

발간등록번호
33-9750000-000005-14
1-09-2001-01

헌법재판소판례집

제12권 2집
(2000)



헌법재판소

고엽제후유의증환자지원등에관한법률 제6조 제1항 위 헌제청

(2000. 7. 20. 98헌가4 전원재판부)

【관시사항】

고엽제후유증환자에게 국가유공자등예우및지원에관한법률(이하 “예우법”이라한다)에 의하여 보상을 행하도록 한 고엽제후유의증환자지원등에관한법률(이하 “고엽제법”이라 한다) 제6조 제1항 중 보상수급권의 발생시기를 등록신청을 한 날이 속하는 달부터 발생하는 것으로 규정한 위 예우법 제9조 본문까지 고엽제후유증환자들에 대하여 적용하도록 한 부분이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

고엽제로 인한 후유증은 1991.경까지는 그 질병의 원인이 명백히 밝혀지지 아니하여 구 고엽제법이 제정될 때까지 등록신청을 할 수 없었던 사정이 있었던 것은 사실이다. 그러나 그와 같은 사정이 고엽제후유증환자와 일반 전상군경 사이에 보상수급권 발생시기를 반드시 다르게 정하여야 할 사유가 된다고 보기는 어렵다. 일반 전상군경이라 하더라도 상이의 원인과 경과가 항상 명확하다고 단정할 수 없고 그 상이의 원인과 경과가 명백히 밝혀지지 아니하여 상당한 기간 등록신청을 할 수 없었던 경우가 있으므로 고엽제후유증환자가 등록신청을 할 수 없었던 사정은 보상수급권의 발생시기를 정함에 있어 일반 전상군경과 고엽제후유증환자를 달리하여야 할 사유가 된다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 고엽제후유증환자의 보상수급권도 등록신청을 한 때부터

발생하는 것으로 규정한 데에는 다음과 같은 합리적 이유가 있다. 즉, 등록신청을 하기 전에는 그 보상에 소요되는 예산을 수립하여 보상수준을 결정하기가 어렵고, 고엽제후유증은 그 발생시기와 진행속도가 환자와 질병의 종류에 따라 다르고 장기간에 걸쳐 완만하게 나타나는 특성이 있으므로 보상수급권의 발생시기를 발병한 때를 기준으로 하는 경우에는 그 발병시기와 상이등급에 관한 진단의 정확성, 신뢰성, 보상대상자의 검진체계와 보상금 지급체계에 문제가 생기게 될 뿐만 아니라 상이의 원인과 경과가 뒤늦게 밝혀져 발병시점으로부터 상당한 기간이 경과한 후에 등록신청을 한 다른 일반 전상군경과 사이에 불균형을 초래하게 된다. 따라서 입법자가 그 입법형성권의 범위 내에서 고엽제후유증환자의 보상수급권 발생시기를 일반 전상군경과 동일하게 예우법 제9조 본문을 적용하여 등록신청을 한 때부터 발생하는 것으로 결정한 것이 헌법상의 평등원칙에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

고엽제후유의증환자지원등에관한법률(1997. 12. 24. 법률 제5479호로 전문개정된 것) 제6조(고엽제후유증환자에 대한 보상 등) ① 제4조 제7항 및 제8항의 규정에 의하여 고엽제후유증환자로 결정·등록된 자와 제7조 제5항의 규정에 의하여 고엽제후유증환자로 결정·등록된 자 중 그 장애정도가 처장이 실시하는 신체검사에서 대통령령이 정하는 상이등급에 해당하는 장애를 입은 것으로 판정된 자에 대하여는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조 제1항 제4호의 규정에 의한 전상군경으로 보아 동법이 정하는 바에 의하여 보상을 행한다.

②~③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조(적용대상국가유공자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족 등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우 등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1.~3. 생략

4. 전상군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무 수행 중 상이를 입고 전역(퇴역·면역 또는 상근예비역소집해제를 포함한다. 이하 같다) 또는 퇴직한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입고 퇴직한 자를 포함한다)로서 그 상이 정도가 국가보훈처장(이하 “처장”이라 한다)이 실시하는 신체검사에서 제6조의4의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 신체의 장애를 입은 것으로 판정된 자

5.~15. 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제9조(보상을 받을 권리의 발생시기) 이 법에 의하여 보상을 받을 권리는 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청을 한 날이 속하는 달로부터 발생한다. 다만, 제7조 제2항의 규정에 의한 보상을 받지 못하던 자가 그 생활정도의 변동으로 인하여 보상을 받을 수 있는 자로 된 때에는 그 보상신청을 한 날이 속하는 달로부터 보상을 받을 권리가 발생한다.

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원

제청신청인 장○기

당해사건 서울지방법원 97가합20088 손실보상금

【주 문】

고엽제후유의증환자지원등에관한법률(1997. 12. 24. 법률 제5479호로 전문개정된 것) 제6조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

당해 사건의 선정당사자인 제청신청인과 당해 사건의 선정자인 정○석, 한○정(이하 “제청신청인 등”이라 한다) 등은 1967. 12. 경부터 1970. 5.경까지 월남전에 참전하여 복무하던 중 미합중국군이 살포한 고엽제에 노출되어 질병을 앓게 되었다는 이유로 1993.경 구 고엽제후유의증환자진료등에관한법률(1993. 3. 10. 법률 제4547호로 제정되고 1995. 12. 30. 법률 제5147호로 개정되기 전의 것, 개정법률의 제명이 ‘고엽제후유의증환자지원등에관한법률’로 변경되고 1997. 12. 24. 법률 제5479호로 전문 개정된 후 2차의 개정을 거쳐 2000. 2. 3. 법률 제6264호로 최종 개정되었다. 이하에서는 최초 제정된 법률을 “구 고엽제법”이라 하고 최종 개정된 법률을 “고엽제법”이라 한다)에서 정한 절차에 따라 등록신청을 하여 고엽제후유증환자로 결정, 등록되어 그 무렵부터 구 국가유공자예우등에관한법률(1984. 8. 2. 법률 제3742호로 제정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5291호로 개정되기 전의 것, 개정법률의 제명이 ‘국가유공자등예우및지원에관한법률’로 변경되었다. 이하에서는 위 법률들을 일괄하여 “예우법”이라 하되 그 구별이 필요한 경우에 한하여 개정되기 전의 법률을 “구 예우법”이라 한다) 소정의 전상군경에 해당되는 보상을 받게 되었다. 구 고엽제법에서는 고엽제후유증환자에 대한 보상내용에 관하여 규정을 따로 두지 않고 구 고엽제법 제5조 제1항(고엽제법 제6조 제1항에 해당한다)에서 고엽제후유증환자들을 예우법 제4조 제1항 제4호 소정의 전상군경으로 보아 예우법이 정하는 바에 의하여 보상을 행하도록 규정하고 있고 예우법

제9조 본문은 보상을 받을 권리(이하 “보상수급권”이라 한다)의 발생시기를 등록신청한 날이 속한 달부터 발생하는 것으로 규정하고 있기 때문에 위 규정에 따라 등록신청한 날이 속한 달부터 보상금을 받게 되었고 그 이전의 보상금은 지급받을 수 없게 되었다. 그러자 제청신청인 등은 자신들이 고엽제에 노출되어 질병을 앓게 된 때부터 위 등록신청시까지의 기간에 대하여도 보상수급권이 있음을 전제로 하여 대한민국을 상대로 서울지방법원에 위 기간에 대한 보상금의 지급을 구하는 소송(97가합20088)을 제기하고, 그 사건의 소송절차에서 고엽제후유증환자에게 예우법에 의하여 보상을 행하도록 한 고엽제법 제6조 제1항(구 고엽제법 제5조 제1항과 실질적 내용이 같다) 중 보상수급권의 발생시기를 등록신청을 한 날이 속하는 달부터 발생하는 것으로 규정한 위 예우법 제9조 본문까지 고엽제후유증환자들에 대하여 적용하도록 한 부분은 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부 심판의 제청신청(98카기2586)을 하였고, 위 지방법원은 위 신청을 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 고엽제법 제6조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 규정과 관련 법률 규정의 내용은 다음과 같다.

제6조(고엽제후유증환자에 대한 보상 등) ① 제4조 제7항 및 제8항의 규정에 의하여 고엽제후유증환자로 결정·등록된 자와 제7조 제5항의 규정에 의하여 고엽제후유증환자로 결정·등록된 자 중 그 장애정도가 처장이 실시하는 신체검사에서 대통령령이 정하는

상이등급에 해당하는 장애를 입은 것으로 판정된 자에 대하여는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제4조 제1항 제4호의 규정에 의한 전상군경으로 보아 동법이 정하는 바에 의하여 보상을 행한다.

한편 위 고엽제법과 관련되는 예우법 관련 조문은 다음과 같다. 제4조(적용대상국가유공자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 국가유공자와 그 유족 등(다른 법률에서 이 법에 규정된 예우 등을 받도록 규정된 자를 포함한다)은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1. 2. 3. 및 5. 내지 15.호 생략

4. 전상군경 : 군인 또는 경찰공무원으로서 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입고 전역(퇴역·면역 또는 상근예비역 소집해제를 포함한다. 이하 같다) 또는 퇴직한 자(군무원으로서 1959년 12월 31일 이전에 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입고 퇴직한 자를 포함한다)로서 그 상이 정도가 국가보훈처장(이하 “처장”이라 한다)이 실시하는 신체검사에서 제6조의 4의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 신체의 장애를 입은 것으로 판정된 자

제9조(보상을 받을 권리의 발생시기) 이 법에 의하여 보상을 받을 권리는 제6조 제1항의 규정에 의한 등록신청을 한 날이 속하는 달로부터 발생한다. 다만, 제7조 제2항의 규정에 의한 보상을 받지 못하던 자가 그 생활정도의 변동으로 인하여 보상을 받을 수 있는 자로 된 때에는 그 보상신청을 한 날이 속하는 달로부터 보상을 받을 권리가 발생한다.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유와 관계기관 등의 의견
가. 제청법원의 위헌심판제청이유

고엽제후유증환자들은 월남전 이후 1993. 3. 10. 구 고엽제법이 제정, 시행되기까지는 전상자의 자격으로 보상금신청을 하는 것이 사실상 불가능하였고, 당시의 과학수준으로는 고엽제와 그들이 입은 질병과의 상관관계를 밝힐 수가 없어 그들이 전상자로서 등록신청을 하지 않은 것을 가리켜 그들에게 귀책사유가 있다거나 권리 위에 잠자고 있었던 자라고 비난할 수만은 없는 면이 있다. 그런데 이 사건 법률조항이 고엽제후유증환자들의 이러한 특수성을 무시한 채 보상수급권의 내용에 관하여 일괄적으로 예우법에 따르도록 규정하고, 이에 따라 보상수급권의 발생시기에 관한 예우법 제9조 본문까지 고엽제후유증환자들에게 적용되게 됨으로써 똑같이 국가를 위하여 공헌하거나 희생한 유공자임에도 불구하고 고엽제후유증환자가 아닌 경우는 그 전상의 경과가 명확하여 보상을 쉽게 받을 수 있었음에 반하여, 고엽제후유증환자들의 경우는 그들에게 아무런 귀책사유가 없음에도 구 고엽제법 제정 이전에는 전혀 보상을 받을 수 없는 결과를 가져왔다 할 것이다. 따라서 당연히 차별 취급해야 마땅한 고엽제후유증환자들을 그 밖의 국가유공자와 같게 취급하여 그 보상을 예우법에 따라 행하도록 한 이 사건 법률조항은 적어도 보상수급권의 발생시기를 등록시점부터로 규정한 예우법 제9조 본문까지 고엽제후유증환자들에 대한 보상의 경우에도 적용하도록 한 범위 내에서는 헌법상 보장된 실질적 평등권을 침해하였다고 볼 여지가 있다.

나. 국가보훈처장의 의견

(1) 고엽제법에 의하여 인정되는 고엽제후유증환자 등의 보상수급권은 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상적 성

격을 띠는 한편 장기간에 걸쳐 수급권자의 생활보호를 위하여 주어진다라는 사회보장적 성질도 겸하고 있는 것으로서, 구체적인 법률에 의하여 비로소 부여되는 권리라고 할 것이다. 따라서 국가가 고엽제후유증환자 등에게 지급할 구체적인 보상수급권의 발생시기, 보상의 내용 등에 관한 사항은 국가의 재정부담능력과 전체적인 사회보장수준, 국민정서 등을 고려하여 결정하게 되는 입법정책의 문제로서 입법자에게 광범위한 입법재량권이 있다 할 것이고 이러한 점에서 고엽제후유증환자 등에게도 다른 국가유공자와 마찬가지로 등록시점부터 보상수급권을 인정하는 것은 평등의 원칙에 반하지 않는다.

(2) 현행 예우법은 종전의 여러 원호관련 법률들을 통·폐합하여 1984. 8. 2. 제정된 구 예우법에서 개정된 법률로서 물질지원 중심의 보훈제도에 정신적 예우 이념을 도입·보강하고 국가유공자의 범위를 총망라하는 보훈제도의 기본법적인 성격을 가지고 있으며 그 적용대상이 되는 국가유공자는 전상군경 뿐만 아니라 공상군경, 전몰군경, 순직군경, 4.19 혁명희생자, 재일학도의용군인, 특별공로상이자 등 그 적용범위가 다양하고 그 대상별 특수성이 인정되는데도 보상시기에 관하여는 일률적으로 등록시점으로 규정하고 있는바, 고엽제후유증환자의 경우 역시 위 기본법적인 성격을 가지는 예우법이 적용된다고 하여 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없으며, 오히려 고엽제후유증환자 등에게만 등록신청일이 아닌 발병일로 소급하여 보상할 경우에는 전상군경 등 다른 국가유공자들과의 관계에서 평등권을 침해할 우려가 있다.

(3) 고엽제에 의한 피해는 그 발병시기와 속도가 개인과 질병

의 종류에 따라 달라 전문의료기관에 의한 판정이 필요하다 할 것인데 만일 소급보상을 한다면 고엽제법에서 정하고 있는 보훈병원이나 그 위탁을 받은 전문의료기관장 이외의 의료기관의 기록에 의존할 수밖에 없어 그 진단의 정확성·신뢰성과 대상자 판정검진체계에 문제가 있고, 또한 고엽제후유증은 장기간에 걸쳐 완만하게 나타나는 질병의 특성상 소급보상을 할 경우 보상등급의 기준 시점이 불명확하게 되는 보상금지급체계에도 문제가 발생하며, 발병일을 기준으로 보상할 경우에는 개인별로 질병 발생의 편차가 있어 법 적용 대상자의 정확한 판단이 어렵게 되어 예산편성 및 운용에 많은 어려움이 따르는 등의 문제가 있는 바, 따라서 고엽제후유증환자 등에게 등록신청일로부터 보상수급권을 인정한 것은 위와 같은 합리적인 이유가 있으므로 평등권에 위배된다고 할 수 없다.

다. 국방부장관의 의견

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

3. 판 단

가. 고엽제법의 제정 경위와 예우법과의 관계

(1) 군인이 전투 등의 직무수행 중 상이를 입은 경우에는 예우법에 의하여 보상을 받을 수 있는데, 예우법에서는 보상을 받을

수 있는 전상군경을 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입고 전역 또는 퇴역한 자로서 그 상이정도가 제6조의4의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 신체의 장애를 입은 것으로 판정된 자로 규정하고(예우법 제4조 제1항 제4호) 상이등급을 1급부터 7급까지 구분하여 판정한 후 그 등급에 따라 보상금 액수를 달리 지급하도록 규정하며(예우법 제6조의4, 제6조의3, 제7조, 동법 시행령 제22조, 제23조) 보상수급권의 발생시기는 등록신청을 한 날이 속하는 달부터 발생한다고 규정하고 있다(예우법 제9조 본문).

(2) 군인이 월남전에 참전하여 전투 또는 이에 준하는 직무를 수행하다가 상이를 입은 경우에는 예우법에 의하여 전상군경 판정을 받아 보상을 받을 수 있으며 고엽제로 인한 후유증환자도 예우법에 의하여 상이등급의 판정을 받아 보상을 받을 수 없었던 것은 아니었다. 그러나 고엽제로 인한 후유증은 1991.경까지는 그 질병의 원인이 명백히 규명되지 않고 그 질병이 고엽제로 인하여 발생한 것임을 입증하여 예우법에 의한 전상군경으로서 등록신청을 하기가 사실상 불가능하였으므로 고엽제후유증환자들이 보상을 받을 수 있도록 예우법과는 별도로 1993. 3. 10. 법률 4547호로 구 고엽제법이 제정된 이래 여러 차례의 개정을 거쳐 현행 고엽제법에 이르르게 되었는데, 고엽제법은 제1조에서 그 입법목적은 고엽제후유증환자에 대하여 예우법에 의한 보상을 행하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다고 규정하고 이어서 앞서 본 바와 같은 고엽제후유증 피해자들의 특수성을 고려하여 그 적용대상자인 고엽제후유증환자를 월남전에 참전하여 고엽제살포지역에서 복무 또는 중군한 군인, 군무원, 기자로서

역학조사 결과 고엽제후유증에 해당되는 것으로 밝혀진 일정한 질병을 얻은 자를 가리킨다고 하면서 그 질병이 고엽제와 관련이 없는 것으로 확실히 입증되지 않는 한 그 질병은 고엽제로 인하여 발생한 것으로 보도록 규정하고 있다.(고엽제법 제2조 제2호, 제3조, 제5조 제1항, 제3항, 제4항) 또한 고엽제후유증환자가 고엽제법의 적용을 받기 위하여는 국가보훈처장에게 등록신청하여야 하고 국가보훈처장은 국방부장관에게 신청인의 월남전 참전 사실을 확인하고 보훈병원장에게 고엽제후유증환자인지 여부를 검진하게 하여(종합병원의 진단서가 제출된 경우는 생략할 수 있음) 그 결과를 토대로 적용대상자 여부를 결정하도록 하고 있다(고엽제법 제4조). 위와 같이 고엽제법은 적용대상자의 요건과 대상자의 결정절차에 관하여 예우법과 별도의 특별한 규정을 두고 있을 뿐 일단 고엽제후유증환자로 판정된 자에 대한 보상 내용에 관하여는 위 예우법의 규정을 그대로 적용하도록 하고 있으며(고엽제법 제6조 제1항) 따라서 보상수급권의 발생시기에 관하여도 앞서 본 예우법 제9조 본문 규정이 그대로 적용된다.

(3) 위에서 본 고엽제법의 입법경위와 내용, 예우법의 내용을 종합하여 보면, 고엽제법은 그 입법목적 자체에서 예우법에 의한 보상을 할 것을 규정하고 고엽제후유증환자를 예우법 제4조 제1항 제4호에서 규정한 전상군경으로 보도록 규정하면서도 고엽제후유증환자의 경우는 위 예우법 제4조 제1항 제4호의 전상군경과 같이 '전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이'를 요건으로 하지 않고 질병 발생의 원인이 고엽제와 관련이 없다고 의학적으로 확실하게 밝혀진 질병임이 입증되지 아니하는 한 고엽제로 인하여

발생한 것으로 보도록 규정하는 등 예우법이 정하는 요건과 절차와는 별도의 요건과 절차를 거쳐 고엽제후유증환자를 결정, 등록하도록 하고 있으므로, 결국 고엽제법은 국가유공자 등에 대한 일반적 기본법인 예우법의 요건에 해당하는지 입증하기 어려운 고엽제후유증환자들을 위하여 특별히 별도의 절차를 마련하여 그들에게 예우법 제4조 제1항 제4호 소정의 전상군경으로서 보상을 받을 수 있도록 하기 위한 특별법이라고 보아야 할 것이다.

나. 예우법 및 고엽제법에 의한 보상수급권의 법적 성격

예우법에 의한 전상군경 등 국가유공자의 보상수급권이나 고엽제법에 의한 고엽제후유증환자의 보상수급권의 법적 성격은 전투 또는 이에 준하는 직무수행 중 상이를 입은 자나 월남전에 참전하여 복무 또는 종군 중 고엽제로 인한 질병을 얻은 자에 대하여 국가가 보상을 행하는 것으로서 다같이 생명 또는 신체의 손상이라는 특별한 희생에 대한 국가보상 내지 국가보훈적 성격과 아울러 수급권자의 생활을 유지, 보장하기 위한 사회보장적 성질을 겸하고 있다고 보아야 할 것이다. 따라서 그 보상수급권의 구체적인 내용이나 발생시기 등은 입법자가 보상대상자의 인원, 우리나라의 전체적인 사회보장제도의 체계와 그 수준, 국가의 재정능력 등을 고려하여 입법정책적으로 결정할 재량사항으로서 그것이 우리 헌법상의 평등의 원칙이나 사회보장, 사회복지증진의 이념과 국가유공자에 대한 우선적 예우이념에 명백히 어긋나지 않는 한, 헌법에 위반되는 것은 아니다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19-22 참조).

다. 예우법 제9조 본문의 입법취지와 합헌성

위에서 본 예우법에 의한 보상수급권의 성격에 비추어 볼 때, 될 수 있으면 전상군경이 상이를 입은 때로부터 보상을 받을 수 있도록 보상수급권의 발생시기를 정하는 것이 바람직할 것이다.

그럼에도 예우법 제9조 본문이 전상군경 등 국가유공자의 보상수급권은 등록신청한 날이 속하는 달로부터 발생하는 것으로 규정하고 있는 이유는, 첫째, 등록신청을 하기 전에는 국가유공자를 확인하고 그 보상에 소요되는 예산을 수립하여 보상수준을 결정하기가 어렵고, 둘째, 등록신청을 한 때를 기준으로 보상수급권이 발생하는 것으로 규정하지 않고 상이를 입은 때부터 보상수급권이 발생하는 것으로 규정하게 되면 상이를 입은 때부터 상당한 기간이 경과한 후에 등록신청을 한 경우에는 그 상이의 원인을 확인하기가 어려운 점, 셋째, 전상군경 대부분이 구 군사원호보상법(1961. 11. 1. 법률 제758호로 제정되고 1962. 12. 24. 법률 제1230호로 개정된 것) 등 종전의 보상관계 법률에 의하여 등록신청 이후부터 보상을 받아오고 있는 점, 넷째, 보상대상자의 수가 대폭 증가함에 따라 소급지급이 국가재정 형편상 어렵게 된 점 등을 들 수 있는데, 입법자가 위에서 든 사정을 고려하여 등록신청을 한 때를 기준으로 보상수급권이 발생하는 것으로 규정한 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이고 그것이 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수는 없다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 26-27).

라. 이 사건 법률조항이 헌법상 평등의 원칙에 위반되는지 여부
(1) 위에서 본 바와 같이 고엽제법에 의한 고엽제후유증환자에

대한 보상은 월남전에 참전하여 복무 또는 종군 중 고엽제로 인하여 발생한 질병을 얻은 자에 대한 국가보상 내지 사회보장적 성격의 보상이라는 점에서는 예우법에 의한 전상군경에 대한 보상과 근본적으로 그 성격이 다르지 아니하므로 그 보상수급권의 내용이나 발생시기 등은 예우법에 의한 보상과 마찬가지로 입법자가 보상대상자의 인원이나 우리나라 사회보장제도의 체계와 그 수준, 국가의 재정능력 등을 고려하여 입법정책적으로 결정할 재량사항이다.

그리고 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급하여야 하고 합리적 근거 없이 자의적인 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 뜻하는 것이므로 입법자가 입법을 함에 있어 명백히 다르게 취급해야 할 사항을 다르게 취급하지 않고 같게 취급한 경우가 아니라면 평등의 원칙에 위반된다고 볼 수 없을 것이다.

(2) 제청법원은, 고엽제후유증환자 이외의 전상군경은 그 상이의 원인이나 경과가 명확하여 상이를 입고 전역한 후 바로 등록신청을 할 수 있었으나, 고엽제후유증환자는 위 일반 전상군경과는 달리 1991.경까지는 그 질병의 원인이 의학적으로 명백히 밝혀지지 아니하여 질병이 발생한 후에도 구 고엽제법이 제정될 때까지 오랜 기간 등록신청을 할 수 없었던 특수한 사정이 있었는데도 이 사건 법률조항이 고엽제후유증환자들에 대하여도 예우법 제9조 본문을 적용하도록 규정한 것은 평등원칙에 위반될 소지가 있다는 것을 제청이유로 들고 있다.

물론 고엽제로 인한 후유증은 1991.경까지는 그 질병의 원인이 명백히 밝혀지지 아니하여 구 고엽제법이 제정될 때까지 등록신청을 할 수 없었던 사정이 있었던 것은 사실이다. 그러나 그와 같은 사정이 고엽제후유증환자와 일반 전상군경 사이에 보상수급권 발생시기를 반드시 다르게 정하여야 할 사유가 된다고 보기는 어렵다. 일반 전상군경이라 하더라도 외관상 그 상이의 원인이 명백한 외상 등의 상이를 입은 경우는 그 상이의 원인과 경과가 명확하다 할 수 있겠지만 그렇지 않은 경우는 일반 전상군경이라고 하여 반드시 상이의 원인과 경과가 명확하다고 단정할 수 없고 고엽제후유증환자와 마찬가지로 그 상이의 원인과 경과가 명백히 밝혀지지 아니하여 상당한 기간 등록신청을 할 수 없었던 경우가 있으므로 고엽제후유증환자가 그 질병의 원인이 명백히 밝혀지지 아니하여 등록신청을 할 수 없었던 사정은 보상수급권의 발생시기를 정함에 있어 일반 전상군경과 고엽제후유증환자를 달리하여야 할 사유가 된다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 고엽제후유증환자의 보상수급권도 일반 전상군경의 보상수급권 발생시기를 규정한 예우법 제9조 본문을 적용하여 등록신청을 한 때부터 발생하는 것으로 정한 데에는 예우법 제9조 본문의 합헌 판단에서 밝힌 이유가 있는 외에 다음과 같은 이유가 있다고 보인다.

즉 고엽제후유증은 그 발생시기와 진행속도가 환자와 질병의 종류에 따라 다르고 장기간에 걸쳐 완만하게 나타나는 특성이 있으므로 보상수급권의 발생시기를 발병한 때를 기준으로 하는 경우에는 그 발병시기와 상이등급에 관한 진단의 정확성, 신뢰성, 보상대상자의 검진체계와 보상금 지급체계에 문제가 생기게 될 뿐

만 아니라 상이의 원인과 경과가 뒤늦게 밝혀져 발병시점으로부터 상당한 기간이 경과한 후에 등록신청을 한 다른 일반 전상군 경과 사이에 불균형을 초래하게 된다.

(3) 따라서 고엽제후유증환자와 일반 전상군경 사이에는 보상수급권 발생시기를 반드시 달리 정해야 할 만큼 본질적으로 다른 사정이 있다고 할 수 없고 고엽제후유증환자의 보상수급권 발생시기를 등록신청을 한 때로 정한 데에는 앞서 본 바와 같은 합리적 이유가 있으므로 입법자가 그 입법형성권의 범위 내에서 고엽제후유증환자의 보상수급권 발생시기를 일반 전상군경과 동일하게 예우법 제9조 본문을 적용하여 등록신청을 한 때부터 발생하는 것으로 결정한 것이 헌법상의 평등원칙에 반한다거나 자의적인 것이라고 할 수 없다.

4. 결 론

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

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석(주심)

신창언 이영모 한대현 하경철 김영일

형사소송법 제482조 제1항 위헌제청

(2000. 7. 20. 99헌가7 전원재판부)

【관시사항】

1. 위헌제청당시에는 재판의 전제성을 갖춘 사건으로서 심리 중 소의 이익이 소멸되었으나 예외적으로 위헌여부 판단을 한 예
2. 상소제기기간 등을 법정산입 대상에 포함하지 않고 있는 형사소송법 제482조 제1항이 신체의 자유를 침해하는지 여부 (적극)
3. 위 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(적극)
4. 헌법불합치결정을 하고 잠정적으로 그 효력을 지속시키는 이유

【결정요지】

1. 심리기간 중 사태진행으로 소의 이익이 소멸되었더라도 헌법재판소로서는 제청당시 전제성이 인정되는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 위헌 여부에 대한 판단을 할 수 있다. 이 사건 법률조항은 형집행에 관한 것으로서 국민의 신체의 자유에 관련된 문제이고, 이에 대하여 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바 없으며, 많은 피고인들의 형집행에 있어서 기본권침해가 반복될 것이 명백하므로 이에 대한 위헌여부심판을 하기로 한다.
2. 미결구금은 신체의 자유라는 중요한 기본권을 제한하는 것인데, 기본권의 제한은 부득이한 범위에 한하여야 하고, 원칙적으로 미결구금기간 전부는 재정통산 또는 법정통산의 방법으로 본형에 산입될 수 있도록 하고 있는 것에 비추어, 상소제기기간에 한하여 특별히 통산대상에서 제외할 이유가 없다. 오히려 형

상소송절차에서의 상소제도의 중요성이나 상소제기기간을 둔 본래의 취지에 비추어 그 기간동안은 아무런 불이익의 염려가 없이 상소에 대하여 숙고할 여유를 가질 수 있게 하여야 할 것이다. 특히, 피고인이 판결선고일에 상소를 포기하고, 검사가 상소를 포기하지 아니하고, 상소도 하지 아니하는 경우 검사도 즉시 상소를 포기한 경우와 비교하면 법원이 선고한 형의 집행기간이 7일이나 연장되게 된다. 이러한 결과는 소송의 한 당사자인 검사의 의사에 따라 실질적으로 법원이 선고한 형에 변경을 가져오게 되고, 피고인의 신체의 자유를 침해하게 된다.

3. 상소제기기간을 둔 취지에 비추어, 상소제기기간중의 시간의 소비에 대해 차별적으로 불이익을 주는 것은 불합리하며, 이 기간은 이 사건 법률조항에 의하여 법정통산되는 다른 경우와 비교할 때 피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 기간이라는 점에서 본질적으로 차이가 없으므로, 상소제기기간을 법정통산의 대상에서 제외하고 있는 이 사건 법률조항은 평등원칙에도 위배된다.

4. 위헌결정으로 이 사건 법률조항의 효력을 상실시키거나 그 적용을 중지할 경우에는 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 사유가 있는 형사사건에 적용할 법정통산의 근거조항이 없어지게 되어 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 그러므로 헌법불합치를 선언하고, 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 이 사건 법률조항을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다.

재판관 신창언, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 반대 의견

상소제기기간은 입법자가 입법형성의 영역 내에서 형기에 산입하지 않기로 결정한 기간이므로 그 기간내에 발생하는 차이는 피고인이 자유의사에 의해 상소포기시기를 스스로 결정한 데 따른

우연한 결과일 뿐이며, 이 기간은 검사의 속고기간이기도 하므로 검사에 의한 상소포기 혹은 상소기간 도과로 피고인의 신체의 자유가 침해된다고 할 수 없고, 이 사건 법률조항에서 법정통산대상으로 규정하고 있는 기간들은 구금기간 연장의 책임이 검사 또는 원심법원에 있다고 볼 수 있다는 점에서 통상의 재판절차기간인 상소제기기간 등과는 차이가 있으므로 법정통산대상에서 상소제기기간 등을 제외하였다고 하여 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제482조(상소제기후 판결전 구금일수의 산입) ① 상소제기후의 판결선고전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다.

1. 검사가 상소를 제기한 때
2. 피고인 또는 피고인 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때
- ②~③ 생략

【참조조문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제482조(상소제기후 판결전 구금일수의 산입) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 통산은 판결선고전 구금의 1일을 형기의 1일 또는 벌금이나 과료에 관한 유치기간의 1일로 계산한다.

③ 상소법원이 원심판결을 파기한 후의 판결선고전 구금일수는 상소중의 판결선고전 구금일수에 준하여 통산한다.

형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산) ① 판결선고전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한

유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.

소송촉진등에관한특례법 제24조(상소제기 후 판결 전 구금일수의 산입) 피고인 또는 피고인 아닌 자의 상소를 기각할 경우에 상당한 이유 없이 상소를 제기한 것으로 인정되는 때에는 상소제기 후의 판결선고 전 구금일수중 상소제기기간만료일로부터 상소이유서 제출기간만료일까지의 일수는 이를 본형에 산입하지 아니한다.

【참조판례】

1. 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578
4. 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633
- 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원

당해사건 서울지방법원 96초4774 재판의 집행에 관한 이의

【주 문】

1. 형사소송법 제482조 제1항(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다.
2. 위 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 줄거리와 심판의 대상

가. 사건의 줄거리

(1) 당해사건의 신청인 겸 피고인 맹○영은 1993. 1. 8. 구속된 후 기소되어 1993. 7. 7. 서울형사지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반죄 등으로 징역 7년(판결선고 전의 구금일수 180일 산입)을 선고받았다. 이에 대하여 피고인은 위 판결 선고일 당일

에, 검사는 1993. 7. 13.에 각 항소를 하여 1993. 11. 5. 서울고등법원에서 ‘피고인 및 검사의 항소를 모두 기각한다’는 판결을 선고받고, 다시 피고인이 상고를 하여 1994. 2. 8. 대법원에서 상고기각판결(상고후 구금일수중 90일 산입)을 선고받음으로써 서울형사지방법원에서 선고한 위 판결이 확정되었다. 그런데 위 항소심법원은 판결주문에서 별도로 항소심판결 선고 전의 미결구금일수를 산입하지 아니하였다.

(2) 검사는 위 판결이 확정된 후 피고인에 대한 형의 집행을 지휘함에 있어, 검사의 항소 제기일인 1993. 7. 13.부터 위 항소심판결 선고일 전날인 1993. 11. 4.까지의 미결구금일수 115일만을 징역형에 법정통산하였고, 피고인의 항소제기일인 1993. 7. 7.부터 검사의 항소제기일 전날인 1993. 7. 12.까지의 미결구금일수 6일은 산입하지 아니 하였다.

(3) 피고인은 검사가 피고인에 대한 형의 집행을 지휘함에 있어 피고인의 항소제기일 다음날인 1993. 7. 8.부터 검사의 항소제기일 전날인 1993. 7. 12.까지의 미결구금일수 5일을 통산하지 않았다는 이유로 집행에 관한 이의를 신청하였다(96초4774).

(4) 그러자 당해사건 담당법원인 서울지방법원은 ‘상소제기후의 판결선고전 구금일수’를 본형에 산입한다고만 규정하고 있고 ‘상소제기전의 구금일수’는 산입의 대상이 되는지 규정하지 않고 있는 형사소송법 제482조 제1항이 위헌으로 판단되거나 상소제기전의 구금일수를 당연산입대상으로 규정하지 않은 입법의 미비가 위헌으로 인정되는 경우에는 검사가 상소제기를 하기 전의 구금일수의 산입에 관한 검사의 처분은 당해사건에서 시정될 수 있는

것이므로, 위 법률조항의 위헌 여부는 당해사건 재판의 전제가 된다고 하여 1999. 8. 16. 형사소송법 제482조 제1항의 위헌여부에 관한 심판을 제청하는 결정을 하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 형사소송법 제482조 제1항(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것. 이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)인데, 이 사건 법률조항 및 참고할 법률조항의 내용은 다음과 같다.

형사소송법 제482조(상소제기후 판결전 구금일수의 산입) ① 상소제기후의 판결선고전 구금일수는 다음 경우에는 전부를 본형에 산입한다.

1. 검사가 상소를 제기한 때
2. 피고인 또는 피고인 아닌 자가 상소를 제기한 경우에 원심판결이 파기된 때

형사소송법 제482조 ② 제1항의 규정에 의한 통산은 판결선고전 구금의 1일을 형기의 1일 또는 벌금이나 과료에 관한 유치기간의 1일로 계산한다.

③ 상소법원이 원심판결을 파기한 후의 판결선고전 구금일수는 상소중의 판결선고전 구금일수에 준하여 통산한다.

형법 제57조(판결선고전구금일수의 통산) ① 판결선고전의 구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다.

② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.

소송촉진등에관한특례법 제24조(상소제기 후 판결 전 구금일수의

산입)피고인 또는 피고인 아닌 자의 상소를 기각할 경우에 상당한 이유 없이 상소를 제기한 것으로 인정되는 때에는 상소제기 후의 판결선고 전 구금일수중 상소제기기간만료일로부터 상소이유서 제출기간만료일까지의 일수는 이를 본형에 산입하지 아니한다.

2. 위헌제청이유와 관계기관의 의견 요지

가. 위헌제청이유

(1) 이 사건 법률조항 제1호에서 “검사가 상소를 제기한 때” 상소제기후의 판결선고전 구금일수를 본형에 산입한다고 규정한 것은 검사가 상소를 제기한 때에는 피고인의 책임에 돌릴 수 없는 사유로 미결구금일수가 발생하였다는 이유에 바탕하는 것으로서 검사 이외의 자의 상소제기가 경합되는 경우에도 적용되는 것으로 해석된다. 그런데 이 사건과 같이 검사의 상소가 피고인의 상소보다 늦게 이루어지고 쌍방의 상소가 기각된 경우에는, 검사의 상소제기후의 구금일수는 전부 통산하게 되나, 피고인의 상소제기일부터 검사의 상소제기일 전날까지의 구금일수는 이 사건 법률조항의 명문에 의하여 법적통산대상이 되지 않는 결과가 되므로(반면 검사의 상소가 피고인의 상소보다 빠른 경우에는 검사나 피고인의 상소의 결과에 관계없이 검사의 상소제기후의 구금일수가 전부 통산된다), 피고인이 그 기간만큼 더 구금되어 신체의 자유가 제한되는 기본권침해가 문제될 수 있다. 따라서 검사의 상소시거나 검사와 피고인의 상소시기의 선후라는 우연한 사정에 의하여 미결구금기간의 법정통산 여부나 법정통산일수가 달라지는 불평등도 생겨나게 된다.

(2) 상소제기기간은 피고인에게 부여된 상소제기 여부에 관한

속고의 기간인데, 피고인의 상소에 의하여 원심판결이 파기된 경우 상소제기후의 구금일수만 법정통산의 대상이 되고, 피고인의 상소가 기각된 경우에도 상소제기후의 구금일수만 재정통산 대상이 되는 결과, 거의 모든 구속피고인들이 심사숙고 없이 판결선고 당일에 즉시 상소하는 관행이 생겼고, 이는 피고인의 재판청구권을 침해하는 것이 된다고 볼 수 있다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항은 구속피고인의 신체의 자유, 재판청구권, 나아가 평등의 원칙까지 침해하는 위헌의 의심이 있다.

나. 서울지방법검찰청 검사의 의견

이 사건 법률조항은 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 미결구금일수가 발생한 경우에는 피고인의 이익을 위하여 그 전부를 통산하고, 그 외의 경우 즉, 피고인의 상소가 기각되었을 때 등의 경우에는 피고인에게 귀책사유가 없다고 보기 어려우므로 이를 법정통산하지 않고 법원의 재량에 맡긴다는 취지라고 할 것이다. 법정통산이 되지 않더라도 재정통산에 의하여 미결구금일수를 산입할 수 있으므로 헌법상 신체의 자유를 침해하는 규정이라고 보기 어렵다.

3. 적법요건에 대한 판단

위헌제청이유는 성질상 법정통산대상이 되어야 할 것을 법정통산대상으로 규정하지 않음으로써 그 기간만큼 더 구금되어 신체의 자유가 침해되고, 평등원칙에도 위배되는 등이 문제된다는 주장을 포함하고 있고, 이 사건 법률조항에서 ‘상소제기후’의 구금일수를 통산하게 한 것은 원심판결선고후 ‘상소제기전’의 구금일

수는 제외한다는 의미를 담고 있다고 볼 수 있다. 검사와 피고인 측 쌍방이 상소한 경우 상소시기의 선후에 따른 불공평의 문제는 이 사건 법률조항에 직접 연관되는 것인데 당해사건은 이와 같은 경우로서, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되어 제청법원의 의견과 같이 시정될 경우 당해사건 재판의 주문 또는 이유에 영향을 미친다. 그러므로 이 사건 법률조항의 위헌여부는 당해사건 재판의 전제가 된다.

다만, 당해사건 신청인 겸 피고인의 집행형기를 검사의 형집행정지희대로 계산한다 하더라도, 이미 피고인에 대한 형집행은 종료한 것으로 보인다. 따라서 이 결정시점에는 이 사건 법률조항에 대한 위헌여부를 판단할 소의 이익은 소멸되었다.

그러나 위헌여부심판이 제청된 법률조항에 의하여 침해되는 기본권이 중요하여 그 법률조항의 위헌여부의 해명이 헌법적으로 중요성이 있는데도 그 해명이 없거나, 그 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는데도 좀처럼 그 법률조항에 대한 위헌여부심판의 기회를 갖기 어려운 경우에는 설사 심리기간 중 사태진행으로 “소의 이익”이 소멸되었더라도 헌법재판소로서는 제청당시 전제성이 인정되는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 위헌 여부에 대한 판단을 할 수 있다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 590-591).

이 사건 법률조항은 형집행에 관한 것으로서 국민의 신체의 자유에 관련된 문제이고, 그 문제에 관하여 아직 헌법재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 그리고 이 사건 법률조항으로 말미

암아 많은 피고인들의 형집행에 있어서 기본권침해가 반복될 것 또한 명백하므로 이에 대한 위헌여부심판을 하기로 한다.

4. 본안에 대한 판단

가. 미결구금의 성격과 통산의 근거

미결구금은 도망이나 증거인멸을 방지하여 수사, 재판, 또는 형의 집행을 원활하게 진행하기 위하여 무죄추정원칙에도 불구하고 불가피하게 피의자 또는 피고인을 일정기간 일정시설에 구금하여 그 자유를 박탈하게 하는 재판확정전의 강제적 처분이며, 형의 집행은 아니다. 그러므로 성질상 그 기간을 형기에 당연히 산입하여야 하는 것은 아니다.

그러나 미결구금은 자유를 박탈하여 고통을 주는 효과면에서는 실질적으로 자유형과 유사하며, 구금여부 및 구금기간의 장단은 피고인의 죄책 또는 귀책사유에 정확하게 대응되는 것이 아니고 형사절차상의 사유에 의해 좌우되는 경우가 많다. 이러한 점에서, 유죄의 경우에는 미결구금기간을 형기에 산입하는 것이 형평에 맞고, 피고인들 사이에서도 공평을 도모할 수 있으므로, 세계각국에서는 일반적으로 미결구금기간의 전부 또는 일부를 형기에 산입하고 있다.

미결구금기간의 형기산입이 초래할 수 있는 폐해에 대한 지적도 있다. 형이 미결구금기간의 산입에 의하여 대폭 삭감됨으로써 재사회화라는 형벌의 원래 목적을 달성하지 못하게 되고 많은 경우에 단기자유형이 될 수도 있으며, 미결구금이 소송적 보전수단으로서의 성격을 상실하고 형벌로 변질될 위험성도 있다는 것, 또는 피고인에 의한 소송지연이나 남상소를 초래할 수 있다는 것

등이다. 그러나 형평에 대한 요청이 결코 가볍지 않고, 이는 형벌의 목적달성에 대한 요청에 앞선다는데 견해의 일치가 이루어져가고 있는 것이 선진각국의 법발전 방향인 것으로 보인다.

나. 입법례

우리 나라의 경우는 미결구금기간의 형기산입에 관하여 형법 제57조와 이 사건 법률조항을 두고 있고, 형법 제57조에 대한 특칙으로 소송촉진등에관한특례법 제24조를 두고 있다.

형법 제57조에 의한 미결구금기간의 산입은 법원의 재량에 의한 임의적 산입으로서 통상적으로 ‘재정통산’이라고 부르고, 이 사건 법률조항에 의한 산입은 법률규정에 의한 당연산입으로서 ‘법정통산’이라고 부른다(이하 편의상 법원에 의한 임의적 산입을 ‘재정통산’, 법률의 규정에 의한 당연산입을 ‘법정통산’으로 부르기로 한다). 미결구금기간의 산입은 형법 제57조에 의한 재정통산을 원칙으로 하지만, 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 사유로 미결구금일수가 늘어나는 경우에는 법원의 재량개입이 없이 자동적으로 형기에 산입함이 타당하다고 보아 이 사건 법률조항과 같은 법정통산규정을 보충적으로 두고 있다. 형사소송법 제482조 제3항의 파기환송후의 법정통산규정도 같은 취지에서 둔 규정이다.

법률에 의한 당연산입을 원칙으로 하는 것을 ‘법정통산주의’라고 하고, 법원의 재량에 의한 임의적 산입을 원칙으로 하는 것을 ‘재정통산주의’라고 한다면, 우리 나라와 일본은 재정통산주의를 취하고 있고, 반면 미국, 프랑스, 영국, 독일 등은 법정통산주의를 취하여 미결구금기간을 전부, 또는 원칙적으로 전부 법정통산하도록 하고 있다.

일본은 재정통산주의를 취하되, 법정통산규정을 보충적으로 두고 있다는 점에서 우리 나라와 유사하나, 우리 형사소송법 제482조에 대응된다고 할 수 있는 일본 형사소송법 제495조는 제1항에 ‘상소제기기간중의 미결구금일수는 상소제기후의 미결구금일수를 제외하고, 이를 전부 본형에 통산한다’라고 규정하여 제1심 또는 제2심 판결선고일 이후 상소제기시까지 사이에 공백이 생기지 않도록 하고 있는 점이 다르다.

다. 이 사건 법률조항으로 산입의 근거가 없게 된 미결구금기간

이 사건 법률조항의 ‘상소제기후의 판결선고전 구금일수’는 상소제기일부터 상소심 판결선고일 전날까지의 미결구금일수를 가리키는 것으로 해석된다.

그런데 형법 제57조는 ‘판결선고전’의 구금일수에 관한 규정이며, 우리 나라의 경우 위에서 본 일본 형사소송법 제495조 제1항과 같은 규정이 없으므로 판결선고일 이후 상소제기전의 구금일수에 대해서는 산입을 할 근거가 없다.

즉, ① 판결선고일 후 숙고 끝에 상소제기기간 도과전에 상소를 포기하거나 상소제기기간을 도과시켜 판결이 확정된 경우 선고일 이후 판결확정전까지의 기간은 산입할 근거가 없다.

② 판결선고일 당일 상소하는 경우에는 판결선고일 이후 상소심 판결선고일 전날까지의 전기간이 재정통산 또는 법정통산에 의해 산입될 수 있으나 상소제기기간 마지막 날 상소를 제기하는 경우에는 소요된 상소제기기간 7일을 산입할 근거가 없다. 즉 상소제기기간내에 상소하더라도 상소제기일이 늦을수록 산입받지 못하는 미결구금일수가 늘어나게 된다.

③ 피고인의 상소포기후 검사의 상소제기기간 도과로 판결이 확정되는 경우에는 피고인의 상소포기후 상소제기기간만료일까지의 미결구금일수를 산입할 근거가 없다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌성

이 사건 법률조항은 원심판결선고후 상소제기 전일까지의 구속기간이 법정통산에서 제외됨으로써 신체의 자유가 침해되고, 구속피고인들간에 미결구금일수의 법정통산에 있어서 불합리한 차별을 초래하므로 평등원칙에도 위배된다.

상소제기기간은 상소여부를 숙고할 여유를 주기 위해 부여된 기간이므로 이 기간 중 상소시기 또는 상소를 포기한 시기에 따라서 피고인들 사이에 구금일수에 차이를 두는 것은 상소제기기간을 둔 취지에 반한다. 물론, 미결구금기간이 성질상 당연히 형기에 산입되어야 하는 것은 아닌 점에서 상소제기기간도 예외는 아니며 법률로 상소제도를 둔 경우에도 재판제도의 효율성을 위하여 일정한 범위내에서 상소를 제한하거나 이유 없는 상소에 대해 제재를 하는 것이 가능하다(헌재 1994. 12. 29. 92헌바31, 판례집 6-2, 367, 375-376 참조). 그러나 미결구금은 신체의 자유라는 중요한 기본권을 제한하는 것인데, 기본권의 제한은 부득이한 범위에 한하여야 하고, 원칙적으로 미결구금기간 전부는 재정통산 또는 법정통산의 방법으로 본형에 산입될 수 있도록 하고 있는 것에 비추어, 상소제기기간에 한하여 특별히 통산대상에서 제외할 이유가 없다. 오히려 형사소송절차에서의 상소제도의 중요성이나 상소제기기간을 둔 본래의 취지에 비추어 그 기간동안은 아무런 불이익의 염려가 없이 상소에 대하여 숙고할 여유를 가질 수 있

게 하여야 할 것이다. 그러므로 상소제기간중의 시간의 소요에 대하여 차별적으로 불이익을 주는 것은 불합리할 뿐 아니라, 이는 상소제기간중의 속고를 위한 시간의 소비에 대해 신체의 구금으로써 제재하는 것과 같은 효과를 가져옴으로써 간접적으로는 재판청구권의 원활한 행사를 제약하는 면까지도 있다.

특히, 피고인이 판결선고일에 상소를 포기하고, 검사가 상소를 포기하지 아니하고, 상소도 하지 아니하는 경우 검사도 즉시 상소를 포기한 경우와 비교하면 법원이 선고한 형의 집행기간이 7 일이나 연장되게 된다. 이러한 결과는 소송의 한 당사자인 검사의 의사에 따라 실질적으로 법원이 선고한 형에 변경을 가져오게 되고, 피고인의 신체의 자유를 침해하게 된다.

요컨대, 상소제기간을 둔 취지에 비추어, 상소제기시기 또는 포기시기에 따라 미결구금일수의 산입여부와 산입일수에 있어서 차별을 두어서는 안될 것이며, 판결선고일 이후 상소제기전까지의 기간 또는 상소포기시에는 상소포기에 의해 확정되기 전까지의 기간은 이 사건 법률조항에 의하여 법정통산되는 다른 경우와 비교할 때 피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 기간이라는 점에서 본질적으로 차이가 없다. 그러므로 상소제기간을 법정통산의 대상에서 제외하고 있는 이 사건 법률조항은 평등원칙(헌법 제 11조 제1항)에도 위배된다고 할 것이다.

다음으로, 항소기각결정이나 원심의 상고기각결정 송달에 소요되는 기간이나 즉시항고기간과 같은 재판확정전에 소요되는 기간도 피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 기간이라는 점에서 이 사건 법률조항에서 법정통산대상으로 규정하고 있는 기간과 차별을 할

본질적 차이가 없으므로, 이 사건 법률조항에서 이와 같은 기간을 제외하고 있는 것도 평등원칙에 반한다.

마. 헌법불합치결정을 하는 이유

이상과 같이 이 사건 법률조항은 헌법에 반하므로 원칙적으로 위헌결정을 하여야 할 것이지만, 이 사건 법률조항의 위헌성이 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 사유가 있는 경우에 이를 법정통산을 하는 것 자체에 위헌성이 있는 것이 아니라 이 사건 법률조항이 그 적용대상에 포함하지 않고 있는 상소제기기간등에 대하여 법정통산을 하지 않는 것이 평등원칙 등에 위배된다는 것이다.

따라서 입법자는 이러한 위헌성을 제거하기 위하여 이 사건 법률조항 자체를 개정하여 법정통산의 사유를 추가할 수도 있지만, 이 사건 법률조항은 그대로 두고, 별도의 규정을 신설하여 이 결정에서 지적한 기간들에 대한 법정통산의 근거를 새로이 마련할 수도 있고, 나아가 이 사건 법률조항과 형법 제57조를 모두 개정대상으로 삼아 앞서본 선진각국과 같은 법정통산주의를 채택하는 방향으로 개정을 함으로써 미결구금산입에 관련하여 나타나고 있는 여러 가지 문제점을 통일적으로 해결할 수도 있다. 뿐만 아니라 위헌결정으로 이 사건 법률조항의 효력을 상실시키거나 그 적용을 중지할 경우에는 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 사유가 있는 형사사건에 적용할 법정통산의 근거조항이 없어지게 되어 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다.

그러므로 이 사건 법률조항의 효력을 당장 상실하게 하거나

적용을 중지하도록 하는 것은 이 사건 법률조항의 잠정적용을 명하는 경우와 비교할 때 더 위헌적인 상황을 초래한다 할 것이므로 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 이 사건 법률조항을 존속하게 하여 이를 적용하게 할 필요가 있다고 판단된다.

입법자는 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 조속한 시일 내에 이 사건 법률조항을 합헌적인 내용으로 개정하여야 할 입법 의무가 있으며, 그 때까지 이 사건 법률조항의 효력은 존속된다.

5. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되나 헌법불합치를 선언하고, 입법자가 개정할 때까지는 이를 계속 적용하게 함이 상당하므로 주문과 같이 결정한다. 이 사건 결정에 있어서는 재판관 신창언, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 제6항과 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

6. 재판관 신창언, 재판관 이영모, 재판관 한대현의 반대의견

가. 미결구금기간의 형기산입에 관한 우리 법제의 기본구조

(1) 미결구금기간의 형기산입은 구금된 상태에서 재판을 받은 자와 불구속 상태에서 재판을 받은 자 사이의 공평을 도모하기 위한 방편이기는 하나, 피구금자에 대한 신체의 자유의 제한이라는 유사성에도 불구하고 미결구금과 형벌은 성질상 큰 차이가 있어 미결구금기간이 반드시 형기에 산입되어야 할 논리적인 필연성이 있는 것은 아니므로 미결구금기간의 형기산입 여부는 입법형성의 영역에 속한다 할 것이다.

한편, 미결구금기간은 그 발생 내지 연장책임을 기준으로 하여 통상의 재판절차진행에 필요한 기간(수사기간을 포함, 예를 들면 공소장부본 송달기간을 포함한 기소후 제1회 공판기일까지의 재판준비기간), 피고인에게 책임이 있는 기간(예를 들면 합의를 위한 공판의 속행), 피고인 이외의 자에게 책임이 있는 기간(예를 들면 증인불출석으로 인한 공판의 속행)으로 분류할 수 있는 바, 미결구금기간을 형기에 산입하기로 한다 하더라도 위 각 기간을 모두 똑같이 취급하여야 하는 것은 아니므로 형기산입대상 및 산입방법을 어떻게 정할 것인가 하는 것 역시 입법형성의 영역에 속한다.

(2) 우리 법제상 미결구금기간의 형기산입에 관한 규정으로는 형법 제57조, 형사소송법 제482조 및 소송촉진등에관한특례법 제24조가 있는데, 위 조항들은 모두 판결선고전 미결구금기간에 관한 규정들로서 판결선고전 미결구금기간에는 앞에서 분류한 모든 기간이 혼재되어 있으므로 그에 관한 형기산입여부의 판단을 법원에게 일임하되(형법 제57조 제1항), 상소제기 후에는 그 책임소재가 검사 또는 원심법원에 있는 정형적인 경우에는 그 기간을 반드시 형기에 산입하고(이 사건 법률조항) 그 책임소재가 피고인에게 있는 경우에는 형기에 산입하지 않도록(소송촉진등에관한특례법 제24조) 규정하고 있다. 그런데 우리 법제가 판결선고전 미결구금기간의 형기산입에 관한 규정만 두고 있을 뿐 판결선고후 미결구금기간의 형기산입에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고, 판결선고전 구금기간의 형기산입에 관한 법원의 재량권을 예외적으로 제한하는 경우에도 그 요건을 법률로 엄격히 규정한 것은, 입법자가 판결선고후 미결구금기간을 통상의 재판절차진행에 필요한 기간으

로 보아 형기에 산입하지 아니하기로 결정한 것이라 하겠다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관한 판단

(1) 다수의견은 판결선고일 이후 상소제기일 전날까지의 미결구금기간은 형기에 산입할 수 있는 근거규정이 없다는 전제하에, 상소시기의 선후라는 우연한 사정에 의하여 산입될 수 없는 구금일수에 차별을 두게 되므로 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 하나, 원심판결선고일 이후 상소제기를 한 전날까지의 구금기간은 상소심에서의 판결선고전 구금기간의 일부로 보아 법원이 형법 제57조 제1항에 의해 그 전부 또는 일부를 본형에 산입하더라도 논리적으로 전혀 모순이 없어 상소시기의 선후에 의해 산입될 수 없는 구금일수에 차별이 생긴다고 할 수 없으므로, 판결선고일 이후 상소제기를 한 전날까지의 미결구금기간은 형기에 산입할 수 있는 근거규정이 없다는 것을 전제로 한 다수의견은 옳지 않다.

(2) 또한 다수의견은 피고인들 사이에 상소포기시기의 선후에 따라 형기에 산입될 수 없는 구금일수에 차이가 발생하고, 특히 피고인의 상소포기후 검사에 의한 상소기간의 도과는 검사가 즉시 상소를 포기한 경우와 비교할 때 검사의 의사에 따라 실질적으로 법원이 선고한 형의 변경을 가져오므로 피고인의 신체의 자유를 침해하게 되며, 판결선고일 이후부터 상소포기에 의해 확정되기 전까지의 기간은 피고인의 책임으로 돌릴 수 없는 기간이라는 점에서 이 사건 법률조항에 의해 법정통산되는 다른 경우와 본질적으로 차이가 없음에도 불구하고 법정통산대상에서 제외하고 있으므로 평등원칙에 위배된다고 하나, 다수의견이 내세우는

위 미결구금기간은 판결선고후 미결구금기간으로서 입법자가 입법형성의 영역 내에서 형기에 산입하지 아니하기로 결정한 기간이므로 그 기간내에서 상소포기시기의 선후에 따라 형기에 산입될 수 없는 미결구금일수에 차이가 생긴다 하더라도 이는 피고인이 자유의사에 의해 상소포기시기를 스스로 결정한 데에 따른 우연한 결과일 뿐이며, 상소제기기간은 피고인뿐만 아니라 검사의 상소숙고기간이기도 하므로 소송당사자인 검사에 의한 상소포기 혹은 상소기간도과로 피고인의 신체의 자유가 침해된다고 할 수 없고, 이 사건 법률조항에서 법정통산대상으로 규정하고 있는 기간은 구금기간 연장의 책임이 검사 또는 원심법원에 있다고 볼 수 있다는 점에서 통상의 재판절차기간인 상소제기기간과는 본질적으로 차이가 있으므로 법정통산대상에서 상소제기기간을 제외하였다고 하여 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 그 밖에 다수의견은 항소기각결정이나 상고기각결정 송달에 소요되는 기간이나 즉시항고기간과 같은 재판확정에 소요되는 기간 역시 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 기간이라는 점에서 본질적으로 차이가 없음에도 법정통산대상에서 위 기간들을 제외하고 있는 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배된다고 하나, 통상의 재판절차기간인 위 기간들 역시 구금기간 연장의 책임이 검사 또는 원심법원에 있다고 볼 수 없다는 점에서 이 사건 법률조항에서 법정통산대상으로 규정하고 있는 기간과는 본질적으로 차이가 있으므로 법정통산대상에서 위 기간들을 제외하였다고 하여 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(4) 요컨대 다수의견은 피고인의 인권을 중시한 나머지 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 모든 미결구금기간이 모두 형기에 산입되어야 한다는 전제 아래, 상소제기기간 및 재판확정에 소요되는 기간이 법정통산대상이 되어야 함에도 위 기간들을 법정통산대상에서 제외한 이 사건 법률조항이 피고인의 신체의 자유를 침해하고 평등원칙에 위배된다는 것이나, 이는 미결구금과 형벌의 성질상 차이를 도외시한 것일 뿐만 아니라 이 사건 법률조항의 기간들과 상소제기기간 및 재판확정에 소요되는 기간들의 본질적 차이를 간과한 것이라 아니할 수 없다. 또한 미결구금은 원천적으로 도주 혹은 증거인멸의 우려라는 피구금자의 귀책사유에 기인하는 것일 뿐만 아니라 원심판결선고전 구금기간 중 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 기간(예를 들면 증인불출석으로 인한 공판의 속행 또는 검사나 법원의 사정으로 인한 재판의 연기)도 모두 재정통산의 대상이 되고 있으므로 피고인에게 책임을 돌릴 수 없는 기간이라는 이유만으로 법정통산의 대상으로 삼아야 한다는 것은 옳지 않다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철 김영일

약사법 제77조 제1호 중 ‘제19조 제4항’ 부분
위헌제청

(2000. 7. 20. 99헌가15 전원재판부)

【관시사항】

“약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다”는 약사법 제19조 제4항의 규정 위반자를 200만원 이하의 벌금에 처하도록 한 약사법 제77조 제1호 중 ‘제19조 제4항 부분’의 죄형 법정주의 내지 포괄위임금지원칙 위배 여부(적극)

【결정요지】

이 사건 법률조항은 ‘약국관리에 필요한 사항’이라는 처벌법규의 구성요건 부분에 관한 기본사항에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 그 내용을 모두 하위법령인 보건복지부령에 포괄적으로 위임함으로써, 약사로 하여금 광범위한 개념인 ‘약국관리’와 관련하여 준수하여야 할 사항의 내용이나 범위를 구체적으로 예측할 수 없게 하고, 나아가 헌법이 예방하고자 하는 행정부의 자의적인 행정입법을 초래할 여지가 있으므로, 헌법상 포괄위임입법금지 원칙 및 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다.

【심판대상조문】

약사법(1994. 1. 7. 법률 제4731호로 개정된 것) 제77조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제19조 제4항 · 제24조 · 제25조 · 제30조 제1항 · 제31조 제1항 · 제47

조 제3항·제49조·제50조·제51조·제52조·제57조(제59조에서 준용하는 경우를 포함한다)·제58조 또는 제60조의 규정에 위반한 자

2. 삭제
3. 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항 후문, 제13조 제1항 전단, 제75조, 제95조
약사법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것) 제19조(약국의 관리의무) ①~③ 생략

④ 약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다.

약사법시행규칙(1996. 7. 19. 보건복지부령 제30호로 개정된 것) 제11조(약국관리상의 준수사항) ① 법 제19조 제4항의 규정에 의하여 약국개설자와 약국관리자는 그 약국관리에 있어서 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다.

1. 약국의 시설과 의약품을 보건위생상 위해가 없고 의약품의 효능이 떨어지지 아니하도록 관리할 것
 2. 보건위생상의 사고가 없도록 종업원에 대한 감독을 철저히 할 것
 3. 보건위생상 위해가 발생할 염려가 있는 물건은 이를 약국에 두지 말 것
 4. 약사 또는 한약사는 백색 위생복을 입고 명찰을 달아야 하며, 약사 또는 한약사가 아닌 종업원에게 약사 또는 한약사로 오인될 수 있는 백색 위생복을 입히지 말 것
 5. 의약품 등의 사용과 관련하여 부작용등이 발생한 때에는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보고하고 필요한 안전대책을 강구할 것
- ② 생략

【참조판례】

헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365
헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312

【당 사 자】

제청법원 대구지방법원

당해사건 대구지방법원 99고약39581 약사법위반

【주 문】

약사법(1994. 1. 7. 법률 제4731호로 개정된 것) 제77조 제1호 중 ‘제19조 제4항’ 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

당해사건의 피고인 송○자는 “대구 남구 봉덕1동에서 ○○약국이라는 상호로 약국을 경영하던 중, (1) 유효기간 또는 사용기한이 경과된 의약품을 판매하거나 판매의 목적으로 저장, 진열하지 아니하여야 함에도 불구하고 1999. 7. 14. 약국조제실 내에서 유효기간이 경과한 16개 약품을 조제·판매 목적으로 저장, 진열하고, (2) 약국을 관리하는 약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항으로 백색위생복을 입고 명찰을 달아야 함에도 불구하고 같은 일시 같은 장소에서 백색위생복 및 명찰을 착용하지 아니하고 성명불상의 고객 등에게 의약품을 판매하였다”는 이유로 제(1)사실에 대하여는 약사법 제76조 제1항, 제38조 위반으로, 제(2)사실에 대하여는 같은 법 제77조 제1호, 제19조 제4항 위반으로 벌금 1,000,000원에 약식기소되었다.

그런데 제청법원은 제(2)사실에 대하여 적용된 약사법 제77조 제1호 중 제19조 제4항 부분에 대하여 1999. 10. 26. 위헌심판제청결정을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 약사법 제77조 제1호(1994. 1. 7. 법률 제4731호로 개정된 것) 중 ‘제19조 제4항의 규정에 위반한 자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

약사법 제77조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 200만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제19조 제4항……의 규정에 위반한 자

약사법 제19조(약국의 관리의무) ④ 약국을 관리하는 약사 또는 한약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것).

약사법시행규칙 제11조(약국관리상의 준수사항) ① 법 제19조 제4항의 규정에 의하여 약국개설자와 약국관리자는 그 약국관리에 있어서 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다(1996. 7. 19. 보건복지부령 제30호로 개정된 것).

1. 약국의 시설과 의약품을 보건위생상 위해가 없고 의약품의 효능이 떨어지지 아니하도록 관리할 것

2. 보건위생상의 사고가 없도록 종업원에 대한 감독을 철저히 할 것

3. 보건위생상 위해가 발생할 염려가 있는 물건은 이를 약국에 두지 말 것

4. 약사 또는 한약사는 백색 위생복을 입고 명찰을 달아야 하며, 약사 또는 한약사가 아닌 종업원에게 약사 또는 한약사로 오인될 수 있는 백색 위생복을 입히지 말 것

5. 의약품 등의 사용과 관련하여 부작용등이 발생한 때에는 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 보고하고 필요한 안전대책을 강구할 것

2. 법원의 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

(1) 이 사건 법률조항은 ‘약국을 관리하는 약사가 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하지 아니하는 것’을 처벌한다는 것이므로 결국 범죄구성요건의 전부를 보건복지부령에 위임한 것인 바, 보건복지부령에 규정될 내용과 범위에 관한 기본사항을 구체적으로 정하고 있지 아니하고 막연히 ‘약국관리에 필요한 사항’이라고만 하고 있어 작위의무의 내용과 구성요건적 행위의 태양이 구체적으로 나타나 있지 않으며, 그 개념 또한 너무 추상적이고 광범위하여 약사법상의 다른 관련조항들을 종합하여 보더라도 보건복지부령에 어떠한 내용의 범죄구성요건이 정해질 지를 예측하기가 매우 어렵다.

설사, 이 사건 법률조항의 적용대상이 약사라는 점을 감안하더라도, 같은 법 시행규칙 제11조 제1항에서 ‘약국관리상의 준수사항’으로 열거하고 있는 것들은 법규정 이전에 직업윤리적 의무로서, 특히 일반의 법감정과 사회통념상 약사가 백색위생복과 명찰을 착용하지 않았다고 하여 범죄로 인식되기는 어려운 점, 부령은 대통령령보다 더 빈번히 변경되고 법률전문가가 아닌 일반인이 부령인 시행규칙을 찾아보기는 쉽지 않다는 점 등을 고려하면, 약사로서도 이 규칙조항에 어떠한 내용의 준수사항이 규정되어 있는지, 그리고 이를 위반하였을 경우에 과태료나 과징금의

부과 또는 업무정지 등의 행정처분 외에 형벌에 의한 제재를 받을 것인지 등을 알기는 쉽지 않다.

더구나 위 시행규칙 조항이 정하고 있는 준수사항은 5개 항목에 불과하고, 급변하는 사회현상에 맞추어 긴급하게 개정할 필요가 있는 것도 찾아보기 어려워 입법기술상 법률에 규정하는 것이 현저히 곤란하다고 보이지 않으므로, 처벌법규로서 행정입법에 포괄적으로 위임하여야할 부득이한 사정이 있다고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 예측할 수 있는 기준과 범위를 정함이 없이 범죄의 요건을 하위법규에 포괄적으로 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반될 뿐만 아니라, 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반된다는 의심이 든다.

(2) 행정벌을 과하는 경우, 벌금이나 과태료의 상한 등을 지나치게 높게 설정하는 경우 뿐만 아니라 여러 행정벌을 불필요하게 중복하여 부과하는 경우에도 행정벌 체계상 균형의 상실이 초래될 수 있다.

그런데 위 시행규칙 조항에서 약사에게 부과하고 있는 준수사항들은 모두 약사의 본의무(약사면허취득과 약국개설등록 등)의 이행 후 그 부수의무의 이행과 관련된 것들로서 그 위반자에게 형벌을 가할 만한 법배반성과 비난가능성이 있다고는 보기 어려운 점, 하나의 법조항 위반에 대한 벌칙으로 벌금과 과태료를 중복하여 규정하는 것은 극히 이례적이고 입법기술상으로도 바람직하지 아니하고 이와 관련하여 현재 행정법규 위반에 대하여 단기자유형과 벌금형을 과태료나 범칙금 등으로 전환하는 추세에 있고 실제

로 이에 관한 법령정비작업이 진행되고 있는 점, 하나의 의무위반행위에 대하여 과태료나 벌금이 중복부과되면 위반자가 입는 불이익의 정도로 볼 때 일사부재리에 준하는 이중처벌이 되는 점, 약사법에서도 위반행위에 대한 벌칙으로 벌금과 과태료가 모두 규정된 경우는 제19조 제4항 위반뿐이라는 점, 그리하여 이 사건 법률조항을 널리 적용하면 수사기관의 과잉단속과 불필요한 전과자 양산 등의 부작용이 우려되는 점 및 유사직역인 의사나 간호사에게는 백색위생복과 명찰 착용 등의 의무가 법령으로 강제되고 있지 않은 점 등을 고려하면, 이 사건 법률조항은 입법재량권이 자의적으로 행사된 경우로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙 내지 과잉입법금지의 원칙에 위반된다는 의심이 든다.

나. 대구지방법검찰청 검사장의 의견

(1) 이 사건 법률조항의 적용대상이 약사라는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없다. 약사는 일반 국민의 건강의 회복 내지는 유지에 관한 업무에 종사하고 있기 때문에 다른 여타의 직업보다도 고도의 윤리성과 전문성을 지니고 있으며 약사회를 통하여 서로간의 의사소통이 어느 정도 통일적으로 이루어지고 있다고 할 것인 바, 약사라는 직업의 전문성이나 공공성 등을 고려할 때 약사는 약국관리에 필요한 준수사항에 대하여 알거나 알 수 있는 가능성이 높으며 또한 일반인들보다 높은 수준의 주의력이 요구되므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 약사법의 목적은 약사에 관한 사항을 규정하고 그 적정을 기하여 국민보건 향상에 기여함에 있고, 의약품의 판매는 국민보

건에 미치는 영향이 크다는 점에서 약사에게는 여타의 영업자보다 고도의 업무충실성과 철저한 위생상태 유지가 요구되고, 특히 무자격자의 의약품판매 등을 방지하기 위하여 약사가 위생복과 명찰을 착용하여야 하는 것은 너무도 당연하다고 할 것이므로 유지하려는 공익에 비해 사익이 침해되는 정도가 지나치게 크다고는 볼 수 없다.

또한 약사법 제19조 제4항과 같이 그 위반에 대하여 벌금과 과태료를 중복하여 규정하고 있는 경우 만연히 과태료 등의 행정벌로 전환할 것이 아니라 유지하려는 이익과 침해되는 이익을 비교형량하여 결정하여야 하는 바, 이 사건 법률조항은 위에서 본 바와 같이 그 유지하려는 이익이 침해되는 이익보다 크다고 할 수 있을 것이므로 벌금형을 유지하고 과태료를 삭제하는 방향으로 정리되어야 할 것이다.

다. 보건복지부장관의 의견

정부에서는 의약품 오·남용 방지 및 국민건강권 확보차원에서 2000. 7. 1.부터 의약분업을 실시할 계획이며, 의약분업의 성공적 정착을 위해서는 특히 약국에서의 무자격자의 의약품 조제·판매 행위를 근절하여야만 할 것으로 판단하고 있으며, 국민보건을 위해 약국에서 준수해야 할 사항들을 규정할 필요가 있다.

그런데 약국에서 준수하여야 할 모든 사항을 모두 법에 명시하는 데는 무리가 있어 보건복지부령으로 위임하여 세부사항을 정하는 것으로 이러한 규정 방식은 다른 법에서도 많이 적용하고 있다. 특히, 위생복 및 명찰 착용은 소비자가 약사와 무자격자를 구분하기 위한 1차적인 수단으로 활용되는 것으로 일부 민원에서

는 요건을 더욱 강화해야만 무자격자가 근절될 수 있을 것이라는 의견도 제기되는 실정이다. 따라서, 약국관리준수사항을 규범에서 구체화한 것이기 때문에 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 판단하기에는 무리가 있는 것으로 사료된다.

다만, 약사법 제19조 제4항 위반시 과태료와 벌칙에 동시에 처하도록 되어 있는 것은 여타 위반사항에 비해 과한 조치라 사료되는 바, 벌칙과 과태료 내용 중 하나를 택일하여 관리하는 방안을 법 개정시 반영하는 것이 바람직하다고 사료된다.

3. 판 단

이 사건 법률조항은 약국관리상 준수할 사항을 부령에 위임하고 있으면서 그 위반행위에 대하여 200만원 이하의 벌금형에 처한다는 내용인 바, 따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항이 죄형법정주의 내지 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 및 그 법정형이 비례의 원칙에 어긋나는지 여부이다.

먼저 죄형법정주의 내지 포괄위임입법금지원칙 위배 여부를 본다.

법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585; 헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529, 535).

일반적으로 헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인, 법률에

서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 하위법령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 위임입법의 위와 같은 구체성 내지 예측가능성의 요구정도는 문제된 그 법률이 의도하는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것임은 물론이고, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 특히 처벌법규에 관하여는 앞에서 본 바와 같이 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 하는 것이므로, 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 헌재 1995. 10. 26. 93헌마62, 판례집 7-2, 419, 428-429; 헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 323 참조)

이 사건 법률조항은 처벌법규의 구성요건 부분의 위임에 해당한다. 그러나 이 사건 법률조항은 그 자체에서 ‘약국관리에 필요한 사항’이 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 있다고 보기 어렵다. 이 사건 법률조항에서 ‘보건의복지부령으로 정하는’ 부분을 빼고 보면, “약국을 관리하는 약사 또

는 한약사가 약국관리에 필요한 사항을 준수하지 아니하는 것”이 처벌규정의 구성요건이 되는데, 여기서 행위요소인 ‘약국관리에 필요한 사항’은 행위주체인 ‘약국을 관리하는 약사 또는 한약사’와의 관계에서 동어반복에 불과하고, 그 개념 또한 추상적이고 광범위한 측면이 있다.

한편 이 사건 법률조항의 처벌대상행위는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여도 그 내용을 예측하기 어렵다. 약사법은 약사의 조제, 의약품의 취급 등에 관하여는 별도의 장·절로 구체적인 규정을 두고 있으나, 약국의 관리에 관하여는 약국의 개설등록(제16조) 및 폐업 등의 신고(제20조) 이외에 특별한 관련규정을 두고 있지 않다. 또 약사법의 일반적인 목적(제1조)을 볼 때, “이 법은 약사에 관한 사항을 규정하고 그 적정을 기하여 국민보건 향상에 기여함을 목적으로 한다”고 되어 있는 바, 이러한 입법목적만으로는 ‘약국관리에 필요한 사항’이 어떠한 것인지에 관하여 예측하기도 쉽지 않다. 또한 약사법은 약국개설자 자신이 약국을 관리할 수 없는 경우 승인을 얻어 약국을 관리하게 할 자를 지정할 수 있게 하였으나(제19조 제2항), 이 조항에서도 약국관리의 개념에 관한 내용이 어떤 것인지를 찾아볼 수 없다.

비록 형벌법규의 구성요건을 규정함에 있어서는 가치개념을 포함하는 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없지만, 범죄구성요건에 일반적, 규범적 개념을 사용하더라도 법률의 규정에 의하여 그 해석이 가능하고 또한 일반인이 금지된 행위와 허용된 행위를 구분하여 인식할 수 있어야 할 것이다(헌재 1996. 8. 29. 94헌바15, 판례집 8-2, 74, 84 참조). 그런데 일반적으로 ‘관리(管理)’란

개념의 사전적(辭典的) 의미는 통상 그 내연과 외포가 광범위한 것이며, 약국관리에 필요한 사항이란, 예를 들자면, 약국의 설비, 의약품의 저장 및 진열, 약국의 위생상태, 약국종업원에 관한 사항, 약국관리상 장부의 기록과 보관, 영업시간, 당국에 대한 보고의무 등 일반적으로 약국의 관리에 필요한 매우 넓은 범위의 사항이 포함될 것인데, 이 중에서도 구체적으로 어떠한 사항이 위반시 형사처벌을 받게 되는 ‘준수’사항으로 정하여 질 것인지는 약사법 제19조 제4항의 규정만으로는 쉽게 그 대강을 예측하기 어려운 것이다.

비록 이 사건 법률조항의 수범자(受範者)는 이 분야의 전문가인 영업허가를 받은 약사 또는 한약사로서 이들이 일반인들보다는 위임입법으로 규정될 준수사항을 더 잘 알 수 있는 지위에 있는 것은 사실이나, 앞에서 살펴 본 바와 같은 ‘약국관리’라는 개념 하에서 상정될 수 있는 많은 유형의 관리행위 중 구체적으로 어떠한 것이 보건복지부령으로 입법될 것인지를 예측하기 어려운 점은 약사, 한약사에게 있어서도, 다소간의 차이가 있을 뿐, 여전히 존재한다고 볼 것이다. 대구지방검찰청검사장은 약사의 경우 다른 직업보다도 고도의 윤리성과 전문성을 지니고 있으며 약사회를 통한 의사소통으로 어떠한 준수사항이 있고 어떠한 제재가 따른다는 것을 잘 알 수 있다고 주장하나, 앞에서 언급한 바와 같이 ‘약국관리’상 준수하여야 할 내용은 광범위하므로 당국이 특정 시기에 어떤 준수사항을 마련할지 구체적으로 그 대강을 예측하기는 어렵다고 할 것이며, 비록 약사회 등을 통하여 그 구체적 내용을 숙지할 수 있다고 하더라도 법률에 의한 수권에 의거한

명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 예측가능한 것임을 요구하는 것은 “법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 하는 것을 의미하는 것이므로”(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 379-380 참조), 그러한 위임입법은 법률 자체로부터 장래 정립될 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성이 보장되지 않으면 안되는 것이다.

이 사건 약사법시행규칙 제11조 제1항이 정하고 있는 준수사항은 위임입법의 취지 중 하나인 급변하는 사회현상에 맞추어 수시로 긴급하게 개정할 필요가 있는 것으로 보기 어려운 동시에 입법기술상 법률에 규정하는 것이 현저히 곤란하다고 보이지도 않으며 처벌규정으로서 그 구성요건을 행정입법에 포괄적으로 위임하여야 할 부득이한 사정이 있다고 보기 힘들다. 보건복지부장관은 이 사건에서 의약분업의 성공적 정착을 위해서는 약국에서 준수해야 할 사항들을 규정할 필요가 있는데 이들을 모두 법에 명시하는 데는 무리가 있다고 지적하나, 위 시행규칙 조항의 약국관리상의 준수 의무 내용들을 보면 기본적으로 이는 특별히 의약분업의 성공적 정착에 초점을 맞추어 제정된 규정된 것이라기보다는 일반적으로 약국관리에 관련된 사항을 규정한 것으로서 의약분업 시행 이후 위 규정들이 보다 엄격히 집행될 수는 있겠으나 위 규정들 자체가 의약분업제도와 필수적으로 연관된 것은 아니라고 보여진다.

죄형법정주의(명확성원칙) 내지 포괄위임입법금지원칙은 국민의 자유의 제한에 대한 한계를 설정하는 법원리로서, 하위법령에

규정될 내용은 가능한 한 구체적으로 그 대강을 예측할 수 있게 모법에서 정하라는 취지이며, 이는 적어도 국민의 자유와 권리를 제한하는 입법은 되도록 국회 스스로가 행해야 하며 행정부에 포괄적으로 위임해서는 안된다는 것을 요청하고 있는 것이다. 따라서 현실적인 규제 필요성이 아무리 크다고 하더라도 그것은 헌법이 정하는 기본원칙의 범위 내에서 이루어지지 않으면 안되는 것이다. 역으로 헌법적인 범위내에서라면 국민보건상 반드시 필요한 규제는 오히려 적극적으로 행하여져야 하는 것이다.

참고로 외국의 관련 규정을 보면, 독일의 경우 법률에서 (Gesetz über das Apothekenwesen) 각 항목별로 행정부가 정할 수 있는 내용을 나열하고 있으며, 또 그 위임입법의 내용이 명확하게 구성요건을 정할 것을 법률에서 다시 명시하고 있으며, 나아가 그러한 위임입법(법규명령)은 연방참사원(의회)의 승인을 받도록 하고 있다. 일본의 경우 약사법은 우리와 유사하게 위임입법상으로 준수사항을 행정부가 정할 수 있도록 하였으나 그에 관한 별도의 처벌규정은 두고 있지 않다. 미국의 경우 일례로 캘리포니아주는 법률(Business and Profession Code) 자체에서 매우 상세하게 약사에 관한 사항을 규율하고 있다. 이러한 입법례들을 보면 이 사건 법률조항은 처벌법규를 지나치게 전적으로 행정부에 포괄적으로 위임하고 있는 것이다.

한편 이 사건 법률조항상의 '약국관리에 필요한 사항'이라는 표현은, 그 부준수(不遵守)가 단순한 훈시규정 위반에 그치거나, 행정상의 과태료와 같은 제재대상에 그치지 아니하고, 벌금형에 처해지게 되어 있는 것을 감안한다면, 보다 구체적이고 명확한 것

이어야만 했던 것이다. 이 사건 법률조항과 같이 행정부에게 지나치게 광범위한 입법재량권을 주게 되면 약사 또는 한약사를 자의적 행정입법에 불안정한 상태로 노출시키게 되는 결과가 되고, 이는 결국 헌법상의 죄형법정주의와 포괄위임입법금지 원칙이 예방하고자 하는 ‘행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행’을 쉽게 용인하는 결과를 초래할 수 있게 되는 것이다.

이상의 이유에서 이 사건 법률조항은 ‘약국관리에 필요한 사항’에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 그 내용을 모두 하위법령인 보건복지부령에 위임하고 있는 것이므로, 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항 후문 및 제13조 제1항 전단과 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조, 제95조에 위반된다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법상 죄형법정주의의 명확성 원칙 내지 포괄위임입법금지원칙에 위반되므로 비례의 원칙위배 여부는 판단할 필요없이 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철(주심) 김영일

남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항 위헌소원

(2000. 7. 20. 98헌바63 전원재판부)

【관시사항】

1. 남북교류협력에 관한 법률이 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는지 여부(적극)
2. 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제3항이 평화통일을 선언한 헌법전문, 헌법 제4조, 헌법 제66조 제3항 및 기타 헌법상의 통일조항에 위배되는지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 헌법상의 여러 통일관련 조항들로부터 국민 개개인의 통일에 대한 기본권이 도출될 수 있는지 여부(소극)
5. 1992. 2. 19. 발효된 남북기본합의서의 법률적 효력 또는 조약으로서의 성격이 있는지 여부(소극)
6. 통일부장관의 승인권에 관한 기준이나 구체적 내용 등을 대통령령 등에 위임하지 아니하는 경우 포괄위임금지의 원칙이 적용될 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 위 법은 기본적으로 북한을 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 인정하면서 남북대결을 지양하고, 자유왕래를 위한 문호개방의 단계로 나아가기 위하여 종전에 원칙적으로 금지되었던 대북한 접촉을 허용하며, 이를 법률적으로 지원하기 위하여 제정된 것으로서, 그 입법목적은 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는 것이다.
2. 북한주민과의 접촉이 그 과정에서 불필요한 마찰과 오해를

유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한간의 원만한 협력관계에 나쁜 영향을 미칠 수도 있으며, 북한의 정치적 목적에 이용되거나 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 통로로 이용될 가능성도 완전히 배제할 수 없으므로 통일부장관이 북한주민 등과의 접촉을 원하는 자로부터 승인신청을 받아 구체적인 내용을 검토하여 승인 여부를 결정하는 절차는 현 단계에서는 불가피하므로 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항은 평화통일을 선언한 헌법전문, 헌법 제4조, 헌법 제66조 제3항 및 기타 헌법상의 통일조항에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 위 법률조항은 헌법 제10조, 제14조, 제18조를 일부 제한하는 측면은 있으나, 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국가안전보장을 위한 필요한 경우의 제한으로서, 그 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니한다.

