하에서 공익사업에 있어서 행정관청으로서는 이 사건 심판대상 규정인 노동쟁의조정법 제30조 제3호에 의하여 쟁의행위 돌입 이전 또는 그 이후에 강제중재에 회부하여 쟁의행위를 원천적으로 또는 사후적으로 봉쇄할 수도 있고, 쟁의행위 돌입 후에는 같은 법 제40조 제1항, 제43조, 제44조에 의하여 그것이 국민생활의 안전을 위태롭게 할 경우에는 먼저 긴급조정에 회부하고 긴급조정이 성립하지 않을 경우에는 강제중재에 회부함으로써 쟁의행위를 사후적으로 봉쇄할 수 있는 두 가지 길이 열려 있다. 또한 공익사업에 있어서의 쟁의행위가 국가경제나 국민의 일상생활에 위해를 가할 우려가 있으므로 이를 제한하는 것이 타당하다고 하더

라도, 위 법 제30조 제3호의 강제중재제도가 없어도 위 법 제 40조 이하에 규정된 긴급조정과 이에 따른 강제중재제도에 의하여 공익사업에서의 쟁의행위를 필요한 경우에 봉쇄할 수도 있으므로 공익사업의 쟁의가 바로 국민경제나 국민의 일상생활에 위해를 미칠 가능성은 없다고 할 것이다. 이와 같이 긴급조정 후의 강제중재제도가 존재하고 있음에도 불구하고 긴급조정을 하여야 할 정도의 심각성이 없는 경우까지 단순히 공익사업이라는 이유만으로 강제중재에 회부하도록 되어 있는 노동쟁의조정법 제30조 제3호는 공익사업 근로자들의 단체행동권을 필요 이상으로 제한하는 것이다.

그밖에도 근로자의 단체행동권은 그 목적과 수단이 상당한 관계를 유지하도록 행사되어야 한다는 점에서 내재적 제약을 받고 있을 뿐만 아니라, 공익사업체의 근로자들은 현대생활에 불가결한 요소들을 관리·공급하고 있으므로 공익사업체의 근로자들에게 원칙적으로 파업권 등 단체행동권을 인정하면서도 그 파업이 미치는 효과를 감안하여 단체행동의 범위와 형태를 제한함으로써, 예를 들면 병원근로자들에게 원칙적으로 단체행동권을 인정하면서도 응급환자와 중환자에 대해서는 진료거부를 하지 못하도록 한다든가 전기·가스·수도물의 계속적 공급까지는 거부하지 못하도록 하는 것과 같이, 단체행동으로 인한 국민생활의 불편을 줄이는 등 근로자의 단체행동권과 공익을 모두 적절하게 실현시킬 수 있는 방안이 있을 수 있다. 사실적인 측면에서 보더라도 공익사업체 근로자들은 그 단체행동의 파급효과로 인한 예상되는 여론의 질타를 피하고 자신들의 요구조건을 관철함에 있어서 여론의 뒷받침을 받기 위해서는 오히려 자신들이 갖고 있는 최후의 수단을 실제로 사용하는 것

을 자제할 수밖에 없기 때문에 공익사업체의 근로자들에게 단체행동권을 인정한다고 하여 바로 현대 산업사회의 도시생활에 불가결한 공급체계의 혼란을 피할 수 없다고 보는 것은 설득력이 별로 없다. 사정이 이러함에도 불구하고 일률적으로 공익사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 강제중재제도에 의하여 사실상 박탈하는 것은 근로자의 단체행동권을 필요 이상으로 제한하는 것이다.

그렇다면 노동쟁의조정법 제30조 제3호는 최소침해의 원칙에 위반된다고 할 것이므로 헌법이 제33조 제1항에서 보장된 근로자의 권리의 본질적 내용을 침해하는 여부를 가릴 필요도 없이 단체행동권을 필요 이상으로 과잉제한하여 헌법에 위반된다.

다) 뿐만 아니라, 위 법 제30조 제3호는 관계당사자가 합의 또는 단체협약에 기한 중재신청을 하지 아니하였고 긴급조정절차를 거친 경우가 아닌데도 불구하고, 단순히 공익사업이라는 이유로 노동위원회의 직권이나 행정관청의 요청에 의한 강제중재에 의하여 근로자의 단체행동권의 행사를 사실상 제한함으로써 일반사업에 종사하는 근로자와 공익사업에 종사하는 근로자를 차별대우하고 있다.

그러나 공익사업체에 종사하는 근로자와 기타 사업체의 근로자를 단체행동권 행사와 관련하여 차별하는 근거는 공익사업체에 종사하는 근로자의 파업 등 단체행동으로 인한 국민생활에 대한 위해나 경제활동에 대한 저해의 방지 등에 있다고 할 것이지만 이러한 사유가 근로자의 사용자에 대한 실질적 대등성을 확보하는 데 불가결한 공익사업체 근로자의 단체행동권을 사실상 박탈하는 것을 정당화할 정도로 중대한 비중을 갖는다고 보기 어렵다.

한편 중재재정에 의하여 공익사업에 종사하는 근로자들의 단체행동권이 일반근로자의 단체행동권에 비하여 강하게 제한된다고 하더라도 중재위원회가 독립적이고 전문적인 행정위원회로서 중립적인 입장에서 중재재정을 내리는 것이므로 이 사건 규정에 의하여 제한되는 공익사업근로자의 단체행동권에 대하여 사회관념상 상당한 대상조치가 될 수 있어 평등권을 침해하지 아니한다는 주장도 제기될 수 있지만, 그러한 논리에 의한다면 위와 같은 중재위원회에서 중재재정을 내리는 한 단체행동권은 필요없다는 결과가 되어 버리고, 나아가 공익사업의 쟁의뿐만 아니라 모든 사업장의 쟁의에 있어서도 중재제도로써 단체행동권에 갈음할 수 있다는 것이 되어 버린다는 점에서 그러한 주장은 설득력이 없다고 할 것이다.

그러므로 노동쟁의조정법 제30조 제3호는 헌법 제11조 제1항에 정한 평등의 원칙에도 위배된다고 할 것이다.

4) 강제중재시 쟁의행위금지와 그 위반자 처벌의 위헌성

노동쟁의조정법 제31조는 같은 법 제30조에 의한 중재개시의 쟁의행위금지효과를 정하는 규정이고, 같은 법 제47조의 "제31조"에 관한 부분은 위 제31조에 정하여진 중재개시의 효과(쟁의행위의 금지)에 위배되는 행위 등을 한 자에 대한 처벌규정이다.

그런데 위 각 법 조항에 대한 이 사건 위헌심판청구는 모두 같은 법 제30조 제3호에 의한 강제중재와 관련된 것이므로, 이 사건에 있어서 위 각 법조의 위헌 여부 및 그 범위는 위 제30조 제3호의 위헌 여부에 따라 필연적으로 결정되는데, 한편 위 제30조 제3호가 공익사업에 종사하는 근로자들의 헌법상 보장된 단체행동권을 과잉제한하여 헌법에 위반되는 것임은 위에서 본 바와 같다.

따라서 위 법 제31조 중 쟁의행위가 같은 법 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분과 위 법 제47조의 "제31조" 부분 중 같은 법 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분은 헌법에 각 위반된다고 판단된다.

5. 결 론

그러므로 노동쟁의조정법 제4조 제5호의 방송사업에 관한 부분은 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의하여 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이고, 같은 법 제30조 제3호, 그리고 제31조와 제47조의 "제31조" 부분 중 각 위 제30조 제3호에 의하여 중재에 회부된 때에 관한 부분에 대하여는 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 신창언 등 4명이 헌법에 위반되지 아니한다는 의견이고, 재판관 김진우, 재판관 황도연, 재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 고중석 등 5명이 헌법에 위반된다는 의견이나, 위와 같은 위헌론에 찬성한 재판관은 5인이어서 다수의견이기는 하지만 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정의 정족수에 이르지 못하여 헌법에 위반되지 아니한다고 선고할 수밖에 없으므로 이에 주문과 같이 결정한다.

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
주 심	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연

재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

(별지) 생략

주세법 제38조의 7 등에 대한 위헌제청

(1996. 12. 26. 96헌가18 전원재판부)

[판례집 8권 2집, 680~714]

【관시 사항】

가. 위헌법률심판절차에 적용되는 위헌심사의 기준

나. 주세법의 自道燒酒 購入命令制度가 헌법에 위반되는지 여부

【결정 요지】

가. 헌법재판소는 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성을 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적 관점에서 심사한다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 오로지 심판의 대상인 법률조항이지 위헌심사의 기준이 아니다.

나. (1) 헌법 제119조 제2항은 독과점규제라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 명문화하고 있다. 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하게 하는 방법이어야 한다. 그러나 주세법의 구입명령제도는 전국적으로 자유경쟁을 배제한 채 지역할거주의로 자리잡게 되고 그로써 지역 독과점현상의 고착화를 초래하므로, 독과점규제란 공익을 달성하기에 적절한 조치로 보기 어렵다.

(2) 헌법 제123조가 규정하는 지역경제육성의 목적은 일차적으로 지역간의 경제적 불균형의 축소에 있다. 입법자가 개인의 기본권침해를 정당화하는 입법목적으로서의 지역경제를 주장하기 위하여는 문제되는 지역의 현존하는 경제적 낙후성이라든지 아니면 특정 입법조치를 취하지 않을 경우 발생할 지역간의 심한 경제적 불균형과 같은 납득할

수 있는 구체적이고 합리적인 이유가 있어야 한다. 그러나 전국 각도에 균등하게 하나씩의 소주제조기업을 존속케 하려는 주세법에서는 수정되어야 할 구체적인 지역간의 차이를 확인할 수 없고, 따라서 1도1소주제조업체의 존속유지와 지역경제의 육성간에 상관관계를 찾아볼 수 없으므로 "지역경제의 육성"은 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 공익으로 고려하기 어렵다.

(3) 우리 헌법은 제123조 제3항에서 중소기업이 국민경제에서 차지하는 중요성 때문에 "중소기업의 보호"를 국가경제정책적 목표로 명문화하고, 대기업과의 경쟁에서 불리한 위치에 있는 중소기업의 지원을 통하여 경쟁에서의 불리함을 조정하고, 가능하다면 균등한 경쟁조건을 형성함으로써 대기업과의 경쟁을 가능하게 해야 할 국가의 과제를 담고 있다. 중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주내에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 한다. 중소기업의 보호란 공익이 자유경쟁질서안에서 발생하는 불리함을 국가의 지원으로 보완하여 경쟁을 유지하고 촉진시키려는데 그 목적이 있으므로, 구입명령제도는 이러한 공익을 실현하기에 적합한 수단으로 보기 어렵다.

(4) 따라서 구입명령제도는 소주판매업자의 직업의 자유는 물론 소주제조업자의 경쟁 및 기업의 자유, 즉 직업의 자유와 소비자의 행복추구권에서 파생된 자기결정권을 지나치게 침해하는 위헌적인 규정이다. 소주시장과 다른 상품시장, 소주판매업자와 다른 상품의 판매업자, 중소소주제조업자와 다른 상품의 중소제조업자 사이의 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없으므로 이 사건 법률조항은 평등원칙에도 위반된다. 지방소주제조업자는 신뢰보호를 근거로 하여 구입명령제도의 합헌성을 주장할 수는 없다 할 것이고, 다만 개인의 신뢰는 적절한 경과규정을 통하여 고려되기를 요구할 수 있는데 지나지 않는다.

재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석의 반대의견

나. (1) 주류제조·판매와 관련되는 직업의 자유 내지 영업의 자유에 대하여는 폭넓은 국가적 규제가 가능하고 또 입법자의 입법형성권의 범위도 광범위하게 인정되는 분야라고 하지 않을 수 없다. 구입명령제도는 독과점규제와 지역경제육성이라는 헌법상의 경제목표를 실현코자 하는 것이므로 정당한 입법목적에 가진 것이라 아니할 수 없고, 또 그 입법 목적을 달성하기에 이상적인 제도라고까지 할 수 없을 지라도 다수의견과 같이 전혀 부적합한 것이라고는 단정할 수 없다.

(2) 독과점규제의 궁극목표가 경쟁질서의 유지라는 점에는 이론의 여지가 있을 수 없겠지만, 경우에 따라서는 경쟁을 다소 완화하여 시장지배자로부터 약자를 보호하는 정책도 훌륭한 독과점규제책이 될 수 있다. 다수의견은 구입명령제도로 말미암아 전국적 자유경쟁이 배제되고 지역적 독과점현상의 고착화를 초래한다고 주장하나, 이는 구입명령제도가 폐지되는 경우에는 지역적 독과점현상 대신에 그 보다 더 경계해야 할 전국적 독과점현상이 나타나게 된다는 점을 간과하고 있는 것이다.

(3) 지역경제의 육성이라 함은 경제력이 전국적으로 균형있게 배분된 상태를 지향하는 모든 노력을 이르는 말이라 할 것인데, 이에 각 지역간의 경제력의 수준을 살펴 그 중 낙후한 지역의 경제력을 향상시키는 일뿐만 아니라 수도권에 비해 상대적으로 경제력이 미약한 수도권 이외의 나머지 지역의 경제력을 향상시키는 일도 포함된다고 보아야 한다. 이 사건 구입명령제도를 통하여 경쟁으로부

터 보호되는 소주제조업체의 소재지는 모두 수도권 이외의 지역인바, 이 지역에 각 하나씩의 소주제조업체가 도산하지 않고 건실하게 사업을 할 수 있도록 보호해주는 것만으로도 헌법상의 지역경제육성의 목적에 부합하는 것이다.

(4) 소주에 대하여는 그 특성상 국민보건에 직접적 영향을 미치는 상품이어서 강한 규제를 하지 않을 수 없고, 구입명령제도는 대기업 제조업자의 독과점을 막고 지역소주제조업자를 보호함으로써 독과점규제와 지역경제육성이라는 헌법상의 경제목표를 구체화하고자 하는 제도이므로 이 제도로 인하여 약간의 차별이 생긴다고 하여도 그 차별에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이고, 여러 가지 사정을 입법정책적으로 고려하여 입법형성권의 범위내에서 입법한 것으로서 헌법 제37조 제2항이 정한 한계내에서 행한 필요하고 합리적인 기본권제한이라고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

제 청 법 원 대전고등법원(96부90)
제청신청인 주식회사 ○○상 사
 대리인 변호사 이○후 외 4인
관 련 사 건 대전고등법원 96구2093 주류판매업정지처분취소

【참조 조문】

헌법 제37조 제2항, 제119조, 제123조

주세법 제21조 (징수방법) ①주세는 제조장으로부터 출고한 주류의 식량 또는 가격에 응하여 제조자로부터 징수한다. 다만, 보세구역으로부터 반출하는 주류에 대하여는 반출한 식량 또는 가격에 따라 반출자로부터 징수한다.

②삭제<1967.11.29>

주세법 제38조 (납세증명표식) ①국세청장은 주세보전상 필요하다고 인정하는

때에는 대통령이 정하는 바에 의하여 출고하는 주류의 용기에 납세 또는 면세사실을 증명하는 표식(이하 "납세증명표식"라 한다)을 하게 할 수 있다.

독점규제및공정거래에관한법률 제1조 (목적) 이 법은 사업자의 시장지배적지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

【주 문】

주세법(1950. 4. 28. 법률 제132호 제정, 1995. 12. 29. 법률 제5036호 최종 개정) 제38조의 7 및 제18조 제1항 제9호는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 정부가 70년대초부터 전국에 400여개의 소주업체가 난립한 소주시장을 1도1사의 원칙을 최종목표로 하여 통폐합정책을 추진한 결과 소주제조업자의 수는 1981년에 현재의 10개업체로 통합·축소되었다. 한편 정부는 소주제조업체의 통폐합정책을 추진함과 아울러 소위 특정업체의 독과점방지와 지방산업의 균형발전을 위하여 1970년에는 소주용주정배정제도를 도입하였고 1976년부터는 자도소주구입제도(1976. 6. 24. 국세청훈령 제534호)를 시행하였다. 주정배정제도는 정부가 주정총수요량을 소주회사별로 전년도 소주출고실적에 비례하여 배분함으로써 경쟁을 제한하려는 정책이고, 이 제도와 함께 시행된 자도소주구입제도 또한 소주도매업자로 하여금 그 영

업장소소재지에서 생산되는 자도소주를 의무적으로 총구입액의 100분의 50 이상을 구입하도록 제도화함으로써 경쟁을 억제하고 소주시장의 현상태를 유지하는데 기여하였다.

한편 경제행정규제완화위원회가 1990. 5. 소비자에 대한 서비스를 향상하고 자유경쟁을 통한 주류산업의 경쟁력을 제고하기 위하여 주류산업에 대한 규제를 완화하기로 결정함에 따라 일정한 경과기간을 거쳐 자도소주구입제도는 1991년말에, 주정배정제도는 1992년말에 각 폐지되었다. 그러나 자도소주구입제도는 1995. 8. 4. 공포되어 1995. 10. 1.부터 시행된 주세법 중 개정 법률(법률 제4956호)에 의하여 신설된 주세법 제38조의 7 규정에 따라 다시 되살아 났고, 위 법률조항은 1995. 12. 29. 법률 제5036호로 개정되어 1996. 1. 1.부터 시행되었다.

(2) 제청신청인 주식회사 ○○상사는, 천안세무서장이 제청신청인의 주세법 제38조의 7 위반을 이유로 주세법 제18조 제1항 제9호에 근거하여 한 주류판매업정지처분에 대하여, 그 취소를 구하는 주류판매업정지처분취소의 행정소송을 제기하였다. 대전고등법원은 이 사건(96구2093)을 심리하던 중 제청신청인이 주세법 제38조의 7 및 제18조 제1항 제9호가 위헌법률이고, 그 위헌 여부가 이 사건의 재판의 전제가 된다면 신청한 위헌법률심판제청신청(96부90)을 받아들여, 1996. 7. 16. 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 주세법(1950. 4. 28. 법률 제132호 제정, 1995. 12. 29. 법률 제5036호 최종 개정) 제38조의 7 및 제18조 제1항 제9호가 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제38조의 7 (희석식소주의 자도소주 100분의 50이상 구입명령)

① 국세청장은 주류판매업자(주류중개업자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여 매월 제3조의 3 제2호에 규정하는 희석식소주의 총구입액의 100분의 50 이상을 당해 주류판매업자의 판매장이 소재하는 지역(서울특별시·인천광역시 및 경기도, 대구광역시 및 경상북도, 광주광역시 및 전라남도, 대전광역시 및 충청남도)는 이를 각각 1개 지역으로 보며, 부산광역시와 그 밖의 도는 이를 각각 별개의 지역으로 본다. 이하 이 조에서 같다)과 같은 지역에 소재하는 제조장(제5조 제5항의 규정에 불구하고 용기주입제조자를 제외한다. 이하 이 항에서 같다)으로부터 구입하도록 명하여야 한다.

② 제1항의 구입명령은 직전년도의 전국시장점유율이 100분의 10 이상인 제조업자가 소재하는 지역내의 주류판매업자에 대하여는 이를 적용하지 아니한다.

③ 제1항 내지 제2항의 규정에 의한 자도소주 구입비율 계산에 있어서는 수출분을 포함하지 아니하고 수입분을 포함한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 자도소주구입에 관하여 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제18조 (주류판매정지 또는 면허취소)

① 주류의 판매업자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 대통령령이 정하는 구분에 의하여 관할세무서장은 그 판매업을 정지처분하거나 그 면허를 취소하여야 한다.

1. 내지 8. 생략

9. 제38조의 7의 규정에 의한 구입명령을 위반한 때. 다만, 당해 판매업자가 소재하는 지역의 제조장의 생산량이나 출고

량이 현저히 감소하는 등 당해 판매업자에게 책임없는 사유로 구입하지 못하는 경우를 제외한다.

② 생략

참조조문

1995. 12. 29. 법률 제5036호로 개정되기 전의 주세법(1995. 8. 4. 법률 제4956호) 제38조의 7 (희석식 소주의 자도소주 100분의 50 이상 구입명령)

① 국세청장은 제3조의 3 제2호에 규정하고 있는 희석식소주의 원거리 판매와 과당경쟁으로 야기되는 물류비증가와 교통량체증을 방지하고 주세보전을 기하기 위하여 주류판매업자(주류중개업자를 포함한다)에 대하여 매월 동주류 총구입액의 100분의 50 이상을 당해 판매업자가 소재하는 도내(서울특별시는 인천광역시와 경기도를, 대구광역시는 경상북도를, 광주광역시는 전라남도를, 대전광역시는 충청남도를 포함한다)의 제조장으로부터 구입하도록 명령하여야 한다.

② 전항의 구입명령은 전국시장점유율이 100분의 10 이상인 제조업자가 소재하는 도내(특별시와 광역시를 포함한다)의 주류판매업자와 주류중개업자에 대하여는 적용하지 아니한다.

③ 제1항 내지 제2항의 규정에 의한 자도소주 구입비율 계산에 있어서는 수출분을 포함하지 아니하고 수입분을 포함한다.

④ 제1항 내지 제3항 외에 자도소주 구입에 대해 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 제정법원의 제청이유와 제청신청인의 제청신청이유

가. 희석식소주의 자도소주구입명령을 규정한 주세법 제 38조의 7 및 위 법률조항에 의한 구입명령을 위반한 때 판매업 정지처분 또는

먼저취소처분을 하도록한 같은 법 제18조 제1항 제9호(이하 주세법 제38조의 7 및 제18조 제1항 제9호를 통털어 "이 사건 법률조항"이라 한다)는 주류판매업자가 구입, 판매할 소주의 종류와 양을 스스로 선택, 결정할 권리를 침해하는 것으로서 헌법 제15조에 규정된 직업선택의 자유를 구성하는 영업의 자유의 본질적 부분을 침해하는 것이다.

이 사건 법률조항이 규정한 자도소주구입명령제도(이하 "구입명령제도"라 한다)는 소주의 제조업자와 주류판매업자를, 자도주 구입의무가 부과된 주류판매업자와 그러한 의무가 부과되지 않은 주류판매업자를, 그리고 주류판매업자와 주류 이외의 다른 업계의 판매업자를 합리적인 이유없이 차별함으로써 헌법 제11조가 보장하는 평등권을 침해하고 있다.

나. 구입명령제도는 주류판매업자의 계약상대방, 구매여부, 구매수량을 영업상의 판단과 창의에 의하여 자율적으로 결정할 권리를 제한하여, 헌법 제119조 등이 보장하고 있는 계약의 자유, 기업의 자유 및 경제활동의 자유를 침해하는 것이다. 또한 구입명령제도는 헌법 제119조에서 규정하는 독점규제 및 시장지배, 경제력남용의 방지조항에 위배하여 특정지역에 소재하는 희석식소주제조업자에게 적어도 50% 이상의 시장점유율을 보장하고 있는 것으로서, 그 입법의 목적으로 주장되는 물류비용의 증가, 교통체증의 방지, 주세보전이라는 이유가 상당성이 없을 뿐 아니라 독점규제, 중소기업보호·육성, 지역경제의 육성과도 무관하며, 지방소주제조업체에 대한 세제지원, 자금지원 등과 같은 보다 덜 침해적인 방법을 선택하지 아니하고 계약의 자유와 기업의 자유의 본질적인 부분을

침해함으로써 헌법 제37조 제2항에 위배되는 과도한 제한을 가하고 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이다.

3. 판 단

가. 주세법의 입법목적과 입법형성의 자유

(1) 주류는 이를 과도하게 소비하거나 절제하지 아니하면 소비자의 건강을 해침은 물론 제3자에게 피해를 줄 뿐만 아니라 사회의 생산성을 저해하여 국민경제에도 악영향을 미치며 사회적 비용을 증가시킨다. 따라서 먼저 국민보건이라는 공익을 위하여, 그리고 국가의 재정확보를 위한 주세보전을 목적으로 이에 대한 규제를 할 필요가 있다. 그러므로 세계 각국에서의 주류산업에 대한 규제는 국민보건과 재정의 확보를 위한 주세보전을 목적으로 하되, 특히 국민보건의 측면에서 주류소비량을 억제하거나 주종에 따른 주세의 차별적 부과, 광고와 판매시간의 차별적 규제 등을 통하여 고알코홀주류에서 저알코홀주류로 소비형태의 변화를 유도하려는 것을 주된 목적으로 한다. 주류산업에 대한 이러한 규제의 목적은 구체적인 실현수단인 규제의 형태에 있어서도 잘 나타나 있다.

일반적으로 고알코홀증류주에 한하여 정부가 주류의 제조·판매의 과정에 직접 개입하여 주류의 유통을 효율적으로 관리함으로써 주류소비량의 억제 내지는 적정유지 및 정확한 세원확보를 목적으로 하는 전매제도를 시행하고 있는 국가가 있는가 하면, 주류전매제를 시행하지 않는 경우에도 이를 대신하는 주류의 제조 및 판매에 관한 다양한 면허제도, 미성년자의 음주를 방지하기 위한 음주허용연령의 법적 규제, 광고를 통하여 주류소비를 조장하는 효과를 제한·방지하기 위한 광고의 규제, 주류의 무분별한 과소비를 막기

위한 판매시간의 규제 등 각 나라마다 국민의 음주습관과 사회·문화적 여러 요소를 고려하여 다양한 규제정책을 시행하고 있다. 현행의 주세법도 제정의 연혁과 그 내용에 의하면 주류가 국민건강에 미치는 영향이 크고, 국가의 재정에도 직접 영향을 미치는 것이기 때문에 다른 상품과는 달리 특별히 법률을 제정하여 주류의 제조 및 판매에 걸쳐 폭넓게 국가의 규제를 받도록 하고 있다. 따라서 입법자는 주류에 대하여 "국민보건"과 "세수확보"를 위한 규제에 있어서는 일반 상품과는 달리 광범위한 입법형성의 자유를 가진다 할 것이다..

(2) 그러나 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 판매업자에게 자도소주의 구입의무를 부과하고 이로써 결과적으로 소비자에게 자도주의 구매를 일정비율 강제하는 내용의 것이므로 국민보건과는 관계가 없음이 명백하고, 국가의 세수확보의 측면에서도 아래에서 보는 바와 같이 주세를 제조자로부터 직접 징수하는 것에 비추어 국세보전에 도움이 되는 것도 아니므로 국민보건과 세수의 보전을 위하여 시행되는 주류산업에 대한 일반적인 규제와는 그 법적 성격이 다른 특수한 것이다.

나. 직업의 자유와 소비자의 자기결정권의 침해 여부

(1) 문제의 제기

① 헌법재판소는 헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호에 의한 위헌법률심판절차에 있어서 규범의 위헌성을 제청법원이나 제청신청인이 주장하는 법적 관점에서만이 아니라 심판대상규범의 법적 효과를 고려하여 모든 헌법적인 관점에서 심사한다. 법원의 위헌제청을 통하여 제한되는 것은 오로지 심판의 대상인 법률조항

이지 위헌심사의 기준이 아니다. 따라서 이 사건에서의 헌법적 심사는 심판대상인 주세법규정이 주류판매업자에 미치는 기본권 제한적 효과에 한하지 아니하고, 그 외의 관련자인 주류제조업자나 소비자에 대한 심판대상규범의 효과까지 헌법적 관점에서 심사하여야 한다.

② 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 소주판매업자에게 자도소주의 구입의무를 부과함으로써, 어떤 소주제조업자로부터 얼마만큼의 소주를 구입하는가를 결정하는 직업활동의 방법에 관한 자유를 제한하는 것이므로 소주판매업자의 "직업행사의 자유"를 제한하는 규정이다. 또한 구입명령제도는 비록 직접적으로는 소주판매업자에게만 구입의무를 부과하고 있으나 실질적으로는 구입명령제도가 능력경쟁을 통한 시장의 점유를 억제함으로써 소주제조업자의 "기업의 자유" 및 "경쟁의 자유"를 제한하고, 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 것을 제약함으로써 소비자의 행복추구권에서 파생되는 "자기결정권"도 제한하고 있다.

