

# 발 간 사

2003년 10월 처음 결정해설집을 발간한 이래 매년 발간 작업을 거듭하여 올해로 다섯 번째의 성과물을 내놓게 되었습니다.

무릇 사법기관의 판단은 그 표현이 간결하고 평이하여야 하며, 그 자체로 충분히 이해가 될 수 있는 자족성을 갖추고 있어야 합니다. 특히, 국민의 생활규범인 헌법의 의미와 내용을 선언·확인하는 헌법재판소의 결정이 더욱 그러한 요청에 부응하여야 함은 말할 필요조차 없겠으나, 여러 가지 제약으로 말미암아 그렇지 못한 경우가 많은 것이 사실입니다. 또한 결정에 대한 올바른 이해를 위하여는 결정이 갖는 의미를 전달할 필요를 느끼는 경우도 있게 마련입니다.

헌법재판소는 이러한 문제점들을 해소하기 위한 방안의 하나로 매년 헌법연구관 등이 결정을 해설한 결정해설집을 발간하여 오고 있습니다. 올해는 2006년도에 선고된 결정 중 교원지위향상을위한특별법 제10조 제3항 위헌제청사건 등 모두 26건의 주요사건결정에 대한 해설을 담아 해설집을 발간하게 되었습니다. 아무쪼록 이 해설집이 헌법재판소 결정에 대한 이해를 돕고 나아가 학문적 연구에 없어서는 안 될 좋은 연구자료로 활용되기를 기대합니다.

우리는 헌법재판소 결정해설집의 발간에 의해 위와 같은 문제점들이 모두 해소되리라고는 생각하지 않습니다. 국민들이 헌법재판소의 결정에 더욱 가까이 다가가 그 내용을 보다 쉽게 이해할 수 있도록 가능한 방안을 지속적으로 강구해 나가도록 하겠습니다.

끝으로, 이 책에 실린 해설은 집필을 담당한 헌법연구관 개인의 견해일 뿐 헌법재판소의 공식적 견해가 아니라는 점을 밝혀두면서, 연구 업무에

바쁜 중에도 정성껏 원고를 작성하여 주신 헌법연구관 집필자 여러분과 이  
책의 발간을 위하여 애써 주신 발간위원들께 심심한 감사의 말씀을 드립니  
다.

2007. 12.

헌법재판소 사무처장 **하 철 용**

# 목 차

교원지위향상을 위한 특별법 제10조 제3항 위헌제청 등 ..... 손인혁 .....	1
국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 .....	전종익 ..... 31
부가가치세법 제6조 제1항 등 위헌소원 .....	전병관 ..... 45
국가유공자 예우및지원에 관한 법률 제31조 제1항 등 위헌확인 .....	이명웅 ..... 65
대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌소원 .....	이명웅 ..... 99
지방자치법 제87조 제1항 위헌확인 .....	진창수 ..... 121
소득세법 제43조 제3항 위헌제청 .....	김성진 ..... 143
폭력행위등처벌에 관한 법률 제3조 제1항 위헌제청 .....	함상훈 ..... 173
특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조 제4항 제1호 등 위헌확인 .....	사봉관 ..... 197
구 상속세및증여세법 제78조 제1항 위헌소원 .....	김인숙 ..... 217
교육공무원법 제24조 제4항 등 위헌확인 .....	이준상 ..... 241
대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법 위헌확인 .....	진창수 ..... 271
제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법안 제15조 제1항 위헌확인 .....	전종익 ..... 295
부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제5조 제2항 위헌제청 등 .....	최갑선 ..... 317
구 지방세법 제234조의9 제2항 제6호 위헌소원 등 .....	김주경 ..... 347

도로교통법 제78조 제1항 제14호 위헌소원 .....	우승아 .....	373
정치자금법 제6조 위헌확인 .....	배보운 .....	399
신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률		
제16조 등 위헌확인 .....	김현철 .....	421
성매매알선등행위처벌에관한법률		
제2조 제1항 제2호 다목 위헌확인 .....	박준희 .....	477
중소기업의 구조개선과 재래시장활성화를 위한		
특별조치법 제16조 제1항 등 위헌소원 .....	이준상 .....	497
구 관세법 제179조 제2항 제1호 등 위헌소원 .....	김주경 .....	525
정치자금에관한법률 제18조 위헌확인 .....	이은희 .....	547
광양시등과 순천시등간의 권한쟁의 .....	지성수 .....	565
구 상호신용금고법 제37조의2 위헌제청 .....	노희범 .....	587
국적법 제12조 제1항 등 위헌확인 .....	김하열 .....	613
교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률		
제6조 제1항 후문 위헌소원 .....	김현철 .....	641

## 교원지위향상을 위한 특별법 제10조 제3항 위헌제청 등

-교원징계재심위원회 재심절차 및 재심결정의 법적 성격을  
중심으로-

(2006. 2. 23. 2005헌가7, 2005헌마1163(병합), 판례집 18-1상, 58)

손인혁\*

### 【관시사항】

1. 교원징계재심위원회(이하 ‘재심위원회’라고 한다)의 재심결정에 대한 불복절차를 형성하는 입법형성권의 범위와 그 한계
2. 학교법인과 그 소속교원의 법률관계 및 교원에 대한 징계 등 불리한 처분의 법적 성격
3. 사립학교 교원이 당사자인 재심절차 및 재심결정의 법적 성격
4. 재심결정에 불복하는 경우 교원에게만 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 학교법인에게는 이를 금지한 ‘교원지위향상을 위한 특별법’ 제10조 제3항이 헌법에 위배되는지 여부
5. 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관한 우리 재판소의 종전 견해를 변경한 사례

### 【심판대상】

‘교원지위향상을 위한 특별법’(2001. 1. 29. 법률 제6400호 및 2005. 1. 27. 법률 제7354호로 각 개정된 것, 이하 ‘교원지위법’이라 한다) 제10조 제3항

---

\* 헌법연구관

(이하 이들 조항을 통칭하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부(2005헌마1163 사건의 청구인은 교원지위법 제10조 제2항도 심판대상으로 삼았으나, 그 청구이유에서 학교법인의 제소권한을 제한한 것만을 다루고 있으므로 이를 심판대상에서 제외한다).

교원지위법(2001. 1. 29. 법률 제6400호로 개정된 것) 제10조(재심결정)  
①재심위원회는 재심청구를 접수한 날부터 60일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다. 다만, 재심위원회가 불가피하다고 인정하는 경우에는 그 의결로 30일을 연장할 수 있다.

②재심위원회의 결정은 처분권자를 기속한다.

③교원은 재심위원회의 결정에 대하여 그 결정서의 송달을 받은 날부터 60일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소송을 제기할 수 있다.

교원지위법(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정된 것) 제10조(소청심사결정)

③교원은 심사위원회의 결정에 대하여 그 결정서의 송달을 받은 날부터 60일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소송을 제기할 수 있다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

#### 가. 2005헌가7 사건

(1) 제청신청인은 ○○대학교를 설치·운영하는 학교법인이고, 당해사건의 피고 교육인적자원부 교원징계재심위원회의 보조참가인 남○정은 1996. 3. 1. 위 대학교 조형예술학부 공예학과에 전임강사로 임용되어 조교수로 근무하다가 2004. 8. 31. 그 임용기간이 만료될 예정인 자이다.

(2) 제청신청인 산하에 설치된 교원인사위원회는 2004. 6. 23. 위 남○정에 대한 재임용 여부를 심사한 결과, 동료교수와의 갈등에 학생을 끌어들이 정상적인 학사운영을 저해하는 등 교수로서의 품위와 명예를 실추시켰다는 이유로 재임용하지 아니하기로 의결하고 이를 같은 달 25. 위 남○정에게 통지하였다.

(3) 이에 남○정은 같은 해 7. 16. 교원지위법 제9조 제1항에 근거하여 당해사건 피고에게 위 재임용거부처분의 취소를 구하는 재심을 청구하였

고, 당해사건 피고는 같은 해 9. 20. 제청신청인의 재임용거부행위가 교원지위법 제7조 제1항의 '의사에 반하는 불리한 처분'에 해당한다며 위 재심청구를 인용하는 결정을 하였다.

(4) 그러자 제청신청인은 2005. 1. 13. 서울행정법원에 위 재심결정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하면서 함께 재심결정에 대한 불복권한을 교원으로 한정된 교원지위법 제10조 제3항에 대하여 위헌심판 제청신청을 하였고, 위 법원은 같은 해 4. 8. 위 법률조항에 대한 위헌제청결정(2005아106)을 하였다.

## 나. 2005헌마1163 사건

(1) 청구인은 청구의 손○남을 2003. 9. 1. 청구인 소속의 □□대학교 자연과학대학 컴퓨터공학과 전임강사로 임용하였으나, 위 손○남이 저서 및 연구논문의 부정사용행위를 하였다는 이유로 법령과 정관이 정한 절차에 따라 2005. 6. 24. 해임처분을 하였다.

(2) 이에 위 손○남은 교원지위법에 근거하여 교원인적자원부 교원소청심사위원회에 위 해임처분에 대한 소청심사를 청구하였고, 위 위원회는 위 손○남에 대한 징계를 정직 3월로 변경하는 결정을 하였다.

(3) 그러자 청구인은 같은 해 11. 29. 교원소청심사위원회의 결정에 대한 불복권한을 교원으로 한정하고 학교법인은 위 결정에 기속되어 이에 불복할 수 없도록 한 교원지위법 제10조 제2항 및 제3항이 위헌이라고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 위헌제청이유 및 이해관계인의 의견 요지

### 가. 위헌제청이유의 요지

(1) 사립대학 소속 교원의 재임용이 거부된 경우 교원은 교원지위법 제9조에 따라 재심위원회에 재심을 청구할 수 있고, 재심위원회가 재임용거부처분을 취소하는 결정을 하는 때에는 학교법인은 그 결정에 기속되어 그에 따른 법률관계를 형성할 의무를 부담한다. 그리고 반대로 재심위원회가 재심청구를 기각하는 결정을 하는 때에는 교원은 이에 불복하여 다시 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다. 그런데 이 사건 법

률조항은 재심위원회가 사립학교 교원에 대한 학교법인의 재임용거부처분을 취소하는 결정을 하였음에도 학교법인에게는 재심위원회의 결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수 없게 함으로써 재판청구권을 보장한 헌법 제27조 제1항 및 명령·규칙 또는 처분에 대한 대법원의 위헌심사권을 규정한 헌법 제107조 제2항에 위배된다.

(2) 국·공립학교 교원의 임용권자인 교육행정청은 행정의 자기구속 범리상 재심위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 없음이 당연하지만, 제청신청인은 사법인으로서 학교법인과 그 소속교원간의 사법상의 법률분쟁에 대하여 재판을 받을 권리가 인정된다.

(3) 학교법인에게 재심위원회의 결정에 대한 제소권한을 인정하더라도 교원의 신분보장이라는 교원지위법의 입법목적은 달성하는 데 어떠한 장애가 생긴다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 그 입법 목적을 달성하기 위한 합리적 수단이라고 볼 수 없으므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 위배된다.

(4) 헌법 제31조 제4항은 대학의 자율성을 보장하고 있는바, 이러한 대학의 자율성은 학문연구기관으로서 대학의 인사, 학사, 질서, 재정 등 대학의 운영에 관한 모든 사항을 외부의 간섭 없이 대학이 자율적으로 결정할 수 있을 때에만 그 실효성을 기대할 수 있다. 그런데 학교법인의 재임용거부행위가 합리적인 기준에 의하여 대상자에게 정당한 심사를 받을 기회를 보장하면서 이루어졌음에도 재심위원회가 이를 무시하고 명백히 부당한 재심결정을 하는 경우, 학교법인은 그 결정에 확정적으로 기속될 수밖에 없고 법원을 통하여 권리구제를 받을 기회도 갖지 못하게 되므로 대학의 자율성의 본질적인 내용이 침해된다.

## 나. 이해관계인의 의견 요지

### (1) 제청신청인의 의견요지

(가) 재심위원회의 재심결정이 정의와 형평의 관념에 현저히 위배되거나 헌법재판소 또는 대법원의 판례에 명백히 위배되는 경우에 행정청이 아닌 사법인에 불과한 학교법인이 그 결정에 무조건 따라야 하고 시정을 구할 기회를 갖지 못한다면, 이는 교원의 신분보장이라는 입법목적으로 넘어 불



법과 불의를 옹호하는 것이다.

(나) 학교법인과 그 소속교원간에 발생하는 모든 법률적 분쟁에 대하여 민사소송절차를 거치도록 한 점, 징계처분을 받은 교원의 경우 민사소송과 재심청구를 선택할 수 있어 교원의 선택여하에 따라 학교법인의 재판청구권행사 여부가 달라지는 점, 사용자의 부당노동행위 등 노사분쟁에 대하여 근로자 또는 노동조합이 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 사용자·근로자 모두 행정소송을 제기할 수 있는 점, 학교법인에게 재심결정에 불복할 수 있는 기회를 부여하더라도 교원지위법의 입법목적 달성에 아무런 장애가 발생하지 않고 그 결정의 효력이 정지되는 것도 아닌 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위배된다.

(다) 헌법재판소는 1998. 7. 16. 95헌바19등 사건에서 이 사건 법률조항에 대하여 합헌결정을 선고하였다. 그러나 위 결정은 재임용거부가 아닌 징계처분이 재판의 전제가 된 것으로 당시에는 재임용거부가 교원지위법이 정하는 재심청구의 대상인 불리한 처분에 해당하지 아니하였으므로 현저한 사정변경이 존재한다.

## (2) 청구인의 주장요지(2005헌마1163 사건)

(가) 국가는 사립학교 교원의 신분보장이라는 공익목적을 달성하기 위하여 원래는 사법적 권리구제수단에 따라 해결하여야 할 학교법인과 사립학교 교원 사이의 신분상 분쟁에 개입하여 단순히 분쟁을 경제적·효율적으로 해결하는 데 그치지 않고 학교법인의 헌법적 권리인 재판청구권을 박탈하는 상황에 이르렀다.

(나) 교원지위법은 전국교직원노동조합에 가입하였다는 이유로 다수의 교사가 해직된 상태에서 교단의 안정을 기하려는 취지에서 제정된 법률인바, 교원노동조합을 불법화하면서도 교원의 사회적·경제적 지위의 향상이라는 요구를 수용하고 이 사건 법률조항을 둠으로써 학교법인의 경영권 내지 재량권을 제한하고 있다.

## (3) 교육인적자원부장관의 의견요지

(가) 헌법 제31조 제1항은 국민의 교육을 받을 권리를 보장하고, 제6항은 교육제도 및 교원지위 법정주의를 규정하고 있는바, 이에 근거하여 교원지위법은 국·공립과 사립학교의 교원을 구별하지 아니하고 불이익한 처분에 대한 구제수단을 마련하고 있다. 이는 현재의 학교교육에서 사립학교가 차지하는 비중이 막중하고 사립학교 교원도 국가의 공교육을 담당한다는 점에서 국·공립학교 교원과 차이가 없기 때문이다. 그리고 학교법인은 사립학교를 설치·경영함을 목적으로 설립된 법인으로 학교의 설립·운영에 관한 사항뿐 아니라 교사의 임면 등 인사에 관한 사항에 대해서도 국가의 지도·감독을 받고 있다. 따라서 이러한 학교법인의 특수한 지위와 공공성에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 학교법인을 행정청과 유사한 지위에 있는 것으로 인정하고 재심위원회의 재심결정에 대하여 기속력을 인정함과 동시에 교원에게만 행정소송을 제기할 수 있도록 하였다고 하여 학교법인의 재판청구권과 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

(나) 재심위원회가 학교법인의 재임용거부처분에 대한 재심청구를 담당하는 것은 교원의 부당한 신분박탈을 방지함에 있고, 재심결정에 대하여 교원만 불복할 수 있게 한 것은 교원에 대한 신속한 권리구제에 그 취지가 있는바, 이는 학교법인과 의 관계에서 약자의 지위에 있는 사립대학의 교원을 보호함으로써 자유롭게 학문을 연구하고 학생을 지도하게 하는 등 대학의 학문적 활동을 보장하려는 것이므로 오히려 대학의 자율성을 보호하는 것이다.

### **【결정요지】**

1. 헌법 제27조 제1항의 재판청구권의 실현은 재판권을 행사하는 법원의 조직과 소송절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하고, 따라서 입법자는 소송요건과 관련하여 소송의 주체·방식·절차·시기·비용 등에 관하여 규율할 수 있다. 그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 형성을 완전히 입법자에게 맡기지 아니하는바, 입법자가 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공한다면 그러한 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미할 수 있기 때문이다. 그러므로 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을

가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라, 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성 있는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖출 것을 요청한다. 비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도 절차적 규정들에 의하여 법원에의 접근이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로 바로 여기에 입법형성권의 한계가 있다.

2. 사립학교 교원은 학교법인과 사법상 고용계약에 의하여 임면되고 학생을 교육하는 대가로서 학교법인으로부터 임금을 지급받으므로 학교법인과 소속교원의 관계는 원칙적으로 사법적 법률관계에 기초하고 있다. 비록 학교법인에 대하여 국가의 광범위한 감독과 통제가 행해지고, 사립학교 교원의 자격, 복무 및 신분보장을 공무원인 국·공립학교 교원과 동일하게 보장하고 있지만, 이 역시 이들 사이의 법률관계가 사법관계임을 전제로 그 신분 등을 교육공무원의 그것과 동일하게 보장한다는 취지에 다름 아니다. 따라서 학교법인의 소속교원에 대한 인사권의 행사로서 징계 등 불리한 처분 또한 사법적 법률행위로서의 성격을 가진다.

3. 행정심판이라 함은 행정청의 처분 등으로 인하여 침해된 국민의 기본권 등 권익을 구제하고 행정의 자기통제 및 자기감독을 실현함으로써 행정의 적법성을 보장하는 권리구제절차이므로, 학교법인과 그 소속교원 사이의 사법적 고용관계에 기초한 교원에 대한 징계 등 불리한 처분을 그 심판 대상으로 삼을 수는 없는 것이다. 따라서 재심위원회를 교육인적자원부 산하의 행정기관으로 설치하는 등의 교원지위법 조항에도 불구하고 여전히 재심절차는 학교법인과 그 소속교원 사이의 사법적 분쟁을 해결하기 위한 간이분쟁해결절차로서의 성격을 갖는다고 할 것이므로, 재심결정은 특정한 법률관계에 대하여 의문이 있거나 다툼이 있는 경우에 행정청이 공적 권위를 가지고 판단·확정하는 행정처분에 해당한다고 봄이 상당하다.

4. 사립학교 교원이 제기한 민사소송에 대하여 학교법인이 응소하거나 피고로서 재판절차에 참여함으로써 자신의 권리를 주장하는 것은 어디까지나 상대방인 교원이 교원지위법이 정하는 재심절차와 행정소송절차를 포기하고 민사소송을 제기하는 경우에 비로소 가능한 것이므로 이를 들어 학교

법인에게 자신의 침해된 권익을 구제받을 수 있는 실효적인 권리구제절차가 제공되었다고 볼 수 없고, 교원지위부존재확인 등 민사소송절차도 교원이 처분의 취소를 구하는 재심을 따로 청구하거나 재심결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우에는 민사소송의 판결과 재심결정 또는 행정소송의 판결이 서로 모순·저촉될 가능성이 상존하므로 이 역시 간접적이고 우회적인 권리구제수단에 불과하다. 그리고 학교법인에게 재심결정에 불복할 제소권한을 부여한다고 하여 이 사건 법률조항이 추구하는 사립학교 교원의 신분보장에 특별한 장애사유가 생긴다든가 그 권리구제에 공백이 발생하는 것도 아니므로, 이 사건 법률조항은 분쟁의 당사자이자 재심절차의 피청구인인 학교법인의 재판청구권을 침해한다.

또한 학교법인은 그 소속 교원과 사법상의 고용계약관계에 있고 재심절차에서 그 결정의 효력을 받는 일방 당사자의 지위에 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 합리적인 이유 없이 학교법인의 제소권한을 부인함으로써 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되고, 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분의 적법여부에 관하여 재심위원회의 재심결정이 최종적인 것이 되는 결과 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판권능을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에도 위배되며, 행정처분인 재심결정의 적법여부에 관하여 대법원을 최종심으로 하는 법원의 심사를 박탈함으로써 헌법 제107조 제2항에도 아울러 위배된다.

5. 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 우리 재판소가 종전의 1998. 7. 16. 95헌바19등 결정에서 이와 견해를 달리하여 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 의견은 이를 변경하기로 한다.

**【해설】**

**1. 교원에 대한 징계 등 불리한 처분과 그에 대한 구제수단**

국·공립학교 교원 및 사립학교 교원이 그 임면권자<sup>1)</sup>로부터 파면, 해임 등 징계처분<sup>2)</sup>을 받거나 기간제로 임용된 교원의 재임용이 거부<sup>3)</sup>되는 등

---

1) 국·공립학교 교원의 임면권자는 대통령, 교육인적자원부장관 등 교육행정기관이고(교육공무원법 제24조 이하), 사립학교 교원의 임면권자는 학교법인, 사립학교 경영자이다(사립학교법 제53조).

교원이 그 의사에 반하는 불리한 처분<sup>4)</sup>을 받은 경우 다음과 같이 교원지위법 등이 정하는 불복절차에 따라 구제를 받을 수 있다.

### 가. 교원지위법 제정 전의 구제수단

(1) 국·공립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 교육공무원법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 개정되기 전의 것) 제50조에 따라 교육공무원징계위원회의 의결을 거쳐 행하게 되고, 이에 불복하는 경우 국가공무원법에 의하여 총무처에 설치된 소청심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다(제52조). 그리고 국·공립학교 교원에 대한 징계 등 처분은 행정처분의 성격을 갖고, 소청심사위원회의 결정은 행정심판의 재결에 해당하므로 이에 불복하는 경우 징계처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있었다.<sup>5)</sup>

(2) 사립학교 교원에 대한 징계처분은 사립학교법(1991. 5. 31. 법률 제4376호로 개정되기 전의 것) 제62조에 따라 교원징계위원회의 의결을 거쳐 행하게 되고, 이에 불복하는 경우 각 학교법인이 그 산하에 설치하는 재심위원회<sup>6)</sup>에 재심청구(제67조)를 하거나 징계 등 불리한 처분의 무효 등을

- 
- 2) 징계처분에는 국가공무원법 제79조, 사립학교법 제61조 제2항이 정하는 파면, 해임, 정직, 감봉, 견책 등이 있다.
  - 3) 기간제로 임용된 교원에 대한 재임용거부는 임면권자의 자유재량행위로서 징계 등 불리한 처분의 무효 등을 구하는 민사소송절차에서 소의 이익이 부정되었고(대법원 1997. 6. 27. 선고 96다7069 판결), 교원지위법 제9조 제1항이 정하는 재심위원회의 재심청구사유로서 '의사에 반하는 불리한 처분'에 해당하지도 아니하여 따로 구제수단이 없었다. 그러나 헌법재판소가 2003. 12. 18. 2002헌바14 결정(판례집 15-2, 466)에서 위 교원지위법 조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하였고, 이에 따라 국회가 2005. 1. 27 법률 제7354호로 교원지위법을 개정하여 교원소청심사위원회(중건의 재심위원회)의 권한을 정한 제7조 제1항의 불리한 처분에 교원에 대한 재임용거부처분을 추가하였다.
  - 4) 재임용거부처분 외에 휴직, 강임, 직위해제, 전보, 강요에 의한 의원면직 등 교원의 지위나 신분보장과 관련한 모든 종류의 불리한 처분이 이에 해당한다. 정종섭, '교원지위향상을 위한 특별법 제10조 제3항의 위헌여부에 관한 정종섭의 견해', 헌법재판자료집 제9집(1999), 268면 이하 참조
  - 5) 이 때 행정소송의 피고는 불리한 처분을 한 처분청이고, 소송물은 원처분으로서 징계처분 등 불리한 처분이다.
  - 6) 재심위원회는 5인 내지 9인의 위원으로 구성하되 그 위원은 이사회 또는 사인인 사립학교경영자가 선임하여 감독청의 승인을 받도록 하였다(제67조 제2항). 따라서 그 공정성과 독립성이 문제되었는데, 1990. 4. 7. 법률 제4226호로 사립학교법을 개정하면서 재심위원회를 관할청별로 설치하고 그 위원을 판사·검사·변호사·교

주장함으로써 민사소송절차에 따라 이를 다룰 수 있다. 따라서 사립학교 교원의 경우에는 학교법인이 사립학교법 규정에 따라 그 내부에 설치하는 사적 기구로서 재심위원회와 징계 등 불리한 처분의 무효 등을 구하는 민사소송절차에 따라 권리구제를 받을 수 있었다.

### 나. 교원지위법 제정 후의 구제수단

(1) 1991. 5. 31. 법률 제4376호로 제정된 교원지위법은 국·공립학교 교원과 사립학교 교원을 구별하지 아니하고 교육공무원징계위원회(국·공립학교 교원)와 교원징계위원회(사립학교 교원)<sup>7)</sup>의 의결을 거친 징계처분 기타 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 교육인적자원부에 설치된 재심위원회에 재심을 청구할 수 있게 함으로써 종래 총무처 산하의 소청심사위원회와 학교법인 산하의 재심위원회로 나누어져 있던 불복절차를 재심위원회로 일원화하였다.

이는 사립학교 교원의 경우 재심절차의 독립성과 공정성을 확보하기 위함이고(국·공립학교 교원과 비교하여),<sup>8)</sup> 국·공립학교 교원의 경우 그 신분 내지 직무의 특수성을 반영한 것(일반공무원과 비교하여)<sup>9)</sup>으로 궁극적으로는 교원의 신분보장을 강화함으로써 그 지위를 향상시키려는 데 그 취지가 있다. 즉, 교원지위법은 학교법인이 그 산하에 스스로 설치하는 재심위원회의 재심절차가 학교법인의 전횡으로 사실상 권리구제수단으로 미흡하였던 점을 시정하고, 재심절차의 독립성과 공정성을 확보하기 위하여 적

---

원·학교법인의 임원 또는 사립학교경영자 및 교육에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 중에서 관할청 소속 학교법인 및 사립학교경영자가 협의하여 선임하도록 하였다(그러나 끝이어서 교원지위법이 제정됨으로써 실제로 이에 따른 재심위원회의 구성은 이루어지지 아니하였다).

7) 교육공무원징계위원회는 교육공무원의 징계처분을 의결하게 하기 위하여 대통령령이 정하는 교육기관·교육행정기관 및 교육연구기관에 설치하는 기관이고(교육공무원법 제50조), 교원징계위원회는 사립학교 교원의 징계를 의결하기 위하여 학교법인 등에 설치된 기관이다(사립학교법 제62조).

8) 학교법인이 그 산하에 스스로 설치하는 재심위원회는 그 공정성과 독립성에 문제가 있었으므로 교육인적자원부에 설치된 재심위원회가 당사자로부터 독립하여 징계 등 불리한 처분에 대한 재심절차를 담당하도록 하였다.

9) 종래 교육공무원도 국가공무원법에 따라 총무처에 설치된 소청심사위원회에 재심청구를 할 수 있도록 하였다. 그 결과 교육공무원의 신분상 또는 업무상의 특수성이 전혀 고려되지 아니하였다.

어도 국·공립학교 교원에 대한 구제절차에 상응하는 정도의 수준으로 사립학교 교원의 신분을 보장하겠다는 것에 그 취지가 있는 것이다.

(2) 한편, 이 사건 법률조항은 “교원은 재심위원회의 결정에 대하여 그 결정서의 송달을 받은 날부터 60일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소송을 제기할 수 있다.”라고 하여 재심위원회의 재심결정에 불복하는 경우 법원의 재판을 통한 권리구제절차를 마련하고 있는바, 이로 인하여 다음과 같이 사립학교 교원도 국·공립학교 교원과 같이 행정소송을 제기할 수 있는 길이 열리게 되었다.

(가) 민사소송절차에 의한 구제

교원지위법은 사립학교 교원이 학교법인의 징계 등 불리한 처분을 다룰 때 필요적으로 재심위원회의 재심절차를 사전에 거칠 것을 규정하고 있지 아니하다. 따라서 불리한 처분을 받은 사립학교 교원의 재심위원회에 대한 재심청구는 국·공립학교 교원의 경우와는 달리 임의적이고 선택적인 절차이다.<sup>10)</sup>

따라서 교원지위법이 제정된 이후에도 학교법인의 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분은 여전히 사법상의 법률행위로서의 성격<sup>11)</sup>을 가지므로 사립학교 교원의 경우 재심위원회의 재심절차를 거쳤는지 여부를 불문하고(재심절차를 거치지 아니하였거나 거친 후라도) 불리한 처분의 효력 유무에 대한 민사소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다.<sup>12)</sup>

(나) 행정소송절차에 의한 구제

교원지위법이 정하는 바에 따라 사립학교 교원을 포함한 모든 교원은 자신에 대한 불리한 처분에 대하여 재심위원회에 재심청구를 할 수 있고, 재심위원회의 재심결정에도 불복이 있으면 이 사건 법률조항이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.<sup>13)</sup>

10) 교원지위법은 국·공립학교 교원의 경우에도 재심위원회의 재심절차가 필요적 전심절차임을 규정하고 있지 아니하다. 그러나 교육공무원의 불리한 처분에 대한 불복방법을 정한 교육공무원법 제53조 제1항이 국가공무원법 제16조 제2항을 준용함으로써 재심위원회에 대한 재심청구는 행정소송을 제기하기 위한 필요적 전심절차적인 성격을 갖게 되었다.

11) 뒤에서 보는 바와 같이 그 법적 성격에 관해서는 논란이 있다.

12) 이 경우 민사소송절차의 피고는 불리한 처분을 한 학교법인이다.

13) 이 경우 행정소송의 소송물과 피고는 교원의 신분에 따라 다른데, 사립학교 교

## 2. 이 사건 법률조항의 헌법적 근거 및 입법취지와 쟁점

가. 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 국민의 균등한 교육을 받을 권리를 보장하는 한편, 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 …… 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하여 교육제도·교원지위 법정주의를 교육에 관한 기본원칙으로 선언하고 있다. 이 때 교원의 지위에 관한 ‘기본적인 사항’이라 함은 다른 직종의 종사자들의 지위에 비하여 특별히 교원의 지위를 법률로 정하도록 한 헌법규정의 취지나 교원이 수행하는 교육이라는 직무상의 특성에 비추어 볼 때, 교원이 자주적·전문적·중립적으로 학생을 교육하기 위하여 필요한 중요한 사항이라고 보아야 하므로 입법자가 법률로 정하여야 할 기본적인 사항에는 무엇보다도 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함된다. 교원으로서의 신분이 교육행정청, 학교법인 등 임면권자의 자의적인 처분에 노출되는 경우에는 교원이 피교육자인 학생을 교육함에 있어서 임면권자의 영향을 물리치기 어려울 것이며, 그렇게 되면 교육이 외부세력의 정치적 영향에서 벗어나 교육자 내지 교육전문가에 의하여 주도되고 관할되어야 한다는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 요청에도 반하는 결과가 초래될 수 있기 때문이다(헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176, 187-188 참조).

나. 헌법 제31조 제6항의 교육제도·교원지위 법정주의에 따라 교육제도와 교원지위에 관한 기본적인 사항을 규정한 교육기본법과 사립학교법 조항 등에 의하면, 사립학교는 국·공립학교와 마찬가지로 국가의 공교육을 담당하는 교육기관으로(교육기본법 제9조, 사립학교법 제1조) 그 설립·운영과 교원의 임면 등에 있어서 국가 및 지방자치단체의 지도감독과 지원 및 규제를 받고 있고(교육기본법 제17조, 초·중등교육법 제6조, 고등교육법 제5조, 사립학교법 제4조, 제10조, 제20조, 제20조의2, 제43조, 제47조, 제54조, 제54조의2 등), 사립학교 교원의 자격과 복무, 보수 및 신분보장에

---

원의 경우 행정소송의 대상은 재심위원회의 재심결정이고, 피고는 재심위원회라고 함이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 1993. 2. 12. 선고92누13707판결 등 참조).



관하여도 국·공립학교 교원과 동일하게 처우(사립학교법 제52조, 제55조, 제56조, 제59조)하도록 하고 있다. 따라서 이에 의하면 사립학교는 국·공립학교와 마찬가지로 국가의 공교육을 담당하도록 그 설립·운영 및 교원의 임면 등에 있어 국가의 지도·감독 및 지원을 받고 있고, 사립학교 교원도 그 자격·복무·임면 및 신분보장 등의 점에서 교육공무원에 준하는 지위와 대우를 받는 한편, 교육공무원과 동일한 사회적 책임과 의무가 부여되어 있다.

그러나 현실적으로 사립학교 경영자의 학교에 대한 사유의식(私有意識)과 그에 따른 인사권의 전횡으로 인하여 사립학교 교원은 국·공립학교 교원에 비하여 신분보장이 불안한 상태에 있었고, 그럼에도 불구하고 위에서 살핀 바와 같이 교원지위법이 제정되기 이전에는 사립학교 교원의 징계 등 불리한 처분에 대하여 각 학교법인이 설치하는 재심위원회가 재심절차를 담당함으로써 그 독립성과 공정성에 심각한 의문이 제기되고 있는 실정이었다.

이러한 배경에서 새로 제정된 교원지위법은 사립학교 교원의 경우에도 국·공립학교 교원 등 교육공무원과 마찬가지로 교육인적자원부장관이 설치하는 재심위원회에 재심청구를 할 수 있도록 하였고(제9조), 재심위원회의 재심결정에 처분권자가 기속되도록 하였으며(제10조 제2항), 이 사건 법률조항은 재심결정에도 불복하는 경우 민사소송절차와는 별도로 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있도록 하였다.

따라서 이 사건 법률조항은 사립학교 교원과 국·공립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분을 다투는 불복절차를 통일적으로 규정함으로써 학교법인에 대한 국가의 실효적인 감독권 행사를 보장하고, 그러한 감독권의 행사에도 교원이 불복하는 경우 행정소송을 제기할 수 있게 함으로써 사립학교 교원의 신분을 보장하는 데 그 취지가 있다고 할 것이다.<sup>14)</sup>

14) 교원의 징계 등 불리한 처분에 대한 불복절차를 이 사건 법률조항과 같이 국·공립학교 및 사립학교 교원을 불문하고 같은 절차로 규정하고 있는 입법례는 발견하기 어렵다. 독일의 경우 교육체계가 국·공립학교 중심으로 운영되고 있기 때문에 교원의 신분보장은 공무원의 신분보장의 예에 의하고 있고, 사립학교 교원의 경우에는 민법(노동법)에 의한 일반적인 고용관계의 예에 의한다. 따라서 사립학교 교원의 신분관계와 관련된 소송은 원칙적으로 노동재판소의 관할에 속한다고 한다(허종렬, '교육제도의 헌법적 보장', 헌법재판연구 제14권, 90면 이

다. 그런데 이 사건 법률조항은 재심위원회의 재심결정에도 불복하는 경우 행정소송법이 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있게 하면서 그 제소권자를 오로지 불리한 처분의 상대방인 교원에 한정하고 있는바, 이로 인하여 국·공립학교 교원에 대한 징계 등 인사권한을 행사하는 교육행정기관(교육공무원법 제51조)과 사립학교 교원에 대한 인사권한을 행사하는 학교법인 또는 사립학교경영자(이하 ‘학교법인’으로 통칭한다)<sup>15)</sup>는 재심결정에 불복하는 경우라도 이에 대하여 행정소송을 제기하는 것이 금지되고 그 대로 재심결정의 기속을 받을 수밖에 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 재심위원회의 재심결정에 불복할 학교법인의 재판청구권을 제한하고, 이로써 이러한 취지의 재심결정에 대해서는 법원의 재판권이 부인되며 행정기관인 재심위원회의 재심결정에 최종적인 판단권한을 부여하는 것이 되어 그 위헌여부가 문제 된다.<sup>16)</sup>

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌여부와 관련된 헌법재판소와 대법원의 선례

#### 가. 헌법재판소의 결정(헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89)

헌법재판소는 재판관 5 : 4의 의견으로 이 사건 법률조항에 대하여 합헌 결정을 선고하였고, 그 의견의 요지는 다음과 같다.

『사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임면되므로 사립학교 교원과 학교법인 등과의 관계를 공법상의 권력관계라고 볼 수는 없다. 그러나 교원지위법에 의한 재심위원회의 재심은 청구인들이 주장

---

하). 일본의 경우에도 교육공무원특별법이나 사립학교법에서 교원의 징계 등 처분에 대한 불복절차를 따로 규정하고 있지 아니한바, 교육공무원의 경우에는 국가공무원법이 정하는 절차에 따라, 사립학교 교원의 경우에는 일반적인 고용관계에 적용되는 민사절차에 따라 불복할 수 있는 것으로 보인다.

15) "사립학교경영자"라 함은 유아교육법, 초·중등교육법 및 고등교육법과 이 법에 의하여 사립학교를 설치·경영하는 공공단체 외의 법인(학교법인을 제외한다) 또는 사인을 말한다.

16) 다만, 국·공립학교 교원에 대하여 징계 등 인사권한을 행사하는 교육행정관청은 행정상 자기구속의 범리에 의하여 행정심판의 재결인 재심결정에 대하여 불복할 수 없음이 명백하므로, 이하에서는 학교법인의 징계 등 불리한 처분에 대한 구제절차를 중심으로 살핀다.

하는 바와 같이 징계처분 등을 한 학교법인 등과 교원 사이의 사법상 법률 관계를 조정·해결하기 위한 것이 아니라, 국가가 교육기관에 대한 감독권에 기하여 사립학교 교원에 대하여도 국·공립학교 교원과 똑같이 신분보장을 해 주기 위하여 특별히 마련한 행정심판에 유사한 구제절차라고 할 것이다. 따라서 사립학교 교원에 대한 재심결정도 청구인들 주장과 같이 학교법인 등과 교원 사이의 대등한 사법상의 분쟁에 관한 일반적인 행정처분이 아니라, 국·공립학교 교원에 대한 재심결정과 마찬가지로 감독자인 국가의 감독대상자인 학교법인 등에 대한 감독권 행사로서의 처분으로서 행정심판의 재결에 유사한 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 감독권 행사인 재심결정에 대하여 감독대상자인 학교법인 등이 불복, 행정소송을 할 수 있도록 허용할 것인지 여부는 결국 교육제도와 교원의 지위를 어떻게 정할 것인가에 관한 문제로서 입법정책에 속하는 사항이라고 할 것인데, 이 사건 법률조항이 재심결정에 대하여 교원만이 불복할 수 있도록 허용하고 학교법인 등은 국·공립학교 교원에 대한 징계처분권자와 마찬가지로 재심결정에 불복할 수 없도록 제한한 것은, 국가가 모든 교원의 징계처분 등에 대하여 균형 있게 감독하고 특히 사립학교 교원에 대하여 국·공립학교 교원과 똑같이 신분보장을 해 주기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 헌법 제11조 제1항(평등의 원칙)에 위반된다고 할 수 없다.

그리고 위에서 본 바와 같이 재심결정은 일반 행정처분과 달리 행정심판의 재결에 유사한 감독권 행사로서의 처분이므로 이 사건 법률조항이 그 입법목적을 달성하기 위하여 감독대상자인 학교법인 등이 그 재심결정에 대하여 불복할 수 없도록 제한한 것은 적정하고, 그것이 헌법 제27조 제1항(재판청구권), 제107조 제2항(법원의 처분심사권), 헌법 제12조 제1항(적법절차), 헌법 제37조 제2항(과잉금지의 원칙)에 위반된다고 할 수도 없다.』

#### 나. 대법원의 판결(대법원 1995. 11. 24. 선고 95누12934 판결)

『사립학교 교원은 학교법인 또는 사립학교 경영자에 의하여 임명되는 것으로서 사립학교 교원과 학교법인의 관계를 공법상의 권력관계라고 볼

수는 없다고 하더라도, 사립학교가 국가 공교육의 일익을 담당하는 교육기관으로서 교육법과 사립학교법 등에 의하여 그 설립과 운영 및 교원의 임면 등에 있어서 국가나 지방자치단체의 지도 감독과 지원 및 규제를 받고 사립학교 교원의 자격과 복무, 임면 및 신분보장 등에 있어서 국공립학교 교원에 준하는 대우를 받도록 규정되어 있는바, 한편 교원에 대한 예우 및 처우를 개선하고 신분보장을 강화함으로써 교원의 지위를 향상시키고 교육발전을 도모함을 목적으로 하여 제정된 교원지위향상을위한특별법이 징계처분 등을 받은 교원으로 하여금 국공립학교교원과 동일하게 교육부에 설치된 교원징계재심위원회에 재심청구를 할 수 있게 하고 교원징계재심위원회의 결정은 처분권자를 기속하며, 같은 법 제10조 제3항에서 교원징계재심위원회의 결정에 대하여는 재심청구를 한 교원만이 행정소송을 제기할 수 있도록 규정한 것은 합리적인 근거가 있는 것으로서(실질적으로는 교원징계재심위원회의 결정으로 하여금 행정처분에 대한 행정심판으로서의 재결에 유사한 것으로 기능하도록 하겠다는 취지로 보인다), 그 결정에 대하여 처분권자에게 불복할 수 없도록 하였다고 하여 헌법상의 재판청구권이 나 평등권을 침해하는 것이 되어 무효라고 할 수는 없다.』

#### 다. 서울고등법원의 판결(1994. 6. 21. 선고 93구35485 판결)

『재심위원회의 결정이 교원지위법 제10조 제2항에 의하여 행정처분으로서의 효력이 인정되는 점은 앞에서 본 바와 같으므로 그 처분의 효력을 받는 사립학교 교원이 행정소송법 제12조에 의하여 그 처분에 대하여 행정소송을 제기할 수 있음은 당연한 것이므로 교원지위법 제10조 제3항과 같은 별도의 규정은 필요가 없다고 할 것이다. 그렇다면 교원지위법이 제10조 제3항을 특별히 규정한 취지는 재심위원회의 결정이 일면에서는 징계처분에 불복하는 신청에 대한 재결로서의 형식과 내용을 갖기 때문에 행정소송을 제기하기에 앞서 다시 전심절차를 중복하여 거칠 필요는 없다는 것을 밝히는 데에 있다고 보아야 할 것이다. 다만 규정의 형식이 “교원은 … 소송을 제기할 수 있다”라고 되어 있어 일견 교원만이 행정소송을 제기할 수 있다는 것처럼 보일 수 있으나 이것은 교원지위법이 교원을 대상으로 하여 규정을 하고 있고 교원 이외의 자에 대하여는 전혀 규정을 하지 않고 있다

는 입법의 형식 때문에 일어난 혼란일 뿐 이 규정이 교원 이외의 자로서 재심위원회 결정의 당사자의 하나인 원고와 같은 학교법인의 행정소송제기까지를 금하는 취지를 포함하고 있는 것은 아니라고 할 것이다. 그러므로 원고가 행정소송을 제기할 수 있는지 여부는 행정소송법의 관계규정을 해석 적용하여 결정할 문제라고 할 것인바 앞에서 본 바와 같이 재심위원회의 결정이 행정처분으로서의 성질을 갖고 있고 원고가 그 처분의 효력을 받는 당사자로서의 지위를 갖고 있음 또한 분명하므로 원고는 행정소송법 제12조가 규정하는 원고 적격 즉 "처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 자"에 해당한다고 인정된다(국·공립학교 교원의 경우에 교육부의 하급행정청에 해당하는 징계처분청이 행정심판법 제37조의 규정 및 자기구속의 법리에 따라 원고적격을 가질 수 없는 것과는 별개의 문제이다).

실제로 보아도 징계처분에 관계된 교원과 학교법인의 법률관계는 원래 비권력적인 사법적 관계로서 양자는 그 법률관계에서 대등한 당사자의 지위를 갖는 것이지만, 교원이 학교법인에 비하여 실질적으로 약소한 지위에 있어 부당한 처우를 받게 될 우려가 있기 때문에 국가가 이에 개입하여 교원의 신분에 대한 부당한 침해가 있는지 여부를, 민사소송절차나 일반의 행정심판절차 이외에서, 별도로 심사하는 특별한 재심절차를 따로 마련한다는 것이 교원지위법 제9조 등의 취지라고 할 수 있지만 이러한 입법취지는 재심절차와 같은 특별절차를 마련하는 것으로 충분하고 더 나아가 그 절차에서 문제삼고 있는 법률관계의 두 당사자의 하나인 학교법인의 행정소송제기권까지 박탈할 필요는 없다고 인정된다. 만일 학교법인의 출소권을 인정하지 않는다면 법률관계의 당사자 일방을 근거 없이 억제하여 당사자 사이에 현저한 불공평을 조성할 뿐만 아니라 교육부의 산하 행정기관이 아닌 학교법인을 그 행정기관처럼 취급하는 결과가 되어 심히 부당하게 된다.』

## 라. 선례에 대한 검토

### (1) 현재 95헌바19등 결정에 대한 검토

합헌의견과 위헌의견은 학교법인과 사립학교 교원간의 법률관계가 공법관계가 아니라 사법관계라는 데 결론을 같이 한다. 그러나 재심절차의 법

적 성격에 관해서는 견해를 달리하고 이를 근거로 그 결론을 달리 하고 있다. 즉, 합헌의견은 재심위원회의 재심절차를 학교법인과 교원간의 사법상의 분쟁에 대한 행정처분이 아니라 국·공립학교 교원에 대한 재심절차와 마찬가지로 국가의 학교법인에 대한 감독권의 행사로서 행정심판의 재결과 유사한 성격을 갖는다고 이해하고, 감독권의 행사로서 재심결정에 대하여 피감독자인 학교법인이 불복할 수 있는지 여부는 입법정책상의 문제라고 이해한다. 이에 반하여 위헌의견은 재심위원회의 재심결정을 행정심판의 재결이 아닌 행정처분으로 이해하여 재심결정 자체가 행정소송의 대상이 된다고 한다. 그리고 학교법인과 교사와의 관계는 사법관계이므로 학교법인이 재심결정에 대하여 불복하지 못하게 한 것은 학교법인의 재판청구권과 법원의 사법권한을 침해한다고 한다.

## (2) 대법원과 서울고등법원의 판결에 대한 검토

대법원의 판결은 학교법인과 교사와의 관계를 사법관계로 보고, 사립학교의 설립·운영·인사권에 대한 국가의 지도·감독 및 재정지원과 사립학교 교사의 신분보장 등 지위를 국·공립학교 교사의 그것과 동일하게 취급하고 있는 사립학교법 조항 등의 입법취지에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 학교법인의 재심결정에 대한 제소권한을 제한한 것에 합리적인 이유가 있다고 한다.

반면, 서울고등법원의 판결은 재심위원회의 재심결정을 행정처분으로 보고 행정소송법이 정하는 바에 따라 당연히 학교법인과 교원은 재심결정에 불복하는 경우 행정소송을 제기할 수 있다고 한다. 다만 이 사건 법률조항을 둔 취지는 재심위원회의 재심결정이 행정심판의 재결로서의 형식과 성격을 갖기 때문에 다시 전심절차로서 행정심판을 거칠 필요가 없음을 분명히 한 데 있다고 한다. 그리고 이렇게 해석하지 않으면 학교법인을 교육행정청과 같이 취급하는 결과가 되어 평등권과 재판청구권을 침해하게 되므로 이러한 헌법합치적 법률해석이 불가피하다고 한다.

## 4. 재심결정에 대한 제소권을 교원으로 한정한 이 사건 법률조항의 위헌여부에 관한 판단

## 가. 재심결정에 대한 불복절차를 형성하는 입법형성권의 범위와 그 한계

학교법인의 교원에 대한 징계 등 불리한 처분에 대하여 교원이 재심위원회에 재심청구를 할 수 있고 그 재심결정에도 불복하는 경우 다시 행정소송법이 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있도록 한 이 사건 법률조항은, 교원의 임면권자인 학교법인과 교원간의 징계 등 불리한 처분과 관련된 법률관계를 중국적으로 확정하고 이를 둘러싼 이해관계인의 침해된 권리를 구제하기 위한 절차를 규정한 것으로서 헌법 제27조에 의하여 보장되는 재판청구권을 구체화한 것이다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 …… 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 법원이 법률에 기속된다는 당연한 법치국가적 원칙을 확인하고, ‘법률에 의한 재판, 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리’를 보장하고 있다. 그런데 이러한 재판청구권의 실현은 재판권을 행사하는 법원의 조직과 소송절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성은 불가피하며, 따라서 입법자는 소송요건과 관련하여 소송의 주체·방식·절차·시기·비용 등에 관하여 규율할 수 있다.

그러나 헌법 제27조 제1항은 권리구제절차에 관한 구체적 형성을 완전히 입법자의 형성권에 맡기지지는 않는다. 입법자가 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 제공할 뿐, 권리구제의 실효성이 보장되지 않는다면 권리구제절차의 개설은 사실상 무의미할 수 있기 때문이다. 그러므로 재판청구권은 법적 분쟁의 해결을 가능하게 하는 적어도 한번의 권리구제절차가 개설될 것을 요청할 뿐 아니라, 그를 넘어서 소송절차의 형성에 있어서 실효성 있는 권리보호를 제공하기 위하여 그에 필요한 절차적 요건을 갖추 것을 요청한다. 비록 재판절차가 국민에게 개설되어 있다 하더라도, 절차적 규정들에 의하여 법원에의 접근이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면, 재판청구권은 사실상 형해화될 수 있으므로, 바로 여기에 입법형성권의 한계가 있다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349; 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481 등 참조).

**나. 학교법인과 교원간의 법률관계 및 재심결정의 법적 성격**

(1) 학교법인과 교원간의 법률관계 및 교원에 대한 징계 등 불리한 처분의 법적 성격

(가) 사립학교 교원은 학교법인과의 사법상 고용계약관계에 의하여 임면(사립학교법 제53조, 제53조의2)되고, 학생을 교육하는 대가로서 임용권자인 학교법인으로부터 임금을 지급받으므로 학교법인과 교원간의 법률관계는 원칙적으로 사법적 법률관계이다. 비록 위에서 본 바와 같이 사립학교법 제54조 등에 의하여 관할청에 대한 보고의무가 부과되는 등 학교법인의 임면권 행사에 대하여 국가의 광범위한 감독과 통제가 행해지고, 사립학교 교원의 자격·복무·임면 및 신분보장을 공무원인 국·공립학교 교원과 동일하게 보장하고 있지만, 이 역시 학교법인과 교원간의 계약관계가 원칙적으로 사법적 법률관계임을 전제로 그 신분보장 등을 교육공무원의 그것과 동일하게 보장한다는 취지인 것이다. 따라서 학교법인의 사립학교 교원에 대한 인사권의 행사인 징계 등 불리한 처분 역시 사법적 법률행위로서의 성격을 가진다고 볼 것이다.

대법원도 일관하여 이들의 관계가 사법관계에 있음을 확인(대법원 1995. 11. 24. 95누12934 판결 등)하고 있고, 그 결과 학교법인의 교원에 대한 징계 등 불리한 처분에 대하여 교원은 행정소송을 제기할 수 없고, 민사소송으로 그 효력유무를 다투어야 한다고 한다.

(나) 이에 대하여 사립학교 교원도 공교육의 담당자로서 그 복무관계에 관해서는 국·공립학교 교원에 관한 규정을 준용하고, 그 임용자격과 신분보장도 국·공립학교 교원의 경우와 동일하게 규정하고 있는 것 등을 근거로 학교법인과 소속교원의 관계가 공법관계에 있다고 하는 견해<sup>17)</sup>가 있고, 이에 의하는 경우 사립학교 법인의 교원에 대한 불리한 처분 역시 공법상의 법률행위이므로 이에 대해서는 행정소송을 제기하여야 한다고 한다.<sup>18)</sup>

17) 이동과, ‘교원징계구제절차의 법적 문제’, 연세법학연구 제2집, 1992, 184면[양승두, ‘사립학교 교원에 대한 징계처분과 행정소송’, 행정판례연구 IV(1999), 235면 이하도 같은 취지]

18) 정종섭 교수는 ‘학교법인과 사립학교 교원의 관계가 사법관계에 있음을 전제로 일반적인 사법관계에 비하여 이들 사이의 고용관계에 특수성이 있고 교원의 지위가 강하게 보장되는 것은 그 관계에 공법적 요소가 있다거나 공법적 성격을 가지는 데 이유가 있는 것이 아니라, 교육을 수행하는 교원의 지위상의 특성 때



(2) 사립학교 교원이 당사자인 재심절차 및 재심결정의 법적 성격

(가) 교원지위법이 재심위원회를 교육인적자원부 산하의 행정기관으로 설치하고(제7조), 그 결정에 처분권자가 기속되도록 하며(제10조 제2항), 교원만이 재심위원회의 재심결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수 있도록 한 취지로 보아 입법자는 재심위원회에 특별행정심판기관 또는 특별행정쟁송기관으로서의 성격을 부여하였고, 그 결과 재심결정은 행정심판의 재결에 해당한다고 볼 여지가 전혀 없는 것도 아니다.<sup>19)20)</sup>

그러나 행정심판이라 함은 행정청의 처분 등으로 인하여 침해된 국민의 기본권 등 권익을 구제하고 행정의 자기통제 및 자기감독을 실현함으로써 행정의 적법성을 보장하는 절차이므로, 학교법인과 그 소속교원간의 사법상 고용관계에 기초한 교원에 대한 징계 등 불리한 처분을 그 심판의 대상으로 삼을 수는 없는 것이다. 만일 입법자가 그러한 의도로서 재심절차를 마련한 것이라면 우선 학교법인의 불리한 처분을 행정심판 또는 행정소송의 대상인 ‘행정처분’으로, 학교법인을 행정소송의 피고로서 ‘행정청’으로 의제하는 실정법상의 명문규정을 두어야 함이 마땅할 것이다.<sup>21)</sup>

결국 교원지위법의 규정내용으로 볼 때 입법자는 재심위원회의 재심절차를 행정심판과 유사한 행정쟁송절차로서 운영될 것을 의도하였다고 볼 수 있지만, 본질적으로 사법상의 법률관계에 불과한 학교법인과 그 교원간의 사법상의 분쟁을 공법관계에 특유한 자기통제 또는 자기감독절차로서 행정소송의 전심절차인 행정심판의 대상으로 삼는 것은, 행정소송의 전심절차로서만 행정심판이 운용될 것을 예정하고 있는 헌법 제107조 제3항에

문’이라고 한다.

정종섭, 전계논문, 273면 이하 참조

19) 이러한 입장에서 양승두, 한건우 교수는 재심위원회를 특별행정심판기관, 이동과 교수는 특별행정쟁송기관이라고 한다.

20) 물론 국·공립학교 교원에 대한 교육행정기관의 불리한 처분에 대한 재심절차는 행정심판절차임이 틀림없고, 따라서 재심결정은 행정심판의 재결에 해당한다.

21) 이러한 취지에서 이상규 변호사는 재심절차가 간이분쟁처리절차로서의 성격을 갖는다고 한다. 그리고 이상규 변호사는 국공립학교 교원의 경우에는 재심절차가 항고쟁송적 권리구체절차의 성격을 갖는 것이 명백하지만 사립학교 교원의 경우에는 학교법인에 대한 행정감독적 취지에서 마련된 단순한 분쟁처리절차의 성격을 가지고, 그 절차의 운영에 있어서도 사적 자치를 중심으로 한 사법규정이 적용되어야 한다고 한다(이상규, 교원의 징계 등에 대한 불복절차의 법적 문제, 변호사지, 제2집, 1992, 186면 이하 참조).

위반되는 해석이라고 하지 않을 수 없다.

따라서 입법자의 의도에도 불구하고 여전히 재심절차는 학교법인과 그 교원간의 사법상의 분쟁을 해결하기 위한 간이분쟁해결절차로서의 성격을 가진다고 할 것이고, 따라서 재심결정은 특정한 법률관계에 대하여 의문이 있거나 다툼이 있는 경우에 행정청이 공적 권위를 가지고 이를 판단·확정하는 처분으로서 “확인행위”에 해당한다고 하겠다.

(나) 대법원도 “사립학교 교원에 대한 해임처분에 대한 구제방법으로서 는 학교법인을 상대로 한 민사소송 이외에도 교원지위법 제7조 내지 제10조에 따라 교육부 내에 설치된 교원징계재심위원회에 재심청구를 하고 그 교원징계재심위원회의 결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 방법도 있으나, 이 경우에도 행정소송의 대상이 되는 행정처분은 그 교원징계재심위원회의 결정이지 학교법인의 해임처분이 행정처분으로 의제되는 것이 아니며 또한 교원징계재심위원회의 결정을 이에 대한 행정심판으로서의 재결에 해당되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(대법원 1993. 2. 21. 선고 92누 13707 판결).”라고 판시함으로써 재심절차와 재심결정을 행정심판과 그 재결로 볼 수 없음을 분명히 하였다.<sup>22)</sup>

22) 그런데 대법원은 1995. 11. 24. 선고 95누12934 판결에서 위 판결과 다소 다른 이유를 제시하였다.

『……교원지위향상을위한특별법이 징계처분 등을 받은 교원으로 하여금 국공립학교 교원과 동일하게 교육부에 설치된 교원징계재심위원회에 재심청구를 할 수 있게 하고 교원징계재심위원회의 결정은 처분권자를 기속하며, 같은 법 제10조 제3항에서 교원징계재심위원회의 결정에 대하여는 재심청구를 한 교원만이 행정소송을 제기할 수 있도록 규정한 것은 합리적인 근거가 있는 것으로서(실질적으로는 교원징계재심위원회의 결정으로 하여금 행정처분에 대한 행정심판으로서의 재결에 유사한 것으로 기능하도록 하겠다는 취지로 보인다), 그 결정에 대하여 처분권자에게 불복할 수 없도록 하였다고 하여 헌법상의 재판청구권이나 평등권을 침해하는 것이 되어 무효라고 할 수는 없다.』  
이 사건에서 대법원은 재심결정이 실질적으로 행정심판의 재결에 유사하다는 점을 인정하였으나 그 법적 성격에 대한 중진의 견해를 변경한 것은 아닌 것으로 보인다. 그리고 이러한 입장은 이 사건 법률조항의 해석상 교원에게만 재심결정에 대한 불복을 인정하고 학교법인은 이에 불복할 수 없다는 것을 논증하기 위한 과정에서 방편으로 언급한 것에 불과하다.  
반면, 양승두 교수는 대법원의 이러한 실시가 명시적이지는 않지만 학교법인과 교원간의 관계를 공법관계로 보고 재심절차의 성격을 행정심판으로 구성하기 위한 변화의 조짐으로 이해하고 있다(양승두, 전게논문, 238면 이하 참조).

### 다. 이 사건 법률조항이 입법형성권의 한계를 넘어 헌법에 위반되는지 여부

(1) 위에서 살핀 바와 같이 재심위원회의 재심결정은 학교법인과 소속교원간의 징계 등 불리한 처분을 둘러싼 법적 분쟁에 대하여 당사자로부터 독립된 행정기관인 재심위원회가 그 분쟁을 해결하기 위하여 공적 권위를 가지고 판단·확정한 행정처분이라고 할 것인바, 구체적으로 재심위원회가 재심청구를 인용하여 이를 취소하는 경우에는 그 형성력으로 인하여 양 당사자간의 법률관계가 직접 형성되고, 취소를 명하는 경우에는 그 기속력으로 인하여 학교법인은 그 결정의 취지대로 법률관계를 형성할 의무를 부담하게 된다.

그런데 재심위원회가 재심청구를 인용하든 또는 기각하든 간에 사법상 법률관계의 당사자이자 재심청구의 당사자인 학교법인 또는 사립학교 교원 중 어느 일방은 이로 인하여 자신의 권익을 침해받게 되므로, 이 경우 헌법 제27조는 입법자에게 재심결정으로 인하여 침해된 권익을 법원의 재판을 통하여 구제받을 수 있도록 하는 구제절차를 마련할 것을 요청한다.

따라서 이러한 헌법적 요청에 응하여 이 사건 법률조항은 재심위원회의 재심결정에 불복하여 법원에 행정소송을 제기할 수 있는 소송절차를 형성하고 있는바, 재심결정에 불복하여 행정소송을 제기할 수 있는 제소권의 주체를 사립학교 교원에 한정하고 법률관계의 일방 당사자인 학교법인에게는 이를 부인하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 징계 등 불리한 처분에 대한 불복절차를 통일적으로 규정함으로써 국가의 학교법인에 대한 감독권 행사의 실효성을 보장하고, 감독권의 행사로서 재심위원회의 재심결정에 불복하는 경우 사립학교 교원에게 행정소송을 제기할 수 있게 함으로써 사립학교 교원의 신분보장과 지위향상을 꾀하려는 것에 그 입법목적이 있다고 할 것이다. 따라서 이러한 입법목적은 헌법 제31조 제6항이 정하는 교원지위 법정주의에 근거한 것으로서 그 정당성을 쉽게 긍정할 수 있다.

한편, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항이 제정되기 전에는 교원이 공무원 신분을 가지고 있는지 여부, 즉 국·공립학교 교원인지 또는 사립

학교 교원인지에 따라 불리한 처분에 대한 재심절차를 달리 규정하였고, 사립학교 교원의 경우에는 학교법인이 사실상 징계 등 불리한 처분권한과 그에 대한 재심권한을 동시에 보유하는 점을 악용하여 이를 자의적으로 행사함으로써 사립학교 교원의 신분이 매우 불안정하였다.<sup>23)</sup>

따라서 이러한 현실에서 사립학교 교원의 신분을 국·공립학교 교원과 동일한 수준으로 보장하려는 입법목적은 달성하기 위하여 이 사건 법률조항은 재심결정에 대하여 교원에게만 불복권한을 부여하고 학교법인에게는 이를 금지하고 있는바, 이로써 재심절차에서 교원의 청구가 인용되는 경우 교원은 확정적·최종적으로 학교법인의 징계 등 불리한 처분에서 벗어날 수 있으므로 그 수단의 적절성과 필요성도 인정된다고 할 것이다.

(3) 그러나 위에서 살핀 바와 같이 사립학교 교원에 대한 불리한 처분을 둘러싼 법률상 분쟁의 당사자로서 학교법인은 재심절차에서 피청구인의 지위에 있고, 이로 인하여 재심결정의 기속력을 직접 받게 되므로 교원과 마찬가지로 학교법인도 재심결정의 기속력에서 벗어날 수 있는 권리구제절차가 필연적으로 요청된다. 물론 위에서 본 바와 같이 그동안 열악한 상태에 놓여있던 사립학교 교원의 신분보장과 그 지위향상을 위하여 필요한 범위에서 재심결정에 대한 학교법인의 재판청구권을 제한할 필요성을 부인할 수 없지만, 그러한 경우에도 권리구제를 위한 학교법인의 법원에의 접근을 완전히 배제하는 것은 이를 정당화할 특별한 사정이 없는 한 허용되지 아니한다.

(가) 먼저 재심결정과 재심결정의 대상이 되는 사립학교 교원에 대한 불리한 처분의 적법여부를 다룰 절차가 학교법인에게 전혀 개설되어 있지 아니하거나 개설되어 있더라도 그러한 절차에 권리구제의 실효성이 없다면 학교법인의 재판청구권이 침해되어 헌법에 위반된다고 할 것이므로, 이 점에 관하여 살핀다.

학교법인의 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분에 대하여 교원이 반드시 교원지위법이 정하는 절차에 따라 재심위원회의 재심절차와 행정소

23) 결국 학교법인이 그 소속교사에게 일단 불리한 처분을 하기로 결정하였다면 이에 대하여 사실상 사후적으로 다투는 것이 무용하였고, 따라서 교원의 침해된 권익은 실질적으로 구제될 수 없는 상황에 있었다.

송절차를 거쳐야 하는 것은 아니고, 그 선택에 따라서 재심절차를 거쳤는지 여부에 상관없이 원래의 법률관계인 사법관계에 따른 권리구제절차로서 민사소송을 제기할 수 있다. 따라서 교원이 자신에 대한 불리한 처분의 무효나 취소 등을 주장하면서 민사소송을 제기하는 경우 학교법인은 이에 대하여 응소하거나 그 소송의 피고로서 재판절차에 참여함으로써 침해된 권익을 구제받을 수 있다.

그리고 여기에서 더 나아가 적극적으로 학교법인이 행한 징계 등 처분이 유효함을 전제로 교원지위부존재확인 등 민사소송을 제기하는 방법으로도 재심결정의 대상인 불리한 처분을 직접 다룰 수 있으므로, 가사 재심결정에 불복할 제소권한을 학교법인에게 부여하지 아니하더라도 학교법인에게 법원에의 접근이 완전히 봉쇄되었다고 단정할 수는 없다고 볼 것이다.

그러나 교원이 제기한 민사소송에 응소하거나 피고로서 재판절차에 참여함으로써 자신의 권리를 주장하는 것은 어디까지나 상대방인 교원이 교원지위법이 정하는 재심위원회의 재심절차와 행정소송절차를 포기하고 민사소송을 제기한 경우에 비로소 가능한 것이므로, 이를 들어 학교법인에게 자신의 침해된 권익을 구제받을 수 있는 실효적인 권리구제절차가 제공되었다고 보기는 어렵다.

그리고 학교법인이 적극적으로 징계 등 처분이 유효함을 전제로 제기하는 교원지위부존재확인 등 민사소송의 경우에도 교원이 처분의 취소를 구하는 재심을 따로 청구하거나 재심결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우에는 민사소송에서의 판결과 재심위원회의 재심결정 또는 행정소송에서의 판결이 서로 모순·저촉될 가능성이 늘 상존하므로 이러한 민사소송절차가 학교법인의 권익을 구제할 실효적인 권리구제수단이라고 보기 어렵고[이러한 경우 민사법원이 선결문제로서 재심결정의 효력유무를 판단할 수도 없다. 재심결정도 행정처분인 이상 그 공정력(또는 구성요건적 효력)으로 인하여 그것에 당연무효사유가 없는 한 민사법원이 그 효력유무를 독자적으로 판단할 수는 없기 때문이다<sup>24)</sup>], 가사 그렇지 않다고 하더라도 이러한 절차는 징계 등 처분이나 재심결정을 직접 소송물로 하여 그 효력유

24) 대법원 1973. 7. 10. 선고70다1439 판결; 대법원 1991. 1. 25. 87다카2569 판결  
정하중, 행정행위의 공정력과 구속력, 고시연구 28권 8호, 116면 이하 참조

무를 다투는 것이 아니므로 우회적이고 간접적인 권리구제수단에 불과한 것이다.

(나) 한편, 학교법인에게 재심결정에 불복할 제소권한을 부여한다고 하여 이 사건 법률조항이 추구하는 사립학교 교원의 신분보장에 특별한 장애 사유가 발생한다든가 또는 그 권리구제에 공백이 발생하는 것도 전혀 아니다. 즉, 학교법인이 행정소송을 제기하더라도 행정소송법 제23조 제1항에 따라 집행부정지원칙이 적용될 것이므로 재심결정의 효력에는 아무런 영향이 없고, 법원의 재판절차에 따른 교원의 신분보장이 재심위원회의 재심절차를 통하는 경우보다 교원에게 더 불리하다고 단정할 수도 없기 때문이다.

오히려 법원의 재판절차를 통하여 징계 등 불리한 처분을 둘러싼 법적 분쟁을 확정적·종국적으로 해결하고, 학교법인의 재판청구권을 보장함으로써 그 판결의 절차적 정당성을 확보하며, 이를 통하여 재심결정의 이행을 강제할 방법을 모색하고 판결의 집행력을 강화하는 것이 교원의 신분보장과 지위향상을 도모할 수 있는 유효적절한 권리구제수단이기 때문이다.

(4) 나아가 이 사건 법률조항이 마련한 권리구제절차는 입법형성권의 한계로서 체계정당성의 요청<sup>25)</sup>에도 또한 부합하지 아니한다.

25) ‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit)의 원리는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 (수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙의 측면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 헌법적 요청(Verfassungspostulat)을 의미한다. 즉 이는 규범 상호간의 구조와 내용 등이 모순됨이 없이 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원리라고 볼 수 있다. 이처럼 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 것이고, 이는 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 것이라고 할 수 있다.

그러나 일반적으로 일정한 공권력작용이 체계정당성에 위반한다고 해서 곧 위헌이 되는 것은 아니다. 즉 체계정당성 위반(Systemwidrigkeit) 자체가 바로 위헌이 되는 것은 아니고, 이는 비례의 원칙이나 평등원칙위반 내지 입법의 자의금지위반 등의 위헌성을 시사하는 하나의 징후일 뿐이다. 그러므로 체계정당성 위반은 비례의 원칙이나 평등원칙위반 내지 입법자의 자의금지위반 등 일정한 위헌성을 시사하기는 하지만, 아직 위헌은 아니고, 그것이 위헌이 되기 위해서는 결과적으로 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야 한다.

또한 입법의 체계정당성위반과 관련하여 그러한 위반을 허용할 공익적인 사유

이 사건 법률조항은 사립학교 교원의 지위와 신분을 국·공립학교 교원과 같은 정도로 보장함에 그 취지가 있고, 이를 위하여 입법자는 사립학교 교원과 국·공립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분에 불복하는 절차를 동일하게 규정하고 있다. 즉, 입법자는 국·공립학교 및 사립학교 교원에게 동일한 정도(수준)의 신분보장을 하기 위하여 양자의 권리보장체계를 동일하게 구성하는 입법적 판단을 한 것이다.

한편, 재판청구권을 보장한 헌법 제27조와 이를 보장하기 위하여 사법기능을 제도적으로 형성한 헌법 제101조 등 헌법조항을 정점으로 한 헌법상의 권리보장체계는 구체적인 법률관계의 성질에 따라 분쟁해결의 절차를 달리 마련하고 있다. 따라서 법률관계의 성질이 사법관계인 경우에는 원칙적으로 민사소송을 중심으로 한 사법적 분쟁해결절차에 그 권리구제가 맡겨져야 하고, 공법관계인 경우에는 행정소송을 중심으로 한 공법적인 분쟁해결절차에 그 권리구제의 임무가 맡겨져야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 사법관계임이 분명한 학교법인과 사립학교 교원 사이의 징계 등 불리한 처분과 관련한 법적 분쟁에 대하여 사법상의 분쟁해결절차를 마련한 것이 아니라 이를 정당화할 아무런 합리적인 사유가 없음에도 불구하고 행정기관인 재심위원회의 재심절차와 행정소송절차라는 공법상의 분쟁해결제도를 분쟁해결절차로서 형성하고 있는바, 이는 신분보장의 정도문제와 신분보장의 방법문제를 혼동하여 사립학교 교원과 학교법인 사이의 분쟁해결절차를 자의적으로 형성한 것으로서 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성과 예측가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위한 체계정당성의 요청에도 위배된다고 하지 않을 수 없다.<sup>26)</sup>

---

가 존재한다면 그 위반은 정당화될 수 있고, 따라서 입법상의 자의금지원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다. 나아가 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법의 재량이 인정되어야 한다. 다양한 입법의 수단 가운데서 어느 것을 선택할 것인가 하는 것은 원래 입법의 재량에 속하기 때문이다. 그러므로 이러한 점에 관한 입법의 재량이 현저히 한계를 일탈한 것이 아닌 한 위헌의 문제는 생기지 않는다고 할 것이다(헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40, 판례집 17-1, 946, 963 참조).

26) 체계정당성의 관점에서 볼 때 반드시 이러한 결과가 도출되는 것은 아니다. 분쟁의 대상이 되는 법률관계가 사법관계라고 하더라도 판단의 공정성과 독립성을 확보하기 위하여 동일한 유형의 분쟁을 해결하기 위한 보다 공정하고 독립적인

(5) 평등원칙 및 사법기능의 제도적 보장에 관한 헌법조항의 위배여부<sup>27)</sup>  
위에서 본 바와 같이 학교법인은 사립학교 교원과 사법적 법률관계에 있고 재심절차에서 그 결정의 효력을 받는 당사자로서의 지위를 가지고 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 학교법인에게 행정소송의 제소권한을 부인하고 있으므로, 이는 법률관계의 일방 당사자를 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙에 위배된다.

나아가 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분의 적법·타당성에 관하여 재심위원회가 그 처분을 취소하는 한 재심위원회의 재심결정이 최종적인 법적 판단되어 일체의 법률적 쟁송에 대한 최후적 판단기능을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에 위배되고(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 280), 행정처분인 재심결정의 적법성 여부에 관하여 대법원을 최종심으로 하는 법원의 심사를 박탈하여 헌법 제107조 제2항에도 위배된다.

### 5. 주문형식과 관련한 검토

이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는 경우 고려할 수 있는 주문형식과 그 문제점은 다음과 같다.

#### 가. 단순위헌결정

이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 하는 경우 행정소송법이 적용될 것이고, 행정소송법이 정하는 바에 따라 학교법인의 원고적격 인정여부가 결정된다. 원고적격의 인정여부에 대해서는 법원이 구체적으로 판단하겠지만, 대법원의 판례를 고려할 때 학교법인의 원고적격이 긍정될 것이다.

---

절차를 이용할 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 입장에 의하는 경우 체계정당성의 위배여부가 바로 위헌의 결과로 이어지지 아니한다.

27) 평등원칙은 모든 기본권 실현의 방법적 기초로서 기능 및 작용하므로 개별기본권인 재판청구권의 침해여부에 관하여 판단한 이상 따로 독자적인 심사기준으로 판단할 필요는 없다. 그리고 재판청구권을 보장하기 위한 사법기능의 제도적 보장이 헌법 제101조 이하(제5장 ‘법원’)의 내용이므로 이 역시 재판청구권의 침해여부에 관한 판단 부분과 논리적으로 중복된다. 다만 이해의 편의를 위하여 가정적으로 검토한다.



### 나. 한정위헌결정

학교법인이, 재심위원회의 재심결정에 대하여 행정소송법이 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 없는 것으로 해석하는 한, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다는 주문형식으로 앞에서 본 서울고등법원 93구35485 판결의 결론에 따른 것이다.

이는 이 사건 법률조항에 대한 헌법합치적 법률해석을 전제로 한 주문형식인데, 대법원의 판례와 명시적으로 배치되고 학교법인의 제소권한을 명시적으로 배제하고 있는 법률문언상의 한계를 넘는 헌법합치적 법률해석이라는 비판이 있을 수 있다.

### 다. 헌법불합치결정

이 주문형식은 이 사건 법률조항의 위헌성을 주로 체계정당성의 위반에서 찾는 경우에 의미가 있다. 이 사건 법률조항의 위헌성이 학교법인에게 제소권한만을 부여함으로써 치유될 수 있다면 단순위헌결정, 한정위헌결정, 또는 제소권의 주체에 학교법인을 추가하도록 하는 취지의 헌법불합치결정을 선고하면 족하다. 그러나 체계정당성의 판단에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 위헌성을 사립학교 교원의 지위와 그에 따른 권리구체절차가 헌행법의 권리보장체계에 합당하게 구상되어 마련되었는지 여부에서 찾는 경우에는, 단지 제소권의 주체에 학교법인을 포함시킨다고 하여 그 위헌성이 치유되는 것은 아니다.

따라서 교원신분에 따른 분쟁해결의 원리와 방향을 제시하면서 법률개정을 촉구하는 형식의 헌법불합치결정이 필요하다.<sup>28)</sup>

### 라. 소결

이 사건 법률조항이 체계정당성의 요청에 반한다고 하더라도 교원지위법과 이 사건 법률조항이 정하는 재심절차 및 행정소송절차가 전적으로 헌행법상의 권리보장체제와 체계부정함을 일으키는 것은 아니다. 사립학교 교원의 신분보장을 강화하기 위하여 민사소송절차보다 효율적이고 신속한

---

28) 정종섭, 전계논문, 282면

권리구제수단으로서 재심절차와 행정소송절차를 마련하는 것이 가능하기 때문이다.

이 사건 법률조항의 경우 그 위헌성의 핵심은, 사법관계의 일방당사자이자 재심결정이라는 행정처분의 상대방으로서 학교법인의 법적 지위를 무시하고 신분보장의 정도문제와 신분보장의 방법문제를 혼동하여 사립학교 교원과 국·공립학교 교원의 권리구제절차를 동일하게 규정한 것이 체계정당성의 요청에 반한다는 데 있다.

따라서 이 사건에서는 단순위헌결정 또는 이 사건 법률조항이 정하는 제소권한의 주체에 학교법인을 추가하는 취지의 헌법불합치결정을 함으로써 충분히 그 위헌성을 치유할 수 있다고 생각된다.

## 6. 결정의 의의

이 결정은 사립학교 교원에 대한 징계 등 불리한 처분을 구제하기 위한 교원징계재심위원회(현행법상 교원소청심사위원회)의 결정에 불복이 있는 경우 교원에게만 행정소송을 제기할 수 있게 하고 학교법인에게는 이를 금지한 교원지위법 제10조 제3항에 대하여 헌법재판소가 1998. 7. 16. 재판관 5 : 4의 의견으로 합헌결정(95헌바19등 결정)을 선고한 것을 변경하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 위헌결정을 한 것에 그 취지가 있다.

이 결정에 따라 동일한 취지를 규정하고 있던 ‘대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2005. 7. 13. 법률 제7583호로 제정된 것) 제9조에 대해서도 마찬가지로 위헌결정이 선고되었고(헌재 2006. 4. 27., 2005헌마1119, 판례집 18-1(상), 631), 국회는 위헌결정의 취지에 따라 ‘교원지위향상을 위한 특별법’(2007. 5. 11. 법률 제8414호로 개정된 것)과 ‘대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법’(2007. 5. 17. 법률 제8451호로 개정된 것)을 개정하여 학교법인도 행정소송을 제기할 수 있도록 하였다.

## 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의

- 국회법상 수정안의 의미와 국회의장의 의사진행권한 -  
(헌재 2006. 2. 23. 2005헌라6, 판례집 18-1상, 82)

전 종 익\*

### 【판시사항】

1. 국회법상 수정안의 범위
2. 국회의장이 방위사업청 신설을 내용으로 하는 의안을 복수차관제와 일부청의 차관급 격상을 내용으로 하는 정부조직법 개정안의 수정안으로 보고 처리한 것이 국회법에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 피청구인의 2005. 6. 30. 제254회 임시국회 제8차 본회의에서 정부조직법 일부 개정 법률안(이하 ‘이 사건 원안’이라 한다)과 그에 대한 수정안(이하 ‘이 사건 수정안’이라 한다)을 가결선포한 행위(이하 ‘이 사건 가결선포행위’라 한다)가 청구인들의 헌법 또는 법률에 의한 심의·표결권을 침해하고 그로 인하여 이 사건 가결선포행위가 무효가 되는지 여부이며 관련규정의 내용은 다음과 같다.

국회법 제51조 (위원회의 제안) ① 위원회는 그 소관에 속하는 사항에 관하여 법률안 기타 의안을 제출할 수 있다.

② 제1항의 의안은 위원장이 제출자가 된다.

제87조 (위원회에서 폐기된 의안) ① 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안은 본회의에 부의하지 아니한다. 그러나 위원회의

---

\* 서울대학교 법대교수, 전 헌법연구관

결정이 본회의에 보고된 날로부터 폐회 또는 휴회중의 기간을 제외한 7일 이내에 의원 30인 이상의 요구가 있을 때에는 그 의안을 본회의에 부의하여야 한다.

② 제1항 단서의 요구가 없을 때에는 그 의안은 폐기된다.

제95조 (수정동의) ① 의안에 대한 수정동의를 그 안을 갖추고 이유를 붙여 의원 30인 이상의 찬성자와 연서하여 미리 의장에게 제출하여야 한다. 그러나 예산안에 대한 수정동의를 의원 50인 이상의 찬성이 있어야 한다.

② 위원회에서 심사보고한 수정안은 찬성없이 의제가 된다.

③ 위원회는 소관사항외의 안건에 대하여는 수정안을 제출할 수 없다.

④ 의안에 대한 대안은 위원회에서 그 원안을 심사하는 동안에 제출하여야 하며, 의장은 이를 그 위원회에 회부한다.

제96조 (수정안의 표결순서) ① 동일의제에 대하여 수개의 수정안이 제출된 때에는 의장은 다음 각호에 의하여 표결의 순서를 정한다.

1. 최후로 제출된 수정안부터 먼저 표결한다.
2. 의원의 수정안은 위원회의 수정안보다 먼저 표결한다.
3. 의원의 수정안이 수개 있을 때에는 원안과 차이가 많은 것부터 먼저 표결한다.

② 수정안이 전부 부결된 때에는 원안을 표결한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 정부는 2005. 3. 24. 재정경제부 등 4개 부에 복수차관제를 도입하고 통계청과 기상청을 차관급 기구로 격상하며 국방부장관 소속으로 방위사업청을 신설하고 건설교통부의 명칭을 국토교통부로 변경하는 내용의 정부조직법 일부 개정 법률안을 국회에 제출하였다. 국회 행정자치위원회는 위 법률안과 이미 제출되어 있던 법률안들을 검토하여 복수차관제의 도입과 통계청 및 기상청을 차관급 기구로 격상하는 내용의 위원회 대안을 심사·의결하였고 이를 본회의에 부의하였다.

(2) 같은 해 6. 30. 제254회 임시국회 제8차 본회의에서 위 정부조직법 일부 개정 법률안과 관련하여 열린우리당 및 민주노동당 의원 33인의 명의로 방위사업청 신설을 내용으로 하는 수정안이 제출되었고, 청구인들을 비롯한 한나라당 소속 의원들은 의사진행발언 등을 통하여 위 수정안은 소관 상임위원회에서 폐기한 것이며 복수차관제 도입 등을 내용으로 하는 정부조직법 일부 개정 법률안과 다른 의제를 내용으로 하고 있어 국회법상의 수정안의 범위를 벗어난 별개의 법률안이라고 주장하였다. 피청구인은 위 수정안을 표결처리를 통해 통과시켰고 이에 따라 수정안과 함께 위 정부조직법 일부 개정 법률안에 대하여 가결을 선포하였다.

이에 청구인들은 같은 해 7. 18. 피청구인의 위와 같은 법률안에 대한 가결선포행위로 말미암아 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 주장하며 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변, 관계기관의 의견 요지

### 가. 청구인들의 주장

(1) 6월 국회에서 복수차관제 도입 등에 관한 정부조직법만 처리하고 방위사업청 신설 문제는 추후 국회에서 다시 논의하기로 한 것은 여야가 합의한 사항으로서 열린우리당과 국회의장이 이 사건 수정안을 강행처리한 것은 여야합의를 파기한 것으로 합의를 우선한 국회법 정신에 정면으로 위배된다.

(2) 수정동의는 의제가 된 안건에 종속된 부수적 동의로서 수정안은 그 목적이나 성격이 원안과 동일하여야 한다. 국회운영실무상 수정안이 가결된 경우 원안에 대하여 표결을 하지 않고 원안이 가결된 것으로 처리하는 것은 바로 원안과 수정안은 동일성이 있는 의안으로서 양립할 수 없는 의안이므로 동일한 사항에 대하여 2개 이상의 안이 가결될 수 없기 때문이다. 따라서 수정안이 실질적으로 원안과 동일성이 없는 별개의 의제를 내용으로 하고 있다면 표결도 별도로 해야 한다.

따라서 상임위에서 심의한 결과 본회의에 부의하지 않기로 한 의제 내지 의안의 경우 원안과 동일한 내용인 것만이 수정안으로 제출될 수 있고 그렇지 않은 경우 국회법 제87조에 따라 별개의 의안으로서 본회의에 부의되

어야 한다.

(3) 이 사건 가결선포행위에서 방위사업청 신설을 내용으로 하는 수정안의 경우 형식적으로는 수정안이지만 복수차관제 등을 내용으로 하는 원안과 목적이나 성격에 있어 동일성이 없으며 내용적으로도 양립할 수 있는 별개의 의안에 불과하다. 따라서 국회법상의 수정안으로서 처리될 수 없고, 위 수정안을 소관 상임위원회에서 폐기된 의안에 대한 본회의 회부요구로 본다 하더라도 별개의 의안으로 처리되어야 한다.

그럼에도 불구하고 피청구인은 이 사건 수정안이 가결되었다는 이유로 전혀 별개의 의안인 원안에 대하여 표결도 하지 않은 채 가결된 것으로 선포하였으므로 헌법과 국회법에서 국회의원에게 부여한 법률안 심사·표결권을 침해하였다. 또한 이 사건 가결선포행위는 위와 같은 헌법 및 국회법 위반의 하자가 있으므로 당연히 무효이다.

(4) 원안에서 논의되지 않았던 사항이 추가된 수정안이 의결된 사례들이 적지 않았고 그러한 관행이 존재한다는 점을 인정하였다. 다만 그러한 관행은 국회법에 위반되는 것으로서 하루빨리 혁파되어야 할 폐습이다. 또한 피청구인은 원안에 대하여 본회의에 출석한 국회의원들에게 찬반의사를 묻지 않은 상태에서 수정안에 대한 표결 결과만을 근거로 원안과 수정안이 모두 가결되었음을 선포하였으므로, 이 사건 가결선포행위는 국회법 제87조, 제95조, 제96조를 위반되고, 그 결과 청구인들은 이 사건 원안에 대하여 찬반 의사를 표명할 기회를 박탈당하여 헌법 제40조 및 제49조에 의하여 부여받은 권한인 법률안 심의·표결권을 침해받으며 결국 이 사건 가결선포행위 역시 헌법 제49조에 위반된다.

## 나. 피청구인의 답변

(1) 이 사건 수정안은 이 사건 원안에 대하여 방위사업청을 신설하는 내용을 추가하는 것을 내용으로 하는 것으로서 그에 대한 심의와 표결은 곧 이 사건 원안에 대한 심의와 표결을 포함한다. 청구인들은 이 사건 수정안이 이 사건 원안과 동일성의 범위에 있지 아니하여 수정안이라 할 수 없다고 주장하나, 이러한 주장의 근거로 제시하고 있는 국회법 해설서도 ‘수정은 원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것으로서 새로 추가하든지 혹은 삭

제하든지 또는 변경하는 등 원안을 손질하는 것'이라 하여 폭넓게 인정하고 있어 이에 의하면 오히려 이 사건 수정안은 적법한 수정안에 해당한다. 게다가 원안에서 논의되지 않았던 사항이 추가된 수정안이 의결되어 시행되고 있는 많은 사례들이 존재하는 점을 보아도 이는 명백하다.

또한 청구인들은 수정안이 원안과 동일성의 범위안에 있어야 한다는 근거로서 국회법 제96조 제2항을 들고 있으나 위 규정은 일사부재의 원칙에 따라 그 표결의 순서를 정한 것으로서 수정안의 범위에 관하여 일정한 제한을 가하고 있는 규정이라 볼 수 없다.

(2) 청구인들은 이 사건 수정안의 내용은 상임위원회에서 추후 국회에서 다시 논의하기로 합의한 사항인데도 이를 가결처리한 것은 합의를 파기한 것으로 국회법의 정신을 위배한 것이라고 주장하나 여야합의에 따라야 한다는 점은 헌법상의 원칙이나 국회법상의 원칙이라 볼 수 없고 이는 국회 자율권의 범위안에 있는 것으로서 이를 들어 위헌이라고 주장하는 것은 이유없다.

#### 다. 행정자치부장관의 의견

이 사건 수정안과 원안의 정부조직법 개정안은 소관 상임위원회인 행정자치위원회, 법제사법위원회 및 본회의에서 국회법에 규정된 절차에 따라 표결 처리된 것으로서 이러한 개정안이 무효 또는 취소될 경우 국정운영에 큰 혼란이 발생하게 되며 국민의 불편이 가중될 것이므로 발생할 불이익이 너무 크다.

#### 【결정요지】

1. 국회법상 수정안의 범위에 대한 어떠한 제한도 규정되어 있지 않은 점과 국회법 규정에 따른 문언의 의미상 수정이란 원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것으로 새로 추가, 삭제, 또는 변경하는 것을 모두 포함하는 개념이라는 점에 비추어, 어떠한 의안으로 인하여 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에까지 이르지 않는다면 이를 국회법상의 수정안에 해당하는 것으로 보아 의안을 처리할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 물론 이미 이루어진 것의 잘못된 점을 바로잡는다는 수정의 사전적

의미를 감안하여 원안의 목적 또는 성격을 변경하지 않는 범위내에서 고치는 것을 전제로 하고 수정안은 원안과 동일성이 인정되는 범위내에서만 인정될 수 있다는 청구인들의 해석도 가능하기는 하다. 그러나 원안의 목적과 성격을 보는 관점에 따라서는 동일성의 인정범위가 달라질 수 있고 또한 너무 좁게 해석하면 국회법 규정에 따른 수정의 의미를 상실할 수도 있다.

2. 위와 같이 국회법 제95조상의 수정의 개념을 폭넓게 보는 해석이 가능하다면 피청구인이 이러한 입장에 따라 이 사건 수정안을 적법한 수정안에 해당하는 것으로 보고 의안을 처리하였다 하더라도 이를 명백히 법률에 위반된다고 할 수는 없다. 게다가 국회속기록에 의하면 피청구인은 국회의 의사절차가 명문의 규정이 없는 경우 과거의 관례에 따르게 되어 있는 점을 전제로 국회사무처로부터 제17대 국회에서 2005. 6. 29.까지의 수정안 12개 중 10개가 원안에 포함되어 있지 않은 새로운 사항을 규정한 것이라는 자료를 보고받고 이에 근거하여 이 사건 수정안을 표결처리하였고, 당해 국회사무처의 보고자료에서 언급한 의안을 살펴보면 실제로 이와 같이 새로운 사항을 규정한 의안들이 아무런 문제없이 수정안으로 처리되어왔음을 확인할 수 있다. 따라서 피청구인이 아무런 근거 없이 일방적으로 국회법을 해석하여 수정안의 범위에 대한 입장을 정한 것으로 볼 수도 없다.

### 재판관 권성, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 인용의견

1. 국회법상 ‘수정안’은 원안과 동일성이 인정되는 범위안에서 제출된 경우에만 수정안으로 볼 수 있다. 국회법 제95조 제1항의 수정안은 본질적으로 이미 위원회에서 심사를 마친 원안의 존재를 전제로 하고 당해 원안과 동시에 본회의에서 심의되는 종속적이고 부수적인 성격을 가진다. 개념적으로 보아도 수정은 추가, 삭제, 변경 등 원안을 손질하여 고치는 것이므로 원안의 기본적인 내용을 변경하지 않는 범위내에서 이루어져야 한다. 따라서 원안과는 전혀 다른 내용이 포함되어 있어 결과적으로 원안이 다른 의미로 변질되는 경우는 수정안으로 볼 수 없고 ‘별개의 의안’을 제안하는 것으로 보아야 한다.

2. 이 사건 수정안은 이 사건 원안과 전혀 다른 별개의 의안으로서 국회



법상의 수정안으로 볼 수 없다. 이 사건 원안은 재경부·외교통상부·행정자치부·산업자원부의 복수차관제를 도입하고 통계청 및 기상청을 차관급 기구로 격상시키는 내용인 것에 반하여 이 사건 수정안은 방위사업청을 신설하는 내용으로서, 비록 형식적으로는 수정안의 형태로 제출되었다 하더라도 이 사건 원안과 내용에 있어 동일성이 없으므로 원안과는 다른 별개의 의안에 해당한다. 이 사건 수정안에 대한 표결이 있었다 하더라도 방위사업청의 신설에 대한 국회의원들의 찬반의사만이 표명되었을 뿐 이 사건 원안의 복수차관제나 일부 기구의 차관급 격상에 대한 찬반의사는 전혀 나타난 바가 없다. 따라서 이 사건 수정안이 가결되었다 하더라도 이 사건 원안에 대한 어떠한 의결도 있었다고 할 수 없으므로 그 가결을 선포하려면 마땅히 별도의 의결절차를 거쳐야 하는 것이다.

## 【해설】

### 1. 적법요건의 검토

#### 가. 청구기간

청구인들은 피청구인의 이 사건 가결선포행위가 있었던 2005. 6. 30.부터 60일 이내인 같은 해 7. 18. 이 사건 심판청구를 하였으므로 청구기간을 준수하였다.

#### 나. 당사자능력

헌법재판소는 1997. 7. 16. 선고한 96헌라2 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서 국회의원과 국회의장을 헌법 제111조 제1항 제4호 소정의 ‘국가기관’에 해당하는 것으로 해석하고 이들의 당사자능력을 인정하였으며(판례집 9-2, 154, 164), 이러한 입장은 이후 일련의 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서도 계속되고 있다(헌재 2000. 2. 24. 99헌라1, 판례집 12-1, 115; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2, 17)

따라서 이러한 판례의 입장에 의하면 이 사건의 청구인과 피청구인이 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 능력은 인정된다고 볼 수 있다.

### 다. 이 사건 가결선포행위가 권한쟁의심판의 대상이 될 수 있는지 여부

헌법재판소법에 의하면 권한쟁의에서는 국가기관(피청구인)이 행한 구체적인 처분이나 부작위가 다툼의 대상이 된다. 이중 처분은 대단히 넓은 개념으로 국가기관의 대부분의 적극적인 행위를 포함하며 단순한 사실행위뿐만 아니라 기타 모든 법적 행위가 이에 해당한다. 대외적인 것뿐만 아니라 대내적 성질을 지닌 것 그리고 개별적 결정뿐만 아니라 일반적 규범의 정립까지도 이에 포함된다고 본다.<sup>1)</sup>

이 사건 가결선포행위는 법률안이 국회본회의에서 의결되었음을 확정함으로써 법률로서 성립되도록 하는 주요한 법적 효력을 지니고 있으므로 권한쟁의심판청구의 대상인 처분에 해당한다고 볼 수 있다.

### 라. 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 침해

(1) 권한쟁의심판은 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 청구할 수 있고 여기서 ‘침해’란 청구인의 주장을 바탕으로 할 때 침해의 개연성이 있으면 족하다.

우선 청구인이 주장하는 국회의원의 법률안 심의·표결권은 헌법 제41조 제1항에 따라 국민의 선거에 의하여 선출된 헌법상의 국가기관으로서 헌법과 법률에 의하여 부여받은 독자적인 권한임이 틀림없고(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163), 청구인의 주장에 의하면 이 사건 가결선포행위에 의하여 이 사건 원안에 대한 심의·표결권을 행사하지 못하였으므로 일단은 이러한 권한의 침해를 받을 가능성이 인정되는 것으로 보인다.<sup>2)</sup>

1) 2002헌라1 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의, 보고서, 6쪽

2) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서 헌법재판소는 이른바 날치기 법률안 통과가 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제라는 피청구인의 주장에 대하여 국회의 자율권도 헌법과 법률을 위반하지 않는 범위내에서 허용되어야 하므로 국회의장이 국회의원의 헌법상 권한을 침해하였다는 이유로 국회의원인 청구인들이 국회의장을 상대로 권한쟁의심판을 청구한 사건의 경우 헌법재판소가 심사할 수 없는 국회내부의 자율에 관한 문제라고 할 수 없다고 판시하였다. 이 사건 권한쟁의심판청구 역시

## 2. 본안의 검토

### 가. 인정되는 사실

다음과 같은 사실에 관하여 당사자들간에 이론이 없다.

(1) 정부는 2005. 3. 24. 재정경제부 등 4개 부에 복수차관제를 도입하고 통계청과 기상청을 차관급 기구로 격상하며 국방부장관 소속으로 방위사업청을 신설하고 건설교통부의 명칭을 국토교통부로 변경하는 내용의 정부조직법 일부 개정 법률안을 국회에 제출하였다.

(2) 국회 행정자치위원회는 같은 해 4. 18. 제253회 국회(임시회)에서 위 법률안의 검토를 법안심사소위원회에 회부하였고, 위 소위원회는 위 법률안과 함께 이미 제출되어 있던 강재섭 의원, 박병석 의원, 맹형규 의원이 각 대표발의한 정부조직법중개정법률안들을 검토하여 같은 해 6. 20. 재경부·외교통상부·행정자치부·산업자원부의 복수차관제를 도입하고 통계청 및 기상청을 차관급 기구로 격상하며, 건설교통부의 명칭변경과 방위사업청의 신설은 추후 논의하는 것으로 표결하여 결정하였다.

같은 날 국회 행정자치위원회는 이러한 내용의 소위원회의 심사결과를 받아들여 위원회 대안으로 심사·의결하여 본회의에 부의하였다. 심의 중 방위사업청 신설을 내용으로 하는 수정안이 이영순 의원에 의해 제출되었으나 부결되었다.

(3) 같은 달 30. 제254회 임시국회 제8차 본회의에서 위와 같이 행정자치위원회에서 부의한 정부조직법 일부 개정 법률안과 관련하여 열린우리당 및 민주노동당 의원 33인의 명의로 방위사업청 신설을 내용으로 하는 수정안이 제출되었고, 피청구인 국회의장은 위 수정안에 대하여 표결을 실시하여 재석 170인 중 찬성 159인, 기권 11인<sup>3)</sup>으로서 가결되었음을 선포하였고, 원안에 대하여 표결을 실시하지 아니한 채 정부조직법 일부개정법률안(대안)은 수정한 부분은 수정안대로 기타 부분은 행정자치위원회에서 제안한 대로 가결되었음을 선포하였다.

---

같은 맥락에서 헌법재판소의 판단대상이 될 수 있는 것으로 판단된다.

3) 청구인들을 포함한 한나라당 의원들은 투표에 참여하지 않아 재석에 포함되어 있지 않다.

### 나. 이 사건 가결선포행위에 의한 심의·표결권의 침해여부

(1) 청구인들은 이 사건 수정안은 이 사건 원안과 전혀 별개의 의안으로서 이 사건 수정안이 가결되었다 하더라도 이 사건 원안에 대한 표결이 이루어진 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 가결선포행위는 국회본회의의 표결을 거치지 않은 법률안의 가결을 선포한 것이 되어 국회의원인 청구인들의 심의·표결권을 침해한다고 주장한다.

실제로 국회속기록을 보면 이 사건 원안을 직접 대상으로 한 어떠한 표결이 이루어진 점을 찾을 수 없다. 따라서 청구인들의 심의·표결권의 침해여부는 이 사건 수정안에 대한 표결이 이 사건 원안에 대한 것까지 포함하는 것으로 볼 수 있는지 여부에 의하여 결정될 수 있을 것이다.

(2) 헌법 제64조는 국회가 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있고, 의원의 자격심사·징계·제명에 관하여 자율적 결정을 할 수 있음을 규정하여 국회의 자율권을 보장하고 있다. 이에 따라 국회는 국민의 대표기관이자 입법기관으로서 의사와 내부규율 등 국회운영에 관하여 폭넓은 자율권을 가지며 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우가 아닌 한 그 자율권은 권력분립의 원칙이나 국회의 위상과 기능에 비추어 존중되어야 한다. 따라서 그 자율권의 범위내에 속하는 사항에 관한 국회의 판단에 대하여 다른 국가기관이 개입하여 그 정당성을 가리는 것은 바람직하지 않고, 헌법재판소도 그 예외는 아니다(헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 165; 헌재 1998. 7. 14. 98헌라3, 판례집 10-2, 74, 83).

(2) 국회법은 제95조 제1항에서 의안에 대한 수정동의는 그 안을 갖추고 이유를 붙여 의원 30인 이상의 찬성자와 연서하여 의장에게 제출하여야 한다고 규정하고 제96조 제1항에서 수정안의 표결순서로서 최후로 제출된 수정안, 의원의 수정안, 그리고 원안과 차이가 많은 것부터 먼저 표결하도록 하고 있는 등 수정동의의 제출과 그 안건의 처리순서를 정하고 있을 뿐 구체적으로 어떠한 경우가 수정안에 해당하는 것인지에 관한 규정을 두고 있지 않다. 다만 제96조 제2항에서 수정안이 전부 부결된 때에만 원안을 표결하도록하여 수정안이 가결된 경우에는 원안에 대한 표결이 필요없는 것으로 규정하고 있어 법상의 수정안에 해당하는 경우에는 그 표결에 원안의

내용이 포함되어 있는 것으로 보아야 한다.

한편 국회법 제87조는 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안의 경우 본회의에 위원회의 결정이 보고된 날로부터 7일 이내에 의원 30인 이상의 요구가 있을 때에는 그 의안을 본회의에 부의하도록 하여 위원회의 결의 없이도 수정안과는 별도의 안건을 제출할 수 있는 길을 열어 놓고 있다.

따라서 이 사건 원안에 대한 표결이 이루어졌는지 여부는 이 사건 수정안을 국회법 제95조에 의한 수정안으로 볼 것인지 아니면 같은 법 제87조에 의한 기존의 원안과는 별개인 독립된 안건으로 볼 것인지에 따라 결정될 것이며 이는 국회법 제95조의 수정 개념의 범위를 어떻게 볼 것인가에 의해 좌우될 것이다.

(3) 국회법에 수정에 대한 어떠한 제한도 규정되어 있지 않은 점과 문언의 의미상 수정이란 원안에 대하여 다른 의사를 가하는 것으로 새로 추가, 삭제, 또는 변경하는 것을 모두 포함하는 개념이라는 점에 비추어 보면 이로 인하여 원안이 본래의 취지를 잃고 전혀 다른 의미로 변경되는 정도에 까지 이르지 않는다면 수정에 해당하는 것으로 보아 의안을 처리할 수 있다는 보는 것과 같이 폭넓게 해석할 수 있다.<sup>4)</sup> 이에 의하면 이 사건 수정안은 국회법 제95조에 의한 수정안에 해당된다.

물론 수정이란 원안의 목적 또는 성격을 변경하지 않는 범위내에서 고치는 것을 말하므로 수정안은 원안과 동일성이 인정되는 범위내에서만 인정될 수 있다는 청구인들의 해석도 가능하기는 하다.<sup>5)</sup> 그러나 원안의 목적과 성격을 보는 관점에 따라서는 이 사건 원안과 수정안이 모두 정부조직법의 개정을 위한 것으로 동일성이 인정된다고 할 수 없는 것도 아니므로 이러한 견해에 의하더라도 반드시 이 사건 수정안을 국회법상의 수정안으로 볼 수 없고 같은 법 제87조에 의한 별개의 안건으로 처리해야 한다고 할 수도 없다.

이와 같이 국회법 제95조상의 수정의 개념을 폭넓게 보는 해석이 가능

4) 국회사무처에서 발간한 국회법해설(1996), 285쪽의 설명도 이와 같다.

5) 청구인들은 국회사무처에서 발간한 국회법해설(1996), 285쪽을 이러한 해석의 근거로 제시한다.

하다면 피청구인이 이러한 입장에 의하여 이 사건 수정안을 적법한 수정안에 해당하는 것으로 보고 의안을 처리하였다 하더라도 이를 명백히 법률에 위반된다고 할 수는 없다.

(5) 특히 국회법 제10조는 국회의장으로 하여금 국회를 대표하고 의사를 정리하며 질서를 유지하고 사무를 감독하도록 하고 있고, 국회법 제6장의 여러 규정들은 개의, 의사일정의 작성, 의안의 상임위원회 회부와 본회의 상정, 발언과 토론, 표결 등 회의절차 전반에 관하여 국회의장에게 폭넓은 권한을 부여하고 있어 국회의 의사진행에 관한 한 원칙적으로 의장에게 그 권한과 책임이 귀속된다(헌재 1998. 7. 14. 98헌라3, 판례집 10-2, 74, 80). 따라서 개별적인 수정안에 대한 평가와 그 처리에 대한 피청구인의 판단은 명백히 법에 위반되지 않는 한 존중되어야 한다.

게다가 국회속기록<sup>6)</sup>에 의하면 피청구인은 국회라는 것이 명문의 규정이 없는 경우 과거의 관례에 따르는 것이라는 점을 전제로 국회사무처로부터 제17대 국회에서 2005. 6. 29.까지의 수정안 12개 중 10개가 원안에 포함되어 있지 않은 새로운 사항을 규정한 것이라는 자료를 보고받고 이에 근거하여 이 사건 수정안을 표결처리하였고, 당해 국회사무처의 보고자료에서 언급한 의안을 살펴보면 실제로 이와 같이 새로운 사항을 규정한 의안들이 아무런 문제없이 수정안으로 처리되어왔음을 확인할 수 있다.<sup>7)</sup>

따라서 피청구인이 아무런 근거도 없이 일방적으로 이 사건 가결선포행위를 하였다고 볼 수도 없다.

(6) 청구인들은 이 사건 수정안을 강행처리한 것은 여야합의를 파기한 것으로 합의를 우선한 국회법 정신에 정면으로 위배된다고 주장하나, 행정자치위원회와 원내대표회담에서 이루어진 방위사업청의 신설을 추후 검토하겠다는 것은 단지 정치적으로 여야간 의안의 처리에 관하여 합의한 것에

6) 제254회 국회(임시회) 국회본회의 회의록 제8호, 14쪽; 기록 제274쪽.

7) 국회사무처의 17대의 수정안에 대한 분석자료는 피청구인 2005. 9. 29.접수 준비서면에서 일부 인용하고 있다. 가장 대표적인 것으로 2005. 1. 1. 제251회 임시국회 제4차본회의에 정부가 제출한 기금관리법중개정법률안과 그 수정안을 들 수 있다. 원안에는 단지 기금의 주식과 부동산에 대한 투자금지규정(제3조 제3항)을 삭제하는 내용만이 존재하였으나 수정안에는 제3조의 2에 기금자산운용원칙에 대한 자세한 규정을 신설하는 것을 내용으로 하였다. 이 경우에도 수정안에 대한 표결만이 이루어졌음에도 전체내용이 가결선포된 것으로 보았다.

불과하여 국회법적으로 의미있거나 법적으로 구속력있는 것이라 볼 수 없다. 따라서 이 사건 가결선포행위가 이러한 합의의 파기 결과 이루어졌다 하더라도 이로써 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 경우로 볼 수는 없다.<sup>8)</sup>

(7) 이와 같이 피청구인의 이 사건 수정안에 대한 표결결과에 이 사건 본안에 대한 의결이 포함되어 있다고 보는 입장이 명백히 헌법이나 법률에 위반되는 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 가결선포행위가 청구인들의 법률안에 대한 심의·표결권을 침해하였다고 볼 수 없다.

### 3. 이 사건 결정의 의의

이 사건은 내용면에서 보면 국회법상 수정안의 의미가 무엇인가 하는 법률의 해석문제에 의하여 결정이 이루어진 것이나, 헌법이론적으로 국회의 내부의사절차에 관한 분쟁이 있을 경우 사법기관인 헌법재판소가 심판을 통해 개입할 수 있는 범위에 관하여 일정한 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 크다. 특히 헌법재판소는 국회의장의 국회의사진행에 관한 폭넓은 권한을 인정하여 그 판단이 명백히 법에 위반되지 않는 한 존중되어야 한

8) 이와 관련하여 이 사건 수정안이 위원회에서 폐기된 의안에 해당하여 국회법 제 87조에 위반되는지 여부가 문제될 수 있다. 국회법 제87조는 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안은 본회의에 부의하지 아니하나, 위원회의 결정이 본회의에 보고된 날로부터 7일 이내에 30인 이상의 요구가 있을 때에는 그 의안을 본회의에 부의하여야 한다고 규정하고 있고, 이에 대하여 국회법 해설(1996)은 '위원회는 의안을 본회의의 심의에 앞서서 예비적 심사를 하는 것'이라고 하고 있어 여기서 의안은 국회법에 의하여 10인 이상의 의원의 찬성으로 이유를 붙여 의장에게 제출되고(제79조 제1항, 제2항) 국회공보에 기재되는(제80조 제1항) 독립된 의안으로 볼 수 있다.

이미 제출되어 있던 강재섭 의원, 박병석 의원, 맹형규 의원이 각 대표발의한 정부조직법중개정법률안들에는 방위사업청의 신설에 관한 내용은 없었고, 그러한 내용은 정부가 2005. 3. 24 제출한 정부조직법 개정안의 일부로 처음 제출되었다. 따라서 이 사건 수정안은 폐기된 의안의 일부를 내용으로 하는 것으로서 국회법 제79조에 규정된 독립된 의안에는 해당하지 않으므로 형식적으로 보면 국회법 제 87조에 규정되어 있는 폐기된 의안에 해당하지 않는 것으로 볼 수 있다. 반면 이미 이에 관하여 국회상임위원회에서 논의가 이루어진 결과 해당 내용을 본회의에 부의하지 않기로 하였던 실질적인 면에서 보면 이미 위원회에서 폐기된 내용으로 볼 수도 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 상임위원회에서 여야합의가 있었다 하더라도 이는 법적 구속력이 있는 것이 아니므로 형식적으로 파악하는 것이 타당하다.

다고 하여 국회의 의사진행에 관한 국회의 자율권을 인정하는 입장을 분명히 하였다.



## 부가가치세법 제6조 제1항 등 위헌소원

- 경매를 부가가치세 과세대상으로 삼는 것의 위헌 여부 -  
(헌재 2006. 2. 23. 2004헌바100, 판례집 18-1상, 223)

### 전 병 관\*

#### 【판시사항】

1. 부가가치세법 제6조 제1항이 부가가치세 과세대상으로서의 재화의 공급을 ‘계약상 또는 법률상의 모든 원인에 의한 재화의 인도 또는 양도’라고 규정한 것이 헌법상의 조세법률주의에서 과생되는 과세요건 명확주의에 위배되는지 여부
2. 부가가치세법 제6조 제7항이 재화의 공급에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 위임한 것이 헌법상의 포괄위임법금지원칙에 위배되는지 여부
3. 부가가치세법 제6조 제1항, 제6항, 제7항이 경매를 재화의 공급에서 제외하지 아니하고 부가가치세 과세대상으로 삼음으로써 경매목적물 소유자의 재산권을 부당하게 침해하여 헌법상의 재산권보장의 원리 및 평등원칙에 위배되는지 여부

#### 【심판대상】

부가가치세법 제6조 (재화의 공급) ① 재화의 공급은 계약상 또는 법률상의 모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것으로 한다.

⑥ 다음 각 호의 1에 해당하는 것은 재화의 공급으로 보지 아니한다.

1. 재화를 담보로 제공하는 것으로서 대통령령이 정하는 것
2. 사업을 양도하는 것으로서 대통령령이 정하는 것. 다만, 사업자가 제

---

\* 헌법연구관

16조의 규정에 의한 세금계산서를 교부한 경우로서 대통령령이 정하는 경우를 제외한다.

3. 법률에 의하여 조세를 물납하는 것으로서 대통령령이 정하는 것

⑦ 제1항에 규정하는 재화의 공급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인이 소유하고 있던 사업용 고정자산인 부산 사상구 엄궁동 소재 대지 및 건물이 2002. 12. 3. 법원의 임의경매절차에서 외국법인에게 매각되었으나, 청구인은 2002년 2기분 부가가치세 신고 시에 이를 누락하였다. 북부산세무서장은 2004. 7. 2. 위 건물에 대한 경매를 부가가치세법 제6조 제1항 소정의 재화의 공급으로 보아 경락가액을 토지와 건물의 감정가액으로 안분계산한 후 건물가액에 해당분을 부가가치세 과세표준으로 하고 가산세를 포함하여 청구인에 대하여 2002년 제2기분 부가가치세 1,436,866,250원을 부과하는 처분을 하였다. 이에 청구인은 2004. 9. 9. 북부산세무서장을 상대로 위 과세처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고, 그 소송계속 중에 부가가치세법 제6조 제1항, 제6항, 제7항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 같은 법원이 이를 기각하자 2004. 12. 31. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 2. 청구인의 주장과 법원의 제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

##### 가. 청구인의 주장

(1) 부가가치세법(이하 ‘법’이라 한다) 제6조 제1항은 부가가치세 과세대상인 재화의 공급에 관하여 ‘모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 경우’라고 추상적, 포괄적으로 규정함으로써 조세법률주의가 요구하는 과세요건 명확주의에 위반되고, 법 제6조 제7항은 재화의 공급과 관련한 과세요건에 대하여 아무런 구체적인 정함이 없이 모두 대통령령에 위임함으로써 헌법상의 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다.

(2) 경매는 당사자 사이의 자유로운 의사에 의하여 소유권이 이전되는 일반적인 매매와는 달리 경매목적물 소유자의 의사에 반하여 강제적으로 소유권이 이전되고, 경매목적물 소유자나 정부가 경매절차에서 경락인으로부터 부가가치세를 거래징수할 수 있는 실질적인 기회나 절차가 전혀 보장되어 있지 않음에도, 법 제6조 제6항은 재화의 공급으로 보지 아니하는 유형으로 경매를 별도로 규정하지 않고 있고, 법 제6조 제1항은 오히려 경매를 부가가치세 과세대상으로 규정하고 있는데, 결국 위 조항들은 모두 경매목적물 소유자를 부당하게 차별하는 규정들로서 헌법상의 평등원칙에 위반된다.

(3) 한편 법 제6조 제1항으로 인하여 경매목적물 소유자는 거래징수의 기회를 갖지도 못한 채 일방적으로 부가가치세를 부담하여야 하는데, 이는 헌법상의 재산권보장의 원칙에 위배된다.

#### 나. 법원의 제청신청기각이유

(1) 법 제6조 제1항이 일반적인 과세거래에 대하여 규정하고, 다시 법 제6조 제6항이 그와 같이 볼 수 없는 특별한 경우를 열거하는 것은 입법기술상 당연히 받아들여 질 수 있는 것이므로, 법 제6조 제1항이 과세요건 명확주의에 반하는 것은 아니다.

(2) 법 제6조 제1항, 제6항, 제7항 및 부가가치세법 시행령(이하 ‘법시행령’이라 한다) 제14조 제1항을 유기적, 체계적으로 살펴보면, 법 제6조 제7항이 헌법상의 포괄위임입법금지원칙에 반하는 것은 아니다.

(3) 경매의 성질이 사적 매매에 해당하고 이를 통하여 소유권의 이전 및 새로운 부가가치의 창출이 이루어지는 이상, 경매를 부가가치세의 과세대상이 되는 재화의 공급에 해당하는 것으로 본다고 하여 경매목적물 소유자의 재산권을 부당하게 침해하는 것은 아니다.

#### 다. 국제청장의 의견

(1) 법 제6조 제1항은 부가가치세 과세대상인 재화의 공급에 관하여 명확히 정의하고 있고, 특히 경매로 인한 건물의 소유권이전은 채무자의 채무불이행이라는 귀책사유에 기인한 것으로 불측의 재산상의 손실을 입게

되는 우연성이나 불확실성이 내포되어 있지도 아니하므로, 법 제6조 제1항이 조세법률주의가 요구하는 과세요건 명확주의에 위배된다고 할 수는 없고, 또한 법 제6조 제7항은 부가가치세의 내재적, 실재적 과세대상을 보충적으로 해석하기 위한 위임규정에 불과하여 이를 두고 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다.

(2) 입법자가 부가가치세 부과대상인 과세거래를 정함에 있어 반드시 경매를 제외하도록 할 헌법상의 의무가 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라 경매거래를 부가가치세 과세대상인 재화의 공급에서 제외시킬 경우 거래당사자간에 경매의 형식을 통하여 부가가치세를 탈루하는 사례가 많이 발생할 수 있다는 점과 부가가치세가 일반소비세로서 모든 원인에 의하여 재화가 인도 또는 양도되는 경우를 과세거래로 규정하고 있는 점 등을 고려할 때, 법 제6조 제6항이 경매를 부가가치세 과세제외 대상으로 규정하지 않았다고 하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없고, 법 제6조 제1항이 경매를 과세대상으로 하여 경매목적물 소유자에 대하여 부가가치세를 부담토록 한다고 하여 그에 대한 부당한 과세가 된다고 할 수는 없다.

#### 라. 재정경제부장관의 의견

국세청장의 의견과 같다.

#### 【결정요지】

1. 가. 부가가치세는 재화나 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 부가가치를 과세표준으로 하여 세액을 부과하는 조세로서 그 성질상 부가가치가 새롭게 창출되는 재화나 용역의 유통단계가 있게 되면 당연히 부과되는 것이므로, 원칙적으로 그 과세대상으로서의 재화의 공급은 매우 다양하고 상이한 요소들이 혼재할 수밖에 없고 그 종류와 범위를 적절히 분류할 수 있는 공통적 표지를 발견하기가 어렵다. 특히 부가가치세는 일종의 소비세로서 어떤 특정한 거래를 그 과세대상에서 제외할 경우 경제의 흐름에 왜곡을 가져오고 조세의 중립성을 해칠 수 있으므로, 각국의 입법례 또한 부가가치세의 과세대상을 일반적, 포괄적으로 규정하고 있다. 더구나 어떠한 거래유형을 구체적으로 과세대상으로 삼을 것인지의

문제는 경제상황의 변천, 조세정책적 변화, 관련법규의 변경 등에 대응하여 단력적, 유동적으로 규율할 필요가 크므로 법률조항에서 모든 과세대상을 개별적, 구체적으로 상세히 규율하는 것이 반드시 바람직하다고 볼 수도 없다.

나. 한편 법 제6조 제1항은 그 의미가 일반적·포괄적이기는 하나, 불명확하다거나 다의적이라고 할 수는 없다. 위 조항은 대체로 법관의 특별한 보충적 해석이 없더라도 그 의미내용을 확정하기에 어렵지 않을 정도이고, 경우에 따라 법관의 법보충작용으로서의 해석을 통하여 그 의미가 충분히 구체화, 명확화될 수 있다. 또한 이 조항 및 관련 규정의 내용이나 형식에 비추어 그 규정내용이 과세관청의 자의적 해석이 가능할 정도는 아니므로, 납세의무자의 법적 안정성 또는 예측가능성을 침해할 염려도 없다. 물론 사안에 따라 법 제6조 제1항에서 정하고 있는 재화의 공급에 해당하는지 여부가 불분명하여 해석을 필요로 하는 경우도 있을 수 있으나 위와 같은 법률의 해석, 적용의 필요성은 모든 법규정이 본질적으로 안고 있는 문제로서 조세법규가 해석을 필요로 한다고 하여 과세요건 명확주의에 어긋난다고 할 수는 없다.

2. 가. 포괄위임입법금지원칙에 관한 헌법 제75조의 취지에 비추어 볼 때 위 헌법 조항의 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있을 정도로 규정되어 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 법 조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 법 제1조, 제6조 제1항, 제6항, 제7항, 법시행령 제1조, 제14조 제1항의 규정 및 그밖에 법 제2조의 납세의무자 규정, 법 제7조, 제13조의 거래대가에 관한 규정 등을 유기적, 체계적으로 파악하는 한편 위 조항들과 부가가치세제의 입법취지, 관련 법률조항 등을 전체적, 종합적으로 살펴보면, 재화의 공급에 관하여 하위 법령에 위임되는 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있다.