4. 헌법상의 여러 통일관련 조항들은 국가의 통일의무를 선언한 것이기는 하지만, 그로부터 국민 개개인의 통일에 대한 기본권, 특히 국가기관에 대하여 통일과 관련된 구체적인 행동을 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수 없다.

5. 1992. 2. 19. 발효된 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하여 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다.

6. 헌법 제75조에서 규정하고 있는 포괄위임입법금지의 원칙이란 법률이 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 법률로써 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며, 일반적이고 포괄적인 입법위임은 허용되지 아니한다는 것을 뜻하는 것

이므로, 통일부장관의 승인권에 관한 기준이나 구체적 내용 등을 대통령령 등에 위임하지 아니하고 있는 이 사건 법률조항에 관하여 포괄위임금지의 원칙이 적용될 여지는 없다.

【심판대상조문】

- 남북교류협력에관한법률(1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정된 것)
제9조(남·북한 왕래) ①~② 생략
③ 남한의 주민이 북한의 주민등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 승인을 얻어야한다.
④ 생략

【참조조문】

헌법 전문, 제4조, 제10조, 제14조, 제18조, 제37조 제2항, 제66조 제3항, 제69조, 제72조, 제75조

남북교류협력에관한법률(1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정된 것)
제27조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조 제1항의 규정에 의한 증명서를 발급받지 아니하고 남한과 북한을 왕래하거나 동조 제3항의 규정에 의한 승인을 얻지 아니하고 회합·통신 기타의 방법으로 북한의 주민과 접촉한 자
2.~5. 생략
- ② 생략
- ③ 제1항 제1호 내지 제3호의 미수범은 처벌한다.

【참조판례】

1. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49
2. 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1
3. 대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결

【당 사 자】

청 구 인 민주사회를 위한 변호사모임

대표자 회장 최○도

대리인 변호사 김인회 외 8인

당해사건 서울고등법원 97구18402 북한주민접촉신청불허처분취소

【주 문】

남북교류협력에관한법률(1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정된 것) 제9조 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 북한주민의 기아해결을 돕기 위하여 북한에 쌀 또는 현금을 보내고자 1996. 8. 23. 통일부에 남북교류협력에관한법률 제9조에 따라 북한주민접촉신청을 하였으나, 통일부장관은 같은 해 9. 10. 위 신청이 민간차원의 대북지원에 관한 정부방침에 어긋난다는 이유로 이를 불허하였다.

이에 청구인은 서울고등법원에 위 불허처분의 취소를 구하는 행정소송(97구18402)을 제기한 후, 그 소송계속 중이던 1998. 2. 19. 위 불허처분의 근거법률인 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항에 대하여 위헌심판제청신청(98아280)을 하였다. 그런데 위 법원이 같은 해 7. 16. 위 취소청구 및 위헌심판제청신청을 모두 기각하자, 청구인은 이에 불복하여 같은 해 7. 29. 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하는 한편, 같은 해 8. 8. 대법원에 상고(98두14525)를 하였으나 1999. 7. 23. 상고기각되었다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 남북교류협력에관한법률(1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제9조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용과 관련조항은 다음과 같다.

제9조(남·북한 왕래) ①, ② 생략

③ 남한의 주민이 북한의 주민등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 승인을 얻어야한다.

④ 생략

[관련조항]

제27조(벌칙) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조 제1항의 규정에 의한 증명서를 발급받지 아니하고 남한과 북한을 왕래하거나 동조 제3항의 규정에 의한 승인을 얻지 아니하고 회합·통신 기타의 방법으로 북한의 주민과 접촉한 자

2.~5. 생략

② 생략

③ 제1항 제1호 내지 제3호의 미수범은 처벌한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인 주장의 요지

(1) ‘평화적 통일’을 민족적 사명으로 규정한 헌법 전문, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립·추진하도록 규정한 헌법 제4조, 대통령의 평화적 통일을 위한 성실의무를 규정한 헌법 제66조 제3항, 대통령의 취임선서 중 평화적 통일직무

를 규정한 헌법 제69조, 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 규정한 헌법 제72조 등을 종합하면, 정부는 통일을 위하여 노력할 의무가 있고, 국민들은 통일에 대한 기본권을 가진다. 그런데 이 사건 법률조항은 남북한의 자유로운 교류·협력을 지나치게 제한하여 결국 국민의 통일에 대한 기본권을 제한하는 결과에 이르러 헌법에 위반된다.

(2) 평화적 통일을 이루기 위하여는 남북간의 대화, 협조, 교류와 협력이 중요한 수단이며, 이러한 남북간의 대화, 협조, 교류와 협력은 정부간 뿐만 아니라 민간차원에서도 이루어져야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 조국의 평화적 통일을 위하여 필수적인 남북한의 자유로운 교류·협력을 지나치게 제한함으로써 정의·인도와 동포애로서 민족의 단결을 공고히 한다는 헌법 전문에 반하므로 위헌이다.

(3) 자유민주적 기본질서는 국민의 참여를 기본으로 하고, 통일과정에 국민의 참여를 보장하는 것이 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 선언한 헌법 제4조에 부합됨에도, 이 사건 법률조항은 통일부장관의 자의적 판단에 근거하여 북한주민 접촉을 승인하도록 함으로써 국민의 참여를 배제하고 있어 헌법 제4조에 위반된다. 또 이 사건 법률조항은 국민들의 평화적 교류, 협력을 통일부장관의 자의적인 판단에 일임함으로써 법적 근거에 의하지 아니한 통일정책을 시행하고, 법적 안정성을 해하고 있으므로 통일에 있어서의 법치주의원칙을 선언한 헌법정신에 위반된다.

(4) 1992. 2. 19. 발효된 ‘남북사이의화해와불가침및교류협력에 관한합의서’(이하 ‘남북합의서’라고 한다)는 헌법상 조국의 평화적 통

일조향을 가장 이상적으로 표현하고 있는 범규범으로서 단순한 조약의 효력을 가지는 것을 넘어서 남북관계를 규율하는 법률 중 헌법 다음으로 최상의 법률이며, 이 사건 법률조항보다 후에 체결된 것이어서 신법우선의 원칙이 적용되므로, 남북합의서의 자유로운 남북교류협력조항에 반하는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다.

(5) 그 밖에 이 사건 법률조항은 헌법 제10조의 일반적 행동의 자유, 제14조 거주·이전의 자유, 제18조 통신의 자유 등을 침해한다.

(6) 그리고 이 사건 법률조항은 북한주민 등과의 접촉에 관한 승인의 기준을 명시하지 아니한 채 포괄적으로 통일부장관의 일방적인 판단에 위임하고 있어 헌법 제75조 포괄위임금지원칙에 위반된다. 또 이 사건 법률조항은 다양한 목적에 의한 다양한 형태의 접촉을 모두 승인제로 규정하고 있기 때문에 남북이산가족의 자유로운 접촉을 제한하고, 우리 나라가 가입하고 있는 세계보건기구헌장에 명시된 각국의 국민들의 건강증진을 위한 협력의무에 따라 이루어지는 인도적 지원을 위한 접촉마저도 승인제로 운영함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각이유의 요지

헌법 전문과 제4조의 규정에 의하면 헌법은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일을 천명하고 있는 반면, 북한은 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제전복을 꾀하고 있는 반국가단체의 성격을 가지고 있어 상호 신뢰, 협력관계가 발전하지 못하고 있으며, 개

인이나 민간단체가 독자적으로 북한과 접촉하는 것보다 국민적 합의하에 추진하는 대북정책에 개인이나 민간단체가 협조하는 등의 대외적으로 결집된 모습이 요망되므로 정부의 통일정책을 담당하는 통일부장관에게 북한주민접촉승인권을 부여한 이 사건 법률조항은 헌법상 법치주의, 헌법 제14조 거주·이전의 자유, 제18조 통신의 자유, 제37조 제2항 과잉금지의 원칙 및 제75조 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

다. 통일부장관 및 법무부장관 의견의 요지

(1) 우리 헌법이 통일에 관한 정부의 의무를 규정하고 있다고 하여 그로부터 국민의 통일에 대한 기본권이 도출되는 것은 아니고, 일반 국민이 북한과의 무조건적인 접촉 및 교류를 할 수 있는 권리가 발생되지 아니하며, 설사 그러한 권리가 인정된다고 하더라도 남북관계의 특수성을 고려하여 적정한 수준에서 제한되어야 한다.

(2) 이 법은 대한민국 국민의 북한주민 접촉을 금지한 국가보안법의 적용을 일부 배제할 수 있도록 하는 등 남북교류를 촉진하는 법률이고, 청구인의 주장과 같이 남북교류를 제한하는 법률이 아니다.

(3) 통일의 대상인 북한이 우리의 체제존립을 위협하는 정치적 실체로서 존재하고 있는만큼 정부가 국가안전보장과 평화, 그리고 통일의 측면을 종합적으로 판단하여 통일정책을 수립·추진하여야 하며, 그러한 한도 내에서 정부의 역할은 합법적이고 정당하다. 따라서 국민은 정부정책의 틀 속에서 질서 있게 남북 교류협력을 추진하여야 할 법적 의무를 지고 있으므로, 이 사건 법률

조항은 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책의 수립·추진을 선언한 헌법 제4조에 위반되지 아니한다.

(4) 남북합의서는 법률이 아니고, 조약으로서의 성격을 가지고 있는 것도 아니므로, 남북합의서의 내용과 상반되어 이 사건 법률조항의 효력이 상실되었다는 청구인의 주장은 부당하다.

(5) 청구인이 주장하는 일반적 행동의 자유, 거주·이전의 자유, 통신의 자유 등의 기본권과 국민의 남북교류협력권을 인정한다고 하더라도, 이러한 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 범위 내에서 합리적, 합목적적으로 규제될 수 있는데, 이 사건 법률조항에 의한 기본권제한은 합리적이며 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니다.

(6) 북한주민의 접촉에 대하여 통일부장관의 승인을 얻도록 하여 재량권을 인정한 것은 남북관계의 특수한 법현실로 인하여 그 요건을 구체적이고 명확하게 규정하는 것이 곤란하다는 점과 행정청의 정책적인 고려나 전문적·기술적 판단이 일정범위 내에서 우선되어야 한다는 점을 참작한 것이고, 실제 운용면에서도 남북관계의 진전상황에 따라 점진적 확대방향으로 운영되고 있으며, 대북접촉교류허용기준(1995. 5. 16.) 등 일정한 처리기준에 따르고 있으므로, 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

또 이 사건 법률조항은 북한이 우리의 민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있는 상황에서 남북한주민의 접촉을 폭넓게 허용하되, 다만 남북관계의 현실과 대북정책의 틀 속에서 질서있게 이루어지도록 조정·유도하는 데에 그 입법목적이 있으므로, 그 목적의 정당성이 인정되고, 방법선택은 입법자의 입법형성의 자유

에 속하며, 효율성을 위하여 통일부장관의 승인을 받도록 한 것이어서 그 방법의 적절성도 인정되고, 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 원칙에도 부합하므로 과잉금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

3. 판 단

가. 이 법의 입법경위 및 이 사건 법률조항의 입법목적

1988. 7. 7. 남북한간의 인사교류를 적극적으로 추진하고, 해외 동포들의 남북한 자유왕래를 위하여 문호를 개방하며, 이산가족의 서신왕래·방문 등 교류를 적극적으로 주선·지원하고, 남북한 교역의 문호를 개방하면서 남북교역을 민족내부 교역으로 간주하는 것 등을 주된 내용으로 하는 남북한간의 화해를 위한 6개항의 대북한 제의인 이른바 ‘7. 7. 선언’이 발표되었다.

그후 위 선언에 따라 그 동안 원칙적으로 금지되었던 북한주민과의 접촉, 왕래 및 교류 등을 허용·지원하고, 국민들의 북한방문 및 남북한 왕래·교류에 대한 요구를 적절히 수용하기 위한 법률적 후속조치로서 이 법이 제정되었는바, 그 제1조는 남북한간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 그리고 제3조 및 입법제안 이유에 따르면 남북한의 인적·물적 교류사업과 통신역무의 제공 등에 관하여는 다른 법률에 우선하여 이 법이 적용되고, 이 법에 따라 행하여지는 행위에 대하여는 국가보안법이 적용되지 아니하므로, 이 법은 남북한간의 교류확대 및 긴장완화에 기여하는 역할을 하고 있다고 할 것이다.

한편, 이 사건 법률조항은 북한주민 접촉 등에 대한 승인 등의

업무를 통일부로 일원화하여 국민편익을 도모하고, 각종 남북교류협력이 일관성을 유지한 채 원활히 추진되도록 하기 위한 규정으로서, 정부의 책임소재를 명확히 하고 다양한 대북한 접촉과 협력이 일정한 기준하에서 종합적, 체계적, 안정적으로 수행되도록 하려는 데에 그 입법목적이 있다고 보여진다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 우리 헌법은 그 전문에서 “……우리 대한국민은……평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고……”라고 규정하고 있고, 제4조에서는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있으며, 제66조 제3항에서는 “대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다”고 규정하고 있다.

위와 같은 헌법상 통일관련 규정들은 통일의 달성이 우리의 국민적·국가적 과제요 사명임을 밝힘과 동시에 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 원칙을 천명하고 있는 것이다. 따라서 우리 헌법에서 지향하는 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것이 아니고, 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라 그것에 바탕을 둔 통일인 것이다. 그러나 평화적 통일을 위하여서는 북한과 적대관계를 지속하면서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없고, 자유민주적 기본질서에 입각하여 상호 접촉하고 대화하면서 협력과 교류의 길로 나아가는 것이 평화적 통일을 위한 초석이 되는 것이며, 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주고 일정한 범위 내에서 경제적, 기술적 지원과

협조를 도모하여 단일민족으로서의 공감대를 형성하는 것이야말로 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 방편으로서 헌법정신에 합치되는 것이다(헌재 1990. 4. 2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 60-61 참조).

(2) 그런데 이 법은 앞서 본 바와 같이 기본적으로 북한을 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자로 인정하면서 남북대결을 지양하고, 자유왕래를 위한 문호개방의 단계로 나아가기 위하여 종전에 원칙적으로 금지되었던 대북한 접촉을 허용하며, 이를 법률적으로 지원하기 위하여 제정된 것으로서, 그 입법목적은 평화적 통일을 지향하는 헌법의 제반규정에 부합하는 것이다. 이 법이 없다면 남북한간의 교류, 협력행위는 국가보안법에 의하여 처벌될 수 있으나, 이 법에서 남북관계에 관한 기본적 용어정리, 통신·왕래·교역·협력사업 등에 관한 포괄적 규정(제9조 내지 제23조)과 타법률에 대한 우선적용(제3조) 등을 규정하고 있는 관계로 그 적용범위 내에서 국가보안법의 적용이 배제된다는 점에서, 이 법은 평화적 통일을 지향하기 위한 기본법으로서의 성격을 갖고 있다고 할 수 있다.

(3) 그러나 북한과의 접촉이나 교류가 일정한 원칙이나 제한 없이 방만하게 이루어진다면, 국가의 안전보장과 자유민주적 기본질서의 유지에 어려움을 가져올 수 있을 뿐만 아니라, 평화적 통일을 이루어 나가는 데에 지장을 초래할 수 있으며, 한편으로 북한주민과 접촉·교류하는 개개 당사자들의 목적달성이나 안전에도 장애를 가져올 수 있다. 따라서 정부가 남북한간의 접촉과 대화, 교류·협력의 기본방향을 정하고, 그에 따라 각 분야에서 필요한

민간부문의 교류·협력을 지속적으로 지원하고 보장하기 위하여 북한주민 등과의 접촉에 대하여 일정한 조정과 규제를 하는 것은 헌법상의 평화통일의 원칙과 국가안전보장 및 자유민주주의질서의 유지, 그리고 국민의 기본권보장이라는 원리들을 조화롭게 실현하기 위한 방안이 될 것이다.

(4) 이 사건 법률조항은 남한의 주민이 북한의 주민 등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일부장관의 승인을 받도록 하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

북한주민 등과의 접촉은 대체로 남북한간의 교류를 촉진시키고 민족의 동질성을 회복하여 평화통일의 길로 나아가는 데에 기여하겠지만, 때로는 접촉과정에서 불필요한 마찰과 오해를 유발하여 긴장이 조성되거나, 무절제한 경쟁적 접촉으로 남북한간의 원만한 협력관계에 나쁜 영향을 미칠 수도 있을 것으로 보인다. 뿐만 아니라 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등을 정부에서 전혀 파악하지 못하고 있다면 접촉 당사자의 안위에 관계되는 일이 발생하였을 때 시의적절하게 대처하기 힘들고, 또한 북한의 정치적 목적에 이용되거나 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 통로로 이용될 가능성도 완전히 배제할 수 없다.

따라서 통일부장관이 북한주민 등과의 접촉을 원하는 자로부터 승인신청을 받아 그 접촉의 시기와 장소, 대상과 목적 등 구체적인 내용을 검토하여 승인 여부를 결정하는 절차는 현 단계에서는 불가피하다고 할 것이다.

그렇다면 국가의 안전과 자유민주적 기본질서를 보장하고 국민

의 안전을 확보하는 가운데 평화적 통일을 이루기 위한 기반을 조성하기 위하여 북한주민 등과의 접촉에 관하여 남북관계의 전문기관인 통일부장관에게 그 승인권을 준 이 사건 법률조항은 평화통일의 사명을 천명한 헌법 전문이나 평화통일원칙을 규정한 헌법 제4조, 대통령의 평화통일의무에 관하여 규정한 헌법 제66조 제3항의 규정 및 기타 헌법상의 통일관련조항에 위반된다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 법률조항은 헌법 제10조에서 유래되는 일반적인 행동의 자유나 제14조에서 규정한 거주·이전의 자유, 제18조에서 규정한 통신의 자유 등을 제한하는 측면이 있으나, 그것은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국가안전보장을 위하여 필요한 경우의 제한으로서, 앞서 본 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 과잉금지 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다.

(5) 청구인은 이 사건 법률조항이 국민의 통일에 대한 기본권을 침해하여 헌법상의 통일관련 조항들에 위반된다고 주장하나, 앞서 본 헌법상의 여러 통일관련 조항들은 국가의 통일의무를 선언한 것이기는 하지만, 그로부터 국민 개개인의 통일에 대한 기본권, 특히 국가기관에 대하여 통일과 관련된 구체적인 행위를 요구하거나 일정한 행동을 할 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수는 없다.

(6) 청구인은 또 이 사건 법률조항이 남북합의서의 자유로운 남북교류협력조항에 반하여 헌법에 위반된다고 주장하고 있으나, 일찍이 헌법재판소는 “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사

이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의로서 남북당국의 성의있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과"하다고 판시하였고(헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23), 대법원도 "남북합의서는 ……남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의 있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일한 효력이 인정되는 것도 아니다"고 판시하여(대법원 1999. 7. 23. 선고 98두14525 판결), 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다는 것을 명백히 하였다.

따라서 설사 이 사건 법률조항이 남북합의서의 내용과 배치되는 점을 포함하고 있다고 하더라도, 그것은 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 데에 아무런 관련이 없다고 할 것이다.

(7) 그 밖에 청구인은 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반한다고 주장하고 있으나, 헌법 제75조에서 규정하고 있는 포괄위임입법금지의 원칙이란 법률이 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 법률로써 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며 일반적이고 포괄적인 입법위임은 허용되지 아니한다는 것을 뜻하는 것이므로, 통일부장관의 승인권에 관한 기준이나 구체적 내용 등을 대통령령 등에 위임하지 아니하고 있는

이 사건 법률조항에 관하여 포괄위임금지의 원칙이 적용될 여지는 없다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언(주심) 이영모 한대현 하경철 김영일

민사소송법 제48조 등 위헌소원

(2000. 7. 20. 98헌바74 전원재판부)

【관시사항】

1. 청구인의 한정위헌결정을 구하는 청구에 대하여 청구인이 주장하는 위헌사유는 법원이 심판대상 법률조항의 규율범위 밖에서 이를 유추 적용함으로써 비로소 발생한 것이므로, 이 사건 심판청구는 법률 자체에 대한 위헌확인을 구하는 것으로 볼 여지가 없고, 심판대상 법률조항을 유추적용한 사법작용의 정당성 여부를 다투는 것에 불과하므로 부적법하다고 하여 각하한 사례

2. 위헌제청신청 기각결정을 받음이 없이 제기한 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 적부(소극)

【결정요지】

1. 심판대상 법률조항 중 민법 제70조 제3항은 사단법인의 경우에만 적용되고 법인 아닌 사단의 경우에는 적용되지 아니하고, 민사소송법 제48조는 소송사건의 경우에만 적용되고 비송사건의 경우에는 적용되지 아니함이 문언상 명백하며, 여기에 다의적 해석가능성이나 다양한 적용범위가 문제될 여지가 없고, 청구인이 위 각 법률조항에 관하여 다투는 것은 위 각 법률조항 자체에 내포된 어떤 위헌적 해석방법이나 적용범위가 아니라 이를 법인 아닌 사단의 비송사건에 적용하는 것의 위헌여부이므로, 이 부분 심판청구는 이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있는 한정위헌청구로 받아들일 여지도 없다. 청구인이 주장하는 위헌사유는 위 각 법률조항의 규율범위 내에서 발생한 것이 아니라, 그 밖에서, 법원이 위 각 법률조항을 유추

적용함으로써 비로소 발생한 것이므로, 이 부분 심판청구는 법률 자체에 대한 위헌확인을 구하는 것으로 볼 여지가 없고, 위 각 법률조항을 유추적용한 사법작용의 정당성 여부를 다투는 것에 불과하다고 볼 수밖에 없으므로, 그 심판청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에 청구할 수 있는 것인데, 청구인은 위헌제청신청을 함에 있어 민법 제70조 제2항이나 비송사건절차법 제34조의 적용에 관한 위헌 여부를 다투는 바 없고, 대법원 역시 그에 대하여 아무런 판단도 한 바 없으므로, 그 부분 심판청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

재판관 이영모, 재판관 하경철의 반대의견

헌법은 재량영역인 법원의 법률적용에 관하여, 위헌인 법률을 합헌으로 판단할 권한을 주지 아니한 것처럼, 권력분립의 원칙에 따라 법률적용을 빌미로 입법형성영역을 침해하지 못하도록 명하고 있다. 법률의 유추적용이 법원의 재량영역으로서 헌법상의 정당성과 합리성이 있는 적정한 것인지, 입법형성영역을 침해한 것은 아닌지 등에 대한 심사는, 헌법을 정점으로 하는 법체계의 통일성과 정합성을 유지·도모하는 것을 주된 임무로 하는 헌법재판소의 심판영역에 속하는 것이다.

유추적용의 대상이 되는 법률에 대한 위헌심사는, 행정부가 법률을 집행하기 위한 하위규범을 만들면서 법률조항과는 전혀 관계없고 예측도 할 수 없는 사항까지 규정하여 이를 근거로 국민의 기본권을 침해하는 공권력 행사를 한 경우 그 공권력 행사의 근거규정에 대한 위헌여부 심판에서 실질적인 판단을 하여 한정

위헌선언을 함으로써 그 법률조항 자체에 내재된 효력범위를 헌법이 명령하는 바에 따라 그 경계를 설정하는 것과 마찬가지로, 법원이 유추적용한 법률이 법률조항과는 전혀 관계없고 예측도 할 수 없는 사항에 해당한다면 그것은 바로 해석이 아닌 입법형성영역으로서 권력분립 원칙에 어긋나는 입법권의 침해에 다름 아니므로, 한정위헌선언을 하여야 한다.

한편, 청구인이 법원에 제출한 위헌심판제청신청의 신청취지에 누락되었지만 헌법소원 심판청구에서 추가된 민법 제70조 제2항, 비송사건절차법 제34조는 위 신청취지에 기재한 민사소송법 제48조, 민법 제70조 제3항 소정 임시총회소집허가신청의 요건과 민사비송에 관한 절차에 관한 내용을 규정한 것이므로 민사소송법 제48조, 민법 제70조 제3항을 적용할 경우 전제가 되는 것으로서, 위 규정들을 전체적·종합적으로 보면 법원이 청구인의 특별항고를 기각하면서 위 조항 모두를 유추적용하였다는 표현을 사용한 이 사건에서 서로 분리할 수 없는 관계에 있으므로, 민법 제70조 제2항, 비송사건절차법 제34조도 포함시켜 심판하여야 한다.

【심판대상조문】

민사소송법(1960. 4. 4. 법률 제547호) 제48조(비법인의 당사자능력) 법인 아닌 사단이나 재단으로서 대표자 또는 관리인이 있으면 그 이름으로 당사자가 될 수 있다.

민법(1958. 2. 22. 법률 제471호) 제70조(임시총회) ① 생략
② 총사원의 5분의 1 이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 이사는 임시총회를 소집하여야 한다. 이 정수는 정관으로 증감할 수 있다.

③ 전항의 청구 있는 후 2주간 내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 사원은 법원의 허가를 얻어 이를 소집할 수 있다.

비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 전문개정된 것) 제34조(임시총회소집사건에 관한 관할) ① 민법 제70조 제3항의 규정에 의한 사건은 법인의 주된 사무소 소재지의 지방법원 합의부의 관할로 한다.

② 제80조와 제81조의 규정은 민법 제70조 제3항의 규정에 의한 임시총회소집의 허가신청과 그 사건에 대한 재판에 각각 이를 준용한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

2. 헌재 1994. 4. 28. 89헌마221, 판례집 6-1, 239

헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607

헌재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530

【당 사 자】

청 구 인 ○○사관학교 제8기 동기생회

대표자 회장 홍○주

대리인 변호사 김병현

당해사건 대법원 98그10 임시총회소집허가

【주 문】

이 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

법인 아닌 사단인 ○○사관학교 제8기 동기생회 소속의 청구의

김○근 외 159인은 회장에게 임시총회를 소집할 것을 요청하였으나, 회장이 총회소집절차를 밟지 아니하자, 서울지방법원 동부지원에 청구인을 상대로 임시총회소집허가신청(97과2948)을 하여 1997. 11. 15. 그 허가를 얻어 같은 해 12. 10. 임시총회를 개최하였다.

청구인은 위 소집허가결정에 불복하여 대법원에 특별항고(98그10)를 한 다음, 민사비송사건에서 민사소송법 제48조, 민법 제70조 제3항 등을 법인 아닌 사단에 적용하는 것은 위헌이라는 이유로 위헌심판제청신청(대법원 98카기52)을 하였다. 그러나 대법원이 1998. 9. 2. 청구인의 특별항고를 기각함과 동시에 위헌심판제청신청도 기각하자, 같은 달 17. 이 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

심판대상은 민사소송법 제48조, 민법 제70조 제2항, 제3항, 비송사건절차법 제34조의 (법인 아닌 사단에 적용하는 것의) 위헌 여부이고 그 각 법률조항의 내용은 아래와 같다.

(1) 민사소송법(1960. 4. 4. 법률 제547호) 제48조(비법인의 당사자능력) 법인 아닌 사단이나 재단으로서 대표자 또는 관리인이 있으면 그 이름으로 당사자가 될 수 있다.

(2) 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호) 제70조(임시총회) ② 총사원의 5분의 1 이상으로부터 회의의 목적사항을 제시하여 청구한 때에는 이사는 임시총회를 소집하여야 한다. 이 정수는 정관으로 증감할 수 있다.

③ 전항의 청구 있는 후 2주간 내에 이사가 총회소집의 절차를 밟지 아니한 때에는 청구한 사원은 법원의 허가를 얻어 이를

소집할 수 있다.

(3) 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 전문개정된 것)

제34조(임시총회소집사건에 관한 관할) ① 민법 제70조 제3항의 규정에 의한 사건은 법인의 주된 사무소 소재지의 지방법원 합의부의 관할로 한다.

② 제80조와 제81조의 규정은 민법 제70조 제3항의 규정에 의한 임시총회소집의 허가신청과 그 사건에 대한 재판에 각각 이를 준용한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

입법자가 비송사건절차법에서 법인 아닌 사단에 대하여 당사자능력을 인정한 민사소송법 제48조를 준용한다는 규정을 두지 아니한 것은 이 사단 내의 분쟁을 자치적 해결에 맡기려는 의도이다. 법원이 법률상의 근거없이 민사비송사건에서 민법 제70조 제2항, 제3항, 비송사건절차법 제34조를 법인 아닌 사단에 유추 적용하여 소수사원이 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있게 한 것은 해석의 범위를 벗어나는 것이고, 이는 자율적으로 운영하여야 할 청구인과 같은 법인 아닌 사단의 결사의 자유를 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각이유

민사소송법 제48조는 법인 아닌 사단이 그 이름으로 당사자가 되어 소송을 제기하거나 상대방으로 하여금 그 사단을 상대로 소송을 제기하도록 하고, 민법 제70조 제3항은 사단의 총회소집을

둘러싸고 그 소집권자와의 사이에 의견이 상치되는 소수사원에
게 법원으로부터 소집허가를 얻어 임시총회를 소집하도록 한 것
이므로 결사의 자유를 보장한 헌법 제21조에 위반되지 아니한다.

다. 법무부장관의 의견

이 심판청구는 실질적으로 법원의 재판에 대상으로 한 것이므
로 부적법하다.

비송사건절차법 제6조 제1항 전문은 “사건의 관계인은 소송능
력자로 하여금 소송행위를 대리시킬 수 있다”라고 하여 소송능
력 등에 관한 판단은 민사소송법에 따르도록 하고, 민사소송법
제47조는 “당사자능력……은 이 법에 특별한 규정이 없으면 민
법 기타 법률에 의한다”라고 규정하고 있으므로, 비송사건절차법
이 당사자능력에 관한 규정을 두고 있는지 여부에 관계없이 민
사비송사건에서도 당사자능력이 인정되어야 하며, 임시총회소집
과 관련하여 민법 제70조 제1항, 제2항으로 단체가 부여받은 자
치권을 행사함에 있어 법원은 민법 제70조 제3항에 의하여 이를
보완하는 후견적 역할을 할 따름이므로, 청구인의 결사의 자유를
침해하는 것이 아니다.

3. 판 단

이 사건 심판청구의 적법요건에 관하여 본다.

가. 먼저 민법 제70조 제3항 및 민사소송법 제48조에 관한 심
판청구를 본다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 심판대상은 법
률에 한정되므로, 그 심판청구는 ‘법률’ 자체의 위헌성을 다투는
것이어야 한다.

청구취지와 청구이유를 종합하여 보건대, 청구인이 이 헌법소원에서 다투고자 하는 것은 심판대상조항으로 삼은 위 각 조항들 자체가 헌법에 위반된다는 것이 아니라, 위 각 조항들을 ‘법인 아닌 사단’에 대하여 유추적용하는 것, 그리하여 법인 아닌 사단의 소수사원에게 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있게 하는 것이 법인 아닌 사단의 결사의 자유를 침해한다는 것이다.

그런데, 민법 제70조 제3항은 ‘사단법인’의 소수사원이 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있음을 규정하고 있을 뿐이어서, 법인 아닌 사단의 소수사원이 법원의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있게 되는 법적 결과는 위 조항 자체로부터는 창출되지 않는다. 청구인이 주장하는 위헌사유는 위 법률조항의 규율범위 내에서 발생한 것이 아니라, 그 밖에서, 법원이 ‘사단법인’에 관한 위 조항을 ‘법인 아닌 사단’에게도 ‘유추적용’함으로써 비로소 발생한 것이다.

민사소송법 제48조에 대한 위헌주장 또한 마찬가지이다. 청구인이 주장하는 위헌사유, 즉 법인 아닌 사단이 임시총회 소집허가신청이라는 ‘비송’사건의 상대방이 될 수 있다는 법적 결과는 비법인의 당사자능력에 관한 위 법률조항 자체에 기인하는 것이 아니라, 이 조항을 비송사건에도 ‘유추적용’함으로써 비로소 발생한 것이다.

한편 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에서 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라, 법률조항을 “……하는 것으로 해석하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는, 그것이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 볼 여지가 있는 한도 내에

서 허용된다(헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 37; 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161-162).

헌법재판소의 한정위헌결정은 법률조항의 위헌적인 요소를 배제하고 합헌적인 의미 또는 적용범위를 확정하기 위하여 행하여지는 것이므로, 그러한 한정위헌결정을 구하는 심판청구는 법률조항에 다의적인 해석가능성이나 다양한 적용범위가 있을 것과, 그에 대하여 합헌적 법률해석을 할 수 있을 것을 전제로 한다(헌재 1994. 4. 28. 92헌가3, 판례집 6-1, 203, 221-222 참조).

그런데 민법 제70조 제3항은 사단법인의 경우에만 적용되고, 법인 아닌 사단의 경우에는 적용되지 않음이 문언상 명백하고, 여기에 다의적 해석가능성이나 다양한 적용범위가 문제될 여지가 없고, 청구인이 이 조항에 관하여 다투는 것은 이 조항 자체에 내포된 어떤 위헌적 해석방법이나 적용범위가 아니라, 이 조항을 법인 아닌 사단에 '적용'하는 것의 위헌여부이다. 따라서 청구인의 심판청구는 이 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 볼 수 있는 한정위헌청구로 받아들일 여지도 없다. 민사소송법 제48조의 경우에도 마찬가지이다.

나. 다음 민법 제70조 제2항 및 비송사건절차법 제34조에 관한 심판청구를 본다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 기각된 때에 청구할 수 있는 것이므로, 청구인이 특정 법률조항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 않았고, 따라서 법원의 기각결정도 없었다면, 그 부분 심판청구는 심판청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다(헌재 1994.

4. 28. 89헌마221, 판례집 6-1, 239, 256-257; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 618; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530, 536-537).

이 사건 기록에 의하면, 청구인은 위헌제청신청을 함에 있어 민사소송법 제48조 및 민법 제70조 제3항의 적용에 관한 위헌여부를 다투고 있을 뿐, 위 법률조항들과 필연적 연관관계도 없는 민법 제70조 제2항이나 비송사건절차법 제34조의 적용에 관한 위헌여부를 다투는 바 없고, 대법원 역시 그에 대하여 아무런 판단도 한 바 없음을 알 수 있다.

다. 따라서 민법 제70조 제3항, 민사소송법 제48조에 관한 심판청구는 ‘법률’ 자체에 대한 위헌확인을 구하는 것으로 볼 여지가 없고, 위 법률조항들을 청구인과 같은 법인 아닌 사단에 ‘유추적용’한 사법작용의 정당성 여부를 다투는 것에 불과하다고 볼 수밖에 없으므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 요건을 갖추지 못하여, 또한 민법 제70조 제2항 및 비송사건절차법 제34조에 관한 심판청구는 앞에서 본 바와 같이 그 심판청구의 요건을 갖추지 못하여, 모두 부적법하므로 각하하여야 한다.

4. 결 론

이상의 이유로, 재판관 이영모, 재판관 하경철의 다음 5.와 같은 반대의견이 있는 외에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 이영모, 재판관 하경철의 반대의견

우리는, 법원이 재판에서 유추적용을 한 법률에 대한 위헌여부 심판을 각하하는 다수의견에 동조할 수 없으므로 아래와 같이 그

이유를 밝혀두기로 한다.

가. 법원이 유추적용한 법률에 대한 위헌 여부의 심판

(1) 유추적용한 법률에 대한 헌법판단의 적격성

헌법의 구속을 받는 모든 국가기관은 국민의 기본권을 존중·준수할 의무와 책임이 있으므로, 입법부가 법률을 제정하거나 행정부가 이 법률을 집행하기 위한 하위규범(대통령령, 부령 등)을 마련할 때는 물론, 법원이 재판에서 그 법률을 적용하는 경우에도 헌법이 요구하는 정당성과 합리성을 갖추어야 한다.

법원이 구체적인 법률상의 쟁송을 심판하면서 그 사건에 적용할 법률을 표현된 문자의 의미에 포함되지 아니하는 부분에도 확장하여 유추적용을 할 것인지 또는 그 규정의 표현을 망라적·한정적인 것으로 축소할 것인지의 여부는 원칙적으로 법원의 재량영역에 속한다. 그러나 헌법은 재량영역인 법원의 법률적용에 관하여, 위헌인 법률을 합헌으로 판단할 권한을 주지 아니한 것처럼, 권력분립의 원칙에 따라 법률적용을 빌미로 하여 입법형성영역을 침해하지 못하도록 명령하고 있다.

청구인은, 이 법률조항 중 사단법인에 관한 민법 제70조 제2항, 제3항과 비송사건절차법 제34조를 그 규정의 문언에 명시하지 아니한 법인 아닌 사단에 이를 유추적용한 것은, 단체의 자율권인 결사의 자유를 침해한 것으로서 해석의 범위를 일탈한 것이라고 주장하고 있다. 그런데 이러한 법률의 유추적용이 법원의 재량영역으로서 헌법상의 정당성과 합리성이 있는 적정한 것인지, 입법형성영역을 침해한 것은 아닌지 등에 대한 심사는, 헌법을 정점으로 하는 법체계의 통일성과 정합성을 유지·도모하는 것을

주된 임무로 하는 헌법재판소의 심판영역에 속하는 것이다. 헌법 제107조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항에서 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제”라고 한 그 법률에, 법원이 유추적용한 법률을 제외하는 뜻으로는 해석되지 아니하기 때문에 헌법판단의 적격성이 있다고 할 것이다.

(2) 유추적용한 심판대상 법률에 대한 헌법판단의 정당성

우리는, 이 사건에서 유추적용의 대상이 되는 법률에 대한 위헌심사는, 그 법률 자체의 위헌성이나 문면상 위헌요소—과도광범성과 불명확성—가 있는 경우에 한하여 심판할 수 있다고 판단하고 있는 다수의견에 찬성하지 아니한다.

(가) 그 이유를 예를 들어 살펴보면, 법률자체의 위헌성이나 문면상의 위헌요소도 없는 A 법률조항에 대하여, 행정부가 법률을 집행하기 위한 하위규범(대통령령, 부령 등)을 만들면서 a 및 그와 유사한 성질을 가진 a'뿐만 아니라 그 조항과는 전혀 관계 없고 예측도 할 수 없는 b라는 사항까지 규정하고 있다고 가정한다. 이 하위규범을 근거로 하여 국민의 기본권을 침해하는 공권력의 행사가 있다면, 그 공권력 행사의 근거규정인 A 조항에 대한 위헌여부 심판결과는, “A조항은 헌법에 위반되지 아니한다”(a 및 a'에 관한 것)고 하거나 또는 “A조항에 b라는 사항에 관한 것을 포함하는 것으로 보는 부분은 헌법에 위반된다”(한정 위헌)고 주문에 그 뜻을 밝히고 있는 것이다.

마찬가지로, 법원이 구체적인 법률상의 쟁송을 심판하면서 유추적용한 법률에 대하여도 그냥 각하할 것이 아니라 실질적인 판단을 하여 위와 같은 구분에 따른 결론 표시(합헌 또는 한정 위헌선

언)를 해주어야 한다(이 사건은 다. 본안에 대한 판단에서 보는 것처럼 위의 a'에 해당하는 것이다). 유추적용한 법률이 만약 위의 b에 해당한다면, 그것은 바로 해석이 아닌 입법형성영역으로서 권력분립 원리에 어긋나는 입법권의 침해에 다름 아니므로, 한정위헌선언을 하게 되는 것이다.

우리의 이러한 결론표시는 A조항 자체에 내재된 법률의 효력 범위를 헌법이 명령하는 바에 따라 그 경계를 설정하는데 있는 것이지, 결코 사법작용의 정당성 여부를 관여하려는데 있는 것은 아니다.

(나) 입법부가 제정한 A법률조항에 대한 위헌여부 심판을 다수의견은, 의도적으로 법원이 재판에서 A조항을 적용하여 분쟁을 해결하는 것과 행정부가 A조항을 집행하기 위하여 마련한 하위규범을 서로 다른 방법으로 심사한 다음 결론표시를 하는 차별취급을 하고 있다. 뿐만 아니라 재판에 유추적용한 법률에 대해서는 위헌여부에 관한 사후통제로부터 면책되는 것으로 명시하는 규정도 없는 이 사건에서, 재판에 유추적용한 법률조항 자체에 내재된 효력범위에 관한 판단은 하지 않고 본안 판단의 요건에 흠결이 있는 것처럼 부적법 각하라는 결론을 이끌어 내고 있는 다수의견은 특별히 이러한 예외를 두지 않으면 안되는 헌법상의 정당성과 합리성에 대한 설득력 있는 이유설시를 갖추 필요가 있다고 본다.

더욱이 재판에 유추적용한 A조항으로 b에 해당하는 사항을 규율한 위헌여부 심판을 다수의견과 같은 논증으로 그 심사를 거부한다는 것은 바로 당해규범(b) 자체의 위헌성을 부정하는 셈이

되고 이와 같은 위헌성을 묵인하는 것은 결과적으로 헌법이 규정한 법률에 대한 위헌심판제도의 정당성을 훼손하게 되는 것이다.

나. 심판대상의 범위

청구인이 법원에 제출한 위헌심판제청신청서의 신청취지에는 민사소송법 제48조, 민법 제70조 제3항만 기재하였으나, 헌법소원 심판청구서에는 위 조항 이외에 민법 제70조 제2항, 비송사건 절차법 제34조를 신청취지에 추가하고 있다.

그런데 대법원은 청구인의 특별항고를 기각하면서 그 결정에서 위 조항 모두를 적용하고 그 위에 유추적용이라는 표현도 사용하고 있다. 청구인이 이 심판청구에서 신청취지를 추가한 것은 대법원의 특별항고 기각결정이유 때문이고, 민법 제70조 제2항과 비송사건절차법 제34조는 임시총회소집허가신청의 요건과 민사비송에 관한 절차에 관한 내용을 규정한 것이다. 그 조항은 민사소송법 제48조와 민법 제70조 제3항을 적용할 경우에 전제가 되는 것으로서(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 584), 이러한 규정들을 전체적·종합적으로 보면 법원이 문언에 명시되지 아니한 부분에 유추적용한 법률을 문제삼고 있는 이 사건에서는 서로 분리할 수 없는 관계에 있으므로(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 829 참조), 헌법소원 심판청구에서 추가한 민법 제70조 제2항, 비송사건절차법 제34조도 포함시켜서 심판하는 것은 우리의 반복되는 선례인 것이다.

다. 본안에 대한 판단

(1) 민사소송법 제48조가 헌법에 위반되는지 여부

민사소송법 제48조가 법인 아닌 사단의 당사자능력을 인정한

것은, 그 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 하고(민법 제275조 제1항) 총유에 관하여는 정관 기타 규약에 의하는 외에(같은 조 제2항) 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의하되(같은 법 제276조 제1항) 각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 이를 사용, 수익할 수 있으며(같은 조 제2항) 이에 관한 사원의 권리의무는 사원의 지위를 취득상실함으로써 취득상실되고(같은 법 제277조), 부동산의 경우 그 등기권리자 또는 등기의무자로 하는(부동산등기법 제30조) 등, 사단으로서 실체를 갖추고 그 대표자 또는 관리인을 통하여 사회적 활동이나 거래를 하면서 발생하는 분쟁을 자기 이름으로 당사자가 되어 소송을 통하여 해결하도록 하기 위한 것이다(대법원 1997. 12. 9. 97다18547, 공1998상, 215). 대법원이 판례에서 언급하고 있는 규정 이외에도 법인 아닌 사단은 납세의무의 주체이고(국세기본법 제13조) 행정심판에서도 당사자적격을 인정하는 규정을 두고 있는 것을 알 수 있다(행정심판법 제10조).

따라서 법인 아닌 사단은 아래에서 보는 바와 같이 사원과는 별개로 권리의무의 주체로 인정받고 있으므로, 민사소송법 제48조가 소송에서 당사자능력을 인정한 것은 필요·적절한 규정이어서 헌법상의 정당성과 합리성을 수긍할 수 있다.

(2) 민법 제70조 제2항, 제3항과 비송사건절차법 제34조를 법인 아닌 사단에 유추적용하는 것이 헌법에 위반되는지 여부

(가) 민사소송법 제47조는 “당사자능력……은 이 법에 특별한 규정이 없으면 민법 기타 법률에 의한다”라고 하였다. 민법을 보면, 소유권 장(章)의 공동소유 절(節)에서, 앞서 본 바와 같은 총

유 규정을 두어 법인 아닌 사단의 실체를 인정하면서도(제275조 내지 제277조), 법인 장의 총칙 절에서는, 법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못하고(제31조) 비영리 사단 또는 재단의 설립은 허가주의에 의하며(제32조) 영리를 목적으로 하는 사단은 준칙주의에 의한다(제39조)고 규정하고 있을 뿐, 법인 아닌 사단에 대해서는 아무런 조항을 두지 아니하였다. 이것은 입법상의 중대한 결함이라고 할 것이다(비송사건절차법 또한 같다).

그러나, 법원은 판례를 통하여 민법상의 설립요건을 이행하지 아니하여도 사원과는 별개로 권리의무의 주체가 되는 법인 아닌 사단을 인정하고 있다. 즉 고유의 목적을 가지고 규약을 만들어 이에 근거하여 의사결정기관 및 집행기관인 대표자를 두는 등의 조직을 갖추고, 기관의 의결이나 업무집행방법이 다수결의 원칙으로 행하여지며, 사원의 가입, 탈퇴 등으로 인한 변경에 관계없이 단체 그 자체는 존속되고, 대표의 방법, 총회나 이사회 등의 운영, 자본의 구성, 재산의 관리 기타 단체로서의 주요사항이 처리되는 것을 법인 아닌 사단의 요건으로 들고 있다(대법원 1992. 7. 10. 92다2431, 공1992, 2360).

민사소송법 제48조는 법인 아닌 사단이 사회적 활동이나 거래를 하면서 생긴 분쟁에 대하여 그 자신의 이름으로 소송행위를 할 수 있도록 한 것으로서 그 규정이 헌법에 합치된다고 함은 이미 위에서 본 바가 있다.

법인 아닌 사단 명의로 소송행위를 하는데는 사단의 진정한 의사 결집이 전제조건이 된다. 이 사단 의사를 결집함에 있어서는, 먼저 사단 정관에 의하여야 하고 정관의 규정만으로 그 목적을

달성할 수 없는 경우에는, 보충적으로 법인 아닌 사단의 내부관계를 규율하는 법률이 필요한 것이다. 그런데 입법상의 결함으로 인하여 사단의 내부관계를 규율할 법에 흠결이 있는 이 사건의 경우, 민법 제32조에 의한 허가만 받지 아니하였을 뿐 조직과 운영면에서 보아 민법상의 사단법인과 다르지 아니함을 이유로, 이 법률조항 중 민법의 법인규정과 비송사건절차법을 유추적용하여 그 흠결을 보충하는 결론을 이끌어낸 것은, 법인 아닌 사단에 관한 민법상의 총유규정 및 부동산등기법과의 조화를 고려한 것은 물론, 법률규정은 가능한 한 그 대상이 적합한 것에 적용하여야 한다는 원칙에도 합치되는 것이다.

(나) 나아가서, 법인 아닌 사단에 유추적용되는 이 법률조항을 보건대, 민법 제70조 제2항 전문은 임시총회소집청구권자를 총사원의 5분의 1 이상으로 하고 후문에서는 사단에 따라 정관으로 이를 증감할 수 있게 되어 있다. 또 민법 제70조 제3항과 비송사건절차법 제34조는 민법 제70조 제2항에 의하여 5분의 1 이상의 사원 등이 임시총회소집을 청구하여도 소집권자가 2주간 내에 총회소집 절차를 밟지 아니한 때에는 그 사단의 주된 사무소 소재지의 지방법원 합의부의 허가를 얻어 임시총회를 소집할 수 있도록 규정하고 있다.

민법 제70조 제2항, 제3항과 비송사건절차법 제34조는 사단법인의 내부관계를 규율하여 당사자 자치에 관여하고 이를 한계짓는 내용의 규정이다. 이 규정은 권리의무의 주체인 사단법인이 내부분쟁으로 인하여 진정한 사단법인의 의사를 이끌어낼 수 없을 때에, 일정규모 이상의 사원에게 임시총회소집청구권을 인정

하는 것이고 사단법인의 정관에 이와 다른 규정이 있으면 그에 따르도록 되어 있다. 더욱이 소집권자의 전횡이나 태만으로 일정 기간 내에 임시총회 소집이 안되는 경우에는 법원이 관여하여 사단법인의 정관에 규정된 총회가 제기능을 발휘할 수 있게 하였다. 이러한 일련의 조치를 법인 아닌 사단에도 인정하는 것은 사단의 구성원인 사원 상호간에 일어나는 손익과 갈등을 해결·조정하기 위한 필요·최소한의 불가피한 적정한 수단에 해당하므로, 헌법상의 정당성은 물론 수단의 합리성도 수긍이 되는 것이다.

요컨대, 민법 제70조 제2항, 제3항과 비송사건절차법 제34조를 법인 아닌 사단에 유추적용하는 것은 헌법이 보장하는 단체고유의 자율권이나 결사의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다. 이 사건에서 쟁점이 된 이 법률조항은, 헌법이 유추적용을 금하고 있는 처벌법규나 조세법규 등과는 그 성질이 본질적으로 다른 것이다.

라. 결 론

우리는 위에서 살펴본 이유에 의하여, 민사소송법(1960. 4. 4. 법률 제547호) 제48조, 민법(1958. 2. 22. 법률 제471호) 제70조 제2항, 제3항, 비송사건절차법(1991. 12. 14. 법률 제4423호로 전문개정된 것) 제34조는 헌법에 위반되지 아니한다고 선언함이 옳다고 생각하므로 이를 각하하는 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모(주심) 한대현 하경철 김영일

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 위헌소원

(2000. 7. 20. 98헌바91 전원재판부)

【관시사항】

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 단서의 위헌 여부(한정소극)

【결정요지】

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 단서 중 “당해 재산에 대하여 부과되는 지방세”라는 부분은 그 안에 당해 재산과 관련하여 부과되는 강화상의 소득세, 소비세 및 유통세까지도 모두 포함하거나 또는 그 일부가 포함되는 것으로 이를 넓게 해석하는 한, 조세법률주의의 이념인 국민의 경제생활에 관한 예측가능성의 보장을 허물고 기본권 제한입법의 한계와 재산권보장에 관한 헌법규정에도 위배될 것이나, 이를 당해 재산의 소유 그 자체에 담세력을 인정하여 부과하는 강화상의 재산세에 한하여 적용되는 것으로 좁게 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

구 지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것) 제31조(지방세의 우선) ① 생략

② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 지방세와 가산금의 납기한으로부터 1년 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. 다만, 당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금에 대하여는 예외로 한다.

4.~5. 생략

③ 생략

【참조조문】

구 지방세법(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것) 제31조(지방세의 우선) ① 지방자치단체의 징수금은 납세의무자 또는 특별징수의무자의 총재산에 대하여 따로 규정한 것을 제외하고는 공과금(채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 말한다)과 기타의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 지방자치단체의 다른 징수금과 국세 및 그 가산금과 채납처분비(이하 본장에서 “국세”라 한다)는 예외로 한다.

【참조판례】

헌재 1994. 8. 31. 91헌가1, 판례집 6-2, 153

【당 사 자】

청 구 인 중소기업은행

대표자 은행장 이○재

대리인 변호사 김인수

당해사건 대구지방법원 97가단113500 배당이의

【주 문】

구 지방세법 제31조 제2항 제3호 단서(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것)는, 당해 재산의 소유 그 자체를 과세의 대상으로 하여 부과하는 지방세와 가산금에 한하여 적용되는 것으로 해석하는 한, 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 줄거리 및 심판의 대상

가. 사건의 줄거리

(1) 대구지방법원 97가단113500 배당이의사건(원고 중소기업은행, 피고 대구광역시 서구청)의 원고인 청구인은 위 민사소송의 진행 중 재판의 전제가 되는 구 지방세법 제31조 제2항 제3호의 단서부분이 국민의 재산권을 침해하고 조세법률주의에 위반된다는 주장으로 위 규정에 대한 위헌여부심판의 제청신청(대구지방법원 98카기2918)을 하였으나, 위 법원이 1998. 11. 4. 이를 기각하자, 1998. 11. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 위 민사소송사건의 제소경위는 다음과 같다.

이 사건 청구인인 중소기업은행은 1982. 11. 30.부터 1993. 2. 16.사이에 ○○주식회사에게 중소기업자금으로 합계금 3,477,208,781원을 대여하면서 그 담보로 위 ○○주식회사 소유 부동산인 공장용지 2필지 및 그 지상 공장건물, 기계기구에 대하여 채권최고액을 금 5,980,000,000원으로 한 근저당권설정등기를 경료하였다.

그러나 위 ○○주식회사가 위와 같이 대출한 돈의 원리금을 변제하지 않자, 청구인은 위 부동산에 설정된 근저당권에 기하여 부동산임의경매신청을 하였던 바, 위 부동산은 금 2,920,000,000원에 매각되었다. 대구지방법원은 위 경매절차에서 1997. 12. 26. 배당을 실시하면서 위 매각대금에서 근로자들에게 임금채권 합계금 579,428,779원을, 지방자치단체인 대구광역시 서구청에게 금 15,661,970원을 먼저 배당하고 그 나머지를 근저당권자인 청구인에게 배당하였다.

대구광역시 서구청이 청구인보다 먼저 지방세를 배당받게 된 것은 구 지방세법 제31조 제2항 제3호의 단서에 의한 것으로서,

청구인인 중소기업은행은 위 단서조항의 위헌무효를 이유로 대구광역시 서구청을 상대로 배당이의의 소를 제기한 것이다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 지방세법 제31조 제2항 제3호(1991. 12. 14. 법률 제4415호로 개정되기 전의 것, 이하 “이 사건 법률 조항”이라 한다)의 규정 중 “다만 당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금에 대하여는 예외로 한다”라는 단서부분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제31조(지방세의 우선) ① 지방자치단체의 징수금은 납세의무자 또는 특별징수의무자의 총재산에 대하여 따로 규정한 것을 제외하고는 공과금(체납처분의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권을 말한다)과 기타의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 지방자치단체의 다른 징수금과 국세 및 그 가산금과 체납처분비(이하 본장에서 “국세”라 한다)는 예외로 한다.

② 다음 각호에 해당하는 것은 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 지방세와 가산금의 납기한으로부터 1년 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. 다만, 당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금에 대하여는 예외로 한다.

4.~5. 생략

③ 생략

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 시간적으로 보다 늦게 성립하고 담보물권자로서는 그 취득당시에 전혀 예측할 수 없는 조세채권을 당해 담보목적물에 대한 것이라는 이유만으로 담보물권보다 우선할 수 있게 함으로써, 담보물권을 취득할 당시 최선의 노력을 다하여 담보물권 설정자에 대한 조세채무의 부존재를 확인한 경우까지도 그 담보채권을 보전할 수 없게 하는 결과를 초래한다. 이는 결국 담보물권 본래의 존재의미가 상실되는 것이라 할 수 있으므로, 담보물권 내지 사유재산제도의 본질적인 내용을 침해하는 것이다.

(2) 조세법률주의의 원칙은 과세요건과 절차 및 그 법률효과를 미리 법률로써 명확하게 규정하여 국민에 대하여 장래에의 예측가능성을 보장하고자 하는 것이므로, 담보물권의 취득자가 그 취득 당시 담보물권설정자에 대하여 장차 어떠한 조세채무가 얼마나 발생할 것인지의 여부에 대한 예측이 불가능하다면, 이는 조세법률주의에 위반되는 것이다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 담보물권이 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당한다 하더라도, 그 조세채권의 우선징수에 의하여 영향을 받지 않고 피담보채권의 전액 또는 그에 가까운 변제를 받을 수 있는 경우에는, 그 담보물권의 본질적 내용이 침해당한다거나 그 내용이 과도하게 제한되는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 구 지방세법 제31조 제2항 제3호의 단서에서 모든 지방세

에 대하여 우선권을 부여하지 아니하고 “당해 재산에 대하여 부과된 지방세와 가산금”에 한하여 조세채권의 우선권을 규정하고 있으므로, 지방세가 일반채권에 비하여 무한정 우선하도록 규정하고 있는 것이 아니라 예측이 가능한 범위 내에서 우선하도록 규정하고 있고, 설사 지방세 우선의 규정에 의하여 선의의 피해를 입더라도 그 세율이 높지 아니하여 담보물권의 본질이 침해되거나 또는 그 내용이 과도하게 제한되는 것은 아니다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 이미 1994. 8. 31. 선고한 91헌가1 결정에서 구 지방세법 제31조 제2항 제3호의 단서부분의 위헌성에 관하여 그 견해를 밝힌 바가 있는데, 그 요지는 다음과 같다(판례집 6-2, 153, 161).

(1) 이 사건 법률조항을 보면, 그 본문은 지방세와 가산금의 납기한으로부터 과거에 소급하여 1년 전이라는 시점을 기준으로 하여 그 전에 설정된 저당권 등의 목적인 재산의 매각대금에서 그 지방세와 가산금을 징수하는 경우에는 그 저당권 등에 의하여 담보된 채권이 지방세 및 가산금채권에 우선하지만, 그 저당권 등이 그 후에 설정된 경우에는 지방세 및 가산금채권이 그 저당권 등에 의하여 담보된 채권에 우선하여 징수됨을 규정한 것이고, 그 단서는 위 저당권 등의 목적인 당해 재산에 대하여 부과된 지방세 및 가산금채권은 그 저당권의 설정시기와 관계없이 항상 그 저당권 등의 피담보채권보다 우선하여 징수된다는 것을 규정한 것이다. 이 사건 법률조항의 본문 중 “으로부터 1년”이라는 부분에 관하여는 당재판소가 1991. 11. 25. 선고한 91헌가6 사건

의 결정에서 그 부분은 헌법에 위반된다고 선고한 바 있다.

(2) 그런데 이 사건 단서부분은 절대적 우선권이 부여되는 지방세의 종류를 명시하지 아니하고 단지 “당해 재산에 대하여 부과되는 지방세와 가산금”이라고만 규정하였기 때문에 해석상 논란의 여지가 있고 따라서 과세요건명확주의에 위배될 소지가 있다. 그러나 한편, 담보물권의 담보적 기능은 그 담보물권자가 담보목적물의 매각대금에서 그 피담보채권의 전액 또는 그에 가까운 변제를 받는데 있다고 할 것이므로, 담보물권이 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당한다 하더라도, 그 조세채권의 우선징수에 의하여 영향을 받지 않고 피담보채권의 전액 또는 그에 가까운 변제를 받을 수 있는 경우에는, 그 담보물권의 본질적 내용이 침해당한다거나 그 내용이 과도하게 제한되는 것이라고 볼 수 없다. 담보물권의 취득자가 담보물권의 설정계약 당시 그 담보목적물에 대하여 부과될 이른바 당해세의 종목과 세액을 상당한 정도로 예측할 수 있는 경우에는, 이를 감안하여 그 당해세가 우선 징수되더라도 이에 의하여 불리한 영향을 받지 않게끔 담보물권의 설정계약의 내용을 자기에게 유리하게 약정할 수 있을 것이므로, 담보물권의 취득자가 당해세의 발생에 관하여 예측할 수 있는가 하는 예측가능성의 여부가 바로 그 담보물권의 실질적인 보장여부를 결정한다고 볼 수 있다.

담세력의 존재를 표상하는 과세물건을 기준으로 하면 조세는 강화상 일반적으로 소득세, 재산세, 소비세 및 유통세로 분류되고 있는 바, 담보물권의 취득자로서는 당해 재산과 관련하여 어떤 종류의 수입을 얼마나 얻을 수 있겠는지, 당해 재산에 대하여 어떤

형태의 소비세를 어느 정도 부담할 것인지 또는 당해 재산의 거래에 관한 어떤 사실적 또는 법률적 행위를 할 것인지 등에 관하여는 예측이 거의 불가능한 반면, 당해 재산의 소유에 대하여 부과하는 강학상의 재산세는 그 재산이 존재하는 한 항상 일정액의 세금이 부과되리라는 것을 예상할 수 있다. 이 점을 좀더 구체적으로 살펴보면, 지방세 중 강학상 재산세에 속한다고 볼 수 있는 구 지방세법상의 재산세와 자동차세는 우선 그 과세원인(특정재산의 소유사실)이 단순하고 공부상의 확인이 용이하며 담보물권의 설정 당시 그 설정자로부터 지방세완납증명서를 교부받는 등의 방법으로 그 체납여부 및 정도, 전납기(前納期)의 세금액 등을 잘 확인하면 장래의 일정기간까지 당해 재산에 대하여 부과될 재산세의 세액을 예측하는 것이 용이하다.

(3) 따라서 이 사건 단서부분의 “당해 재산에 대하여 부과되는 지방세”라는 규정은 이를 당해 재산의 소유 그 자체에 담세력을 인정하여 부과하는 강학상의 재산세에 한하여 적용되는 것으로 좁게 해석하는 한 재산권의 침해나 조세법률주의의 위반과 같은 헌법위반의 문제가 생기지 아니할 것이므로, 이 사건 법률조항 단서부분에 대하여 한정합헌결정을 한 것이다.

나. 우리 재판소가 위와 같이 한정합헌결정을 한 뒤에 그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없고, 지금에 이르러 위와 달리 판단해야 할 다른 사정변경이 있다고도 인정되지 아니하므로, 그 결정을 그대로 유지하기로 한다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항의 단서부분은 당해 재산의 소유 그 자체를 과세의 대상으로 하여 부과하는 지방세와 가산금에 한하여 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로, 이에 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 정경식 고종석
신창언 이영모 한대현 하경철 김영일

조세감면규제법 제67조 제1항

위헌소원

(2000. 7. 20. 98헌바99 전원재판부)

【관시사항】

1. 임대주택을 소정기간 이상 임대한 후 양도하는 경우에 개인에 대하여는 양도소득세를 감면하고, 법인에 대하여는 특별부가세만 감면함에 따라 결과적으로 법인은 양도소득에 대한 법인세를 납부하도록 규정한 구 조세감면규제법 제67조 제1항이 개인과 법인을 불합리하게 차별하는 규정인지 여부(소극)

2. 법인에 의한 부동산투기 등을 억제할 목적에서 법인에 대한 조세감면의 혜택을 개인보다 적게 부여하는 것이 가능한지 여부(적극)

【결정요지】

1. 법인의 양도소득에 대하여 법인세가 과세되는 것은 본질적으로 개인과 법인 사이의 과세체계의 차이에서 비롯된 것으로서 개인의 양도소득에 대하여 과세를 할 것인지 여부와는 직접적인 관련이 없는 별개의 입법정책적인 문제이고, 이 사건 법률조항이 임대주택의 양도에 따른 양도소득에 대하여 개인의 경우에는 양도소득세를 감면하는 반면, 법인의 경우에는 특별부가세만을 감면하고 법인세는 감면하지 아니하는 것은 개인과 법인을 달리 취급하고 있는 과세체계에 근거한 당연한 결과라 할 것이며, 이를 가리켜 개인과 법인을 불합리하게 차별하는 것이라고 할 수 없다.

2. 부동산투기의 억제라는 과세목적에 비추어 볼 때, 일반적으로 법인은 개인에 비하여 월등한 자금동원능력을 보유하고 있고

취득하는 토지의 규모도 크므로, 법인이 자금을 생산자본으로 사용하지 않고 토지를 투기적으로 취득할 경우에는 급격한 지가상승을 유발하고, 기업자금을 토지매입자금으로 사장시킴으로써 기업의 재무구조가 부실해지며, 기업경쟁력이 약화되는 결과를 초래하는 등 국민경제의 건전한 발전을 저해하게 될 것이며, 그러한 부정적 파급효는 개인에 비하여 훨씬 크다 할 것이므로, 법인이 조세우대조치를 악용하여 대규모의 부동산투기를 하는 등의 부정적인 행위를 하는 것을 억제하기 위한 공익적 필요에서도 법인에 대하여는 개인의 경우보다 조세감면의 혜택을 적게 하는 것이 상당하다.

【심판대상조문】

구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호에 의하여 조세특별제한법으로 전문개정되기 전의 것) 제67조(장기임대주택에 대한 양도소득세등의 감면) ① 대통령령이 정하는 내국인이 다음 각호의 1에 해당하는 국민주택(이에 부수되는 당해 건물연면적의 2배 이내의 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 5년 이상 임대한 후 양도하는 경우에는 당해 주택(이하 “임대주택”이라 한다)을 양도함으로써 발생하는 소득에 대한 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 50에 상당하는 세액을 감면한다. 다만, 임대주택법에 의한 건설임대주택(5년 이상 임대한 임대주택에 한한다)과 동법에 의한 매입임대주택중 1995년 1월 1일 이후 취득 및 임대를 개시하여 5년 이상 임대한 임대주택(취득 당시 입주된 사실이 없는 주택에 한한다) 및 10년 이상 임대한 임대주택의 경우에는 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다.

1. 1986년 1월 1일 이후 신축된 주택
 2. 1985년 12월 31일 이전에 신축된 공동주택으로서 1986년 1월 1일 현재 입주된 사실이 없는 주택
- ②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593
헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525
헌재 2000. 1. 27. 98헌바12, 공보 42, 136
2. 헌재 2000. 2. 24. 98헌바94등, 공보 43, 251

【당 사 자】

청 구 인 ○○건설 주식회사

대표이사 김○권

대리인 변호사 조소현 외 1인

당해사건 부산지방법원 98구2195 법인세등부과처분취소

【주 문】

구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제5584호에 의하여 조세 특례제한법으로 전문개정되기 전의 것) 제67조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 주택건설업, 부동산 매매 및 임대업 등을 목적으로 하는 법인으로서 임대주택법상의 임대사업자인바, 1995. 1. 6. 을 기준으로 소유 부동산을 한국감정원의 감정가액으로 재평가한 다음, 고정자산의 장부가액을 재평가금액으로 수정하면서 고정자산 평가이익 금 7,442,629,771원을 손익계산서상 특별이익으로 계상하였다.

(2) 청구인은 재평가한 부동산 중 임대용 부동산인 부산 사하구 다대동 ○○소재 아파트(대지 17,110.91㎡, 건물 23,544.73㎡, 이하 “이 사건 부동산”이라 한다)를 1995. 1. 1.부터 같은 해 12. 31.까지의 사업연도 중에 금 12,675,201,000원에 양도하였다.

(3) 그 후 청구인은 1996. 3. 29. 위 고정자산 평가이익을 익금에 산입하지 아니한 채, 이 사건 부동산의 처분에 따른 고정자산 처분이익을 재평가후의 장부가액 금 12,571,785,443원을 기준으로 계산한 다음, 이에 따라 위 사업연도분 법인세 금 127,416,954원 및 농어촌특별세 금 201,542,708원을 신고·납부하였다.

(4) 이에 대하여 남부산세무서장(1999. 9. 1. 수영세무서장이 그 권한을 승계하였다)은 1997. 7. 1. 재평가전의 장부가액 금 5,624,743,334원을 기준으로 하여 추가계상한 고정자산 처분이익 금 6,947,042,109원을 익금에 산입한 후, 이에 따라 위 사업연도분 법인세액을 금 2,799,791,880원으로, 농어촌특별세를 금 353,601,543원으로 각 증액경정하고, 청구인이 당초 신고·납부한 세액과의 차액인 법인세 금 2,672,374,920원 및 농어촌특별세 금 152,058,835원을 추가로 부과하는 처분을 하였다.

(5) 이에 대하여 청구인은 행정심판절차를 거쳐 부산지방법원에 법인세등부과처분취소청구의 소(98구2195)를 제기하였고, 위 소송계속 중 조세감면규제법 제67조 제1항에 대하여 위헌심판제청신청(98아338)을 하였다가 1998. 11. 18. 기각되자 같은 해 12. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 조세감면규제법(1998. 12. 28. 법률 제

5584호에 의하여 조세특례제한법으로 전문개정되기 전의 것) 제 67조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 조세감면규제법 제67조(장기임대주택에 대한 양도소득세등의 감면) ① 대통령령이 정하는 내국인이 다음 각호의 1에 해당하는 국민주택(이에 부수되는 당해 건물연면적의 2배 이내의 토지를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 5년 이상 임대한 후 양도하는 경우에는 당해 주택(이하 “임대주택”이라 한다)을 양도함으로써 발생하는 소득에 대한 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 50에 상당하는 세액을 감면한다. 다만, 임대주택법에 의한 건설임대주택(5년 이상 임대한 임대주택에 한한다)과 동법에 의한 매입임대주택중 1995년 1월 1일 이후 취득 및 임대를 개시하여 5년 이상 임대한 임대주택(취득 당시 입주된 사실이 없는 주택에 한한다) 및 10년 이상 임대한 임대주택의 경우에는 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다.

1. 1986년 1월 1일 이후 신축된 주택

2. 1985년 12월 31일 이전에 신축된 공동주택으로서 1986년 1월 1일 현재 입주된 사실이 없는 주택

②~④ 생략

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 일반적으로 부동산 등의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여 양도인이 개인인 경우에는 양도소득세만 부과되는 반면, 양도인이 법인인 경우에는 법인세가 부과됨과 아울러 개인의 양

도소득세에 해당하는 특별부가세가 별도로 부과된다.

(2) 이 사건 법률조항은 본문 소정의 임대주택의 양도에 따라 발생하는 소득에 대하여는 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 50에 상당하는 세액을 감면하고, 단서 소정의 임대주택의 경우에는 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다고 규정하고 있으며, 이 사건 부동산은 위 단서 소정의 임대주택에 해당한다. 그런데 이 사건 법률조항에 의하면 이 사건 부동산과 같은 임대주택을 양도할 경우에 양도인이 개인인 경우에는 양도소득세가 전액 감면되는데 반하여, 양도인이 청구인과 같은 법인인 경우에는 특별부가세만이 감면될 뿐이고 양도소득에 대하여 부과되는 법인세는 감면되지 않으므로, 개인과 법인 사이에 현격한 조세부담의 차이를 초래한다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항은 개인과 법인에 대한 과세기준이나 세법체계를 간과한 채 입법상의 실수에서 비롯된 규정으로서, 합리적 이유 없이 개인과 법인을 차별함으로써 헌법 제11조에서 규정하고 있는 평등의 원칙과 조세평등주의에 위배될 뿐만 아니라 헌법 제15조, 제23조, 제119조에서 보장하고 있는 직업선택의 자유, 재산권, 경제질서를 침해 내지 위반한 규정이고, 나아가 국가는 헌법 제10조 후문의 기본권 보장 의무를 소홀히 한 것이며, 또한 조세감면의 범위에 있어서 법인에 대한 부분을 개인에 대한 부분과 비교하여 상대적으로 불완전, 불충분하게 규정한 부진정입법부작위에 해당하는 법률조항이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유의 요지

입법자는 조세감면에 관한 법분야에서 광범위한 입법형성의 자

유를 가지므로 이 사건 법률조항과 같은 규정을 두게 된 입법자의 의도가 명백히 비합리적이고 불공정한 조치라고 볼 근거가 없으면 존중되어야 할 것인바, 개인과 법인에 대하여 소득세법과 법인세법으로 나누어 각기 달리 과세하고 있는 현행 과세체계 아래에서 이 사건 법률조항에서와 같은 하나의 요소만을 보고 개인과 법인 사이에 조세부과의 형평성을 논단할 수는 없는 점, 입법기술상으로도 특정 양도차익에 대한 법인세 상당액을 구별하여 추출해 내기가 곤란한 점, 이 사건 법률조항과 같이 세금을 감면하는 규정을 만드는 과정에서의 불균형에 대하여는 그 형평성을 논함에 있어 입법재량의 폭을 좀 더 넓게 받아들이는 것이 합리적인 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 입법자의 입법재량의 범위를 넘어 헌법규정에 위배될 정도로 개인과 법인간의 형평성을 현저히 저해하는 것으로는 보이지 아니한다.

다. 국세청장의 의견 요지

(1) 입법자는 조세법의 영역에서 광범위한 형성의 자유를 가지고 재정정책적, 국민정책적, 사회정책적, 조세정책적 요소들에 대한 교량을 할 수 있는 입법재량을 가지고 있는데, 이 사건 법률조항의 경우 법인보다 개인의 임대주택사업 참여를 더욱 지원하려는 정책목적, 법인과 개인간의 활동영역 및 경제력 창출효과의 차이 등 제반요소를 합리적으로 고려하여 사업주체에 따라 양도소득에 대한 조세의 감면범위에 차등을 둔 것으로서 입법형성의 자유의 범위 안에 있는 입법정책의 문제에 불과하며, 입법자에게 법인과 개인에 대하여 반드시 동일한 조세감면의 혜택을 부여하여야 할 헌법상 또는 헌법 해석상의 의무는 없다.

(2) 법인과 개인의 소득에 대한 조세를 각각 규율하고 있는 법인세법과 소득세법은 과세대상 및 과세방법 등에 있어서 서로 현격한 차이를 보이고 있고, 이 사건에서와 같이 법인의 양도소득에 대하여 부과되는 법인세와 특별부가세는 각각 독자적인 목적과 체계를 가지는 별개의 조세로서 그 중 특별부가세만이 개인의 양도소득에 대하여 부과되는 양도소득세와 그 궤를 같이 하는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 조세부담의 형평성 문제는 이와 같은 과세체계상의 차이에서 비롯된 것이고, 따라서 개인의 경우에 양도소득세가 감면된다고 하여 법인의 경우에 특별부가세뿐만 아니라 법인세마저 감면하여야 할 것은 아니다.

(3) 더욱이 이 사건 법률조항은 개인보다 담세능력이 큰 법인에 대하여 중한 과세를 하고 있어서 세법의 기본원칙이나 조세정의의 관념에 반하지 아니하고, 이 사건 법률조항에 의할 때 개인에 비하여 특혜의 정도가 축소되었을 뿐 법인 역시 특별부가세가 감면되는 혜택을 누리고 있다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항이 평등의 원칙, 직업선택의 자유, 재산권, 경제질서를 침해 내지 위반하였다고 볼 수 없고, 부진정입법부작위에 해당하지도 않는다.

3. 판 단

가. 조세평등주의 위반여부

(1) 조세평등주의의 의의와 이 사건 법률조항의 문제점

(가) 헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유없이 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있고, 이와 같은 평등의 원

칙이 세법영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608; 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바94 등, 공보 43, 251, 260 등 참조). 그리고 조세감면의 우대조치의 경우에 있어서도 특정 납세자에 대하여만 감면조치를 하는 것이 현저하게 비합리적이고 불공정한 조치라고 인정될 때에는 조세평등주의에 반하여 위헌이 된다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107, 117 등 참조). 다만 입법자가 조세감면의 혜택을 부여하는 입법을 함에 있어서 그 입법목적, 과세공평 등에 비추어 그 범위를 결정하는 것은 입법자의 광범위한 재량행위에 속하고, 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌이라고 단정할 수 없다(헌재 2000. 1. 27. 98헌바12, 공보 42, 136, 140 참조).

(나) 그런데 이 사건 법률조항은 임대주택의 건설을 촉진하여 국민주거생활의 안정을 도모할 목적으로 임대주택을 소정기간 이상 임대한 후 양도하는 경우에 양도인에게 양도소득에 대하여 부과되는 양도소득세 또는 특별부가세의 전부 또는 일부를 감면하는 조세우대조치를 내용으로 하고 있으며, 특히 이 사건 부동산의 양도에 관하여 적용되는 그 단서조항은 양도소득세 또는 특별부가세의 100분의 100에 해당하는 세액을 감면한다고 규정하고 있다.

그리고 임대주택의 양도인이 개인인 경우에는 양도소득에 대하

여 양도소득세만 부과되므로 이 사건 법률조항에 의하여 양도소득세가 전액 면제되는데 비하여, 법인의 경우에는 양도소득에 대하여 특별부가세 뿐만 아니라 법인세도 부과되므로 이 사건 법률조항에 의하여 특별부가세만 전액 면제될 뿐 법인세를 납부하여야 할 의무는 남게된다.

(다) 그러므로 이 사건 법률조항은 장기임대주택의 양도소득에 대한 조세감면을 규정함에 있어서 개인과 법인 사이에 기본적인 과세요건이 동일하고, 또 임대주택의 건설을 촉진하여 국민 주거생활의 안정을 도모하고자 하는 입법목적에서도 개인과 법인을 차별할 특별한 이유가 없음에도, 법인에 대한 조세감면의 혜택을 사실상 개인의 경우보다 적게 함으로써 조세부담에 있어서 법인을 개인에 비하여 불리하게 차별취급하고 있어 조세평등주의에 위반되는지 여부가 문제된다. 따라서 이와 같은 차별취급에 합리적 근거가 있는지에 관하여 살펴본다.

(2) 과세체계상의 차이

(가) 먼저 소득 일반에 대한 과세체계를 보면, 개인의 소득에 대하여는 소득세가 부과되고, 법인의 소득에 대하여는 법인세가 부과되는바, 소득세에 있어서는 계속적으로 유입되는 소득원천의 현존여부에 초점을 맞추어 소득을 파악하기 때문에 과세대상으로 열거된 소득만이 과세대상이 되고, 따라서 법에서 규정하고 있는 종류 이외의 소득은 과세대상에서 제외되는 반면, 법인세에 있어서는 과세기간 내에 획득한 수익 일체를 목표로 삼아 그 기간 중에 있는 순자산의 증가를 소득으로 봄에 따라 소득의 유형별 개성이 무시된 채 모두 등가치적으로 소득을 구성하여 과세대상

이 된다. 그리고 과세방법에 있어서도 소득세의 경우에는 종합소득·퇴직소득·양도소득 및 산림소득 등으로 크게 나누어 분류과세를 하고 있지만, 법인세의 경우에는 법인에게 귀속되는 모든 소득을 합하여 종합과세를 하고 있다.

(나) 다음 양도소득에 대한 과세체계를 보면, 개인의 양도소득에 대하여는 양도소득세가 부과되고, 법인의 양도소득에 대하여는 특별부가세가 부과되며, 모두 부동산투기의 억제 등을 주된 과세목적으로 하고 있다. 그런데 법인의 경우에는 양도소득 자체가 법인세의 과세대상이 되는 법인의 소득을 구성하는 까닭에 양도소득에 대하여도 실질적으로는 법인세가 부과되고 있지만, 법인세의 세율이 개인의 양도소득세율보다 훨씬 낮은 수준이므로, 개인과 법인 사이에 과세균형을 맞추기 위하여 법인세와 별도로 특별부가세를 중복 과세하면서 그 세율을 양도소득세의 세율보다 낮게 정하고 있다.

(다) 그러므로 법인의 양도소득에 대하여 법인세가 부과되는 것은 본질적으로 개인과 법인 사이의 과세체계의 차이에서 비롯된 것으로서, 개인의 양도소득에 대하여 과세를 할 것인지 여부와는 직접적인 관련이 없는 별개의 입법정책적인 문제이고, 법인에 대한 특별부가세만이 개인에 대한 양도소득세와 실질적으로 균형을 같이 하는 조세이다. 따라서 개인에 대하여 양도소득세를 감면하는 경우 법인에 대하여는 특별부가세를 감면하면 되는 것이지, 법인세까지 감면하여야만 하는 것은 아니라 할 것이다.

(라) 따라서 이 사건 법률조항이 임대주택의 양도에 따른 양도소득에 대하여 개인의 경우에는 양도소득세를 감면하는 반면, 법

인의 경우에는 특별부가세만을 감면하고 법인세는 감면하지 아니하는 것은 개인과 법인을 달리 취급하고 있는 과세체계에 근거한 당연한 결과라 할 것이고, 이를 가리켜 개인과 법인을 불합리하게 차별하는 것이라고 할 수 없다.

(3) 과세목적인 부동산투기 억제측면에서의 차이

위에서 본 바와 같이 양도소득을 과세대상으로 하는 조세인 양도소득세와 특별부가세는 모두 부동산투기의 억제를 주된 목적으로 하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항이 법인에 대한 조세감면의 혜택을 개인의 경우보다 사실상 적게 하고 있는 것은 부동산투기의 억제라는 과세목적에 비추어 볼 때, 일반적으로 법인은 개인에 비하여 월등한 자금동원능력을 보유하고 있고 취득하는 토지의 규모도 크므로, 법인이 자금을 생산자본으로 사용하지 않고 토지를 투기적으로 취득할 경우에는 급격한 지가상승을 유발하고, 기업자금을 토지매입자금으로 사장시킴으로써 기업의 재무구조가 부실해지며, 기업경쟁력이 약화되는 결과를 초래하는 등 국민경제의 건전한 발전을 저해하게 될 것이며, 그러한 부정적 파급효는 개인에 비하여 훨씬 크다 할 것이다(헌재 2000. 2. 24. 98헌바94등, 공보 43, 251, 260 등 참조). 그러므로 법인이 조세우대조치를 악용하여 대규모의 부동산투기를 하는 등의 부정적인 행위를 하는 것을 억제하기 위한 공익적 필요에서도 법인에 대하여는 개인의 경우보다 조세감면의 혜택을 적게 하는 것이 상당하다 할 것이다.

따라서 개인과 법인에 대하여 조세감면혜택을 부여함에 있어서 위와 같은 정도의 차별취급을 하는 것은 합리적 이유가 있다고 할 것이며, 나아가 이러한 조치가 조세감면의 혜택을 부여하는

입법을 함에 있어 입법자에게 주어지는 재량의 범위를 벗어났다고 볼 수 없다.

(4) 소결론

결국 이 사건 법률조항에 의하여 법인에 대한 조세감면의 혜택이 개인의 경우보다 사실상 적게되는 것은 본질적으로 법인세의 과세체계가 개인에 대한 소득세의 과세체계와 다름에 기인하는 것이고, 또 법인에 의한 대규모의 부동산투기 등을 억제하기 위한 입법목적에 비추어 보더라도 그 합리성이 인정되며, 위와 같은 차별취급이 입법재량을 벗어났다고 볼 수도 없으므로 이 사건 법률조항은 조세평등주의에 위반되지 아니한다.

나. 직업선택의 자유, 재산권 등의 침해 여부

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 개인과 법인 사이의 조세감면상의 차별적 취급은 기본적으로 양자 사이의 과세체계상의 차이와 부동산투기의 억제라는 입법목적을 달성하기 위한 것으로서 합리성이 인정되어 조세평등주의에 위반되지 아니하는 이상, 이 사건 법률조항이 청구인의 직업선택의 자유나 재산권을 침해한다거나 헌법상의 경제질서에 위배된다고 할 수 없고, 나아가 부진정입법부작위에 해당한다고도 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언(주심) 이영모 한대현 하경철 김영일

사립학교교원연금법 제57조 제1항 등 위헌소원

(2000. 7. 20. 99헌바61 전원재판부)

【관시사항】

당해소송에서 청구인 승소판결이 확정된 경우에는 재판의 전제성이 부정된다고 본 사례

【결정요지】

당해소송에서 승소한 당사자인 청구인은 재심을 청구할 수 없고, 당해사건에서 청구인에게 유리한 판결이 확정된 마당에 이 법률조항에 대하여 위헌결정을 한다 하더라도 당해사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것도 아니므로, 결국 이 사건은 재판의 전제성이 부정되는 부적법한 심판청구이다.

【심판대상조문】

구 사립학교교원연금법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정되고 사립학교교직원연금법으로 명칭이 변경되기 전의 것) 제57조(학교경영기관의 장의 확인) ① 학교경영기관의 장은 이 법에 의한 급여사유의 발생, 개인부담금의 납부, 재직기간의 계산에 필요한 이력사항 기타 교직원 또는 교직원이었던 자의 신상에 관한 사항을 조사 확인하여야 한다.

② 생략

구 사립학교교원연금법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정되고 사립학교교직원연금법으로 명칭이 변경되기 전의 것) 제58조(학교기관의 장의 책임) 학교기관의 장은 그 직무를 수행함에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인부담금을 징수하지 아니하거나 법인부담금 또는 재해보상부담금의 납부를 하지 아니하여 관리공단에 손해를 끼쳤을 때에는 그 손해를 배상하여야 한다. 고의 또는 중대한 과실로 대통령령이 정하는 신고나 보고를 하지 아니하거나 허위의 신고나 보고를 하여 관리공단에 손해

를 끼친 때에도 또한 같다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 93헌마46, 판례집 7-2, 48

대법원 1993. 12. 28. 선고 93다47189 판결, 공1994상, 531

대법원 1998. 11. 10. 선고 98두11915 판결, 공1998하, 2877

【당 사 자】

청 구 인 학교법인 ○○학원

대표자 이사장 조○구

대리인 변호사 이석연

당해사건 서울지방법원 남부지원 99가단8579 손해배상(기)

【주 문】

이 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

(1) 청구의 이○남은, 청구인이 경영하는 ○○대학교에서 1972.