직업의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나가 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다. 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다. 소비자는 물품 및 용역의 구입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 소비자가 시장기능

을 통하여 생산의 종류, 양과 방향을 결정하는 소비자주권의 사고가 바탕을 이루는 자유시장경제에서는 경쟁이 강화되면 될수록 소비자는 그의 욕구를 보다 유리하게 시장에서 충족시킬 수 있고, 자신의 구매결정을 통하여 경쟁과정에 영향을 미칠 수 있기 때문에 경쟁은 또한 소비자보호의 포기할 수 없는 중요 구성부분이다.

③ 기본권인 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 저촉되지 아니하기 위하여는 그 기본권의 침해가 합리적이고 이성적인 공익상의 이유로 정당화할 수 있어야 한다. 물론 입법자는 경제정책의 목표와 그 목표를 달성하기 위하여 적합한 수단을 결정하는데 있어서 광범위한 형성의 자유가 부여되고, 또한 경제정책적 조정조치를 통하여 시장경제의 자유로운 힘의 대결을 수정할 수 있다. 그러나 자유로운 직업행사에 대한 침해는 그 침해가 공익상의 충분한 이유로 정당화되고 또한 비례의 원칙을 준수하여야 비로소 직업의 자유와 조화될 수 있다. 즉 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적의 달성하기에 적정해야 하고, 입법 목적을 달성하기 위하여 똑같이 효율적인 수단 중에서 기본권을 되도록 적게 침해하는 수단을 사용하여야 하며, 침해의 정도와 공익의 비중을 전반적으로 비교형량하여 양자사이에 적정한 비례관계가 이루어져야 한다.

우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 "균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등"의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 "공익"을 구체화하고, 동시에 헌법 제

37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보에서의 "공공복리"를 구체화하고 있다. 그러나 경제적 기본권의 제한을 정당화하는 공익이 헌법에 명시적으로 규정된 목표에만 제한되는 것은 아니고, 헌법은 단지 국가가 실현하려고 의도하는 전형적인 경제목표를 예시적으로 구체화하고 있을 뿐이므로 기본권의 침해를 정당화할 수 있는 모든 공익을 아울러 고려하여 법률의 합헌성 여부를 심사하여야 한다.

(2) 구입명령제도와 주세보전, 물류비증가와 교통량체증의 방지

① 1995. 12. 29. 법률 제5036호로써 개정되기 전의 주세법 제38조의 7 제1항은 "국세청장은 제3조의 3 제2호에 규정하고 있는 희석식소주의 원거리 판매와 과당경쟁으로 야기되는 물류비증가와 교통량체증을 방지하고 주세보전을 기하기 위하여 주류판매업자에 대하여 구입하도록 명하여야 한다"고 규정하여 이 사건 법률조항의 제정목적이 "물류비증가와 교통량체증을 방지하고 주세보전"을 기하기 위한 것임을 밝히고 있다. 그러므로 먼저 이 사건 법률조항이 과연 위에서 밝힌 입법목적은 달성하기 위한 적절한 조치인지의 여부에 관하여 본다.

② 구입명령제도는 "주세보전"의 입법목적은 달성하기에 적절한 조치가 아니다.

주세는 제조장으로부터 출고한 주류의 수량 또는 가격에 응하여 제조자로부터 징수한다(주세법 제21조). 주세의 보전을 위하여 필요한 경우에는 국세청장은 주류판매업자에 대하여 저장, 양도, 양수, 이동, 설비, 또는 가격에 대하여 원료, 품질, 시기, 방법, 상대방 기타의 사항에 관하여 명령을 할 수 있도록 하고 있다(주세법 제38

조, 같은 법 시행령 제57조).

따라서 주세는 제조장으로부터 출고한 주류의 수량 또는 가격에 따라 제조자로부터 징수되므로 소주판매업자가 어느 소주제조업자로부터 구입하는가와 관계없이 징수가 가능하기 때문에 이 사건 법률조항은 주세보전과는 아무런 관계가 없다.

③ 구입명령제도가 물류비증가와 교통량체증의 방지에 적정하고 필요한 수단인가 하는 것은 별론으로 하더라도, 구입명령제도의 도입을 통하여 달성하려는 성과가 직업의 자유에 대한 침해의 정도와 현저한 불균형을 이루고 있다. 입법을 통하여 달성하려는 공익은 그 중요성에 있어서 기본권침해의 정도와 적정한 비례관계를 유지하여야 한다. 그러나 소주제품에만 국한된 자도 소주구입명령제도는 현재 우리 나라의 전체 물동량에 비추어 물류비증가 및 교통량체증을 방지하는 효과가 작은데 반하여, 이로써 소주판매업자, 제조업자, 소비자의 기본권을 침해하는 정도와 침해의 효과는 상당히 크다. 특히 소주판매업자의 경우 자도의 소주제조업자로부터 의무적으로 반 이상의 자도소주를 구입해야 하고 또한 구입의무에 대응하는 계약체결의 강제를 법률이 규정하고 있지도 아니하므로 이에 따른 지방소주제조업자의 거의 독점적 지위로 말미암아 소주판매업자의 제조업자에 대한 의존의 정도가 매우 크고 경제적 활동의 자유에도 큰 제약을 받게 된다. 따라서 구입명령제도가 물류비증가 및 교통량체증의 방지에 기여하는 정도는 비교적 작은데 반하여 그로 말미암아 특히 소주판매업자의 경우에는 상대적으로 심각한 기본권침해를 가져오므로 침해를 통하여 얻는 성과와 침해의 정도가 합리적인 비례관계를 벗어났다고 아니 할 수 없다.

(3) 구입명령제도와 독과점규제

① 헌법 제119조 제2항은 "국가는 ...시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하기 위하여 ...경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다"고 규정함으로써, 독과점규제라는 경제정책적 목표를 개인의 경제적 자유를 제한할 수 있는 정당한 공익의 하나로 명문화하고 있다. 국가목표로서의 "독과점규제"는 스스로에게 맡겨진 경제는 경제적 자유에 내재하는 경제력집중적 또는 시장지배적 경향으로 말미암아 반드시 시장의 자유가 제한받게 되므로 국가의 법질서에 의한 경쟁질서의 형성과 확보가 필요하고, 경쟁질서의 유지는 자연적인 사회현상이 아니라 국가의 지속적인 과제라는 인식에 그 바탕을 두고 있다. 독과점규제는 국가의 경쟁정책에 의하여 실현되고 경쟁정책의 목적은 공정하고 자유로운 경쟁의 촉진에 있다. 독점규제의 목표는 독점규제및공정거래에관한법률(이하 "독점규제법"이라 한다)이 그 규제의 목표를 보다 구체화하고 있는바, 독점규제법 제1조는 "사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 부당한 공동행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모함을 목적으로 하고 있다"고 규정하여 이 법의 입법목적을 밝히고 있다. 즉 국가의 경쟁정책은 시장지배적 지위의 남용방지, 기업결합의 제한, 부당한 공동행위의 제한 등을 통하여 시장경제가 제대로 기능하기 위한 전제조건으로서의 가격과 경쟁의 기능을 유지하고 촉진하려고 하는 것이다. 따라서 독과점규제의 목적이 경쟁의 회복에 있다면 이 목적을 실현하는 수단 또한 자유롭고 공정한 경쟁을 가능하

게 하는 방법이어야 한다.

② 그러나 이 사건 법률조항이 규정한 소주판매업자가 매월 소주류 총구입액의 100분의 50 이상을 자도소주로 구입하도록 하는 구입명령제도는 실질적으로는 지방소주제조업자에게 경쟁으로부터의 면제라는 특권을 부여하고, 그로 말미암아 기업의 능력과 관계없이 구입명령제도를 통하여 확보되고 유지되는 현상태에 안주하는 결과를 가져오게 한다. 결국 구입명령제도는 전국적으로 자유경쟁을 배제한 채 지역 나누어먹기 식의 지역할거주의로 자리잡게 하고, 그로써 지방소주업체들이 각 도마다 최소한 50%의 지역시장 점유율을 보유하게 하여 지역 독과점적 현상의 고착화를 초래하게 한다. 이로 말미암아 사실상 경쟁이 본래의 기능을 잃고, 경쟁을 통하여 얻으려는 효과는 얻을 수 없게 된다. 그러므로 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 지방소주업체를 경쟁으로부터 직접 보호함으로써 오히려 경쟁을 저해하는 것이기 때문에 공정하고 자유로운 경쟁을 유지하고 촉진하려는 목적인 "독과점규제"라는 공익을 달성하기 위한 적정한 조치로 보기 어렵다.

경쟁의 회복이라는 독과점규제의 목적을 달성할 수 있는 방법은 되도록 균등한 경쟁의 출발선을 형성함으로써 경쟁을 가능하게 하고 활성화하는 방법이어야 한다. 비록 소주시장에서 이미 시장지배적 지위가 형성되었거나 또는 형성될 우려가 있다고 하더라도, 구입명령제도는 독점화되어 있는 시장구조를 경쟁적인 시장구조로 전환시키기 위하여 적정한 수단으로 볼 수 없으므로 위 법률조항은 비례의 원칙에 위반된다.

(4) 구입명령제도와 지역경제의 육성

① 헌법 제123조는 농수산업정책, 지역적 경제촉진과 중소기업 정책의 필요성을 구체적으로 강조함으로써, 지역간의 경제적 차이를 조정하고, 국민경제적 이유에서 일정 경제부문이 변화한 시장조건에 적응하는 것을 용이하게 하거나 또는 경쟁에서의 상이한 조건을 수정하기 위하여, 경제적으로 낙후한 지역이나 일정 경제부문을 지원할 국가의 과제를 규정하고 있다. 즉 국가가 보조금이나 세제상의 혜택 등을 통하여 시장의 형성과정에 지역적으로 또는 경제부문별로 관여함으로써, 시장에서의 경쟁이 국가의 지원조치에 의하여 조정된 새로운 기초 위에서 이루어질 수 있도록 하는 것이 헌법 제123조의 목적이다.

헌법 제123조가 규정한 지역경제육성의 목적은 일차적으로 지역간의 경제적 불균형의 축소에 있다. 특히 농업과 수산업에 의존하는 지역이 지역적 경제구조에 있어서 심한 불균형을 나타내기 때문에 헌법 제123조 제1, 4, 5항에서 경제력이 일반적으로 전국 평균 이하인 농어촌 지역과 농·어업 경제부문에 대한 보호·육성을 강조하고 있다. 또한 "지역경제의 육성"의 목표는 경제적으로 낙후된 지역의 주민이 단지 경제적인 이유로 말미암아 경제력이 강한 지역으로 이주하도록 강요되어서는 아니되고, 그의 거주지역에서 생업에 종사할 수 있는 적절한 기회가 제공되어야 한다는 일반정책적인 고려에 따른 것이기도 하다. 이로써 국가지역정책은 농·어촌의 이주현상과 대도시에서의 지나친 인구집중을 방지하고 국토의 균형있는 인구분산을 이루게 함으로써, 궁극적으로 경제성장과 안정이라는 경제적 목표를 달성하는데 기여할 뿐만 아니라 전국적으로 균형있는 경제, 사회, 문화적 관계를 형성하는 사회정책적 목표를 촉

진토록 하는데 있다.

② 그러나 구입명령제도를 통하여 지방소주업체를 경쟁으로부터 보호하고 그 결과로 각 도에 하나씩의 소주제조기업이 존재한다는 것 그 자체만으로는 헌법 제123조의 "지역경제의 육성"이란 공익을 의미한다고 보기는 어렵다. 입법자가 개인의 기본권침해를 정당화하는 입법목적으로서의 "지역경제"를 주장하기 위하여는, 각 지역에 하나의 기업이 더 존재하는 것이 지역경제에 어떠한 의미로든 기여를 한다는 지극히 당연한 사실을 넘는, 문제되는 지역의 현존하는 경제적 낙후성이라든지 아니면 특정 입법조치를 취하지 않을 경우 발생할 지역간의 심한 경제적 불균형과 같은 납득할 수 있는 구체적이고 합리적인 이유가 있어야 한다. 왜냐하면 지역경제의 육성이란 한 마디로 지역간의 상이한 경제력과 경쟁조건의 수정과 조정을 그 목적으로 하기 때문이다. 그러나 전국 각도에 균등하게 하나씩의 소주제조기업을 존속케 하려는 주세법에서는 수정되어야 할 구체적인 지역간의 차이를 확인할 수 없고, 따라서 1도 1소주제조업체의 존속유지와 지역경제의 육성간에 상관관계를 찾아 볼 수 없으므로 "지역경제의 육성"은 이 사건 법률조항의 위 (1)에서 지적한 기본권침해를 정당화할 수 있는 공익으로 고려하기 어렵다고 할 것이다.

(5) 구입명령제도와 중소기업의 보호

① 우리 헌법은 제123조 제3항에서 중소기업을 보호·육성해야 할 국가의 과제를 부과하고, 같은 조 제5항에서는 국가는 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장해야 한다고 규정하고 있다. 중소기업은 생산과 고용의 증대에 기여

하고 대기업보다 경기의 영향을 작게 받으며, 수요의 변화에 적절히 대처하고 새로운 기술의 개발을 기대하게 할 뿐만 아니라 사회적 분업과 기업간의 경쟁을 촉진함으로써 전체국민경제에 크게 기여하고 있다. 그러나 중소기업은 대기업에 비하여 자금력, 기술수준, 경영능력 등에 있어서 열세하기 때문에 자력으로 는 경영의 합리화와 경쟁력의 향상을 도모할 수 없는 경우가 많다. 우리 헌법은 중소기업이 국민경제에서 차지하는 중요성 때문에 "중소기업의 보호"를 국가경제정책적 목표로 명문화하고, 대기업과의 경쟁에서 불리한 위치에 있는 중소기업의 지원을 통하여 경쟁에서의 불리함을 조정하고, 가능하면 균등한 경쟁조건을 형성함으로써 대기업과의 경쟁을 가능하게 해야 할 국가의 과제를 부과하고 있다. 중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로, 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주내에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 한다. 중소기업육성이란 공익을 경쟁질서의 테두리 안에서 실현해야 한다는 것은 독점규제법도 간접적으로 표현하고 있다. 즉 능력에 의한 경쟁을 원칙으로 하는 독점규제법에서는 단지, 제 19조 제1항 단서 및 제26조 제2항에서 중소기업의 경쟁력향상을 위한 경우에 한하여 공동행위와 사업자단체의 경쟁제한행위를 예외적으로 허용할 뿐, 중소기업을 경쟁으로부터 직접 보호하는 지원조치는 이를 찾아볼 수 없다.

② 중소기업 또한 대기업과 마찬가지로 경쟁에서 능력을 인정받고 시장에서의 자신의 위치를 관철해야 한다. 단지 대기업 및 재벌기업과의 경쟁에서 중소기업이 불리하다면, 불리한 경쟁조건을 완화하고 되도록이면 균등한 경쟁조건을 형성하는 수단을 통하여 조

정함이 마땅하다. 현상태의 유지를 법률의 형태로 보장함으로써 중소기업을 대기업과의 경쟁에서 제외하는 방법은 결코 바람직한 것이 못된다. 중소기업의 육성은 세법상의 혜택이나 중소기업기본법 등 중소기업지원을 위한 특별법에 규정된 특수한 중소기업육성책을 통하여 이루어져야 한다. 중소기업의 보호란 공익이 자유경쟁질서안에서 발생하는 중소기업의 불리함을 국가의 지원으로 보완하여 경쟁을 유지하고 촉진시키려는 데 그 목적이 있으므로, 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 이러한 공익을 실현하기에 적합한 수단으로 보기 어렵다. (따라서 구입명령제도에 의하여 혜택을 받는 지방소주제조업자들이 실제로 중소기업에 해당하는가 하는 것은 별도의 해명을 요하지 아니한다.)

(6) 소결론

일반적으로 고알콜주류에 국한하여 시행되는 일부 국가의 전매제도는 그 목적이 주류소비량의 억제 내지는 적정유지를 통하여 국민보건에 기여하고, 아울러 조세정책의 일환으로서 세수를 확보하려는데 있는 것이다. 그러나 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 앞서 본 바와 같이 오로지 일정 주류시장의 중소기업을 경쟁으로부터 보호하는 것을 목적으로 하는 것으로밖에 볼 수 없고, 달리 구입명령제도의 정당성을 인정할 수 있는 근거를 찾아 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 소주판매업자의 직업의 자유는 물론 소주제조업자의 경쟁 및 기업의 자유, 즉 직업의 자유와 소비자의 행복추구권에서 파생된 자기결정권을 지나치게 침해하는 위헌적인 규정이라 아니할 수 없다.

다. 평등권의 침해 여부

(1) 평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 의미와 목적을 "독과점규제 및 중소기업의 보호"로 볼 때, 그 중소기업이 주조회사나 다른 제조기업이나 하는 것은 본질적인 차이가 될 수 없고, 단지 기업의 형태가 중소기업이고 그 상품시장에 시장지배적 지위나 독과점적 현상이 존재한다는 것이라면, 주조회사와 다른 제조기업은 본질적으로 동일한 것으로 즉 법적으로 동일하게 판단해야 하는 것으로 된다.

구입명령제도는 "독과점규제와 중소기업의 보호"의 관점에서 시장지배적 재벌기업과 경쟁해야 하는 본질적으로 동일한 상황에 처한 다른 모든 중소기업을 제외하고 오로지 소주시장의 중소기업만을 보호하려고 하는 것이므로, 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도가 자의적인 것이 아니라고 하기 위하여는 이러한 차별을 정

당화할 수 있는 합리적인 이유가 존재해야 한다. 그러나 본질적으로 동일한 사실관계를 그 중소기업이 소주제조업자나 아니면 다른 제조업자나에 따라 달리 취급함에 있어서 객관적으로 납득할 만한 이유를 찾아 볼 수 없다. 지방의 소주제조업자를 구입명령제도를 통하여 꼭 존속시켜야 할 이유로는 오로지 지방의 소주제조업자의 존속 자체가 스스로 공익을 의미하는 경우, 예컨대 지역소주가 국가적으로 포기할 수 없는 전통적, 문화적 유산이라든지 아니면 국민일반의 이익을 위하여 불가결한 공익으로 격상한 경우를 생각해 볼 수 있으나, 소주는 그 어느 것에도 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 구입명령제도가 독과점규제와 중소기업의 보호란 입법목적을 실현하기 위한 수단이라면, 소주판매업자에 대하여만 구입의무를 부과함으로써 소주판매업자와 다른 상품의 판매업자를 서로 달리 취급하는 것을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 존재하지 않는다.

(3) 또한 생산자와 소비자 사이의 상품이동으로 말미암아 물류비증가와 교통량의 체증이 발생하는 것은 소주뿐이 아니라 다른 모든 다른 상품의 경우도 마찬가지이므로, 입법목적을 "물류비증가와 교통량체증의 방지"로 본다고 하여도 소주와 다른 상품, 따라서 소주판매업자와 다른 상품의 판매업자, 소주제조업자와 다른 상품의 제조업자를 구분하여 달리 규율할 합리적인 이유도 찾아 볼 수 없다.

(4) 따라서 소주시장과 다른 상품시장, 소주판매업자와 다른 상품의 판매업자, 중소소주제조업자와 다른 상품의 중소제조업자 사이의 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없으므로 결국 이 사건 법률조항은 평등원칙에도 위반된다.

라. 신뢰보호이익의 침해여부

(1) 신뢰보호의 문제는 법치국가에서 종래의 법적 상태에서 새로운 법적 상태로 이행하는 과정에서 불가피하게 발생하는 문제이다. 어떠한 사항에 대한 법적 문제를 장래에 새로이 규율하려는 거의 모든 법률은 이미 과거에 발생하였으나 아직도 지속되는 사실관계를 어떻게 규율할 것인가 하는 문제에 직면하게 된다. 이 경우 개인은 자신의 행위 및 결정의 기준으로 작용했던 일정한 법상태의 존속에 대한 신뢰가 보호되기를 요구하는 반면, 입법자는 공익의 실현을 목적으로 수시로 변화하는 사회상황에 적절히 적응할 수 있도록 법질서의 유동성에 의존하지 않을 수 없다. 따라서 당사자는 법치국가적 요청에 근거하여 입법자에게 어느 정도로 일정 법상태의 존속을 요구할 수 있는가, 다시 말하면 국가의 법률개정이익에 대하여 어느 정도로 자신의 신뢰보호를 요구할 수 있는가가 문제된다.

(2) 이 사건의 경우 국가가 장기간에 걸쳐 추진된 주정배정제도, 1도1사원칙에 의한 통폐합정책 및 자도소주구입명령제도를 통하여 신뢰의 근거를 제공하고 국가가 의도하는 일정한 방향으로 소주제조업자의 의사결정을 유도하려고 계획하였으므로, 자도소주구입명령제도에 대한 소주제조업자의 강한 신뢰보호이익이 인정된다. 그러나 이러한 신뢰보호도 법률개정을 통한 "능력경쟁의 실현"이라는 보다 우월한 공익에 직면하여 종래의 법적 상태의 존속을 요구할 수는 없다 할 것이고, 다만 개인의 신뢰는 적절한 경과규정을 통하여 고려되기를 요구할 수 있는데 지나지 않는다 할 것이다.

따라서 지방소주제조업자는 신뢰보호를 근거로 하여 결코 자도

소주구입명령제도의 합헌성을 주장하는 근거로 삼을 수는 없다 할 것이고, 주어진 경과기간이 장기간 경쟁을 억제하는 국가정책으로 인하여 약화된 지방소주제조업자의 경쟁력을 회복하기에 너무 짧다거나 아니면 지방소주업체에 대한 경쟁력회복을 위하여 위헌적인 것이 아닌 다른 적절한 조치를 주장할 수 있을 뿐이다.

4. 결 론

이러한 이유로 이 사건 법률조항 중 주세법 제38조의 7은 주류판매업자 및 소주제조업자의 직업의 자유 및 평등권과 소비자의 자기결정권을 침해하는 규정이므로 헌법에 위반되고, 같은 법 제18조 제1항 제9호는 위헌적인 법률조항을 근거로 이에 위반한 경우 주류판매업자에 대한 주류판매정지 또는 면허취소를 명하는 규정으로서 역시 헌법에 위반된다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석의 반대 의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형, 재판관 정경식, 재판관 고중석의 반대 의견

우리는 이 사건 법률조항이 주류판매업자 및 소주제조업자의 직업의 자유 및 평등권과 소비자의 자기결정권을 침해하는 규정으로서 헌법에 위반된다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 이 사건 법률조항이 규정한 구입명령제도는 입법자가 입법정책적으로 여러 가지 사정을 고려하여 입법형성권의 범위 내에서 채택한 것으로서 헌법에 위반되지 아니한다.

(1) 직업의 자유 중에서도 직업행사의 자유에 관하여는 직업선택

의 자유에 비하여 입법자에게 보다 폭넓은 형성의 자유가 인정되는 것으로서(당 재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정 등 참조), 직업행사의 자유는 공공복리를 합리적으로 고려하여 합목적적이라 판단되는 한 제한될 수 있으며, 다만 그 정도가 너무 지나쳐서 수인(受忍)할 수 없을 정도의 과잉제한은 허용되지 않을 뿐이다.

특히 주류, 그 중에서도 이 사건에서 문제되는 희석식소주와 같은 고도증류주는 국민보건에 직접적인 영향을 미치는 물품이라는 특성으로 인해 담배와 함께 생산, 유통의 전 과정에서 강한 국가적 규제를 받지 않을 수 없고, 세계각국의 주류산업정책을 보더라도 증류주의 경우 전매제도 내지 면허제도를 채택하여 다른 직업분야와는 달리 널리 국가적 개입을 인정하고 있다(미국 캐나다 스위스는 전매제도를, 프랑스 영국 이탈리아 일본은 면허제도를 각 실시하고 있다). 우리나라 주세법이 주류를 제조하고자 하는 자, 주류판매업을 하고자 하는 자에 대하여 관할세무서장의 면허를 받도록 한 다음 면허의 부여 조건 취소와 관련하여 시설기준, 제조공정, 사업범위, 기타 준수사항 등에 관하여 광범위한 규제를 가하고 있는 것(주세법 제5조, 제8조, 제10조, 제11조, 제18조등 참조)도 이러한 주류의 특성을 반영한 것에 다름아니다.

이와같이 주류제조 판매와 관련되는 직업의 자유 내지 영업의 자유에 대하여는 폭넓은 국가적 규제가 가능하고 또 입법자의 입법형성권의 범위도 광범위하게 인정되는 분야라고 하지 않을 수 없다.

(2) 이 사건 구입명령제도가 직업행사의 자유에 대한 과잉제한인지의 여부를 판단함에 있어서는 헌법 제9장에 규정된 경제질서 조

항의 의미를 충분히 고려하여야 할 것이다. 헌법은 제119조제1항에서 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정함으로써 경쟁을 바탕으로 하는 시장경제질서를 원칙으로 하면서 한편 제119조제2항에서 국가는 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하고 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하고, 나아가 제123조제2항에서는 지역간의 균형있는 발전을 위한 지역경제 육성 의무를, 제123조제3항에서는 중소기업의 보호 육성 의무를 국가에게 각 부여하고 있다. 우리 헌법은 자유와 경쟁에 대한 보완원리로서 사회정의 경제정의와 경제민주화 이념을 채택하고 이를 위한 구체적인 경제목표로서 독과점규제 지역경제육성 중소기업보호를 들고 있으며 이를 실현하기 위해 국가적 규제와 조정을 광범위하게 인정하고 있는 것이다.

이러한 경제목표는 일차적으로 입법자에 의하여 구체화되고 실현된다. 입법자는 경제현실의 역사와 미래에 대한 전망, 목적달성에 소요되는 경제적 사회적 비용, 당해 경제문제에 관한 국민 내지 이해관계인의 인식 등 제반사정을 두루 감안하여 가능한 여러 정책 중 필요하다고 판단되는 경제정책을 선택할 수 있고, 입법자의 그러한 정책판단과 선택은 그것이 독과점규제 지역경제육성 중소기업보호라는 헌법적 요청을 구체화시키고 실현시키는 것인 한, 그리고 그것이 현저히 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없는 한 경제에 관한 국가적 규제 조정권한의 행사로서 존중되어야 하고 사법적 판단에 의해 함부로 대체되어서는 아니 된다.

나. 이와 같이 특히 광범위한 입법형성권을 인정하는 바탕위에

이 사건 구입명령제도가 주류판매업자와 소주제조업자의 직업행사의 자유 내지 영업의 자유를 과도히 침해하는 것인지 구체적으로 살핀다.

(1) 이 사건 구입명령제도는 독과점규제와 지역경제육성이라는 헌법상의 경제목표를 실현코자 하는 것이므로 정당한 입법목적에 가진 것이라 아니할 수 없고, 또 그 입법목적에 달성하기에 이상적인 제도라고까지는 할 수 없을 지라도 다수의견과 같이 전혀 부적합한 것이라고 단정할 수 없다.

가) 구입명령제도는 헌법 제119조제2항에서 요청하고 있는 독과점규제를 구체화하고 실현하려는 제도로서 나름대로의 합리성을 갖추고 있다. 구입명령제도가 독과점규제라는 목표를 달성키에 적합하지 않다고 하는 다수의견은 다음 두가지 점을 간과한 것이다.