나. 특히 부가가치세의 과세대상으로서의 재화의 공급은 국민들의 일반적인 경제생활로서 이러한 경제적 현상은 그 대상이 지극히 다양하고 수시로 변경될 수 있으므로 위임에 있어서의 구체성과 명확성의 요구는 상대적

으로 떨어지고, 경우에 따라 경제상황의 변천, 조세정책적 변화, 관련법규의 변경 등에 대응하여 탄력적, 유동적으로 규율할 필요가 크므로 광범위한 위임입법은 불가피하다. 한편 법 제6조 제7항은 법 제6조 제1항에 명확하게 규정되어 있는 과세대상을 구체적으로 세분하고 분류함으로써 일반 국민들에 대하여는 예측가능성을 제고하고, 과세관청에 대하여는 실무운영을 위한 지침을 주면서 경우에 따라 경제현실 및 조세환경의 변화에 탄력적으로 대응하기 위한 위임규정이라 할 것이고 이로써 과세대상을 확대하거나 새로운 과세요건을 규정한 것이 아니므로 국민들의 법적 안정성이나 예측가능성을 해하는 규정이라고 할 수도 없다.

3. 가. 조세의 부과대상이 되는 과세대상을 선정하는 것은 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반 여건과 재정사정 등을 종합적으로 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하고 이는 원칙적으로 입법재량의 영역에 속하므로, 입법자가 조세법에서 과세대상을 선정한 결과가 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리한 것이 아닌 한 헌법에 위반한다고 할 수는 없다. 더구나 부가가치세는 재화나 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 부가가치를 과세표준으로 하여 세액을 부과하는 조세로서 그 성질상 부가가치가 새롭게 창출되는 재화나 용역의 유통단계가 있게 되면 당연히 부과되는 것이고, 한편 경매는 국가기관이 개입되는 강제적인 매각절차이기는 하나, 본질적으로 채무자가 매도인이 되어 경매물건을 매각하는 사법상의 매매에 해당하며(채무자매도인설), 이를 통하여 소유권의 이전 및 새로운 부가가치의 창출이 이루어지는 이상, 경매를 부가가치세의 과세대상이 되는 재화의 공급에 해당하는 것으로 본다 하고 그 것이 곧 현저히 부당하다고 단정할 수는 없다.

나. 경매법원이 경락인으로부터 부가가치세를 거래정수하지 아니한 경우에 사업자인 채무자는 해당 공급에 대한 매출세액의 부담을 면하지 못하므로 결국 해당 부가가치세는 채무자가 부담하게 되고 이로써 부가가치세의 일반소비세적 성격을 깨뜨리게 되는 것으로 보이지만 경매가 아닌 일반적인 매매거래에 있어서도 법 제15조에서 정한 거래정수의 규정이 조세의 전가를 강제할 수 있는 규정이 아니라 선언적인 규정에 불과하여 공급자가 공급받는 자에 대하여 부가가치세를 청구할 수 있는 사법상 권리가 허용되

는 근거로 작용하지 못하고 있다. 경매거래를 포함한 모든 거래에 있어서 부가가치세의 거래징수에 관한 규정의 적용과 해석이 동일하므로 헌법상 어떠한 차별적 대우도 없고, 단지 조세법의 해석과 적용에 관한 일관된 판례와 견해로 인하여 부가가치세의 거래징수에 있어 경매에 의한 재화의 공급이 다소 불리한 입장에 있다고는 하나 이는 조세정책적 내지 입법정책적으로 해결해야 할 문제의 성질이지 이를 두고 헌법상의 재산권보장의 원리에 위배된다거나 자의적인 차별에 해당한다고 할 수는 없다.

다. 한편 법시행령 제58조 제6항은 경매로 인하여 재화가 공급되는 경우에는 집행법원이 세금계산서를 교부할 수 있다고 규정함으로써 경매목적물 소유자가 경매실시기관을 통하여 경락인으로부터 부가가치세를 사실상 거래징수할 수 있는 제도적 방안을 마련하고 있다. 즉 경매목적물 소유자는 경매개시시에 경매법원에 대하여 감정평가서에 부가가치세액이 별도로 표시되게 하여 달라고 요청할 수 있으며, 이 경우 경매법원으로서는 감정평가서에 부가가치세가 포함된 감정평가액을 기재하고 이를 납부한 경락인에 대하여 세금계산서를 교부함으로써 부가가치세를 실질적으로 거래징수할 수 있으므로, 경매목적물 소유자의 권리침해를 충분히 예방할 수도 있다.

라. 법 제6조 제6항은 법 제6조 제1항에 대한 예외를 인정하여 과세거래 제외대상을 규정한 것으로서 원칙적으로 수익적 조항에 해당하고 그에 따라 입법자에게는 보다 광범위한 입법 형성의 자유가 인정되므로, 현저히 자의적인 경우가 아닌 한 헌법상의 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다. 오히려 법 제6조 제6항에서 경매를 부가가치세 과세거래 대상에서 제외하게 되면 당사자가 선택하는 매매의 방법에 따라 부가가치세의 과세여부가 결정되어 오히려 헌법이 정한 평등원칙에 위배되며, 조세정책적으로도 경매라는 형식을 통하여 얼마든지 부가가치세를 탈루하는 사례가 발생할 수 있다.

### 재판관 조대현의 보충의견

경매목적물의 소유자가 부가가치세 납세의무자인 경우에는 경매실시기관이 경매절차에서 경매에 관한 부가가치세를 징수하여 공급자 대신 납부하도록 개선할 필요가 있다. 그렇게 하면 부가가치세의 기본구조와 경매절차의 특성에도 부합하게 되고 부가가치세 징수의 효율성도 증가될 것이다.

경매절차에 관여하지도 못하고 경락인으로부터 부가가치세를 받지도 못하는 경매목적물 소유자로부터 경매에 대한 부가가치세를 징수하는 것은 적절한 수단이라고 보기 어렵고, 부가가치세를 소비자에게 전가하도록 되어 있는 소비세의 기본구조에도 맞지 아니하며, 소비자로부터 부가가치세를 징수하여 납부하는 일반적인 경우에 견주어 조세형평의 원칙에도 맞지 아니한다. 그 부당성의 정도가 이 사건 법률조항에 대하여 위헌성을 선언할 정도라고 보이지는 않지만, 그러한 점을 개선시키기 위한 입법을 촉구할 필요는 있다고 생각한다.

## 【해설】

### 1. 부가가치세법상 재화의 공급

#### 가. 개념

부가가치세의 과세물건(과세대상)은 생산·유통단계에서 창출된 부가가치이다. 그런데 우리나라의 부가가치세제는 간접공제법에 속하는 전단계세액공제방식<sup>1)</sup>을 채택하여 부가가치가 직접적으로 계산되지 않고 간접적으로 유도 계산되므로, 법은 과세물건을 부가가치로 규정하지 아니하고 추상적인 거래인 재화 또는 용역의 공급과 재화의 수입을 과세대상으로 규정하고 있다(법 1조 1항 1호).

부가가치세법상 재화의 공급은 계약상·법률상의 모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것이다(법 6조 1항).<sup>2)</sup> 인도는 재화에 대한 사실상의 지배 즉 점유를 이전하는 것을 말한다. 현실의 인도뿐만 아니라 간이인도(민법 188조 1항), 점유개정(민법 189조), 목적물반환청구권의 양도(민법 190조)를 포함한다. 양도는 법률상의 지위의 이전을 뜻하며, 그 대표적인 예는 부동산의 소유권 이전이다. 부가가치세 과세대상 재화인 건물이 공급되었다고 하기 위해서는 그 사실상 지배(점유)의 이전만으로는 부족하고 건물에 대한 소유권이 이전되어야 한다는 뜻에서 양도라는 용어를 사용한 것으로 해석된다.<sup>3)</sup>

1) 부가가치세액=(매출액 x 세율) - (매입액 x 세율).

2) 이러한 본래의 의미의 재화공급과는 달리 재화의 공급으로 의제되는 경우도 있다(법 6조 2항, 3항, 4항, 법시행령 16조 2항).



**나. 계약상·법률상의 모든 원인**

계약상이란 공급자와 공급받는 자간의 의사표시의 합치 등 법률행위에 의한 것을 말하고, 법률상이란 당사자간의 의사표시와는 관계없이 수용·판결·경매 등 법률의 규정에 의한 것이라고 해석된다(민법 187조 참조). 모든 원인에는 계약상 또는 법률상의 원인에 국한된다고 해석하여야 하고, 따라서 도난, 강탈, 유실, 수재, 화재, 파손 등에 의하여 재화 그 자체가 멸실하거나 사용·소비할 수 없게 되는 상태는 공급이 될 수 없다.<sup>4)5)</sup>

**다. 재화공급의 범위(법시행령 제14조)**

(1) 현금판매·외상판매·할부판매·장기할부판매·조건부 및 기한부판매·위탁판매 기타 매매계약에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것<sup>6)</sup>

- 
- 3) 인도는 양도든 부가가치세의 과세거래인 공급이 되기 위해서는 원칙적으로 소유권의 이전이 있어야 본래의 재화의 공급에 해당된다. 사업자가 소비자에게 재화를 공급하는 경우는 공급받은 자의 소비가 전제되고 있으므로 소유권의 이전이 없다면 공급받은 자가 그 재화를 사용·소비(사실상의 처분)할 수 없기 때문이다. 대법원 판례 중에는 재화·용역의 공급은 재화·용역을 사용소비하게 하는 행위를 의미하는 것이므로 본질적으로 재화·용역 공급 대상물의 소유권 이전과 무관한 것이라고 판시한 예(대법원 1988. 6. 28. 선고 87누909 판결)가 있으나, 그 타당성에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다(이등흡, 부가가치세법상 재화 및 용역의 공급개념과 시기, 재판자료 60집, 법원도서관).
  - 4) 재화의 수재, 화재, 도난, 유실, 파손, 재고감소 등은 재화의 공급으로 보지 아니한다는 행정해석이 있다(부가가치세법 기본통칙 2-1-5).
  - 5) 대법원 판례상 재화의 공급에 해당하지 않는다고 한 사례로는, 사단법인 자동차매매협회가 소속 회원에게 자동차매매계약서 용지를 무상으로 공급하고 그 용지 1매당 200원의 특별회비를 징수한 경우(대법원 1983. 4. 12. 선고 81누93 판결), 매도인이 매수인측과의 약정에 따라 잔대금지급일 이전에 그 비용으로 건물을 철거하고 그 이름으로 멸실신고와 멸실등기를 한 경우(대법원 1986. 2. 25. 선고 85누747 판결, 1989. 1. 17. 선고 88누4713 판결), 소외회사가 개발생산한 제품의 총판매대리점인 원고회사가 소외회사로부터 그 제품을 무상공급받아 광고선전용으로 자기의 거래처 등에 무상으로 배포한 경우(대법원 1986. 7. 8. 선고 86누286 판결), 주택개량을 위하여 조합원들이 스스로 결성한 주택개량재개발조합이 조합원들에게 주택을 분양하는 형식을 취한 경우(대법원 1990. 6. 22. 선고 90누509 판결) 등이 있고, 반면 재화의 공급에 해당한다고 한 사례로는, 건축용 P.V.C 파이프 제조업자가 파이프 제조에 필요한 원·부자재가 부족하여 동종업체로부터 우선 빌려서 그때마다 위 파이프 제조에 사용·소비한 후 동종·동량·동질의 원·부자재를 타로부터 구입하여 이를 갚은 경우(대법원 1985. 8. 20. 선고 85누416 판결), 건물소유자가 사업자등록을 마치고 그 건물을 은행 등에 임대하는 부동산임대업을 경영하다가 그 건물을 임차은행에 양도하고 소유권이전등기를 경료한 경우(대법원 1990. 7. 24. 선고 89누4574 판결) 등이 있다.

(2) 자기가 주요자재의 전부 또는 일부를 부담하고 상대방으로부터 인도 받은 재화에 공작을 가하여 새로운 재화를 만드는 가공계약에 의하여 재화를 인도하는 것<sup>7)</sup>

(3) 재화의 인도대가로서 다른 재화를 인도받거나 용역을 제공받는 교환 계약에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것<sup>8)</sup>

(4) 공매<sup>9)</sup>·경매<sup>10)</sup>·수용<sup>11)</sup>·현물출자<sup>12)</sup> 기타 계약상 또는 법률상의 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것

라. 재화의 공급으로 보지 않는 거래

법 제6조 제6항은 ‘재화를 담보로 제공하는 것, 사업의 포괄적 양도, 법률에 의하여 조세를 물납하는 것’을 과세제외 대상으로 열거하고 있는데, 이러한 거래 유형을 과세대상에서 제외하고 있는 취지는 다음과 같다.

(1) ‘재화를 담보로 제공하는 것’은 외형상 인도 또는 양도가 이루어지는 것으로 보이지만 실질이 담보권자가 채권의 우선변제권을 가질 뿐 재화 자체의 소유·처분권의 이전이 없어 담보로 제공된 재화를 사용·소비할 수 있는 것이 아니다.

- 
- 6) 이들은 모두 계약상의 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것에 해당한다.
  - 7) 만약 상대방으로부터 인도받은 재화에 주요 자재를 전혀 부담하지 아니하고 단순히 가공만 하여 주는 것은 용역의 공급(법시행령 18조 2항)이 되는 것과는 구별하여야 한다.
  - 8) 계약상의 원인에 의한 재화의 인도 또는 양도에 해당한다.
  - 9) 광의로는 공적 기관이 법률의 규정에 의거하여 강제적으로 행하는 매매를 의미하고, 협의로는 국세채납처분의 최종단계로서 압류재산을 강제적으로 환가처분하는 국세징수법에 의한 공매를 의미한다.
  - 10) 강제경매(민사집행법 80조 내지 162조)와 담보권실행 등을 위한 경매(민사집행법 264조 내지 275조)가 있다. 세금계산서 교부에 관하여는 법시행령 58조 6항 참조
  - 11) 기업자와 소유자의 협의에 의하여 성립하는 협의수용과 그러한 협의가 성립하지 못한 때에 토지수용위원회의 재결로 성립하는 재결수용 등이 있다. 대법원은 대지와 건물을 소유하면서 부동산임대업을 영위하여 오던 사업자가 사업폐지 전에 재개발사업시행인가를 받은 회사에게 재개발법이 정한 수용절차에 따라 건물을 양도한 경우, 그 건물의 양도는 재화의 공급에 해당한다고 하는 반면(대법원 1985. 11. 26. 선고 85누517 판결), 수용대상 토지상의 철거이전에 대한 보상금을 도시계획사업자로부터 받더라도 이는 재화의 공급에 해당하지 아니하여 부가가치세가 과세되지 않는다고 해석한다(대법원 1986. 2. 25. 선고 85누747 판결).
  - 12) 법인 또는 공동사업체에 자본금 또는 출자금을 금전 이외의 재산으로 출자하는 것으로서 현물출자되는 재화가 과세재화이고, 출자자가 사업자이면 재화의 공급이 된다.

(2) ‘사업의 포괄적 양도’를 재화의 공급으로 보지 아니하여 과세제외 대상으로 삼는 취지에 관하여 대법원은, 사업의 양도는 특정재화의 개별적 공급을 과세요건으로 하는 부가가치세의 성격에 맞지 않고 또한 그 거래금액과 부가가치세액이 커서 그 양수자는 거의 예외 없이 매입세액을 공제받을 것이 예상되어 이러한 거래에 매출세액을 징수하는 것은 사업양수자에게 불필요한 자금압박을 주게 되어 이를 피하여야 한다는 조세 내지 경제정책상의 배려에 연유하는 것이라고 한다.<sup>13)</sup>

(3) ‘법률에 의하여 조세를 물납하는 것’은 상속세및증여세법 제73조 및 지방세법 제26조의3의 규정에 의하여 조세를 물납하는 경우로서(법 6조 6항 3호, 법시행령 17조 4항), 국가나 지방자치단체가 조세의 징수권자 및 실질적인 담세자의 지위를 겸하게 되는 상황에서 부가가치세를 부담한 후 다시 징수해야 하는 불필요한 절차를 없애기 위한 것이다.

## 2. 이 사건의 쟁점

가. 법 제6조 제1항은 부가가치세 과세대상인 재화의 공급에 관하여 ‘모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 경우’라고만 규정하고, 법 제6조 제7항은 ‘제1항에 규정하는 재화의 공급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다’라고 하면서 재화의 공급과 관련된 과세요건을 모두 대통령령에 위임하고 있는데, 결국 이러한 입법형식이 헌법 제59조, 제75조가 요구하는 조세법률주의 및 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

나. 한편 법 제6조 제6항은 경매를 부가가치세 과세제외 대상으로 규정하지 않으면서 오히려 법 제6조 제1항이 경매까지 포함하여 과세거래 대상을 폭넓게 규정함으로써 인하여 경매절차에서도 공급자인 경매목적물 소유자가 경매에 따른 부가가치세를 부담할 수밖에 없는데, 결국 법 제6조 제1항의 과세대상 규정이 경매목적물 소유자인 청구인의 재산권을 부당하게 침해하여 헌법상의 재산권보장의 원칙에 위배되는지 여부가 문제되고, 법 제6조 제1항, 제6항의 과세대상 및 그 제외 규정들이 결과적으로 경매목적물

13) 대법원 1983. 6. 28. 선고 82누86 판결

소유자를 부당하게 차별함으로써 헌법상의 평등원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

### 3. 조세법률주의 및 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부

#### 가. 법 제6조 제1항에서의 과세요건 명확주의와 관련하여

(1) 법 제6조 제1항은 “재화의 공급은 계약상 또는 법률상의 모든 원인에 의하여 재화를 인도 또는 양도하는 것으로 한다”라고만 규정함으로써 과세대상인 재화의 공급에 관하여 그 의미 및 범위를 확정할 수 없어 과세요건 명확주의에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

(2) 그러나 부가가치세는 재화나 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 부가가치를 과세표준으로 하여 세액을 부과하는 조세로서 그 실질상 부가가치가 새롭게 창출되는 재화나 용역의 유통단계가 있게 되면 당연히 부과되는 것이므로, 원칙적으로 그 과세대상으로서의 재화의 공급은 매우 다양하고 상이한 요소들이 혼재할 수밖에 없고 그 종류와 범위를 적절히 분류할 수 있는 공통적 표지를 발견하기가 어렵다. 특히 부가가치세는 일종의 소비세로서 어떤 특정한 거래를 그 과세대상에서 제외할 경우 경제의 흐름에 왜곡을 가져오고 조세의 중립성을 해칠 수 있으므로, 각국의 입법례 또한 부가가치세의 과세대상을 일반적, 포괄적으로 규정하고 있다. 더구나 어떠한 거래유형을 구체적으로 과세대상으로 삼을 것인지의 문제는 경제상황의 변천, 조세정책적 변화, 관련법규의 변경 등에 대응하여 탄력적, 유동적으로 규율할 필요가 크므로 법률조항에서 모든 과세대상을 개별적, 구체적으로 상세히 규율하는 것이 반드시 바람직하다고 볼 수도 없다. 그리하여 법 제6조 제1항은 위와 같은 부가가치세 및 일반 조세법규의 일반적인 특성을 고려하여 그 과세대상을 일반적·포괄적으로 규정하고 있다.

(3) 한편 법 제6조 제1항은 그 의미가 일반적·포괄적이기는 하나, 불명확하다거나 다의적이라고 할 수는 없다. 위 조항에서의 ‘재화’는 법 제1조 제2항 및 범시행령 제1조 제1, 2항에 그 의미가 명확히 규정되어 있어 일정한 권리가 재화에 포함되는 이외에는 사실상 민법상의 물건 개념과 동일한 것으로 해석되고, ‘계약상의 원인’이라 함은 일반 상거래에서와 같이 거

래당사자간의 의사표시에 따른 원인을 의미하며, ‘법률상의 원인’이라 함은 수용, 판결, 경매 등 당사자간의 의사표시에 관계없이 법률의 규정에 의하여 재화의 인도 또는 양도가 의제되는 경우를 말하고, 재화의 ‘인도’라 함은 재화의 사실상의 지배인 점유를 이전하는 민법상의 인도 개념과 동일하며, 재화의 ‘양도’라 함은 재화에 관한 법률상의 지위를 이전하는 것을 의미한다. 이와 같이 위 조항은 대체로 법관의 특별한 보충적 해석이 없더라도 그 의미내용을 확정하기에 어렵지 않을 정도이고, 경우에 따라 법관의 법보충작용으로서의 해석을 통하여 그 의미가 충분히 구체화, 명확화될 수 있다.

(4) 또한 이 조항 및 관련 규정의 내용이나 형식에 비추어 그 규정내용이 과세관청의 자의적 해석이 가능할 정도는 아니므로, 납세의무자의 법적 안정성 또는 예측가능성을 침해할 염려도 없다. 물론 사안에 따라 법 제6조 제1항에서 정하고 있는 재화의 공급에 해당하는지 여부가 불분명하여 해석을 필요로 하는 경우도 있을 수 있으나 위와 같은 법률의 해석, 적용의 필요성은 모든 법규정이 본질적으로 안고 있는 문제로서 조세법규가 해석을 필요로 한다고 하여 과세요건 명확주의에 어긋난다고 할 수는 없다.

#### 나. 법 제6조 제7항에서의 포괄위임법금지원칙과 관련하여

(1) 법 제6조 제7항은 “제1항에 규정하는 재화의 공급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고만 규정하고 있어, 재화의 공급에 포함될 수 있는 범위가 어디까지 확장될 수 있는지 짐작할 수 없어 결국 부가가치세의 과세대상 범위를 전혀 예측할 수 없게 만드는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.

(2) 그러나 포괄위임법금지원칙에 관한 헌법 제75조의 취지에 비추어 볼 때 위 헌법 조항의 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있을 정도로 규정되어 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 법 조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 그런데 법 제1조 제2항 및 법시행령 제1조 제1, 2항은 재화의 개념을 규정하고 있고, 법 제6조 제1항, 제7항은 일반소비세로서의

부가가치세의 성격에 대응하여 재화공급의 의미를 규정하면서 그 세부적인 범위는 대통령령에 위임하고 있으며, 법시행령 제14조 제1항 각 호의 규정은 재화의 공급에 해당하는 거래 유형을 예시적으로 열거하면서 법 제6조 제1항을 보충하는 역할을 하고 있고, 한편 법 제6조 제6항은 재화의 공급으로 보지 아니하는 거래 유형을 한정적으로 열거하고 있다.

이와 같이 법 제1조, 제6조 제1항, 제6항, 제7항, 법시행령 제1조, 제14조 제1항의 규정 및 그밖에 법 제2조의 납세의무자 규정, 법 제7조, 제13조의 거래대가에 관한 규정 등을 유기적, 체계적으로 파악하는 한편 위 조항들과 부가가치세제의 입법취지, 관련 법률조항 등을 전체적, 종합적으로 살펴보면, 재화의 공급에 관하여 하위 법령에 위임되는 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있다. 즉 법 제6조 제7항에서 하위 법령에 위임되는 과세대상으로서의 재화의 공급은 위에서 본 바와 같은 ‘계약상·법률상의 원인’, ‘재화’, ‘인도’, ‘양도’ 등의 개념에 의하여 한정되는 의미로서, ‘국내에서 사업자가 거래상대방에게 재화의 사실상·법률상의 처분권을 모두 이전함을 전제로 소유자의 지위에서 대가를 받고 행하는 일체의 이전행위’ 정도로 그 내용의 대강을 추측할 수 있다.

(3) 특히 부가가치세의 과세대상으로서의 재화의 공급은 국민들의 일반적인 경제생활로서 이러한 경제적 현상은 그 대상이 지극히 다양하고 수시로 변경될 수 있으므로 위임에 있어서의 구체성과 명확성의 요구는 상대적으로 떨어지고, 경우에 따라 경제상황의 변천, 조세정책적 변화, 관련법규의 변경 등에 대응하여 탄력적, 유동적으로 규율할 필요가 크므로 광범위한 위임입법은 불가피하다.

(4) 한편 법 제6조 제7항은 법 제6조 제1항에 명확하게 규정되어 있는 과세대상을 구체적으로 세분하고 분류함으로써 일반 국민들에 대하여는 예측가능성을 제고하고, 과세관청에 대하여는 실무운영을 위한 지침을 주면서 경우에 따라 경제현실 및 조세환경의 변화에 탄력적으로 대응하기 위한 위임규정이라 할 것이고 이로써 과세대상을 확대하거나 새로운 과세요건을 규정한 것이 아니므로 국민들의 법적 안정성이나 예측가능성을 해하는 규정이라고 할 수도 없다.

## 다. 소결론

따라서, 법 제6조 제1항, 제7항은 헌법상의 조세법률주의 및 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

### 4. 헌법상의 재산권보장의 원리 및 평등원칙에 위배되는지 여부

#### 가. 문제의 소재

현재 과세관청의 실무 및 대법원 판례에 따르면, 경매절차에서 부가가치세 납세의무자는 경매목적물 소유자가 경락인으로부터 거래징수를 하였는지 여부나 거래징수를 하지 못한데 대한 책임의 유무 및 그 징수가능성 등에 관계없이 언제나 사업자인 경매목적물 소유자가 되고(대법원 1991. 7. 12. 선고 90누6873 판결 등 참조), 동시에 당사자 사이에 부가가치세 부담에 관한 명시적 또는 묵시적 합의가 없는 이상 공급자는 상대방에 대하여 부가가치세 상당액을 직접 징수할 사법상의 권리가 없다고 해석한다(대법원 1999. 11. 12. 선고 99다33984 판결 등 참조). 또한 경매법원은 법시행령 제58조 제6항이 임의규정임을 이유로 경매물건에 대한 감정평가액이나 경락대금에 공급가액과 부가가치세액이 별도로 표시되어 있는 경우에만 경락인에게 세금계산서를 교부하고 부가가치세를 거래징수 할 수 있을 뿐이고 별도의 표시가 없는 이상 경락대금에는 부가가치세가 포함되지 아니한 것으로 본다(대법원 재판예규 제837호, 재민 2001-6). 그 결과 경매목적물 소유자는 경매절차에서 부가가치세를 거래징수 할 수 있는 현실적인 수단이 별로 없고, 경매법원 또한 부가가치세를 별도로 계산하여 경락대금을 정하거나 경락인으로부터 이를 따로 징수하지도 않고 있는 경우가 대부분이다. 이와 같이 경매절차에서는 다른 일반적인 매매와는 달리 경매목적물 소유자의 절차참여권이나 거래징수 기회가 현실적으로 상당히 제한되어 있는 특성이 있음에도 불구하고 법 제6조 제6항은 경매를 부가가치세 과세제외 대상으로 규정하지 아니하고, 오히려 법 제6조 제1항, 법시행령 제14조 제1항 제4호가 경매를 부가가치세 과세대상으로 규정함으로써 경매목적물 소유자에 대하여 일방적으로 부가가치세를 부담시키고 있는바, 결국 과세대상 규정인 법 제6조 제1항이 경매목적물 소유자인 청구인의 재산권을 부당하게 침해함으로써 헌법상의 재산권보장의 원칙에 위배되는 것은 아닌지

또는 과세대상 및 그 제의 규정인 법 제6조 제1항, 제6항이 다른 거래유형에서의 공급자에 비하여 부당하게 경매목적물 소유자를 차별함으로써 헌법상의 평등원칙에 위배되는 것이 아닌지 하는 의문이 있을 수 있다.

### 나. 구체적인 검토

(1) 조세의 부과대상이 되는 과세대상을 선정하는 것은 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반 여건과 재정사정 등을 종합적으로 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하고 이는 원칙적으로 입법재량의 영역에 속하므로, 입법자가 조세법에서 과세대상을 선정한 결과가 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리한 것이 아닌 한 헌법에 위반한다고 할 수는 없다. 더구나 부가가치세는 재화나 용역이 생산·제공되거나 유통되는 모든 단계에서 창출된 부가가치를 과세표준으로 하여 세액을 부과하는 조세로서 그 성질상 부가가치가 새롭게 창출되는 재화나 용역의 유통단계가 있게 되면 당연히 부과되는 것이고, 한편 경매는 국가기관이 개입되는 강제적인 매각절차이기는 하나, 본질적으로 채무자가 매도인이 되어 경매물건을 매각하는 사법상의 매매에 해당하며(채무자매도인설), 이를 통하여 소유권의 이전 및 새로운 부가가치의 창출이 이루어지는 이상, 경매를 부가가치세의 과세대상이 되는 재화의 공급에 해당하는 것으로 본다고 하여 그것이 곧 현저히 부당하다고 단정할 수는 없다. 이는 경매가 사적 매매에 해당한다는 일반 민사집행법 이론을 수용하여 법 제2조에 따라 공급자에 해당하는 경매목적물 소유자에 대하여 납세의무를 부과한 것으로, 조세징수 확보와 사법질서(私法秩序)의 존중이라는 두 가지 공익목적의 합리적 조정에 이바지하면서, 부가가치세의 일반소비세로서의 성격 및 조세의 중립성 유지라는 취지에 비추어 보아도 그 합리성을 부인하기 어렵다.

(2) 경매법원이 경락인으로부터 부가가치세를 거래징수하지 아니한 경우에 사업자인 채무자는 해당 공급에 대한 매출세액의 부담을 면하지 못하므로 결국 해당 부가가치세는 채무자가 부담하게 되고 이로써 부가가치세의 일반소비세적 성격을 깨뜨리게 되는 것으로 보이지만 경매가 아닌 일반적인 매매거래에 있어서도 법 제15조에서 정한 거래징수의 규정이 조세의 전가를 강제할 수 있는 규정이 아니라 선언적인 규정에 불과하여 공급자가



공급받는 자에 대하여 부가가치세를 청구할 수 있는 사법상 권리가 허용되는 근거로 작용하지 못하고 있다. 경매거래를 포함한 모든 거래에 있어서 부가가치세의 거래징수에 관한 규정의 적용과 해석이 동일하므로 헌법상 어떠한 차별적 대우도 없고, 단지 조세법의 해석과 적용에 관한 일관된 판례와 견해로 인하여 부가가치세의 거래징수에 있어 경매에 의한 재화의 공급이 다소 불리한 입장에 있다고는 하나 이는 조세정책적 내지 입법정책적으로 해결해야 할 문제의 성질이지 이를 두고 헌법상의 재산권보장의 원리에 위배된다거나 자의적인 차별에 해당한다고 할 수는 없다(헌재 2000. 3. 30. 98헌바7등, 판례집 12-1, 315, 321 참조).

(3) 한편 경매로 인한 소유권이전은 항상 경매목적물 소유자의 일정한 귀책사유 있는 행위를 요건으로 하므로, 그에게 불측의 재산상의 손실을 입게 하는 것과 같은 우연성이나 불확실성이 내포되어 있지 아니하다. 강제경매는 항상 경매목적물 소유자의 채무불이행이라는 직접적인 요건을 필요로 하고, 임의경매는 경매목적물 소유자 자신의 채무불이행 또는 경매목적물 소유자 자신의 담보제공행위와 주채무자의 채무불이행이라는 요건을 필요로 한다. 또한 경매목적물 소유자는 경매절차 진행 중에도 채무를 변제하여 그 절차를 종료시킬 수도 있고, 채권자 등의 동의를 받아 목적물을 제3자에게 처분하여 채무를 변제할 수도 있다. 이러한 측면에서 보면, 비록 경매물건 소유자가 경매절차에 참가하는데 있어 일부 제한을 받는다고 하더라도 그에게 부가가치세를 부담토록 하는 것이 반드시 자기책임의 원리에 반하거나 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 단정할 수는 없다.

(4) 공급자의 입장에서 보더라도, 경매에 의한 양도와 일반적인 매매에 의한 양도가 그 경제적인 효과에 있어 반드시 큰 차이가 난다고 볼 수는 없다. 특히 경락인이 매입세액을 공제할 여지가 없는 최종소비자라면, 그는 당해 경락대금에 부가가치세가 포함되어 있는지 여부나 경락대금 외에 부가가치세를 따로 거래징수당하는지 여부 등에 관계없이 자신이 납부해야 하는 전체 금액을 기준으로 매수가격을 결정할 것이고, 이 경우 경락금액에 부가가치세가 별도로 포함되어 있지 아니하다면, 그 전체 금액이 채권자에게 교부되어 그만큼 채무가 소멸되는 경제적 효과를 거두는 대신 부가가치

세는 경매목적물 소유자가 따로 납부하여야 할 것이고(현재의 실무 및 판례), 그렇지 않고 경락금액에 부가가치세가 별도로 포함되어 있다면, 경락금액의 110분의 100만이 채권자에게 교부되어 그만큼 채무소멸의 효과는 줄어드는 대신 부가가치세액은 경매목적물 소유자가 현실적으로 부담하지 않아도 된다. 이와 같이 현재의 실무 및 대법원 판례대로 경매목적물 소유자에게 부가가치세를 부담토록 한다고 하더라도 이것이 곧바로 청구인의 재산권을 부당하게 침해하는 과세라거나 담세력에 상응하지 아니한 차별적 과세라고 단정할 수는 없다.

(5) 한편 법시행령 제58조 제6항은 경매로 인하여 재화가 공급되는 경우에는 집행법원이 세금계산서를 교부할 수 있다고 규정함으로써 경매목적물 소유자가 경매실시기관을 통하여 경락인으로부터 부가가치세를 사실상 거래징수할 수 있는 제도적 방안을 마련하고 있다. 즉 경매목적물 소유자는 경매개시시에 경매법원에 대하여 감정평가서에 부가가치세액이 별도로 표시되게 하여 달라고 요청할 수 있으며, 이 경우 경매법원으로서의 감정평가서에 부가가치세가 포함된 감정평가액을 기재하고 이를 납부한 경락인에 대하여 세금계산서를 교부함으로써 부가가치세를 실질적으로 거래징수할 수 있으므로, 경매목적물 소유자의 권리침해를 충분히 예방할 수도 있다. 일종의 사적매매에 해당하는 경매절차에 있어 경매법원이 경매물건 소유자의 위와 같은 신청을 거부할 법적 근거가 없고, 그에 관한 이해당사자인 채권자의 동의를 반드시 얻도록 하는 민사집행법상의 규정 또한 없기 때문이다.

(6) 또한 법 제6조 제6항은 계약상 또는 법률상의 모든 원인에 기한 재화의 공급을 과세거래 대상으로 삼는 법 제6조 제1항에 대한 예외를 인정하여 과세거래 제외대상을 규정한 것으로서 원칙적으로 수익적 조항에 해당하고 그에 따라 입법자에게는 보다 광범위한 입법 형성의 자유가 인정되므로, 현저히 자의적인 경우가 아닌 한 헌법상의 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다. 법 제6조 제6항에 규정된 과세거래 제외대상은 그 성질상 재화의 공급에 해당한다고 할 수 없거나 특별한 조세정책적인 배려 등을 이유로 한 것으로서 실질적으로 개별 재화에 대한 부가가치의 창출이 있는 거래유형이라고 보기 어려운 경우에 해당하는 반면, 경매는 단지 국가기관

이 개입되는 것을 제외하고는 그 본질적인 성격이 사적 매매에 해당하고, 이를 통하여 개별 재화의 소유권 이전과 그로 인한 부가가치의 창출이 일어나므로, 일반적인 매매와 달리 과세거래 제외대상으로 규정하여야 할 이유가 없다. 이는 법 제6조 제1항, 법시행령 제14조 제1항이 공용수용 등을 부가가치세 과세거래 대상으로 삼고 있는 것과 비교하여도 그 합리성이 인정된다. 오히려 법 제6조 제6항에서 경매를 부가가치세 과세거래 대상에서 제외하게 되면 당사자가 선택하는 매매의 방법에 따라 부가가치세의 과세 여부가 결정되어 오히려 헌법이 정한 평등원칙에 위배되며, 조세정책적으로도 경매라는 형식을 통하여 얼마든지 부가가치세를 탈루하는 사례가 발생할 수 있다.

#### 다. 소결론

따라서, 법 제6조 제1항은 헌법상의 재산권보장의 원칙에 위배되지 아니하고, 법 제6조 제1항, 제6항은 헌법상의 평등원칙에 위배되지 아니한다.

### 5. 결정의 의의

경매절차에서는 다른 일반적인 매매와는 달리 경매목적물 소유자의 절차참여권이나 거래징수 기회가 현실적으로 상당히 제한되어 있는 특성이 있음에도, 법은 경매를 부가가치세 과세대상으로 규정함으로써 현실적으로 경매목적물 소유자에 대하여 부가가치세를 부담시키고 있다. 그리하여 경매목적물 소유자의 재산권을 침해하는 것은 아닌지, 다른 거래유형에서의 공급자에 비하여 경매목적물 소유자를 부당하게 차별하는 것은 아닌지 하는 논란이 되어 왔다.

그런데 이 결정은 비록 경매가 국가기관이 개입되는 강제적인 매각절차 이기는 하나, 본질적으로 채무자가 매도인이 되어 경매물건을 매각하는 사법상의 매매에 해당하며, 이를 통하여 소유권의 이전 및 새로운 부가가치의 창출이 이루어지는 이상, 경매를 부가가치세의 과세대상이 되는 재화의 공급에 해당하는 것으로 본다고 하여 그것이 곧 현저히 부당하다고 할 수 없다는 점을 선언하면서 동시에 경매거래를 포함한 모든 거래에 있어서 부가가치세의 거래징수에 관한 규정의 적용과 해석이 동일하므로 헌법상 어

떠한 차별적 대우도 없고, 단지 조세법의 해석과 적용에 관한 일관된 판례와 견해로 인하여 부가가치세의 거래징수에 있어 경매에 의한 재화의 공급이 다소 불리한 입장에 있다고는 하나 이는 조세정책적 내지 입법정책적으로 해결해야 할 문제의 성질이지 이를 두고 헌법상의 재산권보장의 원리에 위배된다거나 자의적인 차별에 해당한다고 할 수는 없다는 점을 분명히 함으로써 그 동안에 논란에 종지부를 찍었다고 평가된다. 다만 소비자로부터 부가가치세를 징수하여 납부하는 일반적인 경우에 견주어 조세형평의 원칙에 맞지 아니하는 면이 있는 이상 그러한 점을 개선시키기 위한 절차를 마련할 필요가 있다는 보충의견도 경청할 만하다고 보인다.

# 국가유공자예우및지원에관한법률 제31조 제1항 등 위헌확인

- 국가유공자 가산점 -

(헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등, 판례집 18-1상, 269)

이 명 응\*

## 【판시사항】

1. 종전 합헌결정의 변경 필요성
2. 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항, 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항·제2항 준용 부분, 5·18 민주유공자예우에관한법률 제22조 제1항·제2항(이하 이들을 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 기타 응시자들의 평등권과 공무담임권을 침해하는지 여부 (적극)
3. 종전 결정의 변경범위를 판시한 예
4. 위헌인 법률조항에 대하여 헌법불합치결정 및 잠정적용 명령을 선고한 예

## 【심판대상】

국가유공자등예우및지원에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7104호로 개정된 것<sup>1)</sup>) 제31조(채용시험의 가점 등) ① 취업보호실시기관이 그 직원을 채용

---

\* 헌법연구관

하기 위하여 채용시험을 실시하는 경우에는 당해 채용시험에 응시한 취업 보호대상자의 득점에 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다.

② 제1항의 채용시험이 필기·실기·면접시험 등으로 구분되어 실시되는 시험의 경우에는 각 시험마다 만점의 10퍼센트를 가점하여야 하며, 2 이상의 과목으로 실시되는 시험에 있어서는 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다. 다만, 점수로 환산이 불가능한 시험에는 그러하지 아니하다.

③, ④ 생략

독립유공자예우에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7104호로 개정된 것) 제16조(취업보호) ①, ② 생략

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 취업보호를 함에 있어서 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조 내지 제33조·제33조의2·제33조의3·제34조·제34조의2·제35조의2·제36조·제37조·제37조의2 및 제38조 제2항·제3항의 규정을 준용한다.

5·18민주유공자예우에관한법률 제22조(채용시험의 가점 등) ① 취업지원실시기관이 그 직원을 채용하기 위하여 채용시험을 실시하는 경우에는 당해 채용시험에 응시한 취업지원대상자의 득점에 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다.

② 제1항의 채용시험이 필기·실기·면접시험 등으로 구분되어 실시되는 시험의 경우에는 각 시험마다 만점의 10퍼센트를 가점하여야 하며, 2 이상의 과목으로 실시되는 시험에 있어서는 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다. 다만, 점수로 환산이 불가능한 시험에는 그러하지 아니하다.

**【사건의 개요】**

1. 사건의 개요

(1) 2004헌마675 사건

청구인들은 2004년도 7급 혹은 9급 국가공무원시험 및 지방공무원시험

---

1) 법령표시는 결정문에 있는 것을 기준으로 하였음.

을 준비하던 중, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제29조 제1항 제1호 중 ‘가족’ 부분·제3호, 제31조 제1항이 국가유공자와 그 가족들이 공무원 시험에 응시하는 경우 만점의 10퍼센트에 해당하는 가산점을 주는 것은 평등권, 공무담임권, 행복추구권 등을 침해하는 것이라며 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2004헌마981·1022 사건

청구인들은 2004. 11. 21. 실시된 ‘2005학년도 각 시도 공립 유치원교사 임용후보자 선정경쟁시험’ 혹은 2004. 12. 5. 실시된 ‘2005학년도 각 시도 공립중등학교교사 임용후보자 선정경쟁시험’의 1차시험에 응시하였다. 청구인들은 국·공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 유족 등이 응시하는 경우 필기시험을 비롯하여 최종합격자 결정시까지 치러지는 모든 단계의 시험에 있어 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조, 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 부분, 5·18민주유공자예우에관한법률 제22조가 청구인들의 평등권, 공무담임권, 직업선택의 자유를 침해하는 것이라며 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

이 사건 조항은 전상군경·공상군경·무공수훈자·보국수훈자·제일학도의용군인·4.19 혁명부상자·4.19 혁명공로자·공상공무원·특별공로상이자 및 특별공로자·독립유공자·5·18민주유공자와 그 가족까지 가산점 수혜대상자로 광범위하게 인정하고 있다. 그런데 헌법 제32조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정하고 있으므로 동 규정의 “유가족”에는 생존자의 가족은 포함되지 않는다. 따라서 이 사건 조항이 국가유공자 등의 가족들 모두를 가산점 부여 대상으로 한 것은 입법제량의 범위를 벗어난 것으로서, 헌법 제11조 제2항의 사회적 특수계급의 창설금지, 헌법 제11조 제3항의 영전일대의 원칙 및 헌법 제10조 후문의 국가의

기본권 보호의무와 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 각 반하여 청구인들의 공무담임권과 평등권을 침해한다.

또한 이 사건 조항은 국가공무원과 국·공립학교의 채용시험에서 국가유공자 등과 그 가족에게 대하여 모든 단계의 시험에 대하여 만점의 10퍼센트씩 가점하도록 하고 있는바, 그 가산의 정도가 과잉될 뿐만 아니라 응시회수와 기존의 합격 여부에 관계없이 가산점을 부여함으로써 청구인들과 같은 일반 응시자의 공무담임권과 평등권을 과도하게 침해하고 있다.

### 나. 국가보훈처장의 의견

청구인들 중 일부는 2004년도 공립 유치원 및 중등학교 교사 임용후보자 선정경쟁시험의 1차시험에 합격하여 이미 기본권 침해의 상태가 종료되었으므로 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

이 사건 조항의 입법목적은 국가유공자 등에게 우선적 근로의 기회를 제공하여 이들의 생활안정을 도모하기 위한 것으로 목적의 정당성이 인정되며 가산점 제도는 위와 같은 입법목적을 달성하기 위한 적합한 정책수단이다. 또한 헌법 제32조 제6항은 국가유공자 등의 근로의 기회를 우선적으로 보호한다고 규정하고 있어 능력주의의 예외를 인정하므로, 차별대우의 필요성의 요건도 충족되었고, 공무원 채용시험에서 전체 합격자 중 취업보호 대상자가 차지하는 비율이 실제적으로 크지 않은 점에 비추어 보면 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있다. 따라서 이 사건 법률이 규정하고 있는 가산점 제도는 청구인들의 평등권 등을 침해하지 아니한다.

헌법 제32조 제6항은 나라를 위하여 공헌한 자 중 일부를 나열한 예시 규정이므로, 위 헌법조항을 국가유공자와 상이군경의 경우에도 사망한 자의 가족으로만 한정하여 이해하는 것은, 국가유공자가 상이 또는 고령 등으로 가족을 부양할 수 있는 능력이 없는 경우에 그 가족을 통하여 부양할 수 있게 하려는 헌법정신을 훼손하는 것이다. 또한 국가유공자 등의 유가족은 국가유공자가 상처로 말미암아 고통을 받거나 국가유공자 등이 사망할 때 가장 직접적으로 영향을 받는 자들로서 사회적 특수계급이 아니며, 영전일대의 원칙을 규정하고 있는 헌법 제11조 제3항은 국가유공자 등의



유가족에 대한 우선적 근로의 기회부여라는 취업보호까지 부인하는 것은 아니므로 청구인들의 주장은 이유가 없다.

### 【결정요지】

1. 헌법재판소는 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25 결정(이하 ‘중전 결정’이라 한다)에서, 이 사건 조항과 동일한 내용을 지닌 구 국가유공자등에우뒀지원에관한법률 규정(제34조 제1항 중 동법 제30조 제1호 소정의 ‘국가기관’ 부분)이 일반 응시자의 평등권이나 공무담임권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 이 사건에서는 다음과 같은 점에서 중전 결정과 달리 판단될 필요가 있다.

가. 가산점 수혜대상이 되는 취업보호대상자가 1984년 이후 대폭 증가하여 온 것에 더하여, 중전 결정 이후인 2002년에는 광주민주유공자에우에관한법률이, 2004년에는 특수임무수행자지원에관한 법률이, 해당자들과 그 유가족에게 가산점 혜택이 주어지고 있다. 또한 2000년부터 보호대상자(가산점 수혜대상자)가 비약적으로 증가하고 있으며, 이는 보호대상자가 되는 가족들이 늘어나기 때문이다.

나. 국가공무원직 7급의 경우, 국가유공자 가산점 수혜자의 합격률이 2002년도에는 전체 합격자의 30.3%(189명), 2003년도 25.1%(159명), 2004년도 34.2%(163명)에 이르고 있으며, 국가공무원직 9급의 경우, 2002년도에는 26.9%(784명), 2003년도 17.6%(331명), 2004년도 15.7% (282명)에 이르고 있다. 한편 2005. 6. 30. 현재 우선적 근로기회를 부여받은 취업보호대상자(가산점 수혜자)는 86,862명인데 이 중 7,013명(8%)만이 국가유공자(상이군경 등 포함) 본인이고, 79,849명(92%)이 그들의 유·가족이며, 그 중 국가유공자의 자녀가 차지하는 비율은 83.7% (72,777명)이다. 이러한 추세는 국가유공자 가산점제도가 오늘날 국가유공자 본인을 위한 것이라기보다는 그 가족을 위한 것으로 변질되고 있는 것을 보여준다.

다. 중전 결정에서 헌법재판소는 법 제32조 제6항의 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”는 규정을 넓게 해석하여, 이 조항이 국가유공자 본인뿐만 아니라 가족들에 대한 취업보호제도(가산점)의 근거가 될 수 있다

고 보았다. 그러나 오늘날 가산점의 대상이 되는 국가유공자와 그 가족의 수가 과거에 비하여 비약적으로 증가하고 있는 현실과, 취업보호대상자에서 가족이 차지하는 비율, 공무원시험의 경쟁이 갈수록 치열해지는 상황을 고려할 때, 위 조항의 폭넓은 해석은 필연적으로 일반 응시자의 공무담임의 기회를 제약하게 되는 결과가 될 수 있으므로 위 조항은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 이러한 관점에서 위 조항의 대상자는 조문의 문리해석대로 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 봄이 상당하다.

2. 가. 이 사건 조항은 일반 응시자들의 공직취임의 기회를 차별하는 것이며, 이러한 기본권 행사에 있어서의 차별은 차별목적과 수단 간에 비례성을 갖추어야만 헌법적으로 정당화될 수 있다.

‘국가유공자의 가족’의 경우 가산점의 부여는 헌법이 직접 요청하고 있는 것이 아니고, 그러한 법률상의 입법정책은 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 하는 공직취임권의 규율에 있어서 중요한 예외를 구성한다. 헌법적 요청이 있는 경우에는 합리적 범위 안에서 능력주의가 제한될 수 있지만, 단지 법률적 차원의 정책적 관점에서 능력주의의 예외를 인정하려면 해당 공직과 일반응시자의 공무담임권의 차별 사이에 엄밀한 법익형량이 이루어져야 한다.

이 사건 조항으로 인한 공무담임권의 차별효과는 앞서 본 바와 같이 심각한 반면, 국가유공자 가족들에 대하여 아무런 인원제한도 없이 매 시험마다 10%의 높은 가산점을 부여해야만 할 필요성은 긴요한 것이라고 보기 어렵고, 입법목적은 감안하더라도 일반 응시자들의 공무담임권에 대한 차별효과가 지나친 것이다.

이 사건 조항의 경우 명시적인 헌법적 근거 없이 국가유공자의 가족들에게 만점의 10%라는 높은 가산점을 부여하고 있는바, 그러한 가산점 부여 대상자의 광범위성과 가산점 10%의 심각한 영향력과 차별효과를 고려할 때, 그러한 입법정책만으로 헌법상의 공정경쟁의 원리와 기회균등의 원칙을 훼손하는 것은 부적절하며, 국가유공자 가족의 공직 취업기회를 위하여 매년 많은 일반 응시자들에게 불합격이라는 심각한 불이익을 입게 하는 것은 정당화될 수 없다. 이 사건 조항의 차별로 인한 불평등 효과는 입법목

적과 그 달성수단 간의 비례성을 현저히 초과하는 것이므로, 이 사건 조항은 청구인들과 같은 일반 공직시험 응시자들의 평등권을 침해한다.

나. 이 사건 조항이 공무원임권의 행사에 있어서 일반 응시자들을 차별하는 것이 평등권을 침해하는 것이라면, 같은 이유에서 이 사건 조항은 그들의 공무원임권을 침해하는 것이다.

3. 이 사건 조항이 일반 응시자의 공무원임권과 평등권을 침해한다는 판단과는 달리, 국가기관이 채용시험에서 국가유공자의 가족에게 10%의 가산점을 부여하는 규정이 기본권을 침해하지 아니한다고 판시한 종전 결정(2001. 2. 22. 선고 2000헌마25 결정)은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경한다.

4. 이 사건 조항의 위헌성은 국가유공자 등과 그 가족에 대한 가산점제도 자체가 입법정책상 전혀 허용될 수 없다는 것이 아니고, 그 차별의 효과가 지나치다는 것에 기인한다. 그렇다면 입법자는 공무원시험에서 국가유공자의 가족에게 부여되는 가산점의 수치를, 그 차별효과가 일반 응시자의 공무원임권 행사를 지나치게 제약하지 않는 범위 내로 낮추고, 동시에 가산점 수혜 대상자의 범위를 재조정 하는 등의 방법으로 그 위헌성을 치유하는 방법을 택할 수 있을 것이다. 따라서 이 사건 조항의 위헌성의 제거는 입법부가 행하여야 할 것이므로 이 사건 조항에 대하여는 헌법불합치 결정을 하기로 한다. 한편 입법자가 이 사건 조항을 개정할 때까지 가산점 수혜대상자가 겪을 법적 혼란을 방지할 필요가 있으므로, 그 때까지 이 사건 조항의 잠정적용을 명한다.

입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2007. 6. 30.까지 대체입법을 마련함으로써 이 사건 조항의 위헌적인 상태를 제거하여야 할 것이며, 그 때까지 대체입법이 마련되지 않는다면 2007. 7. 1.부터 이 사건 조항은 효력을 잃는다.

#### ※ 재판관 윤영철, 재판관 권 성의 반대의견

국가유공자에 대한 예우는 유공자에 대한 현창(顯彰)과 포상(褒賞)을 그 본질로 한다. 국가의 통합·존속·발전을 지향하는 목표를 가진 우리 헌법이 국가유공자예우의 문제를 특별히 규정하고 있는 깊은 뜻은, 유공자예우

의 문제가 국가의 통합·존속·발전에 얼마나 중요한 것인가를 분명히 일깨우려 하는 데 있는 것이다.

부당한 예우로 인한 부담과 부작용을 고려하면서 가능한 한 최대의 성의로 현창과 포상을 하는 것이 국가유공자에 대한 예우의 원칙이다. 국가유공자 본인의 사망, 부상 등이 그 가족에게 불가피하게 정신적·경제적 고통을 주고, 그 자녀가 성장과 교육의 과정에서 큰 장애를 겪기 때문에 가산점부여의 방법으로 도와주지 않으면 유공자 본인에 대한 지원과 배려가 사실상 빛이 바래고 말 위험이 있다. 이 사건 조항이 국가유공자 본인뿐만 아니라 그 가족에게도 가산점 혜택을 주는 것은 기본적으로 헌법 제32조 제6항의 의미와 내용에 부합한다.

이 사건 조항에 의한 차별은 헌법 제32조 제6항으로부터 당연히 도출되는 결과이므로 차별 자체는 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다. 다만 구체적 수단이 현저하게 불합리하고 제도의 본질을 벗어난 무리한 것이라고 인정될 경우에만 평등의 원칙에 어긋나서 위헌이 된다.

국가유공자와 그 가족에게 채용시험에서 가산점을 주는 것은 그들의 생계와 사회적 지위를 안정시키고 금전적 지원이 일시적 효과로 그치고 말 위험이 있는 점, 가산점 없이는 국가유공자와 그 가족의 공직 취업율은 극히 저조하게 될 것인 점을 생각하면 그 적절성이 인정된다. 한편, 실제의 상황을 보면 현재의 공무원 인원 중 이 가산점으로 합격한 사람의 수는 약 3%에 불과할 뿐인 데다가, 2005. 7. 29. 개정된 법률이 선발예정인원의 30 퍼센트를 초과할 수 없게 상한을 한정하고 있어, 이 가산점의 비율이 다른 국민이 수인할 수 없을 정도로 다른 국민의 권리나 기회를 제약한다거나 국가의 운영에 중대한 지장을 초래할 정도로 크다고 볼 수는 없다.

유공자에 대한 가산점 부여의 제도는 이를 현저히 불합리하고 제도의 본질을 벗어나는 무리한 것이라고 볼 자료가 없다. 유공자의 범위에 만일 문제가 있다면 그 범위를 입법으로 조정하면 될 것이다. 결론적으로 이 사건 조항에 의한 가산점 제도는 공무원시험에 응시하는 일반 국민의 공무원담임권을 평등의 원칙에 위배하여 침해하는 것이 아니다.

## 【해설】

### 1. 기초자료

#### 가. 입법배경 및 연혁

6.25전쟁 이후 1950년대에는 국가가 총체적으로 난국에 직면하고 있는 상황이었으므로 국가유공자들이 직장을 구할 수 없어 생계유지도 어려워지는 시대적 상황에서 이들의 생활안정과 복지향상을 도모하는 것이 필요하였다. 취업보호대상자에 대한 가산점제도는 신체의 상이 또는 가족의 산화 등으로 정신적, 재정적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 비해 상대적으로 수험준비가 미흡한 취업보호대상자에게 가점하여 우선적 근로의 기회를 부여함으로써 이들이 영예로운 생활을 유지하고 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하기 위한 목적으로 1961. 7. 5. 군사원호대상자임용법에서 최초로 도입되었다.<sup>2)</sup>

- 1961. 7. 5. 제정된 군사원호대상자임용법 제2조, 제3조, 제5조는 국가 공무원 등 채용시험에서 제대군인은 만점의 5%를, “상이군인 또는 전사자의 유족”은 만점의 10%를 가산하도록 하였다.
- 1962. 12. 24. 가산점을 부여 대상이 “상이군경 또는 전몰군경의 유족”으로 변경되었다(법률 제1232호).
- 1969. 9. 16.에는 “상이군경 중 군사원호보상법 제5조 제2항의 규정에 의한 신체의 장애가 3급에 해당하는 자·전몰군경의 유족 중 군사원호보상급여금법에 의하여 유족연금을 받는 자. 다만, 2인 이상이 연금수급권을 공유할 때에는 그의 주소지를 관할하는 지방원호지청장에 의하여 지정된 자 1인·상이군경 중 군사원호보상법 제5조 제2항의 규정에 의한 신체의 장애가 1급 또는 2급에 해당하는 자의 25세 이하의 자녀로서 당해 상이군경에 의하여 지정된 자 1인”이 가산점의 대상이 되었다(법률 제2143호).
- 1976. 12. 31.에는 “상이군경 중 군사원호보상법 제5조 제2항의 규정에 의한 신체의 장애가 2급 또는 3급에 해당하는 자·전몰군경의 유족 중 군사원호보상급여금법에 의하여 유족연금을 받는 자(…)·군사원호

---

2) 국가보훈처장의 의견서 참조.

보상법 제4조 제2항의 규정에 의한 상이군경이 지정하는 그의 처 및 자녀·전몰군경의 유족 중 군사원호보상급여금법에 의하여 유족연금을 받는 자 중 처 또는 부모인 자가 지정하는 그의 자녀·20세에 도달함으로써 인하여 군사원호보상급여금법에 의한 유족연금수급권이 소멸된 전몰군경의 자녀 또는 제매”를 가산점 대상자로 하였다(법률 제2959호).

- 1984. 8. 2.에는 군사원호대상자임용법이 폐지되고 국가유공자에우등에 관한법률이 새로 제정되었는데(법률 제3742호), 동법 제34조 제1항은 국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자가 취업보호실시기관의 채용 시험에 응시하는 경우 취업보호대상자의 구분에 따라 시험만점의 10% 또는 10%의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율을 가산하도록 하였다.

한편 동 법률은 그동안 7개의 원호 관련 법률들을 통합하면서 취업보호 등 예우의 대상을 대폭 늘리는 결과를 가져왔다. 동 법률의 국가유공자 개념에는 애국지사·전상군경·공상군경·무공수훈자·제일학도의용군·4.19의거 상이자·공상공무원·특별공로상이자 및 특별공로자가 포함되었다.

가산점은 애국지사나 순국선열·전몰군경·순직군경·4.19의거사망자·순직공무원 및 특별공로자의 유족 등의 경우에는 각 과목별 만점의 10퍼센트를, 나머지 취업보호대상자(제29조 제1항 제1호에 해당하는 국가유공자가 사망한 경우의 그 유족을 뜻함)의 경우에는 10퍼센트의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율을 가산하도록 하였다(실제 8%).

한편 위 법률상의 가산점 제도는 다른 법률에도 원용되었다. 즉 독립유공자에우법은 위 가산점제도의 내용을 법상의 취업보호대상자에게 그대로 준용하도록 하고 있고(제16조 제3항), 5·18민주유공자에우법(제22조)과 특수임무수행자지원법(제24조)도 위 가산점제도와 완전히 동일한 내용을 규정하고 있다.

- 1988. 12. 31.에는 모든 취업보호대상자에 대하여 일률적으로 10%를 가산하는 것으로 변경되었다(법률 제4072호). 1997. 1. 13.에는 법령이 ‘국가유공자등예우및지원에관한법률’로 변경되었고(법률 제5291호), 2004. 1. 20.에는 가산점제도가 제31조 제1항으로 바뀌었다(법률 제

7104호).

- 2005. 7. 29. 개정된 국가유공자등예우및지원에관한법률(법률 제7646호)은 ‘합격을 상한제’를 도입하여, “가점을 받아 채용시험에 합격하는 사람은 그 채용시험 선발예정인원의 30퍼센트를 초과할 수 없다.”(제31조 제3항)고 하였다.<sup>3)</sup>

**나. 외국의 입법례**

외국의 입법례는 다음과 같이 도표로 정리할 수 있다.<sup>4)</sup>

구분	기관명	예산	보훈대상자	보훈내용	취업지원 내용
미국	제대 군인부	\$518억 (2002) (정부예산의 2.69%)	2,480만명(8.8%) ----- 군복무상이자 전사자 유족 참전군인 제대군인 (180일이상)	보상금/연금지급 의료지원 취업지원 대부 안장지원 생명보험사업 양로시설운영 기념사업	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 직업 재활(상이제대군인)</li> <li>· 직업 및 기술교육, 현장훈련 식 교육</li> <li>· 제대후 12년까지 기한내에서 4년까지 지원</li> <li>· 취업지원(참전 및 일반제대군인 포함)</li> <li>· 제대후 복직권보호, 사회정착교육, 직업훈련, 상담 등</li> <li>· 제대군인 임용 및 복직시 우대, 직위유지 우대, 우선 채용권</li> </ul>
캐나다	제대 군인부	C\$22.8억 (2002) (1.67%)	60만명(2.2%) ----- 전사·전몰군인 유족 순직경찰·소방관 참전군인 전사동원된 상선 승무원 및 민간인	보상금/연금 지급 의료·안장 지원 주택·토지 지원 전적지추념 사업	· 전쟁연금대상자에 대한 별도의 지원제도는 없으며 노동부 직업안정 계획에 의함
	제대		235만명(4.1%)	보상금/	· 전역예정자 직업교육원, 자

3) 이는 국가보훈처와 행정자치부가 최근 5년간 국가직 7급 및 9급 공무원 가점합격자 비율을 검토하여 30퍼센트라는 수치를 정하여 입법화한 것이라고 한다. 이 규정으로 인하여 소수인을 뺀 일부 직렬에서 국가유공자가 전원 내지 대부분 합격하던 현상이 방지되고 일반인의 합격가능성이 높아지게 되었다.

4) 이 도표는 이인호, “현행 국가유공자 가산점제도의 비합리성” (2005. 8. 민간 자료)에서 인용하였다.

프랑스	군인청		상이군인·유족 참전군인 민간인 전쟁희생자 유족 및 전쟁고아	연금지급 의료·직업· 안장기념 사업	체 직업재교육 학교운영 등 지원 · 직장알선· 사회보장프로그 램 등 실업구제책에 의거 직장 알선
영국	제대 군인청	1,232백만 £ (2002)	25만명  군복무 및 전쟁관련 상이자 전쟁관련희생자 의 미망인 전쟁관련희생자 의 고아, 부모, 기타 유족	보상금/ 연금지급 의료보호 기념사업 취업지원	· 전쟁연금 대상자에 대한 별 도의 취업지원 제도는 없으 며 장애인 취업지원 제도에 의하여 상이군인 본인은 지 원 받을 수 있음. · 종업원 20인 이상을 고용하 는 기업체는 3% 이상의 장 애인을 고용하도록 법령으 로 규정하고 있으나 이를 강제하는 조치가 없으므로 사실상 권장사항에 지나지 아니함. · 직업훈련의 기회는 풍부히 제공되므로 기술을 습득하 여 자력으로 취업하고 있으 며, 재향군인회와 같은 민간 단체가 운영하는 작업장 및 직업훈련 프로그램도 활성화 되어 있음.
독일	연방 노동 사회성 제4국	DMI37,3억 (3.1%)	109만명  전쟁희생자 및 공상군인 병력대체사회보 사자 폭력희생자 및 구금자 연방전염병 및 SED 불법희생자	보상금/ 유족연금 의료·안장·주 택·대부·취업 지원 기념사업	· 고용주에 대한 보조금 지급 제도 - 직장알선 정보제공세미나 개최 - 직업훈련 이수 후 미취업 자에 대한 생활비 지원 · 제대군인을 위한 일반· 전 문직업 교육
일본	후생성, 사회국, 총무청 은급국		220만명(1.5%)  전쟁희생자 및 유족 군복무관련 희생자 장기복무 제대군인	보상금/ 연금지급 의료·직업	· 중국 등 해외잔류 일본인영 구귀국자를 위한 사회적응 교육, 고용기회추진



한국	국가보훈처	1조9천억원 (2003) (1.68%)	74만명(1.52%)	보상금지급 의료·취업·대 부·안장·교육 기념사업	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 국가유공자                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 본인, 자녀(35세)</li> <li>- 알선·가점(10%)</li> </ul> </li> <li>· 6·25자녀(55세)</li> <li>· 고엽제후유의증                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 본인, 자녀(35세)</li> <li>- 알선·가점(10%)</li> </ul> </li> <li>· 장기복무 제대군인                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 사회적응교육 실시</li> <li>- 직장알선 (전역 후 3년 이내)</li> <li>- 직업훈련 실시</li> </ul> </li> </ul>
			독립유공자 국가유공자 참전군인 제대군인 광주민주유공자		

**다. 통계**

7급, 9급 국가공무원시험 및 교원임용시험에서 가산점 부여가 합격에 이른 비율 및 가산점 수혜대상자 중 국가유공자 본인과 가족의 비율은 다음과 같다(국가보훈처 통계).

<7급 및 9급 국가공무원시험 현황>

직급	직렬	최종합격인원			비율(B/A)
		계(A)	일반인	유공자가산점 대상자(B)	
7급	2004년	477	314	163	34.2%
	2003년	633	474	159	25.1%
	2002년	623	434	189	30.3%
	2001년	599	433	166	27.7%
	2000년	614	467	147	23.9%
9급	2004년	1,798	1,516	282	15.7%
	2003년	1,883	1,552	331	17.6%

〈국가유공자 본인 및 가족 취업 현황. 2005. 6. 30. 기준〉

구분	계	본인	유·가족				
			소계	배우자	(손)자녀	제매	(조)부모
계	86,862	7,013 (8%)	79,849 (92%)	1,236	72,777	5,741	95
독립유공자	2,427	1	2,426	-	2,009	417	-
전공상군경	47,820	5,137	42,683	634	41,083	917	49
전몰순직 군경	10,813	-	10,813	178	6,569	4,022	44
공 무 원	6,108	275	5,833	242	5,443	147	1
4·19혁명	236	11	225	6	205	14	-
무공·보국	11,733	681	11,052	77	10,796	178	1
재 의 등	250	3	247	2	237	8	-
제대군인	405	371	34	-	24	10	-
고엽제 후유의증	6,851	485	6,366	92	6,252	22	-
광주민중화	219	49	170	5	159	6	

### 라. 종전 합헌결정의 요지

헌법재판소는 2001. 2. 22. 2000헌마25 사건에서 이 사건 법률이 정하고 있는 국가유공자 등에 대한 가산점부여 제도가 취업보호실시기관인 국가기관이 실시하는 채용시험에서 취업보호대상자가 아닌 자의 평등권 및 공무담임권을 침해하지 않는다고 다음과 같이 판시하였다.

#### (1) 평등권의 침해 여부

##### (가) 입법목적의 정당성

이 사건 가산점제도의 주된 목적은 신체의 상이 또는 가족의 사망 등으로 정신적, 재정적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 견주어 수험준비가 상대적으로 미흡한 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 부여를 통해 헌법 제32조 제6항이 규정하고 있는 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정을 도모하고, 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하는 데 있다고 할 수 있다. 이러한 입법목적은 헌법 제32조 제6

항에 근거한 것으로서 정당하다.

(나) 차별대우의 필요성

일반적으로 차별대우의 필요성은 차별대우가 입법목적을 달성하기에 불가피한 것이어야 한다는 것을 의미하지만, 차별이 관련 기본권에 불리한 효과를 미치는 경우에는 차별은 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 한다는 차별효과의 최소침해성을 의미한다고 할 것이다.

그러나 헌법 제32조 제6항에서 국가유공자 등의 근로의 기회를 우선적으로 보호한다고 규정함으로써 그 이외의 자의 근로의 기회는 그러한 범위 내에서 제한될 것이 헌법적으로 예정되어 있는 이상 차별대우의 필요성의 요건을 엄격하게 볼 것은 아니므로, 차별대우의 필요성의 요건도 충족되었다고 할 것이다.

(다) 법익의 균형성

이 사건 가산점제도가 법익의 균형성 요건을 충족하고 있는지를 심사하기 위하여는 그로 인하여 초래되고 있는 차별효과를 실증적으로 살펴볼 필요가 있다. 우선 국가보훈처장이 제출한 이 사건 심판자료(취업보호대상자의 공무원 취업현황)에 의하면, 1999. 12. 31. 현재 일반직공무원의 정원이 290,511명인데 취업보호대상자는 그 중 7,108명으로서 전체의 2.4%에 불과한 것으로 나타나고 있다. 다음으로 국가보훈처장이 제출한 이 사건 심판자료(국가고시응시 가산점대상자 합격현황)에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1999년도 7급의 경우 전체 응시자 27,483명 중 취업보호대상자가 1,536명으로 5.6%에 불과하나, 합격자는 492명 중 62명(가산점없이 합격가능한 자 1명 포함)으로 12.6%에 이르고 있다.

9급의 경우 1999년도에는 전체 응시자 48,177명 중 취업보호대상자가 1,885명으로 3.9%에 불과하나, 합격자는 1,348명 중 142명(가산점없이 합격가능한 자 9명 포함)으로 10.5%에 이르고 있고, 2000년도에는 전체 응시자 52,672명 중 취업보호대상자가 2,361명으로 4.5%에 불과하나, 합격자는 2,139명 중 286명(가산점없이 합격가능한 자 27명 포함)으로 13.4%에 이르고 있다.

위 자료들에 의하면, 취업보호대상자의 합격률이 일반인들의 합격률에

비하여 높은 것은 사실이나, 전체 합격자 중 취업보호대상자가 차지하는 비율이 10%를 약간 넘는 수준에 그치고 있고, 특히 전체 일반직공무원 중 취업보호대상자가 차지하고 있는 비율은 아직 3%에도 못 미치고 있는 실정이다.

이와 같이 이 사건 가산점제도가 가점혜택을 받지 못하는 자에게 미치는 영향력은 헌법재판소로부터 위헌결정을 받은 제대군인가산점제도에 비한다면 훨씬 미약한 것이다.

또한 취업보호대상자가 가산점을 받는다고 하여 응시자의 대부분이 합격하는 것이 아니라 그 합격률이 약 10% 전후에 그치고 있을 뿐만 아니라, 만일 가산점을 받지 못한다고 하면 취업보호대상자 중 극소수만이 합격할 수 있는 것으로 드러나고 있다.

그렇다면 이 사건 가산점제도는 국가유공자와 그 유족 등의 국가공무원 임용에 있어 매우 중요한 역할을 담당하고 있으면서도, 그 이외의 자를 지나치게 차별하고 있는 것으로 보기는 어렵다.

전체적으로 보아 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있다면, 개별적 시험에 있어서 일부 직렬의 경우 채용인원이나 시험의 난이도 등에 따라 위와 같은 문제점이 발생하는 일이 있다고 하여 이러한 점만으로 그 균형이 깨졌다고 볼 것은 못된다(이러한 문제점은 시험의 난이도를 조절하는 방법으로도 어느 정도 해결이 가능할 것이다).

그리고 무엇보다도 헌법재판소가 위헌으로 선언한 제대군인가산점제도는 헌법이 특히 금지하고 있는 여성차별적인 성격을 띠고 있는데 반하여, 이 사건 가산점제도는 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 것을 규정하고 있는 헌법 제32조 제6항에 근거를 두고 있는 제도라는 점을 고려하면, 위와 같은 일부 문제점에도 불구하고 이 사건 가산점제도가 법익균형성을 상실한 제도라고는 볼 수 없다.

## (2) 공무담임권의 침해 여부

이 사건 가산점제도에 의한 공직취임권의 제한은 헌법 제32조 제6항에 헌법적 근거를 두고 있는 능력주의의 예외로서, 평등권 침해 여부와 관련하여 앞에서 이미 자세히 살펴 본 바와 같이 비례의 원칙 내지 과잉금지의

원칙에 위반된 것으로도 볼 수 없다.』

## 2. 이 사건 위헌결정의 취지

### 가. 이 사건의 쟁점: 종전 사건과의 관계

종전 결정의 대상이 된 사건과 이 사건은 모두 이 사건 법률에 따라 공무원채용시험에 있어서 취업보호대상자에게 가산점을 부여하는 것에 관한 것이며, 청구취지가 기본적으로 동일하다. 다만, 이 사건에서는 국가유공자 등에 대한 가산점부여가 국가공무원시험 뿐만 아니라 지방공무원시험에서도 이루어지는 것이 문제된다. 또한 이 사건 청구인들은 헌법 제32조 제6항이 근로기회의 우선권을 “국가유공자·상이군경·전몰군경의 유가족”에 한정하고 있고, 이에는 “국가유공자의 가족”까지 포함시킬 수 없다고 주장하므로, 위 조항상의 근로기회의 우선권 대상자의 범위에 대한 검토가 필요하다.

우선, 국가공무원시험과 지방공무원시험은 국가유공자 등에 대한 가산점 부과에 있어서 특별히 다른 헌법적 쟁점을 가지고 있는 것은 아니므로, 이 사건에서 새로운 판단이 이루어질 필요는 없다. 다음으로 “국가유공자 등의 가족”에 대한 심판청구 부분(이 사건 법률 제29조 제1항 제1호 중 ‘가족’ 부분 및 제3호)은 결국 헌법 제32조 제6항의 대상범위에 관한 문제이면서, 동시에 일률적인 10% 가점을 부여하는 제31조 제1항의 위헌성 문제이므로 서로 결합시켜 검토하는 것이 상당하다. 왜냐하면 청구인들은 가족들에까지 일률적으로 10%의 가산점을 주는 것을 다투는 취지이기 때문이다.

따라서 이 사건에 있어서 주된 쟁점은 “국가유공자 등의 가족”에 대한 가산점 부여가 헌법적으로 근거가 있는지, 이들에 대한 일률적인 10% 가산점 혜택이 다른 응시자들에게 지나친 차별효과를 갖게 되는지 여부이다.

### 나. 위헌결정의 배경 및 논거 검토

종전 결정은 국가유공자와 가족에 대한 가산점 10%를 합헌이라고 하였으나, ① 과연 그 가족에게까지 가산점을 주는 것이 헌법적 근거가 있는지, ② 가산점 혜택을 받는 대상이 입법재량상 적정한 수준인지, ③ 현행 공무원시험의 경쟁률을 감안할 때 10% 가산점을 받는 국가유공자와 가족의 합

격률은 적당한 것인지(다른 응시자들이 수인되어야 할 정도인지)가 이 사건에서 우선 검토될 필요가 있다.

(1) 가족에 대한 가산점 부여의 근거 유무 : 헌법 제32조 제6항의 해석 문제

헌법 제32조 제6항은 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정하고 있다. 일반적으로 가운데점은 유사한 사항을 나열할 때 사용되는 바,<sup>5)</sup> 위 대상자들은 병렬적으로 나열된 것으로 보인다. 그러므로 文理解釋 상 위 조항의 대상은 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”으로 읽혀진다. 따라서 “국가유공자의 유가족”은 포함되지 않는다. 만일 뒷부분의 “...의 유가족”이 “국가유공자”에도 걸린다고 보면, 정작 “국가유공자” 본인은 제외되는 불합리한 결과가 된다(상이군경도 마찬가지이다).<sup>6)</sup>

이 사건에서 국가보훈처장은 헌법前文에 나타난 대한민국의 건국이념과 민주이념 및 자유투쟁과 조화의 정신을 고려할 때 위 조항은 “국가유공자와 상이군경 중 생존자와 그 가족 및 유족들까지 포함하는 포괄적 규정”으로 해석하여야 한다고 답변한다. 그러나 이 조항은 혜택(가산점 등)을 주는 규정인 동시에 다른 공무원시험 응시자의 기본권을 제약하는 규정이므로, 쉽게 그렇게 확장해석을 하기는 곤란하다. 헌법전문 내용만으로 그러한 확장 해석이 가능하다고 볼 수도 없다. 특히 후술하듯이 오늘날 국가유공자 개념이 포괄적이고, 이로 인하여 국가유공자의 유가족의 수가 비약적으로 증가하는 추세를 볼 때, 직업선택(공무담임)에 있어서 공정한 경쟁을 저해하게 되는 매우 예외적인 규정의 해석에서, 그 문리적인 범위를 넘어서 확장

5) 한글맞춤법사전에는 가운데점(·)에 대하여 다음과 같이 설명한다.

“열거된 여러 단위가 대등하거나 밀접한 관계임을 나타낸다. (1) 범표로 열거된 어구가 다시 여러 단위로 나누어질 때에 쓴다. 철수·영이, 영수·순이가 서로 짝이 되어 윗놀이를 하였다. 공주·논산, 천안·아산·천원 등 각 지역구에서 2명씩 국회의원을 뽑는다. 시장에 가서 사과·배·복숭아, 고추·마늘·파, 조기·명태·고등어를 샀다. (2) 특정한 의미를 가지는 낱을 나타내는 숫자에 쓴다. 3·1 운동 8·15 광복 (3) 같은 계열의 단어 사이에 쓴다. 경북 방언의 조사·연구 충북·충남 두 도를 합하여 충청도라고 한다. 동사·형용사를 합하여 용언이라고 한다.”

6) 이인호, 위 “현행 국가유공자 가산점제도의 비합리성”, 36-7쪽.

해석을 하는 것은 바람직하지 않다고 볼 것이다.

헌법 제32조 제6항은 1980년 국보위에서 입안된 것인데, 그에 관한 입법 자료는 찾을 수가 없다.

헌법이 특정 집단에 대하여 우선적인 근로기회의 보장을 규정하는 것은 매우 예외적인 것이므로, 위 조항을 제정할 당시 국가유공자와 상이군경은 본인에 한정된 것으로 볼 수 있다. 다만 국가유공자가 이미 사망한 경우라면, 만일 유가족에 대한 보상이나 예우가 충분하지 않다면, 그 유가족은 전몰군경의 유가족에 비하여 근로기회의 우선혜택을 못 받는다는 문제점이 있게 된다. 이 점에서 이 사건 법률은 가산점의 수혜대상을 모든 유가족들에게 넓히고 있는 것으로 보인다. 그러나 그러한 대상의 확대는 법률 차원의 입법정책이지만, 헌법적 근거를 가지는 것은 아니다.

그런데 종전 결정은 국가유공자뿐만 아니라 그 유가족들 모두에 대한 가산점 부여가 헌법 제32조 제6항에 근거를 가지고 있다고 보았다. 이는 종조항의 취지를 확대하여 해석한 것으로 보인다.

그런데 그와 같은 해석방법은 독립유공자 가족들을 넓게 보호하는 목적론적인 것이기는 하나, 문리해석에 반하며, 치열한 경쟁의 공무원시험에서 수많은 유공자 가족들에게 가산점(10%)를 부여하는 헌법적 근거에 관한 엄밀한 해석이라고 보기 어렵다. 2005. 6. 30. 현재 이 사건 법률에 의해 우선적 근로기회를 부여받은 국가유공자 등 취업자(가산점 수혜자 포함)는 86,862명인데 이 중 7,013명(8%)만이 국가유공자(상이군경 등 포함) 본인이며, 79,849명(92%)이 그들의 유가족인 것에서 보듯이 유가족이 대부분을 차지하는 것이다(위 도표). 그러므로 그들 유가족에 대한 가산점 부여가 헌법적 근거를 지니는지, 아니면 법률상 근거를 지니는지는 다른 응시자의 기본권(공무담임권, 평등권) 침해여부를 따지는데 있어서 매우 중요한 문제이므로, 헌법 제32조 제6항을 쉽게 확장하는 해석을 하는 것은 곤란한 것이다.<sup>7)</sup>

종전 결정은 10%의 가산점을 국가유공자 등과 그 유가족에까지 주는 것

7) 이인호 교수는 위 논문에서, 헌법 제32조 제6항이 국가유공자의 유가족까지 우선적 근로기회를 주는 것이라고 볼 수 없는데도 불구하고 헌법재판소는 종전 결정에서 그러한 해석이 어떻게 가능한지에 대한 언급을 하지 않고 있다고 지적하고 있다.

은 헌법 제32조 제6항이 근거가 되므로, 그 이유 때문에 헌법재판소가 그 전에 선고한 제대군인가산점(5%)에 대한 위헌성 판단과는 달리, 국가유공자 가산점 규정은 합헌이라고 보았다. 즉 제대군인 가산점이 아무런 헌법적 근거가 없는 반면, 국가유공자 가산점은 헌법적 근거가 있다는 것이다. 그런데 위와 같이 국가유공자의 가족에까지 가산점을 주는 근거가 헌법에 명시된 것이 아니라면, 종전 결정의 합헌논거를 이 사건에서 그대로 원용하기 어렵게 된다.

## (2) 가산점 수혜 대상자의 증가 문제

헌법 제32조 제6항은 1980년도에 제정되었으나, 가산점 제도는 그 전부터 법률에 있었다. 1961년 제정된 군사원호대상자임용법은 ① 제대군인 ② 상이군인 ③ 전사자의 유족에게 공무원시험에서 가산점을 주도록 하였는데(제5조), 다만, 상이군인이 신체조건으로 인해 직무를 감당하기 어렵거나 취업이 불가능한 때에는 본인의 “부, 모, 처, 자녀 중 본인이 지정하는 1인”이 가산특전대상자가 되도록 하였고(제2조 제3호), “전사자의 유족”은 전사자의 “부, 모, 처, 자녀 중에서 1인”이었다(제2조 제4호). 제대군인에게는 채용시험 만점의 5%를, 상이군인 또는 전사자의 유족에게는 10%를 가산하도록 하였다(제5조).

한편 1976년 개정법은 상이군인이나 전몰군경이 가산점 수혜자를 지정할 수 있도록 하였고, 시행령(군사원호대상자임용법시행령)은 지정인원을 2인까지 허용하였다. 1980년 개정된 동 시행령은 지정인원을 3인까지 허용하였다.

그런데 1984년에 위 법률을 포함한 종전의 원호대상 관련 법률들<sup>8)</sup>이 국가유공자에우등에관한법률로 통합되었다. 동법은 국가유공자의 개념을 규정하였는데, 그 전에는 주로 순국선열과 애국지사를 국가유공자로 보았으나, 동법은 이들 외에 그 범위를 다음과 같이 대폭 확대하였다.

제4조(적용대상 국가유공자) 다음에 해당하는 국가유공자와 그 유족 등

8) 군사원호보상법, 국가유공자등특별원호법, 군사원호보상급여금법, 군사원호대상자 자녀교육보호법, 군사원호대상자임용법, 군사원호대상자고용법, 원호대상자정착대부법.



은 이 법에 의한 예우를 받는다. [1984. 8. 2 제정]

- 1. 순국선열    2. 애국지사    3. 전몰군경    4. 전상군경
- 5. 순직군경    6. 공상군경    7. 무공·보국수훈자
- 8. 6.25참전재일학도의용군인    9. 4.19의거사망자
- 10. 4.19의거상이자    11. 순직공무원    12. 공상공무원
- 13. 국가사회발전특별공로순직자    14. 국가사회발전특별공로상이자
- 15. 국가사회발전특별공로자

나아가 동법은 가산점 수혜대상자를 이들의 유족이나 가족들에게 모두 확대하였다(제29조).<sup>9)</sup> 다만 가구당 취업보호인원수의 상한을 시행령으로 정하도록 하였고 이에 따라 가구당 3인으로 상한이 설정되었다. 그러한 1988년도에 개정된 시행령은 가산점 수혜대상 가족의 상한선을 폐지하였다. 그 후부터 지금까지는 국가유공자로 법률에서 규정된 광범위한 대상자들과 이들의 모든 가족들이 공무원시험에서 10%의 가산점을 받게 되었다.

국가의 보훈대상자 수를 아래 도표에서 보면 적어도 2000년 이후에는 가족들이 모두 보훈대상자(적어도 가산점 수혜자)로 편입되어 보훈대상자가 비약적으로 늘어나고 있다.

보훈대상자의 추이(‘보훈연감, 2004)

구분	단위	1962년	1970년	1980년	1990년	2000년	2001년	2002년	2003년
보훈 대상	가구	150,340	146,494	130,986	172,148	217,105	229,199	248,774	258,845
	명	150,340	146,494	130,986	172,148	560,698	614,485	663,778	718,370
보훈 예산	백만	1,862	6,968	62,455	374,189	1,246,436	1,422,031	1,610,434	1,930,935

가산점 수혜대상이 되는 국가유공자의 가족 수가 늘어남에 따라 공무원

9) 가족들에 대한 가산점 적용의 확대는 1984년도 개정법에서 본격적으로 시행된 것이다. 그 점에서 이인호 교수는 헌법재판소가 중전 결정에서 “국가유공자와 그 유족 등의 생활안정을 도모하기 위하여 약 40년간 지속적으로 실시되어 온 제도”라고 한 것은 부적절한 평가라고 본다. 같은 논문, 34쪽.

시험에서 그들의 합격률도 아래에서 보듯이 빠른 속도로 증가하게 되었고, 치열해 지는 경쟁률에서 10%의 가산점 수혜자가 증가하는 현실은 일반 응시생에게 그들과의 경쟁에 있어서 매우 불리한 결과를 초래하게 되었다.

### (3) 국가유공자의 가족 합격자수의 증가 문제

가산점 수혜대상이 확대되고, 가산점 10%가 합격 여부에 중요한 효과를 지니므로 7급 및 9급 공무원시험에서 국가유공자와 그 유가족들의 합격자수(합격률)가 최근에는 매우 증가하였다.

2002년, 2003년, 2004년도 일반직공무원 채용시험에서 가산특전으로 합격한 국가유공자 현황은 위의 통계와 같은바, 국가공무원직 7급의 경우 국가유공자 가산점 수혜자의 합격률이 2002년도에는 30.3%(189명), 2003년도 25.1%(159명), 2004년도에는 34.2%(163명)에 이르고 있으며, 국가공무원직 9급의 경우 2002년도에는 26.9%(784명), 2003년도 17.6%(331명), 2004년도에는 15.7%(282명)에 이르고 있다.

지방공무원직 7급의 경우 그 합격률은 2002년도에 20.4%(34명), 2003년도에 12.7%(15명), 2004년도에는 18%(22명)이며, 9급의 경우 2002년도에 10.3%(469명), 2003년도에 12.3%(897명), 2004년도에는 13%(1,079명)에 이른다.

2002년도에 모든 공무원채용시험에서 가산특전자의 평균 합격률은 17.8%로 모두 1,476명이 가산특전을 받아 합격했고, 2003년도에는 평균 합격률이 14.1%로 모두 1,402명이 가산특전을 받아 합격했으며, 2004년도에는 평균 합격률이 14.5%로 모두 1,546명이 가산특전을 받아 합격하였다. 3년 동안 한 해에 평균 합격률이 15.3%로서, 한 해에 평균 1,474명이 가산특전을 받아 합격하였다. 이 통계는 역으로 말하면, 공무원채용 공개경쟁시험에서 한 해에 일반응시자 1,474명이 합격점수를 받고도 탈락된다는 것이다.

한편 소수 인원을 모집하는 직렬에서 가산점 수혜의 영향력은 거의 절대적이었다. 이 점은 종전 결정에서도 지적된바 있다. 예컨대, 7급 검찰직의 경우 2002년에서 2004년까지 계속해서 매년 10명 모집에 합격자 10명 전원이 국가유공자 가산점 수혜자였다. 2000년도 국가직 9급 공채시험에서 토목직의 경우 합격자 3명 전원이 가산점 특혜를 받아 합격하였는데, 합격점

이 100점이었다. 2004년도 국회 8급 사무직 채용시험의 경우 합격자 18명 중 가산점 수혜자가 13명(72.2%)에 이른다. 다만 이러한 소수직렬에서의 가산점 수혜자의 대량 합격 현상은 2005. 7. 29. 개정된 법률에 의해서 추후의 시험에서는 30% 상한제가 적용되므로, 예방될 전망이다.

한편 통계에서 보면 1985년 이후 취업보호대상자 중에서 국가유공자 본인의 취업은 10%에 머물고 있는 반면, 나머지 90%가 국가유공자의 “가족 또는 유족”이다. 2005년 6월 30일 현재 전체 취업자(86,862명) 중 유공자의 “자녀”가 차지하는 비율이 83.7%(72,777명)에 이른다.

공무원시험의 위와 같은 현황에서 볼 때, 과연 국가유공자 가산점 10% 제도가 현재의 공무원시험에서 적정한 수준인지가 의문이 제기된다. 한 나라에서 국가를 위하여 일하다가 생명을 바치거나 신체적 장애를 입은 사람들을 위하여 입법정책상 공무원시험에서 약간의 가산점을 줄 수는 있다고 하더라도 그것은 공정경쟁을 해하고 다른 응시자의 기본권을 제약하게 되므로 적정한 점수와 비율 이내일 것이 요구된다. 그러나 현행 국가유공자가산점제도는 너무 방만하게 운영되고 있다고 보여지는바, 우선 ‘국가유공자’ 개념이 법률상 지나치게 확대되어 있으며, 나아가 그들의 자녀들에게도 아무런 인원제한 없이 공무원시험에서 10%의 가산점을 줌으로써, 한 해에 치러지는 국가공무원시험에서 많게는 무려 34.2%(2004년 7급 국가공무원시험의 경우)가 가산점 수혜자의 몫이 되고 있다. 이는 상식적으로 보아도 너무 지나친 것이며, 이로 인한 일반 응시자의 공무담임에 관한 평등하고 공정한 기회가 심각하게 훼손되고 있는 것이다.

#### (4) 평등권 및 공무담임권의 침해

##### (가) 심사방법 및 심사기준

국가시험에 있어서 각종 가산점제도의 위헌성을 다투는 사건에서 헌법재판소는 청구인(가산점 혜택에서 배제된 응시자)의 공무담임권 및 평등권 침해 여부를 별도의 항목으로 각각 판단한 경우가 많으나,<sup>10)</sup> 한편으로는 양자를 같이 판단한 예도 있다.<sup>11)</sup> 가산점제도는 공무담임권 행사에 있어서

10) 예를 들어, 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770.

11) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2, 501.

가산점 혜택을 받는 자와 받지 못하는 자 간의 차별이 문제되는 것이고, 이는 공무원임 기회의 불공정 내지 차별 문제를 제기하는 것이므로 기본적으로 평등권의 침해 문제라고 생각된다. 다만, 차별되는 것이 공직취임에 있어서의 기회균등, 즉 공무원임권의 행사에 관련되었다는 점에서 공무원임권이 중첩적으로 연관된다. 양자는 결국 하나의 사태를 구성하므로 따로 판단하는 것보다는 같이 묶어서 판단하는 것이 더 적절하다.<sup>12)</sup>

일반적인 평등원칙 위반 내지 평등권의 침해 여부에 대한 헌법재판소의 통상의 심사기준은 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 자의적 차별인지 여부이다.<sup>13)</sup> 그런데 입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서 기본권의 행사에 있어서의 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의금지 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 한다. 이 경우 사람이나 사항에 대한 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 보다 엄격한 심사척도를 적용함이 상당하다.<sup>14)</sup>

이 사건 조항은 국가유공자와 가족에게 공무원시험에서 10%에 이르는 가산점을 주는 결과 나머지 응시자들의 공직취임의 기회를 차별하게 되는 것이며, 이는 기본권 행사에 있어서의 차별이므로 차별목적과 수단 간에 엄격한 비례성을 갖추어야만 헌법적으로 정당화될 것이다.

#### (나) 차별목적과 수단 간의 비례성 판단

이 사건 조항이 규정하고 있는 가산점제도의 목적은 신체의 상이 또는 가족의 사망 등으로 정신적, 재정적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 견주어 수험준비가 상대적으로 미흡한 국가유공자와 그 유가족에게 가산점의 부여를 통해 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정

12) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2, 501, 511(“기본권의 행사상의 차별 문제가 심사의 대상이 되는 경우, 통상 해당 기본권에 대한 심사내용은 평등원칙(평등권)의 심사내용과 혼합되게 되므로 서로 나누어 심사할 필요 없이 하나로 묶어 판단함이 상당하다.”)

13) 예를 들어, 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7, 판례집 10-2, 484, 503-504

14) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2, 501, 511.

을 도모하고, 이들이 국가에 봉사할 수 있는 기회를 부여하는 데 있다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 405-406 참조).

이러한 차별목적의 달성에 있어서 이 사건 조항이 어느 정도로 필요한 것인지가 문제된다.

국가유공자에 대한 국가의 보호는 당사자에 대한 ‘예우와 지원’이며 이를 통해 생활안정과 복지향상을 도모하고 국민의 애국정신함양에 이바지 한다는 것이다(이 사건 법률 제1조). 그 지원형태는 기본적으로 보상금급여와 의료보호라고 볼 수 있으며, 기타 취업보호, 교육보호, 주택 및 대부지원 등이 마련되고 있다. 만일 보상금급여가 충분하다면 국가가 적극적으로 나서서 공정한 경쟁을 저해하게 되는 취업보호를 해야 할 필요성은 적을 것이다. 그러나 국가의 재정적 현실을 볼 때 보상금급여가 충분하다고 할 수 없고,<sup>15)</sup> 그러한 상태에서 취업보호 등의 조치가 필요하게 된 것이다.

그런데 국가공무원시험은 국민들이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받을 수 있는 것이므로(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마 788등, 판례집 14-2, 219, 224), 특정 집단에게 가산점을 주어 공직시험에서 우대를 하기 위하여서는 헌법적 근거가 있거나 특별히 중요한 공익을 위하여 필요한 경우에 한하여야 한다.<sup>16)</sup> 이 사건에서 그러한 근거나 공익적 필

15) 국가보훈처장의 의견서에 의하면 2004년도의 경우 4인 가족 기준으로 국가유공자 등에 대한 평균 보상금 지급액은 750,000원에 불과하다고 한다.

16) 직업공무원에게는 정치적 중립성과 더불어 효율적으로 업무를 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 직업공무원으로의 공직취임권에 관하여 규율함에 있어서는 임용희망자의 능력·전문성·직성·품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다. 헌법은 이 점을 명시적으로 밝히고 있지 아니하지만, 헌법 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적 요소에 능력주의가 포함되는 점에 비추어 헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다. 따라서 공직자선발에 관하여 직무수행능력과 무관한 요소, 예컨대 성별·종교·사회적 신분·출신지역 등을 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 된다. 다만, 헌법의 기본원리나 특정조항에 비추어 능력주의원칙에 대한 예외를 인정할 수 있는 경우가 있다. 그러한 헌법원리로는 우리 헌법의 기본원리인 사회국가원리를 들 수 있고, 헌법조항으로는 여자·연소자근로의 보호, 국가유공자·상이군경 및 진몰군경의 유가족에 대한 우선적 근로기회의 보장을 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항 내지 제6항, 여자·노인·신체장애자 등에 대한 사회보장사무를 규정하고 있는 헌법 제34조 제2항 내지 제5항 등을 들 수 있다. 이와 같은 헌법적 요청이 있는 경우에는 합리적 범위 안에서 능력주의가 제한될 수 있다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마33, 판례집 11-2,

요성이 있는지를 본다. 우선 국가유공자 가산점 특혜제도에 관한 헌법적 근거로는 헌법 제32조 제6항을 들 수 있으나, 앞서 본 바와 같이 동 조항이 ‘국가유공자 본인’ 외에 ‘국가유공자의 유가족’까지 우선적 근로기회를 주도록 규정하고 있는 것으로 볼 수 없다. 따라서 동 조항은 가족에 대한 가산점수혜의 헌법적 근거가 아니다. 달리 국가유공자의 가족에 대한 취업상 우대의 헌법적 근거를 찾을 수 없다.

그렇다면 이는 법률상의 입법정책에 의하여 입안된 것이라 할 것이다. 보상금급여가 적은 상태에서 국가유공자들의 가족에 대한 공무원시험의 가산점제도는 국가를 위하여 공헌한 국가유공자들에 대한 ‘예우와 지원’을 넓히는 차원에서 입법정책으로서 채택된 것으로 보인다. 다만 그러한 입법 자체는 헌법상 금지되는 것이 아니라 하더라도, 이는 중립적이고 객관적이어야 할 공무원시험에서 일반 공무원시험 응시자의 공무담임권을 제약하게 되므로, 해당 공익과 일반응시자의 공무담임권 사이에 엄밀한 법익형량이 이루어져야 할 것이다.

그런데 이 사건 조항으로 인한 공무담임권의 차별효과는 매우 큰 반면, 국가유공자 가족들에 대하여 현행과 같이 아무런 인원제한도 없는 10%의 고율의 가산점을 부여해야 할 필요성은 크다고 보이지 않는다.

광범위한 국가유공자의 자녀에게 각 시험마다 만점의 10%를 주는 현행 제도상의 가산점의 효과는 매우 크다. 2002년에서 2004년까지 3년 동안에 치러진 공무원채용시험에서 매년 가산특전자의 평균합격률이 15.3%에 이르고, 한 해에 평균 1,474명이 가산특전을 받아 합격하고 있다. 2004년도 7급 국가공무원시험에서는 합격자 중 국가유공자 가산점 혜택자가 30%를 넘고 있다. 한 해에 1,474명이 공무원시험에서 합격점수를 받고도 본인의 귀책사유 없이 탈락한다는 것은 공무원시험의 정원을 고려할 때 매우 많은 것이다. 전체적으로 보면, 공무원시험을 비롯한 모든 경쟁시험에서 가산특전으로 인해 합격점수를 받고도 탈락하는 수가 한 해에 5,000명 이상에 이르고 있다. 또한 소수직렬의 경우에는 가산특전자의 합격률이 70%에서 100%이다.

물론 전체 일반직공무원 중 취업보호대상자가 차지하고 있는 비율은 3%

---

732, 755; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 412).

에도 못 미치고 있는 실정이라는 통계도 존재하나<sup>17)</sup>, 문제되는 것은 전체 공무원 중의 비율이 아니라, 이 사건 청구인들과 같은 응시자들이 현재의 치열한 경쟁에서<sup>18)</sup> 받고 있는 불이익 내지현재의 국가유공자 가산점 수혜자의 합격률인 것이다. 만일 그 수혜자들의 합격률이 낮다면 이 사건에서 가산점조항의 위헌성은 그만큼 희박한 것이다. 현재 엄청난 경쟁률 속에서 한 해에 1,500여명의 젊은이들이 귀중한 젊은 시절의 2~3년에 걸쳐 자신의 시간과 에너지를 투입하고 재정적 부담을 감수하면서 노력한 결과, 그 공무원으로서의 능력을 경쟁시험을 통해 객관적으로 검증받았음에도 불구하고 이 사건 조항으로 인하여 불합격으로 처리된다는 것은 입법목적을 감안 하더라도 수인할 만한 것이라 보기 어렵다. 이는 헌법전문에서 천명하고 있는 “경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게” 하는 헌법정신에 심히 부합되지 않는다.

헌법재판소는 1999년 제대군인 가산점제도를 위헌이라고 결정하면서, 제대군인에게 만점의 5%~3%를 가산함으로써 “차별로 인한 불평등의 효과가 극심해서 차별취급의 비례성을 상실하고 있다.”고 판시하였다. 즉 “공무원 채용시험의 당락에 미치는 효과가 너무나 크다. 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산한다는 것은 합격여부를 결정적으로 좌우하는 요인이 된다. 더욱이 7급 및 9급 공무원 채용시험의 경우 경쟁률이 매우 치열하고, 불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 각 과목별로 만점의 3% 또는 5%의 가산점을 받는지의 여부는 당락에 결정적으로 영향을 미치게 되고, 가산점을 받지 못하는 사람은 시험의 난이도에 따라서는 만점을 받고서도 불합격될 가능성이 없지 아니하다.”라고 판시하였다.<sup>19)</sup>

17) 종전결정에서 그러한 통계가 제시되고 있으며(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 409), 이 사건에서 국가보훈처장도 그러한 그러한 통계수치를 합헌론의 자료로 사용하고 있다.

18) 1995년부터 2003년까지 일반행정직 7급 시험의 평균 경쟁률은 148 : 1이며, 9급의 경우 137 : 1이다. 매년 10명을 모집하는 검찰사무직의 평균 경쟁률은 이보다 3배 이상이 되는 452 : 1 이라는 살인적인 경쟁률을 보이고 있다. 각종 고시의 경우 평균 경쟁률이 행정고시가 69 : 1, 외무고시가 62 : 1, 기술고시가 72 : 1, 사법시험이 28 : 1에 그치고 있는 것을 보면 가산점제도가 적용되는 공무원시험의 경쟁률이 얼마나 높은가를 알 수 있다. 이처럼 경쟁률이 높기 때문에 시험준비에 전력해서 합격하기까지 소요되는 시간이 적어도 2-3년이 걸린다.

위 결정으로부터 1년 2개월만에 내려진 국가유공자 가산점에 관한 종전 합헌결정은 제대군인 가산점제도의 위헌결정을 언급하면서도, 주된 이유, 즉 헌법 제32조 제6항이 국가유공자와 그 가족 또는 유족에게 우선적 취업 기회를 제공하도록 근거하고 있다는 이유에서 합헌결정을 내렸다. 그러나 그러한 헌법적 근거를 인정할 수 없으므로, 종전 결정의 논거로서 이 사건 조항이 합헌이라고는 단정할 수 없다.<sup>20)</sup>

헌법상 명문의 근거 없이, 입법정책만으로 헌법상의 공정경쟁의 원리와 기회균등의 원칙을 훼손하고, 오로지 “국가유공자의 가족 및 유족”의 생활안정만을 위하여 매년 수많은 젊은이들을 불합격시키는 것은 공무담임권과 평등권을 지나치게 제약하는 것이라 볼 것이다.<sup>21)</sup> 또한 국가유공자 본인과는 달리 국가유공자의 가족에게도 국가공무원으로서의 자질과 국가관이 갖춰져 있다고 단정할 근거가 없고 그들에게 국가를 위하여 공헌할 기회를 주어야 할 필요성이 강하다고 할 수 없다.

무엇보다도 그러한 입법정책만이 국가유공자들의 ‘예우와 보상’을 충실히 하는 방법은 아니다. 그들의 생활안정을 위해서라면 국가는 조세와 예산을 통하여 보상금급여를 늘리는 방법을 택하여야 하고, 다른 많은 공무원시험 응시자들의 공무담임권을 직접 제약하는 그러한 방법을 피하여야 할 것이다.

그러므로 이 사건 조항은 입법목적을 달성하기 위한 수단 of 채택에 있어서 목적과 수단 간에 갖추어야 할 비례성을 상실하였다. 즉, 다른 방법으로

19) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 792.

20) 장영수 교수는 제대군인 가산점제도와 국가유공자 가산점제도를 비교하면서 양자는 본질적으로는 같은 것인데 헌법재판소가 전자에 대해서는 위헌결정을 하면서 후자에 대해서는 합헌결정을 한 것에 대해 의문을 제기하고 있다. 장영수, “헌법상 평등의 요청과 국가유공자 유가족에 대한 가산점의 문제점”, 『헌법실무연구』 제3권 (헌법실무연구회, 2002), 224면 참조. 그는 헌법 제32조 제6항이 여하한 가산점제도의 직접적 근거가 된다고 보는 데에 어려움이 많다고 지적하였는데, 가산점제도 외에도 다른 형태로 우선적인 근로기회를 제공하는 것이 얼마든지 가능하고 또 그러해야 한다는 것이다.

21) 또한 국가유공자 가산점제도는 일단 가산특전대상자(취업보호대상자)에 해당이 되면, 가산특전이 부여되는 모든 경쟁시험에서 응시횟수에 관계없이 몇 번이고 아무런 제한 없이 계속해서 가산특전을 받을 수 있도록 되어 있다. 심지어는 합격 여부도 관계가 없으며, 공직취임 후 임의로 다른 공직에 취임하고자 하는 경우에도 관계없이 가산특전이 부여된다.



도 그 공익목적을 달성할 수도 있는 반면, 이 사건 조항에 의하여 초대되는 일반 응시자의 기본권은 지나치게 제약되고 있다. 이 사건 조항은 그런 점에서 청구인들의 공무담임권 및 평등권을 침해하는 것이다.

(5) 헌법불합치 주문

다만, 위와 같은 위헌성은 가산점 부여 자체가 입법정책상 허용될 수 없다는 것이 아니고, 차별의 효과가 지나치다는 것이므로, 입법자는 국가공무원시험에서 국가유공자의 가족의 경우 가산점을, 예를 들어 3-5% 정도로 축소함으로써 차별의 효과를 줄일 수 있을 것이다. 이러한 정책방향을 통한 이 사건 조항의 위헌성의 제거는 입법부가 행하여야 할 것이므로, 이 사건에서는 헌법불합치결정을 하면서 기존의 가산점 대상자의 신뢰보호를 위하여 이 사건 조항의 잠정적용을 명하였다.

3. 소수의견(합헌의견)의 취지

재판관 윤영철, 재판관 권 성의 합헌의견은 다음과 같이 이해될 수 있다.

가. 국가유공자에 대한 국가의 예우가 지니는 헌법적 가치

국가유공자에 대한 예우 문제는 국가의 통합·존속·발전에 긴요한 것이다. 따라서 가능한 한 최대의 성의로 현창과 포상을 하는 것이 국가유공자에 대한 예우의 원칙이다. 헌법은 전문에서 ‘...우리 대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19 민주이념을 계승하고 ...정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고’라고 선언하는 한편, 제32조 제6항에서 ‘국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 보장 받는다’고 규정하고 있다. 이 규정들은 청사에 길이 빛날 투쟁으로 조국의 광복에 기여한 많은 순국선열과 애국지사, 6·25 사변시에 생명과 신체를 희생하면서 국가와 자유를 수호한 전몰군경·상이군경, 4·19 민주혁명 당시에 목숨을 바쳐 민주이념을 계승시킨 민주투사와 같은 국가유공자 등이 국가와 민족을 위하여 세운 공훈이나 그들이 감수한 특별한 희생에 대한 보훈

과 보상의무를 천명한 것이고, 이로써 국민들의 애국심을 함양하고 나아가 민족의 단결을 공고히 하여 국가와 민족의 번영을 이룩하고자 하는 데에 그 목적이 있다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 19).

#### 나. 본인과 가족의 고통에 대한 배려

국가유공자 본인의 사망, 부상 등이 그 가족에게 불가피하게 정신적·경제적 고통을 주고, 그 자녀가 성장과 교육의 과정에서 큰 장애를 겪기 때문에 가산점부여의 방법으로 도와주지 않으면 유공자 본인에 대한 지원과 배려가 사실상 빛이 바래고 말 위험이 있다.

신체의 상이 또는 가족의 사망 등으로 정신적, 재정적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 견주어 수험준비가 상대적으로 미흡한 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 부여를 통해 헌법 제32조 제6항이 규정하고 있는 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정을 도모하고, 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하는 것이 필요하다.

#### 다. 평등권, 공무담임권의 정당한 제한

- (1) 이 사건 조항이 국가유공자 본인뿐만 아니라 그 가족에게도 가산점 혜택을 주는 것은 기본적으로 헌법 제32조 제6항의 의미와 내용에 부합한다. 헌법 제32조 제6항이 언급하는 근로의 기회 제공은 국가유공자 등에 대한 보훈의 한 방법을 예시한 것 일뿐이고 전체로서의 이 규정이 가지는 의미는 국가가 국가유공자 등을 예우할 포괄적인 의무를 지고 있음을 선언하는 데 있다고 해석된다. 국가유공자 등의 가족에게까지 이 사건 법률이 규정하는 가산점을 부여하는 것은 헌법의 합리적인 해석에 비추어 헌법에 근거한 능력주의의 예외에 해당한다고 볼 수 있다.
- (2) 이 사건 조항에 의한 차별은 헌법 제32조 제6항으로부터 당연히 도출되는 결과이므로 차별 자체는 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다. 다만 구체적 수단이 현저하게 불합리하고 제도의 본질을 벗어난 무리한 것이라고 인정될 경우에만 평등의 원칙에 어긋나서 위헌이 된다.

국가유공자와 그 가족에게 채용시험에서 가산점을 주는 것은 그들의 생계와 사회적 지위를 안정시키고 금전적 지원이 일시적 효과로 그치고 말 위험이 있는 점, 가산점 없이는 국가유공자와 그 가족의 공직 취업율은 극히 저조하게 될 것인 점을 생각하면 그 적절성이 인정된다.

- (3) 실제의 상황을 보면 현재의 공무원 인원 중 이 가산점으로 합격한 사람의 수는 약 3%에 불과할 뿐인 데다가<sup>22)</sup>, 2005. 7. 29. 개정된 법률이 선발예정인원의 30퍼센트를 초과할 수 없게 상한을 한정하고 있어, 이 가산점의 비율이 다른 국민이 수인할 수 없을 정도로 다른 국민의 권리나 기회를 제약한다거나 국가의 운영에 중대한 지장을 초래할 정도로 크다고 볼 수는 없다. 유공자의 범위에 만일 문제가 있다면 그 범위를 입법으로 조정하면 될 것이다. 결론적으로 이 사건 조항에 의한 가산점 제도는 공무원시험에 응시하는 일반 국민의 공무담임권을 평등의 원칙에 위배하여 침해하는 것이 아니다.

#### 4. 이 사건 결정의 의의 및 개정입법

이 사건 결정은 비록 국가유공자의 가족에 대한 정책적 보호가 필요하다고 하더라도 일반 공무원응시자에 비하여 지나친 혜택을 주는 것은 바람직하지 않다는 점을 선언하였다. 국가는 될 수 있으면 공무담임권의 차별취급 외에 다른 방법으로 국가유공자의 가족에 대한 배려를 하는 것이 바람직할 것이다.

이 사건 헌법불합치 결정 후 국가보훈처에서 마련한 법률개정안이 2007. 3. 29. 공포되었다(법률 제8327호). 그 내용은 국가유공자 본인은 10%의 가점을 유지하지만 가족들은 5%로 낮추어졌다. 한편 가점 대상자 합격률이 정원의 30%를 초과하지 못하도록 한 규정은 유지되었다. 아무리 가점 대상자라도 과목당 40점을 초과하지 못한 경우는 가점 대상이 되지 않도록 하였다.

<sup>22)</sup> 2004. 5. 31. 현재 일반직 공무원 정원 427,538명 중 국가유공자 본인 및 그 가족을 포함하여 가점으로 합격한 수는 12,282명으로 전체정원 대비 약 2.9%에 해당한다.

중전 가점대상자 중 합격자는 대부분이 국가유공자 본인이 아니라 가족이었던 점에서 위와 같은 법률개정으로 가점을 받아 합격하는 사람들은 대폭 줄어들 것이다. 위에서 본 통계수치를 감안하면 중전보다 가점 합격자가 3분의 1 수준으로 줄어들 것으로 전망된다.

물론 5%로 낮추어졌지만 그러한 가점제도는 여전히 일반 응시자의 공무담임권을 제한하는 것이나, 그러한 정도의 수치가 가져오는 합격률 저하 등 결과에 따라, 중전의 위헌성은 상당한 정도로 교정된 것이라 볼 수 있다. 개정된 법 제31조의 내용은 아래와 같다.

### 제31조 (채용시험의 가점 등)

①취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위하여 채용시험을 실시하는 경우에는 당해 채용시험에 응시한 취업보호대상자의 득점에 다음 각 호의 구분에 따라 가점하여야 한다. <개정 2007.3.29>

#### 1. 만점의 10퍼센트를 가점하는 취업보호대상자

가. 제29조제1항제1호에 해당하는 자 중 국가유공자

나. 제29조제1항제2호에 해당하는 자

#### 2. 만점의 5퍼센트를 가점하는 취업보호대상자

가. 제29조제1항제1호에 해당하는 자 중 국가유공자의 가족 및 같은항제3호에 해당하는 자

나. 제29조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자

②제1항의 채용시험이 필기·실기·면접시험 등으로 구분되어 실시되는 시험의 경우에는 각 시험마다 제1항 각 호의 구분에 따라 가점하되, 2 이상의 과목으로 실시되는 시험에 있어서는 각 과목별로 제1항 각 호의 구분에 따라 가점하여야 한다. 다만, 득점한 과목 중 한 과목 이상의 점수가 만점의 4할 미만이거나 점수로 환산이 불가능한 시험에는 그러하지 아니하다. <개정 2007.3.29>

③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 가점을 받아 채용시험에 합격하는 사람(「5·18민주유공자예우에 관한 법률」 제22조 또는 「특수임무수행자 지원에 관한 법률」 제24조의 규정에 의하여 채용시험에서 가점을 받아 합격하는 사람을 포함한다)은 그 채용시험 선발예정인원의 30퍼센트를 초과

할 수 없다. 이 경우 가점에 의한 선발인원을 산정하는 경우 소수점 이하는 버린다. <신설 2005.7.29>

④채용시험의 합격자를 결정할 때 선발예정인원을 초과하여 동점자가 있고 동점자중 취업보호대상자가 있는 경우에는 그 자를 취업보호대상자가 아닌 자에 우선하여 합격자로 결정하여야 한다.

⑤제1항 및 제2항의 규정에 의한 채용시험의 가점 대상계급·직급 및 직위 그 밖에 채용시험의 가점에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.



# 대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인

- 미군기지 이전 사건 -

(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298)

이 명 응\*

## 【판시사항】

1. 미군기지의 이전이 헌법상 자기결정권의 보호범위에 포함되는지 여부(소극)
2. ‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정’과 ‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정의 이행을 위한 합의권고에 관한 합의서’ 및 ‘2002년 3월 29일 서명된 대한민국과 미합중국 간의 연합토지관리계획협정에 관한 개정협정’(이하 이들을 ‘이 사건 조약들’이라 한다)이 평화적 생존권의 침해가능성이 있는지 여부(소극)
3. 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것이므로 권리침해의 ‘직접성’이나 ‘현재성’을 부인한 사례
4. 단순히 일반 헌법규정(제6조, 제60조)이나 헌법원칙에 위반된다는 주장이 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못하였다는 사례

---

\* 헌법연구관

### 【심판대상】

대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정(조약 제1701호)

대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정의 이행을 위한 합의권고에 관한 합의서(조약 제1702호)

2002년 3월 29일 서명된 대한민국과 미합중국 간의 연합토지관리계획협정에 관한 개정협정(조약 제1703호)

### 【사건의 개요】

#### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

##### 가. 사건의 개요

(1) 피청구인은 미합중국과 ‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정’(이하 ‘이전협정’이라 한다)과 ‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정의 이행을 위한 합의권고에 관한 합의서’(이하 ‘이행합의서’라 한다) 및 ‘2002년 3월 29일 서명된 대한민국과 미합중국 간의 연합토지관리계획협정에 관한 개정협정’(이하 ‘토지계획협정’이라 한다)을 체결하였다(이하 이들을 ‘이 사건 조약들’이라 한다). 이 사건 조약들은 2004. 10. 26. 각 서명되었고, 이행합의서를 제외한 이전협정과 토지계획협정은 2004. 12. 9. 제250회 국회(정기회) 제14차 본회의에서 비준동의를 받았다. 2004. 12. 17. 이전협정은 조약 제1701호로, 이행합의서는 조약 제1702호로, 토지계획협정은 조약 제1703호로 발효하고, 2004. 12. 22. 모두 관보에 게재되었다.

피청구인은 이 사건 조약들과 ‘대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정(SOFA)’ 제2조에 따라 미합중국에 평택시 팽성읍에 있는 K-6 기지 부근의 285만 평과 평택시 서탄면에 있는 K-55(오산비행장) 기지 부근의 64만 평 모두 349만 평의 토지를 미군측에 제공하기 위하여 토지매수와 수용절차를 진행 중이다.

(2) 청구인 1. 내지 449.는 이 사건 조약들에 따라 수용될 평택시 팽성읍



에 있는 K-6 미군기지 인근의 대추리, 도두2리 일대에 토지나 건물을 소유하였거나 거주하는 사람들과고, 청구인 450. 내지 606.은 위 조약들에 따라 평택지역에 미군기지가 확장 이전되면 기지에 바로 인접한 마을이 되는 평택시 팽성읍 도두1리, 함정2리, 신대1리, 신대4리, 내리, 동창리에 거주하는 사람들과고, 청구인 607. 내지 824.는 위 지역을 제외한 평택시에 거주하는 사람들과고, 청구인 825. 내지 1033.은 평택시 밖에 거주하는 사람들과고, 청구인들은 모두 대한민국 국민들이다.

(3) 청구인들은 이 사건 조약들이 헌법상 보장된 청구인들의 평등권, 평화적 생존권 등을 침해한 것이라고 주장하면서 2005. 3. 15. 이 사건 헌법 소원심판을 청구하였다.

## 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 이전협정, 이행합의서 및 토지계획협정이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 이 사건 조약들의 내용은 별지 3.과 같다.

## 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 이전협정은 국가에 중대한 재정적 부담을 지우는 조약인데도 재정부담의 정도도 정하여지지 않고 예측할 수도 없는 상태에서 국회의 비준동의가 이루어졌고, 이행합의서는 그 성질상 조약인데도 국회의 비준동의를 위하여 상정조차 되지 않았으므로, 헌법 제60조 제1항에 위반된다.

(2) 전국의 주한미군기지를 통폐합하여 평택지역으로 집중 재배치하는 내용의 이전협정과 이행합의서, 토지계획협정은 평택 일대를 미합중국에 주한미군이 동북아와 세계 각지에서 활동하면서 무력분쟁을 일으키거나 대응하는데 사용할 기지로 제공하는 것이어서 한미상호방위조약과 침략적 전쟁을 부인하는 헌법 제5조 제1항에 위반되며, 한반도에서 주변국 간의 무력충돌이 일어날 가능성을 높여 청구인들의 평화적 생존권과 행복추구권을 침해한다.

(3) 이전협정은 이전비용을 전부 대한민국이 부담하도록 하여, 청구인들

에게 지나친 재정부담을 지도록 하므로 평등권을 침해한다.

(4) 위 각 조약에 의하여 평택시의 미군기지가 늘어나면 평택 주민들의 생활에 직접적인 영향을 미치게 되는 것임에도 평택 시민들의 의사가 반영되지 않은 채 각 조약들이 체결됨으로써, 청구인들의 자기결정권과 자치권이 침해당하였고, 미군기지의 대규모 이전에 따라 환경권이 침해될 우려가 높고, 미군범죄의 피해자가 될 수 있음에도 수사권 및 재판권이 제약되므로 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권이 침해될 우려가 있고, 주변토지나 건물이 개발제한구역에 포함됨으로써 재산권을 제한받게 된다.

### 나. 법무부장관의 의견

국회의 조약에 관한 비준동의를 규정한 헌법 제60조 제1항으로부터 국민 개개인의 기본권이 도출된다고 볼 수 없다. 이행합의서는 용산기지이전협정에서 위임된 범위 내에서 필요한 기술적·절차적 세부사항을 규정하고 있어 성질상 행정협정에 속하는 것이므로 국회의 동의가 필요한 조약에 해당하지 않는다. 용산기지이전계획은 국가안보를 위한 한미상호방위조약에 근거한 것으로서 침략적 전쟁과는 관계가 없고, 미합중국의 해외미군재배치계획(GPR)과도 전혀 무관하게 대한민국의 주도적인 결정에 따라 결정된 사항이다.