2. 2.부터 1996. 3. 10.까지 버스운전기사로 근무하였던 자로서, 재직기간중인 1980. 5. 9. 전주지방법원 군산지원으로부터 업무상 과실치사죄로 금고 1년에 집행유예 2년의 판결을 선고받아 그 무렵 확정되었다.

(2) 청구인이 경영하는 학교기관의 장인 ○○대학교 총장 송 ○

은은 1996. 5. 20.경 이재남의 퇴직급여 및 퇴직수당 청구서에 위와 같은 급여의 제한사유인 형 확정사실을 기재하지 않고 사립학교교원연금관리공단(이하 ‘관리공단’이라 한다)에 이송하였으며, 이재남은 1996. 5. 23. 관리공단으로부터 퇴직급여 및 퇴직수당 전액인 금 95,894,110원을 수령하였다.

(3) 이에 관리공단은, 청구인의 피용자인 ○○대학교 총장 송○은이 1996. 5. 20. 사립학교교원연금법 제34조 제2항에 정한 확인절차를 이행함에 있어 이○남이 1980. 5. 9. 금고 1년에 집행유예 2년의 형을 선고받은 사실을 누락한 것은, 같은 법 제58조에 의한 손해배상책임이 있다는 이유를 들어 청구인과 이재남을 공동피고로 하여 서울지방법원 남부지원(99가단8579호)에 손해배상 청구소송을 제기하였다.

(4) 이 소송계속 중 청구인은 법 제57조 제1항의 “신상에 관한 사항” 부분 및 제58조 후문 중 “대통령령이 정하는 신고나 보고” 부분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다면 위헌제청신청(99카기2417)을 하였으나, 1999. 7. 15. 당해소송 법원이 이를 기각하자 같은 달 22. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의하여 이 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

심판대상은 구 사립학교교원연금법(2000. 1. 12. 법률 제6124호로 개정되고 사립학교교직원연금법으로 명칭이 변경되기 전의 것. 이하 ‘법’이라 한다) 제57조 제1항의 “신상에 관한 사항” 부분 및 제58조 후문 중 “대통령령이 정하는 신고나 보고” 부분(이하 ‘이 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고 그 규정내용은 다음과 같다.

구 사립학교교원연금법 제57조(학교경영기관의 장의 확인) ① 학교경영기관의 장은 이 법에 의한 급여사유의 발생, 개인부담금의 납부, 재직기간의 계산에 필요한 이력사항 기타 교직원 또는 교직원이었던 자의 신상에 관한 사항을 조사 확인하여야 한다.

제58조(학교기관의 장의 책임) 학교기관의 장은 그 직무를 수행함에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 인하여 개인부담금을 징수하지 아니하거나 법인부담금 또는 재해보상부담금의 납부를 하지 아니하여 관리공단에 손해를 끼쳤을 때에는 그 손해를 배상하여야 한다. 고의 또는 중대한 과실로 대통령령이 정하는 신고나 보고를 하지 아니하거나 허위의 신고나 보고를 하여 관리공단에 손해를 끼친 때에도 또한 같다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 법률조항이 사립학교의 경영자나 학교기관의 장으로 하여금 소속 교직원의 전과기록을 조사 확인하고 이를 관리공단에 신고하도록 한 것은 제도적으로 불가능한 일을 강요하고 있다는 점에서 헌법 제10조의 행복추구권을 침해하는 것이고, 국·공립학교와 사립학교간의 교육의 내용에 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 유독 사립학교 경영자나 학교기관의 장에게만 이와 같은 조사 확인 및 신고, 보고의무를 부과하는 것은 합리적 근거없는 차별로서 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하는 것이다.

(2) 이 법률조항은 학교기관의 장이 교직원 또는 교직원이었던 자의 범죄경력 등 형벌에 관한 사항을 신고 또는 보고하지 아니함으로써 관리공단에 손해를 끼친 때에는 그 손해의 배상을 명하

고 있는 점에서 헌법 제23조가 보장하는 재산권을 침해하고 있으며, “대통령령이 정하는 신고나 보고”에 범죄경력 등 형벌에 관한 사항까지 포함하여 대통령령에 위임한 취지라면 포괄위임 입법금지를 규정한 헌법 제75조에도 위배된다.

나. 법원, 교육부장관 및 관리공단이사장은 합헌의견을 개진하였다.

3. 판 단

직권으로 이 심판청구의 적법 여부에 관하여 본다.

(1) 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률이 당해사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하고 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

(2) 이 사건 당해소송의 항소심인 서울지방법원(99나81593)은 2000. 5. 19. 선고한 판결에서, 청구인의 피용자인 송○은이 법 제58조에서 정한 고의 또는 중대한 과실에 기하여 사실과 달리 이○남에게 급여제한 사유가 없다는 취지의 확인을 해 주었는지 여부에 관하여, 비록 이○남이 위와 같이 형사처벌을 받았다고 하더라도 그러한 사실이 ○○대학교측에 통지되는 등의 다른 제도적 장치가 마련되지 아니한 점, 학교의 장인 송○은으로서 이○남의 과거 전력 등과 관련된 신원조회를 해당기관에 의뢰할 권한도 가지고 있지 못한 점 등에 비추어 볼 때, 당시 형벌을 받

은 일이 없다는 이○남의 말을 믿고 위와 같이 사실과 다른 확인을 해 준 데 대해 송○은에게 고의 또는 중대한 과실이 있었다고 보기 어렵다는 이유로 원고(관리공단)의 청구를 기각한 제1심 판결을 유지하는 취지의 판결을 하였고, 이 항소기각 판결은 패소한 원고가 상고하지 아니하여 그 무렵 확정되었다.

(3) 이 사건에서처럼 당해소송에서 승소한 당사자인 청구인은 재심을 청구할 수 없고(대법원 1993. 12. 28. 93다47189, 공1994상, 531; 1998. 11. 10. 98두11915, 공1998하, 2877 참조), 당해사건에서 청구인에게 유리한 판결이 확정된 마당에 이 법률조항에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 한다 하더라도 당해사건 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것도 아니므로, 결국 이 사건은 재판의 전제성이 부정되는 부적법한 청구가 된다고 할 것이다.

4. 결 론

이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모(주심) 한대현 하경철 김영일

법무사법 제2조 제1항 제2호 위헌확인

(2000. 7. 20. 98헌마52 전원재판부)

【관시사항】

1. 직권으로 심판의 대상을 확장한 사례
2. 고소고발장을 법무사만이 그 작성사무를 업으로 할 수 있는 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류로 규정한 것이 일반행정사의 직업 선택의 자유 등의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인이 위헌확인을 구한 것은 고소고발장의 작성을 법무사의 업무로 규정한 법무사법 제2조 제1항 제2호뿐이나 일반행정사에게 고소고발장의 작성을 규제하는 것은 법무사가 아닌 자의 단속규정인 법무사법 제3조 제1항에 의하여 제한되는 것이므로 위 제3조 제1항도 심판대상으로 하여 같이 판단한다.

2. 법무사법이 정하는 요건을 갖추어 법무사가 된 자의 경우에는 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류로 고소고발장의 작성업무에 종사할 만한 법률소양을 구비한 것으로 볼 수 있는 반면, 행정사법이 정하는 요건을 갖추어 일반행정사가 된 자의 경우에는 이러한 법률소양을 갖추었다는 보장을 할 수 없다. 따라서 고소고발장의 작성을 법무사에게만 허용하고 일반행정사에 대하여 이를 하지 못하게 한 것은, 국민의 법률생활의 편익과 사법제도의 건전한 발전이라는 공익의 실현에 필요·적당한 수단으로서 그 이유에 합리성이 있으므로, 일반행정사의 직업 선택의 자유나 평등권 등을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것) 제2조(업무) ① 법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 다음 각호의 사무를 행함을 업무로 한다.

1. 생략
2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성
3. 내지 5. 생략

② 생략

법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것) 제3조(법무사가 아닌 자의 단속) ① 법무사가 아닌 자는 제2조에 규정된 사무를 업무로 하지 못한다

② 생략

【참조조문】

법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 법무사제도를 확립하여 국민의 법률생활의 편익을 도모하고 사법제도의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.

법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것) 제2조(업무) ① 법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 다음 각호의 사무를 행함을 업무로 한다.

1. 법원과 검찰청에 제출하는 서류의 작성
2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성
3. 등기 기타 등록신청에 필요한 서류의 작성
4. 등기·공탁사건의 신청대리
5. 제1호 내지 제3호에 의하여 작성된 서류의 제출대행

② 법무사는 제1항 제1호 내지 제3호에 규정된 서류라 하더라도 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 것은 이를 작성할 수 없다.

법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것) 제4조(자격) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 법무사의 자격이 있다.

1. 법원·헌법재판소·검찰청의 법원사무직렬·검찰사무직렬 또는 마약수사직렬 공무원으로 10년 이상 근무한 자 중 5년 이상 5급 이상의

직에 있었거나 법원·헌법재판소·검찰청의 법원사무직렬·검찰사무직렬 또는 마약수사직렬 공무원으로 15년이상 근무한 자 중 7년 이상 7급 이상의 직에 있었던 자로서 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자

2. 법무사시험에 합격한 자

② 제1항 제1호의 규정에 의한 법무사의 자격 인정에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것) 제74조 (법무사가 아닌 자의 행위) ① 법무사가 아닌 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반한 경우

2. 이익을 얻을 목적으로 문서·도서·시설물 등에 법무사의 업무를 취급하는 뜻의 표시 또는 기재를 한 경우

② 상습으로 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

행정사법 제2조(업무) ① 행정사는 타인의 위촉에 의하여 수수료를 받고 다음 각호의 업무를 행함을 업무로 한다. 다만, 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 것은 이를 행할 수 없다.

1. 행정기관에 제출하는 서류의 작성

2. 권리의무나 사실증명에 관한 서류의 작성

3. 행정기관의 업무에 관련된 서류의 번역

4. 제1호 내지 제3호의 규정에 의하여 작성된 서류의 제출 대행

5. 인가·허가 및 면허 등 행정기관에 제출하는 신고·신청·청구 등의 대리

6. 행정관계법령 및 행정에 대한 상담 또는 자문

7. 법령으로 위탁받은 사무의 사실조사 및 확인

② 제1항의 규정에 의한 업무의 내용과 범위는 대통령령으로 정한다.

행정사법 제4조(행정사의 자격) 행정사는 행정자치부장관이 시행하는 행정사의 자격시험에 합격한 자로 한다.

행정사법 제6조(시험의 면제) ① 경력직공무원(특정직공무원중 대통령령이 정하는 공무원과 기능직공무원을 제외한다. 이하 같다)으로 5년 이상 근무하거나 대통령령으로 정하는 특수경력직공무원으로 7급 이상에 상당하는 직에 5년 이상 근무한 자에 대하여는 제1차시험을 면제한다.

② 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 시험을 전부 면제한다.

1. 제1항의 규정에 의한 공무원으로 10년 이상 근무하거나 6급(이에 상당하는 계급을 포함한다) 이상의 직에 5년 이상 근무한 자

2. 대학에서 외국어전공 학사학위를 받고 당해 외국어번역업무에 5년 이상 종사한 경력이 있는 자

3. 대학에서 외국어전공 석사학위 또는 박사학위를 받고 당해 외국어번역업무에 2년 이상 종사한 경력이 있는 자

③ 제2항 각호의 근무년수는 통산경력을 말한다.

④ 제2항의 규정에 의한 외국어번역업무에 종사한 경력등 자격인정에 관한 절차는 대통령령으로 정한다.

【참조판례】

2. 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365

헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449

【당 사 자】

청 구 인 박○준

대리인 변호사 박종복

【주 문】

이 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

청구인은 1973. 5. 1. 공채로 순경에 임명되어 1997. 12. 31. 정년으로 퇴직하고 1998. 1. 12.부터 일반행정사의 업무에 종사하고 있다. 그런데 고소고발장 등 행정기관인 경찰관서에 제출하는 서류의 작성을, 법무사법 제2조 제1항 제2호가 “법원과 검찰청의

업무에 관련된 서류의 작성”에 해당한다고 하여 법무사만 할 수 있고, 청구인과 같이 경찰공무원으로 재직한 일반행정사는 이를 하지 못하게 한 것은 헌법에 위반된다는 이유로 같은 해 2. 27. 이 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

(1) 청구인은 헌법소원 심판청구서에 법무사법(1996. 12. 12. 법률 제5180호로 전문개정된 것, 이하 “법”이라 한다) 제2조 제1항 제2호만 기재하였으나, 경찰공무원의 경력이 있는 일반행정사가 경찰관서에 제출하는 고소고발장의 작성을 “법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성”이라는 이유로 규제하는 것은 법 제3조 제1항의 규정에 의하여 제한되는 것이므로 이 조항도 심판대상으로 하여 같이 판단하기로 한다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15 등, 판례집 6-1, 576, 584).

(2) 심판대상은 법 제2조 제1항 제2호와 제3조 제1항(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이며 그 내용과 관련조항은 아래와 같다.

(가) 심판대상

제2조(업무) ① 법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 다음 각호의 사무를 행함을 업무로 한다.

1. 생략
2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성
3. 내지 5. 생략

② 생략

제3조(법무사가 아닌 자의 단속) ① 법무사가 아닌 자는 제2조에

규정된 사무를 업으로 하지 못한다

② 생략

(나) 관련조항

제74조(법무사가 아닌 자의 행위) ① 법무사가 아닌 자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반한 경우
2. 생략

② 상습으로 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

2. 당사자의 주장과 이해관계기관 등의 의견

가. 청구인의 주장

청구인과 같이 경찰공무원의 경력을 가진 일반행정사는 경찰관서에 제출하는 서류작성을 할 수 있어야 하는데도, 이 법률조항은 고소고발장 등 법원이나 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성을 법무사만의 업무로 규정하고 이에 위반하면 법 제74조에서 형사처벌을 하도록 규정하고 있다.

이 법률조항이 일반행정사인 청구인이 수사실무에 종사하면서 습득한 법률지식과 경험을 바탕으로 고소고발장을 작성하여 경찰관서에 제출하는 것을, 그것이 검찰청과 법원에서 종국적으로 처리가 된다는 이유만으로 이를 할 수 없게 제한한 것은 직업선택의 자유와 행복추구권을 침해하는 것이고, 경찰공무원의 경력으로 법무사 자격을 취득한 자와 비교할 때 자의적인 차별취급이므로 평등권에도 위반된다.

나. 법원행정처장의 의견

법무사의 업무는 법원 또는 검찰청의 업무와 관련되는 것이어서 그 처리절차나 결과가 위법·부당할 때 국민의 권리가 침해됨은 물론 법원 또는 검찰에 대한 신뢰를 해치는 공공성이 현저한 성질을 띠는 업무이다. 법무사가 아닌 자로 하여금 그 업무를 할 수 없게 금지함으로써 행정사인 청구인의 직업 선택의 자유가 제한된다 할지라도, 이는 법무사 제도의 본질과 그 업무의 공공성 등을 고려할 때에 헌법 제37조 제2항의 범위 내의 합리적인 제한인 것이다.

따라서 청구인과 같은 경찰공무원의 경력이 있는 일반행정사가 경찰관서에 제출하는 고소고발장을 작성할 수 없다 할지라도 그것이 일반행정사의 직업 선택의 자유를 침해한다든지 과잉금지의 원칙을 벗어난 과도한 제한이거나 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다. 법무사법과 행정사법이 제도의 취지에 따라 그 자격과 업무영역을 정하고 행정사법이 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 것은 이를 행할 수 없다고 규정한 것은 직업 간의 업무영역을 조정하여 침해되지 않도록 한 것으로서 합리적인 차별이므로 평등권의 침해로도 볼 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

일반행정사인 청구인은, 법무사의 업무영역을 규정한 법무사법에 대하여 단지 간접적이고 사실적이며 경제적인 이해관계만 있을 뿐 이 법률조항으로 인하여 기본권 침해가 있다고 볼 수 없으므로 이 심판청구는 자기관련성의 결여로 각하되어야 한다는 것 이외에는 법원행정처장의 의견과 같다.

라. 대한행정사회장의 의견

행정사법 제2조 제1항 제1호는 행정사의 업무를 “행정기관에 제출하는 서류의 작성”이라고 규정하면서 특정 행정기관에 제출하는 특정 업무에 관한 서류의 작성을 제한하거나 금지하고 있지 아니하므로, 행정기관인 경찰관서와 검찰청에 제출하는 고소 고발장의 작성은 그 업무영역 내에 있다는 것 이외에는 청구인의 주장과 같다.

3. 판 단

가. 이 법률조항의 입법목적

법무사는 다른 사람의 위임에 의하여 보수를 받고 법원과 검찰청에 제출하는 서류 또는 그 업무에 관련된 서류의 작성, 등기 기타 등록신청에 필요한 서류의 작성, 등기·공탁사건의 신청대리, 작성된 서류의 제출대행 등을 업으로 하고(법 제2조 제1항), 법무사가 아닌 자는 법 제2조에 규정된 업무를 업으로 하지 못한다(법 제3조 제1항).

(1) 법이 법무사의 업무를 법무사가 아닌 자는 하지 못하게 규제하는 데는 자격제도의 정당성이 그 근거가 된다. 법무사의 업무는 성질상 공공성과 기술성을 갖고 있으므로 이를 적정·원활하게 수행하려면 상당한 법률적인 전문지식을 필요로 한다.

법은 법원·헌법재판소의 법원사무직렬 공무원, 검찰청의 검찰사무직렬 또는 마약수사직렬 공무원으로 10년 이상 근무한 자 중 5년 이상 5급 이상의 직에 있었거나 15년 이상 근무한 자 중 7년 이상 7급 이상의 직에 있었던 자로서, 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자(제4조 제1호)와 법무사시험에 합격한 자(같은 조 제2호)에게 법무사 자격을

부여하고 있다. 형법과 형사소송법은 공무원임용령에 의하여 공안직군 검찰사무직렬 및 마약수사직렬로 임용되는 검찰공무원의 경우(제3조 제1항 별표 제1호) 7급 이상 공채 등 시험은 물론(공무원임용시험령 제7조 제1항 별표 제1호), 법무사시험에도 필수 과목으로 규정하고 있다(법시행규칙 제4조 제1항, 제2항, 별표 제1호, 제2호).

한편, 7급 이상의 검찰공무원은 검찰주사보, 마약수사주사보 이상으로(공무원임용령 제3조 제1항 별표 제1호) 검사의 명을 받은 수사에 관한 사무, 형사기록의 작성과 보존, 국가를 당사자로 하는 소송의 수행자로 지정을 받은 검사의 소송업무의 보좌 및 이에 관한 기록 기타 서류의 작성과 보존에 관한 사무 등에 종사하고(검찰청법 제46조 제1항), 사법경찰관의 직무를 행한다(같은 법 제47조 제1항, 형사소송법 제196조 제1항).

법무사는 업무수행에 필요한 연수교육을 마친 후 대한법무사협회에 등록을 하여야 법무사 업무를 할 수 있다(법 제7조).

(2) 이 법률조항인 법 제2조 제1항 제2호의 “법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류” 가운데 고소고발장을 작성하여 제출하는 업무를 그 분야에 법률소양이 있는 법무사에게만 이를 허용한 것은, 사회가 기대하는 전문 자격을 갖춘 자에게 그 업무를 집중시켜 고소고발이 적법 요건을 갖춘 것인지를 심사하여 그 남용을 억제하는 역할을 함으로써, 고소고발에 따른 검찰 또는 법원의 업무 경감을 도모하고 합리적인 사건처리로 인한 국민의 법률생활의 편익과 사법제도의 건전한 발전이라는 공익의 실현에 기여하여 사법과정에서의 국민의 신뢰도를 제고하는 데 그 목적이 있는 것이다(법 제1조 참조).

나. 이 법률조항의 합헌성

행정사법은 제2조 제1항에서 행정사는 타인의 위촉에 의하여 수수료를 받고 행정기관에 제출하는 서류의 작성(제1호), 제1호 내지 제3호의 규정에 의하여 작성된 서류의 제출 대행(제4호) 등 사무를 행함을 업무로 한다. 이어서 같은 법시행령은 제2조, 제3조 제1호, 제2호에서 국가기관 또는 지방자치단체(이하 “행정기관”이라 한다)에 제출하는 진정·건의·질의·청원·이의신청과 호적에 관한 신고 등의 각종 서류를 작성하는 일(법 제2조 제1항 제1호의 사무) 등을 일반행정사의 업무로 규정하고 있다. 다만, 같은 법 제2조 제1항 단서는 다른 법률에 의하여 제한되어 있는 것은 이를 행할 수 없다는 규정을 두고 있다(이하 “부분적인 규제조치”라 한다).

(1) 입법부는 법무사라는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 수 있고, 마련한 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하지 않는 한 입법부의 정책판단은 존중되어야 한다(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 382; 헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등 판례집 8-1, 449, 460). 마찬가지로, 일반행정사로서의 업무수행에 관한 자유와 권리도 입법부가 정책적인 판단에 따라 법률로써 그 자격제도의 내용을 규정할 때 비로소 헌법상의 권리로서 구체화된다. 또한 일정한 자격을 가진 자가 담당하도록 제한한 업무 중 일정한 범위의 것을 따로 떼어서 이를 다른 자격자에게 맡길 것인지 여부도 입법형성의 영역에 속하는 것이다. 일반행정사의 업무에 대한 “부분적인 규제조치”는 헌법 제37조

제2항에 의하여 규제목적, 필요성, 내용, 제한의 정도를 검토하고 비교형량하여 결정하는 것이므로, 그 합헌성의 위헌심사는 규제목적이 공공복리에 합치되는 것으로 인정되는 이상 규제조치의 구체적 내용 및 그 필요성과 합리성에 관한 입법부의 판단이 재량범위 내에 있는 한 이를 존중하여야 한다(헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449, 462 참조).

(2) 그러므로 행정기관인 경찰관서에 제출하는 서류 중 법원과 검찰청의 업무에 관련된 고소고발장의 작성을 분리하여 이것을 법무사의 업무영역으로 구분하고 있는 이 법률조항이 입법형성의 재량권을 일탈한 것인지를 검토하기로 한다.

ㄱ) 고소고발은 수사의 단서이고(검찰사건사무규칙 제2조 제2호, 제10조 제1항), 친고죄와 반의사불벌죄의 소추요건이 된다(형사소송법 제327조 제5호, 제6호). 고소 또는 고발사건은 검사가 그 처분결과를 통지하여야 하고(같은 법 제258조, 제259조, 검찰사건사무규칙 제60조), 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게할 목적으로 허위사실을 고소고발한 자는 무고죄로 처벌을 받는다(형법 제156조). 수사의 주재자인 검사는, 경무관, 총경, 경감, 경위, 경사, 순경 등 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 지휘하여(형사소송법 제195조 내지 제197조, 검찰청법 제4조 제1항 제1호, 제2호), 검찰청에 제출된 고소고발장을 사법경찰관리의 직무를 행하는 경찰공무원 등으로 하여금 처리하게 할 수 있고, 경찰관서에 제출된 경우에도 그 사건을 송치받은 검사는 재수사를 명할 수 있다(검찰사건사무규칙 제2조 제3호).

ㄴ) 행정사법은 행정사의 자격을 행정자치부장관이 시행하는

자격시험(1999. 5. 24. 법률 제5984호로 전문개정되기 전에는 내무부장관이 시행하는 시험)에 합격하여야 인정하되(제4조), 경찰공무원과 같은 경력직 공무원의 경우에는 5년 이상(전문개정 전에는 7년 이상) 근무한 자에 대하여 제1차 시험을 면제하고(제6조 제1항), 10년 이상 근무하거나 5년 이상 6급 이상의 직에 근무한 자(전문개정 전에는 15년 이상 근무하거나 5년 이상 5급 이상의 직에 근무한 자)는 시험을 전부 면제한다(같은 조 제2항, 제3항). 일반행정사의 시험과목 중 법률과목은 제1차 시험의 행정사법·행정규제 및 민원사무기본법(행정규제기본법·민원사무처리에관한법률)·정부조직법·지방자치법 등 행정사실무관련법과 제2차 시험에서는 행정법과 민법만 있다(행정사법시행령 제6조 제3항 별표). 경찰공무원임용령(1998. 12. 31. 대통령령 제16036호로 개정되기 전의 것)에 의하면, 공개채용 및 공개경쟁선발 대상인 경정과 간부후보생은 형법, 형사소송법이 일반(보안)경찰과 특수경과 분야 일부에서 제한적인 필수과목으로 되어 있고(특별채용되는 총경·경정·경감·경위 또한 같다), 경사·경장·순경에 대한 특별채용시험과목과 순경에 대한 공개경쟁채용시험과목에는 고소고발장의 작성에 필요한 법률을 나열하지 아니하였다(제41조 별표 1, 1의 2, 2) (1998. 12. 31. 대통령령 제16036호로 개정된 이후에는 순경에 대한 공개경쟁채용시험과목과 경사·경장·순경의 특별채용시험과목에 형법, 형사소송법이 포함되었다).

ㄷ) 경찰공무원은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 하며(경찰법 제3조) 범죄의 예방·진압 및 수사, 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, 치안정보의 수

집·작성 및 배포, 교통의 단속과 위해의 방지, 기타 공공의 안녕과 질서유지 등의 직무를 행한다(경찰관직무집행법 제2조).

(3) 따라서 검찰공무원 등으로 일정기간 일정직급 이상 근무한 자로서 대법원장이 법무사 업무의 수행에 필요한 법률지식과 능력이 있다고 인정한 자 및 법무사 시험에 합격하여 법무사가 된 자의 경우에는 고소고발장의 작성 업무에 종사할 만한 법률소양을 구비한 것으로 볼 수 있는 반면, 행정사시험 내지 행정사의 자격시험에 합격한 자나 경찰공무원과 같은 경력직 공무원 등으로 일정기간 일정직급 이상 근무한 자로서 그 시험을 감면받아 일반행정사가 된 자의 경우에는 이러한 법률소양을 갖추었다는 보장을 할 수 있는 것도 아니다.

(4) 형사사건에 관한 사법작용의 시발이 되는 고소고발장의 작성 업무를 이에 종사할 만한 법률소양을 갖춘 법무사에게만 허용하고 일반행정사에 대하여 “부분적인 규제조치”를 한 것은 국민의 법률생활의 편익과 사법제도의 건전한 발전이라는 공익의 실현에 필요·적정한 수단이므로 그 이유의 합리성이 수긍되는 것이다. 법이 보호하고자 하는 이러한 공익에 비추어 일반행정사가 입는 불이익은 상대적으로 작은 것이며, 행정사법은 제2조 제1항 단서에서 행정사의 업무로 규정된 것도 다른 법률에 의하여 제한되는 것은 이를 행할 수 없도록 하는 “부분적인 규제조치”를 예정하고 있으므로 직업 선택·수행의 자유가 침해된다고 볼 수 없다.

다. 행복추구권과 평등권의 침해 여부

위에서 본 것처럼 검찰공무원과 경찰공무원 사이에는 자격취득

과 경력면에서 차이가 있으므로 입법부가 입법형성의 재량권에 의하여 행정사의 자격인정 기준 및 업무영역과 법무사의 자격인정 기준 및 업무영역을 적절하게 감안하여, 법무사에게만 고소고발장을 작성하게 하는 이 법률조항이 일반행정사를 차별취급한다고 하여 행복추구권이나 평등권을 침해하는 것도 아니다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로, 이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여한 재판관 전원의 일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모(주심) 한대현 하경철 김영일

폐기물관리법 부칙 제5조 제2항

위헌확인

(2000. 7. 20. 99헌마452 전원재판부)

【관시사항】

1. 종전의 규정에 의한 폐기물재생처리신고업자의 사업이 개정규정에 의한 폐기물중간처리업에 해당하는 경우에 영업을 계속하기 위하여는 법 시행일부터 1년 이내에 개정규정에 의한 폐기물중간처리업의 허가를 받도록 하고 있는 폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 부칙 제5조 제2항 전단이 직업결정의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 위 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

3. 위 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부 및 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 위 법률조항은 종전의 규정에 의한 폐기물재생처리신고업자의 사업이 개정규정에 의한 폐기물중간처리업에 해당하는 경우에 영업을 계속하기 위하여는 법 시행일부터 1년 이내에 개정규정에 의한 폐기물중간처리업의 허가를 받도록 함으로써 법률개정을 통하여 신고제에서 허가제로 직업요건을 강화하는 과정에서 신뢰보호를 위한 경과조치를 규정하고 있다. 위 법률조항은 종전의 규정에 의한 폐기물재생처리신고업자가 법개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처할 수 있도록 상당한 유예기간을 두고 있고, 그 기간은 2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정된 도시계획법시행령 부칙 제3조에 의하여 도시계획결정에 관한 새로운 유예기간이 추가된 점에 비추어 볼 때 지나치게 짧은 것이

라고 할 수 없으므로, 위 법률조항은 종전의 규정에 의한 폐기물재생처리신고업자의 신뢰이익을 충분히 보호하고 있는 것으로서 과잉금지 원칙에 위반하여 청구인들의 직업결정의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

2. 종전의 규정에 의한 폐기물재생처리업과 폐기물재생처리신고업은 요건, 영업대상폐기물의 종류, 별칙, 행정처분 및 폐기물처리시설이 도시계획결정의 대상이 되는지 여부 등의 면에서 큰 차이가 있어 본질적으로 동일한 업종이라고 보기 어려우므로, 폐기물중간처리업의 허가를 받은 것으로 보는 폐기물재생처리업자의 경우와는 달리 위 법률조항에서 폐기물재생처리신고업자에 대하여 개정규정에 의한 폐기물중간처리업의 허가를 받도록 규정한 것을 두고 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급한 것으로 볼 수 없으므로, 이로 인하여 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

3. 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제13조 제2항에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이고, 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니다. 그런데 청구인들의 영업활동은 원칙적으로 자신의 계획과 책임하에 행위하면서 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다 할 것이어서, 청구인들이 주장하는 영업권은 위 헌법조항들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니하므로, 위 법률조항으로 인하여 청구인들의 재산권이 침해되었다거나, 소급입법에 의하여 재산권이 박탈되었다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 부칙 제5조
(폐기물

처리업허가에 관한 경과조치) ① 생략

② 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 폐기물재생처리신고를 한 자의 사업이 제26조 제4항 제2호의 개정규정에 의한 폐기물중간처리업에 해당하는 경우에는 이 법 시행일부부터 1년 이내에 동조 제3항의 개정규정에 의한 허가를 받아야 하며, 제44조의 2의 개정규정에 의한 재활용신고에 해당하는 경우에는 동 신고를 한 것으로 본다.

③ 생략

【참조조문】

폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 제26조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 폐기물처리사업계획서를 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 환경부장관에게 제출하고, 그밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

② 환경부장관 또는 시·도지사는 제1항의 규정에 의하여 제출된 폐기물처리사업계획서를 검토하여 그 적합 여부를 폐기물처리사업계획서를 제출한 자에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 적합통보를 받은 자는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 지정폐기물을 대상으로 하여 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.

④ 폐기물처리업의 업종구분과 영업내용은 다음과 같다.

1. 폐기물수집·운반업

폐기물을 수집하여 처리장소로 운반하는 영업

2. 폐기물중간처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 폐기물을 소각·중화·파쇄·고형화 등의 방법에 의하여 중간처리(생활폐기물을 재활용하는 경우를 제외한다)하는 영업

3. 폐기물최종처리업

폐기물최종처리시설을 갖추고 폐기물을 매립·해역배출 등의 방법에

의하여 최종처리하는 영업

4. 폐기물종합처리업

폐기물처리시설을 갖추고 폐기물을 중간처리 및 최종처리를 함께 하는 영업

⑤~⑧ 생략

폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 제44조의2 (폐기물재활용신고) ① 다른 사람의 사업장폐기물을 재활용하는 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 환경부령이 정하는 보관시설 및 재활용 시설을 갖추어 환경부령이 정하는 바에 따라 시·도지사에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 산업표준화법 제11조의 규정에 의한 한국산업규격표시인증을 받은 제품을 제조하는 자

2. 비료관리법 제4조의 규정에 의하여 공정규격이 설정된 비료 또는 동조의 규정에 의하여 지정된 부산물비료를 제조하는 자

3. 사료관리법 제12조의 규정에 의한 성분등록을 받은 사료를 제조하는 자

4. 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제2조 제6호의 규정에 의한 재활용제품을 제조하는 자(지정폐기물을 재활용하는 자를 제외한다)

5. 환경부령이 정하는 사업장폐기물을 재활용하는 자(당해 폐기물을 수집·운반하는 자를 포함한다)

6. 환경부령이 정하는 사업장폐기물을 환경부령이 정하는 용도 및 방법으로 재활용하는 자

②~④ 생략

폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 부칙 제1조 (시행일) 이 법은 공포후 6월이 경과한 날부터 시행한다. 단서 생략.

폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것) 부칙 제5조 (폐기물처리업허가에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 폐기물재생처리업 허가를 받은 자는 제26조 제3항의 개정규정에 의한 폐기물중간처리업의 허가를 받은 것으로 본다.

②~③ 생략

폐기물관리법(1995. 8. 4. 법률 제4970호로 개정되고, 1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정되기 전의 것) 제26조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자

는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비·기술능력·자본금을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 지정폐기물을 대상으로 하여 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.

② 폐기물처리업의 업종구분과 영업내용은 다음과 같다.

1. 폐기물수집·운반업

폐기물을 수집하여 처리장소로 운반하는 영업

2. 폐기물중간처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 폐기물을 소각·중화·파쇄·고형화 등의 방법에 의하여 중간처리하는 영업

3. 폐기물최종처리업

폐기물최종처리시설을 갖추고 폐기물을 매립·해역배출 등의 방법에 의하여 최종처리하는 영업

4. 폐기물재생처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 대통령령이 정하는 폐기물을 재생처리하는 영업

5. 폐기물종합처리업

폐기물처리시설을 갖추고 폐기물을 재생처리, 중간처리, 최종처리를 함께 하는 영업

③~④ 생략

폐기물관리법(1995. 8. 4. 법률 제4970호로 개정되고, 1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정되기 전의 것) 제44조의2(폐기물재생처리신고 등) ① 다른 사람의 폐기물로서 환경부령이 정하는 폐기물을 원료·재료·연료 등으로 재생처리(재생처리를 목적으로 하는 수집·운반을 포함한다)하고자 하는 자(제26조 제1항의 규정에 의한 폐기물처리업자를 제외한다)는 환경부령이 정하는 시설·장비를 갖추어 시·도지사에게 환경부령이 정하는 바에 따라 신고하여야 한다. 신고사항중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경할 때에도 또한 같다.

②~③ 생략

폐기물관리법시행규칙(1999. 8. 9. 환경부령 제82호로 개정되기 전의 것) 제46조(재생처리신고대상폐기물) 법 제44조의 2 제1항에서 “환경부령이 정

하는 폐기물”이라 함은 다음 각호의 폐기물을 말한다.

1. 지정폐기물중 영 별표 1 제5호 가목의 폐합성수지
2. 사업장폐기물중 지정폐기물을 제외한 다음 각목의 폐기물

가.~카. 생략

타. 건설폐재류(토사·폐벽돌·폐콘크리트 및 폐아스팔트콘크리트에 한한다)

파.~버. 생략

【참조판례】

1. 헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651
3. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651

【당 사 자】

청 구 인 박○국 외 15인

청구인들 대리인 변호사 이석연 외 1인

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 구 폐기물관리법(1995. 8. 4. 법률 제4970호로 개정되고, 1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정되기 전의 것, 이하 “구법”이라 한다) 제44조의 2의 규정에 의하여 폐기물재생처리신고를 한 폐기물재생처리신고업자들로서 토사, 폐벽돌, 폐콘크리트, 폐아스팔

트콘크리트 등 건설폐재류 재생처리업을 영위하고 있는 사람들이다.

그런데 1999. 2. 8. 법률 제5865호로 폐기물관리법이 개정되어(부칙 제1조에 의하여 공포후 6월이 경과한 날부터 시행), 구법상 폐기물중간처리업, 폐기물재생처리업, 폐기물재생처리신고업(이하 각 “중간처리업”, “재생처리업”, “재생처리신고업”이라 한다)으로 구분되어 있던 광의의 폐기물중간처리업종이 중간처리업과 폐기물재활용신고업(이하 “재활용신고업”이라 한다)으로 새로이 구분되면서, 구법상 재생처리신고업의 대상폐기물 중 건설폐재류 등 일부는 재활용신고업의 대상에서 제외됨으로써 개정규정에 의한 중간처리업의 허가를 받아야만 그 사업을 할 수 있게 되었다.

한편, 위 개정된 법의 부칙 제5조 제2항 전단에서 구법상의 재생처리신고업자의 사업이 개정규정에 의한 중간처리업에 해당하는 경우에는 법 시행일부터 1년 이내에 개정규정에 의한 허가를 받아야 한다고 규정하였다.

이에 청구인들은 위 부칙 제5조 제2항 전단이 헌법상 보장된 평등권, 직업선택의 자유, 재산권을 침해하는 것일 뿐만 아니라, 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지한 헌법규정에도 위반된다고 주장하면서 1999. 7. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 폐기물관리법(1999. 2. 8. 법률 제5865호로 개정된 것, 이하 “개정법”이라 한다) 부칙 제5조 제2항 전단(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이고(청구인들은 이 사건 법률조항 중 “이 법 시행일부터 1년 이내에” 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 구

하는 예비적 청구취지를 추가하였으나, 이는 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정을 구하는 청구취지에 포함된다 할 것이다), 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

개정법 부칙 제5조(폐기물처리업허가에 관한 경과조치) ① 생략

② 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 폐기물재생처리신고를 한 자의 사업이 제26조 제4항 제2호의 개정규정에 의한 폐기물중간처리업에 해당하는 경우에는 이 법 시행일부터 1년 이내에 동조 제3항의 개정규정에 의한 허가를 받아야 하며, 제44조의 2의 개정규정에 의한 재활용신고에 해당하는 경우에는 동 신고를 한 것으로 본다.

③ 생략

[관련조항]

(1) 개정법 제26조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 폐기물처리사업계획서를 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 환경부장관에게 제출하고, 그밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

② 환경부장관 또는 시·도지사는 제1항의 규정에 의하여 제출된 폐기물처리사업계획서를 검토하여 그 적합 여부를 폐기물처리사업계획서를 제출한 자에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 적합통보를 받은 자는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 환경부령이

정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 지정폐기물을 대상으로 하여 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.

④ 폐기물처리업의 업종구분과 영업내용은 다음과 같다.

1. 폐기물수집·운반업

폐기물을 수집하여 처리장소로 운반하는 영업

2. 폐기물중간처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 폐기물을 소각·중화·파쇄·고형화 등의 방법에 의하여 중간 처리(생활폐기물을 재활용하는 경우를 제외한다)하는 영업

3. 폐기물최종처리업

폐기물최종처리시설을 갖추고 폐기물을 매립·해역배출 등의 방법에 의하여 최종처리하는 영업

4. 폐기물종합처리업

폐기물처리시설을 갖추고 폐기물을 중간처리 및 최종처리를 함께 하는 영업

⑤~⑧ 생략

제44조의 2(폐기물재활용신고) ① 다른 사람의 사업장폐기물을 재활용하는 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 환경부령이 정하는 보관시설 및 재활용시설을 갖추어 환경부령이 정하는 바에 따라 시·도지사에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

1. 산업표준화법 제11조의 규정에 의한 한국산업규격표시인증을 받은 제품을 제조하는 자

2. 비료관리법 제4조의 규정에 의하여 공정규격이 설정된 비료 또는 동조의 규정에 의하여 지정된 부산물비료를 제조하는 자

3. 사료관리법 제12조의 규정에 의한 성분등록을 받은 사료를 제조하는 자

4. 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제2조 제6호의 규정에 의한 재활용제품을 제조하는 자(지정폐기물을 재활용하는 자를 제외한다)

5. 환경부령이 정하는 사업장폐기물을 재활용하는 자(당해 폐기물을 수집·운반하는 자를 포함한다)

6. 환경부령이 정하는 사업장폐기물을 환경부령이 정하는 용도 및 방법으로 재활용하는 자

② 생략

부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포후 6월이 경과한 날부터 시행한다. 단서 생략

부칙 제5조(폐기물처리업허가에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 종전의 규정에 의하여 폐기물재생처리업 허가를 받은 자는 제26조 제3항의 개정규정에 의한 폐기물중간처리업의 허가를 받은 것으로 본다.

②, ③ 생략

(2) 구법 제26조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반 또는 처리를 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 기준에 의한 시설·장비·기술능력·자본금을 갖추어 업종별로 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항

중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 지정폐기물을 대상으로 하여 폐기물처리업을 하고자 하는 자는 환경부장관의 허가를 받아야 한다.

② 폐기물처리업의 업종구분과 영업내용은 다음과 같다.

1. 폐기물수집·운반업

폐기물을 수집하여 처리장소로 운반하는 영업

2. 폐기물중간처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 폐기물을 소각·중화·파쇄·고형화 등의 방법에 의하여 중간처리하는 영업

3. 폐기물최종처리업

폐기물최종처리시설을 갖추고 폐기물을 매립·해역배출 등의 방법에 의하여 최종처리하는 영업

4. 폐기물재생처리업

폐기물중간처리시설을 갖추고 대통령령이 정하는 폐기물을 재생처리하는 영업

5. 폐기물종합처리업

폐기물처리시설을 갖추고 폐기물을 재생처리, 중간처리, 최종처리를 함께 하는 영업

③, ④ 생략

제44조의 2(폐기물재생처리신고등) ① 다른 사람의 폐기물로서 환경부령이 정하는 폐기물을 원료·재료·연료 등으로 재생처리(재생처리를 목적으로 하는 수집·운반을 포함한다)하고자 하는 자(제26조 제1항의 규정에 의한 폐기물처리업자를 제외한)는 환경부령이 정하는 시설·장비를 갖추어 시·도지사에게 환경부령이 정하는 바에 따

라 신고하여야 한다. 신고사항중 환경부령이 정하는 중요사항을 변경할 때에도 또한 같다.

②, ③ 생략

(3) 구법시행규칙(1999. 8. 9. 환경부령 제82호로 개정되기 전의 것) 제46조(재생처리신고대상폐기물) 법 제44조의 2 제1항에서 “환경부령이 정하는 폐기물”이라 함은 다음 각호의 폐기물을 말한다.

1. 지정폐기물중 영 별표 1 제5호 가목의 폐합성수지
2. 사업장폐기물중 지정폐기물을 제외한 다음 각목의 폐기물
가.~카. 생략

타. 건설폐재류(토사· 폐벽돌· 폐콘크리트 및 폐아스팔트콘크리트에 한한다)

파.~버. 생략

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 구법에 의하면 폐기물중간처리업종은 허가업인 중간처리업 및 재생처리업과 신고업인 재생처리신고업으로 구분되어 있었는데, 이들은 모두 폐기물의 중간처리시설을 갖추고 폐기물을 재이용, 재생이용하기 위한 폐기물의 중간처리업무로서 본질적으로 동일한 업종이라고 할 수 있다. 그런데 법률의 개정으로 위 3개의 업종을 중간처리업으로 통합하면서, 이 사건 법률조항에서 구법상의 재생처리신고업자 중 건설폐재류 등 재생처리업자에 대하여 개정법 시행일로부터 1년 이내에 개정규정에 의한 중간처리업의 허가를 받도록 한 것은, 개정법 부칙 제5조 제1항에 따라 구법상의 재생처리업자에 대하여는 개정규정에 의한 중간처리업의

허가를 받은 것으로 보는 것과 비교할 때 본질적으로 평등한 것을 자의적으로 불평등하게 취급한 것으로서 헌법 제11조 제1항에 의하여 보장된 청구인들의 평등권을 침해한 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 구법상의 재생처리신고업자인 청구인들로 하여금 개정법 시행일로부터 1년 이내에 중간처리업의 허가를 받도록 규정하고 있다.

그러나 개정법 제26조 제4항 제2호에 의하여 중간처리업자가 갖추어야 할 폐기물중간처리시설은 도시계획 대상시설로서 도시계획법에 의한 도시계획결정을 받아야만 설치할 수 있고, 도시계획결정을 받지 못하면 중간처리업의 허가를 받을 수 없다.

그런데 대도시지역에서 폐기물처리시설 설치에 관한 도시계획결정을 받는다는 것은 설치가능지역이 도시계획법과 그 시행령 및 시행규칙상 일정한 지역으로 제한되어 있고, 환경보전상의 문제, 주민들의 반대 등으로 인하여 사실상 거의 불가능하다. 또 중간처리업의 허가를 받기 위하여는 도시계획결정절차 외에 개정법 제26조 등에 따른 중간처리업 허가절차를 거쳐야 하는데, 개정법 시행일로부터 1년이라는 짧은 기간 내에 위와 같은 절차를 모두 거친다는 것은 사실상 불가능하다.

당초 국가가 허가를 요하는 구법상의 중간처리업이나 재생처리업 이외에 재생처리신고제도를 두어 건설폐기물에 대한 성토재 등으로의 재활용을 신고대상으로 규정한 것은 성토재, 보조기층재, 도로기층재 등 재생골재료의 재활용이 용이한 건설폐기류의 재활용을 촉진하기 위한 입법정책적 고려로서, 이를 위하여 완화된 요건만 갖추어 신고하면 이를 재활용할 수 있도록 하였던 것

이며, 청구인들은 이러한 국가시책에 순응하여 수억원 내지 수십 억원의 자금을 투자하여 소정의 시설 및 장비를 갖추어 신고를 마친 후 적법하게 재생처리업을 영위하여 왔다.

그 밖에도 국가는 자원의절약과재활용촉진에관한법률을 제정하여 재활용산업의 육성에 대한 강한 의지를 보여 왔으며, 그 동안 여러차례의 폐기물관리법 개정시마다 경과규정을 두어 폐기물처리업자 등이 원활하게 그 업을 계속할 수 있도록 배려하여 왔으므로, 이에 따라 청구인들은 법개정이 있더라도 영업을 계속할 수 있을 것으로 신뢰하여 왔다.

따라서 위와 같이 실현 불가능한 허가조건을 제시하여 개정법 시행일로부터 1년 후에는 폐업할 수밖에 없도록 하고 있는 이 사건 법률조항은 신뢰보호의 원칙에 위반될 뿐만 아니라, 건설폐기물의 중간처리업으로의 일원화를 통한 형평성의 문제의 해소 및 환경오염방지라는 입법목적의 달성함에 있어서 방법의 상당성을 결여한 것으로서 과잉금지의 원칙에 위반하여 헌법 제15조에 의하여 보장된 직업결정 내지 직업선택의 자유를 침해한 것이다.

(3) 재생처리신고업자는 수억원에서 수십억원대에 이르는 시설 장비와 인력을 투입하여 영업을 하고 있었는데, 이 사건 법률조항으로 인하여 개정법 시행일로부터 1년 이내에 중간처리업의 허가를 받지 못하여 폐업이 불가피하게 됨으로써 영업권을 포함한 재산적 손실을 입게 되었으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재산권을 침해한 것이고, 나아가 구법에 의해서 적법하게 영업하고 있던 청구인들의 재산권을 소급입법에 의하여 박탈한 것으로서 헌법 제13조 제2항의 규정에도 위배된다.

나. 환경부장관 및 사단법인 전국건설폐기물처리공제조합의 의견
(1) 구법상의 중간처리업 또는 재생처리업과 재생처리신고업은 허가요건과 신고요건상의 차이, 영업대상 폐기물 종류의 차이, 위법행위에 대한 벌칙규정 또는 행정처분 및 과징금의 차이 등 여러 면에서 엄연히 서로 다른 법적 지위를 가지는 업종이므로, 재생처리업과 건설폐기물을 성토재 등으로 재활용하는 재생처리신고업을 중간처리업으로 통합하면서, 이 사건 법률조항에서 구법상의 재생처리신고업에 관하여 재생처리업의 경우와는 달리 개정법 시행일로부터 1년 이내에 중간처리업의 허가를 받도록 규정한 것은 “같은 것은 같게 같지 아니한 것은 같지 아니하게” 취급한 합리적인 입법이다.

(2) 재생처리신고업을 중간처리업으로 통합하여 구법상의 재생처리신고업자에게 개정법 시행일로부터 1년 이내에 중간처리업 허가를 받도록 한 것은 이원화로 인한 형평성 문제를 해소하고, 부적정 재활용을 예방하여 환경보전이라는 공익목적을 달성하기 위한 것으로서, 구법상의 재생처리신고업자가 개정법상의 중간처리업 허가를 받기 위하여 개정법상의 허가요건을 충족하고, 도시계획법에 의한 도시계획결정을 받는 데 소요되는 시간을 충분히 고려하여 개정법 시행일로부터 1년 이내에 허가받도록 유예기간을 부여하여 배려하고 있다.

그리고 대도시지역에서도 건설폐기물 중간처리업 허가가 불가능한 것이 아닐 뿐만 아니라, 1년 이내에 중간처리업 허가를 받지 못하게 되면, 그 후에도 허가가 금지되는 것은 아니므로 요건

만 갖추면 언제든지 허가를 받을 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

(3) 도시계획법에 의한 도시계획결정을 받지 못하여 현재의 영업장소에서 1년 이내에 허가를 받지 못한다고 하더라도 허가가 가능한 지역으로 이전하여 허가를 받을 수도 있을 것이며, 폐업을 하는 경우에도 파쇄시설 등 시설·장비 자체의 가치가 상실되는 것이 아니므로 재산권 침해를 인정하기 어렵다.

그리고 이 사건 법률조항은 개정법 시행일 이전에 이루어진 영업행위에 대하여 효력이 미치는 것이 아니고, 개정법 시행일 이후의 영업행위에 한하여 중간처리업 허가를 받을 것을 요구하고 있을 뿐이며, 시행일로부터 1년의 유예기간까지 두고 있으므로 소급입법에 해당한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 폐기물처리업 등에 관한 규정의 개정내용

구법은 폐기물처리업의 업종으로서 시·도지사 또는 환경부장관의 허가를 요하는 폐기물수집·운반업, 중간처리업, 폐기물최종처리업, 재생처리업, 폐기물종합처리업의 5종을 두고 있었고(구법 제26조 제1항, 제2항), 그밖에 시·도지사에 대한 신고만으로 업을 할 수 있는 재생처리신고업(구법 제44조의 2)을 인정하고 있었다.

그런데 개정법은 폐기물처리업의 업종으로서 위 재생처리업을 제외한 4종만을 두는 한편(개정법 제26조 제4항), 구법상의 재생처리신고업을 그 대상폐기물 중 건설폐재류 등 일부를 신고대상에서 제외하는 등 내용을 달리하는 재활용신고업으로 개정하였다

(개정법 제44조의 2).

즉 구법상 재생처리를 포함하는 광의의 폐기물중간처리업종은 중간처리업·재생처리업·재생처리신고업의 3가지로 구분되어 있었으나, 개정법에서는 재활용을 포함하는 광의의 폐기물중간처리업종을 중간처리업·재활용신고업의 2가지로 구분하면서, 구법상의 재생처리신고업의 대상폐기물 중 건설폐재류 등 일부를 재활용신고업의 대상에서 제외하고 중간처리업의 대상으로 보아 그 허가를 받아야만 사업을 할 수 있게 되었다.

그리고 그에 관한 경과조치로서 부칙 제5조는 구법의 규정에 의하여 재생처리업 허가를 받은 자는 개정법 제26조 제3항에 의한 중간처리업의 허가를 받은 것으로 보고(제1항), 구법의 규정에 의하여 재생처리신고를 한 자의 경우 그 사업이 개정법 제26조 제4항 제2호에 의한 중간처리업에 해당하는 경우에는 개정법 시행일부터 1년 이내에 개정법 제26조 제3항에 의한 허가를 받아야 하며(제2항 전단, 이 사건 법률조항임), 개정법 제44조의 2에 의한 재활용신고에 해당하는 경우에는 그 신고를 한 것으로 본다고 규정하였다(제2항 후단).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 직업선택의 자유의 침해 여부

(가) 문제의 제기

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있으며, 직업선택의 자유는 직업결정의 자유, 직업수행의 자유 등을 포괄하는 직업의 자유를 의미한다.

이 사건 법률조항은 구법상의 재생처리신고업자로 하여금 개정법 시행일로부터 1년 이내에 중간처리업의 허가를 받지 아니하면 영업을 계속할 수 없도록 하는 것이므로, 청구인들을 포함한 구법상 재생처리신고업자의 직업결정의 자유를 제한하는 규정이라 할 것이고, 이와 같이 국민의 기본권을 제한하는 법률규정이 헌법에 위배되지 않기 위하여는 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한의 한계인 과잉금지의 원칙이 지켜져야 한다.

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

따라서 법률개정을 통하여 신고제에서 허가제로 직업요건을 강화하는 과정에서 신뢰보호를 위한 경과조치를 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 같은 기준에 따라 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부가 문제로 된다.

(나) 법률의 개정과 신뢰의 보호

법률이 개정되는 경우에는 기존 법질서와의 사이에 어느 정도의 이해관계의 상충은 불가피하다고 할 것인바, 이 경우 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법률의 개정

으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 손상을 정당화할 수 없다면, 그러한 새 입법은 헌법상 법치국가의 원리로부터 파생되는 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 그리고 이러한 신뢰보호원칙의 위배여부를 판단하기 위하여는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910).

(다) 개정법의 입법목적

구법상 건설폐재류(토사·폐벽돌·폐콘크리트 및 폐아스팔트 콘크리트)를 재생처리하여 건축·토목공사의 성토재·보조기층재·도로기층재와 매립지의 복토용 등으로 이용하기 위하여는 중간처리업의 허가를 받거나(구법 제26조 제1항, 제2항 제2호, 구법시행규칙 제17조 제1항) 재생처리신고를 하는(구법 제44조의 2 제1항, 구법시행규칙 제46조 제2호 타목, 제47조 제2항 제6호) 두 가지 방법이 인정되어 있었으나, 개정법에서 구법상의 재생처리신고업의 대상폐기물 중 건설폐재류 등 일부를 재활용신고업의 대상에서 제외하였기 때문에(개정법 제44조의 2 제1항, 개정법시행규칙 제46조), 개정법하에서는 반드시 중간처리업의 허가를 받아야만 위와 같은 사업을 할 수 있게 되었다.

당초 구법에서 건설폐재류의 재생처리를 신고대상으로 한 것은 건설폐재류의 재활용을 촉진하기 위한 입법적 고려에서 비롯된 것이었다. 그러나 중간처리영업에 대한 허가제와 신고제의 이원

화는 형평성의 면에서 적지 않은 문제점을 내포하고 있었다.

즉, 재생처리신고업자는 중간처리업자와 비교하여 볼 때, 요건이 훨씬 완화되어 있고(구법 제26조 제1항, 제44조의 2 제1항, 구법시행규칙 제17조 제1항, 제48조), 위법행위에 대하여도 경미한 벌칙을 적용받으며(구법 제59조 제1호, 제2호, 제61조 제8호), 영업정지, 허가취소 등의 행정처분도 받지 않게 되어 있을 뿐 아니라(구법 제28조, 제29조 제1항), 그 폐기물처리시설은 도시계획법에 의한 도시계획결정의 대상에서 제외되어 있어(2000. 1. 28. 법률 제6243호로 개정되기 전의 도시계획법 제16조, 제12조, 도시계획시설기준에관한규칙 제126조), 대도시지역의 도시계획구역 안에서의 영업을 훨씬 용이하고 폐기물운반·처리비용의 큰 부분을 차지하는 물류비용이 적게 드는 등 가격경쟁에서 유리하게 되어 있었다.

또 재생처리신고업자에 대하여는 위법행위에 대한 벌칙이 경미하고, 영업정지, 허가취소 등의 행정처분을 할 수 없어 엄격한 관리가 곤란하였기 때문에 이물질이 과다 혼입된 성토재 등의 불법매립 등 부적정 재활용으로 인한 환경오염의 우려 또한 적지 않았다.

따라서 개정법에서 위와 같은 문제점이 특히 심각한 건설폐재류 등 일부폐기물에 대한 재생처리신고업을 중간처리업 허가로 전환하기로 한 것은 위와 같은 형평성 및 환경문제를 해소하기 위한 것으로서, 이러한 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

(라) 과잉금지의 원칙의 위반 여부

위에서 본 바와 같이 당초 국가가 구법에서 재생처리신고제도를 둔 취지가 재활용이 용이한 건설폐재류 등의 재활용을 촉진하기

위한 입법정책적 고려에서 비롯된 것이고, 폐기물관리법이 여러 차례 개정될 때 기존의 사업자들을 배려하기 위한 경과규정을 두어 온 사실이 인정된다.

따라서 이 사건의 경우 청구인들을 비롯한 구법상의 재생처리신고업자들이 거액의 자금을 투자하여 시설과 장비를 갖추어 신고를 마친 후 영업행위를 한 것은 신고제의 존속을 신뢰하였거나 법률이 개정되는 경우라도 계속적인 영업을 가능할 것으로 신뢰한 데 기인한 것이라고 할 것이다.

그러나 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이고 이는 일반적으로 예측할 수 있다고 보아야 하므로, 특별한 사정이 없는 한 구법상의 재생처리신고업자들은 스스로의 위험부담으로 법률이 부여한 기회를 활용한 경우에 지나지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 앞에서 본 바와 같이 구법상의 재생처리신고업자가 보호받아야 할 신뢰이익은 법률개정의 이익에 절대적으로 우선하는 것은 아니고, 적당한 유예기간을 규정하는 경과규정에 의하여 보호될 수 있는 것이라고 보아야 할 것이다.

이 사건 법률조항은 그 경과규정으로서 개정법 시행일로부터 1년, 법개정일로부터 1년 6개월의 유예기간을 두어 구법상의 재생처리신고업자로 하여금 그 기간내에(2000. 8. 8.까지) 중간처리업의 허가를 받도록 하고 있다.

그런데 구법상의 재생처리신고업자가 개정법상 중간처리업의 허가를 받기 위하여는 폐기물처리시설에 대한 도시계획결정도 받도록 되어 있는데, 대도시지역에서 폐기물처리시설 설치에 관한

도시계획결정을 받는다는 것은 환경보전문제, 주민들의 반대 등으로 인하여 상당히 어렵다고 할 수 있고, 특히 청구인들은 1년이라는 짧은 기간 내에 도시계획결정을 거쳐 중간처리업 허가를 받는다는 것은 사실상 불가능하다고 주장하고 있다.

이러한 문제점을 고려하여 2000. 7. 1. 대통령령 제16891호로 개정된 도시계획법시행령은 부칙 제3조에서 “법률 제5865호 폐기물관리법중개정법률 부칙 제5조 제2항의 규정에 의하여 폐기물중간처리업의 허가를 받아야 하는 자가 당해 허가요건에 적합하게 설치하는 폐기물처리시설은 2003년 7월 1일까지는 제32조 제1항의 규정에 불구하고 도시계획결정 없이 설치할 수 있다”고 규정함으로써, 폐기물처리시설이 도시계획법 제36조 제1항 단서, 동시행령 제32조 제1항, 동시행규칙 제6조의 규정에 의한 ‘도시계획으로 결정하여 설치하지 아니하여도 되는 시설’에 포함되어 있지 않음에도, 구법상의 재생처리신고업자는 폐기물처리시설에 대한 도시계획결정을 받음이 없이 개정법 시행일로부터 1년 이내에 다른 요건만 갖추어 중간처리업 허가를 받을 수 있게 되었다.

그리고 위 기간내에 허가를 받게 되면, 2003. 7. 1.까지는 도시계획결정 없이도 영업을 계속할 수 있게 되었다.

따라서 이 사건 법률조항은 구법상의 재생처리신고업자가 법 개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처할 수 있도록 하기 위하여 상당한 유예기간을 두고 있고, 그 기간은 위 도시계획법시행령 부칙 제3조에 의하여 도시계획결정에 관한 새로운 유예기간이 추가된 점에 비추어 볼 때, 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없다.

그러므로 이 사건 법률조항은 구법상의 재생처리신고업자의 신

되어익을 충분히 보호하고 있는 것으로서, 과잉금지의 원칙에 위반하여 헌법 제15조에 의하여 보장된 청구인들의 직업결정의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 평등권의 침해 여부

청구인들은 구법상의 재생처리업과 재생처리신고업은 폐기물의 중간시설을 갖추고 폐기물을 재이용, 재생이용하기 위한 폐기물의 중간처리업무로서 본질적으로 동일한 업종임에도 불구하고, 구법상의 재생처리업자에 대하여는 개정법 부칙 제5조 제1항에서 개정규정에 의한 중간처리업의 허가를 받은 것으로 보면서도, 재생처리신고업자에 대하여는 이 사건 법률조항에서 개정법 시행일로부터 1년 이내에 개정규정에 의한 중간처리업의 허가를 받도록 한 것은 본질적으로 평등한 것을 자의적으로 불평등하게 취급한 것으로서 헌법 제11조 제1항에 의하여 보장된 청구인들의 평등권을 침해한 것이라고 주장하고 있다.

그러나 구법상의 재생처리업은 완화된 요건을 갖추어 신고만 하면 되는 재생처리신고업과는 달리 엄격한 요건을 갖추어 허가를 받아야 할 뿐 아니라(구법 제26조 제1항, 제2항 제4호, 구법 시행규칙 제17조 제1항), 영업대상폐기물의 종류도 재생처리신고업과는 다르다(구법 제26조 제2항 제4호, 구법시행령 제9조). 또 재생처리업은 중간처리업과 마찬가지로 재생처리신고업보다 별칙이 무겁고, 행정처분의 대상이 되며 폐기물처리시설이 도시계획결정의 대상이 된다는 점 등에서 재생처리신고업과는 큰 차이가 있으므로, 구법상의 재생처리업이 재생처리신고업과 본질적으로 동일한 업종이라고 보기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항에서 구법상의 재생처리신고업자에 대하여 재생처리업자의 경우와는 달리 개정규정에 의한 중간처리업의 허가를 받도록 규정한 것을 두고 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급한 것으로 볼 수 없으므로, 이로 인하여 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

(3) 재산권의 침해 및 소급입법에 의한 재산권 박탈 여부

청구인들은 구법상의 재생처리신고업자는 수억원 내지 수십억원대의 시설장비와 많은 인력을 투입하여 영업을 하고 있었는데, 이 사건 법률조항으로 인하여 개정법 시행일로부터 1년 이내에 중간처리업의 허가를 받는 것이 사실상 불가능하여 폐업이 불가피하게 됨으로써 영업권을 포함한 재산적 가치가 손실되게 되었으므로 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장된 재산권을 침해당하였다고 주장하고, 나아가 이 사건 법률조항으로 인하여 이미 적법하게 영업을 해 오던 청구인들이 개정법 시행일로부터 1년 후에는 폐업을 하게 되었으므로 이는 헌법 제13조 제2항에서 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권의 박탈에 해당한다고 주장하고 있다.

그러나 위 헌법조항들에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103-104; 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664 참조).

그런데 이 사건의 경우 청구인들을 비롯한 구법상의 재생처리 신고업자가 소유하는 구체적인 시설, 장비나 채권 등 권리가 국가에 의하여 침해되는 경우가 아니다.

그리고 청구인들의 영업활동은 원칙적으로 자신의 계획과 책임하에 행위하면서 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다 할 것이므로, 청구인들이 주장하는 영업권은 위 헌법조항들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

그러므로 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 재산권이 침해되었다거나, 소급입법에 의하여 재산권이 박탈되었다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 심판청구는 이유없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언(주심) 이영모 한대현 하경철 김영일

식품접객업소영업행위제한기준 위헌확인

(2000. 7. 20. 99헌마455 전원재판부)

【관시사항】

1. 식품위생법시행령 제7조 제8호 라목의 유흥주점 영업행위 중 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”를 오전 9시부터 오후 5시까지 제한하는 식품접객업소영업행위제한기준이 직업행사의 자유를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 기준이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 위 기준의 입법목적은 국민경제가 어려운 시기에 과소비, 사치, 향락분위기 등의 재발을 막고 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 무도영업행위에 대한 영업시간의 제한은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라고 할 수 있으며, 위 기준에 의한 직업행사의 자유의 제한은 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 원칙에도 위배되지 아니하므로, 위 기준이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 직업행사의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.
2. 위 기준은 주간무도영업행위를 하는 모든 유흥주점업종에 적용되는 것으로서 비단 카바레에만 적용되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 가사 실제로 카바레의 영업행위만을 제한하는 결과가 된다고 하더라도 이는 주간무도영업행위로 인한 폐해를 고려한 것으로서 청구인을 비롯한 카바레영업자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고 할 수 없고, 관광특구의 카바레영업자의 주간무도영업행위를 허용하는 것은 관광사업을 육성함으로써 관

광진흥에 이바지하기 위한 것으로서 이를 두고 청구인을 비롯한 관광특구 이외의 지역의 카바레영업자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

【심판대상조문】

식품접객업소영업행위제한기준(1999. 7. 20. 보건복지부고시 제 1999-20호로 제정·고시한 것) 식품위생법 제30조의 규정에 의한 식품접객업소 영업행위 제한대상 및 제한시간은 다음과 같다.

제한대상 영업행위	제한 시간
식품위생법시행령 제7조 제8호 라목의 유흥주점 영업행위 중 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”	09:00 ~17:00

부 칙

(시행일) 이 고시는 1999년 8월 1일부터 시행한다.

【참조조문】

식품위생법 제30조(영업의 제한) 보건복지부장관은 공익상 또는 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 영업자 중 식품접객업을 하는 자(이하 “식품접객영업자”라 한다) 및 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위에 관한 필요한 제한을 할 수 있다.

식품위생법시행령 제7조(영업의 종류) 법 제21조 제2항의 규정에 의한 영업의 세부종류와 그 범위는 다음 각호와 같다.

1.~7. 생략

8. 식품접객업

가.~다. 생략

라. 유흥주점영업 : 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 노래를 부르거나 춤을 추는 행위가 허용되는 영업

【당 사 자】

청 구 인 고○하

대리인 변호사 정성욱

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 서울 종로구 창신동 ○○에서 ○○카바레를 운영하고 있는 자이다. 보건복지부장관은 1999. 3. 1.부터 식품접객업소에 대한 영업시간제한을 전면 철폐하였으나, 1999. 7. 20. 보건복지부고시 제1999-20호로 유흥주점 영업행위 중 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”에 대해서는 오전 9시부터 오후 5시까지 이를 제한하는 내용의 식품접객업소영업행위제한기준을 1999. 8. 1.부터 시행하는 것으로 하여 제정·고시하였다.

이에 청구인은 위 기준이 청구인의 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 주장하면서, 1999. 7. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 1999. 7. 20. 보건복지부장관이 보건복지부고시 제1999-20호로 제정·고시한 식품접객업소영업행위제한기준(이하 “이 사건 기준”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 규정 내

용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 이 사건 기준

식품위생법 제30조의 규정에 의한 식품접객업소 영업행위 제한 대상 및 제한시간은 다음과 같다.

제한대상 영업행위	제한시간
식품위생법시행령 제7조 제8호 라목의 유흥주점 영업행위 중 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”	09:00~17:00

부 칙

(시행일) 이 고시는 1999년 8월 1일부터 시행한다.

(2) 관련조항

식품위생법 제30조(영업의 제한) 보건복지부장관은 공익상 또는 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 영업자 중 식품접객업을 하는 자(이하 “식품접객영업자”라 한다) 및 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위에 관한 필요한 제한을 할 수 있다.

식품위생법시행령 제7조(영업의 종류) 법 제21조 제2항의 규정에 의한 영업의 세부종류와 그 범위는 다음 각호와 같다.

1.~7. 생략

8. 식품접객업

가.~다. 생략

라. 유흥주점영업 : 주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 노래를 부르거나 춤을 추는 행위가 허용되는 영업

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 기준은 형식적으로는 식품접객업소 중 휴게음식점, 일반음식점 및 단란주점의 업종을 제외한 유흥주점업종 모두의 영업행위를 대상으로 하는 것으로 되어 있으나, 룬싸롱, 요정, 카

바레, 디스코텍, 가요주점, 나이트클럽, 바, 스탠드바, 간이주점 등의 유흥주점업종 중 오전 9시부터 오후 5시 사이에 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”는 카바레의 영업행위에 국한된 것이고, 나머지 유흥주점업종은 위와 같은 영업행위를 하지 아니하는 것이다.

따라서 이 사건 기준은 실질적으로는 유흥주점업종 중 카바레의 영업행위만을 제한하는 것으로서, 다른 유흥주점업종의 영업자와 비교하여 청구인을 비롯한 카바레영업자들의 헌법상 평등권을 침해하고 있다.

(2) 또한 보건복지부장관은 당초 관광특구를 포함한 전국의 유흥주점을 동일하게 주간무도영업행위 제한대상으로 하는 지침을 하달하였다가, 1999. 8. 10. 이태원을 비롯하여 대전의 유성, 부산의 해운대, 속초, 경주, 제주, 송탄 등 소위 관광특구로 지정된 지역의 업소에 대해서는 관광진흥법을 적용하여 주간무도영업행위 제한대상에서 제외하도록 그 지침을 변경하였는바, 이로 인하여 이 사건 기준은 관광특구 이외의 지역의 카바레영업자를 주간무도영업행위가 허용되는 관광특구의 카바레영업자와 비교하여 합리적 이유 없이 차별대우하는 것이 되어 헌법상 평등권을 침해하고 있다.

(3) 원래 나이트클럽은 야간영업을 위주로, 카바레는 주간영업을 위주로 하여 만들어진 업태임에도 카바레에 대하여 주간영업을 못하도록 규제하는 것은, 본래의 업태구분 목적과 취지에 반하여 카바레라는 무도유희영업업태를 무용화시키고 고사시키는 조치로서 카바레영업자의 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이다.

(4) 정부가 당초 유희주점의 영업시간규제를 철폐하였던 취지는 타율과 규제의 통제사회에서 여가나 유희시간을 스스로 선택할 수 있는 자율화사회로의 전환을 꾀하고, 그 동안 합법적이고 정상적인 영업의 규제로 인하여 초래된 무도학원과 무도장의 불법 변태영업 등 많은 부작용과 부조리를 줄이기 위한 것이었다.

또한 최근에는 국민의 직업 및 생활패턴의 다양화로 주간의 무도유희시간을 선호하는 사람이 많아졌는데, 이들의 수요를 위와 같은 불법업소에서 충족하도록 방치하기보다는 카바레의 주간영업을 허용하여 국민의 주간무도유희욕구를 건전하게 해소할 수 있도록 함이 타당한 점에 비추어, 카바레의 주간영업을 제한함으로써 카바레영업자의 직업선택의 자유를 제한하는 것이 헌법 제 37조 제2항이 규정하고 있는 “질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우”로 볼 수 없다.

(5) 카바레의 주간영업을 허용하게 되면 주부의 탈선행위가 많아진다는 지적이 있으나, 카바레는 장소적 제한(카바레는 상업지역이어야 하고 학교로부터 직선거리 200m 이상의 거리이어야 함)과 영업상 내부의 각종규제(조명 등)를 받고 공개적으로 건전한 영업행위를 하므로, 많은 무도학원과 무도장 등에서 불법적으로 사실상

카바레영업을 하는 경우에 비하여 탈선의 가능성이 훨씬 적다. 뿐만 아니라 카바레의 주간영업을 허용하여 위와 같은 불법업소의 이용자를 카바레로 흡수하는 것이 주부들의 탈선을 막아주는 결과가 될 것이다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 청구인은 행정소송절차를 거치지 아니하고 이 사건 심판청구를 하였으므로, 법률이 정하는 구제절차를 거치지 않은 것으로서 각하되어야 한다.

(2) 청구인은 이 사건 기준으로 인하여 영업행위를 제한받는 유흥업소는 카바레에 한하므로, 청구인을 비롯한 카바레영업자는 다른 유흥주점업종의 영업자와 비교하여 평등권을 침해당하는 것이라고 주장하나, 헌법상 평등은 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 모든 국민을 평등하게 처우하되 정당한 이유가 있거나 합리적 근거가 있는 차별 내지 불평등을 허용하는 상대적 평등으로 해석함이 통설이므로, 이 사건 기준에 의한 영업행위제한은 우리사회에서 사치와 향락을 추방하고 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 적법하고도 필요한 조치로서 청구인을 비롯한 카바레영업자들의 평등권을 침해하는 것이 아니다.

(3) 관광특구로 지정받은 지역내 업소와의 영업행위제한의 차등조치는 관광진흥법 제69조 제2호의 규정에 의하여 관광진흥을 통한 국민경제의 향상을 기하기 위하여 관광지 등 외국인 관광객이 주로 이용하는 지역에 적용하는 최소한의 차등조치로서 공익상 필요한 것이다.

(4) 이 사건 기준은 대낮에 춤추는 행위에 대한 국민 대다수의

부정적인 인식 및 주부의 탈선행위에 대한 사회적 지탄여론 등을 감안하여, 카바레에서의 주간무도영업행위를 제한함으로써 주부의 탈선과 그로 인한 가정파탄 등을 방지하고, 건전한 사회기풍의 조성 및 선량한 풍속의 유지 등 공익을 보호하기 위한 것으로서, 그 영업행위 제한내용을 보면, 유흥주점의 모든 영업행위 중 오전 9시부터 오후 5시까지의 무도영업행위만을 제한하고 그 외의 모든 영업행위를 허용하는 최소한의 제한으로서 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

3.판 단

가. 적법요건에 관한 판단

보건복지부장관은 행정소송절차를 거치지 아니한 이 사건 심판 청구는 법률이 정하는 구제절차를 거치지 않은 것으로서 각하되어야 한다고 주장하므로, 이에 관하여 본다.

이 사건 기준은 그 제정형식이 비록 보건복지부장관의 고시라는 행정규칙이지만, 식품위생법 제30조의 위임에 따라 식품접객업소의 영업행위에 대하여 제한대상 및 제한시간을 정한 것으로서 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령의 성격을 가지고 있다.

따라서 이 사건은 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해 여부가 문제된다고 할 것인데, 이러한 경우 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공보 18, 590, 592; 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 552 참조).

나. 본안에 관한 판단

(1) 직업선택의 자유의 침해 여부

(가) 직업행사의 자유의 제한과 그 한계

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하고 있으나, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업행사의 자유까지 포괄하는 직업의 자유를 뜻하는 것이다.

이 사건 기준은 식품위생법시행령 제7조 제8호 라목의 유흥주점 영업행위 중 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”를 오전 9시부터 오후 5시까지는 할 수 없도록 함으로써, 청구인을 비롯한 유흥주점영업자들의 직업행사의 자유를 제한하는 규정이라고 할 것이다.

직업행사의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이므로, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만, 그 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것이므로, 이 사건 기준이 과잉금지의 원칙에 위배된 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

(나) 과잉금지의 원칙의 위배 여부

1) 목적의 정당성

식품위생법 제30조는 “보건복지부장관은 공익상 또는 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 영업자 중 식품접객업을 하는 자 및 그 종업원에 대하여 영업시간 및 영업행위에 관한 필요한 제한을 할 수 있다”고 규정하고 있고, 이 사건 기준은 위 법률조항의 위임에 따라 유흥주점 영업행위 중 “무

도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”에 대해서 오전 9시부터 오후 5시까지는 이를 제한하고 있다.

식품위생법시행령 제7조 제8호에 의하면 식품접객업은 휴게음식점영업, 일반음식점영업, 단란주점영업 및 유흥주점영업으로 분류되고, 그 중 유흥주점영업은 “주로 주류를 조리·판매하는 영업으로서 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 노래를 부르거나 춤을 추는 행위가 허용되는 영업”으로 규정되어 있다.

그런데 이 사건 기록에 의하면, 유흥주점업종 중 이 사건 기준이 제정·고시되기 전에 주간에 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”를 영업행위로 해온 것은 카바레뿐이라는 것이므로, 이 사건 기준은 실제로는 주로 카바레의 주간무도영업 행위를 규제하기 위한 것이라고 할 수 있다.

이 사건 기준의 입법목적은 주간무도행위에 대한 국민 대다수의 부정적 인식을 바탕으로, 국민경제가 어려운 시기에 과소비, 사치, 향락분위기 등의 재발을 막고 건전한 사회기풍을 조성하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성은 인정된다고 할 것이다.

2) 방법의 적정성

다음으로 무도영업행위에 대한 영업시간의 제한이 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 과연 효과적이고 적절한 방법인지에 관하여 본다.

카바레는 술과 더불어 춤을 추는 곳으로서 이성간의 접촉이 빈번하게 이루어지는 영업의 성격상 남녀간의 불건전한 만남이 이루어지는 장소로 이용되어 주부탈선 등 사회적 문제를 야기하고

선량한 풍속을 저해하는 일이 있었음은 부인할 수 없다. 특히 주간무도영업행위의 허용은 위와 같은 폐해를 심화시킬 뿐만 아니라, 근로의욕상실이나 과소비를 초래하는 요인이 되어 이에 대한 국민 대다수의 인식도 매우 부정적이었다고 할 수 있다.

그런데 춤이라는 것은 경우에 따라 퇴폐적 향락의 도구로 사용될 수도 있는 것이지만, 기본적으로 현대인의 생활에 있어서 건전한 레크레이션의 일종으로서 반드시 밤에만 제한적으로 허용되어야 할 성질의 것으로는 볼 수 없고, 국민의 직업 및 생활패턴의 다양화에 따라 주간의 여가생활에 대한 욕구 내지 주간무도유흥에 대한 수요가 증가하고 있는 것이 현실이다.

따라서 주간무도영업행위의 허용으로 인한 다소의 부작용이 있다 하더라도 이는 업소환경의 개선이나 건전한 무도문화의 확립 등을 통하여 해소되어야 할 사항으로서, 위와 같은 문제점을 이유로 카바레 등 유흥주점업소의 무도영업행위에 대하여 영업시간을 제한하는 것은 적절한 방법이 되지 못한다고 볼 여지도 있다.

그러나 현실적으로 업소환경을 획기적으로 개선하거나 건전한 무도문화를 확립한다는 것은 일조일석에 이루어지기 어려운 일이라는 점을 고려할 때, 카바레 등 유흥주점업소에 대하여 오전 9시부터 오후 5시까지의 무도영업행위를 제한하는 것은 위에서 본 바와 같은 폐해의 방지 및 건전한 사회기풍의 조성이라는 입법목적을 달성하기 위한 하나의 적절한 방법이라고 할 것이다.

한편, 청구인은 카바레의 주간무도영업행위를 제한하는 것은 오히려 무도확원, 무도장 등이 불법적으로 사실상 카바레영업을 하는 등의 불법변태영업을 초래하는 결과가 된다고 주장하나, 이

러한 문제점은 강력한 행정적, 사법적 단속을 통하여 해결되어야 할 것으로서, 위와 같은 이유를 들어 카바레의 주간무도영업행위에 대한 제한이 부적절하다는 주장은 받아들이기 어렵다.

3) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

이 사건 기준은 카바레 등 유흥주점업소의 영업행위 중 오직 무도영업행위에 대해서만 오전 9시부터 오후 5시까지에 한하여 이를 제한하는 것이므로, 무도영업행위 이외의 주류판매 등 모든 영업행위는 영업시간의 제한 없이 가능하다. 또한 무도영업행위가 제한되는 위 시간대는 대다수의 국민들이 근로활동에 종사하거나 건전한 휴식을 취하는 시간이라고 할 수 있고, 대낮에 카바레 등 유흥주점업소에서 술과 더불어 춤을 춘다는 것은 건전한 사회생활을 하는 일반국민들로서는 쉽게 생각하기 힘든 일이라고 할 것이다.

따라서 이 사건 기준에 의한 직업행사의 자유의 제한은 피해의 최소성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

또한 이 사건 기준이 주간무도영업행위를 제한함으로써 카바레 영업자 등 유흥주점영업자가 입게 되는 불이익보다는 이를 허용함으로써 초래될 수 있는 건전한 사회기풍이나 선량한 풍속의 저해로 인한 불이익이 더 크다고 볼 수 있으므로 법익의 균형성의 원칙에 위배되는 것도 아니라 할 것이다.

(다) 소결론

결국 이 사건 기준에 의한 영업행위의 제한은 과잉금지의 원칙의 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을

충족하였다고 보여지므로, 이 사건 기준이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인의 직업행사의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다. 한편, 청구인은 당초 주간영업을 위주로 하여 만들어진 업태인 카바레에 대하여 주간영업을 못하도록 규제하는 것은 카바레영업자의 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 주장하나, 이 사건 기준이 주간의 일정한 제한시간을 제외한 모든 시간대에 카바레의 무도영업행위를 허용하는 이상 이를 두고 카바레영업자의 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없음은 명백하다.

(2) 평등권의 침해 여부

청구인은 이 사건 기준이 실질적으로 유흥주점업종 중 카바레의 영업행위만을 제한하는 것으로서, 다른 유흥주점영업자와 비교하여 카바레영업자의 평등권을 침해한다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

이 사건 기준은 유흥주점 영업행위 중 “무도장을 갖추고 손님으로 하여금 춤을 추게 하는 행위”에 대한 영업시간의 제한을 규정하고 있는바, 이는 위와 같은 내용의 영업행위를 하는 모든 유흥주점업종에 적용되는 것으로서 비단 카바레에만 적용되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 가사 실제로 그동안 주간무도영업행위를 해온 것은 카바레뿐으로서 카바레만이 이 사건 기준으로 인하여 영업행위의 제한을 받는 결과가 된다고 하더라도, 이는 주간무도영업행위로 인한 피해를 고려한 것으로서 청구인을 비롯한 카바레영업자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

또한 청구인은 이 사건 기준은 관광특구 이외의 지역의 카바레 영업자를 주간무도영업행위가 허용되는 관광특구의 카바레영업자와 비교하여 합리적 이유 없이 차별대우하는 것이 되어 헌법상 평등권을 침해하고 있다고 주장하나, 관광특구는 관광지 등 또는 외국인관광객이 주로 이용하는 지역 중에서 시·도지사의 신청에 의하여 문화관광부장관이 지정하는 것으로서(관광진흥법 제67조 제1항), 관광특구안에서는 관광진흥법 제69조 제2호의 규정에 의하여 식품위생법 제30조의 규정에 의한 영업제한이 배제되고, 이로 인하여 이 사건 기준에 의한 제한을 받지 않게 된다 하더라도, 이는 관광사업을 육성함으로써 관광진흥에 이바지하기 위한 것으로서, 이를 두고 청구인을 비롯한 관광특구 이외의 지역의 카바레영업자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철 김영일(주심)

국적법 제2조 제1항 제1호 위헌제청

(2000. 8. 31. 97헌가12 전원재판부)

【관시사항】

1. 심판계속 중 제청대상 법률조항이 개정되어 재판의 전제성이 상실되었다고 본 사례

2. 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제2조 제1항 제1호(이하 “구법조항”이라 한다)가 헌법상 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)

3. 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정인 신 국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 국적법을 전문개정된 것. 이하 “신법”이라 한다) 부칙 제7조 제1항(이하 “부칙조항”이라 한다)의 헌법불합치 및 잠정적용명령

【결정요지】

1. 법원이 이 사건 위헌여부심판을 제청할 당시, 제청대상 법률조항(구법조항)이 위헌이라면 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 제청신청인은 대한민국 국적을 취득할 수 있기 때문에 제청신청인이 외국인임을 전제로 한 강제퇴거명령은 이를 집행할 수 없게 되므로, 구법조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 전제성이 있었다. 그러나 신법에서는 부모양계혈통주의로 개정되었고(제2조 제1항 제1호), 당해사건에서도 1998. 6. 14.부터는 신법을 적

용하여야 하므로(부칙 제1조), 구법조항은 이 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하여 부적법하다.