1) 독과점규제라는 헌법적 요청을 실현하기 위하여 그 수단이 반드시 경쟁을 강화하는 것이거나 경쟁제한적 요소를 철폐하는 것일 필요는 없다. 독과점규제의 궁극목표가 경쟁질서의 유지라는 점에는 이론이 있을 수 없겠지만 경우에 따라서는 경쟁을 다소 완화하여 시장지배자로부터 약자(弱者)를 보호하는 정책도 훌륭한 독과점규제책이 될 수 있다. 특히 이미 시장지배적 지위가 형성되어 있고 그것이 더욱 심화될 염려가 있는 때에도 경쟁제한요소 철폐라는 원론적 방법에 집착한다면 시장지배와 독과점화를 더욱 부채질하는 우(愚)를 범할 염려가 적지 않다. 경쟁에는 이윤극대화를 추구하는 자본의 속성상 독과점을 촉진하는 요소도 있는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 약자가 독자적 경쟁력을 회복할 때까지 경쟁완화책을 강구하는 것이 합리적인 독과점규제의 방편일 수 있다. 다수의

견은 오로지 경쟁만이 독과점을 규제할 수 있다는 일방적인 논리로서 위와 같은 점을 간과한 것이다.

이 사건 구입명령제도를 둘러싼 희석식소주 제조업의 경우 이미 특정 대기업 제조업자의 시장지배율이 60%를 넘고 이러한 현상이 점점 확대될 전망임이 명백하므로 그대로 방치할 경우 나머지 8개 지역제조업자의 존립이 위태로와 질 우려가 적지 않다. 이러한 상황에서 입법자는 구입명령제도라는 경쟁완화적 보호책을 정책수단으로 선택한 것이므로 이를 통하여 독과점규제라는 궁극적 목적을 달성하려는 입법자의 의도는 충분히 존중되어야 할 것이다.

2) 다수의견은 구입명령제도로 말미암아 전국적 자유경쟁이 배제되고 지역적 독과점현상의 고착화를 초래한다고 주장하나, 이는 구입명령제도가 폐지되는 경우에는 지역적 독과점현상 대신에 그 보다 더 경계해야 할 전국적 독과점현상이 나타나게 된다는 점을 간과하고 있는 것이다. 특정 대기업 제조업자의 우월한 경제적 지위 그리고 구입명령제도가 폐지되었던 1992년에서 1995년사이에 그 대기업 제조업자의 시장점유율이 급격히 상승하였음을 감안할 때 지역적 독과점에 대신하여 전국적 독과점현상이 나타나리라는 것은 명약관화하다.

지역적 독과점하에서도 제조업자, 판매업자, 소비자 등 경제주체의 자율적 결정과정이 다소 왜곡될 수 있으나, 오히려 전국적 독과점하에서는 그것이 훨씬 더 심화될 것이다. 서민대중주임에도 불구하고 소주의 가격 품질면에서 소비자의 선택권이 훨씬 제약될 것이고, 판매업자의 경제적 지위도 훨씬 더 종속적으로 후퇴하지 않을 수 없을 것이다. 입법자는 특정 대기업 제조업자의 전국적 독과

점현상을 규제하기 위한 방편으로 불가피하게 구입명령제도를 선택한 것이므로 그것이 다소 자유경쟁을 제한하였다고 하여 독과점규제의 목적을 달성하기 위한 수단으로서 전혀 부적합하다고 단정할 수는 없는 것이다.

나) 또한 우리는 이 사건 구입명령제도와 헌법 제123조 제2항이 요청하는 지역경제의 육성간에 아무런 상관관계를 인정할 수 없다고 하는 다수의견에 의문을 품지 않을 수 없다. 다수의견은 지역경제의 육성을 한마디로 지역간의 상이한 경제력의 조정이라 정의한 다음 입법자가 지역경제육성의 입법목적을 추구하려면 수정 조정되어야 할 구체적인 지역간의 차이가 확인되어야 한다는 것이나, 헌법상의 지역경제육성의 의미를 그와 같이 좁게 파악하는 것은 부당하다.

무릇 지역경제의 육성이라 함은 경제력이 전국적으로 균형있게 배분된 상태를 지향하는 모든 노력을 이르는 말이라 할 것인데, 이에는 각 지역간의 경제력의 수준을 살펴 그 중 낙후한 지역의 경제력을 향상시키는 일뿐만 아니라 수도권에 비해 상대적으로 경제력이 미약한 수도권이외의 나머지 지역의 경제력을 향상시키는 일도 포함된다고 하여야 한다. 사회적 총역량이 수도권에 집중되어 있음에 기인하는 사회적 문제나 비효율성이 엄청나게 나타나고 있는 작금의 현실을 고려하면 지역경제의 육성에는 수도권과 비수도권의 격차해소라는 측면이 더욱 중대한 과제라고 하지 않을 수 없다.

이 사건 구입명령제도를 통하여 경쟁으로부터 보호되는 소주제조업체의 소재지는 대구 경북, 마산, 부산, 대전 충남, 충북, 전북, 광주 전남, 제주의 8개 지역으로서 모두 수도권이외의 지역

인바, 이 지역들에 각 하나씩의 소주제조업체가 도산하지 않고 건실하게 사업을 할 수 있도록 보호해주는 것만으로도 헌법상의 지역경제육성의 목적에 부합하는 것이다. 지역의 소주제조업체는 그 지역의 고용을 창출할 뿐만 아니라 그밖에 소주제조와 직간접으로 관련되어 있는 그 지역경제 전반에 상당한 파급효과를 가지고 있으므로 이 제도는 결과적으로 지역경제육성에 상당한 기여를 하는 것이다.

그리고 비록 주세(酒稅)가 국세로서 현재로서는 지역경제와 직접적인 관련이 없다고 하더라도, 국세와지방세의조정등에관한법률에 의하여 그간 주세의 지방양여비율이 100분의15에서부터 100분의 100까지 계속 상향조정되어 왔고, 지방자치제의 실시 에 따라 지방재정의 확충이 불가피하게 요청된다는 점을 감안할 때 조만간 주세를 지방세로 전환하여 이를 지방재정의 중요한 재원(財源)으로 삼아야 할 것이므로 이에 대비하여서라도 지역소주제조업체를 보호할 필요성이 있다.

(2) 이 사건 구입명령제도가 비록 주류판매업자나 소주제조업자의 직업의 자유 내지 영업의 자유를 다소 제한한다고 하더라도 그 정도가 지나치게 과도하여 입법형성권의 범위를 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 는 없다.

가) 이 사건 구입명령제도는 주류판매업자의 자도소주구입비율을 100분의50으로 정하고 있는데 이 구입비율은 입법자가 1995년 주세법개정 당시의 각 지역소주제조업체의 당해 지역별 시장점유율(대부분 100분의50을 초과하거나 이에 근접하고 있었다)을 기초로 그 이상 대기업 제조업자의 독과점화를 막고 지역소주제조업자를 보

호하기 위하여 그 정도의 규제가 필요하다고 보아 정한 것이므로 결코 그 정도가 과도하여 입법형성권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없다.

나) 또한 지역소주제조업자의 보호를 위하여 세계상의 지원이나 보조금 지급과 같은 방법은 이 사건 구입명령제도에 비하여 기본권을 제한하지 않거나 그 제한의 정도가 크지 않지만 그 방법에는 막대한 경제적 사회적 비용이 소요되지 않을 수 없을 것이므로 그와 같은 방법을 채택하지 않고 구입명령제도를 채택하였다고 하여 과잉금지원칙에 반한다고 할 수도 없다.

다) 이 사건 구입명령제도를 통해 얻고자하는 공익목적은 독과점규제, 지역경제의 육성으로서 이는 위에서 본 바와 같이 헌법의 경제조항으로부터 직접 그 실현이 요청되는 중대한 공익이다. 오늘날 대기업이나 재벌의 경제력집중 남용이라든가 경제력의 수도권집중으로 야기되는 경제적 사회적 문제점은 다언을 요하지 않을 정도로 심각한 수준이고 보면, 이를 해소하기 위한 이 사건 구입명령제도는 그 만큼 더 절실한 공익적 중대성을 지닌다 할 수 있다. 이에 반하여 이 사건 구입명령제도로 인해 제한되는 것은, 바꾸어 말해 이 사건 구입명령제도를 폐지함으로써 회복되는 이익이라는 것은 궁극적으로 보아 특정 대기업 제조업자의 영업이익에 불과하다. 대기업 제조업자의 독과점하에서는 주류판매업자의 영업의 자유라는 것도, 소비자의 선택권이란 것도 결국 보장되지 못할 것이기 때문이다.

더우기 이 사건 구입명령제도를 둘러싼 법익형량에 있어 지역소주제조업자의 신뢰보호의 점도 충분히 고려되어야 한다. 정부가

1970년경 소주제조업체의 통폐합을 추진하면서 주정의 배정지분을 통폐합되는 업체간에 유상양도하도록 유도하였고, 1976년경에 이르러 이 사건 구입명령제도와 유사한 자도소주 구입제도를 실시하여 오다가 1991년말 주정배정제도를 폐지하고, 1992년말 자도소주 구입제도를 폐지하였다가 이 사건 구입명령제도를 채택하게 되었으므로 위와 같은 경위에 비추어 지역소주제조업자의 신뢰를 보호할 필요성은 크다고 하지 않을 수 없다.

라) 그렇다면 이 사건 구입명령제도는 그 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘어 지나치게 기본권을 제한하는 것이라 볼 수 없고, 기본권제한의 목적·수단간의 비례성을 현저히 상실하였다고 보기도 어렵다.

다. 다수의견은 이 사건 구입명령제도로 인하여 주류판매업자와 다른 상품 판매업자간에 차별이 생기고 이 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 없으므로 이 사건 법률조항은 평등원칙에도 위반된다고 주장한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 소주에 대하여는 그 특성상 국민보건에 직접적 영향을 미치는 상품이어서 강한 규제를 하지 않을 수 없고, 구입명령제도는 대기업 제조업자의 독과점을 막고 지역소주제조업자를 보호함으로써 독과점규제와 지역경제육성이라는 헌법상의 경제목표를 구체화하고자 하는 제도이므로 이 제도로 인하여 약간의 차별이 생긴다고 하여도 그 차별에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이고, 다수의견과 같이 전혀 합리적인 이유가 없는 것이라고 단정할 수는 없다.

라. 끝으로 다수의견은 이 사건 구입명령제도로 인하여 자신의 의사에 의하여 상품(소주)을 선택하는 것을 제약함으로써 행복추구

권에서 파생되는 자기결정권을 제한하고 있다고 주장한다. 그러나 이 제도는 위에서 본 바와 같이 대기업 제조업자의 전국적 독과점을 막기 위하여 주류판매업자의 자도소주 구입비율을 100분의 50으로 정한 것에 불과하므로 이로 인하여 소비자의 소주선택권이 제약된다고 할 수 없고, 설사 약간의 제약이 있다고 하더라도 그 정도의 제한은 이 제도의 입법목적에 비추어 합리적인 이유가 있다고 할 것이다. 다수의견은 경쟁이 독과점을 촉진할 수 있고 그 결과 소비자의 권리도 침해화할 수 있다는 점을 간과한 것이다.

마. 결론적으로 이 사건 법률조항은 입법자가 위에서 본 바와 같은 여러 가지 사정을 입법정책적으로 고려하여 입법형성권의 범위내에서 입법한 것으로서 헌법 제37조 제2항이 정한 한계내에서 행한 필요하고 합리적인 기본권제한이라고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

이상의 이유로 다수의견에 반대하는 것이다.

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형

재판관 정경식
재판관 고중석
주 심 재판관 신창언

보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조 위헌소원

(1996. 12. 26. 93헌바65 전원재판부)

[판례집 8권2집, 785~799]

【관시 사항】

1. 罪刑法定主義에 있어서의 明確性의 정도
2. 保健犯罪團束에 관한 特別措置法 제5조 중 "韓方醫療行爲"부분이 罪刑法定主義에 위배 되는지 여부

【결정 요지】

1. 處罰法規의 構成要件을 일일이 세분하여 明確性의 要件을 모든 경우에 요구하는 것은 立法기술상 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이 하다고 할 수밖에 없고, 당해 法律이 제정된 목적과 다른 法律條項과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 明確性의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다 할 것이다.
2. 醫療法의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 醫療法상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면 "침시술행위"는 그 시술방법과 원리를 보거나 현행 한의사의 시험과목에 침구학을 추가하는 한편 비록 기존의 침사·구사의 시술행위는 인정하나 새로운 침사·구사의 자격을 부여하지 아니한 사실 등에 미루어 韓方醫療行爲에 포함되는 것이 명백하고, 保健犯罪團束에 관한 特別措置法 제5조 중 "韓方醫療行爲"부분은 우리의 옛선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있기 때문에 그 개념이 불명확한 것으로 볼 수 없으므로 罪刑法定主義에서 요구하는 刑罰法規의 明確性의 원칙에 위배

된다고 볼 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 別個義見

주문표시 "보건범죄단속에관한특별조치법(……) 제5조 중 한방의료행위 부분은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인 남 ○ 식

대리인 법무법인 한미합동법률사무소

담당변호사 유 경 희 외 1인

관련사건 서울고등법원 93노3025 보건범죄단속에관한특별조치법위반

【심판대상조문】

保健犯罪團束에관한特別措置法 제5조

의료법 제25조 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한자는 무기또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다

【참조 조문】

憲法 제12조 제1항

醫療法 제25조(무면허의료행위 등 금지)

① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 자는 보건사회부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자

2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관의 의료봉사 또는 치과 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자

3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

② 의료인이 아니면 의사·치과의사·한의사·조산원 또는 간호원의 명칭

이 나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

③ 누구든지 영리를 목적으로 환자를 의료기관 또는 의료인에게 소개·알선 기타 유인하거나 또는 이를 사수하는 행위를 할 수 없다.

【참조 판례】

1. 1990. 1. 15. 선고, 89헌가103 결정
1991. 7. 22. 선고, 89헌가106 결정
1992. 1. 28. 선고, 89헌가8 결정
1992. 4. 28. 선고, 90헌바27내지34, 36내지42, 44내지46, 92헌바15(병합) 결정
1994. 7. 29. 선고, 93헌바4,6(병합) 결정
1995. 5. 25. 선고, 93헌바23 결정
1996. 8. 29. 선고, 94헌바15 결정

【주 문】

보건범죄단속에관한특별조치법(1969. 8. 4. 법률 제2137호 제정, 1990. 12. 31. 법률 제4293호 최종 개정) 제5조 중 한방 의료행위 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 의료법(1986. 5. 10. 법률 제3825호로 개정된 것) 제25조의 규정을 위반하여 한의사가 아님에도 영리를 목적으로 1993. 6. 2. 11:00경 서울 관악구 ○○동 56의 32 소재 건물 2층에서 도장침, 대·소삼능침 등을 갖추고 안면근육마비환자인 청구외 김○연에게 얼굴에 중침과 소침 10개 정도를 놓아주고 1번에 금 3,000원을 받

는 등 1989. 2.경부터 위 일시경까지 사이에 같은 장소에서 같은 방법으로 한방의료행위인 침시술행위를 업으로 함으로써 보건범죄단속에관한특별조치법(1969. 8. 8. 법률 제2137호 제정, 1990. 12. 31. 법률 제4293호 최종 개정, 이하 "이 법"이라 한다) 제5조에 위반하였다는 공소사실로 기소되어 항소심인 서울고등법원 93노3025로 사건 계속중, 위 법원에 법 제5조 중 "한방의료행위"부분에 대하여 위헌제청신청(같은 법원 93초232)을 하였으나 위 법원이 1993. 12. 10. 이를 기각하자 같은 달 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 따라서 이 사건 심판의 대상은 이 법 제5조 중 "한방의료행위"부분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 법 제5조의 내용은 다음과 같다.

제5조(부정의료업자의 처벌) 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

관련규정

의료법 제25조(무면허의료행위등 금지)

① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음의 각호의 1에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에

체류하는 자

2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원
조기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를
하는 자

3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

2. 청구인의 주장과 관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 현행 의료법이나 이 법의 어디에도 위 한방의료행
위에 대하여 명확한 개념정의를 하지 않고 있다.

(2) 연혁적으로 보면, 구 국민의료법(1951. 9. 25. 법률
제221호)은 제59조에서 "종래에 규정된 접골, 침술, 구술, 안마
술업자 등 의료유사업자제도는 주무부령으로써 정한다"고 규정
하고 있었고, 같은 법 제13조는 "한의사가 되기 위해서는 문교
부장관이 인가한 한의학을 전공하는 대학을 졸업한 자나 주무부
장관이 시행하는 검정시험에 의하여 위 한의과대학을 졸업한 자
와 동등의 학력이 있다는 인정을 받은 자 중 한의사의 국가시험
에 합격한 자로서 주무부장관이 정한 바에 의하여 그 면허를 받
아야 한다"고 규정하고 있었는데, 의사, 치과의사, 한의사국가시험
령(1952. 1. 15. 대통령령 제588호) 제3조를 보면 위와 같이 한
의사가 되기 위하여 거쳐야 하는 한의사국가시험의 시험과목에
는 진단학, 내과학, 소아과학, 의사법규만이 포함되어 있고, 침구
학이 들어있지 아니하였으므로 위 국민의료법상 한방의료행위에
는 침술행위가 포함되지 않았다고 볼 수밖에 없었다(대법원
1961. 10. 19. 선고 4292행상122판결도 한의사의 면허를 가진

자가 면허 없이 침술을 실시할 수 있다는 법적 근거는 없다고 판시하였다).

그 뒤 위 의사,치과의사,한의사국가시험령 제3조가 1962. 1. 15. 각령 제378호로 개정되어 한의사국가시험 과목에 침구학이 추가되었고, 이어 위 국민의료법이 1962. 3. 20. 법률 제1035호로써 의료법으로 대체되면서 위 국민의료법 제59조에 규정된 의료유사업자에 대한 규정이 폐지되고 그 부칙 제3조에서 "본법 시행당시의 한의사의 면허는 본법에 의하여 취득한 것으로 본다"는 경과규정을 두고 있는바, 만약 한의사가 침구시술권도 가지는 것으로 하려면 의료법에서 명문으로 한방의료행위의 개념을 확대하여 규정하고 그 시점을 기준으로 한의사면허국가시험에 침구과목을 추가하였어야 하고 구법하의 한의사면허자에게도 침구시험을 추가로 치르도록 하였어야 함에도 이러한 보완조치를 취하지 아니한 것은 위 국민의료법을 의료법으로 개정하는 과정에서 위 국민의료법상의 한방의료행위의 개념을 그대로 승계하였다고 보아야 할 것이다. 따라서 침술행위는 여전히 한방의료행위에 포함되지 아니한 것으로 보아야 한다.

(3) 그 뒤 다시 개정된 현행 의료법(1975. 12. 31. 법률 제2862호)에서 구 의료법에서 일시폐지되었던 의료유사업자에 대한 규정을 되살려 제60조에서 [이 법 시행전에 종전의 규정에 의하여 자격을 받은 접골사, 침사, 구사(이하 "의료유사업자"라 한다)는 제25조의 규정에 불구하고 그 시술소에서 시술행위를 업으로 할 수 있다. 이 법 중 의료인과 의료기관에 관한 규정은 의료유사업자에 이를 준용한다]고 규정하고 있어 침시술행위를 의료유사업행위로 분류하여 한방의료행위와는 독립된 개념으로 분리 취급하여 침시술행위를 하기 위하여는 의료유사업

자의 자격을 가질 것을 요구하고 있을 뿐 한의사면허를 가질 것을 요구하고 있지 않으며 침시술행위도 시술행위라고만 칭할 뿐 의료행위라고 칭하지 아니하고 있다.

이러한 사정을 종합해 볼 때 현행 의료법체계하에서 침시술행위를 한방의료행위에 당연히 포함되는 것으로 보는 것은 무리한 법해석이 아닐 수 없는데도 대법원은 현행의료법이 시행된 이후에도 "침술행위는 의료법 제69조 소정의 의료유사행위로서 면허 없이 이와 같은 의료유사행위를 하는 것은 같은 법 제25조에 의하여 처벌되어야 할 것이다."(대법원 1986. 10. 28. 선고 86도 1842 판결)라고 판시하였다.

따라서 의료법상 한방의료행위에 관한 명확한 개념정의가 없는데다가 의료법의 입법연혁상 침시술행위자격이 한의사면허에 포함되지 아니한 것으로 볼 여지가 많고, 한방의료행위의 범위에 관한 대법원판례가 서로 모순되는 상황아래에서 일반 국민으로서 과연 침시술행위가 한방의료행위에 속하는지 여부에 관한 판단을 한다는 것이 사실상 불가능하므로 이 법 제5조 중 "한방의료행위"부분은 그 구성요건이 명확하지 아니하여 죄형법정주의에 위배된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기각결정 이유

이 법에서 의료행위라고 함은 의학적 전문지식으로 질병의 진찰, 검안처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방 또는 치료행위를 하는 것을 말하는 것으로 의료인이 아닌자가 행할 경우 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 말한다. 침시술행위는 질병의 예방과 치료를 목적으로 시술되는 행위이고, 이를 시술함에는 의학의 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능을 갖추어야 하므로

이 법 소정의 의료행위에 속함이 명백하다 할 것이다.

우리 나라에 있어서는 위에서 본 광의의 의료행위를 서양에서 받아들인 양의학을 기초로 한 협의의 의료행위(양방의료행위)와 우리의 옛선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 한방의료행위로 나눌 수 있고 침시술행위는 시술방법이나 그 원리를 보면 전통적인 한방의료행위에 포함됨이 명백하다 할 것이므로 이 법 제5조에 어떤 불명확한 점이 있다고 볼 수 없어 구성요건이 불명확하여 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다.

다. 보건복지부장관, 법무부장관 및 검찰총장의 의견
이 법 제5조 중 "한방의료행위"부분은 한의학적 의미나 관련 법령의 연혁, 입법취지, 현행법체계 등에 비추어 보면 침술행위를 포함하는 개념으로서 그 구성요건이 불명확하여 죄형법정주의에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판 단

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. 형법법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울뿐더러 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자

유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.

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 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이라는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다.

나. 한방의료행위와 구성요건의 명확성 원칙

(1) 이 법이나 의료법은 "의료행위"에 관한 적극적인 정의규정을 두고 있지 않지만, 의료법 제1조는 "이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 보건을 보호증진함을 목적으로 한다"고 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2항은 "의료인은 그 종별에 따라 다음 각호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다"고 규정하고 있다.

위 각 법률조항이 규정한 바에 따르면 의료행위는 의학적 전문지

식으로 질병의 진찰, 검안, 처방, 투약 및 외과적 시술을 시행하여 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 말할 수 있다.

(2) 일제때인 1914. 10. 공포·시행된 안마술, 침술, 구술 영업취체규칙(조선총독부경령 제10호) 제1조는 "안마술, 침술 또는 구술영업을 하고자 하는 자는 본적, 주소, 성명, 생년월일을 기재한 서류에 이력서 및 그 기술을 수득한 것을 증명하는 서면을 첨부하여 경무부장(경성에 있어서는 경무총장)에게 제출하여 면허를 얻어야 한다. 전항의 출원자로서 안마술, 침술 또는 구술영업을 하는데 적격자라고 인정될 때에는 안마술, 침술, 구술 면허증을 교부한다"라고 규정하여 침구사제도를 채택하였다.

1951. 9. 25. 공포되고 그로부터 90일후에 시행된 국민의료법(법률 제221호)은 제59조에서 "종래에 규정된 접골·침술·구술·안마술업자 등 의료유사업자제도는 주무부령으로써 정한다"라고 규정하여 이를 보건사회부령에 위임하면서 부칙 제4조에서 "조선의료령과 기타 본법에 저촉되는 모든 법령은 전부 폐지한다"라고 규정하고 있었다.

1952. 1. 15. 공포된 의사, 치과의사, 한의사국가시험령(대통령령 제588호) 제3조를 보면 한의사가 되기 위해 거쳐야 하는 한의사국가시험의 시험과목에는 진단학, 내과학, 소아과학, 의사법규가 포함되어 있었다(그 뒤 위 의사, 치과의사, 한의사국가시험령 제3조가 1962. 1. 15. 각령 제378호로 개정되어 비로소 한의사국가시험 과목에 침구학이 추가되었다).

또한 위 국민의료법의 규정에 근거하여 1960. 11. 28. 공포된 의료유사업자령(보건사회부령 제55호)은 제2조 제2호에서 침사라 함은

"환자의 경혈에 대하여 시술하는 자"를 말한다고 정의하고, 제3조에서 접골사, 침사, 구사 또는 안마사가 되고자 하는 자는 서울특별시장 또는 도지사가 시행하는 접골사, 침사, 구사 및 안마사자격시험에 합격하고 그 자격증을 받아야 한다라고 규정하여 침사 또는 구사가 되려면 자격시험에 합격해야 할 것을 요구하였다. 위 자격시험에 관하여는 보건사회부령으로 따로 정하도록 하였는데(위 령 제7조) 같은 날 공포된 접골사, 침사, 구사, 안마사자격시험규정(보건사회부령 제56호)이 이에 해당한다.

한편 1962. 3. 20. 법률 제1035호에 의하여 위 국민의료법은 의료법으로 대체되었다. 이 의료법의 한의사와 관련된 주된 내용은 한의사가 되고자 하는 자는 한의사국가시험에 합격한 자로서 보건사회부장관이 정하는 바에 의하여 면허를 받아야 한다(제14조), 한의사국가시험은 각령의 정하는 바에 의하여 매년 보건사회부장관이 이를 시행한다(제56조)고 규정하고, 한의사에게 침구시술행위까지 맡겨 한방을 일원화하려는 입법적 배려에서 침구시술업자 등 의료유사업제도를 폐지하고, 다만, 경과조치로서 의료법 부칙 제3항에서 "본법 시행 당시의 의사, 한지의사, 치과의사, 한지치과의사, 한의사, 한지한의사, 보건원, 조산원, 간호원 및 의료유사업자의 면허 및 자격과 기타 의료상의 권리는 본법에 의하여 취득한 것으로 간주한다"라는 규정을 두어 종전에 자격을 취득한 의료유사업자의 기득권을 보호하는 것으로 하였을뿐이다(새로이 의료유사업자의 자격을 부여할 수 있는 근거는 없어지게 되었다). 이처럼 의료유사업자에 대한 법률상의 근거가 없어지게 됨에 따라 위 자격부여에 관한 규정인 의료유사업자령 제3조는 1964. 5. 13. 보건사회부령 제133호

에 의하여 삭제되었다(1973. 2. 16. 법률 제2533호로 전문개정된 의료법 제59조나 그후 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 개정된 현행 의료법 제60조는 의료유사업자에 관하여 비록 별도의 규정을 신설하기는 하였으나 그 내용은 기본적으로 위 법률 제 1035호의 의료법 부칙 제3항과 같은 취지이다).

위와 같은 법령의 조항에 따라 침구학이 한의사국가시험과목에 포함된 한의학국가시험이 시행되어 오던 중 의료법이 1973. 2. 16. 법률 제2533호로 전문개정되고 위 법 제9조에 "한의학의 국가시험은 매년 보건사회부장관이 이를 시행한다. 위 국가시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"고, 전문개정된 의료법시행령(같은 해 9. 20. 대통령령 제6863호)에는 국가시험의 시험과목 등 시험에 관하여 필요한 사항은 보건사회부령으로 정한다(제5조)고 각 규정하고, 의료법시행규칙(같은 해 10. 17. 보건사회부령 제426호)은 제8조 제1항에서 한의사국가시험과목으로 침구학이 포함되는 것으로 규정하였다(그 뒤 의료법, 동법시행령, 동법시행규칙이 개정되었으나 현재까지도 같은 취지의 규정을 두고 있다).

(3) 이 법이나 의료법은 한방의료행위에 관한 정의규정을 두고 있지 아니하여 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위반되는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다. 그러나 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이 하다고 할 수밖에 없고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다 할 것

이다.

이 사건 법률조항 중 한방의료행위부분은 의료행위와 마찬가지로 비록 법령에 아무런 적극적인 개념정의규정을 두고 있지는 아니하다 하더라도 침시술행위를 당연히 포함하는 것으로서 그 개념 또한 불명확한 것으로 볼 수 없다. 앞서 본 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면 "침시술행위"는 그 시술방법과 원리를 보거나 현행 한의사의 시험과목에 침구학을 추가하는 한편 비록 기존의 침사·구사의 시술행위는 인정하나 새로운 침사·구사의 자격을 부여하지 아니한 사실 등에 미루어 한방의료행위에 포함되는 것이 명백하고, "한방의료행위"는 우리의 옛선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학의 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미한다고 볼 수 있기 때문이다.