행복추구권의 하나로 인정되고 있는 자기결정권은 개인이 결정할 수 없는 영역에 대해서까지 자기결정권을 갖는다고 볼 수는 없는바, 청구인들에게 ‘용산기지가 평택지역으로 이전해 오는 것을 허용할지 여부를 스스로 결정할 수 있는 권리’가 기본권으로 인정될 수 없다.

평등권은 동일한 법체계 내에 있는 국민들 사이에 차별대우가 있어서는 안된다는 의미이지, 우리나라와 다른 나라 사이의 평등을 의미하거나, 국가간에 체결된 조약이 당사국 사이에 경제적 부담비율을 동등하게 규정해야 한다는 의미로는 볼 수 없다.

청구인들은 평화적 생존권, 행복추구권, 환경기본권, 자기결정권, 자치권 등을 침해당하였다고 주장하나, 이 사건 조약들은 청구인들을 공권력 행사의 직접적인 상대방으로 삼고 있지 아니하여 용산기지이전계획이 시행됨으로써 청구인들이 입게 되는 불이익은 간접적·사실적 또는 경제적 불이익

에 지나지 않는다. 청구인들이 주장하는 불이익의 발생 여부는 불투명한 가정에 기초한 것으로서 기본권침해의 현재성을 갖추지 못하였다.

국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 이 사건 조약들의 내용에 대한 사법심사는 최대한 자제되어야 할 것이다.

다. 외교통상부장관 및 국방부장관의 의견

대체로 법무부장관의 의견과 같다.

### 【결정요지】

1. 미군기지의 이전은 공공정책의 결정 내지 시행에 해당하는 것으로서 인근 지역에 거주하는 사람들의 삶을 결정함에 있어서 사회적 영향을 미치게 되나, 개인의 인격이나 운명에 관한 사항은 아니며 각자의 개성에 따른 개인적 선택에 직접적인 제한을 가하는 것이 아니다. 따라서 그와 같은 사항은 헌법상 자기결정권의 보호범위에 포함된다고 볼 수 없다.

2. 오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하며, 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있다. 그런데 이 사건 조약들은 미군기지의 이전을 위한 것이고, 그 내용만으로는 장차 우리 나라가 침략적 전쟁에 휩싸이게 된다는 것을 인정하기 곤란하므로 이 사건에서 평화적 생존권의 침해가능성이 있다고 할 수 없다.

3. 이 사건 조약들에 의해서 청구인들의 환경권, 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권, 재산권이 바로 침해되는 것이 아니고, 미군부대 이전 후에 청구인들이 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 이는 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것이므로 권리침해의 ‘직접성’이나 ‘현재성’을 인정할 수 없다.

4. 청구인들은 이 사건 조약들이 일반 헌법규정(제5조, 제60조)에 위반된다는 주장을 하였으나, 기본권 침해의 가능성이 없이 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장은 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못하는 것이다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 조약들의 내용

#### 가. 이전협정

##### (1) 기지이전에 관한 합의

서울지역에 주둔하는 유엔사·연합사·주한미군사를 평택지역으로 이전  
(제2조 제2항)

##### (2) 기지이전의 시기

2008. 12. 31.까지 이전을 완료하되, 유엔사·연합사·주한미군사 본부를  
2007. 12. 31.까지 이전하는 것을 목표로 함(제2조 제3항)

##### (3) 토지 공여와 반환

대한민국은 유엔사·연합사·주한미군사가 사용할 새 기지를 건설하기  
위하여 평택지역에 52만평 범위내의 토지 사용권을 미국측에 공여하고, 미  
국은 현재 서울지역에서 유엔사·연합사·주한미군사가 사용하고 있는 토  
지 주 연락사무소를 위한 일부 면적을 제외한 토지를 대한민국에 반환(제3  
조 제3항)

##### (4) 시설의 공여와 반환

- 대한민국은 유엔사·연합사·주한미군사가 용산기지에서 수행하는  
임무와 기능을 평택기지에서 동일하게 수행할 수 있도록 필요한  
시설을 공여(제2조 제9항)
- 지휘·통제·통신·컴퓨터·정보체계(C4I) 장비는 용산에서 사용 중  
인 것을 평택으로 옮기는 것을 원칙으로 함. 다만, 옮겨서 사용할 수  
없거나 옮기는 비용에 새로 사는 비용보다 더 들어가는 장비는 교체  
를 하되, 대한민국이 부담하는 교체비용은 총 900만불을 초과할 수  
없음(제5조 제3항)

##### (5) 운송용역

대한민국은 부대의 시설과 인력의 이전을 위한 운송용역을 제공(제2조 제4항 및 제5조 제1항 나호)

(6) 기타 비용

대한민국은 기지이전과 직접 관련된 것으로서 지출이 불가피하다고 한 미 양측이 유효성을 확인한(validate) 비용을 부담(제2조 제4항 및 제5조 제1항 다호)

(7) 보상처리 문제

- 대한민국은 용산기지 이전으로 인하여 용산기지 내에서 영업을 하는 업체가 입은 손실에 대하여 보상책임이 없음(제5조 제2항)
- 주한미군을 상대로 제기되는 피해보상청구로서 주한미군지위협정(SOFA)이 적용되는 청구는 SOFA에 따라 처리하고, SOFA가 적용되지 않는 청구는 주한미군에 적용되는 미국법령에 따른 행정적 절차에 따라 해결하며, 청구인은 민사소송을 제기할 권리를 가짐(제5조 제2항)

(8) 환경조치

반환될 기지와 새로운 기지의 환경치유를 포함한 환경조치는 SOFA 및 그 밖의 관련 합의에 따름(제2조 제8항)

(9) 가용예산 범위내 시행원칙

한미 양측은 각각 자국의 국내법에 따라 이 목적을 위하여 승인되고 배정된 가용예산의 범위 내에서 이전사업을 시행(제2조 제7항)

(10) 다른 협정과의 관계

- 용산기지이전협정은 한미상호방위조약과 SOFA에 기초함(전문 및 제2조 제1항)
- 한미 양측은 SOFA 합동위를 통하여 이 협정의 이행을 위한 절차적·기술적 세부 사항을 정하는 이행약정을 체결할 수 있음(제6조)

## 나. 이행합의서

### (1) 용산기지 이전계획을 위한 절차적 사항

시설의 기획·계획·설계·시공을 위한 절차는 SOFA합동위가 승인하는 기술양해각서에 따르고(제3항 가호), 쌍방은 기술양해각서에 따라 시설종합계획(Master Plan : MP)을 공동으로 작성(제3항 나호)

### (2) 용산기지 이전계획 추진 일정

- 용산기지 이전계획을 시행하는데 필요한 토지를 2005년까지 공여하되, 공여될 토지의 정확한 규모와 경계는 양측이 합동조사에 의하여 정하고 SOFA 합동위가 승인하여 결정(제4항 나호)
- 미국은 서울에 있는 12개의 캠프를 2006년부터 2008년에 걸쳐서 반환(제4항 다호)

### (3) 주요 기관의 위치

- 유엔사·연합사·주한미군사 본부 및 서울 소재 미8군 사령부 및 그 예하부대는 평택에 있는 캠프 험프리로 이전하고, 그 밖의 주한미군사 부대는 시설종합계획에 따라 오산 공군기지, 캠프 험프리, 캠프 캐롤, 또는 캠프 헨리로 이전(제4항 바호)
- 유엔사·연합사·주한미군사는 서울에 연락부대를 유지하고, 한국은 이를 위한 장소를 제공하며, 주한미군사는 용산에 있는 드래곤 힐호텔과 캠프 모스에 있는 통신시설을 유지함(제4항 바호)

### (4) 비용처리 절차

쌍방은 용산기지 이전계획을 시행하기 위하여 발생하는 비용을 검토하고, 유효성을 확인하여 지급하기 위한 구체적인 절차를 개발하여 SOFA합동위원장의 승인을 받아 시행(제5항)

### (5) 환경조치

공여되는 기지와 반환되는 기지의 환경 치유 등 환경관련 조치는 SOFA 및 관련 합의서에 따름. 공여와 반환하기 전에 환경조치를 취하되, 양측이

특별히 합의하는 경우에는 환경조치를 연기할 수 있음(제4항 마호)

### 다. 토지계획협정

#### (1) 이전기지대상 및 시기

서울 이북에 배치된 캠프 캐슬 등 6개 반환대상기지목록에 추가하고(캠프 룡의 경우 현행 일부반환에서 전체반환으로 함), 동 기지의 대체시설에 대한 자금지원은 미국측이 부담하도록 하되, 그 가운데 캠프 케이시, 캠프 호비, 캠프 레드크라우드, 캠프 스텐리 등 4개 부대의 한강 이남으로의 실제 이전은 향후 한반도 및 동북아의 정치·경제 및 안보상황을 고려하여 양국의 국가지도부가 그 시기를 결정하도록 함(제1조 제2항, 제2항)

#### (2) 반환시기 조정

캠프 하야리아 등 도심에 위치한 주한미군기지의 반환을 2011년에서 2005년으로 앞당기는 등 이전대상 주한미군기지의 반환시기를 조정(제1조 제2항)

#### (3) 상호협약조정

양국은 주한미군의 시설과 구역의 소요에 현저한 변화가 발생할 경우 협정의 개정조정에 따라 기지이전에 관한 제반사항을 상호 협의·조정할 수 있도록 함(제2조 제1항)

## 2. 적법요건 부분 해설

### 가. 적법요건의 일반 내용

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 그 심판을 구하는 제도로서, 심판을 구하는 자는 심판의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받고 있어야 한다(헌

재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579; 헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421). 여기서 ‘기본권을 침해받은 자’라 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 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580; 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111).

기본권 침해의 자기관련성이란 심판대상규정에 의하여 청구인의 기본권이 ‘침해될 가능성’이 있는가에 관한 것이므로, 청구인의 기본권이 침해될 가능성이 존재하는 한 자기관련성이 인정된다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 934). 법령에 의한 헌법소원에서 말하는 기본권 침해의 직접성이란, 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마703, 판례집 13-2, 113, 118; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 95). 청구인이 장차 언젠가는 특정 법률의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리 침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 130).

공권력의 행사로 인하여 헌법소원을 청구하고자 하는 자의 법적 지위에 아무런 영향이 미치지 않는다면 애당초 기본권침해의 가능성이나 위험성이 없으므로 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817; 헌재 1999. 11. 25. 99헌마163, 판례집 11-2, 644, 655).

## 나. 청구인의 주장에 대한 개별적 검토

### (1) 헌법 제60조(조약에 관한 국회의 동의권) 위반 부분<sup>1)</sup>

1) 이 부분은 기본권 침해를 주장하는 것이 아니라 일반 헌법규정 위반을 주장하는 것이고(침략적 전쟁부인 조항, 국민주권원리, 명확성원칙 주장도 같다), 따라서 우선 기본권 침해의 적법성이 인정된 후에야 본안에서 다루어질 수 있는 문제이나, 편의상 적법요건 단계에서 검토할 수 있다.



(가) 이전협정 부분

청구인들은 이전협정이 국가에 중대한 재정적 부담을 지우는 조약인데도 재정부담의 내용이 정해지지 않고 예측할 수도 없는 상태에서 국회의 비준동의가 이루어진 것은 헌법 제60조 제1항에 위반되며 국민주권의 원리를 훼손한 것이라고 주장한다.

헌법 제60조 제1항은 “國會는 相互援助 또는 安全保障에 관한 條約, 중요한 國際組織에 관한 條約, 友好通商航海條約, 主權의 制約에 관한 條約, 講和條約, 國家나 國民에게 중대한 財政的 負擔을 지우는 條約 또는 立法事項에 관한 條約의 체결·批准에 대한 同意權을 가진다.”고 규정한다. 이 조항은 조약의 체결과 비준에 관한 대통령의 권한(제73조)을 민주적으로 통제하고, 국민적 합의를 형성하기 위하여 국회에 조약의 체결과 비준에 대한 동의권을 부여한 것이며, 이는 조약의 국내법예의 수용에 대한 동의권을 뜻한다.<sup>2)</sup>

이전협정은 2004. 12. 9. 제250회 국회 제14차 본회의에서 비준동의를 받았다. 그렇다면 논리적으로 이전협정이 헌법 제60조 제1항의 국회 동의권을 침해할 수 없다. 청구인들은 이전협정이 재정부담을 내용으로 하면서도 그 구체적 액수를 내포하지 않은 것을 다투는 취지이나, 국회가 조약의 비준에 동의한 이상, 국회의 동의행위 자체의 흠결을 다투는 것은 별론으로 하고, “조약(이전협정)이 국회의 동의권을 침해하였다”는 주장은 허용될 수 없다.

한편 청구인들은 이전협정이 대한민국의 재정부담을 내용으로 하면서도 그 상한선이나 구체적 액수에 대한 언급이 없어 명확성의 원칙에 반한다고 주장한다. 우선 조약에 있어서도 법률에서와 같이 법치국가에서 파생되는 명확성 원칙<sup>3)</sup>이 적용될 것인지가 문제된다.<sup>4)</sup> 명확성의 원칙이 기본권 보장을

---

2) 권영성, 헌법학원론 (법문사, 2004), 879쪽 참조.

3) 명확성 원칙은 주로 죄형법정주의, 조세법률주의, 위임입법, 표현의 자유와 관련하여 문제되나, 그 외 사항에서도 ‘일반적 명확성 원칙’이 준수되어야 한다. “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법 집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때

위하여 입법자의 자의를 방지하고 법에 대한 신뢰와 예측가능성을 위한 것이라는 점에서,<sup>5)</sup> 대한민국이 체결한 조약의 경우에도 이 원칙은 준수되어야 할 것이다. 다만, 조약은 국회가 제정한 법률과는 달리 국가 간의 협의의 산물이고 통상 그 수범자는 일차적으로 국가 자신이 되는 점을 감안하면, 조약이 일반적 명확성의 원칙에 위반된다고 하려면, 해당 조약이 국내법으로서 자기집행력이 있어야 하고,<sup>6)</sup> 그 조약이 기본권을 제약하는 내용을 담고 있어야 하고, 예측가능성과 법적 안정성을 주지 못하거나 자의적 법집행의 가능성이 있을 정도로 불명확한 것이어야 한다고 볼 것이다.

이전협정은 대한민국에게 직접 이전비용의 부담을 강제하지만 일반 국민들의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있는 것은 아니다(후술). 또한 이전협정은 후속 시행조치를 예정하고 있으므로 이전협정에서 직접 이전비용을 구체적으로 정하지 못할 합리적 이유가 있다. 한편 이전대상 부대의 규모가 특정되고 있으며(제2조 제2호) 대한민국이 제공할 토지 및 시설은 기존 미군부대의 작전능력 등이 유지되는 선에서 이루어질 수 있는 것이고(제2조 제10호), 토지의 범위는 52만평 이내이고(제4조 제3호), 교체될 장비의 비용은 미화 9백만불 이내이고(제5조 제3호 나.), 이전협정의 이행은 양당사국 각자의 국내법에 따라 이 목적을 위하여 승인되고 배정된 자금의 가용여부에 따른다(제2조 제7호). 한편 구체적인 시설제공은 ‘주한미군지위협정 합동

---

문이다”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341-342; 헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8). 한편 일반적 명확성 원칙이 반드시 기본권 제한의 경우에만 적용되는 것은 아니다. 관련 판례: “형사소송법 제196조 제2항의 사법경찰관의 ‘수사의 보조’가 청구인의 주장과 같이 검사나 사법경찰관을 기계적으로 대신하는 방식의 협소한 사무보조에 한정되지 아니함은 쉽게 확인해 낼 수 있고, 이는 해석자의 개인적 주관에 따라 좌우될 가능성이 없다. 그렇다면 형사소송법 제196조 제2항의 사법경찰관의 ‘수사의 보조’의 의미내용이 불명확하다고 할 수는 없다.”(헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 499-500)

- 4) 이 문제에 대해서는 선례나 이론을 찾기 어렵다.
- 5) “법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장애의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법 해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다.”(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269).
- 6) 별도의 국내입법 없이 바로 국내법으로서 적용될 수 있는 것을 뜻한다.

위원회'가 정하는 절차에 따라 이루어진다(제3조 제2호). 이상의 내용을 종합하면, 이전협정의 내용은 구체적인 후속절차를 예상하고 있고, 기본적인 비용부담의 대상과 범위를 정하고 있으며,<sup>7)</sup> 후술하듯이 이전협정이 국민의 기본권을 제한하는 것은 아니므로, 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

한편 청구인들은 국민들의 의견개진이 보장되지 않아 국민주권의 원리가 훼손되었다고도 주장하나, 헌법은 조약의 체결권을 대통령에게 주면서 국민의 대표기관인 국회로 하여금 중요한 조약의 체결, 비준에 대한 동의권을 행사하도록 하였고, 달리 국민들이 직접 조약의 체결에 관여하는 규정을 두고 있지 않으므로, 국회의 동의행위가 이루어진 이상, 조약의 체결에 있어서 국민들의 의견개진에 대한 기회가 제대로 보장되지 않았다는 이유로 국민주권의 원리가 훼손되었다고 주장할 수는 없다고 볼 것이다. 만일 제대로 된 조약이 아니라면 국회가 동의하지 않았어야 했고, 그렇지 않고 국회가 동의했다면, 국회의 동의행위 자체를 다투는 것은 별론으로 하고(이 사건에서는 그러한 다툼이 없다), 그 조약이 국회의 동의권을 규정한 헌법 제60조 제1항을 위반하거나 국민주권의 원리를 훼손하였다고 볼 수 없는 것이다. 결론적으로, 이전협정이 헌법 제60조를 위반하거나 청구인들이 주장하는바 국민주권의 원리를 훼손할 가능성은 없으므로 이 부분 주장 내용은 부적법하다.

(나) 이행합의서 부분

청구인들은 이행합의서가 헌법 제60조 제1항의 국회 동의의 대상인데도 동의를 거치지 않은 것은 위헌이라고 주장한다.

우선 국회의 동의를 받아야 하는 조약들을 규정한 제60조 제1항이 列舉條項인가 아니면 例示條項인가가 문제되나,<sup>8)</sup> 정부간협정 또는 집행협정으로서 조약의 위임에 근거한 세칙규정이나 조약의 실시예 필요한 사항을 정한 것 혹은 국가간의 단순한 행정협조적 또는 기술적 사항에 관한 조약은

7) 청구인들이 실상 다투는 것은 과도한 이전비용을 일방적으로 대한민국측이 지불한다는 것이다. 정부는 2003. 이전협정 이행비용이 3조 9,571억원이 든다고 예상하였다. 그런데 1992년 미국측은 1997년 기준으로 7조 2천억원을 제시한바 있다. 수조원이 들 이전비용을 모두 한국측이 지불한다는 것은 문제가 있다. 그러나 그러한 비용 과다의 문제가 국회에서 걸러지지 않았던 이상, 그 문제를 이 사건 조약들에 대한 헌법소원으로 다투기는 어려운 것이다.

8) 권영성, 전계 헌법학원론, 879쪽(열거조항설 채택).

국회의 동의 대상이 되지 않는다.<sup>9)</sup>

이행합의서(대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정의 이행을 위한 합의권고에 관한 합의서)는 그 제목에서 나타나듯이 이전협정의 이행을 위한 합의서를 뜻하며, 이는 이전협정 제6조<sup>10)</sup>에 근거한 것으로서, 이행합의서의 내용은 기지이전에 필요한 토지의 공여시기, 유엔사, 연합사, 주한미군사의 각 반환시기, 주요기관의 위치 등으로서 이전협정의 내용을 구체화 하는 사항들이다. 이러한 사항들은 대체로 이전협정의 위임에 근거한 세칙규정 혹은 이전협정의 실시상 필요한 사항에 해당하므로, 이행합의서는 헌법 제60조 제1항에 따른 국회의 동의가 반드시 필요한 것이었다고 볼 수 없다.

## (2) 헌법 제5조 제1항(침략전쟁의 부인) 위반 부분

청구인들은 이 사건 조약들에 따른 용산기지의 평택 이전이 미국의 군구조변환과 해외미군재배치계획(GPR: Global Posture Review)에 따른 것이고, 이에 따르면 주한미군이 북한의 위협으로부터 대한민국을 방위하는 역할을 넘어서 한반도와 동북아, 심지어 중동지역에까지 선제공격을 수행할 수 있는 기동군으로 기능하게 되므로 헌법 제5조 제1항에 위배된다고 주장한다.

헌법 제5조 제1항은 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.“고 규정한다. ‘침략적 전쟁’이라 함은 영토의 확장·국가정책의 관철·국제분쟁해결을 위한 수단으로서 행해지는 무력행사를 의미한다.<sup>11)</sup> 그런데 이 사건 조약들은 용산에 소재한 미군기지를 평택 지역으로 옮기는 것을 내용으로 하고 있을 뿐, 달리 선제공격이나 침략적 전쟁에 해당될만한 내용을 담고 있지 않다.

청구인들은 이 사건 조약들의 실질적 목적은 주한미군의 전략적 유연성

9) 권영성, 같은책, 880쪽; 계희열, 헌법학(上), 신정2판(박영사, 2005), 185쪽.

10) “양당사국은 이 협정에 따라 이전을 원활하게 수행하기 위하여 주한미군지위협정 합동위원회를 통하여 절차적·기술적 세부사항에 관한 이행약정을 체결할 수 있다.”

11) 권영성, 헌법학원론, 2004, 177쪽.

을 강화하고 이로써 방어적 억지력을 넘어서는 선제공격을 가능하게 하기 위한 것이라고 주장하나, 이 사건 조약들의 명시적인 목적과 내용은 기존에 이미 존재하던 미군부대의 배치를 변경하는 것에 한정되고 있고, 여기에서 더 나아가 이 사건 조약들이 침략적 전쟁 혹은 선제공격을 가능케 하기 위한 것인지 여부는 청구인들이 주장하는 사유만으로는 판단하기 어렵고 달리 이 사건에서 이를 판단할만한 자료가 없다. 또한 침략적 전쟁 유무는 구체적이고 개별적인 사태에 이르러 판단할 수 있는 문제이며, 단순히 선제공격이 가능하다는 사정만으로 침략적 전쟁에 해당될 것이라고 미리 예정하기도 곤란하다.

그러므로 이 사건 조약들이 침략적 전쟁을 부인하는 헌법 제5조 제1항에 위반된다는 청구인들의 주장 내용은 불확실한 가정에 불과한 것이므로 그러한 위반 가능성을 인정할 수 없어 어차피 부적법하게 될 것이다.

### (3) 평등권 침해 부분

청구인들은 이 사건 조약들에 따른 미군부대의 이전비용을 대한민국이 전적으로 지불하는 것은 바로 대한민국 국민들을 미국 국민들보다 차별하는 것이라고 주장한다.

그러나 이 사건 조약들은 미군부대의 이전비용을 기본적으로 대한민국이 지불한다는 것일 뿐, 이로 인하여 개별 국민들에게 직접 조세나 금전적 부담을 가하는 것은 아니다. 또한 이 사건 조약들이 미국에게 이전비용을 부담시키지 않은 것이 위헌적인 것이라 선언하더라도, 이로 인하여 정부의 재정 감소가 방지될 뿐 개별 국민들의 법적 지위가 변동되는 것은 아니다. 이 사건 조약들에 따른 청구인들의 차별은 단지 사실적·간접적인 것에 불과하며, 이를 법적·직접적인 것이라고 볼 수 없다. 그렇다면 청구인들은 평등권 침해를 주장할 자기관련성 내지 기본권 침해성이 없다. 한편 이 사건 조약들로 인하여 청구인들이 추가적인 조세를 부담할 가능성이 있다는 사유만으로는 평등권 침해의 '현재성' 요건이 구비되었다거나 이를 예외적으로 인정할만한 사정에 속한다고 할 수 없다.

### (4) 평화적 생존권 침해 부분

청구인들은 이 사건 조약들에 따른 미군부대의 이전은 앞서 침략적 전쟁

부분에서 본 것처럼 미군을 방어적 군사력에서 공세적 군사력으로 변경하기 위한 것이고, 따라서 이는 행복추구권으로부터 인정되는 평화적 생존권, 즉 각 개인이 무력충돌과 살상에 휘말리지 않고 평화로운 삶을 누릴 권리를 침해하는 것이라고 주장한다.

(가) 평화적 생존권의 인정 여부

평화적 생존권은 헌법에 규정되지 않고 있으므로, 행복추구권의 한 내용 혹은 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 않은 기본권으로 인정할 것이냐가 문제된다. 학설상 그러한 기본권을 인정하는 견해가 있다.

예를 들어, 구병삭 교수는 1, 2차 세계대전을 겪은 후 현대에 있어서 전쟁이나, 평화나의 문제는 국민의 대표자로 구성된 議會의 多數意思에만 위임할 것이 아니라, 국민전체가 전쟁을 예방하여야 하고 평화를 유지하는데 힘을 기울여야 하므로 국민은 국가에 대하여 평화롭게 생존할 권리의 보장을 요구할 수 있다고 본다.<sup>12)</sup> 장영수 교수는 이를 제3세대 인권의 하나로서 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 하면서, 국가의 평화유지의무를 규정하고 있는 헌법규정으로부터 도출될 수 있다고 한다. 다만 평화적 생존권은 국가목적규정 내지 입법위임규정으로 이해되므로 구체적 권리로서의 효력을 지니는 것은 아니라고 본다.<sup>13)</sup> 김철수 교수는, 전쟁의 공포에서 자유롭게 살 수 있는 平和的 生存權이라든가, 學習에의 권리라든가, 건강권·휴식권·일조권·알권리 및 access권이라고 불리는 일련의 새로운 基本權이 요청되고 있으며, 이러한 새로운 基本權은 憲法典에는 구체적으로 규정되어 있지 않기 때문에 憲法 제10조의 包括的 基本權의 내포로서 인정하여야 할 것으로 본다.<sup>14)</sup> 권영성 교수는 헌법 제37조 제1항으로부터 평화롭게 생존할 평화적 생존권이 인정될 수 있다고 본다.<sup>15)</sup> 강경근 교수 역시 ‘평화롭게 살 수 있

12) 구병삭, 신헌법원론, 제3전정판 (박영사, 1996), 418, 421쪽. 그 근거는 헌법 前文, 제4, 5조, 제10조 및 제2장 기본권 규정이며, 그 내용은 ‘직접 국가에 대하여 평화적 생존을 요구할 수 있으며 공공복리를 이유로 한 침략전쟁에 강제당하지 않는 상태’라고 한다. 법적 성격은 추상적 권리(지도이념)로서의 성격과 직접 재판 규범으로 적용될 수 있는 구체적 권리의 성격이 혼합되었다고 본다.

13) 장영수, 기본권론 (홍문사, 2003), 618-620쪽; 헌법학 (홍문사, 2006), 874쪽.

14) 김철수, “現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系”, 헌법논총 제8집(1997), 76쪽.

는 권리'는 평화적 수단에 의하여 평화로운 상태를 향유할 수 있는 권리라며, 이는 헌법 전문, 제4조, 제5조, 제37조 제1항에 의하여 인정되며, 입법, 사법, 행정을 직접 구속하는 점에서 재판규범성을 갖는다고 본다.<sup>15)</sup>

오늘날 전쟁과 테러나 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되며, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다고 볼 여지가 있다. 그 근거는 헌법 제10조와 제37조 제1항이 될 수 있을 것이다. 그 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 할 수 있다.

(나) 이 사건에서 평화적 생존권의 침해가능성

이 사건 조약들은 미군기지의 이전을 도모하기 위한 것이고, 이 사건 조약들의 내용으로부터는 그 이상으로 장차 우리나라가 침략적 전쟁에 휩싸이게 된다는 내용을 인정하기 곤란하다. 그러므로 이 사건에서 평화적 생존권의 침해가능성이 있다고 할 수 없다.

또한 침략적 전쟁의 우려는 장래의 불확실한 사정에 관한 것으로서 청구인들이 이 사건 조약들을 다투면서 평화적 생존권의 침해를 주장하는 것은 기본권 침해의 '현재성' 요건에 어긋난다.

#### (5) 자기결정권, 자치권 침해 부분

청구인들은 이 사건 조약들에 의하여 평택시의 미군기지가 늘어나면 평택 주민들의 생활에 직접적인 영향을 미치게 되는 것임에도 평택 시민들의 의사가 반영되지 않은 채 조약들이 체결됨으로써, 청구인들의 자기결정권과 자치권이 침해당하였다고 주장한다.

헌법재판소는 “인간은 누구나 자기 운명을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가지고 있고” 라고 하면서,<sup>17)</sup> 자기결정권의 내용으로 성적자기결정권을 인정하였고,<sup>18)</sup> 소비자의 행복추구권에서 파생되는 자기결정권을 인정하였으며,<sup>19)</sup> 또한 자기정보결정권을 인정한바 있다.<sup>20)</sup>

15) 권영성, 헌법학원론 (법문사, 2004), 310쪽.

16) 강경근, 헌법, 신판 (법문사, 2004), 766쪽.

17) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 309-309.

18) 같은 판례.

헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다.<sup>21)</sup> 미군기지가 평택으로 이전되는 것은 개인의 사회적 삶에 영향을 줄 수 있으나, 개인의 인격이나 운명에 관한 사항이 아니며, 또한 각자의 개성에 따른 개인적 선택과는 다른 문제로서 공공정책의 결정과 시행에 해당하므로, 그러한 사항까지 자기결정권의 보호범위에 포함된다고 볼 수 없다.

한편 청구인들이 주장하는 자치권이 어떠한 내용인지는 불분명하나, 그것이 지방자치권을 말하는 것이라면 이는 지방자치단체에게 인정되는 것이므로 개별 주민들에게 인정된 권리라 볼 수 없다. 만일 이를 지방자치단체에 속한 주민들의 지역에 관한 의사결정에 참여 내지 주민투표에 관한 것이라면, 다음과 같이 판단할 수 있다.

일반적으로 어느 지역 주민들에게 중요한 영향을 미치는 문제들이 있다고 하더라도, 그 지역 주민들이 항상 이를 스스로 결정할 수 있어야 하는 것은 아니다. 중앙정부는 국가 전체의 차원에서 입법이나 조약체결을 통하여 지역주민들에게 불리한 영향을 미치는 의사결정도 지역주민들의 참여 없이 할 수 있는 것이다(이에 대해 반대되는 견해는 찾기 어렵다). 물론 그러한 경우 지역 주민들의 의견을 사전에 충분히 수렴하는 것이 바람직하나, 그것이 헌법상 필수적으로 요구되는 것이라고 볼 수는 없다. 다만 지방자치단체의 폐치·분합과 같은 경우는 해당 주민들에게 사전에 청문권이 보장되어야 한다.<sup>22)</sup> 그런데 이 사건 조약들에 의한 미군기지의 이전은 그러한 경우에 속하지 않는다. 따라서 이 사건 조약들에 앞서 평택 지역 주

19) 헌재 1999. 7.22. 98헌가5(주세법 사건), 판례집 11-2,26,44-44

20) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마190(주민등록법 사건) 결정 및 2005. 7. 21. 2003헌마 282(NEIS 사건) 결정.

21) 헌재 2004. 6. 24. 2002헌가27, 판례집 16-1, 706, 715.

22) 헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 522. 그런데 동 결정에 의하면 마치 불이익한 결과를 초래할 수 있는 모든 입법에 대해서는 사전에 청문권이 보장되어야 한다고 읽힐 수 있으나, 국회의 입법절차에서 필수적으로 불이익을 당할 국민들의 청문권이 인정된다면 대의민주주의의 취지에 맞지 않고 국회의 입법권을 제약하게 되므로 그와 같이 확대할 수는 없다고 볼 것이다. 따라서 동 결정의 판시는 지방자치단체의 폐치·분합이라는 특수한 사례에 한정된 것이다.



민들이 의사결정에 참여하였어야 한다거나 주민들에게 청문권이 반드시 보장되었어야 한다고 볼 수 없다. 한편 지방자치단체 주민의 주민투표권은 지방자치법 제13조의2에서 규정된 것으로서 성질상 선거권, 공무담임권, 국민투표권과는 다른 것이어서 이를 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없다.<sup>23)</sup>

그렇다면 이 사건에서 청구인들이 주장하는 자기결정권이나 자치권이 침해될 가능성이 없으므로 이 부분은 부적법한 것이다.

#### (6) 환경권, 재판절차진술권, 재산권 등 침해 부분

청구인들은 미군기지의 대규모 이전에 따라 환경권이 침해될 우려가 높고, 미군범죄의 피해자가 될 수 있음에도 수사권 및 재판권이 제약되므로 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권이 침해될 우려가 있고, 주변 토지나 건물에 개발제한구역에 포함됨으로써 재산권을 제한받게 된다고 주장한다.

그러나 이 사건 조약들에 의하여 청구인들의 환경권, 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권이 바로 침해되는 것이 아니며 그것은 미군부대의 이전 후 발생할 수 있는 침해의 막연한 가능성에 불과하므로 환경권 등의 권리 침해의 ‘현재성’을 인정할 수 없다.

또한 이 사건 조약들은 평택지역으로 미군부대가 이전한다는 내용을 담고 있을 뿐 이 사건 조약들이 직접 청구인들의 재산권을 제한하는 것이 아니며, 구체적인 조약 집행행위를 통하여 청구인들의 개별 재산에 대한 사용, 수익, 처분의 제한이 있게 될 것이므로, 재산권 침해 주장은 ‘직접성’ 요건에 부합되지 않는다.

#### 다. 기타 적법요건

우리나라가 가입한 조약은 공권력의 행사에 해당되므로, 헌법소원으로 이를 다룰 수 있다(확립된 판례). 이 사건 청구인들은 이 사건 조약들에 의하여 이전될 평택 지역에 거주하는 사람들과 그 외 지역 거주민들인바, 기본권 침해의 가능성 인정 여부에 따라 자기관련성 인정 여부가 달라질 것

---

23) 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439-10.

이므로 일률적으로 판단하기는 곤란하다.

이 사건 심판 대상이 되는 협정 등은 1994. 12. 22. 판보에 공포되었다. 그로부터 기산하여도 90일 이내인 2005. 3. 15. 청구된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 준수하였다.

한편 법무부장관은 이 사건 조약들과 같은 사항에 대해서는 사법심사가 자제되어야 한다고 답변한다. 그러나 이 사건 조약들의 내용은 평택 지역 주민들의 생활환경을 심각하게 바꾸는 것이며 주민들의 기본권과 관련 있는 사항이므로 이를 통치행위 혹은 정치문제의 범리를 적용하여 사법심사의 대상이 되지 않는다고 판단하는 것은 부적절하다고 보여진다.

### 라. 관련 문제

이 사건 결정은 적법요건 흠결을 이유로 한 것이나 청구인들은 심판 계속 중 미군의 용산기지 이전에 관한 ‘이행합의서’가 국내법상 무효인 1990년도 조약들을 추인하고 있어 국회의 동의를 받아야 한다고 주장하며 증거 자료를 추가로 제출하였다.

이행합의서는 제1항에서 “참조문건(References)”이란 제목으로 다음 사항을 나열하고 있다.

- 1990년 6월 25일 서명된 서울도심지소재미군부대의이전을위한기본합의에관한대한민국국방부와주한미군사령부간의합의각서(이하 “합의각서”라 한다)
- 1990년 6월 25일 서명된 서울도심지소재미군부대의이전을위한합의각서에관한대한민국국방부와주한미군사령부간의양해각서(이하 “양해각서”라 한다)
- 주한미군지위협정 제2조 및 제5조에서 위 다호에 언급된 합의각서를 인정한 1991년 5월 20일자 주한미군지위협정합동위원회의 승인조치 나아가 이행합의서 제2항은 다음과 같은 내용을 담고 있다.

“용산기지이전계획 제3조제1항 및 제6조에 따라 용산기지이전계획을위한특별분과위원회(용산기지이전계획 특별분과위원회)는 양당사국이 주한미군지위협정 합동위원회를 통하여 참조문건을 이행하는데 필요한 세부절차와 조건을 규정하는 합의권고를 개발한다. 이 합의권고와 위 참조문건 제1항

사호의 용산기지이전계획은 위 참조문건 제1항다호 및 제1항라호를 대체한다.”

이행합의서 제2항에 의하면 제1항의 “참조문건을 이행하는데 필요한” 합의권고를 개발한다고 되어 있고, 이는 동 참조문건들이 “이행되어야 한다 (shall implement)”는 것을 뜻한다. 그렇다면 이행합의서에 의하여 위 사항들이 법적 효력을 갖는 조약으로서 전제(추인)되고 있으며, 나아가 대한민국은 이를 반드시 이행하여야 한다는 것으로 규정되어 있다.

문제는 위 사항들이 합법성을 인정할만한 권한이 있는 사람에 의하여 작성된 것인지, 작성권한 내의 것인지, 그 밖에 작성경위가 어떠한 것인지가 문제될 수 있다. 그러나 이에 대한 충분한 자료가 검증되지 못한 상태였으므로 이 사건 결정에서 그 문제까지 판단되지는 않았다.

### 3. 결정의 의의

이 사건은 미군부대의 기지이전에 관하여 이전부지의 주민들이 그 부당성을 다툰 것이다. 그렇지만 기본권 관련성이 약하고 추상적인 위헌성을 적시하고 있을 뿐 구체적, 개별적인 기본권 제한적 법적 효과가 인정될 수 없었다.



## 지방자치법 제87조 제1항 위헌확인

지방자치단체의 장의 4선 연임금지의 위헌 여부-

(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403, 판례집 18-1상, 320)

진 창 수\*

### 【판시사항】

1. 헌법소원 청구기간과 관련하여 법률이 시행된 뒤 비로소 기본권 침해가 이루어진 사례
2. 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한한 지방자치법 제87조 제1항이 지방자치단체의 장들의 공무담임권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)
3. 지방의회의원 등 다른 선출직 공직자의 경우에는 계속 재임을 제한하지 않으면서 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기로 제한하는 것이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
4. 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한함으로써 주민들의 선거권을 침해하는지 여부(소극)
5. 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한한 규정이 지방자치제도에 있어서 주민자치를 과도하게 제한함으로써 입법형성의 한계를 벗어났는지 여부(소극)

### 【심판대상】

지방자치법(1994. 12. 20. 법률 제4789호로 개정된 것)

---

\* 대전지방법원 부장판사, 전 헌법연구원

제87조(지방자치단체의 장의 임기) ① 지방자치단체의 장의 임기는 4년으로 하며, 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기에 한한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 3기에 걸쳐 지방자치단체의 장으로 재임하고 있는 사람들과 전국 각지에 주소지를 둔 지역 주민들로서 공직선거및선거부정방지법상의 선거권자들로 구성되어 있는바, 지방자치법 제87조 제1항의 3기 초과 연임 제한 규정이 청구인들의 헌법상 보장된 공무담임권, 평등권, 선거권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였다.

### 2. 청구인들의 주장과 행정자치부장관의 의견

#### 가. 청구인들의 주장

청구인들 중 지방자치단체의 장은, 심판대상 법률조항이 ① 피선거권 행사능력과 무관하게 당선횟수에 의한 출마를 금지하여 합리적인 이유 없이 공무담임권을 침해하고, ② 국회의원, 지방의회의원 등 다른 선출직 공직자에 대하여는 연임제한을 두지 않고 있는 반면에 지방자치단체의 장에 대하여만 3기 연임제한을 하여 평등권을 침해하고, ③ 3기 연임을 초과하여 출마하고자 하는 지방자치단체의 장들의 행복추구권을 침해한다고 주장하였다.

그리고 청구인들 중 지역 주민은, 심판대상 법률조항이 ① 지방자치제도의 헌법적 보장에 의하여 지역 주민들이 지역 내의 주민복리를 실현할 수 있는 가장 적합한 인물을 선출할 권한(선거권)을 침해하고, ② 다른 지역의 주민들과 비교하여 합리적 이유 없이 차별하고, ③ 유권자의 선택권을 제한함으로써 일반적 행동자유권을 침해한다고 주장하였다.

#### 나. 행정자치부장관의 의견

행정자치부장관은, 공무담임권, 선거권, 지방자치제도는 법률이 정하는 바에 의하여 정해지므로 이에 대한 본질적인 침해가 아닌 한 그 제한 여부는 입법재량의 문제에 속하고, 지방자치단체의 장은 집행기관의 장이므로

국회의원, 지방의회의원과 비교할 수 없으며, 심판대상 법률조항이 지방자치제도의 대의제 또는 대표제의 성격을 몰각시키는 것이 아닌 반면, 지방자치단체의 장의 부정부패 방지, 지방정치인력의 신진대사 촉진, 주민복지 증진 등 중요한 공익달성을 목적으로 하고 있으므로 청구인들이 침해받는 기본권과 비교하여 비례원칙을 준수하고 있다고 주장하였다.

### 【결정요지】

1. 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한한 지방자치법 제87조 제1항은 그 시행과 동시에 지방자치단체의 장들의 기본권을 침해하는 것이 아니다. 법률 시행 후 지방자치단체의 장이 3기 초과 연임을 하고자 하는 경우에 비로소 기본권 침해가 구체적으로 현실화된다.

2. 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한한 규정의 입법취지는 장기집권으로 인한 지역발전저해 방지와 유능한 인사의 지방자치단체의 장 진출확대로 대별할 수 있는바, 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이 충족되므로 헌법에 위반되지 아니한다.

3. 같은 선출직 공무원인 지방의회의원 등과 비교해볼 때, 지방자치의 민주성과 능률성, 지방의 균형적 발전의 저해요인이 될 가능성이 상대적으로 큰 지방자치단체의 장의 장기 재임만을 규제대상으로 삼아 달리 취급하는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 평등권을 침해하지 않는다.

4. 지방자치단체의 장에 대한 선거권을 행사함에 있어서 투표할 대상자가 스스로 또는 법률상의 제한으로 입후보를 하지 아니하는 경우 입후보자의 입장에서 공무원임권 제한의 문제가 발생하겠지만, 선거권자로서는 후보자의 선택에 있어서의 간접적이고 사실상의 제한에 불과할 뿐 그로 인하여 선거권자가 자신의 선거권을 행사함에 있어서 침해를 받게 된다고 보기 어렵다.

5. 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한하더라도 그것만으로는 주민의 자치권을 심각하게 훼손한다고 볼 수 없다. 더욱이 새로운 지방자치단체의 장 역시 주민에 의하여 직접 선출되어 자치행정을 담당하게 되므로 주민자치의 본질적 기능에 침해가 있다고 보기 어렵다. 따라서 지방자치단체의 장의 계속 재임을 3기로 제한한 규정이 지방자치제도에 있어서 주민자

치를 과도하게 제한함으로써 입법형성의 한계를 벗어났다고 할 수 없다.

**재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견**

지방자치제도하에서 무엇이 지역 주민의 이익과 복리를 위하여 가장 좋은 것인지에 관한 결정권은 지역 주민 스스로에게 있다. 지역발전에 가장 적합한 자가 누구인지는 주민 스스로 결정하며, 그 결정에는 정당성이 부여되고, 결정의 결과에 대하여는 주민 스스로의 책임이 뒤따른다. 이러한 자율과 책임을 인정하지 않고, 함부로 타율적·외부적인 조건과 한계를 설정하는 것은 그 자체로 “자치”의 본질과 조화되지 않는다.

결국, 심판대상 법률조항은 민주주의 및 지방자치의 기본원리에 반하여, 부적절하고 지나친 방법을 통하여 지방자치단체의 장의 공무담임권을 침해함으로써 헌법에 위반된다.

**【해설】**

**1. 입법연혁과 입법례**

**가. 입법연혁**

구 지방자치법(1994. 12. 20. 법률 제4789호로 개정되기 전의 것) 제87조 제1항은 “지방자치단체의 장의 임기는 4년으로 한다.”라고 규정하고 있었으므로 지방자치단체의 장의 연임에 아무런 제한이 없었다. 그런데 1995년부터 실질적인 지방자치제도가 시행됨에 따라 지방자치법 중 일부 조항이 개정되었다.

개정법률 중 지방자치단체의 장과 관련된 주요내용은, ① 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기에 한하도록 하고, ② 지방자치단체의 장의 겸직 제한대상에 지방의회의원의 경우와 같이 농·수·축협 등 조합의 중앙회와 연합회의 임·직원 등을 추가하고, ③ 특별시의 부시장은 2인을 둘 수 있도록 되어 있으나, 앞으로는 3인까지 둘 수 있도록 하고, ④ 현재 지방자치단체 소속 국가공무원 중 5급 이상의 공무원은 당해 지방자치단체의 장의 제청으로 소속장관을 거쳐 대통령이 임용하고, 6급 이하의 공무원은 당해 지방자치단체의 장의 제청으로 소속장관이 임용하도록 되어 있으나, 앞으로



는 이를 소속장관이 당해 지방자치단체의 장의 의견을 들어 대통령에게 임용 제청하거나 직접 임용하도록 하고, ⑤ 구법 시행 당시 재임 중인 시·군 및 자치구 의회위원의 임기는 그 임기만료일에 불구하고 1995년 6월 30일 까지로 한다는 것이었다. 위 개정법률에 따르면 지방자치단체의 장의 계속 재임은 3기에 한하되, 최초 임기는 1995. 7. 1.부터 1998. 6. 30.까지 3년으로 하고, 다음부터 4년 임기로 선출되므로 최초의 3기 계속 재임기간은 11년이 된다.

위와 같이 지방자치법을 개정한 이유는, “지방자치단체의 경쟁력을 강화하기 위하여 광역시에 군을 두는 등 관련규정을 정비하고, 내년으로 예정된 지방자치단체의 장의 선거로 맞게 되는 본격적인 지방자치시대에 부응하기 위하여 중앙정부의 지도·감독을 완화하며, 지방자치단체소속 국가공무원에 대하여는 소속장관이 당해 지방자치단체의 장의 의견을 들어 임용하도록 하고, 기타 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것”이었다.

위 개정이유 중 이 사건 법률조항의 도입취지와 직접적인 관련이 있을 것으로 보이는 개정이유는 ‘지방자치단체의 경쟁력 강화’라고 볼 수 있으나 실질적인 이유는 국회회의록에 나타나 있다.

제14대 국회 170회 상임위원회 회의록에 의하면,<sup>1)</sup> 이 사건 법률조항은 최초 정부안에 포함되어 있지 않았고, 황윤기 의원 외 29인이 발의한 대안에 들어있었다. 황윤기 의원은 이 사건 법률조항의 도입필요성에 대하여 제안설명을 하면서, 자치단체장의 연임에 대한 제한규정이 없을 경우 ① 자치단체장의 업무인사운용, 지역 내 특정집단과의 결탁 등으로 지역발전을 저해하고, ② 유능한 인사의 자치단체장 진출이 봉쇄될 것이라고 주장하였다.<sup>2)</sup>

1) 내무위원회 제5차 회의록(1994. 11. 29.) 28면.

2) 여기에 대한 전문위원의 검토의견은, “장기간 연속당선을 위한 업무관적 인사운영과 장기집권으로 인한 부정·비리의 발생요인 등의 부작용을 방지할 수 있는 반면, 지방자치제도의 본질인 지역 주민이 행위의 자기결정성과 자기책임성과는 다소 이의(異意)가 있으며, …(중략)…헌법 제8장에서 지방자치단체의 운영에 관하여서는 법률로 정하는 범위가 폭넓게 인정되고 있고, 특히 제118조에서는 지방자치단체의 선임방법 등을 법률로서 정할 수 있도록 하고 있으므로 법률에 의한 지방자치단체의 연임제한은 가능하다.”라는 것이었다(위 회의록 57면).

### 나. 입법례

#### (1) 연임을 제한하는 나라

대만의 경우 직할시, 현(市), 향(鎮, 市)이 지방자치단체이며, 직할시장, 현장(시장), 향장(진장, 시장)은 해당 지역 주민의 선거로 선출하되, 그 임기는 4년이고 1회에 한하여 연임할 수 있다.<sup>3)</sup>

미국의 경우 각 주의 절반 이상이 주지사에 대한 연임제한규정을 두고 있다.<sup>4)</sup> 시장의 경우는 소도시에서 대도시에 이르기까지 시장의 계속 재임 제한규정을 두고 있는 곳이 적지 않다.<sup>5)</sup>

#### (2) 연임을 제한하지 않는 나라

독일, 일본 등(다만, 독일의 경우 입후보 연령을 제한하는 지방자치단체가 있으며, 보통 입후보 가능연령은 25세 이상 65세 미만이다).

## 2. 적법요건에 관한 해설

### 가. 법적관련성

헌법소원 청구인은 원칙적으로 자신의 기본권이, 현재 그리고 직접 침해당한 경우우야 헌법소원을 제기할 수 있다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579; 헌재 1995. 3. 23. 93헌마12, 판례집 7-1, 416, 421 등 참조).

이 사건의 경우 청구인들은 3기를 연임하고 있는 지방자치단체의 장으로서 이 사건 법률조항으로 인해 다시 자치단체장 선거에 출마할 수 없게

---

3) 홍정선, “지방자치법 제87조 제1항 후단의 위헌성에 관한 연구”, 사단법인 한국공법학회, 16-17면.  
 4) 자세한 내용은 홍정선, 위의 논문, 15면 참조. 다만 홍정선 교수는 미국의 주지사는 국가의 대표자 내지 정부수반의 성격을 가지고 있으므로 연임제한규정을 우리의 자치단체장의 연임제한에 대한 정당한 논거의 하나로 활용하는 것은 적절하지 않다고 주장한다(홍정선, 위의 논문, 20면).  
 5) 자세한 내용은 홍정선, 위의 논문, 21면 참조. 다만 홍정선 교수는 미국의 시는 시장과 지방의회 상하관계에 비추어 강한 시장형, 지배인형, 이사회형으로 다양한 형태를 띠고 있고, 기관대립형(우리나라와 유사한 구조)의 경우에도 지방자치단체의 조직과 운영이 정부(국가) 유사의 성격을 갖고 있으므로 이를 우리의 자치단체장의 연임제한의 논리로 원용하는 것은 적절하지 않다고 비판하고 있다(홍정선, 위의 논문, 23면).

된 자이거나, 선거권자로서 3기를 연임하고 있는 자치단체장에게 투표할 수 없게 된 자들로서 자기관련성 요건을 충족하고, 심판대상 법률조항이 직접적으로 청구인들의 기본권을 침해하므로 직접성의 요건을 충족하며, 그 침해가 현재 청구인들의 지위에 현실적인 불이익을 미친 것은 아니나<sup>6)</sup> 청구인들이 출마 또는 투표를 예정하고 있어 기본권이 침해될 것임은 분명하므로 현재성 요건도 충족한다(현재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 현재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175 참조).

## 나. 청구기간

(1) 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원의 청구기간을 법령의 시행과 동시에 기본권을 침해받는 경우와 법령이 시행된 뒤 비로소 기본권을 침해받게 된 경우를 나누어 기산하고 있다.

지방자치법의 시행일자는 1994. 12. 20.경이지만 심판대상 법률조항이 법률의 시행과 동시에 기본권을 침해하는 경우에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 심판대상 법률조항의 수범자는 3기 계속 연임하는 지방자치단체의 장이므로 3기 계속 연임하지 않은 자(1기, 2기 당선을 물론이고 3기를 초과하여 당선되더라도 연임에 해당되지 않는 자 등)는 지방자치단체의 장의 선거에 제한 없이 출마할 수 있고, 이 경우 심판대상 법률조항에 의하여 청구인들이 구체적, 현실적으로 기본권을 침해받게 되었다고 보기 어렵기 때문이다.<sup>7)</sup> 그렇다면, 심판대상 법률조항의 시행 이후로 3기 계속 연임에 해당하는 때에 비로소 청구인들의 기본권이 침해받게 된다고 보아야 한다.

그런데 여기서 청구기간의 시점(始點)과 관련하여, 지방자치단체의 장이

6) 청구인들이 헌법소원을 제기할 당시 및 이 사건 결정이 선고될 당시는 입후보자 등록기간(예비후보자 등록 3월 19일, 후보자 등록 5월 16일 - 17일) 전이다.

7) 참고 사례

현재 97헌마26 검찰총장 퇴임 후 공직취임제한 사건에서, 헌법재판소는 검찰총장을 제외한 고등검사장으로 재직 중인 자들의 경우 그들 중에서 검찰총장에 임명될 가능성이 크기는 하지만 고등검사장들 중에서 장차 검찰총장에 임명될 가능성이 있다는 사정만으로는 이 법률조항(퇴임 후 공직취임제한규정)이 고등검사장의 직위에 있는 위 청구인들의 기본권을 직접 그리고 현재 침해한 것으로 볼 수 없다고 판시한 바 있다(현재 1997. 7. 16. 97헌마26, 판례집 9-2, 72, 77).

3기 계속 당선되어 연임을 시작하는 때(구체적으로는 취임시)에 기본권침해가 있느냐 아니면 4기 계속 지방자치단체의 장의 선거에 출마할 때에 출마금지를 당함으로써 기본권침해가 발생하느냐 하는 문제가 생긴다.

(2) 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해가 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 제기하여야 한다(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 153; 헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89, 101).<sup>8)</sup> 그런데 헌법재판소는 ‘법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생한 경우’와 관련하여 아래와 같이 판시한 바 있다.

[헌재 2002. 1. 31. 2000헌마274, 판례집 14-1, 72, 75-76, 중등교원의 정년단축규정에 대한 위헌심판청구사건]

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 언제나 법령시행일이 아닌 해당사유 발생일로부터 기산하여야 한다는 것이 아니라, 법령시행일을 청구기간 기산일로 하는 것이 기본권구제의 측면에서 부당하게 청구기간을 단축하는 결과가 되거나, 침해가 확실히 예상되는 때로부터 기산한다면, 오히려 기산일을 불확실하게 하여 청구권의 유무를 불안정하게 하는 결과를 가져올 경우 등에는, 법령시행일이 아닌 법령이 적용될 해당사유가 발생하여 기본권 침해가 비로소 현실화된 날부터 기산함이 상당하다는 취지라고 할 것이다. 이는 또한 자기관련성의 요건과 관련하여 볼 때 청구인이 법령의 적용을

8) 참고 : 현재성 요건(상황성숙이론)과 청구기간의 관계

헌법재판소는 초기에 상황성숙의 시점이 마치 청구기간의 기산점이 되는 것으로 보는 듯한 결정을 내린 바 있다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200). 그러나 상황성숙이론에 의하면 청구기간의 기산점이 앞당겨지므로 청구기간이 단축되는 부작용이 발생한다.

이에 위와 같은 오해를 불식시키기 위하여 상황성숙이론과 청구기간의 기산점을 분리시키는 방향으로 그 판례를 변경하였다. 즉 법령에 대한 헌법소원의 청구기간도 기본권을 침해받는 때로부터 기산하여야 할 것이지 그 침해가 확실히 예상되는 등 실제적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때로부터 기산할 것은 아니므로, 종전에 이와 같은 견해를 달리하여 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 기산점에 관하여 기본권의 침해가 확실히 예상되는 때로부터도 청구기간을 기산한다는 취지로 판시한 판례를 변경하였다(헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 251).

장차 받게 될 것인지 여부가 명백하지 않은 경우까지도 법령시행일로부터 청구기간을 준수하여 다룰 것을 요구할 수 없다고 할 것이지만, 이미 법령의 적용을 받아 자신의 지위에 변동은 받고 있는 경우에까지 이를 확대하여 청구기간의 기산점을 늦추라는 취지로 볼 것은 아니다.

그렇다면, 이 사건에서 청구인은 이 사건 법률조항의 시행으로 인하여 그 즉시 정년이 62세로 단축된 중등교원의 지위를 갖게 되는 효과를 받게 된 것이지, 이후 62세에 달하여 실제 정년퇴직에 이르러서야 비로소 기본권의 제한을 받게 되었다고 할 것은 아니므로, 청구기간의 기산점은 이 사건 법률조항의 공포일(시행일)로 보는 것이 타당하다.

[헌재 1997. 2. 20. 95헌마389, 판례집 9-1, 186, 191, 당구장시설 금지규정에 대한 위헌심판청구사건]

법률에 영업의 자유를 제한하는 규정을 신설하고, 관련 부칙 규정에 경과조치로서 유예기간을 둔 경우에는 그 법 시행으로 일정한 시점 이후부터는 영업을 할 수 없도록 제한하는 것이므로, 그 유예기간과 상관없이 법 시행일로부터 기본권의 침해는 받는 것으로 보아야 한다.

[헌재 2003. 1. 30. 2002헌마516, 판례집 15-1, 161, 171, 비디오감상실업 영업제한규정에 대한 위헌심판청구사건의 반대의견<sup>9)</sup>]

(비디오감상실업을 경영하는 청구인으로서) 학교보건법시행령 부칙 제2항이 개정되어 시행된 날로부터 유예기간 동안 계속 영업을 할 수 있는 것이고 실제로 영업을 금지당하는 것은 경과규정에 의한 기간이 도과한 이후부터인 것인바, 경과규정이 시행된 시점을 청구기간의 기산점으로 파악한다면, 청구인의 경우 종래와 마찬가지로 계속 영업을 한다는 점에서는 현실적으로 어떠한 변화도 없는 상태에서, 즉 구체적으로 기본권침해가 발생하기 전에 헌법소원을 청구할 것을 요구하게 되는 것이다.

법치국가의 발전과 더불어 '법의 홍수' 속에서 살고 있는 오늘의 상황에서, 일반국민은 자신과 관련되는 어떠한 법규정이 제정·개정·폐지되는지 사실상 조감하기 어렵고, 대부분의 경우 유예기간이 종료될 무렵에야 관계기관으로부터 통보를 받는 등 자신의 기본권을 제한하는 법규정에 대하여 적

9) 재판관 윤영철, 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대이견.

시에 대처하기 어렵다는 것이 엄연한 현실이므로, 이러한 관점에서 보더라도 유예기간을 두고 있는 법령에 있어서 그의 시행을 안 날로부터 60일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에<sup>10)</sup> 헌법소원을 청구한다는 것은 일반국민으로부터 기대하기 어려운 것이다.

또한 국민의 기본권보장이라는 헌법소원의 본질에 비추어 보더라도, 헌법재판소가 굳이 청구기간의 기산점을 앞당겨서 헌법소원의 청구인으로 하여금 본안판단을 받을 기회를 박탈하기보다는, 법적 안정성을 해하지 않는 범위 내에서 청구기간에 관한 규정을 국민의 기본권보장을 강화하는 방향으로 해석함으로써 본안판단의 기회를 폭넓게 인정하는 것이 보다 바람직하다 할 것이다.

따라서 이 사건의 경우와 같이, 영업의 자유를 제한함에 있어 일정한 유예기간을 두는 경우에는 헌법소원의 청구기간을 위 유예기간이 종료한 다음부터 기산하여야 할 것이다.

[헌재 2004. 1. 29. 2002헌마788, 판례집 16-1, 154, 161, 국가인권위원 퇴임 후 공직취임제한규정에 대한 위헌심판청구사건]

청구인들은 2001. 10. 9. 국가인권위원회의 상임위원으로 각 임명된 다음 같은 해 11. 25. 국가인권위원회법의 시행과 함께 그 임기가 개시되어 동 위원으로 근무하고 있는 자들인데, 국가인권위원 취임 후 공직취임제한규정이 공무담임권, 참정권, 직업선택의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 2002. 12. 17. 헌법소원심판을 청구하였다(임기 개시일로부터 1년 경과되었음).

위 사건에서 우리 재판소는, 「청구기간을 준수하였는지 여부는 이미 기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제될 수 있는 것인데, 이 사건의 경우와 같이 아직 기본권의 침해는 없으나 장래 확실히 기본권침해가 예측되므로 미리 앞당겨 현재의 법적 관련성을 인정하는 경우에는 청구기간 도과의 문제가 발생할 여지가 없다.」고 판시하여, 임기가 만료되는 때에 비로소 기본권이 침해된다고 보았다.

(3) 위 판례들에 의하면, 헌법재판소는 대체로 종전에 허용되던 자유나

10) 헌법재판소법이 2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정되기 전의 헌법소원 청구기간이다.

권리가 법률의 개정으로 제한되거나 박탈되는 경우에 있어서 법령 당해 법률에서 일정기간 동안 법률의 효력을 유예하는 규정을 두었다더라도 개정법률의 시행으로 곧바로 기본권의 침해가 발생한다는 견해를 취하고 있는데 반하여,<sup>11)</sup> 법률로써 신설된 자격제도나 법적 지위가 그 법률 규정 속에 이미 기본권 침해의 요소를 갖고 있는 경우 당해 법률의 시행시가 아니라 신설된 자격을 취득한 자 또는 신설된 지위를 얻은 자가 그 이후 현실적으로 기본권 침해를 받게 되는 때에 헌법소원심판 청구기간이 시작된다는 견해를 취하여 청구기간의 해석을 완화하고 있는 것으로 보인다.

(4) 이 사건의 경우 지방자치단체의 장은 개정된 지방자치법에 따라 선거에 의하여 새로이 선출되었고, 당시 심판대상 법률조항도 함께 개정되었으므로, 심판대상 법률조항은 종전에 허용되던 권리를 제한한 것이 아니라 신설된 제도 속에 포함되어 있던 기본권 침해 규정에 해당한다. 따라서 이에 대한 헌법소원청구기간은 지방자치단체의 장이 현실적으로 기본권 침해를 받게 되는 시기, 즉 4기 연임을 위한 입후보등록을 하는 시기로 봄이 타당하고, 이 사건 결정도 위와 같은 견해를 취하고 있다.

### 3. 본안에 관한 해설

#### 가. 쟁점

이 사건 청구인들은 지방자치단체의 장과 지방자치단체의 주민들로 구성되어 있고, 따라서 청구인들의 지위에 따라 침해당하였다고 주장하는 권리의 내용도 다른데, 지방자치단체의 장의 경우에는 공무담임권의 침해 여부가, 지방자치단체의 주민들의 경우에는 선거권 내지 자치권의 침해 여부가 이 사건의 쟁점이다. 이하 순서대로 검토해 본다.

#### 나. 공무담임권·피선거권의 침해 여부에 관하여

헌법재판소는, 공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리로

11) 현재 2003. 1. 30. 2002헌마516 사건의 결정에 의하면, 효력유예기간이 경과함으로써 비로소 기본권 침해가 발생한다는 견해가 다수의견(5:4)이었으나 법정의견으로 채택되지는 못하였다.

서, 직무를 담당한다는 의미는 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받을 것을 의미하는바, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회에 자의적인 배제뿐만 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것으로 보고 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 332; 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 223 참조). 또한 공무담임권은 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기간의 공직에 취임할 수 있는 권리이므로 여러 가지 선거에 입후보해서 당선될 수 있는 피선거권을 포함하는 개념이다.

따라서 심판대상 법률조항이 지방자치단체의 장인 청구인들의 공직취임의 기회를 자의적으로 배제하고 있는지 여부가 중요하고, 구체적으로는 기본권 침해의 과잉 여부와 자의적 차별 여부의 문제로 나타난다. 그 중에서 우선 기본권 침해의 과잉 여부에 관하여 살펴 본다.

#### (1) 목적의 정당성

심판대상 법률조항이 달성하고자 하는 바는 장기집권으로 인한 지역발전저해 방지와 유능한 지역인사들에게 지방자치단체의 장에 진출할 수 있는 기회를 많이 제공하는 것이다. 장기집권을 하더라도 폐해가 전혀 없다는 견해에 서지 않는 한 위와 같은 목적이 부당하다고 할 수 없다. 이에 비하여 지역인사들에게 공직에 진출할 기회를 많이 제공하겠다는 입법목적은 지방자치단체에의 장의 충수나 3기 연임이 가능한 점을 고려하면 그다지 실효성이 있는 것이라고 보기 어렵다.

#### (2) 방법의 적절성

지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체를 대표하고, 그 사무를 집행하는 최고의 지위에 있는 자이다. 집행기관의 장은 소속기관의 인사, 재정에 관하여 커다란 영향력을 행사하기 때문에 그 속성상 지방자치단체 내 공무원 및 지역기반의 이익단체와 이해를 같이할 가능성이 크고, 이를 바탕으로 지역선거에서의 우위를 쉽게 지킬 수 있다. 특히 지방자치단체의 장의 선거에 대한 투표율이 낮기<sup>12)</sup> 때문에 한 번 형성된 사조직, 과벌 등이 선거를 통하여 해소되거나 통제되기 어렵다.



위와 같은 측면에서 보면, 심판대상 법률조항은 가장 확실하고 강력한 부패방지 수단이라고 할 수 있다. 그러나 선거출마 자체를 금지하는 만큼 과도하게 공무담임권을 제한하는 것이 아닌가 하는 의문을 야기하므로 그로 인한 기본권 제한의 정도나 달성하고자 하는 공익, 그 양자 간의 비교형량을 보다 신중하게 검토할 필요가 있다.

### (3) 피해의 최소화

심판대상 법률조항은 3기 초과 연임제한에 관한 것으로, 공무담임을 제한하기는 하지만 공무담임의 기회를 절대적으로 박탈하거나 영구히 배제하는 등 기본권의 본질적인 부분을 제한하고 있지는 않다. 즉 지방자치단체의 장은 연속으로 선출되지 아니하면 제한 없이 입후보할 수 있고, 연속으로 선출된 경우도 12년(3기)까지는 계속하여 재임할 수 있다. 그리고 그 후 입후보하지 않을 경우 다시 3기 연속 재임을 할 수 있다. 이 점에 착안하여 헌법재판소는, 심판대상 법률조항이 선거출마의 금지라는 다소 지나친

12) 중앙선거관리위원회 홈페이지에서 발췌(<http://www.nec.go.kr>)한 자료로서 전체 투표율에 관한 것이다.

시·도명	1회 전국동시지방선거 1995. 6. 27.	2회 전국동시지방선거 1998. 6. 4	3회 전국동시지방선거 2002. 6.13
전국	68.4	52.7	48.8
서울	66.2	46.9	45.7
부산	66.2	46.7	41.8
대구	64.0	46.8	41.5
인천	62.0	43.2	39.4
광주	64.8	45.1	42.4
대전	66.9	44.5	42.3
울산		57.6	52.3
경기	63.2	50.0	44.6
강원	74.8	64.3	59.0
충북	72.7	61.0	55.8
충남	73.8	59.5	56.1
전북	73.7	57.8	54.7
전남	76.1	68.2	65.6
경북	76.8	64.9	60.4
경남	73.1	61.1	56.2
제주	80.5	73.7	68.9

방법으로 공무담임권을 제한하고 있기는 하나 그 대상자가 되기 위해서는 3기 연속 연임을 해야 하고, 이 경우에도 1회에 한하여 출마가 금지되고 다시 3기 연속 연임을 할 수 있는 점을 고려하면 실질적인 침해의 정도는 크지 않은 것으로 보았다.

그런데 위와 같은 관점에 대해서는, 장기집권이 필연적으로 지역발전의 저해요인이 된다고 할 수 있는 실증적인 근거나 지방자치와 관련된 역사적 경험이 없는 한, 단순히 추상적인 가능성만으로 연임 중인 지방자치단체의 장의 선거출마 자체를 금지하는 것은 오히려 지역 주민의 자기결정권을 박탈하고, 지방자치단체의 발전이나 경쟁력 강화에 헌신한 지방자치단체의 장을 부적절하고 과도한 방법으로 지역행정에서 배제시키는 역효과를 일으킨다는 소수의견<sup>13)</sup>이 있고, 이 역시 그 논리적 타당성을 가볍게 흘려보낼 수 없다.

#### (4) 법익의 균형성

심판대상 법률조항이 공무담임의 기회를 처음부터 박탈하는 것이 아니고, 또한 3기까지는 연속하여 재임할 수 있는 점을 고려하면 기본권 제한의 정도는 비교적 미약하다고 할 수 있다. 반면에 심판대상 법률조항으로 달성하고자 하는 지역발전저해 방지와 유능한 인사의 자치단체장 진출확대는 이제 막 시작한 실질적인 지방자치제도가 뿌리를 내리고 제대로 정착되기 위하여 달성하여야 할 중요한 공익이라고 할 수 있다. 심판대상 법률조항이 2006년에 이르러 현실적으로 적용되기 시작하여 그 효력이나 부작용에 대한 실증적 연구가 부족하고, 정치적인 목적이 다소 있지 않느냐 하는 견해도 있을 수도 있으나, 장기독재의 폐해에 관한 쓰라린 경험을 갖고 있는 우리나라로서는 아직까지 지역 주민의 정치참여도나 정치의식의 성숙도, 지방행정에 대한 정보접근의 용이성 등 지방자치제도를 활성화하기 위하여 필수적인 여건들이 충족되지 아니하여 그 부작용에 대한 우려가 해소되었다고 하기에는 미흡하다.

이러한 점을 고려하여 헌법재판소는 심판대상 법률조항이 지방자치단체의 장에 대한 유효한, 마지막 견제수단이며, 현행 지방자치법 하에서의 부

13) 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 주선희

족한 제도적 견제장치를 보충하고 지방자치제도의 정착이라는 목적을 달성하기 위하여 공무담임권을 다소 제한하더라도 이것이 기본권을 과도하게 침해하여 균형을 상실한 것은 아니라고 판시하였다.

#### 다. 평등권의 침해 여부에 관하여

(1) 평등권 위반 여부의 심사척도에 관하여는, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 경우, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 목적과 수단 사이에 합리적인 연관성이 존재하고, 나아가 목적과 수단이 침해되는 기본권의 측면에서 비례성의 원칙에 어긋나는지 여부를 함께 심사하는 엄격한 심사척도가 적용되고, 그 이외의 경우에는 대체로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성 여부를 심사하는 완화된 심사척도가 적용된다는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787-789; 헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557, 판례집 14-2, 541, 550 등 참조).

그리고 헌법재판소는 공직취임이나 공무원으로서의 신분유지 등과 관련된 사례에서 대체로 완화된 심사척도를 적용하고 있는데,<sup>14)</sup> 이 사건에서 심판대상 법률조항이 공무담임권 이외에 중대한 다른 기본권을 침해하는 것은 아니라고 하면서, 평등권 위반 여부는 완화된 심사로 족하다고 결정하였다.

(2) 목적과 수단의 관점에서 보면, 장기집권으로 인한 지역발전저해 방지와 유능한 지역인사들에게 지방자치단체의 장에 진출할 수 있는 기회 제공을 위하여 기존 지방자치단체의 장의 연임을 제한하는 것이 합리적 연관성이 있음을 추론하는 것은 어렵지 않다. 다만 우리나라의 짧은 지방자치제도의 역사에 비추어 위와 같은 추론이 온전한 설득력을 얻기 위해서는 보다 실증적이고 장기적인 연구가 필요할 것이다.

14) 공무원의 채용에 있어서의 차별에 관하여, 헌재 1993. 9. 27. 92헌바21, 판례집 5-2, 267, 279 참조.

공무원 정년의 차별에 관하여, 헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 334, 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 415-416, 헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557, 판례집 14-2, 541, 548-550 등 참조.

(3) 그리고 지방자치단체의 장과 비교대상이 될 수 있는 선출직 공무원으로는 대통령, 국회의원, 지방자치단체의원, 교육감, 교육위원 등을 생각해 볼 수 있다.

헌법재판소는 이 중에서 선출되어 협의체의 구성원으로 공무를 수행하게 되는 국회의원, 지방자치단체의원, 교육위원의 경우, 개인이 갖는 권한만으로 전체 협의체의 의사를 결정할 수 없고, 또한 협의체의 전체 의사는 공개적인 토론과 설득을 통하여 결정되는 점에서 독임제(獨任制)기관으로서 지방자치단체의 장과는 그 지위와 의사결정과정, 집행에 있어서의 영향력이나 지배력이 다르므로 서로 달리 취급하더라도 합리적인 이유가 있다고 하였다. 즉, 심판대상 법률조항의 입법목적에 비추어 볼 때 지방자치의 민주성과 능률성, 지방의 균형적 발전의 저해요인이 될 가능성이 상대적으로 큰 지방자치단체의 장의 장기 재임에 대하여만 규제대상으로 삼은 데에는 합리적인 이유가 있다는 것이다.

그리고 대통령의 경우 단임이고, 교육감의 경우 1차에 한하여 중임할 수 있어 지방자치단체의 장보다 연임에 있어서 더 큰 제한을 받고 있으므로 평등권 심사에 있어서 비교대상으로 삼더라도 지방자치단체의 장이 더 불리한 지위에 있다고 할 수 없다.

#### 라. 선거권의 침해 여부에 관하여

선거권은 광의의 참정권의 하나로서 구체적으로는 헌법과 법률에 규정된 대통령, 국회의원, 지방자치단체 의회의원, 지방자치단체의 장을 선출할 권리를 말한다. 출마한 후보자에 대한 투표권의 행사가 위 기본권의 보호영역에 포함됨은 분명하지만, 특정 선거에 있어서 특정 후보를 입후보시킬 권리까지도 위 기본권의 보호영역에 포함되는지(또는 특정인의 입후보를 금지하는 것이 위 기본권의 제한에 해당하는지)는 의문이다. 헌법재판소는 이 점에 관하여 투표할 대상자가 스스로 또는 법률의 제한으로 입후보를 하지 아니하는 경우 선거권자로서는 대상자의 선택에 있어서 제한을 받게 되겠지만, 이는 선거권자에 대한 간접적이고 사실상의 제한에 불과할 뿐 그로 인하여 선거권자가 자신의 선거권을 행사함에 있어서 침해를 받게 된다고 볼 수 없다고 결정하였다.

#### 마. 자치권의 침해 여부에 관하여

(1) 헌법재판소는 헌법상 제도적 보장에 관하여, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 범형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 그 목적이 있다고 하면서 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용된다고 판시한 바 있다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 444-445). 그리고 지방자치제도도 이러한 헌법상 제도적 보장에 해당한다는 것이 헌법재판소의 판례이다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 384 참조).

그러나 지방자치가 제도보장의 성격을 띠고 하더라도 단순히 지방자치의 전면적 폐지만을 금지하는 효과밖에 나타내지 못하는지에 대하여는 의문이 제기되고 있고,<sup>15)</sup> 헌법재판소도 「(지방자치제도의)… 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체 간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안 되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역 주민의 기본권 보장에도 이바지」 한다고 판시하여(헌재 1998. 4. 30. 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 384-385) 지방자치의 제도적 보장은 전면폐지의 금지뿐만 아니라 주민에 의한 자기통치의 실현을 위한 핵심적 내용까지 보장한다고 보고 있다.

(2) 지방자치단체의 선출직 공무원을 선택함에 있어서 주민의 자치권의 범위는 어디까지 미치고 그 핵심적인 영역은 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치

15) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사(2003), 1027면; 김철수, 헌법학개론, 박영사(2004), 1262면.

사무의 보장인바(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 522), 본질적인 내용의 침해가 있는지의 여부에 대한 판단은 지방자치제도의 발전역사와 지방자치제도의 본질적인 의의 즉 주민에 의한 자기통치의 중대한 훼손 여부에 의하여 판단되어야 할 것이다.

(3) 우리나라의 짧은 지방자치제도의 역사에 비추어, 심판대상 법률조항에 의하여 훼손되는 주민에 의한 자기통치는 지역의 이익과 복리를 위하여 가장 적절한 후보자를 선정할 자기결정권이다. 그런데 자기결정권이 특히 소규모 지역에서 지역문화의 특수성이나 혈연, 인맥, 출신 학교 등에 의하여 왜곡된 형태로 나타날 수 있고, 이것이 지방자치단체의 장의 권한의 남용과 결합하여 지방자치제도의 정착을 위태롭게 하는 결과를 초래할 수 있다. 반면에 심판대상 법률조항에 따라 3기를 연임한 지방자치단체의 장의 입후보가 금지되어 새로운 지방자치단체의 장이 선출되더라도 그 역시 지역출신으로 주민에 의하여 직접 선출되어 자치행정을 담당하게 되므로 심판대상 법률조항이 주민에 의한 자기통치에 현저한 장애가 될 정도라고 보기 어려울 것이다.

#### 바. 소수의견에 대한 검토

(1) 소수의견은, 지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 그 지역의 주민이 그 지역 주민의 복지에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들의 책임하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 대의제 민주주의의 지역적 실현형태라고 평가하였다. 따라서 지방자치제도하에서 지역발전의 방향이나 유능한 인사의 지방자치단체의 장으로의 진출문제 등도 지역 주민이 스스로 결정하도록 하되, 주민의 의견이 민주적이고 합리적으로 수렴되고 이에 따라 정당성을 부여받은 자치단체기관들이 선출되어 지역 주민의 복지에 관한 사무 등을 처리하도록 하여야 한다고 하여 주민의 자치권도 대의제 민주주의의 큰 틀에서 이해할 것을 강조하였다.

소수의견은 지방자치제도의 의의를 위와 같이 큰 틀에서 이해할 경우, 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정되는 일반적인 공무담임권<sup>16)</sup>의 내용과

는 달리 지방자치단체의 기관의 공무원이면, 당해 공무원임권의 제한에 있어서는 일반적인 공무원임권의 제한원리 이외에 지방자치제도가 갖는 대의제 민주주의원리, 주민의 합의에 의한 지방자치단체기관 선출의 정당성이 훼손되지 않아야 한다는 점도 고려해야 한다고 보았다. 즉, 소수의견은 이 사건의 경우 공무원임권 제한의 합헌성 여부를 더 엄격히 비교형량하여야 하고, 그 결과가 민주주의 원리의 지역적 구현으로서의 지방자치의 제도적 의미를 훼손하지 않을 것을 합헌성의 기준으로 제시하였다.

(2) 먼저 공무원임권의 제한과 관련하여 소수의견은, 심판대상 법률조항의 입법목적과 관련하여 입법자는 지방자치단체의 장의 장기집권을 부정적인 시각에서만 바라보고 있는데, 실제 지방자치단체의 장이 3기 계속 재임을 하고 있다면 오히려 당해 지방자치단체의 장이 재임 중 지방자치단체를 계속 발전시키고, 지방자치단체의 경쟁력을 강화해 온 결과라고 긍정적으로 평가하여야 한다고 강조하였다. 이렇게 볼 경우 일부 지방자치단체의 장에 의한 엽관제적 인사운용 방지, 지역발전저해 방지는 대다수 능력 있는 지방자치단체의 장의 장기집권을 원천적으로 봉쇄함으로써 달성할 것이 아니고 지방자치단체의 장에 대한 감시·감독이라는 덜 제한적인 방법으로 비위가 있는 지방자치단체의 장을 배제하여야 한다는 것이다.

그리고 지방자치법이 주민의 감사청구권(제13조의4), 주민소송권(제13조의5), 지방의회의 행정사무감사 및 조사권(제36조), 그리고 중앙정부의 사무처리 지도·감독권(제156조의2), 위법·부당한 명령·처분의 시정취소권(제157조), 직무이행명령(제157조의2), 감사권(제158조) 등의 제도를 마련하여 이를 통한 지방자치단체의 장에 대한 감시·감독의 길을 열어 두고 있으므로, 지방자치단체의 장의 출마 자체를 금지하는 심판대상 법률조항은 입법목적 달성에 필요한 최소한도 내의 기본권 제한이라 볼 수 없다는 것이 소수의견이다. 나아가 소수의견은 지방선거 후보자 공천과정에서 행해지는 정당내부적 경쟁과 평가, 언론에 의한 비판적 감시와 견제를 통해서도 부패하거나 무능한 지방자치단체의 장의 장기집권은 적절하게 차단될 수 있으며, 위와 같은 감시나 감독장치로도 막을 수 없는 지방자치단체의 장의 무능력이나 부정부패 등을 방지할 필요성이 있다고 하더라도 정년제

16) 현재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 225.

나 입후보 상한연령을 제한하는 등 덜 침해적인 방법으로 위 입법목적을 달성할 수 있으므로 심판대상 법률조항은 위헌이라고 보았다.

(3) 다음으로 소수의견은 지방자치제도가 갖는 민주주의의 지역적 실현 및 지역 내 문제를 지역 주민이 스스로 판단하고 결정한다는 지방자치의 근본원리를 고려하면, 지방자치단체의 장의 업적과 실정(失政)에 대한 판단도 지역 주민에게 맡겨 두어야 한다는 점을 강조하였는바, 근본적으로 심판대상 법률조항은 역사적 또는 실증적으로 검증되지 아니한 추론을 근거로 주민의 자기결정권에 함부로 외부적인 조건과 한계를 설정하여 비민주성, 비자치성을 강요함으로써 민주주의 및 지방자치의 근본원리에 반한다는 점에서도 헌법상 허용될 수 없다고 결론지었다.

#### 4. 결정의 의의

가. 2005년 3월을 기준으로 할 때 아래 표와 같이 광역자치단체장 중 3기 연임을 하고 있는 경우는 전체의 12.5%였고, 기초자치단체장 중 3기 연임을 하고 있는 경우는 전체의 12.4%였다.

[표1] 광역자치단체장의 연임 현황

	초선	2선	3선	유고	합계
(명)	12	2	2	0	16
(%)	75	12.5	12.5	0	100

[표2] 기초자치단체장의 연임 현황

	초선	2선	3선	유고	합계
(명)	148	53	29	4	234
(%)	63.2	22.6	12.4	1.7	100

심판대상 법률조항이 합헌으로 결정됨에 따라 31명의 지방자치단체의 장은 2006. 5. 31. 제4회 전국지방동시선거에 출마할 수 없게 되었다.

나. 이 사건 결정 이후 2006. 5. 24. 법률 제7958호로 주민소환에 관한 법률이 제정되어 2007. 7. 1.부터 시행에 들어갔다. 주민소환에 관한 법률의 제정취지는, 선출직 지방공직자인 지방자치단체의 장 및 지방의회의원의



위법·부당행위, 직무유기 또는 직권남용 등을 통제하고 주민의 직접 참여를 확대하는 주민소환제도를 도입함으로써 지방자치행정의 민주성·책임성을 제고하고, 주민복리의 증진을 도모하려는 것이다.

주민소환에 관한 법률에 따르면, 특별시장·광역시장·도지사는 당해 지방자치단체의 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 10 이상, 시장·군수·자치구의 구청장은 당해 지방자치단체의 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 15 이상, 지역선거구 시·도의원 및 지역선거구 자치구·시·군의원은 당해 지방의회의원의 선거구 안의 주민소환투표청구권자 총수의 100분의 20 이상의 주민들의 서명으로 주민소환투표청구를 할 수 있고, 주민소환투표권자 총수의 3분의 1 이상의 투표와 유효투표 총수 과반수의 찬성으로 그 결과가 확정된다(제7조, 제22조). 다만, 선출직 지방공직자가 임기개시일부터 1년이 경과하지 아니한 때, 선출직 지방공직자의 임기만료일부터 1년 미만인 때, 해당선출직 지방공직자에 대한 주민소환투표를 실시한 날부터 1년 이내인 때에는 주민소환투표의 실시를 청구할 수 없다(제8조).

다. 위 법률이 시행됨에 따라 지역 주민들은 지방자치단체의 장의 위법, 부당한 행위에 대하여 강력한 견제수단을 갖게 되었다고 할 것이고, 여기에 우리나라의 지방자치제도가 순조롭게 정착되어 행정의 민주성과 자기결정에 대한 책임성이 제고되면 소수의견과 같이 굳이 심판대상 법률조항을 유지할 필요성이 줄어들게 될 것인바, 이 사건 결정은 위와 같은 발전과정에 있는 지방자치제도에 관한 헌법재판소의 현 시점에서의 판단으로 평가할 수 있을 것이다.



## 소득세법 제43조 제3항 위헌제청

- 의제조항에 대한 위헌심사기준-

(헌재 2006. 4. 27. 2004헌가19, 판례집 18-1상, 459)

김 성 진\*

### 【판시사항】

1. 구 소득세법(1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7319호로 개정되기 전의 것) 제43조 제3항 중 “거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 사업소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자 중에 포함되어 있는 경우에는 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.”고 규정한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 포괄위임입법금지원칙에 위반되는지 여부
2. 이 사건 법률조항이 특수관계자 간의 공동사업에 있어 배우자와 가족을 차별하여 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부
3. 이 사건 법률조항이 헌법상 비례의 원칙에 위반되는지 여부

### 【심판대상】

이 사건의 심판 대상은 구 소득세법(1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되고 2004. 12. 31. 법률 제7319호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 법’이라 한다) 제43조 제3항 중 “거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 사업소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(이하 “공동사업자”라 한다) 중에 포함되어 있는 경우에는 당해 특수관계자의 소

---

\* 헌법연구원

득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.” 부분의 헌법 위반 여부인바, 그 법률조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

### 【심판대상】

구 소득세법 제43조(공동소유 등의 경우의 소득분배)

③ 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 부동산 임대소득·사업소득 또는 산림소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(이하 “공동사업자”라 한다) 중에 포함되어 있는 경우에는 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.

### 【관련조항】

구 소득세법(2004. 12. 31. 법률 제7319호로 개정되기 전의 것)<sup>1)</sup>

제2조 (납세의무의 범위) ① 제43조의 규정에 의하여 공동소유자산 또는 공동사업에 관한 소득금액을 계산하는 때에는 당해 거주자별로 납세의무를 진다. 다만, 제43조 제3항의 규정에 의하여 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자(이하 이 항에서 “주된 공동사업자”라 한다)에게 합산과세되는 경우 당해 합산과세되는 소득금액에 대하여는 주된 공동사업자외의 특수관계자는 그의 지분 또는 손익분배의 비율에 해당하는 소득금액을 한도로 주된 공동사업자와 연대하여 납세의무를 진다. (1998. 12. 28 단서신설)

구 소득세법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 14860호로 개정되고, 2005. 2. 19. 대통령령 18705호로 개정되기 전의 것)

제100조 (공동사업합산과세)

① 법 제43조 제3항에서 “대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자”라 함은 거주자 1인과 생계를 같이하는 동거가족으로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 배우자

---

1) 이 사건 법률조항의 적용 시점으로 특정하였다.

2. 직계존속 및 직계비속과 그 배우자

3. 형제자매와 그 배우자

② 제1항의 규정에 의한 특수관계에 있는 자에 해당하는지 여부는 당해 과세기간종료일 현재의 상황에 의한다.

③ 법 제43조 제3항의 규정을 적용함에 있어서 제1항의 규정에 의한 특수관계에 있는 자의 지분 또는 손익분배비율이 동일한 경우에는 다음 각 호의 1에 해당하는 자의 지분 또는 손익분배비율이 큰 것으로 본다.

1. 공동사업소득 외의 종합소득금액이 많은 자

2. 공동사업소득 외의 종합소득금액이 동일한 경우에는 직전연도의 종합소득금액이 많은 자

3. 직전연도의 종합소득금액이 동일한 경우에는 당해 사업에 대한 종합소득과세표준을 신고한 자. 다만, 종합소득과세표준을 신고하지 아니한 경우에는 납세지 관할세무서장이 정하는 자로 한다. (1995. 12. 30 신설)

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

제청신청인은 과세관청이 동거가족인 배우자와 공동으로 영위하는 사업의 종합소득세 산정에 있어 그 소득금액을 제청신청인과 배우자 사이의 지분비율에 따라 분배하지 않고 이 사건 법률조항에 의해 배우자에게 분배될 소득금액을 지분비율이 큰 제청신청인의 소득금액으로 보아 종합소득세를 부과하는 처분을 하자 위 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하면서 위 부과처분의 근거가 된 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청신청을 하였고, 법원은 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

### 2. 법원의 위헌제청이유와 이해관계인의 의견

#### 가. 제청법원의 위헌심판제청 이유요지

(1) 소득의 위장 분산을 목적으로 한 특수관계자 간의 공동사업이라 하더라도 그와 같은 행위는 상속세및증여세법상 증여의제규정 등을 통하여

방지할 수 있을 뿐만 아니라 가족 간의 공동사업이 소득세 회피를 목적으로 이루어지는 경우가 있다고 하여 그렇지 아니한 경우까지 모두 불리하게 취급하여서는 아니된다 할 것이고, 개인이 획득한 소득을 소비하는 형태는 개인마다 다양할 것이므로 가족 간의 공동생활에서 얻어지는 절약가능성만을 담세력과 결부시켜 조세부담의 차이를 두거나, 공동사업자들이 생계를 같이하는 동거가족관계에 해당한다는 이유만으로 그와 같은 관계가 없는 자들보다 더 많은 조세부담을 하여 소득을 재분배하도록 강요받는 것은 부당하다. 따라서, 이 사건 법률조항이 공동사업소득 합산과세의 대상이 되는 특수관계자를 그와 같은 관계가 없는 다른 자들에 비하여 차별 취급하는데에 중대한 합리적 근거가 존재한다고 볼 수 없어 헌법상 정당화될 수 없으므로, 위 법률조항은 가족에 대한 차별취급을 금지하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

(2) 특수관계자 간의 공동사업의 경우 비특수관계자 간의 공동사업에 비하여 소득의 위장분산 가능성이 더 크다고 하더라도, 특수관계자 간의 공동사업이 반드시 소득의 위장분산에 따른 누진세율 회피만을 목적으로 이루어진다고 볼 수는 없고, 오히려 가족의 노동력을 활용하여 공동사업을 하는 것도 충분히 합리적으로 선택가능한 경제활동이라고 보이며, 2인 이상의 상속인들이 상속받은 사업을 유지, 계승하기 위하여 공동사업을 하는 것은 어느 정도 불가피한 측면도 있다. 과세관청이 특수관계자 사이에서 이루어지는 소득의 위장분산을 파악하기 어려운 사정을 고려하여 그 입증 책임을 납세자에게로 돌릴 필요가 있다 하더라도, 납세자가 조세회피 목적이 없었음을 입증하는 경우 조세상의 부담을 벗어날 수 있는 길이 열려 있어야 한다. 이 사건 법률조항은 특수관계자의 소득금액을 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 간주한다고 규정함으로써 위 법률조항의 적용을 벗어날 수 있는 길을 봉쇄하고, 가족에 의한 경제활동의 경우 조세부담에 있어 불합리한 차별을 하는 것이 되고, 결과적으로 가족에 의한 경제활동의 자유를 과도하게 제한하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지 원칙에 위배된다.

## 나. 국제청장의 의견

공동사업에 대한 합산과세는 실질과세의 원칙으로 미성년자 및 경제적 무능력자에게 소득을 분산하는 행위 등을 방지하고 공평과세를 실현하기 위한 것인 만큼 가족 간 공동사업에서 발생한 소득을 합산과세하려는 취지는 소비단위에 의한 담세력을 고려하는 것이 개인단위별 과세보다 생활 실태에도 합당할 뿐만 아니라 원래 공동사업은 그 명의를 가족 구성원에게 분산함으로써 세부담을 경감하기 쉬우므로 가족을 과세단위로 보는 것이 조세회피를 방지할 수 있고, 공동사업에서 발생한 소득을 합산하여 누진세율을 적용함으로써 담세력에 부응한 공평한 세부담을 실현할 수 있는 것이므로, 가족에 대한 차별취급을 금지하는 헌법 제36조 제1항 및 가족에 의한 경제활동의 자유를 과도하게 제한하여 과잉금지의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항의 규정에 위배되지 않는다. 또한 이 사건 법률조항의 집행기간이 20여년이나 되며, 이 법률조항이 헌법에 위배된다고 하는 것은 법률의 규정에 따라 성실하게 납세의무를 이행한 납세자와의 형평성과 법적인 정성 측면에서도 어긋나는 것이다.

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항에서 포괄위임의 문제가 되고 있는 ‘특수관계자’의 의미를 이 사건 법률조항의 입법목적을 고려하여 이해할 경우, 대통령령에 정해질 특수관계자는 ‘공동사업을 가장한 소득의 위장 분산에 있어 이해가 상충되지 않는 관계’ 또는 더 구체적으로 ‘당사자 쌍방의 이해관계가 대부분 서로 일치하여 공동사업의 소득 분산에 있어서도 이를 자유로이 좌우하여 조세부담을 경감시키기 쉬운 관계’로 파악하는 것이 그다지 어려운 것이 아니며, 특히 우리의 사회통념상 이러한 관계에 있을 것이 유력한 ‘친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자’가 특수관계자의 개념에 포함될 것 또한 예측하기 어렵지 않다. 더불어 여러 조세법령의 입법형식에서 보이며 특수관계자의 범위를 대통령령에 위임한 경우가 많은데, 이것은 경제현실의 변화에 적응한 공정한 과세를 하고 조세회피행위에 적절히 대처하기 위한 조세입법정책상의 강한 필요에 따른 것으로 이러한 입법형식은 인정될 수 있다. 따라서, 이 사건 법률조항은 포괄위임입법금지원칙에 위반되지 않는다.

2. 이 사건 법률조항이 정한 공동사업합산과세제도는 공동사업이라는 특정한 사업형태에 대한 소득세 조세규율에 있어 조세회피방지라는 목적을 위해 특수한 관계에 있는 자들을 예외적으로 규율하는 것으로 이러한 관계 속에 배우자나 가족이 들어간다 하여도 이것이 혼인이나 가족관계를 결정적 근거로 한 차별 취급이라고 볼 수 없으며 단지 합리적인 조세제도 운용에 있어 파생된 부수적인 결과물이다. 또한, 공동사업은 이것을 영위하는 것처럼 가장하여 소득분산을 기도할 개연성이 높고 그 입증이 쉽지 않으므로 이러한 특성을 고려하여 입법자는 공동사업을 위장하여 소득분산을 추구할 개연성이 높은 집단의 조세회피행위에 대처하기 위한 입법정책상의 강한 필요에 따라 이들을 달리 취급하도록 규정한 것이며 그러한 집단을 선정함에 있어 혼인이나 가족관계를 특별히 차별 취급하려는 것이 아니라 위장 분산의 개연성이 높고 그 입증이 쉽지 않을 것으로 예상되는 여러 집단 중의 하나로 규정한 것으로 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 위반되지 않는다.

3. 이 사건 법률조항은 일률적으로 특수관계자의 사업소득을 지분이나 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 의제함으로써 조세회피행위의 방지라는 입법목적은 달성하는데 있어 필요 이상의 과도한 방법을 사용하였다. 즉, 실질적으로 사업소득이 누구에게 귀속되었는가와 상관없이 이 사건 법률조항을 일률적으로 적용하게 됨으로 과세 대상의 실질이나 경제적 효과가 납세자에게 발생한 것으로 볼 수 없는 상황에서도 실질조사나 쟁송 등을 통해 조세회피의 목적이 없음을 밝힘으로써 그 적용을 면할 수 있는 길을 열어두지 않고 있으며 이는 일정한 외관에 의거하여 가공의 소득에 대해, 또는 소득이 귀속되지 않은 자에 대한 과세로서 조세행정의 편의만을 위주로 제정된 불합리한 법률이다. 또한, 이러한 입법 형식을 정당화 시켜줄 수 있는 다른 입법 목적이나 조세정책적 필요성이 있다고 보이지도 않는다. 비록 공동사업을 가장한 소득의 위장 분산에 대한 개별 구체적 사정 등을 과세관청에서 실질적으로 조사하여 파악하기 어렵다 하여도 추정의 형식을 통해 그 입증 책임을 납세자에게 돌릴 수 있으며 이러한 것이 조세행정상 과세관청의 부담을 특별히 가중시킨다고 볼 수 없는 반면, 반증의 기회를 제공하지 않으므로써 납세자에게 회복할 수 없는 피해를 초



래할 가능성이 높아 이를 통해 달성하려는 입법 목적과 사용된 수단 사이의 비례 관계가 적정하지 아니하다.

### 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 조대현의 반대의견

이 사건 법률조항의 규율대상인 특수관계자와의 관계에 있어서의 공동사업은 외형적으로는 각각의 사업주체에 의한 독립적인 경제행위로 볼 수 있으나 실질에 있어서는 주된 사업자를 중심으로 특수한 관계에 있는 자들이 공동의 사업을 매개로 유기적으로 결합된 하나의 경제 단위라는 속성을 가진다. 이러한 특수관계자와의 공동사업을 통해 형성된 이윤에 대해서 이것을 하나의 과세 단위로 보아 주된 사업자에게 과세하는 것은 특수관계자 간의 공동사업이 갖는 밀접한 유기적 결합체라는 속성에 비추어 합리적인 선택이다. 또한, 이러한 속성으로부터 쉽게 예상되는 특수관계자 간의 공동사업을 통한 조세회피 가능성은 조세정의를 실현하기 위한 강한 조세정책적 필요성을 요구하고 이에 따라 입법자가 선택한 이 사건 법률조항은 입법자가 갖는 합리적 재량의 범위 안에서 행사된 것이다.

나아가 이 사건 법률이 합산과세의 요건으로 정한 특수관계자는 생계를 같이 하면서 동거하는 배우자, 직계존속, 직계비속, 형제자매나 그 배우자이므로, 그들의 공동사업소득을 합산과세함으로써 소득 귀속의 실질관계에 부합하지 아니하는 경우에는 실질관계에 맞추어 분담하기 쉬운 신분 관계라고 볼 수 있다. 또한 “생계를 같이 하면서 동거하는” 부분의 요건은 공동사업자들이 언제든지 용이하게 해소시킬 수 있는 것이므로, 의제규정에 의한 합산과세로 인하여 초래될 수 있는 불이익 정도도 극히 경미하다고 볼 수 있다. 이러한 점을 종합하여 살펴보면 이 사건 법률조항이 헌법상 법익비례의 원칙에 어긋난다고 보기도 어렵다.

현실적으로 보더라도 특수관계자와의 공동사업은 소득의 위장 분산을 통한 조세포탈의 방법으로 대단히 많이 사용되고 있으며 과세관청이 이러한 소득의 위장 분산에 대한 관계를 실질적으로 조사, 심사하여 과세하기에는 조세행정 체계와 인력 등에 비추어 심히 곤란하다. 더욱이, 공동사업자 간에 특수한 관계에 있는 자들은 사전 또는 사후 담합의 소지가 많을 것으로 예상되므로 이를 개별 구체적으로 파악하여 과세하는 것은 더욱 어

려울 것이 분명하다. 이러한 현실적 어려움들 속에서 입법자가 소득의 위장 분산을 통한 조세회피를 방지하고 공평과세의 이념을 실현하기 위하여 일정한 요건의 충족으로써 과세요건사실의 존재를 의제하는 입법수단을 선택하는 것은 일응 불가피한 조치이다.

## 【해 설】

### 1. 기초사실의 검토

#### 가. 공동사업 합산과세제도

##### (1) 도입취지

1980. 12. 13. 전문 개정된 소득세법(법률 제3271호) 제56조를 통해 도입된 공동사업의 특수관계자에 대한 합산과세제도는 도입 목적이 개정이유에 명시적으로 나타나있지는 않지만 사업을 공동으로 영위한 것으로 가장하여 소득을 특수관계자에게 위장 분산함으로써 소득세의 누진세율 차이에 따른 조세회피행위를 방지하기 위한 것을 그 주된 목적<sup>2)</sup>으로 하고 더 나아가 소비단위의 담세력을 고려, 소득의 재분배기능 강화 등의 목적도 지니고 있는 것으로 보인다.<sup>3)</sup>

##### (2) 과세개요

##### (가) 공동사업의 개념

공동사업이라 함은 민법상의 조합계약에 따라 두 사람 이상이 서로 출자하여 공동으로 영위하는 사업을 말하며 민법상의 조합계약에 따라 영위하는 사업은 물론이고 공동사업자 등으로 보는 법인격 없는 단체가 영위하는 사업까지 포함한다고 해석한다.<sup>4)</sup> 또한, 2인 이상이 공동으로 사업을 경영하여 이익을 분배하기로 약정하였으나 외부적으로는 그 중 1인의 이름으로 활동하는 경우를 포함한다.<sup>5)</sup>

2) 김용민, 알기쉬운 소득세, 조세통람사(1997), 275면. 이성식, “공동사업 합산과세제도의 위헌성”, 조세연구(3집, 2003. 9.) 433면에서 재인용.

3) 이성식, 전계서, 433면.

4) 김완석, 소득세법론, (주)광교TNS(2002), 141면.

5) 대법원 1995. 11. 10. 선고, 94누8824 판결. 김완석, 전계서, 141면에서 재인용.

(나) 납세의무

공동사업에 속하는 재산에 관계되는 국세·가산금과 체납처분비는 그 공유자 또는 공동사업자가 연대하여 납부할 의무를 지는 것이 세법의 일반적인 규정이나(국세기본법 제25조 제1항) 소득세법 제43조의 규정에 의하여 공동사업에 관한 소득금액을 계산하는 때에는 당해 거주자별로 납세의무를 진다(소득세법 제2조 제1항). 그러므로 위의 소득세법 제2조 제1항은 국세기본법 제25조 제1항에 대한 특례규정에 해당한다. 즉, 각자의 지분 등의 비율에 의하여 분배되었거나 분배될 소득금액에 따라 각 거주자가 부담하는 소득세에 대하여 공동사업자는 연대납세의무를 지지 않는 것이다.<sup>6)</sup> 다만, 소득세법 43조 제3항의 규정에 의하여 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자(주된 공동사업자)에게 합산과세되는 경우 당해 합산과세되는 소득금액에 대하여는 주된 공동사업자 외의 특수관계자가 그의 지분 또는 손익분배의 비율에 해당하는 소득금액을 한도로 주된 공동사업자와 연대하여 납세의무를 진다(소득세법 제2조 제1항 단서).

(다) 소득금액의 배분

사업자가 공동으로 사업을 경영하는 경우에는 그 지분 또는 손익분배의 비율에 의하여 분배되었거나 분배될 소득금액에 따라 각 거주자별로 그 소득금액을 계산한다(소득세법 제43조 제2항). 분배될 소득금액을 포함하므로 배당소득과 달리 공동사업장에서의 각 조합원에 대한 소득금액의 현실적인 분배가 반드시 요구되는 것이 아니다. 따라서 설사 조합원 등이 공동사업장에서 발생한 소득을 분배하지 아니하고 그 공동사업장에 유보하기로 의결하였다고 하더라도 그 공동사업장 단위의 소득금액 중 각자의 지분비율 등에 의하여 산정한 소득금액을 분배될 소득금액으로 보아 계산상 각자에게 분배, 귀속시키게 된다.<sup>7)</sup> 이와 같이 각자에게 배분된 소득금액과 그 자의 다른 소득금액을 합산하여 과세표준을 산정한 후 각자의 소득세를 결정한다.

(라) 공동사업장에 대한 소득금액의 계산특례

---

6) 대법원 1995. 4. 11. 선고, 94누13152 판결[공 1995. 5. 15.(922). 1899] 김완석, 전계서, 337면에서 재인용.  
 7) 대법원 1990. 9. 28. 선고, 89누7306 판결[집38(3)특, 167; 공1990. 11. 15.(884), 2203]; 소득세법, 사법연수원(2005), 143면; 김완석, 전계서, 337면.

1) 공동사업장에 대한 소득금액 계산에 있어서는 당해 공동사업장을 1거주자로 본다(소득세법 제43조 제1항). 따라서, 거주자 단위로 계산하도록 하고 있는 접대비 및 기부금의 한도액을 공동사업 등의 경우에는 공동사업장을 1거주자로 의제하여 당해 공동사업장 단위로 계산하게 되며 이는 감가상각비의 범위액 계산 시에도 동일하다.<sup>8)</sup> 이것은 소득금액의 거주자별 확정원칙에 대한 예외인데 공동사업장에서 발생하는 소득금액 산정은 원칙적으로 대표공동사업자의 주소지 관할세무서장이 행하기 때문에 공동사업장을 하나의 소득금액 산정단위로 의제한 것이다. 이와 같이 공동사업장에 대한 소득금액이 확정되면 당해 금액을 각 조합원에게 배분한다.

2) 공동사업장에서 발생한 결손금은 각 공동사업자별로 배분하여 그들의 다른 소득금액과 통산하여 과세표준을 산정하며, 그 과세기간에 미처 공제하지 못한 결손금은 각자별로 이월되어 다음 과세기간 이후의 소득금액에서 이월결손금으로 공제받게 된다.<sup>9)</sup> 이월결손금이 공동사업장 단위로 이월된다는지, 또는 공동사업장의 소득금액에서 이월결손금을 공제하여 이월결손금 공제 후의 소득금액을 각 공동사업자별로 분배하는 방식이 아니다.

#### (마) 가족조합에 대한 소득금액의 계산특례

가족조합이 영위하는 사업에서 얻는 소득에 대하여는 주된 조합원의 소득으로 의제한다. 즉, 거주자 1인과 생계를 같이하는 동거가족으로 그 배우자, 직계존속 및 그 배우자, 형제자매 및 그 배우자가 부동산임대소득, 사업소득 또는 산림소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(공동사업자) 중에 포함되어 있는 경우에는 당해 동거가족의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 의제한다(소득세법 제43조 제3항 및 소득세법시행령 제100조 제1항). 이것은 일반적으로 가족 사이에는 공동사업을 영위하는 것처럼 가장하여 소득분산을 기도하는 경우가 많고, 그 입증 또한 쉽지 않기 때문에 가족조합의 존재를 부인하여 조세회피를 방지하고자 하는 것이다.<sup>10)</sup>

#### 1) 요건

8) 소득세법, 사법연수원(2005), 142면; 김완석, 전계서, 338면.

9) 소득세법, 사법연수원(2005), 143면; 김완석, 전계서, 338면.

10) 소득세법, 사법연수원(2005), 144면; 김완석, 전계서, 338면.

소득세법 제43조 제3항에서는 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자라고만 하여 법률상 특수관계에 있는 자가 누구를 의미하는지 명확히 확정되어 있지 않으나 이 조항의 위임을 받은 소득세법시행령 제100조 제1항에서 법 제43조 제3항에서 대통령이 정하는 특수관계에 있는 자란 거주자 1인과 생계를 같이 하는 동거가족으로서 배우자, 직계존속 및 직계비속과 그 배우자, 형제자매와 그 배우자를 의미한다고 하여 시행령을 통해 그 의미를 확정하고 있다. 여기서 거주자 1인과 생계를 같이하는 동거가족이 사업을 공동으로 경영한다는 사실만으로 충분하며, 그 공동사업을 통하여 얻은 소득금액이 실지로 주된 소득자에게 귀속되었다는 사실까지 밝혀야 하는 것은 아니다.<sup>11)</sup>

2) 효과

위와 같은 가족조합 부인의 요건을 충족한 경우에 그 가족조합을 통하여 얻은 소득은 모두 주된 조합원의 소득으로 본다. 즉, 거주자 1인과 그와 생계를 같이하는 동거가족으로 일정한 특수관계자가 공동사업자 중에 포함되어 있는 경우에 당해 특수관계자의 소득금액을 그 지분 등의 비율이 큰 공동사업자의 소득으로 보는 것이다. 여기서 지분 등의 비율이 큰 공동사업자의 소득으로 본다는 의미는 다른 가족조합원의 지분 등의 비율에 상당하는 소득금액이 주된 조합원에게 귀속된 것으로 의제하여, 그 주된 조합원의 소득세 과세표준에 포함하여 과세한다는 것이다.<sup>12)</sup>

**나. 입법연혁**

(1) 1980. 12. 13. 법률 제3271호로 전문 개정된 소득세법 제56조 제3항에 다음과 같이 신설하였다가,

“③ 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 사업소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(이하 “공동사업자”라 한다)중에 포함되어 있는 경우에는 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.”

(2) 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문 개정된 소득세법에서 조항의 위

---

11) 김완석, 전계서, 338면.

12) 김완석, 전계서, 340면.

치만 바뀌어 현재와 같은 제43조 제3항에 다음과 같이 규정되었고,

“③ 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 사업소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(이하 “공동사업자”라 한다)중에 포함되어 있는 경우에는 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.”

(3) 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 일부 개정된 소득세법에서 “사업소득이 발생하는”이라는 구절이 “부동산임대소득·사업소득 또는 산림소득이 발생하는”으로 변경되어 다음과 같이 규정되었으며,

“③ 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 부동산임대소득·사업소득 또는 산림소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(이하 “공동사업자”라 한다)중에 포함되어 있는 경우에는 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.”

(4) 2004. 12. 31. 법률 제7319호로 일부 개정되면서, 특수관계자간 공동사업에 대한 과세제도를 개선한다는 다음과 같은 취지<sup>13)</sup>로,

“(가) 특수관계자간에 부동산임대사업 등을 공동으로 영위하는 경우 공동사업자의 소득금액을 지분비율 등이 큰 공동사업자의 소득금액에 합산하여 과세하는 현행 제도의 문제점을 개선하려는 것임.

(나) 특수관계자들의 공동사업에 대한 과세대상 소득을 계산함에 있어 지분 또는 손익분배비율을 허위로 정하는 등 예외적인 경우를 제외하고는 소득금액을 합산과세하지 아니하고 공동사업자간의 지분비율에 따라 과세하도록 함.

(다) 특수관계자들의 공동사업에 대하여 지분비율 등에 따라 과세함으로써 납세자의 권익이 신장될 것으로 기대 됨.”

이 사건 법률조항에 “지분 또는 손익분배 비율을 허위로 정하는 등 대통령령이 정하는 사유가 있는 때”로 한정하여 아래와 같이 규정하였다.

“③ 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 부동산임대소득·사업소득 또는 산림소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자(이하 “공동사업자”라 한다)중에 포함되어 있는 경우로서 지분 또는

---

13) 2004. 12. 31. 법률 제7319호 개정이유 및 주요내용.

손익분배 비율을 허위로 정하는 등 대통령령이 정하는 사유가 있는 때에는 제2항의 규정에 불구하고 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다.”

## 2. 본안에 관한 검토

### 가. 포괄위임금지원칙 위반 여부

#### (1) 심사기준

(가) 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 헌법 제75조는 위임입법의 근거조문임과 동시에 그 범위와 한계를 제시하고 있는데 “법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항”이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99; 헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 28-29; 헌재 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 446-447 등 참조).

(나) 또한, 위임의 구체성·명확성 내지 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하여 판단하여야 하고 위임된 사항의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 533; 헌재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1, 18; 헌재 2002. 3. 28. 2001헌바24등, 판례집 14-1, 174, 183 등 참조).

(다) 따라서, 이 사건 법률조항에서 포괄위임의 문제가 되고 있는 ‘특수관계자’라는 개념이 관련 법조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하여 판단하였을 때, 대통령령에 규정될 대강의 내용을 예측할 수 있다면 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

#### (2) 판단

(가) 세법상 ‘특수관계자’의 정의 및 범위

세법상 특수관계자의 범위에 관하여는 통일적인 규정을 두지 않고 개별 세법 및 조항마다 각각 그에 관한 규정을 따로 두고 있고, 각 규정마다 특수관계자의 범위에 차이를 두고 있다.<sup>14)</sup> 세법상 특수관계인의 정의 및 범위에 관한 규정 중 가장 근간이 되고 있는 일반적 규정은 국세기본법 제39조<sup>15)</sup> 및 같은 법 시행령 제20조<sup>16)</sup>이고 개별세법에서는 법인세법 제52조<sup>17)</sup>

14) 김완석, “세법상 특수관계인의 문제점과 개선방안”, 중앙법학 제7집 제1호(2005년 2월), 102면 참조.

15) 국세기본법 제39조 (출자자의 제2차 납세의무)

② 제1항 제2호에서 “과점주주”라 함은 주주 또는 유한책임사원 1인과 그와 **대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자**로서 그들의 소유주식의 합계 또는 출자액의 합계가 당해 법인의 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 51 이상인 자들(이하 “과점주주”라 한다)을 말한다. (2003. 12. 30. 개정)

16) 국세기본법 시행령 제20조 (**친족 기타 특수관계인의 범위**)

법 제39조 제2항에서 “대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 6촌 이내의 부계혈족과 4촌 이내의 부계혈족의 처
2. 3촌 이내의 부계혈족의 남편 및 자녀
3. 3촌 이내의 모계혈족과 그 배우자 및 자녀
4. 처의 2촌 이내의 부계혈족 및 그 배우자
5. 배우자(사실상 혼인관계에 있는 자를 포함한다)
6. 입양자의 생가의 직계존속
7. 출양자 및 그 배우자와 출양자의 양가의 직계비속
8. 혼인외의 출생자의 생모
9. 사용인 기타 고용관계에 있는 자
10. 주주 또는 유한책임사원의 금전 기타의 재산에 의하여 생계를 유지하는 자와 생계를 함께 하는 자
11. 주주 또는 유한책임사원이 개인인 경우에는 그 주주 또는 유한책임사원과 그와 제1호 내지 제10호의 관계에 있는 자들의 소유주식수 또는 출자액(이하 “소유주식수등”이라 한다)의 합계가 발행주식총수 또는 출자총액(이하 “발행주식총수등”이라 한다)의 100분의 50 이상인 법인(1998. 12. 31 개정)
12. 주주 또는 유한책임사원이 법인인 경우에는 그 법인의 소유주식수등이 발행주식총수등의 100분의 50 이상인 법인(정부가 주주인 경우에는 정부를 제외한다)과 소유주식수 등이 당해 법인의 발행주식총수등의 100분의 50 이상인 법인(정부가 주주인 경우에는 정부를 제외한다) 또는 개인(1998. 12. 31 개정)
13. 주주 또는 유한책임사원 및 그와 제1호 내지 제8호의 관계에 있는 자가 이사의 과반수 이상이거나 그 1인이 설립자인 비영리법인. 다만, 당해 법인의 발행주식총수등의 100분의 20 이상 소유한 경우에 한한다. (1998. 12. 31 단서개정)

17) 법인세법 제52조 (부당행위계산의 부인)



및 같은 법 시행령 제87조 제1항18), 소득세법 제41조19) 및 같은 법 시행령 제98조 제1항20)이다.21)

- 
- ① 납세지 관할세무서장 또는 관할지방국세청장은 내국법인의 행위 또는 소득 금액의 계산이 **대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자**(이하 “특수관계자”라 한다)와의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당히 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산(이하 “부당행위계산”이라 한다)에 관계없이 그 법인의 각 사업연도의 소득 금액을 계산할 수 있다. (1998. 12. 28 개정)
- 18) 법인세법 시행령 제87조 (**특수관계자의 범위**)
- ① 법 제52조 제1항에서 “대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자”라 함은 법인과 다음 각 호의 1)의 관계에 있는 자(이하 “특수관계자”라 한다)를 말한다. (1998. 12. 31 개정)
1. 임원의 임면권의 행사, 사업방침의 결정 등 당해 법인의 경영에 대하여 사실상 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 자(「상법」 제401조의 2 제1항의 규정에 의하여 이사로 보는 자를 포함한다)와 그 친족 (2005. 2. 19. 개정)
  2. 주주 등(소액주주 등을 제외한다. 이하 이 관에서 같다)과 그 친족 (2002. 12. 30 개정)
  3. 법인의 임원·사용인 또는 주주 등의 사용인(주주 등이 영리법인인 경우에는 그 임원을, 비영리법인인 경우에는 그 이사 및 설립자를 말한다)이나 사용인외의 자로서 법인 또는 주주 등의 금전 기타 자산에 의하여 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 함께 하는 친족 (1998. 12. 31 개정)
  4. 제1호 내지 제3호에 해당하는 자가 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 출자하고 있는 다른 법인 (1998. 12. 31 개정)
  5. 제4호 또는 제8호에 해당하는 법인이 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 50 이상을 출자하고 있는 다른 법인 (1998. 12. 31 개정)
  6. 당해 법인에 100분의 50 이상을 출자하고 있는 법인에 100분의 50 이상을 출자하고 있는 법인이나 개인 (1998. 12. 31 개정)
  7. 당해 법인이 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 기업집단에 속하는 법인인 경우 그 기업집단에 소속된 다른 계열회사 및 그 계열회사의 임원 (2005. 2. 19. 개정)
  8. 제1호 내지 제3호에 해당하는 자 및 당해 법인이 이사의 과반수를 차지하거나 출연금(설립을 위한 출연금에 한한다)의 100분의 50 이상을 출연하고 그 중 1인이 설립자로 되어 있는 비영리법인 (2002. 12. 30 개정)
- 19) 소득세법 제41조 (부당행위계산)
- ① 납세지 관할세무서장 또는 지방국세청장은 부동산임대소득·사업소득·일시재산소득·기타소득 또는 산림소득이 있는 거주자의 행위 또는 계산이 그 거주자와 **특수관계에 있는 자**와의 거래로 인하여 당해 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 때에는 그 거주자의 행위 또는 계산에 관계없이 당해연도의 소득금액을 계산할 수 있다. (1995. 12. 29 개정)
- ② 제1항의 규정에 의한 **특수관계에 있는 자의 범위 기타 부당행위계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.** (1995. 12. 29 신설)
- 20) 소득세법 시행령 제98조 (부당행위계산의 부인)
- ① 법 제41조 및 법 제101조에서 “**특수관계에 있는 자**”라 함은 다음 각 호의 1

(나) 헌법재판소 관련 선례

1) 95헌바55 사건<sup>22)</sup>

1998. 4. 30. 선고된 95헌바55 위헌소원 사건의 심판대상 법률조항은, “구 상속세법 제34조의4 (무상 등으로 양도받은 경우의 증여의제) 제32조 내지 제34조의3의 경우를 제외하고 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여 받은 것으로 본다. 다만, 이익을 받은 자가 자력을 상실하여 납세할 능력이 없을 때에는 그 세액의 일부 또는 전부를 면제한다.”이었는데, 6인의 다수의견은 위 조항 중 “현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익” 부분이 조세법률주의와 위임입법의 한계를 벗어났다고 판단함으로써 비록 단정할 수는 없으나 위 조항 중 “대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자” 부분에 대하여는 일응 합헌성을 긍정한 것으로 보이고, 3인의 소수의견은 위 각 부분이 합헌이라는 견해<sup>23)</sup>를 밝혔다.

2) 99헌바90 사건<sup>24)</sup>

99헌바90 위헌소원 사건의 심판대상 법률조항은 “구 상속세법 제34조의2

---

의 관계에 있는 자를 말한다.

1. 당해 거주자의 친족
2. 당해 거주자의 종업원 또는 그 종업원과 생계를 같이하는 친족
3. 당해 거주자의 종업원 외의 자로서 당해 거주자의 금전 기타 자산에 의하여 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이하는 친족
4. 당해 거주자 및 그와 제1호 내지 제3호에 규정하는 자가 소유한 주식 또는 출자지분의 합계가 총발행주식수 또는 총출자지분의 100분의 30 이상이거나 당해 거주자가 대표자인 법인 (2002. 12. 30 개정)
5. 당해 거주자와 제1호 내지 제3호에 규정하는 자가 이사의 과반수이거나 출연금(설립을 위한 출연금에 한한다)의 100분의 50 이상을 출연하고 그중 1인이 설립자로 되어 있는 비영리법인
6. 제4호 또는 제5호에 해당하는 법인이 총발행주식수 또는 총출자지분의 100분의 50 이상을 출자하고 있는 법인 (2002. 12. 30 개정)

21) 김완석, 전거서, 103면

22) 현재 1998. 4. 30. 95헌바55, 판례집 10-1, 356.