2. 가. 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중 신법이 경과규정에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게만 대한민국 국적을 취득하도록 규정한 것이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여는 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구법조항의 위헌 여부에 대한 판단이 전제가 된다.

나. 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있다. 이렇게 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다.

한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있는 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다.

모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고, 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유, 재산권, 선거권 및 피선거권, 국가배상청구권 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못하게 된다. 그러므로 구법조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별취급을 하고 있으므로 헌법상의 평등원칙에 위배된다.

3. 가. 부칙조항은 신법이 구법상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 개정하면서 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 신고 등 일정한 절차를 거쳐 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정으로서, 구법조항의 위헌적인 차별로 인하여 불이익을 받은 자를 구제하는 데 신법 시행 당시의 연령이 10세가 되는지 여부는 헌법상 적정한 기준이 아닌 또 다른 차별취급이므로, 부칙조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

나. 그러나 헌법재판소가 위헌결정 또는 단순한 헌법불합치 결정만을 선고할 경우 부칙조항은 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 더 이상 적용할 수 없게 되고, 이 경우 그나마 신법 시행 전 10년 동안에 태어난, 모가 한국인인 자녀에게 국적취득의 길을 열어 놓고 있는 근거규정(부칙조항)이 효력을 잃게 됨으로써 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 따라서 부칙조항은 헌법에 합치하지 아니하나 입법자가 새로운 입법을 할 때까지 이를 잠정적으로 적용하도록 명하는 것이다.

【심판대상조문】

구 국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것) 제2조(국민의 요건) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 대한민국의 국민이다.

1. 출생한 당시에 부가 대한민국의 국민인 자
- 2.~4. 생략

② 생략

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제7조(부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례)

① 이 법 시행 전 10년 동안에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법의 시행일부터 3년 내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득할

수 있다.

1. 모가 현재 대한민국의 국민인 자
2. 모가 사망한 때에는 그 사망 당시에 모가 대한민국의 국민이었던 자

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 제2조(출생에 의한 국적취득) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득한다.

1. 출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자
- 2.~3. 생략

② 생략

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포후 6월이 경과한 날부터 시행한다.

【참조판례】

2. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770
헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1
3. 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383

【당 사 자】

제 청 법 원 서울고등법원 (97부776 위헌법률심판제청)

제청신청인 김○호

대리인 변호사 안상운

당해사건 서울고등법원 96구10128 강제퇴거명령처분등 무효확인

【주 문】

1. 구 국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호에 대한 위헌여부심판제청을 각하한다.

2. 국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제 7조 제1항 중 “……10년 동안에” 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

(1) 제청신청인은 1955. 9. 3. 출생할 당시의 국적취득을 구 국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정되고, 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제2조 제1항 제1호(이하 “구법조항”이라 한다)에서 부계혈통주의(父系血統主義)로 규정한 것이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌제청신청을 하였고, 제청법원은 1997. 8. 20. 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌심판을 제청하였다.

제청법원이 인정한 당해사건의 개요는 별지(서울고등법원 97부 776 위헌법률심판제청 결정의 “위헌심판제청 이유” 중 2. 본안사건의 개요)와 같다.

(2) 이 심판사건 계속 중 제청대상 구법조항은 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 국적법을 전문개정(이하 “신법”이라 한다)하면서 부모양계혈통주의(父母兩系血統主義)로 개정되었고, 부칙 제7조 제1항(이하 “부칙조항”이라 한다)에서 신법 시행 이전 10년 동안에 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 자에 대하여 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 하는 경과규정을 두었다.

나. 심판대상

(1) 1955. 9. 3.생인 제청신청인은 개정된 신법에 의해서도 10년 동안이라는 기간 제한이 있는 부칙조항으로 인하여 대한민국 국적을 취득할 수 없으나, 만일 헌법재판소의 부칙조항에 대한 위헌 내지 헌법불합치결정과 개선입법을 한다면 국적취득을 할 수 있기 때문에, 부칙조항도 같이 위헌 여부 심판을 해 주는 것이 법질서의 정합성과 소송경제 측면에서도 바람직하므로 이를 심판대상에 포함시키기로 한다(헌재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14).

(2) 심판대상은 구법 제2조 제1항 제1호 및 신법 부칙 제7조 제1항 중 “……10년 동안에” 부분의 위헌 여부로서 그 내용 및 신법의 관련규정은 다음과 같다.

구 국적법 제2조 ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 대한민국의 국민이다.

1. 출생한 당시에 부가 대한민국의 국민인 자

국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 제2조(출생에 의한 국적취득) ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득한다.

1. 출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자

부칙 제7조(부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례) ① 이 법 시행 전 10년 동안에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 이 법의 시행일부터 3년 내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.

1. 모가 현재 대한민국의 국민인 자

2. 모가 사망한 때에는 그 사망 당시에 모가 대한민국의 국민이었던 자

2. 제청법원과 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

구법은 국적취득에 관하여 부계혈통주의를 규정하여 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 제1항에 위반되고, 혼인과 가정생활에서도 부(父) 또는 부(夫)의 지위를 자(子) 또는 처(妻)의 지위에 비하여 우월하게 취급하고 있으므로 양성평등의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제36조 제1항에도 위배된다.

나. 제청신청인의 의견

신법은 부칙 제7조에서 모계 출생자의 국적취득과 관련하여 신법 시행 전 10년 동안에 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 자에게만 일정한 조건하에 국적을 취득할 수 있도록 규정함으로써, 1988. 6. 13. 이전에 출생한 자는 구법과 마찬가지로 국적을 취득할 수 없게 되므로 제청신청인에 대한 기본권 침해상태는 지속되고 있다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 국민되는 요건의 결정을 출생지와 혈통 중 어느 쪽을 선택할 것인지, 그밖에 국적에 관한 사항을 어떻게 규정할 것인지는 입법재량의 문제에 속한다.

구법에서는 적출자(嫡出子)는 부(父)의 국적을, 비적출자는 모(母)의 국적을 기준으로 국적을 취득할 수 있게 한 것이고 외국인 부(父)의 적출자는 통상 그 부의 국적을 취득하는 것이므로 이중국적 방지를 위하여 부계혈통주의를 채택하고 있는 구법조항

은 남녀를 차별하는 것이 아니다.

부계혈통주의는 사회환경의 변화로 인하여 정책적 합리성에 의문이 생기게 되었지만 구법 제정당시의 역사, 사회, 문화적 전통에 비추어 보면 위헌으로 볼 수 없다.

(2) 신법이 부칙에서 소급효 기간을 10년으로 규정한 이유는, 첫째 소급효의 인정은 법의 안정성을 해치는 예외적인 것이어서 가급적 그 범위를 최소화하기 위한 것이고, 둘째 신법은 무국적아동을 구제하는 데 중점을 둔 것으로서 신법 시행 전에 대한민국 국민인 모와 외국인인 부 사이에 출생한 자 중 10세 이상인 자들은 구법 또는 신법에 의하여 대부분 귀화(歸化)나 인지(認知) 등의 방법으로 국적을 취득한 상태이므로 굳이 특례규정의 적용대상에 포함시킬 필요가 없었기 때문이다.

라. 통일부장관의 의견

제청신청인은 중국에서 상당기간 체류하고 생활근거지도 그곳에 두고 있으므로 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률 제2조 제1호에 의한 북한이탈주민에 해당된다고 인정하기 어렵다.

마. 외교통상부장관의 의견

우리나라는 북한의 국적을 인정하지 아니하므로 이론상 북한주민도 우리 국적을 가진 자로 볼 수 있다. 우리의 실효적 지배권이 미치지 못하는 제3국에 체류하는 북한주민들에 대해서 우리 국적을 인정하는 것은 제3국과의 관계에서 외교적인 문제가 생길 가능성이 있으나 북한주민이 이미 국내에 들어와 있는 경우에 국적을 인정하는 것은 외교적으로 문제가 없다.

3. 판 단

가. 국적의 개념과 성격

(1) 국민은 영토, 주권과 더불어 국가의 3대 구성요소 중의 하나다. 국적은 국민이 되는 자격·신분을 의미하므로 국민이 아닌 자는 외국인(외국국적자, 이중국적자, 무국적자 포함. 이하 같다)이라고 한다. 국민은 항구적 소속원이므로 어느 곳에 있던지 그가 속하는 국가의 통치권에 복종할 의무를 부담하고, 국외에 있을 때에는 예외적으로 거주국의 통치권에 복종하여야 한다.

역사적으로 보면, 근대국가 성립 이전의 영민(領民)은 토지에 종속되어 영주(領主)의 소유물과 같은 처우를 받았다. 근대국가에서도 개인은 출생지 또는 혈통에 기속되고 충성의무를 강요당하는 지위에 있었으므로 국적선택권이 인정될 여지가 없었다. 그러나 천부인권(天賦人權) 사상은 국민주권을 기반으로 하는 자유민주주의 헌법을 낳았고 이 헌법은 인간의 존엄과 가치를 존중하므로, 개인은 자신의 운명에 지대한 영향을 미치는 정치적 공동체인 국가를 선택할 수 있는 권리, 즉 국적선택권을 기본권으로 인식하기에 이르렀다. 세계인권선언(1948. 12. 10.)이 제15조에서 “① 사람은 누구를 막론하고 국적을 가질 권리를 가진다. ② 누구를 막론하고 불법하게 그 국적을 박탈당하지 아니하여야 하며 그 국적변경의 권리가 거부되어서는 아니된다.”는 규정을 둔 것은 이를 뒷받침하는 좋은 예다. 그러나 개인의 국적선택에 대하여는 나라마다 그들의 국내법에서 많은 제약을 두고 있는 것이 현실이므로 국적은 아직도 자유롭게 선택할 수 있는 권리에 이르지 못하였다고 할 것이다.

(2) 국적의 취득은 대체로 출생에 의한 경우와 귀화에 의한 경

우로 나눌 수 있고, 출생에 의한 것은 다시 혈통주의(속인주의)와 출생지주의(속지주의)로 나누어진다(법무부 조사로는, 118개국 중 72개국은 혈통주의를, 나머지 46개국은 출생지주의를 채택하고 있다).

혈통주의를 취하는 국가 중 유럽지역은 모두 부모양계혈통주의를, 아시아지역은 우리나라의 구법과 중동의 회교권국가 및 대만, 인도네시아, 태국은 부계혈통주의를 취하나, 일본과 중국을 포함한 대부분의 국가는 부모양계혈통주의를 채택하고 있다. 한편, 북미와 남미지역 국가는 대부분 출생지주의에 의하나, 국외에서 출생한 자녀에게는 부모양계혈통주의의 원칙에 따라 국적을 부여하고 있다.

(3) 국적은 국가와 그의 구성원 간의 법적유대(法的紐帶)이고 보호와 복종관계를 뜻하므로 이를 분리하여 생각할 수 없다. 즉 국적은 국가의 생성과 더불어 발생하고 국가의 소멸은 바로 국적의 상실 사유인 것이다. 국적은 성문의 법령을 통해서가 아니라 국가의 생성과 더불어 존재하는 것이므로, 헌법의 위임에 따라 국적법이 제정되나 그 내용은 국가의 구성요소인 국민의 범위를 구체화, 현실화하는 헌법사항을 규율하고 있는 것이다.

나. 국민의 범위

(1) 1948. 7. 17. 제정된 제헌헌법이 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로써 정한다(제3조)”는 규정에 따라 같은 해 12. 20. 법률 제16호로 국적법을 제정하였다. 국적법은 3차에 걸쳐서 개정되었는데 이중국적의 발생 여지를 줄임으로써 국적단일주의를 강화하였을 뿐 골격은 그대로 유지하고 있었다. 구법의 기본원칙은 국적법정주의, 부계우선혈통주의, 부중심주의, 국적단일주의,

가족국적동일주의 등으로 요약할 수 있다.

1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 신법은 1984년 유엔의 「여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약」에 가입할 당시 국적취득에서의 남녀평등조항을 유보했던 것을 철회하여, 구법의 부계혈통주의 조항을 평등원칙에 부합되게 개정함과 아울러 현실에 맞지 않거나 미비한 조항을 합리적으로 개선·보완한 것이다.

(2) 우리 헌법은 제헌헌법 이래로 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”(제헌헌법 제4조, 현행헌법 제3조)는 규정을 두고 있다.

대법원은 이를 근거로 하여 북한지역도 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미치고 북한주민도 대한민국 국적을 취득·유지하는 데 아무런 영향이 없는 것으로 해석하고 있다. 그리하여, 국적에 관한 임시조례(1948. 5. 11. 남조선과도정부법률 제11호) 제2조 제1호는 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 조선의 국적을 가지는 것으로 규정하고 있고, 제헌헌법은 제3조에서 대한민국의 국민되는 요건을 법률로써 정한다고 규정하면서 제100조에서 현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다고 규정하고 있으므로, 조선인을 부친으로 하여 출생한 자는 설사 그가 북한법의 규정에 따라 북한국적을 취득하였다고 하더라도, 위 임시조례의 규정에 따라 조선국적을 취득하였다가 1948. 7. 17. 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다고 한다(대법원 1996. 11. 12. 96누1221, 공1996하, 3602).

외교통상부장관은, 우리의 실효적 지배권이 현실적으로 미치지 못하는 북한지역 거주자 또는 제3국에 체류하는 북한주민들에 대해서 우리 국적을 인정하는 것은 북한당국과의 마찰 또는 제3국과의 관계에서 외교적인 문제가 생길 가능성이 있지만, 최소한 북한주민이 이미 국내에 들어와 있는 경우에 그가 원하는 한 우리 국적을 인정하는 것은 문제가 없다는 의견을 개진하고 있다.

(3) 제청법원은 제청신청인의 모가 대한민국 국민이라고 인정하였으므로, 이 사건에서는 오로지 제청신청인이 출생에 의하여 우리 헌법 및 국적법에 따라 대한민국 국적을 취득하는지 여부에 한정하여 판단하기로 한다.

다. 구법조항의 재판전제성

법원이 이 사건 위헌여부심판을 제청할 당시, 구법조항이 위헌이라면 대한민국 국민을 모로 하여 출생한 제청신청인은 대한민국 국적을 취득할 수 있기 때문에 제청신청인이 외국인임을 전제로 한 강제퇴거명령은 이를 집행할 수 없게 되므로(제청신청인은 서울고등법원의 1996. 4. 13.자 강제퇴거명령처분 효력정지 결정에 의하여 같은 달 15. 보호해제 되었다), 구법조항의 위헌 여부는 당해사건의 재판에 전제성이 있었다. 그러나 1997. 12. 13. 개정된 신법에서는 부모양계혈통주의로 개정하였고(제2조 제1항 제1호), 당해사건에서도 1998. 6. 14.부터는 신법을 적용하여야 한다(부칙 제1조).

따라서 구법조항은 이 심판 계속 중 재판의 전제성을 상실하여 부적법하므로 주문 1항과 같이 각하결정을 하기로 한다.

라. 부칙조항에 대한 판단

(1) 부칙조항의 성격

부칙조항은 신법이 구법상의 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 개정하면서 구법상 부가 외국인이기 때문에 대한민국 국적을 취득할 수 없었던 한국인 모의 자녀 중에서 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자에게 신고 등 일정한 절차를 거쳐 대한민국 국적을 취득하도록 하는 경과규정이다.

그러므로 부칙조항의 위헌여부, 즉 '10년'의 경과규정을 둔 것이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여는 출생에 의한 국적 취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구법조항의 위헌여부에 대한 판단이 전제가 된다.

(2) 구법조항의 위헌성

(가) 헌법전문은 헌법을 제정한 주체는 국민임을 밝히고 있고, 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있다”고 하여 ‘국민’이 주권자임을 선언하고 있다. 제2장은 「국민의 권리와 의무」라고 제목을 붙이고 각 조항에서 ‘국민’이 기본권의 주체임을 명시하고 있을 뿐만 아니라, 제2조 제1항은 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 하여 기본권의 주체인 국민에 관한 내용을 입법자가 형성하도록 하였다.

법무부장관은, 헌법 제2조에 의하여 입법자는 국민의 요건을 결정함에 있어서 광범한 재량권이 있으므로 출생지주의를 택할 것인지 혈통주의에 의할 것인지는 입법재량 영역이고, 혈통주의를 택하는 경우에도 출생의 장소나 부모쌍방이 대한민국 국민인지, 출생에 의하여 이중국적자가 될 것인지의 여부 또한 입법재량 문제라고 주장한다. 그러나 헌법의 위임에 따라 국민되는 요건을 법률로 정할 때에는 인간의 존엄과 가치, 평등원칙 등 헌법

의 요청인 기본권 보장원칙을 준수하여야 하는 입법상의 제한을 받기 때문에, 국적에 관한 모든 규정은 정책의 당부 즉 입법자가 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것인지 여부가 심사기준이 된다는 법무부장관의 주장은 받아들이지 아니한다.

(나) 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 하여 평등원칙을 선언하고 있다.

헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로서 모든 국가기관에게 법을 적용함에 있어서 정당한 근거 없이 개인이나 일정한 인적 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지한다. 따라서 모든 사람은 평등하게 법규범을 통해서 의무를 부담하고 권리를 부여받으며, 반대로 모든 공권력주체에 대해서는 일정한 사람들에게 유리하거나 불리하게 법을 적용하거나 적용하지 않는 것이 금지된다. 그러나 헌법 제11조 제1항의 규범적 의미는 이와 같은 ‘법 적용의 평등’에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 ‘법 제정의 평등’을 포함한다. 따라서 평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는 것을 금지한다. 이때 입법자가 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가는 그 규율대상과 차별기준의 특성을 고려하여 구체적으로 결정된다.

헌법재판소는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인 사건에서 판시하기를, “평등원칙 위반 여부에 대한 심사척도는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 제대군인에 대한 가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 ‘근로’ 내지 ‘고용’의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도에 의하여야 한다. 가산점제도는 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들이 희생당하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리 헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계 내에 확고히 정립된 기본질서라고 할 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호’에도 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것”이라고 하였다 (헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-791).

이 결정에서 실시한 평등원칙 위반에 대한 위헌심사기준과 남녀 차별이 위헌이라는 취지의 논증은 이 사건에 그대로 이끌어 쓸 수 있다. 그 결과, 부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있으므로 위헌이라는 결론에 이르게 된다. 다시 말하면, 한국인 부와 외국인 모 사

이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋남이 분명하고 이러한 차별취급은 헌법상 허용되지 않는 것이다.

(다) 헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다.

헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17). 이 규정은 가족생활이 ‘양성의 평등’을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것으로 이해되므로 입법자가 가족제도를 형성함에 있어서는 이를 반드시 고려할 것을 요구하고 있다.

구법조항이 규율하는 사실관계를 다시 살펴보면, 한국인과 외국인 간의 혼인에서 배우자의 한쪽이 한국인 부인 경우와 한국인 모인 경우 사이에 성별에 따른 특별한 차이가 있는 것도 아니고, 양쪽 모두 그 자녀는 한국의 법질서와 문화에 적응하고 공동체에서 흠없이 생활해 나갈 수 있는 동등한 능력과 자질을 갖추었는데도 불구하고 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있다. 그러나 이와 같이 가족의 장(長) 또는 중심을 부로 정하는 것은 가족생활에서 양성평등의 원칙을 선언하고 있는 헌법의 명문에 비추어 타당성이 있는지 의심스럽다.

국적취득에서 혈통주의는 사회적 단위인 가족에로의 귀속을 보

장하는 한편 특정한 국가공동체로의 귀속을 담보하며 부모와 자녀간의 밀접한 연관관계를 잇는 기본이 된다. 만약 이러한 연관관계를 부와 자녀 관계에서만 인정하고 모와 자녀 관계에서는 인정하지 않는다면, 이는 가족 내에서의 여성의 지위를 폄하(貶下)하고 모의 지위를 침해하는 것이다.

그러므로 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다.

(라) 국적이 다른 부모로부터 출생한 자녀의 국적을 규율하고 있는 구법조항은 한국인 부모 일방의 성별에 따른 차별을 하고 있다. 그 결과, 한국인 모와 그 자녀의 법적 지위는 한국인 부와 그 자녀의 법적 지위에 비교하여 보면 현저한 차별취급을 받고 있다.

모가 한국인인 자녀들은 외국인이므로 병역의무의 면제와 같은 혜택을 누릴 수 있으나, 국적에 따른 차별은 대체로 불리한 쪽으로 연관된다. 즉, 그들은 외국인이므로 원칙적으로 대한민국의 공무원이 될 수 없고(국가공무원법 제35조, 지방공무원법 제33조, 외무공무원법 제8조), 거주·이전의 자유(헌법 제14조, 출입국관리법 제7조, 제17조), 직업선택의 자유(헌법 제15조, 수산업법 제5조, 도선법 제6조), 재산권(헌법 제23조, 외국인토지법 제3조, 특허법 제25조, 항공법 제6조), 선거권 및 피선거권(헌법 제24조, 제25조, 공직선거및선거부정방지법 제15조, 제16조), 국가배상청구권(헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제7조), 범죄피해자구조청구권(헌법 제30조, 범죄피해자구조법 제10조), 국민투표권(헌법 제72조, 제130조 제2항, 국민투표법 제7조) 및 사회적 기본권 등을 누릴 수 없거나 제한적으로밖에 향유하지 못하게 된

다. 그러나 외국인과 혼인을 한 한국인인 부 또는 모의 국적에 따라 그들 자녀의 국적을 다르게 함으로써 생기는 이러한 차별을 정당화하는 실질적인 공익이 있는 것도 아니다.

법무부장관은, 구법은 출생시의 적출자는 부의 국적을, 비적출자는 모의 국적을 기준으로 각 국적을 취득할 수 있게 한 것이므로 남녀를 차별하는 것이 아니고, 외국인 부의 적출자는 통상 그 부의 국적을 취득하게 되므로 부계혈통주의는 이중국적 방지를 위한 합리성이 있다고 주장한다. 그러나 구법조항이 자녀와 국가의 관계에서 이중국적을 방지하는 데 기여한다는 사유로도 위와 같은 차별이 정당한 것으로 되는 것은 아니다. 자녀의 입장에서 볼 때, 이중국적으로 인한 불이익은 추가로 모의 국적을 취득함으로써 얻는 이익보다 더 크지 않고 그 자녀가 국가공동체에 들어오는 것을 막아야 할 절대적인 공익이 있는 것도 아니므로 법무부장관의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

그러므로 구법조항은 자녀의 입장에서 볼 때에도 한국인 모의 자녀를 한국인 부의 자녀에 비교하여 현저하게 차별취급을 하고 있으므로 헌법상의 평등원칙에 위배되는 것이다.

(마) 이상 살펴본 이유에 의하면, 구법조항은 부계혈통주의를 채택함으로써 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 헌법 제36조 제1항의 가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙에 위배되는 조항이고, 그와 같은 차별로 인하여 그 자녀의 기본권에 중대한 제한을 초래한 것이므로 헌법에 위반되는 규정이었다.

(3) 부칙조항의 헌법불합치

(가) 입법자는 1997. 12. 13. 법률 제5431호로 구법을 전문개정

하면서 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 바꾸었다(신법 제2조 제1항 제1호). 이로써 구법조항의 위헌성은 제거되었으나 신법 시행 이전에 출생한, 모가 한국인인 자녀가 구법조항으로 인하여 침해받은 기본권을 회복시켜 줌에 있어 부칙조항은 신법 시행 전 10년 동안에 출생한 자녀에게는 대한민국 국적을 부여한 반면, 청구인과 같이 신법 시행 10년 이전에 출생한 자에게는 국적을 부여하지 아니하였다. 그러므로 이와 같은 '10년'의 기간제한이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부가 문제된다.

법무부장관은, 신법 시행 전에 대한민국 국민인 모와 외국인 부사이에 출생한 소위 모계출생의 10세 이상인 자들은 구법이나 신법에 의하여 대부분 귀화나 인지 등의 방법으로 우리 국적을 취득하였기 때문에 이미 국적문제가 해결되었다고 주장한다. 그러나 10세 이상의 자들의 국적문제가 해결되었다는 점에 대하여 합리적인 논증을 하지 아니하였고, 10세 이상의 자로서 무국적상태로 남아 있는 자에 대한 믿을 수 있는 통계도 제시한 바가 없다.

또한 부칙조항이 신법 시행 전 10년 동안에 출생한 자들에 대해서만 국적취득의 기회를 부여한 것은 성별에 관한 가치관이 근래에 변천한 데 따른 것이라는 주장도 있을 수 있으나, 성별에 의한 차별금지의 법의식이 신법 시행 전 10년 동안에 생긴 것으로 단정할 합리적인 자료가 있는 것도 아니다. 제헌헌법 제8조는 “모든 국민은 법률 앞에 평등이며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있었기 때문에, 성별에 의한

차별금지라는 법의식의 변화는 늦어도 이 때부터 시작된 것으로 볼 수 있다.

따라서 그 적용범위를 구법조항의 모든 피해자에게 확대하는 것은 소급입법으로 인한 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 법무부장관의 주장에 더 무게를 둘 필요는 없다. 구법조항의 위헌적인 차별로 인하여 불이익을 받은 자를 구제하는 데 신법 시행 당시의 연령이 10세가 되는지 여부는 헌법상 적정한 기준이 아닌 또 다른 차별취급이므로 부칙조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다.

(나) 법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법전(法典)에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다. 다시 말하면, 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가, 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법적 공백의 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417).

이 사건의 경우, 구법조항으로 인하여 국적을 취득할 수 없었던 자를 구제하기 위하여는 신법 시행 전에 출생한, 모가 한국인

인 자녀에게 대한민국 국적을 취득할 수 있도록 하는 경과규정이 반드시 필요한데, 헌법재판소가 위헌결정 또는 단순한 헌법불합치결정만을 선고할 경우 부칙조항은 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 더 이상 적용할 수 없게 된다. 이 경우 그나마 신법시행 전 10년 동안에 태어난 자녀에게 국적취득의 길을 열어 놓고 있는 근거규정이 효력을 잃게 됨으로써 범치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다. 이와 같이 이 규정으로 혜택을 입을 국적에 관련된 자에 대하여 법을 다시 개정할 때까지 일시적이거나 법적 공백상태를 야기하거나 관련 행정기관 및 해당 가족에 대하여 법적 불안정이라는 새 불씨를 만들고 이를 방치하는 것은 또 다른 위헌 사태에 다름 아니므로, 이 규정은 법률이 개정될 때까지 그 요건에 맞아 한국국적을 취득할 수 있는 자에게는 그대로 적용할 수 있게 하여야 한다.

따라서 부칙조항은 헌법에 합치하지 아니하나 입법자가 새로운 입법을 할 때까지 이를 잠정적으로 적용하도록 명하는 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로, 구법 제2조 제1항 제1호에 대한 위헌여부심판제청을 각하하고, 신법 부칙 제7조 제1항 중 “…10년 동안에” 부분은 헌법에 합치하지 아니하나 경과규정에 관한 새로운 입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 명하기로 하여 관련한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석

신창언 이영모(주심) 한대현 하경철 김영일

[별 지]

당해사건의 개요

(1) 신청인은 1955. 9. 3.에 김○익(1928. 10. 13.생)을 아버지로서 하고 염○수(1933. 3. 27.생)를 어머니로 하여 평안북도 만포시에서 출생하여 1957년경 부모를 따라 중국 흑룡강성 목단강시에 이주하여 그곳에서 성장하였다.

(2) 신청인은 1995. 11. 4. 03:00경 전남 무안군 해안을 통하여 대한민국에 밀입국하여 서울로 상경하였는데 그 다음날 경찰공무원에게 검문을 받고 귀순의사를 밝혔으나 같은 달 8. 서울외국인보호소에 수감되었고 서울외국인보호소장은 같은 달 24. 신청인에 대하여 강제퇴거명령을 하였다.

(3) 이에 신청인은 자신이 대한민국의 헌법 및 국적법에 의한 대한민국의 국민이므로 강제퇴거명령의 대상인 '외국인'에 해당하지 아니한다는 이유로 위 강제퇴거명령의 무효확인 등을 구하는 이 사건 본안소송을 제기하였다.

(4) 신청인이 대한민국의 국민이라고 주장하는 근거는, 자신의 아버지인 위 김○익의 아버지가 조선인이었으므로 국적에관한임시조례(1948. 5. 11. 공포. 남조선과도정부 법률 제11호) 제2조 제1항 및 제헌헌법 제3조, 제100조에 따라 위 김○익은 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였는데, 그후 1955. 9. 3.에 신청인이 대한민국의 국민인 위 김○익을 아버지로서 하여 출생하였으므로 신청인은 1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정된 국적법 제2조 제1항 제1호에 따라 대한민국의 국적을 취득하였다는 것인바, 기록에 나타난 각 증거들을 종합하여 볼 때 위 김○익은

조선인을 아버지로 하여 출생한 것으로 보이지만 위 국적에 관한입시조례가 시행되기 이전에 이미 중국 흑룡강성에 거주하면서 중국국적을 취득한 것으로 인정되고 그가 그 이후 신청인 출생 이전에 중국국적을 포기하였다는 점에 대하여는 이를 인정할 자료가 부족한 상태이므로 신청인 출생 당시 위 김○익이 대한민국의 국민이었다고 보기는 어렵다.

(5) 이에 신청인은 나아가 그가 대한민국의 국민이라고 주장하는 새로운 근거로, 자신의 어머니인 위 염○수의 아버지가 조선인이었으므로 국적에관한입시조례 제2조 제1항 및 제헌헌법 제3조, 제100조에 따라 위 염○수가 제헌헌법의 공포와 동시에 대한민국의 국적을 취득하였는데, 그후 1955. 9. 3.에 신청인이 대한민국의 국민인 위 염○수를 어머니로 하여 출생하였으므로 신청인은 대한민국의 국적을 취득함이 당연할 것임에도 불구하고, 1948. 12. 20. 법률 제16호로 제정된 국적법 제2조 제1항 제1호는 부계(父系)혈통주의에 입각하여 아버지가 대한민국의 국민인 경우만 그 자(子)가 대한민국의 국적을 취득하도록 하고 있으므로 신청인이 대한민국의 국적을 취득하지 못한 것이라고 주장하면서, 위 국적법 제2조 제1항 제1호가 헌법상의 평등원칙에 위배하여 남녀를 부당하게 차별하고 있다는 이유로 위헌심판제청을 신청하였다.

파산법 제298조 제2항 위헌소원

(2000. 8. 31. 98헌바27, 99헌바13(병합) 전원재판부)

【관시사항】

화의법에 의한 화의절차에 있어서 보증인 및 담보제공자 등을 화의인가에 따른 면책 등의 효력이 미치는 범위에서 제외하도록 한 ‘화의법(1962. 1. 20. 법률 제997호) 제61조 중 파산법 제298조 제2항을 준용하는 부분’이 평등의 원칙 내지 재산권보장 및 경제질서에 관한 헌법규정에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

이 사건 법률조항에서 화의채권자가 채무자의 보증인 등에 대하여 갖는 권리나 물적 담보를 화의인가에 따른 면책 등의 효력이 미치는 범위에서 제외한 것은, 화의절차상 화의인가에 따른 면책제도의 목적, 화의의 성립형식상의 특성 및 화의절차에 있어서 이해관계인의 이해조정 등 모든 관점에서 그 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소화 및 법익의 균형성 등의 합리적인 근거를 가진 것이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 비록 화의인가결정의 효력을 보증인이나 물적 담보 등에 미치지 않게 함으로써 화의채무자에 비하여 보증인이나 담보제공자 등을 차별하여 그들에게 불이익한 결과를 초래한다고 하여도 이는 합리적 이유가 있는 것으로 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위반되지 아니함은 물론 재산권보장에 관한 헌법 제23조 제1항이나 경제질서에 관한 헌법 제119조 제1항 및 제2항에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

화의법(1962. 1. 20. 법률 제997호) 제61조(파산상의 강제화의의 효력에 관한 규정의 준용) 파산법 제297조 내지 제299조 및 제314조의 규정은 화의의 효력에 관하여 이를 준용한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조 제1항, 제119조 제1항, 제2항

파산법 제298조(강제화의의 효력범위) ① 강제화의는 파산채권자 전원을 위하여 또는 그 전원에 대하여 효력이 있다.

② 강제화의는 파산채권자가 파산자의 보증인 기타 파산자와 더불어 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리 및 파산채권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 아니한다.

회사정리법 제240조(정리계획의 효력범위) ① 생략

② 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.

【참조판례】

헌재 1992. 6. 26. 91헌가8등, 판례집 4, 323

【당 사 자】

청 구 인 1. 최○민 외 2인 (98헌바27 사건)

대리인 변호사 조재석

2. 김○천 외 8인 (99헌바13 사건)

대리인 법무법인 화인

담당변호사 송훈석 외 1인

당해사건 1. 수원지방법원 여주지원 98타기182 부동산임의경매개시 결정에 대한 이의신청 (98헌바27)

2. 서울지방법원 98가단65852 구상금청구 (99헌바13)

【주 문】

화의법(1962. 1. 20. 법률 제997호) 제61조 중 파산법 제298조 제2

항을 준용하는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1.사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 98헌바27

청구의 주식회사 ○○벽지(이하 ‘□□벽지’라고 한다)는 기술개발 자금을 용자받으면서 그 용자금 상환채무를 담보하기 위하여 청구의 ○○보증보험 주식회사(이하 ‘□□보증보험’이라 한다)와 이행보증보험계약을 체결하였는데, 청구인들은 위 보증보험계약에 기한 ○○벽지의 ○○보증보험에 대한 구상채무를 연대보증함과 동시에 청구인들 소유의 부동산을 담보로 제공하였다.

그 후 ○○벽지가 위 용자금을 상환하지 못하는 보험사고가 발생하여 △△보증보험은 위 보증보험계약의 피보험자에게 보험금 4,068,634,120원을 지급하였다. 한편 ○○벽지는 ○○보증보험 등 채권자들의 동의를 얻어 1997. 11. 15. 인천지방법원으로부터 화의인가결정(97거1)을 받았는데, 그 화의조건 중 ○○보증보험을 포함한 금융기관에 대한 화의채권의 변제조건은 원금에 대하여는 1998년부터 2001년까지 4년 거치 후 2002년부터 2010년까지 분할상환하고, 이자에 대하여는 기발생 이자는 연 5%의 비율에 의한 이자를 매년 연말에 정산하여 각 연도마다 4년 거치 후 상환하며, 경과이자 는 연 19%의 비율에 의한 이자를 4년 거치 후 9년간 분할상환한다는 것이다. 그런데 대한보증보험은 1998. 1. 13. 청구인들로부터 담보로 제공받은 위 부동산에 관하여 수원지방법원에 임의경매신청을 하여 같은 해 2. 4. 임의경매개시결정

(98타경401)을 받았다.

그러자 청구인들은 화의법 제61조에서 강제화의의 효력은 파산채권자가 파산자의 보증인에 대하여 가지는 권리 및 파산채권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 않는다고 규정한 파산법 제298조 제2항을 준용하고 있어, 화의인가결정에 의하여 화의채무자의 채무가 변경되었음에도 보증인이자 담보제공자인 청구인들의 채무나 책임에는 아무런 변경이 없게 되는 것은 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제11조 제1항에 위반된다고 주장하면서, 1998. 2. 18. 수원지방법원 여주지원에 부동산임의경매개시결정에 대한 이의신청(98타기182)을 하는 한편, 같은 지원에 파산법 제298조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 1998. 3. 27. 기각되었다(98카기43).

이에 청구인들은 1998. 4. 6. 위헌법률심판제청신청 기각결정정본을 송달받고, 같은달 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 99헌바13

청구의 주식회사(이하 ‘△△원’이라고 한다)는 ○○보증보험과 이행보증보험계약을 체결하였는데, 청구인들은 위 보증보험계약에 기한 △△원의 대한보증보험에 대한 구상채무를 각 연대보증하였다.

그 후 보험사고가 발생하여 ○○보증보험이 위 보증보험계약의 피보험자들에게 보험금 2,077,217,748원을 지급하였고, ○○보증보험은 청구인들을 상대로 서울지방법원에 위 연대보증채무의 이행을 구하는 구상금청구의 소(98가단65852)를 제기하였다. 한편 △△원은 1997. 4. 9. ○○보증보험 등 채권자들의 동의를 얻어 1998.

4. 1. 서울지방법원으로부터 화의인가결정(97거7)을 받았는데, 그 화의조건 중 ○○보증보험을 포함한 담보권 없는 금융기관에 대한 화의채권의 변제조건은 원금에 대하여는 화의개시 결정일로부터 1년 거치 후 7년간 분기별로 균등하게 분할 상환하고, 이자에 대하여는 기발생이자 및 장래발생이자를 면제받는 것이다. 그런데 청구인들은 화의법 제61조에서 강제화의의 효력은 파산채권자가 파산자의 보증인에 대하여 가지는 권리에 영향을 미치지 않는다고 규정한 파산법 제298조 제2항을 준용하고 있어 화의인가결정에 의하여 화의채무자의 채무가 변경되었음에도 보증인의 채무나 책임에는 아무런 변경이 없게 되는 것은 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제11조 제1항에 위반된다고 주장하면서, 위 구상금청구소송 계속 중 서울지방법원에 파산법 제298조 제2항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 1999. 1. 8. 기각되었다(98카기117984).

이에 청구인들은 1999. 1. 19. 위헌법률심판제청신청 기각결정정본을 송달받고, 같은달 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상의 변경

청구인들은 파산법(1962. 1. 20. 법률 제998호) 제298조 제2항에 대하여 위헌확인을 구하고 있으나, 이 사건 기록을 살펴보면, 청구인들은 화의채무자의 보증인 내지 담보제공자들로서 화의법(1962. 1. 20. 법률 제997호) 제61조가 파산상의 강제화의의 효력에 관한 규정의 하나인 파산법 제298조 제2항을 준용함으로써 화의법에 의한

화의절차에 있어서 보증인 및 담보제공자 등을 화의인가에 따른 면책 등의 효력이 미치는 범위에서 제외하도록 하고 있는 것을 다투고 있는 것이므로, 화의와 관련된 이 사건에서 파산법 제298조 제2항이 직접 심판의 대상이 될 수는 없다.

따라서, 직권으로 이 사건 심판의 대상을 파산법 제298조 제2항에서 ‘화의법 제61조(1962. 1. 20. 법률 제997호) 중 파산법 제298조 제2항을 준용하는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 변경하기로 한다.(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232-233 참조)

(2) 이 사건 법률조항 및 관련조항

이 사건 법률조항 및 관련조항은 다음과 같다.

화의법 제61조(파산상의 강제화의의 효력에 관한 규정의 준용)
파산법 제297조 내지 제299조 및 제314조의 규정은 화의의 효력에 관하여 이를 준용한다.

파산법 제298조(강제화의의 효력범위) ① 강제화의는 파산채권자 전원을 위하여 또는 그 전원에 대하여 효력이 있다.

② 강제화의는 파산채권자가 파산자의 보증인 기타 파산자와 더불어 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리 및 파산채권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 아니한다.

2. 청구인들의 주장, 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장

(1) 98헌바27

보증채무의 목적이거나 형태가 주채무의 그것보다 중할 수 없고

(민법 제430조), 보증인은 주채무자의 항변으로 채권자에게 대항할 수 있는 등(민법 제433조 제1항) 보증채무는 주채무의 처분에 종속되고 있으므로, 보증채무의 별개독립성은 보증채무의 부종성에 저촉되지 않는 한도에서만 인정되는 제한적인 것이다. 따라서 보증인이 주채무자보다 더 가혹한 입장에 빠지도록 하는 이 사건 법률조항은 헌법 제11조의 평등의 원칙과 제23조 제1항의 재산권의 보장에 위배된다.

그리고 화의절차에서는 종전 경영자가 계속 경영권을 장악하고 있어 종전 경영자가 배제되는 회사정리절차와 구별되는데, 만일 이 사건 법률조항이 위헌이 아니라면 화의절차에서 종전 경영자가 계속 경영권을 장악하고 있는데도 그 경영자를 위하여 담보를 제공하였던 자는 그 담보물을 처분당하여야 하는 불합리한 결과가 초래된다.

(2) 99헌바13

보증제도는 주채무자의 채무의 이행을 담보하기 위한 것이므로 주채무가 존재하지 않게 된 경우 그 보증채무만 존재한다는 것은 논리칙에 반하며, 민법 제430조도 “보증인의 부담이 주채무의 목적이거나 형태보다 중한 때에는 주채무의 한도로 한다”라고 하여 보증채무의 부종성에 대하여 규정하고 있다.

그런데 파산법 제298조 제2항은 파산채권자의 권리만을 강조한 나머지 주채무가 감축, 소멸된 경우에도 보증채무를 존속시켜 보증인의 권리를 도외시한다는 점에서 헌법 제23조 제1항의 재산권보장과 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해하고 있다.

또한 화의의 경우 위 파산법의 규정이 적용된다면, 파산으로

인한 부담은 채권자와 채무자가 함께 지는 것이 당연함에도 불구하고 이 조항으로 인하여 채권자는 아무런 부담을 지지 않고 그 부담은 보증인에게로 돌아가고 보증인의 부담은 결국 다시 파산자인 채무자에게로 돌아가므로 파산제도 자체를 유명무실하게 할 우려가 있어, 이는 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화의 도모에 관한 헌법 제119조 제2항에 위배된다. 특히, 위 파산법 규정은 이 사안과 같이 채권자가 화의절차에 참여하여 화의조건에 동의한 경우에도 적용된다고 할 것인데, 이는 채권자와 채무자 그리고 보증인의 경제상의 자유와 창의를 도외시하는 것이 되므로 헌법 제119조 제1항의 경제질서의 기본원리에도 위배된다. 적어도 이 사안과 같이 화의조건에 동의한 채권자에게는 그 효력이 미치지 않는다고 하여야 하며, 이와 같은 제한이 없는 이상 위 파산법 규정은 헌법에 위반된다.

나. 위헌제청신청 기각이유

(1) 98헌바27

이 사건 법률조항은 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 갹신의 가망이 있는 자에 관하여 채권자 등 이해관계인의 이해를 조정함과 동시에 파산자의 갹생을 도모하려는 파산법의 목적에 부합하는 합리적인 규정으로서 헌법에 위반되지 않는다.

(2) 99헌바13

구체적인 이유 설시가 없다.

다. ○○보증보험의 의견 (98헌바27)

화의채권자는 보증인 등에 대한 권리가 그대로 남아 있다는 점을 참작하여 화의절차에 동의한 것이고, 만일 이 사건 법률조항

이 없다면 화의가 성립되지 않아 청구인들이 이 사건에서와 같은 주장을 할 수도 없을 것이다. 그리고 이 사건 법률조항으로 인하여 보증인 등의 책임이 더 무거워지는 것은 아니며, 보증인 등에 대하여 채권자의 권리행사를 제한한다면 오히려 채권자의 재산권이나 평등권을 침해할 수 있다. 또한 집단적 변제방법이 정해지는 화의와 회사정리에 있어 주채무자에 대한 채무내용의 변경이 보증인 등에게 개별적으로 어떤 효력을 가지는지는 화의와 회사정리에 따라 구분할 수 없다.

라. 법무부장관의 의견 (98헌바27)

화의제도는 채무자의 파탄을 예방하고 갹생을 도모하기 위한 것으로 화의과정에서 발생하는 손실을 채권자에게 부담시킨다면 원활한 화의의 성립을 기대하기 어렵다는 판단에서 그 손실을 보증인 등이 부담하도록 하는 것이고, 보증인의 입장에서도 당초에 부담하고 있던 채무나 책임 이상의 다른 채무 등이 가중되는 것이 아니다. 또 화의법 제49조에서는 보증인이나 담보제공자도 장래의 구상권을 포함한 구상권을 파산채권으로 신고하고 파산절차에 참가할 수 있도록 하는 파산법 조항을 준용하고 있어 보증인이 받는 피해를 최소화하고 있을 뿐만 아니라 민법상 한정상속의 경우 주채무자의 책임이 상속재산의 한도내로 감축됨에도 불구하고 보증인 등의 책임에는 아무런 변경이 없는 것에 비추어 보아도 보증채무의 부종성 원칙이 절대적인 것은 아니라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

3. 판 단

가. 도산처리제도와 화의

(1) 도산은 현행 자본주의 시장경제질서하의 필연적 산물의 하나로서 이의 신속한 처리를 위한 특별한 제도정비의 필요성이 채권자, 채무자 및 사회 일반의 견지에서 제기되며, 이에 따라 마련된 것이 바로 파산법, 회사정리법 및 화의법 등의 도산처리법제이다.

그 가운데 화의는 자연인 및 법인 모두를 대상으로 하는 재건형의 일반적 도산처리제도로서, 화의법상의 화의는 채무자에게 파산의 원인인 사실이 있거나 그러한 사실이 생길 염려가 있는 경우에 법원, 정리위원, 화의관재인의 보조·감독 하에 채무자는 파산선고를 예방할 목적으로, 채권자는 파산선고시보다 유리한 조건으로 변제를 받을 목적으로 체결되는 채무자와 채권자 사이의 채권의 변제방법에 관한 합의이며 그 본질은 일종의 화해이다.

(2) 화의는 사회경제적 손실이 큰 채무자의 파산을 예방하여 궁극적으로는 기업을 유지하고 재건하는 것을 목적으로 하는 재판상의 절차이다. 파산상태에 있는 채무자가 파산을 면하기 위하여 채권자들과 개별적으로 접촉을 하여 채권자들로부터 변제기간의 유예 또는 이자부분 탕감 등에 관한 합의를 이루어 낸다는 것은 지극히 어려운 일이며 설사 합의를 이루어 낸다 하여도 각 채권자 사이에 불평등한 조건 내지 소수 채권자들의 반발로 인하여 최종 통합합의에 실패할 가능성이 크다. 이러한 경우 소수자의 무리한 요구에 구애되지 않고 평등한 조건으로 법원, 정리위원, 화의관재인의 보조·감독 하에 일정조건만 충족을 하면 합의가 성립된 것으로 간주하고 이 합의에 의하여 화의채권자들을 구속하는 제도가 바로 화의인 것이다.

이러한 화의에 있어서 채무자는 채권자와의 협정에 기하여 일정한 범위에서 채무면제나 기한의 유예를 받음으로써 자신의 재산을 보전하면서 재기·갱생을 도모할 수 있고, 채권자로서도 파산적 청산에 의한 근소한 배당을 감내하는 것이 아니라 보다 큰 변제를 기대할 수 있게 된다. 또한 채무자의 경제적 재기·갱생에 의하여 개인적인 거래관계가 유지되는 이익이 있음은 물론 사회적 차원의 경제적 손실도 막을 수 있다.

나. 이 사건 법률조항의 의의 및 내용

(1) 화의는 인가의 결정의 확정으로 인하여 그 효력이 발생하며(화의법 제58조), 이러한 인가결정이 갖는 효력은 화의채권자 전원을 위하여 또는 그 전원에 대하여 미치는 것이 원칙이다(화의법 제61조, 파산법 제298조 제1항 참조).

그런데 화의법 제61조는 파산법 제298조 제2항을 준용함으로써 이러한 화의인가결정의 효력이 화의채권자가 화의채무자의 보증인 기타 화의채무자와 더불어 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리 및 화의채권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 않도록 하고 있다. 이에 따라 화의채권자의 채무자에 대한 권리가 비록 인가결정의 효력에 의하여 면책 또는 변경된다고 하더라도 화의채권자가 채무자의 보증인 등에 대하여 갖는 권리나 물적 담보는 아무런 영향을 받지 않게 되는 것이다. 즉, 인적·물적 보증인이나 담보물권의 목적물을 취득한 제3취득자 등은 화의인가결정의 내용과는 상관없이 화의채권자에 대하여 원래의 내용에 따른 채무나 책임을 그대로 부담하게 된다.

보증채무, 물상보증 등은 본래 채무자가 충분한 자력을 갖지

않은 경우에 그 변제를 담보하기 위한 제도이므로, 강제화의에 의하여 파산채권에 있어서 권리변경이 행하여진 경우에도 파산채권자가 파산자의 보증인 그 밖의 파산자와 함께 채무를 부담하는 자에 대하여 가지는 권리 및 파산채권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 않게 하려는 것이 파산법 제298조 제2항의 입법취지이며, 화의법에 의한 화의 역시 강제화의로서 그 제도적 취지 및 성격이 파산법상의 그것과 기본적으로 같으므로 화의법이 이를 준용하고 있는 것으로 보인다.

(2) 민법상 일반원칙에 의하면, 보증채무는 주채무의 이행을 담보하기 위하여 주채무와 동일한 급부를 내용으로 하고, 주채무와 보증채무의 양자 가운데 어느 하나가 이행되면 이들 채무는 모두 소멸하게 된다. 또 담보물권도 피담보채권의 범위 내에서 책임을 지고 피담보채권이 소멸하면 담보물권도 소멸하게 된다. 이는 보증채무의 경우에는 그것이 주채무의 이행을 담보하는 수단으로 되어 있다는 점, 담보물권의 경우에는 그것이 피담보채권의 목적을 위하여 존재하는 점이라는 데서 오는 논리적 결과이다. 이렇게 보증채무가 주채무의 존재를 전제로 하고, 담보물권이 피담보채권의 존재를 전제로 하는 특질을 이른바 ‘부종성’이라고 한다.

민법상 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 가지며(민법 제433조 제1항), 저당권은 피담보채권과 분리하여 타인에게 양도하거나 다른 채권의 담보

로 하지 못하고(민법 제361조), 피담보채권이 시효의 완성 기타의 사유로 소멸한 때에는 저당권도 소멸한다(민법 제369조)는 규정들은 모두 위와 같은 부종성을 뒷받침하는 것이다.

그러므로 이와 다르게 정하고 있는 이 사건 법률조항은 위와 같은 민법상의 보증채무나 물적 담보의 부종성 원칙에 대한 예외를 규정하고 있는 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 앞에서 본 바와 같이 화의절차에 있어서는 화의인가결정에 따라 채무자가 채권자에 대하여 부담하고 있는 채무가 면책되거나 그 내용에 변경이 있게 되더라도 인적·물적 보증인이나 담보물권의 목적물을 취득한 제3취득자 등은 이 사건 법률조항에 따라 부종성의 원칙에 대한 예외로서 그 채무나 책임에 대하여 어떠한 면책이나 변경을 받을 수 없게 된다. 이러한 법적 효과는 화의절차가 행하여진 경우 화의인가결정으로 인하여, 채무자의 보증인이나 담보제공자 등이 민법의 일반원칙에 의한다면 가질 수 있었던 채무의 감면 등 재산상의 법적 이익을 향유할 수 없게 됨으로써 그들의 재산권을 제한하는 결과에 이르고, 나아가 화의채무자보다 더 큰 채무나 책임을 지게 되는 차별을 받게 되는 외양을 보이고 있어 재산권 보장이나 평등원칙 나아가 경제질서 등에 관한 헌법규정에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다.

(2) 도산처리제도와 관련하여 헌법재판소는 1992. 6. 26. 91헌가8, 9(병합) 회사정리법 제240조에 관한 위헌심판사건에서 회사정리법상 회사정리계획의 효력은 정리채권자 또는 정리담보권자

가 회사의 보증인 등에 대하여 가진 권리와 회사 이외의 자가 정리채권자 또는 정리담보권자를 위하여 제공한 담보에 영향을 미치지 않도록 한 것이 헌법에 위반되는지 여부에 관하여, “회사정리법 제240조 제2항이 보증인 등을 정리계획인가에 따른 면책 등의 효력이 미치는 범위에서 제외함으로써 회사정리절차에서 정리채권자 등에 비하여 보증채무자 등을 차별하여 불이익하게 다루고 있다고 하더라도, 이것은 회사정리절차상 정리계획인가에 따른 면책제도의 목적, 정리계획의 성립형식상의 특성 및 정리절차에 있어서 정리채권자 등과 보증인 등의 이해조정 등의 모든 관점에서 그 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 형평성 등의 합리적인 근거를 가지고 있으므로 헌법상 평등원칙에 위반되지 않을 뿐 아니라 재산권 보장이나 일반적 법률유보에 관한 헌법조항에도 위반된다고 볼 수 없다”고 하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 한 바 있다(판례집 4, 323-342).

이 사건에서 문제되는 화의절차는 위 회사정리절차와 함께 우리나라 도산처리제도의 한 축을 이루는 것으로서, 비록 양제도가 다소 상이한 점이 있기는 하지만 기본적으로 그 제도적 취지 및 구조가 같고 도산처리를 위하여 이 사건 법률조항과 회사정리법 제240조 제2항이 규율하는 법률관계는 각각 화의제도와 회사정리절차에 있어서 집단적 합의의 효력의 핵심을 이루는 것이므로, 위 위헌심판사건에서 판시한 이유는 이 사건에서도 기본적으로 타당하고, 위 결정의 선고 이후에 도산처리법제의 기본적인 법률관계와 관련하여 그 견해를 변경하여야 할 특별한 사정변경이 있는 것으로 보이지도 않는다. 이와 관련하여 화의절차에서는 회사

정리절차와는 달리 종전 경영자가 계속 경영권을 장악하기 때문에 이 사건 법률조항을 위헌이라 하지 않을 때 불합리한 결과가 초래된다고 청구인들은 주장하고 있으나(98헌바27), 그러한 차이가 도산처리제도의 기본 취지 및 구조에 비추어 화의인가 및 회사정리인가 결정에 대한 효력상의 차이를 들 만한 본질적인 사유라고 볼 수는 없다.

(3) 살피건대, 다음과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

(가) 먼저, 화의법 제61조가 준용하고 있는 파산법 제298조 제2항은 같은 조 제1항과 비교해 볼 때, 화의에 의한 이해의 조정은 채무자와 화의채권자들 사이에서만 이루어지면 족하고 이를 넘어서 화의채권자와 보증인 및 담보제공자 등과의 관계에 이르기까지 이해의 조정이 이루어질 필요는 없다는 뜻을 담고 있는 것으로 보인다.

즉, 화의절차는 재정적 궁핍으로 파탄에 직면한 채무자가 파산에 이르는 것을 예방하기 위하여 채무자가 부담하고 있는 채무 또는 책임을 감소시켜 되도록 부담이 가벼워진 상태에서 채무자가 계속하여 수익을 올릴 수 있는 여건을 만들어주자는 것이므로, 화의채권자의 채무자에 대한 권리에 대하여는 면책 등 광범위한 변경을 가하여 그 이해를 조정하지 아니할 수 없다. 그러나 그밖에 채무자 이외의 제3자가 화의채권자에게 부담하는 채무 또는 책임을 경감시키는 것은 이와 같이 화의절차가 달성하려고 하는 본래의 목적과는 전혀 무관한 것이기 때문에 면책의 효력이 미치는 범위에서 이를 제외시킨다는 것을 뜻한다.

특히, 화의절차에 의하여 채무자가 화의채권자에 대하여 갖는 채무가 면책 또는 변경되는 이외에 보증인 및 담보제공자 등의 채무나 책임까지도 면책 또는 변경된다면, 이는 화의채권자에게 채무자의 파산예방에 직접 필요한 범위를 넘어선 희생을 강요하게 되는 것일 뿐만 아니라 나아가 화의절차의 핵심사항인 화의조건의 가결조차 위태롭게 할 위험이 따르게 된다.

화의조건은 채무자가 변제의 방법, 담보의 제공, 기타 채권자가 화의의 내용으로서 양보하고 수용하여 줄 것을 희망하는 사항을 말하는데, 화의법은 채무자가 화의개시의 신청을 함에 있어서 변제의 방법, 담보를 제공하고자 하는 때에는 그 담보 기타 화의의 조건을 법원에 신고하도록 하고 있다(같은 법 제13조 제1항 참조). 실무상 가장 전형적인 화의조건 형태는 채무의 일부를 면제하고 나머지를 분할 지급하는 조건이다. 그러나 화의조건의 이행을 확실하게 하기 위하여 이사 등 제3자로 하여금 개인보증을 하게 하거나 채무자 또는 제3자의 재산에 질권, 저당권 등의 담보설정을 하는 조건이 추가되거나 채권자가 채무자의 영업을 관리, 감독하는 조건을 제시하기도 한다. 이때 화의조건은 각 화의채권자에 대하여 평등하여야 한다.(화의법 제53조 제2항, 파산법 제276조 본문)

채권자집회는 채무자가 제공한 화의조건에 동의할 것인지 여부를 의결하는데, 채무자가 채권자집회에서 한 화의조건의 제공은 화의채권자에 대한 청약으로 해석되며, 채권자들은 이에 대하여 결의으로써 그 허부를 결정하게 되는 것이다. 의결권을 행사할 수 있는 출석채권자 과반수가 찬성하고, 찬성한 채권자의 채권액이 신고채권자의 총 채권액의 4분의 3 이상이 되면 화의는 가결된다

(화의법 제53조 제1항, 파산법 제278조). 이와 같이 채권자집회에서 화의조건이 가결됨으로써 화의가 성립하게 되는데 화의의 효력을 발생하기 위해서는 법원의 최종 인가결정이 있어야 한다.

이상과 같은 화의절차에 비추어 볼 때, 앞서 본 바와 같이 화의채권자에게 채무자에 대한 권리 이외에 보증인 등에 대한 권리 및 물적 담보에까지 면책 등의 효력이 미치는 것으로 하여 회생을 요구한다면, 화의채권자는 예컨대 보증인 등에게 충분한 변제자력이 있거나 충분한 물적 담보가 있는 경우에는 주채무자에 대한 권리의 행사는 포기하더라도 원래 내용에 따라 보증인에 대한 권리나 담보물권을 행사하는 것이 유리하다고 판단하여 차라리 화의조건에 동의하지 아니함으로써 화의조건을 부결시키고 화의절차를 폐지시키는 방향으로 나아갈 가능성도 크다 할 것이다. 그렇게 되면 자연히 화의절차에 의하여 달성하려는 목적인 채무자의 파산 예방은 이루어지기 어려우리라는 것을 쉽게 예상할 수 있다. 이러한 점에 비추어 보아, 적어도 화의조건에 동의한 채권자에게는 이 사건 법률조항이 적용되어서는 안된다는 청구인들의 주장(99헌바13) 역시 이유 없다.

(나) 일반적으로 화의의 법적 성질은 일종의 집단적 화해로 이해되고 있지만, 이는 화의가 실질적으로 이해관계인의 호양을 내용으로 하고 있다는 점에서 화해의 일종이라고 보는 것이며, 이를 통상적인 화해와 같이 볼 수 없는 측면이 있다. 즉, 화의는 그것이 다수결에 의하여 이루어진다는 점에서 동의를 의사표시를 하지 아니한 소수자의 입장에서는 화의의 효력발생을 위하여 법률적으로 동의를 의사표시를 한 것으로 의제되고 있는 것이고,

그 성립형식에 있어서도 통상적인 화해와 동일시 할 수 없는 면이 있다. 화의의 법적 성질에 관하여 계약설 외에 형성행위설, 혼합행위설 등의 학설이 제기되고 있는 것도 바로 화의에 이러한 특질이 있기 때문이다.

이러한 점에서도 민법상 부종성의 원칙이 적용되는 일반적인 경우에 해당하는 임의의 채무감면의 경우나 경계 등 권리변경의 경우와는 그 취급을 달리하는 이론적 근거를 발견할 수 있다.

(다) 화의절차가 개시되어 법원에 의하여 화의인가결정이 있게 되면 채무자는 그가 원래 부담하고 있던 채무 또는 책임 가운데 화의조건에 의하여 면책되거나 변경된 부분에 해당하는 만큼은 그 변제능력을 상실한 것과 마찬가지로의 법적 결과를 낳는다. 이것을 보증인이나 담보제공자 등의 입장에서 보면, 그들이 채무 또는 책임을 감면 받지 않으면 채권자에 대하여 원래의 내용에 따른 채무 또는 책임을 모두 이행하여야 하지만, 채무자에 대한 관계에 있어서는 그 구상권이 화의채권으로서 면책 또는 변경됨으로써 채무자의 변제능력의 상실에 따른 손실을 이들이 부담하는 것으로 된다. 그러나 이와 반대로 만약 화의인가결정에 의한 면책 등의 효력이 보증인 등에 대한 권리나 물적 담보에까지 미치는 것으로 한다면, 원래의 내용에 따른 권리와 화의조건에 의하여 면책되거나 변경된 권리내용과의 차이에 해당하는 만큼의 손실을 채권자에게 부담시키는 결과가 된다.

그러므로 문제의 핵심은 바로 화의절차에 있어서 채무자의 변제능력의 상실에 따른 손실을 화의채권자에게 부담시킬 것인가, 아니면 보증인이나 담보물권의 목적물을 취득한 제3취득자 등에

게 부담시킬 것인가이며, 그 중 어느 쪽을 선택하는 것이 화의의 법률관계에 있어서 보다 공평하고 합리적일 것인가에 대한 판단이 문제해결의 열쇠가 된다.

원래 보증인이나 물적 담보 등에 의하여 담보될 채무 내지 책임은 채권자가 주채무자로부터 완전한 만족을 얻지 못하는 경우에 대비하려는 것을 주된 목적으로 하는 것이므로, 주채무자가 채무를 이행하기 어려운 사정이 생겼을 때야말로 보증이나 물적 담보의 효용이 발휘되는 것이다. 이 사건 법률조항은 부종성의 원칙에 대한 예외에 해당하나, 모름지기 담보의 주목적은 채무자가 자력이 없기 때문에 완전한 변제를 받지 못할 경우에 대비하는 것이므로, 파산적 청산을 대신하는 화의의 효력이 이에 미치지 않는 것은 도리어 당연하다고 볼 수 있다.

이러한 결론은 앞에서 지적한 바와 같이 채무자의 면책이 각 화의채권자의 개별적 동의에 의하여 이루어지는 것이 아니며 통상의 채무면제와 동일시할 수 없다는 점에 비추어 보아도 그러하다. 즉, 원래 보증인이나 담보제공자 등은 채권자에 대한 관계에서는 바로 채무자가 지불능력을 상실한 경우에 이에 대신하여 채권자에게 만족을 주어야 할 책임을 지는 자들이기 때문에 채권자에게 필요 이상의 희생을 강요하여 화의의 성립을 위태롭게 하기보다는 보증인이나 담보제공자 등에게 손실을 부담시키는 것이 근본적으로 다수채권자의 이해를 조정하여 채무자의 파산을 예방하려는 화의법의 목적에도 부합하고 또한 공평의 원칙에도 타당하다는 것이다.

요컨대, 화의제도의 목적, 특히 화의법상 채무의 면책제도의 목

적이나 성질 및 보증제도의 목적에 비추어 볼 때에 화의조건에 따라 생기게 된 손실의 부담을 보증인이나 담보제공자 등에게 부담시키는 것이 보다 공평하고도 합리적이라 할 것이고, 이 사건 법률조항은 바로 이 점을 분명히 밝힌 것이라 하겠다.

라. 소 결

이 사건 법률조항은 위와 같은 화의법 및 화의법상 면책제도의 목적 및 성질에 비추어 화의채권자의 희생과 보증인이나 담보제공자 등이 부담하는 채무 및 책임의 성질을 실질적·합리적으로 고려하여, 부종성에 관한 민법상 원칙의 예외로서 화의결정의 효력에 관하여 채무자와 보증인 또는 담보제공자 등과의 사이에 차이를 두어 화의결정의 효력이 보증인 등에 대한 채권자의 권리나 물적 담보에 영향을 미치지 아니하는 것으로 정한 것이다.

따라서 이 사건 법률조항에서 화의채권자가 채무자의 보증인 등에 대하여 갖는 권리나 물적 담보를 화의인가에 따른 면책 등의 효력이 미치는 범위에서 제외한 것은, 화의절차상 화의인가에 따른 면책제도의 목적, 화의의 성립형식상의 특성 및 화의절차에 있어서 이해관계인의 이해조정 등 모든 관점에서 그 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등의 합리적인 근거를 가진 것이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 비록 화의인가결정의 효력을 보증인이나 물적 담보 등에 미치지 않게 함으로써 화의채무자에 비하여 보증인이나 담보제공자 등을 차별하여 그들에게 불이익한 결과를 초래한다고 하여도 이는 합리적 이유가 있는 것으로 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위반되지 아니함은 물론 재산권보장에 관한 헌법 제23조 제1항이나 경

제질서에 관한 헌법 제119조 제1항 및 제2항에 위반된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

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

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철(주심) 김영일

구 개발이익환수에 관한 법률 제10조 제2항 위헌소원
(2000. 8. 31. 98헌바100 전원재판부)

【관시사항】

1. 구 개발이익환수에 관한 법률 제10조 제2항이 포괄위임입법 금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 개발부담금 부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우에는 공시지가를 기준으로 한 평가액이 아니라 그 처분가격을 개발사업 완료시점의 부과대상토지의 가액으로 적용할 수 있도록 한 위 심판대상조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 조항은 “부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우”라고 규정함으로써 대통령령에서 정할 내용을 분명히 구체화하여 위임하고 있어 대통령령에 위임될 내용과 범위를 통상인의 경우 누구라도 예측할 수 있도록 하였다고 할 것이므로 포괄 위임입법금지원칙(헌법 제75조)에 위반된다고 볼 수 없다.
2. 법령에 의해 처분가격이 제한되는 경우와 비교할 때 사실상 처분가격이 제한되는 경우는 제한을 초래한 선행행위가 통상 임의적으로 이루어지고, 가격의 객관성을 보장하기 어렵다는 점 등에 있어 많은 차이점이 있으므로 양자를 같게 취급할 필요는 없다. 분양 등 처분행위에 의해 사실상 처분가격이 제한되는 경우에는 구법 제9조 제3항 단서에서 정한 것과 같이 원칙에 따른

준공인가시가 아니라 ‘분양 등 처분행위를 한 때’를 개발사업완료시점으로 보는 방법에 의해 현실적 이익의 내용을 반영할 수 있다. 그렇다면, 이 사건 조항이 법령에 의해 처분가격이 제한되는 경우만을 그 적용대상으로 삼아 개발사업완료시점의 가액산정에 있어서 예외적인 산정방법을 적용하도록 규정하고 사실상 처분가격이 제한되는 경우를 그 대상에 포함시키지 않고 있다고 해서 바로 평등권이나 재산권침해가 초래된다고 볼 수는 없다.

【심판대상조문】

구 개발이익환수에 관한 법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 전의 것) 제10조(지가의 산정) ① 생략
② 부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 처분가격을 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액으로 할 수 있다.
③ 생략

【참조조문】

구 개발이익환수에 관한 법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 전의 것) 제10조(지가의 산정) ① 제8조의 규정에 의한 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가격은 지가공시및토지등의평가에 관한 법률에 의한 공시지가(이하 “공시지가”라 한다)를 기준으로 둘이상의 감정평가업자가 평가한 가액의 산술평균으로 한다. 단서 생략.

구 개발이익환수에 관한 법률시행령(1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 개정되기 전의 것) 제9조(지가의 산정) ①~② 생략

③ 법 제10조 제2항의 규정에 의한 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우는 다음 각호의 경우를 포함하는 것으로 한다.

1. 주택공급에 관한 규칙 제8조 및 제9조의 규정에 의하여 시장·군수의 승인을 얻어 주택의 분양가가 결정된 경우
2. 주택건설촉진법 제33조 제1항 및 동법 시행령 제32조 제4항의 규정에 의하여 사업주체가 조성한 대지의 공급조건 등에 대하여 건설부

장관 또는 지방자치단체의 장의 승인을 얻은 경우

3. 택지개발촉진법 제18조 및 동법시행령 제13조의 규정에 의하여 택지의 공급가격결정방법등에 대하여 건설부장관 또는 지방자치단체의 장의 승인을 얻은 경우. 다만, 경쟁입찰의 방법으로 분양하는 경우를 제외한다.

4. 산업입지및개발에관한법률 제38조 및 동법시행령 제40조의 규정에 의하여 개발된 토지의 분양가가 결정된 경우

5. 산업입지및개발에관한법률 제39조의 규정에 의한 특수지역개발사업으로 개발된 토지의 분양가가 동법 시행령 제40조에서 정하는 분양가격의 결정방법과 동일하게 결정된 경우

6. 한국토지개발공사법 제16조의 규정에 의하여 한국토지개발공사가 매입하여 개발한 토지의 분양가가 결정된 경우

④~⑥ 생략

【참조판례】

1, 2 헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 788

【당 사 자】

청 구 인 ○○중장비주식회사 직장주택조합

대표자 조합장 윤○규

대리인 변호사 김백영

당해사건 부산고등법원 98누2560 개발부담금 부과처분취소

【주 문】

구 개발이익환수에관한법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 전의 것) 제10조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 줄거리와 심판의 대상

가. 사건의 줄거리

(1) 청구인은 1991. 4. 26. 청구외 ○○중장비주식회사로부터 합병 전 울산광역시 동구 서부동○○ 전 523㎡와 같은 동 ○○ 임야 12,703㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 매수한 뒤, 1991. 7. 10. 이 사건 토지 중 12,965.25㎡에 주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 민영공동주택 건설사업계획승인을 받은 다음, 1992. 3. 10. 지하저수조 터파기작업을 시작으로 본격적으로 공동주택건축공사에 착수하여, 1993. 8. 7. 울산광역시 동구청장으로부터 건축물사용검사를 받았다.

(2) 울산광역시 동구청장은 1998. 2. 13. 청구인에 대하여, 청구인이 시행한 아파트부지조성사업이 구 개발이익환수에 관한 법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다)소정의 개발부담금 부과대상사업임을 이유로 부지조성사업 대상 토지에 대한 민영주택 건설사업계획 승인을 받은 1991. 7. 10.을 사업개시시점으로 보고 그 때의 지가를 1,961,370,275원으로 평가하고, 지하저수조 터파기작업을 시작으로 본격적인 건축공사에 착공한 1992. 3. 10.을 사업종료시점으로 보아 그 때의 지가를 4,477,469,900원으로 평가한 다음 양 지가의 차액에서 정상지가 상승분과 개발비용을 각 공제한 금액의 50%에 해당하는 302,228,900원을 개발부담금으로 부과, 고지하는 처분을 하였다.

(3) 청구인은, 주택조합인 청구인으로서 사업승인 후에 비록 지가가 상승되었다고 하더라도 실제로 대지구입에 든 비용만큼만 조합원으로부터 징수하여 집행하기 때문에 지가상승이익을 보유하지 아니하므로 개발이익을 얻었다고 볼 수 없다는 이유와, 개발부담금의 시효가 소멸되었다는 등의 이유로 울산광역시 동구청장

을 상대로 하여 부산고등법원에 위 개발부담금 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다(당해사건). 같은 사건 계속중에 청구인은, 구법 제10조 제2항은 헌법의 포괄위임입법금지원칙에 위배되고, 재산권과 평등권을 침해하므로 위헌이며 그 위헌여부는 당해사건 재판의 전제가 된다고 하여 위헌제청신청을 하였다.

(4) 부산고등법원이 위 위헌제청신청을 기각하자(1998. 11. 12. 98아288), 청구인은 1998. 12. 2. 그 결정정본을 송달받고 1998. 12. 12. 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 구법 제10조 제2항(이하 ‘이 사건 조항’이라고 한다)의 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 개발이익환수에관한법률 제10조(지가의 산정) ② 부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 처분가격을 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액으로 할 수 있다.

[관련규정]

같은 조 제1항(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정되기 전의 것)과, 이 사건 법률조항의 위임에 따른 같은법 시행령 제9조 제3항(1993. 8. 12. 대통령령 제13956호로 개정되기 전의 것)의 내용은 다음과 같다.

구 개발이익환수에관한법률 제10조(지가의 산정) ① 제8조의 규정에 의한 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가격은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가(이하 “공시지가”라 한다)를

기준으로 둘이상의 감정평가업자가 평가한 가액의 산술평균으로 한다. (단서 생략)

구 개발이익환수에 관한법률시행령 제9조(지가의 산정) ③ 법 제10조 제2항의 규정에 의한 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우는 다음 각호의 경우를 포함하는 것으로 한다.

1. 주택공급에 관한규칙 제8조 및 제9조의 규정에 의하여 시장·군수의 승인을 얻어 주택의 분양가가 결정된 경우
 2. 주택건설촉진법 제33조 제1항 및 동법 시행령 제32조 제4항의 규정에 의하여 사업주체가 조성한 대지의 공급조건 등에 대하여 건설부장관 또는 지방자치단체의 장의 승인을 얻은 경우
 3. 택지개발촉진법 제18조 및 동법시행령 제13조의 규정에 의하여 택지의 공급가격결정방법등에 대하여 건설부장관 또는 지방자치단체의 장의 승인을 얻은 경우. 다만, 경쟁입찰의 방법으로 분양하는 경우를 제외한다.
 4. 산업입지및개발에 관한법률 제38조 및 동법시행령 제40조의 규정에 의하여 개발된 토지의 분양가가 결정된 경우
 5. 산업입지및개발에 관한법률 제39조의 규정에 의한 특수지역개발사업으로 개발된 토지의 분양가가 동법 시행령 제40조에서 정하는 분양가격의 결정방법과 동일하게 결정된 경우
 6. 한국토지개발공사법 제16조의 규정에 의하여 한국토지개발공사가 매입하여 개발한 토지의 분양가가 결정된 경우
2. 위헌제청신청 기각이유, 청구인의 주장 및 관계기관의 의견요지

가. 위헌제청신청 기각이유

신청인은 이 사건 조항이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된다고 하여 이에 관한 심판을 헌법재판소에 제청하여 줄 것을 구하고 있으나, 이 법원은 이 사건 조항이 헌법상 포괄위임입법금지의 원칙이나 재산권보장의 원리, 평등권의 법리 등에 비추어 위헌이라고는 보지 않는다.

나. 청구인의 주장

(1) 청구인은 무주택자들이 설립한 주택조합으로서 대지구입비와 건축비를 실제의 소요비용대로 조합원들로부터 징수하여 집행하므로 사업개시시점의 지가와 완료시점의 지가가 동일하다. 이른바 분양주택의 경우 분양가에 의하여 그 처분가격이 제한된 경우에 준하는 것이다. 주택조합의 경우 사업승인 후에 지가가 상승되었다 하여 어떠한 지가상승이익을 보유하지는 않으므로 사업착수시점의 지가와 완료시점의 지가가 같다고 보아야 한다.

(2) 이 사건 조항과 구법 시행령 제9조 제3항에 의하여, 처분가격이 제한된 경우 중에서도 법령에 규정된 경우에만 실제 처분가격을 적용할 수 있도록 하고, 이 사건에 있어서와 같이 사업완료시점 지가를 산정함에 있어 감정가격에 미달하는 실제 처분가격이 확인되더라도 이 경우에는 실제 처분가격을 적용할 수 없도록 하는 것은, 가공의 개발이익에 대해서 부담금을 부과할 수 있도록 하는 것이고, 또 이 사건 조항은 관계법령이나 대통령령으로 정하는 경우에만 실제 처분가격을 적용할 수 있도록 포괄적, 추상적으로 규정하였다. 그러므로 이 사건 조항은 포괄위임입법금지의 원칙(헌법 제75조)에 위배되고, 재산권(헌법 제23조 제1항)과

평등권(헌법 제11조 제1항)을 침해하는 위헌의 규정이다.

다. 건설교통부장관의 의견

(1) 법률에서 처분가격이 적용되는 경우를 “분양 등 처분함에 있어 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한되는 경우”로 한정하고 그 구체적인 내용을 대통령령에 위임한 것이므로 포괄 위임으로 볼 수 없다.

(2) 청구인의 주장대로 처분가격을 포괄적으로 인정할 경우에는 처분가격의 조작 등으로 부담금 탈루의 수단으로 악용될 수 있어 불합리하고 이는 자칫 개발부담금제도 자체를 유명무실하게 만들 염려가 있다. 따라서 입법정책적으로 처분가격이 객관적으로 명백하고 조작의 여지가 없는 경우를 이 사건 조항과 시행령에서 구체적으로 한정하고 그 경우에는 처분가격을 기준으로 종료시점지가를 산정하고, 그 외에는 원칙적으로 감정가격으로 산정하도록 한 것이며, 이는 납부의무자의 권익보호와 개발이익환수제도의 객관성 및 공정성을 함께 고려한 조치로서 재산권이나 평등권을 침해하는 규정으로 볼 수 없다.

라. 울산광역시 동구청장의 의견

청구인의 경우에는 이 사건 조항의 적용대상이 아니다.

이 사건 조항은 포괄위임규정이라 볼 수 없고, 재산권 보장규정, 평등원칙에 위배되지 않는다.

3. 판 단

가. 재판의 전제성에 대한 판단

뒤에서 보는 바와 같이 청구인의 경우에는 이 사건 조항의 요건에 해당되지 않아 그 적용대상이 되지 않으므로 이러한 점에서는

같은 조항의 위헌여부가 당해사건 재판에 직접 영향을 미치지 않는다.

그런데, 이 사건 조항이 위헌이며 그 위헌여부는 당해사건 재판의 전제가 된다고 하는 청구인의 주장은, ‘같은 조항과 법시행령이 정하는 사유가 있는 경우에만 실제의 처분가격을 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액으로 인정해주고 그 외 사실상 처분가격이 제한되어 있는 청구인과 같은 경우에는 실제의 처분가격을 적용해주지 않는 것은 평등권의 침해를 가져오며, 이는 이 사건 조항이 “부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우... 대통령령이 정하는 바에 의하여” 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액으로 한다고 한정하고 있는 데 기인하는 것’이라는 것이다. 청구인의 위 주장은 이 사건 조항이 그 적용범위를 지나치게 좁게 규정한 탓으로 말미암아 청구인의 평등권이 침해되었다는 주장을 포함하고 있다고 해석할 여지가 있다. 그렇다면, 이 사건 조항이 그와 같은 점에서 위헌이라고 결정되고, 그에 따라 사실상 처분가격이 제한된 경우에도 그 가격을 개발사업완료시점의 부과대상토지가액으로 인정하는 방향으로 개정이 될 경우 당해사건의 재판의 결론 또는 내용과 효력에 관한 법률적 의미에 영향을 미칠 가능성이 있으므로 재판의 전제성이 없다고 단정짓기는 어렵다.

나. 본안에 대한 판단

(1) 이 사건 조항의 입법취지

개발이익환수에관한법률 소정의 개발부담금 제도는, 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 인가 등을 받아 개발사업을

시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적인 개발이익이 생긴 경우, 이를 사업시행자에게 독점시키지 아니하고 국가가 그 일부를 환수하여 그 토지가 속하는 지방자치단체 등에게 배분함으로써, 경제정의를 실현하고, 토지에 대한 투기를 방지하며, 토지의 효율적인 이용의 촉진을 도모하기 위한 제도이다(헌재 1998. 6. 25. 95헌바35 등, 판례집 10-1, 771, 788; 구법 제1, 2조 참조).

구법 제8조에서는, 이러한 개발부담금은 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액에서 개발사업착수시점의 부과대상토지의 가액과 개발사업시행기간중의 정상지가상승분 및 개발비용(제11조)을 뺀 금액을 기준으로 하여 부과하도록 규정하였다. 또, 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가를 기준으로 둘이상의 감정평가업자가 평가한 가액의 산술평균으로 하는 것을 원칙으로 하고(제10조 제1항 본문), 개발사업착수시점의 부과대상토지의 가액은 그 당시의 공시지가에 의한 가액에 그 공시지가의 기준일부터 개발사업착수시점까지의 정상지가상승분을 합한 금액으로 하되, 다만 사업시행자가 부과대상토지의 매입가격을 소명한 경우에는 그 매입가격에 매입일부터 개발사업착수시점까지의 정상지가상승분을 합한 금액으로 할 수 있다고 규정하였다(제10조 제3항). 그리고 원칙적으로, 개발사업착수시점은 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 개발사업의 인가 등을 받은 날을, 개발사업 완료시점은 개발사업의 준공인가 등을 받은 날을 가리킨다(제9조 제1항 본문, 같은조 제3항 본문).

이 사건 조항은 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액산정에 관한 위 제10조 제1항 본문에 대한 예외를 정한 것으로서, 법령에 의해 처분가격이 제한되어 있는 경우에는 공시지가를 기준으로 한 평가액이 아니라 법령에 의해 제한되어 있는 가격을 기준으로 산정한다는 것이다. 이는 주택가격의 안정이나 기타 필요에 의해 처분가격을 법령에서 제한하여 놓고도 그 제한가격보다 높은 가격으로 개발사업완료시점의 가액을 인정하여 개발부담금을 부과한다는 것은 개발부담금제도의 취지에 반한다는 데 근거한 것이다.

(2) 포괄위임입법금지원칙의 위반여부

청구인은, 자신은 이 사건 조항의 ‘부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우’에 해당되지 않는다는 사실을 자인하면서도 이 사건 조항이 위헌이라는 근거의 하나로 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)에 위배된다는 주장을 한다.

이 사건 조항의 입법취지는 앞에서 본 바와 같은데, 이러한 입법취지를 염두에 두고 이 사건 조항의 내용을 살펴보면, 이 사건 조항이 제10조 제1항 본문에 대한 예외로서 제한된 처분가격을 개발사업완료시점의 부과대상토지의 가액으로 할 수 있는 경우를 전적으로 시행령에서 구체화하도록 위임하고 있는 것은 아니다. 이 사건 조항은 “부과대상토지를 분양 등 처분함에 있어서 관계법령의 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우”라고 규정함으로써 대통령령에서 정할 내용을 분명히 구체화하여 위임하고 있다. 따라서, 대통령령은 이러한 기준에 따라서 구체적이고 세부적인

사항에 한하여 규정할 수 있을 뿐이며, 규정방식을 한정적으로 하든 혹은 예시적으로 하든 특단의 사정이 없는 한 관계법령 규정에 의하여 처분가격이 제한된 경우로서 이 사건 조항의 입법 취지에 부합하는 모든 경우를 포함하도록 규정하여야 함을 알 수 있다.

그렇다면, 이 사건 조항은 대통령령에 위임될 내용과 범위를 통상인의 경우 누구라도 예측할 수 있도록 하였다고 할 것이므로 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)에 위반된다고 볼 수 없다.

(3) 평등권, 재산권 침해여부

이 사건 조항에서 규정한 바와 같이 법령에 의해 처분가격이 제한되어 있지는 않지만 계약 등에 의해 ‘사실상’ 처분가격이 제한되는 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 경우에 현실적 이익의 환수라는 구법의 개발이익개념이나 입법취지에 부합하도록 하기 위하여 구법은 제9조 제3항 단서에서 개발사업완료시점을 준공인가시로 보지 않고 특정 사유에 해당하게 된 날로 보는 예외규정을 두고 있다. 예컨대 제9조 제3항 단서 및 제2호 후단을 보면 ‘타인에게 분양 등 처분하는 경우’에는 그 때를 개발사업완료시점으로 보도록 하고 있다. 통상 아파트건설사업시행자가 아파트나 상가를 분양할 시점에는 분양가격이 정하여지고 분양후에는 아파트나 상가를 임의로 처분할 수 없어서 비록 부지가격이 상승한다 하더라도 사업시행자가 가격상승으로 인한 이익을 차지할 수 없게 되는데 이와 같은 경우에는 개발사업완료시점을 준공인가시가 아니라 분양시로 보도록 한 것이다. 즉, 이 사건 조항의 ‘법령에 의해 처분가격이 제한된 경우’처럼 가격이 제한되어 있는 데 착

안하여 예외적인 산정방법을 인정한 것이 아니라, ‘특정시점 이후’에는 처분가격이 제한되게 되었다고 보고 시점 기준을 달리 하여 산정하도록 한 것이다. 결국 구법 제9조 제3항 단서는 ‘사실상’ 처분가격이 제한되는 경우의 특성상 이와 같은 산정방법에 따르는 것이 현실적 이익의 내용을 반영하는데 있어 객관성과 진실성을 확보하면서도 합리적으로 개발부담금을 산정할 수 있다는데 근거한 것이라 할 것이다.