4. 결 론

따라서 이 법 제5조에 규정한 "한방치료행위"는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없으므로 죄형법정주의에서 요구되는 형법법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 주문표시에 대한 별개의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 조승형의 별개의견

나는 주문표시 중 "보건범죄단속에관한특별조치법(……) 제5조

중 한방의료행위 부분은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7,8(병합) 구조세감면규제법 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.

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
주 심	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식

재판관 고중석
재판관 신창언

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 위헌제청

(1996. 12. 26. 96헌가21 전원재판부)

[판례집 8권2집, 715~728]

【관시 사항】

舊 地方稅法(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제3호 중 "課稅基準日" 부분이 憲法에 위반되는지 여부

【결정 요지】

課稅基準日이 法定되어 있는 地方稅의 경우 그 租稅와 擔保權과의 優先順位를 擔保權과 課稅基準日을 基準으로 하도록 정한 이 사건 규정은, 地方稅 優先의 原則이 적용되는 租稅債權의 존부 및 그 범위에 대한 擔保權者의 豫測可能性을 해한다거나 또는 그 시기를 과세관청이 임의로 변경하는 등 과세관청의 恣意가 개재될 소지를 허용하는 것이 아니고 그밖에 그 基準時期의 설정이 특별히 不合理的하다고 볼 수도 없으므로 立法裁量의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없으며, 따라서 過剩禁止의 原則에 반하여 擔保權者의 財産權을 侵害하는 등 憲法에 違反된다고 할 수 없다.

憲法裁判所가 1991. 11. 25. 宣告한 91헌가6 결정의 취지는 地方稅債權이 그 존부 및 범위를 확인할 수 있는 시점으로부터 1년이나 遡及하여 抵當權 등에 우선하도록 하는 것이 憲法에 違反된다는 것이었을 뿐 당해 地方稅의 納付期限을 기준으로 優先 여부를 가리는 것만이 憲法에 합치된다는 것은 아니다.

재판관 조승형의 반대의견

중전 憲法裁判所의 決定이 위 優先時期를 地方稅와 加算金の 納付期限이라 하였음에도 불구하고 위 改正法律은 納付期限보다 훨씬 이전일이 분명한 課稅基準日 또는 納稅義務成立日로 改正 함으로써 憲法裁判所의 違憲決定에 羈束되지 아니하고 이에 저항하는 태도를 보이고 있는바, 다수의견은 이 사건 審判對象 法條項號가 憲法에 違反되지 아니한다 하여 위와 같은 입법태도를 묵인하고 중전의 判示내용을 변경한다는 명백한 태도를 취함도 없이 중전의 判示와 다른 견해를 취하여 논리의 일관성을 상실하고 있다.

또한 중전 決定主文에서 "으로부터 1년"이라는 부분이 違憲이라고 함은 곧 나머지 부분인 "納期限"이 습憲임을 뜻하고 그 이유에서 立法裁量의 限界時期를 명백히 "納付期限"이라 하였고 이는 위 법문상의 "納期限"의 개념을 명백히 한 것이라고도 이해할 수 있으므로, 다수의견은 부당하다. 따라서 위 判例를 변경하지 아니하는 한 이 사건 審判對象 法條項號는 憲法에 違反된다.

제 청 법 원 인천지방법원
관 련 사 건 인천지방법원 96가단14752 배당이의

【심판대상조문】

舊 地方稅法(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것) 제31조 ① 생략

②다음 各號에 該當하는 것은 第1項의 規定을 適用하지 아니한다.

1. ~ 2. 생략

3. 地方稅의 課稅基準日 또는 納稅義務成立日(이에 관한 규정이 없는 稅目에 있어서는 納期開始日)전에 設定한 傳貰權, 質權 또는 抵當權의 목적

인 財産의 賣却으로 인하여 생긴 금액중에서 地方稅와 加算金을 徵收하는 경우에 그 傳貰權, 質權 또는 抵當權에 의하여 擔保된 債權 4.~5.

③ 생략

【참조 조문】

憲法 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제37조 제2항

【참조 판례】

憲法裁判所 1995. 7. 21. 선고, 94헌바18, 95헌바15(병합) 결정

【주 문】

구 지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제3호 중 "과세기준일" 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

관련사건의 원고는 소외 권○성 소유의 부동산에 1993. 8. 27. 채권최고액 금810,000,000원의 제1순위 근저당권설정등기를 마친 근저당권자로서 1996. 3. 29. 실시된 위 부동산에 대한 임의경매사건(인천지방법원 94타경58034)의 배당절차에서 금 779,588,832원을 배당요구하였으나 금743,375,739원만을 배당받게 되었다. 그 까닭은 위 권중성에 대한 1993년도분 재산세 및 종합토지세의 각 과세기준일이 위 근저당권설정등기일보다 앞서기 때문에 피고 인천광역시 남

동구청이 구 지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것, 이하 "법"이라고 한다) 제31조 제2항 제3호에 의한 우선채권자로서 배당할 금액 761,749,809원 가운데 위 각 지방세 및 이에 대한 가산금 합계 금18,374,070원을 우선배당받았기 때문이다. 이에 원고의 청구에 의한 배당이의사건(당해사건)을 심리하던 제청법원은 법 제31조 제2항 제3호 중 위 우선배당의 근거가 된 부분에 대하여 1996. 7. 19. 직권으로 위헌제청신청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제31조 제2항 제3호 중 "과세기준일" 부분이 헌법에 위반하는지 여부인바, 심판대상 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

제31조 【지방세의 우선】 ①지방자치단체의 징수금은 납세의무자 또는 특별징수의무자의 총재산에 대하여 따로 규정한 것을 제외하고는 공과금(채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 말한다)과 기타의 채권에 우선하여 징수한다. (단서 생략)
②다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

3. 지방세의 과세기준일 또는 납세의무성립일(이에 관한 규정이 없는 세목에 있어서는 납기개시일) 전에 설정한 전세권, 질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권

2. 위헌심판 제청이유와 관계인의 의견

가. 위헌심판 제청이유 요지

(1) 헌법이 규정하는 조세법률주의 및 재산권보장의 이념에 비추어 보면 지방세의 담보물권에 대한 우선규정이 담보물권의 본질적 내용을 침해하거나 조세채권을 입법목적에 비추어 과도하게 우선시키는 것이어서는 아니된다. 그러므로 담보물권자의 피담보채권에 대하여 지방세 채권에 우선권을 인정하는 경우라도 담보물권설정자가 납부하여야 할 조세의 존부 및 액수를 담보물권자가 예측할 수 있는 시기를 기준으로 한계가 그어져야 할 것인바, 그 시기는 현행 조세법의 체계상 납부할 조세의 존부 및 액수를 담보물권취득자가 확인할 수 있는 최종시점인 "조세의 납부기한"이라고 하여야 할 것이므로 위 납부기한 이전에 설정한 담보물권에 대하여도 지방세가 우선하도록 규정한다면 그 규정은 위헌의 여지가 있다고 할 것이다.

(2) 그런데 이 사건 심판대상 규정은 "과세기준일 또는 납세의무성립일"을 기준으로 지방세가 우선하도록 규정하고 있고, 이 사건에서 문제가 된 종합토지세의 경우 과세기준일은 매년 6. 1.이고 납기는 매년 10. 16.부터 10. 31.까지로 그 기간이 4개월 이상 떨어져 있는바, 이는 지방세를 지나치게 소급하여 우선시킨 것이라고 할 것이므로 위헌의 의심이 있다.

나. 인천광역시 남동구청장의 의견 요지

이 사건 심판대상 규정은 담보물권자의 권리를 본질적으로 해하는 규정이 아니고, 1994. 12. 22. 이 사건 심판대상 관련 규정이 담보물권자에게 유리하도록 개정되었다고 하여 이 사건 심판대상 규정을 위헌이라고 단정할 수 없다.

3. 판 단

가. 조세는 국가나 지방자치단체의 활동을 위한 재정수입의 주된 원천으로서 고도의 공공성·공익성을 가지며, 법률에 정해진 과세요건을 충족하면 조세채권이 필연적으로 성립하나 구체적인 대가없이 이를 징수하는 것이므로 그 징수의 확보를 보장할 필요가 있다. 그리하여 국세에 관하여는 국세기본법 제35조 제1항 본문이, 지방세에 관하여는 지방세법 제31조 제1항이 채권평등의 원칙에 대한 예외로서 국세 또는 지방세 우선의 원칙을 각 천명하고 있다.

그러나 사법상 거래에 있어서 저당권 등의 담보권은 그 피담보채권의 우선변제를 확보하기 위하여 등기나 등록 등 공시방법을 취하여 설정하는 것임에도, 이러한 저당권 등의 피담보채권에 대하여도 아무런 제한없이 조세채권이 우선한다면 담보권자는 그가 예측할 수 없는 조세채권의 체납때문에 채권변제를 확보할 수 없는 손해를 입게 되며 나아가 사법상 거래질서에 혼란이 초래될 수도 있다. 따라서 법 제31조 제2항 제3호는 위와 같은 저당권 등 담보권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액 중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 지방세의 과세기준일 또는 납세의무성립일(이에 관한 규정이 없는 세목에 관하여는 납기개시일)전에 설정된 저당권 등에 의하여 담보된 채권에 대하여는 지방세가 우선할 수 없도록 함으로써 지방세우선의 원칙과 사법상 담보금융거래질서 사이의 조화를 도모하고 있다.

나. 일반적으로 조세채권은 법률에서 정한 과세요건을 충족함으로써 성립되나 통상 그 성립으로부터 이행에 이르기까지 상당한 시일이 소요되므로 그 중 어느 시기를 기준으로 저당권 등에 의하여

담보된 채권에 대한 우선권을 부여할 것인가가 문제로 된다. 저당권 등은 등기나 등록을 하여야 비로소 성립하여 효력을 발생하므로 그 효력발생시기가 명확하나 조세채권에 관하여는 그와 같은 특별한 공시방법이 없으므로 만약 담보권을 취득하려는 자가 조세의 부담 여부를 전혀 예측할 수 없는 시기 또는 과세관청이 임의로 정하는 시기를 기준으로 그 조세채권이 담보권에 우선할 수 있다고 한다면 이는 담보권자에 대하여 불측의 손해를 가하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지의 원칙에 위배하여 담보권자의 재산권을 침해하는 것이 되고 합리적인 기준없이 담보권자를 차별하게 되어 평등의 원칙에 위반될 수 있기 때문이다.

그러므로 조세채권과 담보권 사이의 우선여부를 가리는 기준은 조세의 우선권을 인정하는 공익목적과 담보권의 보호 사이의 조화를 이루는 선에서 법률로 명확하게 정하여야 하되, 그 기준시기는 담보권자가 조세채권의 존부 및 범위를 확인할 수 있고 과세관청 등에 의하여 임의로 변경될 수 없는 시기여야 할 것이다. 다만 그 구체적인 기준시기의 책정은 입법자가 위에서 밝힌 기준시기에 대한 원칙을 지키는 한 그의 입법재량에 속한다고 할 것이므로 그 재량영역을 유월하지 아니하는 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없다 할 것이다.

다. 이 사건 심판대상 규정은 재산세, 종합토지세 등과 같이 과세기준일이 법으로 정하여져 있는 조세의 경우에는 그 과세기준일을 기준으로 저당권 등 담보권과의 우선여부를 가리도록 정하고 있다.

그런데 재산세의 경우 과세기준일은 매년 5월 1일로 정하여져 있

고 과세표준과 과세대상 및 세율도 법정되어 있으며(법 제181조, 제187조 내지 제189조 참조), 종합토지세의 경우 과세기준일은 매년 6월 1일로 정하여져 있고 과세표준과 과세대상 및 세율도 법정되어 있으므로(법 제234조의8, 제234조의15 내지 제234조의17 참조) 과세기준일에는 위 각 세액의 산출이 가능하다. 따라서 과세기준일이 지난 후 담보권을 취득하는 자 등 제3자는 과세기준일 현재의 재산세, 종합토지세의 존부 및 그 범위를 미리 확인할 수 있는 것이다.

그러므로 이와 같이 과세기준일이 법정되어 있는 지방세의 경우 그 조세와 저당권 등 담보권과의 우선순위를 담보권의 성립일과 과세기준일을 기준으로 하도록 정한 이 사건 심판대상 규정은 지방세 우선의 원칙이 적용되는 조세채권의 존부 및 그 범위에 대한 담보권자의 예측가능성을 해한다거나 그 시기를 과세관청이 임의로 변경하는 등 과세관청의 자의가 개재될 소지를 허용하는 것이 아니고, 그밖에 그 기준시기의 설정이 특별히 불합리하다고 볼 수도 없으므로 입법재량의 범위를 벗어난 것이라고 할 수 없으며, 따라서 과잉금지의 원칙에 반하여 담보권자의 재산권을 침해하는 등 헌법에 위반된다고 할 수 없다{헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 94헌바18, 95헌바15(병합) 결정 참조}.

라. 이에 대하여 제청법원은 현행 조세법의 체계상 납부할 조세의 존부 및 액수를 담보물권자가 확인가능한 최종시점은 납부기한임에도 이 사건 심판대상 규정은 그 이전인 과세기준일을 기준으로 하고 있고, 더욱이 종합토지세의 경우 과세기준일과 납기 사이가 4개월 이상 떨어져 있어 지방세를 지나치게 우선시킨 것이므로 과잉금지의 원칙에 저촉된다고 볼 여지가 있다고 한다.

살피건대 조세의 납부기한은 구체적으로 확정된 조세채무의 이행기한으로서 통상 법정된 신고기간의 말일 또는 납세고지서에서 지정하는 기한을 의미하나, 납세의무자가 그 이행기한까지 임의로 조세를 납부하지 아니하는 경우에는 독촉절차에서 납부최고를 하면서 다시 납부기한을 지정하게 되어 있는 등 그 의미가 다양하게 사용되고 있으며, 또 일정한 사유가 있을 때에는 납부기한을 연장할 수도 있고 분납이나 연부연납이 가능한 경우도 있으므로 그 시기도 일정하지 아니하다. 따라서 조세채권과 저당권 등의 피담보채권 사이의 우선 여부를 가리는 기준시기를 납부기한이라고 할 경우에는 그 의미가 불분명하고 징세관서의 자의에 의하여 그 시기가 임의로 조정될 소지가 있어 오히려 조세에 있어서의 명확성의 요청에 부합하지 않을 수도 있는 것이다. 그리고 이 사건 규정으로 개정되기 전의 구 지방세법 제31조 제2항 제3호는 지방세 등의 "납기한으로부터 1년 전"을 기준으로 지방세채권과 저당권 등의 피담보채권의 우선여부를 가리도록 규정하고 있었고 헌법재판소가 1991. 11. 25. 선고한 91헌가6 사건의 결정에서 그 중 "으로부터 1년"이라는 부분에 대하여서만 위헌결정을 하였으나, 위 결정의 취지는 지방세채권이 그 존부 및 범위를 확인할 수 있는 시점으로부터 1년이나 소급하여 저당권 등에 우선하도록 하는 것이 헌법에 위반된다는 것이었을 뿐 당해 지방세의 납부기한을 기준으로 우선 여부를 가리는 것만이 헌법에 합치된다는 것은 아니며, 이 사건 심판대상 규정과 같이 과세기준일을 기준으로 하여도 담보권취득자가 그 조세의 존부 및 범위를 확인할 수 있는 이상 이를 과잉금지에 해당된다고 할 수는 없다 할 것이다. 또한 과세기준일과 납기 사이에 어

는 정도의 기간이 있느냐 하는 문제는 조세의 존부 및 범위의 확인과 직접적인 관련이 있다고 할 수 없다. 따라서 제청법원의 위와 같은 견해는 받아들일 수 없다.

마. 따라서 이 사건 심판대상 규정을 위헌의 법률 조항이라 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 구 지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제3호 중 "과세기준일" 부분은 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 조승형의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 지방세채권이 담보물건의 피담보채권보다 우선하는 시기를 조세법체계상 납부할 조세의 존재 및 액수를 (담보물권자가) 확인할 수 있는 최종의 시점인 조세의 납부기한이라고 판시한 우리 헌법재판소의 종전 판례(1991. 11. 25. 선고, 91헌가6 결정)에 반하여(종전 판례의 변경여부에 대한 아무런 판시 없이) 그 시기를 과세기준일이나 납세의무성립일로 보는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 위 결정취지와 그에 반한 구 지방세법의 개정

위 결정은 구 지방세법(1961. 12. 8. 법률 제827호) 제31조 제2항 제3호를 심판대상으로 삼았으며 당시 그 법조항은 "다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다"라 하고, 같은 항 제

3호는 "지방세와 가산금의 납기한으로부터 1년전에 설정한 전세권·질권 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 그 전세권·질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 다만 당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금에 대하여는 예외로 한다"라 하고, 같은 제1항 본문은 "지방자치단체의 징수금은 납세의무자 또는 특별징수의무자의 총재산에 대하여 따로 규정한 것을 제외하고는 공과금(채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 말한다)과 기타의 채권에 우선한다"라 규정하고 있다. 그런데 위 결정은 주문에서 지방세채권의 담보물건의 피담보채권보다 우선하는 시기에 관한 규정인 같은 법 제31조 제2항 제3호 중 "으로부터 1년"이라는 부분만이 위헌이라 함으로써 위 우선시기를 "지방세와 가산금의 납기한"임을 명백히 하였고, 그 이유에서 "지방세채권의 우선은 담보물권 설정자가 납부하여야 할 조세의 존부 및 그 금액을 담보물권취득자가 측정할 수 있는 시기를 기준으로 그 한계가 그어져야 할 것이며, 그 시기는 현행조세법의 체계상 납부할 조세의 존재 및 액수를(담보물권취득자가)확인할 수 있는 최종의 시점인 조세의 납부기한이라고 하여야 할 것이다"라 판시함으로써, 담보물권취득자가 "조세의 납부기한"이전에 담보권설정등기를 필한 경우에는 조세채권이 그 피담보채권에 우선하지 못함을 명백히 하였다.

그러나 위 결정에 따라 1991. 12. 14. 법률 제4415호로 이 사건 심판대상 법조항호인 구 지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되기 전의 것) 제31조 제2항 제3호를 개정함에 있어, 위 결정의 취지에 반하여 "지방세의 과세기준일 또는 납세의무성립일(이에 관한 규정

이 없는 세목에 있어서는 납세개시일)전에 설정한 전세권, 질권, 또는 저당권의 목적인 재산의 매각으로 인하여 생긴 금액중에서 지방세와 가산금을 징수하는 경우에 그 전세권, 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권"이라고 개정하였다. 즉 위 결정이 위 우선시기를 지방세와 가산금의 납부기한이라 하였음에도 불구하고 위 개정법률은 납부기한보다 훨씬 이전임이 분명한 과세기준일 또는 납세의무성립일로 개정함으로써 입법자는 헌법재판소의 위헌결정에 기속되지 아니하고 이에 저항하는 태도를 보이고 있다 { 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고, 94헌바18, 95헌바15(병합) 사건 결정시에 반대의견으로 이 점을 지적한 바 있다} .

나. 그러나 다수의견은 이 사건 심판대상 법조항호가 헌법에 위반되지 아니한다 하여 위와 같은 입법자의 입법태도를 묵인하고 종전의 판시내용을 변경한다는 명백한 태도를 취함도 없이 종전의 판시와 다른 견해를 취하여 논리의 일관성을 상실하고 있다.

종전의 판시내용은 앞에서 본 바와 같이, 지방세채권의 우선은 담보물권설정자가 납부하여야 할 조세의 존부 및 그 금액을 담보물권취득자가 측정할 수 있는 시기를 기준으로 그 한계가 그어져야 한다는 것이며 그 한계시기는 현행 조세법체계상 납부할 조세의 존재 및 액수를 담보물권자가 확인할 수 있는 최종시점인 "납부기한"이라 하여 이를 입법재량의 한계임을 명백히 하였다. 그러함에도 불구하고 다수의견은 위 "납부기한"보다 이전임이 분명한 과세기준일 또는 납세의무성립일이 입법재량의 범위를 일탈하지 아니하였다는 것이므로 종전의 판시내용을 변경하지 아니하는 한 다수의견은 논리전개에 모순을 범하고 있다 할 것이다.

다. 또 다수의견은 위 결정에서 "으로부터 1년"이라는 부분에 대하여서만 위헌결정을 하였으나 이는 지방세채권이 그 존부 및 범위를 확인할 수 있는 시점으로부터 1년이나 소급하여 저당권 등에 우선하도록 하는 것이 헌법에 위반된다는 것이었을 뿐 당해 지방세의 납부기한을 기준으로 우선 여부를 가리는 것만이 헌법에 합치된다는 것은 아니라고 주장하고 있으나, 그 결정주문에서 "으로부터 1년"이라는 부분이 위헌이라고 함은 곧 나머지 부분인 "납기한"이 합헌임을 뜻하고 그 이유에서 입법재량의 한계시기를 명백히 "납부기한"이라 하였고 이는 위 법문상의 "납기한"의 개념을 명백히 한 것이라고도 이해할 수 있으므로, 위 다수의견은 아전인수에 불과하여 부당하다.

또한 다수의견은 과세기준일과 납기사이에 어느 정도의 기간이 있느냐 하는 문제는 조세의 존부 및 범위의 확인과 직접적인 관련이 있다고 할 수 없으므로 이 부분의 제청법원의 주장을 받아들이지 아니한다는 견해를 밝히고 있으나, 이는 우리재판소가 1991. 11. 25. 91헌가6 사건의 결정시에 밝힌 지방세의 우선에 관한 입법재량의 한계로서의 "납부기한"을 도외시한 견해에 지나지 아니하여 역시 부당하다.

라. 따라서 위 관례를 변경하지 아니하는 한 이 사건 심판대상 법조항호는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다.

1996. 12. 26.

재판장 재판관 김용준

재판관 김진우
재판관 김문희
재판관 황도연
주 심 재판관 이재화
재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언

민법 부칙 제10조 제1항 위헌소원

(1996. 12. 26. 93헌바67 전원재판부)

[판례집 8권2집, 800~807]

【판시 사항】

민법부칙 제10조 제1항(1964.12.31. 법률 제1668호로 개정된 것)의 위헌여부

【결정 요지】

민법이 제정되면서 부동산물권변동에 관하여 형식주의로 대전환하는 과정에서 중대한 공익적 목적을 위하여 그 경과조치로서 부득이 구법하에서 취득한 물권에 대하여 민법 시행후 장기간 등기를 하지 않고 방치한 경우에 한하여 물권변동의 효력을 상실시키고 채권적 효력으로서의 등기청구권만 존속시키는 정도의 제한을 가하였다 하여 이를 가지고 소급입법에 의한 재산권박탈이라거나 부당한 재산권의 침해라고 볼 수 없고, 청구인들의 평등권이나 행복추구권을 침해하는 것이라고도 할 수 없다.

재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

이 사건 주문표시는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다.

청 구 인 한 ○ 동
 대리인 변호사 김 준 환
관련사건 청주지방법원 93나488 소유권확인

【심판대상조문】

민법(1964. 12. 31. 법률 제1668호로 개정된 것) 부칙 제10조 제1항

① 본법 시행일전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 이 법 시행일로부터 6년내에 등기하지 아니하면 그 효력을 잃는다.

②~③ 생략

【참조 조문】

헌법 제13조 제2항, 제23조 제1항, 제2항, 제37조 제2항

민법 제186조(부동산물권변동 효력)

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경 등기하여야 그 효력이 생긴다.

【주 문】

민법 부칙 제10조 제1항(1964.12.31. 법률 제1668호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1940.1.경 청구외 한○현으로부터 충북 청원군 남일면 ○○리 산4 임야 2단8무와 같은 리 산7 임야 4단을 백미 15두에 매수하였으나, 위 한○현과 소식이 두절되어 소유권이전등기를 경료받지 못하고 있다가 위 토지들에서 분할된 토지 중 일부에 대하여는 임야소유권이전등기에관한특별조치법에 따라 소유권이전등기를 경료하였으나, 나머지 토지인 청주시 방서동 산 4의3 도로 1,025㎡ 등 4필지 합계 1,686㎡(이하 "이 사건 토지"라 한다)에 대하여는 소유권이전등기를 경료받지 못하고 있다면서 청주지방법원에 국가를 상대로 소유권확인소송(92가단 10999)을 제기하였으나 패소하였다. 이에 청구인은 청주지방법원 합의부에 항소하는 한편(93나488), 민

법 부칙 제10조 제1항 (1964. 12. 31. 법률 제1668호로 개정된 것)이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌심판제청신청(93카기255)을 하였으나, 1993.12.16. 항소와 함께 기각되자 12.29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 민법 부칙 제10조 제1항(1964. 12. 31. 법률 제1668호로 개정된 것, 이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

부칙 제10조[소유권이전에 관한 경과규정]

① 본법 시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 본법 시행일로부터 6년내에登記하지 아니하면 그 효력을 잃는다.

위 등기기간은 1958. 2. 22(법률 제471호) 민법이 제정될 때에는 부칙 제10조 제1항에 의하여 민법 시행일(부칙 제28조의 규정에 따라 1960. 1. 1.이다)로부터 3년이었는데, 1962. 12. 31. (법률 제1250호)개정으로 5년으로, 다시 1964. 12. 31.(법률 제1668호)개정으로 6년으로 늘어났다.

2. 청구인의 주장 및 관계인의 의견

가. 청구인의 주장

현행 민법 시행 전에는 당사자 사이에 의사표시 즉 법률행위만으로 부동산에 대한 완전한 물권을 취득하고, 제3자와의 대항 문제에 있어서만 공시방법 즉 등기가 문제되었는데, 이 사건 법률조항은 일정기간 등기를 하지 않는 경우 완전하게 취득한 물권을 상실시키고 다만 그 법률행위로 인한 채권적 효력만을 인정함으로써, 헌법

제23조가 보장하는 재산권을 침해하는 동시에 소급입법에 의하여 재산권을 박탈하여 헌법 제13조 제2항에도 반하고, 나아가 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해하고 있다.

나. 법무부장관의 의견

이 사건 법률조항은 법률행위로 인한 부동산의 물권변동에 있어 구법하에서의 의사주의(대항요건주의·불법주의)를 형식주의(성립요건주의·독법주의)로 변경함에 따른 혼란을 막기 위하여 둔 경과규정으로서, 헌법상 보장되는 사유재산을 소급입법에 의하여 침해하는 것이 아니라 오히려 이를 보호하기 위하여 구법시대의 물권을 상실시키지 않고 채권적 청구권의 형태로 존속시키는 것을 내용으로 하고 있으므로, 소급입법에 의하여 헌법이 보장하는 재산권을 침해하거나 청구인의 평등권 등을 침해하는 규정이라고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 헌법은 제23조 제1항에서 재산권 보장에 대한 일반원칙을 천명하는 한편 제23조 제2항 및 제37조 제2항에서 그 제한가능성을 규정하면서, 다만 제13조 제2항에서 소급입법에 의한 재산권의 박탈은 이를 금지하고 있다.

그리고 이 사건 법률조항은 우리 민법이 제정되면서 물권변동에 있어서 의사주의를 버리고 형식주의를 채택함에 따라 부동산의 경우 당사자 사이의 의사표시 외에도 등기라는 요건이 필요하게 되어, 그 경과규정으로서 민법시행일 전의 법률행위로 인한 부동산에 관한 물권의 득실변경은 민법 시행일로부터 6년 내에 등기를 하지 아니하면 그 효력을 잃는다고 규정하고 있다.