23) 이 소수의견을 이 사건에 그대로 원용하기엔 적절하지 않은 것 같다. 다만 위 의견의 핵심을 요약하면, 당해 법조항의 입법연혁, 국세기본법 및 그 시행령의 유기적·체계적 해석에 의하여 특수관계자의 대강의 범위를 예측할 수 있다는 것이다.

24) 현재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158.

(저가·고가양도시 증여의제) ② 제34조에 해당하는 경우를 제외하고 현저히 높은 가액의 대가로서 재산을 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 양수한 경우에는 그 재산을 양수한 때에 있어서 재산의 양수자가 그 대가와 시가와와의 차액에 상당한 금액을 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자인 양도자에게 증여한 것으로 본다.”이었고, 결정 내용은 ‘현저히 높은 가액’ 부분이 과세요건명확주의에 반하지 않는다는 것에 중점을 둔 합헌 판단으로서 ‘특수관계자’ 부분에 대한 판단은 없었으나 위 심판대상법률조항 전부에 대한 합헌 결정을 통하여 헌법재판소는 ‘특수관계자’ 부분의 합헌성을 수긍한 것으로 평가할 수 있다.

3) 2000헌바28 사건<sup>25)</sup>

가) 위의 두 선례가 대통령령이 정하는 ‘특수관계자’라는 부분에 대한 명시적인 판단이 없었던 반면 2000헌바28 사건은 이 부분에 대한 구체적인 판단이 있었다. 2000헌바28 사건의 심판대상 법률조항은 “구 소득세법 제101조(양도소득의 부당행위계산) 제2항 양도소득에 대한 소득세를 부당하게 감소시키기 위하여 제1항에 규정하는 특수관계자에게 자산을 증여한 후 그 자산을 증여받은 자가 그 증여일부터 2년 내에 다시 이를 타인에게 양도한 경우에는 증여자가 그 자산을 직접 양도한 것으로 본다.”이고 제4항에서 제1항의 규정에 의한 특수관계 있는 자의 범위 기타 부당행위 계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 하여 이 사건 법률조항과 유사한 규정 형태를 보이며 특히, 이 사건 법률과 같은 소득세법에서 이 문제가 다루어 졌다.

나) 이 부분 판단에 있어 헌법재판소는 “특수관계자라는 문언의 의미가 이 사건 법률조항의 입법목적을 고려하여 이해할 경우, ‘거래에 있어서 이해가 상반되지 않는 관계’ 또는 좀더 구체적으로 ‘당사자 쌍방의 이해관계가 대부분 서로 일치하여 거래행위에 있어서도 이를 자유로이 좌우하여 조세부담을 경감시키기 쉬운 관계’라고 파악하는 것이 그다지 어려운 것은 아니며, 특히 우리의 사회통념상 증여의 주된 상대방은 친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자이므로 이러한 자들이 특수관계자의 개념에 포함될 것 또한 쉽게 예측될 수 있다고 보인다.”고 하여 심판 대상 법률조항의 입법

25) 헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2, 38.

목적은 고려하여 대통령령에 규정될 특수관계자의 개념이 예측 가능하다고 판단하였다. 또한 헌법재판소는 이러한 입법형식에 대하여 “조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실의 변화에 즉응한 공정한 과세를 하고, 조세회피행위에 대처하기 위한 조세입법정책상의 강한 필요에 따른 것으로 수긍될 수 있다.”고 하여 특수관계자의 개념을 대통령령에 위임한 입법형식의 타당성을 인정하였다.

(다) 이 사건 법률조항의 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

1) 이 사건 법률조항은 특수관계자를 대통령령에 위임하고 있는바, 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하여 판단하였을 때 대통령령으로 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있는지를 판단해 보면, 2000헌바28 결정에서 보여지 듯 심판 대상 법률조항의 입법목적에 대한 고려가 필요하다.

2) 이 사건 법률조항의 입법목적은 사업을 공동으로 영위한 것으로 가장하여 소득을 위장 분산함으로써 소득세의 누진세율 차이에 따른 조세회피행위를 방지하기 위한 것으로 대통령령에 정해질 특수관계자는 ‘공동사업을 가장한 소득의 위장 분산에 있어 이해가 상충되지 않는 관계’ 또는 더 구체적으로 ‘당사자 쌍방의 이해관계가 대부분 서로 일치하여 공동사업의 소득 분산에 있어서도 이를 자유로이 좌우하여 조세부담을 경감시키기 쉬운 관계’로 파악하는 것이 그다지 어려운 것이 아니며 또한 사회통념상 이러한 관계에 있을 것이 유력한 친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자가 특수관계자의 개념에 포함될 것 또한 예측하기 어렵지 않다.

3) 더불어 관련법령의 입법형식에서 보여지 듯 특수관계자의 범위를 대통령령에 위임한 경우가 많은데, 이것은 경제현실의 변화에 즉응한 공정한 과세를 하고 조세회피행위에 적절히 대처하기 위한 조세입법정책상의 강한 필요에 따른 것으로 이러한 입법형식은 인정될 수 있다.

(3) 소결

따라서, 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

## 나. 헌법 제36조 제1항 위반 여부

(1) 심사의 기준

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 불이익을 주지 않도록 국가에게 명령하고 있다. 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하고, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지명령은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 결합하여 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하고자 하는 목적을 가진다. 따라서 특정한 조세법률조항이 혼인을 근거로 혼인한 부부를 혼인하지 아니한 자에 비해 차별취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의해 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다. 이는 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이에 적절한 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사하여야 함을 의미한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조).

## (2) 판단의 대상

(가) 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항의 특수관계인의 범위에 대한 대강의 예측이 가능하기는 하나 이것의 구체적 범위는 시행령에 규정되어 있으며 법률 상으로 정확한 범위의 경계선을 짓기는 힘들다. 이것은 이 사건 법률조항의 입법 취지에 맞게 경제현실의 변화에 즉응한 공정한 과세를 하고 조세회피행위에 적절히 대처하기 위한 것으로 그 입법형식의 타당성은 앞에서 본 바와 같다. 따라서, 이러한 개념의 외면에 대한 것은 시행령을 통해 구체화 될 수 있으나 시행령에 위임될 수 없는 본질적인 제한은 가능하다.

(나) 또한, 헌법 제36조 제1항에 의해 헌법적 보호를 받고 있는 관계는 ‘혼인과 가족생활’로서 이 사건 법률조항의 특수관계인의 범위를 법률적인 차원에서 이해했을 때 그 범위에 포함될 수 있는 ‘친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자’가 모두 헌법 제36조 제1항의 보호 대상이 되는 것도 아니다.

따라서, 특수관계자에 정의될 수 있는 외변이 시행령에 따라 달라진다 하여도 헌법 제36조 제1항의 보호 대상이자 사회 통념상 이러한 관계에 있을 것이 가장 유력한 혼인 생활의 당사자인 배우자가 이 사건 법률조항에 포함되었을 때 그것의 헌법 제36조 제1항 위반 여부를 먼저 살펴본 후 나머지 관계에 대하여 판단하도록 한다.

### (3) 판단

#### (가) 부부에 대한 자산소득합산과세제도와 공동사업합산과세제도

헌법재판소는 2001헌바82 소득세법 제61조 위헌소원과 2004헌가6 구 소득세법 제80조 위헌제청 사건을 통해 부부의 자산소득합산과세제도는 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비하여 차별 취급하고 있으며 이러한 차별적 취급은 헌법상 정당화 되지 못한다는 이유로 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 결정하였다. 따라서, 이 사건 법률조항에 의한 공동사업합산과세제도가 배우자에게 적용되었을 때 자산소득합산과세제도와 차이가 없다면 선례에 따라 위헌의 가능성이 높으며 두 제도가 본질적인 차이가 존재하여 동일한 논리가 적용될 수 없다면 합헌의 가능성이 높다.

#### 1) 제도상 차이점

가) 부부의 자산소득합산과세제도를 위헌으로 판단한 선례는 자산소득이 있는 모든 납세의무자 중에서 혼인한 부부가 혼인하였다는 이유만으로 혼인하지 않은 자산소득자보다 더 많은 조세 부담을 강요받는 것이 타당하지 않다는 것으로 과세단위 문제에 초점을 맞추어 혼인을 결정적인 근거로 한 조세부담 차별에 대한 위헌 판단을 한데 반하여, 이 사건에서 문제가 되고 있는 공동사업합산과세제도는 일차적인 요건으로 공동사업이 전제되어야 하며 혼인은 그에 따른 부수적인 요소이다. 즉, 공동사업합산과세제도는 공동사업이라는 특정한 사업형태에 대한 소득세 조세규율에 있어 조세회피방지라는 목적을 위해 특수한 관계에 있는 자들을 예외적으로 규율하는 것으로 이러한 관계 속에 배우자가 들어간다 하여도 이것이 혼인 관계를 결정적 근거로 한 차별 취급이라고 볼 수 없으며 단지 합리적인 조세제도 운용에 있어 파생된 부수적인 결과물이다. 이와 같은 맥락에서 혼인이나 가족 관계 등 특정한 관계에 있는 자들에 대한 예외적인 규율은 부당행위계산부

인 등 여러 세법 규정에서 조세회피방지 등의 목적으로 허용되어 왔으며, 이러한 규정들 역시 혼인 등의 관계를 매개로 하고 있으나, 선례에서와 같이 이러한 관계가 결정적인 차별의 근거가 아니라, 특정한 거래나 행위 등을 전제로 한 부수적인 고려 요소이다.

나) 이 논점을 부연하여 설명하자면 부부자산합산과세제도의 경우 혼인을 하기만 하면 부부의 자산소득을 합산토록 하는 제도인 반면 공동사업합산과세제도는 부부가 각각 사업소득이 있는 경우 이것을 부부라는 이유만으로 무조건 합산하도록 하는 것은 아니며 오직 공동사업을 하는 경우에 한하여 합산토록 하는 것이다. 즉, 공동사업이라는 일차적인 요건이 충족되어야 하는 것이다.

표 1) 공동사업을 하지 않는 경우(각각의 사업소득이 발생)

부부 1:	갑 1	-----	을 1
	자산소득		자산소득
	사업소득		사업소득
	근로소득		근로소득
	등		등

표 2) 공동사업을 하는 경우(공동사업소득 발생)

부부 2:	갑 2	-----	을 2
	자산소득		자산소득
	사업소득		사업소득
	근로소득		근로소득
	등		등

위 표 1에서 갑 1과 을 1로 구성된 부부 1의 소득세 계산에서 부부자산소득합산제도에 의하면 갑 1의 자산소득과 을 1의 자산소득은 합산하여 종합소득세가 계산되는 반면 각자의 사업소득은 따로 산정되어 개인에게 각각 부과된다. 이와 달리 공동사업을 영위하는 부부 2의 경우, 이들의 사업소득은 공동사업합산과세제도에 따라 지분비율이 큰 일방의 소득으로 합산하여 계산된다. 즉, 부부 1과 부부 2의 이러한 차이는 공동사업을 영위하는지 여부에 따라 사업소득 계산이 달라지는 것으로 공동사업합산과세제도가

혼인여부를 그 결정적 근거로 한 차별적 조세부과가 아니라 공동사업이라는 제도를 일차적 요건으로 한 특별한 조세규율이라는 점을 잘 보여준다.

다) 또한, 공동사업은 이것을 영위하는 것처럼 가장하여 소득분산을 기도할 개연성이 높고, 그 입증이 쉽지 않다. 이러한 특성을 고려하여 입법자는 공동사업을 위장하여 소득분산을 추구할 개연성이 높은 집단을 조세회피행위에 대처하기 위한 입법정책상의 강한 필요에 따라 달리 취급하도록 규정한 것이며 그러한 집단을 선정함에 있어 혼인을 특별히 차별 취급하려는 것이 아니라 위장 분산의 개연성이 높고 그 입증이 쉽지 않을 것으로 예상되는 여러 집단 중의 하나로 규정한 것으로, 단지 혼인을 하였다는 이유만으로 그들의 자산을 합산하도록 강제한 부부자산합산과세제도와는 성격상 엄연히 구별된다.

라) 부부자산합산과세제도가 위헌으로 판결된 주요한 이유 중 하나는 이 제도가 부부 공동생활을 소비공동체로 보아 공동생활에서 얻어지는 절약가능성을 담세력 내지 급부능력과 결부시켜 조세 차이를 두고 있다는 점<sup>26)</sup>이었으나 공동사업합산과세제도는 그 취지상 소비공동체라는 점에 착안한 과세제도가 아니라 공동사업이라는 특정한 사업형태에 대한 소득세 조세규율에 있어 조세회피방지를 목적으로 한 과세제도로 소비공동체적 과세단위에 근거한 제도로 보기 어렵다.

마) 이 사건 법률조항은 공동사업합산과세제도 중 사업소득만으로 한정하여 공동사업자에 대한 합산과세를 규정하고 있는데, 여기서 사업소득은 부부자산소득합산과세제도의 규율 대상인 자산소득과 본질적으로 차이가 있다. 즉, 자산소득은 그 소득의 원천이 근로나 사업 등의 노력 없이 부가 만들어내는 일종의 불로소득으로서 여타의 소득과 달리 그 성질상 명의를 분산하는 것이 상당히 용이한데 반하여, 사업소득은 소득자의 활동에 의하여 직접적으로 얻어지는 소득으로 그 명의 분산이 어렵다.<sup>27)</sup> 따라서, 공동사업을 통한 소득세의 명의 분산은 공동사업자와 특수관계인 사이의 조세회피를 위한 의도적인 노력의 결과일 개연성이 높으며 그 비난 가능성이 더 크다고 할 수 있다.

26) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 181.

27) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌가6, 공보 105, 634, 641.



2) 과급효과

제도상 차이점에서 언급한 바와 같이 조세법에서는 많은 경우 혼인이나 가족 관계에 있는 자들에 대하여 조세회피방지 등의 이유로 달리 규정하고 있는 경우가 있으며 부부자산합산과세에 대한 선례가 지나치게 넓게 해석될 경우 전체 조세법에 미치는 영향은 심대할 것으로 예상된다. 이 사건에 서와 같이 혼인이 근본적인 차별의 이유(즉, 혼인하였으므로 세금을 부과한다와 같이 혼인하였다는 이유만으로 조세법상 차별을 가하는 경우)가 아닌 다른 거래나 행위를 전제로 한 부수적인 요소(즉, 특정 거래 시 부당한 행위 등을 한 것으로 인정되는 경우 그 상대자가 배우자라면 특정하게 조세 규율을 한다)에 해당한다면 선례와 구별 지어 신중히 접근하는 것이 조세 법률의 법적 안정성, 과급효과 등을 고려하였을 때 필요할 것으로 판단된다.

3) 소결

따라서, 이 사건 법률조항에 규정된 공동사업합산과세제도는 부부 자산 소득합산과세제도와 본질적으로 다른 제도이며 혼인을 근거로 한 차별의 문제가 발생하지 않아 헌법 제36조 제1항에 위배되지 않는다.

(나) 가족 관계에 있어 공동사업합산과세제도

이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 특수관계자에 대한 대강의 범위는 앞에서 살펴 본 바와 같이 ‘친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자’이며 위에서 헌법에 위반되지 않은 것으로 판단한 배우자를 제외한 다른 관계 중 가족에 있어서의 헌법 제36조 제1항 위반 여부를 본다.

1) 헌법 제36조 제1항의 가족의 의미

가) 헌법 제36조 제1항의 보호를 받는 가족생활에 대하여 헌법재판소는 혼인에 기초하여 성립된 부모와 자녀의 생활공동체,<sup>28)</sup> 부모와 자녀간의 연관관계,<sup>29)</sup> 또는 부모와 미혼자녀로 구성되는 현실의 생활공동체<sup>30)</sup>로 보는 한편, 사회 변동 및 분화에 따라 다변화되는 가족의 형태를 헌법상 가족의

28) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 445.

29) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 182-183.

30) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 25.

개념에 반영<sup>31)</sup>하려는 시도를 하고 있다.

나) 또한, 독일연방헌법재판소에 따르면 가족이란 부모와 자녀의 포괄적 공동체로서 부모에게는 무엇보다도 자녀의 양육과 교육의 권리와 의무가 부여되는 공동체라고 한다.<sup>32)</sup> 가족은 우선 부모와 자녀의 생활공동체를 말하며, 가족에는 계자(의붓자식), 서자, 양자 등도 포함된다. 이러한 가족의 개념은 부모와 자녀의 공동생활을 상호간의 보조·교육·보호 및 생활공동체로 파악하는 가족의 기능에서 나온 개념<sup>33)</sup>으로 가족이란 혼인·혈연 또는 입양의 형태로 결합하여 동거하면서 상호 협동하는 비교적 영구적인 생활공동체를 말한다.<sup>34)</sup>

다) 이렇게 볼 때, 헌법 제36조 제1항의 보호를 받는 가족생활은 기본적으로 부모와 자녀로 이루어진 생활공동체를 의미하는 것으로 보이며 헌법 재판소도 최근 판례<sup>35)</sup>에서 일응 그 가능성을 열어 놓고 있듯이 사회 변동 및 분화에 따라 다변화되는 가족의 형태도 포함할 수 있는 개념으로 판단된다.

2) 헌법 제36조 제1항 위반 여부

가) 가족도 혼인과 마찬가지로 헌법 제36조 제1항에 의하여 보호를 받으며 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 결합하여 부당한 차별로부터 특별히 더 보호 받는다. 따라서, 가족생활에 대한 차별이 정당화되기 위해서는 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이의 적정한 균형관계가 이루어져야 한다.

나) 앞에서 판단한 배우자에 대한 공동사업합산과세제도에서 본 바와 같

31) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 25.

32) 계희열, 헌법학(중), 박영사(2000), 716면.(BVerfGE 10, 59, 66; 31, 58, 82; 62, 323, 330 재인용)

33) 계희열, 전게서, 716면.(E.M. von Münch in: I.von Münch/Ph.Kunig(hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4.Aufl. 1992, Art.6, Rdnr. 13 재인용)

34) 계희열, 전게서, 716면.(권영성, 헌법학원론, 법문사(1999) 252면; BVerfGE 48, 339; 80, 81, 90; H.Lecheler, Schutz von Ehe und Familie, in: J.Isensee und P.Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, §133, Rdnr. 30ff.; A. Schmitt -Kammler in: M.Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art.6, Ehe und Familie, Rdnr. 15f.; E.M. von Münch in: I.von Münch/Ph.Kunig(hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 4.Aufl. 1992, Art.6, Rdnr. 7f; D.Pirson, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art.6(Zweitbearbeitung 1996), Rdnr. 19ff. 재인용)

35) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1, 25.

이 공동사업합산과세제도는 본질상 부부에 대한 자산소득합산과세제도와 다르다. 즉, 혼인이나 가족생활을 결정적 근거(혼인하였다는 이유만으로, 또는 가족이라는 이유만으로)로 차별하는 것이 아니라 공동사업이라는 특정한 사업형태에 대한 소득세 조세규율에 있어 조세회피방지라는 목적을 위해 혼인이나 가족관계가 부수적으로 고려된 하나의 요소에 불과한 것으로서 앞에서 살펴본 배우자에 대한 공동사업합산과세제도와 마찬가지로 헌법 제36조 제1항의 위반 문제는 발생하지 않는다. 즉, 확립된 선례에 의해 헌법 제36조 제1항의 핵심적인 보호 영역이자 이 사건 법률조항 특수관계인의 범위에 기본적으로 포함될 것으로 예상되는 혼인 당사자인 배우자에 대한 판단에서 헌법 제36조 제1항 위반이 발견되지 않았다면 헌법 제36조 제1항에 의해 동일한 보호를 받는 가족 관계에 있어서도 동 헌법 조항의 위반 문제를 발견하기 어렵다.<sup>36)</sup>

3) 소결

가족 관계에 대한 공동사업합산과세제도는 헌법 제36조 제1항에 위반되지 않는다.

(다) 배우자 및 가족을 제외한 관계에 있어 공동사업합산과세제도

1) 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 특수관계자 대강의 범위는 앞에서 살펴 본 바와 같이 ‘친족 및 그와 유사한 관계에 있는 자’이며 이들 중 배우자 및 가족에 대한 공동사업합산과세제도에 대한 헌법 제36조 제1항의 위반 여부는 앞에서 살펴본 바와 같다. 이들 중 배우자 및 가족을 제외한 관계에 있어 공동사업합산과세제도는 기본적으로 헌법 제36조 제1항 위반 문제가 발생하지 않는다. 즉, 배우자 및 가족을 제외한 관계는 헌법 제36조 제1항의 보호범위에 포함되지 않으며 동 헌법조항에 대한 위반 문제가 애초에 발생하지 않는 것이다.

2) 다만, 배우자 및 가족을 제외한 관계에 있어서도 헌법 제11조 제1항의 평등권 침해 여부가 문제될 수 있겠으나, 앞에서 살펴 본 바와 같이 헌법 제36조 제1항에 의해 더욱 엄격한 차별금지의 보호를 받는 집단에 대하

36) 부가적으로, 위헌제청 법원에 계류 중인 당해사건(서울행정법원 2003구합25888 종합소득세등부과처분취소)에서 문제가 되고 있는 것은 배우자에 대한 공동사업합산과세의 문제로 배우자 이외의 관계에 대한 판단은 실질적으로 재판 결과에 영향을 미치지 못한다.

여 평등권 위반의 문제가 발생하지 않았다면 일반적인 자의성 심사가 적용되는 배우자 및 가족을 제외한 관계에 대해서는 더욱 평등권 침해의 문제가 발생하지 않는다.

(4) 소결

따라서, 이 사건 법률조항은 헌법 제36조 제1항에 위반되지 않는다.

**다. 재산권 및 가족에 의한 경제활동의 자유 침해 여부**

(1) 심사기준

국민의 기본권을 제한하는 법률은 그 제한의 방법에 있어서도 일정한 원칙의 준수가 요구되는바, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260; 헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 524-525; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 595; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바38등, 판례집 12-1, 188, 224-225; 헌재 2000. 6. 1. 99헌가11등, 판례집 12-1, 575, 583; 헌재 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686, 716).

(2) 비례의 원칙에 의한 판단

(가) 목적의 정당성

이 사건 법률조항은 사업을 공동으로 영위한 것으로 가장하여 소득을 위장 분산함으로써 소득세의 누진세율 차이에 따른 조세회피행위를 방지하기 위한 것을 그 주된 목적으로 하고 있어 입법목적의 정당성이 인정된다.

(나) 방법의 적절성

이 사건 법률조항은 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 특수관계자에 있

는 자의 사업 소득을 지분 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 의제함으로써 공동사업을 가장하여 소득을 위장 분산함으로써 누진세율 차이에 따른 조세회피행위를 방지토록 하고 있으므로 그 방법의 적절성 또한 인정된다.

(다) 피해의 최소화

제청법원은 과세관청이 특수관계자 사이에서 이루어지는 소득의 위장분산을 파악하기 어려운 사정을 고려하여 그 입증 책임을 납세자에게 돌릴 필요가 있다하더라도, 조세회피 목적이 없는 특수관계자 간의 공동사업의 경우 그와 같은 조세상의 부담을 지우는 것이 부당하므로 조세회피 목적이 없었음을 입증하는 경우 조세상의 부담을 벗어날 수 있는 길이 열려 있어야 한다고 제청이유를 밝히고 있다. 이것은 이 사건 법률조항이 의제조항으로서 반증의 기회를 제공하고 있지 않다는 점에 대한 위헌성의 문제로 이것에 대해 살펴보기로 한다.

1) 조세법상 의제조항의 의미 및 헌법적 쟁점

의제란 일반적으로 간주라고도 하며 법적 사실에 대한 증거가 확실히 나타나지 않은 경우라 하더라도 일반적인 사실의 개연성이 매우 높은 경우에 법률이 그러한 사실에 기초한 효과를 발생시키는 것을 말하며 추정과 다른 것은 법률에 의한 효과를 단순한 반증만으로 번복할 수 없다는 것이다.<sup>37)</sup> 조세법상 의제조항은 반증의 기회를 제공하지 않으므로써 납세자에게 회복할 수 없는 피해를 초래할 가능성이 높아 이를 통해 달성하려는 입법 목적과 사용된 수단(의제라는 입법 형식) 사이의 비례 관계가 헌법상 과잉금지 원칙에 위반될 개연성이 높다. 조세법상 많은 의제규정이 사용되고 있으며 이것들에 대한 일률적인 헌법적 심사기준을 적용하기에는 한계가 있어 보이며 각각 개별 조항의 특수성이 고려되어야 할 것으로 판단된다. 특히, 조항에 따라서는 의제의 형식을 띄고 있으나 실질적인 조문의 구성이나 단서를 통해 반증의 기회를 제공하기도 하는 등 단순히 입법 형식의 문제로 의제조항을 논하기에는 어려움이 있다. 또한, 오늘날 빠르게 다양화되고 있는 국민 경제생활양식의 변화에 따른 조세법상 현실적인 집행의 필요성 및 이

37) 박종수, “세법상 유형화·포괄화의 이해 - 그 정당성과 한계를 중심으로”, 헌법 실무연구 제6권(2005), 89-90면.

미 오랜 시절 존재해왔던 의제조항의 실질적 과급 효과 등을 고려하여 조심스런 접근이 필요하다.

2) 의제조항에 대한 위헌심사기준

헌법재판소의 선례를 통하여 정립된 일응의 심사기준은 다음과 같다. 앞서에서도 언급하였듯이 개별 조항의 특수성을 고려하여 적용하여야 할 것으로 판단된다.

가) 절차적 규정으로서의 의제 규정

절차적 의미로서의 의제규정에 대하여 헌법재판소는 이러한 규정이 과세징수의 근거규정이 아니고 단지 조세징수에 관한 절차적 규정일 뿐이라는 이유 등으로 합헌성을 인정<sup>38)</sup>하고 있는 것으로 보인다. 또한 의제라는 입법 형식을 명시적으로 띄고 있지는 않지만 납세의무의 성립 시기를 특정 시기로 규정하는 경우 등, 절차적인 문제에 있어서는 입법형성의 자유영역에 속하는 문제라는 이유 등을 들어 합헌성이 강한 것으로 보고 있다

나) 실질적 과세규정으로서의 의제 규정

절차적 규정으로서의 의제 규정과 달리 실질적인 과세근거로서의 의제 규정의 경우 위헌의 가능성이 높은 것으로 보인다. 즉, 의제함으로써 생길 수 있는 위헌의 소지를 제거할 수 있는 대책이 필요하다거나(헌재 1989. 7. 21. 89헌바38, 판례집 1, 131, 144) 반증의 기회를 부여하지도 않은 채 증여세를 부과하는 것은 입법목적과 이를 달성하기 위한 수단 간의 적절한 비례관계를 벗어난 것일 뿐 아니라 의심있을 때에는 과세한다는 조세당국의 세수의 편의만을 도모하는 비민주적 조세관의 표현이라거나(헌재 1997. 10. 30. 96헌바14, 판례집 9-2, 454, 468) 실질조사나 쟁송에 의하여 조세회피의 목적이 없었다고 밝힘으로써 그 적용을 면하는 길을 열어두지 않았는 바, 가령 조세회피 방지만을 그 목적으로 하여 소득이 귀속되지 않은 자에 대해 과세하는 것은 오직 조세행정의 편의만을 위주로 하여 제정된 불합리한 법률로서 재산권 또는 재판청구권을 침해하고, 조세법률주의와 조세평등주의에 반할 가능성이 많다(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69등, 판례집 4, 114; 헌재 2001. 5. 31. 2000헌가2, 판례집 13-1, 112 참조)고 판시해 왔다.

이렇듯 실질적 과세규정으로서의 의제 규정은 조세회피방지를 그 유일

---

38) 헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598.

의 목적으로 한 행정편의주의적인 입법일 경우 이러한 위헌의 가능성을 제거할 수 있는 ㉠ 실질조사나 쟁송 등에 의해 그 적용을 면할 수 있는 대책이 없거나(89헌바38; 96헌바14; 2004헌바40; 2005헌바24; 2000헌바28 등 참조), ㉡ 과세 대상의 실질이나 경제적 효과가 납세자에게 발생한 것으로 볼 수 없거나(95헌바55; 2001헌바13; 2000헌가2 등 참조), ㉢ 조세법적으로 이러한 입법 형식을 정당화 시켜줄 다른 입법 목적이나 조세정책적 필요성이 없는 경우(96헌바14; 2000헌가2 등 참조), 위헌의 가능성이 큰 것으로 판단된다.

### 3) 판단

가) 이 사건 법률조항은 거주자 1인과 그와 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자가 사업소득이 발생하는 사업을 공동으로 경영하는 사업자 중에 포함되어 있는 경우 당해 특수관계자의 소득금액은 그 지분 또는 손익분배의 비율이 큰 공동사업자의 소득금액으로 본다고 규정하여 실질적인 과세근거가 되는 규정으로 절차적 규정으로서의 의제규정보다 위헌의 가능성이 높다.

나) 이 사건 법률조항의 입법 목적은 사업을 공동으로 영위한 것으로 가장하여 소득을 위장 분산함으로써 소득세의 누진세율 차이에 따른 조세회피행위 방지를 그 주목적으로 하고 있으며 실질적으로 사업소득이 누구에게 귀속되는 것인가와 상관없이 의제하도록 규정하고 있다. 또한, 조문 내에 조세회피목적의 경우에만 공동사업자의 합산과세를 의제하도록 한정하지 않음으로써 법원의 개입 가능성을 배제하였고 실질조사나 쟁송 등의 형태로 의제조항의 적용을 면할 수 있는 가능성도 존재하지 않는다.

다) 마지막으로 이러한 입법 형식을 정당화 시켜줄 다른 입법 목적이나 조세정책적 필요성을 살펴보아도 비록 소득의 위장분산을 과세관청에서 실질적으로 조사하여 파악하기 어렵다 하여도 추정의 형식을 통해 그 입증 책임을 납세자에게 돌릴 수 있으며 이러한 것이 조세행정상 관세관청에서 특별히 그 부담을 가중시킨다고 볼 수 없는 반면, 반증의 기회를 제공받지 못함으로써 납세자가 회복할 수 없는 피해를 초래할 가능성이 높아 이를 통해 달성하려는 입법 목적과 사용된 수단 사이의 비례 관계가 헌법상 과잉금지원칙에 위반된다.

라) 따라서, 이 사건 법률조항은 피해의 최소성의 요건을 만족시키지 못한다.

(라) 법익의 균형성

이 사건 법률조항에 의해 납세자는 반증의 기회나 쟁송을 통해 다룰 수 있는 방법이 전혀 제공되지 않는 상태에서 회복할 수 없는 피해를 입게 되므로 이를 통해 달성하려는 조세회피방지라는 공익과 비교했을 때 그 피해가 결코 작다고 할 수 없다.

(3) 소결

이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

3. 이 결정의 의의

가. 이 사건 결정은 부부의 자산소득합산과세제도에 대해 혼인을 근거로 혼인한 자를 혼인하지 아니한 자에 비해 차별 취급하고 있으며 이러한 차별적 취급은 헌법상 정당화 되지 못한다는 이유로 헌법 제36조 제1항에 위반되어 위헌이라고 결정하였던 2001헌바82 결정과 2004헌가6 결정 이후에 이러한 선례가 적용될 수 있는 구체적 범위를 제시하고 있다는 데 의미가 있다. 즉, 조세부담에 있어 혼인이나 가족관계를 결정적인 근거로 차별 취급을 하는 경우와 특정한 거래나 행위를 전제로 혼인이나 가족관계가 부수적인 고려 요소가 되는 경우를 구별하여 개별 사건에 적용 가능한 헌법 제36조 제1항의 구체적 심사기준을 제시하였다.

나. 또한, 조세법상 흔히 사용되지만 반증의 기회를 제공하지 않음으로써 행정편의주의적 입법이라는 비판을 받기도 하는 의제라는 입법 형식에 대하여 의제조항이 조세회피방지를 그 유일의 목적으로 한 행정편의주의적인 입법일 경우, 이러한 위헌의 가능성을 제거할 수 있는 ㉠ 실질조사나 쟁송 등에 의해 그 적용을 면할 수 있는 대책이 없거나, ㉡ 과세 대상의 실질이나 경제적 효과가 납세자에게 발생한 것으로 볼 수 없거나, ㉢ 조세법적으로 이러한 입법 형식을 정당화 시켜줄 다른 입법 목적이나 조세정책적 필요성이 없는 경우에 위헌의 가능성이 크다고 하여 이에 대한 구체적 위헌 심사기준을 제시했다는 점에서 중요한 의미가 있다.



## 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항 위헌제청

- 법정형의 위헌 여부에 관한 심사 기준 -  
(헌재 2006. 4. 27. 2005헌가2, 판례집 18-1상, 478)

함 상 훈\*

### 【관시사항】

1. 법정형의 내용에 대한 입법형성권
2. 구 폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정되고, 2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 폭처법’이라 한다) 제3조 제1항 중 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제257조 제1항(상해)의 죄를 범한 자’에 관한 부분(이하 ‘폭처법상 상해죄 조항’이라 한다)이 책임과 형벌의 비례성 원칙과 형벌체계의 균형성 및 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 구 폭처법 제3조 제1항 중 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자’에 관한 부분(이하 ‘폭처법상 협박죄 조항’이라 한다)에 대한 위헌심판제청이 심판계속 중 재판의 전제성을 상실하여 각하한 사례

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 “구 폭처법 제3조 제1항 중 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제257조 제1항(상해), 제283조 제1항(협박)의 죄를 범

---

\* 전주지방법원 부장판사, 전 헌법연구원

한 자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 당해 사건의 피고인인 제청신청인은 ‘2004. 8. 7. 13:50경 장모인 피해자 인○원(58세)의 집 앞마당에서, 피해자인 처 양○경(33세)이 아들 흥○군의 양육권을 포기하지 않는다는 이유로 격분하여 대문을 발로 걷어차고, 현관 앞에 설치된 대리석 난간을 뜯어 마당에 깨뜨린 후 “씹할, 구속시켜”라고 욕설을 하면서 위험한 물건인 깨진 대리석 조각을 위 집 대문과 인○원, 양○경이 서 있는 방향 등으로 집어 던져 인○원을 협박하고, 그곳 대문 앞에 부착되어 있는 위험한 물건인 철제 우편함 1개를 양○경에게 집어 던져 양○경의 오른쪽 허벅지에 맞게 하여 양○경에게 치료일수 불상의 우측 대퇴부 찰과상을 가하였다’는 범죄사실로 대전지방법원(2004고단 2161)에서 징역 1년 6월을 선고받은 후 같은 법원 항소부에 항소하였다.

나. 제청신청인은 항소심 재판 계속 중 구 폭처법 제3조 제1항 중 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여, 형법 제257조 제1항(상해), 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자’ 부분에 대하여 위헌제청신청(대전지방법원 2004초기975)을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 이 사건 위헌제청을 하였다.

#### 2. 법원의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견

##### 가. 대전지방법원의 제청이유 요지

이 사건 심판대상이 정하고 있는 법정형이 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써, 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 범치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되며, 형벌체계상의 균형성을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에도 어긋난다.

##### 나. 대전지방검찰청 검사장의 의견 요지

(1) 구 폭처법 제3조 제1항이 특별히 가중하고 있는 형법상의 각 죄가 비록 행위의 태양이 각기 다르고 죄질과 위험성의 정도가 각기 다르다 하더라도 특수한 구성요건, 즉 “흥기 기타 위험한 물건을 휴대하여”라는 요건을 구비할 경우에는 그 어느 것이나 동일한 정도의 위험성이 있게 됨을 고려하여 같은 유형의 독립된 하나의 범죄형태로 규정하게 된 것이라고 할 수 있으므로 비례의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

(2) 구 폭처법 제3조 제1항의 법정형은 흥기 또는 위험한 물건을 휴대한 경우에는 폭행 또는 협박을 가한 자든 상해 또는 체포·감금, 갈취한 자든 지 간에 그 ‘위험성’으로 말미암아 최소 3년의 징역형에 처해야 한다는 것을 의미할 뿐이고, 형법상의 각 본조에 따라 법정형 3년 이상 15년 이하의 범위에서 충분히 다르게 취급할 수 있기 때문에 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 검사의 법률적용의 문제는 우리 형사소송법이 기소편의주의와 기소독점주의를 선택하고 있는 결과로 모든 형벌조항의 적용에 있어서 동일하게 발생하는 문제이지 이 사건 법률조항에 한정된 문제는 아니다. 따라서 이러한 검사의 적용법조 선택으로 인해 법관의 독립성이 침해된다고 할 수 없다.

**【결정요지】**

1. 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만이 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법 감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다.

2. 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질이다. 그런데 위 구 폭처법 제3조 제1항의 상해죄(이하 ‘폭처법상 상해죄’라 한다)와 같이 일단 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법상의 상해죄를 범하는 경우에는 이미 그 행위 자체에 내재되어 있는 불법의 정도가 크고, 중대한 법익 침해를 야기할 가능성이 높다고 할 것이어서, 그 구체적인 행위의 결과가 형법상 상해죄에 해당하는지 여부와 무관하게 이미 그 책임이 중하다고 볼 수 있다. 더구나 폭력행위등처벌에관한법률(이하 ‘폭처법’이라 한다)이 폭력행위를 엄단함으로써 사회질서를 유지하고자 하는 ‘사회적 법익’ 이외에도 ‘개인적 법익’을 보호하고자 할 목적으로 제정된 점과 상해죄가 개인적 법익 중 생명권 다음으로 중요한 신체의 안전성을 보호법익으로 하고 있어 그 입법목적의 정당성이 더욱 높은 점 등을 고려하면, ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대’한 경우를 가중적 구성요건으로 하여 형법 본조상의 상해죄보다 가중처벌한다고 하더라도 이를 쉽사리 책임과 형벌 사이의 비례성원칙에 반한다고는 할 수 없다.

또한 폭처법상 상해죄 조항의 법정형은 ‘3년 이상의 유기징역’으로서 결과불법이 동일한 형법 제257조 제1항의 상해죄(7년 이하의 징역형 등)보다 상당히 높고, 결과불법이 폭처법상 상해죄보다 중한 형법 제258조 제1항의 중상해죄(1년 이상 10년 이하의 징역형)보다 무거우며, 형법 제259조 제1항의 상해치사죄(3년 이상의 유기징역형)와 동일하게 규정되어 있는 것은 사실이나, 이것만으로 곧 폭처법상 상해죄의 행위자를 형벌체계상 균형을 잃었다고 할 정도로 더 무겁게 처벌하는 것이라고는 볼 수 없다. 어느 범죄에 대한 법정형의 범위는 앞서 본 바와 같은 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 입법자가 그 재량으로 결정할 사항이며, 범죄로 인한 결과발생(침해법익)의 경중과 법정형의 경중이 언제나 반드시 정비례하는 것은 아니고 당해 범죄의 죄질 및 성격에 따라 달라질 수 있기 때문이다.

더욱이 폭처법상 상해죄를 범한 자에 대하여는 사안에 따라 작량감경이나 법률상 감경사유가 없이도 집행유예의 선고가 가능하므로 이 점에서도 그 법정형이 형벌체계상 균형을 잃었다고 할 만큼 과중하다고는 볼 수 없다.

3. 구 폭처법 제3조 제1항의 협박죄 조항에 대한 위헌심판제청은, 위 법률조항이 심판계속중 형이 경하게 개정됨으로써 재판의 전제성을 상실하여 부적법하게 되었다.

### 재판관 이공현, 재판관 조대현의 반대의견

구 폭처법 제3조 제1항은 위 조항의 적용대상인 형법 각 본조의 내용을 묻지 아니하고 일률적으로 3년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다. 그런데 위 형법상의 범죄는 죄질이 사뭇 달라 원래의 법정형이 낮게는 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많다. 이러한 죄질의 차이는 ‘야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대’하였다는 공통점이 있다고 하여 없어지는 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 행하여졌다는 사정만으로 일률적으로 3년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 평등원칙과 죄형법정주의에 반한다고 하지 않을 수 없다.

### 【해설】

#### 1. 법정형의 위헌 여부에 관한 헌법재판소의 선례 검토

##### 가. 폭처법에 관한 선례

헌법재판소는, 상습적으로 상해, 폭행, 협박 등 폭력행위를 범한 자를 1년 이상의 유기징역에 처하도록 규정한 폭처법 제2조 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정되기 전의 것)에 대하여, 위 법률 규정이 폭력적 범죄의 상습범이 증가되고 있는 현상을 특히 중요시하여 그에 대한 대책으로써 그 상습범을 가중처벌하기 위하여 둔 특별법으로서, 형평에 반한다거나 가혹한 형벌을 정한 것이라고 볼 수 없고 또 죄형법정주의에 반한다고도 볼 수 없다는 이유로 합헌으로 판단하였다(헌재 1989. 9. 29. 89헌마53, 판례집 1, 302). 나아가 그 법정형이 무기징역 또는 7년 이상의 징역형인 폭처법상의 누범에 관한 폭처법 제3조 제4항(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것)에 대하여, 위 법률조항이 책임원칙에 반하는 과잉처벌 또는 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 처벌이 아니고, 작량감경을 하여도 집행

유예를 선고할 수 없도록 법정형을 정하였다고 하여 법관의 양형재량권을 침해하는 것은 아니라고 판시하고 있다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바68, 판례집 14-2, 500)<sup>1)</sup>. 또한, 폭력단체의 구성원 중 ‘간부’를 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정한 폭처법 제4조 제1항 제2호(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정되기 전의 것)에 대하여도, 폭력범죄단체를 엄벌하려는 입법목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되며, 과잉금지원칙을 위배하였다고 할 수 없으므로 합헌이라고 판시하였다(헌재 1997. 3. 27. 95헌바50, 판례집 9-1, 290).

한편, 헌법재판소는 야간에 흉기 등을 휴대하여 상해, 협박, 폭행 등 폭력행위를 범한 자를 징역 5년 이상에 처하도록 규정한 폭처법 제3조 제2항 전체에 대하여 비례의 원칙을 위배하였다 할 수 없고 단기형이 무겁다 하여 입법재량의 범위를 일탈하여 법관의 재량을 제한하였다고 볼 수 없다는 이유로 합헌 결정을 한 바 있다(헌재 1995. 3. 23. 94헌가4 결정). 그러나 헌법재판소는 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12 결정에서, 폭처법 제3조 제2항 전체에 대한 종전의 합헌결정을 변경하여 위 법률조항 중 협박죄 부분에 관하여, “이 사건 법률조항을 포함한 폭처법 제3조 제2항은 동 조항의 적용대상인 형법 본조에 대하여 일률적으로 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있는데, 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고, 이에 따라 원래의 법정형 역시 그 경중에 차이가 많음에도, 그 행위가 야간에 행해지고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하

1) 이 결정에 대하여는 재판관 3인(김영일·김효중·주선희 재판관)의 위헌의견이 있는바, 그 요지는 다음과 같다. 『폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항은 불법의 정도가 매우 상이하고 죄질이 전혀 다른 일련의 폭력범죄를 하나의 범죄유형으로 취급하여 이에 동일한 법정형을 정한 것이어서, 개별적인 경우에 책임원칙에 반하는 과잉처벌과 형벌체계상의 균형을 상실한 자의적인 처벌이 예정되어 있다고 할 것이고, 이에 더하여 ‘폭력범죄로 인한 2회의 징역형이라는 전범의 존재’와 ‘누범의 요건’에 해당하기만 하면, 위 조항이 정한 형의 상한과 하한을 모두 가중한 무기 또는 7년 이상의 징역형으로 처벌하는 것은 책임원칙에 반하는 과잉형벌이다. 나아가, 제3조 제3항의 상습범은 오로지 제3조 제1항의 범죄 즉, 집단적·흉기휴대적 폭력범죄가 반복적으로 행해져 그 상습성이 인정되는 경우에만 상습범이 성립하므로 단순폭력범죄의 반복을 요건으로 하는 누범에 비하여 그 불법이나 책임의 정도가 높음에도 불구하고, 누범과 상습범에 대하여 동일한 법정형을 정하고 있는 것에는 이를 정당화할 아무런 합리적인 이유를 발견할 수 없으므로 평등원칙에 위배된다.』

였다는 사정만으로 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙에도 어긋나며, 위 법률조항은 달리 취급하여야 할 것을 명백히 자의적으로 동일하게 취급함으로써 형벌체계상의 균형을 현저히 상실하여 평등원칙에도 위배된다”는 이유로 위헌으로 결정하였다.

**나. 다른 형사 특별법에 관한 선례 - 위헌결정**

헌법재판소는 “사고운전자가 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주하고, 그 피해자가 사망한 때에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다”고 규정한 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 ‘특가법’이라고 한다) 제5조의3 제2항 제1호가 살인죄와 비교하여 그 법정형을 더 무겁게 한 것은 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로서 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장한 국가의 의무와 헌법 제11조의 평등의 원칙 및 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙에 반한다고 판단하여 위헌 결정을 하였다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225-254). 또한, 특가법 제11조 제1항 중 마약류관리에관한법률(2000. 1. 12. 법률 제6146호로 제정된 것) 제58조 제1항 제1호 가운데 ‘매수’ 및 ‘판매목적소지’에 관한 죄를 범한 자는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다”고 규정한 특가법 제11조 제1항(마약사범의 가중처벌) 역시 “마약류관리에관한법률상의 단순범과 영리범의 구별조차 소멸시켜 불법의 정도, 죄질의 차이 및 비난 가능성에 있어서의 질적 차이를 무시함으로써 죄질과 책임에 따라 적절하게 형벌을 정하지 못하게 함으로써, 책임과 형벌간의 비례성 원칙과 실질적 법치국가원리에 위반된다”고 판시하였다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바 27).

**다. 중한 법정형을 규정한 법률조항에 대한 합헌례**

헌법재판소는 1997. 8. 21. 93헌바60 사건에서 강도상해죄를 무기 또는 7년 이상의 징역형에 처하도록 규정한 형법 제337조에 대하여 “어느 범죄에

대한 법정형의 하한도 여러 가지 기준의 종합적 고려에 의하여 정해지는 것으로서 죄질의 경중과 법정형의 하한의 높고 낮음이 반드시 정비례하는 것은 아니므로, 강도상해죄의 법정형의 하한을 살인죄의 그것보다 높였다고 해서 바로 합리성과 비례성의 원칙을 위배하였다고는 볼 수 없으며, 그 법정형의 하한이 집행유예를 선고할 수 없도록 높여 놓았다 하더라도 이는 강도상해죄를 범한 범죄자에 대하여는 반드시 장기간 사회에서 격리시키도록 하는 입법자의 입법정책적 결단으로 존중되어야 한다”라고 판시하면서 합헌을 선고하였다.

또한, 헌법재판소는 2001. 11. 29. 2001헌가16 사건에서 특수강도강간과 특수강도강제추행을 동일하게 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정한 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항에 대하여 원칙적으로 법정형의 선택과 범위는 입법재량에 속한다고 전제한 후 “특수강도가 피해자를 강제추행한 경우에 대한 비난가능성의 정도가 피해자를 강간한 경우에 비하여 반드시 가볍다고 단정할 수는 없고 오히려 구체적인 추행행위의 태양에 따라서는 강간의 경우보다도 더 무거운 처벌을 하여야 할 필요도 있으므로, 이 사건 법률조항이 양 죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 이를 두고 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고는 할 수 없다”고 합헌으로 판결하였다.<sup>2)</sup>

## 2. 미국 수정헌법 제8조의 ‘가혹한 형벌 금지 조항(Prohibition against cruel and unusual punishment)’에 관한 검토

미국 수정헌법 제8조는 “과도한 보석금이 요구되어서는 안되며, 과도한

2) 이에 대하여는 재판관 3인의 반대 의견이 있는바, 그 요지는 다음과 같다.

“범죄행위의 다양한 행위유형을 하나의 구성요건으로 포섭하면서 법정형의 하한을 무겁게 책정하여 죄질이 가벼운 행위까지를 모두 엄히 처벌하는 것은 명백히 책임주의에 반하고, 특정범죄로서 상정되는 행위유형이 다양하고 그 경중의 폭이 넓으면 넓을수록 그에 대한 법정형의 폭을 넓게 하여 탄력적인 양형 운용이 가능하도록 하여야 하는데, 이 사건 법률조항은 그 법정형의 하한을 10년 이상의 징역형으로 규정하여 실무상 법관이 범죄자의 귀책에 상응하는 형을 선고할 수 없도록 하고 있고, 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고를 할 수 없도록 하여 인간존중의 이념에 따라 재판을 할 수 있는 재량의 폭을 지나치게 제한함으로써 형벌개별화의 원칙을 구현하지 못하고 있을 뿐만 아니라 법관의 양형결정권도 현저히 침해하고 있다.”



벌금 또는 가혹하고 통상적이지 않은 형벌이 부과되어서도 안된다 (Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted).”라고 규정하고 있는데, 미국 연방 대법원이 ‘가혹하고 통상적이지 않은 형벌’이 구체적으로 무엇인지는 밝히지 않고 있다. 그러나, 미국 연방 대법원은 위 헌법 조항을 미국 법원 판결의 선고형과 형사 관계 법률의 법정형에 대한 위헌 심사의 기준으로 삼으면서 이를 구체화하고 있으므로 이와 관련된 미국의 판결을 참고할 필요가 있다.

### 가. 위헌 판결례

수정헌법 제8조가 적용되어 위헌으로 선고된 최초의 사례는 *Weems v. US*, 217 US 349 (1910) 사건이다. 미국 하급심 법원은 위 사건에서, 미국의 지배를 받던 필리핀에서 미국 정부에 고용된 필리핀인이 정부 문서를 위조하였다는 범죄사실을 유죄로 인정한 후 12년에서 20년의 징역 및 손목과 발목에 체인을 찬 채 강제노역을 할 것을 선고하자, 이에 대하여 미국 연방 대법원은 이는 필리핀 권리장전에 어긋나는 가혹하고 통상적이지 않은 형벌에 해당한다는 이유로 위헌으로 판시하였다.

그후 미국 연방대법원은, 100달러의 수표를 위조한 피고인에 대하여 제1심 법원이 가석방 가능성 없는 종신형을 선고한 *Solem v. Helm*, 463 US 277 (1983) 사건에서 가혹한 형벌 여부를 판단하기 위해서는 “원칙적으로 피고인에 대하여 인정된 범죄에 상응하는(proportionate) 형이 선고되어야 한다(proportionality standard)”고 전제한 후 다음의 3단계 과정을 제시하였다. 우선 법원은 형벌의 가혹성과 범죄의 중대성을 반드시 비교하여야 하는데, 범죄의 중대성이란 피해자 또는 사회를 위협하는 해악 및 범죄자의 죄책의 관점에서 정해져야 하고, 둘째, 같은 관할권 내에 있는 다른 범죄에 대하여 선고되는 형과 비교해 보는 것이 도움이 되며, 마지막으로 다른 재판 관할권 내의 같은 범죄에 대하여 선고되는 형을 비교하여 보는 것도 유용하다고 말하였다. 그런 다음, 미국 연방 대법원은, 피고인이 비록 전과가 있지만 그 내용이 상대적으로 가볍고, 비폭력적이며 사람을 상대로 한 범죄가 아니었으며, 직업적인 범죄인이라기보다는 직업을 잡는데 어려

움이 있는 알콜중독자로 인정한 후, ① 피고인이 상대적으로 가벼운 범죄 행위를 저지른 것에 대해 법률이 허용하는 최고의 형을 받은 점, ② 다른 주에서 더욱 중대한 범죄를 저지른 자보다 더욱 가혹한 형을 선고받은 점 및 ③ 피고인이 그 밖의 다른 재판 관할권 내에 있었다면 선고받을 수 있는 형보다 더욱 가혹한 형을 받은 점에 비추어 피고인에 대한 종신형은 ‘수정헌법 제8조가 금지하는 가혹한 형벌’에 해당한다고 판시하였다.

나아가, 사형을 선고한 하급심 판결에 대한 미국 연방 대법원의 입장을 살펴보기로 한다. *Coker v. Georgia*, 217 US 349 (1910) 사건에서 미국 연방 대법원의 다수의견은, “강간죄로 사형을 선고받은 자에 대하여 강간이 비난할 범죄이기는 하지만, 인간의 생명을 박탈할 정도의 정당성을 갖지 못하기 때문에 살인죄만큼의 죄책은 없다”는 이유로 위헌을 선고하였다. 그리고 공범자의 일인이 강도 범행 도중 살인을 하였으나 피고인은 살인의 의사가 없었음에도 하급심에서 사형을 선고받은 *Enmund v. Florida*, 458 US 782 (1982) 사건에서, 미국 연방 대법원은 “강도가 중대한 처벌을 받은 만한 중대한 범죄이기는 하지만 살인죄와 비교할 수는 없으므로, 살인하지 않고 살인하려고 시도하지 않았으며 살인의 의사도 없었던 강도 범행자에게, 살인자에게 선고된 사형을 동일하게 선고하는 것은 수정헌법 제8조 아래에서는 허용될 수 없다”라고 판시하였다. 또한, 미국 연방 대법원은 *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) 사건에서 “정신적 결함이 형사적 제재로부터의 면제를 보장하는 것은 아니나, 그러한 결함은 그들의 개인적인 죄책을 감소시킨다. 사형선고는 가장 중대한 범죄의 좁은 범위 내에서 이루어져야 한다는 것이 우리의 지속적인 법철학이므로, 정신적으로 지체 상태에 있는 사람에 대한 사형선고는 너무 가혹한 형벌로서 허용될 수 없다.”고 판결하였다.

이와 같이, 사형선고에 관하여는 미국 연방 대법원은 해당 범죄가 다른 범죄와의 관련 속에서 어느 정도의 중대성을 갖는지 여부에 따라 ‘허용될 수 없는 가혹한 형벌’인지 여부를 판단하고 있다.

### 나. 합헌 판결<sup>3)</sup>

3) 아래에서 검토하는 사건 외에도 법정형 및 선고형에 관한 합헌 판결은 다수 존재

(1) Hamelin v. Michigan, 501 US 957 사건

이 사건의 피고인은 초범으로서 코카인 672 그램을 소지한 죄로 가석방의 가능성 없는 필요적 종신형을 선고받았다. 미시간 주는 사형제도가 없었기 때문에 위 형이 가장 무거운 형벌이었고 이는 일급 살인죄, 650 그램 이상의 마약을 소지, 배포, 제조하는 죄에 해당하는 형벌이었다. 그런데 2급 살인, 강간 그리고 강도죄와 같은 폭력적인 범죄는 위와 같은 가혹한 필요적 형벌이 부과되어 있지 않았다. 피고인은 당해 형이 자신이 범한 죄와 “현저하게 불균형”할 뿐 아니라, 미시간 주의 법률이 양형 판사에게 범죄나 범죄인에 대한 특수한 성격을 고려함이 없이 형을 필요적으로 과하도록 요구하는 것은 잔인하고 이상한 형벌을 구성한다고 주장했다. 이에 대하여 미국 연방 대법원은 “수정헌법 제8조는 범죄에 대하여 심각하게 불균형한 극단적인 형을 금지한다”고 하면서도 위 법률이 범죄 억제 목적으로 성공적인 가능성이 있다면 합헌이라고 판시하였다.<sup>4)</sup> 그러나 스칼리아(Scalia) 대법관은 별개의견에서 “균형성이란 본질적으로 응보적인 개념이다. 그런데 일단 억제(deterrence)와 교화(rehabilitation)라는 목적이 의미있는 비중으로 개입되면 응보라는 개념을 지적으로 이야기하기가 곤란해진다”라고 말하였다. 위 판결은 종전에 법원이 사용하던 “균형 이론(proportionality test)”에서 “정책 분석(policy analysis)”으로 그 기준이 넘어가는 최초의 사례라고 할 것이다.

(2) Ewing v. California, 538 US 63 (2003) 사건

이 사건의 피고인은 골프클럽을 훔친 죄에 대하여 캘리포니아의 3회 전과범에 관한 법률(three-strikes statute)에 의하여 25년부터 종신까지의 징역형을 선고받았다. 이에 대하여 다수의견(3인의 대법관)은, “선고형은 자격박탈(incapacitation), 범죄의 억제, 응보 또는 교화라는 정당한 사유를 가

---

한다. 그런데, 아래 사건들은 기존의 ‘균형이론’에서 벗어나 새로이 ‘정책이론’을 위한 여부의 주요한 기준으로 삼으려는 최근 미국 연방 대법원의 경향을 보여주는 판결들이므로 이를 소개한다.

4) 미국 연방 대법원은 범죄와 형벌의 불균형 관념이 사형에 있어서는 지지될 수 있다 하더라도 사형 이외의 형벌에 대해서는 그 질적인 차이 때문에 이 원칙이 확장되지 않는다고 덧붙였다.

질 수 있다. 피고인에게 형을 부과하는 제도인 선고에 대한 근본적 정당성을 선택하는 것은 주 의회가 만드는 정책적인 선택(policy choice)이지, 연방정부의 몫은 아니다. 상습적 범죄는 형벌을 가중하는 정당한 근거라고 인식되어 왔다. 캘리포니아 주는 상습범에 대한 자격박탈과 범죄 억제에 대하여 정당한 이해관계가 있다. 주(state)가, 부과되는 형벌이 어떠한 실질적인 방법으로도 형사 정의 제도(criminal justice system)의 목표를 증진시킨다고 믿는 것에 정당한 근거를 갖고 있으면 그것으로 합헌으로 선언하기에 충분하다.“고 판시하였다. 위 판결에 대해서는, 법정형의 선택과 범위에 대한 입법자의 권한은 원칙적으로 존중되어야 함을 전제로 하지만, 수정헌법 제8조가 금지하는 가혹한 형벌을 판단함에 있어서 범죄와 형벌의 균형성 또는 비례관계를 평가하는 대신 단순히 입법자의 정책적인 판단이 정당한 정부 목적과 합리적인 관계를 갖고 있는지 여부만을 기준으로 삼으로써 근본적인 오류를 범하고 있다는 비판이 있다.<sup>5)</sup>

### 3. 법정형에 대한 위헌심사 기준에 관한 검토

#### 가. 헌법재판소 선례에 나타난 위헌심사 기준

(1) 헌법재판소의 위 선례들을 살펴보면 법정형에 대한 위헌심사 기준을 일응 아래와 같이 제시할 수 있다.

『어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 그러나, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질

5) Youngjae Lee, The Constitutional Right against Excessive Punishment, 91 Va. L. Rev. 677(버지니아 로 리뷰 91권)의 전반적인 취지임.

과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 또한, 형벌 체계상의 정당성과 균형성을 상실하지 않도록 하여 다른 범죄와의 관계에 있어서 평등의 원칙도 준수하여야 한다. 이러한 요구는 특별형벌의 경우도 마찬가지인바, 특별법의 입법취지상 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌 규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2, 242, 252-253).』

요컨대, 원칙적으로 법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 입법형성권의 범위 내에 속하므로, ① 인간의 존엄과 가치를 존중하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가 원리 및 ② 형벌체계의 균형성과 관련된 평등 원칙이 위반된 예외적인 경우 헌법에 위반된다는 것이다.

(2) 헌법재판소가 법률에 대한 위헌심사를 할 때 전통적으로 사용한 방법은 과잉금지원칙(비례성 심사)과 자의금지원칙(합리성 심사)이다. 원칙적으로 기본권의 제한 영역에 있어서는 과잉금지원칙이 적용되지만, 광범위한 입법형성권이 인정되는 분야에 있어서는 합리성 심사에 의하여 왔다. 그렇다면 법정형에 대한 위헌심사 기준으로서의 일응 합리성 심사에 의하여야 할 것이고, 특정 범죄에 규정된 법정형이 실질적 법치국가 원리 및 평등원칙을 현저하게 위반하여 자의적이라고 평가할 만한 예외적인 경우에만 위헌성을 면치 못하게 된다.

한편, 헌법재판소는 법정형이 자의적으로 규정되었다고 평가할 수 있는 구체적인 기준으로서 실질적 법치국가 원리와 평등원칙 위반을 제시하고 있는데, 더 세부적인 기준으로서는 형벌체계의 균형성을 상실할 정도의 가혹한 형벌인지 여부를 중시하여야 할 것이다<sup>6)</sup>. 왜냐하면, 특정 범죄에 대

6) 사실 ‘가혹한 형벌’ 여부는 미국 수정헌법 제8조가 제시한 위헌 심사기준이라고 할 것인데, 헌법재판소의 여러 선례 역시 책임과 형벌의 비례성을 강조하는 동시

한 법정형이 가혹한 형벌이라는 것은, 그 형벌이 범죄자의 책임에 상응하는 것이 아니라 범죄자를 포함한 수규범자가 도저히 납득할 수 없는 수준으로서 책임을 훨씬 상회하여 규정되어 있어 형벌과 책임 사이의 비례성과 다른 범죄와의 균형성을 상실한 경우를 의미하기 때문이다.

따라서, 법정형에 대한 위헌심사는 국회의 입법재량권을 존중한다는 기본적인 입장에서 특정 범죄에 대한 법정형이 형벌과 책임 사이의 비례성을 상실한 ‘형벌체계상 지나치게 가혹한 형벌’에 해당되는지 여부를 검토하여야 할 것이다.

(3) 법정형에 관하여 위헌이라고 결정한 헌법재판소의 선례를 검토함에 있어서 한 가지 주목할 점은, 위헌 선언된 법률들의 법정형 모두가 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역형이라는 것이다(최근 선고된 폭처법 제3조 제2항의 협박죄 부분에 관한 2003헌가12 사건 제외). 즉, 헌법재판소는 10년 이상의 법정형에 대하여만 위헌을 선고하여 왔는데, 그 이유는 책임과 형벌의 비례성 여부를 판단함에 있어 절대적인 가혹성을 표시하는 징표로서 10년 이상의 징역형을 하나의 기준으로 삼아 징역 10년 미만의 형에 대해서는 입법자의 입법형성권을 존중하려고 한 것으로 분석할 수 있다. 다시 말하면, 헌법재판소가 국회의 입법형성 영역 내에 있는 법정형에 대한 위헌 심사를 한 때에는 형벌의 절대적인 가혹성을 일차적인 고려 대상으로 삼고, 이를 통과하면 책임과 형벌의 비례성 나아가 다른 범죄와의 상대적인 균형성을 심사 기준으로 삼았다는 것이다.

#### 나. 법정형에 대한 위헌심사 기준의 이론적 배경 - 균형성(Proportionality)

앞서 본 바와 같이 헌법재판소의 선례는 최근의 폭처법 제3조 제2항의 협박죄에 관한 것을 제외하고는 10년 이상의 형에 관하여만 위헌을 선고하였으며, 합헌·위헌을 막론하고 모든 사건에 있어서 형벌과 책임 사이의 비례원칙 및 형벌의 체계정당성과 관련된 평등원칙을 그 기준으로 삼아왔다. 한편, 미국 연방 대법원은 사형을 규정한 법률에 대해서는 엄격하게 응

---

에 형벌의 과도한 가혹성을 계속하여 언급하고 있다(특가법의 도주차량에 관한 헌재 90헌바24 결정, 판례집 4, 232, 특가법의 마약가중처벌에 관한 헌재 2002헌바24 결정, 판례집 15-2, 252-253 등).

보를 근본원리로 한 ‘균형이론(Proportionality test)’을 적용하여 합헌 여부를 판단하여 왔고, 사형을 제외하고 중신형을 포함한 형벌에 대해서도 위 균형이론을 적용하여 오다가 최근에 이르러서 ‘정책이론’에 입각한 판결(Ewing, Harmelin 사건)을 하고 있다. 아래에서는 이와 같은 두 나라의 위헌 심사기준에 관한 이론적 배경을 살펴보기로 한다.

살피건대, “자신이 저지른 해악만큼의 형벌을 가하는 것이 정당하다”는 근본적인 원리를 같이 그 기본으로 한다는 점에서 우리의 ‘형벌과 책임 사이의 비례원칙’과 미국의 ‘균형이론’은 실질적인 면에서 동일하다고 할 것이다. 우리가 미국과 다른 점은 비례원칙 외에 평등원칙을 또 하나의 기준으로 삼고 있는 것으로 보이는데, 책임과 형벌 사이의 비례원칙이 침해된 경우 대부분 형벌 체계의 정당성 역시 상실하여 평등원칙도 침해되었다고 판단되므로 위 차이점이 큰 의미를 갖는 것은 아니라고 생각한다.<sup>7)</sup>

그렇다면, 법정형에 관한 위헌심사의 기준은 형벌과 책임의 비례원칙 또는 균형이론의 준수 여부라고 할 것인데, 그 핵심은 과연 “어느 경우에 비례성 또는 균형성이 충족되었는가”라는 점일 것이다. 근본적으로 형벌과 책임의 비례라는 의미는 응보(retribution)라는 개념과 맥을 같이한다고 할 것인데, 이는 자신이 행한 범행에 대하여 적절한 형벌을 받아야 하며, 범행이 중대할수록 그 처벌 역시 가혹하여야 한다는 것을 의미한다. 그러나 현실적으로 모든 범죄에 대하여 적당하고 비례에 합당한 형벌이 바로 ‘이것이다’라고 특정하는 것은 불가능하고, 다만 그 형벌이 책임에 상응하는 균형성을 상실한 지 여부의 판단은 가능할 것이므로, 이를 위헌심사의 기준으로 삼아야 한다.

균형성(Proportionality)은 비 상대적인 적정(Noncomparative Desert)과 상대적인 적정(Comparative Desert)의 두 가지 측면에서 판단할 수 있다. 전자는 피고인에 대한 형이 다른 동종의 범죄자 또는 다른 범죄에 대한 형벌과는 상관없이, 절대적으로 적정한 지 여부를 살펴보는 것이고, 후자는 피고인에 대한 형벌이 다른 종류 또는 다른 죄질의 범죄와 비교하여 적정

7) 현실적으로 법정형과 관련된 헌법재판소의 선례를 살펴보면, 비례원칙이 침해되었으나 평등원칙이 준수되었다는 사례나 비례원칙은 준수되었으나 평등원칙이 침해되었다는 사례는 찾아 볼 수 없고 모두 비례원칙과 평등원칙의 침해 여부가 동일하였다.

한 지 여부를 판단하는 것이다. 예를 들면, 차량 절도범에 대하여 5년형이 선고된 경우, 비 상대적 적정은 다른 차량 절도범 또는 다른 중하거나 가벼운 범죄자에 대한 형이 어떠한지 여부를 살펴 볼 필요 없이 5년의 형이 균형을 이루고 있는지를 묻는 것이고, 상대적 적정은 차량 절도죄를 저지른 다른 범죄자의 형 또는 위 범죄와 동등한 죄질의 범죄자 또는 위 범죄보다 가볍거나 무거운 범죄자에 대한 형이 무엇인지를 살펴보고 균형성 여부를 판단하고자 하는 것이다.<sup>8)</sup> 비 상대적 적정은 특정 범죄에 대한 형이 극단적인 경우에는 명백하게 적정 여부를 판단할 수 있지만,<sup>9)</sup> 실제 위헌 여부가 문제되는 경우는 극단적인 법정형에 대한 것이 많지 않으므로 상대적 적정을 판단하는 것이 실질적인 도움 해결에 더욱 유용하게 된다.

그런데 비상대적 적정과 상대적 적정 역시 개인별로 차이를 보일 수 있으므로 균형성 상실 여부에 관한 궁극적인 기준은 미국의 경우 ‘사회적 합의(social consensus)’<sup>10)</sup> 또는 우리의 경우 ‘헌법질서에 기초한 그 시대의 가치체계와의 일치성’<sup>11)</sup>에서 찾아야 할 것이다. 즉, 우리 사회가 범죄자에 내려진 형벌에 관하여 이를 승인할 수 있는지 여부라고 할 것인데, 이는 앞서 본 바와 같이 ‘범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과’를 고려하되 법정형에 대한 권한이 입법자에 있음을 감안하여 그 형벌이 필요한 정도를 현저하게 일탈한 경우에 한정하여 위헌을 선언하여야 할 것이다.<sup>12)</sup>

#### 4. 폭처법상 상해죄 조항의 입법배경과 개정연혁 등

1961. 6. 20. 법률 제625호로 공포, 시행된 폭력행위등처벌에관한법률(이하 ‘폭처법’이라 한다)은 집단적 또는 상습적으로 폭력행위 등을 자행하여 사회질서를 문란하게 하고 사회불안을 조성하는 자를 처벌함으로써(동법

8) Youngjae Lee의 위 논문, 제10면

9) 예를 들어, 존속폭행죄에 대하여 사형을 규정한다면 비상대적인 적정의 면에서 균형을 이루지 못하였다고 판단함에 있어 어려움이 없지만 이런 경우는 흔하지 않다.

10) Atkins, 536 US at 316

11) 현재 2003헌가12 참조

12) 위 현재 결정 참조



제1조) 사회질서를 바로잡고 불안을 해소하기 위하여 제정되었다. 즉, 근대적 범죄현상에 따른 폭력행위자로서 사회적 질서문란이나 사회적 불안조성이라는 “사회적 법익”을 침해한 경우에 이 특별법에 의하여 가중처벌하고 그 단속을 강화하자는 것이 최초의 입법취지였다.<sup>13)</sup>

그 후 폭처법이 1962. 7. 14. 법률 제1108호로 개정되면서 그 목적을 ‘집단적, 상습적 또는 야간에 폭력행위 등을 자행하는 자를 처벌’하는 것으로 확대함으로써, 사회적 질서를 문란하게 하고 사회적 불안을 조성할 정도에 이르지 아니한 폭력행위도 그 적용대상으로 포함시켰다. 그러나 제정 당시의 폭처법이 그 적용범위를 사회적 법익침해의 경우로 제한함으로써 형법에 대한 특별법으로서의 의의를 뚜렷이 하고 있었는데, 위와 같은 내용으로 제1조가 개정됨으로써 “야간, 상습, 집단, 흉기에 의한 폭력행위”는 모두가중처벌하게 되어 그 적용범위가 상당히 확대되었고, 따라서 형법규정에 비추어 볼 때 특별법으로서의 의의가 많이 감소되었다. 어쨌든 이러한 개정의 취지는 위와 같은 폭력행위는 개인적 법익침해는 물론이고 사회적 질서를 문란케 하고 사회적 불안을 조성할 가능성이 있으므로, 현실적인 사회적 법익침해의 여하를 불문하고 이를 근절하여 보자는 것이었다.<sup>14)</sup>

폭처법은 1990. 12. 31. 법률 제4294호로 다시 개정되었는데, 그 취지는 조직폭력사범, 상습폭력사범, 집단폭력사범 및 흉기사용폭력사범을 엄벌하여 민생치안의 확립에 이바지하려는 것이었고, 폭처법상 상해죄의 법정형도 ‘2년 이상의 유기징역’에서 ‘3년 이상의 유기징역’으로 가중되었다.

이와 같이 폭처법은 형법 규정만으로는 폭력행위를 예방하고 척결하기에 미흡하다는 입법정책적 판단과, 특히 위험성이 큰 일정한 폭력행위로부터 침해될 ‘개인적 법익’을 보호할 목적으로 이를 가중처벌하기 위하여 만들어진 법률이다.

## 5. 폭처법상 상해죄 조항에 관한 검토

### 가. 폭처법상 상해죄의 의의

13) 김희옥, 폭력행위등처벌에관한법률의 문제점, 「사법행정 제329호」(한국사법행정학회 1988.5), 35면.

14) 김희옥, 위의 논문(1988.5), 36-37면.

위 폭처법상 상해죄란, ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대’하여 형법상의 상해죄를 저지른 것으로서 3년 이상의 징역에 처하도록 규정되어 있고, 형법상의 상해죄는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지, 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하게 되어 있다. 즉, 폭처법상 상해죄는 형법상의 상해를 일반적 구성요건으로, 흉기 기타 위험한 물건의 휴대를 가중적 구성요건으로 하는데, 상해라는 결과불법에 있어서는 동일함에도 불구하고 범죄 수단의 불법성이 중대하다는 점을 감안하여 상해죄보다 가중하여 처벌하고 있다.

## 나. 위헌론

(1) 폭처법상 상해죄를 포함한 폭처법 제3조 제1항은 동 조항의 적용대상인 형법 본조에 대하여 일률적으로 3년 이상의 징역에 처하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고, 이에 따라 원래의 법정형은 낮게는 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많다. 그럼에도 불구하고 그 행위가 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 사정만으로 일률적으로 3년 이상의 징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋난다(헌재 2003헌가12 결정 참조).

(2) 폭처법상 상해죄는 ‘흉기의 휴대’를 가중처벌의 근거로 삼고 있는데, 폭력범죄에 있어서 흉기 사용의 효과에 대하여는 확정적인 의견이 정립되어 있지 않다. 즉, 흉기의 사용이 피해의 양상과 크기를 결정하는 핵심요인이라는 주장과 반드시 그렇지 않는다는 주장이 대립되고 있는데, 이는 흉기가 범죄결과에 대하여 이중적인 영향을 미친다는 점을 배제할 수 없다는 것을 의미하고 결국 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 이유로 가중처벌하는 것은 부분적인 정당성을 인정받을 수밖에 없게 되는 것이다.<sup>15)</sup>

또한, 폭처법상의 흉기 기타 위험한 물건을 휴대한 경우라도 형법 본죄의 각 개별 범죄의 구성요건보다 더 중한 결과를 야기하는 것은 아니다. 즉 범행수단에 있어서 차이가 있을 지라도 그 불법의 결과는 여전히 형법 본조의 기본적 구성요건이 예정하고 있는 범위 내에 있을 뿐만 아니라, 실

15) 진창수, 2005헌바14 연구보고서, 제17-18면

제로는 폭처법상의 상해죄보다 형법상의 상해죄가 더욱 중한 결과를 일으키는 경우도 많다. 그럼에도 불구하고 단순히 흉기를 휴대한 상해죄가 통상의 상해죄보다 범죄의 위험성 또는 범행결과의 중대성이 더 커질 가능성이 있다는 이유만으로, 폭처법상의 상해죄의 최고 법정형을 상해죄의 그것보다 월등히 높게 정하여 처벌하는 데에는 신중을 기하여야 한다.<sup>16)</sup> 더욱이 현재 대법원의 판례는 ‘위험한 물건’과 ‘휴대’의 개념을 폭넓게 해석하여 폭처법상 상해죄를 손쉽게 인정함으로써 벌금형이 선고되어도 무방한 사건에 대하여도 3년 이상의 필요적 징역형(실형 또는 집행유예)의 선고를 강제하는 경우가 많은데, 이는 본래 폭처법의 입법자가 의도하는 목적에 부합하는 것이 아니다.

(3) 폭처법 제3조 제1항에 해당하는 범죄와 유사하거나 관련있는 범죄로서 동 조항에 해당하지 아니하는 범죄를 살펴보면, 중상해죄(형법 제258조, 1년 이상 10년 이하의 징역), 상해치사죄(형법 제259조, 3년 이상의 유기징역), 폭행치상죄(형법 제262조, 상해·중상해죄의 예에 의함), 과실치상죄(형법 제266조, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료), 업무상과실치상·중과실치상죄(형법 제268조, 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금)가 있다.

과실범과 결과불범이 동일한 폭행치상죄를 제외하고 중상해죄 및 상해치사죄와 비교할 때, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 상해한 경우 행위의 수단으로 인하여 더욱 위험성이 크다는 이유만으로, 폭처법상의 상해죄의 범행 결과가 위 두 죄보다 가벼울 경우에도 ‘생명에 대한 위험, 불구, 불치·난치의 질병’, ‘사망’이라는 매우 중한 결과를 초래하는 중상해죄보다는 높게, 상해치사죄와는 동일하게 3년 이상의 징역에 처하도록 규정한 것은 형벌의 체계정당성에 어긋난다.<sup>17)</sup>

#### 다. 합헌론

(1) 원칙적으로, 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익과 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책

16) 진창수, 위 연구보고서, 제18-19면

17) 성왕, 2005헌바38 연구보고서, 제17면

적 측면 등 여러가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.

살피건대, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 저질렀을 경우에는 이미 그 행위 자체에 내재되어 있는 불법의 정도와 중대한 법익 침해 결과의 발생가능성이 높기 때문에 이러한 흉기 휴대 상해죄를 방지할 목적으로 입법자가 징역형의 하한을 3년으로 정한 것으로서 법정형의 선택에 있어서 합리적인 이유를 발견할 수 있고, 나아가 폭처법상 상해죄에 대한 3년 이상의 징역형이 현 시대의 가치체계에 현저히 반하는 가혹한 형벌이라고 보여지지 않으므로 이 부분 법률조항이 책임과 형벌의 비례원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

(2) 폭처법 제3조 제1항이 다른 유형의 형법 본조상의 범죄행위에 대하여 ‘흉기 휴대’라는 공통적인 사정만으로 일률적으로 징역 3년 이상의 처하도록 규정한 것이 실질적 법치국가의 이념에 반한다는 위헌론의 위 근거에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다.

위헌론의 위와 같은 주장은 본래 폭처법 제3조 제2항 전체를 심판대상으로 한 헌재 94헌가4 사건에서 제기된 것인데, 그후 폭처법 제3조 제2항 중 형법 제283조 제1항(협박) 부분을 심판대상으로 한 헌재 2003헌가12 사건에서 차용되어 위헌의 논거로 사용되었다. 그런데 위 논거는, 그 유형과 구성요건이 다른 여러 범죄에 대한 법정형을 정한 폭처법 제3조 제2항 전체에 관하여는 각각의 고유성을 무시한다는 점에서 ‘실질적인 정의를 고려하지 않은 법정형의 무책임한 일률적인 규정’이라는 비판이 가능할 것이지만, 여러 가지 범죄 중 특정하여 폭처법상 상해죄 또는 협박죄 등 각각 하나의 죄를 대상으로 그 법정형이 현저하게 가혹한지를 묻는 질문에 대한 대답으로서는 적절하지 못하다는 점에서 이 사건에 있어서는 타당하지 않다.

(3) 위헌론은, 흉기 휴대 범죄에 대한 가중처벌의 정당성이 약하고, 상해죄와 동일한 범행 결과를 낳는 폭처법상의 상해죄의 법정형이 그 범행 결과가 더욱 무거운 중상해죄, 상해치사죄와 비교하여 더 높거나 동일하게 규정한 것은 형벌의 체계정당성에 어긋나 평등원칙에 반한다고 주장한다.

살피건대, 폭행·협박·체포·감금·주거침입·손괴 등과 달리 상해죄는

위험한 물건을 휴대하여 범행을 하였을 경우 이에 대하여 가중하여 처벌하는 특수상해죄가 형법에 규정되어 있지 않다는 점에서 위 폭행·협박 등의 죄와 달리 폭처법에 ‘흉기 휴대를 요건으로 하는 상해죄’를 규정할 필요가 있다.<sup>18)</sup> 또한 위와 같이 폭행, 협박 등 폭력범죄가 흉기를 휴대한 경우 형법 분조에서도 이를 가중하여 처벌한다는 것은 폭처법상 상해죄에 대한 가중 처벌도 정당성을 갖는다고 볼 여지가 충분히 있다. 마지막으로, 중상해죄와 상해치사죄의 법정형과 폭처법상 상해죄의 그것이 비슷하거나 동일하다는 이유가 즉시 형벌 체계상의 정당성을 무너뜨려 이것의 적용이 평등원칙에 위반된다고는 볼 수 없으므로, 이 또한 입법자의 결단으로서 존중되어야 할 재량의 범위 내에 있다고 보는 것이 더욱 타당하다.

(4) 앞서 본 바와 같이 가혹한 형벌 금지에 관한 헌법 조항을 갖고 있는 미국 헌법재판에 있어서는 법원의 선고형이 주로 심판대상이 되었는데, 주 법원이 법정형에 대하여 감경의 재량권을 갖고 책임에 부응하는 양형을 한 경우에는 대부분 위 헌법조항의 위반 문제가 발생하지 않은 점과 피고인이 실질적으로 기본권의 침해를 받는 것은 형사 관계 법률이 규정하고 있는 법정형이 아니라 법원의 선고형이라는 점에 비추어 볼 때, 집행유예의 가능성 여부는 이 사건 법률조항의 위헌성 심사에 있어서 중요한 요소라고 볼 수 있을 것이다.

살피건대, 폭처법상 상해죄의 법정형은 징역 3년 이상으로서 법률적으로 항상 집행유예가 가능하고 법관의 작량감경에 의하여 피고인의 책임에 상응하는 형량을 조절할 수 있으므로, 폭처법상 상해죄로 기소된 구체적인

---

18) 단순 폭행·협박·체포·감금·주거침입·손괴죄의 각 법정형과 흉기 휴대한 경우의 각 법정형을 비교하여 보면 다음과 같다.  
 ○ 형법 제260조 제1항 폭행(징역 2년 이하 또는 벌금) : 형법 제261조 특수폭행(징역 5년 이하 또는 벌금)  
 ○ 형법 제283조 제1항 협박(징역 3년 이하 또는 벌금) : 형법 제284조 특수협박(징역 7년 이하 또는 벌금)  
 ○ 형법 제276조 제1항 체포(징역 5년 이하 또는 벌금) : 형법 제278조 특수감금(형의 2분의 1 가중 즉, 징역 7년 6월 이하 또는 벌금), 감금죄는 체포죄와 동일함  
 ○ 형법 제319조 제1항 주거침입(징역 3년 이하 또는 벌금) : 형법 제320조 특수주거침입(징역 5년 이하 또는 벌금)  
 ○ 형법 제366조 제1항 손괴(징역 3년 이하 또는 벌금) : 형법 제369조 특수손괴(징역 5년 이하 또는 벌금)

사건에서 형을 정함에 있어 책임과 형벌의 비례원칙에 어긋나는 과도한 형이 선고될 가능성은 극히 희박하다는 점에서 위 법정형이 범죄자 개인에 대하여 인간의 존엄과 가치를 훼손할 만큼의 가혹한 형벌이라고는 볼 수 없을 것이다.

## 라. 소결

3년 이상의 징역형을 규정하고 있는 폭처법상 상해죄 조항에 관한 합헌, 위헌론을 살펴보면, 합헌론의 논거가 더욱 타당성이 있다고 할 것이므로 위 법률조항은 그 법정형이 책임과 형벌의 비례원칙과 평등원칙을 현저히 위반하여 입법재량을 일탈하였다고 볼 수 없어 합헌으로 봄이 상당하다.

## 6. 폭처법상 협박죄 조항에 관한 검토

형벌 법규가 개정되어 그 형이 구법보다 경하게 된 때에는 신법이 적용된다(형법 제1조 제2항, 제8조). 그런데, 이 사건 위헌 여부의 심판대상이 된 구 폭처법은 제청법원이 위헌 여부의 심판을 제청한 뒤인 2006. 3. 24. 법률 제7891호로 개정, 공포되었고, 개정된 폭력행위등처벌에관한법률(이하 '개정 폭처법'이라 한다)에서는 구 폭처법 제3조 제2항을 삭제하고, 위 부분 범죄사실과 같이 '야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여, 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자'에 대해서 '1년 이상의 유기징역'에 처하도록 하여(개정 폭처법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제1호) 법정형을 경하게 개정하였으며, 그 부칙에서 개정 폭처법 제2조 및 제3조의 개정규정 중 존속대상 범죄에 대한 부분과 제4조의 개정규정을 제외한 나머지 부분은 공포일 부터 시행되는 것으로 규정하였다.

따라서, 이 사건 위헌심판제청 중 폭처법상 협박죄 조항에 대한 부분은 심판 계속 중 그 위헌 여부의 심판대상이 된 법률조항이 위와 같이 개정되어 재판의 전제성을 상실하게 됨으로써 부적법하게 되었다.

## 7. 이 사건 결정의 의의

법정형의 종류와 범위의 선택은 원칙적으로 입법자에게 광범위한 재량

권이 부여된 영역이라고 할 것이나, 그 법정형이 형벌과 책임 사이의 비례성을 상실한 형벌 체계상 지나치게 가혹한 형벌인 경우 위헌으로 선언될 수밖에 없다. 이 사건 결정은 이러한 법정형의 원칙적인 위헌심사기준을 재확인하는 의미를 갖고 있다. 그런데, 앞서 제시한 기준은 구체적인 사건에 적용할 경우 추상적인 의미를 갖고 현실적인 잣대를 부여하지는 못하고 있으므로, 특정 법정형이 비례원칙을 상실하였는지에 관한 실증적인 연구, 검증 작업이 동시에 병행되어야 할 것이다.





## 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제4항 제1호 등 위헌확인

(헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5, 판례집 18-1상, 491)

사 불 관\*

### 【관시사항】

1. 법정형에 대한 입법형성권의 범위와 한계
2. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정되고, 2004. 12. 31. 법률 제7311호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘특경법’이라 한다) 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 책임과 형벌 간의 비례성 원칙에 위반되는지 여부(적극)
3. 이 사건 법률조항이 다른 범죄와 관계에서 형벌체계의 균형성 및 평등원칙에 위반되는 지 여부(적극)
4. 종전에 이 사건 법률조항 중 일부에 대하여 합헌결정이 있었음에도 판례를 변경한 사례

### 【심판대상】

특경법 제5조 【수재등의 죄】

- ① 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.
- ② 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제삼자

---

\* 헌법연구관

에게 금품 기타 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.

③ 금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하여 소속 금융기관 또는 다른 금융기관의 임·직원의 직무에 관한 알선에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.

④ 제1항 내지 제3항의 경우에 수수·요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액(이하 “수수액”이라 한다)이 1천만원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 수수액이 5천만원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
2. 수수액이 1천만원 이상 5천만원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

## 【사건의 개요 등】

### 1. 사건의 개요

당해사건의 피고인 이○규는 조흥은행 테크노마트 지점 차장으로서 대출업무를 담당하면서 ① 이○서의 청탁을 받고 미분양 빌라 24세대를 담보로 16억원 상당을 대출해 준 대가로 7회에 걸쳐 합계 금 6,900만원을 교부받고, ② 이○풍으로부터 20억원 상당의 대출기한을 연장해 준 대가로 4회에 걸쳐 합계 금 2,250만원을 교부받았다는 공소사실로 인천지방법원에 기소되었는데, 위 법원은 2005. 6. 23. 위 ①의 행위에 대하여는 특경법 제5조 제1항, 제4항 제1호를, 위 ②의 행위에 대하여는 같은 법 제5조 제1항, 제4항 제2호를 각 적용하여, 징역 5년에 처하고 9,150만원을 추징한다는 판결(2005고합133)을 선고하였고, 항소심 법원인 서울고등법원은 2005. 11. 2. 피고인의 항소를 기각하는 판결(2005노1455)을 선고하였으며, 대법원은 상고심(대법원 2005도8744) 계속 중인 2006. 2. 27. 특경법 제5조 제4항 중 제1호 및 제2호 부분이 헌법에 위반된다는 이유로 직권으로 위헌제청결정을 하였다.

## 2. 제정법원의 위헌여부심판제정 이유

죄질과 행위의 태양 및 위험성이 거의 동일하다고 평가되는 공무원의 수뢰행위에 대하여는 그 처벌법규인 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 ‘구 특가법’이라 한다) 제2조 제1항이 수뢰액을 세분하여 그에 따라 법정형을 정하는 것으로 개정되었음에도 불구하고, 금융기관의 임·직원의 직무에 관한 금품수수를 가중처벌하는 이 사건 법률조항은 개정되지 아니함에 따라 그 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 거의 유사한 같은 유형의 두 범죄를 서로 다른 법정형으로 처벌하게 됨으로써 결과적으로 피고인이 유죄로 인정되는 때에는 동일 유형의 범죄를 저지른 다른 사람에 비해 현저히 중한 형에 처해지게 될 것인바, 이는 형벌 체계상의 균형성을 심히 상실하여 헌법상 평등의 원칙에 위배된다.

### 【결정요지】

1. 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이기는 하지만, 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없다. 즉 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위험으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형

을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다.

2. 이 사건 법률조항은 금융기관 임·직원의 부정부패로 대형 금융사고가 발생함으로써 국가경제가 어려움이 처하였을 때 제정되었고, 공무원이 아닌 금융기관의 임·직원도 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구됨을 전제로, 금융기관의 임·직원이 범하는 특정경제범죄를 가중처벌하는 방법으로 잠재적인 범죄자에 대한 위하를 통하여 일반 예방효과를 극대화함으로써, 건전한 경제질서를 확립하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지할 것을 목적으로 제정된 것이다. 그러나 이 사건 법률조항은 당초의 목적이었던 일반예방의 목적을 전혀 달성하지 못하고 있고, 다른 나라의 입법례에서도 그 유례를 찾아보기 힘들다. 또한 이 사건 법률조항 중 제1호 부분은 수수액이 5,000만원 이상인 경우에는 범인의 성행, 전과 유무, 범행의 동기, 범행 후의 정황 등 죄질과 상관없이 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있어, 법관으로 하여금 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 함으로써 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있는 바, 이는 살인죄(사형, 무기 또는 5년 이상의 징역)의 경우에도 작량감경의 사유가 있는 경우에는 집행유예가 가능한 것과 비교할 때 매우 부당하고, 이 사건 법률조항 중 제2호 부분도 수수액이 1,000만원 이상 5,000만원 미만인 경우 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있어 작량감경을 하지 않으면 집행유예를 선고할 수 없어, 실무상 작량감경이 일상화되어 있는 실정이다. 이는 결국 이 사건 법률조항이 수재 행위자에 대한 엄정한 처벌을 통한 일반예방이라는 당초의 목적을 달성하지 못하고 있음은 물론 오히려 수범자들에게 법의 권위를 떨어뜨리는 위험을 초래할 수 있어 형사정책적으로도 불합리한 결과를 가져오고 있음을 의미하는 것이고, 행위 불법의 크기와 행위자 책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 것이라는 의심을 가지기에 충분하다.

3. 현대 사회에서는 국가기관 이외에도 공적인 성격을 가진 기관, 단체의 활동이 증대하고 있고, 그 중요성도 커지고 있다. 이처럼 공공의 이익에 직, 간접적인 관련을 맺고 있으며 그 직무의 공정성이 가지는 사회적 의미도 매우 큰 영역의 종사자들에 대하여는 그 직무에 관해 공무원에 준하는

공정성과 청렴성이 요구되고, 이러한 기관, 단체의 종사자들의 직무에 관한 뇌물 수수를 금지함으로써 그 직무집행의 공정을 확보할 필요가 있다. 그런데, 이 사건 법률조항의 법정형은 그 죄질과 보호법익이 유사한 변호사, 파산관재인, 공인회계사 등의 수재죄의 법정형과 비교하여 지나치게 과중할 뿐만 아니라, 최근 이 사건 법률조항과 동일하게 수뢰액을 기준으로 가중처벌할 것을 규정하고 있던 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항이 개정됨에 따라 금융기관의 임·직원으로서의 일정한 경우에는 오히려 공무원보다도 더 중한 법정형으로 처벌되는 불합리한 결과가 발생하게 되었다. 따라서, 이 사건 법률조항은 다른 범죄와의 관계에서 형벌체계상 균형을 상실하여 평등의 원칙에 위반된다 할 것이다.

4. 그러므로, 이와는 달리 특경법 제5조 제4항 제1호가 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합) 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 한다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 법률조항의 연혁과 입법례

#### 가. 이 사건 법률조항의 연혁과 입법목적 등

(1) 이 사건 법률조항은, 1983년경 금융기관의 임·직원이 관련된 이철희·장영자 사건, 명성 사건, 조흥은행 사건과 같은 거액의 재산범죄 사건과 거액의 외화도피사건이 잇따라 발생하자, 금융기관 임·직원의 금품수수 등 비위 행위에 대하여 엄히 가중처벌함으로써 이에 대처하겠다는 국가형벌권의 의지를 표명하여 1983. 12. 31. 법률 제3693호로 신설된 조항이다<sup>1)</sup>. 그 후 이 사건 법률조항은 국가경제규모의 확대와 국민법감정의 변천

---

1) 특경법의 제정이유는, ‘경제범죄가 날로 대형화·조직화·지능화되고 경제·사회에 미치는 충격과 피해가 막심하여 그 근절대책이 절실한 실정임에도 현행 처벌법규는 법정형이 지나치게 가볍거나 벌칙규정의 미비로 말미암아 적절히 대처하지 못하고 있으므로 건전한 국민경제유리에 반하는 거액경제사범 및 재산국외도피사범에 대한 법정형을 대폭 강화하고 금융기관 임·직원의 금품수수 등 비위를 엄벌함과 아울러 범법자들의 경제활동을 제한함으로써 경제질서의 확립을 도모하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지하려고 한다’는 것이다.

에 따라 구성요건해당금액과 범정형을 현실에 맞도록 조정하기 위해, 1990. 12. 31. 위 조항 본문 중 “200만원 이상인 때에는”을 “1천만원 이상인 때에는”으로 하고, 위 조항 제1호 중 “2천만원이상인 때에는”을 “5천만원 이상인 때에는”으로 하며, 동호 중 “사형·”을 삭제하고, 위 조항 제2호 “200만원 이상 2천만원 미만인 때에는”을 “1천만원 이상 5천만원 미만인 때에는”으로 일부 개정되었다<sup>2)3)</sup>.

(2) 이와 같이 이 사건 법률조항은 위와 같이 금융기관 임·직원의 부정 부패로 대형 금융사고가 발생함으로써 국가경제가 어려움이 처하였을 때 제정되었고, 공무원이 아닌 금융기관의 임·직원도 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구됨을 전제로, 금융기관의 임·직원이 범하는 특정경제범죄를 가중처벌하는 방법으로 잠재적인 범죄자에 대한 위하를 통하여 일반예방효과를 극대화함으로써, 건전한 경제질서를 확립하고 나아가 국민경제의 발전에 이바지할 것을 목적으로 제정된 것이다. 즉, 특별법 제2조 소정의 금융기관이 비록 영리를 목적으로 하는 사기업이지만, 특별법령에 의하여 설립되고 그 사업 내지 업무가 공공적 성격을 지니고 있어 국가의 경제정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 임·직원에게 대하여 일반 공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하여 그 직무의 불가매수성을 확보하고자 하는 데에 이 사건 법률조항의 입법 취지가 있고<sup>4)</sup>, 이러한 금융기관 임·직원의 청렴성과 불가매수성이 그 보호법익이다.

## 나. 입법례

다른 나라의 입법례를 보면, 금융기관의 임·직원을 공무원에 준하여 처벌하는 나라는 일본을 제외하고는 없는 듯 하고<sup>5)</sup>, 공무원의 수뢰죄에 대한

2) 제151회 국회 법제사법위원회회의록 제10호 201면 참조.

3) 참고로 특가법 제2조 제1항도 1990. 12. 31. 법률 제3280호로 이 사건 법률조항과 동일하게 개정되었다.

4) 대법원 2002. 2. 22. 선고 99도4942 판결 참조

5) 일본의 경제관계범죄의 정비에 관한 법률(經濟關係罰則の整備に關する法律) 제1조에 의하면 “특별법령에 의하여 설립된 회사, 철도사업·전기사업·가스사업 등 그 성질상 당연히 독점으로 될 사업을 영위하거나 또는 임시물자수급조정법 등 경제의 통제를 목적으로 하는 법령에 의하여 통제관련업무를 영위하는 회사 또는

법정형을 보더라도 대만의 경우<sup>6)</sup>를 제외하고는 가장 과중하며, 특히 수괴액에 따라 가중처벌하는 것을 내용으로 하는 입법례는 우리나라 이외에는 없는 것으로 보인다.

## 2. 특정법에 대한 헌법재판소의 선례의 검토

### 가. 특정법 제5조 제4항 제1호에 대한 선례

이 사건 법률조항 중 제1호 부분에 대하여는 우리 재판소가 이미 2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합) 사건에서 합헌결정을 한 바 있는데(판례집 17-1, 907-918), 다수의견 및 반대의견의 요지는 다음과 같다.

#### (1) 다수 의견

(가) 금융기관의 임·직원에게는 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되고, 이들이 직무와 관련하여 금품수수 등의 수재행위를 하였을 경우에는 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형사제재를 가함으로써 금융업무와 관련된 각종 비리와 부정의 소지를 없애고, 금융기능의 투명성·공정성을 확보할 필요가 있으므로 금융기관의 임·직원의 직무와 관련된 수재행위에 대하여 일반 사인과는 달리 공무원의 수괴죄와 동일하게 처벌한다고 하더라도 거기에는 합리적인 근거가 있다 할 것이고, 따라서 위 법률조항은 평등원칙에 반하지 않는다.

(나) 위 법률조항은 살인죄와 비교하여 법정형의 하한이 2배 높고, 수수

---

조합, 이에 준하는 별표 소정의 업체의 임·직원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구, 약속한 때에는 3년 이하의 징역에 처하고, 부정한 행위...를 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 한편, 일본 형법은 우리나라와 마찬가지로 공무원의 단순수괴죄에 대하여 징역 5년 이하의 징역에(제197조), 부정행위를 한 가중수괴죄에 대하여 1년 이상의 유기징역에(제197조의 3) 처하도록 규정하고 있다.

- 6) 대만 형법은 공무원의 단순수괴죄에 대하여 7년 이하의 징역에(제121조), 직무에 위배되는 행위를 한 가중수괴죄에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역에(제122조) 처하도록 규정하고 있고, 특별형법으로서 ‘부정공무원처벌법(戡亂時期貪污治罪條例)’을 두고 있는데, 동법 제4조에서는 ‘직무에 위배된 행위에 대하여 뇌물이나 기타 부정한 이익을 요구·약속 또는 수수한 자에 대하여 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 유기징역’에, 동법 제5조에서는 ‘직무상의 행위에 대하여 뇌물이나 기타 부정한 이익을 요구·약속 또는 수수한 자에 대하여 무기징역 또는 7년 이상의 유기징역’에 처하도록 규정하고 있다.

액만을 기준으로 법정형이 달라지는 구조를 취하고 있지만 ① 살인죄와 위법률조항 위반죄는 보호법익이 서로 다르고, 위법률조항에는 살인죄와는 달리 사형이 규정되어 있지 않은 점, ② 일반적으로 수수액이 증가하면 범죄에 대한 비난가능성도 높아진다고 보는 것이 합리적인 점, ③ 금융기관 임·직원의 부정부패로 인한 대형 금융사고의 발생방지라는 위법률조항의 입법배경, 그리고 ④ 금융기관의 임·직원과 마찬가지로 직무의 공정성과 연결성을 요구받는 공무원의 경우에도 수수액이 5천만원 이상인 경우 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 위법률조항의 법정형은 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃고 있다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다.

(2) 재판관 전효숙의 반대의견

(가) 금융기관의 임·직원의 청렴성과 불가매수성이라는 중요한 법익을 보호하고 5천만 원 이상의 수재행위와 같이 비난가능성이 높은 범죄에 대한 엄한 형벌이 필요하다고 하더라도, 행위불법의 크기와 행위자책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 위법률조항은 위헌의 의심을 가지기에 충분하다. 이로 인하여 위법률조항에 대한 법원의 양형이 왜곡됨으로써 법의 권위를 떨어뜨릴 위험을 초래하고 있는 반면에 일반예방적인 효과의 유효성 여부는 검증되지 않고 있다.

(나) 나아가 금품 수수액을 기준으로 하는 불법평가는 경제사정에 따라 매우 유동적이므로 범죄자들 사이에 수수액에 관한 법률의 개정으로 심한 실질적인 불평등을 초래할 수 있고, 이를 시정할 적절한 방법을 찾기도 어렵다.

(다) 그리고 위법률조항은 수많은 양형인자 중 법익침해의 정도라는 불법요소만을 지나치게 강조하고 있어 법관으로 하여금 수많은 양형인자를 양형에 적절히 반영할 수 없게 하고, 이에 따라 범죄자의 책임에 상응하는 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있다.

**나. 특경법 제5조 제1항에 대한 선례**

또한 우리 재판소는 특경법 제5조 제1항에 대해서도 1999. 5. 27. 98헌바



26 사건 및 2001. 3. 21. 99헌바72, 2000헌바12(병합) 사건<sup>7)</sup>에서 합헌결정을 내린바 있고(판례집 11-1, 622-632; 판례집 13-1, 550-576), 그 요지는 다음과 같다.

(1) 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.

(2) 금융기관의 임·직원에게는 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되고, 이들이 직무와 관련하여 금품수수 등의 수재(收財) 행위를 하였을 경우에는 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형사제재를 가함으로써 금융업무와 관련된 각종 비리와 부정의 소지를 없애고, 금융기능의 투명성·공정성을 확보할 필요가 있으므로 특경법 제5조 제1항에서 금융기관의 임·직원의 직무와 관련한 수재행위에 대하여 일반사인과는 달리 공무원의 수뢰죄와 동일하게 처벌한다고 하더라도 거기에는 합리적인 근거가 있다.

(3) 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다.

(4) 특경법 제5조 제1항은 금융기관 임·직원의 청렴성과 불가매수성(不

---

7) 이 사건에서는 특경법 제5조 제1항뿐 아니라 특경법 제6조 제1항의 위헌성이 문제되었는데, 우리 재판소는 특경법 제6조 제1항도 평등의 원칙과 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.

可買收性)을 그 보호법익으로 하고 있고, 이는 금융기능의 투명성·공정성 확보 및 건전한 경제질서의 확립에 직결된다는 점에서 대단히 중요한 공익이라 할 것이며, 이 사건 법률조항은 당시 금융기관 임·직원의 부정부패로 대형 금융사고가 발생함으로써 국가경제가 어려움에 처하였던 때 입법되었는데, 오늘날 아직도 금융계의 부조리가 근절되지 아니하고 있음에 비추어 위와 같은 폐해를 방지하고자 하는 이 사건 법률조항의 필요성은 여전한 뿐 아니라 금융의 국제적 개방화시대를 맞이하여 경쟁력 확보를 위하여서도 금융비리 일소라는 과제는 반드시 실현되어야 한다는 점 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 법률조항의 법정형이 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌성에 대한 재검토의 필요성

가. 앞서 본 바와 같이 우리 재판소는 이미 이 사건 법률조항 중 제1호 부분에 대하여, 위 조항이 입법형성권의 한계인 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙, 형벌체계의 정당성 등을 내용으로 하는 평등원칙 등에 위배되지 않는다고 판시하였고, 우리 재판소는 이미 합헌으로 선언된 법령조항에 대하여 이를 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 아니한 경우에는 다시 합헌결정을 하여 왔다<sup>8)</sup>.

나. 그러나, 이 사건 법률조항 중 제2호 부분에 대해서는 아직 선례가 없는데다가, 위 선례에서 이 사건 법률조항 중 제1호 부분에 대한 합헌 판단의 근거가 되었던 구 특가법 제2조 제1항이 개정됨에 따라, 금융기관의 임·직원의 '수수액이 5천만원 이상 1억원 미만인 경우'에는 공무원보다 오히려 중한 법정형으로 처벌되는 결과가 발생하게 되는 등의 사정변경이 있었고, 이 사건 법률조항이 그 동안의 물가변동 등 경제적 상황의 변화에 따른 화폐가치를 반영하고 있지 못하고, 그 법정형이 지나치게 과중하여 비례원칙 등에 위반된다는 의견이 있어 왔으므로<sup>9)</sup>, 이 사건 법률조항의 위헌성에 대하여 다시 검토할 필요가 있다고 할 것이다.

8) 헌재 2001. 7. 19. 2001헌바6, 판례집 13-2, 60, 65(지방세법 제234조의15 제2항 제6호 중 '대통령령으로 정하는 토지의 가액' 부분 위헌소원 사건) 등 다수

9) 위 2004헌바4 등 사건에서 전효숙 재판관의 반대 의견 등

#### 4. 선례에서 나타난 법정형에 대한 위헌심사기준

##### 가. 법정형에 대한 입법형성권의 범위와 한계

(1) 우리 헌법은 자유민주적 기본질서의 보호를 그 최고의 가치로 하여, 국가의 기능을 입법·행정·사법으로 분립하여 상호간의 견제와 균형을 이루게 하는 권력분립제도를 채택하고 있고, 헌법 제40조에서 입법권은 주권자인 국민의 대의기관인 국회에 귀속시키고 있어 형벌 법규의 제정은 원칙적으로 국회의 고유권한에 속한다. 이러한 형벌 법규에는 형법전 이외에 형사특별법, 행정 형법 등이 있고, 특수한 영역의 범죄에 탄력적으로 대응하거나 특히 사회문제가 되고 있는 특정 범죄에 대하여 효율적·기능적으로 대처하기 위하여 형사특별법의 제정필요성이 인정된다. 즉 입법권자는 유동적이고 가변적인 현대사회의 다양한 현상에 시의적절하게 대응하기 위하여 그 제정이 필요하거나 이를 정당화할 특별한 사안이 있는 경우에는 기존의 일반 형사법에 대한 특별규정으로 특정 범죄에 대하여 예외적으로 허용되는 특별법을 제정할 수 있다<sup>10)</sup>.

특히 어떤 행위를 범죄로 규정하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다<sup>11)</sup>.

(2) 그러나 이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없다. 즉 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 ① 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, ② (헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라) 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하

10) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 231 참조

11) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 547; 헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 196-197 참조

도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. ③ 이러한 요구는 특별형벌의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형벌과 비교하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이 명백하고, 입법재량권이 헌법 규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사되는 것으로 평가되는 경우에는, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이라고 보아야 한다<sup>12)</sup>.

### 나. 법정형에 대한 위헌심사기준

(1) 요컨대, 우리 재판소는 형벌 법규의 제정은 원칙적으로 국회의 고유 권한에 속하는 것으로서 법정형의 종류와 범위의 선택은 국회의 입법정책적 고려에 따라 결정된다는 점을 분명히 하면서도, 앞서 본 바와 같이 특정 범죄에 규정된 법정형이 ① 인간의 존엄과 가치<sup>13)</sup>, ② 책임과 형벌의 비례성 원칙, ③ 형벌체계상의 불균형과 평등 원칙, ④ 법관의 양형결정권<sup>14)</sup> 등을 현저하게 위반하거나 침해함으로써 자의적인 입법권의 행사라고 평가할 수 있을 때 예외적으로 위헌성을 인정하여 왔다고 할 수 있고, 위와 같은 원칙들이 일반적인 의미에서 법정형에 대한 위헌심사기준이 된다.

(2) 한편 법정형에 대한 위헌성을 판단함에 있어서는 그것이 위와 같은 일반적인 심사기준을 충족하였는지, 즉 입법재량의 한계 내에 있는 것인지

12) 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2, 242, 252-253 참조

13) 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조 제1항은 모든 기본권 보장의 궁극적 목적조항이고 그 밖의 기본권조항은 이를 위한 수단조항이라 할 것이므로, 구체적 기본권을 침해하는 것은 언제나 헌법 제10조 제1항에 위반된다고 할 수 있을 것이다. 따라서, 이 사건과 같이 법정형에 대한 위헌성을 심사하는 경우에 있어서 인간의 존엄과 가치는 독자적인 심사기준이라고 보기는 어렵고, 어떤 법률조항이 비례원칙이나 평등원칙에 위반된다고 판단될 경우 그 최종 근거로서만 활용될 수 있다고 생각되므로, 이 보고서에서는 따로 검토하지 아니한다.

14) 우리 재판소의 선례에서 말하는 형벌개별화의 원칙은 ‘법관들이 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 행위자의 책임에 알맞은 형벌을 선고하여야 하는 원칙’을 말한다. 이는 비례원칙으로부터도 요구되지만, 헌법 제27조 제1항(법관에 의한 재판을 받을 권리)과 헌법 제103조(사법권의 독립)에 근거한 법관의 양형결정권에서도 파생되는 것이므로 이를 따로 검토할 필요가 있다.

를 검토해야 함은 당연하지만, 특히 그 법정형이 형벌체계의 균형성을 상실할 정도의 가혹한 형벌인지 여부를 중시하여야 할 것으로 생각된다<sup>15)</sup>. 왜냐하면, 특정 범죄에 대한 법정형이 가혹한 형벌이라는 것은, 그 형벌이 범죄자의 책임에 상응하는 것이 아니라 범죄자를 포함한 수구범자가 도저히 납득할 수 없는 수준으로서 책임을 훨씬 상회하여 규정되어 있어 형벌과 책임 사이의 비례성을 지키지 못하였고, 다른 범죄와 비교하여 균형성을 상실함으로써 평등 원칙에 위반된 경우를 의미하기 때문이고, 이와 같이 법정형에 대한 심사 기준으로서의 형벌 체계의 균형성은 비례의 원칙과 평등 원칙 모두에 관련되는 것이다<sup>16)</sup>.

(3) 결국 법정형에 관한 위헌심사에 있어서 핵심은 어느 경우에 법정형이 이러한 형벌체계의 균형성을 충족하였다고 볼 것인지에 있다고 할 것이고, 이는 앞서 본 바와 같이 ‘범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익과 형벌의 범죄예방효과, 다른 나라의 입법례 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려’하여 판단할 수 밖에 없을 것이다.

## 5. 이 사건 법률조항의 위헌성 검토

앞서 본 심사기준에 따라 이 사건 법률조항의 위헌성을 다시 검토해 보면, 이 사건 법률조항은 아래와 같은 점을 근거로 위헌이라고 판단할 수 있다.

### 가. 위 법률조항의 일반예방목적의 달성여부

(1) 일반적으로 특별형법에 의한 중벌주의에 의한 범죄억지력의 효과는

- 
- 15) ‘가혹한 형벌’ 여부는 미국 수정헌법 제8조가 제시한 위헌 심사기준인데, 우리 재판소도 책임과 형벌의 비례성을 강조하는 동시에 형벌의 과도한 가혹성을 계속하여 언급하고 있다(특가법의 도주차량에 관한 헌재 90헌바24 결정, 판례집 4, 232, 특가법의 마약가중처벌에 관한 헌재 2002헌바24 결정, 판례집 15-2, 252-253 등).
- 16) 법정형에 대한 우리 재판소의 선례들 중 다수가 비례원칙과 평등원칙 모두를 심사 기준으로 들고 있는 것과, 비례원칙이 침해되었으나 평등원칙은 준수하였다거나 평등원칙에 위배되나 비례원칙은 준수하였다는 사례는 전혀 없는 점도 이 때문일 것이다.

크지 않다고 알려져 있다<sup>17)</sup>. 역사적으로 사소한 절도를 사형으로 처벌한 경우도 있었으나 결코 절도죄의 발생이 근절되지 아니하듯이 중형만이 범죄를 근절시키거나 감소시킬 수 있다고 하는 것은 경험에 반하는 것이다. 최근 독일에서 농촌지역이라는 동일한 지역조건 아래 중벌주의로 대처한 주와 그렇지 않은 주 사이의 범죄감소율에 대한 조사에 의하더라도, 형사 사건에 강하게 대처한 주의 범죄감소율은 적은 사실이 밝혀졌다<sup>18)</sup>.

(2) 한편 우리나라에서도 공무원 등의 범죄와 관련하여 제1심 형사공판 사건에서 공무원의 직무에 관한 죄로서 의율된 것은 1995년도부터 2004년까지 연 평균 876건인데, 위 기간 동안 특가법으로 의율된 것은 연 평균 15,953건에 이르며, 특경법으로 의율된 것은 연 평균 1,365건에 이르고 있고, 특경법 사건의 연도별 추이를 보면 1995년에는 549건, 1996년에는 712건, 1997년에는 1,156건, 1998년에는 1,252건, 1999년에는 1,142건, 2000년에는 2,210건, 2001년에는 1,691건, 2002년에는 1,716건, 2003년에는 1,667건, 2004년에는 1,558건으로 조사되었는데<sup>19)</sup>, 이를 보면 이 사건 법률조항으로 인하여 범죄 수가 감소되는 등의 일반예방적 효과는 전혀 발생하지 않았음을 알 수 있다.

## 나. 공무원에 대한 특가법 제2조 제1항과 비교

### (1) 공무원의 지위

우리 헌법은 공무원의 국민전체에 대한 봉사성과 책임의무, 그 신분과 정치적 중립성의 보장을 규정하고 있고(제7조), 국가공무원법과 지방공무원법은 공무원의 성실의무, 친절 공정의무와 아울러 청렴의 의무를 규정하는 한편 그 신분보장과 권익보장에 관하여 세심한 배려를 하고 있다(국가공무

17) 특별형법의 문제점에 대해서는, 김창근, '특별형법의 속성과 문제점', 법과정책 5호(남곡 한창영 박사 정년퇴임기념), 제주대학교 법과 정책 연구소, 321쪽 이하 참조.

18) 바이어른 주와 슬레비히-홀스타인 주 사이의 비교(2003헌바118사건에서 하명호 연구관의 연구보고서 참조)

19) 사법연감 2005, 법원행정처, 657쪽 ; 물론 특가법 내지 특경법에는 공무원의 수뢰죄와 이 사건 법률조항 위반죄 이외에도 다양한 범죄가 규율되어 있으므로, 이를 유일한 근거로 삼을 수는 없다고 할 것이지만, 최소한 이 사건 법률조항이 일반예방이라는 입법목적 달성을 못하고 있다는 점을 나타내기에는 충분한 통계자료라고 생각된다.

원법 제56조, 제59조, 제61조, 제8장, 제9장, 지방공무원법 제48조, 제51조, 제53조, 제7장, 제8장 등 참조). 이와 같이 헌법과 법률이 공무원에 대하여 무거운 책무를 지우는 한편 그 신분과 권익을 강력히 보장하고 있는 것은 국가 또는 지방자치단체의 기능수행에 있어서 공무원의 역할이 얼마나 중요한 것인가를 극명하게 말해 주는 것이다. 공무원의 청렴성이 확보되지 아니하고 공직사회가 부패하면 국가에 대한 국민의 신뢰가 떨어질 뿐만 아니라 국가기능의 공정하고 원활한 수행이 어렵게 되고 이는 나아가 사회전체의 질서와 기강에도 곧바로 나쁜 영향을 미치게 되므로 공무원의 청렴성과 공직의 불가매수성을 보호하기 위해 각국은 형사입법으로 이를 깨뜨리는 행위를 범죄로 규정하여 형벌을 가하고 있으며, 우리 형법도 제129조 내지 제134조에서 그와 같은 규정들을 두고 있다.

## (2) 특가법상 공무원의 수뢰죄와 위 법률조항의 법정형의 비교

위와 같은 공무원의 지위에 비추어 보면, 공무원에 대한 수뢰죄는 공무원과 비슷한 공적 업무를 수행하는 일반 사인의 수뢰죄에 대한 법정형(특히 상한선)을 정함에 있어 일응의 기준이 된다고 할 수 있다. 앞서 본 바와 같이 우리 재판소가 이 사건 법률조항 중 제1호 부분과 특경법 제5조 제1항의 법정형이 비례원칙 내지 평등원칙에 위배되지 않는다는 근거로서, 금융기관 임·직원의 업무가 공무원에 준하는 공적인 업무여서 그 청렴성과 업무의 불가매수성을 보호할 필요가 있다는 점과, 공무원의 수뢰죄와 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 점을 들고 있는 것도 이 때문인 것으로 생각된다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 공무원의 수뢰행위에 대하여 위 법률조항과 동일한 수뢰액을 기준으로 가중처벌할 것을 규정하고 있던 구 특가법 제2조 제1항 제1호가 개정됨에 따라 금융기관의 임·직원으로서 일정한 경우에는 오히려 공무원보다도 더 중한 법정형으로 처벌되는 불합리한 결과가 발생하게 되었으므로<sup>20)</sup>, 결국 위 법률조항은 공무원이 아닌 일반 사인

20) 수수액이 '5천만원 이상 1억원 미만인 경우'이다. 즉 이 사건 피고인과 같이 수수액 합계가 1억원 미만인 경우, 공무원인 경우에는 '7년 이상의 징역'으로 처벌되는 반면에, 피고인은 여전히 '10년 이상의 징역'으로 처벌받게 된다.

의 수뢰죄에 대하여 지나치게 무거운 형벌을 규정한 것으로서 책임과 형벌의 비례성 원칙에 위반된다고 보아야 할 것이다<sup>21)</sup>.

**다. 위 법률조항과 죄질 및 보호법익이 유사한 범죄와의 비교**

(1) 현대의 사회생활 관계가 복잡, 다변화됨에 따라 국가기관 이외에도 공적인 성격을 가진 기관, 단체의 활동이 증대하고 있으며 그 중요성도 커지고 있다. 이처럼 공공의 이익에 직, 간접적인 관련을 맺고 있으며 그 직무의 공정성이 가지는 사회적 의미도 매우 큰 영역의 종사자들에 대하여는 그 직무에 관해 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구된다. 그리하여 이러한 기관, 단체의 종사자들의 직무에 관한 뇌물수수를 금지함으로써 그 직무집행의 공정을 확보하고자 하는 특별형법 규정이 여러 법률에 산재해 있고, 이러한 법률조항들의 보호법익 역시 그 업무의 불가매수성이다.

(2) 예컨대, ① 변호사법<sup>22)</sup> 제110조에서는, 변호사가 판사·검사 기타 재판·수사기관의 공무원에게 제공하거나 그 공무원과 교제한다는 명목으로 금품 기타 이익을 받거나 받기로 한 행위를 한 경우와 공무원에게 제공하거나 그 공무원과 교제한다는 명목의 비용을 변호사 선임료·성공사례금에 명시적으로 포함시키는 행위를 한 경우에는 ‘5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다’고 규정하고 있고, ② 채무자 회생 및 파산에 관한 법률<sup>23)</sup> 제645조 제1항에서는 같은 범상의 관리위원·조사위원·회생위원·보전관리인·관리인, 고문이나 관리인 또는 보전관리인·회생위원의 대리인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속한 경우 ‘5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다’고 규정하고

21) 실제로 특경법 제정 당시 심의과정에서 이 사건 법률조항에 대하여 금융인보다 공무원의 직능과 책임의 경중이 더 중한데도 금융인을 공무원과 같이 처벌한다는 것은 형평의 원칙에도 어긋나고 금융인의 사기를 저하시킨다는 지적이 있었다고 한다(제119회 국회 법제사법위원회 회의록 제13호 5-19쪽, 제16호 2-8쪽, 정남철 연구관 작성의 2004헌바4 사건에 대한 연구보고서 4쪽에서 재인용).

22) 변호사법 제1조는 ‘① 변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의 실현을 사명으로 한다. ② 변호사는 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서의 유지와 법률제도의 개선에 노력하여야 한다’고 규정하고 있고, 제2조는 ‘변호사는 공공성을 지닌 법률전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 행한다’고 규정하고 있다.

23) 회사정리법, 화의법, 파산법 및 개인채무자회생법 등을 폐지하고, 이를 통합한 법률로서 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 제정되어, 2006. 4. 1.부터 시행되었다.



있고, 같은 법 제655조 제1항에서는 같은 법상의 파산관재인 또는 감사위원이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수·요구 또는 약속한 경우 '5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, ③ 주식회사의 외부감사에 관한 법률<sup>24)</sup> 제19조 제1항에서는, 같은 법상의 감사인, 감사인에 소속된 공인회계사, 감사 또는 감사인 선임위원회의 위원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 '3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있다.