법령에 의해 처분가격이 제한되는 경우와 비교할 때 사실상 처분가격이 제한되는 경우는 제한을 초래한 선행행위가 통상 임의적으로 이루어지고, 가격의 객관성을 보장하기 어렵다는 점 등에 있어 많은 차이점이 있으므로 양자를 같게 취급할 필요는 없다고 할 것이다. 그러므로 사실상 처분가격이 제한되는 경우에는 위 제9조 제3항 단서에서 정한 산정방법에 의해 현실적 이익의 내용을 반영할 수 있는 것이다(같은 조항은 이 사건의 심판대상이 아니므로 그 구체적 적용범위나 내용의 위헌성 유무에 대한 판단에까지는 나아가지 않는다). 다만, 청구인과 같은 직장주택조합의 경우에는 실질적으로 조합전체의 목적사업을 수행하는 것이고, 사후 정산을 한다는 점에서 ‘타인에게 분양 등 처분하는 경우’에 해당되지 않기 때문에 같은 조항의 적용도 받을 수 없다고 할 것이다.

그렇다면, 이 사건 조항이 법령에 의해 처분가격이 제한되는 경우만을 그 적용대상으로 삼아 개발사업완료시점의 가액산정에 있어서 예외적인 산정방법을 적용하도록 규정하고 사실상 처분가격이 제한되는 경우를 그 대상에 포함시키지 않고 있다고 해서 바로 평등권이나 재산권침해가 초래된다고 볼 수는 없다.

4. 결 론

이 사건 조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철 김영일

자동차손해배상보장법 제3조 위헌소원

(2000. 8. 31. 99헌바98 전원재판부)

【관시사항】

법률조항 자체에 관하여는 위헌주장을 아니한 채 그 법률조항을 청구인에게 적용하여 손해배상책임을 인정하여서는 아니된다는 취지의 주장만을 한 경우 헌법재판소의 심판사항인지 여부(소극)

【결정요지】

법률조항 자체에 관하여는 위헌주장을 아니한 채 그 법률조항을 청구인에게 적용하여 손해배상책임을 인정하여서는 아니된다는 취지의 주장만을 하고 있다면, 이는 당해사건재판의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 것이므로, 헌법재판소의 심판사항이 될 수 없다.

【심판대상조문】

구 자동차손해배상보장법(1999. 2. 5. 법률 제5793호로 전문개정되기 전의 것) 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. 단서 생략.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34

헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156

【당 사 자】

청 구 인 ○○운수주식회사

대표이사 한○수

대리인 변호사 임영득

당해사건 대법원 99다18954 손해배상(자)

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1.사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 라○수는 1996. 6. 8. 07:05경 소유 명의는 청구의 이○호로 되어 있으나 실질적으로는 청구의 정○례 소유인 경기06○○○○ 19톤 덤프트럭을 운전하여 경기 포천군 군내면에 있는 한내사거리를 영증면쪽에서 군내면쪽으로 좌회전하다가, 군내면쪽에서 포천읍쪽으로 위 교차로를 신호에 따라 직진하던 청구의 박○용 운전의 경기7주○○○○ 소형화물차 오른쪽 앞문짝 부분을 위 덤프트럭의 왼쪽 앞범퍼 부분으로 들이받아 그 충격으로 위 박현용으로 하여금 두개골 분쇄골절 및 파열로 사망에 이르게 하였다.

(2) 이에 위 박○용의 유족들이 청구인 회사 등을 상대로 서울지방법원 96가단279954호로 위 박○용의 사망으로 인한 손해배

상을 청구하는 소송을 제기하여 1998. 6. 23. 일부승소판결이 선고되었던바, 청구인 회사의 책임이 인정된 근거는 다음과 같다.

즉, 증거에 의하여 이 사건 덤프트럭의 소유 명의자인 청구의 이○호는 연명신고자로서, 청구인 회사는 대표자로서 건설기계관리법 및 같은 법 시행령 소정의 건설기계대여업을 신고하면서 건설기계대여업관리계약을 작성, 첨부한 사실, 이 사건 덤프트럭이 청구인 회사 명의로 허가받은 주기장을 사용하는 관계로 건설기계등록을 하면서 그 등록원부에 사용본거지 및 소속 대여회사명을 청구인 회사로 하는 등 위 이○호나 청구의 정○례가 청구인 회사의 명의를 사용하는 것을 묵시적으로나마 허용하였다고 보이는 사실, 관리계약상 청구인 회사가 연명신고자인 위 이○호에 대하여 조종사에 대한 교육, 변경시의 통보의무, 자동차종합보험에의 가입의무 등을 부과함으로써 간접적으로나마 조종사 및 사고 발생에 대한 감독을 하고 있다고 보이는 사실, 청구인 회사는 약 700대 이상의 중기에 관하여 소유자와 관리계약을 체결하고 자신 명의로 허가받은 주기장등 시설을 사용하게 하고 행정편의 등을 제공하는 대가로 관리료를 지급받았고 이 사건 사고 당시 위 이중호로부터 이 사건 덤프트럭 관리료로 월 100,000원씩을 받기로 약정한 사실 등이 인정될 뿐만 아니라, 위의 법령이 규정하는 대표자와 연명신고자가 공동으로 운영하는 건설기계대여업은 대표자와 연명신고자의 ‘공동운영’을 전제로 하고 있는 것으로서 위 제도가 반드시 대표자 책임과 연명신고자의 책임을 분리하려는 취지에서 나온 것은 아니라고 보이고 오히려 위와 같이 개인과 법인이 공동사업형태를 취함으로써 종래 지입회사를 통하

여 영업을 할 때와 같이 대규모 공사를 수주할 수 있는 이점을 누릴 수 있다고 보이는 점 등에 비추어 보면 청구인 회사는 비록 이 사건 덤프트럭의 소유자는 아니라 하더라도 그 소유자와 함께 위 덤프트럭에 대한 운영을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체로서의 지위에 있다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

(3) 이에 청구인 등이 서울지방법원 98나38240호로 항소하였으나 1999. 2. 26. 항소기각판결이 선고되었으며, 다시 청구인이 대법원 99다18954호(당해사건)로 상고하였으나, 1999. 10. 22. 상고기각판결이 선고되었다.

(4) 청구인은 위 상고심의 계속중 대법원 99그52호로 자동차손해배상보장법 제3조가 청구인과 같은 건설기계관리법상의 공동 운영자인 건설기계 관리회사에게 적용되는 것으로 해석되는 한 비례의 원칙 등을 규정한 헌법에 위반된다고 주장하면서 이에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나, 1999. 10. 22. 위 신청을 기각하는 결정이 내려졌고, 위 결정은 1999. 10. 28. 청구인에게 송달되었다.

(5) 이에 청구인은 1999. 11. 1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 자동차손해배상보장법(1999.2. 5. 법률 제5793호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 ‘자배법’이라고 한다) 제3조 본문이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정내용은 다음과 같다.

자배법 제3조(자동차손해배상책임) 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자는 그 운행

으로 말미암아 다른 사람을 사망하게 하거나 부상하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임을 진다. (단서는 생략)

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

청구인은 건설기계의 소유자와 관리계약을 체결하고 청구인 회사 명의로 허가받은 주기장 등 시설을 사용하게 하고, 건설기계의 등록 및 말소등록 등 사업자등록을 신청하고 부가가치세를 신고하는 등 행정편의를 제공할 뿐, 영업 및 수익의 일체, 운행의 일체, 종업원의 교육 및 안전교육, 보험가입의무, 검사·점검의무, 운행으로 발생하는 민형사상의 모든 책임, 수익으로 발생하는 각종의 모든 세금 납부의무, 기타 건설기계로 발생하는 행정처분의 일체를 감수하여야 하는 등 전체적인 총괄사업주체로서의 권한과 의무는 모두 덤프트럭의 소유자에게 귀속되고 있고, 덤프트럭을 가동할 경우 한 대에서 보통 월 5,000,000원의 수익이 발생하는 바, 덤프트럭의 소유자에게 단순히 명의사용을 허용하고 행정편의 등을 제공하는 대가로 월수익의 2%에 불과한 100,000원의 관리비를 받고 있음에 불과한 청구인 회사가 위 건설기계에 대하여 지배법 제3조 소정의 운행을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체로서의 지위를 가지고 있다고 본다면 이는 헌법상의 비례의 원칙과 형평의 원칙에 위반되고 건설기계관리법에서 규정하는 공동운영제도의 취지에 역행하는 결과를 초래한다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

지배법 제3조 소정의 자기를 위하여 자동차를 운행하는 자라 함은 자동차에 대한 운행을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체

로서의 지위를 가진 자를 가리킨다(대법원 1997. 4. 8. 선고 96다 52724 판결, 1995. 10. 13. 선고 94다17253 판결 등 참조).

종래 중기관리법에서 허가제로 되어있던 건설기계대여업이 건설기계관리법(1993. 6. 11. 법률 제4561호로 전문 개정된 것) 및 같은 법 시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14063호로 전문 개정된 것)에 의하여 신고제로 변경되면서, 건설기계대여업종이 종합건설기계대여업, 단종건설기계대여업 및 개별건설기계대여업으로 나뉘고, 2인 이상의 법인 또는 개인이 종합건설기계대여업 혹은 단종건설기계대여업을 공동으로 운영할 경우에는 대표자의 명의로 신고서를 제출하고 이에 각 구성원이 연명하여 신고하도록 규정하고 있는 바, 이러한 경우 그 사업신고 대표자가 자배법 제 3조 소정의 운행자책임을 지는지 여부는 건설기계관리법 및 같은 법 시행령이 공동운동을 하도록 규정한 취지 및 대표자와 연명신고자 사이에 체결된 관리계약에서 정해진 사업협동관계 내지 지휘·감독관계 등 실질관계를 따져 사회통념상 대표자가 그 건설기계에 대한 운영을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체로서의 지위를 가지고 있는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이고(대법원 1998. 10. 20. 선고 98다34058 판결 등 참조), 이러한 해석이 헌법상 비례의 원칙 또는 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

대법원의 위헌제청신청 기각이유와 같다.

3. 판 단

이 사건 심판청구의 적법여부에 관하여 본다.

일반적으로 법률조항자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법

률조항을 “…하는 것으로 해석·적용하는 한 위헌”이라는 판단을 구하는 청구는, 헌법재판소법 제68조 제2항이 “…법률의 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 때에는…”이라고 규정하고 있어 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 헌법재판소법 제68조 제2항상의 청구로서 적절치 아니하다(헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 37; 헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161).

그런데 청구인은 “자배법 제3조의 규정을 건설기계관리법 및 동법시행령의 규정에 따라 덤프트럭의 소유자와 관리계약을 체결하고 덤프트럭의 소유자와 공동운영자로 등록을 하고 덤프트럭의 소유자에게 자신명의로 허가받은 주기장 등 시설을 사용하게 하고 그들에게 행정편의 등을 제공하는 대가로 덤프트럭을 운영하여 통상 월 약 500만원정도의 수익을 올리고 있는 덤프트럭의 소유자로부터 월 10만원의 관리료를 받고 있는데 지나지 않는 건설기계관리법상의 공동운영자에게 자배법 제3조 소정의 자동차손해배상책임이 있는 것이라 해석·적용하는 한 위헌”이라는 심판을 청구하면서, 자배법 제3조 자체에 관하여는 아무런 위헌주장을 아니한 채 청구인을 자배법 제3조 소정 ‘자기를 위하여 자동차를 운행하는 자’로 보아 청구인에게 자동차손해배상책임을 인정하여서는 아니된다는 취지의 주장만을 하고 있을 따름인 바, 이러한 청구인의 주장은 당해사건재판의 기초가 된 사실관계의 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 들어 법원의 재판결과를 비난하는 것에 다름아니라 할 것이므로, 헌법재판소의 심판사항이 될 수 없다.

4. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하하여야 할 것이므로
관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현(주심) 하경철 김영일

지방세법 제112조 제3항 위헌소원

(2000. 12. 14. 98헌바104 전원재판부)

【관시사항】

1. 과밀억제권역안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우에 취득세를 중과세하도록 한 지방세법 제112조 제3항의 해당규정이 조세법률주의 또는 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 위 법률규정이 기업 등의 거주·이전의 자유 및 직업의 자유를 침해하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 위 법률규정은 중과세되는 부동산취득의 공간적·지역적 범위를 “수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안”에서 취득한 부동산으로 한정하고 있으며, 중과세되는 부동산취득의 사항적 한계를 “본점 또는 주사무소의 사업용” 부동산으로 분명히 규정하고 있으므로, 중과세되는 부동산취득에 관한 기본사항을 상당한 정도로 구체적으로 규정하면서 단지 세부적, 기술적 사항을 대통령령에 위임한 것이라 할 것이고, 그로써 대통령령에 위임될 내용과 범위를 통상인의 경우 누구라도 예측할 수 있도록 하였다고 할 것이어서 조세법률주의나 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.
2. 위 법률규정은 단순히 “취득”이라고 규정하고 있어, 과밀억제권역안에서 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득하기만 하면 그 점만으로 아무런 제한없이 곧바로 중과세의 요건에 해당하는 것으로 볼 소지가 없지 않으나, 그와 같이 풀이하는

것은 불필요하고 지나치게 포괄적인 규제를 허용하는 셈이 되어, 위 법률규정의 입법취지에 어긋날 뿐만 아니라, 법인 등 경제주체의 거주·이전의 자유, 직업의 자유를 지나치게 제약하는 것으로서 헌법적으로 용인되지 아니한다.

그러므로 위 법률규정은 이미 과밀억제권역 내에 본점 또는 주사무소용 사무실을 가지고 있다가 같은 권역 내의 다른 곳으로 사무실을 이전하는 경우와 같이 ‘과밀억제권역내에 인구유입 또는 경제력 집중을 유발하는 효과가 없는’ 경우에는 적용되지 않는 것으로 좁게 풀이하는 것이 상당하고(대법원 2000. 5. 30. 선고 99두6309 판결 ; 2000. 10. 10. 선고 99두5269 판결 참조), 이렇게 풀이할 경우 입법목적도 적절히 달성할 수 있고 과잉규제로 인한 헌법위반의 소지도 없어진다.

위 법률조항의 적용범위를 위와 같은 합헌적인 범위밖에까지 부당히 확장하지 않는 한, 위 법률규정은 기업 등의 거주·이전의 자유 및 직업의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

지방세법(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되고, 1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 것) 제112조(세율) ①~② 생략

③ 대통령령이 정하는 대도시내에서 공장을 신설 또는 증설하기 위하여 사업용 과세물건을 취득할 경우와 수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 50으로 한다.

④~⑤ 생략

【참조조문】

수도권정비계획법 제6조(권역의 구분 및 지정) ① 수도권안에서의 인구 및 산업의 적정배치를 위하여 수도권을 다음과 같이 구분한다.

1. 과밀억제권역 : 인구 및 산업이 과도하게 집중되었거나 집중될 우려가 있어 그 이전 또는 정비가 필요한 지역
2. 성장관리권역 : 과밀억제권역으로부터 이전하는 인구 및 산업을 계획적으로 유치하고 산업의 입지와 도시의 개발을 적정하게 관리할 필요가 있는 지역
3. 자연보전권역 : 한강수계의 수질 및 녹지등 자연환경의 보전이 필요한 지역

② 과밀억제권역·성장관리권역 및 자연보전권역의 범위는 대통령령으로 정한다.

지방세법시행령 제84조의2(대도시등) ①~② 생략

③ 법 제112조 제3항에서 “대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산”이라 함은 법인의 본점 또는 주사무소의 사무소로 사용하는 부동산과 그 부대시설용 부동산(기숙사·합숙소·사택·연수시설·체육시설등 복지후생시설과 향토예비군 병기고 및 탄약고를 제외한다)을 말한다.

【참조판례】

2. 헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199
- 대법원 2000. 5. 30. 선고 99두6309 판결
- 대법원 2000. 10. 10. 선고 99두5269 판결

【당 사 자】

청 구 인 정리회사 ○○건설의 관리인 김○웅
 대리인 변호사 김형묵
 당해사건 서울행정법원 98구5032 취득세부과처분취소

【주 문】

구 지방세법 제112조 제3항(1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되고, 1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 것) 중 “수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우의 취득

서울은 제1항의 서울의 100분의 500으로 한다”라는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 주식회사 ○○건설은 1995. 3. 31. 서울 강남구 대치동 ○○대 1,900.7㎡ 및 그 지상건물 연면적 1,203.84㎡를 취득한 후 그 건물 중 1,029.36㎡를 주식회사 ○○유통에게 임대하고 나머지 174.48㎡를 ○○건설 견적팀의 사무실로 사용하였다.

(2) 강남구청장은 ○○건설견적팀이 위 토지 및 건물부분(전체토지 및 건물의 14.5%)을 사용하게 되자, ○○건설이 수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안에서 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득한 것으로 보아 1997. 8. 10. 구 지방세법 제112조 제3항에 의한 중과세율을 적용하여 산출한 세액에서 기납부세액을 공제하여 청구인에게 취득세 금 120,060,000원 및 농어촌특별세 금 11,005,500원을 부과·고지하였다.

(3) 청구인은 위 과세처분의 취소를 구하는 소송을 서울행정법원에 제기하여(동 법원 98구5032) 그 재판계속 중에 위 과세처분의 근거가 된 구 지방세법 제112조 제3항 중 후단부분이 조세법률주의 등에 반하여 위헌이라고 주장하면서 위헌여부심판제청신청을 하였으나, 동 법원은 1998. 11. 27. 그 신청을 기각하였다(동 법원 98아582).

이에 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 1998. 12.

21. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 지방세법 제112조 제3항 (1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정되고, 1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 중 후단부분, 즉 “수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 500으로 한다”라는 부분(이하 “이 법률조항”이라고 함)의 위헌여부로서, 이 법률조항 및 관련법규의 내용은 다음과 같다.

구 지방세법 제112조(세율) ① 취득세의 표준세율은 취득물건의 가액 또는 연부금액의 1,000분의 20으로 한다.

③ 대통령령이 정하는 대도시내에서 공장을 신설 또는 증설하기 위하여 사업용 과세물건을 취득할 경우와 수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 500으로 한다.

구 지방세법 제112조의2(세율적용) ① 토지나 건축물을 취득한 후 5년이내에 당해 토지나 건축물이 제112조 제2항의 규정에 의한 별장·골프장·고급주택 또는 고급오락장이 되거나 제112조 제3항의 규정에 의한 대도시내에서 공장의 신·증설, 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산이 된 때에는 동조동항의 규정에 의한 세율을 적용하여 취득세를 추징한다.

지방세법시행령 제84조의2(대도시등) ③ 법 제112조 제3항에서

“대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산”이라 함은 법인의 본점 또는 주사무소의 사무소로 사용하는 부동산과 그 부대시설용 부동산(기숙사·합숙소·사택·연수시설·체육시설 등 복지후생시설과 향토예비군 병기고 및 탄약고를 제외한다)을 말한다.

수도권정비계획법 제6조(권역의 구분 및 지정) ① 수도권안에서의 인구 및 산업의 적정배치를 위하여 수도권을 다음과 같이 구분한다.

1. 과밀억제권역 : 인구 및 산업이 과도하게 집중되었거나 집중될 우려가 있어 그 이전 또는 정비가 필요한 지역
2. 성장관리권역 : 과밀억제권역으로부터 이전하는 인구 및 산업을 계획적으로 유치하고 산업의 입지와 도시의 개발을 적정하게 관리할 필요가 있는 지역
3. 자연보전권역 : 한강수계의 수질 및 녹지 등 자연환경의 보전이 필요한 지역

② 과밀억제권역·성장관리권역 및 자연보전권역의 범위는 대통령령으로 정한다.

2. 청구이유, 법원의 위헌제청신청기각이유와 관계기관의 의견
가. 청구이유

이 법률조항은 본점 또는 주사무소의 사업용부동산에 관한 기준이나 한계는 물론 그 내용결정을 위한 절차조차도 규정함이 없이 본점 또는 주사무소의 사업용부동산의 내용 및 그 결정절차를 전적으로 대통령령이 정하는 바에 의하도록 하고 있고, 수도권정비계획법 제6조에서도 과밀억제권역의 내용과 한계를 대통령령에 위임하고 있어, 결국 대통령령만으로 5배의 중과세율을 규정한

것이 되어 재산권을 보장하는 헌법 제23조, 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조, 과잉금지원칙을 규정한 헌법 제37조, 포괄위임금지를 규정한 헌법 제75조에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 이 법률조항은 지방세의 종목과 세율을 명백하게 규정하고 있을 뿐만 아니라, 중과세의 대상인 과세객체에 대하여 “본점 또는 주사무소의 사업용부동산”이라고 규정하여 그 중과세 대상을 특정하고, 다만 그 사업용부동산의 구체적인 범위에 관하여만 대통령령에 위임하고 있을 뿐이고, 수도권정비계획법 제6조도 수도권권을 3개의 권역으로 구분하여 그 각 권역의 외연을 특정할 수 있도록 규정하면서 각 권역의 구체적 범위에 관하여만 그때그때의 지역적 특성과 국토의 균형있는 발전 등을 고려하여 정할 수 있도록 이를 대통령령에 위임하고 있어 납세의무자로서는 그 납세의무의 내용을 충분히 예측할 수 있다 할 것이므로, 이를 가리켜 조세법률주의나 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 과밀억제권역내의 법인의 본점 또는 주사무소의 사업용부동산의 취득세를 중과하는 것은 과밀억제권역내에서 인구유입에 따른 인구팽창과 산업집중을 막고, 인구와 산업의 분산을 촉진하여 국민경제의 균형있는 발전과 국토의 효율적인 이용·개발 및 보전을 위하여 인구팽창과 산업집중을 유발시키는 본점 또는 주사무소의 신설 및 증설을 억제하려는 것이므로 이를 가리켜 헌법 제23조나 제37조에 위반된다고 할 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견

위 법원의 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 조세법률주의 및 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

(1) 헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 규정하고, 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”라고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있으며, 또한 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다.

그러므로 조세에 관한 입법을 위임할 경우에는, 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 하는데, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 589-591; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 196-197).

(2) 이 법률조항은 취득시 중과세의 대상이 되는 부동산의 구체적인 범위를 대통령령에 위임하고 있는바, 과연 이 법률조항이 위헌법적 요청에 부합하는 것인지 본다.

먼저, 이 법률조항은 중과세되는 부동산취득의 공간적·지역적 범위를 “수도권정비계획법 제6조의 규정에 의한 과밀억제권역안”에서 취득한 부동산으로 한정하고 있다. 수도권정비계획법 제6조 제2항은 구체적 과밀억제권역의 범위를 대통령이 정하도록 위임하고 있으나, 동조 제1항 제1호는 과밀억제권역이 ‘인구 및 산업이 과도하게 집중되었거나 그 우려가 있어 이전 또는 정비가 필요한 수도권내의 지역’임을 구체적이고 분명히 규정하고 있으므로 누구라도 대통령령에 규정될 과밀억제권역의 범위를 대강 예측할 수 있다.

다음으로, 이 법률조항은 중과세되는 부동산취득의 사항적 한계를 “본점 또는 주사무소의 사업용” 부동산으로 분명히 규정하고 있다.

그렇다면 이 법률조항은 중과세되는 부동산취득에 관한 기본사항을 상당한 정도로 구체적으로 규정하면서 단지 세부적, 기술적 사항을 대통령령에 위임한 것이라 할 것이고, 그로써 대통령령에 위임될 내용과 범위를 통상인의 경우 누구라도 예측할 수 있도록 하겠다고 하겠다. 따라서 이 법률조항은 조세법률주의나 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.

나. 기본권의 침해 여부

(1) 관련 기본권

법인 등의 경제주체는 헌법 제14조에 의하여 보장되는 거주·이전의 자유의 주체로서 기업활동의 근거지인 본점이나 사무소를 어디에 둘 것인지, 어디로 이전할 것인지 자유로이 결정할 수 있고, 한편 본점이나 사무소의 설치·이전은 통상적인 영업활동에

필수적으로 수반되는 것이므로 그 설치·이전의 자유는 헌법 제15조에 의하여 보장되는 직업의 자유의 내용에 포함되기도 한다.

이 법률조항은 수도권내의 과밀억제권역안에서 본점이나 주된 사무소로 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여 중과세하는 것이므로 이로 인하여 거주·이전의 자유와 직업의 자유(기업의 자유, 영업의 자유)가 일정하게 제약을 받게 된다.

헌법 제37조 제2항에 의하면 기본권에 대한 제한은 공공복리 등에 필요한 경우에 한하여 법률로써 행하여져야 하는바, 이 법률조항이 이러한 요청을 충족한 것인지 본다.

(2) 이 법률조항의 입법목적

이 법률조항은 대도시내에서의 공장 신설·증설에 대한 중과세제도와 함께 수도권의 인구 및 경제력 집중을 억제하고 간접적으로 기업의 지방이전을 촉진하기 위하여 정책적으로 마련된 것으로서, 수도권에 인구 및 경제·산업시설이 과도하게 밀집되어 교통난, 주택난, 공해, 범죄 등의 여러 사회문제가 발생하고 지역간의 격차가 발생함에 따라 국가적 차원에서 인구 및 산업을 적정하게 재배치함으로써 이러한 문제를 해결하고 국토의 균형있는 발전을 도모한다는데 그 목적이 있다 할 것인데, 이러한 입법목적은 정당하다.

(3) 비례성원칙의 위반 여부

이 법률조항에 의한 중과세제도의 방법과 내용이 위 입법목적 달성에 적당하고, 필요한 것인지 본다.

이 법률조항은 단순히 “취득”이라고 규정하고 있어, 과밀억제권역안에서 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득하기만

하면 그 점만으로 아무런 제한없이 곧바로 중과세의 요건에 해당하는 것으로 볼 소지가 없지 않다. 그러나 이 법률조항을 그와 같이 풀이하는 것은 불필요하고도 지나치게 포괄적인 규제를 허용하는 셈이 되어 이 법률조항의 입법취지에 어긋날 뿐만 아니라, 법인 등 경제주체의 거주·이전의 자유, 직업의 자유를 지나치게 제약하는 것이므로 헌법적으로 용인되지 아니한다.

그러므로 이 법률조항은 이미 과밀억제권역 내에 본점 또는 주사무소용 사무실을 가지고 있다가 같은 권역 내의 다른 곳으로 사무실을 이전하는 경우와 같이 ‘과밀억제권역내에 인구유입 또는 경제력 집중을 유발하는 효과가 없는’ 경우에는 적용되지 않는 것으로 좁게 풀이하는 것이 상당하고(대법원 2000. 5. 30. 선고 99두6309 판결; 2000. 10. 10. 선고 99두5269 판결 참조), 이렇게 풀이할 경우 입법목적도 적절히 달성할 수 있고 과잉규제로 인한 헌법위반의 소지도 없어진다. 그러나 구체적으로 어떤 경우에 이 법률조항을 적용하지 아니할 것인지는 일률적으로 말할 수 없고 과세관청, 법원 등의 법적용기관이 개별사안별로 판단할 수밖에 없을 것이다.

결론적으로 그 적용범위를 위와 같은 합헌적인 범위밖에까지 부당히 확장하지 않는 한, 이 법률조항은 기업 등의 거주·이전의 자유 및 직업의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 침해하는 것이라고 볼 수 없다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199. 206- 209 참조).

4. 결 론

이 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의

일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현(주심) 하경철
김영일 권 성 김효중 김경일 송인준

위법건축물 표시말소신청 반려처분 취소

(2000. 8. 31. 99헌마602 전원재판부)

【관시사항】

건축물대장상 “위법건축물” 표시의 말소신청 반려행위가 헌법소원요건을 갖추고 있는지 여부(소극)

【결정요지】

건축물대장에 하는 “위법건축물”이라는 표시를 하거나 하지 않는 것은 위법 여부를 좌우하는 것이 아니다. 위법사항이 시정되지 않은 상태에서 표시만 말소된다면 잘못된 정보로서 기능하게 될 뿐이며, 소유자가 건축법상의 시정명령이나 이행강제금부과처분을 받는 것을 면할 수는 없다. 그러므로 위 표시의 말소신청을 반려한 피청구인의 행위는 청구인의 권리나 법적지위에 영향을 미치는 바가 없어서 기본권을 침해할 가능성이 없으므로, 이를 취소하여 달라는 이 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 요건을 갖추지 못하였다.

【참조판례】

헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817

【당 사 자】

청 구 인 염○진

대리인 법무법인 한결

담당변호사 정연순

피청구인 서울특별시 동작구청장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 줄거리와 심판의 대상

가. 사건의 줄거리

(1) 청구인은 서울 동작구 흑석동 ○○등 소재 연립주택 “○○빌라” 제102호를 전소유자로부터 매수하여 1996. 10. 17.자 매매를 원인으로 하여 1996. 10. 18. 소유권이전등기를 마쳤다(이하 위 연립주택을 ‘이 사건 연립주택’이라고 하고 청구인이 매수한 제1층 제102호를 ‘이 사건 주택’이라고 한다).

(2) 이 사건 연립주택은 9인의 청구외인들이 건축주로서 1994. 9. 9. 건축허가를 받아 공사를 한 후 적법하게 건축이 되었다는 취지의 공사감리건축사의 사용조사 및 검사조서와 감리완료보고서를 첨부, 1995. 11. 8. 사용검사신청을 하였고, 피청구인은 서류심사후 1995. 11. 9. 사용검사필증을 교부하였다.

(3) 피청구인은 위 사용검사후 시행된 1995. 4/4분기 상설점검에 의하여 이 사건 연립주택에 건축법 위반사항이 있음을 적발하여 1996. 2. 15. 위 건축주 등에게 시정지시하고, 1996. 5. 10.경 건축주고발, 건축물사용제한의뢰 및 이행강제금부과예고를 하였으며, 1996. 7. 31. 건축주들에게 이행강제금부과처분을 하고, 시정되지 않자 1997. 10. 24. 다시 시정촉구지시를 하고 이행강제금부과예고를 하는 등 이후 계속 위법건축물로 관리해 왔다. 그러나 건축물대장에는 1997. 8. 28. 이후 일자미상경 비로소 “위법

건축물”이라는 표시를 하였다.

(4) 청구인은 이 사건 주택의 소유권을 취득한 후 피청구인이 위법사항을 시정하지 않으면 이행강제금을 부과한다고 통지하자 청구인은 선의의 매수인이라는 이유로 다투었고, 동작구청은 결국 청구인에 대해서는 이행강제금부과를 면제하였다. 청구인은 또한 1999. 8. 19. 이 사건 주택에 관한 건축물대장의 “위법건축물”표시에 대해서도 말소를 청구하였으나 피청구인은 1999. 8. 27. 위법사항이 시정되어야 말소될 것이라는 취지의 회신을 하였다.

(5) 위법사항은 지하층노출로 인한 건축물 높이 제한 위반, 주차장부족, 옥탑면적증가 등으로서, 그 후로도 시정되었다는 자료가 없으며, 이 사건 연립주택 중 일부세대는 아직 당초의 건축주가 소유하고 있고 이들에 대해서는 이행강제금이 면제되지 않았다.

(6) 청구인은, 이 사건 주택 매수전에 건축물대장을 열람하고 등본을 교부받았는데 당시에는 “위법건축물”표시가 없었기 때문에 적법하게 건축되었다고 믿고 이 사건 주택을 매수하였는바, 피청구인의 위 반려처분은 신뢰보호원칙에 위배되는 것으로서 청구인의 재산권과 행복추구권을 침해하는 것이라고 주장하면서 그 취소를 구하는 이 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 청구인의 이 사건 주택 건축물대장상의 “위법건축물”표시 말소신청에 대한 피청구인의 위 반려처분이 위헌인지 여부이다.

2. 청구인의 주장과 피청구인의 의견 요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 연립주택의 건축물대장에 장기간 “위법건축물” 표시를 하지 않은 것은 피청구인 소속 공무원의 고의나 중과실에 의한 것이다.

(2) 피청구인은 장기간 이 사건 주택의 건축물대장에 “위법건축물” 표시를 하지 않음으로써 이를 열람하고 그 등본을 발급받아 본 청구인으로 하여금 이 사건 주택에 위법사항이 없다는 신뢰를 가지도록 하였는바, 이는 위법사항이 없다는 점에 대한 공적인 견해표명을 한 것으로 보아야 하므로 청구인의 신뢰는 보호되어야 한다.

(3) 피청구인이 뒤늦게 이 사건 주택의 건축물대장에 “위법건축물” 표시를 함으로써 청구인은 장차 이 사건 주택을 처분함에 있어서 처분곤란, 가격하락 등으로 인한 불이익을 입게 되었는데, 위 기재를 말소하여 달라는 청구인의 신청에 대한 피청구인의 반려처분은 신뢰보호원칙에 반하는 것이며 청구인의 재산권과 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 피청구인의 의견요지

(1) 건축물대장은 건축법 제29조에 의하여 시장·군수·구청장이 건축물의 소유·이용상태를 확인하거나 건축정책의 기초자료로 활용하기 위하여 건축법 제18조 제2항의 규정에 의하여 사용승인서를 교부한 경우에 작성·관리하는 것이다.

허가권자는 건축법 제69조에 의해 건축물이 건축법에 의한 명령이나 처분에 위반한 경우 건축주, 소유자 등에게 필요한 조치

를 명할 수 있으며, 시장·군수 또는 구청장은 건축물대장의 기재 및 관리등에 관한 규칙 제10조 제3항에 의하여 이해관계인들의 신청에 의해 건축물대장의 등·초본을 교부하는 경우로서 건축물 및 대지의 현황이 허가를 받거나 신고된 내용과 다르게 되어 있는 등 관계법령에 적합하지 않은 경우 건축물대장의 등·초본에 이에 관한 내용을 표시하여야 한다.

그러므로, 피청구인이 건축물대장을 작성·관리함에 있어서 이 사건 연립주택을 위법건축물로 표기하여 관리하는 것은 정당하다.

(2) 이 사건 연립주택의 위법사항은 아직 시정되지 않았으므로 위법건축물표시를 말소할 수 없다고 한 피청구인의 조치는 정당하며 이를 신뢰보호원칙에 위반된다거나 청구인의 재산권, 행복추구권을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

3. 판 단

청구인은 이 사건에서 이 사건 주택의 건축물대장에 있는 “위법건축물”표시의 말소신청에 대한 피청구인의 반려처분이 위헌이라고 주장하면서 그 취소를 구하고 있지만, 청구인이 이를 통하여 이루려고 하는 것은 위 표시의 말소에 그친다고 보여지지 않는다. 즉, 청구인은 그 전 소유자가 이 사건 주택이 건축법에 위반하여 건축되었다는 사실을 숨겼고 피청구인도 이 사건 주택의 건축물대장에 “위법건축물”이라는 표시를 하는 것을 지연하였기 때문에 청구인으로서 이 사건 주택이 위법으로 건축되었다는 사정을 모르는 상태에서 이를 매수하였고, 뒤늦게 건축물대장에 위와 같은 표시가 기입됨으로써 장래 이 사건 주택의 처분 곤란

또는 가격하락으로 인한 손해를 입게 될 것이 명백하다고 주장하면서, 이러한 피해의 회복을 위하여 영구적으로 이 사건 주택이 적법한 것으로 취급됨으로써 청구인 뿐 아니라(청구인은 이행강제금을 면제받았으므로 당장 현실화된 손해는 없다는 점을 자인하고 있다) 앞으로 이 사건 주택을 매도하는 경우 그 양수인에게도 이행강제금이 부과될 염려가 없도록 하여 달라는 취지로 이 사건 청구를 한 것이다. 그리고 적법취급의 방법으로서 위반처분을 취소하여 위 표시가 말소되도록 하여 달라는 것이다. 그런데 건축물대장에 하는 “위법건축물”이라는 표시는 부동산 거래의 실제에 있어서 거래성사여부나 가격형성에 영향을 미칠 수 있는 요인으로 작용할 수는 있겠으나, 그 표시를 하거나 하지 않는 것이 결코 위법여부를 좌우하는 것은 아니다. 그러므로 위법사항이 시정되지 않은 상태에서 표시만 말소된다면 잘못된 정보로서 기능하게 될 뿐이며, 소유자가 건축법상의 시정명령이나 이행강제금부과처분을 받는 것을 면할 수는 없다. 청구인이나 청구인으로부터 이 사건 주택을 양수하는 자로서는 피청구인의 시정명령이나 이행강제금부과처분이 있는 경우 건축물대장상의 “위법건축물”이라는 표시의 말소를 구하는 것으로는 그 목적하는 바를 달성할 수 없는 것이다.

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할

수 있다는 뜻이다. 따라서, 공권력의 행사로 인하여 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 권리나 법적 지위에 아무런 영향이 미치지 않는다면 당초부터 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 않는 것이다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817).

결국, 이 사건 주택에 관한 건축물대장의 “위법건축물”표시의 말소신청을 반려했던 피청구인의 행위는 청구인의 권리나 법적지위에 영향을 미치는 바가 없어서 기본권을 침해할 가능성이 없으므로, 위 반려처분을 취소하여 달라는 이 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인의 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희(주심) 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철 김영일

불기소처분취소

(2000. 8. 31. 99헌마639 전원재판부)

【관시사항】

각하의 불기소처분에 의한 기본권침해를 인정한 사례

【결정요지】

도로복구공사를 하면서 임야를 훼손하였다는 고소사실에 대하여 공사현장에 대한 현장검증 또는 측량, 제3자에 대한 조사 등을 통하여 보다 객관적인 증거자료를 수집하는 등의 과정 없이 수사기록상의 증거자료만을 기초로 만연히 피고소인들에 대한 범죄혐의 없음이 명백하다는 이유로 각하의 불기소처분을 한 것은 수사미진 내지 자의적인 판단이어서, 그로 말미암아 청구인의 평등권과 재판절차진술권이 침해되었다고 할 것이다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제5항

【당 사 자】

청 구 인 정○숙

대리인 변호사 유명건 외 1인

피청구인 청주지방검찰청 충주지청 검사

【주 문】

피청구인이 1999. 7. 14. 청주지방검찰청 충주지청 1999년 형제 3180호 사건의 피고소인 박○표, 박○수에 대하여 한 불기소처분

은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 증거자료(청주지방검찰청 충주지청 1999년 형제3180호 불기소사건기록)에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

가. 청구인은 1999. 2. 28.경 충주경찰서에 ○○지방국토관리청장인 청구외(피고소인) 박○표와 ○○국도유지건설사무소장인 청구외(피고소인) 박○수를 아래와 같은 내용으로 고소하였다.

청구인은 제천시 한수면 ○○ 소재 임야 32,458㎡(후에 산 70 및 70-4, 5, 6으로 분할되었다. 이하 ‘이 사건 임야’라고 한다)의 소유자이고, 인접한 산 70-2 소재 도로(이하 ‘이 사건 도로’라고 한다)는 원래 청구인 소유였다가 1984. 7. 24. 건설부 앞으로 소유권이전등기가 된 국유지로서 대전지방국토관리청에서 관리하는 국도인데, 1997. 11. 22. 이 사건 임야 쪽의 절토법면이 붕괴되면서 쏟아진 토석으로 이 사건 도로가 매몰되자, 대전지방국토관리청은 충주국도유지건설사무소와 합동으로 당일부터 다음 날인 23.까지 긴급복구작업을 시행하였고, 충주국도유지건설사무소는 1998. 6. 20. 대전지방국토관리청으로부터 이 사건 도로에 대한 항구복구사업비를 배정받아 설계 및 공사에 착수하면서 피고소인들은 1999. 2. 28. 청구인의 승낙 없이 이 사건 임야의 토석을 채취하는 등 이 사건 임야의 일부를 손괴하였다.

나. 피청구인은 1999. 7. 14. 위 고소사건(청주지방검찰청 충주지청 1999년 형제3180호)을 수사한 결과 범죄혐의 없음이 명백하다는 이유로 각하의 불기소처분을 하였다.

다. 이에 청구인은 피청구인의 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정하는 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되자, 피청구인의 위 불기소처분으로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 평등권 및 재판절차상의 진술권을 침해받았다고 주장하면서 1999. 11. 8. 위 불기소처분의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 판 단

이 사건의 쟁점은 이 사건 도로의 복구공사를 시행하면서 이 사건 임야를 훼손한 사실이 있는지 여부인 바, 이 사건 수사기록에 의하면 피청구인은 지적도와 임야대장, 이 사건 공사의 현장사진 및 평면 및 종단도면, 공사담당공무원 박○규에 대한 조사등을 자료로 피고소인들의 범죄혐의를 인정할 수 없음이 명백하다는 결론에 이르고 있는 것으로 보인다.

그러나 이 사건 임야에 관한 지적도나 임야대장, 이 사건 공사에 관한 평면 및 종단도면은 이 사건 임야 및 도로의 위치와 면적, 그리고 이 사건 공사에 관한 계획만을 객관적으로 기재하거나 도면화한 것으로 이 사건 임야의 손피여부를 가리기 위한 자료로는 불충분하고, 이 사건 공사의 현장사진은 이 사건 공사의 실제 현황을 보여주고는 있으나 단지 공사현장만을 사진으로 나타내고 있는 것이어서 이 사건 공사로 인하여 임야가 훼손되었는지 여부를 정확히 판단할 자료가 되지 못한다. 다만 박○규의 진

술은 이 사건 공사로 인하여 이 사건 임야가 손괴된 사실이 없다는 취지의 내용이나, 박○규는 이 사건 공사의 현장책임자로서 피고소인의 지휘를 받는 직원이므로 반드시 객관적이고 사실에 부합하는 진술을 하였다고 보기는 어려워 박○규의 진술만을 기초로 가볍게 피고소인에 대한 혐의없음의 결론을 도출할 수는 없다고 판단된다.

따라서 이 사건 공사현장에 대한 현장검증 또는 측량, 제3자에 대한 조사 등을 통하여 보다 객관적인 증거자료를 수집하는 등의 과정 없이 수사기록상의 증거자료만을 기초로 만연히 피고소인들에 대한 범죄혐의 없음이 명백하다는 이유로 각하의 불기소처분을 한 것은 수사미진 내지 자의적인 판단이라는 비난을 면하기는 어렵다고 보인다.

3. 결 론

그렇다면 피청구인의 이 사건 불기소처분은 자의적인 검찰권행사로서 그 결정에 영향을 미친 중대한 수사미진이나 증거판단의 잘못이 있다고 할 것이고, 그로 말미암아 헌법상 보장된 청구인의 평등권과 재판절차진술권이 침해되었다고 할 것이므로 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 있어 이 사건 불기소처분을 취소하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현 하경철(주심) 김영일

국회법 제48조 제3항 위헌확인

(2000. 8. 31. 2000헌마156 전원재판부)

【관시사항】

1. 국가기관 또는 이를 구성하는 자가 그 직무상의 권한 침해 사유로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 청구할 수 있는지 여부(소극)
2. 청구인이 국회법 제48조 제3항 본문에 의하여 침해 당하였다고 주장하는 권리가 헌법이 보장하는 국민의 기본권인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원은, 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 국가기관의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 그 기본권을 침해받았을 경우 이를 구제하기 위한 수단으로 인정된 것이므로, 헌법소원을 청구할 수 있는 자는 원칙으로 기본권의 주체로서의 국민에 한정되며 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 국가기관이나 그 일부는 헌법소원을 청구할 수 없다
2. 청구인이 국회법 제48조 제3항 본문에 의하여 침해 당하였다고 주장하는 기본권은 청구인이 국회 상임위원회에 소속하여 활동할 권리, 청구인이 무소속 국회의원으로 교섭단체 소속 국회의원과 동등하게 대우받을 권리라는 것으로서 이는 입법권을 행사하는 국가기관인 국회를 구성하는 국회의원의 지위에서 향유할 수 있는 권한일 수는 있을지언정 헌법이 일반국민에게 보장하고 있는 기본권이라고 할 수는 없다.

【심판대상조문】

국회법(1998. 3. 18. 법률 제5530호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정되기 전의 것) 제48조(위원의 선임 및 개선) ①~② 생략

③ 정보위원회의 위원은 의장이 각 교섭단체대표의원으로부터 교섭단체 소속의 법제사법위원회·정무위원회·재정경제위원회·통일외교통상위원회·행정자치위원회·국방위원회의 위원중에서 후보를 추천받아 부의장 및 각 교섭단체대표의원과의 협의하여 선임 또는 개선한다. 단서 생략.
④~⑦ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238

【당 사 자】

청 구 인 정○준

대리인 변호사 김영훈

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1996년에 실시된 제15대 국회의원선거에서 무소속으로 당선되어 그 임기가 개시된 같은 해 6.경부터 국회 통일외교통상위원회 소속 상임위원으로 활동하여 오던 중 2000. 2. 14.

국회의장에게 정보위원회 위원으로 배정하여 달라는 요청을 하였으나, 국회의장은 같은 달 19. 국회법 제48조 제3항에서 정보위원회 위원은 각 교섭단체대표의원으로부터 추천과 협의를 거쳐 선임하도록 규정하고 있다는 이유로 이를 거절하였다.

이에 청구인은 위 법률조항이 무소속 국회의원인 청구인의 평등권, 공무담임권 등을 침해하였다고 주장하면서 2000. 3. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 국회법(1998. 3. 18. 법률 제5530호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6266호로 개정되기 전의 것) 제48조 제3항 본문(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

제48조(위원의 선임 및 개선) ③ 정보위원회의 위원은 의장이 각 교섭단체대표의원으로부터 교섭단체소속의 법제사법위원회·정무위원회·재정경제위원회·통일외교통상위원회·행정자치위원회·국방위원회의 위원중에서 후보를 추천받아 부의장 및 각 교섭단체대표의원과의 협의를 거쳐 선임 또는 개선한다. 단서 생략.

2. 청구인의 주장요지 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

우리 헌법은 정당 내지 교섭단체에 소속된 국회의원이든 무소속 내지 비교섭단체 국회의원이든 전혀 구별하지 않고 동일한 헌법기관으로서의 권능과 지위를 부여하고 있다.

국회가 상임위원회 중심주의에 의하여 운영되고 있는 점에 비추어 국회의원의 상임위원회소속활동권은 국회의원의 책임을 완

수하기 위하여 필수불가결한 권리라 할 것인데, 무소속 국회의원이라 하더라도 국민의 대표성은 동일하므로 교섭단체 소속의 국회의원과 동일한 정도의 상임위원회소속활동권이 보장되어야 한다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 아무런 합리적 이유없이 무소속 내지 비교섭단체 국회의원에 대해서는 정보위원회 위원이 될 수 있는 권리를 원천적으로 박탈하고 있으므로, 임의적 사적 단체인 특정 정당을 기반으로 하는 원내 교섭단체 소속 국회의원에 비하여 무소속 내지 비교섭단체 국회의원을 차별대우하는 것으로서 평등의 원칙에 반하고, 무소속 내지 비교섭단체 국회의원의 공무담임권을 침해하였으며, 결과적으로 무소속 내지 비교섭단체 국회의원을 선출한 선거구 국민들의 참정권 내지 선거권의 등가적 평등성을 침해하였다.

또한 국회의원은 헌법 제46조 제2항에 의하여 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행할 권한과 의무가 있음에도 불구하고 무소속 내지 비교섭단체 국회의원에게 정보위원회소속활동을 원천적으로 불가능하게 하는 이 사건 법률조항은 헌법 제46조 제2항에 위반되어 무소속 내지 비교섭단체 국회의원의 국민대표성을 훼손하는 조항이다.

나. 국회사무총장의 의견요지

우리나라는 1994년 정치개혁의 일환으로 정보기관에 대한 국회의 민주적 통제와 국가기밀보호의 조화와 실효성 확보를 위하여 같은 해 6. 24. 국회법을 개정하여 상임위원회로서의 독립된 정보위원회를 설치하였다.

무릇 국가안전보장을 위한 수단으로서의 국가정보체계는 그 성질상 고도의 보안성이 요구되고, 해외·대공·외사보안·방첩 등 대상업무의 특수성과 정보의 수집·분석·생산 및 정책화 등 그 방법 및 절차상의 전문성이 필요하므로 정보위원회 신설 당시 미국, 독일 등 선진외국의 입법·운용례와 우리의 실정을 감안하여 정보위원회 위원의 엄격한 선임요건과 절차를 규정하는 이 사건 법률조항을 제정하게 된 것이다.

3. 판 단

직권으로 이 사건 심판청구의 적법 여부에 관하여 살펴 본다.

가. 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원은, 헌법이 보장하는 기본권의 주체가 국가기관의 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 그 기본권을 침해받았을 경우 이를 구제하기 위한 수단으로 인정된 것이므로, 헌법소원을 청구할 수 있는 자는 원칙으로 기본권의 주체로서의 국민에 한정되며 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 국가기관이나 그 일부는 헌법소원을 청구할 수 없다(헌재 1995. 2. 23. 90헌마125, 판례집 7-1, 238, 242).

그런데 청구인이 이 사건 법률조항에 의하여 침해당하였다고 주장하는 기본권은 청구인이 국회 상임위원회에 소속하여 활동할 권리, 청구인이 무소속 국회의원으로 교섭단체소속 국회의원과 동등하게 대우받을 권리라는 것으로서 이는 입법권을 행사하는 국가기관인 국회를 구성하는 국회의원의 지위에서 주장하는 권리일지언정 헌법이 일반국민에게 보장하고 있는 기본권이라고 할 수는 없다. 그러므로 국회의 구성원인 지위에서 공권력 작용의

주체가 되어 오히려 국민의 기본권을 보호 내지 실현할 책임과 의무를 지는 국회의원이 위와 같은 권한을 침해당하였다고 하더라도 이는 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 기본권의 침해에는 해당하지 않으므로, 이러한 경우 국회의원은 개인의 권리 구제수단인 헌법소원을 청구할 수 없다고 할 것이다.

나. 한편 청구인은 이 사건 법률조항이 결과적으로 무소속 내지 비교섭단체 국회의원을 선출한 선거구 국민들의 참정권 내지 선거권을 차별대우하였다고 주장하나, 이와 같은 기본권은 청구인 자신의 기본권이 아니므로, 기본권 침해의 자기관련성이 인정되지 아니한다.

다. 그렇다면, 이 사건 법률조항으로 인하여 헌법상 보장된 청구인의 기본권이 침해되었다고 할 수 없으므로, 이를 전제로 이 사건 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 심판청구는 부적법하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식(주심) 고종석
신창언 이영모 한대현 하경철 김영일

토지수용법 제5조 위헌소원

(2000. 10. 25. 2000헌바32 전원재판부)

【관시사항】

재판의 전제성이 없다는 이유로 각하한 사례

【결정요지】

토지수용법 제5조는 이른바 공익 또는 수용권의 충돌 문제를 해결하기 위한 것으로서, 수용적격사업이 경합하여 충돌하는 공익의 조정을 목적으로 한 규정이다. 즉, 현재 공익사업에 이용되고 있는 토지는 가능하면 그 용도를 유지하도록 하기 위하여 수용의 목적물이 될 수 없도록 하는 것이 그 공익사업의 목적을 달성하기 위하여 합리적이라는 이유로, 보다 더 중요한 공익사업을 위하여 특별한 필요가 있는 경우에 한하여 예외적으로 수용의 목적물이 될 수 있다고 규정한 것이고, 토지 등을 수용할 수 있는 요건 또는 그 한계를 정한 것이 아니다. 그런데 이 사건 토지가 수용재결 당시 공익사업에 이용되고 있었음을 인정할 만한 아무런 자료가 없는 이 사건에 있어 위 법률조항은 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이라 할 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못한 것이다.

【심판대상조문】

토지수용법 제5조(수용의 제한) 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 이용되고 있는 토지는 특별한 필요가 있는 경우가 아니면 이를 수용 또는 사용할 수 없다.

【당 사 자】

청 구 인 박○덕 외 1인

청구인들 대리인 변호사 이영준 외 2인

당해사건 서울고등법원 99누12405 토지수용이의재결처분취소

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 국방부장관은 국방·군사시설사업에관한법률의 규정에 따라 육군참모총장이 시행하는 군사용 시설부지 매입사업에 관하여 실시계획을 승인하고 1996. 10. 14. 국방부고시 제1996-69호로 이를 고시하였다.

나. 청구인들의 소유인 강원 고성군 현내면 ○○ 입야 10,985㎡ (이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)가 위 사업시행지구에 편입되어 육군참모총장은 청구인들과 사업시행을 위하여 토지 매수를 협의하였으나, 청구인들은 이 사건 토지를 향후 생활 주거지로 사용할 계획이므로 이를 매도할 수 없고 다만 무상사용은 허용하겠다고 주장하였으며, 이에 대하여 육군참모총장은 이 사건 토지는 군사시설부지로 영구적으로 사용할 재산이므로 향후 반환이 불가능하다고 주장하여 협의가 성립되지 아니하였다.

다. 이에 육군참모총장은 중앙토지수용위원회에게 이 사건 토지의 수용재결을 신청하였고, 중앙토지수용위원회는 1998. 3. 27. 국방·군사시설사업에관한법률 및 토지수용법에 근거하여 육군참

모충장이 사업시행을 위하여 이 사건 토지를 수용하도록 하는 내용의 수용재결을 하였다.

라. 청구인들은 군부대가 군사상 필요한 기간 동안 이 사건 토지를 무상으로 사용하고 사용기간이 종료될 때 지체 없이 청구인들에게 이 사건 토지를 반환하도록 제의하였음에도 이 사건 토지를 수용한 것은 위법하다고 주장하며 중앙토지수용위원회에 이의신청을 하였고, 이에 대하여 중앙토지수용위원회는 1998. 11. 24. 청구인들의 이의신청을 기각하는 이의재결을 하였다.

마. 청구인들은 다시, 사용대차계약 또는 환매특약부 매매계약에 의하더라도 이 사건 사업목적에 충분히 달성할 수 있어 이 사건 토지는 이를 꼭 수용해야 할 필요성이 없다 할 것인데도 중앙토지수용위원회가 이 사건 토지를 수용한 것은 수용권을 남용하여 자신들의 재산권을 침해한 것이므로 위 수용재결 및 이를 유지한 위 이의재결은 위법하다고 주장하면서 서울행정법원 98구28585호로 중앙토지수용위원회를 상대로 하여 위 이의재결의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1999. 8. 18. 청구인들의 청구를 기각하는 판결이 선고되자 1999. 9. 15. 서울고등법원에 99누12405호로 항소하였다.

바. 청구인들은 위 서울고등법원 99누12405호 사건의 계속 중, 토지수용법 제5조 중 '특별한 필요가 있는 경우'를 토지를 수용·사용할 수 있는 사업이 종료할 때까지 토지 소유자가 자신의 토지를 기업자에게 무상으로 사용, 수익하게 할 수 있는 제한물권을 설정하는 경우까지 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 주장하면서 이에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다.

사. 서울고등법원은 2000. 3. 17. 위 위헌법률심판제청을 기각함과 아울러 위 항소를 기각하였다.

아. 이에 청구인들은 2000. 4. 11. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 토지수용법 제5조의 규정에 대하여 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 토지수용법 제5조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)가 헌법에 위반되는지 여부인 바, 이 사건 법률조항과 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

국방·군사시설사업에관한법률 제6조(수용 및 사용) ① 사업시행자는 실시계획의 고시구역 안에서 국방·군사시설사업에 필요한 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 수용 또는 사용에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지수용법을 적용한다.

③ (생략)

토지수용법 제5조(수용의 제한) 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업에 이용되고 있는 토지는 특별한 필요가 있는 경우가 아니면 이를 수용 또는 사용할 수 없다.

3. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

헌법 제23조 제1항은 개인의 재산권보장을 규정하고 있고, 헌법 제37조 제2항에서 기본권 제한의 한계로서 과잉금지원칙을 규정하고 있으므로 더 가벼운 기본권의 제한으로 공공의 이익을 보호할 수 있는데도 불구하고 무거운 기본권제한을 하는 법률은

과잉금지의 원칙을 위배한 위헌법률이다. 그런데 이 사건의 사업목적인 군사시설은 통일이 된다면 군사시설로 사용될 필요가 없는 한시적인 것이므로, 군사시설에 필요한 토지라도 기업자가 원하는 기간 동안 아무 제한 없이 용익할 수 있도록 무상의 지상권 등 제한물권의 설정등기를 경료하고 기업자명의로 처분금지가처분 등기를 함으로써 그 사업 목적을 달성할 수 있다. 따라서 토지수용법 제5조 중 ‘특별한 필요가 있는 경우’를 토지를 수용·사용할 수 있는 사업이 종료할 때까지 토지 소유자가 자신의 토지를 기업자에게 무상으로 사용, 수익하게 할 수 있는 제한물권을 설정하는 경우까지 포함하는 것으로 해석하는 한 위헌이다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각이유

헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하도록 규정하고 있으므로, 공익사업의 실현, 국가안전보장, 질서유지 등의 공익 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 법률의 형식에 의하여 정당한 보상을 지급하고 재산권을 수용할 수 있다할 것인 바, 헌법의 위임에 따라 토지수용법은 공익사업에 필요한 토지의 수용과 사용에 관한 사항을 규정하여 공공복리의 증진과 사유재산권과의 조절을 도모함으로써 국토의 합리적인 이용, 개발과 산업의 발전에 기여함을 목적으로(제1조) 국회의 입법에 의하여 제정된 법률로서 특별한 필요가 있는 경우에 한하여 토지의 수용, 사용을 허용하고 있고(제5조), 토지의 수용을 위해서는 사업인정을 위한 협의 및 의견청취, 사업인정고시, 토지조서 및 물건조서의 작성, 협의, 수용재결, 이의재결 등의 절차를 거치도록 하고(제14조 내지

제44조), 손실보상에 관한 상세한 규정을 두어 정당한 보상이 이루어지도록 배려하고 있을 뿐 아니라(제45조 내지 제60조), 사업인정 후 일정기간 내에 수용한 토지가 필요 없게 된 때에는 토지소유자의 환매권을 보장하고 있다(제71조).

또한, 헌법 제23조 제2항에서는 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다고 규정하여 재산권행사의 공공복리 적합의무를 규정함으로써 재산권행사의 사회기속성을 명문화하고 있다.

따라서, 토지수용법이 헌법의 규정취지에 따라 토지의 수용절차를 엄격하게 규정하고 그 손실보상액 또한 정당한 보상이 되도록 배려하고 있을 뿐 아니라 일정기간내의 환매권까지 보장하고 있는 점 및 우리 헌법상의 재산권이 강한 사회기속성이라는 제약을 받고 있다는 점에 비추어 보면, 토지수용법 제5조에서 토지의 수용의 요건으로 규정하고 있는 ‘특별한 필요가 있는 경우’를 신청인의 주장과 같이 ‘토지를 수용·사용할 수 있는 사업이 종료할 때까지 토지 소유자가 자신의 토지를 기업자에게 무상으로 사용, 수익하게 할 수 있는 제한물권을 설정하는 경우’를 배제하는 취지의 일의적 규정이라고는 할 수 없고, 이러한 경우에 토지를 수용할 수 있도록 허용한다고 하더라도 이를 일률적으로 기본권제한에 관한 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된다거나 기본권의 본질적 내용의 침해가 된다고는 볼 수 없으므로 청구인들의 위헌제청신청은 이유 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

청구인들은 이 사건 법률조항을 사유재산권 침해를 제한하는

규정으로 해석하고, 이를 근거로 이 규정이 위헌임을 주장하고 있으나, 이 사건 법률조항은 토지수용법 등에 따라 기업자가 공익사업용지로 취득하여 공익사업부지로 사용하고 있는 토지를 제3의 기업자(사업시행자)가 다른 공익사업을 위하여 수용 또는 사용하고자 하는 경우 이를 제한하려는 규정이므로, 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 판 단

이 사건 심판청구의 적법 여부를 살펴본다.

이 사건은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구이므로 그 적법요건으로 문제된 법률조항의 위헌여부에 대한 재판의 전제성이 요구되는 바, 재판의 전제성이라 함은 원칙적으로, 구체적인 소송사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 위헌여부 심판에 제청된 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 그 제청된 법률이 헌법에 위반되는 여부에 따라 당해 소송사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말하는데, 여기서 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 함은 법원이 심리중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 주는 경우뿐만 아니라 제청된 법률의 위헌 여부가 비록 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관계되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 포함된다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865; 헌재 1994. 2. 24. 91헌가3, 판례집 6-1, 21, 30).

이 사건 법률조항은 이른바 공익 또는 수용권의 충돌 문제를

해결하기 위한 규정으로서, 수용적격사업이 경합하여 충돌하는 공익의 조정을 목적으로 한 규정이다. 즉, 현재 공익사업에 이용되고 있는 토지는 가능하면 그 용도를 유지하도록 하기 위하여 수용의 목적물이 될 수 없도록 하는 것이 그 공익사업의 목적을 달성하기 위하여 합리적이라는 이유로, 보다 더 중요한 공익사업을 위하여 특별한 필요가 있는 경우에 한하여 예외적으로 수용의 목적물이 될 수 있다는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항의 ‘특별한 필요가 있는 경우’는 현재 토지를 이용하고 있는 수용가능사업의 공익성과 새로이 당해 토지를 이용하고자 하는 수용가능사업의 공익성의 비교형량에 의하여 후자가 전자보다 큰 경우 등을 말하는 것일 뿐, 일반적으로 토지 등을 수용할 수 있는 요건 또는 그 한계를 정한 것이 아니다.

그런데, 청구인들은 이 사건 법률조항이 일반적인 토지수용의 요건 또는 한계를 정한 것으로 해석하여 위헌제청신청을 한 다음 이 사건 헌법소원심판청구에 이르렀으나, 이 사건 토지가 수용재결당시 공익사업에 이용되고 있었음을 인정할 아무런 자료가 없는 이 사건에 있어 이 사건 법률조항은 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이라 할 수 없고, 따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는 여부에 따라 당해 소송사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 된다고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못한 것이다.

5. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여

관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

납골당 설치허가 부동의 위헌확인

(2000. 10. 25. 99헌마458 전원재판부)

【관시사항】

청원에 대한 회신이 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력 행사에 해당되는지 여부(소극)

【결정요지】

적법한 청원에 대하여 국가기관이 이를 수리, 심사하여 그 결과를 청원인에게 통보하였다면 이로써 당해 국가기관은 헌법 및 청원법상의 의무이행을 다한 것이고, 그 통보 자체에 의하여 청구인의 권리의무나 법률관계가 직접 무슨 영향을 받는 것도 아니므로 비록 그 통보내용이 청원인이 기대하는 바에는 미치지 못한다고 하더라도 그러한 통보조치가 헌법소원의 대상이 되는 구체적인 공권력의 행사 내지 불행사라고 볼 수는 없다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1994. 2. 24. 93헌마213등, 판례집 6-1, 183, 190

【당 사 자】

청 구 인 권○복

대리인 변호사 김형성

피청구인 육군 제2167부대장

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판대상

가. 사건의 개요

청구인 소유의 경기도 용인시 양지면 ○○ 일대 임야, 전 및 답약 33만평 중 약 24만평(이하 이 사건 부지라 한다)이 1990. 12. 1. 육군 제2167 탄약대대의 창설로 인하여 군사시설보호구역으로 지정되었다.

청구인은 1999. 5. 18. 이 사건 부지 위에 납골당을 조성하는 사업계획을 마련하고 도지사에게 그 허가신청을 하기에 앞서 이 납골당조성사업을 긍정적으로 검토해달라는 ‘납골당조성사업에 관한 청원’을 피청구인에게 제출하였다.

청구인은 이 청원에서 자신의 납골당조성사업계획은 군사보호구역내에서 군 작전과 안전 등에 지장이 없도록 방지책을 마련하고 있고, 개발예정지역은 부대철조망으로부터 200m, 탄약저장시설로부터는 300m 떨어져 있으나, 탄약저장시설과 개발예정부지 중간에 커다란 능선이 존재하여 안전거리확보에 문제가 없으므로 납골당 조성사업에는 별다른 지장이 되지 않는다고 주장하였다.

피청구인은, 이 사건 부지는 부대 철조망을 연하여 200m 이격된 지역에 위치하고 있는바 탄약안전거리 밖이라면 부대 울타리 옆이라도 납골당 등의 설치가 가능하겠지만 탄약안전거리 이내라면 중간에 산 능선이 있더라도 불가능하기 때문에, 청구인의 납

골당 조성사업은 법률상 불가능하며, 군사보호구역내에 있는 청구인의 이 사건 부지의 이용이 제한되고 있는 점에 대한 보상 역시 현행법상 방안이 없다는 내용 등을 1999. 6. 14. 청구인에게 이 사건 ‘민원서류처리 결과회신’을 통하여 통보하였다.

이에 청구인은 1999. 6. 14.자 피청구인의 ‘민원서류처리 결과회신’은 이 사건 부지 위의 납골당설치허가에 관한 청구인의 동의요청에 대하여 피청구인이 부동의한 조치로서 이러한 조치는, 정당한 이유없이 그리고 수용이나 보상없이 청구인의 재산권 행사를 과도하게 제한하여 이를 침해한 공권력의 행사이고 또한 인근의 천주교 수련원시설의 설치 허용에 비하여 부당하게 청구인을 차별함으로써 평등권을 침해한 공권력의 행사이므로 취소되어야 한다는 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판대상

이 사건의 심판대상은 피청구인이 청구인의 ‘납골당조성사업에 관한 청원’에 대하여 1999. 6. 14. 그 불가능을 통보한 ‘민원서류처리 결과회신’이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였는지 여부이다.

2. 판 단

우선 피청구인이 1999. 6. 14.에 한 민원서류처리 결과회신이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의거한 공권력행사에 해당되어 헌법소원의 대상이 되는지 여부를 살펴본다.

가. 먼저 이 사건 민원회신이 청구인의 납골당설치사업을 위한 동의요청에 대하여 피청구인이 부동의한 조치라고 할 수 있는지를 본다.

사실 납골당의 설치에 관하여는 매장및묘지등에관한법률 제8조 제2항에 의거, 도지사의 허가를 받아야 하고 도지사가 군사시설보호구역 내에서 납골당설치에 대한 허가를 내주기 위해서는 매장및묘지등에관한법률 제8조의2 제2호 및 같은법시행령 제9조 제2호, 군사시설보호법 제10조 및 같은법시행령 제11조 제1항에 의하여 관할부대장과 협의를 하여 그 동의를 받아야 한다. 따라서 피청구인은 관계행정기관의 장인 도지사가 납골당사업에 관한 협의요청을 하여 온 경우에 비로소 이에 대한 동의여부를 통보하게 되는 것이고 한편 청구인은 자신의 납골당사업과 관련하여 자신의 이름으로 관할부대장인 피청구인에게 직접 협의를 요청할 수 있는 어떠한 법적 권리도 가지지 못하므로 청구인이 설혹 자기의 이름으로 직접 협의를 요청한다고 하여도 피청구인으로서는 이에 응하여 동의 또는 부동의를 해야 할 아무런 법적 의무도 없다.

따라서 피청구인의 이 사건 민원회신은, 청구인의 납골당설치사업에 관한 동의요청에 대해서 피청구인이 부동의를 한 조치라고 볼 수는 없고 단지 청구인의 납골당설치사업이 법률상 불가능하다는 청원심사결과내용을 청구인에게 통보하는 답변에 불과하다고 할 것이다.

나. 그렇다면 이와 같은 청원회신이 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사에 해당되는지를 본다.

헌법상의 청원권은 공권력과의 관계에서 일어나는 여러가지 이해관계, 의견, 희망 등에 관하여 적법한 청원을 한 국민에게 국가기관이 이를 수리·심사하여 그 심사결과를 통보하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 의미한다. 따라서 적법한 청원에 대하여 국

가기관이 이를 수리·심사하여 그 결과를 청원인에게 통보하였다면 이로써 당해 국가기관은 헌법 및 청원법상의 의무이행을 다한 것이고, 그 통보 자체에 의하여 청구인의 권리의무나 법률관계가 직접 무슨 영향을 받는 것도 아니므로 비록 그 통보내용이 청원인이 기대하는 바에는 미치지 못한다고 하더라도 그러한 통보조치가 헌법소원의 대상이 되는 무슨 구체적인 공권력의 행사 내지 불행사라고 볼 수는 없다(헌재 1994. 2. 24. 93헌마213 등, 판례집 6-1, 183, 190). 이 사건에서 보면 피청구인이 청구인에게 보낸 민원서류처리 결과회신도 위에서 본 바와 같은 성질의 청원에 대한 회신임이 명백하므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하고 있는 공권력의 행사에 해당되지 아니할 것이다.

3. 결 론

따라서 이 사건 헌법소원은 부적법하므로 청구인의 심판청구를 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

중재법 제4조 제3항 위헌소원

(2000. 11. 30. 98헌바83 전원재판부)

【관시사항】

1. 당해사건이 부적법하여 법원에서 각하된 이상 제청신청된 중재법 제4조 제3항의 위헌 여부는 재판의 전제성을 결여한다고 본 사례

2. 청구인이 주장하는 사유로는 집행판결 후 중재판정취소의 소를 제기할 수 없도록 제한하고 있는 중재법 제15조가 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 당해사건이 부적법하여 법원에서 소각하 판결이 선고되어 확정되었다면, 중재법 제4조 제3항에 대한 청구인의 위헌소원은 재판의 전제성을 결여하여 부적법하다.

2. 청구인이 주장하는 바와 같이 집행판결의 소에서 이미 한 차례 법원에 의하여 판단을 받을 기회가 보장되어 있었던 취소사유로는 중재판정취소의 소를 제기할 수 없도록 제한하고 있는 중재법 제15조는, 당사자의 태만으로 인한 상대방 지위의 불안정을 방지하고 법원의 반복심리에 따른 소송경제의 낭비를 막는 등 공공복리를 위한 입법으로서 헌법상의 정당성과 합리성이 인정되므로, 청구인의 재판청구권을 침해하는 조항이 아니다.

【심판대상조문】

중재법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되어 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제4조(중재인의 선정) ①~② 생략

③ 상행위로 인하여 발생하는 법률관계에 관한 중재(이하 “상사중재”라 한다)계약에서 중재인의 선정을 약정하지 아니하였거나 당사자의 의사가 분명하지 아니하는 경우에는 전 항의 규정에 불구하고 상공자원부장관이 지정하는 사단법인의 상사중재규칙에 의하는 것으로 추정한다.

④~⑤ 생략

【참조조문】

중재법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되어 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제7조(중재절차) ①~② 생략

③ 상사중재절차에 관하여 당사자의 합의가 없거나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우에는 전 항의 규정에 불구하고 상공자원부장관이 지정하는 사단법인의 상사중재규칙에 의하는 것으로 추정한다.

중재법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되어 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제13조(중재판정취소의 소) ① 당사자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 중재판정의 취소의 소를 제기할 수 있다.

1. 중재인의 선정 또는 중재절차가 이 법이나 중재계약에 의하지 아니한 때
2. 중재인의 선정 또는 중재절차에 있어서 당사자가 소송무능력자이거나 대리인이 적법하게 선임되지 아니하였을 때
3. 중재판정이 법률상 금지된 행위를 할 것을 내용으로 한 때
4. 중재절차에 있어서 정당한 사유없이 당사자를 심문하지 아니하였거나 중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때
5. 민사소송법 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유가 있을 때

② 전 항 제4호의 사유에 관하여 당사자 간에 따로 합의하였을 때에는 중재취소의 소를 제기할 수 없다.

중재법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되어 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제14조(중재판정에 의한 강제집행) ① 중재판정에 의하여 하는 강제집행은 법원의 집행판결로 그 적법함을 선고한 때에 한하여 할 수 있다.

② 전 항의 집행판결은 중재판정취소의 소를 제기할 수 있는 이유가 있는 때에는 하지 못한다.

③ 생략

중재법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되어 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것) 제15조(집행판결 후의 중재판정취소의 소) 집행판결을 한 후에는 중재판정의 취소의 소는 제13조 제1항 제5호의 사유를 이유로 한 경우에 한하여 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 과실없이 집행판결 절차에서 그 취소의 이유를 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때에 한한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 8. 19. 92헌바36, 판례집 4, 572
헌재 2000. 2. 8. 2000헌바8
2. 헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317
헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179

【당 사 자】

청 구 인 ○○산업진흥 주식회사
대표이사 최○철
대리인 변호사 장상재
당해사건 서울고등법원 98나9351 중재판정취소

【주 문】

이 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상
가. 사건개요
청구인은 ○○상사중재원이 1997. 6. 28. 한 상사중재판정(96111-0059)의 당사자로서 서울지방법원에 중재판정취소소송(97가합59246)을 제기하였다가 1998. 1. 16. 청구기각 판결을 받고, 서

울고등법원에 항소(98나9351)하면서 중재법 제4조 제3항의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌제청신청(98카262)을 하였으나 각하되자 같은 해 10. 23. 이 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

심판대상은 중재법(1993. 3. 6. 법률 제4541호로 개정되어 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제4조 제3항(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 이 법률조항 및 관련규정의 내용은 아래와 같다.

법 제4조(중재인의 선정) ③ 상행위로 인하여 발생하는 법률관계에 관한 중재(이하 “상사중재”라 한다)계약에서 중재인의 선정을 약정하지 아니하였거나 당사자의 의사가 분명하지 아니하는 경우에는 전 항의 규정에 불구하고 상공자원부장관이 지정하는 사단법인의 상사중재규칙에 의하는 것으로 추정한다.

[관련규정]

법 제7조(중재절차) ③ 상사중재절차에 관하여 당사자의 합의가 없거나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우에는 전 항의 규정에 불구하고 상공자원부장관이 지정하는 사단법인의 상사중재규칙에 의하는 것으로 추정한다.

법 제13조(중재판정취소의 소) ① 당사자는 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 중재판정의 취소의 소를 제기할 수 있다.

1. 중재인의 선정 또는 중재절차가 이 법이나 중재계약에 의하지 아니한 때
2. 중재인의 선정 또는 중재절차에 있어서 당사자가 소송무능력자이거나 대리인이 적법하게 선임되지 아니하였을 때

3. 중재판정이 법률상 금지된 행위를 할 것을 내용으로 한 때
4. 중재절차에 있어서 정당한 사유없이 당사자를 심문하지 아니하였거나 중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때
5. 민사소송법 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유가 있을 때

② 전 항 제4호의 사유에 관하여 당사자 간에 따로 합의하였을 때에는 중재취소의 소를 제기할 수 없다.

법 제14조(중재판정에 의한 강제집행) ① 중재판정에 의하여 하는 강제집행은 법원의 집행판결로 그 적법함을 선고한 때에 한하여 할 수 있다.

② 전 항의 집행판결은 중재판정취소의 소를 제기할 수 있는 이유가 있는 때에는 하지 못한다.

법 제15조(집행판결 후의 중재판정취소의 소) 집행판결을 한 후에는 중재판정의 취소의 소는 제13조 제1항 제5호의 사유를 이유로 한 경우에 한하여 중재판정취소의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 과실없이 집행판결 절차에서 그 취소의 이유를 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때에 한한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있으므로, 재판에 의하지 않고 중재절차를 이용하여 상사분쟁 해결을 하려면 당사자의 의사에 따라 중재인이 선정되어야 한다. 이 법률조항은 당사자의 의사가 명확하지 아니하는 경우 대한상

사중재원의 중재인을 선정하는 것으로 추정하고 그 반대 사정을 내세워 추정을 번복하도록 규정한 것은 대한상사중재원의 중재를 강요하는 결과가 되어 청구인의 재판받을 권리를 침해하는 것이다.

나. 법무부장관은 합헌의견을 개진하였다.

3. 판 단

가. 청구인의 이 사건 상사중재판정에 대한 당해사건은 서울고등법원에서 1998. 9. 25. 소각하 판결을 하고, 이어서 2000. 6. 23. 대법원도 상고기각 판결을 하였다. 당해사건은 법원의 집행판결(법 제14조 제1항) 후의 중재판정취소를 구하는 것으로서 법 제15조에 규정된 사유를 이유로 내세우지 아니한 부적법한 청구라는 것이 패소이유의 요지였다.

나. 청구인은 이 심판청구에서 법 제13조 제1항 제1호 소정의 “중재인의 선정(이) …… 중재계약에 의하지 아니한 때”에 해당하는 위법사유가 있다는 취지로 주장한다. 이 사건 심판대상인이 법률조항(중재인의 선정)이 재판의 전제성 요건을 갖추려면, 집행판결 후의 법 제13조 제1항 제1호 사유로 중재판정취소의 소를 제기할 수 없도록 제한하고 있는 법 제15조가 청구인의 재판청구권을 침해하는 것인지 여부를 판단하여야 하므로 이 점을 살피기로 한다.

중재판정으로 불이익을 받게 된 일방(또는 쌍방) 당사자는 중재판정취소의 소에 의하거나(법 제13조 제1항), 또는 집행판결의 소에서 방어방법(법 제14조 제2항)으로 중재판정 취소사유를 주장할 수 있다(법 제13조 제1항 제1호 내지 제5호). 중재판정에 의한 강제집행

은 법원이 집행판결로 그 적법함을 선고한 때에 한하고(법 제14조 제1항), 이 집행판결의 소는 적법한 중재판정의 존재와 중재판정 취소사유의 유무(같은 조 제2항)가 심리대상이 되는 것이다.

그런데 집행판결 절차에서 이미 중재판정 취소사유를 주장할 수 있었는데도 불구하고 중재판정의 번복 가능성을 제한하지 않고 집행판결 후의 중재판정취소의 소에서 다시 동일한 취소사유를 주장할 수 있게 허용한다면 분쟁해결의 실효성은 거둘 수 없게 된다. 이에 법 제15조도 집행판결 후에는 취소사유 중 법 제13조 제1항 제5호가 규정한 민사소송법 제422조 제1항 제4호 내지 제9호에 해당하는 사유만 당사자가 과실없이 집행판결 절차에서 그 취소의 이유를 주장할 수 없었다는 것을 소명한 때에 한하여 집행판결 후의 중재판정취소의 소를 제기할 수 있게 한 것이다.

집행판결의 소에서 이미 한 차례 법원에 의하여 판단을 받을 기회가 보장되어 있던 중재판정 취소사유 중 법 제13조 제1항 제1호 내지 제4호로는 중재판정취소의 소를 제기할 수 없도록 제한하고 있는 법 제15조는, 당사자의 태만으로 인한 상대방 지위의 불안정을 방지하고 법원의 반복심리에 따른 소송경제의 낭비를 막는 등 공공복리를 위한 입법으로서 헌법상의 정당성과 합리성이 인정되므로 기본권제한의 한계를 벗어난 것이 아니다.

다. 따라서 법 제15조는 청구인의 재판청구권을 침해하는 조항이 아니므로 이 법률조항은 재판의 전제성의 요건을 갖추지 못한 부적법한 청구라고 볼 수밖에 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 이영모(주심) 한대현 하경철
김영일 권 성 김효중 김경일 송인준

전파법 제74조의5 제1항 위헌소원

(2000. 11. 30. 98헌바103 전원재판부)

【관시사항】

무선국의 시설자에 대하여 전파사용료를 부과·징수함에 있어서 비영리무선국 등의 시설자에 대하여는 전파사용료를 면제하는 한편, 그밖의 비영리무선국의 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 전파사용료의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 규정한 구 전파법 제74조의5 제1항(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 규정이 청구인의 평등권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

“국가 또는 지방자치단체가 개설한 무선국”(제1호)에 대하여 전파사용료를 면제하는 것은 이들이 수행하는 공적 과제와 종국적으로 국민이나 주민에게 돌아가는 경제적 부담을 경감하기 위한 것이고, “방송을 목적으로 하는 무선국 중 영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국”(제2호 전단)을 전파사용료의 부과대상에서 제외하고 있는 것은 이들 방송이 갖는 공적 과제와 이를 통하여 실현되는 국가 전체의 통합·조정기능을 고려한 것이다. “한국방송광고공사법 제20조 제1항의 규정에 의하여 방송광고물의 수탁수수료를 납부하는 무선국”(제2호 후단)에 대하여 전파사용료를 면제하는 것은 이들이 전파사용료보다 광고물 수탁수수료를 더 많이 납부하고 있고, 최종적으로 전파를 공중에 송신하기 위하여 스튜디오에서 방송국, 또는 방송국과 방송국 사이에서 방송전파를 중계하는 “고정국”에 대하여는 일반 무선국과 같이 전파사용료를 부담하고 있으므로, 방송영역의 특수한 상황과 방송

의 기능에 상응하는 국가의 재정지원조치로서 규율목적과 수단과의 사이에 견련관계가 인정된다.

그리고 “영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국 중 대통령령이 정하는 무선국”(제3호)의 시설자에 대하여 전파사용료의 전부 또는 일부를 면제할 수 있게 규정한 이유는, 긴급재난이나 천재지변 등과 같은 임무를 수행하는 점, 과학·기술발전을 도모하고 개인의 전파기술연구 및 통신훈련을 진흥하는 취지, 그리고 공공복리 증진기능을 조장하는 점 등을 고려한 것이다.

청구인의 경우, 위에서 본 면제대상들처럼 오로지 비영리목적이나 공공복리 증진을 위한 것이라기보다 조합원이 영업상의 이익추구 활동을 하면서 부수적으로 공익에 기여하고 있는데 지나지 아니하므로 청구인에 대한 전파사용료의 부과·징수를 일컬어 차별취급으로 인한 위법사유가 된다고 볼 것은 아니므로 헌법상의 요청인 평등원칙 위반의 위법이 있다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

구 전파법(1991. 12. 14. 법률 제4441호로 신설되어 1997. 8. 28. 법률 제5383호로 개정되기 전의 것) 제74조의5(전파사용료) ① 정보통신부장관은 무선국의 시설자에 대하여 당해 무선국에서 사용하는 전파에 대한 사용료(이하 “전파사용료”라 한다)를 부과·징수할 수 있다. 다만, 다음 각 호 중 제1호 및 제2호에 해당하는 무선국의 시설자에 대하여는 이를 면제하고, 제3호에 해당하는 무선국의 시설자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

1. 국가 또는 지방자치단체가 개설한 무선국
2. 방송을 목적으로 하는 무선국 중 영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국과 한국방송광고공사법 제20조 제1항의 규정에 의하여 방송광고물의 수탁수수료를 납부하는 무선국
3. 영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국 중 대통령령이 정하는 무선국

②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

구 한국방송광고공사법(1980. 12. 31. 법률 제3317호로 제정되고 1990. 8. 1. 법률 제4265호로 개정된 것으로, 2000. 1. 12. 법률 제6138호로 전문개정되기 전의 것) 제15조(광고방송) 국내 각 방송국은 공사가 위탁하는 방송광고물 외에는 광고방송을 할 수 없다. 다만, 대통령령이 정하는 광고방송에 대하여는 그러하지 아니하다.

구 한국방송광고공사법(1980. 12. 31. 법률 제3317호로 제정되고 1990. 8. 1. 법률 제4265호로 개정된 것으로, 2000. 1. 12. 법률 제6138호로 전문개정되기 전의 것) 제20조(방송광고물의 수탁수수료 등) ① 제15조의 규정에 의하여 광고물을 방송한 방송국은 광고물의 수탁수수료로서 대통령령이 정하는 일정률에 해당하는 금액을 공사에 납부하여야 한다.

②~③ 생략

【당 사 자】

청 구 인 ○○개인택시운송사업조합

대표자 이사장 박○길

대리인 법무법인 대중종합법률사무소

담당변호사 계경문

당해사건 서울고등법원 97구41853 전과사용료부과처분취소

【주 문】

구 전과법(1991. 12. 14. 법률 제4441호로 신설되어 1997. 8. 28. 법률 제5383호로 개정되기 전의 것) 제74조의5 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요와 심판대상

가. 사건개요

청구인은 서울시내의 개인택시운송사업자들이 개인택시운수사업의 건전한 발전과 그들의 공동이익을 도모하기 위하여 자동차

운수사업법에 따라 설립한 법인이다. 청구인은 조합원들의 택시에 호출기능을 부여하고 택시 무선통신망을 설치하여 택시운송사업의 서비스체계를 개선·확립하기 위하여 1997. 1. 21. 서울체신청장으로부터 기지국 1국, 이동중계국 2국, 주파수공용무선전화 1,670국에 대한 허가를 얻어 무선국을 개설·운영하고 있다.