즉 종전의 의용민법하에서는 당사자간의 의사표시만으로 물권변동의 효력이 생기고 등기는 단지 대항요건에 불과하였으나, 민법이 시행된 후에는 등기가 물권변동의 요건으로 되어 등기를 하지 않으면 물권변동의 효력이 발생하지 않게 되었으며, 그에 대한 경과규정으로서 이 사건 법률조항을 두어 의용민법하에서 의사표시만으로 물권을 취득 하였더라도 민법 시행일로 부터 6년내에 등기를 하지 않으면 그 물권을 상실하도록 한 것이다.

나. 그러나 그것은 우리 민법이 부동산물권변동에 있어서 형식주의로의 획기적인 대전환을 함에 있어서 파생되는 여러가지 복잡한 법률문제를 가급적 피하고 거래의 안전을 도모하며 새로운 제도를 조속히 정착시키기 위한 공익적 요청에서 나온 불가피한 경과조치라 할 것이다.

그리고 그 경우에도 당사자 사이의 종전 법률행위로 인한 채권적 효력까지 소멸하는 것은 아니며, 그 이후에도 그 법률행위에 기한 채권적 효력으로서의 등기청구권은 존속하고, 그 소멸시효는 10년이며 1966.1.1. 부터 진행한다 할 것이다(대법원 1966.10.4. 선고, 66다1326 판결 등 참조). 따라서 그 시효기간 내에 등기청구권을 행사하여 등기를 하면 다시 물권을 취득하게 되므로, 상당히 오랜 기간동안(위 유예기간 6년과 소멸시효기간 10년을 합하면 16년) 등기청구권을 행사하여 완전한 권리를 취득할 수 있는 법적 지위도 보장되어 있다 할 것이다.

다. 한편 의용민법하에서 등기를 경료하지 않은 물권자 특히 소유권자와 이 사건 법률조항에 따른 소유권이전 등기청구권자가 가지는 권리의 실질적인 내용은 큰 차이가 없다.

그 어느 경우에도 모든 사람에 대하여 소유권을 완전하게 주장하려면 등기를 하여야만 하고, 동일 부동산을 이중매매로 취득한 자와 같이 양립할 수 없는 지위에 있는 자와의 사이에서는 등기의 우선순위에 의하여 그 취득여부가 결정된다.

다만 의용민법하에서는 일단 취득한 물권은 시효로 소멸될 수 없는데 비하여 민법시행후의 위 등기청구권은 시효로 소멸될 수 있으나, 그것은 특히 소유권자의 경우 민법 시행일로부터 16년이라는 장기간 동안 등기를 하지 않고 방치한 때, 더욱이 당해 부동산을 점유하고 있지도 않는 때에 한하여 발생할 수 있는 극히 예외적인 사태라 할 것이다. 의용민법 당시 부동산을 취득한 후 등기를 하지 않은채 목적물을 인도받아 점유하고 있는 경우에는 그 등기청구권은 다른 채권과는 달리 소멸시효에 걸리지 않는다고 볼 수 있기 때문이다(대법원 1976. 11. 6. 선고, 76다 148 판결 등 참조).

라. 그러므로 위에서 본 바와 같이 우리 민법이 제정되면서 부동산물권변동에서 형식주의로의 대전환과정에서 중대한 공익적 목적을 위하여 그 경과조치로서 부득히 구법하에서 취득한 물권에 대하여 민법시행후 장기간 등기를 하지 않고 방치한 경우에 한하여 위와 같이 어느 정도의 제한이 가해진다고 하여 이를 가지고 소급입법에 의한 재산권박탈이라거나 부당한 재산권의 침해라고 볼 수 없고, 청구인들의 평등권이나 행복추구권을 침해하는 것이라고도 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문의 표시방법에 관한 재판관 조승형의 별개의견이 있는 외에 관여 재판

관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견

나는 주문표시중 "민법 부칙 제10조 제1항(……)은 헌법에 위반되지 아니한다"는 "심판청구를 기각한다"로 함이 상당하다고 생각한다.

그 이유는 우리재판소가 1995. 10. 26. 선고한 92헌바45 군형법 제75조 제1항 제1호 위헌소원, 93헌바62 구주택건설촉진법 제52조 제1항 제3호 등 위헌소원, 94헌바7,8(병합) 구조세감면규제법 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.

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화

재판관 조승형

재판관 정경식

재판관 고중석

주 심

재판관 신창언

형사소송법 제221조의2 위헌소원

(1996. 12. 26. 94헌바1 전원재판부)

[판례집 8권2집, 808~858]

【관시 사항】

1. "재판의 전제성"에서의 "裁判"의 의미
2. 刑事訴訟法(이하 "법"이라 한다) 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부
3. 가. 제도의 핵심적 구성부분인 법률조항이 위헌인 경우 그와 밀접한 관련을 맺고 있는 다른 法律條項에 대한 違憲宣言
나. 法 제221조의2 제2항 자체의 위헌성

【결정 요지】

1. 憲法裁判所法 제68조 제2항에 의한 憲法訴願審判은 심판대상이 된 법률조항이 헌법에 위반되는 여부가 관련사건에서 裁判의 前提가 된 경우에 한하여 청구될 수 있는데, 여기서 "裁判"이라 함은 판결·결정·명령 등 그 형식 여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 재판이거나를 불문하며, 심급을 중국적으로 종결시키는 終局裁判뿐만 아니라 中間裁判도 이에 포함된다. 법 제295조에 의하여 법원이 행하는 證據採否決定은 당해 소송사건을 중국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도, 그 자체가 法院의 意思決定으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당된다.

2. 헌법 제27조가 보장하고 있는 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 被告人이 攻撃·防禦할 수 있는 機會가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 當事者主義와 口頭辯論主義가 보장되어 당사자가

공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 攻擊防禦權이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다. 被告人 등의 反對訊問權을 제한하고 있는 법 제221조의2 제5항은 피고인들의 공격·방어권을 과도하게 제한하는 것으로서 그 자체의 내용이나 대법원의 제한적 해석에 의하더라도 그 입법목적은 달성하기에 필요한 입법수단으로서의 合理性 내지 正當性이 인정될 수는 없다고 할 것이므로, 헌법상의 適法節次의 原則 및 청구인의 公正한 裁判을 받을 權利를 침해하고 있다.

3. 가. 헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언된 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항만으로는 法的으로 獨立된 의미를 가지지 못하거나, 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 全體的·綜合的으로 양자가 분리될 수 없는 一體를 形成하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때에는 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 법률조항 내지 법률 전체를 위헌선언하여야 할 경우가 있다. 證人訊問節次의 參與權 및 反對訊問權을 규정하고 있는 법 제221조의2 제5항은 같은 조 제2항의 증인신문절차의 核心的 構成部分이라고 보아야 하므로, 위 제5항을 위헌선언하는 경우에는, 위 제2항도 함께 위헌선언함이 타당하다.

나. 법은 형사절차중 증거판단과 사실인정에 관하여 憲法上的 適法節次를 구현하기 위하여 自由心證主義를 원칙으로 규정하고 있는데, 이때 자유심증주의란 법관의 자의적인 증거판단과 사실인정을 의미하는 것이 아니라 法官의 合理的인 自由心證에 따른 事實認定過程을 의미하는 것이므로, 법관의 올바른 자유심증을 위하여는 當事者가 節次의 主體가 되어 자유롭게 각자에게 유리한 모든 證據를 提出하여 활발한 立證活動을 하는 가운데 법관도 객관적인 입장에서 증거를 자유롭게 평가할 수 있는 여건이 갖추어질 것을 전제로 한다. 법 제221조의2

제2항은 犯人必罰의 要求만을 앞세워 過剩된 立法手段으로 증거수집과 증거조사를 허용함으로써 法官의 合理的이고 公正한 自由心證을 妨害하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해할 우려가 있으므로, 결과적으로 그 자체로서도 適法節次의 原則 및 公正한 裁判을 받을 權利에 위배되는 것이다.

재판관 김진우의 反對意見

2, 3. 법 제221조의2에 의한 제1회 公判期日前的 證人訊問節次는 목격자나 피해자의 진술을 증거보전해 둠으로써 그 증거능력을 확실히 담보하기 위한 제도로서 그 獨自의 必要性이 인정되고, 수사에 지장이 없는 한 피고인 등을 증인신문에 참여시키도록 해석함으로써 재량규정을 강행규정으로 운영할 여지가 충분히 있으며, 法官이 中立的이고 전문적인 입장에서 증언의 진정성이 확보될 수 있도록 증인신문절차를 주재할 수 있으므로, 그 자체가 헌법상 適法節次에 반한다거나 公正한 裁判을 받을 權利를 침해한다고 할 수는 없다. 오히려 위 절차에서 작성된 증인신문조서에 대하여 당연한 증거능력을 인정하는 법 제311조 후문의 위헌성이 문제될 뿐이다.

재판관 신창언의 反對意見

2. 搜查節次에 있어서는 공판절차와는 달리 원칙적으로 그 迅速性·密行性의 요청상 공판절차 중심의 彈劾主義나 當事者主義 訴訟構造가 엄격히 적용될 수는 없으며, 따라서 被疑者 등의 反對訊問權 保障이 반드시 필요한 것은 아니므로, 다수의견이 우리 형사소송법상의 증인신문청구제도가 절차상 피의자측의 반대신문권이 보장되어 있지 아니한 결과 그 기본권제한의 효과가 입법목적에 비

하여 과잉될 뿐 아니라, 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해한다고 하는 것은 犯罪搜查와 搜查節次의 本質을 바로 보지 못한 편향된 견해라 할 것이다.

3. 법 제221조의2 제5항의 위헌선고로 피의자측의 반대신문권이 보장되는 경우 그 자체로서 다수의견이 주장하는 核心的인 違憲要素가 解消될 뿐 아니라 같은 조 제2항의 증인신문청구제도 자체도 그 節次的 正當성과 制度的 妥當성이 현저히 강화될 것이므로, 단지 제5항에 대해서만 위헌을 선고하면 족한 것이지, 제2항까지도 위헌을 선고하여야 한다는 것은 도저히 납득할 수 없는 논리의 비약이다.

재판관 김용준의 법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 의견과 같은 법조 제2항에 관한 반대의견

2. 형사소송의 지도원리로 되어 있는 消極的 實體眞實主義는 헌법이 보장하고 있는 適法節次的 原則이 형사증거법에 반영된 필연적인 결과이다. 법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분이 범인필벌의 요청을 앞세워 被告人 등의 反對訊問權이 박탈될 수 있는 여지를 용인하는 것은 消極的 實體眞實主義의 요구를 전면적으로 후퇴시키는 것으로서 그 合理性과 正當성을 인정할 수 없는 것이다.

3. 公判期日前 證人訊問制度 자체는 國家刑罰權을 엄정하게 실현하기 위한 데 그 목적이 있는 것으로서 형사소송에 있어서 간과할 수 없는 중요이념의 하나인 積極的 實體眞實主義의 요구가 반영

⑤ 판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인·피0인 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다.

⑥ 생략

【참조 조문】

憲法 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제103조, 제104조, 제106조

憲法裁判所法 제68조 제2항

刑事訴訟法 제163조(당사자의 참여권, 신문권)

① 검사, 피고인 또는 변호인은 증인신문에 참여할 수 있다.

② 증인신문에 시일과 장소는 전항의 규정에 의하여 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한다. 단, 참여하지 아니하는 사의를 명시한 때에는 예외로 한다.

③ 삭제

형사소송법 제184조(증거보전의 청구와 그 절차)

① 검사, 피고인, 피의자 또는 변호인은 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때에는 제1회 공판기일 전이라도 판사에게 압수, 수색, 검증, 증인신문 또는 검정을 청구할 수 있다.

② 사항의 청구를 받은 판사는 그 처분에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있다.

③ 제1항의 청구를 함에는 서면으로 그 사유를 하여야 한다.

형사소송법 제221조(제3자의 출석요구)

검사또는 사복경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자가 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있고 검정, 통역 또는 번역을 위촉할 수 있다.

형사소송법 제308조(자유신증주의)

증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.

형사소송법 제311조(법원 또는 법관의 조서)

공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인이 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증 결과를 기재한 조서는 증거로 할 수 있다. 제184조 및 제221조의2의 규정에 의하여 작성한 조서도 또한 같다.

【참조 판례】

1. 1994. 2. 24. 선고, 91헌가3 결정

- 2. 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정
- 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정
- 1996. 1. 25. 선고, 95헌가5 결정

【주 문】

형사소송법 제221조의2(1973. 1. 25. 법률 제2450호 신설) 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1993. 7. 31. 서울형사지방법원 93고합1570 특수공무집행방해치사 등 피고사건으로 기소되었다. 그 이전인 같은 달 29. 위 법원은 같은 법원 93초3657로 형사소송법 제221조의2 제2항에 따라 검사의 청구에 의하여 사건의 목격자인 청구인 외 신○균에 대하여 증인신문을 하였는데, 검사는 이때 작성된 조서를 위 형사사건에서 증거로 제출하였고 법원은 이를 증거로 채택하는 결정을 하였다.

이에 청구인은 위 형사사건 계속 중 위 신○균에 대한 증인신문의 근거가 되었던 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항이 피고인의 반대신문권을 보장하지 않고 있음에도 불구하고 이때 작성된 조서는 형사소송법 제311조에 의하여 증거능력이 인정되므로, 결과적으로 위 형사소송법 규정은 적법절차, 변호인의 조력을 받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 공개재판을 받을 권리 및 무죄로 추정될 권리를 보장하고 있는 헌법 제12조 제1항·제4항, 헌법 제27조 제1항·제3항·제4항 및 헌법 제37조를 침해하고 있고 그 위헌여부가

재판의 전제가 된다고 하여, 같은 법원 93초4943으로 위 형사소송법 규정에 대하여 위헌여부심판의 제청을 신청하였다. 청구인의 신청이 1993. 12. 20. 기각되어 그 기각결정이 같은 달 27. 청구인에게 송달되자, 청구인은 1994. 1. 8. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형사소송법(이하 '법'이라 한다) 제221조의2(1973. 1. 25. 법률 제2450호 신설) 제2항(이하 '이 사건 제2항'이라 한다) 및 제5항 중 제2항에 관한 부분(이하 '이 사건 제5항'이라 한다)의 위헌여부이다.

제221조의2(증인신문의 청구) ② 전조의 규정에 의하여 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우에는 검사는 제1회 공판기일전에 한하여 판사에게 그에 대한 증인신문을 청구할 수 있다.

③, ④ 생략.

⑤ 판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인,피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다.

⑥ 생략.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항들은 증거능력을 부여하는 제도를 규정하고 있으므로, 그 위헌여부에 따라 관련소송의 재판결과를 달리할 수

있다. 따라서 재판의 전제성이 인정된다.

(2) 헌법 제12조 제1항·제4항, 헌법 제27조 제1항·제3항·제4항을 종합하면, 우리 헌법이 "공정한 재판"을 받을 권리를 보장하고 있음이 명백하다. 형사재판절차에서 자기에게 불리한 증인을 신문할 권리는 공정한 재판을 받을 권리의 본질적이고도 핵심적인 내용이다. 이 사건 법률조항들은 반대신문의 기회가 주어지지 아니한 채 행해진 증인신문절차에서의 증언 및 그 조서에 대하여 증거능력을 인정함으로써 헌법상의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있고, 아울러 기본권을 법률로 제한하는 경우에는 그 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 헌법 제37조 규정에도 위반된다.

나. 법원의 제청신청기각 이유

(1) 재판의 전제성이 있기 위해서는 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당한 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되어야 하는데, 청구인에 대한 위 형사재판에서 만일 청구인이 무죄로 인정되는 경우에는 위 공판기일전 증인신문조서의 증명력이 배척될 것이므로 재판의 전제성이 없게 될 것이며, 또 청구인이 유죄로 인정되는 경우에도 위 공판기일전 증인신문조서를 제외하고 동일한 내용인 위 형사절차의 공판기일에서 위 신○균이 한 진술만에 의하여도 유죄로 인정될 수 있는 것이므로 이 경우에도 역시 재판의 전제성은 없게 된다고 할 것이다.

(2) 위 신○균에 대한 공판기일전 증인신문절차는 청구인 및 그 변호인인 변호사 유선희가 함께 참여하여 반대신문을 한 상태에서 행해졌다. 또한 위 신○균은 위 형사소송절차의 제4회 공판기일에서 다시 변호인측 증인으로 출석하여 변호인들로부터 충분한 신문

을 받았고, 그 진술내용 역시 위 공판기일전 증인신문절차에서의 진술내용과 대부분 동일하였다. 따라서 청구인은 '공정한 재판을 받을 권리'를 침해받지 아니하였다.

다. 검찰총장의 의견

입법부는 형사절차의 증거능력부여제도에 관하여 광범한 입법형성권을 가진다. 우리 형사소송법은 증거의 종류에 따라 증거능력을 부여하는 방법·기준 등을 개별적으로 규정하고 있는 한편 별도의 증거능력을 부여하는 행위가 없더라도 일정한 여건이나 상황에서 작성된 증거에 증거능력을 부여하는 예외조항도 마련하고 있다. 이 사건 법률조항들은 입법부의 입법형성권의 범위내에서 결정된 것으로써 청구인의 기본권을 침해한 바 없다.

3. 판 단

가. 적법성에 관한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항은 "제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다"라고 규정하고 있고, 헌법재판소법 제41조 제1항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다."라고 규정하고 있으므로, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 심판대상이 된 법률조항이 헌법에 위반되는 여부가 관련사건에서 재판의 전제가 된 경우에 한하여 청구될 수 있다.

여기서 "재판"이라 함은 판결·결정·명령 등 그 형식 여하와 본

안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 재판이거나를 불문하며 (헌법재판소 1994. 2. 24. 선고, 91헌가3 결정 참조), 심급을 중국적으로 종결시키는 중국재판뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함된다고 하겠다. 법원이 법원으로서 어떠한 의사결정을 하여야 하고 그 때 일정한 법률조항의 위헌여부에 따라 그 의사결정의 결론이 달라질 경우에는, 우선 헌법재판소에 그 법률에 대한 위헌여부의 심판을 제청한 뒤 헌법재판소의 심판에 의하여 재판하여야 한다는 것이 법치주의의 원칙과 헌법재판소에 위헌법률심판권을 부여하고 있는 헌법 제111조 제1항 제1호 및 헌법 제107조 제1항의 취지에 부합하기 때문이다.

그러므로 법 제295조에 의하여 법원이 행하는 증거채부결정도 당해 소송사건을 중국적으로 종결시키는 재판은 아니라고 하더라도, 그 자체가 법원의 의사결정으로서 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제2항에 규정된 재판에 해당된다고 할 것이다.

그리고 일정한 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률조항의 위헌여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌법재판소 1994. 12. 29. 선고, 92헌바22 결정 ; 1995. 5. 25. 선고, 93헌바33 결정 등 참조). 이 사건 제2항 및 제5항은 관련 사건에서 법원의 증거채부결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 증거채부결정의 대상이 된 조서의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 조서를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하고 있다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항들을 심판

대상으로 하는 이 사건 헌법소원심판은 적법하다(이러한 관점에서 볼 때, 추후에 공판기일에서의 증인신문절차에서 반대신문권이 보장되었다는 사실이나 공판기일전 증인신문조서 없이도 피고인을 유죄로 인정하기에 충분하였다는 사후판단적 사실 내지 실제로 위 신○균에 대한 공판기일전 증인신문절차에서 반대신문이 행해졌다는 사실 등은, 위 법원의 증거채부결정의 결론에 아무런 영향이 없는 사실로서 이 사건 재판의 전제성을 판단하는데 아무런 영향을 미치지 못한다고 본다).

나. 헌법의 적법절차와 형사소송절차의 원칙

(1) 헌법의 적법절차와 재판청구권

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리로 수용하고 있는바, 이 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실체적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해하여야 한다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정 참조). 또한 헌법은 제27조 제1항에서 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."라고 규정하고 같은 조 제3항에서 "모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다"라고 규정하여 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리

를 보장하고 있는바, 이 재판청구권은 재판절차를 규율하는 법률과 재판에서 적용될 실체적 법률이 모두 합헌적이어야 한다는 의미에서의 법률에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시하에서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함하고 있다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌법재판소 1996. 1. 25. 선고, 95헌가5 결정 ; 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정 등 참조). 그렇다면 형사재판의 증거법칙과 관련하여서는 소극적 진실주의가 헌법적으로 보장되어 있다 할 것이다. 즉 형사피고인으로서 형사소송절차에서 단순한 처벌대상이 아니라 절차를 형성·유지하는 절차의 당사자로서의 지위를 향유하며 형사소송절차에서 검사에 대하여 "무기대등의 원칙"이 보장되는 절차를 향유할 헌법적 권리를 가진다 할 것이다. 그런데 헌법이 공정한 재판을 받을 권리의 구체적인 내용까지 모두 규정하고 있다고는 볼 수 없다. 헌법이 보장하는 공정한 재판절차를 어떠한 내용으로 구체화 할 것인가의 문제는 우선적으로 입법자의 과제이기 때문이다. 다만 입법자는 형사소송절차를 규율함에 있어서 형사피고인인 국민을 단순한 처벌대상으로 전락시키는 결과를 초래하는 등 헌법적으로 포기할 수 없는 요소를 무시한 재판절차를 형성할 수 없다는 입법형성의 한계를 가진다 할 것이다. 따라서 형사소송에 관한 절

차법에서 소극적 진실주의의 요구를 외면한 채 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법상 용인될 수 없다.

(2) 제1회 공판기일전 증인신문제도의 법적 성격

(가) 현행 법은 수사의 방법을 원칙적으로 임의수사에 의하도록 하면서 강제수사는 특별한 규정이 있을 경우에만 예외적으로 허용하고 있다(법 제199조 제1항). 범죄의 증명에 유력한 증거가 제3자의 진술에 의존하고 있을 경우에도 검사나 사법경찰관은 우선 그에 대하여 출석을 요구하고 그로부터 임의의 진술을 들을 수 있을 뿐이다(법 제221조). 다만 제3자의 진술이 수사에 없어서는 아니됨에도 불구하고 제3자가 출석요구나 진술요구에 응하지 아니하거나 제3자가 수사기관에서 임의의 진술을 하였다라도 공판정에서 이와 다른 진술을 할 우려가 있을 경우에는, 예외적으로 강제적으로 제3자의 진술을 확보하거나 제3자가 수사기관에서 행한 진술의 증명력이나 증거능력을 사전에 확보할 필요가 있다.

이 사건에서 문제가 되고 있는 법 제221조의2 소정의 '제1회 공판기일전의 증인신문절차'는 바로 위와 같은 필요에 부응하기 위하여 법이 마련하고 있는 제도이다. 위 증인신문절차는 검사만이 제1회 공판기일전에 청구할 수 있는데, 청구의 사유는 ① 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 검사 또는 사법경찰관의 출석요구 또는 진술요구를 거부한 경우(같은 조 제1항)와 ② 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄

의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정되는 경우(같은 조 제2항)로 한정되어 있다. 이 중 제1항이 정하고 있는 사유는 수사의 진전을 도모하기 위한 것이고 이 사건의 심판대상으로 되어 있는 이 사건 제2항이 정하고 있는 사유는 증거의 보전을 위한 것이라고 말할 수 있다.

우리 법은 이 밖에도 증거의 보전을 위한 일반적 제도를 따로 마련하여 놓고 있는데 그것이 바로 법 제184조에서 규정한 증거보전절차이다. 증거보전절차는 위 증인신문절차와는 달리 검사 외에 피고인·피의자 또는 그 변호인(이하 '피고인 등'이라 한다)도 청구할 수 있고 그 청구의 사유도 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정(불가피성 및 긴급성)이 있는 경우로 폭넓게 규정하고 있다. 이때 증거를 사용하기 어려운 사정이 있다 함은 증인의 경우 사망·장기여행 등으로 신문이 곤란한 경우를 의미한다고 해석되고 있다.

이 사건의 제1회 공판기일전 증인신문제도는 아래에서 보는 바와 같이 그 신문절차에서 피고인·피의자 또는 변호인의 참여권이 부분적·제한적으로만 보장된다는 점과 그럼에도 불구하고 그 신문절차에서 작성된 조서에 당연히 증거능력이 부여된다는 점에서 그 특징을 찾아볼 수 있다.

(나) 외국에서도 우리나라의 위와 같은 공판기일전 증인신문청구제도가 마련되어 있음을 볼 수 있으나 외국의 제도는 증인신문을 시행한 조서에 대하여 우리나라와 같이 당연히 증거능력을 부여하고 있지 않은 점에서 근본적인 차이가 있다.

일본 형사소송법은 범죄의 수사에 없어서는 안 될 지식을 가지고

있음이 명백히 인정되는 자가 제223조 제1항의 규정에 의한 취조에 대하여 출두 또는 공술을 거부하는 경우이거나(제226조) 제223조 제1항의 규정에 의한 검찰관·검찰사무원 또는 사법경찰 직원의 취조에 있어서 임의의 공술을 한 자가 공판기일에 있어서는 압박을 받아 전에 한 공술과 다른 공술을 할 우려가 있고 또 그 자의 공술이 범죄의 성립에 없어서는 안된다고 인정되는 경우에(제227조) 제1회 공판기일전에 한하여 검찰관은 재판관에게 그 자에 대한 증인신문을 청구할 수 있으며, 그 심문절차에서 재판관은 수사에 지장이 생길 우려가 없다고 인정되는 경우에는 피고인·피의자 또는 변호인을 그 심문에 입회하게 할 수 있다(제228조 제2항)라고 규정하고 있는바, 일본의 공판기일전 증인신문제도는 그 요건과 절차의 면에서 우리의 공판기일전 증인신문제도와 거의 비슷하다고 하겠다. 그러나 일본의 경우 우선 일본 헌법 제37조 제2항에 "형사피고인은 모든 증인에 대하여 심문할 기회를 충분히 부여받아야 한다"라고 규정하여 재판소의 직권에 의하여 또는 소송당사자의 청구에 의하여 환문한 증인에 관해 반대신문의 기회를 충분히 부여하지 않으면 안된다는 원칙을 대전제로 하고 있고, 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서는 그 진술자가 사망·정신 또는 신체의 고장·소재불명 또는 국외에 체류중이어서 공판준비 또는 공판기일에서 진술을 할 수 없거나 진술자가 공판준비 또는 공판기일에 종전의 진술과 다른 진술을 한 경우에 한하여 이를 증거로 할 수 있을 뿐이다(제321조 제1항 제1호). 이에 반하여 우리 나라의 경우 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서는 당연히 증거로 사용될 수 있다는 점에서 일본에 비하여 그 증거법상의 효과의 면에서 큰 차이를 보

이고 있다.

또한 독일에서도 우리의 공판기일전 증인신문제도와 비슷한 제도를 찾아볼 수 있다. 우선 독일형사소송법은 제162조에서 검사는 판사에 의한 조사행위(이 조사행위에는 증인신문이 포함되는 것으로 해석되고 있다)가 필요하다고 인정하는 경우에는 지방법원판사에게 이를 청구하도록 규정하면서 제168조의c 제2항 및 제3항에서 이때 판사가 증인 또는 감정인을 신문할 경우에는 검사·피의자 및 변호인에게 참여를 허락하여야 하나, 피의자의 참여가 조사의 목적을 위태롭게 할 때에는 심리시에 그를 참여시키지 아니할 수 있다(같은 조 제3항 제2문에 의하면 이 규정은 증인이 피의자의 면전에서 진실을 말하지 않을 우려가 있을 때에만 적용한다)라고 규정함으로써 우리의 공판기일전 증인신문제도보다는 완화된 요건과 절차를 규정하고 있다. 그러나 독일 형사소송법은 제250조에서 공판절차에서 증인 등에 대한 신문은 종전의 신문에서 작성된 조서나 기타 진술서면으로 대체될 수 없다는 원칙을 규정하고 제251조 이하에서 그 예외를 규정하고 있는데 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서와 관련된 제251조에 의하면, 증인·감정인 또는 공동피의자가 사망하거나 정신병에 걸렸거나 그의 국내체류가 밝혀질 수 없는 경우, 증인·감정인 또는 공동피의자의 공판기일출석이 질병·노쇠 기타 제거할 수 없는 방해로 인하여 장기 또는 무기로 방해받고 있는 경우, 증인 또는 감정인의 진술의 중요성에 비추어 증인 또는 감정인의 공판기일출석이 장거리출타로 인하여 기대될 수 없는 경우 또는 검사·변호인 및 피고인이 낭독에 합의한 경우에 한하여 그에 대한 종전의 법관에 의한 신문을 기재한 조서를 낭독하는 것

으로 증인·감정인 또는 공동피의자에 대한 신문은 대신할 수 있도록 규정되어 있다. 따라서 독일의 경우 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서는 위와 같은 일정한 요건 아래에서만 낭독으로 대신되는 증거로 사용될 수 있을 뿐인데 이러한 증거법상의 효과는 공판기일전 증인신문조서를 항상 증거로 사용할 수 있도록 규정하고 있는 우리 나라의 제도와 커다란 차이점을 보여준다 할 것이다.