(3) 변호사, 파산관재인, 보전관리인, 감사인 및 공인회계사 등이 수행하는 업무의 공공성과 그들의 청렴성 및 불가매수성을 보호할 필요성은 금융기관 임·직원과 비교하여 결코 작지 않다고 생각된다. 그런데 위와 같이 금융기관의 임·직원과 유사하게 공적인 업무를 수행하고 있는 사람들의 수뢰행위에 대하여는 수수액의 다과(多寡)를 불문하고 공무원의 일반 수뢰죄의 법정형과 거의 동일하거나, 낮은 법정형으로 처벌하고 있음에도 불구하고, 굳이 금융기관의 임·직원에 대해서만 그 수수액에 따라 '무기 또는 10년 이상의 징역'이나 '5년 이상의 유기징역'에 처하도록 규정하고 있는 것은 아무런 합리적 근거가 없다고 판단된다<sup>25)</sup>.

### 라. 수수액에 따라 가중처벌하는 이 사건 법률조항의 불합리성

(1) 같은 범죄를 오직 수수액에 따라 차등적으로 가중처벌하는 이 사건 법률조항은 그 가액 산정 과정에서 자의가 개입될 소지가 다분하고, 금품 수수액을 기준으로 하는 불법평가는 경제사정에 따라 매우 유동적이므로, 수수액에 관한 법률의 개정으로 범죄자들 사이에 심한 실질적인 불평등을

24) 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조에서는 '이 법은 주식회사로부터 독립된 외부의 감사인이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다'고 규정하고 있다.

25) 이와 같이 금융기관 임·직원에 대해서만 중한 형을 규정한 것은, 특정법의 제정이 당시 발생한 대형 경제범죄에 대한 대책으로 마련되었다는 입법배경과 무관하지 않은 것으로 보인다. 만일 변호사나 회계사 등의 수뢰행위가 사회적으로 문제되었다면, 입법자는 역시 무거운 형벌을 규정함으로써 대처할 가능성이 있었음은 쉽게 예상할 수 있고, 이 점도 이 사건 법률조항이 입법재량의 한계를 일탈하였다고 보는 근거가 될 수 있다.

초래할 수 있다는 견해<sup>26)</sup>가 있다.

(2) 위와 같은 견해가 경청할 만한 것임에는 틀림없으나, 금액에 따라 단계적으로 가중처벌하는 법률 조항은 모두 위와 같은 문제를 지니고 있고, 특히 뇌물죄가 국가와 사회에 미치는 병폐는 그 수뢰액이 많으면 많을 수록 가중된다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항과 같이 수수액을 기준으로 한 단계적 가중처벌은 비록 수수액의 다과만이 그 죄의 경중을 가늠하는 유일한 기준이 아니라 할지라도 가장 중요한 기준임에 비추어 일응 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다 할 것이다<sup>27)</sup>.

#### 마. 형벌의 개별화 원칙 내지 법관의 양형결정권의 침해 여부

(1) 헌법 제27조 제1항은 법관에 의한 재판받을 권리를 보장하고 있고, 헌법 제103조는 법관의 직무상의 독립을 규정하고 있으므로, 법관은 양형에 대하여 선택, 판단하고 결정함에 있어 재량권(양형결정권)을 갖는다. 우리 선례가 말하는 형벌개별화의 원칙이란 ‘법관들이 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 행위자의 책임에 알맞은 형벌을 선고하여야 하는 원칙’을 말하고<sup>28)</sup>, 이는 입법자가 정한 법정형의 종류와 범위는 그 자체로서 대략적인 양형의 기준을 제시하는 것이지만, 구체적인 형벌의 높이에 대한 자세한 판단은 법관들에게 맡겨져 있으므로, 입법자는 법정형을 정함에 있어서 법관이 구체적 사건에서 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 합리적이고 적정한 형을 선고할 수 있도록 가능한 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하다는 것을 의미한다.

(2) 우리 재판소의 많은 선례가 ‘법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞는 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 입법자가 앞서 본 바와 같은 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그

26) 이기현, ‘동종의 범죄를 가액에 따라 차등처벌하는 특별형법규정 - 해석상의 문제점을 중심으로 -’, 형사판례연구(3), 1995, 112쪽 내지 114쪽과, 헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118, 판례집 16-1, 528-540(특가법 제2조 제1항 제1호에 대한 위헌 소원사건)의 전효숙, 이상경 재판관의 반대의견 참조.

27) 2003헌바118 사건의 다수의견 등

28) 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230 참조

자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수 없다.’고 판시하거나<sup>29)</sup>, ‘집행유예를 선고 할 수 없을 정도로 법정형의 하한을 높이 정하였다는 것만으로 법관의 양형재량권을 침해하였다고 할 수 없고, 범죄와 형벌간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 위헌이 아니다’라는 취지로 판시함으로써<sup>30)</sup>, 법관의 양형결정권 침해 여부 내지 집행유예의 가능성 여부를 책임과 형벌의 비례성 원칙에 포섭될 수 있는 것으로 보고 독자적인 심사기준으로는 보고 있지 않는 듯 하지만, 피고인이 실질적으로 기본권의 침해를 받는 것은 형벌 법규가 규정하고 있는 법정형이 아니라 법원의 선고형이라는 점을 고려할 때, 집행유예의 가능성 여부는 형벌 법규의 위헌성을 판단함에 있어 중요한 요소 중의 하나라는 점을 부인할 수는 없을 것이다.

(3) 따라서, 위 법률조항은 법정형의 하한이 10년 이상의 징역형으로 되어 있어 실무상 법관이 양형을 선택하고 선고하는데 있어서 그 재량의 폭이 너무 한정되어 인간존중의 이념에 따라 재판을 할 수 없을 뿐만 아니라 양형상 참작할 만한 사유가 있어서 최대한 작량감경을 하더라도 별도의 법률상의 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있고, 또 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있다.

## 6. 이 사건 결정의 의의

29) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 553; 1998. 5. 28. 97헌바68, 판례집 10-1, 640, 654; 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 548; 2005. 7. 21. 2003헌바98.

30) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 552-553; 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 409-410; 1997. 8. 21. 93헌바60, 판례집 9-2, 200, 208-209; 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 548-549; 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 581-582; 2004. 4. 29. 2003헌바118, 판례집 16-1, 528, 533-534 (「작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고를 할 수 없도록 그 법정형의 하한을 높이 놓았다 하여 곧 그것이 법관의 양형결정권을 침해하였거나 법관독립의 원칙에 위배된다고 할 수 없고 나아가 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고도 할 수 없다.」고 판시).

종래 헌법재판소는 법정형의 종류와 범위의 선택은 원칙적으로 입법자의 입법정책적 고려에 따라 결정된다는 점을 인정하면서도, 특정 범죄에 규정된 법정형이 인간의 존엄과 가치, 책임과 형벌의 비례성 원칙, 형벌체계상의 불균형과 평등원칙, 법관의 양형결정권 등을 현저하게 위반하거나 침해함으로써 자의적인 입법권의 행사라고 평가할 수 있을 때 예외적으로 위헌성을 인정할 수 있다고 판시한 바 있다.

이 사건 결정은 이러한 법정형의 종류와 범위에 관한 헌법재판소의 심사 기준을 다시 확인하는 한편, 구 특가법 개정 전에 이 사건 법률조항 중 제 1호 부분에 대하여 합헌으로 판시하였던 중전의 선례를 구 특가법 개정 후에 변경함으로써, 입법자가 특정 범죄에 대한 법정형을 경하게 변경하는 경우에는 그 특정 범죄와 죄질 및 보호법익이 유사한 범죄에 대한 법정형에 대하여도 형벌체계상의 균형에 맞도록 개정할 필요성이 있는지를 검토해야 한다는 점을 간접적으로 밝혔다는 점에 그 의의가 있다고 하겠다.

## 구 상속세및증여세법 제78조 제1항 위헌소원

- 미달신고가산세의 위헌 여부 -

(헌재 2006. 4. 27. 2003헌바79, 판례집 18-1하, 503)

김 인 숙\*

### 【관시사항】

1. 상속개시일 전 5년 이내에 피상속인이 상속인이 아닌 자에게 증여한 재산가액(‘제3자에 대한 사전증여재산가액’)의 신고의무 불이행과 관련하여 미달신고가산세를 부과하는 구 상속세및증여세법 조항이 조세법률주의에 위배되는지 여부
2. 위 법률조항이 비례의 원칙에 위배되어 재산권을 침해하는지 여부
3. 위 법률조항이 평등원칙에 위배되는지 여부
4. 위 법률조항이 자기책임의 원리에 위배되는지 여부

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 상속세및증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되기 전의 것) 제78조 제1항 본문 중 제67조 제1항 및 제13조 제1항 제2호에 의하여 신고하여야 할 “상속개시일 전 5년 이내에 피상속인이 상속인이 아닌 자에게 증여한 재산가액(이하 ‘제3자에 대한 사전증여재산가액’)”의 신고의무를 불이행함으로써 인한 미달신고가산세 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’)의 위헌 여부이며, 그 심판대상이 되는 조항 및 관련규정의

---

\* 헌법연구관

내용은 다음과 같다.

1. 심판대상 조항

구 상속세및증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되기 전의 것) 제78조 (가산세등) ① 세무서장 등은 상속재산 또는 증여받은 재산에 대하여 제67조 또는 제68조에 규정된 신고기한 이내에 신고하지 아니하였거나 신고하여야 할 과세표준에 미달하게 신고한 때에는 제76조의 규정에 의하여 결정한 과세표준에 대하여 그 신고를 하지 아니한 과세표준 또는 신고하여야 할 과세표준에 미달한 금액(신고한 재산으로서 대통령령이 정하는 평가가액의 차이로 인하여 신고하여야 할 과세표준에 미달한 금액을 제외한다)이 차지하는 비율을 상속세산출세액 또는 증여세산출세액과 제27조 또는 제57조의 규정에 의하여 가산하는 금액을 합한 금액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 20에 상당하는 금액을 각각 산출세액에 가산한다. 다만, 납부할 세액이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 관련 규정

구 상속세및증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되기 전의 것) 제67조 (상속세과세표준신고) ①제3조의 규정에 의하여 상속세납부의무가 있는 상속인 또는 수유자는 상속개시일부터 6월 이내에 제13조 및 제25조 제1항의 규정에 의한 상속세의 과세가액 및 과세표준을 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세지관할세무서장에게 신고하여야 한다.

제13조 (상속세과세가액) ①상속세과세가액은 상속재산의 가액에 다음 각 호에 규정하는 재산가액을 가산한 금액에서 제14조의 규정에 의한 것을 차감한 금액으로 한다.

1. 상속개시일 전 10년 이내에 피상속인이 상속인에게 증여한 재산가액
2. 상속개시일 전 5년 이내에 피상속인이 상속인이 아닌 자에게 증여한 재산가액

**【사건의 개요】**

1. 사건의 진행 과정

청구인들은 망 000의 상속인들로서 위 000이 사망한 후 상속세과세표준으로 13,658,518,873원을 신고하고 그 중 상속세 838,073,078원을 자진납부하였는바, 과세관청은 청구인들의 신고 금액보다 많은 금액으로 상속세과세표준을 결정하면서 추가의 상속세를 납부할 것과 위 000이 상속개시일 전 5년 이내에 청구외 (주)XX에게 증여한 5,702,350,000원을 신고하지 않았다 하여 신고불성실가산세를 납부할 것을 고지하였다. 청구인들은 위 부과처분에 대하여 불복하여 서울행정법원에 상속세부과처분취소청구소송을 제기하였고 1심 소송에서 일부 패소하자 항소하였으며 항소심 계속 중 위 상속세 신고불성실가산세 부과처분의 근거가 된 구 상속세및증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상속세및증여세법’) 제78조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 법원이 이를 기각하자 이 사건 헌법소원 심판청구를 하였다.

## 2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 ‘상속재산’에 대하여 가산세를 부과하는 형태를 취하면서도 그 가산세의 산출방식과 관련하여서는 상속재산의 개념과 일치하지 않는 ‘신고하여야 할 과세표준’을 기준으로 삼도록 규정하여 같은 조항 내에서 서로 일치하지 않는 개념을 혼용함으로써 법률해석의 혼란을 초래하고 있고 또 위 문언만으로는 통상의 주의력을 가진 납세의무자가 신고하여야 할 ‘상속재산’ 중 ‘제3자에 대한 사전증여재산’이 포함되는지 여부를 명료하게 파악하기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 그 규정내용이 모호하고 불완전하며 오해의 소지가 있는 것으로서 헌법 제38조 및 제59조에 규정된 조세법률주의의 내용인 과세요건 법정주의 및 명확주의에 위반된다.

(2) 상속인이 피상속인의 사전증여재산을 일일이 파악한다는 것은 매우 곤란함에도, 상속개시일 전 5년 이내에 피상속인이 제3자에게 증여한 재산이 있음을 상속인이 알았는지 또는 귀책사유에 의하여 알지 못하였는지 여부를 묻지 않고, 또한 ‘상속인’에 대한 증여와 ‘제3자’에 대한 증여를 구별

하지 않고 증여받은 제3자와 상속인 또는 피상속인 사이에 특수한 관계가 있는지 여부도 불문한 채 일률적으로 동일하게 취급하여 상속개시일부터 6월 이내에 신고할 의무를 부과한 후 이를 위반한 경우 동일한 비율의 가산세를 부과하고, 나아가, 사전증여로 인한 상속세 회피는 사전증여재산의 가액을 상속재산의 가액에 가산하여 상속세액을 증가시키는 것 자체로써 충분히 방지될 수 있음에도 가산세까지 부과하는 것은 사전증여에 의한 상속세 회피를 저지하기 위한 사전증여재산가액 합산제도의 취지를 일탈한 과도한 의무의 부과로서 헌법 제23조 제1항의 재산권보장의 원칙, 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반된다.

또한, 이 사건 법률조항에서 규정한 가산세율 20%는 상당히 높은 수준으로 그와 같은 가산세는 그만큼 비난가능성이 큰 의무불이행에 대한 제재임을 전제로 한다 할 것인데, 의무위반행위의 주체도 아니고 의무위반에 대한 귀책사유도 없는 상속인에게 20%라는 고율의 가산세를 부과하는 것은 지나치다.

(3) 세무당국은 국세청 기본통칙(78-0-2)과 재정부 예규(재산 46014-96)에 따라 개인 또는 비영리법인인 수증자가 증여세를 납부한 경우에는 이 사건 법률조항을 적용하지 아니한 채 가산세의 부과대상에서 제외하고 있는데, 이에 반해 위 통칙 및 예규의 적용을 받지 않는 영리법인인 수증자가 법인세를 납부한 경우에는 이 사건 법률조항을 적용하여 가산세를 부과한다는 것은 수증자의 법적 지위의 우연한 차이에 따라 이 사건 법률조항의 적용 여부를 결정하는 조항으로서 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위반된다.

(4) 상속인은 피상속인이 사망하기 전에 피상속인의 재산을 증여하는지 여부에 관하여 이를 관리하거나 감독할 수 있는 법적 권리나 의무가 없음에도 피상속인이 사망하기 전에 그 소유의 재산을 상속인 이외의 제3자에게 증여한데 대하여 상속인이 귀책사유 없이 알 수 없었는지 여부에 대한 고려 없이 징세절차의 편의만을 위해 무조건 상속인이 그와 같은 사실을 알았다고 법률상 간주하여 가산세를 부과하도록 한 이 사건 법률조항은 자신(이 사건의 경우 상속인인 청구인들)의 통제권 내지 결정권이 미치지 않는데 대하여까지 책임을 지게 하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 것



이다.

### 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 법률조항은 ‘상속재산’에 대하여 제67조에 규정된 신고기한 이내에 신고하지 아니하였거나 신고하여야 할 과세표준에 미달하게 신고한 때에 상속세신고불성실가산세를 부과한다는 취지를 규정하고, 한편 그 가산세의 액은 미신고의 경우에는 상속세산출액의 20%, 미달신고의 경우에는 과세표준에 대한 미달금액의 비율을 상속세 산출세액에 곱한 금액의 20%로 규정하고 있는바, 상속세과세표준신고시 신고하여야 할 재산의 범위는 이 사건 법률조항뿐 아니라 제67조(신고대상을 제13조 및 제25조 제1항의 규정에 의한 상속세의 과세가액 및 과세표준으로 정하고 있다), 제13조 및 제25조 제1항 등 관련조항을 종합하여 해석하여야 할 것이고, 그렇게 할 경우 사전증여재산이 신고대상에 포함됨이 명백하다. 따라서 이 사건 법률조항의 규정 내용이 모호하고 불완전하여 법률해석의 혼란을 초래한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 조세법률주의의 내용인 과세요건 법정주의 및 명확주의에 위반된다는 주장은 이유 없다.

(2) 사전증여로 인한 고율의 상속세 부담의 회피를 방지하기 위하여 사전증여재산의 가액을 상속재산의 가액에 가산할 것인지 나아가 가산세도 부과할 것인지 여부는 입법정책적인 문제라고 할 것이고, 한편 사전증여재산이 상속세과세표준에 포함되는 이상 상속인에 대하여도 상속재산과 마찬가지로 가능한 한 사전증여재산을 파악하여 신고할 것을 명할 수 있다고 할 것이고 이를 전제로 만일 정당한 이유 없이 신고를 하지 않거나 미달신고할 경우에는 다른 조세에 있어서 신고불성실가산세제도를 둔 취지와 같이 상속세의 성실납부를 간접적으로 강제하고 제재하는 성격의 가산세를 부과한다고 하여, 그것이 반드시 불가능하거나 기대하기 심히 곤란한 신고의무를 전제로 한 것으로서 재산권보장이나 과잉금지의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

또한, 상속인이 사전증여재산, 특히 상속인 아닌 자에 대한 사전증여재산을 파악하는 일이 상속재산을 파악하는 것에 비하여 어려운 경우가 있다고 하더라도, 이를 이유로 사전증여재산에 대하여는 상속세신고불성실가산세

제도를 아예 두지 않을 것인지 혹은 사전증여재산에 대하여도 상속재산에 대하여와 동일한 내용의 상속세신고불성실가산세 제도를 둘 것인지 혹은 사전증여재산에 대한 상속세신고불성실가산세에 있어서는 상속재산에 대한 가산세보다 세율을 낮게 할 것인지 등도 입법정책적인 견지에서 결정할 수 있는 문제라고 할 것이며, 이러한 경우에도 사전증여재산을 파악하는 것이 도저히 불가능하거나 기대하기가 현저히 곤란한 사유가 있는 구체적인 경우에는 법률해석으로써 가산세를 면하게 할 수 있으므로, 통상 상속인이 상속재산에 비하여 사전증여재산을 파악하기가 더 어렵다는 이유만으로 위 조항이 재산권보장원칙이나 재산권의 본질적인 내용을 침해하여 과잉금지 원칙에 위반된다고 보기는 어렵다.

(3) 이 사건 법률조항 자체는 사전증여로 인한 신고불성실가산세에 있어서 수증자가 개인인 경우와 영리법인인 경우를 구별하고 있지 않고, 다만 위 국세청 기본통칙과 재정경제부 예규(이하 '예규 등')가 청구인들 주장과 같이 개인이 사전증여를 받아 증여세를 이미 자진납부했거나 자진납부하지 아니하여 증여세신고불성실가산세를 납부한 경우에는 후에 상속인의 상속세신고불성실가산세를 면제해 주는 반면, 영리법인이 사전증여를 받아 법인세를 자진납부한 경우에는 이와 달리 상속세신고불성실가산세를 면제해 주지 않는다는 것인데, 그러나 상속세신고불성실가산세는 사전증여를 받은 당해 개인 또는 영리법인에게 부과하는 것이 아니라 상속세납세의무자인 상속인 또는 수유자에게 부과되기 때문에, 위 예규 등이 사전증여를 받은 개인과 영리법인을 구별하여 그 중 영리법인을 차별대우하는 것은 아니라고 할 것이어서 이는 엄격한 의미의 헌법상 평등의 원칙에 관한 문제라고 보기 어려운 측면이 있다.

한편 법인세와 증여세는 그 세목, 세율, 과세표준을 달리하므로 상속세나 그 신고불성실가산세와의 관계에 있어서 법인세와 증여세를 동일한 성격으로 보기 어려운 데가 있고 그에 따라 사전증여재산으로 인한 증여세신고불성실가산세를 납부한 경우와 사전증여재산으로 인한 법인세신고불성실가산세를 납부한 경우에 있어서 후에 각각 상속세신고불성실가산세가 부과되었을 때 두 경우를 똑같이 이중과세라고 평가하기는 어렵다. 또한 영리법인이 사전증여재산을 법인의 익금에 산입하여 법인세를 납부하면서 그 내용

을 과세당국에 신고하는 경우와 개인이 사전증여재산에 대한 증여세를 납부하는 경우를 놓고 볼 때 나중에 증여자의 사망으로 과세당국이 과세확보를 위하여 사전증여재산을 파악하는데 드는 노력의 정도, 누락 가능성 등에 있어서 전혀 차이가 없다고 보기 어려운 점을 종합하여 보면, 위 예규 등이 사전증여의 수증자가 개인인 경우와 영리법인인 경우를 합리적 근거 없이 자의적으로 차별하였다고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 법률조항은 위 예규 등과 같이 해석한다고 하여도 헌법상의 평등의 원칙(또는 합리적 이유 없는 차별에 의한 재산권보장원칙)에 위반한다고 보기 어려우므로 위 주장은 이유 없다.

#### 다. 재정경제부장관과 국세청장의 의견

대체로 법원의 위헌제청신청 기각 이유와 같으며, 다만, 증여는 일반적으로 상속인, 피상속인이나 상속인이 경영하는 영리법인 등에게 이루어지는 것으로서 핵가족화가 되었다 하여 상속인들이 거액의 사전증여재산을 파악하는 것이 불가능하다는 것은 현실적인 주장이 아닐 뿐만 아니라, 청구인들은 상속인과 전혀 관계가 없는 복지재단 등 공익단체에 출연한 재산을 파악하는 것은 불가능한데 상속인에게 증여한 재산과 마찬가지로 가산세를 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배된다고 하나 공익법인등에 출연한 재산은 상속세 과세가격에 가산하지 않도록 규정하고 있어(상속세및증여세법 제48조 제1항 참조) 신고의무가 없는 것이고, 상속인이 사전증여재산을 파악하는 것이 도저히 불가능하거나 기대하기가 현저히 곤란한 사유가 있는 경우에는 개별 사안별로 법률해석으로써 가산세를 면하게 할 수 있을 것이며, 가산세율을 얼마로 할 것인가 또는 가산세율을 일률적으로 적용하느냐 차등적용하느냐 하는 것 등은 입법정책에 관한 사항이라고 할 것이므로 2003. 1. 1. 이후 법률에서 사전증여재산에 대한 신고불성실가산세를 20%에서 10%로 하향조정하였다는 것이 종전 법률조항의 위헌성에 대해 반성적으로 개정된 것이라는 주장은 타당성이 없다는 추가의 의견이 있었다.

#### 【결정 요지】

1. 이 사건 법률조항과 관련조항들을 종합해 보면 상속세과세표준 신고

시 신고하여야 할 재산가액의 범위에 제3자에 대한 사전증여재산가액(상속 개시일 전 5년 이내에 피상속인이 상속인이 아닌 자에게 증여한 재산가액)이 포함된다는 점 및 그 신고의무의 불이행으로 인한 미달신고에 대해 가산세를 부과한다는 점이 명백하므로, 이 사건 법률조항은 조세법률주의의 내용인 과세요건명확주의에 위배되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 상속세의 성실신고를 유도하기 위한 목적과 납세의무자의 성실한 신고를 독려함으로써 납세의무 확정을 위하여 투입될 국가나 지방자치단체의 행정력을 절감하고 성실신고의무의 위반을 미연에 방지하는 기능을 가지므로 그 입법의 목적 및 방법이 적절하다. 또한, 구체적인 세율은 입법정책적으로 결정될 수 있는 문제이므로 이 사건 가산세율 20%가 청구인들의 재산권을 부당하게 과잉 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 국세기본법 제48조 및 제49조와 법원의 판결을 통해 가산세 감면의 가능성이 열려 있어 이 사건 법률조항으로 인한 재산권 침해를 최소화하는 장치도 갖추고 있으며 아울러 이 사건 법률조항으로 인하여 납세의무자가 입게 되는 불이익이 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비하여 현저하게 크다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위배되어 재산권을 침해하는 규정이라 할 수 없다.

3. 이 사건 법률조항은 제3자에 대한 사전증여와 관련한 신고불성실가산세에 있어서 수증자가 개인인 경우와 영리법인인 경우를 구별하고 있지 않으므로 양자를 차별 취급한다고 할 수 없어, 헌법상의 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

4. 일반적으로 상속인은 피상속인과 동일한 또는 근접한 생활영역에 있기 때문에 과세관청에 비하여 피상속인의 경제활동을 확인하기가 훨씬 용이하다고 할 것이므로, 피상속인의 제3자에 대한 사전증여 내용에 관하여 알고 있을 가능성이 높은 상속인에게, 그 의무이행을 기대하는 것이 무리라고 할 만한 정당한 사유가 있는 경우 적용이 배제되는 가능성을 열어두고 그 재산가액의 신고의무를 부과하면서 그 의무의 불이행시 제재를 가하는 이 사건 법률조항은 자기책임의 원리에 반한다고 할 수 없다.

## 【해설】

### 1. 제3자에 대한 사전증여재산을 상속세의 과세가액에 포함하는 제도의 의미와 연혁 등

상속세에는 유산세 방식과 유산취득세 방식이 있는데, 유산세 방식은 피상속인이 사망하면서 남긴 유산 전체를 단위로 삼아 세금을 부과하는 것으로 미국이 채택하고 있는 방식이고, 유산취득세 방식은 각 상속인이 물려받는 재산을 단위로 세금을 부과하는 것으로 독일과 일본이 채택하고 있는 방식이다<sup>1)</sup>. 이 중 유산세 방식은 피상속인이 살아있는 동안 미리 증여한 재산 역시 유산에 합해서 세금을 부과하게 되고 이로써 누진율이 반영된 상속세를 회피하려는 시도를 막는 효과가 있다. 이 때 포함되는 사전증여 재산은 그 수증자가 상속인인지 제3자인지를 구분하지 않는다.

우리 법은 유산세 방식과 유산취득세 방식 중 어느 것을 취한다고 명시하고 있지는 않으나 유산세 방식을 취한 것으로 보는 것이 법원의 해석이며(대법원 1977. 7. 26. 선고 75누184 판결; 대법원 1981. 9. 22. 선고 80누596 판결 등), 한편 헌법재판소는 구 상속세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제4조 제1항 중 상속인 이외의 자에 대한 사전증여재산 가액을 상속세 과세가액에 가산하는 부분<sup>2)</sup>이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다(헌재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529 참조). 위 판례에서는 “이 사건 법률조항의 입법취지는 피상속인이 생전에 증여한 재산의 가액을 가능한 한 상속세 과세가액에 포함시킴으로써 조세 부담에 있어서의 상속세와 증여세의 형평을 유지함과 아울러 피상속인이 사망을 예상할 수 있는 단계에서 장차 상속세의 과세대상이 될 재산을 상속개시 전에 상속인 이외의 자에게 상속과 다름없는 증여의 형태로 분할, 이전하여 고율인 누진세율에 의한 상속세 부담을 회피하려는 부당한 상속세 회피행위를 방지하고 조세부담의 공평을 도모하기 위한 것이라는 점에서 그 목적의 정당성이 인정된다.”고 판시하였을 뿐 아니라 위 조항이 과잉금지원칙의 그 이외의 판단기준(수단의 적절성, 최소 침해성, 법익형량) 역시 모두 충족하는 것으로 판단하였다.

우리 상속세법은 1952. 11. 30. 법률 제261호로 개정된 당시(제4조)부터

1) 이창희, 세법강의, 박영사, 2005, 1032면  
 2) 현행 상속세 및 증여세법 제13조 제1항 제2호

현행 상속세 및 증여세법 조항(제13조 제1항)에 이르기까지 수증자가 상속인인 경우와 상속인 이외의 자인 경우를 불문하고 사전증여재산 가액을 상속세의 과세가액에 모두 포함시키고 있다.<sup>3)</sup>

## 2. 가산세의 의의와 성질, 조세형벌과의 비교

조세법은 조세행정의 편의와 징세비용의 절감 및 세수의 용이한 적기(適期)확보를 실현하기 위하여 납세자에게 본래적 의미의 납세의무 이외에 과세표준신고의무, 성실납부의무, 원천징수의무, 과세자료제출의무 등 여러 가지 협력의무를 부과하면서 동시에 이러한 협력의무의 이행을 확보하기 위하여 성실한 의무이행자에 대하여는 세제상의 혜택을 부여하고, 의무위반자에 대하여는 가산세 등의 제재를 가하고 있다.

국세기본법은 “가산세라 함은 세법에 규정하는 의무의 성실한 이행을 확보하기 위하여 그 세법에 의하여 산출한 세액에 가산하여 징수하는 금액을 말한다.”고 정의하고(제2조 제4호 본문) “정부는 세법에 규정하는 의무를 위반한 자에 대하여 세법이 정하는 바에 의하여 가산세를 부과할 수 있다”(제47조 제1항)고 규정하면서 “가산세는 당해 세법이 정하는 국세의 세

3) 상속인 이외의 자에 대한 생전증여재산의 상속세 과세가액 합산 규정의 상세한 연혁은 다음과 같다.

상속세법이 1950. 3. 22. 법률 제114호로 처음 제정될 당시 상속세 과세가액에 관한 규정인 제4조에는 생전증여재산 가액을 가산하는 내용이 포함되어 있지 않았으나, 1952. 11. 30. 법률 제261호로 개정된 상속세법 제4조는 그 상대방이 누구인지의 여부를 불문하고 상속개시 전 1년 이내에 한 증여재산의 가액을 가산하도록 규정하였고(증여의무에 있어서도 같은 취지의 규정을 두었다), 1956. 12. 31. 법률 제418호로 개정된 같은 법조에서는 가산대상 증여재산의 상대방을 친족으로 한정하였다가, 1960. 12. 30. 법률 제573호로 개정된 같은 법조에서는 다시 그 상대방을 상속인과 상속인 이외의 자로 규정하여 범위를 한정하지 않게 되었다. 그 후 1971. 12. 28. 법률 제2319호로 개정된 상속세법에 이르러 제4조는 피상속인이 국내에 주소를 두었는지의 여부에 따라 항이 나누어졌고, 1974. 12. 21. 법률 제2691호로 개정된 상속세법은 제4조 제1항에서 가산기간을 증여의 상대방이 상속인인 경우와 상속인 이외의 자인 경우를 구별하여 3년과 1년으로 차등을 두었으며, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 같은 조항은 위 가산기간을 5년과 3년으로 확장하였는데, 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정된 상속세및증여세법에서는 같은 내용을 위치만 변경하여 제13조에서 규정하는 한편 공제대상 채무 등은 제14조에서 별도로 규정하였다. 마지막으로, 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 상속세및증여세법 제13조 제1항은 가산기간을 10년과 5년으로 연장하였다(이상, 현재 2002. 10. 31. 2002헌바43, 판례집 14-2, 529 참조).

목으로 한다”(제47조 제2항 본문)고 하여 가산세가 세금의 형태로 과징되는 것임을 밝히고 있다.

이와 같이 가산세는 그 형식이 세금이기는 하나 그 법적 성격은 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고·납세의무 등을 위반한 경우에 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상의 제재이다(대법원 2002. 11. 13. 선고 2001두1918 판결; 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두403 판결).

조세법의 실효성 내지 납세의무자에 대한 의무이행을 확보하기 위하여 과하는 제재 중 중추적인 위치를 차지하고 있는 것으로서 조세형벌과 가산세의 두 가지 유형을 들 수 있다. 과거의 조세법규 위반사실에 일정한 제재를 가함으로써 당해 조세법규의 실효성을 담보하고 간접적으로 의무의 이행을 확보한다는 점에서 조세형벌과 가산세제도는 그 궁극의 목적과 기능에 공통점을 가진다.<sup>4)</sup> 다만, 가산세는 세법상의 의무불이행 또는 의무위반에 대하여 조세의 형식으로 과징하지만, 조세형벌은 세법상의 의무위반에 대하여 형벌의 형식으로 과하는 제재이므로 그 형식과 성질이 다를 뿐이다. 이러한 차이로 인해, 가산세는 형법총칙의 규정이 적용될 수 없고 따라서 행위자의 고의 또는 과실·책임능력·책임조건 등을 고려하지 아니하고 가산세 과세요건의 충족 여부만을 확인하여 조세의 부과 절차에 따라 과징하게 된다.<sup>5)</sup> 대법원도 “세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 규정된 신고, 납세 등 각종의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의·과실은 고려되지 않는 것이고, 다만 납세의무자가 그 의무를 알지 못한 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어서 그를 정당시 할 수 있는 사정이 있거나 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는 것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 탓할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다 할 것이다.”라고 판시하고 있다(대법원 1993. 6. 8. 선고 93누6744 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95누3596 판결).

4) 김영식, “가산세의 성질과 몇 가지 관련문제”, 재판자료 제61집(1993), 535면.

5) 김완석, 소득세법론, (주)광교TNS, 2004, 486면.

### 3. 부과세제도 하에서의 가산세의 의미

한편, 가산세 제도는 일반적으로 신고납세제도의 정착과 발전을 위하여 설정된 제도로 이해되고 있다. 신고납세제도는 민주적이고 국민주권주의의 기본원리에 입각한 제도라고 일컬어지며, 납세액은 국민이 스스로 결정하는 것이고 국가라고 하는 공동사회를 유지하기 위한 공통의 비용은 국민이 스스로 부담한다는 이념에 입각한 제도인 것이다.<sup>6)</sup> 이러한 신고납세제도하에서는 납세의무자의 자발적인 신고·납부가 없다면 그 제도의 성공을 기대할 수 없기 때문에 성실하게 신고·납부하지 않는 행위에 대하여 제재에 의한 차별을 함으로써 국가의 조세권 내지는 조세채권의 적정한 실현을 담보하는 것이다. 즉, 의무자에게 심리적 압박을 가해 간접적으로 의무이행을 확보하고자 하는 것이고, 또한 그 반사적 효과로서 성실한 신고·납부자를 보호하게 되며 그 결과로 의무불이행자와 성실한 의무이행자와의 공평부담을 도모하는 기능도 한다는 것이다.<sup>7)</sup> 따라서, 가산세 제도의 당초 취지, 즉 신고납세제도의 정착과 발전을 위하여 가산세를 설정한 취지를 가장 잘 보여주는 것이 바로 신고납세방식의 조세에 있어서의 (과세표준)신고불성실가산세 및 (세액)납부불성실가산세라고 할 수 있다.

그런데 이 사건 가산세의 본체인 상속세는 부과세방식의 조세이다. 비록 상속세 납세자가 과세표준을 신고하고 신고한 세액을 납부하고 있으나 이 경우 납세자의 신고는 정부의 과세처분에 참고자료가 될 뿐이고, 그 자체로서는 세액을 확정하는 기능을 갖지 못한다.<sup>8)</sup> 즉 상속세의 과세표준과 세액을 결정하는 것은 납세자가 아니라 국가라는 점에서 신고납세방식의 조세와 차이가 있는 것이다. 이와 같이 부과세방식의 조세이면서도 납세자에게 과세표준을 신고 및 납부하게 하는 조세 즉, 신고납세와 부과세의 가운데쯤 되는 형태의 조세로는 상속세와 증여세가 있다.

이러한 형태의 조세가 존재하는 이유에 대하여는, 납세의무자 자신에 관한 정보는 납세의무자가 가장 잘 안다는 측면이 있는 반면, 납세의무자들

6) 김영식, “가산세의 성질과 몇 가지 관련문제”, 재판자료 제61집, 522면. 참조

7) 조창호, “수정신고서의 제출과 미제출가산세”, 국세 187호, 60면 참조.

8) 이태로, 조세법강의, 박영사, 1997, 49면.



이 세법을 잘 알리라 기대하기는 어려운 경우가 있고, 특히, 자연인을 납세의무자로 삼는 세금은 모든 국민이 세법을 잘 알아 제 세금을 계산하도록 기대하기가 어렵다는 측면이 있어, 양자를 모두 고려하여 납세의무자로 하여금 일단 과세물건의 현황을 신고하게 하고 국가가 이를 신고 받아 법에 따라 과세표준과 세액을 결정할 수 있게 하기 위한 것으로 설명되고 있다.<sup>9)</sup>

이러한 형태의 조세에 있어서도 납세자의 협력의무의 하나로 법이 정한 과세표준 신고의무의 실효성을 확보하는 것은 매우 중요하고, 따라서 그러한 의무의 위반자에 대해 세금의 형식으로 제재를 가함으로써 장래의 위반행위를 예방하는 가산세는 여전히 그 실효성을 가진다. 다시 말해, 부과과세방식의 조세로서 과세표준의 신고 및 납부의무를 부과하는 세목에 있어서도 성실신고·납부를 유도하기 위하여 가산세를 부과할 이유가 충분히 있다는 것이다.

다만 부과과세방식의 조세에서 납세의무자에게 부여하는 과세표준 신고의무는 그 '협력의무'로서의 성격이 신고납부방식의 조세에서보다 더 강하다는 측면이 있으나, 특정한 세목이 부과과세방식의 조세인지 신고납부방식의 조세인지는 그 특정한 세목의 성격 자체로부터 결정되는 절대적인 구분이라고 보기는 어렵고 입법자가 여러 가지 정책적인 고려를 거쳐 결정하는 상대적인 구분이라고 할 것이므로<sup>10)</sup>, 부과과세방식의 세목과 관련하여 당해 세법에서 정한 협력의무에 위반한 납세의무자에게 가산세를 부과하는 것 자체가 당해 세목의 성격에 비추어 불합리하다고 볼 것은 아니라고 할 것이다.

#### 4. 이 사건 법률조항의 입법연혁

상속세에 대한 과세표준 신고불성실가산세는 1981. 12. 31. 법률 제3474호로 상속세법이 개정되면서 상속세 성실신고를 유도하기 위한 목적으로<sup>11)</sup>

9) 이창희, 세법강의, 박영사, 2005, 125면 참조.

10) 일례로 소득세의 과세방식과 관련해 소득세법 제정 당시부터 부과과세방식을 취하고 있다가, 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 소득세법이 전문개정될 당시 납세자의 자율적인 성실납부 풍토를 조성하기 위한 목적으로 신고납부방식으로 전환하여 현재에 이르고 있다.

신설되었으며, 신설된 이래 세율과 그 내용에 있어 몇 차례 개정이 있었다. 상속세에 대한 과세표준 신고불성실가산세의 신설 당시 위 상속세법은 상속세 과세표준 신고불성실가산세율을 산출세액의 10%로 하여 제26조 제1항에서 규정하고 있다가, 1988. 12. 26. 법률 제4022호로 상속세법이 개정되면서 그 세율을 20%로 상향 규정하였으며(제26조), 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 상속세법이 개정될 때는 ‘평가가액 차이’를 위 가산세 적용대상에서 제외하였다. 이후 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 상속세및증여세법이 명명변경을 포함하여 전문개정되면서 상속세 과세표준 신고불성실가산세 조문이 제78조 제1항으로 위치를 변경하였으며, 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정된 상속세및증여세법에서는 미달신고된 재산의 성격에 따라 그것이 상속재산 누락분인 경우 20%, 합산신고 누락분인 경우 10%의 가산세율을 차등적용하도록 규정함으로써 상속재산가액 신고의무 불이행의 경우와 달리 상속인 및 제3자에 대한 사전증여재산가액 신고의무 불이행의 경우에는 10%의 가산세율의 적용을 받도록 하였다. 그리고 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정된 상속세및증여세법에서는 미달신고된 재산의 성격에 따른 차등가산세율 규정을 삭제하고, 신고하여야 할 상속세 과세표준에 미달하게 신고한 경우 일률적으로 10%의 가산세율을 적용하되 다만 무신고 또는 대통령령이 정하는 고의적인 미달신고의 경우 20%의 가산세율을 적용하도록 규정하여 현재에 이르고 있다.<sup>12)13)</sup>

11) 1981. 10. 30. 제108회 국회 재무위원회회의록 제2면 상속세법중개정법률안 검토보고 참조.

12) 상속세및증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정된 것)  
제78조 (가산세등) ①세무서장등은 상속재산 또는 증여받은 재산에 대하여 제67조 또는 제68조에 규정된 신고기한내에 신고하여야 할 과세표준에 미달하게 신고(이하 이 항에서 “미달신고”라 한다)한 때에는 제76조의 규정에 의하여 결정된 과세표준에 대하여 미달신고한 금액(...)이 차지하는 비율을 상속세산출세액 또는 증여세산출세액과 제27조 또는 제57조의 규정에 의하여 가산하는 금액을 합한 금액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 10(신고기한 이내 신고하지 아니하였거나 가공의 채무·명의신탁 등 대통령령이 정하는 사유로 미달신고한 때에는 100분의 20)에 상당하는 금액을 각각 산출세액에 가산한다. 다만, 납부할 세액이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

13) 참고로, 상속세에서의 납부불성실가산세는 상속세법이 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되었을 당시 제26조 제2항으로 신설되었다가 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 상속세및증여세법이 명명변경을 포함하여 전문개정될 당시에는 제78조 제2항으로 위치를 변경하였으며, 상속세및증여세법이 1999. 12. 28. 법률 제6048

## 5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### 가. 조세법률주의 위반 여부

조세법률주의는 헌법 제38조 및 제59조에 근거를 둔 조세법의 기본원칙으로서, 법률의 근거 없이 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민은 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙이다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 138 등 다수 판례 참조). 조세법률주의는 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함을 그 이념으로 하며(헌재 1994. 7. 29. 92헌바49 등, 판례집 6-2, 64, 101 등 다수 판례 참조), 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율”이라고만 규정하고 있으나, 우리 헌법재판소도 그 규정의 의미를 넓게 보아 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 여겨지는 과세요건인 납세의무자, 과세물건, 과세표준 및 세율뿐만 아니라 조세의 부과·징수절차까지 모두 법률로써 가능한 한 명확하게 규정할 것을 요청하는 것으로 보고 있다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1 등, 판례집 7-2, 590).

조세법률주의 핵심적 내용은 과세요건법정주의와 과세요건명확주의이며(헌재 1992. 2. 25. 90헌가69 등, 판례집 4, 120), 이 중 이 사건에서 문제가 되는 과세요건명확주의는 과세요건에 관한 법률규정의 내용이 지나치게 추상적이거나 불명확하면 이에 대한 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정 내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 것이다(헌재 1992. 12. 24. 90헌바21, 판례집 4, 899; 헌재 1994. 8. 31. 91헌가1, 판례집 6-2, 153). 또한 과세요건명확주의의 적용에 있어 위헌판단 기준과

---

호로 개정될 당시에는 납부불성실가산세의 세율을 100분의 20을 한도로 하여 신고기한의 다음 날부터 1년이 되는 날까지는 100분의 10, 위 기간이 경과한 후부터는 매 1일당 1만분의 3을 곱하여 산출한 금액의 합계액을 가산세액으로 하였으며(구 상속세및증여세법(1999. 12. 28. 법률 제6048호로 개정된 것) 제78조 제2항 및 동법시행령(1999. 12. 31. 대통령령 제16660호로 개정된 것) 제80조 제2항 참조), 상속세및증여세법이 2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되었을 때에는 납부불성실가산세율을 “매 1일당 1만분의 3”으로 일원화하고 20% 한도는 폐지하여 현재에 이르고 있다(구 상속세및증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정된 것) 제78조 제2항 및 동법시행령(2003. 12. 30. 대통령령 제18177호로 개정된 것) 제80조 제4항 참조).

관련해서는 과세요건과 절차 및 그 법률효과를 규정한 법률규정은 명확하여야 한다는 것이나, 법률은 일반적, 추상성을 가지는 것으로서 법률규정에는 항상 법관의 법 보충작용으로서의 해석의 여지가 있으므로, 조세법규가 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 명확성을 결여하였다고 하여 위헌이라고 할 수는 없다고 보고 있다(헌재 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 43).

이 사건에서 청구인들은 이 사건 법률조항이 ‘제3자에 대한 사전증여재산’을 ‘상속재산’으로 간주하여 이것을 신고하지 않은 것에 대해 신고불성실가산세를 부과하는 것은 과세요건 명확주의에 위배된다고 주장하였으나, 헌법재판소는, 관련조항인 구 상속세및증여세법 제13조 제1항에 비추어 보면 이 사건 법률조항이 ‘제3자에 대한 사전증여재산’을 ‘상속재산’으로 간주하고 있지 않다는 것을 알 수 있고, 즉, ‘제3자에 대한 사전증여재산’은 ‘상속재산’에 속하는 것은 아니고 별개의 재산가액이지만 상속인이 신고하여야 할 상속세과세가액에 가산되는 재산가액 중 하나임을 규정하고 있으며, 이 사건 법률조항은 위 ‘제3자에 대한 사전증여재산’이 신고하여야 할 과세가액을 이루는 ‘재산가액’ 중 하나임에도 그 신고의무를 불이행함으로써 결과적으로 과세표준에 미달하게 신고한데 대하여 가산세를 부과하고 있는 것이어서, 이 부분 청구인들의 주장은 전체에 있어 법률 규정의 의미를 오해한 것으로서 부당하다고 판단하였다.

또한 이 사건 법률조항 뿐 아니라 제67조, 제13조 및 제25조 제1항 등 관련조문을 종합하여 해석하면 상속세과세표준 신고 시 신고하여야 할 재산가액의 범위에 제3자에 대한 사전증여재산가액이 포함된다는 것이 명백하고 그 의무의 불이행에 대해 가산세를 부과하는 것이 명백하므로, 이 사건 법률조항이 피상속인에게 귀속되지 않는 재산이 가산세 부과대상임을 명시하지 않은 채 같은 조항 내에서 서로 일치하지 않는 개념을 혼용하여 사용한다거나 이 사건 법률조항의 규정 내용이 모호하고 불완전하여 법률 해석의 혼란을 초래한다는 청구인들의 주장도 이유가 없다고 판단하였다.

#### **나. 비례의 원칙(과잉금지의 원칙)에 위배되어 재산권을 침해하였는지 여부**

국민의 기본권을 제한하는 법률은 그 제한의 방법에 있어서도 일정한 원칙의 준수가 요구되는 바, 그것이 과잉금지의 원칙이며 과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260 등 다수 판례 참조).

가산세는 형식에 있어서는 조세이지만 그 본질에 있어서는 본세의 징수를 확보하기 위한 수단이므로 가산세의 부담은 세법상의 의무위반의 내용과 정도에 따라 달리 결정되어야 할 것이다. 원래 의무위반에 대한 책임의 추궁에 있어서는 의무 위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 적정한 비례관계가 유지되어야 하므로, 조세의 형식으로 부과되는 금전적 제재인 가산세 역시 의무위반의 정도에 비례하는 결과를 이끌어내는 그러한 비율에 의하여 산출되어야 하고, 그렇지 못한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나서 재산권에 대한 침해가 되기 때문이다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집 15-2상, 291, 299 참조).

헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여 아래에서 보는 바와 같은 이유로 과잉금지의 원칙에 위배되어 재산권을 침해하는 규정이라 할 수 없다고 판단하였다.

(1) 목적의 정당성

이 사건 법률조항이 상속세과세표준의 무신고나 과소신고에 대하여 신고불성실가산세를 부과하는 것은, 앞서 이 사건 법률조항의 입법연혁에서도 본 바와 같이 상속세의 성실신고를 유도하기 위한 목적에서이며, 이와

같이 납세의무자의 성실한 신고를 독려함으로써 납세의무 확정을 위하여 투입될 국가나 지방자치단체의 행정력을 절감하고 성실신고의무의 위반을 미연에 방지하는 기능을 가지는 것으로서 그 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

## (2) 방법의 적절성

조세법의 실효성 내지 납세의무자에 대한 의무이행을 확보하기 위한 입법 목적을 달성하기 위하여는 의무위반자에게 일정한 제재를 과하는 것이 효과적이며, 그러한 제재방법 중 대표적인 것이 조세형벌과 가산세라는 점은 앞서 본 바와 같다. 그 중, 조세법상의 ‘협력의무’의 불이행에 대한 제재로서 가산세를 부과한 것은 적절한 방법의 선택이었다고 할 것이다.

## (3) 피해의 최소성

(가) 그런데 부과과세방식의 조세에서 납세의무자에게 부여하는 과세표준 신고의무는 신고납부방식의 조세에서보다 그 ‘협력의무’로서의 성격이 더 강하다는 측면에서 부과과세방식의 조세인 상속세 과세표준 신고의무를 불이행했다고 하여 가산세를 부과하는 것이 적절한지에 대하여는 의문이 있을 수 있겠으나, 앞서 설명한 바와 같이 특정한 세목이 부과과세방식의 조세인지 신고납부방식의 조세인지는 그 특정한 세목의 자체적인 성격으로부터 결정되는 절대적인 구분이라기보다는 입법자가 여러 가지 정책적인 고려를 거쳐 결정하는 상대적인 구분일 뿐 아니라, 부과과세방식의 조세에서도 과세표준의 신고의무를 잘 이행하는 것은 조세행정의 원활한 운영에 상당히 중요한 영향을 미치게 되므로 장래의 위반행위를 예방하고 그 실효성을 확보한다는 목적을 달성하기 위해서는 적어도 과세표준 미달신고에 대해 세금의 형식으로 제재를 가하는 가산세의 부과가 필요하다고 할 것이다.

(나) 구 상속세및증여세법 제78조 제1항이 신고불성실가산세율을 20%로 규정하여 제3자에 대한 사전증여재산가액 신고의무 불이행으로 인한 과세표준 미달신고에 대하여도 위 20%의 가산세율이 일률적으로 적용되도록 하고 있으나, 세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등

각종 의무를 위반한 경우에 법이 정하는 바에 따라 부과하는 행정상 제재로서 납세자의 고의·과실은 고려되지 아니하며, 따라서 상속인이 사전증여재산 특히 상속인 아닌 제3자에 대한 사전증여재산을 파악하는 일이 상속재산을 파악하는 것에 비하여 어려운 경우가 있다고 하더라도 아래에서 보듯 납세자에게 정당한 사유가 있는 경우에는 면책될 수 있는 길이 열려 있고 구체적인 세율은 입법정책적으로 결정될 수 있는 문제이므로, 구 상속세및증여세법 제78조 제1항이 신고불성실가산세율을 20%로 규정하여 제3자에 대한 사전증여재산가액 신고의무 불이행으로 인한 과세표준 미달신고에 대하여도 위 20%의 가산세율이 일률적으로 적용되도록 하는 것이 청구인들의 재산권을 부당하게 과잉 침해하는 것이라고 할 수는 없다(헌재 2005. 2. 24. 2004헌바26, 판례집 17-1, 242, 251 참조).

(다) 그리고 우리 국세기본법은 일정한 경우 가산세를 감면할 수 있는 규정을 두고 있고, 법원 역시 ‘정당한 사유’가 있는 경우 상속인에게 신고불성실가산세를 부과할 수 없다는 확립된 입장을 견지해 오고 있다.

즉, 국세기본법 제48조는 가산세 부과원인이 되는 사유가 천재·지변 등 국세기본법 제6조 제1항 소정의 기한연장사유에 해당하는 때에는 가산세를 감면하도록 규정하고 있고<sup>14)</sup>, 국세기본법 제49조는 과세표준신고를 한 후

14) 국세기본법 제48조 (가산세의 감면) ①정부는 세법에 의하여 부과하였거나 부과할 가산세에 있어서 그 부과된 원인이 되는 사유가 제6조 제1항의 규정에 의한 기한연장사유에 해당하는 때에는 이를 감면한다.

국세기본법 제6조 (천재등으로 인한 기한의 연장) ①천재·지변 기타 대통령령이 정하는 사유로 인하여 이 법 또는 세법에 규정하는 신고·신청·청구 기타 서류의 제출·통지·납부를 정하여진 기한까지 할 수 없다고 인정하거나 납세자의 신청이 있는 경우에는 관할세무서장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 기한을 연장할 수 있다.

국세기본법시행령 제2조 (기한연장 및 담보제공) ①다음 각호의 1에 해당하는 경우로서 세무서장이 인정하는 때에는 법 제6조의 규정에 의하여 기한을 연장할 수 있는 사유가 있는 것으로 한다.

1. 납세자가 화재·전화 기타 재해를 입거나 도난을 당한 때
2. 납세자 또는 그 동거가족이 질병으로 위중하거나 사망하여 상 중인 때
3. 납세자가 그 사업에 심한 손해를 입거나, 그 사업이 중대한 위기에 처한 때 (납부의 경우에 한한다)
- 3의2. 정전, 프로그램의 오류 기타 부득이한 사유로 한국은행(그 대리점을 포함한다) 및 체신관서의 정보통신망의 정상적인 가동이 불가능한 때
- 3의3. 금융기관(한국은행 국고대리점 및 국고수납대리점인 금융기관에 한한다) 또는 체신관서의 휴무 그밖에 부득이한 사유로 인하여 정상적인 세금납

에도 법정신고기한 경과 후 6월 이내에 수정신고를 한 경우에는 최초의 과소신고로 인하여 부과하여야 할 가산세의 100분의 50에 상당하는 세액을 경감하도록 규정하고 있으며<sup>15)</sup>, 대법원은 법률상 명문의 규정이 없음에도 “납세자의 의무 해태에 있어서 정당한 사유가 있다고 인정되는 때에는 가산세를 부과할 수 없다”고 일관되게 판시해 오고 있다[대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두930 판결(공2006.1.1.(241), 50); 대법원 1995. 11. 14. 선고 95누 10181 판결(공1996.1.1.(1), 98); 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두66 판결(공2002.10.1.(163), 2237) 등 다수 참조].

따라서, 이 사건 법률조항에 대하여는 관계법령과 법원의 판결을 통해 가산세 감면의 가능성이 어느 정도 열려 있으므로 이 사건 법률조항으로 인한 재산권의 침해를 최소화하는 장치 즉 적절한 구제수단을 갖추고 있는 것으로 보아야 할 것이다.

#### (4) 법익의 균형성

이 사건 법률조항은 상속세 납세의무자인 상속인의 성실하고 정확한 신고를 독려하는데 결정적으로 기여함으로써 상속세 제도의 실효성 확보와 조세행정의 원활한 운영이라는 공익을 실현하는 중요한 역할을 수행하며, 이에 비해 이 사건 법률조항으로 인해 납세의무자가 입게 되는 불이익은 납세의무자인 상속인이 신고의무를 불이행함으로써 위 공익목적을 침해한 한도에서 그에 대한 책임을 부담하는 정도에 그치므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 납세의무자가 입게 되는 불이익이 이 사건 법률조항이 추구하는 공익에 비하여 현저하게 크다고 볼 수도 없다.

### 다. 평등원칙 위반 여부

- 
- 부가 곤란하다고 국세청장이 인정하는 때
4. 권한있는 기관에 장부·서류가 압수 또는 영치된 때
  5. 제1호·제2호 또는 제4호에 준하는 사유가 있는 때
- 15) 국세기본법 제49조(수정신고에 의한 감면) 관할세무서장은 제45조의 규정에 의하여 과세표준수정신고서를 결정신고기한 경과후 6월 이내에 제출한 자에 대하여는 최초의 과소신고로 인하여 부과하여야 할 가산세의 100분의 50에 상당하는 세액을 경감한다. 다만, 과세표준수정신고서를 제출한 과세표준과 세액에 관하여 경정이 있을 것을 미리 알고 제출한 경우에는 그러하지 아니하다.



우리 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있으므로 조세법률관계에 있어서도 과세는 개인의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535 등 다수 판례 참조).

오늘날 조세는 국가의 재정수요를 충족시킨다고 하는 본래의 기능 외에도 소득의 재분배, 자원의 적정배분, 경기의 조정 등 여러 가지 기능을 가지고 있으므로, 국민의 조세부담을 정함에 있어서 재정·경제·사회정책 등 국정전반에 걸친 종합적인 정책판단을 필요로 할 뿐만 아니라, 과세요건을 정함에 있어서 극히 전문기술적인 판단을 필요로 한다. 조세법규를 어떠한 내용으로 규정할 것인지에 관하여는 입법자가 국가재정, 사회경제, 국민소득, 국민생활 등의 실태에 관하여 정확한 자료를 기초로 하여 정책적, 기술적인 판단에 의하여 정하여야 하는 문제이므로, 이는 입법자의 입법형성적 재량에 기초한 정책적, 기술적 판단에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 따라서 조세법 분야에 있어서 소득의 성질의 차이 등을 이유로 하여 그 취급을 달리하는 것은 그 입법목적 등에 비추어 자의적이거나 임의적이 아닌 그 합리성을 부정할 수 없으며, 이를 조세평등주의에 위반하는 것이라고 볼 수는 없다(헌재 2001. 12. 20. 2000헌바54, 판례집 13-2, 819, 824).

이 사건에서 청구인들은, 이 사건 법률조항이 수증자인 제3자가 개인(비영리법인 포함)인 경우와 영리법인인 경우에 있어서 취급을 달리하므로 평등의 원칙을 위반한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 헌법재판소는, 이 사건 법률조항은 제3자에 대한 사전증여와 관련한 신고불성실가산세에 있어서 수증자가 개인인 경우와 영리법인인 경우를 구별하고 있지 않음이 명백하므로 양자를 차별 취급한다고 할 수 없고, 한편, 청구인들이 주장하는 위 예규 등이 한때 존재하여 과세관청이 이를 적용한 일이 있기는 하나, 현재는 폐지된 상태로, 위 예규 등이 실시될 당시 그 적용으로 인한 구체적인 처분에서 권익을 침해당한 개인은 법원을 통해 이 문제를 다투는 것은 별론으로 하고, 위 예규 등의 존재가 이 사건 법률조항의 위헌성을 판단하는 근거가 되는 것은 아니라 할 것이어서, 위 예규의 존재를 근거로 하여 이

사건 법률조항이 평등원칙에 반한다는 청구인들의 주장은 이유가 없다고 판단하였다.

#### 라. 자기책임의 원리 위배 여부

청구인들은, 피상속인이 사망 전 제3자에게 재산을 증여하는지 여부를 상속인이 관리하거나 감독할 수 없음에도 가산세를 부과하도록 한 이 사건 법률조항은 자신의 통제권 내지 결정권이 미치지 않는 데 대해서까지 책임을 지게 하는 것으로서 자기책임의 원리에 반한다고 주장하였으나, 청구인들의 이러한 주장 역시 받아들여지지 않았다.

즉, 이 사건 법률조항은 상속세 납세의무자인 상속인의 의사결정이나 행위책임과 전적으로 무관한 제재라고 보기는 어렵다는 것이다. 다시 말해, 비록 오늘날의 생활상에 비추어 볼 때 상속인이 피상속인의 경제생활을 인지하고 확인하는 것이 이전보다 어려워졌다고는 할 것이나, 일반적으로 상속인은 피상속인과 동일한 또는 근접한 생활영역에 있기 때문에 과세관청에 비하여 피상속인의 경제활동을 확인하기가 훨씬 용이하다는 점을 부인하기는 어렵다 할 것이며(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바99, 판례집 15-2, 547, 556; 헌재 1994. 6. 30. 93헌바9, 판례집 6-1, 631, 642-643 참조) 따라서 상속인으로서의 피상속인의 제3자에 대한 사전증여 내용에 관하여 알고 있을 가능성이 있고 이러한 경우 그 재산가액을 신고할 의무를 상속인에게 부과하면서 그 의무를 불이행하는 경우에 제재를 가하는 이 사건 법률조항은 일응 그 규율의 합리성이 인정될 수 있다는 것이다.

게다가 상속인으로서의 의무이행을 상속인에게 기대하는 것이 무리라고 할 만한 사정, 즉 정당한 사유가 있는 경우 그 부담을 벗어날 수도 있으므로, 이러한 면책사유가 실질적으로 행위자의 자기결정권이 미치지 않는 영역에 대한 책임을 제한하는 역할을 충분히 할 수 있다는 점도 고려되어, 상속인이 피상속인의 제3자에 대한 사전증여재산가액을 누락하여 미달신고하게 된 세액에 대하여 가산세의 부담을 피하는 것이 행위자의 자기책임에 반하는 부당한 과세라는 청구인의 주장은 받아들여지지 않았다.

## 6. 결정의 의미

헌법재판소는 이미 다수의 조세사건에서 세율의 결정에 관한 한 입법자의 판단을 존중한다는 입장을 보여 왔다. 즉, 조세관련법령이 세율이 너무 높다는 이유로 위헌이라고 본 사례는 없다.<sup>16)</sup>

이번 결정은 세율에 대한 입법형성권을 인정해 온 위 선례들의 입장에서 더 나아가, 조세관련법령이 상속세의 성실한 신고를 유도한다는 정당한 목적에서 ‘제3자에 대한 사전증여재산가액의 신고의무 불이행에 대해 상속인에게 미달신고가산세를 부과하는 것’ 자체에 대하여도 위헌이 아니라고 판단함으로써, 조세입법에 있어서의 입법자의 판단을 존중하는 헌법재판소의 기존 입장을 유지하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

---

16) 헌재 1999. 2. 25. 96헌바64, 판례집 11-1, 96; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바94 등, 판례집 12-1, 188; 헌재 2001. 2. 22. 99헌바3 등, 판례집 13-1, 226; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바16, 판례집 15-2(하), 487; 헌재 1999. 6. 24. 98헌바68, 판례집 11-1, 753; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌바86, 판례집 13-2, 52; 헌재 2005. 2. 24. 2004헌바26; 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가7, 판례집 17-2, 338 등 참조.



## 교육공무원법 제24조 제4항 등 위헌확인

- 대학의 자율의 주체와 범위-

(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1047등, 판례집 18-1상, 601)

이 준 상 \*

### 【판시사항】

1. 국립대학 교수나 교수회의 기본권주체성 인정 여부
2. 국립대학 교수나 교수회가 국립대학의 장 후보자 선정에 참여할 권리가 있는지 여부
3. 대학의 자율을 제한하는 법률에 대한 위헌심사기준
4. 국립대학의 장 후보자 선정과 관련된 교육공무원법 제24조 제4항, 제6항, 제7항, 제24조의3 제1항이 대학의 자율을 침해하거나 포괄위임입법금지의 원칙 등에 반하는지 여부

### 【심판대상】

교육공무원법(2005. 5. 31. 법률 제7537호로 개정된 것) 제24조 제4항 제1호, 제6항, 제7항 중 ‘위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하되’ 부분, 제24조의2 제4항, 제24조의3 제1항(이하 이들을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)

교육공무원법(2005. 5. 31. 법률 제7537호로 개정된 것)

제24조(대학의 장의 임용)

④위원회는 해당 대학이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나의 방법에 의하여 대학의 장 후보자를 선정하여야 한다.

---

\* 헌법연구관

1. 위원회에서의 선정
2. 해당 대학 교원의 합의된 방식과 절차에 따른 선정

⑥제1항의 규정에도 불구하고 대학의 장 임기만료 후 3월 이내에 해당 대학이 대학의 장 후보자를 추천하지 아니하는 경우 해당 대학의 장은 교육인적자원부장관의 제청으로 대통령이 임용한다.

⑦위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하되, 위원의 일정비율 이상은 여성으로 한다.

제24조의2 (선거운동의 제한)

④누구든지 대학의 장 후보자 선정 선거와 관련하여 다음 각 호의 방법 외의 행위를 할 수 없다.

1. 선전벽보의 부착
2. 선거공보의 배부
3. 소형인쇄물의 배부
4. 합동연설회 또는 공개토론회의 개최
5. 전화·컴퓨터 통신을 이용한 지지호소

제24조의3 (대학의 장 후보자 추천을 위한 선거사무의 위탁)

①대학의 장 후보자를 추천함에 있어서 제24조 제4항 제2호의 규정에 따라 해당 대학 교원의 합의된 방식과 절차에 따라 직접선거에 의하는 경우 해당 대학은 선거관리에 관하여 그 소재지를 관할하는 「선거관리위원회법」에 의한 구·시·군선거관리위원회(이하 "구·시·군선거관리위원회"라 한다)에 위탁하여야 한다.

### 【사건의 개요】

#### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들 중 일부는 국립대학교 소속의 교수들로서 각 교수회나 교수평의회 의장 등으로 재직 중이며, 일부는 해당 대학 교수 등을 구성원으로 하여 고등교육법시행령 제4조 제16호 및 각 소속 대학교의 학칙에 의하여 설치된 단체인 평의회 또는 교수회이며 청구인들이 속한 대학은 2005년과 2008년 사이에 각 대학의 장 후보자 추천을 위한 선거가 실시되었거나

실시될 예정이고 대체로 교수회나 전임강사 이상의 직접 비밀투표로 대학의 장 후보자를 선출하도록 되어 있다.

청구인들은 이 사건 법률조항이 대학의 장 후보자 선출에 있어서 간선제를 강요하는 등으로 헌법상 보장된 청구인들의 학문의 자유와 대학의 자치(자율)에서 유래되는 자치입법권 등을 침해하였다고 주장하며 헌법소원을 제기하였다.

## 2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

### 가. 청구인들의 주장

대학은 학문연구와 교육이라는 본래적 과제를 수행하기 위하여 연구와 교육에 관한 사항을 대학 스스로 규칙을 통하여 규율하고 통제하여야 하며 이를 위해 대학에는 자치입법권이 부여되고 이 자치입법권은 대학자치 내지 자율성의 본질적 내용에 해당되고 대학은 자신의 의사결정기구를 통하여 대학운영과 관련된 사항들을 규칙으로 제정할 수 있는 고유한 권한을 가져야 하고 대학의 장 후보자 선출방식도 여기에 포함된다.

그런데 교육공무원법 제24조 제4항은 대학의 장 후보자의 선출과 관련하여 교원의 합의가 존재하지 않는다면 원칙적으로 간접선거에 해당하는 위원회에서 선정하도록 강요하고 있어 대학의 자율성을 침해하고 있다.

대학자치행정은 헌법 제22조의 학문의 자유라는 보호영역과 밀접한 연관성을 가지는 개개의 영역을 자신의 책임하에서 어떠한 국가적 간섭 없이 유지하고 달성할 수 있다는 것을 의미하며 이는 대학자치의 핵심적 영역에 해당하는데, 대학의 장 후보자를 추천함에 있어서 해당 대학교원의 합의된 방식과 절차에 따라 직접선거에 의하는 경우 그 선거사무를 반드시 해당 선거관리위원회에 위탁하도록 하는 교육공무원법 제24조의3은 교수 및 교수회의 대학자치에의 참여권과 이들의 학문의 자유를 침해하는 것이다.

대학의 대표자를 대학의 구성원이 스스로 결정할 수 있도록 하는 것이 대학의 자율성의 최소한의 전제라고 할 때 대학구성원의 어떠한 동의도 전제되지 않는 교육인적자원부장관의 제청과 그에 따른 대통령의 총장의 임용이 가능하도록 한 교육공무원법 제24조 제6항은 학문의 자유와 대학자치제를 침해하는 규정이다.<sup>1)</sup>

교육공무원법 제24조 제7항은 위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고만 규정하고 있을 뿐 구체적으로 총장추천위원회의 구성에 대하여는 대통령령에 백지위임을 하고 있다. 구성원의 비율에 관한 사항이나 구성원 중 대학교수가 어떤 결정적인 영향력을 행사할 수 있을 것인지의 내용은 법률에 규정되어야 할 사항이므로 이 규정은 포괄위임법금지의 원칙(헌법 제75조)이나 교육제도의 법정주의(헌법 제31조 제6항)에 반한다.

교육공무원법 제24조의2는 5가지의 선거방법만을 허용하고 있을 뿐이어서 자유선거의 원칙에 반하고 대학의 자율성을 침해하지 않는 범위 내에서 선거운동의 방법을 최소한으로 제한하여야 함에도 이에 반한다.

결국 위의 각 규정은 대학자치의 본질적 내용의 침해에 해당하고 또한 과잉금지의 원칙에도 반한다.

#### 나. 교육인적자원부장관의 의견

(1) 청구인들이 대학의 장 후보자 선정에 참여할 권한은 입법자에 의하여 주어진 법률상의 권리이지 헌법상의 기본권으로 볼 수 없으며 위 심판대상 규정으로 청구인들은 간접적, 반사적인 영향을 받을 뿐이고 위 법률조항의 수범자는 ‘대학 또는 대학의장임용추천위원회’이지 대학의 교수들이나 교수회가 아니므로 자기관련성이 없고 교육공무원법 제24조 제4항, 제24조의3은 대학이 어떠한 방식으로 대학의 장 후보자를 선정할 것인지에 관한 대학의 결정이 필요하므로 직접성이 없으므로 청구인들의 청구는 부적법하다.

(2) 이 사건 법률조항은 대학의 자율성을 구현하기 위한 권리창설적인 조항이지 권리를 제한하는 규정은 아니다. 교육공무원법 제24조 제4항은 대학의 장 후보자를 간선제에 의하여 선정하도록 강요하는 것은 아니며 대학에서 자율적으로 결정하도록 하고 있다. 그리고 대학의 장 후보자를 직

---

1) 청구인들은 아울러 대학의 장이 임기만료가 되었음에도 대학의 장 후보자를 추천하지 않는 경우 대학행정의 연속성을 위하여 잠정적이거나 일시적으로 교육인적자원부 장관의 제청으로 대통령이 총장을 임용하는 것은 정당화될 수 있으나 그러한 시간적 제한 없이 주무장관과 대통령의 일방적 행위에 의한 대학의 장 임용은 대학의 자율성을 명백히 침해하는 것이라고 주장한다.



접선거로 선출할 경우 선거관리위원회에 위탁하는 것은 직접 선거과정에서의 과열, 혼탁된 선거운동으로 인한 부작용을 막고 공정성과 효율성을 확보하기 위한 조치이며 교육공무원법 제24조 제6항에 의한 대통령의 대학의 장 임용은 학생들의 교육받을 권리가 침해되는 것을 막기 위한 규정으로서 모두 과잉금지원칙에 반하는 것은 아니다. 또한 교육공무원법 제24조 제7항에 따른 위원회는 해당 대학이 대학의 장 후보자 추천권한을 행사하기 위하여 구성된 위원회로서 권리를 제한하는 규정은 아니므로 법률의 근거가 엄격하게 필요한 것은 아니다. 그리고 대학의 장 후보자 선출에 국민의 대표기관을 선출하는 정도의 선거운동의 자유를 주장하는 것은 타당하지 아니하고 교육공무원법 제24조의2에서 규정하고 있는 방법은 입후보자들의 의사를 충분히 자유롭게 전달할 수 있으므로 선거운동의 자유를 침해하는 것도 아니다.

### 【결정요지】

1. 대학의 자치의 주체를 기본적으로 대학으로 본다 하더라도 교수나 교수회의 주체성이 부정된다고 볼 수는 없고 가령 학문의 자유를 침해하는 대학의 장에 대한 관계에서는 교수나 교수회가 주체가 될 수 있고 또한 국가에 의한 침해에 있어서는 대학 자체 외에도 대학 전구성원이 자율성을 갖는 경우도 있을 것이므로 문제되는 경우에 따라서 대학, 교수, 교수회 모두가 단독 혹은 중첩적으로 주체가 될 수 있다고 보아야 할 것이다.

2. 전통적으로 대학자치는 학문활동을 수행하는 교수들로 구성된 교수회가 누려오는 것이었고 현행법상 국립대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나, 1990년대 이후 국립대학에서 총장 후보자에 대한 직접선거방식이 도입된 이래 거의 대부분 대학 구성원들이 추천하는 후보자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대통령이 대학총장을 임명함에 있어 대학교원들의 의사를 존중하여 온 점을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학자치의 본질적인 내용에 포함된다고 할 것이므로 결국 헌법상의 기본권으로 인정할 수 있다.

3. 대학의 자율도 헌법상의 기본권이므로 기본권제한의 일반적 법률유보의 원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있고 대학의 자율

의 구체적인 내용은 법률이 정하는 바에 의하여 보장되며 또한 국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있고 다만 그 규율의 정도는 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 수 있고 그 위헌 여부는 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단되어야 한다.

4. 가. 대학의장임용추천위원회(이하 '위원회'라 한다)에서의 대학의 장 후보자 선정은 교원의 합의된 방식과 선택적이거나 혹은 실제로는 보충적인 방식이며, 교육공무원법 제24조 제4항은 대학의 장 후보자 선정을 위원회에서 할 것인지 아니면 교원의 합의된 방식에 의할 것인지를 대학에서 우선적으로 결정하도록 하고 있고, 또한 이 규정은 구 교육공무원임용령에서 규정된 것으로서 각 국립대학은 구 시행령에 근거하여 직선제의 방식으로 대학의 장 후보자를 선출해 온 점을 고려하면, 위 규정이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

나. 국립대학에서 총장이 임명되지 못하는 경우에 국가가 개입하는 것은 그 공백상태를 해결하기 위한 적절한 수단이며 이 경우 어떠한 임용형태를 취할 것인지는 입법자의 재량사항에 속한 것으로 볼 수 있으며 총장 임기 만료 후 3개월이 경과한 경우에만 개입하도록 하여 대학에게 그 대학의 장 후보자의 선출에 대한 자율권을 행사할 충분한 기간과 기회를 제공하고 있는 점, 대학이 총장의 임기만료 후에도 만연히 대학의 장 후보자를 선출하지 아니한 채 국가가 관여하는 것을 배제해달라고 주장하는 것은 대학의 자율의 합리적인 범위 내라고 볼 수 없는 점, 국립대학의 총장은 국가행정관청의 장의 지위도 겸하고 있으므로 국립대학의 총장 미임명으로 인한 국가행정의 공백이나 불안정상태를 막을 긴급한 필요가 있는 점 등을 고려할 때 교육공무원법 제24조 제6항이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

다. 국가조직에 속하는 국립대학에서 선거관리를 공정하게 하기 위하여

중립적 기구인 선거관리위원회에 선거관리를 위탁하는 것은 선거의 공정성을 확보하기 위한 적절한 방법이며, 선거관리만을 위탁하는 것이고 그 외 선거권, 피선거권, 선출방식 등은 여전히 대학이 자율적으로 정할 수 있는 점, 중앙선거관리위원회에서 위 선거관리와 관련한 규칙을 제정하고자 하는 경우 대학들은 교육인적자원부장관을 통하여 그 의견을 개진할 수 있는 점(교육공무원법 제24조의3 제2항), 선거관리위원회는 공공단체의 직접선거와 관련하여 조합원이 직접투표로 선출하는 조합장선거(농업협동조합법 제51조 제4항)와 교육위원 및 교육감선거(지방교육자치에 관한 법률 제51조 제1항)의 경우에도 그 선거사무를 관리하고 있는 점을 고려하면, 교육공무원법 제24조의3 제1항이 매우 자의적인 것으로서 합리적인 입법한계를 일탈하였거나 대학의 자율의 본질적인 부분을 침해하였다고 볼 수 없다.

라. 교육공무원법 제24조 제7항에 의하여 구성되는 위원회는 대학의 장 후보자를 추천하기 위한 것임은 목적상 명백하고 또한 위원회는 대학의 모든 구성원이 아닌 해당 대학 교원을 중심으로 구성될 것임을 알 수 있어 그 구성과 활동내용의 대강을 예측할 수 있고 각 대학마다 규모나 지역 등의 사정에 따라 탄력적으로 위원수나 위원자격을 정할 필요가 있어 구성과 운영 등에 관한 사항을 시행령에 위임하여야 할 합리적인 이유가 있으므로 위임입법의 한계를 일탈하였다고 할 수 없다.

위 규정은 청구인들의 권리를 제한하는 규정이라기 보다는 추천권행사를 위한 형성적 규정에 가깝다고 볼 수 있고 위 규정은 교수들이나 특히 여성위원들의 참여를 보장하고 있어 청구인들의 기본권이나 대학의 자율을 증진시키는 측면도 있으므로 위 규정이 대학자치의 본질을 침해한다거나 교육제도 법정주의에 반하여 위헌이라고 보기도 어렵다.

## 【해설】

### 1. 전제논의와 대학의 자치

#### 가. 관련기본권과 쟁점의 정리

청구인들이 이 사건 법률조항으로 침해받았다고 주장하는 권리는 학문의 자유와 대학의 자치와 관련된 기본권이다.

청구인들이 학문의 자유 이외에 그 주장하는 대학자치에의 참여권, 더 구체적으로는 대학의 장 후보자 선출에 관여할 권리가 대학의 자치의 내용에 포함되는지 여부가 먼저 검토되어야 할 것이므로<sup>2)</sup> 적법요건과 본안을 검토하기에 앞서 대학의 자치와 관련된 기본적인 논의와 청구인들이 대학의 자치를 누리는 기본권주체가 될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

### 나. 대학의 자치의 의의와 헌법적 근거

(1) 의의 : ‘대학의 자치’라 함은 일반적으로 대학의 존재이유인 자유로운 학문활동의 실효성있는 보장을 위하여 그러한 학문 활동과 실질적인 관련이 있는 모든 사항들을 외부적 간섭이나 지시를 받음이 없이 대학이 자신의 책임하에 자율적으로 결정하고 이행하는 것이라고 하거나<sup>3)</sup>, 대학의 자유는 학문의 자유의 중요한 내용으로서 학문의 연구는 복수의 연구자의 상호협력과 비판이란 과정을 통해서 행해지며 이것은 주로 대학을 기초로 하여 행해지고 있기 때문에 대학에 있어서의 교수의 인사나 시설 등에 관하여 대학 자체에서 자주적으로 결정·운영하게 하는 대학의 자유 내지 자치가 요청되는 것이라고<sup>4)</sup> 설명된다. 헌법재판소는 “헌법 제31조 제4항이 규정하고 있는 교육의 자주성, 대학의 자율성 보장은 대학에 대한 공권력 등 외부세력의 간섭을 배제하고 대학인 자신이 대학을 자주적으로 운영할 수 있도록 함으로써 대학인으로 하여금 연구와 교육을 자유롭게 하여 진리탐구와 지도적 인격의 도야라는 대학의 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 것으로서 이는 학문의 자유의 확실한 보장수단이자 대학에 부여된 헌법상의 기본권이다”라고 정의내리고 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등 판례집 4, 659, 670).<sup>5)</sup>

(2) 근거 : 헌법 제31조 제4항은 대학의 자율성 보장에 관한 명문의 근거규정을 두고 있으며, 그 외에도 학문의 자유를 규정한 헌법 제22조 제1

2) 청구인들이 주장하는 대학의 장 선출에 관한 규칙제정권이나 그 선출을 위한 자치행정권도 모두 여기에서 파생되거나 이를 전제로 하는 권리로 볼 수 있다.

3) 김선택, 대학자치의 헌법적 보장과 구체화방법, 헌법학연구(2005. 3.) 226-227면.

4) 김철수, 헌법학개론(2004), 678면.

5) 이 결정은 대학의 자율성에 관한 비교적 자세한 논의를 한 최초의 사례로 보이며, 그 후 이와 관련된 자세한 논의를 한 결정은 보이지 아니한다.

항, 교육제도 법정주의를 규정한 헌법 제31조 제6항을 근거로 하여 대학의 자치는 헌법상 보장된다고 하는 견해도 있다.<sup>6)</sup>

#### 다. 대학의 자율(자치)의 보장내용

대학의 자치의 내용에는 일반적으로 교원의 인사, 시설의 관리, 학생의 관리, 연구교육의 내용 및 방법의 자주결정권, 예산관리에 있어서의 자치권 등이 포함된다고 한다.<sup>7)</sup> 헌법재판소는 “대학의 자율은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 학사관리 등 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 그 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발, 학생의 전횡도 자율의 범위에 속해야 한다”거나(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 670), “인사, 학사, 시설, 재정 등 대학과 관련된 사항들이 포함된다”고 하고 있다(헌재 2001. 2. 22. 99헌마613, 판례집 13-1, 367, 379).

구체적으로 헌법재판소는 서울대학교가 1994학년도 대학입학고사주요요강을 정함에 있어 인문계열의 대학별고사과목에서 일본어를 선택 과목에서 제외시킨 것은 교육법 제111조의2 및 개정될 교육법시행령 제71조의2의 제한범위(법률유보)내에서의 적법한 대학의 자율권 행사로 보았으나(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등 사건), 세무대학설치법폐지법률(1999. 8. 31. 법률 제5995호)에 대한 헌법소원사건에서는 대학의 자율성은 그 보호영역이 원칙적으로 당해 대학 자체의 계속적 존립에까지 미치는 것은 아니고 세무대학의 자율성은 법률의 목적에 의해서 세무대학이 수행해야 할 과제의 범위 내에서만 인정되는 것이라고 하여 위 법률이 세무대학의 자율성을 침해하는 것은 아니라고 하였다(헌재 2001. 2. 22. 99헌마613, 판례집 13-1, 367-385).

#### 라. 대학의 자치보장의 법적성격과 기본권주체

(1) 학설은 대학의 자치제도는 제도보장의 성격과 기본권 보장의 성격을 겸하고 있다고 본다.<sup>8)</sup>

6) 허영 교수는 대학의 자율성은 학문의 자유에서 바로 도출되는 것이며, 헌법 제31조 제4항은 대학의 자치의 근거규정이 아니고 보완규정이라고 본다(허영 한국헌법론(2005), 417면).

7) 김철수, 헌법학개론(2004), 679면.

나아가 기본권 보장의 성격을 갖는다고 할 때 그 기본권의 주체에 대하여는, 교수회라거나<sup>9)</sup>, 혹은 개별학자들 및 대학 자체의 기본권이라거나<sup>10)</sup>, 또는 주체의 논의는 3가지 경우로 나눌 수 있다고 하며, ① 대학의 자율성은 원칙적으로 대학관리와 재정·운영부분은 학교 설치·경영자가, 교육·연구와 관련된 각종 사항에 대하여는 교수회가 분점하거나, ② 국가에 의한 침해에 대하여는 국가로부터의 대학진구성원이 누리는 자율성이거나, ③ 학문의 자유를 침해하는 대학의 장 혹은 학교법인 이사회에 대하여 교수들이 누리는 자율성으로 경우를 나누어서 보아야 한다고 설명하기도 한다.<sup>11)</sup>

헌법재판소는 대학의 자치는 제도보장 외에 기본권의 성격을 갖으며 이 기본권은 대학에게 부여된 것이라고 하고 있고 따라서 국립대학인 서울대학교는 다른 국가기관 내지 행정기관과는 달리 공권력의 행사자의 지위와 함께 기본권의 주체성을 갖고 청구인들과 서울대학교의 관계는 기본권주체와 공권력 주체와의 관계뿐만 아니라 아울러 기본권주체 상호간의 관계로도 보고 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 672).<sup>12)</sup>

(2) 실천적인 의미에서 대학의 자치의 주체는 대학, 교수, 교수회 혹은 나아가 그 외 구성원들 중의 어느 하나만을 선택해서 정의될 수 있는 것은 아니고, 오히려 잠재적으로는 대학, 교수회, 교수들, 그 외 구성원들 모두 주체가 될 가능성이 있고, 문제되는 사안에 따라서는 중첩적으로 주체성을

8) 허영, 앞의 책, 제416면; 김철수교수는 견해가 명확하지 않으나, 앞의 책 679면의 각주에서 법적성격에 관하여 학설대립이 있다고 하면서 헌재 1992. 10. 1. 92헌마 68 등 사건을 인용하고 있다.

9) 김철수, 앞의 책, 679면

10) 김선택, 앞의 글, 232면 : 대학의 자율성을 학문의 자유의 한 내용으로 이해할 때 대학내에서 학문활동을 수행하는 개별 학자들의 연구 및 교수의 자유 뿐만 아니라 이러한 연구, 교수활동을 지속적으로 가능케 하는 대학 차원의 제반활동들도 국가나 사회의 제세력의 영향으로부터 자유로워야 한다. 그러한 점에서 개별학자와 별도로 대학 자체가 학문의 자유 및 그와 동시에 대학의 자율권이라는 기본권의 주체가 된다.

11) 교육제도의 헌법적 문제에 관한 연구, 헌법재판연구 제14권(2003. 12.), 297-298면

12) 다만, 서울대학교는 국가영조물이므로 청구인과는 기본권주체와 공권력담당자와의 관계일 뿐 기본권주체 상호간의 관계로 볼 수 없다는 재판관 조규광의 반대 의견이 있다(판례집 4, 682).

인정할 수도 있을 것이다. 결국, 앞에서 경우를 나누어 보는 견해와 같이 주체성을 유형적으로 파악하여 각각 문제되는 경우에 각 주체별로 자기관련성이 있는지를 따져 보아 해결하면 족하다.<sup>13)</sup> 다만, 헌법재판소의 위 결정(92헌마68등 사건)은 대학의 자치에 있어서 국립대학의 기본권주체성을 인정하고 있으나, 이는 일반 국민(고등학생)이 입시와 관련한 국립대학의 조치에 대하여 제기한 헌법소원에서 위 조치가 대학의 자치 범위 내라고 수동적으로 확인해 준 것에 불과하고 국립대학이 감독권자인 국가와의 관계에서 적극적으로 기본권침해를 주장하며 헌법소원을 제기한 사안은 아니며 현행법상 독립된 법인이 아닌 국립대학이 청구인이 되어 국가에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있는지 명확한 것은 아니고 이러한 쟁송형태에 관한 헌법재판소 선례는 보이지 아니한다.<sup>14)</sup> 따라서 국립대학 소속 교수들이나 교수회가 국가에 의한 기본권이나 제도보장의 침해를 주장하는 경우에는 대학 외에도 별도로 청구인들에게 침해받는 기본권이 있는지, 그리고 자기관련성이 있는지를 별도로 따져 볼 수밖에 없고 대학의 기본권주체성이 인정된다고 하여 교수들이나 교수회의 기본권주체성이 부인되지는 않는다.

#### 마. 외국에서의 대학의 자치제도

(1) 헌법적 차원에서 학문의 자유와 대학의 자율성을 동시에 규정하고 있는 경우는 우리나라 헌법 외에는 찾기 어려우며 대학의 자치제를 헌법상 명문으로 인정하고 있는 나라는 이탈리아이며 학문의 자유를 헌법에서 규

13) 조석훈교수는 대학의 기능은 대학구성원으로서 교수나 학생의 활동과 동일시 될 수 없으므로 대학자치의 주체는 어느 구성원이 아닌 대학이라고 밖에 말할 수 없으며, 대학 자치의 주체문제와 대학자치의 틀 내에서 구성원의 주된 권한영역 및 그 한계의 상대적 차이의 문제를 혼동하여서는 아니된다고 설명한다(조석훈, 대학의 자치와 학생의 권리, 교육법학연구 제10호(1998), 107면).

14) 헌법재판소는 공권력의 행사자인 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인이나 그 기관은 기본권의 “수범자”이지 기본권의 주체가 아니고 오히려 국민의 기본권을 보호내지 실현해야 할 ‘책임’과 ‘의무’를 지니고 있을 뿐이라고 하면서 제주도지사의 청구인적격을 부인하였다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마365 결정). 그러나, 헌법재판실무제요에서는 공권력의 주체라 할지라도 국·공립대학이나 공영방송국과 같이 국가에 대해 독립성을 가지고 있는 독자적인 기구로서 해당 개인들의 기본권실현에도 이바지 하는 경우에는 예외적으로 기본권주체가 될 수 있으며 따라서 헌법소원을 제기할 수도 있다고 설명하고 있다(헌법재판실무제요(2003), 헌법재판소, 192면).

정한 나라는 독일(기본법 제5조 제3항)과 일본(헌법 제23조)이다.<sup>15)</sup>

(2) 독일

① 연혁<sup>16)</sup> : 독일에서는 14세기에 대학이 출현하였으나, 이 때의 학문은 종교에 의해 그 내용과 범위가 한정되어 있었으므로 대학자치와 학문의 자유와는 직접적인 관계는 없었다.<sup>17)</sup> 근대적 의미에서의 대학의 진정한 연구, 교육의 자유는 1810년 베를린(Berlin) 대학의 건설에 의하여 이룩되었는데 교수의 자유와 학습의 자유를 기초원리로 하였다. 여기서 외부권력으로부터의 대학의 자치, 대학내부사항(연구, 교육)에 대한 국가권력의 불개입의 보장은 확립되었으나, 대학의 자유 그 자체가 국왕에 의하여 부여된 것으로서 이에 수반하는 필연적인 한계도 존재하였다. 대학의 자유가 헌법적인 보장을 받게 된 것은 1850년 프로이센 헌법에서이며 이후의 바이마르와 본 기본법에 승계되었다. 그리고 1976년 제정된 대학기본법(제58조 제1항)에서는 “대학은 공법상의 사단이며 동시에 국가시설로서 법률의 범위 내에서 자치권을 갖는다”고 하여 대학자치의 보장을 명문화하였고 동 법에 따르면 대학구성원의 자격을 갖는 사람은 모두 대학자치에의 참가자격을 인정받으며 대학의 관리운영은 원칙적으로 전체 구성원에 의해 행해지도록 규정되어 있다.

② 운영<sup>18)</sup> : 독일의 대학시스템은 국가시스템의 성격을 갖고 법이 허용하는 한도에서만 자치권을 보유한다. 국가와 대학의 관계를 요약하면, 대학은 수백 년 이래 국가의 영조물이었고 내부조직에 관한 사항은 오랫동안

---

15) 김백유, 대학의 자유, 헌법학연구 제9권 제2호(2003. 8.) 312면; 이시우, 대학운영 체계에 관한 비교법적 분석, 공법연구 28집 4호 제2권(2000. 6.) 25-26면  
16) 권형준, 대학의 자유, 교육의 자유와 대학의 자치(1986), 한국교육법학회 38-40면; 조규린, 대학자치의 역사적전개 - 독일의 경우, 전북대법학연구 14집(1987. 3.) 39, 54면; 신현직, 사립대학의 자율성과 공공성확보를 위한 국가감독, 공법연구 28집 4호 2권(2000. 6.), 84면.  
17) 학생조합은 조합원인 외국인이 지식을 배우는 과정에서 거주지역의 당국 등으로부터 위협을 받지 않도록 교황에 의하여 보장되었던 특권이며, 교사조합에 있어서도 교황의 특허에 의하여 교수자격 인정을 독점적으로 자주적으로 행한 것이며 이 자치적 특권은 기독교적 진리와 상충되지 않는 범위에 한정될 수밖에 없었다(조규린, 대학자치의 비교법적 연구 - 중세, 전북대법학연구 제11집(1984. 2.) 48면).  
18) 한스마이어, 독일에 있어서 대학의 자치와 경쟁력, 서울대학교 법학 제46권 제4호(2005. 12.), 353-354면.



대학에게 맡겨왔으며 학문에 관한 사무에 있어서 대학은 원칙적으로 자유롭고 재정·인사 등의 비학문적 사무는 국가사무이기는 하나 개입권한을 유보하는 방식으로 전환하였고 대학은 국가의 재정지원에 완전히 의존되어 있다.

### (3) 미국<sup>19)</sup>

미국에서는 식민지 시대에 지역사회가 종교적 신조를 보전하기 위하여 다수의 대학을 설립하고 그 운영에 있어서 대학의 자치는 부정되었다. 이후 산업의 고도발전으로 대학의 이사회에 있어서 실업가의 비중이 늘어났고 방대한 재산을 투입한 대학의 설립자들은 대학을 자신의 사유재산으로 간주하여 대학지배를 기도하였다. 이에 종교적 구속에서 해방된 대학은 대자본의 논리와 충돌하게 되어 대자본의 시민적 자유와 별도로 대학의 학문의 자유가 심각한 문제로 인식되고 보장이 요청되었다. 이후의 판례와 관행을 통해 대학은 자율적 내부질서를 지닌 학문연구공동체로서 관념되게 되었고 학문의 자유는 이사회에 재정관리권과 교수단의 연구·교육관리권한의 균형을 이루면서 오늘에 이르게 되었다. 결국 미국에서의 학문의 자유도 독일의 학문의 자유의 영향으로 발전했으나 미국의 경우는 주로 수정헌법상의 표현의 자유의 한 내용으로 이해함으로써 헌법상 명문규정이 없는 학문의 자유를 표현의 자유규정을 통하여 헌법적 차원에서 보호하는 특징이 있다. 한편 최근에는 대학이사회의 실질적인 권한은 외적사항(예산, 시설, 설비)에 한정하고 교수단의 권한은 적어도 내적사항(교육, 연구에 밀접한 관계가 있는 사항)에 관하여 실질화되는 방향으로 하여 교수단의 자치가 강화되었다.

## 2. 적법요건의 검토

### 가. 기본권주체성과 헌법상의 기본권인지 여부

청구인들은 학문의 자유와 그 외 대학의 자치의 원리상 대학의 장 후보자 선출에 관여할 권리가 침해되었다고 주장한다.

대체로 교수나 교수회가 청구인능력을 갖는다고 인정할 수는 있을 것이

19) 권형준, 앞의 글, 41-42면; 이시우, 앞의 글, 29면; 신현직, 앞의 글, 83면.

고<sup>20)</sup> 나아가 청구인들에게 대학의 장 후보자 선출에 참여할 권리가 있는지, 그리고 이러한 권리가 대학의 자치에 포함되는 헌법상의 기본권인지 그 성격이 문제되고 이에 대하여는 다음과 같은 논의가 가능하다.

① 긍정설 : 국립대학이 국가시설(혹은 영조물)로서의 성격 외에도 공법상의 사단법인의 성격을 갖고 있음을 전제로<sup>21)</sup>, 사단법인의 속성상 구성원들은 결함체의 의사형성과정에 참여할 권리가 있고 따라서 대학의 주된 구성원인 교수들에게 그 대학의 장의 선출에 관여할 권리가 있다고 볼 수 있는 점, 그리고 대학자치의 주체로서의 대학의 개념은 학문활동을 수행하는 대학 구성원을 가리키는 것으로 보아야 하는 점<sup>22)</sup>, 전통적으로 대학자치의 주체는 교수로 구성된 교수회로 생각되어 왔고, 대학자치의 핵심적 내용이라 할 교원인사의 자율에는 대학 총·학장의 임용에 있어 교수회의 제도적인 참여를 포함하여야 한다는 점<sup>23)</sup>, 국립대학의 장 임명권은 대통령에게 있으나 특히 직선제 실시 이후에는 사실상 대학 구성원들이 추천하는 자 중에서 대학의 장을 임명하여 옴으로써 대학교원들의 의사를 존중하고 대

20) 다만 교수평의회나 교수회가 권리능력 없는 사단으로서 헌법소원의 청구인능력을 갖고 있는지 의문이 있을 수 있다. 일반적으로 권리능력 없는 사단의 성립요건으로는 ①지속성 있는 일정한 고유의 목적, ②독자적 존재성(독립된 사회단위), ③의사결정기관, 대표기관의 존재, ④규약 기타 정관의 존재를 들고 있다(김진현, 권리능력 없는 사단, 강원법학 제5권(1993), 제29면). 청구인들 교수회나 평의회는 고등교육법시행령 제4조 제16호 및 각 대학교 학칙에 의하여 설립된 단체로서 대체로 대학운영에 관한 심의기구이며 전임강사 이상의 교원으로 구성되고 대표자와 대의기구를 두고 그 운영에 관한 별도의 규정을 갖고 있어 권리능력 없는 사단으로서의 성립요건을 갖추고 헌법소원능력은 있는 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소는 교육인적자원부장관의 대학총장들에 대한 학칙시정요구 등 위헌확인사건에서 경북대학교 교수회 등은 구 교육법 제117조 제2항, 고등교육법시행령 제4조 제16호 및 각 국립대학교 학칙에 의하여 설립된 단체로서 이른바 권리능력 없는 사단에 해당한다고 판시함으로써 당사자능력을 인정하였다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337등, 판례집 15-1, 776).

21) 위에서 본 독일 대학기본법의 규정이 그러하고(제58조 제1항 : “대학은 공법상의 사단임과 동시에 국가시설이다”), 그 외 국립대학이 공법상의 사단의 성격을 갖는다는 견해로는 전광석, 대학생의 헌법적지위, 규제양승두교수회갑기념논문집(1)(1994), 784면; 이경운, 대학의 자치와 국립대학의 조직형식, 청담최송화교수회갑기념논문집(2002), 491면이 있다. 한편 헌법재판소는 기본적으로 국립대학교를 공법상의 영조물로 보고 있다(서울교육대학교 : 2001. 9. 27. 2000헌마260; 서울대학교 : 1992. 10. 1. 92헌마68등). 다만 서울대학교가 공법상영조물임에도 기본권주체성을 인정하였음은 앞에서 본 바와 같다.

22) 김선태, 앞의 글, 235면.

23) 이경운, 대학생의 법적지위, 박사학위논문(서울대학교, 1990), 114-115면.

통령은 형식적인 임명권한만을 행사하여 온 점<sup>24)</sup>을 고려하면, 청구인들에게 대학총장 후보자 선출에 참여할 권리가 있고 이 권리는 대학의 자치의 본질적인 내용에 포함되며 헌법상의 기본권이다.

② 부정설 : 대학의 장 임명권은 국립대학의 경우에는 대통령에게(교육공무원법 제24조 제1항), 사립대학의 경우에는 학교법인에게 있고(사립학교법 제53조), 대학의 구성원들은 사실상 그 후보자의 추천권만을 갖는 것일 뿐 임명에 있어 직접적인 법률적 이해관계를 갖지 않는 점, 통상 대학 자치의 주된 내용으로 거론되는 대학인사권에는 교직원들의 임면과 보직에 관한 내용은 포함되고 있으나 대학의 총장임명에 관한 사항까지 거론되지는 않고 이러한 사항이 포함된다고 보기 어려운 점, 국립대학의 총장은 대학구성원들의 대표로서의 성격 외에 국가행정관청의 대표자로서의 성격도 겸하고 있는 점, 최근의 우리 대학역사에 있어서 국립대학의 장 후보자 선정에 있어 항상 대학구성원들(주로 교수들)의 추천권을 보장하지는 않았던 점을 고려하면 청구인들 주장의 위 권리가 대학의 자치에 포함되는 것으로 볼 수 없다.

### ③ 참고 대법원 판례

대법원은 사립대학 교수가 학교법인의 총장선임행위의 무효확인을 구한 사건에서 그 확인의 이익을 부인하였고(대법원 1996. 5. 31. 선고 95다 26971 판결)<sup>25)</sup>, 또한 국립대학교수의 임용과 관련하여 학과 교수가 같은

24) 법률규정내용(교육공무원법 제24조 제1항)상 반드시 대학의 추천이 있어야 하고, 통계자료를 확보하지 못했으나, 교육인적자원부의 담당자는 대학에서 총장후보자선정에 직접선거 방식이 도입된 이래 거의 대부분 예외없이 대학에서 추천한 후보자 중에서 대학총장을 임명하여 왔다고 밝히고 있다.

25) 판결요지 : 총장선임권은 사립학교법 제53조 제1항의 규정에 의하여 학교법인에게 부여되어 있는 것이고 달리 법률 또는 당해 법인 정관의 규정에 의하여 교수들에게 총장선임권 또는 그 참여권을 인정하지 않고 있는 이상, 헌법상의 학문의 자유나 대학의 자율성 내지 대학의 자치만을 근거로 교수들이 사립대학의 총장선임에 실질적으로 관여할 수 있는 지위에 있다거나 학교법인의 총장선임행위를 다룰 확인의 이익을 가진다고 볼 수 없다.

학교법인이 총장선임 과정에서 두 번에 걸쳐 총장후보추천제를 시행하였고 그 때마다 교수평의회가 추천한 후보 중에서 총장으로 선임되었다고 하더라도, 그러한 사실만으로 학교법인이 교수평의회에 총장후보추천권이라는 권리를 부여하였다거나 교수들이 총장후보추천권을 가진다는 관습법이 확립됨으로써 학교법인이 이에 기속된다고 볼 수는 없으므로, 총장선임은 어디까지나 학교법인의 권한에 속하는 것이고, 교수들은 교수평의회 의 구성원으로서 대학의 장 후보자 선출

과의 부교수 신규임용처분 취소를 구한 사건에서 그 법률상 이익이 없다고 하였다(대법원 1995. 12. 12. 선고 95누11856 판결).<sup>26)</sup>

### 나. 기본권제한성 여부

“헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”는 “헌법상 보장된 기본권을 침해 받았다고 주장하는 자”로 해석하여야 하고, 이러한 권리침해의 주장을 요구하는 것이지 그 증명을 요구하는 것은 아니므로<sup>27)</sup>, 일응 그 주장이 있는 것으로 기본권침해성 요건은 갖추었다고 할 것이다.

그러나 청구인들이 주장하는 학문의 자유의 제한 여부에 관하여 살펴보면, 심판대상 규정들은 대학의 장 임용후보자 선정에 관련된 내용일 뿐 청구인들의 학문·교육활동을 직접 제약하는 규정이라고 볼 수는 없으므로 청구인들의 학문의 자유가 침해되었다고 보기 어렵다.

참고로 대법원은 대학교수 등의 임용과 재임용에 관한 교육공무원법의 규정들이 교수의 학문의 자유에 위반되는 것은 아니라고 판시하였다(대법원 1989. 6. 27. 선고 88누9640 판결).<sup>28)</sup>

에 참여하는 단순히 사실상, 간접적인 이해관계를 가질 뿐이므로 당해 법인의 총장선임행위의 효력을 다룰 적격 내지 확인의 이익이 있다고 할 수는 없다.

26) 판결이유 : 행정처분의 직접 상대방이 아닌 제3자가 그 행정처분의 취소, 변경을 구하기 위하여는 제3자에게 그 처분의 취소, 변경을 구할 구체적인 법률상의 이익이 있어야 하고, 단지 간접적이거나 사실적, 경제적 이해관계를 가지는 데 불과한 경우에는 허용되지 아니한다고 할 것이다. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 소외 권재일을 서울대학교 인문대학 언어학과 부교수로 신규임용한 피고의 이 사건 처분에 대하여, 원고가 같은 학과 교수로서 교수회의의 구성원이라는 사정만으로는 원고에게 그 취소를 구할 구체적인 법률상의 이익이 있다고 할 수 없다는 이유로 이 사건 소를 각하하였는바, 원심의 이러한 조치는 정당하다.

27) 김현철, 헌법소원의 적법요건, 헌법논총(제9집), 784면.

28) 판결요지 : 교육공무원법상 임용권자에게 임용기간이 만료된 자를 다시 임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관하여 아무런 근거규정을 둔 바 없으므로 교육공무원법 제11조 제3항, 제1, 2호 소정의 임용기간이 만료됨으로써 대학교원으로서의 신분관계는 당연히 종료되고 재임용여부는 결국 임용권자의 판단에 따른 재량행위에 속하며, 교육법상 대학교수 등에게는 고도의 전문적인 학식과 교수능력 및 인격 등을 갖추 것을 요구하고 있어서 임용기간이 만료되면 임용권자는 이와 같은 여러가지 사정을 참작하여 재임용여부를 결정할 수 있어야 할 필요성도 있으므로 대학교수 등의 임용에 관한 교육공무원법의 규정들이 학문의 자유를 규정한 헌법 제22조에 위반되는 것이라고도 할 수 없다.

#### 다. 자기관련성

기본권성에 관하여 긍정설을 취하여 교수들이나 교수회가 대학의 장 후보자 선정에 참여할 권리가 있다고 하면 대체로 자기관련성은 충족된다.

그런데 수범자의 측면에서 보면, 위 각 규정의 수범자는 직접적으로는 대학이나 대학의장임용추천위원회이므로 교수들 개인이나 교수회가 이로 인하여 어떤 기본권 침해를 받는다고 보기는 어렵고 다만 교수들은 제3자로서 간접적으로 사실적인 이해관계를 갖는 것에 불과하다고 볼 여지가 있다. 그러나 위 각 규정이 대학이 후보자를 선출하는 절차를 제약함으로써 근본적으로 교수들이나 교수회의 대학의 장 후보자선정에 관여할 권리를 제약하고 있다는 점에서 교수들이나 교수회가 비록 수범자는 아니지만 자기관련성은 있다고 보이며 또한 위 위원회가 수범자인 경우에 위원회에 참여하는 교수나 더 넓게 일반 교수들도 기본권제한을 받는다고 볼 수 있으므로 자기관련성은 인정된다.<sup>29)</sup>

참고로 헌법재판소는 국민건강보험법 부칙 제6조 및 제7조의 직접적인 수규자는 법인이나 그 조합원들의 자기관련성을 인정하였고(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289 판례집 12-1, 913-962)<sup>30)</sup>, 주식회사의 주주가 고발한 사건인 주식회사 임원의 업무상횡령사건에서 직접적으로 회사가 피해자라고 할 수 있지만 동시에 그 회사의 주주 모두가 피해자라고 할 수 있으며 그가 제기한 헌법소원심판청구는 적법하다고 보았으나(1991. 4. 1. 90헌마65 판례집 3, 160-174) 한편 교육인적자원부장관의 국·공립대학총장들에 대한 학칙시

29) 참고로 일부 대학 학칙에는 교수회의 심의사항으로 대학의 장 후보자 선출에 관한 규정을 두고 있거나, 교수회가 총장후보추천위원회 구성에 관여하고 있는 점, 교수회는 대부분 그 대학 소속 전임강사 이상의 교원이 가입한 단체로서 교수들과 분리하여 보기 어려운 점을 고려하면, 교수회의 자기관련성도 인정할 수 있다고 본다.

30) 판결요지 : 국민건강보험법 부칙 제6조 및 제7조의 직접적인 수규자는 법인이나, 직장의료보험조합은 공법인으로서 기본권의 주체가 될 수 없을 뿐만 아니라, 법규정의 실질적인 규율대상이 수규자인 법인의 지위와 아울러 제3자인 청구인들(직장의료보험조합의 조합원들)의 법적 지위라고 볼 수 있으며, 법규정이 내포하는 불이익이 수규자의 범위를 넘어 제3자인 청구인들에게도 유사한 정도의 불이익을 가져온다는 의미에서 거의 동일한 효과를 가지고 있으므로, 법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도, 규범의 수규자에 의한 헌법소원의 제기가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 때, 청구인들의 자기관련성을 인정할 수 있다.

정요구에 대하여 대학의 교수회나 그 소속 교수는 자기관련성이 없다고 하였다(2003. 6. 26. 2002헌마337 등, 판례집 15-1, 772-786).<sup>31)</sup>

## 라. 현재성

청구인은 공권력 작용과 현재 관련이 있어야 하며 장래 어느 때인가 관련될 수 있을 것이라는 것만으로는 헌법소원을 제기하기에 충분하지 않다.

다만 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정할 수 있다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등 사건).

심판대상 규정별로 살펴보면, 교육공무원법 제24조 제6항은 기존 대학의 장 임기만료 후 3월 이내에 해당대학이 대학의 장 후보자를 추천하지 못하는 경우에 적용되며 청구인들 대학에서 이러한 상황이 반드시 발생할지 확실할 수 없어 현재성에 의문이 있으나, 국립대학에서 대학의 장 후보자 선출은 그 임기에 따라 정기적으로 있게 되는 절차인 점, 대학에 따라서는 여러 가지 사정으로 총장 임기만료 후 상당기간 대학의 장 후보자 선정을 마치지 못하는 경우도 있었던 점<sup>32)</sup>, 위 조항에 의한 기본권의 침해가 구체화, 현실화된 시점에서는 적시에 권리구제를 기대하는 것이 쉽지 않고 불가능한 것으로 보이는 점<sup>33)</sup>을 함께 고려하면, 이 규정은 현재성이 있다.<sup>34)</sup>

31) 판결요지 : 교육인적자원부장관의 국·공립대학총장들에 대한 학칙시정요구는 각 해당대학의 총장들을 상대로 한 공권력의 행사이므로 원칙적으로 그 위헌확인요구할 자기관련성을 가지는 자는 시정요구를 받은 대학의 총장들이라 할 것이고, 대학의 교수회나 그 소속 교수인 청구인들에게 자기관련성이 인정하려면 위 시정요구가 청구인들의 기본권을 직접적이고 법적으로 침해하고 있음이 인정되어야 한다. 그런데 청구인들이 이 사건 학칙시정요구와 관련을 갖는 것은 시정요구의 내용이 학칙 중 교수회의 지위를 의결기구로 정한 것을 심의기구나 자문기구로 개정하라는 것이어서, 이에 따라 학칙이 개정된다면 교수회와 그 구성원인 교수들의 학칙제정 등 학교운영에 대한 참여권이 제한되는 영향을 받는다는 점인바, 청구인들이 시정요구에 의하여 받는 영향이 적지 않다 하더라도 그 영향은 시정요구의 대상이 교수회의 지위 내지 성격에 관한 것이라는 점에 의하여 간접적·반사적 관계로 미치는 것일 뿐, 시정요구가 청구인들에 대하여 어떠한 권리·의무를 부담시키는 등으로 법적 지위의 변동을 직접 초래하는 것은 아니므로 청구인들에게는 위 학칙시정요구에 대하여 헌법소원을 청구할 자기관련성이 인정되지 않는다.

32) 제주교육대학교에서는 학내 분쟁으로 인하여 2004년부터 1년 정도 총장임용후보자를 추천하지 못하였다.

33) 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 694-695 참조; 또한 대학이 총장

그 외 교육공무원법 제24조의3은 청구인들 대학이 모두 임용후보자 선출에 있어서 직접선거 방법을 택하고 있어 반드시 선거관리위원회에 위탁하여야 할 것이며 그 외 규정들도 대부분 직접선거 과정에서 적용되는 규정들이므로 현재성이 있다.

다만, 이미 후보자 선출선거를 실시한 대학 소속의 청구인들에게는 현재성(혹은 권리보호이익)이 없다고 볼 수도 있으나 새로 임명된 총장의 임기 만료 후에 다시 같은 상황에 직면할 것임이 확실하므로 그 선거의 실시여부에 크게 상관없이 현재성은 있다.

### 마. 직접성

교육공무원법 제24조 제6항을 제외한 나머지 규정은 대학 등에 대한 의무규정으로서 직접선거에 의하여 총장 임용후보자를 선정하는 과정에서 적용되게 되므로 대체로 직접성도 인정될 수 있다고 본다. 다만 제24조 제6항의 경우에는 대통령이 대학의 장을 임용하는 구체적인 집행행위를 통해서 기본권이 제약된다고 볼 수 있으나 이를 다룰 수 있는 방법이 명확하지 아니하고, 따라서 이는 구체절차가 없거나 권리구제의 기대가능성이 없는 경우로 보아 직접성을 인정할 수 있다. 그리고 형벌규정(교육공무원법 제58조)이 있다고 하여 그 형벌을 직접성에서 말하는 집행행위라고 할 수는 없으므로 직접성은 인정된다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302-319).

### 바. 소결

기본적으로 대학의 자치는 대학이 갖는 기본권이며 연혁상 교수회가 누

---

후보자를 선출하지 못하여 대통령이 총장을 임명하는 경우에 청구인들이 그 총장임명행위를 행정소송으로 다룰 수 있는지 명확하지 아니하다. 즉, 앞에서 본 대법원 1996. 5. 31. 선고 95다26971 판결이나 대법원 1995. 12. 12. 선고 95나11856 판결에 비추어 보면, 이를 다루는 법원에서의 쟁송은 확인의 이익이 없어 각하될 가능성이 있다

- 34) 앞에서 본 92헌마68 서울대학교 입시요강사건에 있어서 고등학교에 재학중인 학생에 대하여 서울대학교에 응시할 것인지 여부에 상관없이 현재성을 인정한 점에 비추어 보면, 이 사건에 있어서도 대학총장 후보자 선출이 이루어지지 않는 경우에 대한 큰 고려없이 총장이 위와 같은 절차로 임명될 가능성이 있으므로 현재성을 인정할 수 있다.

리던 것으로서 대체로 그 기본권의 주체는 대학의 구성원인 대학교수들이나 교수회라고 보아야 한다. 그리고 국립대학의 장이 구성원들의 대표로서의 성격도 갖고 있는 점, 우리 역사상 대학의 장 임명절차에 변천이 있었지만 근래에 이르러서는 대체로 대다수의 국립대학에서 총장후보자 선출에 직접선거의 방식을 채택하고 있고 직접선거의 근거규정이 이전에는 교육공무원법 시행령에 있었다가 심판대상 법률에 와서는 법률에 규정되게 된 점에 주목하면, 국립대학 교수나 교수회의 대학의 장 후보자의 선출에 참여 혹은 관여할 권리는 대학의 자치에 포함되는 본질적인 내용이 되었다고 본다. 따라서 이와 같은 대학의 장 후보자 선출에 대하여 교수나 교수회가 단지 간접적인 사실상의 이해관계만을 갖고 있다고 보기는 어렵다.<sup>35)</sup>

### 3. 본안에 관한 검토

#### 가. 일반론

앞에서 본 바와 같이 대학의 자율은 대학에서의 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 등 대학운영의 전반적인 사항에 미치는 것이지만, 이러한 대학의 자율도 무제한적인 권리는 아니고 그 구체적인 내용은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

또한 국가는 헌법 제31조 제6항에 따라 모든 학교제도의 조직, 계획, 운영, 감독에 관한 포괄적인 권한 즉, 학교제도에 관한 전반적인 형성권과 규율권을 부여받았다고 할 수 있다. 다만 그 규율의 정도는 그 시대의 사정과 각급 학교에 따라 다를 수밖에 없는 것이므로 교육의 본질을 침해하지 않는 한 궁극적으로는 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것이라 할 수 있고(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106 판례집 3, 387-483; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등 판례집 12-1, 427-494), 이 사건 법률조항이 대학의 자유를 제한하

35) 물론 이러한 결론이 앞에서 본 대법원 판례(95다26971)와는 다소 반대되는 것이나 국립대학의 경우에는 달리 볼 여지가 있다. 즉, 위 대법원판례(95다26971)는 교수들의 총장선출에 관여할 아무런 근거법령이 없는 사립대학의 경우에 대한 것이고, 오히려 국립대학의 경우에는 심판대상법률의 시행 전에도 시행령에서 대학구성원들의 직접선거의 방법을 규정함으로써 법령에 근거하여 총장후보자 선출에 관여할 권리를 인정하고 있었으므로 청구의 이익이나 기본권으로서 인정될 수 있을 것이다.



고 있다고 하더라도 그 위헌여부는 입법자가 기본권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 벗어나 자의적으로 그 본질적 내용을 침해하였는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이므로(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63 판례집 13-1, 60-84) 그 위헌심사의 기준은 과잉금지원칙의 위배여부를 중심으로 살펴보아야 한다.

## 나. 국립대학의 총장임용제도, 개정경위와 외국의 예

### (1) 국립대학의 총장 임용제도 변천

1953. 4. 18. 교육공무원법이 제정되어 국립대학의 장은 교수회의 추천을 받아 문교부장관의 제청으로 대통령이 임명하였다.<sup>36)</sup>

1960. 5. 16. 이후에는 교육공무원법 제25조에 의해 ‘교수회의 동의’ 없이 문교부장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 하여 1963. 12. 5.부터 1991. 3. 8.까지는 정부에서 직접 임용하였다.<sup>37)</sup>

1987년 대학 민주화, 자율화조치의 영향으로 대학총장후보를 교수의 직접선거에 의하여 선출하게 되었고 1991. 3. 8. 교육공무원법 제24조의 개정과 1991. 8. 8. 교육공무원임용령 제12조의3 제4항 개정을 통해 총장임용후보자의 직선제선출의 법적근거가 마련되었고<sup>38)</sup>, 대부분의 국·공립대학에

36) 교육공무원법(1953. 4. 18. 법률 제285호로 제정된 것) 제8조 제1항 : 총장, 부총장, 학장(대학교의 학장은 제외)은 교수회의 동의를 얻어 문교부장관의 제청으로 대통령이 임명한다. 제3항 : 교수회는 대학을 단위로 하여 학장, 교수, 부교수, 조교수로서 구성한다. 단, 총장, 부총장의 추천에 있어서는 당해 대학교의 본항의 교원 전원으로써 교수회를 구성한다.

37) 교육공무원법(1963. 12. 5 법률 제1463호로 개정된 것) 제25조 제1항 : 총장은 문교부장관의 제청으로 대통령이 임명한다.

38) 교육공무원법(1991. 3. 8 법률 제4347호로 개정된 것) 제24조 제1항 : 총장은 당해 대학의 추천을 받아 교육부장관의 제청으로 대통령이 임명한다.

교육공무원임용령(1991. 8. 8 대통령령 제13448호로 개정된 것) 제12조의2 : 대학은 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 총장 또는 학장의 임명추천을 할 때에는 2인 이상의 총장 또는 학장후보자를 총장 또는 학장의 임기만료일 30일 전까지 교육부장관에게 추천하여야 한다.

제12조의3 (총장, 학장임명추천위원회)

①총장 또는 학장의 임명추천을 하기 위하여 대학에 총장·학장임명추천위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.

②위원회는 당해 대학이 정하는 바에 따라 10인이상 50인이하의 위원으로 구성하되, 위원은 당해 대학의 부교수이상의 교원으로 한다. 다만, 필요하다고 인정되는 경우에는 당해 대학 외의 인사를 위원으로 할 수 있다.

서 직선제에 의한 후보자선출방식을 채택하였다.

(2) 교육공무원법 개정경위<sup>39)</sup>

국회는 당해 대학교원의 합의된 의사에 따라 대학의 장 임용추천을 위한 후보자를 대학 내의 직접선거에 의하여 선출하는 경우 과열된 선거운동 등으로 인한 부작용이 심각하여<sup>40)</sup> 이를 방지하기 위하여 그 선거관리를 선거관리위원회에 맡기고, 또한 대학의 장 추천이 지연됨으로써 대학의 장이 장기간 임용되지 못하는 것을 방지하기 위하여 교육인적자원부 장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 하는 것을 골자로 하는 이 사건 교육공무원법조항을 개정 또는 신설하였다.

(3) 외국대학에서의 총장선출방식<sup>41)</sup>

① 미국 : 대학(주립과 사립 모두)의 총장은 주로 대학 내 인사가 아닌 외부 영입인사이고 과거에는 학문적 자질이나 정치적 역량이 중요시되었던 반면, 근래에는 재정확보능력, 경영능력 등 다방면의 자질을 요구하고 있다. 일반적으로 대학관련자들로 총장 선임위원회를 구성하여(이사회, 행정직원대표, 교수대표, 학생대표, 지역사회인사의 다양한 조합이 있으나, 보

③위원회에 위원장 및 부위원장 각 1인을 두되, 위원 중에서 호선한다.

④위원회는 당해 대학이 정하는 바에 따라 다음 각호의 1의 방법에 의하여 총장 또는 학장후보자를 선정하여야 한다.