서울체신청장은 1997. 8. 7. 구 전파법 제74조의5 제1항 및 동법시행령 제119조의11 제5항 「별표 10」에 따라 청구인에게 1997. 4. 1.부터 같은 해 6. 30.까지(2/4분기) 무선국 등의 전파사용료로서 각 기지국 전파사용료 금 66,491,200원, 중계국 전파사용료 금 1,448,100원, 개인이동국 전파사용료 금 92,325,230원 등 합계 금 160,264,530원을 부과·고지하였다.

이에 청구인은 서울고등법원에 위 부과처분의 취소를 구하는 소송(97구41853)을 제기하는 한편, 구 전파법 제74조의5 제1항의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다고 하며 위헌제청신청(97부2307)을 하였으나 위 법원이 이를 기각하자 1998. 12. 18. 이 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상 및 관련규정

심판대상은 구 전파법(1991. 12. 14. 법률 제4441호로 신설되어 1997. 8. 28. 법률 제5383호로 개정되기 전의 것) 제74조의5 제1항(이하 “이 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상

구 전파법 제74조의5(전파사용료) ① 정보통신부장관은 무선국의 시설자에 대하여 당해 무선국에서 사용하는 전파에 대한 사용료(이하 “전파사용료”라 한다)를 부과·징수할 수 있다. 다만, 다음 각 호 중 제1호 및 제2호에 해당하는 무선국의 시설자에 대하여는 이를 면제하고, 제3호에 해당하는 무선국의 시설자에 대하여는 대통령이 정하는 바에 따라 이의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

1. 국가 또는 지방자치단체가 개설한 무선국

2. 방송을 목적으로 하는 무선국 중 영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국과 한국방송광고공사법 제20조 제1항의 규정에 의하여 방송광고물의 수탁수수료를 납부하는 무선국

3. 영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국 중 대통령이 정하는 무선국

(2) 관련규정

구 한국방송광고공사법(1980. 12. 31. 법률 제3317호로 제정되고 1990. 8. 1. 법률 제4265호로 개정된 것으로, 2000. 1. 12. 법률 제6138호로 전문개정되기 전의 것) 제15조(광고방송) 국내 각 방송국은 공사가 위탁하는 방송광고물 외에는 광고방송을 할 수 없다. 다만, 대통령이 정하는 광고방송에 대하여는 그러하지 아니하다.

제20조(방송광고물의 수탁수수료 등) ① 제15조의 규정에 의하여 광고물을 방송한 방송국은 광고물의 수탁수수료로서 대통령이 정하는 일정률에 해당하는 금액을 공사에 납부하여야 한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

이 법률조항은 전체 무선국의 약 20%에 달하는 방송국 등의 무선국에 대하여 전파사용료를 면제하고 있는데, 이는 전파사용료를 부과·징수함에 있어서 청구인과 방송국 등의 무선국을 합리적인 이유 없이 차별함으로써 헌법 제11조 제1항 소정의 평등권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각 이유와 정보통신부장관의 의견요지
전파는 희소성을 띤 유한자원으로서 공공의 유한자원을 자신의 이익을 위하여 사용(私用)하는 자는 그에 상응하는 사용대가를 지급하여야 하며, 이것은 이 법률조항의 입법취지인 수익자 부담의 원칙에 부합하는 것이다. 국가나 지방자치단체가 개설한 무선국과 영리를 목적으로 하지 아니하거나 공공성이 강한 방송국 등에 대하여 전파사용료를 면제하는 이 법률조항은 공공성과 형평성을 고려하여 입법된 규정이므로, 평등원칙이 요구하는 합리성과 비례성의 원칙에 어긋난다고 볼 수 없다.

다. 방송위원회의 의견요지

구 전파법, 구 방송법, 구 한국방송광고공사법의 관련조항을 보면, 방송국은 전파사용료가 면제되는 대신 방송진흥 및 문화·예술진흥사업 등을 위해 공익자금을 부담하고 있으므로, 이 법률조항 중 제2호 후단은 전파사용료 납부와 공익자금 부담이라는 이중부담을 고려한 취지의 규정인 것이다. 방송국에 공익자금 이외에 전파사용료를 부과한다면 전파사용료만을 납부하는 무선국에 비해 차별취급하는 결과가 된다.

3. 판 단

가. 이 법률조항은 종래의 규제 및 관리 위주의 ‘전파관리법’을 ‘전파법’으로 변경하면서 무선국의 허가절차를 간소화하는 한편, 비용부담의 평등과 수익자부담 원칙의 실현수단으로 전파사용료를 부과·징수할 수 있게 한 규정이다. 이 규정은 “한정된 전파자원을 효율적으로 활용하기 위하여 각종 전파이용제도를 개선하여 전파이용에 관한 국민의 편익을 증진하고, 무선국의 개설을 허가받은 자로부터 전파사용료를 징수하여 부족한 전파관리경비를 충당하는 한편, 전파에 관한 각종 기술을 개선하여 전파의 이용을 촉진하는 등 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선, 보완하려는” 데 있으므로(제156회 국회본회의 회의록 제14호), 입법목적의 정당성은 수긍할 수 있다.

그런데 이 법률조항을 근거로 전파사용료를 부과·징수함에 있어 청구인과 같은 무선국을 면제대상에서 제외한 것은 방송국 등과 비교하여 합리성이 없는 차별취급으로 평등원칙에 위반되는 것이 아닌가 라는 문제가 생기게 된다.

나. 먼저, 이 법률조항 중 제1호가 “국가 또는 지방자치단체가 개설한 무선국”에 대하여 전파사용료를 면제하고 있는 점을 본다.

전파를 사용하는 무선통신은 도입 초기부터 국민의 생명과 안전, 재산보호를 위한 중요한 수단이었고, 이러한 공적 과제의 수행은 헌법상 국가와 지방자치단체의 의무에 속한다(헌법 제10조 제2문, 제117조 제1항). 국가 또는 지방자치단체가 개설한 무선국은 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리의 증진을 위한 것이므로 여기에 전파사용료를 부과한다면, 그것은 전파를 사용하지 않는 일반 국민이나 주민의 부담으로 전가(轉嫁)되는 것이다.

이 법률조항 중 제1호를 통해서 국가 또는 지방자치단체가 개설한 무선국에 대하여 전파사용료를 면제하는 것은 이들이 수행하는 공적 과제와 종국적으로 국민이나 주민에게 돌아가는 경제적 부담을 경감하기 위한 것으로서, 청구인이 개설·운영하고 있는 무선국과 동일하게 취급할 성질의 것은 아니다.

다. 다음, 이 법률조항 중 제2호 전단이 “방송을 목적으로 하는 무선국 중 영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국”을 전파사용료의 부과대상에서 제외하고 있는 점을 검토한다.

전파는 신속한 의사소통과 긴박한 사태 추이에 효과적으로 대응하기 위하여 국방·치안 등의 무선통신에 사용될 뿐 아니라, 정보전달의 중요한 수단인 라디오와 텔레비전 등에서 이용된다. 현대사회에서 방송매체가 차지하는 비중은 신문과 더불어 필수 불가결한 의사소통 수단 중의 하나로서 여론형성의 중요한 요소라고 말할 수 있다.

이와 같은 방송이 갖는 공적 과제와 이를 통하여 실현되는 국가 전체의 통합·조정기능을 고려할 때, 전파를 개인이나 단체가 영업이익을 추구하면서 사용하는 것과 같은 것으로 볼 수는 없다.

청구인은 소속 조합원들의 영업활동상의 편익을 도모하기 위하여 설립된 단체일 뿐 영리 목적 없이 공적 과제를 수행하는 단체는 아니므로, 전파사용료에 차등을 둔 입법자의 결정을 자의적이라고 탓하여서는 안된다.

라. 다음, 이 법률조항 중 제2호 후단 소정의 “한국방송광고공사법 제20조 제1항의 규정에 의하여 방송광고물의 수탁수수료를

납부하는 무선국”은 전파사용료의 부과대상으로부터 제외된다
는 부분을 살피기로 한다.

입법자는 공공에 봉사하는 방송광고체제를 정립하고 언론공익
사업을 지원함으로써 건전한 국민생활과 방송문화의 발전 및 언
론인의 후생복지증진에 기여하게 할 목적으로 한국방송광고공사
법을 제정하고 한국방송광고공사(이하 ‘공사’라 한다)를 설립하였
다(제1조). 같은 법 제15조는 대통령령이 정하는 광고방송의 경
우를 제외하고는 어떠한 방송국도 공사가 위탁하는 방송광고물
외에는 광고방송을 할 수 없도록 규정하고, 이어서 공사가 위탁
한 광고물을 방송한 방송국은 공사에 대통령령이 정하는 일정률
의 금액(광고수익의 19%. 같은법시행령 제7조)을 ‘광고물의 수탁
수수료’로 납부하도록 하였다(같은 법 제20조 제1항). 공사는 방
송국이 납부하는 광고물의 수탁수수료에서 얻어진 수입금 중 정
관이 정하는 일정률을 광고주를 대행하여 당해 방송광고물을 공
사에 의뢰한 광고회사에 수수료로 지급하고, 위의 수입금 중 필
요 최소한의 금액을 운영경비로서 충당한다(같은 법 제20조 제2
항, 제3항). 광고물의 수탁수수료를 통해서 얻어진 수입금 중 광
고대행수수료와 공사운영경비를 제외한 금액은 방송진흥사업 및
문화·예술진흥사업을 위한 공익자금으로 조성되는 것이다(같은
법 제21조의2 제1항).

이와 같이 광고물의 수탁수수료를 납부하는 무선국에 대하여
전파사용료를 면제하는 것은, 광고방송으로 수익을 얻는 방송국
의 경우 전파사용료보다 광고물 수탁수수료를 더 많이 납부하고
있는데(정보통신부 및 방송위원회의 자료를 보면, 이들 방송국의
1998년도 전파사용료 면제액은 518억원, 공익자금 납부액은 611
억원이며, 1999

년도 전파사용료 면제액은 530억원, 공익자금 납부액은 902억원으로 되어 있다), 그 위에 전파사용료까지 부과하는 것은 합리성이 없을 뿐만 아니라 방송사업자의 부담이 과중해진다.

더욱이 이 법률조항 중 제2호 후단의 규정을 통해서 전파사용료가 면제되는 방송국은 “공중이 직접 수신하도록 할 목적으로 전파를 송신하는 업무를 행하는 무선국”을 의미하므로, 방송과 관련된 모든 시설이 전파사용료의 부과 및 징수로부터 면제되는 것은 아니다. 최종적으로 전파를 공중에게 송신하기 위하여 스튜디오에서 방송국, 또는 방송국과 방송국 사이에서 방송전파를 중계하는 “고정국”에 대하여는 일반 무선국과 같이 전파사용료를 부담하고 있다. {고정국에 대한 전파사용료의 징수현황을 보면, 1998년도는 한국방송공사(KBS) 20억 5,200만원, 문화방송(MBC) 10억 6,500만원, 서울방송(SBS) 1억 4,400만원, 기타 3억 600만원을 징수하였고, 1999년도는 한국방송공사 18억 9,700만원, 문화방송 10억 2,700만원, 서울방송 1억 4,500만원, 기타 3억 6,800만원을 징수한 바 있다.}

이러한 이유로 인하여 이 법률조항 중 제2호 후단의 규정은 방송영역의 특수한 상황과 방송의 기능에 상응하는 국가의 재정지원조치로서 규율목적과 수단과의 사이에 건련관계가 인정되는 것이다.

마. 끝으로, 이 법률조항 중 제3호가 “영리를 목적으로 하지 아니하는 무선국 중 대통령령이 정하는 무선국”의 시설자에 대하여 대통령령(시행령 제119조의10)을 통해서 전파사용료의 전부 또는 일부를 면제할 수 있게 규정하고 있는 점을 살핀다.

전파사용료의 임의적 감면대상을 대통령령에 위임한 이유를 살펴 보면, 비영리무선국 중에서 비상국이나 대한적십자사가 시설자인 무선국에 대해서는 긴급재난이나 천재지변 등과 같은 임무를 수행하는 점에서, 실험국이나 아마추어국에 대해서는 과학·기술발전을 도모하고 개인의 전파기술연구 및 통신훈련을 진흥하는 취지에서, 그리고 표준주파수 및 시보국에 대해서는 공공복리 증진기능을 조장하는 점 등을 고려한 것이다. {1997. 8. 28. 법률 제5383호 전파법중개정법률에서는 “공공복리를 증진시키기 위하여 개설한 무선국”이 임의적 감면대상에 포함되었고, 이에 따라 대통령령 제15580호, 제16158호, 제16566호로 각 개정되었다가 2000. 4. 1. 대통령령 제16775호로 전문개정된 전파법시행령(제52조)은 터널, 도시철도(지하에 설치된 부분), 건축물의 지하층 등에서 전기통신사업법의 규정에 의한 기간통신사업자가 제공하는 전기통신역무를 이용할 수 있도록 개설하는 무선국, 홍수의 예보·경보 등 재해예방을 위한 무선국, 위 기간통신사업자가 개설한 무선국으로서 국가의 공공업무 수행을 위하여 제공되는 무선국 등에 대하여도 전파사용료를 면제하도록 규정하고 있다.} 청구인도 무선통신을 통하여 승객의 편의를 도모하고 대중교통의 신뢰와 이용을 증진시키며 차량의 급격한 증가로 인한 교통혼잡과 이로 인한 비용을 경감하는 데에 기여하는 것은 부인할 수 없다 할지라도, 위에서 본 면제대상들처럼 오로지 비영리목적이나 공공복리 증진을 위한 것이라기보다 조합원이 영업상의 이익추구 활동을 하면서 부수적으로 공익에 기여하고 있는 데 지나지 아니하므로 청구인에 대한 전파사용료의 부과·징수를 일컬어 차

별취급으로 인한 위법사유가 된다고 볼 것은 아니다.

4. 결 론

이상의 이유로, 이 법률조항은 입법목적의 정당성과 입법수단의 합리성을 갖추고 있으므로 헌법상의 요청인 평등원칙 위반의 위법이 있다고 할 수 없다. 이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모(주심) 한대현 하경철
김영일 권 성 김효종 김경일 송인

공직선거및선거부정방지법 제250조 제1항 위헌소원
(2000. 11. 30. 99헌바95 전원재판부)

【관시사항】

1. 재판의 전제성이 있다고 본 사례
2. 선거벽보 등에 비정규학력의 게재를 금지한 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 정규학력 소지자와 비정규학력 소지자를 합리적 이유없이 차별대우하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항 중 “정규학력외의 학력”부분이 구성요건 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인의 선거홍보물 중 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 기재부분에서 “사회교육대학원”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 “사회교육대학원”의 내포하는 바에는 청구인이 이수한 “사회교육최고관리자과정”도 포함된다는 생각에서 이 사회교육최고관리자과정을 표시하는 뜻으로 “사회교육대학원”이라고 기재한 것이라고 볼 수도 있으므로, 이 사건 법률조항은 당해사건에 적용되는 법률로서 재판의 전제가 되는 규정이다.

재판관 김영일, 재판관 김경일의 반대의견

공직선거및선거부정방지법 제250조 제1항의 규정내용에 의하면, “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우는 허위사실의 한 경우

에 불과하여 “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우를 포함하는 위 법조항 ()안의 규정내용이 없더라도 “허위의 학력”을 게재하였다면 그러한 행위에 위 법조항을 적용하여 처벌하는데 아무런 소장이 있을 수 없다.

이 사건 청구인의 경우, 청구인이 배포한 선거홍보물 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라 기재한 것은, 청구인이 그의 “정규학력 외의 학력”인 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”을 기재한 것이라 볼 것이 아니고, 그의 경력이 아닌 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위의 정규학력을 기재하여, 이 사실이 허위의 사실을 공표한 것으로 판단되어 재판받게 된 것이라 볼 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 그 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 선전벽보 등에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들로 하여금 후보자의 학력을 과대평가하고 이로써 선거인의 투표에 관한 공정한 판단을 흐리게 할 수 있으므로 이를 방지하여 유권자들에게 후보자의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하고, 이로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서도 선거의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 비정규학력을 정확히 게재하게 하는 입법수단과는 다른 입법적 효과를 가지고 있으며, 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유, 공무담임권 등이 제한받는 효과가 발생하기는 하나, 이러한 제한효과와 민주절차의 중심이 되는 선거과정의 공정성을 확보한다는 공익과의 사이에 법익의 균형성이 인정되므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

3. 우리 법제는 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라,

학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 다른 교육과 구분하고 있으므로 정규학력과 비정규학력이 학력의 평가 등에서 동등하지 아니한 것을 전제로 하고 있는 것이고, 따라서 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

4. 후보자 학력 게재에 관한 처벌법규의 입법연혁과 관련규정의 내용을 살펴 보면, 이 사건 법률조항은 비정규학력의 게재 자체를 처벌대상으로 삼고 있다고 봄이 상당하며, 이에 덧붙여 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 않을 것으로 요구하고 있다고 해석할 여지는 없으며, 이 사건 법률조항의 입법목적을 고려해볼 때 이 사건 법률조항 소정의 ‘정규학력’이란 초·중등교육법, 고등교육법에서 규정하고 있는 학교의 정규 교육과정 내지 학위과정을 이수한 학력을 일컫는 것이 분명하므로, 이 사건 법률조항은 구성요건상의 명확성을 결여하여 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것) 제250조(허위사실 공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원

이하의 벌금에 처한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항, 제116조 제1항

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자의 소속·신분·직업·재산·경력등에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자는 3년이하의 징역 또는 200만원이상 1천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

공직선거및선거부정방지법(1995. 12. 30. 법률 제5127호) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자의 소속·신분·직업·재산·경력등에 관하여 허위의 사실(교육법에서 인정하는 정규학력외의 공개강좌 기타 교육과정을 수학한 이력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간을 기재하지 아니하는 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자는 3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호) 제64조(선전벽보) ① 선거운동에 사용하는 선전벽보에는 후보자의 사진·성명·기호[제150조(투표용지) 제2항의 규정에 의하여 투표용지에 인쇄할 후보자의 게재순위를 말한다. 이하 같다]·정당추천후보자의 소속정당명(무소속후보자는 “무소속”이라 표시한다)·경력(학력을 게재하는 경우에는 교육법에서 인정하는 정규학력외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다. 이하 같다)·정견 및 소속정당의 정강·정책 기타 홍보에 필요한 사항(지역구국회의원선거에 있어서는 전국구국회의원후보자명단을, 지역구시·도의원선거에 있어서는 비례대표

시·도의원후보자명단을 포함한다)을 게재하여 동에 있어서는 인구 500인에 1매, 읍에 있어서는 인구 250인에 1매, 면에 있어서는 인구 100인에 1매의 비율을 한도로 작성·첨부한다. 다만, 동에 있어서는 인구밀집상태 및 첩부장소등을 감안하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 인구 1천인에 1매의 비율까지 조정할 수 있다.

②~⑪ 생략

공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호) 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력등에 관하여 허위의 사실(교육법에서 인정하는 정규학력외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

② 생략

고등교육법 제26조(공개강좌) 학교는 학칙이 정하는 바에 의하여 학생외의 자를 대상으로 하는 공개강좌를 둘 수 있다.

【참조판례】

4. 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 313
헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 47

【당 사 자】

청 구 인 유○홍

대리인 변호사 황도연

당해사건 대법원 99도1568 공직선거및선거부정방지법위반

【주 문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고,

2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것) 제250조 제1항 중 “(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우……를 포함한다)” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1998. 6. 4. 실시된 제2회 전국동시지방선거에서 서울특별시의회 의원으로 당선된 자로서, 같은 해 12. 4. 서울지방법원 서부지원(98고합313)에 “학력란에 ○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 기재된 선거홍보물을 선거구민에게 배포하여 허위사실을 공포한 혐의로 공직선거및선거부정방지법위반으로 기소되어 1999. 1. 15. 벌금 800,000원을 선고받았고, 검사의 항소에 따라 같은 해 4. 6. 서울고등법원(99노345)에서 벌금 1,000,000원을 선고받았다.

청구인은 이에 불복하여 대법원(99도1568)에 상고하는 한편, 그 소송계속 중에 구 공직선거및선거부정방지법 제250조 제1항 중 비정규학력 기재에 관한 부분에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(99초375)을 하였으나 대법원은 1999. 9. 17. 상고를 기각하면서 위 제청신청 또한 기각하였다.

이에 청구인은 1999. 10. 26. 위 조항의 위헌확인을 구하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정되고, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라고 한다) 제250조 제1항 중 “(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우……를 포함한다)” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

법 제250조(허위사실공표죄) ① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력(이하 “비정규학력”이라 한다)은 그 사실 여부를 불문하고 그 게재 또는 표시사실 자체로서 허위사실의 공표에 해당한다고 규정하고 있는바, 이는 교육의 정도나 그 정규성 여하에 따라 선거운동에 있어서 차별대우를 한 것이다.

그런데 경제적 사정으로 대학교육을 받을 기회를 놓친 사람들의 비정규학력의 이수는 일반적인 경향으로서 평생교육의 차원에서도 장려되어야 할 것인바, 이와 같은 비정규학력은 유권자가 후보자의 자질과 능력을 판단함에 있어서도 경우에 따라서는 후보자의 성실성과 자격을 판단함에 있어서 반드시 필요한 것이므로, 이 사건 법률조항은 합리적 이유없이 정규학력을 가지지 아니한 자를 차별대우한 것으로서 헌법 제11조 제1항 및 제116조 제1항 등에서 규정하는 평등의 원칙에 위배된다.

(2) 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유를 의미하는 것으로서 이를 통하여 국민은 공직선거에 출마한 후보자들에 대한 정확하고 풍부한 정보에 접근할 수 있게 되는 것이므로 이에 대한 제한은 엄격한 심사기준이 적용되어야 할 것이다.

이 사건 법률조항은 선거의 공정성 보장에 그 입법목적이 있다고 하겠으나, 후보자의 비정규학력도 당해 후보자의 자질 및 능력에 관한 정확한 판단 내지 선택을 위해서는 유권자가 반드시 알 필요가 있는 것이고, 그 정확한 게재 또는 표시에 관한 제도적 보장만 확립되어 있으면 비정규학력의 표시로 인하여 유권자가 후보자의 학력을 과대평가하고 그로 말미암아 공정한 판단을 흐리게 할 우려는 능히 불식됨에도 불구하고 이 사건 법률조항은 선거관리사무상의 편의만을 위하여 비정규학력 표시 자체를 금지하고 있으므로 이는 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유 및 공무담임권과 유권자들의 알권리의 본질적 내용을 침해하였거나 과잉금지의 원칙에 위반되는 것이 명백하다.

(3) 이 사건 법률조항의 해석에 있어서 비정규학력을 게재하는 것만으로 구성요건을 충족하는지, 아니면 비정규학력을 게재함에 있어서 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 않아야만 구성요건을 충족하는 것인지 그 여부가 불명확하고, 비정규학력의 의미 또한 불명확하여 결국 이 사건 법률조항은 구성요건으로서의 명확성을 결여하여 죄형법정주의의 원칙에 위반된다.

나. 법원의 제청신청 기각이유요지

선거에서는 과거로부터 현재에 이르기까지 후보자의 신상에 발생한 일들을 선거인들로 하여금 정확히 알 수 있도록 허위로 인식될 부분을 제거하는 것이 필요하므로 법은 제250조 제1항을 두고 있는데, 학력은 가장 전형적인 경력으로서 후보자인 피선거인의 자질을 검증하기 위한 기초적인 자료라 할 수 있다.

그런데, 정규학력은 과정명과 수학기간을 기재하지 않더라도 학과 및 학교와 졸업년도를 기재하면 관계법령에 의하여 그 내용이 쉽게 인지될 수 있는 반면, 비정규학력은 불확실한 점이 있어 이를 명확히 하기 위하여 이 사건 법률조항을 둔 것으로 보이므로 헌법에 위반되었다고 볼 수 없다.

특히 청구인은 수료사실을 졸업이라고 기재하여 국민이 오해할 수 있게 학력을 게재한 이상 이 사건 법률조항의 위헌 여부와는 상관없이 법 제250조 제1항에 위배되므로, 이 사건 제청신청은 공소사실의 전제와도 관계가 없다.

다. 검찰총장의 의견요지

청구인은 수료사실을 졸업이라고 기재하여 국민들이 오해할 수

있는 학력을 게재한 이상 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제성이 없다.

또한 비정규학력의 게재는 그러한 게재 자체가 유권자들에게 실제 이상으로 강하게 인상지우는 효과를 가지고 있고, 우리 법제가 학교교육과 기타의 교육을 다르게 규율하고 있는 등의 점을 종합하면 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하며, 평등의 원칙에도 반하지 아니한다.

나아가 고등교육법의 관련규정에 의하면 정규학력과 비정규학력의 구분은 명료하므로 이 사건 법률조항이 죄형법정주의에 위배된다고도 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 재판의 전제성에 관하여

청구인은 제2회 전국동시지방선거에서 자신의 선거홍보물에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 게재된 선거홍보물을 주민들에게 배포한 혐의로 공소가 제기되었는바 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 기재부분은, 위 기재 중 “졸업”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 청구인이 ○○대학교 사회교육대학원을 졸업하지 않았음에도 불구하고 “졸업”이라고 기재하였으니 이 점에서 허위내용의 게재라고 볼 수도 있고, 다른 한편 위 기재 중 “사회교육대학원”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 “사회교육대학원”의 내포하는 바에는 청구인이 이수한 “사회교육최고관리자과정”도 포함된다는 생각에서 이 사회교육최고관리자과정을 표시하는 뜻으로 “사회교육대학원”이라고 기재한 것이라고 볼 수도 있는데 이 경우에는 사회교육최고관리자과정이라

는 비정규학력을 기재하여 허위내용을 게재한 것으로 의율될 수도 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 당해사건에 적용되는 법률이므로 재판의 전제가 되는 규정이라고 할 것이다.

나. 본안에 관하여

(1) 우리 헌법재판소는 1999. 9. 16. 99헌바5 사건에서 이 사건 법률조항 등이 헌법에 위반되지 아니한다고 선고하였는바, 그 판시 이유의 요지는 다음과 같다.

(가) 이 사건 법률조항은 선전벽보 등에 비정규학력을 게재할 경우 유권자들로 하여금 후보자의 학력을 과대평가하고 이로써 선거인의 투표에 관한 공정한 판단을 흐리게 할 수 있으므로 이를 방지하여 유권자들에게 후보자의 능력과 자질을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하고, 이로써 선거운동의 자유를 해치지 않으면서도 선거의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 또 입법수단으로서의 적정성도 쉽게 수긍할 수 있다.

또한 비정규학력의 게재는 그러한 게재 자체가 일반인인 유권자들에게 후보자의 실적과 능력 등을 실제 이상으로 강하게 인상지우는 효과를 가지고 있다는 점, 우리 헌법 및 관련법규를 살펴 보면 우리 법제가 학교교육과 기타의 교육을 다르게 규율하고 있는 점, 그리고 학교명칭 등의 사용자체가 일정한 선입관을 줄 수 있는 점을 고려하여 학교명칭의 사용을 법적으로 제한하는 법률조항을 두고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항은 비정규학력을 정확히 게재하게 하는 입법수단과는 다른 입법적 효과를 가질 수 있고 그러한 효과가 입법목적 달성의 관점에서 달리 평

가될 수 있다는 점에서 피해의 최소성 요건을 갖추고 있으며, 나아가 이 사건 법률조항으로 인하여 후보자의 선거운동의 자유, 표현의 자유, 공무담임권 등이 제한받는 효과가 발생하기는 하나, 이러한 제한효과와 민주절차의 중심이 되는 선거과정의 공정성을 확보한다는 공익과의 사이에 법익의 균형성이 인정되므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

(나) 선거운동의 기회균등원칙은 일반적 평등원칙과 마찬가지로 절대적이고도 획일적인 평등 내지 기회균등을 요구하는 것이 아니라 합리적 근거 없는 자의적 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 할 것인바, 우리 헌법 및 관련법규의 규정에 의하면, 우리 법제는 모든 국민이 균등하게 교육을 받을 것을 전제로 하면서도 교육이 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하는 공공적 중요성을 고려하여, 학교교육을 특별히 규율하여 학력평가 및 능력인증에 관한 제도를 학교교육에 연계하고 있을 뿐만 아니라, 학교교육의 공공성을 중시하여 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에서 학교교육제도를 엄격히 관리·통제함으로써 다른 교육과 구분하고 있으므로 현행의 법제는 정규학력과 비정규학력이 학력의 평가 등에서 동등하지 아니한 것을 전제로 하고 있는 것이다. 따라서 정규학력과 비정규학력을 구분하여 규율하고 있는 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 이러한 과잉금지의 원칙 및 평등의 원칙 위배 여부에 관한 판시 이유는 이를 새로이 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 아니하므로, 이 사건에서도 그대로 유지하기로 하고, 나

아가 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 보기로 한다.

(가) 헌법 제12조 및 제13조에서 규정하고 있는 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하는바(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 313), 여기서 요구되는 구성요건의 명확성이란 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니고, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 한다는 의미로 파악하여야 할 것이다(헌재 1993. 3. 11. 92헌바 33, 판례집 5-1, 29, 47).

(나) 먼저 후보자 학력 게재에 관한 처벌법규의 입법연혁을 살펴 보면, 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 공직선거및선거부정방지법이 제정될 당시에는 후보자의 학력에 관하여 허위의 사실을 공표한 경우에만 처벌되었으나(같은 법 제250조 제1항), 부실한 비정규학력의 게재가 유권자들의 판단을 흐릴 수 있다는 취지에서 1995. 12. 30. 법률 제5127호로 위 조항을 개정하여 ‘교육법에서 인정하는 정규학력 외의 공개강좌 기타 교육과정을 수확한 이력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간을 기재하지 아니하는 경우’를 허위 사실의 공표로 간주하도록 하였고, 그 후 비정규학력의 게재 자체가 후보자의 학력을 과대평가케 할 우려가 있

다는 취지에서 1997. 1. 13. 법률 제5262호로 위 조항을 개정하여 ‘교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우’로 그 처벌의 범위를 확대하였다.

당시 선전벽보의 게재사항 등을 규율하던 공직선거및선거부정방지법(1997. 1. 13. 법률 제5262호) 제64조 제1항에서는 ‘학력을 게재하는 경우에는 교육법에서 인정하는 정규학력 외에는 게재할 수 없다. 다만, 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 한다.’고 규정하여 비정규학력의 게재 자체를 금지하고 있었던 점에 비추어 보면, 비정규학력을 게재한 경우에는 설령 그 비정규학력의 교육과정명이나 수학기간 등을 자세히 기재하였다 하더라도 제250조 제1항을 위반한 형사책임을 면할 수 없었던 것이 분명하다.

그 후 교육법이 교육기본법, 초·중등교육법 및 고등교육법 등으로 정리됨에 따라 1998. 4. 30. 법률 제5537호 개정을 통하여 이 사건 법률조항과 같이 “교육법”을 “초·중등교육법 및 고등교육법”으로 용어를 정리하는 개정이 이루어졌는바, 이와 같은 입법연혁에 비추어 보면 이 사건 법률조항은 비정규학력의 게재 자체를 처벌대상으로 삼고 있다고 봄이 상당하며, 이에 덧붙여 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위 명을 기재하지 않을 것으로 요구하고 있다고 해석할 여지는 없다 할 것이다.

(다) 한편 ‘정규학력’의 개념을 정의하고 있는 명문의 규정이

없는 것은 사실이나, 이 사건 법률조항의 입법목적이 유권자로 하여금 후보자의 학력을 과대평가할 소지가 있는 학력의 게재를 금함으로써 유권자들에게 후보자의 자질과 능력을 올바르게 판단할 수 있는 기회를 제공하는 데에 있는 것이므로, 그 게재가 허용되는 ‘초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력’이란 위 각 법에서 학교의 종류, 설립, 경영, 교원, 교과과정, 학력평가 및 능력인증 등에 관하여 엄격히 관리·통제하고 있는 학교교육제도상의 학력으로서 그 게재가 후보자의 자질과 능력에 대한 객관적인 판단의 자료가 될 수 있는 학력을 말한다고 할 것이다.

이와 같이 이해하는 한 이 사건 법률조항 소정의 ‘정규학력’이란 초·중등교육법, 고등교육법에서 규정하고 있는 학교 즉 유치원, 초등학교·공민학교, 중학교·고등공민학교, 고등학교·고등기술학교, 특수학교, 대학·산업대학·교육대학·전문대학·방송통신대학·기술대학, 대학원, 각종 학교 등의 정규 교육과정 내지 학위과정을 이수한 학력을 일컫는 것으로 보아야 할 것이다.

그렇다면 설령 정규학력이란 구성요건이 약간의 불명확성을 지니고 있다 하더라도, 이는 법관의 통상적인 해석작용에 의하여 충분히 보완될 수 있는 것이고, 이 사건 법률조항의 피적용자인 후보자로서도 자신의 학력이 정규학력에 해당하는지 여부를 충분히 알 수 있다고 봄이 상당하다.

청구인의 경우를 보더라도 ‘○○대학교 사회대학원 사회교육최고관리자과정’은 학생외의 자를 대상으로 하는 고등교육법 제26조 소정의 공개강좌의 하나로 설치된 것으로서 학사학위가

없더라도 대학졸업 정도의 실력을 갖추어 시험 또는 전형에 합격한 자는 누구라도 입학할 수 있고, 수강기간도 3개월 또는 6개월로서 단기간이며, 대학원장이 그 교과과정을 임의로 정하고 있는 과정이므로 이러한 경력이 정규학력이 아님을 쉽게 알 수 있었을 것으로 보여진다.

(라) 따라서, 이 사건 법률조항이 구성요건으로서의 명확성을 결여하여 죄형법정주의에 위반된다고는 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일, 김경일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는, 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김영일, 재판관 김경일의 각하의견

다수의견은 이 사건 심판청구가 재판의 전제성이 있음을 전제로 본안판단에 나아가고 있으나, 우리는 다음과 같은 이유에서 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하므로 각하하여야 한다고 본다.

청구인에 대한 공직선거및선거부정방지법위반 피고사건의 공소사실 기재에 의하면, 검사는 청구인이 “학력란에 ○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 기재된 선거홍보물을 제출 …… 배포하여 허위사실을 공표한 행위를 같은 법 제250조 제1항에 위반된다 하여 기소하였고, 같은 법 제250조 [허위사실 공표죄] 제1항의 규정내용을 압축하여 보면, “…… 당선되게 할 목적으로…… 벽보, 선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 유리하

도록 후보자의 ……경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자……”를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 이 사건 청구인 대리인의 헌법소원심판청구서 기재 청구취지에 따르면, 이 사건 청구취지는, 공직선거및선거부정방지법 <1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정> 제250조 제1항 중 “(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우……를 포함한다)”는 부분은 헌법에 위반된다 라는 결정을 구하는 것이어서, 이 사건 심판대상은 위 ()안의 규정내용이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 이를 심판하기 위하여는, 심판청구의 적법요건의 심사로서, 위 ()안의 규정내용이 청구인에 대한 공소사실을 재판함에 적용되는 법률규정이어서, 그 재판의 전제성이 인정되어야 할 것이다.

같은 법 제250조 제1항의 규정내용에 의하면, ()안의 내용 중 “초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우”를 허위의 사실에 포함시킴으로써 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우에는 그것이 사실대로 기재한 것이더라도 허위의 사실로 보아 처벌한다는 것이다. 따라서 “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우는 허위사실의 한 경우에 불과하여 “정규학력 외의 학력”을 게재한 경우를 포함하는 위 ()안의 규정내용이 없더라도 “허위의 학력”을 게재하였다면 그러한 행위에

위 법조항을 적용하여 처벌하는데 아무런 소장이 있을 수 없다. 이 사건 청구인의 경우, 공소사실 기재에 의하면, 「…… 마포갑선거관리위원회에, “학력란에 ○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위내용이 기재된 선거홍보물을 제출하여, …… 위 마포갑선거관리위원회를 통하여 …… 에게 위 선거홍보물을 배포하여 허위사실을 공표한 것이다.」라고 되어 있어, 청구인이 그의 정규학력은 부여고등학교 졸업에 불과함에도 불구하고 그의 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력을 기재한 것이므로 검사는 이것이 허위의 사실에 해당한다고 보아 기소하였음에 틀림없다.

검사가 같은 법 제250조 제1항 중 ()안의 정규학력 외의 학력을 기재한 행위로 기소하려면, 우선 청구인이 선거홍보물에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 정규학력을 기재한 것이 아니라, “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정 수료”라는 정규학력 외의 학력을 기재하였어야 하고, 공소사실 기재로서도 「…… 마포갑선거관리위원회에, 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정 수료”라는 정규학력 외의 학력이 기재된 선거홍보물을 제출하여, …… 위 마포갑선거관리위원회를 통하여 …… 에게 위 선거홍보물을 배포하여 허위사실을 공표한 것이다.」라고 기재되게 된다. 그러나, 이 사건 청구인의 경우, 이와 같이 기소된 것이 아님은 두말할 나위도 없이 분명하다.

그러므로 이 사건에서 청구인이 배포한 선거홍보물 학력란에 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라 기재한 것은, 청구인이

그의 “정규학력 외의 학력”인 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”을 기재한 것이라 볼 것이 아니고, 그의 경력이 아닌 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 허위의 정규학력을 기재하여, 이 사실이 허위의 사실을 공표한 것으로 판단되어 재판받게 된 것이라 볼 것이다.

다수의견은 청구인의 선거홍보물에서 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 기재부분은, 그 기재 중 “졸업”이라는 부분에 중점을 둘 때에는 허위내용의 게재라고 볼 수도 있으나, 다른 한편 “사회교육대학원”이라는 기재 부분은, 그것이 “사회교육최고관리자과정”도 포함된다는 생각에서, 이 사회교육최고관리자과정을 표시하는 뜻으로 “사회교육대학원”이라고 기재한 것으로 볼 수도 있다는 전제 아래, 이것이 사회교육최고관리자과정이라는 정규학력 외의 학력을 기재하여 허위내용을 게재한 것으로 의유될 수도 있다고 하여 재판의 전제성을 인정하고 있다.

그러나 이 사건 공소사실 기재를 그와 같이 보아야 할 근거도 필요성도 없다고 본다. 청구인이 기재한 “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라고 하는 것은, 그것 자체가 객관적으로 하나의 정규학력을 표시하는 것이고, 청구인의 실제 경력인 “○○대학교 사회교육대학원 사회교육최고관리자과정 수료”라고 하는 것은 그것 자체가 객관적으로 하나의 정규학력 외의 학력일 뿐이어서, 그것들을 분해·분리하여 “수료”를 “졸업”이라고 한 부분은 허위이나, “사회교육대학원”이라는 부분은 “사회교육최고관리자과정”을 의미할 수도 있다고 분석하는 것은 아무래도 그 이해의 접근 방법이 매우 자연스럽지 못하며, 또한 “졸업”이라고 표시함으로써 “○○

대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력 내용이 일체적·객관적으로 허위표시가 되는 것임을 간과한 이해에 불과하다.

나아가 “사회교육대학원”은 정규의 교과과정이고 “사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”은 비정규의 교과과정임은 각 그 표시 자체에서 객관적으로 이미 의미지어지는 것이지, 공소사실 기재 안에서 그 객관적 의미를 제쳐놓고 “사회교육대학원”을 표시한 자의 내심의 의사를 헤아려, 그것을 “사회교육대학원 사회교육최고관리자과정”을 표시한 뜻으로 받아들일 여지가 있다는 판단은 참으로 수긍하기 어렵다(이 사건에서는 청구인에게 그러한 의사로 표시한 것이라 볼 여지조차 없다).

“○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력기재는 “정규학력”기재일 뿐이지, 어떻게 “정규학력 외의 학력”기재로 볼 수 있는 것인가.

그 공소사실기재 속에서, “○○대학교 사회교육대학원 졸업”이라는 학력기재를, 어떻게 검사가 “정규학력 외의 학력”을 기재한 것으로 기소하였다고 판단할 수도 있다는 것인가.

청구인에 대한 공소사실을 재판함에 있어서는 위 ()안의 규정내용을 적용하여야 할 경우가 아니어서, 그것의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 재판의 전제성을 결여하여 부적법하므로 이를 각하하여야 한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현 하경철
김영일 권 성(주심) 김효중 김경일 송인준

부동산실권리자명의등기에 관한 법률 제4조 등

위헌소원

(2000. 11. 30. 2000헌바24 전원재판부)

【관시사항】

심판대상인 법률조항이 당해사건에 적용될 여지가 없다는 이유로 재판의 전제성을 부인한 사례

【결정요지】

법원이 당해사건에 관하여 공동피고 중 1인에 대한 청구에 대하여는 대물변제약정을 인정할 수 없다는 이유로 이를 기각하고, 공동피고 중 나머지 1인에 대하여는 대물변제약정을 인정할 수 없어 채권자대위권 행사를 위한 보전의 필요성이 없다는 이유로 그 부분 소를 각하하는 판결을 선고하여 그 판결이 확정되었다면, 명의신탁관계를 규율하는 부동산실권리자명의등기에 관한 법률의 규정들은 당해사건에 적용될 여지가 없게 되었으므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다.

【심판대상조문】

부동산실권리자명의등기에 관한 법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호) 제 4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

② 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 단서 생략.

③ 생략

부동산실권리자명의등기에 관한 법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호) 제 11조(기존 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기) ① 이 법 시행전에 명의신탁

약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자의 명의로 등기하거나 하도록 한 명의신탁자(이하 “기존 명의신탁자”라 한다)는 이 법 시행일 부터 1년의 기간(이하 “유예기간”이라 한다)이내에 실명등기하여야 한다. 단서 생략.

②~④ 생략

부동산실권리자명의등기에 관한법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호) 제 12조(실명등기의무위반의 효력등) ① 제11조에 규정된 기간이내에 실명 등기 또는 매각처분등을 하지 아니한 경우 그 기간이 경과한 날 이후의 명의신탁약정등의 효력에 관하여는 제4조의 규정을 적용한다.

②~③ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

헌법재판소법 제41조(위헌여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반 되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사 법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정 으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.

②~⑤ 생략

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48

헌재 1999. 9. 16. 92헌바9, 판례집 11-2, 262

헌재 2000. 6. 1. 98헌바20

헌재 2000. 6. 1. 98헌바40

【당 사 자】

청 구 인 윤○철

대리인 변호사 김준환

당해사건 청주지방법원 98가단24228 소유권이전등기

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 청구의 서○돈이 1991. 11. 5.경 충북 진천군 초평면 ○○ 전 3,096㎡ 등 전 4필지(이하 “이 사건 토지”라 한다)를 청구의 권○현 명의로 경락받아 그에게 이를 명의신탁하였다가 1994. 6. 27.경 당시 청구인에게 부담하고 있던 금 20,000,000원의 차용금채무에 대한 대물변제로서 이 사건 토지를 청구인에게 이전하기로 약정하였는데 권○현이 1996. 12. 30. 사망함에 따라 청구의 권○수가 협의분할을 통하여 이 사건 토지를 상속하였다고 주장하면서 권○수에 대하여는 명의신탁 해지를 원인으로 하여 서○돈 명의로의 소유권이전등기를, 서○돈에 대하여는 위 대물변제예약완결을 원인으로 하여 청구인 명의로의 소유권이전등기 절차를 구하는 소(청주지방법원 98가단24228)를 제기하였다.

(2) 청구인은 위 당해사건의 소송계속중 부동산실권리자명의등기에 관한 법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호, 이하 “법”이라 한다) 제4조, 제11조, 제12조 제1항의 위헌여부가 재판의 전제가 된다면 청주지방법원에 위헌제청신청(99카기649)을 하였으나 2000. 2. 9. 위 법원이 이를 기각하자 그 결정문을 같은 달 15. 송달받고 같은 달 28. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 법 제4조 제1항, 제2항 본문, 제11조 제1항 본

문, 제12조 제1항(이하 “이 사건 법률조항들”이라 한다)의 위헌 여부로서 그 규정내용은 다음과 같다.

부동산실권리자명의등기에 관한법률(1995.3. 30. 법률 제4944호) 제4조(명의신탁약정의 효력) ① 명의신탁약정은 무효로 한다.

② 명의신탁약정에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동은 무효로 한다. 단서 생략.

제11조(기존 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기) ① 이 법 시행전에 명의신탁약정에 의하여 부동산에 관한 물권을 명의수탁자의 명의로 등기하거나 하도록 한 명의신탁자(이하 “기존 명의신탁자”라 한다)는 이 법 시행일부터 1년의 기간(이하 “유예기간”이라 한다)이내에 실명등기하여야 한다. 단서 생략.

②~④ 생략

제12조(실명등기의무위반의 효력등) ① 제11조에 규정된 기간 이내에 실명등기 또는 매각처분등을 하지 아니한 경우 그 기간이 경과한 날 이후의 명의신탁약정등의 효력에 관하여는 제4조의 규정을 적용한다.

②, ③ 생략

2. 심판청구의 요지와 위헌제청신청 기각이유

가. 심판청구의 요지

명의신탁약정을 무효로 규정하고 있는 이 사건 법률조항들은 국민의 경제활동을 제약함으로써 헌법상 사적자치의 원칙, 재산권, 평등권 및 행복추구권 등을 침해하는 위헌의 법률이라 할 것이다. 또한 명의수탁자가 수탁재산을 임의로 처분하는 경우 그러한 처분행위를 직접 처벌할 수 없을 뿐만 아니라, 오히려 명의신탁

탁자가 신탁재산마저 회복할 수 없게 규정되어 있는 점에서도 형평에 어긋나고, 사적자치의 원칙, 평등권 및 재산권을 침해하는 위헌의 법률이다. 나아가 이 사건 법률조항들의 입법취지가 부동산투기 및 탈세의 방지에 있다고 하더라도 이러한 목적은 적절한 조세부과를 통하여 충분히 달성할 수 있는 점에서 불 때 과잉금지의 원칙에도 위배된다.

나. 위헌제청신청 기각이유의 요지

부동산실권리자명의등기에 관한법률은 부동산에 관한 소유권, 기타 물권을 실제적 권리관계에 부합하도록 실권리자 명의로 등기하게 함으로써 부동산등기제도를 악용한 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하고, 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다. 그리고 이 사건 법률조항들은 일정한 유예기간을 주어 그 유예기간 이내에 실명등기 등을 하도록 하고 유예기간이 경과한 날 이후부터 명의신탁약정과 그에 따라 행하여진 등기에 의한 부동산에 관한 물권변동이 무효가 된다는 내용으로 헌법에 위반되지 아니한다.

또한 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반된다고 가정하더라도 당해사건에서 서○돈에 대한 청구는 대물변제예약사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 기각되고, 권○수에 대한 소는 보전의 필요성이 인정되지 아니한다는 이유로 각하되는 이상, 이 사건 법률조항들은 당해사건에 적용될 것이 아니어서 그 위헌여부는 당해사건 재판의 전제가 되지 아니한다.

3. 판 단

직권으로 이 사건 심판청구가 적법한지를 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제가 되어야 한다. 그리고 재판의 전제가 된다고 하려면 그 법률이 당해사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하며, 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 그 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58; 헌재 1999. 9. 16. 92헌바9, 판례집 11-2, 262, 269). 그러므로 어떤 법률규정이 위헌의 의심이 있다고 하더라도 그것이 당해사건에 적용될 것이 아니라면 재판의 전제성 요건을 갖추었다고 할 수 없다.

당해사건은 서○돈에 대하여는 대물변제약정을 원인으로, 권○수에 대하여는 서○돈을 대위하여 명의신탁 해지를 원인으로 이 사건 토지에 관한 각 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 사건이다. 따라서 청구인이 주장하는 대물변제약정이 있었는지 여부와 그 효력만이 문제되는 서○돈에 대한 청구부분에 대하여는 이 사건 법률조항이 적용될 여지가 없다. 다만, 권○수에 대한 청구부분에 대하여는 먼저 위 대물변제약정사실이 인정되어 청구인이 피보전권리로 주장하는 이전등기청구권이 존재할 것을 전제로 하고(만약 대물변제약정사실이 인정되지 않는 경우에는 그 자체로 권○수에 대한 소 부분이 당사자적격 흠결로 부적법하게 되므로 본안판단을 할 필요도 없이 각하될 수밖에 없다), 나아가 청구인이 주장하는 명의신탁사실까지 인정되는 경우에만 하여 명의신탁관계를 규율하는 이 사건 법률조항이 적용되어 재판의 전제성을 갖추게 된다.

기록에 의하면, 청구지방법원은 당해사건에 대하여 2000. 2. 9.

서○돈에 대한 청구는 이 사건 대물변제약정을 인정할 증거가 없다는 이유로 이를 기각하였고, 권○수에 대한 소의 부분은 위와 같이 청구인에 대한 대물변제약정을 인정하지 않는 전제 위에서 청구인에게는 채권자대위권 행사를 위한 보전의 필요성이 없으며, 따라서 당사자적격이 없어 부적법하다는 이유로 이를 각하하는 판결을 선고한 사실(위 법원은 부가적인 판단으로 만약 보전의 필요성이 인정된다고 가정하더라도 명의신탁사실을 인정할 증거가 없다는 취지로 판시하였다), 청구인은 이에 불복하여 항소(청주지방법원 2000나1250)하였으나 2000. 8. 7. 항소취하의 간주로 위 당해사건의 판결이 그대로 확정된 사실을 인정할 수 있다.

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들이 당해사건에 적용되기 위한 전제인 청구인이 주장하는 바의 대물변제약정 및 명의신탁사실이 모두 인정되지 아니한 채 그 판결이 확정되었으므로, 이 사건 법률조항들은 당해사건에는 더 이상 적용될 여지가 없어 재판의 전제성이 인정되지 아니한다 할 것이다.

4. 결 론

따라서 청구인의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현 하경철
김영일 권 성 김효중 김경일 송인준(주심)

농업기반공사및농지관리기금법 위헌확인

(2000. 11. 30. 99헌마190 전원재판부)

【관시사항】

1. 농지개량조합이 사법인으로서 기본권의 주체가 되어 헌법 소원의 청구인적격을 갖는지 여부(소극)
2. 기존 농지개량조합들 및 농지개량조합연합회와 농어촌진흥공사를 각 해산하여 신설되는 농업기반공사에 합병시키도록 한 농업기반공사및농지관리기금법 부칙 제2조 제2호, 제8조가 농지개량조합 조합원의 결사의 자유, 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 기존 농지개량조합의 재산을 신설되는 농업기반공사가 포괄승계도록 한 같은 법 부칙 제9조 제1항, 제2항이 농지개량조합 조합원의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 농지개량조합은 농지소유자의 조합가입이 강제되는 점, 조합원의 출자에 의하여 조합재산이 형성되는 것이 아니라 국가 등이 설치한 농업생산기반시설을 그대로 인수하는 점, 조합의 합병·분할·해산은 법정 사유로 제한되어 있는 점, 조합원은 그 자격을 상실하지 않는 한 조합에서 임의탈퇴할 수 없는 점, 탈퇴되는 경우에도 조합에 대한 지분반환청구는 허용되지 않는 점, 해산한 조합의 잔여재산은 조합원들에게 분배되지 아니하고 농지개량조합자립육성금고에 납입되는 점, 조합원들에게 조합비를 부과·징수하여 경비에 충당하나 그 징수절차가 지방세체납처분의 예에 의하고 이용료의 성격을 띠고 있는 점, 조합과 그

직원과의 관계는 공법상의 특별권력관계인 점, 주요사업인 농업생산기반시설의 정비·유지·관리사업은 농업생산성의 향상 등 그 조합원들의 권익을 위한 것만이 아니고 수해의 방지 및 수자원의 적정한 관리 등 일반국민들에게도 직접 그 영향을 미치는 고도의 공익성을 띠고 있는 점 등 농지개량조합의 조직, 재산의 형성·유지 및 그 목적과 활동전반에 나타나는 매우 짙은 공적인 성격을 고려하건대, 이를 공법인이라고 봄이 상당하므로 헌법소원의 청구인적격을 인정할 수 없다.

2. 결사의 자유에서의 결사란 자연인 또는 법인이 공동목적 을 위하여 자유의사에 기하여 결합한 단체를 말하는 것으로 공적책무의 수행을 목적으로 하는 공법상의 결사는 이에 포함되지 아니한다. 따라서 농지개량조합을 공법인으로 보는 이상, 이는 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체로 볼 수 없어 조합이 해산됨으로써 조합원이 그 지위를 상실하였다고 하더라도 조합원의 '결사의 자유'가 침해되었다고 할 수 없다.

한편 법인의 설립 및 존속은 그 자체가 간접적인 직업선택 또는 직업수행의 한 방법으로서 농조의 해산 및 공사에의 합병으로 인하여 조합원이 그 소속 조합을 존속시키지 못하게 됨에 따라 직업의 자유를 제한받는 듯이 보이나, 앞에서 본 바와 같이 농지개량조합을 공법인으로 보아 결사의 자유의 대상이 되는 결사체임을 부정하는 이상 법인의 설립·존속과 관련하여 별도로 '직업의 자유'가 침해된다고 보기 어렵다.

3. 농지개량조합의 재산은 기본적으로 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 기반시설을 포괄승계한 것으로서, 조합원 개개인이 그에 대한 지분을 갖거나 지분에 상응한 반환청구권을 행사할 수 없다. 즉 농지개량조합의 재산은 조합원 개개인에 귀속되어 그들의 사적 이익을 위하여 사용되는 것이 아니라, 농업기반시설의 유지·관리 및 이용의 확보라는 공적 기능을 보장하고

원활하게 하고자 설정되고 유지되는 것으로서, 조합원 개개인을 위하여 헌법상 보장되는 재산권의 대상이 된다고 보기 어렵다.

【심판대상조문】

농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제2조(폐지법률) 다음 각호의 법률은 이를 폐지한다.

1. 생략
2. 농지개량조합법

농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제7조(직원의 승계) 공사가 설립된 때에는 그 설립 당시의 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 직원은 공사의 직원으로 본다. 다만, 농지개량조합의 직원은 농업기반시설의 유지·관리 등 지역적 특성을 감안하여 배치하여야 한다.

농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제8조(해산 및 청산의 특례) 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회는 이 법에 의한 공사의 설립과 동시에 민법 중 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 본다. 이 경우 공사의 설립은 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 합병으로 본다.

농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호) 부칙 제9조(권리·의무의 승계) ①공사는 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 재산과 채권·채무 기타 권리·의무를 포괄적으로 승계한다.

② 등기부 기타 공부에 표시된 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 명의로 본다.

③~④ 생략

【참조조문】

헌법 제15조, 제21조 제1항, 제23조, 제32조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28 판례집 3, 63
헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295
대법원 1977. 7. 26. 선고 76다3022 판결(공1977, 10240)

- 대법원 1985. 4. 9. 선고 83누399 판결(공1985, 736)
 대법원 1992. 9. 14. 선고 92다19347 판결(공1992, 2880)
 대법원 1995. 6. 9. 선고 94누10870 판결(공1995, 2401)
 대법원 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결(공2000, 362)
2. 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72
 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370

【당 사 자】

청 구 인 ○○농지개량조합 외 3인
 청구인들 대리인 변호사 이석연

【주 문】

청구인 김○권의 청구를 기각하고, 청구인 ○○농지개량조합, 김○ 및 박○필의 청구를 각 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 ○○농지개량조합은 기존 농지개량조합법(1995. 12. 29. 법률 제5077호, 이하 “농조법”이라 한다)에 의한 농지개량조합(이하 “농조”라 한다) 중의 하나이고, 청구인 김○권은 동법에 의한 ○○농조의 조합원이며, 청구인 김○은 동법에 의한 ○○농조의 직원이자 동 농조의 노동조합 대표이고, 청구인 박○필은 동법에 의한 농지개량조합연합회(이하 “농조연”이라 한다)의 직원이자 농조연 노동조합의 대표이다.

(2) 그런데, 농업기반공사및농지관리기금법(1999. 2. 5. 법률 제5759호, 2000. 1. 1. 시행, 이하 “법”이라고 한다)에 의하면, ① 기존의 농조와 농조연 및 농어촌진흥공사및농지관리기금법(1990. 4. 7. 법

를 제4229호)에 의한 농어촌진흥공사(이하 “농진공”이라 한다)는 각 해산되어 새로 설립되는 농업기반공사(이하 “공사”라 한다)에 합병된 것으로 보며, ② 농조, 농조연 및 농진공의 직원은 공사의 직원으로 보고, ③ 농조, 농조연 및 농진공의 재산 기타 권리와 의무는 신설된 공사가 포괄승계하게 된다.

(3) 이에 청구인들은 법의 시행에 의하여, 그들의 의사와는 무관하게 농조가 해산되고 공사로 합병되게 되었을 뿐만 아니라, 농조의 재산이 모두 공사로 이전되고, 직원들의 소속이 변경되어 근로조건이 악화되며, 농조 또는 농조연의 직원들로 구성된 노동조합이 소멸하여 노동조합대표로서 더 이상 종전의 업무를 수행할 수 없게 됨으로써, 헌법상 보장된 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 및 근로의 권리 등 기본권을 침해당하게 되었다고 주장하면서 1999. 4. 2. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 법 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있으나, 청구인들이 주장하는 청구이유 및 각자 침해당하였다는 기본권들의 내용에 비추어 보면, (1) 농조법의 폐지를 규정한 법 부칙 제2조 제2호, (2) 농조 직원의 공사에의 승계를 규정한 법 부칙 제7조, (3) 농조의 해산과 공사에의 합병을 규정한 법 부칙 제8조, (4) 농조 재산을 공사가 포괄승계토록 하는 법 부칙 제9조 제1항, 제2항이 이 사건 심판대상조문이 된다고 할 것이다(한편 청구인들 대리인은, 법 시행과 동시에 농조 임원의 임기가 종료된 것으로 간주하도록 하는 법 부칙 제6조 본문의 규정이 농조 임원의 직업의 자유를 침해하며, 법 부칙 제8조 등에 의하여 농조가 해산됨과 동시에 농

조연도 해산되어 공사에 합병됨으로써 농조연의 결사의 자유, 직업의 자유 등 기본권도 침해된다고 주장하나, 위 주장은 각 청구인 아닌 자의 기본권침해를 주장하는 것으로서 자기관련성이 없고, 이를 청구인들의 나머지 주장을 이유있게 하기 위하여 덧붙인 것에 불과하므로 따로 이 사건 심판대상에 포함시키지는 아니하기로 한다).

[이 사건 심판대상 조문 및 그 내용]

(1) 농조법의 폐지

법 부칙 제2조 중 제2호

“다음 각호의 법률은 이를 폐지한다.

2. 농지개량조합법”

(2) 농조 직원을 공사가 승계

법 부칙 제7조

“공사가 설립된 때에는 그 설립 당시의 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 직원은 공사의 직원으로 본다. 다만, 농지개량조합의 직원은 농업기반시설의 유지·관리 등 지역적 특성을 감안하여 배치하여야 한다.”

(3) 농조의 해산과 공사에의 합병

법 부칙 제8조

“농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회는 이 법에 의한 공사의 설립과 동시에 민법 중 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 본다. 이 경우 공사의 설립은 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 합병으로 본다.”

(4) 농조 재산을 공사가 포괄승계

법 부칙 제9조 중 제1항, 제2항

“① 공사는 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 재산과 채권·채무 기타 권리·의무를 포괄적으로 승계한다.

② 등기부 기타 공부에 표시된 농어촌진흥공사, 농지개량조합 및 농지개량조합연합회의 명의를 공사의 명의로 본다.”

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인들의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

(1) 청구인 양평농조의 청구인 적격에 관하여

농조는 농조법상 농민들이 자발적으로 설립하도록 되어 있음은 물론, 설립 후에도 조합의 조직·유지·운영에 관한 중요사항을 조합원들로 구성된 총회에서 의결토록 하고, 조합원들로부터 징수한 조합비로 그 경비를 충당하는 등 농민의 자주적 조직이다. 따라서 농조는 기본적으로 사법인이며, 다만 농조가 수행하는 사업의 공익적 성격상 몇 가지 공법상의 제한을 받거나 권한을 갖게 될 뿐이다.

따라서 이 사건 청구인 양평농조는 원칙적으로 헌법이 보장하는 각종 기본권의 주체가 될 수 있으며, 헌법소원의 청구인 적격이 있다.

(2) 결사의 자유

법 부칙 제2조 제2호는 농조법을 폐지하고, 부칙 제8조는 농조 및 그 조합원의 의사에 반하여 농조를 강제로 해산하여 공사에 합병토록 함으로써 결사체인 청구인 양평농조의 결사의 자유(단체존속의 자유 등)를, 농조 조합원인 청구인 김○권의 결사의 자유(단

체결성의 자유, 단체존속의 자유 등)를 각 침해하는 것이다.

(3) 직업의 자유

위 부칙 조항들에 의하여 농조가 해산되고 공사에 강제 통합됨으로 인하여 청구인 ○○농조 및 청구인 김○권은 각 종전의 업무를 수행할 수 없게 되었으므로 직업선택의 자유(직업결정의 자유)를 침해당한다.

한편 법 부칙 제7조에 의하여 비록 농조 및 농조연의 직원이 공사의 직원으로 승계된다고 하더라도, 같은 조 단서에서 농조 직원의 재배치를 규정하고 있듯이, 통폐합과정에서 직원들이 실직하거나 종전의 지위를 그대로 유지할 수 없게 되는 사태 등이 예상되므로, 농조 직원인 청구인 김○과 농조연 직원인 청구인 박○필은 위 통합으로 인하여, 각 직업수행의 자유 및 행복추구권 등을 침해당한다. 또한 청구인 김○과 박○필은 각 농조 노동조합 및 농조연 노동조합의 대표인 바 각 노동조합이 위 통합으로 인하여 소멸되므로 각 노동조합 대표로서의 직무수행이 불가능하게 되어 직업선택의 자유를 침해받는다.

(4) 재산권

농조는 각기 독립된 사법인으로서 재산권의 향유주체가 되고, 따라서 그 재산권이 보장되어야 하는데, 법 부칙 제9조 제1항, 제2항은 아무런 보상 없이 각 농조의 기존재산을 모두 새로 설립되는 공사가 승계하도록 규정함으로써 청구인 양평농조의 재산권을 침해하며, 한편 농조의 조합원은 농조의 관리·유지에 참여할 권리 및 농업기반시설의 이용·수익권 등 헌법상 보장되는 재산권임에 분명한 권리를 가지고 있는데, 법 부칙 제9조 제1항,

제2항 등은 역시 아무런 보상없이 위와 같은 권리를 박탈함으로써 농조 조합원인 청구인 김○권의 재산권을 침해하는 것이다.

나. 농진공 사장의 의견

주로 사회경제정책적인 측면에서 통폐합의 당위성을 주장하는 내용으로, 다음에서 보는 농림부장관의 의견 중 (4)항과 같은 내용이다.

다. 농림부장관의 의견

(1) 청구인 ○○농조의 청구인적격에 관하여

농조는 농조법에 준거하여 설립된 법인으로서, 그 설립과정에서 당해 조합구역내에 조합원 자격을 가진 농민 3분의 2 이상이 동의하면 구역내의 조합원 자격을 가진 자들은 모두 그 동의여부에 불구하고 조합원이 되고(농조법 제9조, 제19조), 조합구역이 변경되면 조합원 자신의 의사와는 무관하게 새로 편입된 구역을 관할하는 다른 농조의 조합원이 되기도 하며(농조법 제18조 제3항), 농림부장관의 명령에 따라 일방적으로 해산되는 등(농조법 제61조 제2항) 농조의 설립·가입·해산에 강제성이 부여되어 있고, 농조의 업무면에서도 농조는 농업생산기반시설의 유지·관리라는 공익적 업무를 수행하며, 조합원에게 부과한 조합비를 지방세채납처분의 예에 의하여 징수할 수 있고(농조법 제43조, 제51조), 농조의 권리나 채무에 대한 시효도 예산회계법상의 5년이 적용되며(농조법 제60조), 조합장 등 임원은 공무원의 겸직이 금지되는 점(농조법 제7조 제3항) 등 공법인의 특징적인 요소를 두루 갖추고 있다.

따라서 이 사건 청구인 ○○농조는 공법인으로서 기본권의 주

체가 아니라, 오히려 기본권의 수범자일 뿐이므로, 기본권 침해
를 이유로 헌법소원을 청구할 적격이 없다.

(2) 청구인 김○권의 주장에 대하여

(가)결사의 자유 침해 주장에 대하여

농조 조합원의 자격을 갖춘 자는 앞에서 본 바와 같이 자신의
의사와 무관하게 농조의 조합원이 되기도 하고 또 배제되기도
하는 등 농조에의 가입이나 탈퇴에 관한 자유는 애당초 보장되
고 있지도 않다. 가사 농조 조합원에게 결사의 자유가 인정된다
고 하더라도 농조의 목적인 공익의 범위를 벗어나지 않는 한도
내에서만 제한적으로 인정되는 것이므로, 공익을 위하여 입법된
이 사건 법에 의하여 조합원인 청구인 김○권이 결사의 자유를
침해당한다고 할 것은 아니다.

(나)재산권 침해 주장에 대하여

청구인 김○권은 총회를 통하여 농조의 관리·유지에 참여할 권
리 및 농업기반시설의 이용·수익권 등 재산권을 침해당하였다
고 주장하나, 총회의 의결권은 이를 재산권이라고 할 수 없고,
법의 시행에 의하여 같은 기능을 하는 공사의 관리·운영에 대
하여 농업인이 관여할 수 있는 운영대의원회 등의 장치가 마련
(법 제5조 제3항)되어 그의 의사를 반영할 수 있는 기회가 오히
려 확대되었으며, 기존의 이용·수익권은 그대로 보장된다(법 제
14조 제1항, 부칙 제11조).

(다)직업의 자유 침해 주장에 대하여

청구인 김○권은 농조가 소멸함으로써 조합원으로서 종전의 업
무를 수행할 수 없게 되었으므로 직업결정의 자유를 침해받았다

고 주장하나, 임원이 아닌 조합원이 농조와 관련하여 수행하는 업무란 총회에서 의결권행사와 임원의 선출행위 뿐이므로, 이를 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동이라고 할 직업의 범주에 포함된다고 볼 수 없고, 따라서 조합원의 농조활동이 직업임을 전제로 하는 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유없다.

(3) 청구인 김○, 박○필의 주장에 대하여

법 부칙 제7조 단서의 규정은 농조 및 농조연의 직원들의 감축을 규정하고 있지 않으며, 그밖에 법 어느 조항에도 직원에 대한 감원이나 근로조건의 저하를 규정하고 있지 않다. 즉 구조조정으로 인한 직원 감축이나 근로조건의 변경은 법의 시행과는 무관한 것이며, 한편 그에 대한 구제는 노동관계법에 따른 별도의 구제절차를 거쳐야 할 것이지 막바로 헌법소원을 청구할 수는 없는 것이다.

또한 위 청구인들이 농조 및 농조연의 노동조합 대표를 겸하고 있어 법의 시행으로 각 노동조합이 해산되고 위 청구인들의 직무수행이 불가능하게 되었다고 주장하나, 농조와 농조연이 해산된다고 하여 곧 그 노동조합들이 해산되는 것은 아니며, 통폐합 후에 새로운 단체협약을 요구하기 위하여 통합노조를 결성하기까지는 기존의 각 단체협약이 유효하고 기존의 노조들 역시 사실상 복수노조로 존속하게 될 것이므로, 법 시행에 의하여 각 노동조합이 해산됨을 전제로 하는 위 청구인들의 주장은 이유없다.

(4) 농조, 농조연 및 농진공 통합의 당위성

위 3개 기관은 경지정리, 배수개선사업 및 시설물 유지·관리

등 농업생산기반정비임무 등 유사한 기능을 중복 수행하여 왔음에도, 같은 지역에 각자 별도의 산하조직을 유지함으로써 낭비적 요소가 심각하였을 뿐만 아니라, 수리관리체계의 분산으로 인하여 경제적 효율성이 떨어지고 결국 부실로 이어졌다.

그리하여 농조의 운영현황을 보면, 막대한 국고보조에 불구하고 그 경영 상태는 매우 열악하여 다수의 농조가 파산위기에 처해 있으며, 전국 104개 농조 중에서 자립조합은 10개에 불과하고, 운영비 부족으로 예산편성조차 어려운 조합이 10개, 그들 직원이 퇴직할 경우 퇴직금조차 줄 수 없는 조합이 31개에 이른다. 그럼에도 자율적 통폐합 등 농조의 자구노력은 조합임직원들의 기득권상실에 대한 우려가 앞서 그 실적이 미미하고, 오히려 사업발주를 둘러싼 각종 비리마저 나타나고 있다.

따라서 장차 예상되는 수자원부족사태에 대비하여 우리나라 전체 용수량의 50%를 넘는 비중을 차지하는 농업용수를 확보·관리하고 기타 급배수관리를 통한 수해예방 등 고도의 공익적 목적을 위하여, 국가적 차원에서 농업기반시설을 효율적으로 종합관리할 필요성이 절실하다.

3. 적법요건

가. 청구인 ○○농조의 청구인 적격

(1) 서

공권력의 행사자인 국가나 국가기관 또는 국가사무의 일부를 위임받아 수행하는 공법인이나 그 기관은 기본권의 수범자이지 기본권의 주체가 아니므로, 헌법소원청구인으로서의 적격이 없다(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120; 1995. 2. 23. 90헌마125; 1995. 9. 28. 92헌마23등; 1997. 12. 24. 96헌마365; 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295 등 참조) 할 것이므로, 이 사건에서는 청구인 양평농조가 공법인인지 여부를 우선 밝혀보지 않을 수 없다.

(2) 농조법상의 관련조문을 중심으로 한 농조의 법적 성격

(가) 사법인적 성격

농조법은 농민의 자주적인 조직을 통하여 (중략) 농민의 경제적 자립과 이익의 증진에 이바지함을 목적으로 하고(농조법 제1조), 농조 조합원자격을 가진 자 20인 이상이 발기인이 되어 농조를 설립하게 되므로(농조법 제9조 제1항), 농조의 결성이 법적으로 강제되지 아니하며, 조합원들로 구성되는 총회의 의결로 일정한 경우 스스로 합병·분할 또는 해산할 수 있을 뿐만 아니라(농조법 제24조 제2호, 제61조 제1항), 조합장은 조합원 중에서 조합원들이 선출하도록 되어 있는 등(농조법 제32조 제2항) 사법인적 성격이 엿보인다.

(나) 공법인적 성격

조합구역내에 조합원 자격이 있는 자의 3분의 2 이상이 동의하면 동의하지 않은 조합원 자격있는 자까지도 모두 조합원으로 자동가입되고(농조법 제9조 제1항, 제18조 제1항), 조합구역에 새로 편입된 구역내의 조합원 자격있는 자는 그의 의사와 무관하게 조합원이 되며(농조법 제18조 제3항), 조합원은 그 자격을 상실하지 아니하고는 조합에서 임의로 탈퇴할 수 없고(농조법 제18조 제4항, 제5항, 제47조 제1항), 조합은 그 조합구역내에 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 농업생산기반시설을 인수하여 관리하여야 하며(농조법 제16조), 조합원은 조합의 경비에 충당될 조합비를 부

담하나 조합비는 그가 받은 이익에 상응하는 것으로 정하여져 시설이용료의 성격을 띠고 있는 것(농조법 제43조, 제44조, 제46조)과 조합원들이 그들에 대한 조합비 등 부과금을 체납한 경우 지방세체납처분의 예에 의하여 징수하고(농조법 제51조), 조합비로 경비를 전부 충당할 수 없을 때에는 그 부족한 금액을 국고에서 보조받으며(농조법 제45조), 농조 및 농조연은 정치에 관여하는 일체의 행위를 하여서는 아니되고(농조법 제6조), 농조 및 농조연 임직원은 공무원을 겸직할 수 없고(농조법 제7조 제3항), 공정한 임원 선거를 위하여 엄격한 법적 규제를 하고 있으며(농조법 제37조), 농조의 권리와 농조에 대한 채무에 대한 소멸시효에 관하여는 예산회계법을 준용하는 것을 비롯하여 농조의 회계에 대하여 많은 제한 규정을 두고 있고(농조법 제52조 내지 제60조), 강제합병·분할·해산에 관한 광범위한 규정(농조법 제61조 제2항)을 두는 등 사법인에서는 볼 수 없는 공법인적 성격이 있다.

(3) 소결론

위에서 살펴본 농조의 법적 성격에 의하면, 농조는 그 설립 자체가 강제되지는 않는다는 점 등 사법인적 성격도 없지 않으나, 구역내 농지소유자의 농조가입이 강제되는 점(농조법 제9조 제1항, 제18조 제1항, 제3항), 농조의 기본재산은 조합원들의 출자에 의하여 형성되는 것이 아니라 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 농업생산기반시설을 그대로 인수하여 보유하게 되는 점(농조법 제16조), 조합원들의 결의로 합병·분할·해산할 수 있는 경우도 조합구역의 일부변경이나 다른 농조에의 합병을 위한 것이거나 수혜구역이 농지로서의 성격을 잃는 등 농조의 설립목적을 달

성할 수 없게 되었을 경우로만 제한되는 것으로 해석되는 점(농조법 제61조 이하), 조합원은 원칙적으로 그 소유의 농지가 조합 구역에서 제외되거나 농지의 소유권을 상실하는 등의 사유로 조합원으로서의 자격을 잃은 경우에만 농조에서 탈퇴할 수 있고(농조법 제18조 제4항, 제5항, 제47조 제1항), 또한 조합에서 탈퇴하게 되는 경우에도 조합에 대한 지분반환청구는 허용되지 않는 점(대법원 1999. 3. 12. 선고 98다57051 판결 참조), 해산한 조합의 잔여재산은 조합원들에게 분배되는 것이 아니라 농조자립 육성금고에 납입토록 하여 여전히 공익적 목적에 사용되는 점(농조법 제70조 제5항), 농조의 경비는 조합원들에게 부과하여 징수하나 그 징수절차가 지방세체납처분의 예에 의하고, 그 내용도 조합원들이 받은 이익에 상응하는 이용료의 성격을 띠고 있으며, 부족분은 국고의 보조를 받게 되는 점, 농조와 그 직원과의 관계는 공법상의 특별권력관계로서 징계처분을 받은 직원은 행정소송으로 이를 다투어야 하는 점 등을 비롯하여, 농조의 주요사업인 농업생산기반시설의 정비·유지·관리는 농업생산성의 향상 등 그 조합원들의 권익을 위한 것만이 아니고 수해의 방지 및 수자원의 적정한 관리 등 일반국민들에게도 그 영향을 직접 미치는 고도의 공익성을 띠고 있는 것이고, 나아가 농조 재산의 운용과 농조의 사업 및 활동은 조합원들이 선출한 조합장과 조합원으로 구성된 총회의 의결 및 정관에 따라 자주적으로 수행되는 것이라고 하더라도, 이는 어디까지나 농조 본연의 공적 책무인 목적을 위하여 필요한 범위 내에서만 수행될 수 있는 것이지 조합원들의 사익을 추구하기 위한 것이 아니라는 점 등 농조의 존립목적, 조직과 재산의 형성 및 그

활동전반에 나타나는 매우 짙은 공적인 성격을 고려하건대, 이를 공익적 목적을 위하여 설립되어 활동하는 공법인이라고 봄이 상당하다 할 것이다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28 판례집 3, 63, 82 ; 1999. 8. 25. 99헌마454; 대법원 1977. 7. 26. 선고 76다3022 판결, 공1977, 10240; 1985. 4. 9. 선고 83누399 판결, 공1985, 736; 1992. 9. 14. 선고 92다19347 판결, 공1992, 2880; 1995. 6. 9. 선고 94누10870 판결, 공1995, 2401; 1999. 12. 28. 선고 99다8834 판결, 공2000, 362 각 참조).

따라서 이 사건 청구 중 청구인 양평농조의 청구는 헌법소원의 청구인적격을 갖추었다고 보기 어렵다.

나. 직접성, 침해성 및 권리보호의 이익

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권의 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192 판례집 4, 813, 823; 1994. 12. 29. 94헌마201 판례집 6-2, 510, 524 각 참조).

(1) 이 사건 심판대상 법률조항 중 법 부칙 제7조를 제외한 나머지 법 부칙 제2조 제2호, 제8조 및 제9조 제1항, 제2항의 경우는, 다른 집행행위의 매개 없이 위 법률조항들 자체에 의하여 기존의 농조법이 폐지되고 농조가 해산되어 신설되는 공사에 통합되므로 그로 인한 기본권침해의 직접성에는 의문의 여지가 없다.

(2) 그러나, 청구인 김○, 박○필의 청구 중 법 부칙 제7조가

공사로 하여금 기존 농조 및 농조연의 직원들을 승계토록 하면서도 같은 조 단서에서 농조의 직원은 지역적 특성을 감안하여 배치하여야 한다고 규정함으로써 직원들의 재배치과정에서 농조 직원들이 실직하거나 종전의 지위를 그대로 유지할 수 없게 되는 등의 사태가 예상되는 등 법의 시행으로 인하여 위 청구인들의 직업수행의 자유 및 행복추구권 등이 침해당한다는 부분에 관하여 보건대, 위 부칙 규정은 농조 및 농조연 직원들에 대한 감원을 직접적으로 규정하고 있는 것이 아니다. 오히려 위 조항은 농조 및 농조연의 직원을 공사가 전부 승계하는 것을 전제로 하여 이후 인력의 재배치시 기존 농조 직원의 지역연고성을 존중함으로써 그들에게 불이익이 가지 않도록 하는 배려가 담긴 조항일 뿐이다.

또한 청구인 김○, 박○필의 나머지 주장, 즉 통폐합으로 인하여 농조 및 농조연의 노동조합이 소멸되므로 각 노동조합 대표인 자신들의 직무수행이 불가능하게 됨에 따라 직업선택의 자유를 침해받는다라는 주장은, 이로써 법 부칙 제2조 제2호, 제8조 등 통폐합을 규정하고 있는 조항들의 위헌선언을 구하는 것으로 보이나, 직권으로 살피건대 법이 시행되기 이전인 1999. 5. 3. 농조연 노동조합은 그 스스로 그 명칭을 “전국농지개량조합노동조합”으로 바꾸고 그 대표자를 김용 및 박○필(위 청구인들과 동일인임)로 변경하였으며, 청구인 김○이 대표로 있었던 ○○농조 노조는 1999. 11. 22. 이에 흡수합병됨으로써 해산된 사실을 인정할 수 있는바, 그렇다면 청구인 김○의 ○○농조 노동조합 대표로서의 자격 및 청구인 박○필의 농조연 노동조합 대표로서의 자격은 법

의 시행(2000. 1. 1.)에 앞서 이미 소멸되거나 변경되어 더 이상 유지되지 않고, 따라서 이 사건 법조항들로 인하여 더 이상 그 지위나 직무를 침해당할 여지가 없게 되었다(그들이 새로운 노동조합의 공동대표로 선정되었다고 하더라도 이는 새로운 지위이지 침해를 주장하던 종전의 지위가 아니므로 마찬가지다)고 할 것이므로 이 부분 권리보호의 이익이 없다.

그렇다면 청구인 김○, 박○필의 청구는 직접성 또는 침해성의 요건을 결하거나 권리보호의 이익을 갖추지 못한 것으로, 모두 부적법함을 면할 수 없다.

4. 본안판단

가. 농조의 해산이 청구인 김○권의 결사의 자유, 직업의 자유를 침해하는지 여부(법 부칙 제2조 제2호, 제8조의 위헌 여부)

청구인 김○권은 농조의 해산으로 인하여 조합원인 그의 결사의 자유(결사조직의 자유, 결사존립의 자유 등) 및 직업선택의 자유(직업결정의 자유)가 침해되었다고 주장한다.

살피건대, 헌법 제21조가 규정하는 결사의 자유에서의 결사란 자연인 또는 법인이 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합한 단체를 말하는 것으로 공적책무의 수행을 목적으로 하는 공법상의 결사는 이에 포함되지 아니한다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 377 참조)고 할 것인바, 앞에서 살핀 바와 같이 농조를 공법인으로 보는 이상, 농조는 헌법상 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체로 볼 수 없고(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 77 참조), 따라서 이 사건에서 농조가 해산됨으로써 청구인 김○권이 조합원의 지위를 상실하였

다고 하더라도 이로써 그의 결사의 자유가 침해되었다고 할 것은 아니다.

한편 법인의 설립 및 존속은 그 자체가 간접적인 직업선택 또는 직업수행의 한 방법으로서(1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379-380 참조), 법에 의한 농조의 해산 및 공사에의 합병으로 인하여 청구인 김○권이 그 소속 서산농조를 존속시키지 못하게 됨으로써 그의 직업의 자유를 제한받는 듯이 보이나, 앞에서 본 바와 같이 농조를 공법인으로 보아 결사의 자유의 대상이 되는 결사체임을 부정하는 이상 법인의 설립·존속과 관련하여 별도로 직업의 자유가 침해된다고 보기도 어렵다.

또한 청구인들 대리인은 농조해산으로 청구인 김○권이 조합원으로서의 업무수행을 하지 못하게 됨으로써 그의 직업의 자유를 침해받았다고 주장하여, 법인의 설립·존속과 무관하게 조합원의 지위 자체가 직업이라는 것을 전제로 하는 듯한 주장을 하나, 조합원이라는 지위는 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동”(1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374)으로 정의되는 직업의 자유에서 말하는 직업에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유없다.

나. 공사가 농조의 재산을 포괄승계하는 것이 청구인 김○권의 재산권을 침해하는지 여부(법 부칙 제9조 제1항, 제2항의 위헌여부)

(1) 서

청구인들 대리인은 농조의 해산으로 청구인 김○권의 농조 총회에서 의결권, 농업생산기반시설에 대한 이용수익권 등이 상실되었고, 농조의 재산이 공사에 포괄승계됨으로써 헌법상 보장

되는 재산권을 침해당하였다고 주장한다.

그러나 농조 총회에서 의결권은 농조라는 법인의 의사형성에 관한 권리일 뿐 이를 따로 떼어 헌법상 보장되는 재산권이라고 보기 어렵고, 농업생산기반시설에 대한 이용수익권은 법 부칙 제 11조에서 종전의 농지개량조합법에 의한 조합원은 이 사건 법률 제13조의 농업용수이용자로 보는 규정을 두는 한편, 법 부칙 제9조 제4항에서 공사가 농조 및 농조연으로부터 승계받은 재산은 농업기반시설의 유지·관리를 위한 목적으로만 사용토록 규정하고 있고, 법 제30조에서도 농조 및 농조연으로부터 포괄승계받은 농업기반시설에 대하여는 별도 회계를 설치하여 관리토록 규정하고 있으며, 나아가 법 제14조 제1항에서 공사는 농업용수이용자에게 농업용수를 성실하게 공급하여야 하는 공급의무규정을 둬으로써, 농조 해산 후에도 공사에 의하여 그대로 보장된다고 할 것이므로 위 청구인이 이를 상실하게 되었다거나 그에 대한 제한이 새로 추가되었다고 할 수 없다.

따라서 이 사건에서 농조의 재산권 침해가 문제될 수 있다면 농조의 명의로 등기된 농업기반시설의 소유권 등 농조의 재산에 대한 조합원의 권리가 침해되는지의 여부일 것이다.

(2) 농조 재산에 대한 농조 조합원의 재산권을 인정할 수 있는지 여부

농조의 재산은 기본적으로 국가·지방자치단체 또는 농진공이 설치한 기반시설을 농조가 포괄승계하여(농조법 제16조 제1항) 보유하게 되는 것이고, 비록 이 때 함께 승계되는 채무 중 일부가 조합원들의 부담으로 상환되거나, 조합원들에 부과된 조합비 및

기반시설의 유지관리를 위한 조합원들의 노역 등 조합원들의 기여에 의지하는 부분이 있다고 하더라도, 이는 농조가 그 공적 책무인 목적을 달성하기 위하여 각종 사업을 수행함에 있어 사용하였던 경비로 인한 채무에서 출발된 것이거나 그러한 경비에 충당되는 것일 뿐(농조법 제43조 제1항), 이로써 농조의 재산 자체에 대하여 조합원 개개인이 지분을 갖거나 지분에 상응한 반환청구권을 행사할 수 있게 되는 것은 아니다. 즉 농조의 재산은 조합원 개인에 귀속되어 사적 이익을 위하여 사용될 수 있는 재산적 가치가 아니며, 농업기반시설의 유지·관리 및 이용의 확보라는 공적 기능을 보장하고 원활하게 하고자 설정되고 유지되는 것일 따름이다.