미국의 경우 형사소송절차는 철저한 공판중심주의·당사자주의에 의하여 수행되므로 제1회 공판기일전에 피의자측의 참여가 배제된 상태에서 이루어지는 증거보전제도는 존재하기 어렵다 할 것이다.

다. 형사소송법 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분의 위헌성

법 제221조의2 제5항은 공판기일전 증인신문절차에서의 피고인·피의자 또는 변호인의 참여권에 관하여 규정하면서 "판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인·피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다."라고 정함으로써 피고인 등이 같은 조 제2항의 증인신문절차에 참여할 수 있는지의 여부를 판사의 재량사항으로 정하고 있는바, 이는 통상의 증인신문절차에서 보장되는 당사자의 참여·신문권에 비하여 그 권리의 내용을 제한적으로 규정하고 있다. 즉 통상의 증인신문절차를 정한 법 제163조 제1항에서는 검사, 피고인 또는 변호인은 증인신문에 참여할 수 있다. 같은 조 제2항에서는 증인신문의 시일과 장소는 전항의 규정에 의하여 참여할 수 있는 자에게 미리 통지하여야 한 다라고 규정되어 당사자의 참여·신문권이 포괄적으로

보장되고 있기 때문이다. 그런데 법 제311조 후문의 규정에 의하면 법은 위 증인신문절차에서 이루어진 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있으므로 공판절차에서 그 조서가 증거로 제출된 경우 위 증인신문절차에 참여하지 못한 피고인이 그 진술의 신빙성을 탄핵하기 위하여 원진술자에 대한 증인신문을 신청하더라도 그 신청이 반드시 채택되리라는 보장은 없게 되는데, 이는 결과적으로 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회를 박탈하는 의미를 가진다고 하겠다.

한편 위 조항의 해석에 관하여 대법원은 "법 제184조에 의한 증거보전절차에서는 그 증인신문시 그 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 기회를 주지 아니한 경우에는 증거능력이 없고, 법 제221조의2에 의한 증인신문도 제1회 공판기일 전에 하는 증인신문이고 법 제311조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 점에 있어서는 다를 바 없으므로, 법원은 그 균형상으로도 제5항에 의한 증인신문을 함에 있어서 수사에 특별한 지장이 있다고 인정되는 경우가 아니면 피고인, 피의자나 변호인에게 참여의 기회를 주는 것이 옳다"고 판시하여(대법원 1992. 9. 22. 선고, 92도1751 판결 참조) 제1회 공판기일전 증인신문절차에 대한 피고인 등의 참여를 가급적 폭넓게 허용하도록 해석하고는 있으나, 이러한 해석에 의하더라도 '수사에 특별한 지장이 있는 때'에는 피고인 등의 절차참여가 배제될 가능성이 존재하게 되어 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 소지는 여전하다 할 것이다.

이에 증거능력이 무조건 인정되는 조서가 작성되는 증인신문절차에서 당사자의 참여·신문권을 제한적으로만 보장하고 있는 법

제221조의2 제5항이 적법절차의 원칙 및 청구인의 재판청구권을 침해하는 것은 아닌가라는 의문이 제기된다.

생각건대, 이 사건 제2항이 정하는 '수사기관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있는 경우'나 대법원의 해석과 같이 '수사상에 특별한 지장이 있는 때'라 함은 피고인 등의 참여하에 증인신문이 이루어지면 피의자나 피고인측의 협박이나 회유 등에 의하여 그 증인이 진실에 어긋나는 진술을 할 가능성이 커서 범인필벌을 위한 진실규명이 곤란하게 되는 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 경우 피고인 등의 절차참여를 배제하면 증인으로서의 편안한 마음으로 자신이 알고 있는 사실을 그대로 진술할 수 있을 것이고 이때 작성된 증인신문조서에 증거능력을 부여한다면 공소유지와 형사소송절차에서의 적극적 진실규명에 적지 않은 도움을 줄 것임은 부인할 수 없다.

그러나 이러한 입법목적만으로는 피고인 등의 절차참여와 반대신문의 기회를 박탈할 가능성을 규정하고 있는 이 사건 제5항을 정당화하거나 합리화하기에는 부족하다고 아니할 수 없다. 원래 진술증거는 진술자의 기억이나 표현에 오류가 개입할 가능성이 크고 또 신문자의 신문방식이나 기술에 따라서 진술자의 의사와 다른 내용이 전달될 가능성도 큰 것이다. 이를 바로 잡기 위한 가장 기본적 제어장치가 상대방사자의 반대신문권인바, 법은 이를 실질적·적극적으로 보장하기 위하여 직접적으로 공판절차 또는 공판준비절차의 증인신문에서 그 증언의 증명력을 탄핵할 수 있게 하기 위하여 반대신문권을 보장하는데(법 제161조의2 제1항) 그치지 아니하고, 더 나아가 증거능력 부여과정에서도 반대신문권이 행사될 수 있도록

록 전문증거의 증거능력을 제한하기에 이르고 있는 것이다(법 제310조의2 이하 참조).

무릇 공소사실에 부합하는 진술증거는 그것이 불리한 자의 면전에서 이루어지고 또 반대신문에 의한 탄핵을 거침으로써 진술 내용의 모순이나 불합리가 드러나 비로소 진정한 증거가치를 가질 수 있는 것이다. 이러한 검증을 거치지 않았거나 그러한 기회가 부여되지 아니한 진술증거에 대하여 당연한 증거능력을 부여하는 것은 범인필벌의 기능에 어느 정도 도움이 될 수는 있어도 실제적 진실발견에는 중대한 지장을 초래할 수도 있는 것이다. 따라서 피고인 등의 앞에서 증인신문을 할 경우 수사기관에서 행한 진술이 번복될 염려가 있다는 것은 오히려 피고인 등에게 반대신문권을 보장할 필요가 더욱 커진다는 것을 의미할 뿐 이러한 사정이 피고인 등의 절차참여를 배제하는 이유가 될 수는 없다 할 것이다. 가사 그 진술의 번복 가능성이 피고인이나 피의자 측의 협박 또는 회유 등에 기인하는 것이라 하더라도 이러한 경우를 위하여는 증인의 신변에 대하여 적절한 안전조치 등을 취할 수 있도록 하는 제도(그러한 입법례로는 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조 등을 들 수 있다) 등 국민의 기본권을 보다 덜 제한하는 제도를 마련하는 것이 적법절차의 원칙을 준수하는 합당한 조치일 것이다.

그렇다면 이 사건 제5항은 피고인들의 공격·방어권을 과도히 제한하는 것으로써 그 자체의 내용이나 대법원의 제한적 해석에 의하더라도 그 입법목적을 달성하기에 필요한 입법수단으로서의 합리성 내지 정당성이 인정될 수는 없다 할 것이다. 결국 이 사건 제5항은 형사절차에서 피고인 등에게 당사자로서의 지위를 보장하고

있는 헌법상의 적법절차의 원칙 및 청구인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 있다 할 것이다.

라. 형사소송법 제221조의2 제2항의 위헌성

(1) 이 사건 제5항과의 관계에서 본 이 사건 제2항의 위헌성 헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌선언된 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이다. 그러나 예외적으로 위헌으로 선언된 법률조항을 넘어서 다른 법률조항 내지 법률 전체를 위헌선언하여야 할 경우가 있다. 합헌으로 남아 있는 나머지 법률조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하거나, 위헌인 법률조항이 나머지 법률조항과 극히 밀접한 관계에 있어서 전체적·종합적으로 양자가 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있는 경우, 위헌인 법률조항만을 위헌선언하게 되면 전체규정의 의미와 정당성이 상실되는 때가 이에 해당된다고 할 것이다. 일정한 법률조항이 제도의 핵심적 구성부분이어서 그에 대하여 위헌선언하는 경우 제도전체의 내적인 평형을 무너뜨리는 결과를 가져와 입법자의 의도가 왜곡되기에 이른 때에는 위헌인 법률조항 이외의 나머지 부분도 함께 위헌선언하는 것이 마땅하기 때문이다.

생각건대, 진술증거에 대한 반대신문권은 형사소송절차에서 공정한 재판을 받을 권리의 핵심적 내용을 이루는 것이다. 이 사건 제2항의 증인신문절차가 진술증거를 강제적으로 수집할 수 있는 절차를 규정하는 것임은 위에서 살펴본 바와 같으므로, 그 증인신문절차의 참여권 및 반대신문권을 규정하고 있는 이 사건 제5항은 이 사건 제2항의 증인신문절차의 핵심적 구성부분이라고 보아야 한다.

이 사건 제5항이 위헌으로 인정될 경우에는 이 사건 제2항의 증인신문절차 전체의 내적 평형이 무너짐으로써 그 제도를 만든 입법자의 의도가 왜곡되기에 이른다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 이 사건 제5항을 위헌선언하면서 이 사건 제2항을 유효한 것으로 남겨둘 필요성은 없다고 할 것이므로 이 사건 제5항과 함께 이 사건 제2항도 위헌선언함이 타당하다.

(2) 이 사건 제2항 자체의 위헌성

헌법상 모든 국민은 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 가진다(헌법 제27조 제1항 및 제3항). 재판의 공정성의 보장과 공판중심주의의 원칙에 따라 판단기관인 법관은 되도록 공판기일 이전의 수사단계에서는 국민의 기본권을 보장하거나(구속영장의 발부 등) 기타 필요하고 불가피한 사정(증거보전 등)이 없는 한 관여하지 아니하여야 한다. 이 사건 법률조항의 경우에는 기본권을 보장하기 위한 경우가 아님은 물론 법 제221조의2 제1항의 경우와는 달리 법관이 미리 이에 관여하여야 할 필요성과 불가피성이 있는 경우도 아니다.

또한 우리 헌법은 제12조 제1항 후문에서 '적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌...을 받지 아니한다'고 규정하고 있는바, 형사소송절차는 국가의 형벌권을 실현함에 있어서 피고인 등의 기본권 보장을 위한 정당한 절차 즉 근본적인 공정성을 담보하는 절차를 이행하도록 함으로써 국가가 부당하고 자의적으로 형벌권을 행사하는 것으로부터 국민을 보호하기 위한 절차인 것이다. 우리 형사소송법은 형사절차중 증거판단과 사실인정에 관하여 헌법상의 적법절차를 구현하기 위하여 자유심증주의를 원칙으로 규정하고 있다

(법 제308조). 이때 자유심증주의란 법관의 자의적인 증거판단과 사실인정을 의미하는 것이 아니라 법관의 합리적인 자유심증에 따른 사실인정과정을 의미하는 것이므로, 법관의 올바른 자유심증을 위하여는 당사자가 절차의 주체가 되어 자유롭게 각자에게 유리한 모든 증거를 제출하여 활발한 입증활동을 하는 가운데 법관도 객관적인 입장에서 증거를 자유롭게 평가할 수 있는 여건이 갖추어질 것을 전제로 한다 할 것이다.

이 사건 제2항은 그 요건이 표현하는 바와 같이 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정되는 경우에 수사단계에서 그 증거를 확보함을 목적으로 하고 있다. 그러나 이 사건 제2항의 요건을 살펴보면 이 사건 제2항의 증인신문절차의 청구권자는 검사로 한정되어 있고, 다른 증거보전절차인 법 제184조에 의한 증거보전절차와는 달리 증인의 사망, 장기여행 등 공판기일의 증인신문절차가 현저히 곤란해지는 경우 기타 미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정을 방지하여야 한다는 등의 긴급성이 그 요건에 포함되어 있지 아니함을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 제2항의 목적으로 하는 증거보전은 수사활동상의 긴급한 필요성에 의하여 신속히 증거보전할 필요에 응하기 위한 증거보전이 아니라, 어디까지나 수사기관의 수사활동에 강제력을 부여함으로써 수사활동을 원활하게 하기 위한 넓은 의미의 증거보전을 의미하는 것으로 보인다.

그런데 이러한 입법목적을 실현하기 위하여 이 사건 제2항의 증인신문절차가 정하고 있는 기본권 제한효과는 그 입법목적에 비하

여 과잉된 것이라고 아니할 수 없다. 법 제311조 후문은 이 사건 제2항의 절차에서 작성된 조서도 공판준비 또는 공판기일에서의 진술과 똑같은 증거능력을 가진다고 규정하고 있다.

이는 이 사건 제2항의 절차에서 증인으로 진술하면 공판준비 또는 공판기일에 출석하여 법관의 면전에서 직접 진술하지 않더라도 바로 그 진술을 증거로 사용할 수 있게 되어 있는바, 이와 같은 증인신문제도는 수사단계에서 임의의 진술을 하였는데도 법정에서 다른 진술을 할 염려가 있다는 이유만으로 검사가 다시 같은 수사단계에서 미리 판사로 하여금 증인신문을 하게 하여 증거를 확보하려는 것으로서, 증인이 공판기일에서 법관의 면전에서 자유스럽게 진술하는 것을 제약함과 동시에 법관이 공판기일에 법정에서 직접 조사한 증거에 의하여 심증을 형성하는 것을 제약하여 결국 법관이 직접 조사하지 아니한 상태에서 행하여진 증인신문조서의 기재에 의하여 바로 심증을 형성하게 함으로써 증거가치판단의 진실성을 담보함에 흠을 가져오는 결과를 초래할 것이다.

한편 법 제221조의2 제4항에 따라 이 사건 제2항의 증인신문을 행하는 판사와 공소제기 후 사건을 직접 재판하는 판사(법원)가 다른 경우에는 판사는 증인의 진술하는 태도(태도증거)등에 의한 진실한 심증형성을 기대하기 어려운 점이 있다. 특히 공판절차에서 수사기관에서의 진술을 반복할 우려가 있고 범죄의 증명에 없어서는 아니될 중요한 증인이라면 법원은 반드시 태도증거를 직접 목격할 필요가 있는 것이다. 또한 이 사건 제2항에 해당하는 사유는 증인신문의 청구를 함에 있어 검사가 서면으로 이를 소명하도록 되어 있기는 하나 그 사건의 수사에 관여한 바 없는 판사로서는 직접 그

사건을 수사하였거나 수사지휘 등을 한 검사의 의견을 사실상 무시하기가 어렵다. 따라서 이러한 증인신문절차는 변칙적인 제도로서 남용될 우려도 있는 것이다.

끝으로 피고인이나 변호인의 반대신문권은 형식적·절차적인 것이 아니라 실질적·효과적인 것이어야 한다. 그런데 만일 제1회 공판기일전에는 변호인의 소송서류에 대한 열람·등사청구권이 없다고 한다면 이 사건 제2항의 절차에 변호인 등이 참여하게 하여도 효과적인 반대신문을 하기가 어렵다 할 것이고, 변호인 등이 이러한 반대신문을 제대로 할 수 없다면 이는 결국 법관의 심증형성에 영향을 미치게 된다 할 것이다.

이는 헌법이 보장하는 적법한 절차 내지 공정한 재판을 받을 권리의 형사소송법적 표현인 공판중심주의 내지 자유심증주의의 기본적 내용을 현저히 훼손함으로써, 법관의 올바른 자유심증을 형성하는데에 공정성과 합리성을 심각하게 제약하는 것이고, 결국 헌법상 보장된 법관의 독립성을 현저히 저해하는 효과를 가져오는 것이라고 아니할 수 없다.

이처럼 중대한 기본권 제한을 그 법적 효과로 내포하고 있는 이 사건 제2항의 증인신문절차의 규정을 두는 것은 위와 같은 수사활동의 원활화라는 단순한 입법목적만으로는 그 합리성이나 필요성이 있다고 할 수 없는 것이다. 즉, 이 사건 제2항은 그 입법목적으로 달성하려는 공익에 비하여 훨씬 큰 기본권 제한을 수단으로 하고 있다는 점에서 과잉된 입법이라고 아니할 수 없다.

결국, 이 사건 제2항은 범인필벌의 요구만을 앞세워 과잉된 입법수단으로 증거수집과 증거조사를 허용함으로써 법관의 합리적이고

공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해할 우려가 있고, 결과적으로 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리에 위배되는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반된다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우, 재판관 신창언의 아래 5 및 6과 같은 각 반대의견과 재판관 김용준의 아래 7과 같은 형사소송법 제221조의2 제2항에 관한 반대의견과 같은 조 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 의견이 있는 이외에는 나머지 관여재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우의 반대의견

나는 형사소송법 제221조의2 제2항 및 제5항 중 같은 조 제2항에 관한 부분이 위헌이라는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 다수의견이 주장하는 바와 같이 피고인의 공격·방어권을 정당한 사유없이 과도하게 제한하는 경우에는 특히 형사소송절차의 전반을 기본권의 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 것을 의미하는 적법절차의 원리에 반하고, 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고 이에 대하여 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회가 보장되는 공정한 재판을 받을 권리를 포함하는 재판청구권을 침해하게 된다. 특히 피고인에게 불리한 증언에 대한 피고인의 반대신문권은 피고인의 공격·방어의 방법 중에 각별히

중요한 의미를 갖는 수단이라 할 것이고, 따라서 이에 대한 정당한 사유 없는 제한은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이고 적법절차의 원리에도 반한다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항들이 정한 절차에서 신문된 증인에 대하여 동 절차에서는 물론 공판절차에서조차 피고인 등에게 반대신문의 기회가 주어지지 아니하였는데도 동 절차에 의하여 작성된 증인신문조서에 대하여 무제한적으로 증거능력을 인정한다면 원칙적으로 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 적법절차의 원리에도 반하는 결과가 될 수 있을 것이다.

나. 그러므로 이 사건 법률조항들이 피고인의 반대신문권을 정당한 사유 없이 제한하고 있는가를 본다.

(1) 형사소송법 제221조의2에 의한 제1회 공판기일전의 증인신문절차는 만일 참고인으로 수사기관에서 진술한 자가 공판정에 나와 진술을 반복할 경우 참고인진술조서는 무가치한 것이 되어버리므로 목격자나 피해자의 진술을 증거보전해 둬으로써 그 증거능력을 확실히 담보하는 것을 목표로 하는 절차이다. 검사 등 수사기관이 형사소송법 제184조의 증거보전절차를 이용할 경우 사건에 따라서는 피의자의 입회 하에 증인 등의 신문이 이루어질 때 피의자측의 협박이나 회유, 그 보복의 우려 등에 의하여 진실에 어긋나는 진술이 행해질 가능성이 있어서 특별히 피의자 등의 입회나 반대신문을 배제하여 증인의 공포심 등을 덜어주면서 실제적 진실을 밝히는 데 필요한 진술을 확보할 필요성이 있는 경우가 있고 이러한 필요성에 형사소송법 제184조 소정의 증거보전절차에 대한 이 사건 법률조항에 의한 증인신문절차의 독자적인 의미가 있다. 특히, 오늘날 범죄

가 보다 조직화, 지능화, 광포화하면서 사건 피해자 및 증인을 피의자의 협박이나 위해 등으로부터 보호해야 할 필요성이 커지는 것에 상응하여 이 제도의 중요성도 커지고 있다.

(2) 이 사건 법률조항들 중 제5항은 수사에 지장이 없다고 인정할 때에도 피고인 및 그 변호인의 동 증인신문절차에서의 참여권, 나아가 반대신문권의 행사가능성을 담당판사의 재량에 맡겨 놓고 있으나, 이 규정은 수사에 지장이 없는 한 피고인 등을 증인신문에 참여시키도록 해석함으로써, 즉 합헌적 법률해석을 통하여 재량규정을 강행규정으로 운영할 여지가 충분히 있다. 뿐만 아니라 이 사건 법률조항들이 공판절차에서까지 그 증인에 대한 반대신문을 할 수 있는 길을 막아 놓고 있는 것은 아니다.

(3) 또한 피고인 등이 불가피하게 증인신문절차에서 배제되는 경우에도 수사의 주체가 아닌 법관이 중립적이고 전문적인 입장에서 증언의 진정성이 확보될 수 있도록 증인신문절차를 주재할 수 있기 때문에 이 절차에서 피고인 등이 전적으로 수사의 객체, 형사처벌의 객체로만 전락한다고 보기는 어렵다.

(4) 또 이 사건 법률조항들에 의한 절차는 수사의 일환으로 이루어지는 절차이므로 그 절차에서 공판절차에서와 같이 반드시 반대신문의 기회가 부여되어야 하는 것은 아니다.

(5) 그리고 이 사건 법률조항 중 제2항이 "임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우"로 제1회 공판기일전 증인신문절차에 따른 증인신문을 청구할 수 있는 요건을 명확히 한정하고 있다. 또 이 요건은 추상적인 진술변복의 위험

성만으로는 부족하고 구체적 사정에 비추어 합리적 근거가 있을 때에만 충족될 수 있는 것으로 엄격히 해석하여야 한다. 그렇다면 이 사건 법률조항에 의한 증인신문절차가 수사상 정당한 사유가 있는 경우에만 활용될 수 있게 되는 것이다.

(6) 그러므로 이 사건 증인신문절차 자체가 정당한 사유 없이 피고인의 증인에 대한 반대신문의 기회를 박탈하여 헌법상의 적법절차에 반한다거나 재판청구권의 한 내용인 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수는 없다. 그렇기 때문에 일본, 독일, 프랑스의 경우에도 이 사건 법률조항들에 의한 증인신문절차와 유사한 제도를 채택하고 있는 것이다.

다. 오히려 이 사건 법률조항에 의한 절차에서 작성된 증인신문조서의 증거능력을 공판절차에서 조차 반대신문의 기회가 부여된 여부에 관계없이 인정하고 있는 형사소송법 제311조 후문의 규정이 공정한 재판을 받을 권리를 침해하거나 적법절차의 원리에 반하는지 여부가 문제되는 것이다. 피고인에게 불리한 증거(전문증거)에 대하여 피고인이나 그 변호인에게 반대신문을 통하여 그 증거를 탄핵할 기회가 정당한 사유 없이 부여되지 않았음에도 증거능력이 인정되어 그 증거에 의하여 피고인이 처벌받게 된다면 이는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 적법절차에 반하게 되기 때문이다.

(1) 먼저 제1회 공판기일전 증인신문절차에 피고인 등의 참여가 허용되어 피고인 등이 증인이 한 증언의 진정성을 다룰 수 있었던 경우에는 그 증인신문조서에 증거능력을 인정한다고 하여 문제될 것이 없다.

(2) 공판절차에서 증인이 다시 소환되어 피고인에게 반대신문의 기회가 부여된 경우는 증거능력을 부여하여도 위헌이라고 할 수 없다. 그 증인이 공판절차에서 다시 소환되어 위 증인신문조서의 내용대로 증언을 한 경우에는 말할 것도 없거니와 공판절차에서 소환된 위 증인이 위 증인신문조서에 기재된 내용과 상반된 증언을 공판정에서 한 경우에는 그 증명력의 문제가 있을 뿐 위 증인신문조서에 증거능력을 인정한다고 하더라도 그것만 가지고 피고인의 재판청구권이 침해되었다거나 적법절차의 원리에 위배된다고 할 수는 없다.

(3) 증인이 사망했다든가 중태에 빠져 있다든가 또는 기타 이에 상당하는 정당한 사유로 불가피하게 공판절차에 출정할 수 없어서 피고인이 공판절차에서 증인에 대한 반대신문권을 행사할 수 없는 경우에는 피고인은 증인신문조서에 기재된 증언내용의 진정성을 그 증인에 대한 반대신문을 통하여 탄핵할 수 없게 된다. 그러나 헌법재판소는 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서나 진술서에 대한 피고인측의 반대신문권과 관련하여 "공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술을 할 수 없는 때에는 그 조서 기타 서류를 증거로 할 수 있다. 단, 그 조서 또는 서류는 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한한다."고 규정하고 있는 형사소송법 제314조의 규정에 대하여 "그 내용에 있어 그(즉 전문증거의) 예외를 인정하여야 할 필요성이 있는 사유에 관하여 정당성이 있는 사유에 한정하였고, 그 필요성이 있는 경우도 합리적인 조건하에 적용되는 것으로 한정하여 그 적용범위를 합리적인 최소한도에 그치게 하였으므로

결국 공정한 공개재판을 받을 권리와 무죄추정을 받을 권리를 본질적으로 침해하거나 형해화하거나 정면으로 위반하였다고 할 수 없고 적법절차에도 합치하므로 헌법에 위반되지 아니한다"고 선언한 바 있다(헌법재판소 1994. 4. 28. 선고, 93헌바26 결정). 검사 또는 사법경찰관이 작성한 조서나 기타의 진술서 등에 대하여도 그 진술 또는 작성이 특별히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때 일정한 요건 하에서 증거능력을 인정하는 것이 헌법적으로 아무런 문제가 없다면 이 사건 법률조항들이 정한 절차에 의하여 작성된 증인신문조서는 독립적이고 중립적이며 전문적 능력을 갖춘 법관의 입회하에 작성되어 성립의 진정이 확보되어 있고 또 진술이 상대적으로 특히 신빙성이 높은 상태하에 이루어졌다고 할 것이므로 사망, 질병 기타의 부득이한 정당한 사유로 공판절차에서 그 증인이 진술할 수 없어 피고인 등에게 반대신문의 기회가 부여되지 않은 경우에도 동 증인신문조서의 증거능력을 인정하는 것의 타당성은 위 형사소송법 제314조의 경우보다 강하며 이 경우에 그 증인신문조서에 증거능력을 인정하더라도 공정한 재판을 받을 권리를 침해하거나 적법절차에 반한다고 할 수 없다.

(또 이와 관련하여 마피아와 같은 가공할 조직을 갖춘 범죄조직으로부터 증인을 보호할 수 있는 이 사건 법률조항들의 기능을 감안할 필요가 있다. 즉 가공할 조직범죄에 대한 증인의 경우에는 일정한 요건하에 공판정에서의 증언을 제1회 공판기일 전 법관의 입회 하에 작성된 증인신문조서로 가름할 수 있게 할 필요가 있다고 본다. 이 경우 피고인 등의 반대신문권 제한은 법관의 이와 관련한 보완적 기능 및 조직적 범죄집단의 잠재적 위해로부터 증인을 보호해야 할 필요성에 의하여 정당화된다고 할 것이다.)

(4) 그러나 위와 같은 부득이한 정당한 사유가 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항들에 정한 절차에서 증언한 증인에 대한 반대신문의 기회를 공판정에서조차 주어지지 아니하여 피고인 등이 위 증인에 대한 반대신문권을 행사할 수 없는 경우에도 그 증인신문조서에 증거능력을 인정하는 것은 피고인의 재판청구권을 심히 제한할 뿐 이를 정당화 할 만한 공익상의 이유도 없다. 그러므로 이러한 경우에 있어서까지 형사소송법 제311조 후문이 이 사건 법률조항들에 의한 제1회 공판기일전 증인신문조서에 증거능력을 인정하는 것은 피고인의 공정한 공개재판을 받을 권리를 내용으로 하는 피고인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법에 위반된다고 생각한다.