1. 위원회에서의 직접 선정
2. 당해 대학교원의 합의된 의사에 따른 선정

⑤위원회는 총장 또는 학장후보자를 선정한 때에는 지체없이 그 선정결과를 당해 대학의 장에게 통보하여야 한다.

39) 국회 교육공무원법중개정법률안 심사보고서(2005. 4.), 교육위원회 ; 천병호(교육위원회전문위원), 교육공무원법중개정법률안검토보고(2004. 12.) (<http://search.assembly.go.kr/law/>에서 검색가능)

40) 총장직선제의 문제점으로는 출신 고교에 따라 패가 갈리고 대학보직이 총장선출과 연계되어 논공행상 또는 흥정대상이 되며 총장이 교수들의 눈치를 보느라 소신있는 행정을 펼수 없다는 점과 대학교수들 중심의 총장선출과정에 직원들의 참여요구가 강하게 제기되면서 교수와 직원간에 반목과 갈등이 발생하는 점이 지적되고 있다(박부권, 국립대운영체제 개선방안 마련을 위한 기초조사 연구(2004), 교육인적자원부, 7면).

41) 박부권, 앞의 연구보고서 46-48면, 78면, 108면, 154-157면; 미국, 영국, 독일의 예는 세계일보 2005. 4. 14.자에서도 참고.

통은 이사회, 교수대표, 지역사회 대표로 구성된다고 함) 총장 초빙 공고를 통해 모집된 후보자를 심사하고 최종후보자를 선발하여 추천하면 이사회가 최종적으로 신입총장을 결정한다. 다만 총장선임위원회의 선출위원을 직접 선거에 의하여 선출하는 방식을 채택하는 곳도 있다.

② 영국 : 대학 총장의 임명은 예외없이 국가에서 전권을 행사한다.

③ 독일 : 국가대학 중심의 독일에서 대학의 총장은 대학소속 교수 출신인 Rektor와 정계, 행정계의 경험을 가진 Präsident로 나뉘며 이 가운데의 선택은 대학이 설립시 자율적으로 결정한다. 총장 선출은 대학 자체의 공모 과정 등을 거친 뒤 국가의 형식적인 임명절차를 밟으며 총장선출은 총장선출준비위원회와 대학평의회 양기구에서 하는데 구체적으로는 준비위는 교수와 학생, 연구직, 비연구직 등으로 구성돼 총장 공모를 공고하고 지원자의 서류를 주정부 교육부에 알린 뒤 교육부와 공동으로 후보자 3인을 선정해 평의회에 통보하며 평의회는 준비위와 교육부가 선정한 인물 중 한명을 완전간선제를 통해 총장으로 선출하고 다만 그 임명은 국가기관에서 하게 된다.

④ 일본 : 2004년 국립대학법인화법이 통과, 시행되면서 국가 행정조직의 일부였던 국립대학은 각각 독립된 법인격을 부여받아 예산과 조직 등을 자기 책임아래 운영하게 되었다. 총장선출과 관련하여서는 종래 학내 대표자로 구성된 교직원평의회에서 총장을 선출하던 방법은 배격하고 대학경영에 관한 중요사항을 심의하는 경영협의회 및 교육연구에 관한 중요사항을 심의하는 교육연구평의회로 구성된 총장선출위원회에서 총장을 선출하는 방식으로 변경하였다.

⑤ 프랑스 : 대학총장은 평의회(대학의 최고의결기구로 연구자, 외부인사, 학생대표, 행정직 등의 30-60명으로 구성), 학술위원회(연구, 학술에 관한 정책방향을 제시하는 심의기관으로 교직원, 학생대표 등의 20-40명으로 구성), 학업 및 대학생활위원회(대학에서 학생들의 진로개발, 학업조건향상 등 학생생활에 관련된 제안을 하는 기구로 교수, 학생대표 등의 20-40명으로 구성)의 구성원 전원이 참여하는 투표에서 과반수 이상의 찬성을 얻어 선출되며, 대학총장후보는 프랑스인이어야 하고, 해당대학에 재직중인 평생 연구교수여야 한다.

## 다. 각 조항별 검토(과잉금지의 원칙 위반을 중심으로)

### (1) 교육공무원법 제24조 제4항

청구인들은 해당 대학 교원의 합의가 존재하지 않는다면 또는 일정기간 동안<sup>42)</sup> 합의를 도출할 수 없다면 총장선거의 방식으로 ‘위원회에서의 선정’을 택하지 않을 수 없고, 위원회에서의 선정에 대하여는 아무런 제한이 없다는 점에서 위 조항이 대학의 장 후보자 선정을 간선제에 의하도록 강요하여 대학의 자율을 침해하고 있다고 주장한다. 그런데 위 규정내용을 살펴보면, 대학의 장 후보자 선정을 위원회에서 할 것인지 아니면 교원의 합의된 방식에 의할 것인지는 원칙적으로 대학에서 우선적으로 결정하도록 되어 있으며 위원회에서의 선정은 대학이 선택할 수 있는 방법 중의 하나에 불과한 점, 직선제에 의하는 경우 교육공무원법 제24조의3에 의하여 그 선거관리를 선거관리위원회에 위탁하여야 하는바, 통상 후보자 선출을 위한 선거는 총장 임기만료 전의 일정한 시점에서 실시되어야 하므로<sup>43)</sup> 직접 선거 실시의 여부에 대한 결정이나 선거관리위원회에 대한 선거관리 위탁이 위 선거실시시점 이전에 미리 이루어져야만 하는 점<sup>44)</sup>, 위 규정은 구 교육공무원임용령(2005. 9. 14. 대통령령 제1904호로 개정되기 전의 것) 제12조의3 제4항과 동일한 내용으로서<sup>45)</sup> 청구인들이 속한 각 대학은 이미 이전의 위 시행령에 근거하여 교원의 합의에 따라 대학의 장 후보자를 직선제의 방식으로 선출해 온 점을 고려하면, 이전의 시행령의 내용을 그대로 담고 있는 위 법률규정이 대학에게 총장 후보자 선출에 있어서 위원회에서

42) 대학은 해당 대학의 장 임기만료 180일 전까지 관할선거관리위원회에 선거관리를 위탁하여야 한다(대학의 장 후보자 추천 위탁선거관리규칙(2005. 10. 28. 선거관리위원회규칙 제247호) 제4조). 이하 위 규칙을 ‘선거관리규칙’이라 한다.

43) 위 선거관리규칙에 따르면, 임기만료에 의한 선거의 경우 임기만료일 전 120일부터 60일 이내에 실시되어야 한다고 규정되어 있다(위 규칙 제8조 제1항 제1호).

44) 위 선거관리규칙에 의한 임기만료 180일 전이라는 시간적인 제한이 대학에게 직선제를 선택할 시기를 사실상 일정정도 제한하는 것이라고 하더라도 근본적으로 대학의 장 선출에 관한 대학의 선택권 자체를 과도하게 제한하는 정도에 이른다고 보기도 어렵다.

45) 표현방식만 약간 다르다. 구 시행령의 규정은 ‘위원회는 당해 대학이 정하는 바에 따라 다음 각호의 1의 방법에 의하여 대학의 장 후보자를 선정하여야 한다. 1. 위원회에서의 직접 선정, 2. 당해 대학교원의 합의된 의사에 따른 선정’으로 표현하고 있었다.

의 간선제를 강요하여 청구인들의 대학총장 후보자 선출에 관한 권리를 침해하고 있는 것은 아니다.

(2) 교육공무원법 제24조 제6항

① 목적의 정당성 : 국립대학에서 총장 후보자 선정이 이루어지지 못하는 경우에는 총장이 행사하여야 하는 교수, 부교수의 임명제청이나 전임강사, 조교의 임용<sup>46)</sup>은 물론 6급 이하 직원들에 대한 인사나 대학운영에 관한 여러 결정이 적시에 이루어질 수 없어 대학행정의 공백이 예상되고 이에 따라 교수 등 추천예정자나 임용예정자들의 학문의 자유나 학생들의 교육받을 권리 등이 침해받게 될 가능성이 있으므로 이를 방지하기 위한 위의 규정은 목적의 정당성이 인정된다.

② 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 : 국립대학에서 총장이 임명되지 못하는 공백상태를 해결하기 위해 대통령이 교육인적자원부장관의 제청으로 총장을 임용하는 것은 방법의 적절성이 인정되고, 또한 총장 임기만료 후 3개월이 경과한 경우에만 위의 권한을 행사하도록 함으로써 대학에게 그 대학의 장 후보자의 선출에 대한 자율권을 행사할 충분한 기간과 기회를 제공하여 주어 피해의 최소성도 갖추었다고 할 것이며<sup>47)</sup>, 대학의 자율도 국민의 교육받을 권리를 침해하여서는 안되고<sup>48)</sup>, 대학이 총장의 임기만료 후에도 만연히 대학의 장 후보자를 선출하지 아니하면서 국가의 관여에 대한 배제주장을 하는 것이 합리적인 대학의 자율의 내용이라고 할 수는 없는 점, 국립대학의 총장 미임명으로 인한 국가행정의 공백이나 불안정상태를 막을 필요가 있는 점 등의 공익성이 인정되고 우월하다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다.

46) 교육공무원법 제25조, 제26조, 제27조

47) 청구인들은 잠정적이거나 일시적으로 시간적인 제한을 설정하여 대통령이 총장을 임용하는 덜 제한적인 방법을 사용하여야 한다고 주장하나, 이러한 방법은 위 총장공백상태로 인한 여러 문제점을 해결하기에 적절한 방법이라고 볼 수는 없으므로 이 규정은 최소침해성의 요건에 위배되지 않는다.

48) 현재 1992. 10. 1. 92헌마68, 76 판례집 4, 제691면 김양균 재판관 반대의견 참조 (...대학의 자율권을 아무리 강조하더라도 그것을 앞세워 국민의 교육을 받을 권리를 부당하게 침해할 수는 없다).

(3) 교육공무원법 제24조 제7항 관련 - 포괄위임입법금지의 원칙과 관련하여

① 일반론 : 헌법 제75조에서의 "구체적으로 범위를 정하여"라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 위임입법의 구체성·명확성의 요구 정도는 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585; 헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 370-371; 헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 794 등 참조).

그리고 대상법률이 형성법률인 경우 위헌성 판단은 기본권 제한의 한계 규정인 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지 내지 비례의 원칙의 적용을 받는 것이 아니라, 그러한 형성법률이 그 재량의 한계인 자유민주주의 등 헌법상의 기본원리를 지키면서 관련 기본권이나 객관적 가치질서의 보장에 기여하는지 여부에 따라 판단된다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바49 판례집 15-2하, 502, 518-521 참조).

② 연혁과 관련 법령 : 구 교육공무원법(2005. 5. 31. 법률 제7537호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항은 "제1항 본문 규정에 의한 대학의 장 추천에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있고, 동 조항에 근거하여 구 교육공무원임용령(2005. 9. 14. 대통령령 제19043호로 개정되기 전의 것) 제12조의3 제1항은 "대학의 장의 임용추천을 하기 위하여 대학에 대학의장임용추천위원회를 둔다"고 규정하여 대통령령으로 대학의 장임용추천위원회의 설치 근거규정을 두었다. 그 후 법률 제7537호로 개정

된 교육공무원법은 위 위원회의 설치근거를 제24조 제3항으로 두면서 제7항에서 일정 비율의 여성 구성에 관한 부분만을 정하고 나머지 구성 및 운영에 관한 사항을 대통령령으로 위임하였다.

③ 현 교육공무원임용령 제12조의3 제1항은 “법 제24조 제3항의 규정에 의한 대학의장임용추천위원회는 당해 대학이 정하는 바에 따라 10인 이상 50인 이하의 위원으로 구성하되, 위원은 당해 대학의 부교수 이상의 교원으로 한다. 다만, 필요하다고 인정하는 경우에는 대학 외의 인사를 위원으로 할 수 있다”고 규정하고 있다.

교육공무원법 제24조 제7항은 위원회의 구성, 운영 등에 관하여 구체적인 위임의 범위를 정하지 아니하고 시행령에 위임하였으나, 이 위원회는 대학의 장 임용후보자를 추천하기 위한 위원회임은 목적상 명백하고 또한 위원회는 대학의 모든 구성원이 아닌 해당 대학 교원을 중심으로 구성될 것임을 알 수 있어<sup>49)</sup> 그 대강의 내용을 예측할 수 있고 각 대학마다 규모나 지역 등의 사정에 따라 탄력적으로 위원수나 위원자격을 정하도록 할 필요가 있어 이를 시행령에 위임하여야 할 합리적인 이유가 있으므로 포괄 위임입법금지의 원칙에 반하지 않는다.

한편 위의 연혁과 관련규정의 내용에 기초하여 위원회는 해당 대학이 대학의 장 후보자 추천권한을 행사하기 위하여 구성된 위원회라는 점을 고려하면, 위 규정은 청구인들의 권리를 제한하는 규정이라기 보다는 추천권 행사를 위한 형성적 법률에 가깝다고 볼 수 있고 더구나 교수들이나 특히 여성위원들의 참여를 보장하고 있어 대학의 자율을 증진시키는 측면도 있으므로 결국 포괄위임입법금지의 원칙에 반하지 않는다.

#### (4) 교육공무원법 제24조의2 제4항(선거운동의 자유 침해여부)

헌법 제41조 제1항과 제67조 제1항에서 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀 선거제도를 규정하고 있는바, 이는 국민의 대표기관을 선출하는 선거절차에 관한 원칙으로서 대학의 총장임명 후보자가 비록 대학구성원들의 대표자의 의미를 갖고 있으나 이는 총장임명 후보자에 불과하고 국민의 대표기

49) 교육공무원법 제24조 제4항 제2호 참조. 여기의 교원은 일용 조교, 학생, 직원집단을 제외한 개념으로 보인다.

관으로 볼 수 없어 위의 원칙이 직접 적용된다고 보기 어렵고 나아가 적용된다고 하더라도 위 규정의 내용이 위와 같은 선거원칙을 실질적으로 해치는 것도 아니다.

그리고 공직선거법 제58조 제2항<sup>50)</sup>에 따라 공직선거운동의 자유는 제한될 수 있는 것이며<sup>51)</sup> 교육공무원법 제24조의2 제4항은 그 선거방법을 크게 5가지로 제한하고 있으나, 이는 대학의 총장 임명 후보자 선출과정에서의 과도한 선거운동을 제한함으로써 선거운동의 투명성과 공정성을 확보할 것을 목적으로 하는 점에서 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 위 법률조항이 위와 같은 입법목적에 기여하는데 적절한 수단임은 물론 위 규정에서 허용한 선거운동방법이 입후보자들의 의사를 전달하기에도 충분한 점을 고려하면 위 법률조항은 방법의 적절성과 피해의 최소성 요건을 갖추고 있고 선거과정의 공정성을 확보하기 위한 공익과 제한되는 사익 사이에 법익의 균형성도 인정된다.

(5) 교육공무원법 제24조의 3 제1항(선관위 위탁규정)

① 목적의 정당성 : 대학의 장 후보자 선정을 위한 직접선거 과정에서 과열, 혼탁된 선거운동의 부작용을 막고 장기적으로 공정한 선거관리를 통하여 대학의 신뢰성을 제고하기 위한 것으로 목적의 정당성은 인정된다.

② 방법의 적정성 : 국가의 예산과 공무원이라는 인적조직에 의하여 운용되는 국립대학에서 선거관리를 공정하게 하기 위하여 중립적 기구인 선거관리위원회에 선거관리를 위탁하는 것은 선거의 공정성을 확보하기 위한 적절한 방법이다.

50) 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

51) 제한의 구체적인 예로는 공직선거법상 대통령선거, 국회의원선거, 지방자치단체장, 회의의원선거별도 선거운동의 제한의 정도가 다르게 규정되어 있고, 또한 정당에서 공직선거후보자를 추천하기 위한 당내경선에 있어서는 이 사건 규정과 같은 부정적인(negative) 방식을 채택하여 몇 가지 허용된 선거방법 외의 선거운동은 금지하고 있다(공직선거법 제57조의 3 제1항). 그리고 지방교육자치제도에 따른 교육위원 및 교육감선거의 경우 선거운동기간 동안 관할선거관리위원회에서 주관하는 선거공보의 발행·배포와 소견발표회 개최, 언론기관 등 초청대담·토론회 외의 일체의 선거운동을 하여서는 안된다고 제한하고 있다(지방교육자치에 관한 법률 제78조).



③ 피해의 최소성과 법익의 균형성 : 선거관리위원회에 위탁하는 경우는 대학의 장 후보자를 선정함에 있어서 교원의 합의된 방식과 절차에 따라 직접선거에 의하는 경우로 한정되어 있는 점, 선거에 관한 모든 사항을 선거관리위원회에 위탁하는 것이 아니라 선거관리만을 위탁하는 것이고 그 외 선거권, 피선거권, 선출방식 등은 여전히 대학이 자율적으로 정할 수 있는 점, 중앙선거관리위원회에서 위 선거관리와 관련한 규칙을 제정하고자 하는 경우 대학들은 교육인적자원부장관을 통하여 그 의견을 개진할 수 있는 점<sup>52)</sup>을 고려하면, 피해의 최소성 요건도 갖추었고<sup>53)</sup>, 대학의 장 후보자 선정에 대한 직접선거의 공정한 관리로 그 과열양상을 막고 이로 인하여 대학의 학문 연구 및 학생교육을 안정적으로 할 수 있다는 공익적 측면이 크므로 법익균형성도 갖추었다.

#### 4. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 국립대학이 대학자치와 관련된 기본권의 주체일 수 있음을 밝힌 적은 있으나(92헌마68등) 이는 대학이 수동적인 지위에서 갖는 대학자치의 범위를 확인해 준 것에 불과하였고 기본권의 주창자로서 적극적인 의미에서 구체적으로 대학의 구성원 중 누가 어느 범위에서 향유하는 것인지 밝힌 적은 없었다.

이 사건 결정은 첫째 대학의 자치와 관련하여 국가에 대한 관계에 있어서 교수와 교수회가 기본권의 주체가 될 수 있고 특히 대학의 장 후보자 선출에 관한 권리를 대학자치의 본질적인 내용에 포함되는 헌법상의 기본권으로 봄으로써 대학자치의 기본권주체와 권리의 외연을 구체적으로 확정하고, 둘째 국립대학에서의 내부 사정으로 장기간 대학의 장 후보자가 선출되지 않은 경우에 정부가 개입하여 후보자를 정하도록 하고, 대학의 장 후보자를 직접선거 방식으로 선정하는 경우 선거관리위원회가 그 선거관리

52) 교육공무원법 제24조의3 제2항

53) 참고로 현행법상 공공단체의 직접선거와 관련하여 선거관리위원회에 위탁하는 경우는 농업협동조합법 제51조 제4항에 따른 조합원이 직접 투표로 선출하는 조합장선거가 있으며, 한편 지방교육자치에 관한 법률 제51조 제1항에 따른 교육위원 및 교육감선거의 경우도 선거관리위원회에서 그 선거사무를 통할·관리하도록 되어 있다.

를 하는 등의 이 사건 법률 조항의 합헌성을 인정함으로써 대학의 자치도 일정한 경우에는 제한받을 수 있는 기본권임을 확인하였다는 점에 그 의의가 있다.

## 대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법 위헌확인

-재임용거부취소결정에 대한 제소금지조항의 위헌 여부-

(헌재 2006. 4. 27, 2005헌마1119, 판례집 18-1상, 631)

진 창 수\*

### 【관시사항】

1. 대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법(이하 ‘이 사건 법률’ 또는 ‘법’이라 한다) 제2조 제2호, 제4조, 제5조의 규정(이하 ‘이 사건 구제 규정’이라 한다)이 학교법인의 재산권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 구제규정이 대학의 자율성 또는 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부(소극)
3. 법 제9조 제1항의 규정(이하 ‘이 사건 제소금지규정’이라 한다)이 입법 형성권의 한계를 넘어 헌법에 위배되는지 여부(적극)

### 【심판대상】

- 대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법 제2조 (정의)
2. “재임용 탈락”이라 함은 대학교원 기간임용제에 따라 임용된 교원 중 법률 제7352호 「사립학교법」<sup>1)</sup> 및 법률 제7353호 「교육공무원법」의 시행일 전일까지 임용권자 또는 임면권자로부터 임용기간 만료(해임, 파면 또

---

\* 대전지방법원 부장판사, 전 헌법연구관

1) 2005. 1. 27. 시행. 대학교원 기간임용제 탈락자 구제절차를 신설하였다.

는 면직된 후 이를 다투는 소송과정에서 임용기간이 만료되어 소의 이익이 없다는 판결을 받은 경우 및 해임, 파면 또는 면직된 후 이를 다투는 소송에서 승소판결을 받았으나 임용기간 만료라는 사유로 재임용되지 아니한 경우를 포함한다), 재임용 심사기준 미달 등의 사유로 재임용되지 아니한 경우를 말한다.

제4조 (특별 재임용 재심사 등) 재임용 탈락 교원이 교원소청심사위원회의 재심결정, 법원의 소송 등을 통하여 이미 재임용 탈락 결정의 적정성 여부를 다투었다 할지라도 이 법에 의한 재임용 재심사를 청구할 수 있다.

제5조 (퇴직·사망자의 재임용 재심사 청구) ① 재임용 탈락 교원 중 이미 그 나이가 대학교원의 정년에 달하거나 정년을 초과한 교원도 재임용 재심사를 청구할 수 있다.

② 재임용 탈락 교원이 사망한 경우에는 당해 교원의 상속인이 재임용 재심사를 청구할 수 있다.

제9조 (재임용 재심사 결정의 효력) ① 재임용 탈락이 부당하였다는 위원회의 결정에 대하여 처분권자는 소송으로 다투지 못한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 고등교육 및 중등교육을 실시하기 위하여 설립된 학교법인으로 그 산하에 사립대학교를 두고 있다.

나. 청구인은 구 사립학교법에 의하여 1975. 7. 23. 이후 도입된 대학교원에 대한 기간임용제를 통해 기간제 교원을 채용한 바 있고, 재임용 탈락에 대한 구제절차가 마련된 법률 제7352호 사립학교법이 시행되기 전까지 약 100명의 교원을 재임용 심사에서 탈락시켰으며, 그 중 상당수는 구 사립학교법에 의한 재임용 탈락에 대한 구제절차를 거쳐 법원의 판결 등으로 이미 청구인과의 교원 임용에 관한 법률관계가 모두 확정된 상태에 있었다.

다. 그런데 기간임용제 교원 중 재임용 탈락에 따른 법률관계가 이미 확정된 경우에도 재임용 탈락의 당부에 대하여 다시 심사할 수 있도록 하는 것을 내용으로 한 이 사건 법률이 2005. 7. 13. 법률 7583호로 제정되고 그

로부터 3월이 경과한 2005. 10. 14. 시행되자, 청구인은 이 사건 법률이 청구인으로 하여금 재임용이 거부된 자를 다시 임용하도록 함으로써 소급입법에 의하여 청구인의 재산권을 박탈하거나 침해하고, 나아가 대학의 자율성이나 평등권을 침해하며, 또한 재임용 탈락의 당부 결정에 대하여 청구인이 소송으로 다투지 못하도록 함으로써 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>2)</sup>

## 2. 청구인의 주장과 교육인적자원부장관의 의견

### 가. 청구인의 주장

청구인은, 이 사건 법률의 주요한 조항이 모두 헌법에 위반되어 결국 이 사건 법률 전체가 위헌이라고 주장하였다. 구체적으로는 이 사건 법률이 재임용 거부에 대한 재심사의 범위를 지나치게 확대함으로써 소급입법에 의하여 사립학교법인의 재산권을 박탈하거나 침해하고, 대학의 자치권을 침해하며, 사립학교법인의 제소를 금지함으로써 평등권, 재판청구권을 침해한다고 주장하였다.

### 나. 교육인적자원부장관의 의견

교육인적자원부장관은, 교원소청심사특별위원회의 재심결정으로 교원이 당연히 복직한다거나 보수지급청구권, 손해배상청구권 등이 확정되는 것은 아니므로 이 사건 법률이 청구인의 재산권이나 대학의 자치권을 침해한다고 할 수 없다고 주장하였다. 그리고 재판청구권의 침해와 관련하여, 재심결정은 단지 재임용 탈락이 부당하였다는 한도 내에서만 기속력을 보유하는 것에 불과하므로 재심결정에 대하여 제소를 금지하더라도 청구인의 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다고 주장하였다.

### 【결정요지】

2) 청구인은, 이 사건 법률은 과거 민주화운동 과정에서 학교법인에 의하여 부당하게 재임용에서 탈락된 교원들을 구제하기 위해 제정되었지만, 청구인의 경우 오히려 학원민주화가 이루어진 이후 정당한 절차를 밟아 탈락된 무능 또는 어용 교수들이 이 사건 법률에 의해 재임용될 가능성이 있으므로 위와 같은 경우까지 구제하는 것은 위헌이라는 취지의 주장도 하였으나, 이는 재심절차에서 개별적인 사안마다 따로 심리, 판단할 문제로 보인다.

1. 이 사건 구제규정에 의하여 재심결정이 있더라도 과거의 재임용 거부 처분의 부당성이 확인될 뿐 학교법인이 소유하는 금전이나 시설 등 재산권 규정의 보호를 받는 구체적인 권리가 직접 침해되는 것은 아니다. 그리고 재심결정으로 인한 학교법인의 재정적 부담 가능성 역시 이 사건 구제규정의 제정으로 인하여 과거의 재임용 거부의 부당성이 확인됨에 따라 법적 여건이 달라져서 부담하게 되는 반사적인 경제적 불이익에 불과하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 구제규정으로 인하여 학교법인의 재산권이 직접적으로 침해된다고 보기는 어렵다.

2. 헌법상 교원지위법정주의가 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무를 부과하고 있고, 이 사건 구제규정은 위 의무를 준수하기 위한 반성적 고려에서 도입되었다는 점, 그리고 과거의 재임용 거부처분이 부당하였음을 확인하는 정도의 제한적인 효력만 가지므로 이 사건 구제규정에 의한 실질적인 구제의 폭이 넓지 않을 것으로 보이는 점 등을 고려하면 이로 인하여 학교법인의 자율성이 현저하게 제한받게 된다고 보기 어려우므로, 이 사건 구제규정이 학교법인의 자율성이나 일반적 행동자유권을 침해한다고 할 수 없다.

3. 이 사건 제소금지규정은 재임용에서 탈락한 사립대학 교원의 권리구제절차를 형성하면서 분쟁의 당사자이자 재심절차의 피청구인인 학교법인에게는 교원소청심사특별위원회의 재심결정에 대하여 소송으로 다투지 못하게 함으로써 학교법인의 재판청구권을 침해한다. 또한 학교법인은 그 소속 대학교원과 사법상의 고용계약관계에 있고 재심절차에서 그 결정의 효력을 받는 일방 당사자의 지위에 있음에도 불구하고 이 사건 제소금지규정은 합리적인 이유 없이 학교법인의 제소권만을 부인함으로써 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되고, 재임용 거부 조치가 부당하였는지 여부에 관하여 교원소청심사특별위원회의 재심결정이 최종적인 것이 되는 결과 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판권능을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에도 위배될 뿐 아니라, 행정처분인 재심결정의 적법 여부에 관하여 대법원을 최종심으로 하는 법원의 심사를 박탈함으로써 헌법 제107조 제2항에도 아울러 위배된다.

### 재판관 권 성, 재판관 조대현의 반대의견

이 사건 법률은 중전에 적법한 법률에 근거하여 시행되었던 대학교원 기간임용제를 근본적으로 부정하고 사립대학의 자율성에 터잡은 적법한 행위를 국가기관이 사후에 만든 심사기준에 의하여 재심사함으로써 대학의 자율성을 본질적으로 침해할 뿐만 아니라, 적법하게 형성된 사립대학의 법적 안정성을 전복시켜 헌법의 기본원리인 법치주의를 정면으로 부정하는 것이다. 따라서 이 사건 법률은 사립대학에 관한 한 전부 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

### 【해설】

#### 1. 기간임용제의 입법목적 및 연혁

##### 가. 입법목적

국·공립 및 사립대학 교원의 경우 기간임용제가 도입되기 전에는 형벌이나 징계에 의하여 당연면직 또는 파면, 면직되지 아니하고는 정년인 65세까지 신분이 보장되었다(구 교육공무원법 제52조). 초·중등교원의 경우 1999. 1. 29. 법률 제5717호로 교육공무원법이 개정되면서 정년이 62세로 줄어들었지만, 대학교원의 경우 정년은 그대로이다.<sup>3)</sup>

그런데 복잡다기하고 시시각각으로 변하는 정치·경제·사회·문화 분야에 대한 고등교육을 담당하는 대학의 특성상 대학에서의 교육은 새로운

3) 구 교육공무원법(1999. 1. 29. 법률 제5717호로 개정되기 전의 것) 제52조 (정년)

① 교육공무원의 정년은 65세로 한다.

② 교육공무원으로서 정년에 달한 자는 그 정년에 달한 날에 당연히 퇴직한다. 다만, 교원의 경우에는 그 정년에 달한 날이 속하는 학기의 말일에 당연히 퇴직된다.

현행 교육공무원법 제47조 (정년)

① 교육공무원의 정년은 62세로 한다. 다만, 고등교육법 제14조의 규정에 의한 교원인 교육공무원의 정년은 65세로 한다.

② 교육공무원(임기가 있는 교육공무원을 포함한다)은 그 정년이 달한 날이 속하는 학기의 말일에 당연히 퇴직된다.

고등교육법 제14조 (교직원의 구분)

① 대학·산업대학·교육대학 및 방송·통신대학에는 학교의 장으로서 총장 또는 학장을 두며, 전문대학 및 기술대학에는 학장을 둔다.

② 학교에 두는 교원은 제1항의 규정에 의한 총장 및 학장 외에 교수·부교수·조교수 및 전임강사로 구분한다.

분야에 대한 연구 및 이를 바탕으로 한 내용의 전수 등이 중요한 부분을 차지하며, 위와 같은 대학교육의 목적을 달성하기 위한 방법으로 대학교원의 연구활동, 교육활동 등에 대하여 광범위한 독립성을 인정하면서 동시에 일정한 시기마다 그 활동내역을 평가하여 그 결과가 객관적인 기준에 미치지 못하는 경우 당해 대학교원에게 신분상의 불이익을 주는 것을 고려할 수 있다.

기간임용제가 처음으로 도입될 당시 입법자들은 기간임용제의 취지를 위와 같이 이해하고 있었으며, 제93회 국회 제1차 문교 공보위원회 회의록에 구체적인 내용이 잘 나타나 있다.<sup>4)</sup> 그리고 헌법재판소도 기간임용제의 입법목적은 정당하다고 결정한 바 있다.<sup>5)</sup>

4) 오진환 의원은 제95회 국회 제1차 문교공보위원회에서 기간임용제 제도의 도입과 관련하여, “현행 대학교원의 인사제도는 연공서열체로서 소정의 근무연한만 채우게 되면 자동적으로 승급, 승진되어 능력의 실증에 상관없이 정년인 65세까지 근속할 수 있게 되어 있습니다. 이 연공서열체도의 실시는 대학에 있어서 교수의 안일무사한 근무자세를 조장하고 연구활동의 부진을 초래할 우려가 많습니다. ... (중략)... 새로운 대학상 정립의 전기를 마련하기 위하여서는 불합리한 현행 대학 인사제도를 시정하여야 하겠고 이를 시정함으로써 대학의 노화방지와 신진대사가 촉진될 것입니다. ... (중략)... 따라서 교육공무원법 및 사립학교법을 개정하여 국립대학의 교수, 부교수에 대하여는 6년 내지 10년의 기간을, 조교수, 전임강사에 대하여는 3년 내지 2년, 조교에 대하여는 1년의 기간을 대학총학장의 재량에 따라 기간부로 임용할 수 있도록 했고, 사립대학에 대하여는 사학의 특수성을 고려하여 10년의 범위 내에서 자율적으로 시행할 수 있도록 하였습니다.”라고 제안설명을 하였다.

5) 헌법재판소는 96헌바33 사건에서, “대학교육기관의 교원에 대한 정년보장제는 교원의 신분을 보장하여 학문의 연구·활동에 필요한 독립성과 연속성을 확보하여 주는 장점이 있는 반면, 학문의 연구·활동 및 교수로서의 임무를 게을리하여 무사안일에 빠져 있거나 타성에 젖어 대학교수로서의 직무수행에 적합하지 않은 자 또는 교수 본연의 학문의 연구·활동 이외의 분야에만 관심을 갖는 자 등도 보호를 받게 되는 문제점을 안고 있다. 이에 비하여 기간임용제는 임기만료시에 교원을 다시 심사하여 재임용 여부를 결정하기 때문에 교원으로 하여금 학문에 대한 연구·활동을 계속하도록 하는 이점은 있으나, 그 대신 임용권자인 학교법인의 주관적인 편견이 개입될 여지가 있어 객관성과 공정성이 뒷받침되지 않는 재임용결과가 나타날 가능성이 있고, 이와 같은 결과는 교원의 신분을 불안하게 하여 학문의 연구·활동의 독립성과 연속성을 해칠 우려가 있다. 그러므로 기간임용제와 정년보장제는 국가가 문화국가의 실현을 위한 학문진흥의 의무를 이행함에 있어서나 국민의 교육권의 실현·방법 면에서 각각 장단점이 있어 어느 쪽이 좋은 제도인지에 대한 판단에는 어려움이 있고, 이러한 점에 대한 판단·선택은 헌법재판소에서 이를 가늠하기보다는 입법자의 입법정책에 맡겨 두는 것이 옳다고 본다.”라고 판시하였다(헌재 1998. 7. 16, 96헌바33, 판례집 10-2, 116, 148-149).



## 나. 입법연혁

국·공립대학의 교원에 대한 기간임용제는 1975. 7. 23. 법률 제2774호로 개정된 교육공무원법 제9조 제3항<sup>6)</sup>에 의하여, 사립대학의 교원에 대한 기간임용제는 같은 날 법률 제2775호로 개정된 사립학교법 제53조의2<sup>7)</sup>에 의하여 각 도입되었다.

기간임용제 도입 당시 국·공립대학의 교원과 사립대학의 교원의 임용기간이 서로 달랐으나 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 사립학교법이 개정되면서 사립대학의 경우 학교정관에 따라 기간을 정하여 임용할 수 있다고 하면서 그 경우 국·공립대학의 교원에게 적용되는 임용기간에 관한 규정을 준용하도록 하여, 이 이후로는 국·공립대학의 교원과 사립대학의 교원에게 적용되는 임용기간이 사실상 동일하게 되었다.

## 다. 기간임용제에 대한 헌법재판소의 판례와 사립학교법의 개정

(1) 기간임용제도 자체는 위헌이 아니라는 것이 헌법재판소의 확고한 판례이다.<sup>8)</sup> 다만 헌법재판소는 종래 기간임용제뿐만 아니라 그 운용에 있어서도 폭넓은 입법재량을 인정하였으나<sup>9)</sup> 2003. 2. 27. 선고된 2000헌바26 사건에서, “객관적인 기준의 재임용 거부사유와 재임용에서 탈락하게 되는 교원이 자신의 입장을 진술할 수 있는 기회 그리고 재임용거부를 사전에 통지하는 규정 등이 없고, 나아가 재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다룰 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않고 있는 구 사립학교법 제53조의2 제3항(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률

6) 교육공무원법 제9조 (신규임용) ③ 대학(사범대학·교육대학·초급대학을 포함한다)에 근무하는 교원은 다음과 같이 기간을 정하여 임용한다.

1. 교수 및 부교수:6년 내지 10년
2. 조교수 및 전임강사:2년 내지 3년
3. 조교:1년

7) 사립학교법 제53조의2 (임면) 대학(사범대학 및 초급대학을 포함한다)에 근무하는 교원은 직명별로 10년 이하의 범위 안에서 당해 대학을 설치·경영하는 학교법인의 정관이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 임면한다.

8) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116; 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 판례집 15-2하, 466 등.

9) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116.

제5274호로 개정되기 전의 것)은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원의 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 교원지위법정주의에 위반된다.”고 당시 기간임용제의 운용절차에 관하여 헌법불합치 결정을 한 이후로, 기간임용제의 운용에 대한 제한이 가해졌다.<sup>10)</sup> 나아가 헌법재판소는 2003. 12. 18. 선고된 2002헌바14등 사건에서, 재임용에서 탈락한 사립대학의 교원들에게 교원징계재심위원회에서 재임용 탈락의 부당성을 다룰 수 있는 구체절차를 마련하여야 하며, 이를 마련해 두지 아니한 구 교원지위향상을위한특별법(2005. 1. 27. 법률 제7354호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하였다.

(2) 헌법재판소의 위 헌법불합치 결정 이후 2005. 1. 27. 법률 제7352호로 사립학교법이, 같은 날 법률 제7353호로 교육공무원법이, 같은 날 법률 제7354호로 교원지위향상을위한특별법이 각 개정되어, 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원의 재임용과 관련하여 재임용 절차 및 재임용 탈락시 그에 대해 다룰 수 있는 구체절차규정<sup>11)</sup>이

10) 현재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 판례집 15-2하, 466.

11) 사립학교법 제52조의2

- ④ 제3항의 규정에 의하여 임용된 교원의 임면권자는 당해 교원의 임용기간이 만료되는 때에는 임용기간 만료일 4월 전까지 임용기간이 만료된다는 사실과 재임용 심의를 신청할 수 있음을 당해 교원에게 통지(문서에 의한 통지를 말한다. 이하 이 조에서 같다)하여야 한다.
- ⑤ 제4항의 규정에 의하여 통지를 받은 교원이 재임용을 받고자 하는 경우에는 통지를 받은 날부터 15일 이내에 재임용 심의를 임면권자에게 신청하여야 한다.
- ⑥ 제5항의 규정에 의한 재임용 심의를 신청받은 임면권자는 제53조의3의 규정에 의한 교원인사위원회의 재임용 심의를 거쳐 당해 교원에 대한 재임용 여부를 결정하고 그 사실을 임용기간 만료일 2월 전까지 당해 교원에게 통지하여야 한다. 이 경우 당해 교원을 재임용하지 아니하기로 결정한 때에는 재임용하지 아니하겠다는 의사와 재임용 거부사유를 명시하여 통지하여야 한다.
- ⑦ 교원인사위원회가 제6항의 규정에 의하여 당해 교원에 대한 재임용 여부를 심의함에 있어서는 다음 각호의 사항에 관한 평가 등 객관적인 사유로서 학칙이 정하는 사유에 근거하여야 한다. 이 경우 심의과정에서 15일 이상의 기간을 정하여 당해 교원에게 지정된 기일에 교원인사위원회에 출석하여 의견을 진술하거나 서면에 의한 의견제출의 기회를 주어야 한다.
  1. 학생교육에 관한 사항
  2. 학문연구에 관한 사항
  3. 학생지도에 관한 사항
- ⑧ 재임용이 거부된 교원이 재임용 거부처분에 대하여 불복하고자 하는 경우에는

마련되었다. 그러나 위 개정법률은 공포일로부터 그 효력이 발생함에 따라 법률이 개정되기 전에 재임용에서 탈락한 대학교원의 구제문제가 쟁점으로 떠오르게 되었다.

## 2. 이 사건 법률의 입법경위 및 이 사건 구제규정의 효력

### 가. 이 사건 법률의 입법경위

이 사건 법률은 정성호 의원 외 15명이 2004. 10. 27. 의원입법 형식으로 발의하였다. 그 후 2005. 6. 23. 국회 본회의를 통과하여 2005. 7. 13. 공포되었다.

이 사건 법률은 위 개정법률의 적용대상이 아닌 법률 개정 전에 재임용에서 이미 탈락된 교원을 구제하기 위하여 제정된 것으로, 그 제안이유는, “교원지위향상을위한특별법 제9조 제1항에 대하여 ‘재임용이 거부되었을 경우 사후에 그에 대해 다룰 수 있는 제도적 장치를 전혀 마련하지 않은 것은 교원지위법정주의에 위반된다’고 결정한 헌법재판소의 결정취지<sup>12)</sup>를 존중하여 대학교원 기간임용제가 도입된 이후 위법·부당하게 재임용에서

---

그 처분이 있음을 안 날부터 30일 이내에 교원지위향상을위한특별법 제7조의 규정에 의한 교원소청심사위원회에 심사를 청구할 수 있다.

교원지위향상을위한특별법  
제7조 (교원소청심사위원회의 설치)

① 각급학교 교원의 징계처분 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분(교육공무원법 제11조의3 제4항 및 사립학교법 제53조의2 제6항의 규정에 의한 교원에 대한 재임용 거부처분을 포함한다. 이하 같다)에 대한 소청심사를 하게 하기 위하여 교육인적자원부에 교원소청심사위원회(이하 “심사위원회”라 한다)를 둔다.

제9조 (소청심사의 청구등>)

① 교원이 징계처분 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복이 있을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날부터 30일 이내에 심사위원회에 소청심사를 청구할 수 있다. 이 경우에 심사청구인은 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다.

제10조 (소청심사결정)

① 심사위원회는 소청심사청구를 접수한 날부터 60일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다. 다만, 심사위원회가 불가피하다고 인정하는 경우에는 그 의결로 30일을 연장할 수 있다.

② 심사위원회의 결정은 처분권자를 기속한다.

③ 교원은 심사위원회의 결정에 대하여 그 결정서의 송달을 받은 날부터 60일 이내에 행정소송법이 정하는 바에 의하여 소송을 제기할 수 있다.

12) 현재 2003. 12. 18. 2002헌바14등, 판례집 15-2(하), 466-486.

탈락된 대학교원에 대한 재임용 탈락결정이 정당한 기준에 의해서 이루어졌는지 여부에 대하여 재심사 기회를 부여함으로써 재임용 탈락자들의 권익을 보호하기 위"해서라고 설명되어 있다.<sup>13)</sup>

### 나. 부당한 재임용 탈락에 대한 구제수단

1991. 5. 31. 교원지위향상을위한특별법이 제정되기 전에, 국·공립대학의 교원은 재임용 거부에 대하여 거부처분 취소소송 등을 제기하였는바, 대법원은 재임용 거부행위의 처분성을 부인하였으며,<sup>14)</sup> 사립대학의 교원은 학교법인을 상대로 재임용거부결정의 무효확인 등을 구하는 민사소송을 제기하였는바, 대법원은 사립대학의 교원의 신분을 사법상의 고용계약에 따라 결정된다고 하면서 재임용 거부의 통지는 임기만료 사실을 확인해 주는 것에 불과하여 여기에 대한 무효확인을 구할 소의 이익이 없다고 하였다.<sup>15)</sup>

13) 천병호, '대학교원기간제임용탈락자구제를위한특별법안 검토보고서', 국회 교육위원회 의안자료, 1면.

14) 국·공립대학의 교원이 재임용을 거부당하였을 경우 교수재임용탈락처분취소(대법원 1989. 6. 27. 선고 88누9640), 교원임용절차이행(1997. 4. 25. 선고 96누3654), 교원임용거부처분취소 등(1997. 4. 25. 선고 96누7151), 교수재임용거부처분취소(1997. 6. 27. 선고 96누4305) 등의 형태로 행정소송을 제기하였으나, 대법원은 일관하여 "기간을 정하여 임용된 대학교원은 그 임용기간의 만료에 따른 재임용의 기대권을 가진다고 할 수 없으며, 이와 같이 기간을 정하여 임용된 대학교원이 그 기간이 만료된 때에 만약 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직되는 것이므로 임용권자가 인사위원회의 심의결정에 따라 교원을 재임용하지 않기로 하는 결정을 하고서 이를 통지하였다고 하더라도 이는 교원에 대하여 임기만료로 당연 퇴직됨을 확인하고 알려주는 데 지나지 아니하고, 이로 인하여 어떠한 법률효과가 발생하는 것은 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다."라고 하여 그 소를 각하하여 왔다.

15) 사립대학의 교원이 재임용을 거부당하였을 경우 교원재임용불허결정무효사건(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2622), 교원해임처분무효확인사건(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다12852), 교원재임용거부처분무효확인사건(대법원 1997. 6. 10. 선고 97다3132), 부교수지위확인사건(대법원 1997. 12. 23. 선고 97다25477) 등의 형태로 민사소송을 제기하였으나, 대법원은 "계약기간을 정하여 임용된 교원은 그 기간이 만료된 때에는 재임용계약을 체결해야 하고 만약 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직되는 것이므로 학교법인이 교원인사위원회의 심의결정에 따라 교원을 재임용하지 아니하기로 한 결정 및 통지는 교원에 대하여 임기만료로 당연퇴직됨을 확인하고 알려주는 데 지나지 아니하고 이로 인하여 교원과 학교법인 사이에 어떠한 법률효과가 발생하는 것은 아니어서 교원은 이에 대한 무효확인을 구할 소의 이익이 없다."고

교원지위향상을위한특별법이 제정된 이후, 국·공립대학 및 사립대학의 교원은 징계 등 불리한 처분에 대하여 교육인적자원부 산하에 설치된 교원징계재심위원회(이후 교원소청심사위원회로 변경)에 재심을 청구한 후 그 결과에 대하여 다시 행정소송을 제기할 수 있어 국·공립대학 및 사립대학의 교원 모두 동일한 절차에 의하여 권리구제를 받을 수 있게 되었다(교원지위향상을위한특별법 제7조, 제10조).<sup>16)</sup> 그러나 교원징계재심위원회는 재임용 탈락에 대하여, 임용권자의 재임용 여부는 처분의 성질을 가지지 않으므로 교원징계재심위원회에 대하여 재심청구를 할 수 없다는 태도를 취해 왔기 때문에 교원지위향상을위한특별법이 제정된 이후에도 2005. 1. 27. 법률 제7354호로 교원지위향상을위한특별조치법이 개정되기 전까지 부당한 재임용 탈락에 대한 구제는 사실상 불가능하였다.

#### 다. 이 사건 구제규정의 효력

교육공무원법, 사립학교법, 교원지위향상을위한특별법이 개정되면서 재임용을 받지 못한 대학교원이 그 정당성 여부를 실질적으로 다툴 수 있는 길이 열리고,<sup>17)</sup> 분쟁의 결과에 따라서는 해당 학교에 복직할 수도 있게 되었

---

하여 소를 각하하여 왔다.

- 16) 대법원 1993. 2. 12. 선고 92누13707 판결; 대법원 1994. 12. 9. 선고 94누6666 판결 등.
- 17) 사립학교법이 개정된 이후 대법원은, 사립학교법 제53조의2 제4항 내지 제8항의 개정으로 임면권자의 재임용 심의 신청 여부의 사전 통지의무 및 당해 교원의 재임용 심의 신청권, 임면권자의 재임용 거부사실 및 거부사유의 사전 통지의무, 객관적 기준에 의한 재임용 심의와 당해 교원의 재임용심의절차에서의 의견진술 및 제출권, 재임용 거부시 이에 대한 불복방법 등이 명문화되었는바, 그 규정 내용에 비추어 볼 때 기간제로 임용되어 임용기간이 만료된 사립대학 교원으로서 교원으로서의 능력과 자질에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 받아 위 기준에 부합되면 특별한 사정이 없는 한 재임용되리라는 기대를 가지고 재임용 여부에 관하여 합리적인 기준에 의한 공정한 심사를 요구할 권리를 가진다고 할 것이므로, 임면권자가 임용기간이 만료된 사립대학 교원에 대하여 한 재임용을 거부하는 결정 및 통지는 그 대학교원의 권리관계에 영향을 주는 것으로서 임면권자와 사이에 재임용거부결정 및 통지의 효력 여부에 관하여 다툼이 있는 이상 그 대학교원은 그 거부결정 및 통지의 무효확인을 구할 소의 이익이 있다고 하였으며, 사립학교법 제53조의2 제8항에서는 재임용이 거부된 교원은 재임용거부처분에 대한 불복방법으로 교원소청심사위원회에 심사를 청구할 수 있도록 하고 있으나, 그와는 별도로 학교법인을 상대로 한 민사소송에 의해서도 재임용거부결정의 효력을 다툴 수 있다고 하였다. 그리고 이 경우에 정관이나 인사규정 또는 임용계약에 재임용 강제조항이 있거나 그 외 임용계약이 반복 갱

음에도 불구하고, 위 각 법률이 개정되기 전에 재임용에서 이미 탈락한 교원에 대하여는 아무런 보호장치가 마련되지 않았다. 이들을 보호하기 위하여 제정된 법률이 이 사건 법률임은 앞서 본 바와 같다. 그런데 이 사건 법률은 교원지위향상을위한특별법과 유사한 구제절차를 취하고 있으면서도 중요한 부분에 있어서 차이가 있는바 그 내용은 아래와 같다.

	교원지위향상을 위한 특별법	대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법(법률안)	대학교원 기간임용제 탈락자 구제를 위한 특별법
심사기관	교원소청심사위원회	① 법원 : 법원의 판결에 대한 재심청구 ② 재심특별위원회 : 교원정계재심위원회의 결정에 대한 재심청구	교원소청심사특별위원회
청구권자	징계처분 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분(교육공무원법 제11조의3 제4항 및 사립학교법 제53조의2 제6항의 규정에 의한 교원에 대한 재임용 거부처분을 포함)을 받은 교원	2005. 1. 26. 이전에 ① 임용기간 만료로 재임용되지 못한 자 ② 재임용 심사기준 미달 등의 사유로 재임용되지 못한 자 ③ 위 ①, ②의 자가 사망한 경우 그 상속인	2005. 1. 26. 이전에 ① 임용기간 만료로 재임용되지 못한 자 ② 재임용 심사기준 미달 등의 사유로 재임용되지 못한 자 ③ 위 ①, ②의 자가 사망한 경우 그 상속인
심사기준	교육공무원법, 사립학교법에 별도로 규정	교육, 학문연구의 객관적인 자료와 공정한 절차에 근거하여 재임용심사가 이루어졌는지 여부	학생교육에 관한 사항, 학문연구에 관한 사항, 학생지도에 관한 사항, 재임용 관련 학칙 또는 규정에서 정하고 있는 사항 등 정당하고 객관적인 사유에 따라 재임용 결정이 이루어졌는지 여부
재심사	처분권자를 기속	재심인용결정을 받은 교	

신되는 등 특별한 사정이 없는 이상 임용기간이 만료된 사립학교 교원은 임용기간 만료로 대학교원 신분을 상실하므로, 재임용이 거부된 사립학교 교원은 임용기간 만료 이후에도 대학교원의 신분이 유지됨을 전제로 임금 그 자체의 지급을 구하는 것은 허용될 수 없다고 할 것이지만, 사립학교법이 정한 재임용 기준에 따라 적법한 재임용 심사를 받았더라면 재임용을 받을 수 있었던 사립학교 교원이 위법하게 재임용을 거부당하였다면 그러한 거부결정이 불법행위에 해당함을 이유로 임금 상당의 손해배상을 구할 수는 있다고 판시하였다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2003제24262 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결).

결정의 효력		원은 즉시 복직하고 재임용 탈락시부터 계속하여 재임용한 것으로 봄 재심결정에 대하여 교원지위향상을위한특별법 제10조 제2항(기속력에 관한 조항)을 준용함 재임용 탈락 당시의 임용주체가 변경된 경우 재심결정의 효력은 포괄승계한 임용주체를 기속함	재임용 탈락 당시의 임용주체가 변경된 경우 재심결정의 효력은 포괄승계한 임용주체를 기속함
결정에 대한 불복	교원만 가능(헌재 2006. 2. 23. 2005헌가7호 위헌 결정으로 효력상실)	교원만 가능	교원만 가능

이 사건 법률안과 실제 법률과의 가장 큰 차이는 재심결정의 효력이다. 우선 교원지위향상을위한특별법상의 재심결정의 효력인 ‘기속력’에 대하여, 재심결정으로 당연히 교원의 신분을 회복하게 된다는 견해(이하 “형성적 효력설”이라 한다), 당연히 교원의 신분을 회복하지는 않지만 학교법인이 교원을 재임용할 의무를 부담하게 된다는 견해(이하 “재임용 의무부담설”이라 한다), 과거의 재임용 거부처분이 부당하였음을 확인하는 효력만 있다는 견해(이하 “확인적 효력설”이라 한다), 단순히 감독청의 지위에서 당해 교원을 재임용할 것을 권유하는 정도의 효력만 있다고 보는 견해(이하 “권고적 효력설”이라 한다)로 나누어 볼 수 있다.

학설은 국·공립 및 사립대학을 불문하고 형성적 효력설 내지 재임용 의무부담설을 취하고 있는 것으로 보이고,<sup>18)</sup> 헌법재판소는 95헌바19등 사건과 2005헌가7 사건에서 위 기속력의 의미에 대하여 형성적 효력설 또는 재임용 의무부담설을 전제로 교원지위향상을위한특별법 제10조 제3항의 위헌 여부를 판단한 바 있다.<sup>19)</sup> 다만, 대법원 판례는 명확하지 않다.

18) 양승두, 교원징계와 그 구제제도에 관한 고찰, 저스티스 제28권 제1호(한국법학원, 1995), 131면과 145면.

19) 헌법재판소는, 재심위원회가 사립학교 교원에 대한 징계처분을 취소 또는 변경하는 결정은 학교법인을 기속하므로, 학교법인과 교원 간의 법률관계가 직접 형성되거나 그 결정에 따른 법률관계를 형성할 의무를 부담하게 된다(헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89, 110)거나, 재심결정은 학교법인과 교원 간의 징계 등 불리한 처분을 둘러싼 법적 분쟁에 대하여 당사자로부터 독립된 행정기

교원소청심사위원회의 재심결정의 기속력의 의미에 관한 위와 같은 논의를 전제로 한다면, 이 사건 법률안 제9조가 ‘재임용 탈락이 부당하다는 결정을 받은 교원은 즉시 복직하고, 재임용 탈락시부터 계속하여 재임한 것으로 본다.’ 라고 규정하여 법률의 규정에 의하여 당연히 교원의 신분을 회복하도록 하고, 법률안 제11조 제2항이 교원소청심사특별위원회의 결정의 효력에 대하여 교원지위향상을위한특별법 제10조 제2항의 규정(기속력에 관한 것)을 준용하도록 하고 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률안은 재심결정에 대하여 위의 견해 중 형성적 효력설과 동일한 입장을 취하고 있었다고 판단된다. 그러나 법률안 심의과정에서 당연복직 부분 및 교원지위향상을위한특별법 제10조 제2항 준용부분을 삭제하는 것으로 법안이 정리되었다.<sup>20)</sup> 그리고 위 심의과정에서 입법자들은 기본적으로 사립학교법인과 교원 사이의 관계는 사법상의 계약관계라는 점에서 재임용 탈락 교원에 대하여 형성적 효력설이나 재임용 의무부담설의 입장에서 사립학교법인에 대한 의무를 부과하는 것에 대하여 부정적으로 보았다.

법률안 심의과정에 나타난 입법자들의 태도와 이 사건 법률에 재심결정의 효력에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않은 점을 들어 헌법재판소는, 재심청구 인용결정에 의하여 바로 ‘학교법인과 재임용이 거부되었던 당해 교원 사이에 교원임용관계가 성립된다’거나 ‘학교법인이 당해 교원을 반드시 재임용할 의무를 부담하게 되는 효력이 있다’고 할 수 없고, 과거의 재임용 거부처분이 부당하였음을 확인하는 정도의 효력만 있으며 소급효는 인정되지 않는다고 보았다. 다만 이 경우에도 재심결정이 행정처분에 해당함은 분명하므로 행정처분의 공정력에 의하여 재심결정에 하자가 있더라도 그 하자가 중대하고 명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를

---

관인 제심위원회가 분쟁해결을 위하여 공적 권위를 가지고 판단·확정한 행정처분이라고 할 것인바, 구체적으로 제심위원회가 재심청구를 인용하여 이를 취소하는 경우에는 그 형성력으로 인하여 양 당사자 간의 법률관계가 직접 형성되고, 취소를 명하는 경우에는 그 기속력으로 인하여 학교법인은 그 결정의 취지대로 법률관계를 형성할 의무를 부담하게 된다(헌재 2006. 2. 23, 2005헌가7, 판례집 18-1상, 58, 74-75)고 판시하였다.

20) 제252회 국회 교육법안심사소위원회 제1차 회의록(2005. 2. 23.), 18면; 제252회 국회 교육법안심사소위원회 제2차 회의록(2005. 2. 24.) 3면; 제252회 국회 법제사법위원회 제6차 회의록(2005. 2. 28.) 103-104면 참조.



제외하고는 취소되기 전까지는 적법성을 추정 받고, 따라서 민사소송절차에서 그 효력을 부인할 수는 없으므로 학교법인이 재심결정의 적법성을 다툴 이익이 있다고 보았다.

### 3. 이 사건 구제규정의 위헌 여부

#### 가. 재산권 침해 여부

이 사건 구제규정은 사립학교법 등이 개정되기 전에 부당하게 재임용을 거부당한 교원에 대하여 재심의 기회를 제공하는 것이 주 목적이다. 그리고 교원소청심사특별위원회의 결정은 사립학교법인의 재임용 거부의 적절성에 대한 것이므로 그 결정으로 인하여 직접적으로 사립학교법인의 재산권을 침해한다고 보기는 어렵다. 다만, 재심결정으로 교원으로서의 지위를 회복하는 경우 또는 재임용 거부의 부당성이 확인되는 경우 사립학교법인은 교원에 대한 임금지급, 손해배상, 퇴직금지급, 강의배정, 연구시설 설치 등과 관련하여 재정적인 부담을 안게 될 수 있다는 점에서 이 사건 구제규정을 재산권 침해와 연결시킬 수 있다.<sup>21)</sup> 그러나 일반적으로 신분이나 지위와 관련된 사건의 경우(예컨대, 정년제, 직업공무원제, 직업선택의 자유, 공무담임권 등) 모두 경제적인 이해관계가 관련되어 있지만 구체적인 재산권 침해대상이 특정되지 않는다면 이를 곧바로 재산권보장의 차원에서 논의하기는 어렵다는 것이 헌법재판소의 주된 판례이다.<sup>22)</sup>

21) 이 사건 법률이 제정된 이후 전개된 사립학교법인과 재임용 탈락 교원 사이의 법률관계에 관하여는 후술하는 ‘이 사건 결정의 의의 및 후속 경과’ 부분 참조.

22) [헌재 2000. 12. 14. 99헌마112, 정년단축으로 기존 교원이 입는 경제적 불이익] 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 제화의 획득에 관한 기회(단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회)등은 재산권보장의 대상이 아닌바, 교원의 정년단축으로 기존 교원이 입는 경제적 불이익은 계속 재직하면서 제화를 획득할 수 있는 기회를 박탈당한다는 것인데 이러한 경제적 기회는 재산권보장의 대상이 아니다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112, 판례집 12-2, 399, 407).

[헌재 1997. 11. 27. 95헌바14, 공무원의 당연퇴직규정의 위헌 여부]

이 사건 법률조항은 평등권을 규정한 헌법 제11조, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조, 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제15조, 공무담임권을 규정한 헌법 제25조 및 재산권보장을 규정한 헌법 제23조 제1항 등에 위배되지 아니한다(헌재 1997. 11. 27. 95헌바14, 판례집 9-2, 575, 582).

재산권의 보호대상에 관하여 헌법재판소는, “우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372). 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 재산권에 속하지 않는다고 보아야 한다.”고 판시한 바 있다(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310). 나아가 헌법재판소는 다수의 결정에서 “헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다.”라고 판시하였다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 103; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 664; 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310).

위와 같은 헌법재판소의 재산권의 보호대상에 관한 판례에 의하면, 재임용 거부의 부당성이 확인되어 교원의 지위가 회복되더라도 그 자체가 사립학교법인 소유의 금전이나 시설, 기타 채권 등 재산권 보호대상이 되는 구체적인 권리를 직접 침해한다고 볼 수 없다. 즉 헌법재판소는 재임용 탈락 교원이 과거에 재임용을 거부당함으로써 잃게 된 금전적 이익은 계속 재직하면서 재화를 획득할 수 있는 기회를 박탈당한 것으로 경제적인 기회에 해당할 뿐이고,<sup>23)</sup> 반면에 이와 동일한 선상에서 재심결정으로 인한 청구인의 재정부담 역시 이 사건 법률의 제정으로 인하여 재임용탈락 교원의 지위회복에 따른 법적 여건이 변경됨으로써 부담하게 되는 반사적인 경제적

23) 물론 직업수행의 자유, 평등권 등 다른 기본권은 별론으로 한다. 직업활동 또는 경제활동에 의한 이익의 획득이 재산권의 범위에 포함되는지 여부에 대한 헌법재판소의 판례는 엇갈리고 있다. 그러나 재산권의 제한을 인정한 사례들은 재산권에 대하여 실질적인 판단을 하지 아니한 것이므로 이를 헌법재판소의 기본입장이라고 보기에 무리가 있다. 또한 이론적으로 보더라도 직업활동 또는 경제활동에 대한 제한으로 말미암은 경제적 이익의 상실은 자유를 제한함에 따른 부수적인 결과로서 사실적, 간접적인 것에 불과하고 그러한 이익은 대개 구체화되지 않은 기대이익에 해당하므로 재산권의 보호영역에 포함되지 않는다는 판례들을 헌법재판소의 기본입장으로 보는 것이 타당하다[전종익, 재산권의 보호영역, 헌법논총 제16집(헌법재판소, 2005), 437면].

불이익에 해당한다고 평가하고 있다.

### 나. 대학의 자율성 또는 일반적 행동자유권 침해 여부

(1) 헌법재판소는 대학의 자율성에 대하여, 대학의 자율성은 대학시설의 관리·운영만이 아니라 전반적인 것이라야 하므로 연구와 교육의 내용, 그 방법과 대상, 교과과정의 편성, 학생의 선발과 전형 및 특히 교원의 임면에 관한 사항도 자율의 범위에 속하고(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33, 판례집 10-2, 116, 144), 특히 사립학교법인의 경우 설립자의 의사와 재산으로 독자적인 교육목적을 구현하기 위해 설립되는 것이므로 사립학교설립의 자유와 운영의 독자성을 보장하는 것은 그 무엇보다도 바꿀 수 없는 본질적 요체라고 할 수 있으며, 따라서 설립자가 사립학교를 자유롭게 운영할 자유는 비록 헌법에 독일기본법 제7조 제4항과 같은 명문규정은 없으나 헌법 제10조에서 보장되는 행복추구권의 한 내용을 이루는 일반적인 행동의 자유권과 모든 국민의 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 규정하고 있는 헌법 제31조 제1항 그리고 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성을 규정하고 있는 헌법 제31조 제4항에 의하여 인정되는 기본권의 하나라고 판시하였다(헌재 2001. 1. 18. 99헌바63, 판례집 13-1, 60, 67).

그런데 대학의 자율성도 대학관리와 운영에 관한 여러 가지 법률이 이 자치를 제한하고 있는바, 특히 헌법 제31조 제6항의 교원지위법정주의는 입법자가 법률로 정하여야 할 교원지위의 기본적 사항에 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무에 관한 사항이 포함될 것을 요구하고 있으므로(헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 판례집 15-1, 176, 188), 그 한도 내에서 사립학교법인의 교원의 임면에 관한 자율권은 제한을 받게 된다.

이 사건 구제규정의 경우 재임용 탈락자에 대하여 재심을 거쳐 구제할 수 있는 길을 열어 두고 있으므로 대학교원의 임면에 있어서 대학의 자율성을 제한하는 것은 분명하다. 또한 이 사건 구제규정은 현재의 사실관계 또는 장래에 형성될 사실관계를 바탕으로 한 규율이 아니라 과거의 확정된 사실관계나 법률관계를 다시 반복할 수 있다는 점에서 대학의 자율성에 대한 침해의 정도가 더 크다고 할 수 있다. 다수의견은 이 사건 구제규정이

대학의 자율성을 심각하게 침해하는 것은 아니라고 본 반면에, 소수의견은 특히 사립학교법인의 경우, 이 사건 구제규정이 자율성에 더잡아 이루어진 과거의 적법한 행위를 사후에 다시 심사하여 새로운 부담을 부과함으로써 대학의 자율성을 본질적으로 침해할 뿐만 아니라 적법하게 형성된 사립대학의 법적 안정성을 전복시켜 헌법의 기본원리인 법치주의를 정면으로 부정하는 것으로 보았다. 위와 같은 의견의 차이는 결국 이 사건 구제규정으로 인하여 어느 정도의 교원이 얼마만큼의 보호를 받을 수 있고, 그에 따른 비용을 누가 부담하느냐의 문제와도 직결된다고 하겠다.

(2) 우선 재심과 관련하여 살펴보면, 이 사건 구제규정에 의하여 과거 재임용 탈락의 부당성 여부를 재심사할 수 있게 되었다. 대법원과 교원징계재심위원회는 재임용 탈락에 대한 심사와 관련하여, 사립대학의 교원의 신분은 사법상의 고용계약에 따라 결정되므로 재임용 거부의 통지는 임기만료 사실을 확인해 주는 것에 불과하여 여기에 대한 무효확인을 구할 소의 이익이 없다거나,<sup>24)</sup> 임용권자의 재임용 여부는 처분의 성질을 가지지 아니하므로 교원징계재심위원회에 재심청구를 할 수 없다는 태도를 취하였다. 따라서 사립대학의 교원은 당초부터 재임용 탈락의 정당성 여부에 관하여 실질적인 심사를 받은 바 없으므로 이 사건 구제규정의 제정으로 비로소 재임용 탈락의 정당성에 관한 실질적 심사를 받게 되었다고 할 것이다.

한편, 재임용 탈락의 정당성에 관한 실질적인 심사가 이루어지지 아니하였다고 하더라도 당시의 법률제도하에서 확정된 법률관계를 뒤집는 것은

24) 사립대학의 교원이 재임용을 거부당하였을 경우 교원재임용불허결정무효사건(대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2622), 교원해임처분무효확인사건(대법원 1994. 10. 14. 선고 94다12852), 교원재임용거부처분무효확인사건(대법원 1997. 6. 10. 선고 97다3132), 부교수지위확인사건(대법원 1997. 12. 23. 선고 97다25477) 등의 형태로 민사소송을 제기하였으나, 대법원은 “계약기간을 정하여 임용된 교원은 그 기간이 만료된 때에는 재임용계약을 체결해야 하고 만약 재임용계약을 체결하지 못하면 재임용거부결정 등 특별한 절차를 거치지 않아도 당연퇴직되는 것이므로 학교법인이 교원인사위원회의 심의결정에 따라 교원을 재임용하지 아니하기로 한 결정 및 통지는 교원에 대하여 임기만료로 당연퇴직됨을 확인하고 알려주는 데 지나지 아니하고 이로 인하여 교원과 학교법인 사이에 어떠한 법률효과가 발생하는 것은 아니어서 교원은 이에 대한 무효확인을 구할 소의 이익이 없다.”고 하여 소를 각하하여 왔다.

법적 안정성의 측면에서 매우 제한적으로만 인정되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 소수의견은, 소급입법을 매우 제한적으로 인정하는 헌법재판소의 판례,<sup>25)</sup> 2000헌바26 결정은 대학교원 기간임용제 자체가 위헌인 것이 아니라 그 제도가 남용되지 않도록 하기 위하여 재임용 탈락시 사후구제절차를 마련할 필요가 있다는 취지라는 점, 그리고 이 사건 구제규정에 의하여 인정될 소급적 효력(임용권자에 대한 기속력과 민사상 손해배상청구권)을 고려하면 이 사건 법률은 종전에 적법한 법률에 근거하여 시행되었던 대학교원 기간임용제를 근본적으로 부정하고 사립대학의 자율성에 터잡은 적법한 행위를 국가기관이 사후에 만든 심사기준에 의하여 재심사함으로써 대학의 자율성을 본질적으로 침해할 뿐만 아니라, 적법하게 형성된 사립대학의 법적 안정성을 전복시켜 헌법의 기본원리인 법치주의를 정면으로 부정하는 것이라고 보았다. 즉 소수의견은 재심 인용결정에 소급적 효력이 인정될 여지가 있고, 이 경우 법적 안정성을 크게 훼손하게 되므로 이 사건 법률 전체가 위헌이라는 결론을 내리고 있다.

그런데 앞서 본 이 사건 법률의 입법과정과 교원의지위향상을위한특별법과의 조문상의 차이 등을 고려하면, 재임용에서 탈락한 교원이 이 사건 구제규정에 따라 재심 인용결정을 받은 경우 곧바로 교원의 지위를 회복하거나 사립학교법인이 위 결정의 취지에 따라 재임용 결정을 해야 할 의무가 발생하는지는 의문이다. 그리고 설령 민사상 불법행위책임을 추궁하더라도 당시 법률에 의한 재임용 거부가 위법한지 의심스럽고, 손해배상청구

25) 법치주의의 원칙상 소급입법은 매우 제한적으로만 허용된다는 것이 헌법재판소의 판례이다.

헌법재판소는, “기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후입법을 통하여 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰 보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이지만, 특단의 사정이 있는 경우, 즉 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다.”(헌법재판소 1989. 3. 17. 88헌마1; 1989. 12. 18. 89헌마32·33 등 참조)거나, “진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로는 일반적으로, 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할 만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우를 들 수 있다.”고 한다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 88).

권은 소멸시효의 완성으로 효력을 상실하였거나 처분권자의 고의, 과실, 위법성 및 손해의 정도 등을 감안하면 그 배상금액도 그다지 많지 않을 것으로 추측된다.

반면에 헌법상 교원지위법정주의가 교원의 신분이 부당하게 박탈되지 않도록 하는 최소한의 보호의무를 부과하고 있고, 이 사건 구제규정은 위 의무를 준수하기 위한 반성적 고려에서 도입되었다는 점, 개선입법을 통한 재임용 탈락 교원들의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청은, 재임용 탈락이 교원의 생계유지의 근간을 흔들며 대학사회 내에서의 사회윤리적인 불승인 또는 비난의 징표를 내포하고 있는 점, 재임용 탈락 후 다른 대학에 임용되는 것이 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 이 사건 구제규정이 청구인의 대학운영에 일부 제한을 가한다고 하더라도 학교법인의 자율성을 심각하게 훼손할 정도라거나 그 이익이 재임용 탈락 교원들의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청을 상회할 정도로 크다고 보기는 어려울 것이다. 이러한 관점에서 보면, 이 사건 구제규정이 사립학교법인의 자율성이나 일반적 행동자유권을 침해하지 않는다고 본 다수의견을 수긍할 수 있다.

#### 4. 이 사건 제소금지조항의 위헌 여부

(1) 헌법 제27조는 모든 국민은 ‘법률에 의한 재판’을 받을 권리를 가진다고 정하고 있는바, 여기서의 법률은 헌법이 정한 절차·내용 등에 부합하는 합헌적인 법률을 말하고, 구체적인 재판청구권의 내용은 입법자에 의하여 법률로 형성되므로, 광범위한 입법재량이 허용된다. 그러나 입법재량이 허용되는 경우라도 완화된 의미에서일지언정 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙은 준수되어야 하고, 재판청구권과 관련하여 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이 아닌 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되어야 하며, 법원에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면에서 적어도 한 차례의 심리검토의 기회는 보장되어야 한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349-350; 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 867; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372 참조).

(2) 이 사건 구제조항의 효력에 대하여 형성적 효력설 또는 재임용 의무

부담설을 취한다면, 교원소청심사특별위원회의 재심결정은 행정청이 공권력의 주체로서 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 행하는 사립학교법인의 권리, 의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 행정소송법상 처분 등의 개념에 포함된다는 것은 분명해 보인다. 확인적 효력설에 의하더라도 재심결정이 그 자체로 사립학교법인에 대하여 어떠한 의무이행을 강제하는 효력은 없지만 적어도 과거의 재임용 거부결정이 위법 또는 부당하였다는 점에 관한 확정력을 가짐으로써 향후 재임용 거부결정의 정당성을 둘러싼 다른 분쟁절차에서 선결문제로서 영향을 미칠 수 있다.

한편, 이 사건 법률안 제4조 제2항<sup>26)</sup>은 특별재심으로, 법원의 판결에 대한 재심청구는 원판결의 관할법원에, 교원징계재심위원회의 결정에 대한 재심청구는 교원소청심사특별위원회에 하도록 규정하고 있었다. 그런데 입법과정에서 법원의 종국판결을 거친 자까지 구제하고자 하는 특별법의 취지상 위 제4조 제2항을 삭제하고 교원소청심사특별위원회에 재심청구를 할 수 있다고 규정하는 것이 바람직하다는 의견이 개진되었고,<sup>27)</sup> 이는 그대로 입법에 반영되었다. 그런데 위와 같은 변경은 과거 법원의 판결에 의하여 확정된 재판에 대하여 교육인적자원부 산하의 하부 행정기관이 손쉽게 번복할 수 있도록 하는 권한을 부여하는 것일 뿐만 아니라 그 결정에 대하여 제소까지 금지함으로써 결과적으로 사립학교법인의 입장에서 법적 안정성이 심각하게 훼손되었다.<sup>28)</sup> 소수의견에서도 이 점을 지적하고 있다.

26) 법안 제4조 ② 민사소송법 제451조의 규정에 의한 법원의 판결에 대한 재심청구는 원판결의 관할 법원에 하며, 교원징계재심위원회의 결정에 대한 재심청구는 제3조의 규정에 의한 위원회에 한다.

27) 천병호, 위 검토보고서, 14면.

28) 이 사건 법률안 제4조 제2항은 단순히 재심청구대상자에 관한 조문이 아니라 재심청구기관에 관한 내용까지 포함하는 조문임에도 불구하고 이를 간과한 채 단순히 법원의 확정판결도 재심의 대상이 된다는 이유로 입법자들은 이를 교원소청심사특별위원회에서 재심을 하면 충분한 것으로 보았다. 이 경우 교원소청심사특별위원회의 재심결정에 대하여 소송으로 다툴 수 있다면 재판청구권제한의 측면에서 별문제가 없겠으나(즉, 당초 법률안에는 제소금지조항이 포함되어 있지 않았고, 교원의지위향상을위한특별법 제7조 이하의 교원징계재심위원회에 관한 규정을 준용한다고만 규정되어 있었다), 이 사건 법률 제9조 제1항의 제소금지조항과 결합하면서 결과적으로 법안과는 달리 법원의 종국판결에 대한 특별위원회의 재심결정에 대하여 사립학교법인의 재판청구권을 박탈하는 것으로 변질되었다.

(3) 헌법재판소는 대학교원 기간임용제가 도입된 이후 재임용에서 탈락된 대학교원에 대한 재임용 탈락결정이 정당한 기준에 의해서 이루어졌는지 여부에 대하여 재심사 기회를 부여함으로써 재임용 탈락자들의 권익을 보호하기 위해서 학교법인의 재판청구권을 일부 제한할 필요성이 있다면서 학교법인에 대한 재판청구권의 제한이 합헌이라고 하였다(헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등), 그러한 경우에도 권리구제를 위한 ‘학교법인의 법원에의 접근’을 완전히 배제하는 것은 이를 정당화할 특별한 사정이 없는 한 허용되지 아니한다고 판례를 변경하였다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌가7등 공보 113, 276 참조).

또한 학교법인에게 재심결정에 불복할 제소권을 부여한다고 하여 이 사건 구제규정이 추구하는 재임용 탈락교원들의 권익 보호에 특별한 장애사유가 생긴다든가 그 권리구제에 공백이 발생하는 것도 아니다. 즉, 학교법인이 재심결정을 다투는 행정소송을 제기하더라도 행정소송법 제23조 제1항에 따라 집행부정지원칙이 적용될 것이므로 재심결정의 효력에는 아무런 영향이 없고, 법원의 재판절차에 의한 재임용 탈락자 권익 보호가 교원소청심사특별위원회의 재심절차를 통하는 경우보다 재임용 탈락자들에게 더 불리하다고 단정할 수도 없기 때문이다.

그렇다면, 교원의지위향상을위한특별법상 재심결정의 효력과 이 사건 법률에 의한 재심결정의 효력이 서로 다르므로 각 법률의 제소금지조항이 사립학교법인에 미치는 영향도 서로 다르기는 하지만, 이 사건 제소금지조항 역시 합리적인 이유 없이 학교법인의 제소권만을 부인함으로써 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되고, 재임용 거부 조치가 부당하였는지 여부에 관하여 교원소청심사특별위원회의 재심결정이 최종적인 것이 되는 결과 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판권능을 법원에 부여한 헌법 제101조 제1항에도 위배될 뿐 아니라(헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 280 참조), 행정처분인 재심결정의 적법 여부에 관하여 대법원을 최종심으로 하는 법원의 심사를 박탈함으로써 헌법 제107조 제2항에도 아울러 위배된다고 한 이 사건 결정을 수긍할 수 있다.

## 5. 이 사건 결정의 의의 및 후속 경과



가. 이 사건 결정 이후 이 사건 법률이 2007. 5. 11. 법률 제8416호로 개정되어, 위헌이 선언되었던 제9조 제1항이 삭제되었다.

나. 그러나 이 사건 법률에 있어서 더욱 중요한 문제는 재심결정에 대한 제소권 여부보다는 재심결정의 효력에 관한 것인데, 당초 제안이유와는 달리 입법과정에서 재심인용결정에 대하여 누구도 책임을 부담하지 않는 것으로 변질되어 교육소청심사특별위원회로부터 재심인용결정을 받았더라도 사립학교법인이 자발적으로 복직 등 후속조치를 취하지 않는 한 실질적으로 재임용 탈락 교원의 권리구제가 이루어지기 어렵다. 이는 후술하는 법원의 하급심 판례에서도 잘 나타난다. 이 점에서 차라리 이 사건 법률 제정 당시 국가 차원의 적절한 보상수단 마련이나 보상금 지급을 위한 국가, 사립학교법인, 그리고 재임용에서 탈락한 교원 3자 간의 합리적인 조정 절차, 세부적인 복직자격이나 복직절차 등을 마련하였더라면 하는 아쉬움이 남는다.

다. 지금까지 사립학교법인이 교육소청심사특별위원회의 재심인용결정을 받은 사립대학의 교원을 바로 복직시킨 사례는 찾아 보기 힘들고, 실제 재심결정을 받은 교원이 신분상으로 또는 경제적으로 어떤 혜택을 얼마나 볼 수 있을지는 법원의 판례가 축적될 때까지 좀 더 시간을 두고 지켜보아야 할 것으로 보인다.

참고로, 이 사건 결정 이후 법원의 하급심 판례의 경향을 살펴 보면, ① 이 사건 법률에 의한 재심인용결정을 받았더라도 이와는 별도로 민사소송을 통하여 재임용 거부에 관한 무효확인을 구할 수 있으며,<sup>29)</sup> 반대로 재심 기각결정을 받고 그 결정이 확정되었더라도 별도로 재임용거부에 대한 무효확인의 민사소송을 제기할 수 있고,<sup>30)</sup> ② 재임용 거부결정이 무효라 하더라도 학교법인은 그 거부결정이 불법행위를 구성한다면 그로 인한 손해배상책임을 부담할 뿐이지, 그 교원과의 재임용계약을 체결할 의무를 지거나 복직의무를 부담하지는 않으며, 종전에 손해배상청구를 하여 패소판결을 받았다면 재임용 거부결정이 개정된 사립학교법에 위반됨을 이유로 한 손해배상청구는 기판력에 저촉되고,<sup>31)</sup> ③ 재심소청심사특별위원회가 재임

29) 광주고등법원 2007. 7. 25. 2005나11809 판결.

30) 대구고등법원 2007. 6. 22. 2006나4459 판결.

용 거부결정에 대한 취소결정을 하였다고 하더라도, 이로써 재임용 거부결정의 부당성이 확인되었다는 정도의 판단은 내릴 수 있을지 몰라도, 나아가 이것만 가지고 곧바로 재임용 거부결정이 위법하다고 단정할 수는 없거나,<sup>32)</sup> 구 사립학교법은 기간임용제 교원의 재임용에 관하여 아무런 구체적인 절차를 규정하고 있지 않았고, 대법원 판례도 사립학교의 교원에 대한 재임용 여부는 사립학교법인의 재량이고 재임용거부로 교수의 신분은 당연 종료되며 재임용에 대한 기대권을 가지지 아니하고 쟁송으로 다툴 방법도 없다는 입장을 확고하게 표명하고 있는 상황이었으므로 사립학교법인에게 그 거부결정의 위법성에 대한 인식이 있었다거나 재임용 탈락 교원이 입게 될 손해에 대한 고의나 과실이 있었다고 보기 어려우므로 사립학교법인에게 손해배상책임을 인정할 수 없다고<sup>33)</sup> 한다.

---

31) 대구고등법원 2007. 5. 25. 2005나3879 판결.

32) 대전지방법원 2006. 11. 22. 2006가합3190 판결.

33) 서울동부지방법원 2007. 6. 21. 2006가합10819 판결; 대구지방법원 2006가단90159 판결도 같은 취지이다.

# 제주특별자치도의 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법안 제15조 제1항 위헌확인

- 지방자치단체구조의 개편과 참정권 -

(헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1190, 판례집 18-1상, 652)

전 종 익\*

## 【판시사항】

1. 일정 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 지방자치단체의 중층구조를 단층화하는 것이 헌법상 지방자치제도의 보장에 위반되는지 여부(소극)
2. 제주도의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하는 것이 제주도민들의 선거권 및 피선거권의 참정권을 침해하는지 여부(소극)
3. 제주도의 지방자치단체인 시·군을 폐지하는 입법을 위해 제주도 전체의 주민투표를 실시한 것이 폐지되는 지방자치단체의 주민인 청구인들의 청구권을 침해하는지 여부(소극)

## 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 제주도 행정체제 등에 관한 특별법(2006. 1. 11. 법률 제7847호, 2006. 7. 1. 시행, 이하 “제주도행정특별법”이라 한다) 제3조 및 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2006. 2. 21.

---

\* 서울대학교 법대교수, 전 헌법연구관

법률 제7849호, 2006. 7. 1. 시행, 이하 “국제자유도시조성특별법”이라 한다) 제15조 제1항, 제2항(위 규정 모두를 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이며 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제주도 행정체제 등에 관한 특별법 제3조 (제주시 등의 폐지) ① 제주도의 제주시·서귀포시·북제주군 및 남제주군을 각각 폐지한다.

② 제주도에에는 지방자치법 제2조 제1항 및 제3조 제2항의 규정에 불구하고 관할구역 안에 지방자치단체인 시와 군을 두지 아니한다.

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제15조 (지방자치단체가 아닌 시 및 읍·면·동의 설치) ① 제주자치도는 지방자치법 제2조 제1항 및 제3조 제2항의 규정에 불구하고 그 관할구역 안에 지방자치단체인 시와 군을 두지 아니한다.

② 제주자치도의 관할구역 안에 지방자치단체가 아닌 시(이하 “행정시”라 한다)를 두고, 행정시에는 도시의 형태를 갖춘 지역에는 동을, 그 밖의 지역에는 읍·면을 둔다.

③ 지방자치법의 규정 중 읍·면·동에 관한 사항은 행정시에 두는 읍·면·동에 대하여 적용한다. 다만, 행정시에 두는 읍·면·동의 폐치·분합은 지방자치법 제4조 제3항의 규정에 불구하고 행정자치부장관의 승인을 요하지 아니하되, 도지사는 그 결과를 행정자치부장관에게 보고하여야 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

제주도지사에 의하여 설치되어 운영 중이던 제주도행정개혁추진위원회는 현행 도와 시·군의 자치계층 유지, 자치단체장 및 지방의원의 직접 선출, 도와 시·군의 기능과 역할 조정을 내용으로 하는 안(“점진적 대안” 또는 “현행유지안”이라고 칭함)과, 도를 하나의 광역자치단체로 개편하고 제주시와 북제주군, 서귀포시와 남제주군을 통합한 2개시 체제구축, 시장 임명, 시·군의회 폐지 및 도의회 확대를 내용으로 하는 안(“혁신적 대안” 또는 “단일광역자치안”이라고 칭함)의 두 가지 안을 주민투표를 거쳐 최종확정할 것을 결의하였다.

이에 따라 제주도지사는 행정자치부장관에게 제주도 전역에서 주민투표를 실시할 것을 건의하였고, 행정자치부장관이 이를 받아들여 다시 제주도지사에게 주민투표 실시를 요구함에 따라 2005. 7. 27. 제주도행정구조개편을 위한 주민투표가 실시되었다. 그 결과 제주도 전체에서 36.7%의 투표율, 그 중 혁신적 대안 57.0%, 현행유지안 43.0%으로 혁신안이 우세하게 나타났다.

이러한 주민투표의 결과에 따라 정부는 혁신안을 내용으로 하는 제주도행정체제등에 관한특별법안과 제주특별자치도설치및국제자유도시조성을위한특별법을 국회에 제출하였고 모두 국회에서 가결되었다.

이에 제주도민 및 기초자치단체 소속 공무원들인 청구인들은 제주시, 서귀포시, 북제주군, 남제주군을 폐지하는 내용의 제주도행정체제등에 관한특별법 제3조 및 제주특별자치도설치및국제자유도시조성을위한특별법 제15조 제1항, 제2항에 의하여 선거권 등을 침해받는다고 주장하며 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 헌법이 보장하는 지방자치제도의 취지와 기능은 행정의 극대화, 지역발전의 촉진, 다원적 민주주의의 실현, 기능적 권력통제라 할 수 있고 이를 위해서는 지방자치단체의 종류가 수평적으로 다양하게 구성되는 것은 물론 수직적으로도 다양한 계층구조로 구성되는 것이 필요하다. 우리나라의 경우 지역주민들은 대개 기초지방자치단체의 지역 범위내에서 생활을 영위하므로 단일 광역지방자치단체 영역내에서도 서로 이해관계를 달리할 수 있고, 광역자치단체만으로는 풀뿌리 민주주의를 실현하기에 충분하지 않다. 따라서 이 사건 법률조항이 제주도지역의 모든 기초자치단체를 폐지하는 것은, 지역주민이 선출한 시장·군수와 주민의사를 대변할 시·군의회를 소멸시킴으로써 해당 지역에 이미 주어졌던 풀뿌리 민주주의의 형성과 발전에 불합리한 침해를 가하는 것으로서 지방자치제도의 제도적 본질을 침해·훼손하는 것이다. 역사적으로도 광역자치단체만이 존속한 경우는 없으므로 오히려 기초지방자치제도가 핵심적인 영역이라 할 수 있다. 외국의

입법례를 보아도 지방자치제도가 제대로 실시되고 있는 나라에서는 광역자치단체의 존재에서는 차이가 있지만 기초지방자치제도는 반드시 유지하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항에 의하여 제주도 주민 전체가 기초지방자치단체 영역에서 참정권이 박탈되는 등 피해가 크고, 기초자치단체의 폐지에 대해서는 당해 시·군을 단위로 주민투표를 실시하여 스스로 자기결정을 내리도록 하는 것이 적절한 절차가 될 수 있으며, 이미 행해진 제주도 단위의 주민투표에 비하여 소요되는 비용과 행정적 부담에 거의 차이가 없음에도 불구하고 입법절차로서 당해 시·군별로 주민투표를 실시하지 않은 것은 적법절차의 원칙에 위반된다.

(3) 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들은 해당 기초단체의 장이나 의회의원 직에 대한 선거권과 피선거권을 전면적으로 박탈당함에도 불구하고, 행정의 효율성 제고, 제주도 행정조직의 자율성 보장 등 정당한 입법목적 발견할 수 없으며 국제자유도시의 건설·발전을 위해서는 오히려 기초자치단체에게 고도의 자치권을 부여하는 것이 바람직하다는 점에서 과잉금지 원칙과 본질적 내용 침해원칙에 위반된다. 또한 청구인들은 위와 같은 불합리한 이유로 말미암아 제주도 이외의 다른 지역의 주민들에 비하여 차별을 받게 되므로 평등권을 침해받으며, 나아가 행복추구권 및 인간다운 생활권을 침해받는다.

#### 나. 제주도지사 및 행정자치부장관의 의견요지

(1) 헌법상 지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것일 뿐 특정자치단체의 존속을 보장한다는 것은 아니다. 우리 헌법상 지방자치단체의 종류와 계층구조에 관하여 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여되어 있고, 제주도의 자연적, 사회적, 행정적 특성 등을 고려하면 이 사건 법률조항이 자의적으로 위헌적인 입법이라 볼 수 없다. 외국의 경우 지방자치단체의 종류와 형태는 나라마다 다르고 한 나라안에서도 지역에 따라 다른 것은 지역적, 사회적, 문화적 상황을 고려하여 입법하였기 때문이다. 우리의 입법연혁을 보더라도 지역에 따라 지방자치단체의 계층구조를 달리하고 있다.

(2) 지방자치법상 주민투표의 실시여부는 중앙행정기관장의 재량에 속하는 사항이다. 이 사건 법률조항에 의한 기초자치단체의 폐지와 함께 종전의 광역자치단체인 제주도도 같이 폐지되고 이들은 제주도 전체의 행정구조개편과 관련된 문제이므로 그 전체에서 주민투표가 실시되었다 하더라도 적법절차원칙에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(3) 이 사건 법률조항은 청구인들의 참정권을 직접적으로 제약하는 것이 아니며 지방자치에 관한 제도의 변경으로 인하여 청구인들이 간접적, 반사적으로 영향을 받고 있을 뿐이다. 설사 참정권이 제한된다 하더라도 제주도를 단일 광역자치체제로 개편하는 것은 예산절감을 통해 지역경쟁력을 제고하고, 도시계획·교통·상수도·환경문제 등 광역행정 수행상 애로를 해소하여 지역간 균형발전을 도모하기 위한 것으로 헌법상 가치질서에 위배되거나 그 필요성에 대한 국회의 판단이 명백히 잘못된 것으로 볼 수 없으므로 합리적인 범위안의 입법이라 할 수 있다. 또한 이 사건 법률조항이 제주지역 주민들과 제주이외 지역의 주민들을 구분하는 것에 합리적 근거가 있는 것이다.

### **【결정요지】**

1. 헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. 헌법상 지방자치제도보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이므로, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다. 같은 이유로 일정구역에 한하여 당해 지역 내의 지방자치단체인 시·군을 모두 폐지하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것이다.

2. 제주국제자유도시 조성은 단순한 산업발전을 위한 정책을 넘어 사람·상품·자본의 국제적 이동과 기업활동의 편의가 최대한 보장되도록 규제를

완화하고 국제적 기준이 적용되는 지역적 단위를 설정하는 것이다(국제자유도시조성특별법 제2조). 이를 위해서는 기존의 법령을 개정하여 새로운 기준을 설정하는 것뿐 아니라 도시계획·교통·상하수도·주택 등 기반시설의 확충과 광범위한 개발계획의 시행이 이루어져야 한다. 1도·2시·2군의 기존 제주도 행정체계로는 이와 같은 새로운 행정수요를 충족시키기 어렵다. 지방자치단체간 재정력 격차로 인한 지역간 불균형이 발생하기 쉽고, 기초자치단체와 광역자치단체의 중층행정계층에 따른 결재단계 등으로 의사결정 비용이 크며, 업무상 갈등으로 말미암아 일관된 행정이 이루어지지 않을 가능성이 상존하기 때문이다. 따라서 새로운 행정수요에 따른 지방행정구조개편이 필요하며 이 사건 법률조항으로 자치단체인 시·군을 폐지하여 행정의 효율화를 달성하고 국제자유도시의 조성을 도모하려는 입법자의 판단이 부정확한 사실인식과 불합리한 예측을 근거로 한 것이라 할 수는 없다.

게다가 비록 기초자치단체의 폐지로 말미암아 주민들의 자치단체구성에 대한 참여기회가 일부 상실되었다 하더라도 그에 대한 보완책으로 광역자치단체 수준의 참여권이 확대되었고, 제주도가 중앙정부의 규율로부터 벗어나 폭넓은 자치권을 가지게 됨에 따라 실질적으로 주민들이 지역행정에 참여하여 영향을 미칠 수 있는 범위가 확대되었으므로, 주민들의 민주적 요구를 수용하는 지방자치제의 기능이 예전에 비하여 축소되었다고 볼 수도 없다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 참정권인 선거권과 공무담임권이 제한된다 하더라도 그것이 현저히 자의적이고 불합리하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

3. 주민투표의 투표대상인 혁신적 대안은 단순히 4개 시·군을 폐지하는 것뿐 아니라 기존의 자치단체인 제주도를 폐지하고 새로운 제주특별자치도를 설치하며 그 권한과 사무의 확대, 의회규모 확대 등 완전히 새로운 행정체계를 구축하는 것을 포함하고 있다. 나아가 폐지될 시·군 주민 전체가 제주도민 전체이기도 한 점에서 제주도에 의하여 투표가 실시된다 하여도 투표의 실질에 있어 차이가 없고, 제주도 전역에서 투표가 행해진다 하더라도 투표결과 집계를 통해 전체 주민의 찬반비율 뿐 아니라 개별 지역별 찬반비율 역시 확인할 수 있으므로 폐지되는 자치단체 주민들의 의사를



확인한다는 기능적인 면에서도 차이가 없다.

또한 자치단체의 폐지에 대한 이해관계자들의 참여 즉, 의견개진의 기회 부여는 문제가 된 사항의 본질적 내용과 그 근거에 관하여 이해관계인에게 고지하고 그에 관한 의견의 진술기회를 부여함으로써 그 진술된 의견이 국회에 입법자료를 제공하는 기능을 하도록 하면 족하며, 입법자가 그 의견에 반드시 구속되는 것으로 볼 수는 없다.

따라서 제주도 전역에서 행해진 주민투표절차에 의하여 청구인들의 청문권이 침해되었다고 볼 수 없다.

## 【해설】

### 1. 적법요건의 검토

#### 가. 기본권 침해의 자기관련성, 현재성

청구인들은 모두 제주도민, 산하 기초자치단체의 장 또는 의회의 의장, 의원 및 소속 공무원들이다. 이들은 이 사건 법률조항에 의하여 제주도내의 제주시, 서귀포시, 북제주군 및 남제주군이 모두 폐지됨에 따라 기초자치단체선거에 입후보하는 것이 불가능하게 되거나 선거에 참여할 수 없게 되어 이들 기초자치단체에 관한 선거권과 피선거권 등 기본권을 직접 제한 받게 된다.

이와 같이 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항이 청구인들의 선거권과 피선거권 등 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이고 비록 그 시행시기가 2006. 7. 1.이기는 하나 침해가 당연히 예정되어 있는 점에서 침해의 현재성이 인정될 수 있다.

#### 나. 보충성, 직접성, 청구기간

법률을 직접 대상으로 하고 있고 기본권 제한에 달리 구체적인 집행행위가 필요없으므로 직접성 및 보충성의 요건 역시 충족된다. 청구기간도 아직 이 사건 법률조항이 시행중인 점에서 문제가 없다.

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 적법요건을 모두 구비한 것으로 판단된다.

## 2. 외국의 입법례<sup>1)</sup>

### 가. 영국

영국은 잉글랜드(England), 웨일즈(Wales), 스코틀랜드(Scotland), 북아일랜드(Northern Ireland)로 구성된 국가로서 지역간에 독자적인 제도를 운영하므로 연방국가적인 성격을 가지고 있다. 지방자치단체들은 중앙정부가 아닌 웨일즈, 스코틀랜드 등의 지역별 특별기구하에 위치하며 이러한 특별기구들은 의회와 집행기구로 구성되어 있다.

지방자치단체의 계층구조는 지역마다 다르다. 잉글랜드의 경우 대도시권은 자치단체인 Borough의 밑에 비자치단체인 Parish(Town)이 위치하는 구조로 되어 있고, 비대도시권은 자치단체가 두단계인 'County - District'로 되어 있으며 그 밑에 비자치단체인 Parish(Town)가 있다. 웨일즈나 스코틀랜드는 우리의 도에 해당하는 Unitary Authority만이 자치단체이며 그 밑의 Community는 비자치단체이다. 북아일랜드의 경우에는 자치단체인 District의 단일구조로 되어 있다.

### 나. 미국

50개의 주로 구성된 연방국가인 미국은 각주마다 지방자치단체 혹은 지방정부(local government)의 종류, 권한, 유형이 다르다. 대체로 주정부는 일부지역을 제외하고 County라는 광역지방정부로 나뉘어 있으며 그 정부형태는 위원회형, 의회-임명행정관형, 의회-민선행정관형의 세가지로 나눌 수 있다. County 밑에는 역사적 지역적 전통에 따라 City, Borough, Town, Township 등의 다양한 지방자치정부가 존재하며, 정부형태는 대체로 선출시장-의회형, 위원회형, 의회-임명행정관형, 전체회의형의 4가지로 나눌 수 있다.

법적으로 지방자치단체는 주정부의 창조물이며 주가 명시적으로 부여한 권한이나 그러한 권한에 필연적으로 함축되어 있는 권한만을 행사한다(1868, Iwoa 대법원). 지방자치단체의 기능과 권한은 주헌법 및 자치헌장(charter)에 의하여 부여되며, 자치헌장은 주의회에서 특별법을 제정하거나

1) 행정자치부, 선진외국의 지방자치제도(I, II), 2000 정리.

주정부가 제시한 현장을 주민투표에 의하여 결정 또는 자치단체가 스스로 현장을 제정하고 이를 주정부가 승인하는 등 여러 가지 방식에 의하여 설정된다.

#### 다. 독일

독일은 16개 주(Land)로 구성되어 있는 연방국가로서, 연방헌법 제28조는 각주의 헌법적 질서에 대하여 “주와 Landkreis 그리고 Gemeinde에 주민이 보통·직접·자유 그리고 비밀 선거에 의하여 선출한 의회를 두어야 하며 Gemeinde에서는 주민총회가 주민에 의해 선출된 기구를 대신할 수 있다(제1항)”고 규정하고 “Gemeinde에서는 지역공동체와 관련된 모든 사무를 법률의 범위내에서 그 스스로의 책임하에 규율할 권리가 있다(제2항 제1문)”고 규정하여 지방자치단체의 종류와 그 구성에 대하여 명시하고 있다.

이와 같이 지방자치단체의 계층구조는 기본적으로 ‘주(Land) - Landkreis - Gemeinde’로 구성되어 있으나, 자치시(Kreisfreie Stadt)의 경우 주 밑에 단일계층으로 존재한다. 그밖에 베를린, 함부르크 등은 도시주로서 연방정부의 바로 밑에 위치한다. 주는 법률로 이와 같은 자치단체를 통폐합하여 재편성할 수 있는 권한을 가진다. 실제로 일련의 구조개혁에 따라 1968년에 약 24,000개의 게마인데와 425개의 크라이스가 있었는데, 1978년에는 약 8,500개의 게마인데와 235개의 크라이스로 축소되었다.<sup>2)</sup>

#### 라. 일본

일본헌법 제92조는 지방자치단체의 조직 및 운영에 관한 사항을 법률로 정하도록 하고 있다. 지방자치법에 의하면 지방자치단체에는 보통지방자치단체와 특별지방자치단체가 있고 전자는 광역자치단체로 都·道·府·縣<sup>3)</sup>, 기초자치단체로 市·町·村으로 구성되며, 후자에는 특별구, 지방공공단체의 조합, 재산구, 지방개발사업단 등이 있다(제1조의 3).

보통지방자치단체의 지역은 종래부터 존재하던 구역에 의하되 都·道·府·縣은 市·町·村을 포함한다(지방자치법 제5조). 都·道·府·縣의 폐치·분합 또

2) K Waecher, Kommunalrecht, RN 570

3) 일본에는 北海道, 東京都, 大阪府, 京都府, 43개의 縣이 존재한다.

는 경계변경은 법률로 정한다. 市·町·村의 폐지·분합 또는 경계변경은 관계 市·町·村의 신청에 의하여 都·道·府·縣 知事が 해당 의회의 의결을 경유하여 정하며, 총리대신과의 협의를 통해 동의를 받아야 한다(같은 법 제6조 제1항, 제7조 제1항, 제2항).

다만 하나의 지방자치단체에만 적용되는 특별법은 법률이 정하는 바에 따라 그 지방공공단체의 주민의 투표에 있어서 그 과반수의 동의를 얻지 못하면 제정할 수 없다(헌법 제95조).

#### 마. 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 지방자치제도는 각국마다 역사적 전통에 따라 각기 다른 제도를 가지고 있고, 한 나라안에서도 지역에 따라 자치단체의 종류 및 행정의 단계 등이 통일되어 있지 않다. 그럼에도 불구하고 헌법 등에 명시되어 있지 않은 경우 지방자치단체의 종류와 설정, 폐지 등의 사항은 입법부에 의하여 법률로서 정할 수 있는 것이 일반적이라 할 수 있다.

### 3. 제주도 관련 입법의 경과와 내용

#### 가. 제주도개발계획<sup>4)</sup>과 특별입법

(1) 제주도에 대한 개발계획은 제주도에 자유항 등의 조성 가능성 여부를 검토한 ‘제주도자유지역설정구상(1963)’에서 시작되었다. 이후 건설부가 수립한 제1차 국토종합개발계획의 권역별 계획으로 ‘제주도종합개발계획(1971)’이 수립되었고, 이에 따라 중문관광단지 개발이 착수되었다. 국제수준의 관광지를 조성한다는 목표아래 ‘제주도관광종합개발계획(1973)’이 수립되기도 하였다.

이와 같이 관광지로서의 개발을 위한 구상의 연장선에서 1991. 12. 31. 법률 제4485호 ‘제주개발특별법’이 제정되었다. 이 법은 제주도에 대한 관광수요가 급격히 증가함에 따라 부족한 관광기반시설을 확충하여 제주도를 국제적인 관광휴양지로 육성함과 동시에 도민의 생활환경개선과 지역경제

4) 이하 제주도개발계획의 연혁은 제주도, 제주국제자유도시종합계획, 2002, 13쪽을 정리한 것임.

의 활성화를 도모하기 위하여 만들어진 것이다.<sup>5)</sup> 이 법은 도지사로 하여금 제주도종합개발계획을 수립하고(제5조), 시장·군수가 분야별 실시계획을 수립하며(제8조), 그에 따라 개발사업을 시행하고자 하는 경우 시행을 승인받으면 다른 법에 의한 각종 인·허가 등을 받은 것으로 의제(제15조 제1항)하는 등 개발의 편의를 도모하는 것을 내용으로 하고 있었다. 그밖에 많은 개발재원의 마련과 산업진흥을 위한 특별규정을 두었다. 이 법에 의하여 ‘제주도종합개발계획(1994)’이 수립되었다.

(2) 한편 ‘제주경제발전계획(1999)’이 수립되면서 국제자유도시 구상과 그 실현을 위한 산업경제 정책이 제시되었고, 2002. 1. 26. 법률 제6643호로 제주도개발특별법이 전면적으로 개정되면서 법명칭이 ‘제주국제자유도시특별법’으로 변경되었다. 이 법은 종래 제주도지사로 하여금 종합계획을 수립하도록 하고 인허가의 특례를 인정하던 것에 더하여, 국무총리 소속으로 제주국제자유도시추진위원회를 두고(제10조), 외국인이 제주도에 체류하는 경우 사증없이 입국할 수 있도록 하며(제14조) 외국어로 작성된 공문서를 접수·처리하면서 외국어 서비스를 제공하도록 하는(제20조) 등 외국인의 자유왕래와 의사소통의 촉진을 위한 조치를 취하도록 하였다. 또한 외국대학 등 외국인 학교 설립, 운영, 입학 등에 대한 특례(제6장), 제주도첨단과학기술단지의 조성(제41조), 제주투자진흥지구 지정(제42조) 등 산업발전을 위한 많은 특례를 인정하였다.

(3) 위 법률에 따라 만들어진 ‘제주국제자유도시종합계획(2002)’에서 지방행정체계정비의 하나로서 특별자치제도를 도입할 필요성과 대안으로 1도 2시 2군 체제를 유지하되 자치단체 간 사무배분을 조정하는 안과 시장군수 임명제 내지 시·군을 폐지하는 안 등 4가지 안이 제시되었다.

이에 따라 제주도지사는 제주도행정개혁추진위원회를 설치하고 행정체계정비에 관한 연구를 실시하여 최종적으로 점진적 대안과 혁신적 대안을 확정하였으며, 2005. 7. 27. 제주도행정구조개편을 위한 주민투표를 실시하여 혁신안이 우세하게 나타났다.

이러한 주민투표의 결과에 따라 혁신안을 내용으로 하는 제주도행정체

5) 제주도개발특별법은 2001. 12. 31.까지 한시적으로 효력을 가지도록 되어 있었으나 2000. 1. 28. 법률 제6249호로 개정되어 2011. 12. 31.까지 효력이 연장되었다.

제등에관한특별법이 제정되었고 그와 함께 제주국제자유도시특별법을 폐지하고 제주특별자치도설치및국제자유도시조성을위한특별법을 제정하였다.<sup>6)</sup>

### 나. 제주도 관련 특별입법 개요

(1) 제주도행정특별법에 의하면 제주도는 정부의 직할하에 있게 되며(제2조) 지방자치단체인 시와 군이 모두 폐지되는 대신 행정시가 설치되고 그 중 도시의 형태를 갖춘 지역에는 동을 그 밖의 지역에는 읍·면을 두게 된다(제3조, 제4조). 행정시의 시장은 제주도지사가 임명하며 임기 2년으로 연임할 수 있고(제6조 제1항, 제2항) 행정시의 행정기구는 조례로 정하되 다만, 읍·면·동에는 주민자치센터를 설치하고 주민자치위원회를 두어 주민 자치에 관한 사항을 처리하도록 하여야 한다(제10조, 제11조).

위 법률은 이와 같은 행정체제의 개편에 따른 불이익이 발생하지 않도록 폐지되는 시·군이 누리던 행정상 또는 재정상의 이익이 상실되거나 그 지역주민에게 새로운 부담이 추가되어서는 안된다고 선언하였고(제15조), 경과조치로서 시행 당시 폐지시·군에 설치된 읍·면·동은 각각 위 법률에 의하여 설치되는 행정시의 읍·면·동으로 보고, 그 기관 또는 시설에 소속된 직원은 제주도 소속의 직원이 되도록 하였다(부칙 제4조 제2항, 제3항). 또한 그 사무와 재산은 제주도가 모두 승계하며 그 시장·군수나 소속 기관의 장의 행위나 그에 대한 신청·신고 등의 행위는 모두 제주도지사나 그 소속 기관의 장의 행위와 그에 대한 행위로 보도록 하고, 종래 존재하던 조례·규칙도 그대로 유지되도록 하여(부칙 제4조 제4항, 제5항, 제6항) 업무의 연속성을 유지하였다.

(2) 한편 제주특별자치도설치및국제자유도시조성을위한특별법의 경우 제주도를 폐지하고 제주특별자치도를 설치하면서(제10조 제1항) 기존의 개발을 위한 각종 제도뿐 아니라, 중앙행정기관에 대한 법률안 제출권(제9조), 주민투표의 확대, 주민의 조례제정·개폐 청구(제23조, 제24조), 주민소환제(제25조)를 도입하였고, 자체적인 직군·직렬 통합신설 및 직위분류(제49조, 제51조), 개방형직위의 도입(제50조 제5항), 인건비 예산에 관한 특례(제52조)를 통해 인사제도 및 운영의 자율성을 향상시키는 등 자치인사권을 확

6) 지방자치법 역시 위 법률들의 내용을 반영하기 위하여 개정되었다.

대하였다. 지방재정과 지방교육에 관하여도 특례를 두고 자치경찰을 설치하는 등 자치분권을 강화하였다.

게다가 외국교육기관의 설립대상을 대학뿐 아니라 초·중등과정으로 확대하고 초·중등학교 운영에 독자성을 부여하였으며(제182조, 제183조, 제186조), 외국인 법인에 대한 의료기관 개설에 관한 사항을 도조례로 정하도록 하는 등(제192조) 국제자유도시의 여건을 조성하기 위한 제도를 도입하였다. 그밖에 환경, 교통, 보건복지 분야의 많은 사항을 도지사의 권한으로 이양하고 조례로 정하도록 함으로써 자율적인 행정이 가능하도록 하고 있다.

따라서 제주특별자치도는 인사·교육·치안·환경 등 거의 모든 분야에서 중앙정부의 규율로부터 벗어나 제주의 특성에 따른 폭넓은 자치권을 가지게 되었으며 더불어 주민들의 도행정에 대한 참여 역시 널리 인정될 수 있도록 제도가 마련되었다고 할 수 있다.

#### 4. 본안의 검토

##### 가. 침해되는 기본권과 심사기준

(1) 이 사건 법률조항에 의하면 제주도의 제주시·서귀포시·북제주군 및 남제주군이 폐지되며 그 관할구역 안에 지방자치단체가 아닌 시가 설치되므로 당해 지역의 지방자치단체는 특별자치도인 제주도만이 존재하게 된다. 따라서 제주도민인 청구인들은 지방자치단체인 시와 군의 장 및 의회 의원선거에 후보자로 출마하거나 선거에 참여하여 투표할 수 없게 되므로 그러한 범위에서 헌법상의 기본권인 선거권과 공무담임권을 제한받는다고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 또한 제주도가 아닌 다른 지역의 경우 시·도 뿐 아니라 시·

7) 지방자치단체의 장 및 지방의회의원에 대한 선거권과 피선거권이 헌법상 보장된 기본권인지 여부에 대하여 다른 의견이 있을 수 있다. 실제로 독일의 경우 독일 기본법 제93조 제1항 제4호의 a가 연방의회 의원의 선거와 관련된 개인의 권리(기본법 제38조)의 침해는 헌법소원심판의 대상으로 규정하고 있으나 지방의 각 주의 대표기관 구성에 관한 개인의 권리(기본법 제28조)의 침해에 대하여는 규정하고 있지 않고 있어, 개인은 지방선거와 관련하여 선거 또는 피선거권의 제한을 연방헌법재판소에서 헌법소원심판으로 다룰 수 없다. 우리의 경우에도 헌법이 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 하고 있으므로, 이러한 권리들을 지방자치제도의 도입으로 인해 반사적으로 부여되는 법률상의 권리로 볼 여지도 있다. 실

군 및 구의 경우에도 자치단체로서 의회의 의원과 그 장을 주민들이 직접 선거에 의해 선출할 수 있는데 비하여 제주도민들인 청구인들은 선거권 및 피선거권이 제약되는 불이익을 받으므로 평등권 역시 제한된다고 할 수 있다.

그밖에 청구인들은 적법절차원칙의 위반을 주장하나 이는 부적절한 절차에 의하여 입법이 이루어짐으로써 헌법상 보장되는 청문권을 침해받았다는 주장으로 볼 수 있다.

그 외에도 청구인들은 행복추구권 및 인간다운 생활권의 침해를 주장하나 제주도 지역의 지방자치제도의 개혁이 청구인들의 개별적인 행복추구 및 인간다운 생활의 향유와 관련되어 있다고 볼 여지가 없다. 게다가 이러한 기본권들은 보충적인 성격을 가지는 것으로 선거권 및 피선거권, 평등권 등의 제한이 인정되는 이상 별도로 판단할 필요는 없는 것으로 판단된다.

(2) 공무담임권·선거권 등 참정권은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단이라는 점에서 중요한 기본권 중의 하나이므로, 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 헌법의 민주적 가치질서를 직접적으로 침해하게

제로 다수의견은 아니나 헌법재판소 결정례를 보면 헌법 제118조 제2항이 지방의회 의원의 '선거'와 지방자치단체의 장의 '선임'을 구별하고 있음을 근거로 지방의회 의원선거권은 기본권으로 볼 수 있으나 단체장의 직접선거권은 헌법상 보장된 기본권으로 볼 수 없다는 견해(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 272-275, 재판관 조규광, 김진우의 보충의견)도 존재하였다.

그러나 지방의회 또는 지방자치단체장의 선거와 관련된 많은 사건에서 피선거권의 제한 또는 선거권의 제한을 모두 기본권제한으로 보고 판단하였으므로(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 63 지방의회의원 입후보제한, 겸직금지; 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 지방의회의원 선거 출마자 기탁금제도; 헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687 지방의회의원 선거 출마자 기탁금제도; 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 지방의회의원 입후보 제한, 겸직금지; 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 지방자치단체장 피선거권의 요건으로 90일 이상 관할구역 주민등록 요구; 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 시도지사 선거 출마자 기탁금 제도; 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 선거권 연령제한; 1999. 11. 25. 99헌마28, 판례집 11-2, 543, 기초의회의원 출마자 정당표방금지) 지방자치단체의 장 또는 의회의원에 대한 선거권과 피선거권을 기본권으로 보는 것은 판례의 확립된 입장이라 할 수 있다.



될 위험성이 크기 때문에 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 한다(헌재 1991. 3. 11. 선고, 91헌마21, 판례집 3, 91, 104 ;헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 738 참조). 따라서 원칙적으로 선거권과 피선거권의 침해여부에 대한 판단은 헌법 제37조 제2항에 의하여 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추었는지 여부에 의하여 엄격하게 판단되어야 한다.

그러나 참정권이 문제되는 경우라 하더라도 언제나 이와 같이 엄격한 기준에 의하여 판단하여야 하는 것은 아니며 일정한 사유가 존재하는 경우 입법자의 입법재량이 인정될 수 있다. 헌법재판소는 지방선거를 포함한 공직선거에 입후보하고자 하는 자로 하여금 선거일 전 90일까지 공무원직을 그만두도록 하고 있는 공직선거법 규정에 대한 판단에서 어느 시점까지 공직을 그만두도록 하는 것이 합리적인가 하는 문제는 기본적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이라고 하였고(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 474) 기초의회의원선거에서의 기탁금액은 공익목적과 기본권 제한사이에 균형과 조화를 이루는 선에서 입법자가 광범위한 입법형성권에 의하여 합리적으로 결정하여야 한다고 판시하였다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687, 697). 지방자치단체장의 피선거권 자격요건으로 90일 이상 관할구역 내에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 공직선거법 규정에 대한 판단에서 지방의회의원이나 지방자치단체장의 피선거권은 지방자치제도가 가지는 특성을 감안하여 입법형성권을 가지는 입법자가 결정하여야 할 입법재량의 영역이라고 보았고(헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 558), 선거권연령의 구분은 입법자에게 위임된 사항으로서 보통선거의 취지에 따라 합목적적으로 정해져야 하는 것이고 자의적 입법이 헌법상 허용될 수 없다고 판시하였다(헌재 1997. 6. 26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674, 680).<sup>8)</sup> 특히 기초의회의원선거 후보자의 정당표방 금지 여부

8) 그와 함께 헌법재판소는 “대의민주제에서 선거권행사에 요구되는 최소한의 정치적 판단능력의 수준과, 또 일정 연령집단의 정치적 판단능력의 보편적 수준을 계측할 객관적 기준과 방법이 없다. 그리고 이러한 사항의 판단에 관하여 우리 재판소가 입법자보다 고도의 전문적 식견을 가지고 있는 것도 아니다.”라고 덧붙이고 있다.

는 헌법이 정당을 보호하는 한편 지방자치 또한 제도적으로 보장하고 있는 점, 우리의 정치문화와 지방자치에 대한 국민의식 등 제반사정을 헤아린 입법재량의 영역에 속하는 것이므로 이러한 입법형성은 그 한계를 벗어난 것으로 인정되지 않는 한 위헌으로 판단할 성질의 것이 아니라고 하면서 지방자치제도의 특성을 고려하여 판단하고 있다(헌재 1999. 11. 25. 99헌바 28, 판례집 11-2, 543, 550).<sup>9)</sup>

(3) 헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다고 규정할 뿐 단층 또는 복층구조여부 또는 몇 층의 복층구조로 구성되어야 하는지에 관해서는 직접 규정하고 있지 않고, 보장되는 지방자치단체의 종류도 명시하고 있지 않으므로 지방자치단체의 종류는 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다.<sup>10)</sup> 또한 지방자치제도의 보장은 특정 지방자치단체의 구역의 존속보장을 목적으로 하지는 않으므로 지방자치단체의 폐치·분합이 가능하다. 우리 재판소도 지방자치단체의 폐치·분합이 헌법상 가능함을 전제로 하여 ‘자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것뿐이고 특정자치단체의 존속을 보장한다는 것은 아니며 지방자치단체의 폐치·분합에 있어 지방자치권의 존중은 법정절차의 준수로 족하다’고 판단하였다(헌재 1995. 3. 23. 94헌마175, 판례집 7-1, 438, 452).

이와 같이 현행법에 따른 중층구조 또는 현재 존재하는 기초지방자치단체의 계속적 존속이 지방자치제도의 핵심영역 내지 본질적 부분이 아니라면 이를 변경하는 것은 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 볼 수 있고, 일정구역에 관해 광역과 기초의 모든 자치단체를 전면적으로 폐치하거나 기초지방자치단체가 수행해온 자치사무를 국가의 사무로 이관하는 것이 아니라 당해 지역 내의 기초지방자치단체를 모두 폐치하여 중층구조를 단층화하는 것 역시 입법자의 선택범위에 들어가는 것으로 보아야 한다.

이와 같이 자치단체의 구조에 대한 개편을 입법자의 형성에 맡긴 헌법규

9) 99헌바28결정은 공무담임권과 선거운동의 자유를 중심으로 하여 합헌결정을 하였으나 이후 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4 결정(판례집 15-1, 7)에서는 정치적 표현의 자유에 대한 침해로 보아 엄격하게 심사하여 위헌결정을 함으로써 판례를 변경하였다.

10) 홍정선 지방자치법학 제2판, 2002. 33-34쪽.

정의 취지에 의하면, 이 사건 법률조항에 의한 청구인들의 참정권과 평등권 등 기본권이 제한된다하더라도 이것이 제주도 지역에서 중층으로 구성된 지방자치단체를 단층화하는 제도의 개편에 의하여 발생한 결과적인 것이라는 점에서, 그 위헌성 판단은 일반적인 참정권침해의 판단과는 달리 입법자의 판단이 현저히 자의적이어서 기본권 제한의 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 하는 것으로 보아야 한다.

### 나. 선거권, 피선거권 및 평등권의 침해여부

(1) 제주도는 지형학적으로 중국, 대한, 일본의 주요도시들과 인접해 있어 동북아시아 지역의 중심이라는 전략적 위치에 있으며, 뛰어난 자연환경 및 기후조건과 함께 국제수준의 편의시설 등을 갖추어 관광산업 등의 발전에 좋은 입지조건을 가지고 있다. 또한 도서지역으로서 국내 다른 지역과는 차별화된 법령 및 계획의 적용이 가능한 특성이 있다. 이러한 제주도의 지역적, 인문적 특성에 맞는 발전을 위해, 종래 많은 개발계획이 만들어졌고, 그 연장선에서 제주도를 국제적인 관광·휴양도시, 첨단지식산업도시 등의 복합적인 기능을 갖춘 국제자유도시로 육성·발전시키기 위한 구상이 이루어졌다. 이 사건 법률조항은 이와 같은 국제자유도시종합계획을 효율적으로 추진하기 위하여 행정체제를 개편하는 규정의 하나이다.