그렇다면 농조 재산은 헌법 제23조에 의하여 조합원 개개인에 보장되는 재산권의 대상이라 보기 어렵고, 따라서 법 부칙 제9조 제1항, 제2항에 의하여 농조의 재산을 공사가 다시 포괄승계한다고 하여 이를 청구인 김○권에게 헌법상 보장된 재산권의 침해라고 할 수 없다.

5. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 청구 중 청구인 김○권의 청구는 이유없으므로 이를 기각하고, 나머지 청구인들의 청구는 각 부적법하므로 각하하기로 하여, 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현 하경철
김영일(주심) 권 성 김효중 김경일 송인준

실용신안법 제29조 제3항 등 위헌확인

(2000. 11. 30. 99헌마624 전원재판부)

【관시사항】

실용신안권자의 등록료 납부기간과 등록료 불납에 대한 효과를 규정한 실용신안법 제29조 제3항 및 제34조 부분에 대한 헌법소원청구에 있어서 늦어도 등록료 추가납부기간 만료일 다음날부터는 그 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 보아야 한다고 한 사례

【결정요지】

청구인은 1991. 5. 17. 제1내지 제3년분의 등록료를 납부하고 같은 날 등록을 마친 실용신안권자로서 1994. 6. 8. 제4년분의 등록료를 납부한 것을 비롯하여 1998. 7. 20. 제8년분의 등록료를 납부한 때까지 매년 법에 정하여진 납부기간 또는 추가납부기간내에 등록료를 납부하였으나, 제9년분의 등록료를 납부기한인 1999. 2. 21.과 추가납부기간의 만료일인 같은 해 8. 21.까지도 납부하지 아니하였다. 그렇다면 청구인은 늦어도 1999. 8. 22.부터는 이 사건 심판대상 범조항에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 보아야 할 것이므로 그로부터 기산하여 60일 이내에 헌법소원심판을 청구하였어야 할 것인데도 그 청구기간이 경과된 후인 1999. 10. 30.에야 헌법소원심판을 청구하였으니, 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권성의 반대의견

1. 등록료의 납부 고지나 안내제도 또는 등록말소 예고제도 등

이 법령상 마련되어 있지 아니한 점을 감안할 때에 청구인이 특허청의 통고 등에 의하여 1999. 8. 22.에 등록료 납부기간의 도과 사실을 알게 되었다고 볼 수는 없는 것이고, 청구인이 그 밖의 다른 경로를 통하여 위 일자에 그러한 사실을 알고 있었다고 볼 자료도 없으므로, 이 사건에서 위 일자에 청구인이 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 단정할 수는 없다. 오히려 그 뒤 청구인이 등록료와 할증료를 납부한 1999. 9. 18.에 즈음하여 비로소 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 청구인이 알았다고 보는 것이 사리에 합당하다. 따라서 이로부터 60일 내인 1999. 10. 30. 청구된 이 사건 권리소멸조항에 대한 심판청구부분은 청구기간을 준수하여 적법하다고 할 것이다.

2. 단 1회의 등록료 불납으로 권리의 본체를 소멸시키는 것은 가사 그 입법목적이 정당하다 하더라도 기본권제한 입법으로서 갖추어야 할 피해의 최소성, 법익의 균형성 등을 갖추지 못한 것이어서 과잉금지의 원칙에 어긋날 뿐 아니라, 불납사실의 통지 및 권리소멸의 예고, 귀책사유에 의하지 않은 경우의 권리회복 등 절차를 전혀 마련하지 않은 채 일방적으로 권리를 소멸시키는 것은 적법절차의 원리에도 반하므로, 이 사건 법률조항 중 제34조부분은 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

실용신안법(1998. 9. 23. 법률 제5577호로 전문개정된 것) 제29조(등록료) ①~② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 등록료와 그 납부방법 및 납부기간 등에 관하여 필요한 사항은 산업자원부령으로 정한다.

실용신안법(1998. 9. 23. 법률 제5577호로 전문개정된 것) 제34조(특허법

의 준용) 특허법 제80조·제81조 및 동법 제83조의 규정은 등록료 및 실용신안등록에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 동법 제81조 제1항 중 “특허권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 특허권자”는 “실용신안권자”로 보며, 동법 제81조 제3항 중 “특허권의 설정등록을 받고자 하는 자의 특허출원은 이를 포기한 것으로 보며, 특허권자의 특허권은 특허료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 특허권이 소멸된 것으로 본다”는 “실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다”로 본다.

【당 사 자】

청 구 인 예○금

대리인 변호사 김백영 외 1인

피청구인 특허청장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인과 청구외 정○은 “흡착용 자석장치”를 고안하여 1988. 7. 22. 특허청에 실용신안등록출원을 하고 1991. 2. 21. 출원공고가 된 후 같은 해 5. 17. 제1내지 제3년분의 등록료를 납부하고 같은 날 실용신안등록번호 제56701호로 등록을 마친 실용신안권자이다. 실용신안권자는 실용신안법이 정하는 바에 따라 제4년분 이후의 등록료를 출원공고일을 기준으로 매년 그 전년도에 납부하여야 하는데 청구인은 1994. 6. 8. 제4년분의 등록료를 납부한 것을 비롯하여 1998. 7. 20. 제8년분의 등록료를 납부한 때까지

매년 실용신안법에 정하여진 납부기간 또는 추가납부기간내에 이를 납부하였으나, 제9년분의 등록료를 납부기한인 1999. 2. 21. 과 추가납부기간의 만료일인 같은 해 8. 21.까지도 납부하지 아니하였다. 청구인은 그후인 같은 해 9. 21. 제9년분의 등록료와 납부기간 경과로 인한 할증료를 납부하려 하였으나, 특허청장은 이를 수리하지 아니하고 청구인의 실용신안권이 등록료를 납부할 기간이 경과한 때인 같은 해 2. 22.로 소급하여 소멸되었다는 이유로 같은 해 9. 27. 청구인의 실용신안권을 소멸등록하였다.

이에 청구인은 실용신안법 제29조 제3항에서 등록료와 그 납부방법 및 납부기간을 산업자원부령에 위임한 것이 포괄위임금지 원칙에 위배되고, 제34조 중 실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다는 부분이 과잉금지의 원칙에 반하여 자신의 재산권 및 평등권을 침해한다고 주장하면서 1999. 10. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 실용신안법(1998. 9. 23. 법률 제5577호로 전문개정된 것, 이하 “법”이라 줄여 쓴다) 제29조 제3항 및 제34조 중 “실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다”는 부분이 청구인의 기본권을 침해하였는지 여부이고 그 규정 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

법 제29조(등록료) ① 제35조 제1항의 규정에 의한 실용신안권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 실용신안권자는 등록료를 납

부하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 등록료 중 최초 1년분의 등록료는 실용신안등록출원(제16조의 규정에 의한 분할출원 및 제17조의 규정에 의한 이중출원의 경우에는 각각 분할출원 또는 이중출원을 말한다)과 동시에 납부하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 등록료와 그 납부방법 및 납부기간 등에 관하여 필요한 사항은 산업자원부령으로 정한다.

법 제34조(특허법의 준용) 특허법 제80조·제81조 및 동법 제83조의 규정은 등록료 및 실용신안등록에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 동법 제81조 제1항 중 “특허권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 특허권자”는 “실용신안권자”로 보며, 동법 제81조 제3항 중 “특허권의 설정등록을 받고자 하는 자의 특허출원은 이를 포기한 것으로 보며, 특허권자의 특허권은 특허료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 특허권이 소멸된 것으로 본다”는 “실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다”로 본다.

특허법 제81조(특허료의 추가납부) ① 특허권의 설정등록을 받고자 하는 자 또는 특허권자는 제79조 제2항의 규정에 의한 특허료 납부기간이 경과한 후에도 6월 이내에 특허료를 추가납부할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 특허료를 추가납부할 때에는 납부하여야 할 특허료의 2배의 금액을 납부하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 납부기간내에 특허료를 추가납부하지 아니한 때에는 특허권의 설정등록을 받고자 하는 자의 특허출원

은 이를 포기한 것으로 보며, 특허권자의 특허권은 특허료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 특허권이 소멸된 것으로 본다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 등록료와 그 납부방법 및 납부기간 등에 관한 사항은 실용신안권의 소멸사유를 정한 것이므로 법률에 규정하여야 할 성질의 것인데도 이를 산업자원부령에 포괄적으로 위임하고 있는 법 제29조 제3항은 포괄위임금지의 원칙에 위반되고, 이에 의하여 등록료 등에 관한 사항을 정한 산업자원부령이 빈번하게 개정되어 납부의무자의 등록료 납부에 혼란을 초래한 것은 청구인의 법적 안정성을 침해한다.

(2) 등록료를 납부하지 않은 경우에도 조세체납의 경우와 같이 납부고지를 하고 가산금을 징수하며 압류 등 체납절차에 의하여 등록료 납부의무의 이행을 강제할 수 있고, 나아가 권리소멸 후에 권리회복을 위한 절차를 두는 등 실용신안권자의 권리를 보호할 수단이 있음에도 이러한 절차없이 실용신안권을 소멸시키는 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 재산권과 평등권을 침해한 것이다.

나. 특허청장의 의견

(1) 법 제29조 제3항은 산업자원부령에 위임하는 범위를 등록료, 납부의 방법과 기간으로 명백히 한정하고 있으므로 포괄위임금지의 원칙에 반하지 아니하고, 산업자원부령의 개정으로 납부기한을 설정등록일로 변경하였으나 그 부칙에서 개정 전에 설정

등록된 실용신안권자는 개정전의 규정에 따라 출원공고일을 납부기한으로 하여 등록료를 납부하도록 하고 있으므로 청구인의 법적 안정성이 침해된 바 없다.

(2) 특히, 실용신안 등 지식재산권에 대한 보호는 국가정책적 견지에서 입법자가 내린 결단의 산물로서 과도한 발명자 등에 대한 보호는 기술혁신을 저해하고 개량기술의 이용을 방해하여 오히려 산업발전을 정체시킬 수도 있으므로 사익과 공익을 조화하는 최적의 보호가 요구된다. 따라서 현행 지식재산권에 대한 법은 공공이익과의 조정을 목적으로 존속기간의 설정, 사용·실시 의무의 부과 등을 규정하고 있다.

(3) 지식재산권은 재산권의 일종으로 헌법 제23조에 의하여 보장되나, 이와는 별도로 헌법 제22조 제2항의 지식재산권을 보장하는 규정을 둔 취지는 지식재산권의 공공적 측면을 강조하려는 것으로 이때 법률로써 보장한다는 의미는 입법자가 법률로 정하는 범위에서 지식재산권을 보장한다는 의미로 해석하여야 할 것이다.

따라서 지식재산권의 존속요건으로 등록료의 납부의무를 규정하고 납부의무를 이행하지 않은 경우 공공의 이익을 위하여 권리를 소멸시킨다하여 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판 단

법령에 대한 헌법소원은 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 60일이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일이내에 청구하여야 하나(헌법재판소법 제69조 제1항, 제68조 제1항), 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받

게 된 자는, 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

청구인은 1991. 5. 17. 제1내지 제3년분의 등록료를 납부하고 같은 날 등록을 마친 실용신안권자로서 1994. 6. 8. 제4년분의 등록료를 납부한 것을 비롯하여 1998. 7. 20. 제8년분의 등록료를 납부한 때까지 매년 법에 정하여진 납부기간 또는 추가납부기간내에 등록료를 납부하였으나, 제9년분의 등록료를 납부기한인 1999. 2. 21.과 추가납부기간의 만료일인 같은 해 8. 21.까지도 납부하지 아니하였음은 앞서 본 바와 같은 바, 그렇다면 청구인은 늦어도 1999. 8. 22.부터는 이 사건 심판대상 범조항에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 보아야 할 것이므로 그로부터 기산하여 60일이내에 헌법소원심판을 청구하였어야 할 것인데도 그 청구기간이 경과된 후인 1999. 10. 30.에야 헌법소원심판을 청구하였으니, 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

4. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 법 제34조에 관하여 다음 5.와 같은 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권성의 반대의견이 있는 외에는 관여재판관의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 권성의 반대의견

우리는 실용신안법 제34조에 의하여 준용되는 특허법 제81조 제3항 중 “제1항의 규정에 의한 납부기간내에 등록료를 추가납부

하지 아니한 때에는…… 실용신안권자의 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다”는 부분(이하 ‘권리소멸조항’이라고 한다)에 대한 심판청구는 적법하고, 나아가 위 권리소멸조항은 헌법에 위반된다고 생각하므로 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 먼저 청구기간의 준수 여부에 대하여 판단한다.

법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 자는, 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그리고 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 헌법소원을 청구하여야 함은 다수의견이 지적하는 바와 같다. 그런데, 이 사건 권리소멸조항은 “등록료를 추가납부하지 아니한 때”에는 ‘등록료를 납부하여야 할 기간이 경과한 때에 소급하여 그 실용신안권이 소멸된 것으로 본다’라고 규정하고 있으므로 이 사건의 경우 등록료의 추가납부기간이 만료된 날의 다음날인 1999. 8. 22.에는 법령에 해당하는 사유가 발생하였음이 분명하다.

그러나 그렇다고 하여 등록료의 납부 고지나 안내제도 또는 등록말소 예고제도 등이 법령상 마련되어 있지 아니한 점을 감안할 때에 청구인이 특허청의 통고 등에 의하여 위 일자에 등록료 납부기간의 도과사실을 알게 되었다고 볼 수는 없는 것이고 청구인이 그밖의 다른 경로를 통하여 위 일자에 그러한 사실을 알고 있었다고 볼 자료도 없으므로 이 사건에서 위 일자에 청구인이 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 알았다고 단정할 수는 없다. 오히려 그 뒤 청구인이 등록료와 활증료를 납부한 1999. 9.

18.에 즈음하여 비로소 법령에 해당하는 사유가 발생하였음을 청구인이 알았다고 보는 것이 사리에 합당하다. 따라서 이로부터 60일 내인 1999. 10. 30. 청구된 이 사건 권리소멸조항에 대한 심판청구부분은 청구기간을 준수하여 적법하다고 할 것이다.

나. 다음으로 본안에 관하여 판단한다.

헌법은 재산권의 보장을 규정한 제23조와 별도로 제22조 제2항에서 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다”고 규정하여 발명가 등의 산업재산권이 특별히 보호되어야 함을 선언하고 있다. 실용신안법은 이와 같은 헌법의 취지에 따라 신규의 실용적 고안을 창안·등록한 사람에게 실용신안권이라는 독점권을 부여하여 신규의 고안을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기술의 발전을 촉진하여 산업발전에 이바지함을 그 목적으로 하고 있음(실용신안법 제1조 참조)은 주지하는 바와 같다.

그런데 실용신안법은 실용신안권자에게 등록료의 납부의무를 부과하면서(법 제29조 제1항) 제4년분 이후의 등록료는 당해 권리의 설정등록일을 기준으로 매년 1년분씩을 그 전년도에 납부하도록 하고(1981. 8. 3. 상공부령 제634호로 전문개정된 특허법·실용신안법·의장법및상표법에 의한 특허료·등록료와수수료의징수규칙 제7조 제7항) 납부기간이 경과한 후에는 6월 이내에 등록료의 2배를 추가납부할 수 있도록 하되(법 제34조, 특허법 제81조 제1항 및 제2항), 이 사건 권리소멸조항을 두어 추가납부기간내에 등록료를 추가납부하지 아니한 때에는 실용신안권은 등록료를 납부할 기간이 경과한 때에 소급하여 소멸된다(법 제34조, 특허법 제81조 제3항)고 규정

하고 있다.

이 권리소멸조항의 입법목적에 대하여는, 권리자의 권리포기절차 없이도 그 고안을 일반공중이 이용할 수 있도록 개방하는 것이라고 설명하거나 독점권 부여의 대가적 성질을 가진 등록료 납부의무 불이행에 대한 제재라고 설명하는 것이 일반적이다.

그리고, 이 권리소멸조항은 추가납부기간을 포함한 납부기간내에 등록료를 납부하지 않은 경우 권리의 포기로 간주하여(법 제34조, 특허법 제81조 제3항 전단) 예외 없이 일방적으로 권리를 소멸시키는 입법수단을 취하고 있다.

우리는 이 권리소멸조항이 다음과 같은 이유로 헌법에 위반된다고 생각한다.

(1) 과잉금지의 원칙에 어긋난다.

이 사건 권리소멸조항은 실용신안권에 의하여 독점되던 고안을 일반공중이 자유롭게 이용할 수 있도록 중도에 개방하여 그 효용을 증대하고 그 기술의 개량이나 응용기술의 개발을 쉽게 한다는 공익의 추구를 그 목적으로 하고 있다는 것이다.

그러나 실용신안권의 존속 중에도 일반공중은 권리의 양수 또는 전용실시권이나 통상실시권 등의 설정(법 제42조, 특허법 제99조 제100조 제102조 등) 등을 통하여 그 기술을 이용하는 것이 본래 가능하고, 또한 등록된 고안의 내용이 실용신안공보에 공개되어(법 제35조 제3항) 새로운 고안의 개발에 이를 자료로 활용하는 것이 이미 가능한 데다가 실제로도 실용신안권의 장벽에 불구하고 기존의 기술수준을 뛰어넘는 대체기술이 급속히 개발되고 있는 것이 현실의 상황이므로, 기술의 원활한 이용과 신기술의 개발을

위하여 굳이 권리를 중도에 무리하게 소멸시킬 필요는 없다.

뿐만 아니라, 이 사건 권리소멸조항은 등록료의 불납으로써 권리포기의사의 존재를 단정하고 있으나, 등록료 등의 징수규칙이 자주 개정되어온 실정을 고려할 때, 그리고 천재지변, 대리인이나 담당직원의 실수, 관리 데이터의 오류나 누락 등이 있을 수 있음을 고려할 때, 그와 같은 단정은 매우 성급하여 불합리한 것이다.

따라서 권리자에게 권리포기의 의사도 없고 또 그에게 책임 없는 사유로 등록료가 불납된 경우에까지 권리를 일률적으로 소멸시키도록 한 이 사건 권리소멸조항은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 정도 이상으로 권리자의 재산권을 침해하는 것이다.

그리고 권리를 중도에 소멸시킴으로써 달성하고자 하는 이러한 공익과 실용신안제도 자체의 본래 목표 즉, 신규의 고안자에게 10년이라는 장기간의 계속적인 독점권을 부여하여 창안의욕을 고취시키고 권리자 이외의 사람에게는 독점된 기술을 뛰어넘는 새로운 기술의 개발을 촉구함으로써 기술발전과 산업발전에 이바지한다는 본래의 목적을 비교할 때에 이 사건 권리소멸조항이 추구하는 공익은 새로운 별개의 것이 아니라 기존의 실용신안권이 본래 목표로 하는 공익의 일부에 지나지 않고, 또한 양자의 효과를 계량적으로 비교할 수는 없지만 우리의 건전한 상식에 비추어 볼 때 권리를 중도에 소멸시키는 것이 권리를 존속시키는 것보다 더 큰 공익적 효과를 거둘 수 있다고는 결코 말할 수 없다.

한편, 이 사건 권리소멸조항의 취지를 독점의 대가인 등록료를 납부하지 아니하는 데 대한 제재로 본다 하더라도, 그 제재는 피해를 최소화하는 방법이어야 하고 그 피해가 제재로 인하여 달성

되는 공익보다 크지 않아야 한다. 그런데, 일단 실용신안권이 소멸되면 이미 그 고안은 신규성이 없어 다시 등록할 수 없다는 점, 비록 추가납부기간을 한번 준다고 하지만, 결국은 단 1회의 등록료 불납만으로 권리의 본체까지 확정적으로 소멸시키는 것이라는 점, 1회분(금액으로는 2회분)의 등록료와 권리의 본체가 결코 등가관계에 있는 것은 아니라는 점, 그리고 위에서 본 바와 같이 권리자에게 책임 없는 사유로 등록료가 불납되는 경우도 있을 수 있다는 점 등을 고려할 때, 등록료 1회의 불납만으로 권리소멸이라는 제재를 가하는 것은 침해의 정도가 지나치고 법익의 균형을 이루지 못하고 있으므로 과잉제재라고 하지 않을 수 없다.

따라서 이 사건 권리소멸조항은 가사 그 입법목적이 정당하다 하더라도 기본권제한입법으로서 갖추어야 할 피해의 최소성, 법익의 균형성 등의 요건을 갖추지 못한 것이어서 과잉금지의 원칙에 위반되는 위헌의 규정이라 할 것이다.

(2) 적법절차의 원리에 어긋난다.

우리 헌법이 채택하고 있는 적법절차의 원리는 형사처벌이 아닌 행정상의 불이익처분에도 적용된다(헌재 1990. 11. 19. 90헌가 48, 판례집 2, 393 참조). 적법절차의 원리는 절차적 차원에서 볼 때에 국민의 기본권을 제한하는 경우에는 반드시 당사자인 국민에게 자기의 입장과 의견을 자유로이 개진할 수 있는 기회를 법으로 보장하여야 한다는 것을 핵심으로 하며 그 기반에는 국민의 입장과 의견을 존중하고 배려하는 것이 문명국가의 의무라는 원칙이 전제되어 있는 헌법의 원리라고 할 것이다. 이러한 적법절차의 원리에 비추어 볼 때에 이 사건 권리소멸조항은 6월의 추가납부

기간을 한번 주는 이외에는 등록료의 납부를 미리 고지한다거나 불납사실을 통지하여 권리소멸의 위험을 예고하여 준다거나 귀책사유에 의하지 않고 납부기간을 경과하여 권리가 소멸된 경우에 권리를 회복시켜 준다거나 하는 것에 관한 절차를 전혀 마련하지 않은 채 국가가 일방적인 행정처분에 의하여 국민의 권리를 소멸시켜버리는 입법으로서, 권리자에 대한 국가의 배려가 현저히 결여되어 있고 이로 인하여 권리자는 자기의 입장과 의견을 개진할 기회를 법적으로 전혀 보장받지 못하는 결과를 빚고 말았다.

기술 중심으로 산업구조가 재편되고 기술의 수출과 수입이 빈번히 이루어지고 있는 선진각국에서, 등록료의 납부에 관하여 6월의 추가납부기간을 허용하는 외에, 등록료의 불납사실을 통지하여주는 제도 또는 권리소멸의 위험을 예고하여주는 제도 또는 귀책사유에 의하지 않고 납부기간을 경과하여 권리가 소멸된 경우에 권리를 회복시켜주는 제도 등을 마련하여 실용신안권의 소멸에 대한 사전예방과 사후구제의 절차를 입법화하고 있는 것과는 큰 차이를 보이고 있다.

결국 이 사건 권리소멸조항은 “누구도 정당한 법적 절차에 의하지 아니하고는 국민의 생명·자유·재산을 박탈하여서는 아니 된다”는 적법절차의 원리를 준수하지 아니한 위헌의 규정이라 할 것이다.

(3) 소 결

그렇다면 이 사건 권리소멸조항은 절차적으로는 적법절차의 원리에 어긋나고, 내용적으로는 합리적인 이유 없이 과도하게 국민의 기본권을 제한하여 헌법상 보장되는 청구인의 재산권을 침해

하고 있으므로 헌법에 위반된다 할 것이다.

다. 결 론

이 사건 권리소멸조항은 헌법에 위반된다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현(주심) 하경철

김영일 권 성 김효종 김경일 송인준

수도법 제52조의2 위헌확인

(2000. 11. 30. 2000헌마79·158(병합) 전원재판부)

【관시사항】

지방자치단체에게 상수도 정수시설 비용을 부담하도록 한 법률 규정 자체에 대하여 지방자치단체의 주민이 그로 인하여 자신의 헌법상 기본권이 침해되었음을 이유로 위헌확인을 구하는 헌법소원의 적법 여부(소극)

【결정요지】

충주댐 광역상수도의 정수시설 설치비용을 부담하는 자는 위 상수도의 물을 공급받는 수도사업자인 충주시 등 10여 개 지방자치단체이며, 밀양댐 광역상수도의 경우는 밀양시 등의 지방자치단체임이 명백하고, 따라서 위 충주시, 밀양시에 거주하는 주민들에 불과한 청구인들이 위 법률조항에 의한 비용 부담을 하는 것이 아니며, 달리 위 법률조항이 청구인들에게 직접 적용된다고 볼 자료도 없다. 뿐만 아니라 위 법률조항으로 청구인들에게 영향이 있다 하더라도 이는 모두 위 충주시나 밀양시가 위 정수시설 설치비용을 부담하게 됨으로써 발생하는 시 재정악화에 따라 그 지역 주민들에게 끼쳐지는 간접적, 사실적 또는 경제적 불이익에 불과한 것이어서 이러한 사정만으로는 청구인들의 기본권이 현재, 그리고 직접적으로 침해당한 경우라고 할 수 없다.

재판관 이영모의 반대의견

위 법률조항은 상수도의 물을 공급받는 수도사업자(이 사건의

경우, 지방자치단체인 충주시, 밀양시)를 규율 상대방(수규자)으로 삼고 있으나, 그 설치비용은 수도요금으로 주민들에게 전가(轉嫁)하게 되므로, 실질적인 면에서 보면 그 주민들(청구인들)이 위 법률조항의 규율 상대방이다. 또한 위 법률조항은 그 자체에서 설치비용 부담의 법적 의무가 현재·직접적으로 지방자치단체에게 있음을 명시하고 있고, 그 지방자치단체가 위 법률조항에 대한 위헌 여부를 다룰 수 있는지 분명하지 아니하므로, 현재성과 직접성 또한 있다고 보는 것이 합리적인 해석이다. 국회에서 만든 법률이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부담하게 하는 등 기본권을 침해하는 경우 이의 위헌 여부를 심사한다는 것은 헌법의 명령이므로, 위 법률조항을 다수의견처럼 자기관련성, 현재성, 직접성을 부정하여 헌법재판소의 통제범위 외에 둘 것이 아니라 마땅히 본안에 들어가서 그 당부를 판단해 주는 것이 옳다.

【심판대상조문】

수도법(1993. 12. 27. 법률 제4627호로 개정된 것) 제52조의2(수도 설치비용의 부담 등) ① 수도의 설치비용은 수도사업자가 이를 부담한다. 다만, 국가 또는 한국수자원공사가 설치하는 광역상수도 중 정수시설의 설치비용은 물을 공급받는 수도사업자가 이를 부담한다.
②~④ 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813
헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집5-1, 104

헌재 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-2, 127
헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672
헌재 1999. 4. 29. 97헌마382, 판례집 11-1, 521

【당 사 자】

청 구 인 1. 2000헌마79 사건
정○교 외 32인
청구인들 대리인 중원종합법무법인
담당변호사 임 호
2. 2000헌마158 사건
이○조 외 29인
청구인들 대리인 변호사 박순문

【주 문】

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

2000헌마79 사건의 청구인 정○교 외 32인은 충주댐 광역상수도를 통하여 물을 공급받는 충주시 등 10여개 시·군의 주민들이고 2000헌마158 사건의 청구인 이○조 외 29인은 밀양댐 광역상수도를 통하여 물을 공급받는 밀양시 주민들이다.

위 각 사건의 청구인들은 1993. 12. 27. 법률 제4627호로 개정된 수도법 제52조의2 제1항 단서가 헌법상 보장된 위 청구인들의 기본권을 침해하여 무효라고 주장하면서 2000헌마79 사건의 청구인들은 2000. 2. 1., 2000헌마158 사건의 청구인들은 2000. 3. 3. 각 헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 1993. 12. 27. 법률 제4627호로 개정된 수도법 제 52조의2 제1항 단서(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부로서 그 규정내용은 다음과 같다.

수도법 제52조의2(수도설치비용의 부담 등) ① 수도의 설치비용은 수도사업자가 이를 부담한다. 다만, 국가 또는 한국수자원공사가 설치하는 광역상수도 중 정수시설의 설치비용은 물을 공급받는 수도사업자가 이를 부담한다.

②~④ 생략

2. 청구이유의 요지와 관계기관의 의견

가. 청구이유의 요지

(1) 1993. 12. 27. 법률 제4627호로 개정되기 이전의 수도법 제 28조 1항은 “건설부장관은 일반수도 사업자인 지방자치단체가 재정적·기술적 또는 지리적 조건 등으로 인하여 일반수도의 수도시설을 설치할 수 없거나 그 설치가 곤란하다고 인정하는 경우에는 이를 설치할 수 있다”라고 규정하였고 그에 따라 건설부가 1991. 11.경 2000년대 광역상수도계획을 수립할 때 광역상수도의 정수시설 설치비용은 국가가 부담하도록 하여 서울과 부산 등 광역도시에서는 국가의 부담으로 광역상수도 정수시설을 설치하여 완료하였다. 그런데 그 후 이 사건 법률조항이 “수도의 설치비용은 수도사업자가 이를 부담한다. 다만, 국가 또는 한국수자원공사가 설치하는 광역상수도 중 정수시설의 설치비용은 물을 공급받는 수도사업자가 이를 부담한다.”고 규정함에 따라 충주댐 광역상수도의 경우에는 위 상수도의 물을 공급받는 수도사업자인 충

주시 등 10여 개 지방자치단체가, 밀양댐 광역상수도의 경우에는 밀양시, 창녕군, 양산시 등의 지방자치단체가 정수시설의 설치비용을 부담하게 되었다.

(2) 2000헌마79 사건의 경우, 위 충주댐 광역상수도가 1991.경에 이미 사업계획이 확정되었기 때문에 마땅히 국가가 그 비용을 부담해야 함에도 불구하고 단지 사업시행이 위 수도법 개정 이후에 착공되었다는 이유로 이 사건 법률조항을 적용하는 것은 가뜩이나 열악한 충주시 등 지방자치단체의 재정상태를 더욱 악화시키고 또한 국가의 부담으로 이미 그 설치를 완료한 서울 등 수도권이나 부산광역시의 경우와 비교할 때 불평등한 처사로서 위 청구인들의 평등권, 자유권, 행복추구권 및 재산권 등의 헌법상 기본권을 침해하는 것이므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제10조, 제11조 및 제23조에 위반된다.

(3) 2000헌마158 사건의 경우, 재정자립도가 22.5%에 불과한 밀양시가 위 밀양댐 정수시설 설치를 위하여 엄청난 시설비를 부담하게 됨으로써 재정상태가 더욱 열악해지고 그 결과 정수시설 사업 추진이 어려워 밀양시민이 안정된 물을 공급받을 수가 없게 되고 또한 국가 비용으로 정수시설을 갖춘 수도권이나 부산광역시와 비교해 볼 때 지나치게 불평등한 처사로서 이는 결국 광역상수도의 수도시설과 정수시설을 설치하여 국민들에게 물에 관련된 국민들의 기본권, 생존권을 보장해 주어야 할 책임이 있는 국가가 이를 외면한 채 오히려 이 사건 법률조항을 적용하여 재정 부담이 어려운 지방자치단체에게 위와 같이 정수시설과 수도시설 사업비를 부담하도록 함으로써 청구인들의 행복추구권, 평등권,

환경권 등의 기본권을 침해하는 것이므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제10조, 제11조 및 제35조에 위반된다.

나. 환경부장관의 의견

(1) 지역주민에 대한 수돗물 공급은 1차적으로 지방자치단체의 책무이고 수도사업에서 국가의 역할은 수자원을 개발하고 광역상수도 등을 통한 원수 공급이다. 수도사업자인 시장, 군수는 이렇게 국가에 의해 공급된 원수를 이용하여 음용 등의 용도로 적합하게 처리할 수 있는 정수시설을 개별적으로 건설하여 운영하여야 하므로 정수장 등을 포함한 수도시설의 제반 건설비용은 수도사업자인 지방자치단체가 부담하는 것이 타당하다. 따라서 광역상수도 정수시설 역시 원칙적으로 해당 지방자치단체에서 공동으로 비용을 부담하여 설치하고 운영하여야 할 것이지만 그 운영 효율을 높이기 위하여 건설비용은 물을 공급받는 각 지방자치단체에서 부담하고 정수시설의 설치에 광역상수도 설치사업자인 국가가 시행하도록 한 것이다.

(2) 광역상수도 사업계획이 위 수도법 개정 이전에 확정되어 있었다 하더라도 국가로서는 위 사업계획에 구속되는 것이 아니고 상수도 설치비용을 누구에게 부담시킬지는 정책적인 문제이며, 또한 원수개발에서부터 정수장 설치에 이르기까지 모든 비용을 부담하고 있는 다른 지방자치단체와 비교해 보거나 또는 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 아니한다는 점에서 보더라도 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있는데, 위 규정에서 말하는 ‘공권력’에는 입법권도 당연히 포함되므로 법률에 대한 헌법소원심판청구도 가능하다.

그러나 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 청구인이 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하며 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하고 현재성이란 그 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 침해가 확실히 예상되는 경우를 의미하므로 구체적 집행행위를 통하여 비로소 당해 법률 또는 법률조항에 의한 기본권 침해의 법률효과가 발생한 경우이거나 간접적, 사실적 또는 경제적 이해관계가 있을 뿐인 제3자에는 해당하지 않는다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111; 헌재 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-2, 127, 134; 헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 678, 헌재 1999. 4. 29. 97헌마382 판례집 11-1, 521 참조).

나. 청구인들 주장과 이 사건 법률조항에 의하면 총주댐 광역상수도의 정수시설 설치비용을 부담하는 자는 위 상수도의 물을

공급받는 수도사업자인 충주시 등 10여개 지방자치단체이고 밀양댐 광역상수도의 경우는 밀양시 등의 지방자치단체임이 명백하고 따라서 위 충주시, 밀양시에 거주하는 주민들에 불과한 청구인들이 이 사건 법률조항에 의한 비용 부담을 하는 것이 아니며 달리 이 사건 법률조항이 청구인들에게 직접 적용된다고 볼 자료도 없다. 뿐만 아니라 청구인들 주장 자체에 의하더라도 이 사건 법률조항에 의하여 직접 청구인들에게 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겼다는 것이 아니라 청구인들이 거주하고 있는 지역에 광역상수도의 정수시설이 설치되어 그 비용을 청구인들이 거주하고 있는 지방자치단체에서 부담하게 됨으로써 이 사건 법률조항 시행 이전에 국가에서 비용을 부담하여 광역상수도의 정수시설 설치를 이미 완료한 서울, 부산 등과 비교해 볼 때 충주시와 밀양시의 시민들인 청구인들의 평등권이 침해되었으며 또한 청구인들의 행복추구권, 환경권, 재산권 등의 기본권이 침해되었다는 것이다. 그러나 결과적으로 그러한 측면이 다소 있다 하더라도 이는 모두 위 충주시나 밀양시가 위 정수시설 설치비용을 부담하게 됨으로써 발생하는 시 재정약화에 따라 그 지역 주민들에게 끼쳐지는 간접적, 사실적 또는 경제적 불이익에 불과한 것이어서 이러한 사정만으로는 청구인들의 기본권이 현재, 그리고 직접적으로 침해당한 경우라고 할 수 없다(더구나 정수시설 설치비용을 누가 부담하느냐 하는 문제와 환경권의 침해 여부와는 아무런 관련이 없다).

따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해당하였다고 보기는 어려워 이 사건 심

판청구는 헌법소원 심판청구에 있어서 필요한 자기관련성 또는 직접성을 인정할 수 없다.

4. 결 론

이 사건 심판청구들은 헌법소원 심판청구에 있어 필요한 자기관련성 또는 직접성을 인정할 수 없어 부적법하므로 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 이영모의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 이영모의 반대의견

나는, 청구인들의 이 심판청구를 각하하는 다수의견에 찬성하지 아니하므로 아래와 같이 반대하는 이유를 밝혀두고자 한다.

가. 먼저, 헌법소원에서 법률에 의한 기본권의 침해를 다투는 자기관련성을 어떠한 경우에 인정할 것인가의 문제는 입법목적, 실질적인 규율대상, 법률이 규정한 제한·금지가 제3자에게 미치는 효과, 진지성의 정도, 규범의 수급자가 헌법소원을 제기할 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416). 우리의 선례 가운데, 주식회사의 주주가 회사의 임원을 업무상횡령으로 고발한 사건에서 위 회사가 직접적인 피해자이지만 주주도 피해자이므로 그가 제기한 헌법소원심판청구를 적법하다고 한 것이 있고(헌재 1994. 4. 28. 93헌마47, 판례집 6-1, 448, 451), 지역별 축협이 기존의 축협중앙회를 존속·잔류시키려는 자유를 침해받거나 그들이 회원으로 출자한 중앙회의 재산권을 침해받는 경우, 축협중앙회 또는 지역별 축협이 피해자이기는 하나, 지역별 축협의 조합원 또한 그 자신이 속

한 지역조합이 소속된 중앙회가 법률의 개정으로 변경되고 자신의 출자가치에도 영향을 끼치므로 기본권의 침해를 받는 위치에 있다고 인정한 것은(헌재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686, 705) 위와 같은 사정을 헤아린 결정인 것이다.

위 법률조항은 상수도의 물을 공급받는 수도사업자(이 사건의 경우, 지방자치단체인 충주시, 밀양시)를 규율 상대방(수규자)으로 삼고 있다. 이 조항에 따라 법률상의 규율대상인 지방자치단체가 정수시설 설치비용을 부담하게 되므로 국가가 이미 그 비용을 부담한 서울특별시·부산광역시 등 지방자치단체보다 그 설치비용 상당을 더 부담하는 셈이 된다. 그러나 그 설치비용은 지방자치단체가 수도사용자에 대한 요금의 고지·징수절차를 통하여 이를 주민들에게 전가(轉嫁)하게 되므로, 실질적인 면에서 보면 그 주민들(청구인들)이 위 법률조항의 규율 상대방에 다른 아닌 결과에 이르게 된다.

더군다나 문언상 직접 수규자로 된 우리의 지방자치단체의 경우, 위 법률조항을 대상으로 헌법소원을 할 수도 없고(헌재 1998. 3. 26. 96헌마345, 판례집 10-1, 295, 300) 권한쟁의 심판이 허용되는 것도 아니므로(헌법재판소법 제62조 제1항 제1호, 제2호), 그 설치비용을 부담하는 주민들에게 자기관련성이 있는 것으로 인정하여 이를 다룰 수 있게 하여야 한다.

나. 다음, 법령에 대한 헌법소원에서 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 통하여 기본권을 침해하므로 기본권을 침해당한 국민은 일반쟁송절차에서 집행행위를 대상으로 기본권침해에 대한 구제를 받는 것이

예비적이고 보충적인 헌법소원의 성질에 부합하기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503). 그러나 구체적인 집행행위가 있다고 하여 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 모두 부정되는 것은 아니다. 집행행위가 존재하는 경우라도 예외적으로 그 집행행위를 대상으로 하는 구체절차가 없거나, 있다 할지라도 권리구제의 기대가능성이 없고 불필요한 우회절차를 강요하는 데 불과한 경우에는 당해 법률을 직접 헌법소원심판대상으로 삼을 수 있다는 것 또한 우리의 선례인 것이다(헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303).

위 법률조항의 경우, 이미 그 규정 자체에서 설치비용 부담의 법적의무가 현재·직접적으로 수도사업자인 지방자치단체에게 있음을 명시하고 있다. 그런데 지방자치단체의 수도사용자에 대한 요금의 고지·징수절차가 집행행위에 해당한다 하더라도 이것은 수도법 제23조(공급규정)의 규정에 의한 지방자치단체의 조례{충주시(밀양시)수도급수조례 및 시행규칙}에 따른 절차이고 그 요금에는 인건비, 동력비, 약품비, 원·정수구입비, 급수장치 개량비, 수선유지비, 감가상각비, 기타경비 등이 포함되어 있어 위 법률조항에 대한 위헌 여부를 다룰 수 있는지 분명하지 아니하므로, 현재성과 직접성 또한 있다고 보는 것이 합리적인 해석이다.

다. 국회에서 만든 법률이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부담하게 하는 등 기본권을 침해하는 경우 이의 위헌 여부를 심사한다는 것은 헌법의 명령이므로, 위 법률조항을 다수의견처럼 자기관련성, 현재성, 직접성을 부정하여 헌법재판소의 통제범위 외에 둘 것이 아니라 마땅히 본안에 들어가서 그 당부를 판단해

주는 것이 옳다고 본다.

도시에 살던 농촌에 살던 누구나 법은 평등하다고 믿고 있다. 충주, 밀양시민인 청구인들이 큰 도시인 서울, 부산시민보다 정수시설 설치비용 상당액을 더 부담하는 차별취급을 받는 것은 부당하다는 것이 이 심판청구 이유이므로, 그와 같은 법률을 만들게 된 이유와 그것이 재산권침해, 평등원칙 위반이 되는지 등에 대한 이유 설명을 하여 그들의 궁금증을 풀어주는 것이 헌법 재판소에 맡겨진 책무라고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현 하경철
김영일 권 성 김효중 김경일(주심) 송인준

기소유예처분취소

(2000. 11. 30. 2000헌마224 전원재판부)

【관시사항】

검사가 피의자에게 기소유예처분의 통지를 하지 아니한 경우, 청구기간의 도과에 정당한 사유를 인정할 수 있는지 여부 (소극)

【결정요지】

피청구인이 청구인에게 형사소송법 제258조 제2항 소정의 통지를 하지 아니하였다 하더라도, 청구인은 스스로 피의자이고 반성문까지 작성제출하였으므로, 심판청구기간내에 기소유예처분이 있는 것을 알았거나 쉽게 알 수 있었다고 할 것이어서 청구기간을 도과한 것에 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다.

재판관 이영모, 재판관 하경철, 재판관 권성의 반대의견

형사소송법 제258조 제2항은 검사가 불기소처분을 한 때에는 피의자에게 즉시 그 취지를 통지하여야 한다고 규정하고 있다. 그럼에도 불기소처분사실을 통지하지 아니하고 별도의 고지절차도 취하지 아니하였다면, 비록 피의자라 하더라도 그 불기소처분이 있음을 바로 알 수 있는 처지에 있다고는 할 수 없으므로, 이를 알았거나 쉽게 알 수 있어서 심판청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있는 때에 해당한다고 보아야 한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는

이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

② 생략

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

형사소송법 제258조(고소인등에의 처분통지) ① 생략

② 검사는 불기소 또는 제256조의 처분을 한때에는 피의자에게 즉시 그 취지를 통지하여야 한다.

행정소송법 제20조(제소기간) ① 생략

② 취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 생략

【참조판례】

헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 111

대법원 1995. 8. 25. 선고 94누13121 판결

대법원 1992. 7. 28. 선고 91누12844 판결

【당 사 자】

청 구 인 김○태

대리인 변호사 이일영

피청구인 서울지방검찰청 동부지청 검사

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

이 사건 기록과 서울지방검찰청 동부지청 1998년 형제56271호 기소유예사건기록(수사기록으로 약칭한다)에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

가. 피청구인은 1998. 10. 14. 청구인의 폭력행위등처벌에관한법률위반 피의사실에 대하여 기소유예처분을 하였는바, 그 피의사실의 요지는 다음과 같다.

피의자(청구인)는 1998. 8. 21. 02:00경 서울 송파구 석촌동 ○○ 앞 노상에서 피해자 고○석(28세)이 주택가 골목길을 걸어가며 골목길 양쪽에 주차되어 있는 차량의 뺨밀러를 치고 가는 것을 보고 피해자에게 “왜 남의 차량의 뺨밀러를 치고 가냐”고 하며 시비가 되어, 피해자가 피의자에게 욕을 하며 때릴 것처럼 한다고 피의자가 손으로 피해자의 목을 2회 때리는 등 폭행한 것이다.

나. 피청구인은 1998. 10. 10. 청구인으로부터 반성문만 받은채 별도의 수사없이 경찰의 수사기록에 의거 1998. 10. 14. 기소유예처분을 하였고, 고소사건이 아니라는 이유로 청구인에게 형사소송법 제258조 제2항 소정의 통지를 하지 아니하였다.

다. 청구인은 2000. 4. 1. 피청구인의 위 기소유예처분이 범죄혐의 없는 사실에 대하여 그 혐의를 인정한 잘못된 처분이라며 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장

청구인은 청구의 고○석이 만취상태에서 주차중인 차량을 손괴

하고 청구인에게 폭언을 하고 폭행하려 하여 그를 파출소로 유도하여 경찰관에게 인도한 사실이 있을 뿐이지 위 고○석에게 폭행을 행사한 사실이 없다.

청구인은 이러한 사실을 검찰조사 과정에서 밝히고자 하였으나 피청구인은 그 기회를 주지 아니하고 경찰에서의 수사결과만을 가지고 이 사건 기소유예처분을 하였다.

범죄혐의가 없음이 명백한 사안에 대하여 수사를 소홀히 하여 타협적인 조치로 보여지는 기소유예처분을 한 이권 조치는 헌법이 금하고 있는 차별적인 공권력 행사로 헌법 제11조의 평등권 등을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변

피청구인은 1998. 10. 14. 청구인에 대하여 기소유예처분을 하였으며, 청구인은 그로부터 1년 6개월 가량이 경과된 시점인 2000. 4. 1.에 헌법소원을 제기하여 청구기간이 도과되었다 할 것이므로 이 사건 헌법소원은 부적법하여 각하되어야 할 것이다.

피청구인은 피해자 고○석의 멍살을 잡고 밀쳤다는 청구인의 자백을 근거로 사안이 경미하고, 피해자가 범행동기를 유발하였다는 점을 참작하여 청구인을 기소유예처분한 것으로 피청구인이 소추재량권을 일탈하거나 남용하여 청구인의 행복추구권, 평등권 등을 침해하였다고 할 수는 없다.

3. 판 단

검사의 기소유예처분에 대한 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하는데(헌법재판소법 제69조 제1항 본문), 청구인은

이 사건 기소유예처분이 있는 1998. 10. 14.로부터 180일이 경과한 후인, 2000. 4. 1.에야 이 사건 심판청구를 하였으므로 청구인의 이 사건 심판청구는 청구기간을 초과하여 한 것이다.

피청구인이 청구인에게 형사소송법 제258조 제2항 소정의 통지를 하지 아니하였다 하더라도, 청구인은 스스로 피의자이고 반성문까지 작성제출하였으므로, 심판청구기간내에 기소유예처분이 있는 것을 알았거나 쉽게 알 수 있었다고 할 것이어서 청구기간을 초과한 것에 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 이영모, 재판관 하경철, 재판관 권성의 다음과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 이영모, 재판관 하경철, 재판관 권성의 반대의견

우리는 이 사건 심판청구가 청구기간을 경과하여서 부적법하다고 하는 다수의견에 반대하며, 다음과 같이 그 이유를 밝혀둔다.

이 사건 심판청구가 비록 180일의 청구기간을 경과하여서 한 것이라 하더라도 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 허용하는 것이 헌법소원제도의 취지와 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 제20조 제2항 단서에 부합하는 해석이다. 우리 헌법재판소도 이점에 관하여 「헌법재판소법 제40조 제1항에 의하면 행정소송법이 헌법소원심판에 준용되는 것이므로, 정당한 사유가 있는 경우 제소기간을 초과한 행정소송을 허용하는 행정소송법 제20조 제2항 단서가 헌법소원심판에도 준용된다고 할 것이고,

따라서 정당한 사유가 있는 경우에는 청구기간의 도과에도 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 해석하여야 할 것이다. 그런데 여기의 정당한 사유라 함은 청구기간도과의 원인등 여러 가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다」(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 111)라고 적시한 바 있다.

그러므로 정당한 사유가 있는지를 본다.

가. 우선 형사소송법 제258조 제2항은 검사가 불기소처분을 한 때에는 피의자에게 즉시 그 취지를 통지하여야 한다고 규정하고 있다.

그런데 원 처분검사는 동조항 소정의 “불기소처분”은 고소·고발 있는 사건에 대한 불기소처분만을 의미하는 것으로 보는 검찰의 관행에 따라 이 사건에서도 피의자인 청구인에게 불기소처분의 취지를 통지하지 아니하였다. 그러나 동조항이 고소관련 조항들 가운데 규정되어 있기는 해도 제1항과 달리 제2항은 법문 자체가 고소·고발 있는 사건에 대한 불기소처분으로 한정하고 있지 아니하며, 고소·고발인에게 항고등 불복절차가 허용됨으로 인하여 이에 대응하는 피의자에게는 방어를 위하여 불기소처분의 취지를 통지할 실익이 있으나 그 외의 일반사건에서는 피의자의 불안감을 해소하는 정도 외에는 별다른 통지의 실익이 없었던 과거와는 달리 1988년 9월부터는 헌법재판소가 창설되어 기소유예처분 등 불기소처분을 받은 피의자에게도 헌법소원이라는 구제절차가 가능하게 되었으므로 고소·고발사건뿐만 아니라 이와 같은 불기소처분을 받은 모든 사건의 피의자에게도 불기소처분의 취지

를 통지할 실익이 생겼다 할 것이므로 피청구인은 청구인에게 이 사건 기소유예처분사실이나 그 취지를 통지했어야 한다.

그럼에도 불기소처분사실을 통지하지 아니하고 별도의 고지절차도 취하지 아니하였다면, 불기소처분이 검찰청내부에서 이루어지고 공고 등 외부로 표시되는 것이 아닐뿐만 아니라 때로는 지연되어 늦게 결정되는 경우도 있는 현실 등을 감안할 때, 비록 피의자라 하더라도 그 불기소처분이 있음을 바로 알 수 있는 처지에 있다고는 할 수 없으므로, 이를 알았거나 쉽게 알 수 있어서 심판청구기간 내에 심판청구가 가능하였다는 특별한 사정이 없는 한 정당한 사유가 있는 때에 해당한다고 보아야 한다(대법원 1995. 8. 25. 선고 94누13121 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 91누12844 판결 참조).

나. 반성문의 제출을 특별한 사정으로 볼 수도 없다. 피청구인은 1998. 10. 10. 청구인으로부터 검찰사건사무규칙 제71조 소정의 서약서에 해당하는 반성문을 징구하였다. 그 당시에 기소유예처분이 있을 것을 암시하였다 하더라도 그대로 귀결되리라는 보장이 없고 형사소송법 제258조 제2항에 따른 통지는 처분 후 즉시 이루어져야 하는 사후통지 임에 비하여 반성문의 징구는 불기소처분이 있기 이전에 이루어진 것으로(이 사건은 4일전) 불기소처분의 통지에 가름될 수 없다.

또 반성문의 형식이 피의자로 되어 있지 아니하고 그 내용 역시 피의사실을 시인하기 보다는 오히려 폭행협박의자인 고○석을 파출소로 유인 신고한 것으로 되어 있다.

따라서 반성문의 제출을 가지고 심판청구기간 내에 심판청구가

가능하였다는 특별한 사정으로 볼 수 없다.

다. 이 사건 전말을 보면 당시 청구인 자신은 죄를 지었다거나 스스로를 피의자라고 생각하지 아니하였을 수도 있으므로, 이러한 경우에 검사가 피의자 신문등 조사도 없이 불기소처분을 하고도 그 통지를 하지 아니하면 청구인으로서는 기소유예처분이 있었을 것으로는 예상하지 못한 채 방심할 수도 있으며, 이에 수사기관에의 출입이나 접촉을 가급적 꺼리는 일반정서를 보태어 볼 때 달리 심판청구기간내에 심판청구가 가능하였다는 특별한 사정도 보이지 않는다.

그렇다면 이 사건 심판청구는 그 청구기간의 도과에 정당한 사유가 있다 할 것이며, 따라서 이를 부적법 각하할 것이 아니라 적법하다고 해석하여 본안 판단을 하여야 할 것이다.

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

사법시험령 제4조 제3항 효력정지 가처분신청

(2000. 12. 8. 2000헌사471 전원재판부)

【관시사항】

1. 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판에서 가처분이 허용되는지 여부(적극)
2. 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판의 가처분 요건
3. 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판에서 가처분신청을 인용한 사례

【결정요지】

1. 헌법재판소법은 명문의 규정을 두고 있지는 않으나, 같은 법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에서도 가처분의 필요성이 있을 수 있고 또 이를 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로, 가처분이 허용된다.
2. 위 가처분의 요건은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 한다는 것과 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 된다. 따라서 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가처분의 요건을 갖춘 것으로 인정되면, 가처분을 인용한 뒤 종국결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익을 비교형량하여 후자가 전자보다 큰 경우에, 가처분을 인용할 수 있다.
3. 사법시험령 제4조 제3항이 효력을 유지하면, 신청인들은 곧

실시될 차회 사법시험에 응시할 수 없어 합격기회를 봉쇄당하는 돌이킬 수 없는 손해를 입게 되어 이를 정지시켜야 할 긴급한 필요가 인정되는 반면 효력정지로 인한 불이익은 별다른 것이 없으므로, 이 사건 가처분신청은 허용함이 상당하다.

【심판대상조문】

사법시험령(1998. 12. 31. 대통령령 제16032호로 개정된 것) 제4조(응시자격의 제한) ①~② 생략

③ 제5조의 규정에 의한 제1차시험을 4회 응시한 자는 마지막으로 응시한 제1차시험의 시행일부터 4년이 경과한 날이 속하는 해의 말일까지는 제1차시험에 다시 응시할 수 없다. 본문의 규정에 의하여 응시가 제한되는 자로서 4년이 경과되어 다시 응시하는 경우에도 제1차시험 4회 응시 후에는 또한 같다.

【참조조문】

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

② 생략

헌법재판소법 제57조(가처분) 헌법재판소는 정당해산심판의 청구를 받은 때에는 청구인의 신청 또는 직권으로 종국결정의 선고시까지 피청구인의 활동을 정지하는 결정을 할 수 있다.

헌법재판소법 제65조(가처분) 헌법재판소가 권한쟁의심판의 청구를 받은 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고시까지 심판대상이 된 피청구기관의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

행정소송법 제23조(집행정지) ① 생략

② 취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는

일부의 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다. 다만, 처분의 효력 정지는 처분등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우에는 허용되지 아니한다.

③~⑥ 생략

민사소송법 제714조(가처분의 목적) ① 계쟁물에 관한 가처분은 현상의 변경으로 당사자의 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있는 때에 한다.

② 가처분은 쟁의있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 다만, 이 처분은 특히 계속하는 권리관계에 현저한 손해를 피하거나 급박한 강폭을 방지하기 위하여 또는 기타 필요한 이유에 의하여야 한다.

【참조판례】

2. 3. 헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264

【당 사 자】

신 청 인 오○기 외 184인

신청인들 대리인 변호사 황도수

본안사건 2000헌마262 사법시험령 제4조 제3항 위헌확인

【주 문】

사법시험령 제4조 제3항 본문의 효력은 헌법재판소 2000헌마262 헌법소원심판청구사건의 종국결정 선고시까지 이를 정지한다.

【이 유】

1. 신청인들의 신청이유

가. 신청인들은 1997년부터 2000년까지 사법시험 제1차시험에 4회 응시하여 내리 불합격한 자들로서, 제1차시험을 4회 응시한 자는 마지막 응시 이후 4년간 제1차시험에 다시 응시할 수 없도

록 하는 사법시험령(1998. 12. 31. 대통령령 제16032호로 개정된 것) 제4조 제3항 본문 규정(이하 “이 사건 규정”이라 한다)에 의하여, 2001년부터 4년간 제1차시험에 응시할 수 없다.

나. 이 사건 신청인들을 비롯한 사법시험 제1차시험에 응시하고자 하는 자들 1,286명은, 사법시험령 제4조 제3항에 의하여 사법시험에 응시할 수 없게 되어 판사·검사·변호사 등이 될 수 있는 길을 봉쇄당함으로써, 헌법상 보장되는 직업선택의 자유·공무담임권·행복추구권·평등권 등 기본권을 침해당하게 되었을 뿐만 아니라, 위 사법시험령은 대통령령에 불과하여 반드시 법률에 의하여만 기본권을 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항에도 위배된다고 주장하면서, 2000. 4. 18. 위 조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판(2000헌마262)을 청구하는 한편, 그들 중 당장 2001년도 사법시험 제1차시험에서 이 사건 규정에 의한 응시자격의 제한을 받게 되는 이 사건 신청인들은 우선 그 자격제한을 피하고자, 2000. 11. 21. 이 사건 규정의 효력정지를 구하는 이 사건 가치분신청을 제기하였다.

2. 판 단

가. 헌법재판소법은 정당해산심판과 권한쟁의심판에 관해서만 가치분에 관한 규정(같은 법 제57조 및 제65조)을 두고 있을 뿐, 다른 헌법재판절차에 있어서도 가치분이 허용되는가에 관하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 위 두 심판절차 이외에 같은 법 제68조 제1항 헌법소원심판절차에 있어서도 가치분의 필요성은 있을 수 있고, 달리 가치분을 허용하지 아니할 상당한 이유를 찾아볼 수 없으므로 위 헌법소원심판청구사건에서도 가치분이 허

용된다고 할 것이다.

나. 그러므로 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용되는 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지규정과 민사소송법 제714조의 가처분규정에 비추어 볼 때, 이와 같은 가처분결정은 헌법소원심판에서 다투어지는 ‘공권력 행사 또는 불행사’의 현상을 그대로 유지시킴으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방할 필요가 있어야 하고 그 효력을 정지시켜야 할 긴급한 필요가 있어야 한다는 것 등이 그 요건이 된다 할 것이므로, 본안심판이 부적법하거나 이유없음이 명백하지 않는 한, 위와 같은 가처분의 요건을 갖춘 것으로 인정되고, 이에 덧붙여 가처분을 인용한 뒤 종국 결정에서 청구가 기각되었을 때 발생하게 될 불이익과 가처분을 기각한 뒤 청구가 인용되었을 때 발생하게 될 불이익에 대한 비교형량을 하여 후자의 불이익이 전자의 불이익보다 크다면 가처분을 인용할 수 있는 것이다(헌재 1999. 3. 25. 98헌사98, 판례집 11-1, 264, 270- 271 참조).

다. 따라서 앞에서 본 요건들에 맞추어 이 사건 가처분을 인용할 수 있는지 여부를 살핀다.

(1) 우선 이 사건 본안심판사건은 헌법재판소의 사전심사를 거쳐 적법하게 계속 중이며, 한편 법무부는 이 사건 규정에 위헌소지가 있음을 시인하고 이를 폐지하는 것 등을 내용으로 하는 ‘사법시험법 및 동법 시행령 제정안’을 마련·제출함으로써 현재 그 법안이 국회에 계류 중인 점을 고려하면, 이 사건 본안심판청구가 부적법하거나 이유없음이 명백한 경우라고 할 수는 없다.

(2) 또한 이 사건 규정의 효력이 그대로 유지되어 신청인들에

적용되면, 신청인들은 2001년부터 4년간 제1차시험에 응시할 수 없게 되므로 사법시험의 합격가능성이 원천적으로 봉쇄되는 회복하기 어려운 손해를 입게 될 것임이 명백할 뿐만 아니라, 사법시험 제1차시험은 매년 초에 시행되어 그 적용의 시기도 매우 근접하였으므로 긴급성도 인정된다고 할 것이다.

(3) 이 사건 가처분신청을 기각하였다가 본안심판을 인용하는 경우 2001년도 사법시험 제1차시험은 그대로 시행되어 버리고 신청인들은 이에 응시하여 합격할 기회를 상실하는 돌이킬 수 없는 손해를 입게 된다.

3. 결 론

그러므로 신청인들의 이 사건 가처분신청은 이유있어 이를 인용하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

개발이익환수에 관한 법률 제5조 제1항 제10호
등 위헌소원

(2000. 8. 31. 99헌바104 전원재판부)

【관시사항】

1. 개발부담금의 부과대상인 개발사업의 하나로 “지목변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업”이라고 규정하는 것이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 개별공시지가를 기초로 개발부담금을 산정하는 것이 납부의무자의 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 개발이익환수에 관한 법률 제5조 제1항 제10호는 개발부담금의 부과대상인 개발사업의 하나로 “지목변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업”이라고 규정함으로써 대통령령에서 정할 사업의 내용을 ‘지목변경이 수반되는 사업’이라고 분명히 구체화하여 위임하고 있으므로 대통령령은 그 범위내에서 보다 구체적이고 세부적인 사항에 한하여 규정할 수 있을 뿐이고, 개발부담금의 제도적 취지와 위 관련조항들을 유기적·체계적으로 종합하면, 대통령령으로 정할 사업은 ‘지목변경이 수반되는 사업’ 중 불로소득적인 개발이익이 발생하는 경우로서 투기 등으로 토지의 효율적 이용을 저해할 우려가 있거나, 개발이익을 사업시행자나 토지소유자에게 전속시키기 보다는 그 일부를 사회 전체로 환원시키는 것이 바람직한 것으로 인정되는 사업일 것임을 누구라도 어렵지 않게 예측할 수 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.

2. 개발부담금 산정의 기초가 되는 지가산정은 객관적이고 공평한 기준과 방법에 의거하여야 하는바, 개발이익환수에 관한 법률 제10조 제1항 본문, 동조 제3항 본문에서 지가산정의 기초로 삼고 있는 개별공시지가는 객관성과 합리성이 인정되고 있는 표준지공시지가와 비준표를 기초로 산정하는 것인데다가, 감정평가업자의 검증을 받고, 시·군·구토지평가위원회 및 중앙토지평가위원회의 심의를 거친다는 점에서 전문가의 평가와 심의를 거치는 것이며, 이의신청이라는 불복절차까지 마련되어 있다는 점에서 상당한 정도로 객관성과 합리성을 가지고 있다고 할 것이므로 개발부담금 납부의무자의 재산권 등의 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

개발이익환수에 관한 법률(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것) 제5조(대상사업) ① 개발부담금의 부과대상인 개발사업은 다음 각호의 1에 해당하는 사업 등으로 한다.

- 1.~9. 생략
- 10. 지목변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업
- 11. 생략

② 생략

개발이익환수에 관한 법률(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것) 제10조(지가의 산정) ① 제8조의 규정에 의한 종료시점지가는 부과종료시점 당시의 부과대상토지와 이용상황이 가장 유사한 표준지의 공시지가를 기준으로 지가공시및토지등의평가에 관한 법률 제10조 제2항의 규정에 의한 비교표에 의하여 산정한 가액으로 한다. 단서 생략.

② 생략

③ 제8조 제1호의 규정에 의한 개시시점지가는 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정상지가상승분을 합한 가액으로 한다. 단서 생략.

【참조조문】

개발이익환수에 관한 법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “개발이익”이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자(이하 “사업시행자”라 한다) 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 말한다.
2. “개발사업”이라 함은 국가 또는 지방자치단체로부터 인가·허가·면허 등(신고를 포함하며, 이하 “인가 등”이라 한다)을 받아 시행하는 택지개발사업·공업단지조성사업 등 제5조의 규정에 의한 사업을 말한다.
3. “정상지가상승분”이라 함은 금융기관의 정기예금이자율 또는 국토이용관리법 제28조의 규정에 의하여 건설교통부장관이 조사한 평균지가변동율(당해 개발사업 대상 토지가 속하는 해당 시·군·자치구의 평균지가변동율을 말한다) 등을 감안하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 산정한 금액을 말한다.
4. “개발부담금”이라 함은 개발이익중 이 법에 의하여 국가가 부과·징수하는 금액을 말한다.

개발이익환수에 관한 법률 제8조(부과기준) 개발부담금의 부과기준은 부과종료시점의 부과대상토지의 가액(이하 “종료시점지가”라 한다)에서 다음 각호의 금액을 뺀 금액으로 한다.

1. 부과개시시점의 부과대상토지의 가액(이하 “개시시점지가”라 한다)
2. 부과기간동안의 정상지가상승분
3. 제11조의 규정에 의한 개발비용

【참조판례】

2. 현재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64

【당 사 자】

청 구 인 안○용 외 17인

청구인들 대리인 변호사 김백영 외 1인

당해사건 부산고등법원 96구11631 개발부담금부과처분취소

【주 문】

개발이익환수에 관한 법률 제5조 제1항 제10호(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것), 제10조 제1항 본문(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것), 제10조 제3항 본문(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 안○용은 자동차운전학원을 설립하기 위하여 나머지 청구인들이 공유하고 있는 부산 수영구 안락동의 토지를 임차한 후 1994. 6. 17. 부산광역시 동래구청장으로부터 건축허가를 받아 그 지상에 자동차학원 운영에 필요한 시설물들을 완공하여 같은 해 9. 7. 그 사용검사를 받았다.

(2) 위 토지는 그 지목이 모두 전(田)인데, 위 시설물들의 건축으로 인하여 그 지목이 사실상 잡종지로 변경됨에 따라, 동래구청장은 1996. 4. 12. 위 시설물들의 건축이 개발이익환수에 관한 법률(이하 “법”이라 한다) 제5조 제1항 제10호 소정의 지목변경이 수반되는 개발사업에 해당한다는 이유로, 법 제10조 제1항 및 제3항에 따라 산정한 개발부담금 180,041,140원을 청구인들에게 각 부과·고지하였다.

(3) 청구인들은 위 개발부담금 부과처분의 취소를 구하는 소송을 부산고등법원에 제기하여(동 법원 96구11631) 그 재판계속중에

위 부과처분의 근거가 된 법 제5조 제1항 제10호, 제10조 제1항 본문, 제3항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌여부심판제청신청을 하였으나, 동 법원이 그 신청을 기각하자(동 법원 99아119), 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 1999. 11. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 법 제5조 제1항 제10호(1993. 6. 11. 법률 제4563호로 개정된 것), 제10조 제1항 본문(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것), 제10조 제3항 본문(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정되기 전의 것)의 위헌여부로서, 위 법률조항들 및 관련법규의 내용은 다음과 같다.

법 제5조(대상사업) ① 개발부담금의 부과대상인 개발사업은 다음 각호의 1에 해당하는 사업 등으로 한다.

1. 택지개발사업(주택단지조성사업을 포함한다)
2. 공업단지조성사업
3. (삭제)
4. 관광단지조성사업
5. 도심지재개발사업
6. 유통단지조성사업
7. 온천개발사업
8. 여객자동차터미널사업 및 화물터미널사업
9. 골프장건설사업
10. 지목변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업
11. 제1호 내지 제9호와 유사한 사업으로서 대통령령이 정하는

사업 등

법 제10조(지가의 산정) ① 제8조의 규정에 의한 종료시점지가는 부과종료시점 당시의 부과대상토지와 이용상황이 가장 유사한 표준지의 공시지가를 기준으로 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조 제2항의 규정에 의한 비교표에 의하여 산정한 가액으로 한다.

③ 제8조 제1호의 규정에 의한 개시시점지가는 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정상지가상승분을 합한 가액으로 한다.

법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “개발이익”이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개발사업을 시행하는 자(이하 “사업시행자”라 한다) 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 말한다.

2. “개발사업”이라 함은 국가 또는 지방자치단체로부터 인가·허가·면허 등(신고를 포함하며, 이하 “인가 등”이라 한다)을 받아 시행하는 택지개발사업·공업단지조성사업 등 제5조의 규정에 의한 사업을 말한다.

법 제8조(부과기준) 개발부담금의 부과기준은 부과종료시점의 부과대상토지의 가액(이하 “종료시점지가”라 한다)에서 다음 각 호의 금액을 뺀 금액으로 한다.

1. 부과개시시점의 부과대상토지의 가액(이하 “개시시점지가”라 한다)

2. 부과기간동안의 정상지가상승분

3. 제11조의 규정에 의한 개발비용

2. 청구이유, 법원의 위헌제청신청기각이유와 관계기관의 의견
가. 청구이유

(1) 법 제5조 제1항 제10호는 과세요건 중 과세대상에 대한 위임의 구체적 기준이나 조건을 정함이 없이 행정부에 지목변경이 수반되는 사업의 범위에 관하여 백지위임하고 있어 포괄위임금 지원칙에 위배된다.

(2) 법 제10조 제1항 본문 및 제3항 본문은 법의 입법취지를 벗어나 납부의무자가 부과개시시점 및 종료시점의 지가에 관하여 감정평가사 등 공신력 있는 감정기관의 감정에 의하여 평가받을 기회를 박탈하고, 개발부담금 부과관청이 부담금 산출기준이 되는 부과개시시점 및 종료시점의 토지가격을 자의적으로 결정할 수 있도록 함으로써 가공의 개발이익에 대하여 개발부담금을 부과할 수 있도록 하고 있으므로 헌법상 재산권보장 및 과잉금지원칙 등에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 법 제5조 제1항 10호는 개발부담금의 부과대상사업을 “지목변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업”이라고 규정하고 있는 바, 우선 개발사업의 개념에 관하여 법 제2조 제2호가 “국가 또는 지방자치단체로부터 인가 등을 받아 시행하는 택지개발사업, 공업단지조성사업 등”이라고 한정하였고, 여기에다가 지목변경이 수반되는 사업이라는 점을 보태면, 그 대상사업의 범위는 대체로 특정되었다고 볼 것이므로 그 구체적인 대상을 대

통령령에 위임하였다고 하여 이를 포괄위임금지나 과세요건명확주의에 관한 헌법상의 제 규정에 반하는 규정이라고 할 수 없다.

(2) 법 제10조 제1항, 제3항 본문에서 지가산정의 기초로 삼고 있는 개별공시지가에 관하여는 지가공시및토지등의평가에관한법률(이하 “지가공시법”이라 한다) 제3조가 공시지가는 일반적인 토지거래의 지표가 되며, 국가·지방자치단체등의 기관이 그 업무와 관련하여 지가를 산정하거나 감정평가업자가 개별적으로 토지를 감정평가하는 경우에 그 기준이 되는 것으로 그 효력을 정하고 있고, 제9조가 그 평가기준을 구체적으로 규정하고 있으며, 그밖에 그에 대한 불복방법이 제도화되어 있는 등 개별공시지가에 의한 개발부담금 산정은 합리성과 절차적 정당성이 있다고 할 것이므로, 개별공시지가의 결정기관과 개발부담금 산정기관이 동일하다는 사정만으로 위 법 조항에 의한 지가산정이 헌법상의 재산권보장 및 과잉금지원리에 위배된다고 할 수 없다.

다. 건설교통부장관, 부산광역시 동래구청장의 의견
위 법원의 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 포괄위임입법금지원칙의 위반여부

(1) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 그러므로 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도

당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 하는데, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 589-591; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 판례집 10-2, 172, 196-197).

(2) 법 제5조 제1항 제10호는 ‘지목변경이 수반되는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업’이라고 규정함으로써 대통령령에서 정할 사업의 내용을 ‘지목변경이 수반되는 사업’이라고 분명히 구체화하여 위임하고 있으므로, 대통령령은 그 범위내에서 보다 구체적이고 세부적인 사항에 한하여 규정할 수 있을 뿐임을 알 수 있다.

다만, ‘지목변경이 수반되는 사업’이라는 것이 위임의 기준으로서는 지나치게 포괄적이 아닌지 의문이 들 수도 있겠으나, 개발 부담금제도는 개발사업을 시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적인 개발이익이 생긴 경우, 이를 사업시행자에게 독점시키지 아니하고 국가가 이를 환수하여 그 토지가 속하는 지방자치단체 등에게 배분함으로써 경제정의를 실현하고 토지에 대한 투기를 방지하며 토지의 효율적인 이용의 촉진을 도모하기 위한 제도이고(법 제1조 참조. 헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 788 참조), 여기서 “개발이익”이라 함은 개발사업의 시행 또는 토지이용계획의 변경 기타 사회·경제적 요인에 의하여 정상지가상승분을 초과하여 개

발사업을 시행하는 자 또는 토지소유자에게 귀속되는 토지가액의 증가분을 말하고(법 제2조 제1호), “개발사업”이라 함은 국가 또는 지방자치단체로부터 허가·인가·면허 등을 받아 시행하는 택지개발사업·공업단지조성사업 등 법 제5조의 규정에 의한 사업을 말하며(법 제2조 제2호), 법 제5조 제1항 각호는 택지개발사업, 공업단지조성사업, 관광단지조성사업, 도심지재개발사업, 유통단지조성사업, 온천개발사업, 여객자동차터미널사업 및 화물터미널사업, 골프장건설사업 등을 개발부담금의 부과대상인 개발사업으로 규정하고 있으므로 개발부담금의 제도적 취지와 위 관련조항들을 유기적·체계적으로 종합하면, 대통령령으로 정할 사업은 ‘지목변경이 수반되는 사업’ 중 불로소득적인 개발이익이 발생하는 경우로서 투기 등으로 토지의 효율적 이용을 저해할 우려가 있거나, 개발이익을 사업시행자나 토지소유자에게 전속시키기 보다는 그 일부를 사회 전체로 환원시키는 것이 바람직한 것으로 인정되는 사업일 것임을 누구라도 어렵지 않게 예측할 수 있다.

(3) 그렇다면 법 제5조 제1항 제10호는 개발부담금 부과대상사업의 하나로서 ‘지목변경이 수반되는 사업’을 구체적이고도 명확하게 규정하면서 단지 보다 세부적인 사항만을 대통령령에 위임한 것이라 할 것이고, 그로써 대통령령에 위임될 내용과 범위를 통상인의 경우 누구라도 예측할 수 있도록 하였다고 할 것이므로, 포괄위임법금지원칙에 위반되지 아니한다.

나. 지가산정 방식의 위헌여부

(1) 개발부담금 산정의 기초가 되는 지가산정은 객관적이고 공평한 기준과 방법에 의거하여야 한다. 자의적이거나 불합리한 지

가산정 방식에 기초하여 개발부담금을 부과·징수하는 것은 공공의 이익에 대한 부과·징수로 되어 국민의 재산권을 침해할 수 있게 된다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 107 참조).

법 제10조 제1항 본문은 부과종료시점의 지가를 부과종료시점 당시의 부과대상토지와 이용상황이 가장 유사한 표준지의 공시지가를 기준으로 지가공시법의 규정에 의한 비교표에 의하여 산정할 것을, 같은 조 제3항 본문은 부과개시시점의 지가를 부과개시시점이 속한 연도의 1월 1일을 기준으로 한 부과대상토지의 개별공시지가에 당해 연도의 1월 1일부터 부과개시시점까지의 정상지가상승분을 합하여 산정할 것을 각 규정하고 있으므로, 결국 개별공시지가 산정의 절차와 방법이 과연 객관성·합리성을 갖추고 있는지가 지가산정의 객관성과 합리성 여부를 판단하는 관건이 되는 것이다.

(2) 개별공시지가는 시장·군수 또는 구청장이 ① 대상토지의 특성을 조사한 다음, ② 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지를 선택하고, ③ 건설교통부에서 마련하여 매년 발표하는 ‘지가형성요인에 관한 표준적인 비준표’(이하 “비준표”라 한다)를 활용하여, 대상토지와 표준지의 토지특성 차이로 인한 비준율을 산정한 후 표준지의 공시지가에 그 비준율을 곱하여 대상토지의 가격을 산정하되, ④ 그 산정된 지가의 타당성에 대하여 감정평가업자의 검증을 받고, ⑤ 토지소유자 등의 의견청취와 시·군·구 토지평가위원회 및 중앙토지평가위원회의 심의를 거쳐, ⑥ 건설교통부장관의 확인을 받아 결정, 공시하게 된다(지가공시법 제10조의2, 제10조의3).

먼저, 표준지공시지가는 건설교통부장관이 ① 매년 토지이용상황이나 주변환경 기타 자연적·사회적 조건이 일반적으로 유사하다고 인정되는 일단의 토지 가운데서 표준지를 선정하여, ② 둘 이상의 감정평가업자에게 표준지의 적정가격을 조사·평가토록 한 후, ③ 감정평가업자들이 평가한 적정가격을 산술평균한 가격을 기준으로, ④ 건설교통부에 설치된 중앙토지평가위원회의 심의를 거쳐 결정, 공시하는 것인데, 이에 대하여는 일반주민의 열람과 이의신청이 보장되어 있다(지가공시법 제2조, 제4조, 제5조, 제7조, 제8조). 이와 같이 표준지공시지가제도는 전문가들의 평가·심의를 거치게 되어 있고, 절차적으로 일반인의 이의신청권을 보장하는 점 등에 비추어 객관적이고 합리적인 제도라고 할 수 있다(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 105 참조).

다음으로, 비준표는 토지특성별 가격차를 행렬표 형식으로 구성한 것으로, 건설교통부장관이 매년 표준지공시지가와 함께 발표하고 있는데, 건설교통부 산하 국토개발원에서 감정평가사들이 매년 조사·평가하여 제출한 표준지적정가격을 통계적 방법으로 분석하여 마련한, 각 지역·용도 등에 따른 토지의 특성별 품등(品等) 비교표이다. 비준표는 토지가격에 영향을 미치는 요소의 변동 및 국토개발원의 연구성과의 진전에 따라 매년 보다 자세하고 정교하게 수정·보완되고 있는데, 1997년도 비준표에는 대도시, 중소도시, 군지역에 공통으로 적용되는 공통비준표와 전국의 각 해당 시군지역에만 적용되는 지역비준표가 있고, 지역비준표는 다시 용도지역별(도시지역), 도시/비도시지역별 또는 읍/면지역별(군지역) 비준표가 따로 마련되어 있으며, 각 지역·용도 별로

용도지역, 토지면적, 지목, 토지이용상황, 형상, 도로조건, 공적규제, 유해시설과의 거리 등 토지특성에 따른 비준율(가격비율)이 나타나 있어, 표준지와 개별토지의 품등의 차로 인한 가격비율을 간편한 방법으로 산정할 수 있도록 되어 있다. 이는 전국의 모든 토지를 비전문가가 쉽게 평가할 수 있도록 고안된 것으로서 나름대로 객관성과 합리성을 확보하고 있는 것이다.

(3) 개별공시지가는 이와 같이 그 객관성과 합리성이 인정되는 표준지공시지가와 비준표를 기초로 산정하는 것인데다가, 감정평가업자의 검증을 받고, 시·군·구토지평가위원회 및 중앙토지평가위원회의 심의를 거친다는 점에서 전문가의 평가와 심의를 거치는 것이며, 이의신청이라는 불복절차까지 마련되어 있다는 점에서 상당한 정도로 객관성과 합리성을 가지고 있다.

뿐만 아니라 법 제10조 제1항 단서는 부과종료시점의 다음 해에 개별공시지가가 결정·공고되면 이를 기준으로 부과종료시점지가를 재산정하여 당초의 개발부담금액을 정산하도록 규정하고 있으며, 법 제10조 제3항 단서는 예외적으로 실제 매입가액을 기준으로 부과개시시점지가를 산정할 수 있도록 배려함으로써 각 본문의 원칙을 보충하여 보다 공평하게 개발부담금을 산정·부과할 수 있는 길을 열어 두고 있다.

(4) 결론적으로 법 제10조 제1항 본문 및 제3항 본문은 지가의 산정에 있어 상당한 정도로 객관성과 합리성을 가지고 있는 것으로서, 청구인들의 주장과 같이 공신력 있는 감정기관의 감정에 의하여 평가받을 기회를 박탈하거나, 개발부담금 부과관청이 지가를 자의적으로 결정할 수 있도록 한 것이라고는 볼 수 없으며

로, 개발부담금 납부의무자의 재산권 등의 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

4. 결 론

법 제5조 제1항 제10호, 제10조 제1항 본문, 제10조 제3항 본문은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 김용준(재판장) 김문희 정경식 고중석
신창언 이영모 한대현(주심) 하경철 김영일

교육공무원법 제47조 제1항 위헌확인, 교육공무원법
제47조 제1항 본문 위헌확인
(2000. 12. 14. 99헌마112·137(병합) 전원재판부)

【관시사항】

1. 교육공무원법의 정년규정에 대하여 사립학교 교원들에게 기본권침해의 자기관련성이 인정되는지 여부(소극)
2. 대학교원을 제외하고 교육공무원의 정년을 65세에서 62세로 단축한 교육공무원법 제47조 제1항이 교원들의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 교원들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 교육공무원법 제47조 제1항은 “교육공무원”의 정년을 규정한 것으로서 교육공무원이 아닌 사립학교 교원들에게 적용되거나 준용되는 것이 아니며, 정부가 지급하는 사립학교 재정결합 보조금의 영향으로 사립학교 교원의 정년이 교육공무원의 정년과 연계하여 설정되고 있다 하더라도 그러한 경제적·사실적 관련성만으로는 사립학교 교원들이 위 법률조항으로 인하여 자신들의 기본권을 직접 침해받는다고 보기 어렵다.
2. 가. 입법자는 우리나라의 교육여건, 공교육 정상화 등 교육개혁에 대한 국민적 열망 등 여러 가지 사정을 종합할 때, 젊고 활기찬 교육분위기 조성을 위한 교직사회의 신진대사가 필요하고 바람직한 것이라고 보아 초·중등교원의 정년을 3년간 단축하여 62세로 설정하고 있는바, 입법자의 이러한 교육정책적 판단과 결정은 나름대로 합리성이 있는 것으로 인정되고, 우리나라

라 다른 공무원들의 정년연령에 비교하여 보거나 외국의 교원정년제도와 비교하여 보더라도 교원정년을 62세로 한 것이 입법형성권의 한계를 일탈하여 불합리할 정도로 지나치게 단축한 것이라고 보기 어렵다.

나. 개정법 부칙은 기존교원들에 대하여, 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여 종전의 정년을 적용토록 함으로써 단축된 정년으로 인한 불이익을 어느 정도 보전할 수 있도록 배려하고 있는바, 이러한 경과조치의 존재, 기존교원에 대한 신뢰이익 침해의 정도, 정년단축을 통해 실현코자 하는 공익목적의 중요성 등을 종합적으로 고려할 때 헌법상의 신뢰보호원칙에 위배되는 것이라 할 수 없다.

다. 따라서 교육공무원법 제47조 제1항은 헌법 제37조 제2항 또는 신뢰보호원칙에 위반하거나, 공무원의 신분보장 정신에 위반하여 공무담임권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

3. 초·중등교원과 대학교원은 그 임무, 자격기준, 임용과 승진의 과정등의 면에서 차이가 있고, 이로 인하여 대학교원의 경우 그 최초임용시의 연령이 초·중등교원 보다 상대적으로 고령인 데다, 고등교육과 연구라는 업무의 성격상 초·중등교원보다 높은 연령까지 대학교원으로 재직할 필요성을 인정할 수 있는바, 입법자가 이러한 점에 착안하여, 대학교원의 정년을 초·중등교원의 정년보다 3년 높은 65세로 책정한 것은 합리적 근거에 기초한 것이라 할 것이므로 이로 인하여 초·중등교원들의 평등권이 침해된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정된 것) 제47조(정년) ① 교육공무원의 정년은 62세로 한다. 다만, 고등교육법 제14조의 규정에 의한 교원인 교육공무원의 정년은 65세로 한다.

② 생략

【참조조문】

교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정된 것) 부칙 제1조
(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 단서 생략.

교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정된 것) 부칙 제3조
(정년에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 재직중인 교육공무원(고등교육
법 제14조의 규정에 의한 교원을 제외한다) 중 생년월일이 다음 각호의
1에 해당하는 자는 제47조 제1항의 개정규정에 불구하고 각 해당호에
규정된 일자에 당연퇴직된다.

1. 1934년 2월 28일 이전인 자 : 1999년 2월 28일
2. 1934년 3월 1일부터 1937년 8월 31일까지의 기간중에 있는 자 : 1999
년 8월 31일

교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정된 것) 부칙 제4조
(명예퇴직에 관한 경과조치) ① 부칙 제3조의 규정에 의한 당연퇴직일
에 퇴직하거나 그 이전에 자진하여 퇴직하는 교육공무원의 명예퇴직수
당의 지급대상 및 지급액에 관하여는 제47조 제1항의 개정규정에 불구
하고 종전의 정년을 적용한다.