라. 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항들에 의한 증인신문절차 자체가 적법절차나 재판청구권을 침해하여 위헌이라기 보다는 이 사건 법률조항들에 의하여 작성된 증인신문조서에 아무런 제한없이 증거능력을 인정하는 형사소송법 제311조 후문의 위헌성을 먼저 살펴야 할 것으로 생각한다. 그런데도 반대신문권이 공판절차에서조차 부여되지 않은 이 사건 법률조항들에 의한 증인신문조서에 형사소송법 제311조 후문에 의하여 증거능력이 부여되었다는 이유로 이 사건 법률조항 자체가 위헌이라는 다수의견은 문제의 소재를 거꾸로 본 것이 아닌가 생각된다.

마. 나는 위와 같은 이유로 형사소송법 제311조 후문의 위헌성을 따지지 아니하고 이 사건 법률조항들 자체를 위헌으로 선언해야 한다는 다수의견에 반대하는 것이다.

6. 재판관 신창언의 반대의견

가. 실제적 진실발견과 증인신문청구제도

우리 형사소송제도가 기본적으로 당사자주의 소송구조를 취하고 있고, 이에 따라 공판절차상 검사와 피고인이 같은 당사자라 하더라도 그것이 곧 현행 형사소송구조 내에서 공익의 대표자로서 범죄수사와 공소 및 형의 집행지휘 등 국가형벌권의 실현이라는 중차대한 책무를 지고 있는 검사와 범법자인 피고인이 모든 절차에 있어서 완전히 동일한 지위에 있음을 의미하거나 똑같은 취급을 받아야 한다는 것은 결코 아니다.

형사소송은 범법자와 그 피해자 사이의 분쟁을 해결하기 위한 사적인 절차가 아니라 범법자의 처벌을 통하여 국가형벌권을 실현하는 공익적 절차이므로 실제적 진실의 발견은 형사소송의 가장 중요한 지도이념이자 최고의 목표이다.

이 사건 법률조항은 이와 같이 실제적 진실발견을 통한 범죄의 척결이라는 공익적 차원에서 제1회 공판기일전의 주로 수사단계에 있어서 수사의 주재자인 검사에게 범죄의 증명에 필수불가결한 참고인이 수사단계에서의 진술을 공판단계에서 피의자측의 위협이나 회유 또는 합의 등으로 번복할 염려가 농후한 예외적인 경우에 한하여 그에 대한 증인신문청구권을 인정한 것인데, 이를 가리켜 형사피고인에게 당사자로서의 지위를 보장하고 있는 헌법상의 적법절차의 원칙 및 공정한 재판을 받을 권리를 침해하고 나아가 법관의 독립성을 저해하는 위헌규정이라고 보는 다수의견은 지나치게 형식논리적이고 피상적인 견해라 아니할 수 없다.

나. 수사절차와 반대신문권 보장

일반적으로 수사절차에 있어서도 관련당사자의 인권을 충실하게

보호하기 위해서는 헌법상의 적법절차의 원칙이 지켜져야 하며, 증인신문청구절차에 있어서는 그 법적요건이 충족된 경우 사법판단, 즉 판사의 요건심사를 통한 참고인(증인) 소환 및 증인신문의 방법으로 이를 허용하고 있다. 그러나 수사절차에 있어서는 공판절차와는 달리 원칙적으로 그 신속성·밀행성의 요청상 공판절차 중심의 탄핵주의나 당사자주의 소송구조가 엄격히 적용될 수는 없으며, 따라서 피의자 등의 반대신문권 보장이 반드시 필요한 것도 아니다.

이러한 관점에서, 다수의견이 우리 형사소송법상의 증인신문 청구제도가 그 입법목적의 정당성은 인정되나 절차상 피의자측의 반대신문권이 보장되어 있지 아니한 결과 그 기본권제한의 효과가 입법목적에 비하여 과잉될 뿐 아니라, 법관의 합리적이고 공정한 자유심증을 방해하여 헌법상 보장된 법관의 독립성을 침해한다고 하는 것은 범죄수사와 수사절차의 본질을 바로 보지 못한 편향된 견해라 할 것이다.

다. 증인신문청구제도의 합헌성

형사소송법 제221조의2 제5항에 의하면 판사가 증인신문을 함에 있어서 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피의자 등을 참여하게 할 수 있으며, 그렇지 않은 경우 피의자측에서는 증거보전을 청구하거나 그후 공판절차에서 다시 증인으로 신청하여 반대신문을 할 수도 있으므로 피의자측의 반대신문권이 박탈되었다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 그 신문조서의 증거능력을 인정하는 것 또한 그것이 법관의 면전에서 진술을 기재한 조서로서 그 성립이 진정하고 신용성의 정황적 보장이 높기 때문에(대법원 1956.2.17. 선고, 4288형상308 판결 참조) 우리 형사소송법이 전문법칙의 예외로서 인정하고 있는

것이며, 이는 그 조서가 공판정에서 증거로 제출되어 사실인정의 자료로 사용될 수 있는 자격을 의미할 뿐, 구체적인 증거로서의 가치 여부, 즉 증명력의 유무는 결국 법관의 자유심증에 의하게 되므로 그것이 법관의 독립성을 침해할 가능성은 전혀 없다고 할 것이다.

또 다수의견의 논리대로 피의자측의 반대신문권이 증인신문청구절차에 있어 매우 중요한 핵심적 요소라고 한다면, 단지 제5항에 대해서만 위헌을 선고하면 족한 것이지, 제2항까지도 위헌을 선고하여야 한다는 것은 도저히 납득할 수 없는 논리의 비약이라 아니할 수 없다. 왜냐하면 제5항의 위헌선고로 피의자측의 반대신문권이 보장되는 경우 그 자체로서 다수의견이 주장하는 핵심적인 위헌요소가 해소될 뿐 아니라 제2항의 증인신문청구제도 자체도 그 절차적 정당성과 제도적 타당성이 현저히 강화될 것이기 때문이다.

라. 외국의 입법례

위와 같은 증인신문청구제도는 우리나라에만 특유한 제도는 결코 아니다. 일본의 형사소송법(제227조, 제228조)도 우리와 거의 동일한 규정을 두고 있다. 또한 형사소송법 제321조 제1항 제1호는 증인신문조서에 대하여 전문법칙의 예외로서 그 증거능력을 인정하고 있으며, 일본의 최고재판소는 위 규정이 피의자측의 참여권을 배제하여 위헌이라는 주장에 대하여 수차에 걸쳐 합헌판결을 거듭해오고 있다.

독일 형사소송법은 검사에게 참고인의 강제구인 권한을 인정하고 있으면서도(제161조의a) 이와는 별도로 우리와 유사한 검사의 청구에 의한 판사의 증인신문 등 조사행위제도(richterliche

Untersuchunghandlung)를 두고 있고(제162조), 나아가 판사는 증인신문시 피의자의 참여가 조사의 목적을 위태롭게 할 때에는 참여시키지 아니할 수 있도록 규정하여 우리와 마찬가지로 반대신문권을 제한하고 있는바(제168조의c 제3항), 이는 증인신문청구제도가 반대신문권 보장 여부와는 관계없이 국가형벌권의 적정한 실현이라는 공익목적의 달성을 위하여 필수불가결한 제도라는 사실을 잘 나타내 주고 있다 할 것이다.

마. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 공익의 대표자요 수사의 주재자인 검사의 형사소송체계상의 실질적 지위를 감안하여 날로 지능화, 조직화, 흉포화되고 있는 범죄경향에 효율적으로 대처하여 범죄를 척결함으로써 국가와 사회의 안녕질서를 확보하고 사법정의를 구현하기 위하여 불가피한 규정으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

7. 재판관 김용준의 형사소송법 제221조의2 제2항에 관한 반대의견과 같은 법조 제5항 중 제2항에 관한 부분에 대한 의견

"법" 제221조의2 제2항(이 뒤에는 "제2항"이라고 약칭한다)이 위헌이라는 다수의견에는 반대하고, 같은 법조 제5항(이 뒤에는 "제5항"이라고 약칭한다) 중 제2항에 관한 부분이 위헌이라는 다수의견의 결론에는 찬성하지만 그 이유에 관하여는 의견을 달리하는 점이 있으므로, 다음과 같이 의견을 표시한다.

가. 형사소송절차와 적법절차의 원칙

형사소송절차의 본질적 과제는 형사실체법이 요구하는 국가형벌권을 구체적으로 실현하는 일이다. 이를 위한 기본적 전제로서 형사재판의 기초가 되는 사실에 관하여 객관적 진실을 발견하여 사안

의 진상을 명백하고 정확하게 밝힐 것이 요구된다. 이와 같은 요청을 형사소송에 있어서의 실체적 진실주의라고 일컫는데, 실체적 진실주의는 적극적으로는 범인필벌, 즉 죄 있는 사람을 빠짐없이 처벌할 것을 요구하는(적극적 실체진실주의) 반면, 소극적으로는 무죄자불벌, 즉 죄 없는 사람이 처벌받는 일이 없을 것을 요구한다(소극적 실체진실주의). "법"은 헌법 제27조 제4항에 선언된 무죄추정의 원칙을 명문으로 다시 규정하여(제275조의2) 공소사실 등에 대한 거증책임을 검사에게 부담시키는 한편, 사실의 인정은 반드시 증거에 의하여야 하도록 하고(제307조), 진실성이나 신빙성이 희박한 증거를 배제하려는 취지에서 임의성이 없는 자백과 전문증거의 증거능력을 부인하거나 제한하며(제309조, 제301조의2), 피고인에게 불이익한 자백에 보강증거를 요구하는 자백의 보강법칙을 채택하는(제310조) 등 실체적 진실주의의 소극적인 면에 중점을 두어 무고한 사람이 처벌받는 일이 없도록 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있다. 결국 "법"은 적극적 실체진실주의의 요구와 소극적 실체진실주의의 요구가 충돌하는 경우에는 후자를 우선시킴으로써 소극적 실체진실주의를 형사소송의 지도원리로 삼고 있는 것이다.

이와 같이 형사소송의 지도원리로 되어 있는 소극적 실체진실주의는 단순히 입법정책의 차원에서 입법형성권의 행사로 선택된 것에 지나지 않는 것이 아니라, 헌법이 보장하고 있는 적법절차의 원칙이 형사증거법에 반영된 필연적인 결과이다. 즉, 우리 헌법 제12조 제1항 후문은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다"

다"고 규정하여 적법절차의 원칙을 독자적인 헌법상의 원리로 명문화하고 있는바, 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있는 것으로서, 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라, 국가작용으로서 기본권의 제한과 관련되든 관련되지 않든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용되는 것이며, 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형사소송의 전반을 기본권보장의 측면에서 규율하는 기본원리로 이해하여야 할 것이므로(헌법재판소 1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정 참조), 형사재판에서의 증거법칙과 관련하여서는 필연적으로 소극적 실체진실주의의 정신으로 발현될 수밖에 없다. 따라서 형사소송절차에 있어서 소극적 실체진실주의의 요구를 외면한 채 범인필벌의 요구만을 앞세워 합리성과 정당성을 갖추지 못한 방법이나 절차에 의한 증거수집과 증거조사를 허용하는 것은 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로서 헌법상 용인되지 않는 것이다.

나. 제1회 공판기일전 증인신문제도의 법적 성격

"법"은 수사의 방법을 원칙적으로 임의수사에 의하도록 하면서 강제수사는 "법"에 특별한 규정이 있을 경우에만 예외적으로 허용하고 있다(제199조 제1항). 그런데 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 제3자가 있을 경우에 검사나 사법경찰관으로서 그의 출석을 요구하여 진술을 들을 수는 있으나(제221조), 수사기관의 이와 같은 출석요구나 진술요구는 강제력이 없는 것이므로 그 제3자가 그 출석요구나 진술요구에 응하지 아니할

때에는 법관의 힘을 빌어 그 진술을 확보할 필요가 있을 뿐만 아니라, 그 제3자가 수사기관에서 임의의 진술을 하였다라도 공판기일에서 이와 다른 진술을 할 때에는 수사기관에서 한 진술의 증명력은 현저히 약화됨은 물론, 그 진술의 임의성이나 진술조서의 성립의 진정함마저 부인하는 진술을 할 때에는 그 진술조서의 증거능력까지 부인될 우려가 있으므로, 이에 대비하여 그 진술의 증명력이나 증거능력을 사전에 확보할 필요가 있다.

이 사건에서 문제가 되고 있는 "법" 제221조의2 소정의 "제1회 공판기일전 증인신문절차"가 바로 위와 같은 필요에 부응하기 위하여 "법"이 마련하고 있는 제도이다. 이 절차에 의한 증인신문은 검사만이 제1회 공판기일전에 청구할 수 있는데, 청구의 사유는 ① 범죄의 수사에 없어서는 아니될 사실을 안다고 명백히 인정되는 자가 검사 또는 사법경찰관의 출석요구 또는 진술요구에 응하지 아니하여 출석이나 진술을 거부한 경우(제1항)와 ② 검사 또는 사법경찰관에게 임의의 진술을 한 자가 공판기일에 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있고 그의 진술이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 것으로 인정될 경우(제2항)로 한정되어 있다. 이 중 제1항이 규정하고 있는 사유는 수사의 진전에도모하기 위한 것이고, 이 사건의 심판대상으로 되어 있는 제2항이 규정하고 있는 사유는 증거의 보전을 위한 것이라고 할 수 있다.

그런데 제1회 공판기일전 증인신문절차는, 위와 같이 그 근거가 되는 조문인 "법" 제221조의2가 수사절차에 관한 형사소송법 제2편 제1장내에 위치하고 있고, 판사는 증인신문을 한 때에는 이에 관한 서류를 검사에게 송부하도록 규정되어 있어(같은 조 제6항), 법원의

힘을 빌린 수사기관의 강제처분적 성격을 가지는 것으로 볼 수 있는 여지도 전혀 없지는 않지만, 반면에 그 절차가 증인신문에 관하여 법원 또는 재판장과 동일한 권한이 있는 판사에 의하여 주재되고 증인신문의 방식에 의하여 진행되며, 그 절차에서 작성된 증인신문조서에 대하여는 당연히 증거능력이 인정되는("법" 제311조 후문) 점 등에 비추어 보면 본질적으로는 어디까지나 증거보전의 성격을 띠는 증인신문절차에 해당하는 것으로 이해된다.

다. 이 사건 심판대상조항들의 위헌여부

(1) "법" 제221조의2 제2항

(가) 이 조항은 공소의 유지에 극히 중요한 참고인이 수사기관에서 범죄의 증명에 없어서는 아니될 진술을 하고서도 공판기일에서 그 진술의 내용을 번복하여 전의 진술과 다른 진술을 할 경우에 예상되는 공소유지의 곤란을 사전에 방지하기 위하여 제1회 공판기일전 증인신문의 방식에 따른 증거보전으로서 그 진술의 증명력이나 그 진술조서의 증거능력을 미리 확보할 수 있도록 하는 규정이다. 이는 국가형벌권을 엄정하게 실현하기 위한 데 그 목적이 있는 것으로서 형사소송에 있어서 간과할 수 없는 중요이념의 하나인 적극적 실체진실주의의 요구가 반영된 결과이므로, 위와 같이 범죄의 증명에 없어서는 아니될 진술의 번복가능성을 요건으로 삼아 검사로 하여금 법원에 증거보전을 청구할 수 있도록 규정한 위 법조항 자체의 내용은 합리적이고 정당한 이유와 근거에 바탕을 두고 있는 것이며, 따라서 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배되거나 국민의 재판청구권을 침해하는 것이라고 할 수는 없다.

(나) 물론 "제5항"에 따라 피고인·피의자 또는 변호인(이 뒤에는

"피고인 등"이라고 약칭한다)의 증인신문절차에의 참여가 제한적으로만 허용되고, 또 증거보전절차의 경우에는 피고인 등도 판사의 허가를 얻어 증거보전처분에 관한 서류와 증거물을 열람 또는 등사할 수 있도록 명문으로 규정되어 있으나("법" 제185조), 제1회 공판기일전 증인신문절차의 경우에는 그 절차에서 작성된 조서에 대한 피고인 등의 열람·등사청구권이 명문으로 규정되어 있지 않아서, 형사소송의 일방 당사자인 검사만이 그 절차에서 보전된 증거를 사용할 수 있게 될 소지가 있다는 점에서 제1회 공판기일전 증인신문제도의 합리성과 정당성에 대한 의문이 제기될 여지도 없지는 아니하다.

그러나 첫 번째의 문제는 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 제한하는 "제5항" 중 "제2항"에 관한 부분의 위헌여부에 대한 판단으로 해결되어야 할 성질의 것으로서(앞서 본 바와 같이 제1회 공판기일전 증인신문절차를 법관에 의한 증거보전의 성격을 띠는 증인신문절차로 본다면 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 제한하는 예외규정인 "제5항" 중 "제2항"에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 할 경우 증인신문절차에 관한 원칙규정에 따라 피고인 등의 당사자로서의 참여권과 신문권이 보장될 것이다), 이를 제1회 공판기일전 증인신문제도 자체나 그 청구요건에 관한 "제2항"의 위헌여부와 관련시킬 이유가 없고, 두 번째의 문제도 피고인 등의 증인신문절차에의 참여만 보장된다면, 증거보전절차의 경우와 달리 열람·등사청구권에 관하여 명문으로 규정되어 있지 아니하더라도 피고인 등으로서도 공판절차에서 제1회 공판기일전 증인신문에 관한 서류의 송부요구를 신청하는 등의 방법으로 증인신문조서를 증거로 제출할 수 있는 것이므로, 이 점

도 결국은 피고인 등의 증인신문절차에의 참여의 보장과 관련된 것에 지나지 않는 것으로 "제2항"의 위헌여부에 관련시킬 이유가 없다고 할 것이다.

(다) 이 점에 관하여 다수의견은 제1회 공판기일전 증인신문절차의 핵심적 구성부분인 "제5항" 중 "제2항"에 관한 부분이 위헌으로 인정될 경우에는 "제2항"의 제1회 공판기일전 증인신문절차 전체의 내적 평형이 무너짐으로써 그 제도를 만든 입법자의 의도가 왜곡되기에 이르므로 "제2항"에 대하여도 함께 위헌선언을 함이 타당하다고 주장하고 있다.

물론 "제5항" 중 "제2항"에 관한 부분에 대하여 위헌결정을 할 경우 피고인 등의 증인신문절차참여권과 반대신문권이 당연히 보장되게 됨에 따라 "제2항"에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 결과적으로 통상의 증거보전절차와 사실상 중복되어 증거보전의 제도로서 특별히 독립된 의미를 가질 수 없게 됨은 부인할 수 없다. 그러나 헌법재판소로서는 특정한 제도가 다른 일반적인 제도와 사실상 같은 기능을 발휘하기 때문에 독립된 의미나 존치의 필요성이 따로 없다는 이유만으로 곧바로 그 제도에 대하여 위헌의 결정을 할 권한은 없는 것이다. 그와 같은 제도의 폐지나 변경은 입법자의 몫으로 맡겨진 일이다. 헌법에 위반되는 것으로 판단되는 법률조항에 대하여만 위헌결정을 하고 관련된 다른 법률조항은 그대로 존치시킬 경우 그 다른 법률조항으로 인하여 입법자가 전혀 원하지 않았던 반대의 결과가 생기게 될 때에는 입법자의 의도가 왜곡되는 것을 방지하기 위하여 위헌결정의 범위를 필요한 한도 내에서 확대하여야 될 경우도 있을 수 있겠지만, 이 사건의 경우는

그와 같은 경우에 해당하는 것도 아님이 분명하다. 따라서 다수의견의 위와 같은 주장은 타당한 것이라고 할 수 없다.

(라) 다수의견은 또 "제2항"에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 적법절차의 원칙이나 공정한 재판을 받을 권리의 형사소송법적 표현인 공판중심주의 내지 자유심증주의의 기본적인 내용을 현저히 훼손하는 것이어서 그 자체로서도 위헌이라고 주장하고 있다.

그러나 자유심증주의는 증거의 증명력을 법률로 규정하지 않고 법관의 자유로운 판단에 맡기는 것일뿐, 증거능력이 있는지의 여부에 대하여 판단을 함에 있어서는 이 원칙이 적용되지 않는 것이므로, "법" 제311조 후문이 제1회 공판기일전 증인신문절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있더라도, 자유심증주의에 대한 예외를 규정한 것이라고 볼 수는 없다.

다수의견이 "공판중심주의"라고 지칭하고 있는 것은 직접심리주의를 말하는 것으로 보인다. 피고인 등의 제1회 공판기일전 증인신문절차에의 참여를 보장한다고 하더라도, 그 절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하는 것은 직접심리주의의 원칙에 대한 예외를 인정한 것이 된다. 그러나 "법"은 그 밖에도 실제적 진실의 발견이나 소송경제의 목적을 위하여 직접심리주의의 원칙에 대한 예외를 광범위하게 인정하고 있다. 공판준비 또는 공판기일에 피고인이나 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 법원 또는 법관의 검증, 감정의 결과를 기재한 조서 및 증거보전절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있는 것("법" 제311조) 등이 그 대표적인 예이다.

앞에서 본 바와 같이 "제2항"은 국가형벌권을 엄정하게 실현하기

위한 데 그 목적이 있는 것으로서 형사소송에 있어서 간과할 수 없는 중요이념의 하나인 적극적 실체진실주의의 요구를 반영한 것이다. 따라서 이 절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있다고 하더라도, 이는 공판기일 등에서 진술한 것을 기재한 조서의 경우와 마찬가지로 정당하고도 합리적인 이유에서 직접심리주의의 예외를 인정한 것이므로, 적법절차의 원칙이나 공정한 재판을 받을 권리의 형사소송법적 표현인 직접심리주의의 기본적 내용을 현저히 훼손한 것이라고도 볼 수 없다.

(마) 나아가 제1회 공판기일전 증인신문은 검사만이 청구할 수 있도록 되어 있다는 점에서 형사소송절차에서의 평등의 원칙에 위배되는 것은 아닌지가 문제로 될 수 있으나, 피고인 등도 증거보전의 필요가 있는 경우에는 통상의 증거보전절차를 이용할 수 있고("법" 제184조 제1항에 증거보전의 청구사유로 규정되어 있는 "미리 증거를 보전하지 아니하면 그 증거를 사용하기 곤란한 사정이 있는 때"에는, 증인의 경우 사망·장기여행 등으로 증인신문이 곤란하게 될 때는 물론, 전의 진술과 다른 진술을 할 염려가 있는 때도 포함된다고 해석된다), 그 절차에 의하여 제1회 공판기일전 증인신문과 동일한 목적을 달성할 수 있는 이상, 단지 검사에게만 증거보전의 목적을 위하여 통상의 증거보전절차외에 제1회 공판기일전 증인신문절차의 이용이 허용되어 있다는 이유만으로 곧바로 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 보기도 어렵다.

(바) 결국 "제2항"은 국가형벌권의 적정한 실현을 위한 것으로서 그 규정내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(2) "법" 제221조의2 제5항 중 제2항에 관한 부분

(가) 위 법조항 부분은 수사에 지장이 없다고 인정할 경우에 한하여 판사는 재량으로 피고인 등으로 하여금 "제2항"에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차에 참여하게 할 수 있는 것으로 규정함으로써 피고인 등이 "제2항"에 의한 증인신문절차에 참여할 기회를 제한적으로만 허용하고 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 "법"은 위와 같은 증인신문절차에서 작성된 조서에 대하여 당연히 증거능력을 부여하고 있으므로(제311조), 그 뒤 공판절차에서 그 조서가 증거로 제출된 경우 증인신문절차에 참여하지 못한 피고인이 그 증인의 진술의 신빙성을 탄핵하기 위하여 원진술자에 대한 증인신문을 신청하더라도 그 신청이 반드시 받아들여지리라는 보장은 없다. 이에 따라 결과적으로 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회가 박탈될 수도 있다.

위 법조항의 해석에 관하여 대법원은 "법 제184조에 의한 증거보전절차에서는 그 증인신문시 그 일시와 장소를 피의자 및 변호인에게 미리 통지하지 아니하여 증인신문에 참여할 기회를 주지 아니한 경우에는 증거능력이 없다는 것이 당원의 견해이고(당원 1992.2.28. 선고, 91도2337 판결 참조), 같은 법 제221조의2에 의한 증인신문도 제1회 공판기일전에 하는 증인신문이고 같은 법 제311조에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 점에 있어서는 다를 바 없으므로, 법원은 그 균형상으로도 그 제5항에 의한 증인신문을 함에 있어서 수사에 특별한 지장이 있다고 인정되는 경우가 아니면 피고인·피의자나 변호인에게 참여의 기회를 주는 것이 옳을 것이다"라고 판시하여, 피고인 등의 제1회 공판기일전 증인신문절차에 대한 참여

를 가급적 폭넓게 허용하도록 요구하고 있으나(대법원 1992.9.22. 선고, 92도1751 판결 참조), 이와 같은 해석에 의하더라도 수사에 특별한 지장이 있을 때에는 피고인 등이 증인신문절차에 참여하지 못하게 될 수밖에 없어 피고인 등의 반대신문권은 여전히 박탈될 소지가 있는 것이다.

(나) 여기에서 수사에 특별히 지장이 있을 경우라고 하여 피고인 등이 증인에 대한 반대신문권을 박탈당할 수도 있게 하는 것이 과연 형사소송절차에 있어서 합리성과 정당성을 갖춘 것인가 하는 의문이 당연히 제기된다. 이는 곧 형사소송의 기본적인 지도원리인 소극적 실체진실주의의 요구에 배치되는 결과를 일정한 한도에서 용인하면서까지 적극적 진실의 규명을 추구하는 것과 다름이 없기 때문이다.

물론 형사소송절차상의 소극적 실체진실주의가 헌법상의 적법절차의 원칙에 바탕을 둔 것으로서 적극적 실체진실주의에 앞서는 가치를 가지는 것이라고 하더라도, 어떤 제도가 적극적 실체진실주의의 실현에 중대한 기능을 하는 반면 소극적 실체진실주의의 실현에는 사소한 지장만을 초래할 경우에는 그 제도의 합리성과 정당성을 부인할 수 없을 것이다. 그러나 어떤 제도가 비록 실체적 진실의 발견에는 중요한 기능을 한다고 하더라도 그로 인하여 피고인의 방어권행사에 중대한 지장을 초래하여 소극적 실체진실주의의 요구에 상당히 배치될 때에는 적법절차의 원칙에 위배된다고 보지 않을 수 없는 것이다.

(다) 따라서 이제는 나아가 수사상의 특별한 지장을 이유로 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제함으로써 실체적 진실의 발

견에 어느 정도 도움이 되고, 이에 따라 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회가 박탈됨으로써 소극적 실체진실주의의 실현에 어느 정도 지장을 초래할 수 있는지를 검토할 필요가 있다.

위 법조항 부분이 규정하고 있는 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제할 요건으로서의 "수사에 지장이 있을 때"라 함은 피고인 등을 증인신문에 참여하게 하면 피고인 등측의 협박이나 회유 등에 의하여 증인이 진실에 반하는 진술을 할 가능성이 있어 실제적 진실의 발견이 곤란하게 되는 경우를 의미한다고 볼 수 있다. 이와 같은 경우에 피고인 등을 증인신문절차에 참여하지 못하게 하면 증인으로서의 편안한 마음으로 자신이 알고 있는 사실을 그대로 진술할 수 있을 것이고, 그 절차에서 작성된 증인신문조서에 바로 증거능력이 부여되므로 공소의 유지와 형사소송절차에서의 실제적 진실의 규명에 작지 아니한 도움이 될 것임은 부인할 수 없다.