국가가 제주도 발전을 위한 계획을 세우고 이를 실행하는 것은 국토와 자원의 균형있는 개발과 이용을 위해 필요한 계획을 세우고 지역간의 균형 있는 발전을 위하여 지역경제를 육성하는 헌법상의 임무(헌법 제120조 제2항, 제123조 제2항)를 수행하는 것이므로 공공복리를 위한 정당한 목적이 있는 것이라 할 수 있다.

(2) 제주국제자유도시 조성은 단순한 산업정책을 넘어 사람·상품·자본의 국제적 이동과 기업활동의 편의가 최대한 보장되도록 규제를 완화하고 국제적 기준이 적용되는 지역적 단위를 설정하는 것이다(국제자유도시특별법 제2조). 이를 위해서는 기존의 법령을 정리하여 새로운 기준을 설정하는 것뿐 아니라 도시계획·교통·상하수도·주택 등 기반시설의 확충과 함께 광범위한 산업정책적 개발계획의 시행이 이루어져야 한다. 특히 국제기준에 맞는 각종 규제법령의 혁신을 위해서 무엇보다 제주도 전역에 걸친 일관된

해석과 적용으로 통일된 규범이 적용될 것이 요구되며, 각종 개발사업 역시 균형있고 효율적인 시행을 위해서는 제주도 전체를 포괄하는 통합정책 하에서 이루어지지 않으면 안된다.

1도·2시·2군의 기존 제주도 행정체계는 일제시대의 2군(북제주군과 남제주군)을 토대로 하여 1955년 제주시, 1981년 서귀포시가 설치된 것으로서 이러한 체계로는 위와 같은 새로운 행정수요를 충족시키기 어렵다. 지방자치단체간 재정력 격차로 인한 지역간 불균형이 발생하기 쉽고, 기초자치단체와 광역자치단체의 두단계 행정계층에 따른 많은 결재단계 등으로 의사결정비용이 크며, 업무상 갈등으로 말미암아 일관된 행정의 이루어지지 않을 가능성이 상존하기 때문이다. 따라서 새로운 행정수요에 따른 지방행정구조에 대한 개편이 필요하게 된다.

제주국제자유도시종합계획은 이를 위해 기존의 자치단체들을 유지하면서 상호 기능과 역할 및 구역을 개편·조정하는 방법과 단일광역자치구역을 설정하여 단층구조의 지방자치제를 구현하는 두가지의 방안을 제시하였다. 이 중 전자의 방법만이 행정의 효율화 등 문제를 해결할 수 있다고 보기는 어렵다. 따라서 행정구조개편의 필요성에 따라 후자의 방안에 따라 기초자치단체를 폐지하는 이 사건 법률조항으로 행정의 효율화를 달성하고 나아가 국제자유도시의 조성을 도모하려는 입법자의 판단이 부정확한 사실인식과 불합리한 예측을 근거로 한 것이라 할 수는 없다.

(3) 이 사건 법률조항에 의하여 시·군·구의 기초자치단체가 폐지되고 행정시가 설치되면 해당 지역의 지방의회가 해산되고 지역주민에 의하여 선출되는 자치단체장 대신 임명직 시장이 행정을 담당하게 되므로 주민들의 자치단체구성에 대한 참여기회가 사라지게 된다. 게다가 행정구역이 주민들의 생활권을 넘어 광역화되어 동일한 이해관계를 바탕으로 일상생활에서 발생하는 요구를 충족시키기 위한 주민들의 적극적인 참여가 어렵게 된다. 따라서 이 사건 법률조항이 주민에 의하여 직접적이고 구체적인 민주적 의사를 정책의 수립과 실행에 반영하는 계기인 지방자치제의 민주주의적 기능<sup>11)</sup>을 일부 훼손하는 것은 사실이다.

그러나 한편 이와 같은 민주주의적 기능의 훼손에 대한 보완책으로, 입

11) 오동석, 지방자치의 제도적 보장은 비판, 공법연구 제29집 제1호, 232-233쪽.

법자는 제주도의회의 의원정수에 대한 특례를 두어 조례에 의한 의원수확대가 가능하게 하였고(제주도행정특별법 제12조) 다른 지방자치단체와는 달리 주민투표의 확대, 주민의 조례제정·개폐 청구권(국제도시특별법 제23조, 제24조), 주민소환제(같은 법 제25조)를 규정하여 광역자치단체의 수준에서 이루어질 수 있는 주민참여의 방법과 범위를 확대하였다.

그와 함께 자체적인 직군·직렬 통합신설 및 직위분류(국제자유도시특별법 제49조, 제51조), 개방형직위의 도입(제50조 제5항), 인건비 예산에 관한 특례(제52조)를 통해 인사제도 및 운영의 자율성을 향상시키는 등 자치인사권을 확대하였고, 지방재정과 지방교육에 관하여 특례를 두고 자치경찰을 설치하는 등 자치분권을 강화하였다. 또한 외국교육기관이나 의료기관의 설립에 관한 특례를 두는 등 환경, 교통, 보건복지 분야의 많은 사항을 도지사의 권한으로 이양하고 조례로 정하도록 함으로써 자율적인 행정이 가능하도록 하여 고 있다.

따라서 비록 기초자치단체의 폐지로 말미암아 주민들의 자치단체구성에 대한 참여기회가 일부 상실되었다 하더라도 광역자치단체 수준의 참여권이 확대되었고, 제주도가 중앙정부의 규율로부터 벗어나 폭넓은 자치권을 가지게 됨에 따라 실질적으로 주민들이 지역행정에 참여하여 영향을 미칠 수 있는 범위 역시 확대되었으므로, 주민들의 민주적 요구를 수용하는 지방자치제의 기능이 예전에 비하여 절대적으로 축소되었다고 볼 수만은 없다.

게다가 행정시의 읍·면·동에는 주민자치센터를 설치하고 주민자치위원회를 두어 주민자치에 관한 사항을 처리하도록 하였고(제주행정특별법 제10조, 제11조), 업무의 승계나 조례·규칙의 유지 등 각종 경과조치를 통하여 행정체제의 개편에 따른 행정상 또는 재정상의 불이익이 발생하거나 그 지역주민에게 새로운 부담이 추가되지 않도록 하였으므로(같은 법 제15조) 청구인들을 포함한 주민들에게 이 사건 법률조항에 의한 지방자치단체의 개편으로 말미암아 달리 실질적인 불이익이 있다고 보기도 어렵다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 참정권인 선거권과 공무담임권이 제한된다 하더라도 그것이 현저히 자의적이고 불합리하여 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없는 것으로 판단된다.

(6) 또한 청구인들은 이 사건 법률조항에 의하여 다른 지역의 주민들에 비하여 지방자치단체의 장 및 의회의원에 대한 선거권 및 피선거권의 행사가 제약되는 불리한 취급을 받는다고 주장한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 제주도의 고유한 역사적·지리적 특성에 따른 개발과 국제자유도시의 조성을 위한 행정체계개편의 필요성에 의하여 지방자치단체인 시·군을 폐지하였고 각종 보완제도에 의하여 실질적으로 주민참여의 범위가 축소되었다고 보기 어려워 그에 관한 입법자의 판단이 자의적이거나 불합리하다고 보기 어려운 이상, 다른 지역에 비하여 참정권의 행사에 많은 제약이 있다 하여도 이로써 청구인들이 평등권을 침해받았다고 할 수는 없다.

#### 다. 청문권의 침해여부

(1) 청구인들은 헌법상의 적법절차의 원칙에 따라 기초자치단체가 폐지될 경우 폐지되는 당해 지방자치단체에 의한 주민투표가 실시되어야 하며 입법자는 반드시 그 결과에 따라 입법하여야 함에도 불구하고 제주도 전역에서의 투표결과에 따라 이 사건 법률조항이 규정되었으므로 청구인들의 청문권이 침해되었다고 주장한다.

그러나 주민투표의 투표대상인 단일광역자치안은 단순히 4개 시·군을 폐치하는 것뿐 아니라 기존의 자치단체인 제주도를 폐지하고 새로운 제주특별자치도를 설치하며 그 권한과 사무의 확대, 의회규모 확대 등 완전히 새로운 행정체계를 구축하는 것을 포함하는 것이다. 따라서 폐치되는 것은 아니라 하더라도 제주도가 위 개편안의 내용에 관련되어 있지 않다고 볼 수 없고 나아가 폐치될 시·군 주민 전체는 제주도민 전체이기도 하다. 또한 제주도 전역에서의 투표라 하더라도 전체 주민의 찬반비율만을 알 수 있는 것이 아니라 투표결과 집계를 통해 개별 지역별 찬반비율 역시 확인할 수 있으므로 폐지되는 자치단체 주민들의 의사를 확인한다는 점에서 기능적으로도 차이는 없다.

따라서 자치단체와 그 주민이 자신의 이해관계와 관련하여 그 법적 지위를 확보하기 위하여 국가적인 재편계획에 의견을 표명할 기회를 주어야 한다는 청문권의 요청에 제주도 전역에서의 투표가 반드시 부합하지 않는 것으로 볼 수는 없다.

(2) 이에 대하여 설사 제주도 전역에서의 투표가 적법절차상의 청문권의 요청에 부합하는 것이라 하더라도 그 결과 일부 폐지되는 지방자치단체에서 반대하는 의견이 더 많았다면<sup>12)</sup> 입법자는 이에 구속되므로 당해 지방자치단체를 폐지하는 이 사건 법률조항은 적법절차에 위반하여 청문권을 침해하는 것이라 볼 수도 있다.

그러나 특히 지방자치단체의 폐지와 관련한 입법절차에 청문절차가 요구되는 것은 입법자가 공공복리를 이유로 지방자치단체의 폐지·병합의 결정을 내리기 전에 일반적으로 상반되는 이익들 간의 형량이 선행되어야 하고 이러한 이익형량은 이해관계자들의 참여 없이는 적정하게 이루어질 수 없기 때문이다. 국회는 이러한 절차를 통하여 비로소 자신의 결정에 앞서 중요한 사항들에 관한 포괄적이고 신빙성 있는 지식을 얻게 되는 것이다. 그러므로 자치단체의 폐지에 대한 이해관계자들의 참여 즉, 의견개진의 기회부여는 문제가 된 사항의 본질적 내용과 그 근거에 관하여 이해관계인에게 고지하고 그에 관한 의견의 진술기회를 부여함으로써 그 진술된 의견이 국회에 입법자료를 제공하는 기능을 하도록 하면 족하며, 입법자가 그 의견에 반드시 구속되는 것으로 볼 수는 없다(헌재 1995. 3. 23. 94헌마175, 판례집 7-1, 438, 451).

만약 국회가 이러한 주민투표의 결과에 구속된다면 기본적인 지방자치제도의 형성을 입법자에게 맡겨두고 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 하고 있는 헌법의 취지와도 부합하지 않는다.

(3) 이와 같이 이 사건 법률조항의 입법과 관련하여 제주도 전역에서의 주민투표를 행한 것만으로도 헌법상의 적법절차는 준수되었다고 보아야 하므로 이로써 청구인들의 청문권이 침해되었다고 볼 수는 없다.

## 5. 이 사건 결정의 의의

가. 일반적으로 참정권에 대한 위헌성을 엄격하게 심사하는 것과는 달리 헌법상 지방자치단체제도의 구성을 위하여 일정한 입법재량을 인정하는 점에 비추어 지방자치단체구조의 개편으로 인하여 선거권 등 참정권이 제한

---

12) 투표결과는 서귀포시의 경우 56.4%, 남제주군의 경우 54.9%로 현행유지안이 더 우세하게 나왔다.

되는 경우 그 위헌성 심사는 입법자의 판단이 현저히 자의적이어서 기본권 제한의 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 한다는 점을 확인한 점에서 의의가 있다.

나. 이 사건 결정으로 말미암아 상당기간 지속된 제주도 행정구조개편을 둘러싼 도내의 갈등이 종결되고 새로운 특별자치도로서의 제주도가 탄생하게 되었다.



## 부동산실권리자명의등기에관한법률 제5조 제2항 위헌제청 등

- 부동산가액 산정 기준과 재산권 보장-

(헌재 2006. 5. 25. 2005헌가17, 2006헌바17(병합), 판례집 18-1하, 1)

최갑선\*

### 【 판시사항 】

가. 과징금을 부과하는 날 현재의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 규정한 부동산실권리자명의등기에관한법률(2002. 3. 30 법률 제6683호로 일부 개정된 것) 제5조 제2항 본문이 부동산실명법 위반자의 재산권을 침해하는지 여부

나. 위 법률조항이 부동산실명법 위반자의 평등권을 침해하는지 여부

다. 위 법률조항에 대한 헌법불합치결정 사유

### 【 심판의 대상 】

(1) 이 사건 심판대상은 부동산실권리자명의등기에관한법률(2002. 3. 30 법률 제6683호로 일부 개정된 것, 이하, ‘부동산실명법’이라 한다) 제5조 제2항 본문(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부로서 그 내용은 다음과 같다.

제5조 (과징금) ② 제1항의 부동산가액은 과징금을 부과하는 날 현재의 다음 각호의 가액에 의한다.

1. 소유권의 경우에는 소득세법 제99조의 규정에 의한 기준시가

---

\* 헌법연구관

2. 소유권외의 물권의 경우에는 상속세및증여세법 제61조제5항 및 제66조의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한 금액

(2) 관련법령

(가) 부동산실권리자명의등기에관한법률(2002. 3. 30 법률 제6683호로 일부 개정된 것)

제3조 (실권리자명의등기의무등) ①누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니된다.

②채무의 변제를 담보하기 위하여 채권자가 부동산에 관한 물권을 이전 받는 경우에는 채무자·채권금액 및 채무변제를 위한 담보라는 뜻이 기재된 서면을 등기신청서와 함께 등기관에게 제출하여야 한다. <개정 1998.12.28>

제5조 (과징금) ①다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과한다.

1. 제3조제1항의 규정을 위반한 명의신탁자

2. 제3조제2항의 규정을 위반한 채권자 및 동조동항의 규정에 의한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자

③제1항의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 제2항의 규정에 의한 부동산가액(이하 "부동산평가액"이라 한다), 제3조의 규정을 위반한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적으로 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.

제11조 (기존 명의신탁약정에 의한 등기의 실명등기등) ①이 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. 다만, 공용징수·판결·경매 기타 법률의 규정에 의하여 명의수탁자로부터 제3자에게 부동산에 관한 물권이 이전된 경우(상속에 의한 경우를 제외한다)와 종교단체, 향교등이 조세포탈, 강제집행의 면탈을 목적으로 하지 아니하고 명의신탁한 부동산으로서 대통령령이 정하는 부동산의 경우는 그러하지 아니하다.

제12조 (실명등기의무위반의 효력등) ② 제11조의 규정을 위반한 자에

대하여는 제3조제1항의 규정을 위반한 자에 준하여 제5조 및 제6조의 규정을 적용한다.

(나) 부동산실권리자명의등기에관한법률시행령(2002. 4. 8. 대통령령 제 17569호로 일부 개정된 것)

제3조의2 (명의신탁자 등에 대한 과징금 부과기준) 법 제5조제3항의 규정에 의한 과징금 부과기준은 별표와 같다. 다만, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적이 아닌 경우에는 100분의 50을 감경할 수 있다.

[별표] <신설 2002.4.8>

과징금 부과기준(제3조의2·제4조의2 및 제8조관련)

과징금의 금액은 제1호와 제2호의 과징금 부과율을 합한 과징금 부과율에 그 부동산평가액을 곱하여 산정한다.

1. 부동산평가액을 기준으로 하는 과징금 부과율

부동산 평가액	과징금 부과율
5억원 이하	5%
5억원 초과 30억원 이하	10%
30억원 초과	15%

2. 의무위반 경과기간을 기준으로 하는 과징금 부과율

의무위반 경과기간	과징금 부과율
1년 이하	5%
1년 초과 2년 이하	10%
2년 초과	15%

**【 사건의 개요 】**

1. 심판청구에 이르게 된 경위

### 가. 2005헌가17사건

(1) 제청신청인은 용인시 구성읍 보정리 878-17번지 대 610㎡ 외 29필지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 1999. 9. 17.경부터 2002. 3. 16.경까지 약 340억원에 매수하여 대규모 아파트단지 건설사업을 시행하고자, 2002. 5. 17. 이 사건 토지에 대한 실제 소유자가 제청신청인이면서도 제청신청인의 임·직원 등 21명의 명의로 소유권이전 등기를 경료함으로써 명의수탁자의 명의로 등기를 하였다.

(2) 그런데 수원지방법검찰청은 2002. 10. 4. 위와 같은 제청신청인의 명의신탁 사실을 적발하여 부동산실명법 제3조 제1항 위반혐의로 관련자들을 기소한 후, 2004. 5. 13. 제청신청인의 부동산실명법 위반사실을 용인시장에게 통보하였고, 용인시장은 제청신청인이 이 사건 토지를 명의수탁자들의 명의로 명의신탁 등기하여 부동산실명법 제3조 제1항을 위반한 사실을 확인한 후, 2004. 9. 10. 부동산실명법 제5조 제1항, 같은 법조 제2항 및 같은 법 시행령 제3조의2에 의거하여 산정한 과징금 4,519,966,540원을 제청신청인에게 부과하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라고 한다)을 하였다.

(3) 이에 제청신청인은 2004. 12. 7. 수원지방법원에 2004구합7376호로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기한 후, 수원지방법검찰청이 관련자들을 부동산실명법 위반혐의로 기소한 2002. 10.경에는 용인시장이 제청신청인의 부동산실명법 위반사실을 알 수 있었음에도 불구하고 이로 부터 1년 9개월 이상이 지난 2004. 9.경에야 비로소 과징금을 부과하여 과징금 금액이 현저하게 증가하게 한 부과처분은 위법하고, 이를 가능하게 한 부동산실명법 제5조 제2항은 제청신청인의 재산권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하며, 위 법률조항에 대한 위헌법률심판제청 신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 2005. 7. 26. 헌법재판소에 위 법률조항에 대한 위헌법률심판제청을 하였다.

### 나. 2006헌바17사건

(1) 청구인은 청구의 엄0규와 경기 용인군 원삼면 소재 답, 임야 등 9필지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)에 관하여 명의신탁약정을 체결하고, 1984년에서 1987년 사이에 이 사건 토지에 대한 명의신탁등기를 경료하였다. 그

후 청구인은 1999년에서 2004년 사이에 이 사건 토지 중 일부를 타인에게 처분하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 기존의 명의신탁관계를 일부 해소하였다.

(2) 그런데 용인시장은 2005. 3. 15. 청구인이 부동산실명법 제11조 제1항 소정의 유예기간인 1996. 6. 30.까지 이 사건 토지에 관하여 실명등기를 하지 아니하였다는 이유로, 부동산실명법 제12조 제2항, 제5조 제1항에 의하여 청구인에게 부동산실명법 제5조 제2항, 같은 법시행령 제3조의 2, 별표에 근거하여 당시 공시된 이 사건 토지의 개별공시지가를 기준으로 산정한 과징금 금 152,401,740원을 부과하는 처분을 하였다.

(3) 이에 청구인은 2005. 5. 30. 용인시장을 상대로 수원지방법원에 위과징금부과처분의 취소를 구하는 행정소송(2005구합3777호)을 제기한 후, 같은 법원에 부동산실명법 제5조 제2항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다. 수원지방법원은 2006. 2. 8. 이미 실명전환된 부동산 중 일부에 관하여는 제척기간 도과를 이유로, 나머지 일부에 관하여는 실명전환 당시의 가액을 기준으로 과징금을 산정해야 한다는 이유로 위 과징금부과처분을 일부 취소하는 판결을 선고함과 동시에, 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각하였다.

(4) 이에 청구인은 2006. 2. 22. 부동산실명법 제5조 제2항이 헌법 제23조의 재산권보장, 헌법 제11조의 평등원칙 등을 침해하여 위헌이라고 주장하며, 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

## 2. 제청법원, 청구인 및 이해관계기관의 의견

### 가. 제청법원의 의견 요지(2005헌가17)

(1) 이 사건 법률조항이 부동산 평가액을 과징금을 부과하는 날 현재를 기준으로 산출하도록 한 것은 과징금 납부의무자인 국민으로서는 예측할 수 없는 사후적 사정인 행정청의 과징금 부과시기의 선택으로 인하여 과징금의 상한 및 부과기준이 달라지고 그에 따라 구체적인 과징금 금액이 달라지는 심히 불합리한 결과를 낳게 되며, 나아가 경제생활상의 법적 안정성과 예측가능성을 현저히 침해하는 결과를 가져오게 된다. 이는 국민의 기본권과 관련된 법률은 법률의 형식으로 되어 있다고 해서 족한 것이 아

니고 실질적으로 헌법이념이 추구하는 기본권보장을 충족시키는 내용으로 되어야 한다는 실질적 법치주의에 반한다.

(2) 이 사건 법률조항에 의하면 명의신탁자가 신탁부동산을 이미 처분한 후에 신탁부동산의 가액이 급등한 상태에서 과징금이 부과되는 경우 그 처분가격에 비하여 지나치게 과중한 과징금을 납부하여야 하는 결과가 발생할 수도 있고, 나아가 행정청이 명의신탁 부동산의 가격변동 추이를 지켜보다가 가격이 상승한 시점을 선택하여 과징금을 부과하는 경우도 상정할 수 있는바, 이처럼 과징금 금액이 행정청의 업무처리 시기나 자의에 의하여 현저하게 증가될 수 있도록 하는 것은 합리적 이유 없이 국민의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법 제23조 제1항의 재산권 보장 규정에도 위반된다.

(3) 이 사건 법률조항에 의하면 동일하거나 유사한 내용의 부동산실명법 위반 사건(예컨대, 유사한 면적과 가격의 인접 부동산을 각기 다른 사람이 명의신탁한 경우)에 있어 각 명의신탁자들에 대한 과징금의 부과시기가 달라지는 경우 각 명의신탁자들이 부담하게 되는 과징금액에 차이가 생길 가능성이 있는바, 이는 합리적인 차별이라고 할 수 없어 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 반한다.

#### 나. 청구인의 의견 요지(2005헌바17)

이 사건 법률조항이 과징금 부과권자의 부과시기에 따라 과징금 액수가 다르게 산정되도록 규정한 것은 재산권에 관한 헌법 제23조, 조세법률주의에 관한 헌법 제59조에 반할 뿐만 아니라, 헌법 제11조상의 평등원칙 내지 헌법상의 법치주의원리에도 반하므로, 헌법에 위반된다.

#### 다. 법원의 위헌제청신청기각결정의 요지(2006헌바17)

(1) 명의신탁된 부동산이 아직 실명전환되지 않은 경우, ① 과징금은 명의신탁이라는 위법행위에 대하여 그로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나, 실명등기의무의 이행을 강제하기 위하여 명의신탁자에게 부과·징수하는 금전의 성격을 갖고 있는 점, ② 과징금의 액수는 명의신탁된 부동산의 가액과 명의신탁기간에 비례하여 탄력적으로 정해지므로, 실명전환을 하기

전인 과징금 부과 당시의 부동산 가액을 그 산정의 기초로 삼는 것이 합리적이라는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

(2) 명의신탁된 부동산이 이미 실명전환된 경우, 과징금 부과시점의 부동산가액을 그 산정의 기초로 삼는다면 명의신탁자로서는 행정청의 부과시점의 선택에 따라 그 법적 지위가 불안전해질 수 있어, 실명등기 당시의 기준시가에 따라 과징금을 산정해야 할 것인바, 이러한 법리를 전제로 할 때 과징금의 액수가 과징금부과권자의 자의에 의하여 달라질 가능성이 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.

#### **라. 법무부장관의 의견 요지(2005헌가17/2006헌바17)**

(1) 이 사건 법률조항은 부동산실명법 위반으로 인한 부당한 이익을 환수하고 부동산실명법 위반에 대한 제재를 함으로써 명의신탁을 억제하고자 하는 입법목적에 추구하고 있어서 목적의 정당성과 방법의 적합성이 인정되며, 명의신탁 해소시와 과징금 부과시 사이의 시가 급등을 상정하기 어렵기 때문에 청구인에게 과도한 재산적 부담을 지우지 않음에 비하여 명의신탁의 억제를 통하여 부동산거래의 정상화를 기하고 부동산가격 안정을 도모한다는 중대한 법익 달성에 기여하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항이 정한 과잉금지원칙에 위배되지 않고, 이에 따라 헌법 제23조 제1항의 재산권을 침해하지 않는다.

(2) 거의 같은 시기에 거의 같은 금액의 부동산에 대해 명의신탁을 한 자들이 서로 다른 시기에 적발이 됨으로써 부과되는 과징금이 달라지게 된다고 할지라도 부동산실명법 위반으로 취득한 부당한 이익은 모두 환수되어야 한다는 점에서는 동일하므로, 부과시점을 기준으로 과징금을 산정하는 것이 합리적 근거 없이 차별 취급한 것이 아니므로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반되지 않는다.

#### **마. 경기도지사의 의견 요지(2005헌가17)**

부동산실명법위반자 대부분이 검찰 조사 또는 국세청 자금출처 조사시 적발되고 있으며, 실명전환 유예기간을 두었음에도 실명전환하지 않은 것

은 위반자 본인의 탈법사유가 내포되어 있다고 봄이 상당하고, 부동산실명법 위반기간은 실권리자가 명의수탁자 명의로 등기한 날로부터 위반사실이 적발된 날까지가 될 것이며, 과징금 부과는 부동산실명법 제5조 제5항 및 부동산실명법시행령 제3조 제1항의 규정에 의거 위반사실이 확인된 후 1개월 이내에 부과하도록 되어 있어서 부과권자인 시장·군수가 임의적으로 부과를 지체할 수 없으므로 과징금 부과에 따른 부동산가액 산정시 부과일 현재의 가액을 기준으로 하도록 한 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【 결정요지 】

가. (1) 행정청이 과징금을 부과할 당시에 범위반자의 명의신탁 관계가 존재한 경우에는, 이 사건 법률조항이 과징금부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼는다고 하더라도 부동산실명법위반자의 재산권을 제한한다고 볼 수 없어서, 비례원칙에 위배되지 아니하므로, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해하지 않는다.

(2) 행정청이 과징금을 부과할 당시에 범위반자의 명의신탁 관계가 이미 종료된 경우에도, 이 사건 법률조항이 과징금부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 한 것은, 부동산실명법이 추구하는 입법목적에 달성함으로써 얻게 되는 공익이 공공복리에 해당되어 헌법상 목적정당성이 인정되지만, 위 입법목적에 달성하는 데 적절하지 않아서 적합성원칙에 위배되고, 범위반자의 재산권을 덜 제한하면서도 입법목적에 동일하게 달성할 수 있는 명의신탁관계 종료시점의 부동산가액을 과징금 산정 기준으로 하는 대체수단이 존재하므로 최소침해성원칙에도 위배되며, 명의신탁 종료시점부터 과징금 부과시점까지 발생하게 되는 과징금 증가액을 범위반자가 부담하여야 하는 재산상 불이익이 매우 큰 반면에 명의신탁관계가 종료된 시점 이후의 기간 동안에 발생할 수 있는 범위반자의 불법적인 이익을 회수하고, 실명등기 의무의 이행을 강제하여 얻게 되는 공적인 이익은 그리 크지 않다고 할 것이므로 법익균형성원칙에 위배되기 때문에 결국 비례원칙에 어긋나므로, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해한다.

나. (1) 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁관계가 존재하는



경우에 부동산실명법위반자들은 모두 범위반행위를 하고 있어서 본질적으로 동일한 상황에 놓여 있어서 이러한 부동산실명법위반자들 사이에는 아무런 차별취급이 존재하지 않으므로, 범위반자의 헌법상 평등권을 침해하지 않는다.

(2) 과거에 범위반행위를 종료시킨 부동산실명법위반자와 과징금부과시점까지 범위반행위를 계속하고 있는 부동산실명법위반자는 부동산실명법위반행위의 존속여부에 있어서 본질적으로 서로 다름에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 ‘과징금 부과시점’에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하여 양 자를 동일하게 취급하고 있는 데에는 합리적인 사유가 전혀 존재하지 않으므로 범위반자의 헌법상 평등권을 침해한다.

다. 이 사건 법률조항 전체에 대하여 단순위헌결정을 하게 되면, 과징금 산정의 기초가 되는 부동산가액을 평가하는 기준이 없게 되어 과징금부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우에도 부동산실명법 위반사실에 대하여 과징금을 부과할 수 없게 되는 법적 공백이 발생하게 되고, 명의신탁관계가 종료된 경우에도 과징금 부과시점의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하는 것이 위헌이라는 한정위헌결정을 하게 되면, 이 사건 법률조항이 과징금 부과 당시에 명의신탁관계가 종료된 것인지 여부와 상관 없이 “과징금을 부과하는 날 현재”의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 한다고 규정하고 있어서, 한정위헌결정의 문언상 및 범목적상 한계를 넘어서게 되므로, 헌법불합치결정을 한다.

## 【 해설 】

### 1. 이 사건의 법률상 쟁점

#### 가. 부동산실명법 위반시 과징금 부과와 이 사건 법률조항의 내용

(1) 부동산실명법 제5조는 부동산실명법 위반시 부과되는 과징금에 대하여 규정하고 있다. 우선 부동산실명법 제5조 제1항은 제3조제1항의 규정을 위반한 명의신탁자(제1호)에 대하여 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과한다고 규정하고 있다. 이어서 부동산실명법 제5조 제2항 본문은 “제1항의 부동산가액은 과징금을 부과하

는 날 현재의 다음 각호의 가액에 의한다”라고 규정한 후, 각 호를 “1. 소유권의 경우에는 소득세법 제99조의 규정에 의한 기준시가” 및 “2. 소유권 외의 물권의 경우에는 상속세및증여세법 제61조제5항 및 제66조의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 방법에 의하여 평가한 금액”이라고 규정하고 있다. 끝으로 부동산실명법 제5조 제3항은 “제1항의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 제2항의 규정에 의한 부동산가액(이하 “부동산평가액”이라 한다), 제3조의 규정을 위반한 기간, 조세를 포탈하거나 법령에 의한 제한을 회피할 목적으로 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있다.

위 부동산실명법 제5조 제3항에 따라 부동산실명법시행령 제3조의2는 부동산실명법 제5조제3항의 규정에 의한 과징금 부과기준을 별표로 규정하고 있으며, 별표는 부동산 평가액을 기준으로 하는 과징금 부과율(5억원 이하 5%, 5억원 초과 30억원 이하 10%, 30억원 초과 15%)과 의무위반 경과기간을 기준으로 하는 과징금 부과율(1년 이하 5%, 1년 초과 2년 이하 10%, 2년 초과 15%)을 합한 과징금 부과율에 그 부동산 평가액을 곱하여 과징금액을 산정하도록 규정하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 “제1항의 부동산가액은 과징금을 부과하는 날 현재의 다음 각호의 가액에 의한다.”라고 규정하여, 행정청이 부동산실명법을 위반한 사람에게 과징금을 부과함에 있어서 적용되는 부동산 가액의 평가 기준일을 규정하였다.

따라서 이 사건 법률조항에 의한 부동산 가액은 부동산실명법 제5조 제1항에 의하여 부과되는 과징금의 상한뿐만 아니라, 같은 조 제3항, 부동산실명법시행령 제3조의2 및 별표에 의한 구체적인 과징금 산정의 기초가 된다.

### 나. 이 사건 법률조항에 대한 법원의 해석

그런데 2006헌바17사건의 당해사건인 2005구합3777 과징금부과처분취소판결에서 수원지방법원 제1행정부는 2006. 2. 8. 부동산실명법 제5조 제2항에 의거할 때 과징금 부과전에 이미 명의신탁관계가 종료되어 실명등기가 이루어진 경우에는 과징금산정의 기준이 되는 부동산가액을 명의신탁관계

가 종료된 실명등기 당시의 기준시가로 평가함이 상당하다고 아래와 같이 판시하였다. 그리고 서울행정법원 제4부도 2004. 12. 17. 2004구합3748 과징금부과처분취소판결에서 같은 취지로 판시하였다.

“부동산실명법 제5조 제2항에 따르면, 명의신탁규정을 위반한 경우 부동산가액의 30%범위 안에서 과징금을 부과하고, 이때 부동산가액은 소유권의 경우 과징금을 부과하는 날 현재의 소득세법상 기준시가에 의하도록 되어 있는”데, “부동산실명법상 과징금은 명의신탁이라는 범위반행위에 대하여 그로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나 또는 실명등기의무의 이행을 강제하기 위하여 명의신탁자에게 부과·징수하는 금전의 성격을 갖고 있는 점, 부동산실명법시행령 제3조의2 별표는 그 과징금의 액수를 명의신탁된 부동산의 가액과 명의신탁기간에 비례하여 탄력적으로 정하고 있으므로 명의신탁기간 중, 즉 실명전환을 하기 전의 부동산가액을 과징금액수 산정의 기초로 하는 것이 합리적일 뿐만 아니라 또한 그것이 위와 같은 과징금의 성격에도 부합하는 점, 따라서 아직 실명전환되지 아니한 부동산에 대하여 과징금을 부과하는 경우에는 과징금부과시점의 부동산가액에 의하여 과징금액수를 산정하는 것이 위 부동산실명법 규정의 문언에 비추어 당연하다고 할 것이나, 이미 실명전환이 된 부동산에 대하여 과징금을 부과하는 경우에도 위와 마찬가지로 과징금부과시점의 부동산가액(즉, 실명전환된 이후 과징금 부과시점까지 변동된 부동산가액)을 과징금액수 산정의 기초로 삼는다면, 명의신탁자로서는 행정청의 부과시기의 선택에 따라 위법행위가 계속중인 때보다도 위법행위를 종료한 후에 더 많은 과징금을 부과받게 될 수도 있어서 그 법적 지위가 매우 불안해진다는 점 등을 고려하면, 과징금 부과전에 이미 명의신탁관계가 종료되어 실명등기가 이루어진 경우에는 그 과징금을 산정함에 있어서 부동산가액을 실명등기 당시의 기준시가로 평가함이 상당하다고 할 것이다.”

결국 위 법원들은 이 사건 법률조항이 과징금액 산정기준으로 “과징금을 부과하는 날 현재”의 부동산가액이라고 문언상 명시적으로 규정하고 있음에도 불구하고, 과징금 부과전에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 명의신탁관계 종료시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼았다.

이로써 위 법원들은 이 사건 법률조항 중에서 “명의신탁관계가 이미 종

료된 경우”에 과징금 부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼는 것은 위헌이라고 스스로 판단하여 이를 배제하는 해석을 하고 있다.

위 법원들의 판결 이후, 당사자들은 당해사건들에 대하여 항소를 제기하여 고등법원에 계류중이며, 대법원은 이 사건 법률조항에 대하여 아직까지 판단한 적이 없다.

### **다. 이 사건 법률조항이 부동산 실명법 위반자에게 미치는 법률상 효과**

일반적으로 당사자들은 명의신탁 약정을 하면서도 이를 은폐하여 숨기고 있는 실정이기 때문에, 양도세 등의 납부 과정에서 당사자 사이에 다툼이 있어서 당사자나 제3자가 수사기관에 고발함으로써 명의신탁 사실이 외부에 드러나게 되므로, 행정청이 부동산실명법 위반사실을 확인하고 과징금을 부과하기까지는 상당한 기간이 경과하게 된다.

행정청이 부동산실명법위반사실을 확인하여 과징금을 부과하는 경우에는 과징금 부과 시점에 명의신탁관계가 여전히 존재하는 경우도 있고, 명의신탁관계가 이미 종료된 경우도 존재한다.

그런데 이 사건 법률조항에 의거하여 과징금을 부과하는 시점의 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하게 되면, 범위반사실을 확인하고 과징금을 부과할 시점에 명의신탁관계가 존재하는지 여부에 따라서 과징금 납부자에게 미치는 법률적 영향이 달라진다.

그러므로 과징금 부과시점에 명의신탁 관계가 존재하는지 여부에 따라서 이를 구분하여 살펴보는 것이 적절하다.

#### **(1) 과징금 부과 시점에 명의신탁 관계가 존재하는 경우**

행정청이 범위반사실을 확인하고 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁 관계가 계속 존재하는 경우에는 명의신탁등기를 통한 부동산실명법위반 행위가 지속되고 있다.

따라서 이 경우에 설령 행정청이 행정업무량의 증가 내지 미숙함 또는 기타 사정으로 인하여 과징금 부과시기를 임의적으로 선택한다고 하더라도, 과징금 부과시점에 범위반행위가 지속되고 있으므로, 과징금 부과 시점

의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하는 것은 부동산실명법위반자에게 별다른 법적 영향을 미치지 아니한다.

(2) 과징금 부과 시점에 명의신탁 관계가 종료된 경우

그러나 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 과거 실명전환등기를 통하여 명의신탁 관계가 이미 종료된 경우에는 명의신탁등기를 통한 부동산법 위반행위가 더 이상 존재하지 않는다.

그럼에도 불구하고 이미 과거에 실명전환이 된 부동산에 대하여 과징금 부과시점의 부동산가액을 과징금액 산정 기준으로 삼는다면, 명의신탁관계 종료시점에 비해서 과징금 부과시점에는 일반적으로 부동산가액이 증가되는 추세이므로, 과징금 산정 기준이 되는 부동산가액이 증가하고 이에 따라 과징금액도 그만큼 증가하게 된다.

이에 더해서 행정청이 법위반사실을 확인한 후 과징금 부과시기를 자의적으로 선택하거나 행정업무량의 증가 내지 미숙함으로 인하여 과징금 부과를 지체하고, 그 사이에 과징금 산정기준이 되는 부동산가액이 변동되어 증가하면 그 만큼 더 많은 과징금이 부과될 수 있다.

이 경우 부동산실명법 위반자는 증가된 과징금을 추가적으로 부담해야 하는 재산상의 불이익을 받게 되며, 행정청이 과징금 부과시기를 자의적으로 선택함으로써 과징금이 증가하게 되면 다른 법 위반자에 비하여 불리한 차별도 받게 된다.

**라. 이 사건의 법률상 쟁점**

그러므로 이 사건에서는 이 사건 법률조항이 과징금을 부과하는 날 현재의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 한 것이 부동산실명법 위반자의 재산권과 평등권을 침해하여 위헌인지 여부가 법률상의 쟁점이 되었다.

**2. 결정에 대한 해설**

**가. 이 사건 법률조항이 헌법상 재산권을 침해하는지 여부**

(1) 헌법상 재산권보장의 내용과 한계

헌법 제23조 제1항 본문은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 규정하여 재산권을 기본권으로 보장하고 있으나, 동 항 단서는 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 하여 법률로 재산권을 규제할 수 있음을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라, 동 조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”라고 규정하여 재산권 행사의 사회적 의무성도 강조하고 있다. 이러한 재산권행사의 사회적 의무성의 정도는 재산의 종류, 성질 등에 따라 달라진다 할 것인데, 특히 토지는 자손 만대로 함께 살아가야 할 생활터전으로서, 그 공공성 등의 특성에 비추어 시장경제의 원리를 그대로 적용할 수 없고, 다른 재산권의 경우보다 더욱 강하게 사회공동체 전체의 이익을 관철할 것이 요구된다. 그러나 그렇다고 하더라도 재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙을 준수해야 하고 본질적인 내용을 침해해서는 안된다(헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 798; 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948; 2002. 8. 29. 2000헌마556, 판례집 14-2, 185, 198).

(2) 이 사건 법률조항에 의한 재산권의 제한

헌법재판소는 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는지 여부를 구분하여 이 사건 법률조항이 부동산실명법 위반자의 재산권을 제한하는지를 다음과 같이 판단하였다.

(가) 과징금 부과 시점에 명의신탁 관계가 존재한 경우

행정청이 과징금을 부과할 당시에 범위반자의 명의신탁 관계가 계속 존재한 경우에는, 범위반사실에 따라서 부과되는 과징금이 부동산실명법위반자의 재산권을 제한하는 것은 별론으로 하고, 이 사건 법률조항이 과징금 부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 하는 것은 부동산실명법위반자의 재산권을 제한한다고 볼 수 없다.

이 경우 설령 행정청이 과징금 부과처분 시기를 자의적으로 선택하여 부과 시점에 따라 과징금 산출의 기초가 되는 부동산가액이 달라지고, 이에 따라 산출되는 과징금액이 달라진다고 하더라도, 이는 계속 존재하는 부동산실명법 위반행위에 대하여 과징금을 부과하는 것이므로 행정청의 자의적

인 과징금부과가 과징금 납부자의 재산권을 제한하는 것은 아니다.<sup>1)</sup>

(나) 과징금 부과 시점에 명의신탁 관계가 종료된 경우

1) 행정청이 과징금을 부과할 당시에 명의신탁 관계가 이미 종료된 경우에는 범위반사실에 따른 과징금과는 별도로 명의신탁관계 종료후부터 과징금부과시점까지의 사이에 발생한 부동산가액 상승으로 인하여 증가된 과징금을 부동산실명법 범위반자가 부담해야 한다.

명의신탁자가 신탁부동산을 이미 처분하여 명의신탁 관계가 이미 종료되고 상당한 기간이 경과한 이후에 범위반사실이 확인되어 과징금이 부과된다면, 특히 지가변동이 심한 지역에서는 부동산가액이 몇 배 이상 폭등한 경우도 있을 수 있어서 명의 신탁부동산 처분가격에 비하여 지나치게 과중한 과징금을 납부해야 하는 상황이 발생할 수 있다.

이러한 경우에는 범위반행위에 대하여 부과되는 과징금 자체가 범위반자의 재산권을 제한하는 것과는 별도로, 명의신탁관계가 종료된 이후에 발생한 증가된 과징금이 범위반자의 재산권을 추가로 제한한다고 할 것이다.

그러므로 명의신탁관계가 종료된 이후 과징금 부과 시점까지 발생한 부동산가액 변동에 따라서 범위반자가 부담하게 되는 증가된 과징금은 범위반자의 재산권을 심하게 제한한다고 할 것이다.

2) 더군다나 이 사건 법률조항이 과징금 부과일 현재의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼고 있어서, 행정청이 과징금 부과처분 시기를 자의적으로 선택하게 되면 부과 시점에 따라 과징금 산출의 기초가 되는 부동산가액이 달라지고 이에 따라 산출되는 과징금액도 달라지게 될 수 있다.

다시 말해서 행정청이 명의신탁 부동산의 가격변동 추이를 지켜보다가 가격이 상승한 시점을 선택하거나 공시지가가 변경되는 시점을 기다렸다가 과징금을 부과하는 경우에는 과징금 금액이 행정청의 자의적인 업무처리 시기에 의하여 현저하게 증가될 가능성도 존재한다. 왜냐하면 부동산 소유권의 경우 과징금은 소득세법 제99조의 규정에 의한 부동산 공시지가를 기준으로 산정하여 부과하므로 과징금 부과 처분 시기에 따라 공시지가가 변경되면 과징금 금액이 그만큼 증감될 수 있기 때문이다. 즉, 부동산가격

---

1) 따라서 이 경우에는 범위반행위에 대한 과징금(부동산가액 및 위반기간을 고려한 30% 범위 내에서 산출한 금액)이 납부해야 할 과징금이 된다.

공시 및 감정평가에 관한 법률 제3조 제1항 및 같은 법 시행령 제4조 및 제20조에 의거 토지에 대한 개별공시지가는 매년 5월 31일에 결정·공시되므로 토지 공시지가는 매년 5월 31일에 변경되기 때문에, 행정청이 5월 31일 이전에 과징금을 부과할 수 있음에도 불구하고 5월 31일 이후에 과징금을 부과하면 새로운 토지 공시지가가 적용되므로 일반적으로 증가된 공시지가가 적용된다.

3) 이에 따라서 헌법재판소는 “이 사건 법률조항이 과징금 부과 시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼도록 규정하는 것은 명의신탁관계 종료시점과 과징금 부과시점 사이에 부동산 가액 상승으로 인하여 발생한 증가된 과징금을 법위반자가 부담하도록 하므로 법위반자의 재산권을 상당히 제한”한다고 판시하였다.<sup>2)</sup>

(3) 이 사건 법률조항에 의한 재산권제한이 비례의 원칙에 위배되는지 여부

이어서 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 의한 위와 같은 재산권 제한이 헌법상 비례의 원칙에 위배되는지 여부를 다음과 같이 심사하였다.

(가) 목적정당성 심사

1) 부동산실명법의 입법목적

금융실명제가 실시되어 금융·경제부분에 대한 투명화가 촉진되면서, 부동산을 차명으로 소유하는 관행을 계속 허용할 경우 금융시장에서 이탈한 비실명 자금이 부동산시장으로 흘러 들어가 자금흐름이 왜곡될 우려가 나왔고, 특히 부동산 거래의 관행으로 널리 이용되어 온 명의신탁으로 인하여 부동산 실소유자들은 토지관련 의무는 회피하면서 필요한 경우 언제든지 부동산에 관한 권리를 행사할 수 있음에도, 부동산정책은 대외적으로 드러나 있는 부동산 명의자만을 대상으로 하게 되므로 그 실효성이 떨어질 수밖에 없었다.

특히 명의신탁은 조세를 포탈하거나 토지에 관한 각종 공법적 규제를 회

---

2) 따라서 이 경우에 법위반자는 ‘법위반에 대한 과징금’(부동산가액 및 위반기간을 고려한 30% 범위내에서 산출한 금액) 뿐만 아니라 ‘명의신탁 관계 종료후 과징금부과시점까지 발생한 부동산가액 상승으로 인한 과징금의 증가액’도 납부해야 한다.



피하기 위한 탈법적 수단으로 사용되고 있는 것이 현실이어서, 상속재산을 명의신탁재산인 것처럼 위장하여 상속세를 내지 않거나 명의신탁해지 판결을 이용하여 부동산을 자녀에게 변칙적으로 증여하는 경우, 비농민이 투기 목적으로 농민 명의로 농지를 사들이는 경우, 강제집행면탈, 공직자재산등록 회피, 세무조사 회피 등의 의도하에 타인 명의로 신탁하는 경우 등의 사례가 있다.

이러한 배경에서 부동산 물권의 실명등기를 의무화하고 명의신탁을 무효화함으로써, 그 동안 만연하던 투기·탈세·탈법 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래를 정상화하여 경제정의가 확고히 될 수 있는 기반을 마련하고, 부동산시장에서의 은닉적·투기적 수요를 감소시키며, 부동산 실명화 과정에서의 매각처분에 따른 공급의 증가를 통하여 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전을 이루려는 목적으로 부동산실명법이 제정되게 되었다.<sup>3) 4)</sup>

특히, 우리나라는 좁은 국토에 많은 인구가 밀집되어 있어 부동산가격의 비정상적 상승을 여러 차례 경험하였고, 부동산이 투기의 대상이 되어 빈부의 현격한 격차를 초래하고 건전한 근로의욕을 떨어뜨리는 등 사회불안의 요인으로까지 작용하여 온 상황이므로, 투기나 탈세 등의 행위를 방지하고 부동산거래의 정상화와 부동산가격의 안정을 도모하려는 부동산실명법의 입법목적은 지극히 정당하고도 필요하다(헌재 2001. 5. 31. 99헌가18, 판례집 13-1, 1017, 1070 - 1071).

## 2) 부동산실명법상 과징금 부과와 입법목적과 과징금의 성격

부동산실명법 제5조 제1항은 실명등기의무를 이행하지 아니할 경우 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과하도록 규정하여 실명등기를 유도하고 있다.

3) 부동산실명법 제1조는 “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 이바지”하는 것을 목적으로 한다고 규정하고 있다.

4) 재정경제원, 부동산실명법 해설, 1995. 4. 21쪽 이하 참조.

일반적으로 과징금은 행정청이 일정한 행정법상의 의무위반자에 대하여 과하는 금전상의 제재 또는 주로 경제법상 의무에 위반한 자가 당해 위반행위로 경제적인 이익을 얻을 것이 예정되어 있는 경우 당해 의무위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하기 위하여 그 이익액에 따라 과하여지는 일종의 행정제재금 혹은 행정청이 일정한 행정법상의 의무를 위반한 것에 대한 제재로서 부과하는 금전적 부담이다.

부동산실명법은 실명등기의무 이행의 확보수단으로 명의신탁자 등에 대하여 형사처벌 이외에 과징금을 부과함으로써 명의신탁 규제의 실효성을 도모하고 있는데, 부동산실명법의 입법목적 등에 비추어 보면, 부동산실명법상의 과징금은 명의신탁이라는 행위를 한 자에 대하여, 행정청이 명의신탁행위라는 일정한 법률위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나, 혹은 부동산실명법상의 실명등기의무의 이행을 강제하기 위하여 의무자에게 부과·징수하는 금전이다(헌재 2001. 5. 31. 99헌가18, 판례집 13-1, 1017, 1093-1094).

다시 말해서 부동산실명법상의 과징금은 행정상 의무이행확보수단으로서 특히 경제법상의 의무위반행위로 얻은 불법적인 이익 자체를 박탈하기 위하여 부과되는 유형의 과징금으로서, 부당 또는 불법의 이득을 환수 내지 박탈한다는 측면과 범위반행위자에 대한 제재로서의 측면을 함께 가지고 있다.

그런데 형사처벌은 공소시효가 있어 부동산실명법의 실효성을 확보하는데에 한계가 있는데 비하여, 과징금은 시효가 적용되지 않으므로 명의신탁이 장기간 후 적발되는 경우 유일한 제재수단이 되고, 또한 과징금은 명의신탁으로 인하여 발생하였을 이익을 박탈하고 실명등기의 이행을 강제한다는 점에서 국가의 형벌권행사인 처벌과는 다른 기능을 가지는 측면이 있다.<sup>5)</sup>

### 3) 이 사건 법률조항의 입법목적

이 사건 법률조항은 명의신탁 위반사실을 확인하여 과징금을 부과하는 시점에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하고 있다.

따라서 과징금은 명의신탁된 부동산가액을 기준으로 부과하고, 이 경우

5) 재정경제원, 부동산실명법 해설, 1995. 4. 37쪽 이하 참조.

부동산가액은 과징금 부과일 현재의 기준시가 등에 의하여 평가한 금액이다. 특히 부동산 소유권을 명의신탁한 경우, 부동산의 기준시가는 소득세법 제99조에서 정하고 있는 바에 의하게 된다.

그런데 부동산실명법상의 과징금은 행정청이 명의신탁행위라는 일정한 법률위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하거나, 실명등기의무의 이행을 강제하기 위하여 명의신탁을 한 자에게 부과하는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 명의신탁을 하였다는 범위반사실이 확인되는 경우, 과징금 부과시점 당시에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하고자 하는 입법목적은 추구하고 있다.

#### 4) 목적 정당성 심사

헌법재판소는 부동산실명법이 기본적으로 추구하는 입법목적, 부동산실명법이 과징금 부과를 통하여 달성하고자 하는 목적 및 이 사건 법률조항이 과징금을 부과하는 시점에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하고자 하는 입법목적은 종합하여 고찰할 때, “이 사건 법률조항이 명의신탁을 하였다는 범위반사실이 확인되는 경우, 과징금 부과시점 당시에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하여 부동산실명법이 추구하는 입법목적은 달성함으로써 얻게 되는 공익은 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 기본권제한의 목적인 공공복리에 해당되므로, 그 목적정당성이 헌법상으로 인정된다”고 판시하였다.

##### (나) 적합성 원칙 심사

###### 1) 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우

이 사건 법률조항이, 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우에, 과징금을 부과 시점 당시의 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하도록 규정한 것은 명의신탁을 통한 불법적인 이익을 박탈하거나, 실명등기의무의 이행을 강제하기 하기 위한 부동산실명법의 입법목적은 달성하는 데 적합하다.

###### 2) 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 종료된 경우

그런데 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 범위반사실이 존재하지 않은 기간에 발생한 부동산가액의 상승에 따른 과징금의 증가가 이루어지는데, 이는 범위반사실이 없는 기간에 발생한 부동산가액 상승에 대하여 과징금을 부과하는 셈이 된다.

그러므로 헌법재판소는 “이 사건 법률조항이, 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에도, 명의신탁종료시점이 아닌 과징금 부과 시점의 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하도록 규정한 것은 명의신탁을 통한 불법적인 이익을 박탈하거나, 실명등기의무의 이행을 강제하기 위한 부동산실명법의 입법목적에 달성하는 데 적합하지 않다”고 판시하였다.

더 나아가 헌법재판소는 “부동산실명법 제5조 제3항 및 부동산실명법 시행령 제3조의2 별표는 의무위반경과기간을 명의신탁 등기 시점부터 실명등기를 통한 명의신탁 종료시점까지의 기간으로 규정하고 있어서, 명의신탁관계가 소멸된 이후의 기간은 의무위반경과기간으로 계산되지 않음에도 불구하고 이 사건 법률조항이 명의신탁관계가 종료된 경우에 명의신탁관계 해소시점이 아닌 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 존재하는 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼는 것은 법체계 정당성 원칙에도 위배된다”고 판시하였다.

#### (다) 최소침해성 원칙 심사

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 범위반행위에 대한 과징금산정기준으로 선택한 ‘과징금부과시점의 부동산가액’이라는 입법수단이 최소침해성 원칙에 위배되는지 여부를, 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우나 종료된 경우 모두를 한꺼번에 심사하였다.

##### 1) 대체수단의 검토

먼저 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 추구하는 입법목적 달성에 적합하면서도 범위반자의 재산권을 덜 침해할 수 있는 다른 대체수단이 존재하는지 여부를 살펴보았다.

가) 대체수단 : 명의신탁 등기 시점의 부동산가액

부동산실명법위반행위에 대한 과징금 산정기준을 명의신탁 등기일 당시

에 존재하는 부동산가액을 기준으로 삼을 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 대체수단은 명의신탁 등기 이후에 부동산가액이 증가하여 막대한 이익이 발생한다고 하더라도 이러한 불법이익을 회수할 수 없고, 실명등기를 강제하는 실효성도 크게 떨어진다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 추구하는 입법 목적 달성에 적합하지 않다.

나) 대체수단 : 명의신탁 등기 종료시점의 부동산 가액

실명전환등기가 이루어져 명의신탁관계가 종료된 시점에 존재하는 부동산 가액을 부동산실명법위반행위에 대한 과징금 산정 기준으로 삼을 수 있다.

이러한 대체수단은 부동산실명법위반행위와 명의신탁 등기시점부터 명의신탁 등기해소시점 사이에 발생한 불법이익에 대하여 과징금을 부과하므로, 명의신탁을 통해서 발생한 불법이익을 회수하거나 실명등기를 강제하기 위한 이 사건 법률조항의 입법목적 달성에 적합하다.

## 2) 입법수단과 대체수단이 재산권 제한에 미치는 효과 비교

이어서 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 의한 입법수단과 대체수단이 법 위반자의 재산권에 미치는 법적 효과를 비교 분석하였다.

이 사건 법률조항이 과징금 부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼는 것은, 명의신탁관계가 여전히 존재하는 경우에는 법위반자에게는 추가적인 과징금 부담을 발생시키지 않으나, 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 명의신탁관계가 종료된 시점부터 과징금 부과시점까지 발생하게 될 증가된 과징금을 법위반자에게 추가로 부담시킨다.

이에 반해서 과징금 산정 기준을 명의신탁 등기 종료 시점의 부동산 가액으로 규정하는 것은 명의신탁을 등기한 시점부터 명의신탁 등기를 종료시킨 시점 사이에 발생한 부동산실명법 위반행위에 대해서만 과징금을 부과하므로 법위반자는 추가적인 과징금을 부담하지 않게 된다.

따라서 과징금 산정 기준을 명의신탁 등기 종료 시점의 부동산 가액으로 규정하는 것이 과징금 부과 시점의 부동산 가액으로 규정하는 것보다 부동산실명법위반자의 재산권을 덜 제한하게 된다.

3) 소결론

위와 같은 사항들을 검토한 후, 헌법재판소는 “과징금 부과시점에 명의신탁관계가 계속 존속하는 경우에는 선정수단인 과징금부과 시점이 입법목적을 달성할 수 있는 유일한 수단이므로, 이 사건 법률조항은 최소침해성 원칙에 위배되지 아니하”지만, “과징금부과시점 이전에 명의신탁관계가 이미 종료한 경우에는 ‘과징금부과시점’을 과징금 산정기준으로 하는 것 보다 범위반자의 재산권을 덜 제한하면서도 입법 목적을 동일하게 달성할 수 있는 ‘명의신탁관계 종료시점’을 과징금 산정 기준으로 하는 대체수단이 존재하므로, 이 사건 법률조항이 최소침해성원칙에 위배된다”고 판시하였다.

(라) 법익균형성 원칙 심사

끝으로 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 의한 재산권 제한이 법익균형성 원칙에 위배되는지 여부를 아래와 같이 심사하였다.

1) 기본권 제한의 내용과 정도

가) 과징금 부과 시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우

행정청이 과징금을 부과할 당시에 범위반자의 명의신탁 관계가 계속 존속한 경우에는, 범위반행위에 대하여 부과되는 과징금이 부동산실명법위반자의 재산권을 제한하는 것은 별론으로 하고, 이 사건 법률조항이 과징금 부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 규정한 것은 부동산실명법위반자의 재산권을 추가로 제한한다고 볼 수 없다.

나) 과징금부과 시점에 명의신탁관계가 종료된 경우

행정청이 과징금을 부과할 당시에 명의신탁 관계가 이미 종료된 경우에는 범위반자가 명의신탁종료시점까지의 범위반사실에 따른 과징금을 당연히 부담하는 것과는 별도로, 명의신탁관계 종료후부터 과징금부과시점까지의 사이에 발생한 부동산가액 상승으로 인하여 증가된 과징금도 추가적으로 부담하여야 한다.

더군다나 행정청이 과징금 부과처분 시기를 자의적으로 선택하게 되면 부과 시점에 따라 과징금 산정 기준이 되는 부동산가액이 달라지고 이에 따라 산출되는 과징금액도 달라지게 되므로, 만약 행정청의 자의적인 과징

금부과에 따라서 과징금이 증가하게 되면 과징금 납부자는 과징금을 그만큼 더 부담해야 한다.

종합컨대 이 사건 법률조항이 과징금을 부과하는 날 현재의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하여 명의신탁 종료시점부터 과징금 부과시점까지 발생한 과징금 증가액을 부동산실명법위반자가 부담하도록 한 것은 과징금납부자의 재산권을 심하게 제한하는 것이다.

이 사건 법률조항이 추구하는 목적 달성으로 기대되는 공익 효과

부동산 물권의 실명등기를 의무화하고 명의신탁을 무효화함으로써, 만연하던 투기·탈세·탈법 등 반사회적 행위를 방지하고 부동산거래를 정상화하여 경제정의가 확고히 될 수 있는 기반을 마련하고, 부동산시장에서의 은닉적·투기적 수요를 감소시키며, 부동산 실명화과정에서의 매각처분에 따른 공급의 증가를 통하여 부동산가격의 안정을 도모하여 국민경제의 건전한 발전을 이루려는 부동산실명법의 입법목적은 달성하는 것을 통하여 얻게 되는 공익효과는 상당히 크다고 할 것이다.

그리고 이 사건 법률조항이 부동산실명법 위반자에 대하여 과징금부과 당시의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 한 것은 명의신탁행위라는 법률위반행위로 인한 불법적인 이익을 박탈하고, 실명등기 의무의 이행을 강제하는 효과를 가져올 수가 있어서 공적인 이익 달성에 크게 기여한다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 추구하는 목적을 달성함으로써 얻게 되는 공익은 상당히 크다고 할 것이다.

## 2) 소결론

헌법재판소는 위에서 살펴본 이 사건 법률조항이 범위반자에게 미치는 재산권제한의 내용 및 강도와 이 사건 법률조항이 추구하는 목적 달성으로 얻게 되는 공익을 비교衡量한 후에, “이 사건 법률조항이 과징금부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 규정한 것은 과징금 부과시점에 명의신탁 관계가 여전히 존재하는 경우에는 법익균형성원칙에 위배되지 않”지만, “과징금 부과시점에 명의신탁 관계가 이미 종료된 경우에도 이 사건 법률조항이 과징금부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 한 것은

법익균형성원칙에 위배된다”고 판시하였다.

(마) 결론

결론적으로 헌법재판소는 “이 사건 법률조항이 과징금부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 한 것은 과징금 부과시점에 명의신탁 관계가 여전히 존재하는 경우에는 비례원칙에 위배되지 아니하므로, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해하지 않”지만, “이 사건 법률조항이 과징금부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 한 것은 과징금 부과시점에 명의신탁 관계가 이미 종료된 경우에는 비례원칙에 위배되므로, 헌법 제23조 제1항에서 보장된 재산권을 침해한다”라고 결정하였다.

**나. 이 사건 법률조항이 헌법상 평등권을 침해하는지 여부**

헌법재판소는 이 사건 법률조항이 과징금을 부과하는 날 현재의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 규정한 것이 부동산실명법 위반자의 헌법상 평등권을 침해하는지 여부를 아래와 같이 심사하였다.

(1) 헌법상 평등권 보장의 내용

헌법 제11조 제1항은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다’라고 규정하고 있는데, 헌법 제11조 제1항에 의거한 평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그런데 이러한 평등원칙은 일체의 차별적 취급이나 동일한 취급을 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니며, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별취급이나 동일취급을 하여서는 안된다는 것을 뜻한다. (헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 900; 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 439 참조).

(2) 이 사건 법률조항에 의한 차별취급 내지 동일취급이 존재하는지



## 여부

먼저 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 부동산실명법 위반자들을 차별 취급하는지 또는 동일취급하는지 여부를 과징금 부과 시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우와 그렇지 않은 경우를 나누어서 살펴보았다.

### (가) 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우

행정청이 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁관계가 계속 존재하는 경우에 부동산실명법위반자들은 모두 범위반행위를 하고 있어서 본질적으로 동일한 상황에 놓여 있다. 그리고 부동산실명법위반자들은 이 사건 법률조항에 따라 과징금 부과시점에 존재하는 부동산가액을 기준으로 산출된 과징금을 납부하여야 한다.

따라서 헌법재판소는 “범위반행위를 계속하고 있는 부동산실명법위반자들은 동일한 상황에서 이 사건 법률조항에 의거 동일한 과징금 산정 기준에 따라서 산출된 과징금을 납부하여야 하므로, 이러한 부동산실명법위반자들 사이에는 아무런 차별취급이 존재하지 않는다”고 판시하였다.

### (나) 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 종료된 경우

1) 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우, 부동산실명법위반자는 과거 어느 기간 동안에 부동산실명법을 위반한 사실이 있을 뿐 과징금부과시점에는 부동산실명법을 더 이상 위반하고 있지 않다.

이에 반해서 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁관계가 계속 존속하는 경우, 부동산실명법위반자는 명의신탁등기를 한 과거 시점부터 과징금부과시점까지 부동산실명법을 계속해서 위반하고 있다.

그렇다면 과거에 범위반행위를 종료시킨 부동산실명법위반자와 과징금 부과시점까지 범위반행위를 지속하고 있는 부동산실명법위반자는 부동산실명법위반행위의 존속여부에 있어서는 본질적으로 다른 상황에 놓여 있다.

2) 따라서 헌법재판소는 “과거에 범위반행위를 종료시킨 부동산실명법위반자와 과징금부과시점까지 범위반행위를 계속하고 있는 부동산실명법위반자는 부동산실명법위반행위의 존속여부에 있어서 본질적으로 서로 다름에

도 불구하고, 이 사건 법률조항은 ‘과징금 부과시점’에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하여 양 자를 동일하게 취급하고 있”어서, “범위반행위를 더 이상 지속하고 있지 아니한 부동산실명법위반자는 명의신탁관계 종료시점이 아니라 과징금 부과시점에 존재하는 부동산가액을 기준으로 산정한 과징금을 부담하여야 하는 불이익을 받게 된다”고 판시하였다.

### (3) 이 사건 법률조항에 의한 동일취급의 헌법적 정당성 존재여부

이어서 헌법재판소는 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 종료된 경우에, 이 사건 법률조항이 과징금 산정기준이 되는 부동산가액 평가에 있어서 범위반행위를 이미 종료시킨 부동산실명법위반자를 범위반행위를 지속시키고 있는 부동산실명법위반자와 동일하게 취급하는 것이 헌법상 정당화되는지 여부를 심사하였다.

부동산실명법은 명의신탁행위를 통하여 획득할 수 있는 불법적인 이익을 박탈하거나, 부동산 실명등기의무의 이행을 강제하기 위하여 명의신탁을 한 자에게 과징금을 부과하고 있고, 이 사건 법률조항은 명의신탁을 하였다는 범위반사실이 확인되면 과징금을 부과하려는 시점에 존재하는 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 하는 입법목적은 추구하고 있다.

그런데 행정청이 과징금을 부과하는 시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 범위반행위가 더 이상 존재하지 않은데도 불구하고, 명의신탁 종료시점이 아니라 과징금 부과시점의 부동산가액을 기준으로 범위반행위를 종료시킨 부동산실명법위반자에게 과징금을 부과하는 것은 입법취지에도 상응하지 못한다.

더군다나 과징금 부과율 책정에서 고려되는 부동산실명법 위반기간은 명의신탁 등기 시점부터 명의신탁 종료시점까지로 계산하고 있는 것과 비교해볼 때, 이 사건 법률조항이 명의신탁 종료시점이 아니라 과징금 부과시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼는 것은 법체계적으로 조화롭지 못하다.

부동산실명법이 부동산 명의신탁을 통해서 발생한 불법이익을 회수하거나 실명등기를 강제하기 위한 입법목적은 달성하기 위해서는 명의신탁을

등기한 시점부터 명의신탁 등기를 종료시킨 시점 사이에 발생한 부동산실명법 위반사실에 대해서만 과징금을 부과하는 것이 가장 타당하다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항이 명의신탁관계 종료시점이 아닌 과징금 부과 시점의 부동산가액을 과징금 산정기준으로 삼은 것은 범위반행위가 존재하지 않은 기간에 변동된 - 일반적으로 증가된- 부동산가액을 기준으로 과징금을 부과하는 셈이 되므로, 명의신탁을 통한 불법적인 이익을 박탈하거나, 실명등기의무의 이행을 강제하기 하기 위한 부동산실명법의 입법목적에 달성하는 데도 적절하지 않다.

이에 더해 행정청이 범위반사실을 확인한 후 과징금 부과시기를 자의적으로 선택하거나 행정업무량의 증가 내지 미숙함으로 인하여 과징금 부과를 지체하면, 그 사이에 과징금의 부과기준이 되는 부동산가액이 변경되어 증가하며 그 만큼 더 많은 과징금이 부과된다.

이에 따라서 헌법재판소는 “과징금부과시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 범위반행위를 이미 해소시킨 부동산실명법위반자와 범위반행위를 여전히 지속시키고 있는 부동산실명법위반자는 범위반행위의 존속 여부에 있어서 서로 다름에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 부과시점의 부동산가액을 기준으로 과징금을 산정하도록 함으로써 양 자를 동일하게 취급하는 것은 합리적인 사유가 전혀 존재하지 않으므로 헌법상 정당화되지 않는다”고 판시하였다.

#### (4) 결론

결론적으로 헌법재판소는 “이 사건 법률조항은 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우에는 부동산실명법위반자들에 대한 차별취급이 존재하지 않으므로 범위반자의 헌법상 평등권을 침해하지 않”지만, “이 사건 법률조항이 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 종료된 경우에도 범위반행위를 이미 종료시킨 부동산실명법위반자와 범위반행위를 여전히 지속시키고 있는 부동산실명법위반자를 동일하게 취급한 것은 헌법상 정당화되지 않으므로 범위반자의 헌법상 평등권을 침해한다”고 판시하였다.

### 다. 이 사건 법률조항에 대한 헌법불합치 결정

위에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 존재하는 경우에는 헌법에 위반되지 아니하지만 이 사건 법률조항이 과징금 부과시점에 명의신탁관계가 종료된 경우에는 헌법에 위반된다.

(1) 따라서 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 전체가 위헌인 것이 아니라 일부분만이 위헌이므로 위헌인 부분만을 한정하여 결정을 선고할 수도 있었다.

이 경우 결정주문은 “이 사건 법률조항은 과징금 부과 시점에 명의신탁관계가 종료된 경우에도 과징금 부과 시점의 부동산가액을 과징금 부과 기준으로 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.”라고 할 수 있다.

그러나 위와 같이 이 사건 법률조항에 대하여 한정위헌결정을 선고할 경우에는, 과징금 부과 시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 과징금 부과기준에 관하여 적용할 법률이 없게 될 수 있다.

물론 과징금 부과 시점에 명의신탁관계가 이미 종료된 경우에는 이 사건 법률조항을 과징금 부과시점의 부동산가액이 아닌 ‘명의신탁 종료시점의 부동산가액’을 과징금 부과 기준으로 한다고 해석하여 이를 개별사건에 적용할 수도 있다.<sup>6)</sup>

그러나 이 사건 법률조항은 문언상 명백히 “과징금을 부과하는 날 현재”의 부동산가액이라고 규정하고 있으므로, 명의신탁관계가 종료된 경우에 ‘명의신탁등기가 해소된 날 현재’의 부동산가액이라고 해석하는 것은 문언의 한계를 명백히 넘어서는 것이므로, 한정위헌결정을 할 수 있는 문언상의 한계를 넘어선다고 할 것이다.

따라서 헌법재판소는 위와 같은 문제가 있는 한정위헌결정을 통하여 이 사건 법률조항을 존속시키는 것보다 이 사건 법률조항을 위헌으로 선고하여 입법자로 하여금 이를 개정하도록 하는 것이 더 타당하다고 보았다.

(2) 그리고 법률이 헌법에 위반되는 경우, 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통해 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불

6) 앞에서 본 바와 같이 실제로 하급심법원은 이러한 해석을 하여 개별사건에 적용하고 있다.

합치결정을 할 수 있다(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418; 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 186 참조).

그런데 이 사건 법률조항은 부동산실명법 제5조의 과징금 산정의 기초가 되는 부동산가액의 기준을 정하는 규정인바, 만약 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대해 단순위헌결정을 선고한다면 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 이 사건 법률조항은 그 효력을 상실하게 되어 부동산가액을 평가하는 기준이 없게 되어 과징금을 부과할 수 없는 법적 공백과 혼란이 예상된다.

(3) 위와 같은 사유로 헌법재판소는 “입법자가 이 사건 법률조항을 위헌이유에 맞추어 새로이 개정할 때까지 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하는 헌법불합치결정을” 선고하였다.

### 3. 결정의 의의 및 경과

이 사건 결정은 부동산실명법 제5조 제2항이 부동산실명법위반자에게 과징금을 부과할 때에 명의신탁관계의 종료 등의 존재여부와 상관없이 과징금 산정을 일률적으로 “과징금을 부과하는 날 현재”의 부동산 가액을 기준으로 하고 있어서 부동산법 위반 사실이 없는 기간에 발생한 부동산가액 상승분에 대하여도 과징금을 부과함으로써 침해한 부동산실명법 위반자의 재산권과 평등권을 구제하였다는 데 그 의미가 있다.

이에 따라 입법자는 2007. 5. 11. 과징금 부과시 명의신탁관계가 종료하지 않은 경우에는 기존의 법률에 따라 과징금을 부과하고, 명의신탁관계가 종료하였거나 실명등기를 하였을 때에는 명의신탁관계 종료시점 또는 실명등기시점의 부동산가액에 대하여 과징금을 부과하도록 하는 내용으로 부동산실명법 제5조 제2항을 개정하였다.<sup>7)</sup>

7) 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 (2007. 5. 11. 법률 제8418호로 개정된 것) 제5조 제2항 “제1항의 부동산가액은 과징금을 부과하는 날 현재의 다음 각호의 가액에 의한다. 다만, 제3조제1항 또는 제11조제1항의 규정을 위반한 자가 과징금을 부과받은 날 이미 명의신탁관계를 종료하였거나 실명등기를 하였을 때에는 명의신탁관계 종료시점 또는 실명등기시점의 부동산가액으로 한다.”



## 구 지방세법 제234조의9 제2항 제6호 위헌소원 등

-보류지에 대한 종합토지세의 부과가 조세평등주의에  
위반되는지 여부-

(헌재 2006. 5. 25. 2005헌바82, 판례집 18-1하, 79)

김 주 경\*

### 【판시사항】

구 지방세법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 개정되고, 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되기 전의 것) 제234조의9 제2항 제6호 중 ‘도시개발법에 의하여 시행하는 환지방식에 의한 도시개발사업의 시행으로 사업계획 등이 정하는 목적을 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 보류지로 정한 경우에는 사업시행자’ 부분이 조세평등주의 및 실질과세 원칙에 위반되는지 여부(소극).

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 구 지방세법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 개정되고, 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되기 전의 것) 제234조의 9 제2항 제6호 중 ‘도시 및 주거환경정비법에 의한 정비사업의 시행으로’ 부분 및 ‘체비지’ 부분을 제외한 부분 즉, ‘도시개발법에 의하여 시행하는 환지방식에 의한 도시개발사업의 시행으로 사업계획 등이 정하는 목적을 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 보류지로 정한 경우에

---

\* 헌법연구관보

는 사업시행자’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며 그 내용은 다음과 같다.

구 지방세법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 개정되고, 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되기 전의 것)

제234조의9 (납세의무자)

② 제1항의 규정에 불구하고 종합토지세 과세기준일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다.

6. 도시개발법에 의하여 시행하는 환지방식에 의한 도시개발사업 및 도시 및 주거환경정비법에 의한 정비사업(주택재개발사업 및 도시환경정비사업에 한한다)의 시행으로 그 사업에 필요한 경비로 충당하거나 사업계획 등이 정하는 목적을 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 체비지 또는 보류지로 정한 경우에는 사업시행자

### 【사건의 개요】

#### 1. 위헌심판제청의 경위

가. 영주시장은 2003. 10. 5. 청구인에게, 청구인이 과세기준일인 2003. 6. 1. 기준으로 그 사업시행지구 내에 영주시 가흥동 101블럭 1노트 녹지 1,320.2㎡ 외 78필지 합계 459,961.9㎡[체비지 63필지 합계 170,482.1㎡ + 위 가흥동 101블록 1노트 녹지 1,320.2㎡를 포함한 공공시설용지 16필지 합계 289,479.8㎡(이하 ‘이 사건 당초 공공시설용지’라 한다)]의 토지를 보유하고 있음을 이유로 구 지방세법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 개정되고, 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지방세법’이라 한다) 제 234조의9 제2항 제6호, 영주시세감면조례 제16조를 각 적용하여 위 토지 중 체비지 63필지 170,482.1㎡에 관하여는 그 면적의 100%를, 위 당초 공공시설용지에 관하여는 그 면적의 50%만을 각 적용하여 산출한 합계 면적 315,222㎡(170,482.1㎡+ 289,479.8㎡/2)에 관하여 과세표준 및 세액을 계산하여, 구 지방세법 및 구 농어촌특별세법(2005. 1. 5. 법률 제7330호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 농어촌특별세법’이라 한다) 제5조 제1항 제8호 나목을



각 적용하여 종합토지세 115,554,080원, 도시계획세 7,390,470원, 지방교육세 23,110,810원, 농어촌특별세 16,333,110원을 부과하였다. 한편 청구인이 2003. 12. 24. 위 과세처분에 불복하여 영주시 지방세심의위원회에 이의신청을 제기하자 영주시 지방세심의위원회는 2004. 2. 18. 청구인의 이의신청을 일부 받아들여 이 사건 공공시설용지 중 9,800㎡부분은 실제 도로로 사용되고 있어 비과세대상에 해당함을 이유로 위 체비지와 이 사건 당초 공공시설용지 중 비과세대상인 9,800㎡부분을 제외한 나머지 공공시설용지만을 과세대상토지로 하여, 위 과세처분을 종합토지세 113,425,050원, 도시계획세 7,390,470원, 지방교육세 22,685,010원, 농어촌특별세 16,013,750원으로 경정하자, 영주시장은 2004. 2. 19. 위 경정결정에 따라 위 과세처분을 위 경정결정의 취지대로 각 경정하는 처분(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

나. 이에 청구인은 대구지방법원에 영주시장을 피고로 하여 이 사건 처분 중 공공시설용지 부분에 대한 종합소득세 및 그에 따른 도시계획세, 지방교육세, 농어촌특별세를 각 부과한 것은 위법함을 이유로 청구인이 이 사건 처분의 과세표준이 된 토지들 중에서 위 공공시설용지를 제외하고 남은 위 체비지의 면적에 관하여 산출한 정당한 세액을 초과하는 부분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고(대구지방법원 2004구합8240호) 위 소송계속 중 이 사건 처분의 근거가 된 구 지방세법 제234조의9 제2항 제6호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 같은 법원이 2005. 9. 1. 이를 기각하자(대구지방법원 2005아137 위헌제청신청), 2005. 9. 22. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장

(1) 보류지는 토지구획정리사업의 사업시행자가 그 규약·정관·시행규정·사업계획이 정하는 목적달성을 위하여 환지계획에서 환지로 정하지 않은 토지로서 사업시행자는 사업의 적정한 시행을 위하여 환지처분의 공고가 있는 날까지 이를 공익적인 입장에서 한시적으로 관리만 할 수 있을 뿐 전혀 사용, 수익, 처분할 수 없으며 환지처분 공고 후에도 그 소유권은 국가

또는 지방자치단체에 무상으로 귀속되는 토지인바, 이를 보유하고 있다 해서 담세력이 있다고 할 수 없다. 환지계획에서 환지로 정하지 않은 토지 중 사업시행자가 사업의 비용에 충당하기 위하여 언제든지 제3자에게 사용, 수익하게 하거나 처분할 수 있고 또 환지처분의 공고 후 그 소유권도 취득할 수 있는 토지인 체비지와도 근본적으로 그 법적 성격이나 목적을 달리 한다.

(2) 이 사건 법률조항이 보류지에 대하여 까지 종합토지세 납세의무자를 사업시행자로 규정한 것은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙의 조세법적 표현인 조세평등주의 및 실질과세의 원칙에 위배되고 과도한 토지보유 억제와 지가안정을 달성하기 위한 종합토지세의 입법목적에도 반하는 것이어서 헌법에 위반된다.

#### 나. 법원의 위헌제청신청기각 이유

도시개발법 및 그 시행규칙의 규정에 의하면 보류지의 개념 속에 체비지와 공공시설용지가 포함되어 규정되어 있고 도시개발사업시행자는 도시개발사업에 필요한 경비에 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 달성하기 위하여 체비지와 마찬가지로 보류지도 지정할 수 있는 점, 이와 같이 지정한 체비지 또는 보류지를 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적 및 방법에 따라 합리적으로 이를 처분 또는 관리하여야 할 의무가 있는 점, 체비지 또는 보류지를 지정한 경우 그 명세 등의 사항을 포함한 환지계획을 작성하여야 하므로 사업시행자는 어떠한 토지를 체비지 또는 보류지로 정할지 여부 및 그 범위에 대해 어느 정도의 재량을 가지고 있다고 봄이 상당한 점 등을 감안할 때 사업시행자는 보류지 특히 공공시설용지에정지에 대하여까지 사용수익권과 그 처분권을 가지고 배타적인 사실상의 경제적 지배를 함으로써 담세력이 인정된다고 보아야 한다. 따라서 공공시설용지를 체비지와 달리 볼 것은 아니므로 이 사건 법률조항이 실질과세의 원칙에 반하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

#### 다. 행정자치부장관 및 영주시장의 의견

토지구획정리사업 시행자가 공공시설용 보류지에 대하여 환지처분이 이

루어지기 전까지는 처분권을 갖고 있지 아니한다 하더라도 소유권의 경제적 징표인 사용·수익권과 관리권은 갖고 있는 것으로서, 보류지에 대하여 배타적인 사실상의 경제적 지배를 함으로써 담세력을 지니고 있으므로 법률로 종합토지세의 납세의무자로 정한 것이다. 또한 토지구획정리사업의 시행자인 토지구획정리조합이 보류지에 대한 납세의무자가 아니라면 그에 대한 납세의무자가 존재하지 아니하게 되는 결과가 되어 보류지는 종합토지세 과세대상이면서 납세의무자가 존재하지 아니하는 모순이 발생하며, 보류지만을 종합토지세 과세대상에서 제외하는 문제로 인하여 종합토지세 과세대상인 타 토지와 불형평이 발생하게 되므로, 토지구획정리사업자를 납세의무자로 한 것으로 평등의 원칙과 실질과세의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

### 【결정요지】

종합토지세가 예정하고 있는 납세의무자의 담세력은 일반적인 사용·수익 가능성이라고 할 것인데, 보류지로 지정된 토지의 소유자 또는 임차권자 등이 환지를 정하지 아니하기로 하는 결정을 받은 경우 시행자는 이들에 대하여 당해 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있으며(도시개발법 제36조 제1항) 이로 인하여 토지 또는 당해 부분을 사용·수익할 수 있는 자가 없는 경우에는 그 날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리하는 경우가 있고(도시개발법 제38조 제1항) 시행자는 보류지를 포함하여 도시개발구역 안에서 특별시장 등의 허가를 받은 경우에는 건축물의 건축, 물건을 쌓아 놓는 행위 등의 행위를 할 수 있으며(도시개발법 제9조 제5항) 사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 시장 등의 허가를 받아 타인이 점유하는 토지에 출입하거나 당해 토지의 소유자 등의 동의나 시장 등의 허가를 받아 이를 재료적치장 또는 임시도로로 일시 사용할 수 있으므로(도시개발법 제63조) 이를 종합하면 시행자의 보류지에 대한 일반적인 사용·수익 가능성을 인정할 수 있다.

또한 도시개발사업은 실무상 장기간 시행되는 점, 시행자가 자신의 사업 목적을 위하여 일정한 토지를 개발구역 내에 포함시킨 점 등을 종합하여 보면 그 이익이 오로지 공익적인 것으로만 볼 수는 없으므로 시행자가 규

약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 보류지를 지정하였다고 하여 이를 종합토지세 과세대상에서 당연히 제외되는 것으로 볼 수는 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 조세평등주의 및 실질과세원칙에 위반되지 아니한다.

### 재판관 권성의 반대의견

종합토지세는 토지의 소유 내지 사실상의 소유가 수익에 해당함을 전제로 하여 부과되는 수익세적 재산세이다.

구 지방세법 제234조의9 제2항의 제1호 내지 제5호에 규정된 납세의무자들은 모두 소유자의 지위와 불가분의 밀접한 지위를 갖는 자들인데 이들에 이어 제6호에서 위 도시개발법 제38조 제1항 소정의 ‘관리자’를 납부의무자로 규정하고 있다. 그런데 도시개발법 제38조 제1항의 ‘관리’라는 것은 체비지든 보류지든 소유라는 개념과는 원래가 절연되어 있는 것이어서 도시개발법 제38조 제1항의 사업시행자는, 관리자의 지위에 있는 동안에는 과세의 대상이 될 실질을 전혀 갖지 못한 자임이 분명하다.

따라서 보류지를 사업시행자에 대한 종합토지세 부과 대상으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항 부분은 실질과세의 원칙에 어긋나 위헌임을 면할 수 없다.

### 【해설】

#### 1. 종합토지세의 입법목적 및 법률의 연혁

가. 종합토지세는 토지보유에 대하여 각 필지별로 과세되고 있던 토지분 재산세와 유희토지 및 비업무용토지를 과세대상으로 하고 있던 토지과다보유세를 통·폐합하여 전국에 있는 모든 토지를 소유자별로 합산한 다음 그 합산한 토지가액에 누진세율을 적용함으로써, 토지보유 정도에 따른 응능과세원칙을 확립하고 세제를 통하여 과다한 토지보유를 억제하여 지가안정과 토지소유의 저변확대를 도모하기 위하여 도입된 세제이며 그 성격은 하나의 과세대상에 대하여 국고충족을 위한 수입목적과 소득재분배 또는 자

원배분을 위한 작용목적이 동시에 결부되어 있는 것이라고 할 수 있으며<sup>1)</sup> 토지를 직접적인 과세대상으로 하는 토지관련 세목 중 토지보유 사실을 과세대상으로 하는 지방세이다.<sup>2)</sup> 또한 종합토지세는 특별히 비과세되는 토지가 아닌 한 모든 토지에 대하여 부과되며 납세의무자는 원칙적으로 사실상 소유자이고 예외적으로 공부상 소유자 또는 법에서 특별히 지정한 사람(신탁자, 연부매수 후 무상으로 사용권을 부여받은 자 등)이 그 납세의무자로 되며 소유권의 귀속이 분명하지 않은 경우에는 그 사용자가 납세의무자가 된다. 위와 같이 원칙적으로 사실상 소유자(구 지방세법 제234조의9 제1항), 예외적으로 공부상 소유자 또는 법률이 특별히 지정한 사람(같은 조 제2항), 제1항, 제2항에 의하여도 불분명한 경우에는 사용자(같은 조 제3항)를 납세의무자로 규정한 입법자의 의도는 비과세 토지에 해당하지 않는 한 모든 토지에 대하여 종합토지세를 부과하려는 것으로 보인다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 43, 49 참조).

나. 종합토지세는 1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정된 구 지방세법에 의하여 1990. 1. 1.부터 시행되었고, 도입 당시 종합토지세의 과세대상 토지는 “지적법에 의한 모든 토지”이고<sup>3)</sup> 납세의무자는 위 토지를 사실상 소유하고 있는 자로 하였으며<sup>4)</sup> 그 예외로서 일정한 경우에는 공부상 소유자 등을 납세의무자로 규정하고<sup>5)</sup> 소유권의 귀속이 불분명하여 사실상의 소유자를

1) 송쌍중, 종합토지세의 조세논리, 지방세, 58, 11면 참조; 지방세로 되어 있던 토지세가 종합토지세로 변화되면서 지방정부의 재정기능을 수행해야 하는 토지세로서 보다는 국가의 정책을 수행하기 위한 정책세체로서의 기능으로 변환되었다는 견해도 있다(이영희, 종합토지세와 관련된 쟁점 및 향후방향, 지방세, 50, 39면 참조).

2) 이남식, 종합토지세에 관한 연구, 산경연구, 6.1, 133면 참조; 하지만 그 성격은 재산세적이며 토지를 소유하고 있음으로 인하여 예상되어 지는 수익에 대하여 과세하는 수익세임은 재산세 및 토지과다보유세 때와 다름이 없다. 따라서 당해 토지에서 현실적인 어떤 수익이 있어야 하는 조건 등을 요하지 아니한다(김의효, 종합토지세정해, 한국지방세연구회, 1989, 19면 참조).

3) 구 지방세법(1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정되고, 1993. 12. 27. 법률 제4655호로 개정되기 전의 것) 제234조의8.

4) 구 지방세법(1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정되고, 1993. 12. 27. 법률 제4655호로 개정되기 전의 것) 제234조의9 제1항.

5) 구 지방세법(1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정되고, 1993. 12. 27. 법률 제4655호로 개정되기 전의 것)

제234조의9 ② 제1항의 규정에 불구하고 종합토지세 과세기준일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 종합토지세를 납부할 의무가 있다.

확인할 수 없는 경우에는 그 사용자를 납세의무자로 규정하였다.<sup>6)</sup> 그 후 1993. 12. 27. 법률 제4655호로 개정 시에 예외사유의 하나로 구 지방세법 제234조의 9 제2항 제5호(신탁법에 의하여 수탁자 명의로 등기된 토지는 위탁자를 납세의무자로 하는 규정)가 추가 신설되었고 1994. 12. 22. 법률 제4794호로 개정 시에 과세대상 토지를 “지적법에 의한 모든 토지”에서 단순히 “모든 토지”로 개정하였다.

과세당국은 정리사업법에 의한 환지계획에 의하여 체비지로 지정된 토지에 대하여 사업시행자를 사실상의 소유자 또는 그 사용자로 보아 종합토지세를 부과하였다. 그런데 위에서 살펴 본 바와 같은 대법원 1996. 4. 18. 선고 93누1022 전원합의체 판결로 정리사업법에 의한 사업시행자는 체비지 예정지에 대한 사실상의 소유자에 해당하지 않으며 나아가 지방세법 제234조의9 제3항에서 정한 “사용자”로도 볼 수 없다고 판시함에 따라 체비지에 정지에 대하여는 과세를 할 수 없게 되었다.

이에 입법자는 1997. 8. 30. 법률 제5406호로 지방세법을 개정하면서 사실상의 소유자를 납세의무자로 하는 지방세법 제234조의9 제1항에 불구하고 체비지 또는 보류지에 관하여는 그 사업시행자를 납세의무자로 하는 이 사건 법률조항을 신설하기에 이르렀다.

그 후 2005. 1. 5. 법률 제7332호로 지방세법이 개정되면서 종합토지세에 관하여 규정하고 있던 구 지방세법 제234조의8 내지 제234조의34가 삭제되고 조문의 위치를 바꾸어 지방세법 제2절 재산세 이하에서 규정하고 있다.

## 2. 도시개발법상 환지계획 일반

- 
1. 공부상의 소유자가 매매 등의 사유로 소유권에 변동이 있었음에도 이를 신고하지 아니하여 사실상의 소유자를 알 수 없는 때에는 공부상의 소유자
  2. 상속이 개시된 토지로서 상속등기가 이행되지 아니하고 사실상의 소유자를 신고하지 아니한 때에는 내무부령으로 정하는 주된 상속자
  3. 공부상에 개인 등의 명의로 등재되어 있는 사실상의 중중토지로서 공부상의 소유자가 중중소유임을 신고하지 아니한 때에는 공부상의 소유자
  4. 국·도·시·군·지방자치단체조합 기타 대통령령으로 정하는 자와 종합토지세 과세대상 토지를 연부로 매매계약을 체결하고 그 토지의 사용권을 무상으로 부여받은 경우에는 그 매수계약자
- 6) 구 지방세법(1989. 6. 16. 법률 제4128호로 개정되고, 1993. 12. 27. 법률 제4655호로 개정되기 전의 것) 제234조의9 제3항.

도시개발사업은 시행자가 도시개발구역 안의 토지 등을 수용 또는 사용하는 방식이나 환지방식 또는 이를 혼용하는 방식으로 시행할 수 있는바(도시개발법 제20조 제1항) 환지계획은 환지방식 또는 혼용방식의 경우에 문제되는 것이다.

환지계획이란 개발사업으로 인하여 조성된 대지의 분배에 관한 계획으로 사업시행자가 일정한 절차를 통하여 입안하고, 시장·군수의 인가공고를 통해 성립하는 계획을 말한다.<sup>7)</sup>

환지계획은 사업시행자가 입안자이며 결정권자는 시장·군수 또는 구청장이 된다(도시개발법 제28조 제1항). 이러한 환지계획의 가장 중요한 내용은 재원조달목적의 체비지 확정·환지를 받는 토지소유자의 확정·공공시설용지 등을 위한 보류지의 확정 등이 될 것이며 이러한 환지계획의 인가를 통하여 일반환지예정지, 체비지 예정지, 보류지 예정지 등이 정하여진다.<sup>8)</sup>

일반환지예정지로 지정되는 경우에는 종전의 토지에 관한 토지소유자 및 임차권자 등은 환지예정지의 지정의 효력발생일로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 환지예정지에 대하여 종전과 동일한 내용의 권리를 행사할 수 있으며 종전의 토지에 대하여는 이를 사용하거나 수익할 수 없으며, 당해 환지예정지의 종전의 소유자 또는 임차권자 등은 이를 사용하거나 수익할 수 없으며 위와 같은 새로운 사용·수익권자의 권리를 방해할 수 없다(도시개발법 제35조 제1항, 제3항).<sup>9)</sup>

또한 체비지에 대하여는 사업시행자는 도시개발사업에 소요되는 비용을

---

7) 김종보, 건축행정법, 제418면 참조.

8) 환지예정지 지정은 환지계획이 확정하고 있는 권리의무관계가 환지처분에 의해 종국적으로 실현되기 전 단계에서 구 토지의 사용수익권을 새로운 토지의 사용수익권으로 이전시키는 기능을 담당한다(한상혁, 도시개발법상 환지제도에 관한 연구, 중앙대학교 석사학위논문, 2005, 69면 참조).

9) 하지만 이러한 경우라고 하더라도 구 토지소유자는 환지처분의 효력이 발생할 때까지는 토지의 소유자라고 할 것이다(대법원 1964. 9. 22. 선고 64나597 판결, “종전 토지의 소유자는 환지계획에 의한 공사가 완료되어 환지처분과 그의 공고가 있을 때까지는 의연 종전토지에 대한 소유권자라 할 것이다.”). 따라서 종전의 토지소유자는 그 토지를 처분할 수 있다(대법원 1963. 5. 21. 선고 63누21 판결, “환지예정지의 지정이 있더라도 종전의 토지소유자는 환지처분이 있을 때까지는 종전의 토지에 대한 소유권을 상실하는 것이 아니므로 이를 처분할 수 있다.”).

충당하기 위하여 이를 사용 또는 수익하게 하거나 처분할 수 있다(도시개발법 제35조 제4항).

한편 보류지에 대하여는 일반환지에정지나 체비지와 같이 새로운 사용·수익권을 명시적으로 인정하는 법조항은 찾아 볼 수 없다.

### 3 체비지와 보류지의 구분

#### 가. 쟁점

이 사건 법률조항에 대하여는 위에서 살펴 본 바와 같은 헌법재판소의 선례가 있다. 하지만 위 선례는 ‘체비지’에 대한 것이므로 당해사건 및 청구인이 문제로 삼고 있는 ‘보류지’에 대한 판단은 아니다. 따라서 위와 같은 선례가 이 사건 심판청구에 적용되기 위한 전제로서 ‘체비지’와 ‘보류지’는 구별되어지는 것인지에 대한 판단이 필요하다.

#### 나. 보류지는 체비지의 상위개념이라는 견해<sup>10)</sup>

보류지는 체비지를 포함하는 상위개념이라고 이해하는 입장이 존재하는 바, 그 논거는 도시개발법 제27조 제5항<sup>11)</sup>이 “보류지(체비지·공공시설용지)”라고 하고 있고, 도시개발법 시행규칙 제20조의4<sup>12)</sup> 관련 별표 3의2<sup>13)</sup>

10) 위에서 살펴본 2005아173 위헌제청신청 사건에서도 이와 같은 견해에 입각하여 판단하고 있다(대구지방법원 2005아173 위헌제청신청 결정문 제7면 참조).

11) 도시개발법 제27조(환지계획의 작성) ① 시행자는 도시개발사업의 전부 또는 일부를 환지방식에 의하여 시행하고자 하는 경우에는 다음 각 호의 사항이 포함된 환지계획을 작성하여야 한다.

4. 제33조의 규정에 의한 체비지 또는 보류지의 명세

⑤ 제1항의 환지계획의 작성에 따른 환지계획의 기준, 보류지(체비지·공공시설용지)의 책정기준에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정할 수 있다.

12) 제20조의4 (보류지의 책정기준) 법 제27조 제5항의 규정에 의한 보류지의 책정기준은 별표 3의2와 같다

13) 별표3의2

#### 보류지의 책정기준(제20조의4 관련)

구 분	책 정 기 준
1. 체비지	1. 체비지는 토지를 여러 등급으로 구분하여 각 등급간에 균형이 이루어지도록 하여야 한다. 2. 체비지는 환지전후의 지가변동률·물가상승률 및 인근토지의 거래



는 보류지를 “1. 체비지, 2. 공공시설용지”로 구분하고 있음에 근거한다. 더 나아가 도시개발업무지침 4-4-2는 보류지를 환지방식에 의하여 조성되는 토지 중에서 일반환지대상 토지 외의 토지로서 체비지, 공공시설용지 및 노인정·마을회관 등 지역주민생활에 필요한 공공시설의 설치를 위한 용지를 말한다고 규정되어 있다. 하지만 위와 같은 개념은 ‘광의의 보류지’의 개념으로서 일반 환지대상토지외의 토지를 말하는 것이며<sup>14)</sup> 당해사건<sup>15)</sup>이나 실무를 살펴봐도 보류지와 체비지는 엄밀히 구분되어 사용되고 있음을 알 수 있으므로 보류지를 체비지를 포함하는 광의의 개념으로 이해하는 것은 바람직하지 아니하다.

### 다. 보류지와 체비지를 구별하는 견해

#### (1) 개념상의 구분

	<p>가격 등을 참작하여 적정규모가 되도록 하여야 한다.</p> <p>3. 법 제33조제2항의 규정에 의하여 체비지를 집단으로 지정하는 경우에는 제1호의 규정을 적용하지 아니할 수 있다.</p>
<p>2. 공공시설용지</p>	<p>1. 공공시설용지는 이미 결정된 도시관리계획 또는 도시계획시설의 결정·구조및설치기준에 관한규칙에 적합하게 책정하여야 하며, 다음 사항을 고려하여야 한다.</p> <p>가. 환지계획구역 안에 도시계획시설의결정·구조및설치기준에 관한규칙에 의한 주간선도로·보조간선도로 외의 도로를 배치할 때에는 가능한 한 주간선도로에 동규칙에 의한 집산도로 또는 국지도로가 직접 연결되지 아니하도록 배치하고, 필요한 때에는 회전차선·변속차선 또는 교통섬 및 입체교차시설 등을 설치하도록 하여야 한다.</p> <p>나. 공원은 이용하기 쉬운 위치에 배치하여야 하며, 공원의 면적은 환지계획구역면적의 100분의 3 이상이 되도록 하여야 한다.</p> <p>2. 국토의계획및이용에관한법률 제2조제13호 및 동법시행령 제4조의 규정에 의한 공공시설 외의 기반시설을 설치하는 때에는 도시계획시설의결정·구조및설치기준에 관한규칙 또는 관계법령에 적합하게 하여야 한다.</p>

14) 허부열, 체비지의 공시방법, 재판과 판례, 4, 720면.

15) 당해사건에서도 과세대상을 체비지에 대한 것과 보류지에 대한 것을 구분하여 계산하고 있음을 알 수 있고, 영주시세감면조례 제16조도 감면비율을 각 달리하고 있다.

도시개발법 제33조 제1항은 ‘시행자는 도시개발사업에 필요한 경비를 충당하거나 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니하고 이를 체비지 또는 보류지로 정할 수 있다.’라고 하여 체비지와 보류지의 개념을 명시하고 있다. 하지만 위 조문의 문리해석상 체비지와 보류지를 정하는 목적이 일응 동일한 것으로 보여지기 때문에 체비지와 보류지의 개념을 정하는데 어려움이 있다.<sup>16)</sup>

한편 헌법재판소는, 체비지를 토지구획정리사업 시행자가 사업에 필요한 경비를 충당하기 위하여 환지계획에서 일정한 토지를 환지로 지정하지 아니하고 시행자가 매각처분할 수 있도록 남겨둔 토지를 말하는 것으로 정의한바 있다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 43 참조). 또한 이 사건 법률조항도 체비지 또는 보류지에 대한 세법상의 정의를 규정하고 있는 것으로 볼 수 있는데 그 규정형식을 보류지에 체비지가 포함되는 것으로 구성하지 아니하고 일응 보류지와 체비지를 구분되는 것으로 보아 병렬적 개념정의의 형식을 취하고 있음을 알 수 있다.

따라서 보류지는, 도시개발법 제33조 제1항과 위 헌법재판소의 판시 및 이 사건 법률조항의 규정형식을 종합하여 보면, 시행자가 사업경비충당목적 이외에 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니한 것으로 정의할 수 있어 체비지와 보류지는 개념상 구별되어지는 것이라고 보아야 한다.<sup>17)</sup> 더 나아가 현행법령이 명시적으로 구체화하고 있는 보류지에 속하는 토지는, 앞에서 살펴본 도시개발법 제27조 제5항·도시개발법시행규칙 제20조의4 관련 별표 3의2 및 도시개발법시행규칙 4-4-2를 종합하여 볼 때 공공시설용지 및 공공시설의 설치를 위한 용지를 말하는 것이라고 볼 수 있다.<sup>18)</sup>

16) 허부열, 체비지의 공시방법, 재판과 판례, 4, 720면.

17) 김동희, 행정법 II, 박영사(1997), 347면 참조. 한편 국내 행정법관련 서적을 검토하여 보아도 체비지와 보류지의 개념을 구분하여 설명하고 있는 교과서는 찾아 볼 수 없었다.

18) 보류지의 개념을 위와 같이 “시행자가 사업경비충당목적 이외에 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니한 것”으로 정의하면 보류지에는 공공시설용지 및 공공시설의 설치를 위한 용지 이외의 토지도 이에 포함시킬 수 있는 여지가 있다. 도시개발법이 제정되기 이전의 법률인 토지구획정리사업법시행규칙 제3조 별표에 의하더라도 보류지 책정란에 “기타용지”의 항목을 따로 두고 있는 것도 위와 같은 여지를 반영하기

참고적으로 일본의 경우에는 개인시행 또는 조합시행의 토지구획정리사업에 있어서 사업시행의 경비조달을 위하여 또는 규약·정관에 정한 목적을 위하여 일정한 토지를 환지계획에서 보류지로 지정하는 것이 가능하다고 규정하고 있고(일본 토지구획정리사업법 제98조 제1항) 여기서 규약·정관에 정한 목적 등은 공공시설에는 해당되지 아니하지만 지역 주민에게 필요한 학교·병원의 용지를 정하는 경우를 지칭하는 것이라고 한다.<sup>19)</sup> 따라서 일본의 경우에는 환지로 지정하지 아니한 부분 중 공공시설용지를 제외한 부분을 총괄하여 보류지로 정의하고 있음을 알 수 있다.<sup>20)</sup>

## (2) 사업시행자의 체비지 및 보류지에 대한 권리

환지계획에서 체비지에 대한 환지에정지를 지정하면 그 때부터 그 체비지에 대한 사용수익권은 사업시행자에게 귀속하고 시행자는 이를 제3자에게 처분할 수도 있다(도시개발법 제35조 제4항). 이러한 사업시행자의 체비지에 대한 권리의 성질에 대하여는 장래 환지처분 시에 취득하게 되는 소유권의 전신과 같은 것으로서 물권 유사의 사용수익권이라고 보는 것이 통

---

위한 것으로 보인다. 하지만 위 별표에 의하면 “기타용지”는 지역주민생활에 필수불가결한 목적 외에는 책정할 수 없으며 예비비의 목적으로 보류지를 지정하여서는 아니된다라는 제한을 두고 있었던 점과 위 별표와 현행 도시개발법시행규칙 제20조의4 별표3의2를 비교하면 이전에 규정되어 있던 “기타용지”가 삭제된 점을 종합하여 보면 실정법상으로 구체화 된 보류지에는 공공시설용지 및 공공시설설치를 위한 용지 이외의 다른 토지를 상정할 수 없다.

더 나아가 체비지의 경우, 매각대금은 당해 사업 이외의 다른 목적으로 사용하지 못하고, 그 집행 잔액이 있더라도 당해 사업지구 안의 공공시설 설치에 사용하여야 하는 제한(도시개발법 제68조 제2항, 제3항)을 받게 되는 측면을 고려하면 보류지의 경우 공공시설용지 이외에 사업시행자가 사업시행이 아닌 다른 목적을 위하여 임의로 처분할 수 있는 부분을 보류지로 인정하지 않으려는 것이 입법자의 의도라고 볼 수 있는 점도 위의 논거가 될 수 있다.

한편 공공시설용지는 도로·공원·철도·수도 그 밖에 대통령령이 정하는 공공용시설을 말하는 것이며(국토의 계획 이용에 관한 법률 제2조 제13호), ‘그 밖에 대통령령이 정하는 공공용시설’이라 함은 항만·공항·운하·광장·녹지·공공공지·공동구·하천·유수지·방화설비·방풍설비·방수설비·사방설비·방조설비·하수도·구거, 행정청이 설치하는 주차장·운동장·저수지·화장장·공동묘지·납골시설 등을 말하는 것이다(국토의 계획 이용에 관한 법률 시행령 제4조 제1호, 제2호).

19) 土生照子, 保留地おめぐる諸問題, 自由と正義, 37.1, 40면.

20) 일본 토지구획정리사업법에서는 보류지라는 용어만을 사용하고 있다. 단지 체비지라는 용어는 관행상 사용되어 지고 있는 용어이다(허부열, 전계논문, 720면 참조).

설, 판례<sup>21)</sup>이다. 이 권리의 내용은 체비지를 사업의 목적에 따라 유지관리하고, 사업시행을 위하여 제3자에게 사용·수익시키며, 사업비 충당을 위하여 처분하는 등의 권한을 말한다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 44 참조).

한편 보류지에 대하여는 위의 체비지와 달리 사업시행자가 보류지를 사용 또는 수익하게 하거나 처분할 수 있는 권한이 있음을 명시적으로 규정하고 있는 법률적인 근거는 존재하지 아니한다.

단지 시행자는 환지를 정하지 아니하기로 결정된 토지소유자 또는 임차권자 등에게 기일을 정하여 그 날부터 당해 토지 또는 당해 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있으며(도시개발법 제36조 제1항) 이로 인하여 토지 또는 당해 부분을 사용 수익할 수 있는 자가 없는 경우에는 그 날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리<sup>22)</sup>한다(도시개발법 제38조 제1항)라고 규정되어 있어 보류지로 지정된 토지의 소유자 또는 임차권자 등이 환지를 정하지 아니하기로 하는 결정을 받은 경우 사업시행자는 이들에 대하여 당해 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있고 이로 인하여 토지 또는 당해 부분을 사용 수익할 수 있는 자가 없는 경우에는 그 날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리하는 경우가 있을 수 있다. 또한 시행자는 도시개발법 제33조의 규정에 의한 체비지 또는 보류지를 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적 및 방법에 따라 합리적으로 이를 처분 또는 관리하여야 한다(도시개발법 제43조 제1항)고 규정하고 있다.

하지만 위의 모든 경우에 있어서 사업시행자는 체비지에 대하여서도 동일한 권리를 가지는 것이므로 사업시행자의 체비지와 보류지에 대한 권리를 구별할 실익은 없게 된다.

### (3) 환지처분의 효과

21) 박병대, 전게서, 128, 강윤호, “토지구획정리에서의 체비지”, 사법논집 제8집, 481면, 대법원 1995. 3. 10. 선고 93다57964 판결 등 참조.

22) 헌법재판소 2001. 7. 19. 2000헌바40 등 사건의 반대의견에서는 여기서 말하는 ‘관리’의 개념을 다음과 같이 정의하고 있다. “여기에서 말하는 관리는 토지구획정리사업법 독자의 개념(공법상의 관리권)으로서 그 관리의 내용은 사업의 목적에 따라, 사업의 시행을 위하여 행하는 이들 토지에 대한 보존, 이용, 개량 등이라 할 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바 등, 판례집 13-2, 36, 50 참조).”

환지처분의 공고에 의해 환지처분의 효과가 발생하는 경우, 체비지의 경우에는 시행자가, 보류지의 경우에는 환지계획에서 정한 자가 각각 환지처분의 공고가 있는 날의 다음 날에 당해 소유권을 취득한다는(도시개발법 제41조 제5항) 측면에서는 체비지와 보류지는 구별된다.

#### (4) 소결

이상을 종합하여 보면 이 사건 법률조항의 보류지의 개념을 체비지를 포함하는 것으로 이해하는 것은 위에서 살펴본 바와 같은 이유에서 바람직하지 아니하다. 보류지는 체비지와 구별되는 것으로 보아야 하며 보류지로서 현행법령이 구체화하고 있는 것은 공공시설용지 및 공공시설의 설치를 위한 용지 등이다.

즉 체비지는 시행자가 사업에 필요한 경비를 충당하기 위해서 일정한 토지를 환지로 지정하지 아니한 것으로, 환지처분전이라고 하더라도 시행자는 이를 사용·수익·처분할 수 있는 것이고 환지처분이 있게 되면 그 소유권은 사업시행자에게 귀속되는 것이다(단, 환지처분 전에 이미 처분된 체비지는 당해 체비지를 매입한 자가 소유권이전등기를 마친 때에는 이를 취득한다).

한편 보류지는 사업시행자가 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 일정한 토지를 환지로 정하지 아니한 것으로 여기에는 공공시설용지 기타 지역주민생활에 필요한 공공시설의 설치를 위한 용지가 포함되는 개념으로서, 원칙적으로 사업시행자는 이를 사용·수익·처분할 권리는 없지만 환지를 정하지 아니하기로 결정을 받은 토지소유자 또는 임차권자 등에게 당해부분의 사용 수익을 정지시킨 결과 이를 사용 또는 수익할 자가 없는 경우 그 날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 사업시행자가 이를 관리할 수 있으며 환지처분이 있게 되면 소유권은 환지계획에서 정한 자가 취득한다.<sup>23)</sup>

또한 사업시행자는 체비지와 보류지에 대하여 공히 규약·정관·시행규

---

23) 한편 체비지처분금은 순수하게 비용충당목적으로만 사용되지만, 보류지는 비용충당을 포함한 다른 복합목적(이른바 정관·규약·등이 정한 목적)을 위해 사용될 수 있다는 구별점을 제시하기도 하는 의견이 있다(허부열, 전제논문, 721면).

정 또는 실시계획이 정하는 목적 및 방법에 따라 합리적으로 이를 처분 또는 관리하여야 한다.

#### 4. 조세평등주의와 실질과세원칙 위배여부에 대한 판단

##### 가. 조세평등주의와 실질과세의 원칙

우리 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이 는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있으므로 조세법률관계에 있어서도 과세는 개인의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니하는바, 이를 조세평등주의라고 한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 593; 헌재 2001. 1. 18. 98헌바84등, 판례집 13-1, 41, 55; 헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 211; 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608; 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686, 695; 헌재 2000. 1. 27. 98헌바6, 판례집 12-1, 42, 54; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바38등, 판례집 12-1, 188, 227; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바99, 판례집 12-2, 95, 102-103 등 참조).

한편 실질과세의 원칙은, 조세평등주의의 이념을 실현하기 위하여, 법률상의 형식과 경제상의 실질이 서로 부합하지 않는 경우에 그 경제적 실질을 추구하고 그에 과세함으로써 조세를 공평하게 부과하여야 한다는 것이다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등, 판례집 10-1, 410; 헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 213 등 참조).

##### 나. 이 사건 법률조항이 조세평등주의 및 실질과세원칙에 위배되는지 여부에 대한 판단

입법자로서는 환지처분의 공고가 있는 때까지 보류지에 대한 종합토지세에 관하여, 보류지의 법률적 특성과 사업시행자의 보류지에 대한 권리가 한시적, 공익적인 점을 고려하여 비과세나 면세로 할 것인지 아니면 다른 환지에정지와 동일하게 취급하여 과세할 것인지 선택할 수 있다 할 것이므

로 이는 입법정책의 문제라 할 수 있다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 45 참조).

(1) 합헌론

(가) 종합토지세가 예정하는 납세의무자의 담세력

종합토지세의 과세대상은 특별히 비과세되는 토지가 아닌 한 모든 토지이며(구 지방세법 제234조의8) 납세의무자는 원칙적으로 토지의 사실상 소유자이고 예외적으로 공부상 소유자 또는 법에서 특별히 지정한 사람이 그 납세의무자가 되며 소유권의 귀속이 분명하지 않은 경우에는 그 사용자가 지도 납세의무자가 된다(구 지방세법 제234조의9 제1항 내지 제3항).

또한 종합토지세의 입법목적 중 세제를 통하여 과도한 토지를 보유하고 있는 자로 하여금 이를 처분하게끔 유도하여 토지소유의 저변확대를 도모한다는 정책적인 측면을 고려하면 종합토지세의 납세의무자는 사법상의 처분권까지도 구비하여야 하는 것으로 이해될 수 있다. 하지만 종합토지세는 위와 같은 정책세적인 성격 이외에 기본적으로 수익세적 재산세의 성격을 동시에 가지는 것이므로 종합토지세의 납세의무자가 반드시 사법상의 처분권까지 구비하여야 하는 것은 아니다.

따라서 종합토지세의 납세의무자가 가지는 담세력이라는 것은 사법상의 소유자가 갖는 제반권능인 엄격한 의미의 사용·수익·처분권을 모두 포함한 배타적인 경제적 지배력을 의미한다고 보기는 어렵고 현실적인 사용·수익을 불문하고 일반적인 사용·수익 가능성<sup>24)</sup>을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.<sup>25)</sup>

한편, 보류지에 대하여는, 체비지와는 달리 사업시행자에게 사용·수익·처분권을 부여하는 명시적인 규정(도시개발법 제35조 제4항)은 존재하지 아니한다.

---

24) 종합토지세의 성격은 재산세적이며 토지를 소유하고 있음으로 인하여 예상되어지는 수익에 대하여 과세하는 수익세이다. 따라서 당해 토지에서 현실적인 어떤 수익이 있어야 함을 조건으로 하지는 아니한다(김의효, 전거서, 제19면).

25) 대법원의 위 93누1022 판결의 소수의견에서도 구 지방세법 제234조의9 제1항의 사실상의 소유자를 판단함에 있어서는 그가 사법상의 소유자가 갖는 제반 권능을 반드시 갖추어야 하는 것은 아니라고 판시하고 있다.

하지만 보류지로 지정된 토지의 소유자 또는 임차권자 등이 환지를 정하지 아니하기로 하는 결정을 받은 경우 사업시행자는 이들에 대하여 당해 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있고(도시개발법 제36조 제1항) 이로 인하여 토지 또는 당해 부분을 사용·수익할 수 있는 자가 없는 경우에는 그 날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리하는 경우가 있을 수 있으며(도시개발법 제38조 제1항), 위와 같은 관리권은 사용·수익권을 포함하는 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 48 참조).<sup>26)</sup>

만약 보류지로 지정된 구역 내에 환지를 정하지 아니하기로 결정된 토지 소유자 또는 임차권자 등이 존재하는 경우라면 당해 토지에 대한 사용, 수익은 기존의 토지소유자 또는 임차권자 등이 그대로 향유하면서 종합토지세의 납부의무는 사업시행자가 지게 되는 불평등이 초래될 수 있다.

바로 이와 같은 불평등을 해소하기 위하여 마련된 조항이 도시개발법 제36조 제1항이며 위 조항에 근거하여 사업시행자가 보류지로 지정된 구역 내에 환지를 정하지 아니하기로 결정된 토지소유자 또는 임차권자 등에게 사용 또는 수익을 정지시키고 그 결과 이들이 가지고 있던 사용, 수익권이 사업시행자에게 그대로 승계 되어 그 사용, 수익에 대한 납세의무를 부과하고 있는 것이 바로 이 사건 법률조항인 것이다.

또한 사업시행자는 실시계획이 인가되면 보류지를 포함하여 도시개발구역 안에서 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받은 경우에는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아 놓는 행위 등 대통령령이 정하는 행위<sup>27)</sup>를 할 수 있는 한편

26) 한편, 대법원의 위 93누1022 판결의 다수의견은 사업시행자의 보류지 예정지에 대한 위와 같은 관리를 토지구획정리사업법(현재는 도시개발법) 독자의 개념으로서 그 관리의 내용은 사업의 목적에 따라 사업의 시행을 위하여 행하는 토지에 대한 보존, 이용, 개량 등으로 정의하고 있다.

27) 도시개발법시행령 제12조의2(행위허가의 대상 등)

① 법 제9조 제5항의 규정에 의하여 도시개발구역 안에서 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받아야 하는 행위는 다음 각 호와 같다.

1. 건축물의 건축·공작물의 설치 등 : 「건축법」 제8조의 규정에 의한 건축허가, 동법 제9조의 규정에 의한 건축신고, 동법 제14조의 규정에 의한 용도변경, 동법 제15조의 규정에 의한 가설건축물의 허가 또는 신고대상인 건축물의 건축 또는 공작물의 설치



(도시개발법 제9조 제5항) 도시개발구역의 지정, 도시개발사업에 필요한 조사·측량 또는 사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 타인이 점유하는 토지에 출입하거나 당해 토지의 소유자·점유자 또는 관리인의 동의를 얻거나 그 동의를 얻을 수 없는 경우에는 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 타인의 토지를 재료적치장 또는 임시도로로 일시 사용할 수 있으며 필요한 경우에는 장애물 등을 변경하거나 제거 할 수 있다(도시개발법 제63조). 따라서 이러한 경우를 상정하더라도 사업시행자에게 사용·수익권이 없다고 할 수는 없다.

더 나아가 사업시행자는 보류지를 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적 및 방법에 따라 합리적으로 이를 처분 또는 관리하여야 하므로 위와 같은 관리권을 포기할 수도 없다(도시개발법 제43조 제1항).

따라서 사업시행자는 보류지에 대하여 제한적이기는 하지만 경제적 소유권의 객관적 징표인 일반적인 사용·수익권을 인정할 수 있어 종합토지세가 예정하고 있는 정도의 담세력을 가진다고 볼 수 있다.

#### (나)종합토지세의 성격

종합토지세는 앞에서 살펴본 바와 같이 토지의 과다보유 억제제를 위한 정책세제의 성격을 가지고 있지만 그 기본적인 성격은 수익세적 재산세라고 할 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 45).

한편 사업시행자의 보류지에 대한 권리는 일정한 경우 당해 보류지를 일시 관리하는 지위에 터 잡은 것이고, 보류지는 환지처분의 공고가 있는 날의 다음날에 환지계획에서 정한 자가 당해 소유권을 취득하게 되는(도시개발법 제41조 제5항) 등 한시적이고 공익적인 성격이 다분하다.

하지만 보류지의 사용·수익으로 얻는 수익이 비록 한시적·공익적인

---

2. 토지의 형질변경(굴착을 포함한다), 축목의 별채 및 식재  
3. 토석채취(토지의 형질변경을 목적으로 하는 것을 제외한다)  
4. 토지의 분할  
5. 물건을 쌓아놓는 행위 : 목재·철재·컨테이너 등과 「폐기물관리법」 제2조 제1호의 규정에 의한 폐기물이 아닌 물건을 쌓아놓는 행위  
폐기물관리법 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.  
1. “폐기물”이라 함은 쓰레기·연소재·오니·폐유·폐산·폐알카리·동물의 사체 등으로서 사람의 생활이나 사업활동에 필요하지 아니하게 된 물질을 말한다.

측면이 있다고 하더라도 토지구획정리사업은 장기간 시행되며 사업시행자가 자신의 사업목적에 위하여 일정한 토지를 개발구역내에 포함시킨 점 및 사업시행자의 위와 같은 보류지에 대한 권리 등을 종합하여 보면 그 이익이 오로지 공익적인 것으로만 볼 수는 없다.

따라서 시행자가 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적을 위하여 보류지를 지정하였다고 하여 이를 종합토지세 과세대상에서 당연히 제외되는 것으로 볼 수는 없다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 45 참조).