② 이 법 시행당시 재직중인 교육공무원중 생년월일이 1937년 9월 1일
부터 1942년 8월 31일까지인 자가 2000년 8월 31일 이전에 자진하여 퇴
직하는 경우에 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여는 제47조
제1항의 개정규정에 불구하고 종전의 정년을 적용한다.

고등교육법 제14조(교직원의 구분) ① 대학·산업대학·교육대학 및
방송·통신대학에는 학교의 장으로서 총장 또는 학장을 두며, 전문대학
및 기술대학에는 학장을 둔다.

② 학교에 두는 교원은 제1항의 규정에 의한 총장 및 학장외에 교수·
부교수·조교수 및 전임강사로 구분한다.

③~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104
헌재 1998. 9. 30. 97헌마404, 판례집 10-2, 563
2. 가. 헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317
나. 헌재 1995. 3. 23. 93헌바18등, 판례집 7-1, 376

【당 사 자】

청 구 인 1. 강○룡(99헌마112 사건)

대리인 변호사 정인봉

2. 채○연 외 8인(99헌마137 사건)

청구인들 대리인 변호사 이석연

【주 문】

청구인 채○연, 정○황, 윤○태, 최○수의 심판청구를 각하하고,
나머지 청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 강○룡, 이○성, 김○수, 진○환, 김○영, 김○호는 공립
초등학교 교원인 교육공무원이고, 청구인 채○연, 정○황, 윤○
태, 최○수는 사립중·고등학교 교원인바, 1999. 1. 29. 대학교원
을 제외하고 교육공무원의 정년을 65세에서 62세로 단축하는
내용으로 교육공무원법 제47조 제1항이 개정·시행되자, 그로 인
하여 교원인 자신들의 공무담임권, 평등권 등의 기본권이 침해
되었다며 위 개정된 법률조항에 대한 위헌확인을 구하여 1999.

3. 2.(99헌마112 사건) 및 같은 달 11.(99헌마137 사건) 이 사
건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제 5717호로 개정된 것) 제47조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

교육공무원법 제47조(정년) ① 교육공무원의 정년은 62세로 한다. 다만, 고등교육법 제14조의 규정에 의한 교원인 교육공무원의 정년은 65세로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. (단서생략)

제3조(정년에 관한 경과조치) 이 법 시행당시 재직중인 교육공무원(고등교육법 제14조의 규정에 의한 교원을 제외한다) 중 생년월일이 다음 각호의 1에 해당하는 자는 제47조 제1항의 개정규정에 불구하고 각 해당호에 규정된 일자에 당연퇴직된다.

1. 1934년 2월 28일 이전인 자 : 1999년 2월 28일
2. 1934년 3월 1일부터 1937년 8월 31일까지의 기간중에 있는 자 : 1999년 8월 31일

제4조(명예퇴직에 관한 경과조치) ① 부칙 제3조의 규정에 의한 당연퇴직일에 퇴직하거나 그 이전에 자진하여 퇴직하는 교육공무원의 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여는 제47조 제1항의 개정규정에 불구하고 종전의 정년을 적용한다.

② 이 법 시행당시 재직중인 교육공무원중 생년월일이 1937년 9월 1일부터 1942년 8월 31일까지인 자가 2000년 8월 31일 이전에 자진하여 퇴직하는 경우에 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여는 제47조 제1항의 개정규정에 불구하고 종전의 정

년을 적용한다.

고등교육법 제14조(교직원의 구분) ① 대학·산업대학·교육대학 및 방송·통신대학에는 학교의 장으로서 총장 또는 학장을 두며, 전문대학 및 기술대학에는 학장을 둔다.

② 학교에 두는 교원은 제1항의 규정에 의한 총장 및 학장의외에 교수·부교수·조교수 및 전임강사로 구분한다.

(제3항 및 제4항 생략)

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 교육공무원법에 대한 본회의 의결과정에서 국회의장을 대리한 국회부의장 김○호는 한나라당 의원들이 이의가 있다고 표시를 하였음에도 국회법 제112조 제3항에 따라 표결을 하지 아니하고 가결되었음을 선포하였으므로 이 사건 법률조항은 헌법과 국회법이 정한 입법절차를 위반하여 의결된 것으로서 무효이다.

(2) 이 사건 법률조항은 공포·시행되기 이전에 임용된 교원들에게까지 일률적으로 적용됨으로써 법치주의의 파생원칙인 신뢰보호의 원칙에 위배된다.

(3) 이 사건 법률조항에 의한 정년단축은 고령교원을 퇴직시키고 신규교사를 채용하여 비용을 절감하여 보겠다는 경제적 논리에 입각한 것으로서, 명예퇴직의 활성화, 합리적인 평가방식 도입, 연수제도의 개선 등과 같은 합리적인 방법으로 문제를 해결하지 아니하고 일률적으로 교원의 정년을 3년이나 단축한 것은 과잉금지원칙에 위반하여 교원들의 공무담임권, 교육권, 행복추구권 등의 기본권을 침해한 것이다.

(4) 이 사건 법률조항이 고등교육법 제14조에 정한 교원(대학교수등 대학교원)의 정년은 65세로 하면서 나머지 교원의 정년을 62세로 한 것은 합리적 이유없이 초·중등학교 교원들을 차별대우하여 평등권을 침해한 것이다.

나. 교육부장관의 의견

(1) 교원의 정년에 관한 사항은 교원의 “신분보장”에 관한 사항일 뿐, 교원의 “복무”에 관한 사항이 아니므로, 교육공무원의 정년에 관한 규정인 이 사건 법률조항은 사립학교 교원들에게 적용되지 아니하므로 사립학교 교원인 일부 청구인들(청구인 채○연, 정○황, 윤○태, 최○수)은 이 사건 법률조항의 위헌여부를 다룰 당사자적격이 없다.

(2) 정년단축으로 퇴직하는 교원 등을 위하여 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여 종전의 정년을 적용토록 하고, 정년퇴직자 중 우수한 교원은 다시 교단에 설 수 있도록 하는 장치를 마련하는 등으로 정년단축에 따른 충격과 손해를 최소화하는 조치를 취하고 있으므로 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 교원의 정년단축은 21세기 지식정보화시대에 대비하는 교육개혁 방안의 하나로서, 교육의 질 향상과 교직사회의 신진대사를 활성화한다는 교육적 목적하에 다양한 여론수렴 과정을 거쳐 내린 국가적 결단이므로 이로 인하여 교원들의 공무담임권, 교육권, 행복추구권 등의 기본권이 침해되었다고 할 수 없다.

(4) 대학교원은 가르치는 일 외에도 연구할 임무가 부여되어있고, 그 임용과정에 있어서도 정년이 보장되는 교수, 부교수로 임

용되기 전에 상당한 기간을 정하여 교수, 연구자로서의 자질을 검증한 후 임용하고 있는 점 등에서 초·중등교원과는 같지 않으므로 대학교원의 정년을 초·중등교원과 달리 규정하였다 하여 초·중등교원을 불합리하게 차별대우한 것이 아니다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있는바, 여기서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다(헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111; 헌재 1998. 9. 30. 97헌마404, 판례집 10-2, 563, 565 등 우리 재판소의 확립된 판례).

이 사건 법률조항은 “교육공무원”의 정년을 규정한 것으로서 교육공무원이 아닌 사립학교 교원들에게는 적용되지 아니한다. 사립학교법 제55조는 “사립학교의 교원의 복무에 관하여는 국·공립학교의 교원에 관한 규정을 준용한다”고 하고 있으나, 이 사건 법률조항은 교원의 “복무”에 관한 규정이라 볼 수 없으므로 사립학교 교원들에게 준용된다고 할 수 없고, 달리 이 사건 법률조항이 사립학교 교원들에게도 적용 또는 준용된다고 볼 만한 법적 근거를 찾아볼 수 없다.

다만, 정부가 사립학교 재정결함 보조금 예산을 편성함에 있어 공무원 기준의 정년을 초과한 교직원의 인건비를 보조금 산정에

서 제외함에 따라 사립학교 교원의 정년이 교육공무원의 정년과 연계하여 설정되고 있는 것이 현실이라는 주장이 있을 수 있으나, 사립학교의 학교법인으로서 보조금의 지급과 관계없이 자신의 재정형편 등의 여러 가지 사정을 고려하여 그 교원의 정년을 자율적으로 정할 수 있는 것이므로 그러한 경제적·사실적 관련성만으로는 사립학교 교원들이 이 사건 법률조항으로 인하여 자신들의 기본권을 직접 침해받는다 고 보기 어렵다. 따라서 사립학교 교원인 청구인 채수연, 정재황, 윤병태, 최덕수의 심판청구는 헌법소원심판 청구의 요건을 갖추지 못한 부적법한 것이다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 이 사건의 쟁점

(가) 청구인들 주장과 같이 이 사건 법률조항의 입법절차가 헌법이나 국회법에 위반된다고 하더라도 그와 같은 사유만으로는 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들이 현재, 직접적으로 기본권을 침해받은 것으로 볼 수는 없으므로 헌법소원심판을 청구할 수 없다 할 것이다(헌재 1998. 8. 27. 97헌마8등, 판례집10-2, 439, 442-443 참조). 따라서 이 사건 법률조항은 그 입법절차에 헌법 또는 국회법 위반의 흠이 있으므로 무효라는 청구인들의 주장은 더 나아가 살필 것 없이 이유없다.

(나) 이 사건 법률조항의 시행으로 인하여 교육공무원들은 62세가 되면 더 이상 교원으로 재직할 수 없게 되는바, 이것이 청구인들과 같은 교육공무원들의 공무담임권을 침해하는 것이 아닌지, 이와 관련하여 이 사건 법률조항이 기존의 교원들에게도 일률적으로 적용됨으로써 신뢰보호원칙에 위반되는 것이 아닌지 문

제되고, 한편 초·중등 교원의 경우 정년을 65세로 정한 대학교원과 다른 취급을 받고 있으므로 이로 인한 평등권의 침해가 있는지도 문제된다.

(다) 그러나 청구인들이 침해받았다고 주장하는 그 밖의 기본권들인 재산권, 행복추구권, 교육권 등은 별다른 문제가 없으므로 아래에서 보는 외에 특히 따로 판단하지 아니한다.

1) 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회(단순한 기대이익·반사적이익 또는 경제적인 기회)등은 재산권보장의 대상이 아닌 바, 교원의 정년단축으로 기존 교원이 입는 경제적 불이익은 계속 재직하면서 재화를 획득할 수 있는 기회를 박탈당한다는 것인데 이러한 경제적 기회는 재산권보장의 대상이 아니라는 것이 우리 재판소의 판례이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103; 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310 참조).

2) 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로, 공무담임권이라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여(청구인들이 주장하는 불행이란 결국 교원직 상실에서 연유하는 것에 불과하다)그 침해여부를 판단하는 이상, 행복추구권 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다.

3) 청구인들은 교원으로서의 교육권(가르칠 권리)을 침해받았다고 주장하면서 이를 헌법 제31조 제1항에서 도출하고 있으나, 동 헌법조항은 “교육을 받을 권리(이른바 修學權)”를 보장하는 것이고, 교원으로서 학문연구의 결과를 가르치는 자유로서의 수업권

(授業權)은 학문의 자유로부터 파생될 수 있다고 할 것이지만(헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756 참조), 청구인들이 주장하는 ‘가르칠 권리’(교육권)라는 것은 이러한 수업권과는 무관하게 결국 교원의 자격을 계속 유지할 권리를 뜻하는 데 지나지 않으므로 이는 역시 공무담임권의 문제로 귀착될 뿐이라 하겠다.

4) 공직의 경우 공무담임권은 직업선택의 자유에 대하여 특별기본권이어서 후자의 적용을 배제하므로, 사립학교 교원의 청구를 부적법한 것으로 보는 한 직업선택의 자유는 문제되지 아니한다.

(2) 공무담임권의 침해 여부

(가) 이 사건 법률조항의 입법취지

이 사건 법률조항의 입법취지는 초·중등교원의 정년단축을 통하여 젊고 활기찬 교육분위기를 조성하려는 데에 있다고 한다(개정법 제안이유). 아울러 교육예산 중 높은 비중을 점하고 있는 인건비 절감을 통하여 교육환경 개선에 필요한 투자재원을 마련하는 것도 부차적 입법목적이라고 한다.

오늘날의 국제화된 사회, 고도로 지식정보화가 진행되고 있는 사회는 새로운 지식과 정보의 부단한 획득·창출을 요구하고 있어 이러한 사회변화에 대한 학교교육의 적응력을 제고하기 위하여는 젊고 활기찬 교육분위기를 조성하는 것이 필요하다 할 것인 반면, 교사의 평균연령과 60세이상의 고령교사의 비율은 점차 높아지는 추세에 있는바(이 사건 심판기록에 의하면 전자의 경우 1970년 33.4세, 1980년 35세, 1990년 37.2세, 1998년 39.9세로, 후자의 경우 1970년 1.1%, 1990년 4.4%, 1998년 7.1%로 각기 높아져 왔다), 젊고 유능

한 교원을 충원, 적절한 세대교체를 통하여 교직사회의 신진대사를 촉진하고, 학교의 교육력을 강화하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당한 것이라 하겠다.

(나) 정년제도에 관한 입법형성권의 원칙적 존중

1) 공무원이 정년까지 근무할 수 있는 권리는 헌법의 공무원신분보장규정에 의하여 보호되는 기득권으로서 그 침해 내지 제한은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는 범위내에서만 가능하다고 할 것인 즉 기존의 정년규정을 변경하여 임용 당시의 공무원법상의 정년까지 근무할 수 있다는 기대 내지 신뢰를 합리적 이유 없이 박탈하는 것은 위 공무원신분 보장규정에 위배된다 할 것이나, 임용당시의 공무원법상의 정년까지 근무할 수 있다는 기대와 신뢰는 절대적인 권리로서 보호되어야만 하는 것은 아니고 행정조직, 직제의 변경 또는 예산의 감소 등 강한 공익상의 정당한 근거에 의하여 좌우될 수 있는 상대적이고 가변적인 것이라 할 것이므로 입법자에게는 제반사정을 고려하여 합리적인 범위내에서 정년을 조정할 입법형성권이 인정된다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바15등, 판례집 6-1, 317, 337-338 참조).

초·중등교원의 정년은 원로교원의 교육적 경륜을 활용한다는 측면을 중시한다면 상대적으로 높게 설정할 수도 있겠으나 위에서 본바와 같이 입법자는 우리나라의 교육여건, 공교육 정상화 등 교육개혁에 대한 국민적 열망 등 여러 가지 사정을 종합할 때 그 보다는 오히려 젊고 활기찬 교육분위기 조성을 위한 교직사회의 신진대사가 더욱 필요하고 바람직한 것이라고 보아 다양한 여론수렴 과정을 거쳐 초·중등교원의 정년을 3년간 단축하여

62세로 설정하고 있는바, 입법자의 이러한 교육정책적 판단과 결정은 나름대로 합리성이 있는 것으로 인정될 뿐만 아니라, 일반직공무원의 정년이 57세 또는 60세(국가공무원법 제74조 제1항), 법관, 검사는 63세(법원조직법 제45조 제4항, 검찰청법 제41조), 경찰공무원은 57세 내지 60세(경찰공무원법 제24조 제1항), 외무공무원은 55세 내지 64세(외무공무원법 제22조 제1항)로 되어 있는 우리나라 다른 공무원들의 정년연령에 비교하여 보거나, 일본의 경우 교원의 정년이 60세인 점 등 외국의 교원 정년제도와 비교하여 보더라도 그것이 입법형성권의 한계를 일탈하여 초·중등교원의 정년을 불합리할 정도로 지나치게 단축한 것이라고 보기 어렵다.

2) 청구인들은 명예퇴직의 활성화, 합리적인 평가방식 도입, 연수제도의 개선 등과 같은 방법으로 문제를 해결하지 아니하고 일률적으로 교원의 정년을 단축시키겠다는 것은 부당하다고 주장한다. 그러나 한편으로 명예퇴직제도는 당사자의 의사에 따르는 임의적 퇴직제도로서 그 방법상 한계가 있다는 점, 모두가 승복할 수 있는 공정하고 적절한 평가체제의 수립과 운영은 대단히 어려울 것이란 점 등을 고려하고, 다른 한편으로 고령교사는 체력의 한계가 있고, 국제화·정보화 등 사회변화에 대한 적응력이 상대적으로 부족한 것을 부인할 수 없으며, 따라서 교직사회의 신진대사와 교육력 강화간에 아무런 인과관계가 없다고 단정할 수 없는 이상, 입법자가 보다 실효적이면서 인건비 절감을 통한 교육투자재원 마련이라는 부차적 목적도 추구할 수 있다고 보아 선택한 정년조정이라는 방법이 부적절하거나 그 자체로 지나친 조치라고 보기 어렵다.

(다) 신뢰보호원칙의 위반 여부

1) 이 사건 법률조항은 기존 교원들에게도 일률적으로 적용되는 바, 기존의 정년연령인 65세까지 교원으로 근무할 수 있으리라던 구법질서에 대한 기대내지 신뢰를 보호하기 위한 배려를 하고 있는지가 문제되므로 이에 관하여 본다.

2) 신뢰보호원칙의 위반여부는 한편으로 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적의 종합적으로 비교형량하여 판단하여야 한다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39등, 판례집 7-1, 896, 910; 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 681).

가) 위에서 본 바와 같이 공무원이 임용 당시의 공무원법상의 정년까지 근무할 수 있다는 기대 내지 신뢰는 절대적인 것이 아니라, 상대적이고 가변적인 것에 불과하므로 그 신뢰이익의 보호가치 역시 절대적으로 크다고만 할 수 없다.

나) 이 사건 법률조항의 시행당시 62세에서 65세 사이의 연령에 있는 교원들의 경우 법시행 즉시 당연퇴직된다면 불의에 퇴직이라는 불이익을 입게 되므로 신뢰보호의 정신에 반하게 될 수도 있다. 그러나 개정법 부칙 제3조 제2호는 이들의 경우 이 사건 법률조항에도 불구하고 1999. 8. 31.에야 당연퇴직되는 것으로 규정함으로써 개정법시행일로부터 일정기간의 유예기간을 두고 있으며, 더욱이 부칙 제4조 제1항은 위 당연퇴직일에 퇴직하거나 그 이전에 자진하여 퇴직하는 교원들에 대한 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여는 종전의 정년을 적용토록 함으로써 단축된 정년으로 인한 불이익을 어느 정도 보전할 수 있도록 배

려하고 있다.

한편, 이 사건 법률조항 시행 당시 61세, 60세 등 62세에 가까운 연령에 있는 교원들의 경우 예상보다 빠른 가까운 장래에 정년이 다가오게 되는 불이익을 입게 되나, 개정법 부칙 제4조 제2항은 그 생년월일이 1937. 9. 1.부터 1942. 8. 31.까지인 교원들에 대하여 2000. 8. 31. 이전에 자진하여 퇴직하는 경우 명예퇴직수당의 지급대상 및 지급액에 관하여 종전의 정년을 적용토록 함으로써, 단축된 정년으로 인한 불이익을 조기퇴직의 길을 통한 경제적 보전조치로 어느 정도 완화할 수 있는 조치를 강구해 놓고 있다.

비록 이러한 경과조치가 정년단축을 당하는 교원들의 입장에서 충분한 것이라 할 수는 없겠지만 정년단축으로 인한 불의타(不意打)와 불이익을 최소한이나마 완화하고 보완하려는 조치로서의 의미를 지니고 있다는 것마저 부인하기는 어렵다.

한편, 개정된 62세 정년까지 많은 기간을 남겨두고 있는 교원들의 경우 새 정년에 적응하고, 이에 맞추어 공직생활을 설계할 수 있으므로 신뢰이익 침해의 정도가 미미하다고 할 수 있다.

다) 이 사건 법률조항으로 인한 정년단축으로 얻어지는 공익은 젊고 활기찬 교육분위기를 조성하여 교육력을 강화하며, 인건비 절감으로 교육여건을 개선한다는 데 있고, 이는 궁극적으로 공교육의 내실을 기하고 국민의 교육을 받을 권리를 실질적으로 보장한다는 의미를 지닌 것인바, 입법자는 이것이 기존의 정년연령까지 근무할 수 있으리라는 데 대한 교원 개개인들의 신뢰보호에 비하여 보다 우월적인 가치를 지닌다고 평가하였던 것인바, 학교교육

의 여건과 내용이 부실하여 교육제도 전반에 걸친 개혁이 국가적 과제로서 온 국민의 관심을 모으고 있는 작금의 현실에 굳이 비추어 보지 않더라도 그러한 입법자의 평가가 부당하다고 하기 어렵다.

3) 이상 살펴본 바와 같이 기존 교원들의 신뢰이익의 보호가치, 그 신뢰이익의 침해의 정도, 신뢰이익의 보호를 고려한 경과조치의 존재, 정년단축을 통해 실현코자 하는 공익목적의 중요성 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 법률조항이 헌법상의 신뢰보호원칙에 위배되는 것이라고까지 할 수 없다.

(라) 소 결

초·중등교원의 정년을 62세로 하향조정하는 것이 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 기존 교원들의 신뢰이익을 지나치게 침해한 것이라고도 보기 어렵다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항 또는 신뢰보호원칙에 위반하거나, 공무원의 신분보장 정신에 위반하여 공무원임권을 침해하는 것이라 할 수 없다.

(3) 평등권의 침해 여부

헌법 제11조에서 규정한 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등이 아니라, 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 근거있는 차별 내지 불평등은 평등원칙에 반하는 것이 아니다(1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 1998. 8. 27. 97헌마372등, 판례집 10-2, 461, 476 등 우리 재판소의 확립된 판례).

이 사건 법률조항은 고등교육법 제14조의 규정에 의한 교원,

즉 대학, 산업대학, 교육대학, 방송·통신대학, 전문대학, 기술대학등의 총장(또는 학장), 교수, 부교수, 조교수 및 전임강사인 교육공무원의 정년은 초·중등교원과 달리 65세로 정하고 있으므로 이와 같은 차등을 둔 것에 합리적 이유가 있는지 본다.

먼저, 초·중등교육법 제20조 제3항은 “교사는 법령이 정하는 바에 따라 학생 또는 원아를 교육한다”라고 규정하여 초·중등교원의 임무를 교육에 두고 있음에 반하여, 고등교육법 제15조 제2항은 “교원은 학생을 교육·지도하고 학문을 연구하되, 학문연구만을 전담할수 있다”고 규정하여 대학교원의 임무로서 교육외에 연구까지도 규정하고 있다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 149-150 참조).

다음으로, 초·중등교원의 자격기준은 대체로 교육대학, 사범대학을 졸업하면 충족되지만(초·중등교육법 제21조 제2항 별표 2), 대학전임강사의 경우만 보더라도 대학을 졸업하고도 2년의 연구실적과 1년의 교육경력이 필요하다(고등교육법 제16조, 교수자격기준등에관한규정 제2조 제1호 별표 「교수 및 조교의 자격기준」).

또한 대학교원의 경우 조교수는 4년이내, 전임강사의 경우 2년이내의 기간을 정하여 임용되며, 교수와 부교수의 경우에도 신규채용 등의 경우 기간을 정하여 임용될 수 있는 등(교육공무원임용령 제5조의2) 초·중등교원보다 훨씬 엄격한 과정을 거쳐서야 정년이 보장되고 있다.

이와 같이 초·중등교원과 대학교원은 그 임무, 자격기준, 임용과 승진의 과정등의 면에서 차이가 있는바, 이로 인하여 대학교원의 경우 그 최초임용시의 연령이 초·중등교원 보다 상대적으로

로 고령인데다, 고등교육과 연구라는 업무의 성격상 초·중등교원보다 높은 연령까지 대학교원으로 재직할 필요성을 인정할 수 있다.

그러므로 입법자가 이러한 점에 착안하여, 대학교원의 정년을 초·중등교원의 정년보다 3년 높은 65세로 책정한 것은 합리적 근거에 기초한 것이라 할 것이므로 이로 인하여 초·중등교원들의 평등권이 침해된다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 청구인 채○연, 정○황, 윤○태, 최○수의 심판청구는 부적법하므로 각 각하하기로 하고, 이 사건 법률조항은 나머지 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이 아니어서 그 심판청구의 이유가 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 관여재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

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

방송법 부칙 제7조 제2항 위헌확인

(2000. 12. 14. 2000헌마308 전원재판부)

【판시사항】

회사의 기본권이 침해된 경우 그 대표자 개인이 헌법소원의 자기관련성을 갖는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 하는데, 방송법 부칙 제7조 제2항은 방송법 제9조 제3항에서 규정한 중계유선방송‘사업자’에 대한 종합유선방송사업의 승인을 일정 기간 유예할 수 있다는 규정으로서 규율대상을 ‘사업자’로 하고 있고, 방송법 제2조 제6호는 ‘중계유선방송사업자’라 함은 중계유선방송을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 ‘허가를 받은 자’로 하고 있으므로, 회사와 그 대표자 개인을 엄격히 구별하고 있는 우리 법제상 청구인들이 이 사건에서 침해되었다고 주장하는 기본권의 주체는 허가 명의자인 위 각 회사라 할 것이니, 중계유선방송사업허가를 받은 주식회사의 대표자인 청구인들은 기본권 침해의 제3자에 불과하여 이 사건 헌법소원은 자기관련성이 없다.

【심판대상조문】

방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 것) 부칙 제7조(일반적 경과조치) ① 생략

② 방송위원회는 이 법 제9조 제3항의 규정에 의한 종합유선방송사업의

승인을 별표에서 정하는 기간 동안 유예할 수 있다.

③ 생략

[별표] 부칙 제7조 제2항에서 규정한 유예기간

지 역 별	방 송 구 역	유 예 기 간
서울특별시, 부산광역시, 인천광역시, 대구광역시, 대전광역시, 광주광역시	전 역	법 시행 후 1년
울산광역시	전 역	법 시행 후 2년 6월
경 기 도	수원시, 오산시, 화성군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
강 원 도	춘천시, 홍천군, 철원군, 화천군, 양구군, 인제군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
충청북도	청주시, 청원군, 영동군, 옥천군, 보은군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
충청남도	천안시, 아산시, 연기군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
전라북도	전주시, 완주군, 무주군, 진안군, 장수군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
전라남도	목포시, 신안군, 무안군, 강진군, 완도군, 해남군, 진도군, 영암군, 장흥군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
경상북도	포항시, 울릉군, 영덕군, 울진군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
경상남도	창원시, 진해시, 함안군, 의령군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
제 주 도	전 역	법 시행 후 1년

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 것) 제2조(용어의 정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~5. 생략

6. “중계유선방송사업자”라 함은 중계유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자를 말한다.

방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 것) 제9조(추천·허가·승인·등록 등) ① 생략

② 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업을 하고자 하는 자는 방송위원회의 추천을 받아 대통령령이 정하는 기준에 적합하게 시설과 기술을 갖추어 정보통신부장관의 허가를 받아야 한다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 중계유선방송사업자가 종합유선방송사업을 하고자 할 경우에는 방송위원회의 승인을 얻어야 한다. 이 경우 방송위원회는 정보통신부장관과 협의하여야 한다.

④~⑪ 생략

【참조판례】

헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404

헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 721

헌재 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 9-2, 410

【당 사 자】

청 구 인 나○덕 외 1인

청구인들 대리인 변호사 박희수

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 종전에 방송 관련 법률관계는 방송법, 종합유선방송법, 유선방송관리법, 한국방송공사법 등으로 나뉘어 분산적으로 규율되어 오다가, 2000. 1. 12. 법률 제6139호로 위 4개 법률을 통합한 방송법이 공포되고 공포 후 2월이 경과한 날인 2000. 3. 13.부터 시행되었으며, 위 4개 법률은 폐지되었다.

이와 같이 통합된 방송법의 목표 중의 하나는, 방송환경의 급격한 변화에 능동적으로 대처하기 위하여 종전의 분산된 방송법 관련 법체계를 통합·재정립한다는 것으로, 종전의 방송법에 의하여 규율되던 지상파방송, 종전의 종합유선방송법에 의하여 규율되던 종합유선방송, 종전의 유선방송관리법에 의하여 규율되던 중계유선방송 및 종전의 방송관계 법규의 규율대상이 아니던 위성방송 등이 모두 함께 위 통합된 방송법에 의하여 일원적으로 규율되게 되었다.

(2) 그런데 그 중 중계유선방송과 종합유선방송의 관계에서, 위 통합된 방송법은 중계유선방송사업자가 종합유선방송사업자로 전환할 수 있는 길을 열어 주면서, 그 과도기적 조치로 이에 대한 유예기간을 설정하고 있다. 즉, 통합된 방송법 제9조 제3항은, 중계유선방송사업자가 일정 요건하에 방송위원회의 승인을 얻어 종합유선방송사업자로 전환할 수 있도록 규정하고 그 부칙 제7조 제2항은 위 방송위원회는 위 제9조 제3항의 승인에 관하여 일부 지역의 경우 법 시행 후 1년, 다른 일부 지역의 경우 법 시행 후 2년 6월 동안 유예할 수 있도록 규정하고 있다.

(3) 청구인 나○덕은 중계유선방송사업자인 ○○유선방송 주식

회사의, 청구인 권○자는 역시 중계유선방송사업자인 주식회사 ○○유선방송사의 각 대표자이며 위 각 회사는 종합유선방송사업으로의 전환승인신청을 준비중에 있는 바, 위 유예기간을 설정한 부칙 제7조 제2항이 청구인들의 평등권, 직업수행의 자유, 과잉금지원칙을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 2000. 5. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 주식회사 ○○종합유선방송은 2000. 7. 13. 청구인과 반대 이해관계에 있는 자로서 보조참가신청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 것, 이하 ‘방송법’이라고 한다) 부칙 제7조 제2항(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라고 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 관련법령의 규정내용은 다음과 같다.

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

1. “방송”이라 함은 방송프로그램을 기획·편성 또는 제작하고 이를 공중(개별계약에 의한 수신자를 포함하며, 이하 “시청자”라 한다)에게 전기통신설비에 의하여 송신하는 것으로서 다음 각목의 것을 말한다.

나. 종합유선방송 : 전송·선로설비를 이용하여 행하는 다채널 방송

2. “방송사업”이라 함은 방송을 행하는 다음 각목의 사업을 말한다.

나. 종합유선방송사업 : 종합유선방송국(종합유선방송을 행하기 위

한 설비와 그 종사자의 총체를 말한다. 이하 같다)을 관리·운영하며 종합유선방송을 행하는 사업

3. “방송사업자”라 함은 다음 각목의 자를 말한다.

나. 종합유선방송사업자 : 종합유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자

4. “중계유선방송”이라 함은 지상파방송 또는 이 법에 의한 한국방송공사 및 특별법에 의하여 설립된 방송사업자가 행하는 위성방송이나 대통령령이 정하는 방송을 수신하여 중계송신(방송편성을 변경하지 아니하는 녹음·녹화를 포함한다)하는 것을 말한다.

5. “중계유선방송사업”이라 함은 중계유선방송을 행하는 사업을 말한다.

6. “중계유선방송사업자”라 함은 중계유선방송사업을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 자를 말한다.

제9조(추천·허가·승인·등록 등) ① 지상파방송사업 또는 위성방송사업을 하고자 하는 자는 방송위원회의 추천을 받아 전파법이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관의 방송국 허가를 받아야 한다.

② 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업을 하고자 하는 자는 방송위원회의 추천을 받아 대통령령이 정하는 기준에 적합하게 시설과 기술을 갖추어 정보통신부장관의 허가를 받아야 한다.

③ 제2항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 중계유선방송사업자가 종합유선방송사업을 하고자 할 경우에

는 방송위원회의 승인을 얻어야 한다. 이 경우 방송위원회는 정보통신부장관과 협의하여야 한다.

④ 제3항의 규정에 의하여 승인을 얻은 자는 승인을 얻은 때부터 제2조 제3호 나목의 규정에 의한 종합유선방송사업자로 허가를 받은 것으로 본다.

부칙 제7조(일반적 경과조치) ① 이 법 시행 당시 종전의 방송법·종합유선방송법·유선방송관리법 또는 한국방송공사법에 의하여 행정처분등 행정기관·방송위원회·종합유선방송위원회의 행위와 각종 신고 등 행정기관·방송위원회·종합유선방송위원회에 대한 행위는 이 법에 의한 행위로 본다.

② 방송위원회는 이 법 제9조 제3항의 규정에 의한 종합유선방송사업의 승인을 별표에서 정하는 기간 동안 유예할 수 있다.

③ 종합유선방송사업자는 제2항의 유예기간 동안 지상파방송사업자가 행하는 방송을 녹음·녹화하여 재송신하여서는 아니된다.

[별표] 부칙 제7조제2항에서 규정한 유예기간

지 역 별	방 송 구 역	유 예 기 간
서울특별시, 부산광역시, 인천광역시, 대구광역시, 대전광역시, 광주광역시	전 역	법 시행 후 1년
울산광역시	전 역	법 시행 후 2년 6월
경 기 도	수원시, 오산시, 화성군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
강 원 도	춘천시, 홍천군, 철원군, 화천군, 양구군, 인제군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월

지역별	방 송 구 역	유 예 기 간
충청북도	청주시, 청원군, 영동군, 옥천군, 보은군	법 시행 후 1년
충청북도	기타지역	법 시행 후 2년 6월
충청남도	천안시, 아산시, 연기군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
전라북도	전주시, 완주군, 무주군, 진안군, 장수군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
전라남도	목포시, 신안군, 무안군, 강진군, 완도군, 해남군, 진도군, 영암군, 장흥군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
경상북도	포항시, 울릉군, 영덕군, 울진군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
경상남도	창원시, 진해시, 함안군, 의령군	법 시행 후 1년
	기타지역	법 시행 후 2년 6월
제주도	전 역	법 시행 후 1년

방송법시행령 제7조(중계유선방송사업자의 종합유선방송사업 승인) ① 법 제9조 제3항의 규정에 의하여 중계유선방송사업자가 종합유선방송사업의 승인을 얻고자 하는 경우에는 다음 각호의 요건을 갖추어 승인신청서에 시설전환계획서를 첨부하여 방송위원회에 제출하여야 한다.

1. 시설전환계획이 법 제79조 제1항의 규정에 의한 종합유선방송사업의 기술기준에 적합할 것

2. 중계유선방송사업자의 가입자수가 그가 소재하는 종합유선방송사업구역안의 전체 가구수 중 차지하는 비율이 당해 사

업구역의 범위와 특성을 고려하여 방송위원회가 고시하는 비율이상일 것

2. 청구인의 주장과 이해관계기관 등의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 방송법에 의하면 ‘종합유선방송’이라 함은 “전송·선로설비를 이용하여 행하는 다채널방송”을 말하고(방송법 제2조 제1호 나목), ‘중계유선방송’이라 함은 “지상파방송 또는 한국방송공사 및 특별법에 의하여 설립된 방송사업자가 행하는 위성방송이나 대통령령이 정하는 방송을 수신하여 중계송신(방송편성을 변경하지 아니하는 녹음·녹화를 포함)하는 것”을 말하는 바(방송법 제2조 제4호), 이들 정의규정 및 이에 따른 양방송의 사업내용은 종전의 유선방송관리법과 종합유선방송법하에서의 양방송의 정의규정 및 사업내용과 대동소이하다.

(2) 중계유선방송과 종합유선방송은 유선전기통신설비(케이블)라는 동일한 수단을 이용하여 행하여지는 같은 유형의 방송으로 기술적인 서비스면에서 별다른 차이가 없음에도 불구하고, 법과 규제기관의 이원화로 양자의 정책이 각각 분리되어 추진되는 과정에서 중복투자 등 많은 문제점이 있었고, 이를 정상화시키기 위하여 그 동안 종합유선방송 서비스와 중계유선방송 서비스의 통합방안을 놓고 많은 논의가 있어 왔다.

이러한 논의의 결과 통합된 방송법은 종합유선방송 서비스와 중계유선방송 서비스의 통합방안으로 제9조 제3항을 규정하게 된 것인 바, 그 과도기적 조치로 이 사건 부칙조항에 위 제9조 제3항의 조치에 대한 유예기간을 설정하고 있다.

즉, 통합 방송법 제9조 제3항 및 방송법시행령 제7조 제1항은 중계유선방송사업자가 시설기준 준수 등의 일정한 조건 하에 종합유선방송사업자로 전환할 수 있는 길을 마련해 줌으로써 양자의 통합방안을 마련하였다.

그런데 이 사건 부칙조항은 위 방송법 제9조 제3항의 승인에 관하여 일부 지역의 경우 법 시행 후 1년, 다른 일부 지역의 경우 법 시행 후 2년 6월이라는 유예기간을 두고 있다.

(3) 그 동안 양 방송사업자의 가입자 확보를 위한 경쟁과정에서 사업영역에 있어서의 양 방송의 경계가 허물어져 종합유선방송사업자들이 지상파방송의 중계송신 등 중계유선방송사업자들의 사업영역을 침범하여 왔는데도, 이 사건 부칙조항은 별다른 근거 없이 중계유선방송사업자가 종합유선방송사업 승인을 받아 사업전환을 하지 못하도록 하는 유예기간을 두어 그 기간 동안 종합유선방송사업자의 사업독점을 보장하고 있는바, 이는 합리적인 이유 없이, 설비 및 가입자 요건에 있어 종합유선방송사업자와 동일한 사업력을 갖춘 중계유선방송사업자를 종합유선방송사업자와 차별하여 취급하는 것이다.

(4) 따라서 이 사건 부칙조항으로 유예기간을 둔 것은 결국 불리하게 차등취급을 받는 중계유선방송사업자의 권리를 합리적인 이유 없이 침해하는 것으로서 헌법 제11조의 평등원칙에 위반된다 할 것인 동시에, 중계유선방송사업자의 자유롭게 영업할 자유, 즉 헌법 제15조의 직업선택의 자유에 내포된 직업수행의 자유를 침해하는 것이다. 가사, 위와 같은 유예기간의 설정 자체가 불가피하다고 하더라도, 위 1년과 2년 6월이라는 유예기간은 지나치게

장기이어서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 위반되어 위헌이다.

나. 방송위원회의 의견

(1) 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법률 또는 법률조항에 의한 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다.

그런데, 이 사건 부칙조항은 방송위원회가 방송법 제9조 제3항의 승인을 일정기간(1년 또는 2년 6월) 유예할 수 있도록 규정하고 있는 바, 위 정책유예에 대해 방송위원회는 구체적인 전환기준 및 전환시기에 대하여 정책적으로 결정한 바가 없으며 청구인들이 전환기준 및 전환시기에 대하여 방송위원회에 공식적으로 문의한 바도 없다.

결국, 방송위원회의 구체적인 정책결정방향에 따라 전환시기 및 전환기준이 가변적이어서 이 사건 부칙조항이 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈을 가져오는 것이 아니므로 직접성의 요건이 결여되어 이 사건 심판청구는 부적법 각하되어야 한다.

(2) 종합유선방송사업 또는 중계유선방송사업을 하고자 하는

경우에는 방송위원회의 추천을 받아 정보통신부장관의 허가를 받아야 하는 점은 동일하나(방송법 제9조 제2항), 허가받은 종합유선방송사업자와 중계유선방송사업자는 그 정의, 역무범위, 기술기준 등을 달리하고 있다.

종합유선방송이라 함은 전송·선로설비를 이용하여 행하는 다채널방송(방송법 제2조 제1항 나호)을 말하는데 비하여 중계유선방송이라 함은 지상파방송 또는 이 법에 의한 한국방송공사 및 특별법에 의하여 설립된 방송사업자가 행하는 위성방송이나 대통령령이 정하는 방송을 수신하여 중계송신(방송편성을 변경하지 아니하는 녹음·녹화를 포함한다)하는 것(방송법 제2조 제4호)으로 규정하고 있다.

종합유선방송사업자는 ① 전체운용채널수를 40개 이상으로 구성·운용하여야 하고, ② 방송위원회의 승인을 얻은 방송채널사용사업자의 채널을 포함하여야 하며, ③ 방송위원회가 고시한 방송분야가 모두 포함되도록 하여야 하고, ④ 전체 운용채널의 100분의 10 이내에서 외국방송을 재전송하는 채널을 운용할 수 있으며(방송법 제70조 제1항, 방송법시행령 제53조 제1항), 직접 사용 채널 및 임대채널의 범위가 제한되고(방송법 제70조 제2항, 방송법시행령 제53조 제2항), 공공채널 및 종교채널을 각각 3개 이상 운용하여야 하며(방송법 제70조 제3항, 방송법시행령 제54조), 지역채널을 운용하여야 하나(방송법 제70조 제4항, 방송법시행령 제55조), 중계유선방송사업자는 공지채널을 운용할 수 있고(방송법 제70조 제5항), 채널의 운용범위가 31개 채널을 초과할 수 없고 녹음·녹화채널을 전체운용채널의 5분의 1을 초과할 수 없으며(방송법 제70조 제6항,

방송법시행령 제56조), 외국의 방송사업자가 행하는 위성방송을 3개의 채널의 범위 안에서 중계송신할 수 있도록 되어 있어(방송법시행령 부칙 제3조) 종합유선방송사업자와 역무범위를 달리하고 있다.

일정한 직업분야에 속한 특정업무에 관하여 이를 허가사항으로 할 것인가 자유업으로 할 것인가의 여부 및 허가사항으로 할 경우 그 대상과 요건을 어떻게 정할 것인가는 그 직종이 갖는 특성에 따라 다를 수 있는 것이다. 방송법은 종합유선방송사업과 중계유선방송사업을 공히 허가의 대상으로 하고 있으나, 그 역무범위를 차별적으로 규정하고 있다. 즉, 중계유선방송사업자라 함은 방송법 및 동법시행령에 의해 이미 예정된 역무범위를 수행하기 위해 허가받은 사업자이다.

그런데, 종전의 종합유선방송법과 유선방송관리법은 각각 별도의 법체계 속에서 종합유선방송사업자와 중계유선방송사업자의 역무범위를 차별화하고 있으면서 중계유선방송사업자의 종합유선방송의 전환승인을 인정하지 않았다.

그러나, 통합된 방송법은 일정한 자격요건을 갖춘 중계유선방송사업자가 방송위원회의 추천 및 정보통신부장관의 허가 없이 방송위원회의 승인을 얻는 간이한 절차만으로 종합유선방송사업자와 동일한 지위를 인정받을 수 있도록 하고 그 역무범위를 확대할 수 있도록 하여 중계유선방송사업자의 지위를 강화하였다.

동일한 사업구역 내에 중계유선방송사업자의 종합유선방송 전환승인을 하는 것은 종합유선방송사업자의 입장에서는 종전 종합유선방송법에 의하여 허가받은 독점적 지역사업권의 상실을 의미한다.

따라서, 이 사건 부칙조항은 중계유선방송사업자와 종합유선방송사업자의 형평성을 고려하여 방송위원회의 정책재량으로 중계유선방송사업자의 전환승인을 일정기간 유예할 수 있도록 규정하고 있는 것이다.

결국, 이 사건 부칙조항은 방송법 제9조 제3항의 규정에 의한 중계유선방송사업자의 종합유선방송 승인으로 인해 기허가 받은 사업구역 내에서 독점적 지역사업권의 상실이라는 일정부분의 손실을 감수해야 되는 종합유선방송사업자를 감안한 합리적 규정으로 이 사건 부칙조항에 의하여 기본권을 침해받았다는 청구인들의 주장은 이유가 없다.

더구나 방송법은 중계유선방송사업자에게는 녹음·녹화채널을 허용하면서 방송법 부칙제7조 제3항에 “종합유선방송사업자는 제2항의 유예기간 동안 지상파방송사업자가 행하는 방송을 녹음·녹화하여 재송신하여서는 아니된다”고 규정하여 이해관계의 조정을 위한 별도의 장치를 마련하고 있다.

(3) 청구인들은 이 사건 부칙조항의 유예가능기간 설정이 직업선택의 자유를 침해하고 있다고 주장하나, 원칙적으로 청구인들이 종합유선방송사업의 역무를 제공하고자 하는 경우에는 별도의 종합유선방송사업의 허가를 득하여야 할 것이나 방송법은 중계유선방송의 역무를 제공하고 있다는 사실만으로 별도의 허가절차 없이 방송위원회의 승인절차를 통해 종합유선방송의 역무를 제공할 수 있도록 중계유선방송사업자를 배려하고 있는 것으로 일반 국민에 비해서 우월적 지위에 있다고 할 수 있으므로, 이 사건 부칙조항이 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하였다는 주장은 이유

가 없다.

(4) 청구인들은 이 사건 부칙조항이 정한 유예가능기간은 지나치게 장기간이라고 주장하면서 헌법 제37조 제2항의 규정에 의한 과잉금지의 원칙에 위반된다고 주장한다.

중계유선방송사업자의 종합유선방송사업 승인의 본질은 중계유선방송사업자의 역무범위 확대와 종합유선방송사업자의 독점적 지역사업권 상실의 의미를 지니고 있다고 할 것인데, 이 사건 부칙조항은 방송사업구역별로 유예 가능기간을 차별화하여 서울특별시, 부산광역시 등 대도시지역은 1년으로 하고 있으며 기타 지역은 2년 6월로 설정하고 있다.

즉, 정부는 종합유선방송 도입정책에 있어 대한민국 전역에 대해서 일시적으로 종합유선방송을 도입한 것이 아니라 1차적으로 대도시 등을 중심으로 한 지역에 허가하였고 2차적으로 농촌 지역을 허가하였다. 유예가능기간 1년 지역은 1994년 1월 14일자로 종합유선방송사업 허가를 얻은 사업구역이고, 유예가능기간 2년 6월의 지역은 1997년 5월 29일 종합유선방송사업 허가를 얻은 사업구역이다. 2년 6월 유예가능지역은 1년 유예가능지역에 비해 종합유선방송 사업 개시시기, 정부지원, 전송망 설치여건 등 제반 사업여건에서 훨씬 열악한 지위에 있었다고 할 수 있다.

따라서, 이 사건 부칙조항은 유예가능기간을 1차 종합유선방송사업자 허가지역과 2차 종합유선방송사업자 허가지역에 대하여 차별적으로 규정하여 실질적 평등을 가져오도록 하고 있는 것이다.

청구인들은 유예가능기간이 너무 장기적이라고 주장하고 있으나 위에서 살펴본 바와 같이 중계유선방송과 종합유선방송은 그

도입배경 및 역무의 성격 등에 차이가 있는 사업이다.

또한, 중계유선방송사업자의 종합유선방송사업 전환 승인의 본질은 중계유선방송사업의 역무범위 및 사업구역의 확대와 종합유선방송사업자의 독점적 지역사업권 상실이라는 점, 중계유선방송사업자가 별도의 허가절차없이 방송위원회의 승인만으로 종합유선방송사업을 할 수 있도록 허용한 점, 유예가능기간 동안에는 종합유선방송사업자가 지상파방송사업자가 행하는 방송을 녹음·녹화하여 재송신하지 못하도록 한 점, 1차 종합유선방송사업자 허가구역과 2차 종합유선방송사업자 허가구역에 따라 유예가능기간을 차별적으로 설정한 점 등을 고려할 때 이 사건 부칙조항은 입법재량에 의한 합리적 규정이며 청구인들의 주장은 이유없으므로 기각되어야 한다.

다. 보조참가인의 의견

(1) 비록 우리 법제가 그 동안 종합유선방송사업자와 중계유선방송사업자가 병존하는 기형적 체제를 유지하여 왔으나, 이는 종합유선방송법을 제정하여 종합유선방송사업자를 허가할 당시 새로운 종합유선방송업종 신설허가로 인한 신설사업영역에 있어 종합유선방송법 신설 이전부터 이미 영업해오던 중계유선방송사업영역과 정면 충돌될 우려가 생기자 이에 종전의 사업기득권을 침해받게 될 위험에 놓인 중계유선방송사업자들의 중계유선방송사업권을 구제해주는 차원에서 부득불 유선방송관리법을 제한적 범위에서 존치시켰던 결과로 발생한 것이다.

그러므로 유선방송관리법 체제가 이와 같은 사정 때문에 일부 제한적으로 존치된 취지말고는 법내용적이든지 법형식적이든지

어느모로 보나 종합유선방송법쪽이 그 사업 역무범위에 있어 우선방송관리법쪽에 앞서는 일반적인 우선관계에 있다. 즉, 종합유선방송법에 의한 종합유선방송의 영역은 그 역무범위를 제한받지 않는 포괄적 역무임에 반하여, 우선방송관리법에 의한 중계유선방송은 그 역무범위를 제한받는 부분적인 것에 불과한 것이다.

결국 청구인들이 주장하는 전제, 즉, 종합유선방송법에 의한 종합유선방송과 우선방송관리법에 의한 중계유선방송이 근거되는 각 법의 방송정의 규정 및 더 나아가 방송사업내용이 서로 대등소이하다고 하는 것은 잘못된 것이고, 나아가 통합 방송법에 따라 신설된 이 사건 부칙조항에 의하여 중계유선사업자들의 사업권이 침해되었다는 것은 전제가 부당하여 더 나아가 따져볼 필요 없이 잘못된 것이다.

(2) 원래 종합유선방송법 제8조(지역사업권)에 의하여 독점적 지역사업권(프랜차이즈)을 정부로부터 획득한 종합유선방송사업자들로서는 같은 지역 내의 중계유선방송사업자들로부터 그 종합적인 역무수행 사업권을 침해받을 법적 이유는 없으나, 정부가 통합 방송법을 제정하는 기회에 시청자(소비자) 보호 및 투자의 중복 방지를 위하여 중계유선방송사업자가 종합유선방송사업자로 승격전환하는 방법을 만들어 주기에 이른 것인바, 종합유선방송사업자 입장에서는 애초 정부로부터 획득한 독점적 지역사업권(프랜차이즈)의 본질적 핵심 부분을 손상받는 입장이지만 경쟁사업자간 상호양보를 통한 공익 달성이라는 대국적인 차원에서 이를 감수하고 있는 형편이다.

(3) 청구인들은 합리적 유예가능기간에 대한 대안 없이 ‘이 사

건 부칙조항에 의하여 설정된 유예기간 동안 중계유선업자의 사업전환이 불가능하다면 종합유선방송사업자와의 경쟁력에서 열세에 있는 중계유선방송사업자는 위 설정된 유예기간 내에 모두 도산하고 말 것'이라고 주장하나, 이 사건 부칙조항의 입법배경을 볼 때 이는 양 사업자의 법적 대등이나 경쟁력 대등을 전제로 하여 만든 것도 아닐 뿐더러, 더 나아가 그와 같은 승격전환조치 자체는 법적으로 강요되는 것이 아닌 선택조항일 뿐이고, 또한 애초에 국가로부터 종합유선다채널 지역독점 방송업허가를 획득한 종합유선방송사업자의 입장에서는 원래 허가권획득 당시 자신이 예측했던 독점지역사업권을 그 최소한의 합리적인 범위 내에서나마 보호받아야 마땅할 것이기에 이 사건 부칙조항이 정하는 1년 또는 2년 6월의 유예기간은 승격 전환해오는 방식으로 경쟁시장 지역에 참여하는 중계유선업자들을 상대로 종합유선방송사업자들이 대비할 수 있는 차원에서 종합유선방송사업자의 정당한 권리보호를 위한 최소한의 합리적 필수준비기간이라고 할 수 있다.

양자의 사업통합에 절충적인 디딤돌역할을 할 수 있도록 부득불 만든 이 사건 부칙조항은 과도기적 입법조치로서 더할 나위 없이 합리적이고 형평성에 입각한 입법재량 내의 합헌조항이다.

3. 판 단

가. 청구인 나○덕은 1999. 7. 25.부터 2002. 7. 24.까지 중계유선방송사업허가를 받은 ○○유선방송 주식회사의 대표자이고, 청구인 권○자는 1999. 4. 29.부터 2002. 4. 28.까지 중계유선방송사업허가를 받은 주식회사 ○○유선방송사의 각 대표자임은 앞서

본 바와 같은 바, 사업자로 허가받은 것은 위 각 ‘회사’인테 위 각 회사와 별개의 인격인 청구인들이 이 사건 심판청구를 하고 있어, 청구인들의 자기관련성이 문제된다.

나. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있다. 이때 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권의 침해를 받은 자’라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 경우를 의미하므로 원칙적으로 직접적으로 기본권을 침해당하고 있는 자만이 헌법소원심판을 청구할 수 있고 제3자는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 수 없으므로 헌법소원심판을 청구할 수 없다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마277, 판례집 9-1, 404, 409; 헌재 1997. 11. 27. 96헌마226, 판례집 9-2, 721; 헌재 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 9-2, 410).

다. 이 사건 부칙조항은 방송법 제9조 제3항에서 규정한 중계유선방송‘사업자’에 대한 종합유선방송사업의 승인을 일정 기간 유예할 수 있다는 규정으로서 규율대상을 ‘사업자’로 하고 있고, 방송법 제2조 제6호는 ‘중계유선방송사업자’라 함은 중계유선방송을 하기 위하여 제9조 제2항의 규정에 의하여 ‘허가를 받은 자’로 하고 있으므로, 회사와 그 대표자 개인을 엄격히 구별하고 있는 우리 법제상 청구인들이 이 사건에서 침해되었다고 주장하는 기본권의 주체는 허가 명의자인 위 각 회사라 할 것이니, 위 기본권침해에 직접 관련되었다고 볼 특별한 사정있음이 인정되지 아니하는 이 사건에 있어 제3자인 청구인들이 청구한 이 사건

헌법소원심판은 자기관련성이 없어 부적법하다.

4. 결 론

결국 이 사건 심판청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없으므로, 관여재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 이영모 한대현(주심) 하경철

김영일 권 성 김효종 김경일 송인준

의료보험진료수가및약제비산정기준 중 개정규정
위헌확인

(2000. 12. 14. 2000헌마659 전원재판부)

【관시사항】

1. 보건복지부 고시에 대하여 헌법소원의 대상이 된다고 한 사례
2. 법률에 근거하지 아니하고 기본권을 제한하는 공권력의 행사가 당연히 헌법 제37조 제2항에 위반하여 기본권을 침해하는 것인지 여부(적극)
3. 국민건강보험법 부칙 제11조에 의하여 보건복지부장관이 그 시행일부터 6월까지 요양급여비용의 산정기준을 개정할 권한을 갖는지 여부
4. 위헌의견인 재판관이 5인이고 기각의견인 재판관이 4인이어서 위헌결정을 위한 심판정족수에 이르지 못한다고 하여 심판청구를 기각한 사례

【결정요지】

1. 이 사건 개정기준으로 인하여 본인일부부담금이 인상되는 불이익을 직접 입고 있고, 이 사건 개정기준을 직접 대상으로 하는 다른 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실한 뿐 아니라, 만일 허용된다 하더라도 이 사건 개정기준이 2000. 12. 31.까지 한시적으로만 적용되는 까닭에 그 이후에는 청구인의 권리보호의 이익이 부정될 가능성이 많은 점 등을 종합하여 판단하여 보면, 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기는 어려우므로 기본권 구제의 사

각지대를 방치할 수 없다는 헌법소원심판제도의 근본적인 취지에 비추어 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다고 하지 않을 수 없다.

2. 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리를 제한하는 근거와 그 제한의 한계를 설정하여 국민의 자유와 권리의 제한은 “법률”로써만 할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 기본권의 제한이 원칙적으로 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하다는 것을 의미하고, 직접 법률에 의하지 아니하는 예외적인 경우라 하더라도 엄격히 법률에 근거하여야 한다는 것을 또한 의미하는데, 기본권을 제한하는 공권력의 행사가 법률에 근거하지 아니하고 있다면, 이는 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국민의 기본권을 침해하는 것이다.

3. 가. 재판관 이영모, 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 권성, 재판관 송인준의 위헌의견

법 부칙 제11조는 달라진 국민건강보험 요양급여비용 결정체계 하에서 단지 산정기준의 공백 방지를 위하여 폐지된 의료보험법등에 근거한 산정기준을 6개월 동안 차용하는 것으로서, 법문의 해석 상 ‘이 법 시행 당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준’에 해당하는 위 2000. 6. 26.자 보건복지부 고시 제2000-26호를 2000. 7. 1.부터 6개월 동안 법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약으로 정한 것으로 간주하는 것일 뿐, 더 나아가 법 시행 이후에도 보건복지부장관에게 종전 의료보험법등에 따라 요양급여비용을 정할 권한을 유지시키거나 종전 산정기준을 개정할 권한을 주는 것은 아니다. 따라서 이 사건 개정기준은 피청구인이 법률의 위임에 근거하지 아니하고, 즉 권한 없이 제정·시행한 것이라고 할 수밖에 없으므로 위헌이다.

나. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 김효종, 재판관 김

경일의 기각의견

국민건강보험법의 시행일부터 6월까지의 기간에 적용될 요양급여비용의 산정기준을 마련하기 위하여 위와 같은 내용의 부칙 제11조를 두게 된 동 조항의 입법목적과 요양급여비용의 산정기준을 정한 고시는 2000. 7. 1. 국민건강보험법이 시행되기 전까지 요양급여비용을 인상 또는 인하하여야 할 사정이 발생할 때마다 필요에 따라 1998년도 3회, 1999년도 4회, 2000년도 2회 등 매년 수회에 걸쳐 개정되어 왔는데, 위헌의견과 같이 위 부칙 제11조를 국민건강보험법 시행일부터 6월까지의 기간에는 보건복지부고시 제2000-26호 등 위 종전의 고시들만이 적용되어야 한다고 해석하는 경우에는 요양급여비용을 인상 또는 인하하여야 할 급박한 사정이 발생하는 때에도 이를 개정할 수 없는 등 매우 경직되고 불합리한 결과에 이르게 되는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 위 부칙 제11조는 국민건강보험법 시행일부터 6월까지의 기간에는 국민건강보험법 시행 당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정, 즉 종전의 의료보험법 제5조제1항, 제29조제3항, 제35조제1항 및 국민의료보험법 제39조의 각 규정에 의하여 보건복지부장관이 종전과 같이 필요에 따라 정한 요양급여비용의 산정기준에 의하여 산정한 금액을 요양급여비용으로 간주하도록 규정한 취지로 유연하게 해석함이 상당하다. 그런데 피청구인은 위 관계 법령의 규정에 따라 2000. 9. 4. 보건복지부고시 제2000-51호로 종전의 요양급여비용의 산정기준을 개정·고시하였으므로, 이 사건 개정기준은 적법하게 개정·시행되었다고 할 것이다. 따라서 이 사건 개정기준은 합헌이므로 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다.

4. 위헌의견인 재판관이 5인이고, 기각의견인 재판관이 4인이어서 위헌의견이 다수의견이기는 하지만, 헌법 제113조제1항, 헌법재판소법 제23조제2항 단서 제1호에서 정한 위헌결정을 위한

심판정족수(재판관 6인 이상의 찬성)에는 이르지 못하여 위
헌결정을 할 수 없으므로 심판청구를 기각한다.

【참조조문】

국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호) 부칙 제11조(요양급여비
용의 적용례) 이 법 시행당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의
규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준은 이
법 시행일부터 6월까지는 이 법 제42조 제1항의 규정에 의하여 공단의
이사장과 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한 것으로 본다.

【당 사 자】

청 구 인 박○선
대리인 변호사 하승수
피청구인 보건복지부장관
대리인 법무법인 화 백
담당 변호사 양삼승 외 1인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 경과

국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사
망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을
향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 한 국민건강보험법
(이하 ‘법’이라 한다)은 1999. 2. 8. 법률 제5854호로, 법시행령(이
하 ‘시행령’이라 한다)은 2000. 6. 23. 대통령령 제16853호로 각
제정·공포되어 2000. 7. 1.부터 시행되었고, 이와 함께 종전의
의료보험법

및 국민의료보험법(이하 ‘의료보험법등’이라 한다)은 폐지되었다. 피청구인은 2000. 9. 4. 보건복지부고시 제2000-51호로 법시행당시 종전의 의료보험법등의 규정에 의하여 자신이 정한 요양급여비용의 산정기준(2000. 6. 26. 보건복지부고시 제2000-26호)을 개정하는 내용의 의료보험진료수가및약제비산정기준중개정기준(이하 ‘이 사건 개정기준’이라 한다)을 고시하였다.

그런데 청구인은 이 사건 개정기준이 자신의 재산권등을 침해하였다고 주장하면서 2000. 10. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 이 사건 개정기준의 위헌여부인 바, 이 사건 개정기준의 내용은 (별지 1)기재와 같고, 관련법규정의 내용은 다음과 같다.

법 제41조(비용의 일부부담) 제39조 제1항의 규정에 의한 요양급여를 받는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 비용의 일부(이하 “본인일부부담금”이라 한다)를 본인이 부담한다.

법 제42조(요양급여비용의 산정 등) ① 요양급여비용은 공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한다. 이 경우 계약기간은 1년으로 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 계약이 체결된 경우 그 계약은 공단과 각 요양기관간에 체결된 것으로 본다.

③ 제1항의 규정에 의한 계약은 계약기간의 만료일전 3월이내에 체결하여야 하며, 그 기한 내에 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하는 금액

을 요양급여비용으로 한다. 이 경우 보건복지부장관이 정하는 요양급여비용은 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 계약으로 정한 요양급여비용으로 본다.

④ 제1항 또는 제3항의 규정에 의하여 요양급여비용이 정하여지는 경우에 보건복지부장관은 그 요양급여비용의 내역을 지체없이 고시하여야 한다.

⑤ 공단의 이사장은 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하는 때에는 제31조의 규정에 의한 재정운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

⑥ 제55조의 규정에 의한 건강보험심사평가원은 공단의 이사장이 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하기 위하여 필요한 자료를 요청하는 경우에는, 이에 성실히 응하여야 한다.

⑦ 제1항의 규정에 의한 계약의 내용 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

법 부칙 제11조(요양급여비용의 적용례) 이 법 시행당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준은 이 법 시행일부터 6월까지 이 법 제42조 제1항의 규정에 의하여 공단의 이사장과 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한 것으로 본다.

시행령 제22조(비용의 본인부담) ① 법 제41조의 규정에 의한 요양급여비용중 본인이 부담할 비용의 부담률 및 부담액은 별표 2와 같다.

② 제1항의 규정에 의한 본인부담액은 요양기관의 청구에 의하여 가입자 또는 피부양자가 요양기관에 지불한다. 이 경우 법 제

39조 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 보건복지부령이 정하는 요양급여사항 또는 비급여사항외의 입원보증금등 다른 명목으로 비용을 청구하여서는 아니된다.

[별표 2] (별지 2) 기재와 같다.

3. 청구인의 주장과 피청구인의 답변 및 이해관계기관의 의견 가. 청구인의 주장

청구인은 요양급여등을 받을 권리가 있고, 보험료 외에 본인일부 부담금을 부담할 의무가 있는 건강보험가입자이고, 피청구인은 국민건강보험사업을 관장하는 국가기관인 바, 피청구인은 아무런 법률상 근거없이 이 사건 개정기준을 고시하여 2000. 9. 1.부터 적용하도록 하였고, 이에 따라 청구인은 본인일부부담금이 인상되는 불이익을 받고 있다.

따라서, 피청구인이 이 사건 개정기준을 고시한 것은 권한 없이 공권력을 행사한 것으로서 청구인의 헌법상 보장된 재산권, 행복추구권, 생존권적 기본권 및 보건권을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변

이 사건 심판청구는, 이 사건 개정기준이 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사에 해당되지 아니하고, 나아가 직접성, 자기관련성, 보충성이 흠결되어 부적법하다. 또한 법 부칙 제11조는 ‘법 시행 후 법 제42조 제3항의 규정에 따라 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준’도 법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약으로 본다는 의미로 넓게 해석하여야 하고, 그렇다면 이 사건 개정규정은 위 법 부칙 제11조에 근거한 것이라고 볼 수 있다.

따라서 이 사건 심판청구는 각하되거나, 기각되어야 한다.

다. 법무부장관의 의견

피청구인의 답변과 대체로 같다.

4. 판 단

가. 재판관 이영모, 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 권성,
재판관 송인준의 의견

(1) 적법요건에 관하여

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사가 직접 청구인의 기본권을 침해할 것을 요건으로 하고 있으며, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다. 그리고 여기서 말하는 권리구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것으로서 사후적·보충적 구제수단을 의미하는 것은 아니며(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 35), 구제절차가 있는 경우에도 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우라든지 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우등에는 바로 헌법소원을 제기할 수 있는 것이다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 185-187; 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865).

청구인은 이 사건 개정기준으로 인하여 본인일부부담금이 인상되는 불이익을 직접 입고 있고, 이 사건 개정기준을 직접 대상으로 하는 다른 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으

로 불확실할 뿐 아니라, 만일 허용된다 하더라도 이 사건 개정기준이 2000. 12. 31.까지 한시적으로만 적용되는 까닭에 그 이후에는 청구인의 권리보호의 이익이 부정될 가능성이 많은 점등을 종합하여 판단하여 보면, 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기는 어려우므로 기본권 구제의 사각지대를 방치할 수 없다는 헌법소원심판제도의 근본적인 취지에 비추어 이 사건 헌법소원심판청구는 적법하다고 하지 않을 수 없다.

(2) 본안에 관하여

(가) 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리를 제한하는 근거와 그 제한의 한계를 설정하여 국민의 자유와 권리의 제한은 “법률”으로써만 할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 기본권의 제한이 원칙적으로 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하다는 것을 의미하고, 직접 법률에 의하지 아니하는 예외적인 경우라 하더라도 엄격히 법률에 근거하여야 한다는 것을 또한 의미한다.

법은 제42조 제1항에서 요양급여비용은 국민건강관리공단의 이사장과 대통령령이 정하는 의약계 대표자 사이의 계약으로 정하게 하고, 제42조 제2항에서 그 계약은 공단과 각 요양기관 간에 체결된 것으로 간주하고 있으며, 제42조 제3항에서 일정한 기한 내에 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 심의조정위원회의 심의를 거쳐 정하는 금액을 요양급여비용으로 하도록 하고 있고, 한편 부칙 제11조에서 법 시행일인 2000. 7. 1.부터 6월까지의 법 시행 당시 종전의 의료보험법등에 의하여 보건복지

부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준은 위 계약으로 정한 것으로 보고 있다. 따라서, 요양급여비용은 2000. 7. 1.부터 2000. 12. 31.까지는 종전의 산정기준에 의하여 결정되고, 2001. 1. 1.부터는 법 제42조 제1항에 의하여 체결된 계약이나 법 제42조 제3항에 의하여 보건복지부장관이 정하는 새로운 산정기준에 의하여 결정되는 것이다.

그런데, 이 사건 개정기준은 2000. 9. 1.부터 2000. 12. 31.까지 적용될 요양급여비용의 산정기준을 피청구인이 정한 것인 바, 피청구인이 국민건강보험사업의 관장기관인 까닭에 적어도 외관상, 법 제42조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 국민건강관리공단과 각 요양기관에게 그 효력이 미치고, 나아가 시행령 제22조 제1항과 그에 따른 [별표 2] 요양급여비용중 본인이 부담할 비용의 부담률 및 부담액의 규정에 의하여 보험가입자등에게까지 직접적인 효력을 미치게 된다. 피청구인이 이 사건 개정기준으로 요양급여비용을 인상한 결과 청구인의 본인일부부담금이 인상됨으로 인하여 청구인의 재산권이 제한되는 것이므로, 만일 이 사건 개정기준이 법률에 근거하지 아니하고 있다면 이는 헌법 제37조 제2항에 위반하여 청구인의 재산권을 침해하는 것이 된다.

(나) 그러므로 나아가 이 사건 개정기준이 법률에 근거하고 있는지 여부를 살펴본다.

법 부칙 제11조가 ‘요양급여비용의 적용례’라는 표제하에 “이 법 시행당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준은 이 법 시행일부터 6월까지는 이 법 제42조 제1항의 규정에 의하여 공단

의 이사장과 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한 것으로 본다”고 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같은 바, 법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1. 폐지된 구 의료보험법 제35조 제1항은 “의료급여 또는 분만급여에 관한 비용은 보건복지부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 정한 기준에 의하여 산정한 금액으로 한다”고 규정하고, 구 국민의료보험법 제39조는 “제27조의 보험급여의 기준과 보험급여비용의 산정기준에 대하여는 의료보험법의 규정을 준용한다”고 규정하고 있었으므로 피청구인은 2000. 6. 26. 보건복지부고시제2000-26호로 의료보험진료수가및약제비산정기준을 정하여 고시한 바 있었다. 그런데, 이 사건 개정기준은 피청구인이 법 시행일 이후인 2000. 9. 4. 위 보건복지부고시제2000-26호를 ‘법 부칙 제11조에 근거하여’ 보건복지부고시제2000-51호로 개정하여 2000. 9. 1.부터 적용하기로 한다는 것이므로, 피청구인이 법시행일 이후에도 법 부칙 제11조에 의하여 요양급여비용의 산정기준을 개정할 권한이 있는지 여부가 문제이다.

살피건대, 달라진 국민건강보험 요양급여비용 결정체계 하에서 단지 산정기준의 공백 방지를 위하여 폐지된 의료보험법등에 근거한 산정기준을 6개월 동안 차용하는 것과 이를 종전처럼 피청구인이 고시로써 개정할 수 있는냐는 별개의 문제인 바, 법 부칙 제11조는 “이 법 시행당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준”에 해당하는 위 2000. 6. 26.자 보건복지부고시제2000-26호를 2000. 7. 1.부터 6개월 동안 법 제42조 제1항의 규정에 의한 계약으로 정한 것으로 간주한다는 것일 뿐, 더 나아가 법 시행일

이후에도 보건복지부장관에게 종전의 의료보험법등에 따라 요양급여비용의 산정기준을 정할 권한을 유지시키거나 종전의 산정기준을 개정할 권한을 준 것으로 해석할 것은 아니다. “이 법 시행일부터 6월까지는 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 요양급여비용의 산정기준을 정한다”는 형식으로 규정하지 아니하고 “이 법 시행 당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준”은 “이 법 시행일부터 6월까지는 이 법 제42조 제1항의 규정에 의하여 공단의 이사장과 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한 것으로 본다”고 규정한 법문의 해석상 이 점은 명백하다. 따라서, 이 사건 개정기준은 피청구인이 법률의 위임에 근거하지 아니하고, 즉 권한 없이 제정·고시한 것이라고 할 수밖에 없다.

(다) 법률의 위임에 근거하여 국민의 기본권을 제한하고 있는 경우에도 그 위임이 일반적·포괄적일 때에는 그 법률 자체의 합헌성조차 부정되는 것인데, 하물며 그러한 위임에 근거하지도 아니하고 국민의 기본권을 제한한다는 것은 도저히 생각할 수 없는 일이다.

이 사건 개정기준은 헌법에 위반된다.

나. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 김효종, 재판관 김경일의 의견

우리는 이 사건 개정규정이 다음과 같은 이유로 국민건강보험법 부칙 제11조 등 관계법령의 규정에 근거하여 개정·시행된 것으로서 합헌이므로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하여야

한다는 의견을 표시한다.

먼저 쟁점이 되고 있는 국민건강보험법 부칙 제11조의 입법목적에 관하여 살펴본다.

2000. 7. 1. 시행된 국민건강보험법은 직장의료보험조합과 공무원·교직원·지역의료보험조합을 통폐합하는 한편, 그 부칙 제2조에서 종전의 의료보험법과 국민의료보험법을 폐지하였는데, 요양급여비용의 산정기준에 관하여 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법과는 그 결정방법을 달리 하여 규정하고 있다. 즉 종전의 의료보험법 제5조 제1항, 제29조 제3항, 제35조 제1항 및 국민의료보험법 제39조의 각 규정에서는 보건복지부장관이 의료보험심사위원회의 심의를 거쳐 요양급여비용의 산정기준을 정하고, 그 기준에 따라 산정한 금액을 요양급여비용으로 하도록 규정하고 있었던 반면, 국민건강보험법 제42조 제1항 내지 제3항에서는 요양급여비용은 원칙적으로 국민건강보험공단 이사장과 대통령령이 정하는 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정하되, 위 계약기간 만료일 전 3월 이내에 계약이 체결되지 아니하는 경우 보건복지부장관이 건강보험심사조정위원회의 심의를 거쳐 정하는 금액을 요양급여비용으로 간주하도록 규정하고 있다.

한편, 2000. 7. 1. 국민건강보험법이 시행되기 전에는 요양급여비용의 산정기준에 관하여 보건복지부장관이 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 관계규정에 따라 2000. 6. 26. 고시한 보건복지부고시 제2000-26호 등이 적용되고 있었으나, 2000. 7. 1. 국민건강보험법의 시행으로 그 근거가 된 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법이 폐지됨에 따라 위 종전의 고시들이 그 효력을

상실하게 되고, 또한 국민건강보험법에 따라 요양급여비용의 산정기준을 새로이 정하는 것도 시간적으로 불가능함으로써 법적 공백상태가 발생하게 되자, 국민건강보험법 시행일부터 6월까지의 기간에 적용될 요양급여비용의 산정기준을 마련하기 위하여 그 부칙 제11조에 “이 법 시행 당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정에 의하여 보건복지부장관이 정한 요양급여비용의 산정기준은 이 법 시행일부터 6월까지는 이 법 제42조 제1항의 규정에 의하여 공단의 이사장과 의약계를 대표하는 자와의 계약으로 정한 것으로 본다”는 내용의 경과규정을 두게 된 것이다.

위와 같은 위 부칙 제11조의 입법목적과 요양급여비용의 산정기준을 정한 고시는 2000. 7. 1. 국민건강보험법이 시행되기 전까지 요양급여비용을 인상 또는 인하하여야 할 사정이 발생할 때마다 필요에 따라 1998년도 3회, 1999년도 4회, 2000년도 2회 등 매년 수회에 걸쳐 개정되어 왔는데, 위헌의견과 같이 위 부칙 제11조를 국민건강보험법 시행일부터 6월까지의 기간에는 보건복지부고시 제2000-26호 등 위 종전의 고시들만이 적용되어야 한다고 해석하는 경우에는 요양급여비용을 인상 또는 인하하여야 할 급박한 사정이 발생하는 때에도 이를 개정할 수 없는 등 매우 경직되고 불합리한 결과에 이르게 되는 점 등 여러 사정을 종합하여 볼 때, 위 부칙 제11조는 국민건강보험법 시행일부터 6월까지의 기간에는 국민건강보험법 시행 당시 종전의 의료보험법 및 국민의료보험법의 규정, 즉 국민건강보험법 부칙 제2조에 의하여 폐지된 종전의 의료보험법 제5조 제1항, 제29조 제3항, 제35조

제1항 및 국민의료보험법 제39조의 각 규정에 의하여 보건복지부장관이 종전과 같이 필요에 따라 정한 요양급여비용의 산정기준(다만, 국민건강보험법의 시행 이후 요양급여비용의 산정기준을 개정하는 경우에는 국민건강보험법의 시행으로 해산된 의료보험심의위원회의 심의를 거칠 수는 없으므로, 국민건강보험법 제4조 제1항에 따라 건강보험심의조정위원회의 심의를 거쳐야 할 것이다)에 의하여 산정한 금액을 요양급여비용으로 간주하도록 규정한 취지로 유연하게 해석함이 상당하다고 할 것이다.

그런데 기록에 의하면, 피청구인 보건복지부장관은 위 부칙 제11조, 종전의 의료보험법 제29조 제3항, 제35조 제1항, 국민의료보험법 제39조 및 국민건강보험법 제4조 제1항의 각 규정에 의하여 2000. 8. 24. 경 건강보험심의조정위원회의 심의를 거쳐 보건복지부고시 제2000-26호 등 종전의 요양급여비용의 산정기준을 개정하고, 같은 해 9. 4. 보건복지부 고시제2000-51호로 이 사건 개정규정을 고시하였음을 알 수 있으므로, 이 사건 개정규정은 위 관계법령의 규정에 따라 적법하게 개정·시행되었다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 개정규정은 합헌이므로, 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없어 이를 기각하여야 할 것이다.

5. 결 론

이 사건 개정기준에 대하여 재판관 이영모, 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 권성, 재판관 송인준 등 5명이 위헌이라는 의견이고, 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 김효중, 재판관 김경일 등 4명이 기각이라는 의견인 바, 위헌의견에 찬성한 재판

관은 5인이어서 다수이기는 하지만 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 위헌결정을 위한 심판정족수에는 이르지 못하여 위헌결정을 할 수 없으므로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 이영모 한대현(주심) 하경철
김영일 권 성 김효중 김경일 송인준

(별지 1)

보건복지부고시제2000-51호

국민건강보험법 부칙 제11조에 의한 “의료보험진료수가및약제비 산정기준(보건복지부고시제2000-26호, 2000. 6. 26.)” 중 다음과 같이 개정 고시합니다.

2000년 9월 4일

보건복지부장관

의료보험진료수가및약제비산정기준중개정
의료보험진료수가및약제비산정기준중 다음과 같이 개정한다.

제명 “의료보험진료수가및약제비산정기준”을 “건강보험진료수가 및약제비산정기준”으로 한다.

제2부 진료수가(약제비)기준액표및산정지침 제1장 기본진료료 가-1 외래환자진찰료 중 나. 재진진찰료를 다음과 같이 한다.

분류번호	코드	분 류	금액(원)
가 - 1	AA204	외래환자 진찰료 나. 재진진찰료 (1) 의과의원	5,300
	AA203	(2) 병원, 종합병원, 종합전문요양기관	4,700
	AA200 (10200)	(3) 치과의원, 한의원, 치과병원, 한방병원, 요양병원, 보건의료원	3,700

제2부 진료수가(약제비)기준액표및산정지침 제4장 투약 및 처방·조제료 라-3 원외처방료 중 주3을 삭제하고 가. 내복약(1회당)과 나. 외용약 또는 주사제를 다음과 같이 한다.

분류번호	코드	분 류	금액(원)
라 - 3		원외처방료	
		가. 내복약[1회당]	
		(1) 15일분 이내 처방시	
	J3010	1일분	2,460
	J3020	2일분	2,960
	J3030	3일분	3,440
	J3040	4일분	3,660
	J3050	5일분	3,880
	J3060	6일분	4,100
	J3070	7일분	4,320
	J3080	8일분	4,540
J3090	9일분	4,760	
J3100	10일분	4,980	

분류번호	코 드	분 류	금액(원)
	J3110	11일분	5,200
	J3120	12일분	5,420
	J3130	13일분	5,640
	J3140	14일분	5,860
	J3150	15일분	6,080
	J3160	(2) 16일분 이상 30일분까지	8,390
	J3180	(3) 31일분 이상 60일분까지	11,560
	J3190	(4) 61일분 이상	14,730
	J3500	나. 외용약 또는 주사제[1회당]	2,540
	J3501	주 : 내복약과 동시에 처방한 경우에는 소정금액의 50%를 산정 한다.	

제2부 진료수가(약제비)기준액표및산정지침 제10장 치과 처치·수술료[산정지침] (5)를 다음과 같이 한다.

(5) 만8세 미만의 소아에 대하여 보통처치(차-1), 즉일충전처치(차-6), 즉일발수근충(차-7), 치수절단(차-9), 발수(차-10), 근관세척(차-11), 근관확대(차-11-1), 근관충전(차-12), 충전(차-13), 와동형성(차-13-1), 응급근관처치(차-18)를 행한 경우에는 소정금액의 30%를 가산한다(산정코드 첫 번째 자리에 3으로 기재).

제2부 진료수가(약제비)기준액표및산정지침 제15장 한방시술료 및 처치료 제1절 시술료 하-11 중요혈위침술 주1. 중 “다음 혈에 대침 또는 장침으로 3cm 이상 심부자침을 시술한 경우”를 “다음 혈에 시술한 경우”로 한다.

제2부 요양급여비용행위목록상대가치점수표및산정지침 제16장 약국약제비[산정지침] 중 “(10) 및 (11)”을 다음과 같이 신설한다.

(10) 평일 18시(토요일은 13시)~09시 또는 관공서의 공휴일에 관한 규정에 의한 공휴일에 조제투약하는 경우에는 기본조제기술료(약-2), 복약지도료(약-3) 및 조제료(약-4) 소정금액의 30%를 가산한다.(산정코드 두 번째 자리에 야간은 1 공휴일은 5로 기재)

(11) 만 6세미만의 소아에 대하여 조제투약하는 경우에는 200원을 기본조제기술료(약-2)에 가산한다(산정코드 첫 번째 자리에 6으로 기재).

부 칙

이 고시는 고시한 날부터 시행하되 2000년 9월 1일부터 적용한다.

(별지 2)

[별표 2]

요양급여비용중 본인이 부담할 비용의 부담률 및 부담액(제22조 제1항관련)

1. 요양급여비용중 본인이 부담할 비용의 부담액은 다음 각목의 1에 해당하는 금액에 제3호의 규정에 의하여 산정한 금액을 합한 금액

가. 입원진료(나목중 보건복지부장관이 정하는 고가특수의료장비를 이용한 진료의 경우를 제외한다) 및 만성신부전증환자등 보건복지부장

관이 정하는 요양급여를 받은 경우(약국인 요양기관에서 처방전에 의하여 의약품을 조제받는 경우를 포함한다)는 요양급여비용총액(제3호의 규정에 해당되는 비용은 제외한다. 이 호에서 같다)의 100분의 20

나. 외래진료의 경우 및 보건복지부장관이 정하는 고가특수의료장비를 이용한 진료의 경우

기관종별	소재지	요양급여비용총액에 관한 조건	본인부담액
종합전문요양기관	모든지역		진찰료총액+(요양급여비용총액-진찰료총액)×55/100
종합병원	동지역		진찰료총액+(요양급여비용총액-진찰료총액)×55/100
	읍면지역	요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하는 경우	요양급여비용총액×55/100
		요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하지 아니하는 경우	보건복지부령이 정하는 금액
병원·치과병원·한방병원·요양병원	동지역		진찰료총액+(요양급여비용총액-진찰료총액)×40/100
	읍면지역	요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하는 경우	요양급여비용총액×40/100
		요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하지 아니하는 경우	보건복지부령이 정하는 금액
의원·치과의원·한의원·보건의료원·보건소·보건지소·보건진료소	모든지역	요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하는 경우	요양급여비용총액×30/100
		요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하지 아니하는 경우	보건복지부령이 정하는 금액

※ 고가특수의료장비를 이용한 입원진료의 경우의 요양급여비

용총액은 고가특수의료장비를 이용한 비용의 총액에 한함.

다. 약국의 경우

(1) 진료를 담당한 의사 또는 치과의사가 발행한 처방전에 의하여 의약품을 조제받은 경우 [제1호 가목중 만성신부전증환자등 보건복지부장관이 정하는 요양급여를 받은 경우(약국인 요양기관에서 처방전에 의하여 의약품을 조제받는 경우를 포함한다)는 제외한다]

(가) 요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하는 경우에는 요양급여비용총액의 100분의 30

(나) 요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하지 아니하는 경우에는 보건복지부령이 정하는 금액

(2) 진료를 담당한 의사 또는 치과의사가 발행한 처방전에 의하지 아니하고 의약품을 조제받은 경우(약사법 제21조 제4항 제1호에 해당하는 경우에 한한다)

(가) 요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하는 경우에는 요양급여비용총액의 100분의 40

(나) 요양급여비용총액이 보건복지부령이 정하는 금액을 초과하지 아니하는 경우에는 보건복지부령이 정하는 금액

2. 제1호의 규정에 불구하고 보건복지부장관이 정하여 고시하는 질병군에 대하여 입원진료를 받은 경우에는 보건복지부장관이 고시로 정한 기준에 의하여 산정한 금액의 100분의 20에 해당하는 금액에 제3호의 규정에 의하여 보건복지부령이 정하는 요양급여의 항목에 해당하는 비용을 합한 금액

3. 법 제48조 제3항의 규정에 의하여 급여가 제한되는 경우, 법 제49조 제3호 및 제4호의 규정에 의하여 급여가 정지되는 경

우, 보험재정에 상당한 부담을 초래한다고 인정되는 경우등 보건복지부령이 정하는 경우에는 보건복지부령이 정하는 항목의 요양급여비용의 100분의 100의 범위 안에서 보건복지부령이 정하는 금액