그러나 다른 한편 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제하여 반대신문의 기회가 박탈됨으로써 소극적 실체진실주의에 배치되는 결과가 초래되는 것 역시 결코 가벼운 것이 아니다. 원래 진술증거는 진술자의 기억이나 표현에 오류가 개입할 가능성이 크고 또 신문하는 사람의 신문방식이나 기술에 따라서 진술자의 의사와 다른 내용이 전달될 가능성도 큰 것이다. 이와 같은 오류 등을 바로 잡기 위한 가장 기본적인 제어장치가 상대방 당사자의 반대신문권인바, "법"은 증인신문절차에서 그 증언의 증명력을 탄핵할 수 있게 하기 위하여 반대신문권을 보장하는데(제161조의2 제1항, 제163조) 그치지 아니하고, 더 나아가 반대신문권의 보장을 전문증거의 증거능력을 제한하는 이론적 기초로 삼아 그 증거능력의 부여과

정을 통하여서도 반대신문권이 행사될 수 있도록 이를 실질적·적극적으로 보장하고 있다. 결국 반대신문권의 보장은 소극적·실체진실주의의 요구에 따라 형사소송절차에서의 진술증거를 통한 실체적 진실의 발견과 관련하여 가장 기본적인 틀을 이루고 있는 것이며, 특히 피고인 등의 반대신문권은 그 방어권의 핵심적 요소이므로 이를 행사할 기회를 부여할 수 없는 불가피한 사정("법" 제314조, 제316조에 규정된 원진술자의 사망, 질병 등의 사유)이 없는 한 이를 최대한으로 보장하는 것이 헌법상의 적법절차의 원칙에 부합하는 것이다. 특히 "제2항"에 의한 제1회 공판기일전 증인신문절차는 범죄의 증명에 없어서는 아니될 진술을 대상으로 하는 것이라는 점에서, 피고인 등으로 하여금 반대신문을 할 수 있도록 그 절차에 반드시 참여시켜야 할 필요가 더욱 절실하다고 할 수 있다.

(라) 무릇 공소사실에 부합하는 진술증거는 그것이 그로 인하여 불이익을 받게 될 피고인 등의 면전에서 이루어지고 또 반대신문에 의한 탄핵을 거쳤음에도 그 진술의 내용이 번복되거나 그 내용이 모순되거나 불합리한 점이 드러나지 않음으로써 오히려 진정한 증거가치를 가질 수 있는 것이므로, 그와 같은 과정을 거치지 아니한 진술증거에 대하여 그대로 증거능력을 부여하는 것은 범인필벌의 기능에는 어느 정도 도움이 될 수 있어도 소극적·실체진실주의의 실현에는 중대한 지장을 초래하는 것이다. 따라서 증인신문에 피고인 등이 참여하면 증인이 수사기관에서 한 진술을 번복하여 다른 진술을 할 염려가 있는 때에는 오히려 피고인 등의 반대신문권을 보장할 필요가 더욱 증대될 뿐, 이와 같은 이유로 피고인 등의 증인신문절차에의 참여를 배제할 수는 없는 것이고, 증인이 전의 진

술과 다른 진술을 할 가능성이 피고인이나 피의자측의 협박이나 회유 등으로 인한 것이라고 하더라도, 이와 같은 경우에는 "법" 제297조에 따라 피고인을 퇴정하게 하고 진술하게 한 후 피고인을 다시 입정하게 하여 진술의 요지를 고지하고 반대신문의 기회를 부여하면 될 것이다. 그러한 조치로써도 증인의 자유로운 진술을 기대하기 어려울 경우에 대비하기 위하여는 증인의 신변안전을 위하여 필요하고도 적절한 안전조치를 취할 수 있도록 제도적 장치(예를 들면 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제7조에 규정된 증인에 대한 신변안전조치 등)를 마련하는 것이 적법절차의 원칙을 준수하는 합당한 조치일 것이며, 이와 같은 사정만 가지고 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 여지를 용인하는 것은 소극적 실체진실주의의 요구를 전면적으로 후퇴시키는 것으로서 그 합리성과 정당성을 인정할 수 없는 것이다.

(마) 결국 위 "법"조항 부분은 정당한 근거 없이 형사소송 절차를 부당하게 왜곡하여 피고인 등의 반대신문권이 박탈될 여지를 허용하는 것으로서 헌법의 기본원리인 적법절차의 원칙에 위배되는 것이라고 하지 않을 수 없다.

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연

주 심 재판관 이재화
 재판관 조승형
 재판관 정경식
 재판관 고중석
 재판관 신창언

한글전용 초등국정교과서 편찬지시처분에 대한
헌법소원

(1996. 12. 26. 92헌마26 전원재판부)
[관례집 8권2집, 859~867]

【판시 사항】

국어교과서 한글전용의 근거가 되는 문교부 지침이 변경됨으로써 권리보호의 이익이 없어졌다고 본 사례.

【결정 요지】

문교부의 도서 편찬 세부계획에 포함된 교과서편찬지침은 문교부가 매년 새로이 작성하는 것으로서 새로운 지침내용이 작성되면 원칙적으로 종전의 지침은 더 이상 교과서 편찬의 준거가 될 수 없게 되며, 특히 그 지침내용의 중요한 부분이 변경된 경우에는 종전의 지침은 그 의미가 없게 된다 할 것인데, 이 사건의 경우 문교부는 이 사건 심판 대상인 "1987년도 1종도서 편찬세부계획" 이후에도 매년 새로 세부계획을 작성해 오다가 1993. 2. 23. "1993년도 1종도서 편찬 세부추진계획(유치원·국민학교·중학교·고등학교)"에서 종래의 편찬지침 중 "문장은 한글로 쓰되"라는 부분을 삭제함으로써 문제가 되어온 한글전용의 근거를 없애버렸으므로, 청구인들의 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익이 없다.

청 구 인 유 ○ 기 외 4인
청구인들 대리인 변호사 홍 은 표
공동소송참가인 유 ○ 열 외 1인
공동소송참가인들 대리인 변호사 홍 은 표
피청구인 교육부장관

보조참가인 이 ○ 로 외 2인
보조참가인들 대리인 변호사 차 형 근

【참조 조문】

헌법 제9조, 제10조, 제31조

교육법 제4조(동전) 教育의 制度, 施設, 教材와 方法은 恒常 人格을 尊重하고 個性을 重視하여 教育을 받는 者로 하여금 能力을 最大限으로 發揮할 수 있도록 하여야 한다.

교육법 제93조(목적) 初等學校는 國民生活에 必要한 基礎的인 初等普通教育을 하는 것을 目的으로 한다

【주 문】

청구인들 및 공동소송참가인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 국민학교때부터 한자교육이 행하여 져야 하고 그러기 위하여는 국민학교(교육법 개정으로 명칭이 초등학교로 변경되었으나 아래 에서는 편의상 "국민학교"라 한다) 국어교과서에 한자를 혼용하여야 하는데, 문교부(정부조직법 개정으로 명칭이 교육부로 변경되었으나 아래에서는 편의상 "문교부"라 한다) 편찬, 발행의 "1987년도 1종도서 편찬 세부계획(유치원·국민학교)" (이하 "이 사건 세부계획"이라 한다)에 의하여 국민학교 국어교과서에 한글만을 전용하도록 되어 있으므로, 이 사건 세부계획이 헌법 제31조에 규정된 청구인들의 교육권 내지 그 자손들의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 침해하는 것이라면서 1992. 2. 10. 이 사건 헌법소원심판을 청구

하였다.

(2) 공동소송참가인들은 청구인들과 같은 이유로 8. 3. 공동 청구인으로서 참가신청을 하였다.

(3) 보조참가인들은 3. 16. 피청구인을 위하여 보조참가하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 국민학교 국어교과서에 한글을 전용하게 된 근거인 이 사건 세부계획에 포함된 "8. 1987년도 1중도서 편찬지침"의 "나. 집필지침, 1) 일반지침, 가) 교과서, (21) 표현, 표기의 적합성 " 중 "㉔ 문장은 한글로 쓰되, (표준말로 간결·평이하게 서술하고 높임말을 쓰는 것을 원칙으로 하며, 맞춤법은 한글맞춤법통일안에 따라야 한다)"라는 부분(이하 "이 사건 집필지침"이라 한다)이 청구인들 및 공동소송참가인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 청구인들 및 공동소송참가인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들 및 공동소송참가인들의 주장

(1) 헌법 제31조는 모든 국민에게 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 보장하였고, 교육법 제4조는 교육의 교재는 피교육자로 하여금 능력을 최대한으로 발휘할 수 있도록 하여야 한다고 하였으며, 제93조는 국민학교는 국민생활에 필요한 기초적인 초등보통교육을 하는 것을 목표로 삼는다고 규정하였다.

한편 우리나라는 5천년 동안 한자문화권에 속해오면서 전통문화가 형성되었고, 또 우리말의 70%가 한자로 이루어짐으로 해서 아직도 신문 등의 각종 발행물에 상당수의 한자가 혼용되어 사용되고 있는 실정이므로 한자에 대한 정확한 이해 없이는 진정한 의미의 언어생활 내지는 일상생활을 하기가 어려운 실정이다.

따라서 작게는 일상생활에 있어서 말뜻을 제대로 이해하여 참다운 언어생활을 하게 함으로써 개개인의 인격을 발현시켜 참다운 국민이 될 수 있도록 하고, 크게는 우리의 전통문화를 계승, 발전시키는 물론 한자를 어릴 때부터 교육하는 북한의 실정에 비추어 장차 통일한국의 어문통일작업을 위해서 한자를 해독할 수 있는 능력을 어릴 때부터 길러주어야 할 것인바, 이는 국민학교에서부터 적어도 일상생활에 자주 쓰이는 한자 500자 내지 1,000자에 대한 교육을 실시함으로써 달성될 수 있고, 또 위와 같은 국민학교의 교육목표에도 부합하는 것이다.

원래 훈민정음도 한글만의 전용을 위하여 창제된 것이 아니었으며, 한글만을 전용할 경우 국민지성의 저하, 교육효과의 감퇴, 국어음의(音意)의 혼란, 현실적응능력의 불비, 학술발전의 저해, 민족문화 전통말살, 동양문화권에서의 고립 자초 등의 폐해도 생기게 된다.

그럼에도 불구하고 이 사건 세부계획은 국민학교 국어교과서의 편찬에 있어 한글만을 전용하여 결과적으로 한자교육이 이루어질 수 없게 하고 있는바, 이는 결국 청구인들 및 공동소송참가인들의 학습권 내지 교육수혜권을 침해하는 동시에 헌법 제9조의 전통민족문화창달권 및 제10조의 행복추구권을 침해하는 것으로 위헌이다.

(2) 이 사건 세부계획은 교육법에 근거하여 문교부장관의 국민학교 교과과정 및 교과서 작성권한에 따라 이루어진 것으로 사실상 대외적 효력이 있는 행정규칙으로 보아야 할 것이므로 공권력의 행사에 해당하고, 공동소송참가인들은 이를 1992. 8. 1.경에야 알았으므로 그들의 이 사건 헌법소원은 적법한 청구기간내에 제기된 것

이다.

나. 피청구인의 의견

(1) 이 사건 헌법소원은 아래와 같은 이유로 부적법하므로 각하되어야 한다.

(가) 청구인들 및 공동소송참가인들은 "1987. 5. 문교부에서 정한 국민학교 교과서 한글전용표기 1종도서 편찬 세부계획"이 헌법 제31조의 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리, 헌법 제9조의 전통문화 창달권 및 헌법 제10조의 행복추구권을 각 침해한다고 주장하고 있는바, 그들이 주장하는 "1987. 5. 문교부에서 정한 국민학교 교과서 한글전용표기 1종도서 편찬 세부계획"이란 존재하지 않고 또 그것을 이 사건 세부계획으로 본다 하더라도 그중 어느 부분이 위헌인지 특정되지 않는다.

(나) 이 사건 세부계획은 교과용도서예규 제5조와 문교부고시 제87-9호에 의한 제5차 국민학교 교육과정에 근거하여 국민학교에서 사용할 교과서명, 편찬기관, 편찬추진일정, 소요예산, 교과서 집필을 위한 일반 집필지침과 교과서별 집필지침을 수록한 행정부 내부의 문서에 불과하여 공권력의 행사라고 볼 수 없다.

(다) 가사 이를 공권력의 행사로 보더라도 이에 의하여 기본권의 침해를 받는 자는 초등교육을 받는 국민학생 자신들이라 할 것이고, 따라서 청구인들 및 공동소송참가인들의 기본권은 이 사건 세부계획으로 직접 침해되는 것이 아니므로 그들에게는 자기관련성과 권리침해의 현재성, 직접성이 없다.

(라) 이 사건 세부계획에 대한 행정심판이나 행정소송을 거치지 않음으로써 헌법재판소법 제68조 제1항 단서가 정하는 다른 법률에

의한 구제절차를 거치지 않았다.

(마) 이 사건 세부계획은 1987. 5.경 작성되었고 6. 30. 문교부고시 제87-9호로 고시된 것이므로, 청구인들이나 공동소송 참가인들은 적어도 그 내용을 그 무렵 알았다고 보아야 할 것이고, 공동소송참가인들의 경우는 늦어도 그들의 자녀들이 국민학교에 입학한 1987. 3.이나 1988. 3.경 이를 알았다고 보아야 할 것이므로, 청구인들이나 공동소송참가인들로서는 헌법재판소의 개소일인 1988. 9. 19.부터 헌법재판소법 제69조 제1항이 규정하는 60일 또는 180일 이내에 헌법소원을 제기하여야 하였음에도 불구하고 그보다 훨씬 늦은 1992. 2. 10.과 8. 3. 이 사건 헌법소원을 제기하거나 공동소송참가신청을 하였으므로 청구기간이 도과되었다.

(2) 가사 이 사건 헌법소원이 적법하다 하더라도 아래와 같은 이유로 이유없어 기각되어야 한다.

국민학교 국어교과서에 한글만을 전용할 것인가, 한자도 가르칠 것인가 하는 것은 기본적으로 교육정책의 문제이지 헌법 제31조 제1항이 규정하는 교육권이나 균등 교육을 받을 권리 내지 행복추구권과 관련이 있는 것이 아니다. 헌법 제31조 제1항은 다만 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 보장한 것일 뿐 어떠한 교육내용까지 요구할 권리를 보장하는 것은 아니기 때문이다.

교육정책적 측면에서 보더라도 말하기, 듣기, 읽기, 쓰기 등 국어를 올바르게 사용할 수 있는 언어사용기능의 신장과 국어에 관한 초보적인 지식의 습득, 다양한 문학 작품의 감상을 지도하는 것을 중점으로 하여 국어생활을 바르게 하고, 국어를 소중히 여기는 것을 가르친다는 국민학교 국어교과의 목표에 비추어 볼 때 초등학교

국어교과서를 우리 글자인 한글로 편찬하는 것은 너무나 당연한 것이다.

한글전용에 관한 법률까지 들먹일 필요없이 엄연히 우리의 공용문자는 한글임이 명백하고, 다만 문화생활의 사회적 현실과의 조화상 한자교육이 필요한 것인데 민족의 이상을 실현하고 전통문화의 계승, 발전과 민족문화의 창달을 위하여는 한글전용을 바탕으로 한자교육을 병행하는 것이 필요하고 문교부는 이러한 문자교육정책을 1970년 이래 일관되게 추진하여 오고 있으며, 중학교부터는 한문교과를 개설하여 실생활에 활용될 수 있는 한자는 물론 우리 선인들과 생각을 같이 할 수 있는 기초적인 한문 문장까지 가르치고 있고, 국민학교에서도 특활시간 등을 통해 학교장 재량으로 한자지도를 할 수 있도록 하고 있다.

우리말의 70%가 한자라고는 하지만 이는 사전에 등록된 말이고, 실제로 한글학회에서 국민학교 국어교과서를 조사해보니 한자어가 30%에 지나지 않았으며, 일상생활에 있어서도 오늘날 한글만을 사용한다 하여 불편을 거의 느끼지 않을 만큼 되었으므로, 앞으로 이러한 우리의 말과 글을 더욱 같고 닦아서 한자의 도움이 없는 한글을 실현하는 것이 우리 민족의 이상이라고 볼 때 국민학교 국어교과서에서 한글만을 전용하도록 하는 이 사건 세부계획은 적법하고도 타당한 것이다.

그리고 북한의 한자교육은 한국이 국한혼용을 하고 있기 때문에 통일후를 대비하여 중학교에 한문 교과를 설치하여 교육을 실시하고 있는 것 뿐이다.

다. 보조참가인들의 의견

공동소송참가인들의 참가신청이 부적법하다고 주장하는 외에는 대체로 피청구인의 의견과 같다.

라. 법무부장관의 의견

헌법 제9조는 국가의 전통문화의 계승, 발전 및 민족문화 창달의 의무를 규정하여 문화국가를 지향하는 문화국가의 원리가 우리 헌법의 기본원리의 하나임을 선언한 것으로서 그 내용과 체계상 위 규정으로부터 이른바 전통민족문화창달권과 같은 기본권이 파생되는 것은 아니며, 또 헌법 제31조 제1항의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리란 자신의 일신전속적인 수학능력에 따라 교육을 받으며 성별·신앙·사회적 신분 등에 의하여 교육을 받을 기회에 있어서 차별을 받지 않는다는 것을 의미하고, 또 이에는 사회적 측면도 내포되어 있어 국가에 대하여 모든 국민이 균등하게 교육받을 수 있도록 교육시설을 설치, 운영하고 장학제도를 시행하는 등 교육의 외적 조건을 정비할 것을 요구할 수 있는 권리도 포함된다 할 것이나 이로부터 국가로 하여금 특정한 내용을 교육하여 달라고 청구할 수 있는 권리가 생기는 것은 아니라 할 것이다. 초등교육인 국민학교 교육과정에서 한자를 가르칠 것인가 하는 문제는 학생들의 수학능력, 다른 교과과정 등을 감안하여 정할 교육정책상의 문제이지 사법판단을 통하여 정하여질 성질의 것은 아니다. 그밖에는 대체로 피청구인의 의견과 같다.

3. 판 단

먼저 직권으로 청구인들 및 공동소송참가인들의 심판청구가 권리보호의 이익이 있는지에 대하여 살펴본다.

이 사건 세부계획과 같은 1종 교과서 편찬지침은 문교부가 매년

새로이 작성하는 것으로서 새로운 지침내용이 작성되면 원칙적으로 종전의 지침은 더이상 교과서 편찬의 준거가 될 수 없게 되며, 특히 그 지침내용의 중요한 부분이 변경된 경우에는 종전의 지침은 그 의미가 없는 것이 된다. 그런데 이 사건의 경우 문교부는 1987년 이 사건 세부계획 이후에도 매년 새로 세부계획을 작성해 오다가 1993. 2. 23. "1993년도 1종도서 편찬 세부추진계획(유치원·국민학교·중학교·고등학교)"에서 이 사건 심판대상인 집필지침 중 "문장은 한글로 쓰되"라는 부분을 삭제함으로써 문제가 되어온 한글전용의 근거를 없애버렸다.

그렇다면 청구인들 및 공동소송참가인들의 심판청구는 권리보호의 이익이 없다 할 것이다.

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

1996. 12. 26.

재판장	재판관 김용준
	재판관 김진우
	재판관 김문희
	재판관 황도연
	재판관 이재화
	재판관 조승형
	재판관 정경식
	재판관 고중석
주 심	재판관 신창언

교육부교원징계재심위원회결정 위헌확인

(1996. 12. 26. 96헌마51 전원재판부)

[판례집 8권2집, 868~874]

【판시 사항】

교육공무원법 제49조에 의한 고충심사청구에 대한 결정이 헌법 재판소법 제68조 제1항 소정의 "공권력의 행사 또는 불행사"에 해당하는지 여부

【결정 요지】

이 사건 심판대상인 고충심사청구에 대한 결정은 피청구인이 청구인의 고충을 해소하는 등 공정한 처리를 위하여 노력한 결과, 즉 청구인의 고충을 해소하여 주려고 하여도 현행 법령의 테두리 안에서 허용되지 아니한다는 사정을 알리는 결정에 지나지 아니하며, 그로 인하여 청구인에 대한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 생기지 아니하므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 해당된다고 할 수 없다.

청 구 인 이 ○
대리인 변호사 박 우 재
피청구인 교육부장관

【참조 조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조 판례】

1992. 6. 26. 선고, 89헌마132 결정

1993. 11. 25. 선고, 92헌마293 결정
1993. 12. 23. 선고, 89헌마281 결정
1994. 2. 24. 선고, 92헌마283 결정
1994. 4. 28. 선고, 91헌마55 결정
1995. 3. 23. 선고, 91헌마143 결정
1995. 7. 21. 선고, 93헌마257 결정

【주 문】

심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1970. 3. 1.부터 1972. 2. 28.까지 도서벽지 교육진흥법 소정의 도서벽지 지역인 경남 통영군 사랑면에 있는 양지국민학교 읍덕분교장에서 초등학교 교사로 근무한 적이 있고, 그후 1973. 3. 1. 중학교 교사로 전직하여 그 때부터 중학교 교사로서 근무하기 시작하여 현재 경남 하동 옥중중학교 교사로 근무하고 있다.

(2) 청구인은 중학교 교감자격을 취득하기 위한 전제로서 요구되는 교감과정의 연수대상자로 지명받기 위하여(지명권자는 경상남도 교육감이다) 1995. 4. 18. 경부터 1995. 10. 14.까지 수차례에 걸쳐 피청구인에 대하여 초등학교 교사로 근무시 취득한 가산점을 중학교 교사로 전직한 이후에도 인정하여 주도록 의견 제시 내지 건의를 하였으나, 피청구인으로부터 불가하다는 회신을 받고, 1995. 10. 25. "청구인이 2년간 도서벽지 지역에 있는 초등학교에서 근무한 경력

을 중학교 교사로서의 근무평정에 있어서도 가산점을 부과하여 줄 것"을 교육공무원법 제49조 제1항에 의하여 피청구인에게 고충심사청구를 하였다.

(3) 피청구인은 위 고충심사청구를 교원징계재심위원회(교원 지위향상을위한특별법에 의하여 설치된 것으로 교육공무원법 제 49조 제3항에 의하여 교육공무원 중앙고충심사위원회의 기능을 관장하고 있다)에 부의하여 같은 위원회가 1995. 12. 14. 고충심사청구가 이유 없다는 결정을 하자, 그 결과를 1995. 12. 27. 경 청구인에게 통지하였다.

(4) 청구인은 위 결정이 청구인의 평등권을 침해한 것이라고 주장하면서, 1996. 2. 5. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인의 심판청구서 기재에 따르면 1995. 12. 14.자의 고충 95-23 초등경력 도서벽지 가산점 인정요청 사건에 관한 결정이다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인의 주장

초등학교와 중학교는 교육대상과 내용에 있어서 유사성과 연계성이 있고, 보수 자체도 단일호봉을 적용하고 있으며, 교원간에 인사교류도 이루어지고 있다. 한편 도서벽지 가산점은 교육환경이 열악한 도서벽지 지역의 교육진흥에 기여한 공로에 대한 개인적 보상차원에서 부여되는 것이다. 따라서 중학교 교사로 전직한 자에 대하여도 그 이전에 초등학교 교사로써 도서벽지 지역에 있는 초등학교에 근무하여 취득한 가산점을 인정하여야 하는데, 이에 관한 청구인의 고충심사 청구를 이유 없다고 한 피청구인의 결정은 청구인

의 헌법상의 평등권을 침해한 것이다.

나. 교육부장관 및 교육부 교원징계재심위원회 위원장의 의견
요지

(1) 헌법소원의 적부에 대한 의견

교육공무원의 고충처리 제도는 교육공무원법 제49조에 근거한 것으로, 공무원으로서의 권익을 보장하고 적정한 근무환경을 조성하여 주기 위하여 근무조건과 인사관리 기타 신상문제에 대하여 법률적인 쟁송의 절차에 의하여서가 아니라 사실상의 절차에 의하여 그 시정과 개선책을 강구하여 줄 것을 임용권자에게 청구할 수 있도록 한 제도이다. 따라서 위법한 처분의 존재를 전제로 함이 없이 또한 청구기간의 제한을 받음이 없이 누구든지 언제나 제기할 수 있는 한편, 고충심사 결정 자체에 의하여 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 직접 생기는 것이 아니다. 따라서 이를 들어 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되는 "공권력의 행사 또는 불행사"에 해당한다고 할 수 없다.

청구인에 대한 승진후보자명부작성권자인 경상남도 교육감이 구체적으로 청구인에 대하여 도서벽지 가산점 불인정 처분을 하였을 경우, 이에 대하여 행정쟁송으로 다룰 수 있음에도 이러한 절차를 거치지 아니하였음은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 의한 보충성을 결여한 것으로 부적법하다.

(2) 본안에 대한 의견

초등학교 및 중학교의 교원간에는 그 수학 정도, 담당업무의 성격 등에 있어서 실질적인 차이가 있다. 따라서 교육법 제79조 제1항, 별표 제1도 초등학교와 중학교 교원의 자격기준을 구분하고 각

별로 임용하고 있으며, 초등학교 교원이 중학교 교원으로 임용되는 경우에는 종별과 자격을 달리하는 교원으로 임용되는 전직이 된다(교육공무원법 제2조 제7항).

이에 따라 가산점의 평정대상을 동등급의 교원으로 제한하고 있는 것은 합리적 근거에 기하여 실질적 평등을 구현하고자 하는 것으로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판청구를 제기하기 위하여는 우선 기본권침해의 원인이 된 "공권력의 행사 또는 불행사"의 사실이 있어야 한다. 공권력의 행사 또는 불행사로 볼 수 없는 어떤 행위나 사실을 대상으로 하여 헌법소원심판청구를 한 경우에는 헌법소원심판의 대상의 적격성이 없어 부적법하다고 할 것이다(헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 89헌마132, 1993. 11. 25. 선고 92헌마293, 1993. 12. 23. 선고 89헌마281, 1994. 2. 24. 선고 92헌마283, 1994. 4. 28. 선고 91헌마55, 1995. 3. 23. 선고 91헌마143, 1995. 7. 21. 선고 93헌마257 각 결정 참조).

이 사건의 경우 교육공무원법에 의한 고충처리의 법적 성격을 살펴보면, 고충의 심사청구는 교육공무원이면 누구나 제기할 수 있는 것으로, 그 대상이 인사·조직·처우 등 각종 직무조건과 기타 신상문제로 사실상 거의 제한이 없으며, 청구기간을 비롯한 특별한 절차상의 제한도 없을 뿐 아니라(제49조 제1항), 일정한 처분을 전제로 하는 것이 아니며 고충심사청구의 상대방도 처분권자가 아닌 임용권자 또는 임용권제청권자이고 고충심사를 청구받은 임용권자 또는 임용권제청권자가 하여야 하는 조치도 고충의 해소 등 공정한

처리를 위하여 노력하여야 한다는 것뿐이다(제49조 제2항). 가사 고충의 심사결과 필요하다고 인정할 경우, 임용권자 또는 임용권제청권자가 처분청 또는 관계기관의 장에게 그 시정을 요구할 수 있으나, 그러한 요구는 사실상의 시정요구와 크게 다를바 없다. 즉 교육공무원법 제49조 제7항의 규정에 따르면 시정을 요청받은 처분청 또는 관계기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이를 이행하여야 하고, 그 처리결과를 통보하여야 하지만, 부득이한 사유가 있는 때에는 그 사유를 통보하고 이를 이행하지 않을 수 있도록 허용하고 있으므로 시정요구 그 자체로 인하여 어떠한 법률적 효력이 생기는 것은 아니라 할 것이다.

그렇다면 이 사건 심판대상결정은 피청구인이 청구인의 고충을 해소하는 등 공정한 처리를 위하여 노력한 결과, 즉 청구인의 고충을 해소하여 주려고 하여도 현행 법령의 테두리 안에서 허용되지 아니한다는 사정을 알리는 결정에 지나지 아니하며, 그로 인하여 청구인에 대한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 생기지 아니하므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 해당된다고 할 수 없다.

4. 따라서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1996. 12. 26.

재판장 재판관 김용준
 재판관 김진우

재판관 김문희
재판관 황도연
재판관 이재화
주 심 재판관 조승형
재판관 정경식
재판관 고중석
재판관 신창언