(다) 정책적인 고려

사업시행자는 환지계획을 작성하는 자로서(도시개발법 제27조 제1항) 비록 환지계획이 시장·군수 또는 구청장의 인가사항이라고 하더라도(도시개발법 제28조 제1항) 어떠한 토지를 체비지 또는 보류지로 정할지의 여부 및 그 범위에 대하여 어느 정도의 재량 및 처분권을 가지고 있다고 보는 것이 상당하므로 체비지에 대하여는 종합토지세 납세의무를 인정하고 보류지에 대하여는 이를 인정하지 아니한다면, 사업시행자의 경우, 시장·군수 또는 구청장의 인가를 받아 환지계획을 변경하는 것이 가능한 점(도시개발법 제28조 제2항)과 개발사업의 시행에는 장기간의 시간이 소요된다는 점을 고려하여, 체비지 또는 일반환지예정지로 지정될 부분을 일단은 보류지로 지정하여 놓고 환지처분 공고일에 임박하여 보류지를 다시 체비지 또는 일반환지예정지로 변경하여 지정한 후 이에 대한 인가를 받아 보류지로 지정된 기간만큼의 종합토지세 납세의무를 회피하는 것이 가능하다.

따라서 보류지로 지정되었다는 사실만으로 종합토지세 납세의무를 면하여 주는 것은 위와 같은 조세회피의 수단으로 이용될 여지가 있다는 측면에서도 바람직하지 아니하다.

(라) 소결

그렇다면 사업시행자를 납세의무자로 하여 보류지에 대하여 종합토지세 과세의무를 부과하는 것은 반드시 불합리하다고 볼 수 없어 조세평등주의 및 실질과세원칙에 위반되지 아니한다.

## (2) 위헌론

### (가) 사업시행자가 보류지에 대하여 갖는 관리의 성격

도시개발법 제38조는 환지예정지의 지정이나 사용 또는 수익의 정지처분으로 인하여 이를 사용 또는 수익할 수 있는 자가 없게 된 토지 또는 당해부분은 그 날로부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리한다고 규정하고 있는바 그 입법취지는 시행자가 사업의 적정한 시행을 위하여 위와 같이 사용 또는 수익할 수 있는 자가 없게 된 보류지 예정지를 환지처분의 공고가 있는 날까지 관리하여 그 목적을 달성하도록 할 책임을 진다는 점을 명확히 하기 위한 것이다(헌재 2001. 7. 19. 2000헌바40 등, 판례집 13-2, 36, 49 참조).

또한 도시개발법 제43조는 시행자는 보류지를 규약·정관·시행규정 또는 실시계획이 정하는 목적 및 방법에 따라 합리적으로 이를 처분 또는 관리하여야 한다고 하면서 ‘권한근거규정’이 아닌 ‘의무부과규정’의 규정형식을 취하고 있는 점을 감안하면 사업시행자가 일정한 경우 보류지를 관리할 수 있다고 하더라도 이는 담세력의 징표인 배타적인 경제적인 지배 즉 사용, 수익권을 가진다고는 할 수 없고 오히려 공법상의 관리책임을 사업시행자에게 부과한 것이라고 보아야 한다.

더 나아가 사업시행자가 도시개발구역 안에서 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받은 경우에는 건축물의 건축, 공작물의 설치, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할, 물건을 쌓아 놓는 행위 등 대통령령이 정하는 행위 등을 할 수 있다거나 사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 타인이 점유하는 토지에 출입하거나 당해 토지의 소유자·점유자 또는 관리인의 동의를 얻거나 그 동의를 얻을 수 없는 경우에는 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아 타인의 토지를 재료적치장 또는 임시도로로 일시 사용할 수 있으며 필요한 경우에는 장애물 등을 변경하거나 제거 할 수 있다고 하더라도 위와 같은 경우 개발계획의 내용에 적합하지 아니하다면 허가권자의 허가를 기대할 수 없는 것이 실정이고 특히 공공시설용지와 같은 보류지에 대하여는 사업시행자의 위와 같은 행위는 강하게 금지될 가능성이 크다고 할 수 있다.

따라서 종합토지세의 납세의무자가 가지는 담세력을 합헌론에서 주장하는 바와 같은 사용·수익 가능성으로 파악한다고 하더라도 사업시행자는 보류지를 사업시행 목적 외로는 사용·수익할 수 없고 단지 사업의 적절한 시행을 위한 공법상의 관리책임자에 불과하므로 이러한 사업시행자에게 종합토지세를 납부하도록 하는 것은 담세력이 없는 자에 대한 조세의 부과에 해당하여 실질과세원칙에 반한다.<sup>28)</sup>

#### (나) 정책적인 고려

사업시행자는 환지계획을 작성하는 자로서(도시개발법 제27조 제1항) 비록 환지계획이 시장·군수 또는 구청장의 인가사항이라고 하더라도(도시개발법 제28조 제1항) 어떠한 토지를 체비지 또는 보류지로 정할지의 여부 및 그 범위에 대하여 어느 정도의 재량권을 가지고 있으므로 체비지에 대하여는 종합토지세 납세의무를 인정하고 보류지에 대하여는 이를 인정하지 아니한다면, 사업시행자는 체비지로 지정할 부분을 보류지로 지정하여 중

28) 하지만 사업시행자가 보류지에 대하여 가지는 관리의 성격을 공법상의 관리책임이라고 파악하더라도 관리책임은 관리권이 있음을 전제로 하는 것이며 이러한 관리권에는 보존행위, 이용행위, 개량행위 등이 포함되는 것이다. 더 나아가 도시개발법상 사업시행자로부터 보류지를 관리하고 있는 동안에 얻었던 수익을 반환하도록 하는 명문의 규정도 존재하지 아니하므로 보류지에 대한 사업시행자의 관리를 ‘권한’이 없는 ‘책임’으로만 파악할 수는 없다.

또한 도시개발법 제9조 제5항 및 제63조에 의하여 인정되는 위와 같은 시행자의 일정한 이용행위를 위해서는 ‘사전허가’로 족한 것이고 도시개발법에서도 허가를 받지 아니하고 위와 같은 이용행위를 한 시행자를 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐(도시개발법 제78조 제1호, 제83조 제1항 제2호) 위와 같은 이용행위가 사후에 개발계획의 내용에 적합하였는지 여부에 대하여는 아무런 통제수단이 없다.

더 나아가 사업시행자인 조합은 도시개발구역 안의 토지소유자들이 도시개발사업을 위하여 설립한 것(도시개발법 시행령 제23조 제1항)으로서 사업시행을 위한 이익이 바로 조합의 이익으로 볼 수 있다. 따라서 사업시행 이외의 목적으로 사용할 수 없다는 것이 사업시행자에게 보류지에 대한 납세의무를 인정할 수 없는 적절한 논거가 될 수는 없다.

또한 조합은 법인인 점(도시개발법 제15조 제1항) 법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 되는 점(민법 제34조)을 종합하여 보더라도 사업시행자인 조합이 사업시행 이외의 목적으로 보류지를 사용하는 것은 조합이 권리능력의 범위를 벗어난 행위로 될 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항이 예정하고 있는 조합의 담세력을 위와 같이 ‘사업시행목적 외의 사용 또는 수익’으로 보아 이를 인정할 수 없어 종합토지세를 부과할 수 없다는 논리는 조합을 법인으로 규정하고 있는 현행법 체계에서는 부당하다.

합토지세 납세의무를 회피할 수 있으므로 이를 방지하기 위한 정책적인 고려가 주장될 수 있다.

도시개발법 시행규칙 제20조의4 별표 3의2에 의하면 공공시설용지의 경우에는 이미 결정된 도시관리계획 또는 도시계획시설의 결정·구조 및 설치 기준에 관한 규칙에 적합하게 책정하여야 하는 제한과 환지계획은 이를 인가사항으로 규정하고 있는 점(도시개발법 제28조 제1항)을 고려하면 사업시행자가 보류지로 지정되어야 하는 부분을 체비지로 지정할 수 있는 재량권은 현실적으로 인정되지 아니한다고 보인다.

문제가 되는 것은 만약 보류지에 대하여 종합토지세를 부과하지 아니하게 되면 체비지로 지정될 부분을 보류지로 지정하여 종합토지세의 납세의무를 회피하는 경우인데, 현실적으로 사업시행자에게 있어 사업경비의 부담은 조세채무의 부담보다 훨씬 과중하므로 사업시행자의 조세채무의 부담을 감안하더라도 조세채무의 부담을 회피하기 위하여 체비지로 지정할 것을 보류지로 지정하는 경우는 매우 드물 것으로 예상된다.

또한 위에서 살펴본 바와 같이 환지계획을 최초로 작성할 당시에는 체비지로 지정될 부분을 보류지로 지정하여 놓고 환지처분 공고일에 임박하여 보류지 부분을 체비지 부분으로 변경하여 이를 인가받는다면 보류지로 지정된 기간만큼의 종합토지세 납부의무의 회피가 가능하다고 하지만 일반적으로 공사경비에 비하여 조세채무액은 사업시행자에게 그 부담이 적은 점과 사업시행의 기간이 장기간이고 공사의 진행은 단계적으로 이루어지므로 일정한 부분의 공사가 마무리되면 공사채무의 이행을 체비지를 처분하는 것으로 같음하는 것이 현실이므로 사업시행자가 당장 시급하고 그 채무액이 많은 공사채무의 이행을 위한 체비지 예정지를 조세채무의 회피를 위하여 보류지로 지정하는 경우는 매우 드물 것으로 보인다. 29)

29) 사업시행자의 보류지 지정에 대하여는 위와 같이 도시관리계획 등을 고려하여 적합하게 책정하여야 하는 제한이 존재하지만 위와 같은 제한이 사업시행자의 보류지 지정에 대한 재량을 부정하는 것은 아니다.

또한 경비의 대부분을 조합원들로부터 납부 받은 금전으로 충당하는 경우에는 사업경비의 부담보다는 보류지에 대한 종합토지세의 부담이 더 무거운 경우도 역시 존재할 수 있으므로 이와 같은 경우라면 조세채무의 회피를 위하여 보류지 지정 면적을 인위적으로 증가시켜 조세채무의 면탈이 여전히 가능해지는 문제가 있다. 더 나아가 일반환지에정지에 대하여 환지처분을 받은 조합원들이 부담하는 당

(다) 구 지방세법 제234조의11 및 제234조의12와의 비교

위에서 살펴본 바와 같이 보류지로서 특별히 현행 법령이 구체화하고 있는 것은 공공시설용지와 공공시설의 설치를 위한 용지이고 이러한 공공시설은 그 시설을 관리할 행정청에 무상으로 귀속되게 되어 있는 점(도시개발법 제65조 제2항)을 고려하면 공공시설용지나 공공시설의 설치를 위한 용지 또한 관리청에 무상으로 귀속된다고 판단된다.<sup>30)</sup>

한편 국가나 지방자치단체 등이 1년 이상 공용 또는 공공용에 사용하는 토지에 대하여는 종합토지세를 부과하지 아니하며(구 지방세법 제234조의11 제2항) 대통령령으로 정하는 도로·하천·구거 등에도 종합토지세를 부과하지 아니한다(구 지방세법 제234조의12 제6호).

그렇다면 보류지에 속하는 공공시설용지 또는 공공시설을 설치하기 위한 용지의 경우에는 환지처분의 공고일의 다음날 이후에는 이를 관리하는 행정청에 무상으로 귀속되어 종합토지세를 납부하지 아니하여도 되는데, 보류지로서의 성질은 동일함에도 불구하고 국가가 아닌 사업시행자가 관리하고 있다는 사실만으로 종합토지세를 납부하여야 하는 점을 고려하면 국가나 지방자치단체에 비하여 사업시행자를 지나치게 불합리하게 차별대우하는 것으로 볼 여지도 있다.<sup>31)</sup>

해 토지에 대한 종합토지세 납세의무의 회피목적으로 위와 같이 보류지 지정면적을 부당하게 넓히는 문제도 여전히 남게 된다.

30) 공공시설용지나 공공시설을 설치하기 위한 용지에 대하여 직접적으로 환지처분 공고일 이후에 관리청에 무상으로 귀속된다는 명문의 규정은 존재하지 아니하나 실무상 이러한 용지는 관리청에 귀속되는 것이 원칙이라고 한다(영주시청 세제과 문의 결과).

한편 도시개발법이 제정되기 전에 적용되던 구 토지구획정리사업법(2000. 1. 28. 법률 제6292호로 폐지됨) 제63조는 “구획정리사업의 시행으로 인하여 생긴 공공시설의 용에 공하는 토지는 환지처분의 공고가 있는 날의 익일에 그 관리자의 구분에 따라 국가 또는 지방자치단체에 귀속한다. 다만, 공공시설 중 의무교육에 필요한 학교교지는 유상으로 한다, 다만, 공공시설 중 초등학교 및 중·고등학교 교육에 필요한 학교교지 또는 시장용지는 유상으로 한다.”라고 규정하여 공공용지의 귀속에 대한 명시적인 규정을 두고 있었다, 하지만 위 구획정리사업법은 “공공시설의 귀속”에 대하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않고 있어 현행 도시개발법과 차이를 보인다.

하지만 공공시설은 공공시설용지를 포함한 것으로 이해될 수 있으므로 위 도시개발법 제65조 제2항을 공공시설용지의 관리청에 무상귀속의 근거규정으로 보는 것이 합리적인 해석이다.

31) 이에 대하여는 구 지방세법 제234조의11 제1항은 “국가·지방자치단체·지방자

(라) 소결

그렇다면 이 사건 법률조항은 보류지에 대하여 경제적 소유권의 징표인 본래의 사용수익권을 가지지 아니하며 처분권은 인정되기조차 어려워 담세력을 가지고 있지 아니한 자에게 납세의무를 지게 한 것으로 실질과세원칙 및 조세평등주의에 위반된다.

다. 소결

구 지방세법이 규정하고 있는 종합토지세의 담세력은 엄격한 의미의 사용·수익·처분권을 전제로 하는 것이 아니라 일반적인 사용·수익 가능성 정도로 족하다고 할 것인바, 도시개발법의 관련 규정 및 보류지에 해당하는 토지가 사업목적에 위하여 제공되었다는 사실 등을 종합하여 보면 사업시행자는 보류지에 대하여 위와 같은 의미의 사용·수익 가능성을 인정할 수 있다. 또한 비교적 장기간 시행되는 도시개발사업의 특성에 비추어 보더라도 단지 보류지로 지정되었다는 사실만으로 당해부분에 대한 종합토지세 납세의무를 면하게 하는 것은 보류지 지정에 있어서 일정한 재량을 가지고 있는 사업시행자로 하여금 납세의무를 면탈하게 하는 수단을 제공하게 한다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 실질과세원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

5. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 종합토지세에 있어 납세의무자의 담세력을 일반적인 사용, 수익가능성이라고 판시하면서, 이 사건 보류지의 경우에도, 토지의 소유자

---

치단체조합·외국정부 및 주한국제기구의 소유에 속하는 토지에 대하여는 종합토지세를 부과하지 아니한다.”고 규정하고 있는 점을 고려해 보아도 현재 당해 토지의 소유자 또는 사용자가 누구이냐에 따른 구별인 것이지 당해 토지의 성질에 따른 구분은 아닌 점을 알 수 있다. 따라서 비록 공공시설용지나 공공시설을 설치하기 위한 용지라는 객관적 성질이 동일하다고 하더라도 소유자나 관리자가 상이함을 이유로 이러한 토지에 대하여 비과세하는 정책을 취하였다 하여 이를 불합리한 차별이라고 볼 수는 없다.

등이 환지를 정하지 아니하기로 하는 결정을 받은 경우 이들에 대하여 당해 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있고 이로 인하여 토지 또는 당해 부분을 사용·수익할 수 있는 자가 없는 경우에는 그 날부터 환지처분의 공고가 있는 날까지 시행자가 이를 관리하는 경우가 있으며 보류지를 포함하여 도시개발구역 안에서 특별시장 등의 허가를 받은 경우에는 건축물의 건축 등의 행위를 할 수 있다는 점을 종합하여 보면, 시행자의 보류지에 대한 일반적인 사용·수익 가능성을 인정할 수 있다고 하여 시행자의 보류지에 대한 종합토지세의 부과는 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다.



## 도로교통법 제78조 제1항 제14호 위헌소원

-음주운전 삼진아웃제-

(헌재 2006. 5. 25. 2005헌바91, 판례집 18-1하, 98)

우 승 아\*

### 【판시사항】

1. 도로교통법(2004. 12. 23. 법률 제7247호로 일부 개정되고 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 제1항 단서 제14호 중 ‘제41조 제1항의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 제41조 제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때’ 부분이 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하는지 여부
2. 위 조항이 평등원칙에 반하는지 여부

### 【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 도로교통법(2004. 12. 23. 법률 제7247호로 일부 개정되고 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 제1항 단서 제14호 중 ‘제41조 제1항의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 제41조 제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이며 그 내용은 다음과 같다.

도로교통법(2004. 12. 23. 법률 제7247호로 일부 개정되고 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 (면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준

---

\* 헌법연구관

에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호·제2호, 제3호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

14. 제41조제1항 또는 제2항의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 제41조제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 2002. 3. 27. 및 2003. 7. 22. 각 음주운전으로 운전면허정지처분을 받은 사실이 있는데, 2005. 3. 8. 다시 혈중알콜농도 0.071%로 음주운전을 하다가 적발되어 같은 해 3. 18. 제주도지방경찰청장으로부터 운전면허를 취소한다는 처분을 받았다.

이에 청구인은 제주지방법원에 위 운전면허취소처분의 취소를 구하는 소를 제기하고(2005구합443) 위 처분의 근거가 된 도로교통법 제78조 제1항 제14호에 대하여 위헌제청신청(제주지방법원 2005아22)을 하였으나 2005. 10. 5. 위 신청이 기각되자 같은 해 11. 9. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 도로교통법 제78조 제1항 단서 제14호에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

### 2. 청구인의 주장요지와 법원의 제청신청기각이유 및 이해관계인의 의견

#### 가. 청구인의 주장요지

주취 중 운전금지 규정을 3회 이상 위반한 자에 대하여 가중된 제재를 가할 경우 3회를 반복한 기간의 차이(예를 들면 1년 이내 3회, 5년 이내 3회 등)에 따라 행위자의 위험성을 달리 평가하고 그에 상응하는 처분을 해야 함에도 불구하고 이 사건 법률조항은 3회를 한정할 수 있는 기간에 아무런 제한을 두고 있지 않고, 주취 중 운전금지 규정을 위반한 경우라도 각 행위 태양에 따라(예를 들면 측정거부, 혈중알콜농도 0.1% 미만 또는

이상, 음주운전으로 물적·인적 피해 야기 등) 위법의 정도가 다름에도 불구하고 종전의 위반행위가 운전면허 취소사유인지 정지사유인지를 구별하지 않고 무조건 주취 중 운전금지 규정을 3회 이상 위반하면 면허를 취소하도록 규정하고 있어 과잉금지의 원칙에 반한다.

또한 이 사건 법률조항은 이미 형사처벌과 행정제재가 이루어진 과거 2회의 주취 중 운전금지 규정 위반경력을 기초로 하여 가중된 제재를 가하는 것이어서 법적안정성을 침해하고, 도로교통법 제78조 제1항 제4호(운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때) 및 제12호(교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때)의 경우는 이 사건 법률조항보다 그 위법성이 더 큼에도 이를 운전면허의 임의적 취소사유로 하고 있는 점에서 평등원칙에도 반한다.

#### 나. 법원의 제청신청기각이유

이 사건 법률조항은 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하고 도로교통과 관련된 안전을 확보하고자 하는데 그 입법목적이 있고, 상습적인 법률위반을 이유로 행정적 제재를 가함에 있어 상습성을 인정하기 위하여 위반행위 사이의 기간에 대하여 제한을 두는 것이 일반적이기는 하나 그러한 기간의 제한이 반드시 필수적인 것은 아니며 이 사건 법률조항의 경우 상습 음주운전자에 대한 제재라는 입법취지, 음주단속에 있어서의 시간적·공간적 한계, 음주운전으로 인한 막대한 사회적·경제적 피해와 그에 대한 행정적 제재의 필요성에 비추어 볼 때 음주운전으로 3회 이상 단속되었을 경우에는 음주운전행위 사이의 기간에 관계없이 운전자에게 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있음을 충분히 인정할 수 있다. 또한 음주운전은 그것이 면허정지사유인지 면허취소사유인지에 따라 그로 인해 발생하는 국민의 생명·신체 및 재산에 대한 위험발생 가능성이 크게 다르지 않고, 이 사건 법률조항에 의하여 면허가 취소된 경우 운전면허 재취득이 제한되는 기간은 2년에 불과한 반면(도로교통법 제70조 제2항 제5호) 음주운전으로 인하여 개인과 사회, 국가가 입는 엄청난 피해를 방지하여야 할 공익의 중대성은 아무리 강조하여도 지나치다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다.

#### 다. 경찰청장의 의견

법원의 위헌제청기각이유와 대체로 유사한바 중복되지 않는 부분은 다음과 같다.

이 사건 법률조항은 2회 이상 음주운전으로 단속되어 처벌받은 운전자가 다시 음주운전을 한 경우 새로운 음주운전행위에 대하여 새로운 행정적 제재로서 운전면허를 취소하는 것이므로 법적 안정성을 침해한다고 할 수 없다.

#### 라. 제주도지방경찰청장의 의견

법원의 위헌제청기각이유와 대체로 유사한바 중복되지 않는 부분은 다음과 같다.

이 사건 법률조항이 정하고 있는 요건에 해당하는 상습음주운전자는 중대한 교통법규의 중복적 위반행위 및 그 침해의 결과에 비추어 볼 때 자동차 등의 운전자에게 요구되는 기본적 안전의식 및 책임의식의 결여를 표출하였다고 할 것이며, 만일 이와 같은 요건에 해당하는 사람에게 그 즉시 또는 단기의 결격기간 경과 후 바로 운전을 허용한다면 공중의 안전, 교통관계자의 교통규칙준수에 관한 공중의 신뢰 등 공익에 나쁜 영향이 초래될 것이 자명하다.

#### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 도로교통과 관련된 안전을 확보하고자 하는데 입법목적이 있는바 그 정당성이 인정되고, 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자는 교통법규준수에 관한 책임의식, 교통관계자로서의 안전의식 등이 현저히 결여되어 있다고 볼 수 있으므로 이러한 자에 대하여 운전면허를 취소하도록 한 것은 위와 같은 입법목적의 달성에 적절한 수단이라고 할 것이다. 한편 도로교통법이 증가하는 교통사고에 대응하여 교통질서를 확립하고자 필요적 면허취소 규정을 두고 이를 계속 확대하는 과정에서 이 사건 법률조항이 신설된 점, 이 사건 법률조항에 대하여 운전면허가 취소되는 경우 그 면허취소 후 결격기간이 법이 정한 운전면허결격기간 중 비교적 단기간인 2년인 점, 음주단속

에 있어서의 시간적·공간적 한계를 고려할 때 음주운전으로 3회 이상 단속되었을 경우에는 음주운전행위 사이의 기간에 관계없이 운전자에게 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있음을 충분히 인정할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 필요적 면허취소를 규정하고 있다거나 위반행위 3회를 한정할 수 있는 기간에 제한을 두고 있지 않다고 하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 제한함에 있어 필요 최소한의 범위를 넘었다고 볼 수는 없다. 또한 음주운전으로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 엄청난 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 결코 지나치다고 할 수 없고 이 사건 법률조항에 해당하여 운전면허를 필요적으로 취소당함으로써 입는 개인적인 불이익 내지 그로부터 파생되는 여타의 간접적 피해의 정도는 이러한 공익의 중대함에 결코 미치지 못하므로 이 사건 법률조항은 법익균형성의 원칙에도 반하지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 반하여 직업의 자유 내지 일반적 행동의 자유를 침해하지 아니한다.

2. 운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 운전자에 대하여 행정적 제재를 가할 경우에는 사고의 경위와 내용, 피해자의 상해의 부위와 정도, 사고운전자의 과실 정도, 사고운전자와 피해자의 나이와 성별, 사고 후의 정황 등 사안의 개별성과 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 운전면허의 정지 또는 취소 여부를 결정하는 것이 합리적이라고 할 것이고, 교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 자에 대해서 운전면허를 취소하거나 정지할 수 있도록 한 것은 교통사고로 사람을 사상한 경우에는 가해자를 밝혀 피해배상이 이루어지도록 하는 등 피해자에 대한 실질적 구제가 중요하므로 행정제재에 재량의 여지를 두어 사고 운전자의 자진신고를 유도함으로써 피해자에 대한 배상이 원활히 이루어지도록 하기 위한 고려가 반영되어 있는 점 등에 비추어 보면, 도로교통법이 운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 자 및 교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 자에 대하여 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 이 사건 법률조항이 법상 면허취소·정지 사유 간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어나 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

## 【해설】

### 1. 이 사건 법률조항의 연혁 및 입법목적

#### 가. 연혁

도로교통법이 1961. 12. 31. 법률 941호로 제정될 당시 필요적 면허취소 규정은 존재하지 않았고 임의적 면허취소·정지 규정만으로 규제하고 있었는데 산업사회로 발전하면서 자동차 수가 늘어나고 이에 따라 교통사고가 증가하게 되어 교통질서 확립이 사회질서의 기본문제로 부각됨에 따라 수차례에 걸친 법개정을 통하여 필요적 면허취소 규정을 둔과 아울러 그 사유를 확대하여 왔고, 그 일환으로 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자에 대한 필요적 운전면허취소를 규정한 이 사건 법률조항이 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 도로교통법이 개정될 때 신설되어(그 이전에는 주취 중 운전금지 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전한 자를 필요적 또는 임의적 면허취소사유로 규정하고 있었음) 현재까지 이르고 있으며 2005. 5. 31. 법률 7545호로 전문 개정된 도로교통법(시행일 2006. 6. 1.)에서도 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 경우를 필요적 면허취소사유로 하는 이러한 법의 태도는 지속되고 있다(같은 법 제93조 제1항 단서 제2호<sup>1)</sup>). 한편 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 도로교통법의 부칙에 의하면 동 개정법은 2001년 6월 30일부터 시행하도록 되어 있고(부칙 제1조), 제78조

1) 도로교통법(2005. 5. 31. 법률 7545호로 전문 개정된 것)

제93조 (운전면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호 내지 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.

2. 제44조제1항 또는 제2항 후단의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 동조 제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때

제44조 (술에 취한 상태에서의 운전금지) ①누구든지 술에 취한 상태에서 자동차등(「건설기계관리법」 제26조제1항 단서의 규정에 의한 건설기계 외의 건설기계를 포함한다. 이하 이 조, 제45조, 제47조, 제93조제1항제1호 내지 제4호 및 제150조에서 같다)을 운전하여서는 아니된다.

②경찰공무원은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 호흡조사에 의하여 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.

제1항 제14호의 개정규정은 이 법 시행 이후에 최초로 발생하는 위반행위부터 적용한다고 규정하고 있다(부칙 제2조).

### 나. 입법목적

우리나라의 경우 급격한 경제발전의 영향으로 자동차 보급률은 세계적인 수준에 이르고 있음에 반해 바람직한 교통문화가 정착되지 못하고 이에 따라 정부에서 교통사고를 줄이기 위하여 대대적인 교통지도·단속, 교통시설 확충 및 각종 캠페인 전개 등 다각적인 노력을 기울인 결과 해마다 교통사고 발생건수와 사망자가 조금씩 줄어들고 있으나, 음주운전의 경우 경찰의 중점 단속 및 지속적인 홍보에도 불구하고 크게 줄지 않고 있으며 오히려 전체 교통사고에서 차지하는 비율이 늘어나는 추세이고 단속건수도 증가하고 있는 실정이다.

이러한 우리나라의 교통현실을 감안할 때 교통사고 야기 및 상습적인 법규위반 등의 잘못된 운전습관으로 인해 도로교통의 안전과 원활한 교통소통에 장애를 야기할 위험을 가진 운전자에 대해서는 일정기간 운전을 할 수 없도록 함으로써 도로교통에서 일어나는 국민의 생명과 재산에 대한 위협과 장애를 제거하고 도로교통의 안전을 확보할 필요가 크다고 할 것이다. 구 도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 일부 개정되기 전의 것)은 주취 중 운전금지 규정을 반복하여 위반한 행위에 대하여 제70조 제2항 제4호에서 ‘제41조제1항의 규정에 위반하여 운전하다가 3회 이상 교통사고를 일으킨 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 3년간 운전면허를 받을 자격이 없다.’는 규정<sup>2)</sup>만을 두고 있었으나, 위 요건이 너무 엄격하여 해당자가 거의 없고 상습음주운전자에 대한 실질적인 제재로서 미흡한 측면이 있자 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 도로교통법을 개정할 때 이 사건 법률조항을 신설하여 현재에 이르고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 주취 중 운전금지 규정을 상습적으로 위반한 자에 대하여는 그 면허를 취소함으로써 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 도로교통과 관련된 안전을 확보하고자 하는데 그 입법목적이 있다고 할 것이다.

---

2) 이 규정은 현재에도 유지되고 있다.

## 2. 외국의 입법례

### 가. 독일

독일형법(Strafgesetzbuch)은 알콜이 함유된 음료를 마셔 자동차를 안전하게 운전할 수 없음에도 불구하고 자동차를 운전한 자를 1년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하도록 규정하고 있고(제316조), 알콜이 함유된 음료를 마셔 운전할 수 없음에도 불구하고 도로에서 자동차를 운전함으로써 타인의 생명·신체 또는 고가의 물건을 훼손한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 벌금형에 처하도록 되어 있다(제315c조). 한편 자동차의 운전이나 운전과 관련하여 또는 자동차 운전자의 의무위반 상태로 행하여진 범죄로 인해 자유형이나 벌금형을 선고받은 자에 대하여 법원은 1월에서 3월의 기간동안 도로교통에서의 자동차 운전을 금지시킬 수 있고, 특히 알콜이 함유된 음료를 마셔 운전할 수 없음에도 불구하고 도로에서 자동차를 운전함으로써 타인의 생명·신체 또는 고가의 물건을 훼손한 경우에 해당하여 위 제315c조에 따라 판결을 선고할 때에는 운전면허취소가 행해지지 않는 경우 원칙적으로 운전금지를 명하도록 되어 있다(제44조). 또한 자동차의 운전이나 운전과 관련하여 또는 자동차 운전자의 의무위반 상태로 행하여진 위법행위로 인해 형의 선고를 받거나, 자신의 책임무능력이 증명되거나 배제되지 아니한다는 이유만으로 형의 선고를 받지 아니한 때 또는 자동차를 운전하기에 부적합함이 자신의 행위로부터 판명된 경우에 법원은 운전면허를 취소하도록 규정하고 있는데 위에서 살펴본 도로교통의 위법행위(제315c조), 음주운전(제316조) 등은 원칙적으로 여기서 말하는 자동차를 운전하기에 부적합한 위법행위에 해당한다(제69조). 법원은 운전면허를 취소하는 경우 이와 동시에 6월 이상 5년 이하의 기간동안 새로운 운전면허를 교부받지 못한다고 선고하는데, 법정최장기간이 행위자를 통해 유발되는 위험을 방지하기 위해 충분하지 아니하다고 예견되는 경우에는 영구적인 면허교부금지를 명할 수 있다(제69a조).

### 나. 미국

일반적으로 미국에서 음주운전은 범죄로 간주되며 벌금, 구속 등의 형사처벌 이외에도 각종 행정적 조치의 대상이 된다. 대부분의 주에서 도로교



통국은 일정 수준이상의 혈중알콜농도가 측정된 사람에 대해 즉각적으로 운전면허를 정지시킬 수 있는 권한을 가지며 일반적으로 이러한 운전면허에 대한 행정적 제재는 음주운전으로 인한 형사법정의 유죄판결 이전에 이루어진다. 특히 음주운전자에 대한 행정조치는 과거 음주운전 기록, 현재 행위의 심각성 및 운전자의 연령 등에 따라 제재의 정도 및 범위가 다를 수 있다. 각 주별로 음주운전의 반복 횟수에 따라 차별적인 운전면허의 정지·취소 규정이 있으며(대부분의 주에서 반복 횟수에 따라 운전면허 정지·취소의 기간을 가중함) 이 외에도 추가적으로 의무교육, 차량 몰수 등의 조치를 취할 수 있도록 되어 있다.

반복된 음주운전자에 대한 운전면허의 정지(suspension) 및 취소(revocation)가 이동의 권리(right to travel) 등 헌법상 기본적 권리(fundamental right)를 침해하였다는 주장에 대해서 미국 주 법원들은 면허의 정지·취소가 이동의 자유를 완전히 박탈하는 것이 아니라 본인의 반복적인 위반행위로 인해 이동 수단에 제재를 받는 것이므로 위헌이 아니라고 판시하였다(Heninger, Colo., 1980). 워싱턴주 법원도 동일한 이유로 5년 이내의 기간 중에 3회 이상의 음주운전 유죄판결을 받은 운전자에 대한 면허취소가 위헌이 아니라고 판단하였다(Scheffel, 1973).

한편 일정 횟수 이상의 음주운전자에 대해 면허를 정지·취소하는 경우 반복된 위반에 해당함을 판단하는데 기간의 제한을 둘 것인가 하는 문제에 대하여 당해 사건(Charnes, 1980)의 쟁점은 아니었지만 콜로라도주 법원은 3회 이상 음주와 관련된 교통법규 위반자에 대해 1년간 면허를 정지하도록 한 음주운전법상 행정조치가 합법적이라고 인정함으로써 실제로 기간의 제한이 없는 반복적인 음주관련 위반자("three alcohol-related traffic offenses over an indefinite period of time")에 대한 행정조치가 문제가 없다고 보았다. 이와 관련하여 구체적으로 음주운전관련법이 아닌 도로교통법상 상습적 위반자에 대한 규정을 두고 있는 경우 '상습적 위반자(habitual offender)'를 어떻게 해석할 것인가의 문제가 쟁점이 될 수 있다. 이에 대해 캔자스주 법원은 상습적 위반자를 판단하는데 있어 이전 사건의 발생 시점과 무관하게 모든 관련된 과거의 위반경력도 고려대상이 된다고 판시하였다(Bandy, 1998). 아이오와주 법원도 일반적으로 도로교통법의 '상

습적 위반자(habitual offender)에 대해 추가적인 정의(further definition)없이 운전면허를 정지할 수 있도록 하는 법규를 근거로 한 행정조치가 타당하다고 판시하면서 단순히 ‘상습적 위반자’라고만 규정된 조항이 행정조치를 무효화할 정도로 모호하지 않다고 설명하였다(Sueppel, 1968). 그러나 주에 따라서는 반복된 위반에 해당함을 판단하는데 일정한 기간의 제한을 법률에 명시하고 있는 경우도 있다. 뉴욕주의 경우 10년 내의 두 번째, 세 번째 음주운전을 구별하여 조치하고 있고, 버지니아주의 경우에도 5년 내에 두 번째 음주운전을 하는 경우와 5년 이상 10년 내에 두 번째 음주운전을 하는 경우 등을 차등하여 처벌하고 있다.

상습적(habitual) 음주운전자에 대한 면허 정지·취소 규정에 있어서 행위의 심각성을 고려하지 않고 자동적으로 일정 횟수 이상의 음주운전자에 대해서는 면허를 취소하는 규정이 평등권을 침해한다는 주장에 대해서 콜로라도주 법원은 7년간 세 번의 음주관련 위법행위로 인해 유죄판결을 받은 운전자에 대한 면허취소 조치가 연방 및 주 헌법에 위배되지 않는다고 판시하면서, 반복적으로 교통법규를 위반하여 대중의 안전과 복지를 위협하는 상습적 위반으로서의 통상적인 성격을 고려할 때 이러한 규제는 공익을 위한 합리적인 조치라고 설명하였다(Van Gerpen, 1980).

운전면허의 재취득에 대해서는 일반적으로 행정조치로 인한 면허의 정지·취소 기간 이후 면허를 재취득할 수 있도록 하고 있으나 형사상 상이한 처벌규정으로 인해 형사상 면허의 정지·취소 기간이 경과하지 않은 경우에는 후자의 기간이 경과한 이후에 면허를 재취득할 수 있도록 허용하고 있다. 구체적으로 일리노이주의 경우 혈중알콜농도 0.08%이상의 음주운전자에 대해서는 자동적으로 3개월(first offense), 1년(second offense)의 운전면허 정지(suspension) 조치가 취해지며 이는 형사상 처벌과는 별개의 행정조치이다. 일리노이주의 음주운전자에 대한 형사처벌로는 구속, community service 이외에 최소 2년(first conviction), 5년(second conviction), 10년(third conviction)의 운전자격 정지(loss of driving privilege)를 규정하고 있다. 따라서 음주운전에 따른 형사처벌 기간이 행정조치 기간보다 긴 경우 운전자는 행정조치 기간이 종료되었다 하더라도 형사처벌 기간이 경과한 이후에 면허를 재취득할 수 있다.

### 다. 일본

일본 도로교통법에서도 음주운전을 금지하고 있고(제65조), 이를 위반한 경우 징역형 또는 벌금형에 처하며(제117조의2, 제117조의4), 공안위원회는 정령으로 정한 기준에 따라서 음주운전자의 면허를 취소하거나 또는 6월을 초과하지 아니하는 범위 내에서 기간을 정하여 면허의 효력을 정지할 수 있도록 규정하고 있다(제103조 제1항). 이에 따른 일본 도로교통법시행령은 위반행위에 따라 별점을 부과하고 그 누적점수에 따라 운전면허의 취소와 정지사유를 구별하고 있다.

## 3. 이 사건 법률조항의 위헌여부

### 가. 쟁점의 정리

도로교통법(2004. 12. 23. 법률 제7247호로 일부 개정되고 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전의 것) 제78조 제1항은 본문과 단서 규정으로 나뉘어져 있어 본문에 해당하는 경우에는 그 경중에 따라 운전면허의 취소나 정지가, 단서에 해당하는 경우에는 운전면허의 취소가 결정된다. 즉 운전면허 취소의 관점에서 보면, 본문 규정은 운전면허의 임의적 취소사유에 관한 것이고, 단서 규정은 운전면허의 필요적 취소사유에 관한 것이라 할 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 단서에 해당하는 규정으로서 그 사유가 발생하면 중대성 정도에 관계없이 반드시 운전면허를 취소해야 하므로 운전을 직업으로 하는 자에게는 직업의 자유를, 운전을 직업으로 하지 않는 일반인에게는 일반적 행동자유권을 제한하는 규정이라고 할 것인바, 이러한 제한이 과잉금지의 원칙에 반하여 직업의 자유 내지 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권을 침해하는 것인지 여부가 문제된다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 385 참조<sup>3)</sup>).

3) ‘운전면허를 받은 사람이 자동차등을 이용하여 범죄행위를 한 때’ 반드시 운전면허를 취소하도록 규정하고 있는 도로교통법 제78조 제1항 제5호(2001. 12. 31. 법률 제6565호로 일부 개정되고 2005. 5. 31. 법률 제7545호로 전문 개정되기 전의 것)가 과잉금지의 원칙에 반하여 직업의 자유 내지 일반적 행동자유권을 침해하여 위헌이라고 판단한 사례(제청법원은 직업의 자유 침해를 주장함).

※ 헌법재판소는 이 사건 법률조항과 같이 운전면허의 필요적 취소사유를 규정한 도로교통법 제78조 제1항 단서에 관한 헌법소원 등의 사건에서, i) 재산권, 직업선택의 자유, 행복추구권, 또는 양심의 자유를 침해하는지 여부를 검토하거나(헌

또한 청구인이 도로교통법 제78조 제1항 제4호(운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때) 및 제12호(교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때)의 경우는 이 사건 법률조항보다 그 위법성이 더 큼에도 이를 운전면허의 임의적 취소사유로 하고 있는 점에서 평등원칙에 반하고, 이 사건 법률조항은 이미 형사처벌과 행정제재가 이루어진 과거 2회의 주취 중 운전금지 규정 위반경력을 기초로 하여 가중된 제재를 가하는 것이어서 법적안정성을 침해한다고 주장하므로 이 점에 대해서도 살펴본다.

### 나. 직업의 자유 침해여부

도로교통법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함을 목적으로 한다(제1조). 그런데 자동차등의 운전과 관련하여 누구에게나 이를 자유롭게 할 수 있도록 한다면 도로교통의 안전과 원활한 교통은 위협받게 될 것이다. 따라서 일반적으로는 도로에서의 자동차등의 운전은 금지되지만, 만약 일정한 자격의 취

---

재 2004. 12. 16. 2003헌바87, 판례집 16-2, 489; 음주측정 거부자에 대해 필요적으로 면허를 취소할 것을 규정한 도로교통법 제78조 제1항 단서 제8호가 재산권, 직업선택의 자유, 행복추구권, 또는 양심의 자유에 대한 과도한 제한에 해당하지 않는다고 판시한 사례; 청구인이 이러한 기본권의 침해를 주장한 경우임), ii) 직업선택의 자유나 행복추구권을 침해하는지 여부를 검토하였다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가19, 판례집 14-1, 235; 교통사고로 사람을 사상한 후 법 소정의 필요한 구호조치와 신고를 하지 아니한 때 운전면허를 필요적으로 취소하도록 규정하고 있는 구 도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정되기 전의 것) 제78조 제1항 단서 중 제12호 부분이 과잉금지의 원칙에 위배하여 직업선택의 자유나 행복추구권을 침해하지 아니한다고 판시한 사례; 제청법원이 이러한 기본권의 침해를 주장한 경우임).

또한 헌법재판소는 운전면허의 결격사유를 규정한 도로교통법 제70조 제2항 제2호에 관한 헌법소원에서 심판대상조항이 좁은 의미의 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 제한한다고 보고 직업의 자유 침해여부를 검토함과 아울러 행복추구권(일반적 행동의 자유) 침해여부도 함께 검토하였다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌바65, 판례집 17-1, 528; 도로교통법상 음주운전금지규정에 위반하여 사람을 사상한 후, 교통사고 사상자 구호의무 및 교통사고 신고의무를 이행하지 않으므로써 벌금 이상의 형을 선고받고, 운전면허가 취소된 사람은 운전면허가 취소된 날부터 5년간 운전면허를 받을 자격이 없다고 규정하고 있는 도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분이 과잉금지의 원칙에 반하여 직업의 자유, 행복추구권을 침해하지 아니한다고 판시한 사례; 청구인이 이러한 기본권의 침해를 주장한 경우임).

득으로 도로교통에 위험과 장애를 줄 염려가 없다고 인정되면 행정청은 이의 금지를 해제하여 자동차등을 운전할 수 있도록 허가하게 된다. 이것이 운전면허제도이다(제68조). 이러한 자동차 운전 자격은 도로의 안전한 운행을 방해할 가능성이 객관적으로 드러날 경우에는 언제든지 일정한 절차를 밟아 그 자격을 취소할 수 있다. 자동차 운전면허 취소는 운전자가 장차 자동차 운전으로 인하여 인적, 물적 피해를 가할 위험성이 있다고 여겨질 정도로 행위자에게 적성 흠결이 나타날 것을 전제조건으로 하여 운전 부적합자에게 행해진다. 자동차 운전에 적성 흠결이 나타나 이미 운전면허를 취득한 자의 운전면허를 취소하고자 할 경우라도 운전면허의 취소가 지나친 기본권 제한이 되지 않도록 해야 한다. 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한해 법률로써 제한할 수 있고 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하고 있다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 387).

한편 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”고 규정하여 직업의 자유를 보장하고 있고, 이러한 직업의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다. 이러한 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 행복추구권과도 밀접한 관련을 갖는다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌바65, 판례집 17-1, 528, 539-540). 이 사건 법률조항에 해당하는 사유가 발생하면 운전면허가 필요적으로 취소되는바, 이는 자동차 등의 운전을 필수불가결한 요건으로 하고 있는 일정한 직업군의 사람들에 대하여 종래에 유지하던 직업을 계속 유지하는 것을 불가능하게 하거나 장래를 향하여 그와 같은 직업을 선택하는 것을 불가능하게 하며 자동차 운행이 필요한 직업을 가진 사람들에 대하여 직업을 수행하는 방법에 제한을 가하게 되므로 이 사건 법률조항은 좁은 의미의 직업선택의 자유와 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 제한하는 조항이라고 할 것이다. 직업의 자유도 기본권제한입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위

하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있는바, 이 사건 법률조항이 이러한 과잉금지의 원칙에 반하여 직업의 자유를 침해하는지 여부에 관하여 살펴본다.

#### (1) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 주취 중 운전금지 규정을 상습적으로 위반한 자에 대하여는 그 면허를 취소함으로써 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고 도로교통과 관련된 안전을 확보하고자 하는데 그 입법목적이 있는바 이는 헌법 제37조 제2항이 정한 질서유지 내지 공공복리를 위한 것으로서 정당성이 인정된다고 할 것이다. 또한 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자는 교통법규준수에 관한 책임의식, 교통관여자로서의 안전의식 등이 현저히 결여되어 있다고 볼 수 있는바 이와 같은 사람에게 운전 계속하도록 한다면 국민의 생명·신체·재산 및 도로교통에 관련된 공공의 안전에 심각한 위협을 초래할 가능성이 높다고 할 것이므로 이 사건 법률조항에 해당하는 자에 대하여 운전면허를 취소하도록 한 것은 위와 같은 입법목적의 달성에 적절한 수단이라고 할 것이다.

#### (2) 피해의 최소화

어떤 법률의 입법목적이 정당하고 그 목적을 달성하기 위해 선택한 수단이 어느 정도 적합하다고 하더라도 입법자가 임의적 규정으로 법의 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정으로 법의 목적을 실현하려 한다면 이는 비례원칙의 한 요소인 “최소침해성의 원칙”에 위배된다고 할 것인바(헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 388-399), 이 사건 법률조항이 필요적 운전면허취소를 규정하고 있는 점에서 피해의 최소화 원칙에 반하는 것인지 살펴본다. 이와 관련하여 청구인은 주취 중 운전금지 규정을 위반한 경우라도 각 행위 태양에 따라(예를 들면 측정거부, 혈중알콜농도 0.1% 미만 또는 이상, 음주운전으로 물적·인적 피해 야기 등) 위법의 정도가 다름에도 불구하고 종전의 위반행위가 운전면허 취소사유인지 정지사유인지를 구별하지 않고 무조건 주취 중 운전금지 규정을 3회 이상

위반하면 면허를 취소하도록 규정하고 있어 과잉금지의 원칙에 반한다는 주장을 하고 있다.

(가) 운전면허 취소와 그 취소 후 면허결격기간 등 교통질서의 확립을 관철하는 방법은 각각 나라마다 교통량, 교통사고발생률, 준법정신, 교통질서에 대한 시민의 의식수준이나 문화풍토 등에 따라 그 의무이행의 확보 수단과 규제의 강도에 있어서 차이가 있다고 할 것인데, 우리 입법자는 음주운전의 방지 및 규제를 위해 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자에 대하여 우리의 교통현실과 국민의 교통질서의식, 문화 등을 감안하여 그에 상응하는 행정적 제재수단으로 필요적 운전면허취소라는 수단을 선택한 것으로 볼 수 있다. 즉 도로교통법이 증가하는 교통사고에 대응하여 교통질서를 확립하고자 필요적 면허취소 규정을 두고 이를 계속 확대하는 과정에서 이 사건 법률조항이 신설된 점, 음주운전을 방지하고 이를 규제함으로써 도로교통에서 일어나는 국민의 생명 또는 신체에 대한 위협과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법취지, 이 사건 법률조항에 해당하여 운전면허가 취소되는 경우 그 면허취소 후 결격기간이 법이 정한 운전면허결격기간 중 비교적 단기간인 2년인 점<sup>4)</sup>, 음주단속에 있어서의 시간적·공간적 한계를 고려할 때 음주운

---

4) 도로교통법 제70조 (운전면허의 결격사유) ②다음 각호의 1에 해당하는 사람은 당해 각호에 규정된 기간이 지나지 아니하면 운전면허를 받을 자격이 없다. 이 경우 제1호 내지 제4호에 있어서는 벌금 이상의 형(집행유예를 포함한다)의 선고를 받은 자에 한한다.

1. 제40조제1항 또는 제2항의 규정에 위반하여 자동차등을 운전한 경우에는 그 위반한 날(운전면허의 효력이 정지된 기간중 운전으로 인하여 취소된 경우에는 그 취소된 날)부터 2년(원동기장치자전거면허를 받고자 하는 경우에는 6월). 다만, 사람을 사상한 후 제50조제1항 및 제2항을 위반한 경우에는 그 위반한 날부터 5년으로 한다.
2. 제41조 또는 제42조의 규정에 위반하여 사람을 사상한 후 제50조제1항 및 제2항의 규정에 위반한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 5년
3. 제40조 내지 제42조외의 사유로 사람을 사상한 후 제50조제1항 및 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 및 신고를 하지 아니한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 4년
4. 제41조제1항의 규정에 위반하여 운전하다가 3회 이상 교통사고를 일으킨 경우에는 운전면허가 취소된 날부터, 자동차등을 이용하여 범죄행위를 하거나 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 사람이 제40조제1항의 규정에 위반하여 그 자동차등을 운전한 경우에는 그 위반한 날부터 각각 3년
5. 제41조제1항 또는 제2항의 규정을 3회 이상 위반하여 취소되거나 제78조제1항제2

전으로 3회 이상 단속되었을 경우에는 음주운전행위 사이의 기간에 관계없이 운전자에게 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있음을 충분히 인정할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자에 대하여 면허정지나 면허의 유지의 여지를 두지 아니하고 반드시 면허를 취소하도록 규정하고 있다고 하여 교통질서유지와 공공복리를 위하여 직업의 자유를 제한함에 있어 필요 최소한의 범위를 넘었다고 볼 수는 없다.

(나) 또한 음주운전으로 인한 교통사고 발생을 방지함으로써 국민의 생명과 신체를 보호하기 위해 상습적인 음주 운전자에게 운전을 금지할 필요가 있음은 더 말할 나위도 없다. 다만 여기서 그 제재조치로 어떤 수단을 택할 것인지 하는 문제가 남는데, 이는 교통량, 교통질서에 대한 시민의 준법의식, 음주운전자의 음주측정시 행태 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 입법정책의 문제라고 할 것이므로 그 수단의 선택이 입법재량을 넘어 자의적인 것이라고 판단되지 않는 한 쉽사리 그 제재수단을 들어 헌법에 위반되는 방식으로 기본권을 제한하고 있다고 할 수는 없다.

근래 우리 나라는 자동차 수가 꾸준히 늘어나서 2004년 말 현재 1,500만 대에 가깝고 그 이면에는 항시 사고의 위험이 도사리고 있는바 음주운전은 사고의 위험을 증대시키는 중요한 요소 중의 하나이다. 알콜은 사람의 중추신경을 마비시켜 운전조작 능력, 돌발사태에 대한 대처능력을 저하시킨다. 교통사고의 위험은 혈중알콜농도가 0.06%인 경우 평상시에 비해 2배, 0.1%일 때는 6배가 되고, 0.15%일 때는 25배가 된다는 연구보고도 있다. 음주운전은 사고발생빈도를 높이게 되어 자신뿐만 아니라 타인의 생명·신체 등에 커다란 위협이 된다. 음주교통사고건수에 대한 사망, 부상자의 비율은 비음주 교통사고에 그것들에 대한 것보다 높다. 2004년의 경우, 음주 교통사고 100건당 사망자는 약 3.5명, 부상자는 1.77명이었다. 비음주교통사

- 
- 호·제5호 또는 제6호의 사유로 취소된 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 2년
6. 제1호 내지 제5호에 정한 경우외의 사유로 운전면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 1년(원동기장치자전거면허를 받고자 하는 경우에는 6월). 다만, 적성검사를 받지 아니하거나 운전면허증을 갱신하지 아니하여 운전면허가 취소된 사람 또는 제1종 운전면허를 받은 사람이 적성검사에 불합격되어 다시 제2종 운전면허를 받고자 하는 사람의 경우에는 그러하지 아니하다.
  7. 운전면허의 효력의 정지처분을 받고 있는 경우에는 그 정지처분기간



고의 경우는 2.9명, 1.55명이었다(헌재 2005. 9. 29. 2003헌바94, 판례집 17-2, 152, 155-156 참조). 또한 정부에서는 교통사고를 줄이기 위하여 교통지도·단속, 교통시설 확충 및 각종 캠페인 전개 등 다각적인 노력을 기울인 결과 교통사고 발생건수 및 사망자 수가 해마다 조금씩 감소하고 있으나, 음주운전의 경우에는 경찰의 중점 단속 및 지속적인 홍보에도 불구하고 크게 줄지 않으며 오히려 전체 교통사고에서 차지하는 비율은 늘어나는 추세이고 단속건수 또한 증가하는 실정이다. 특히 이 사건 법률조항이 규정하는 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반하여 운전면허가 취소되는 건수는 2003년 이래 계속 증가하고 있다(별지 음주운전 관련 통계자료 참조).

이에 입법자로서는 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자에 대하여 운전면허의 필요적 취소라는 가장 강력한 제재수단을 택함으로써 주취 중 운전금지 규정의 실효성을 확보하고 궁극적으로 음주운전을 근절시켜 음주운전으로 인한 교통사고에 기한 국민의 생명, 신체 등의 훼손을 방지하고자 한 것이라고 할 것인바 여기에 입법재량의 한계를 일탈한 점이 있다고 보기 어렵다.

(다) 한편 청구인은 주취중 운전금지 규정을 3회 이상 위반한 자에 대하여 가중된 제재를 가할 경우 3회를 반복한 기간의 차이(예를 들면 1년 이내 3회, 5년 이내 3회 등)에 따라 행위자의 위험성을 달리 평가하고 그에 상응하는 처분을 해야 함에도 불구하고 이 사건 법률조항은 3회를 한정할 수 있는 기간에 아무런 제한을 두고 있지 않으므로 과잉금지의 원칙에 반한다고 주장한다.

상습적인 법률위반을 이유로 행정적 제재를 가함에 있어서 상습성을 인정하기 위하여 일정기간 동안 일정회수 이상의 법률위반이 있을 것을 규정함으로써 위반행위 사이의 기간에 대하여 제한을 두고 있는 경우도 있으나(관세법 제178조 제2항 제2호<sup>5)</sup>, 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제38조 제1항 제8호<sup>6)</sup>, 건설기술관리법 제30조 제1항 제7호<sup>7)</sup>, 수

5) 관세법 제178조 (반입정지 등과 특허의 취소) ②세관장은 특허보세구역의 운영인이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 특허를 취소할 수 있다.

2. 1년이내에 3회 이상 물품반입의 정지처분을 받은 경우

6) 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제38조 (등록의 취소) ①등록관청은 중개업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의

의사법 제32조 제1항 제3호<sup>8)</sup> 등 참조) 이러한 기간의 제한이 반드시 필수적인 것은 아니라고 할 것이고, 위반행위의 중대성과 그에 대한 행정적 제재의 필요성이 인정되는 경우에는 기간의 제한을 두지 않을 수도 있으며 (영유아보육법 제48조 제7호<sup>9)</sup>, 의료법 제52조 제1항 제3호<sup>10)</sup>, 수산업법 제44조 제6항 제1호<sup>11)</sup>, 장애인복지법 제67조 제3호<sup>12)</sup> 등 참조) 여기에는 입법재량이 인정된다고 할 것이다. 이 사건 법률조항의 경우 상습음주운전자에 대한 제재라는 이 사건 법률조항의 입법목적, 음주단속에 있어서의 시

- 
- 개설등록을 취소하여야 한다.
8. 최근 1년 이내에 이 법에 의하여 2회 이상 업무정지처분을 받고 다시 업무정지처분에 해당하는 행위를 한 경우
  - 7) 건설기술관리법 제30조 (감리전문회사의 등록취소등) ①시·도지사는 감리전문회사가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 내지 제6호에 해당하는 때에는 등록을 취소하여야 한다.
    7. 최근 1년간 동일 건설공사현장에서 제21조의5제1항의 규정에 의한 시정명령을 3회 이상 받은 때
    - 8) 의사법 제32조 (면허의 취소 및 면허효력의 정지) ①농림부장관은 의사가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당할 때에는 그 면허를 취소하여야 한다.
      3. 제2항의 규정에 의한 면허효력의 정지기간중에 수의업무를 행하거나 농림부령이 정하는 기간내에 3회 이상 면허효력의 정지처분을 받은 때
      - 9) 영유아보육법 제48조 (보육시설의 장 또는 보육교사의 자격취소) 여성가족부장관은 보육시설의 장 또는 보육교사가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소할 수 있다.
        7. 자격정지처분을 3회 이상 받은 경우
        - 10) 의료법 제52조 (면허의 취소 및 재교부) ①보건복지부장관은 의료인이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 면허를 취소할 수 있다. 다만, 제1호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다.
          3. 제53조의 규정에 의한 자격정지처분 기간중에 의료행위를 하거나 3회이상 자격정지처분을 받은 때
          - 11) 수산업법 제44조 (신고어업) ⑥어업의 신고는 신고를 한 자가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 그 효력을 잃는다. 이 경우 제1호 또는 제2호에 해당되어 신고의 효력이 상실된 때에는 해당 신고를 한 자는 제7항의 규정에 의하여 해당 공부에서 말소된 날부터 1년의 범위내에서 신고어업의 종류 및 효력상실사유등을 감안하여 해양수산부령이 정하는 기간동안은 제1항의 규정에 의한 어업의 신고를 할 수 없다.
            1. 제4항의 규정에 의한 준수사항을 3회이상 위반한 때
            - 12) 장애인복지법 제67조 (자격의 취소) 보건복지부장관은 의지·보조기기가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 자격을 취소하여야 한다.
              3. 제68조의 규정에 의한 자격정지처분기간중에 그 업무를 행하거나 자격정지처분을 3회 받은 때

간적·공간적 한계, 음주운전으로 인한 막대한 사회적·경제적 피해와 그에 대한 행정적 제재의 필요성에 비추어 볼 때 음주운전으로 3회 이상 단속되었을 경우에는 음주운전행위 사이의 기간에 관계없이 운전자에게 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있음을 충분히 인정할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 3회를 한정할 수 있는 기간에 제한을 두고 있지 않다고 하여 입법재량의 한계를 일탈하였다거나 피해최소성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

### (3) 법익의 균형성

국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서는 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다.

자동차 등의 운전은 언제나 국민의 생명·신체·재산에 중대한 침해를 가할 수 있는 위험성을 지니고 있는 것이고, 따라서 그와 같은 위험이 현실화하는 것을 방지하기 위하여 사전·사후의 여러 가지 다양한 예방조치를 강구하여야 하는 것은 국가가 추구하여야 할 중대한 공익이라고 아니할 수 없다. 이 사건 법률조항이 정하고 있는 요건에 해당하는 운전자는 중대한 교통법규의 중복적 위반행위 및 그 위반행위에 따른 위험성에 비추어 볼 때 자동차 등의 운전자에게 요구되는 기본적 안전의식 및 책임의식의 결여를 표출하였다고 할 것이고, 만일 이와 같은 요건에 해당하는 사람으로 하여금 운전을 계속할 수 있도록 한다면 공중의 안전, 교통관여자의 교통규칙 준수에 대한 공중의 신뢰 등 공익에 나쁜 영향이 초래될 것이라는 점은 자명하다고 할 것이다.

한편, 이 사건 법률조항에 의해 운전면허가 취소되는 경우 2년간 운전면허의 취득이 금지되는바(도로교통법 제70조 제2항 제5호), 이는 자동차 등의 운전을 불가결의 요건으로 하는 직업을 수행하고 있는 사람들에게는 직업을 박탈하는 것과 다름없는 효과를 발생시키고, 이와 같은 효과는 해당 개인의 생계수단박탈의 의미를 가질 수도 있으므로 사익에 미치는 영향이 작다고 할 수 없다.

그러나 음주운전으로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 엄청난 피

해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 결코 지나치다고 할 수 없고 이 사건 법률조항에 해당하여 운전면허를 필요적으로 취소당함으로써 입는 개인적인 불이익 내지 그로부터 파생되는 여타의 간접적 피해의 정도는 위에서 본 공익의 중대함에 결코 미치지 못한다. 또한 음주운전이 초래할 수 있는 잠재적인 사고 위험성의 심각도에 비추어 볼 때 음주운전행위의 심각한 위험성은 여러 가지 다른 이유에 의하여 현실로 발생하는 경미한 교통사고의 경우와는 비교할 수 없을 정도로 훨씬 더 크다. 아울러 운전면허를 불가결의 요건으로 하는 직업은 상시 자동차 등의 운전을 담당하는 직업이라고 할 것이므로 이 사건 법률조항에 해당되는 사람들이 이러한 직업을 계속 유지한다고 하면 공공의 안전에 미치는 효과가 다른 직업의 경우에 비하여 더 크다고 할 것이어서 이들의 교통관여를 배제할 필요성 내지 공익은 매우 크다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 음주운전으로 인하여 발생할 국민의 생명, 신체에 대한 위험을 예방하고 교통질서를 확립하려는 공익과 자동차 등을 운전하고자 하는 사람의 기본권이라는 사익간의 균형성을 도외시한 것이라고 보기 어려우므로 법익균형성의 원칙에 반하지 아니한다.

#### (4) 소결

이 사건 법률조항은 기본권 제한의 입법한계인 과잉금지의 원칙을 준수하였다고 할 것이므로 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

#### 다. 일반적 행동자유권 침해여부

헌법 제10조에 의거한 행복추구권은 헌법에 열거된 기본권으로서 행복추구의 수단이 될 수 있는 개별적 기본권들을 제외한 헌법에 열거되지 아니한 권리들에 대한 포괄적인 기본권의 성격을 가지며, ‘일반적 행동자유권’, ‘개성의 자유로운 발현권’, ‘자기결정권’, ‘계약의 자유’ 등이 그 보호영역 내에 포함된다. 일반적 행동의 자유는 개인의 인격발현과 밀접히 관련되어 있으므로 최대한 존중되어야 하는 것이지만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여는 제한될 수 있다(헌재 2005. 4. 28. 2004헌바65, 판례집 17-1, 528, 546).

이 사건 법률조항에서 정한 사유에 해당하는 사람은 운전면허가 필요적으로 취소되고 일정 기간동안 운전면허를 취득할 수 없어 적법하게 자동차 등을 운전하지 못하게 되므로 이는 일반적 행동의 자유에 대한 제한이 될 수 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 국민의 생명, 신체 및 재산에 대한 위험을 제거하고 안전하고 원활한 도로교통을 확보하려는 이 사건 법률조항의 입법목적의 달성을 통한 질서유지 또는 공공복리의 증진이라는 공익은 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 일반적 행동의 자유에 대한 제한이라는 사익보다 훨씬 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 일반적 행동자유권에 대한 제한의 측면에서도 기본권 제한의 입법한계인 과잉금지의 원칙을 준수하였다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동자유권을 침해하는 것이라고도 할 수 없다.

#### 라. 그 외 청구인 주장에 대한 검토

(1) 청구인은 도로교통법 제78조 제1항 제4호(운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때) 및 제12호(교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때)의 경우는 이 사건 법률조항보다 그 위법성이 더 큼에도 이를 운전면허의 임의적 취소사유로 하고 있는 점에서 평등원칙에도 반한다고 주장한다.

그러나 운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 운전자에 대하여 행정적 제재를 가할 경우에는 사고의 경위와 내용, 피해자의 상해의 부위와 정도, 사고운전자의 과실 정도, 사고운전자와 피해자의 나이와 성별, 사고후의 정황 등 사안의 개별성과 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 운전면허의 정지 또는 취소 여부를 결정하는 것이 합리적이라고 할 것이므로, 도로교통법 제78조 제1항 제4호<sup>13)</sup>가 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있도록 규정하고 있다고 하여

13) 도로교통법 제78조 (면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호·제2호, 제3호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

4. 운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때

주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 자에 대하여 필요적으로 운전면허를 취소하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 범상 면허취소·정지 사유간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어나 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

한편 도로교통법 제78조 제1항 제12호14)에 의하면 교통사고로 사람을 사상한 후 제50조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 자에 대해서 운전면허를 취소하거나 정지할 수 있도록 하고 있다[2005. 5. 31 법률 7545호로 전문 개정된 도로교통법(시행일 2006. 6. 1.)에서도 마찬가지이다<sup>15)</sup>]. 그런데 위 규정은 2001. 12. 31 법률 제6565호로 도로교통법이 개정되기 전에는 필요적 운전면허취소사유로 규정되어

- 14) 도로교통법 제78조 (면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호·제2호, 제3호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.
12. 교통사고로 사람을 사상한 후 제50조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때
- 15) 도로교통법(2005. 5. 31 법률 7545호로 전문 개정된 것)
- 제93조 (운전면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년 이내의 범위에서 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제2호·제3호, 제6호 내지 제8호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제11호 내지 제13호, 제15호, 제16호 또는 제17호에 해당하는 때에는 운전면허를 취소하여야 한다.
5. 교통사고로 사람을 사상한 후 제54조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때
- 제54조 (사고발생시의 조치) ①차의 교통으로 인하여 사람을 사상(사상)하거나 물건을 손괴(손괴)(이하 “교통사고”라 한다)한 때에는 그 차의 운전자나 그 밖의 승무원(이하 “운전자등”이라 한다)은 즉시 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.
- ②제1항의 경우 그 차의 운전자등은 경찰공무원이 현장에 있는 때에는 그 경찰공무원에게, 경찰공무원이 현장에 없는 때에는 가장 가까운 경찰관서(지구대·파출소 및 출장소를 포함한다. 이하 같다)에 다음 각 호의 사항을 지체없이 신고하여야 한다. 다만, 운행 중인 차만이 손괴된 것이 분명하고 도로에서의 위험방지와 원활한 소통을 위하여 필요한 조치를 한 때에는 그러하지 아니하다.
1. 사고가 일어난 곳
  2. 사상자 수 및 부상 정도
  3. 손괴한 물건 및 손괴 정도
  4. 그 밖의 조치사항 등

있었던 것인데 위 개정 시에 위와 같이 변경된 것이다. 살피건대, 교통사고로 사람을 사상한 후 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 경우의 불법의 정도가 이 사건 법률조항에 해당하는 경우의 불법의 정도보다 결코 작다고 할 수는 없으나 이 사건 법률조항이 교통사고를 발생시킬 위험이 있는 자에 대한 제재인 반면 도로교통법 제78조 제1항 제12호는 이미 교통사고로 사람을 사상한 경우에 대한 제재로서 이 경우에는 피해자에 대한 배상이라는 절차가 (필연적으로) 수반되는바, 후자의 경우 그 불법에 상응하는 정도의 제재를 가할 필요성 못지않게 현실적으로 피해자에 대한 실질적 구제도 중요하므로 이러한 점을 고려한 입법으로 보인다.<sup>16)</sup> 이에 더하여 위에서 살펴본 음주운전의 위험성, 이 사건 법률조항에 해당하는 경우 교통법규준수에 관한 책임의식, 안전의식 등이 현저히 결여되었음이 인정되어 이에 상응하는 제재를 가할 필요가 있는 점 등을 고려하면 도로교통법 제78조 제1항 제12호가 교통사고로 사람을 사상한 후 제50조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 자에 대하여 운전면허를 취소 또는 정지할 수 있도록 규정하고 있다고 하여 이 사건 법률조항이 법상 면허취소·정지 사유 간의 체계를 파괴할 만큼 형평성에서 벗어나 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다고 할 것이다.

(2) 또한 청구인은 이 사건 법률조항이 이미 형사처벌과 행정제제가 이루어진 과거 2회의 주취 중 운전금지 규정 위반경력을 기초로 하여 가중된 제재를 가하는 것이어서 법적안정성을 침해한다고 주장한다.

그러나 이 사건 법률조항은 음주단속에 있어서의 시간적·공간적 한계를 고려해 볼 때 음주운전으로 3회 이상 단속되었을 경우에는 운전자에게 교통법규에 대한 준법정신이나 안전의식이 현저히 결여되어 있음을 충분히 인정할 수 있고 이전에 2회 위반에 따른 제재를 받았음에도 또 다시 음주운전을 반복하는 것은 더욱 책임이 무겁다고 보아 이를 필요적 운전면허취소사유로 규정하고 있는 것이다. 따라서 주취 중 운전금지 규정을 위반한 경우 이를 운전면허 취소 또는 정지의 사유로 규정하고 있는 도로교통

16) 이렇게 변경된 이유에 관해 경찰청에 문의한 바에 의하면 이는 교통사고시 사고 운전자가 밝혀지지 않을 경우 교통사고 피해자에 대한 피해배상이 원활히 이루어지지 않는 등의 문제가 있어 피해자에 대한 구제 측면에서 사고 운전자의 자진신고를 유도하기 위함이라고 한다.

법 제78조 제1항 제8의2호17)와 달리 주취 중 운전금지 규정을 3회 위반한 경우에는 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하는 것은 이전의 2회 위반행위에 대하여 제재를 받았음에도 다시 동일한 위반행위를 하여 그 고유의 불법성이 크다는 데 있는 것이지 이전의 2회 위반행위와 3회째 위반행위를 일괄하여 다시 제재를 가하는 것이 아니므로 청구인의 위 주장은 이유없다.18)

**마. 결론**

이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

**4. 결정의 의의**

이 결정은 음주운전의 위험성을 다시 한번 상기시키면서 반복적으로 음주운전을 한 자에 대하여 필요적으로 운전면허를 취소하도록 한 규정이 그에 대한 제재로서 헌법적 한계를 넘지 않음을 확인한데 의의가 있다고 할 것이다.

---

17) 도로교통법 제78조 (면허의 취소·정지) ①지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호·제2호, 제3호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

8의2. 제41조제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 한 때

18) 참고로 헌법재판소는 93헌바43결정(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 222)을 통하여 형법 제35조의 누범조항이 일사부재리원칙에 위배되지 않는다고 판시한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『형법 제35조 제1항이 규정하는 누범은 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우로, 같은 법 조 제2항에서 누범을 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중하도록 규정하고 있는바, 이와 같이 가중처벌하는 취지는 범인이 전범에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 경고에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도와, 범인이 전범에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 책임이 가중되어야 한다는 데 있고, 또한 제범에방이라는 형사정책적 목적이 배려된 바 있다 할 것이다. 따라서 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대하여 형벌을 받았음에도 다시 범행을 하였다는 데 있는 것이지, 전범과 후범을 일괄하여 다시 처벌한다는 것이 아니므로 일사부재리의 원칙에 위배되는 것은 아니다.』



별지

음주운전 관련 통계자료19)

1. 연도별 교통사고 발생 및 사망자수

구 분	교통사고 발생건수 (건)	교통사고 사망자 수 (명)
2002년도	230,953	7,222
2003년도	240,832	7,212
2004년도	220,755	6,563

2. 자동차 1만대 당 교통사고 사망자 수(2002년 기준)

한국('04년)	미국	프랑스	영국	일본	터키('01년)
3.7명	1.9명	1.7명	1.2명	1.1명	3.9명

3. 음주운전 사고 및 단속 현황

구 분	2001년	2002년	2003년	2004년
교통사고(건)	260,579	230,953	240,832	220,755
음주운전사고(건)	28,074	24,972	31,227	25,150
비율(%)	10.8	10.8	13.0	11.4
음주운전단속(건)	274,400	419,805	485,149	500,446

19) 제주도지방경찰청장 의견서(2005년판 도로교통안전관리공단 발행 '지역별교통사고통계 등에서 발췌) 및 경찰청장 의견서 참조

4. 전체 교통사고 중 음주운전 교통사고 비율 등(2004년도)

구분	발생건수(건)	사망자 수		부상자 수(명)
		인원(명)	치사율(%)	
전체 교통사고	220,755	6,563	2.97	346,987
음주 교통사고	25,150	875	3.48	44,522
비율(%)	11.4	13.3		12.8

5. 2004년도 음주운전 위반 적발자의 2000년~2004년간 위반 횟수

구분	계	1회 위반	2회 위반	3회 위반	4회 위반	5회 이상
인원(명)	478,420	359,633	94,757	19,710	3,658	662
비율(%)	100	75.2	19.8	4.1	0.8	0.1

6. 3회 이상 음주운전으로 면허 취소된 건수(건)

2003년도	2004년도	2005년 11월말 기준
2,282	4,220	5,374

## 정치자금법 제6조 위헌확인

-기초자치단체장선거의 후보자나 예비후보자는  
정치자금모금후원회를 지정할 수 없도록 한 것이 평등권,  
공무담임권을 침해하는지 여부-  
(헌재 2005. 5. 25. 2005헌마1095, 판례집 18-1하, 159)

배 보 운\*

### 【판시사항】

1. 정치자금을 모금하는 후원회를 지정할 수 있는 자를 지역구 국회의원 선거 후보자·예비후보자나 광역자치단체장선거 후보자 등으로 한정된 정치자금법(2005. 8. 4. 법률 제7682호로 개정된 것) 제6조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 기초자치단체장선거 후보자나 예비후보자의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 기초자치단체장선거 후보자나 예비후보자의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건의 심판대상은 정치자금법(2005. 8. 4. 법률제7682호, 이하 '법'이라 한다) 제6조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌여부이다.

법 제6조(후원회 지정권자) 다음 각호에 해당하는 자(이하 "후원회지정권자"라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 중앙당(중앙당창당준비위원회를 포함한다), 시·도당

---

\* 헌법연구관

2. 국회의원(국회의원선거의 당선인을 포함한다)
3. 정당의 대통령선거후보자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “대통령 선거경선후보자”라 한다)
4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자(이하 “국회의원후보자등”이라 한다). 다만, 후원을 둔 국회의원의 경우에는 그러하지 아니하다.
5. 중앙당의 대표자 선출을 위한 당내경선후보자(이하 “당대표경선후보자”라 한다)
6. 특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자(이하 “시·도지사후보자”라 한다)

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인 박○남은 2006. 5. 31. 실시예정인 지방자치단체장 선거에 화성시장, 청구인 이○인은 안양시장, 청구인 곽○욱은 오산시장, 청구인 이○근은 수원시장, 청구인 유○은 평택시장 선거의 각 예비후보자로 등록하였다가 그 중 청구인 곽○욱과 청구인 유○은 후보자로도 등록하였으나 나머지 청구인들은 후보자로는 등록하지 아니하였다.

청구인들은 정치자금법(2005. 8. 4. 법률제7682호로 개정된 것) 제6조가 특별시장·광역시장·도지사선거의 후보자는 각각 하나의 후원을 지정할 수 있도록 하면서 청구인들과 같은 기초지방자치단체장 선거의 후보자들은 그 후원의 지정권자에서 제외함으로써 청구인들의 평등권, 공무담임권 등을 침해하고 있다고 주장하며 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

### 2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

#### 가. 청구인의 주장

기초자치단체의 시장후보자(예비후보자 포함)의 후원회지정을 금지하는 것은 참신한 정치신인이나 경제적 능력이 부족한 젊은 층의 출마를 사실상

제한하는 것으로 공무원임권의 핵심적인 내용인 공직취임권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다.

시·도지사후보자의 경우에는 후원회구성을 허용하는 것으로 정치자금법을 개정하면서도 자치구의 시장후보자의 경우에는 여전히 후원회지정을 금지하고 있어 같은 지방자치단체의 장이면서 달리 규율하고 있다. 이는 국회의원과 잠재적 경쟁관계에 있는 자치구의 시장후보자의 출마를 어렵게 하거나 재산이 적은 후보자의 출마를 사실상 제한하고 있어 합리적인 이유 없이 차별하는 것이므로 헌법 제11조 평등원칙에 위반된다.

## 나. 중앙선거관리위원장의 의견

의견 없다.

### 【결정요지】

1. 가. 기초자치단체 장과 국회의원은 그 지위와 성격, 기관의 직무 및 기능의 점에서 본질적으로 다르고, 국회의원이 비록 일정한 지역구를 단위로 선출되더라도 국민 전체를 대표하여 국가의 입법과 정치를 담당하는 본격적인 정치인임에 비하여 기초자치단체 장은 한정된 일부 지역에서 주민의 복리에 관한 자치사무를 집행하는 행정 담당기관이므로 그 정치적 역할이나 성격이 본질에 있어서 현저히 작다고 할 수밖에 없어, 결국 후원회를 통하여 정치자금을 지원할 필요성의 측면에서 양자 사이에는 본질적인 차이가 있으므로, 국회의원 및 그 후보자와 예비후보자에 대하여는 후원회를 인정하면서 기초자치단체 장의 경우에는 그 후보자나 예비후보자에 대하여 이를 인정하지 않는 이 사건 법률조항은 그 차별의 합리성을 충분히 인정할 수 있다.

나. 기초자치단체 장과 광역자치단체 장은 주민의 복리에 관한 자치사무의 집행기관이라는 점에서 그 직무의 성격은 본질적으로 다르지 않으나 그 관할구역의 범위와 권한 그리고 정치적 역할의 의미에는 현저한 차이가 있어 선거자금을 비롯한 정치자금의 수요의 측면에서 상당한 차이를 보이고 있으므로, 이러한 차이를 후원회 구성에 반영하여 광역자치단체 장의 후보자와 기초자치단체 장의 후보자를 달리 취급하는 것은 입법의 재량을 현저

히 남용하거나 재량의 한계를 현저히 일탈한 것이라고 볼 수 없어 그 차별에 합리적인 이유가 있다.

다. 기초자치단체 장의 후보자에 대하여 후원회 설치를 인정하지 않는 것이 국회의원이나 광역자치단체의 장과 비교할 때 위와 같이 합리적이라고 인정되는 이상 아직 후보자의 지위에도 도달하지 못한 예비후보자에 대하여 후원회를 인정하지 않는 것은 더욱 그 합리성을 인정할 수밖에 없다.

2. 정당으로부터 선거자금을 지원받을 수 있는 정당원인 후보자와 그렇지 못한 무소속 후보자 사이에 빚어지는 실제 차이는 우리 헌법이 정당국가적 민주주의를 채택한 결과 생기게 된 것이어서 정치와 선거제도의 전반적 구조와 운영의 관점에서 볼 때 이를 헌법상 허용되지 아니한 것이라고 할 수 없고, 위와 같이 기초자치단체 장의 후보자나 예비후보자에 대하여 후원회의 설치가 불허하는 것이 합리적이라고 인정되는 이상 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들이 갖는 공무담임권 자체가 침해되는 것이라고는 볼 수 없다.

## 【해설】

### 1. 기본권침해의 법적 관련성 인정여부

#### (1) 기본권침해의 자기관련성

(가) 법 제6조는 정치자금을 모금할 수 있는 후원회지정권자를 규정하고 있는데, 그에는 크게 4가지로 분류할 수 있다. 즉, 정당, 현역 국회의원, 공직선거후보자(국회의원·시도지사) 및 공직선거후보자를 위한 당내경선후보자·예비후보자가 그것이다.

그런데 이 사건 법률조항의 위헌여부와 관련 청구인이 주장하는 주된 청구이유는 기초자치단체인 시장후보자(또는 예비후보자)를 후원회지정권자에서 배제한 것이 위헌이라는 것이다. 즉, 기초자치단체의 시장선거에서 입후보하고자 선거관리위원회에 등록된 '시장후보자'(예비후보자 포함)인 청구인들에게는 동 조항에서 열거한 다른 후보자와 달리 선거비용을 조달하기 위한 후원회를 지정할 수 없게 배제한 것이 공무담임권과 평등권을 침해한다는 것이다.

(나) 우리 헌법재판소의 종전 다수 판례에 의하면, 청구인이 심판대상 법령조항에 의하여 규제를 받고 있는 자가 아니라고 하더라도 그 규율대상이 되는 범위에 포섭되는 자라고 주장·소명(대부분의 경우 주장으로 받아들이고 있다)을 하는 경우 일응 자기관련성을 인정할 전제에서 다만 현재 관련성 관점에서 “장차 기본권침해가 확실히 예상되는 경우” 그 법적관련성을 다소 완화해서 인정하고 있는 경향이 있다.

예컨대, i)시·도지사선거에 입후보하고자 준비 중인 자가 시·도지사후보자에 대한 기탁금 규정의 위헌확인을 청구한 경우(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 174 -175), ii)고등학교 1·2학년에 재학 중이어서 각 1994년과 1995년도 대학입학고사에 응시할 예정인 자들이 일본어를 선택과목에서 제외한 서울대학교의 “94년도 대학입학고사주요요강”의 위헌확인을 청구한 경우(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 669), iii)7급 검찰사무직 국가공무원 공개경쟁채용시험에 응시하기 위하여 준비 중인 자가 국가공무원 채용시험에서 국가유공자에 대하여 10퍼센트 가산점을 부여하도록 한 법률조항의 위헌확인을 청구한 경우(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 398), “그렇지 아니하면 기본권구제의 실효성을 기대하기 어렵다”거나, “현재의 시점에서 장차 기본권이 침해될 것이 확실히 예측할 수 있다”는 것을 이유로 하여 -자기관련성에 대한 명시적인 언급 없이- 현재관련성을 인정한 바 있다.

한편, 법무사시험을 보려고 준비 중인 자들이 일정 경력 근무자에 대하여 시험 없이 법무사자격을 당연히 부여하는 내용의 법무사법 조항의 위헌확인을 청구한 경우에는 기본권침해의 자기관련성을 명시적으로 인정하였다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750, 756-757).

(다) 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원의 적법요건 엄격해석론

1) 종전의 우리 헌법재판소가, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원사건, 특히 법령의 위헌확인을 구하는 사건에서, 자기관련성 요건의 해당여부와 관련하여 위에서 본 바와 같이 다소 완화하여 넓게 인정하여 온 것은 헌법재판제도 정착 및 헌법소원심판을 통한 기본권 구제 제도의 활성화 차원에서 연유한 것으로 보인다.

다시 말하면 심판대상이 되는 법률조항에 해당되는 사유가 발생되지 않

은 단계에서 그 법률조항의 규율대상으로 삼고 있는 일반적인 범위에 해당된다는 주장 및 소명(사실상 엄격한 소명을 요하지 않은 경우도 있었고, 그 규율대상으로 일응 예정된 경우에도 받아들인 경우가 있었다)만으로 인정하여 합헌·위헌여부가 미확정인 상태의 “침해가능성”이 아니라 “규율대상이 되는 범위의 포섭가능성”으로 운영하여 온 것으로 볼 수 있다.

이는 또 다른 규범통제심판유형인 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판제도에서의 적법요건인 “재판의 전제성”요건과 비교하여 볼 때 상대적으로 상당히 완화된 것이고 형평성 차원에서 볼 때 문제가 제기될 여지가 없지 아니하다.

따라서 우리 헌법재판소가 창립된 지 20여년이 가까와 이제 헌법재판제도가 제대로 정착되어 우리 국민에게 기본권구제수단으로 확고히 자리 잡게 된(어느 학자분의 지적처럼 성년에 다다랐고) 요즈음, 사건접수 추세에 따르면 조만간 한해 총 접수건수가 2,000건에 이를 것이 예상되며, 2006. 2. 28. 현재 계속 중인 사건 중 위헌법률심판사건이 40건, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건이 142건으로 전형적인 규범통제사건 만으로도 총 182건에 이르고 있어, 최소한 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원 중 법령소원의 경우에는 위 2가지 전형적인 규범통제사건의 적용요건과 본질에 있어 그 형평성을 도모하여, 결국 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 주요 적법요건인 기본권침해의 자기관련성·직접관련성·현재관련성 요건을 종전보다 엄격히 해석하여야 할 필요성이 대두되고 있다고 할 것이다.<sup>1)</sup>

한편으로 권리구제의 실효성 차원도 고려하여야 할 것이지만, 위 요건을 엄격히 해석하는 한편 전형적인 규범통제제도로서는 권리구제의 실효성에서 문제가 있는 경우이고, 그에 따른 보완책으로는 당사자로 하여금 가처분신청 제도를 활용하게 하는 것이 적절할 것으로 보인다.

1) 이러한 사건접수 추이는 물론 형사소송법 개정으로 불기소처분취소사건의 상당부분은 재정신청을 통하여 해결될 것이어서 달라질 것이나, 기본권침해의 법적 관련성 요건은 주로 법령소원에서 문제되는 것이고, 선택과 집중이라는 주제는 우리 헌법재판제도의 사법정책적 관점에서도 활용할 수 있는 것이기 때문에, 위 형사소송법 개정이 위와 같은 문제제기의 필요성과 타당성을 본질적으로 약화시키는 것은 아니라고 생각된다.



## 2) 구체적인 해석기준의 대안

위와 같은 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원의 기본권침해 법적관련성 요건에 대한 엄격해석론의 구체적인 해석기준방안으로 상정해 볼 수 있는 것은 다음과 같다.

첫째 종전의 ‘자기관련성’ 요건을 ‘현재관련성’과 결부시키지 않고 그 자체로 보다 엄격히 해석하는 방안을 들 수 있을 것이다. 예컨대, 정당의 지구당위원장으로써 장차 실시될 예정인 지방의회의원선거에 후보자가 되고자 준비 중인 자가 시·도의회의원후보자의 기탁금 규정의 위헌확인을 청구한 사건의 판시한 이유(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 98 참조)에서 그 기준의 일단을 시사받을 수 있을 것이다. 즉, 동 결정에서 청구인이 ‘정당의 지구당위원장’ + ‘입후보 준비 중’으로 위 기탁금 규정과 「밀접한 이해관계」가 있다고 하여 ‘자기관련성’을 인정하고 “위 선거가 수개월 내에 실시될 것이 명백하여” ‘현재성’을 인정하였다. 다만, 이와 같은 해석에는 청구인의 주장대로 “청구인이 실제로 시·도의회의원선거의 후보자로 입후보하는” 것을 가정으로 전제하고 있다.

둘째 ‘자기관련성’요건과 ‘현재관련성’요건을 엄격히 구분하여 별개로 판단할 것이 아니라, 「자기의 기본권이 현재 침해되거나 침해될 가능성이 있는지」, 「권리구체의 필요성과 실효성」도 아울러 고려하여 사법정책적 견지에서 전체적으로 판단하는 방안을 들 수 있을 것이다.

셋째 ‘자기관련성’요건은 일반 소송법상 「청구인 적격」론에 국한시켜 해석하고 ‘현재관련성’과 ‘직접관련성’요건을 결부시켜 엄격하게 해석하여 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 위헌소원의 적법요건과 그 해석범위가 궁극적으로 수렴되도록 하는 것이다. 다만, 이 경우에도 헌법소원심판의 최후 보충적인 권리구제수단이라는 헌법이 명한 기능은 살릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

## (라) 이 사건에 있어서 검토결과

이 사건 청구인들은 화성시장 등 기초자치단체장 선거에 입후보하고자 모두 예비후보자로 등록하였고, 그 중 청구인 곽○욱과 청구인 유○을 제외한 나머지 자들은 후보자로서 등록하지는 아니하였다.

청구인들은 모두 기초자치단체장 선거의 예비후보자로 등록하였다는 점

과 이 사건 법률조항에서 후원회지정권자에서 기초자치단체장 선거의 예비 후보자와 후보자를 모두 제외하고 있어, 종래의 다수 판례의 입장이나 위 엄격해석론 양자 어느 기준에 입각하더라도 기본권침해의 자기관련성이 인정된다고 볼 것이다.<sup>2)</sup>

## (2) 기본권침해의 현재관련성 및 직접관련성

위에서 본 바 기본권침해의 자기관련성 요건을 인정하는 견지에서는 기본권침해의 현재성에도 문제가 없는 것으로 보인다. 그리고 이 사건 법률조항은 다른 매개되는 집행행위 없이 그 법률자체에서 후원회지정권자로 기초자치단체장 후보자를 규정하고 있지 아니하므로 직접성 요건도 문제되지 아니한다.

## 2. 현행 공직선거법상 정치자금 조달방법과 선거비용보전제도

### 가. 선거자금으로서의 정치자금 조달방법

정치자금법에 의하면 정치자금의 조달방법은 후원금, 기탁금, 국가보조금, 당비로 구분된다.

(1) 후원금은 국민 개인이 정당, 국회의원이거나 공직선거의 후보자 등 법이 규정한 후원회지정권자가 지정하여 등록한 후원회에 기부하는 방식에 의하여 조달되는 정치자금이다(정치자금법 제3장). 그런데 2004. 3. 2. 정치자금법 개정으로 단체나 법인의 정치자금 기부와 기탁이 일체 금지되었고, 2005. 8. 4. 전문 개정된 현행 정치자금법에도 그대로 유지되고 있다.

소액다수제와 후보자중심 후원회로 일원화, 다시 말하면 국민 개개인이 공직선거의 후보자 등의 후원회를 통하여 정치자금을 기부하여 정치자금을 형성하고 이를 엄격한 절차·기준에 따라 지출하도록 변경한 것이다.

즉, 법은 정치자금의 수요자 중 후원회를 지정할 수 있는 자를 규정하고

2) 청구인 곽○옥과 청구인 유○을 제외한 나머지 청구인들은 기초지방자치단체장 선거 ‘후보자’로 등록하지 아니하였다는 점에서 자기관련성이 없다고 볼 여지가 있으나, 청구인 모두 그 예비후보자로는 등록하였으므로 ‘예비후보자’의 점에 대하여는 판단하여야 하고, 위 곽○옥·유○은 후보자로 등록하여 그 점에 ‘후보자’자의 점에 대하여도 판단하는 마당에 구태여 일부를 분리하여 부적법하다고 볼 필요성은 없다고 할 것이다.

(제6조), 그 지정권자가 후원회를 지정하면 그 대표자가 관할 선거관리위원회에 등록하도록 하며(제7조), 국민 개개인은 누구나 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회에 회원이 될 수 있도록 하고(제8조), 후원금의 모금과 기부는 위와 같이 등록된 후원회가 후원인(그 후원회의 회원뿐만 아니라 회원이 아닌 자도 포함됨)으로부터 후원금을 모금하여 후원회지정권자에게 기부하는 방식으로 이루어지도록 하고 있다(제10조). 아울러 후원인이 후원회에 연간 기부할 수 있는 한도액을 2천만원으로 함과 아울러 후원인이 하나의 후원회에 기부할 수 있는 연간한도액도 정하고 있으며(제11조 제1항·제2항), 후원회가 연간 모금할 수 있는 한도액을 규정하고 있는데(제12조) 공직선거가 있는 해의 연간한도액은 평년의 2배까지 모금할 수 있도록 하고 있다(제13조).

그렇다면 현행 정치자금법에서는 정당이나 후보자 중심의 후원회에 의한 정치자금 형성이 정치자금 조달방법의 절대적인 주류를 이루고 있다고 볼 수 있다. 다시 말하면 현행 정치자금법상 후원금은 정치자금의 법상 핵심적인 주요 공급원이 되고 있다.

(2) 기탁금은 당원이 될 수 없는 공무원과 사립학교 교원을 포함한 국민 개개인이 각급 선거관리위원회에 기탁하는 정치자금을 말한다. 위와 같은 기탁금은 법 제27조 국고보조금의 배분방식에 따라 각 정당에 배분, 지급된다.

(3) 국고보조금은 최근 실시한 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거권자 총수에 800원을 곱한 금액을 매년 예산에 계상하고, 공직선거가 있는 해에는 각 선거마다 800원씩 추가한 금액을 예산에 계상하여 조성하고(제25조 제1항·제2항), 경상 국고보조금은 매년 분기별로 균등 분할하여 정당에 지급하고 선거를 위한 국고보조금은 당해 선거의 후보자등록마감일 후 2일 이내에 정당에 지급하도록 하고 있다(제25조 제3항). 그 국고보조금의 배분은 교섭단체, 의석수, 득표율 등을 기준으로 하여 법 제27조에서 정한 방식에 의하여 각 정당에 대하여 이루어진다.

한편 경상 국고보조금과 선거 국고보조금과는 별도로 최근 실시한 임기만료에 의한 국회의원선거의 선거권자 총수에 100원을 곱한 금액을 임기만료에 의한 국회의원선거 또는 시·도의회의원선거가 있는 연도의 예산에

‘여성추천보조금’을 계상하고 이를 각 추천후보자의 수를 기준으로 국회의 원선거, 시·도의회의원선거에서 여성후보자를 추천하는 정당에 지급하도록 하고 있다(제26조).

(4) 당비는 정당이 소속당원으로부터 받는 정치자금이다. 정당의 회계책임자는 당비를 납부받은 때 당비영수증을 교부하고 그 원부를 보관하도록 하고 있다(제5조).

## 나. 선거비용과 선거비용 보전제도

### (1) 선거비용의 개념

공직선거에서 후보자가 지출하는 일체의 비용 중에는 선거비용으로 인정되는 비용과 그러하지 아니한 비용이 있고, 전자는 다시 협의 의미의 선거비용과 선거비용으로 간주되는 비용으로 나누어 볼 수 있다.

협의의 의미의 선거비용은 당해 선거에서 선거운동을 위하여 소요되는 금전·물품 및 채무 기타 모든 재산상의 가치가 있는 것으로서 당해 후보자, 정당 및 후보자가 되고자 하는 자가 부담하는 비용을 말한다(공직선거법 제119조 제1항 전문).

선거비용으로 간주되는 비용은 공직선거법에 위반되는 선거운동을 위하여 지출한 비용, 기부행위제한규정을 위반하여 지출한 비용, 제3자가 정당·정당선거사무소의 소장·후보자, 선거사무소장·선거연락소장 및 회계책임자가 통보하여 당해 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 비용을 말한다(제119조 제1항 후문).

한편 선거권자의 추천을 받는 데 소요된 비용 등 선거운동을 위한 준비행위에 소요되는 비용, 기탁금 등 선거관련 납부금·수수료, 선거기간 전·후의 선거사무소·선거연락소의 설치·유지비용, 정당의 후보자선출대회비용 등 선거관련 정당활동비용, 정당후보자들이 승용하는 자동차의 운영비용, 제3자가 정당·후보자 등과 통보함이 없이 특정 후보자의 선거운동을 위하여 지출한 전신료 등의 비용, 법 제119조 제2항의 규정에 의하여 기부행위로 보지 아니하는 행위에 소요되는 비용 및 선거일 후 지출원인이 발생한 잔무정리비용은 선거비용으로 인정되지 아니한다(제120조).

## (2) 선거비용의 국가부담과 선거비용보전제도

공직선거의 후보자가 선거운동을 함에 있어서 지출하게 되는 일체의 선거비용(전항에서 살펴 본 광의의 의미의 선거비용) 중에는 i)선거공영제에 입각 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 비용, ii)후보자의 사망, 당선 및 법이 정한 일정 범위를 득표한 자에 대하여 보전되는 비용과 iii)어떠한 경우에도 후보자에 보전되지 아니하는 선거비용으로 나누어 볼 수 있다.

## (가) 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 선거비용

이는 선거공영제에 입각하여 기준이나 요건에 관계없이 국가 또는 지방자치단체가 후보자를 위하여 부담하는 선거비용이다. 이에는 ①선전벽보(공직선거법 제64조)의 첩부 및 철폐비용(공직선거법 제122조의2 제3항 제1호), ②점자형 선거공보의 작성비용과 책자형 선거공보 및 전단형 선거공보의 발송비용과 우편요금(제2호), ③선거방송위원회 주관 대담토론회와 정책토론회의 개최비용(제4호, 제5호), ④투·개표참관인의 수당과 식비(제6호, 제7호)가 그것이다.

## (나) 보전되지 아니하는 선거비용

첫째, 후보자로 등록하기 이전의 '예비후보자의 선거비용'은 보전되지 아니한다(제122조의2 제2항 제1호)

둘째, 공직선거법에 위반되는 행위에 의하여 지출되는 비용은 보전되지 아니한다. 즉 위법한 선거운동을 위하여 지출한 비용이나 기부행위제한규정에 위반하여 지출한 비용, 회계보고를 누락하거나 허위 보고된 비용과 지출에 적법한 영수증이나 증빙서류가 첨부되지 아니한 비용 등이다(제2호, 제3호, 제5호).

셋째, 실제 지출하지 아니하거나 시가보다 과다 계상된 비용 및 법이 정한 바 이외로 지출된 비용은 보전되지 아니한다(제4호, 제6호 내지 제8호).

끝으로, 시외전화, 이동전화 통화료 및 정보통신요금과 그 밖에 위와 유사한 취지의 것으로 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 비용은 보전되지 아니한다.

## (다) 선거후 후보자에게 보전되는 선거비용

위 1)항, 2)항에 해당되지 아니한 것으로 공직선거 후보자가 공직선거법의 규정에 의한 선거운동을 위하여 지출한 선거비용은 법에 따라 공고된

비용의 범위 안에서 선거 후에 후보자 중 당선된 자, 법 소정의 득표를 한 자 및 사망한 자에 대하여는 그 선거비용을 보전한다.

즉, 이 사건에서 특히 문제되고 있는 기초지방자치단체의 장 선거의 경우, 당선된 후보자, 사망한 후보자 및 유효득표총수의 100분의 15 이상을 득표한 후보자에 대하여는 지출한 선거비용 전액을, 유효득표총수의 100분의 10 이상 100분의 15 미만인 후보자에 대하여는 지출한 선거비용의 100분의 50에 해당하는 금액을 보전한다(법 제122조의2 제1항 제1호).

다만, 여기에서의 선거비용은 물론 법 제40조의 규정에 따라 제출한 회계보고서에 보고된 선거비용으로서 정당하게 지출한 것으로 인정되는 선거비용을 대상으로 한다.

### (3) 선거비용 보전의 실제

#### (가) 2002. 6. 13. 실시 제3회 전국동시지방선거의 경우<sup>3)</sup>

2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거에서 선거 후 후보자에게 보전된 선거비용의 내역을 이 사건과 관련된 범위 내에서 요약하면 다음과 같다.

동 선거 전체 정당·후보자 10,798명 중 90%인 9,721명이 선거비용을 보전받았는데, 보전총액은 398억4천9백만원이고,<sup>4)</sup> 후보자 1인당 평균 보전금액은 자치구·시·군의 장 선거의 경우 9,381,000원이며 이는 후보자 1인당 선거비용 지출액 대비 15.5%에 해당되는 것이다.

그밖에 시·도지사 선거의 경우에는 209,776,000원으로 지출액 대비 45.1%이고, 비례대표시·도의원 선거의 경우 24,888,000원으로 지출액 대비 68.2%이며, 지역구시·도의원 선거의 경우 2,649,000원으로 지출액 대비 14.5%이고, 자치구·시·군의원 선거의 경우 1,791,000원으로 지출액 대비 18.3%에 해당되는 것으로 나타났다.

선거비용의 보전대상 항목으로는 선전벽보·선거공보·소형인쇄물 제작

3) 제3회 전국동시지방선거총람, 중앙선거관리위원회 2002. 112-115면 참조.

4) 이는 제2회 전국동시지방선거 보전대상후보자가 8,783명인데 비해 938명(10.6%)이, 보전금액 303억6천2백만원에 비해 94억8천7백만원(31.2%)이 증가된 것이다. 그 이유는 공직선거법 개정으로 기탁금반환 요건이 완화되고 인터넷홈페이지 관리비용등이 신규로 보전대상비용으로 추가되었기 때문이다.

비, 신문광고비, 방송연설비, 홈페이지 관리비, 선거사무장 등에 대한 수당, 전화요금, 연설대담차량임차비 등인데, 자치구·시·군의 장 선거의 경우에는 이 중 소형인쇄물 제작비용의 지급비율이 47.1%로 가장 비중이 높은 것으로 나타났다. 그리고 자치구·시·군의 장 선거의 경우 신문광고비, 선거사무장등에 대한 수당과 연설대담차량 임대료 항목에서 보전된 선거비용은 없는 것으로 나타났다.

(나) 1998. 6. 4. 실시 제2회 전국동시지방선거의 경우<sup>5)</sup>

전체 정당·후보자 10,094명이 338억여원을 보전받았는데(기탁금에서 34억원, 지방자치단체 예산에서 304억원 보전) 이는 정당·후보자의 선거비용 지출총액 1,413억원의 23.9%에 해당되는 것이었다.

보전된 선거비용의 항목은 선전벽보·선거공보·소형인쇄물 작성비용, 신문광고비용, 방송연설비용, 선거사무관계자 수당이 그것이다. 자치구·시·군의 장 선거의 경우 그 중 소형인쇄물 제작비용이 전체 선거비용 지출액의 59.2%로 가장 높은 비중을 차지하고 있고, 신문광고비용과 선거사무관계자 수당 항목은 보전된 것이 일체 없었다.

#### (4) 실제 후보자가 부담하여야 할 선거비용

당선되거나 법 소정의 유효득표수 이상 얻어 선거비용을 보전받는 경우에도 후보자의 1인당 평균 선거비용부담액은 실제 제3회 전국동시지방선거의 자치구·시·군의 장 선거를 기준으로 하여 볼 때, 지출액 60,642,000원 중 보전액이 9,381,000원(보전율 15.5%)을 제외한 51,261,000원으로 전체 지출액의 84.5%에 해당되는 것이다.

이는 선거비용 중 보전대상이 되는 항목인 선전벽보·선거공보·소형인쇄물 작성비용, 방송연설비용, 홈페이지 관리비용, 전화요금을 제외한 다른 선거비용은 모두 후보자 본인이 부담해야 함을 의미한다. 물론 여기에는 법 제122조의2 제3항에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 후보자를 위하여 부담하는 공영선거비용은 포함되지 아니한다.

그리고 선거비용 보전대상자로 인정되지 아니한 후보자의 경우에는 후보자 개인이 부담하여야 할 비용은 그 보전대상 항목의 선거비용으로 확대

5) 제2회 전국동시지방선거총람, 중앙선거관리위원회 1998. 96-97면 참조.

된다.

### 3. 헌법재판소의 종전 관련 판례

#### 가. 2004. 3. 2. 개정 전의 구 정치자금에관한법률상의 개인후원회 규정 대상 판례

(1) 정치자금모금을 위한 후원회의 기부대상자로 국회의원입후보예정자를 포함시키지 아니한 것의 위헌확인을 청구하여 기각결정된 예(헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677; 헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558)

(가) 국회의원 보궐선거에 무소속으로 입후보하고자 준비하고 있는 자가 정치자금의 기부를 목적으로 하는 후원회에 기부대상자로 정당, 국회의원, 국회의원입후보등록자에 한정된 구 정치자금에관한법률(1994. 3. 16. 법률 제4740호로 개정된 것) 제3조 제8호<sup>6)</sup>에 대하여 위헌확인을 청구한 사건인데,<sup>7)</sup> 그 주된 기각이유는 국회의원입후보예정자의 경우 어느 시점을 기준으로 정치자금을 제공받을 수 있는 위치를 인정할 것인지가 객관적으로 불분명하여 그 대상에서 포함하고 있지 않더라도 이는 합리적인 이유 있는 차별이라는 것이다(헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 693-695).

(나) 제15대 국회의원선거에 무소속후보로 출마할 예정인 자가 구 정치자금에관한법률(1995. 12. 30. 법률 제5128호로 개정된 것) 제5조, 제6조, 제11조, 제17조가 정치자금 모집과 국가보조금 지급 등에 있어 정당추천 후보자에 비하여 무소속 후보자를 현저히 불리하게 차별하고 있다고 하여 헌법소원심판을 청구한 사건이다.

6) 정치자금에관한법률(1980. 12. 31. 법률 제3302호 제정, 1994. 3. 16. 법률 제4740호 최종개정) 제3조(정의) 이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

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

(1. 내지 7. 생략)

7) 이 사건에서는 후원회의 기부대상자의 관점에서만 판단하였다(판례집 7-2, 694).



그 기각이유의 요지는 다음과 같다.

먼저 정당이나 국회의원 및 국회의원입후보등록자에 한하여 후원회를 통한 정치자금조달을 허용하고 단순한 국회의원입후보예정자에 대하여 이를 허용하지 아니한 부분에 대한 이유요지는 위 (가)항 결정과 대체로 같다.

다음 정당이 개인·법인 또는 단체로부터 기탁금을 받을 수 있고 국가보조금을 지급받을 수 있는 규정부분에 대한 기각이유는, 그 규정으로 인하여 정당소속 입후보자가 보호를 받고 상대적으로 무소속 입후보자가 불리한 차별을 받게 된다 하더라도 이는 우리 헌법이 정당제 민주주의를 채택하고 정당에 대하여 특별한 보호를 하도록 규정한 것에 기인하는 것이고 이는 합리적인 차별로서 허용되는 것이므로 이를 두고 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라 할 수는 없다(헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558, 567).

(2) 정치자금모금을 위한 후원회의 기부대상자로 지방자치단체장이나 지방자치단체장 선거입후보자를 포함시키지 아니한 것의 위헌확인을 청구하여 합헌 결정된 예(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469)

위 결정은 광역단체장 선거에 출마하여 당선된 자가 불법 정치자금수수료 기소되어 재판받던 중 그 재판의 전제가 된 구 정치자금에관한법률(1997. 11. 14. 법률 제54134호로 개정된 것) 제3조 제8호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하여 기각되자 헌법소원심판을 청구한 사건에 관한 것이다.

그 합헌판단의 주요 이유는 다음과 같다.

첫째, 지방자치단체장은 본질적으로 집행기관으로서 그 지위와 성격 및 기능에서 국회의원과 본질적으로 차이가 있고 그 직무수행상 필요한 자금도 개인의 선거비용 이외에는 모두 국가 또는 지방자치단체의 예산으로 책정되어 있고, 집행기관으로서의 엄결성을 확보하기 위하여 정치자금의 조달 방법에서도 개인후원회를 둘 수 없도록 한 것이므로 합리적 근거 있는 차별이라고 할 것이다.

둘째, 지방자치단체장 선거에 입후보하는 자 사이에서는 개인후원회를 둘 수 없다는 점에서는 실질적으로 아무런 차별이 없고, 또한 정당 추천을 받는 지방자치단체장 입후보자의 경우는 정당을 통한 합법적인 정치자금조달을 보장하고 있으므로 정치자금의 조달이 전혀 불가능한 것이 아니며

로 과잉금지원칙에 위배되어 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

셋째, 정당추천 입후보자와 무소속 입후보자와의 사이에는 정당을 통한 정치자금의 조달에 있어 차별이 있는 것이 사실이나, 이는 우리 헌법(제8조)이 정당제 민주주의에 바탕을 두고 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하며 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있도록 하는 등 헌법에서 정당을 일반결사에 비하여 특별히 두텁게 보호하고 있기 때문에 헌법적으로 정당성을 인정할 수 있다.

#### 나. 공직선거법상 선거운동과 관련하여 무소속후보자를 달리 취급한 것에 대한 판례

##### (1) 합헌으로 결정된 예

먼저 선거기간 전의 정당의 선전물부착(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 209)이나 정당의 당원교육허용(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 208-209; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 541-543), 정당의 선거대책기구 설치허용(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 307-309; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 538-539), 통상적인 정당활동에 부수되는 음식물의 제공허용(헌재 1996. 3. 28. 96헌마18 등, 판례집 8-1, 323, 342), 국회의원의 의정활동보고 허용(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 291; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 541-542)과 같이 정당이나 현역 국회의원의 지위에 입각하여 특별히 허용되는 것에 대하여 정당후보자나 현역 국회의원에 비하여 무소속후보자를 차별하고 있다는 주장을 받아들이지 아니하고 합헌 결정을 한 것이다.

다음 선거권자의 추천요구(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 207), 공동연설회 불허(헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523, 533-534), 선거운동용 신분증명서 발급금지(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 310-311) 등과 같이 무소속후보자에 대한 특별한 제한이 헌법에 위반되지 아니한다고 본 예이다.

##### (2) 위헌으로 결정된 예

정당후보자에게 합동연설회 이외에 정당연설회를 가질 수 있도록 한 것은 무소속후보자에게도 정당추천후보자에 준하는 선거운동의 기회를 균등하게 허용하지 아니한 위헌이고, 정당후보자의 경우 무소속후보자에 비하여 소형인쇄물을 2종 더 제작·배부할 수 있도록 한 규정 역시 무소속후보자에게도 그에 준하는 종류의 소형인쇄물을 제작·배부할 수 있도록 선거운동의 기회를 균등하게 허용하지 아니하는 한 위헌이라고 결정한 것이다(헌재 1992. 3. 13. 92헌마37등, 판례집 4, 137).

#### 4. 이 사건 법률조항의 위헌여부

##### 가. 이 사건에서 특히 문제되는 점

첫째, 청구인들은 각 화성시·안양시·오산시·수원시·평택시의 시장에 출마하고자 ‘예비후보자’로 등록한 자인바, 청구인들의 위헌주장 중 이 사건 법률조항이 후원회지정권자로 기초자치단체의 장 후보등록자를 배제한 것뿐만 아니라 그 예비후보자로 등록한 자를 배제한 것도 포함되는가 문제되는데, 심판청구이유서에 의하면 “국회의원은 4년 내내 후원회를 둘 수 있고, 시·도지사후보라도 후원회를 둘 수 있음에 반하여, 청구인들과 같이 시장후보자들은 예비후보자가 되어도 후원회 지정을 할 수 없습니다.”라고 주장하고 있어 그와 같은 것도 쟁점이 된다고 보아야 한다.

둘째, 그렇다면 위에서 살펴본 우리 재판소의 구 공직선거법의 ‘개인후원회’ 관련 종전 결정의 법리를 이 사건에 바로 원용할 수 있는지 여부가 문제된다. 특히 이 사건 법률조항은 위 종전 결정의 심판대상이 되는 구 공직선거법의 정치자금조달 방법의 측면에서 법인, 단체의 정치자금 기부를 일체 배제하고 정치자금의 주된 공급원으로 ‘후원회’로 집중시키는 것으로 전면적으로 개혁한 점을 고려할 때, 위 종전 결정의 법리를 그대로 원용할 수 있는지 여부가 문제된다.

셋째, 정치자금의 수요측면인 ‘선거비용과 선거비용 보전 및 국가·지방자치단체의 부담부분’의 관점에서 바라 볼 때, 특히 이 사건 공직선거법이 정치자금의 주요 조달방법을 ‘후원회’로 집중시키고 있는 점과 관련하여 궁극적으로 무소속후보자들인 청구인들의 선거비용 부담의 관점에서 이 사건 법률조항이 절대적으로 청구인들의 공무담임권을 과도히 제약하거나 선거

운동의 기회균등 보장에 위배되는지 여부가 문제된다.

## 나. 합헌론

(1) 이 사건 공직선거법은 종전 결정의 심판대상이 된 구 공직선거법과 비교하여 정치자금조달방법의 측면에서 위에서 살펴본 바와 같이 근본적인 구조적 개혁을 한 것이고, 그 개혁의 근간이 소액다수제 정치자금의 투명성 제고라는데 두고 법인과 단체의 정치자금의 기부를 일체 금지하는데 대하여 국민이 개인 자격으로 ‘후원회’를 통하여 정치자금을 기부하는 방식으로 정치자금조달의 주요창구를 일원화하는 것으로 변경하면서 그 후원회지정권자로 청구인들 주장의 ‘기초단체장선거 예비후보자나 후보등록자’를 배제하여 선거자금을 포함한 정치자금 조달의 방법이 일체 봉쇄된 측면이 있다.

(2) 그러나 먼저, 위와 같은 정치자금조달의 구조개혁이 있다고 하더라도, 기초단체장선거의 정당추천후보자의 경우에는 정당이 후원회를 통하여 선거자금을 조달할 수 있으므로 문제가 없고, 결국은 무소속후보자와 정당추천후보자의 차이인데 이 점에 있어서는 ‘개인후원회’에 관한 종전결정의 ‘헌법상 정당에 대한 정당한 보호에 관한’ 법리를 그대로 원용할 수 있다.

다음, 청구인 주장의 국회의원선거후보자와의 차별문제는, 위 종전결정(2000헌바5)에 대하여 살펴본 바와 같이, 양 공직이 그 지위와 성격, 그 기관의 직무 및 기능의 점에서 본질적으로 차이가 있어 그 차별에 합리성이 있어 헌법상 허용된다.

그리고 광역자치단체장 선거 후보자와의 차별문제에 관하여 보면, 기초자치단체장과 광역자치단체장은 자치사무의 집행기관이라는 점에서 그 직무의 성격이 본질적으로 다르지 아니하나, 그 관할구역의 범위와 권한 그리고 정치적 역할의 의미에서 현저한 차이가 있어 정치자금의 수요 측면에서 상당한 차이를 보이고 있다. 실제로 위에서 본 바와 같이 제3회 전국동시지방선거의 1인당 선거비용지출액을 비교해 보면 기초자치단체장은 60,642,000원인데 비하여 광역자치단체장은 464,991,000원으로 현저한 차이를 보이고 있다. 따라서 입법자가 이러한 차이를 반영하여 양자를 차별 취급한 것은 헌법상 허용되는 입법의 재량을 현저히 남용하거나 재량의 한

계를 현저히 일탈한 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다.

(3) 또한 위에서 살펴본 바 이 사건 공직선거법에 의하면 후보자등록 후 법에 따른 적법한 선거운동을 위하여 지출되는 비용에 대하여는, 선거공영제의 관점에서 일정한 항목은 후보자를 위하여 국가 또는 지방자치단체가 직접 그 비용을 부담하도록 하고 있고, 비록 일정한 득표율 등을 요건으로 당선, 사망이나 그 득표율에 따라 그 비용의 전부 또는 1/2을 보전해 주는 제도를 마련하고 있다는 점이다.

즉, 선전벽보의 첩부 및 철거비용, 점자형 선거공보의 작성비용과 책자형 선거공보 및 전단형 선거공보의 발송비용과 우편요금, 선거방송위원회 주관 대담토론회와 정책토론회의 개최비용, 투·개표참관인의 수당과 식비 등은 어떠한 요건충족을 요구하지 않고 후보자를 위하여 국가 또는 지방자치단체가 부담하도록 하고 있다. 그리고 후보등록 전 예비후보자로서 선거운동을 준비하는 기간에 지출되는 선거비용은 보전의 대상이 되지 않지만, 후보등록 후 지출되는 선거비용은 기술상 전화요금 통신요금 등 선거운동을 위하여 지출하는지 여부를 분명히 구분하기 어려운 점이 있는 비용이나 불법, 허위, 과도하게 계상되는 선거비용을 제외한 거의 모든 선거비용의 지출은 모두 선거비용보전의 대상이 된다.

그렇다면 결국 무소속후보자의 경우 예상되는 구체적인 불이익은(득표율 요건은 무소속 후보자에 국한되는 것은 아니므로 이 사건에서 특별히 문제되지 아니한다) 보전되기 전의 선거비용을 스스로 마련하여야 한다는 점일 것이고, 정당소속후보자와 비교하여서는 그가 정당을 통한 정치자금조달로 그 자금을 미리 지원받을 수 있음에 대하여 그러하지 못하다는 점에서 차이가 나는 것뿐이다.

그런데 이와 같은 차이는 ‘개인후원회’관련 종전 결정의 법리를 충분히 원용할 수 있고, 위에서 살펴본 종전 우리 헌법재판소의 무소속후보자에 대한 차별규정에 대하여 합헌성을 인정한 법리에 비추어 헌법상 청구인들의 공무담임권을 지나치게 제한하거나 선거운동의 기회균등 보장에 위배된다고 볼 수 없다.

(4) 아울러 예비후보자를 후원회지정권자에서 배제한 것의 위헌여부에 관하여는 종전 결정의 법리를 그대로 원용할 수 있다.

## 다. 위헌론

(1) 이 사건 공직선거법은 종전결정의 심판대상이 된 구 공직선거법 상 선거자금을 포함한 정치자금의 조달방법을 근본적으로 개혁하여 법인과 단체의 정치자금의 기부를 일체 금지하는데 대하여 국민이 개인 자격으로 '후원회'를 통하여 정치자금을 기부하는 방식으로 정치자금조달의 주요창구를 일원화하였다.

그런데 정치자금모금을 위한 후원회 지정권자에서 기초단체장선거 예비 후보자나 후보자는 배제됨으로써 선거자금을 포함한 정치자금 조달의 방법이 일체 봉쇄되었고, 특히 무소속후보자의 경우 정당추천후보자와 달리 정당을 통하여 선거자금을 지원받을 수도 없게 되었다.

(2) 아울러 실제 실시된 최근 제2회, 제3회 전국동시지방선거결과 실제 보전된 선거비용 자료에 비추어 보면, 보전된 선거비용항목은 선전벽보·선거공보·소형인쇄물 제작비, 신문광고비, 방송연설비, 홈페이지 관리비, 선거사무장 등에 대한 수당, 전화요금, 연설대담차량임차비 등이었고, 전체 지출된 선거비용 중 보전된 비용의 비율은 제2회가 23.9%이고 제3회가 15.5%로 나타나고 있어, 실제로 후보자가 선거비용을 대부분 부담해야 하므로, 이는 자금이 부족한 무소속후보자의 선거운동의 자유를 위축시키고 정당을 통한 자금조달을 통한 지원을 받는 정당후보자에 비하여 선거운동의 기회균등을 침해하고 있으며 나아가 청구인들의 공무담임권을 과도하게 제한하고 있다고 할 것이다.

이는 선거운동과 관련하여 무소속후보자에 비하여 정당후보자의 소형인쇄물 제작·배부 및 연설회 기회에 있어서 우대한 것을 선거운동의 기회균등보장에 위배된다고 본 종전 우리 헌법재판소의 결정에 비추어 보더라도 헌법에 위반된다고 할 것이다.

## 5. 결론

요컨대, 이 사건 법률조항으로 인한 구체적이고 실제적인 차이는 무소속 후보자는 선거비용보전의 득표요건을 갖추지 못하면 국가 또는 지방자치단체가 부담하도록 되어 있는 법적 공영선거비용을 제외한 대부분의 선거비

용을 본인이 스스로 부담하게 되는 반면 정당소속 후보자는 정당의 자금을 지원받을 수 있다는 점인데, 그로 인하여 무소속 후보자의 선거운동에 다소 제약을 가져오는 경우가 있을 수 있을 것이다.

그러나 정당소속 후보자의 경우에는 각 정당의 후보자 선출을 위한 경선 등 후보선발 절차를 거쳐 공직선거의 후보자로 자체 자질검증을 통하여 후보자로 정하여 지고, 정당은 헌법상 보호되고 있는 정치적 의사의 형성단체이자 공직선거의 후보자 추천단체로 기능을 담당하고 있으며, 후보자의 난립방지 등 선거제도 기능의 효율성이라는 공익을 고려하고, 무소속 후보자라도 명망이 있거나 참신한 정치신인으로서 유권자에게 호소력이 있어 상당한 득표력을 가진 자로서 기존 정당의 이념이나 정강을 같이 할 수 없는 자라면 득표요건을 충족하여 그 선거비용을 보전받을 수도 있다는 점 등을 고려할 때, 이와 같은 정도의 차별은 합리적인 이유가 있는 것으로 입법재량의 범위 내에 있다고 보아야 할 것이므로, 결국 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하다고 본 것이다. 따라서 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각한 것이다.





## 신문등의자유와기능보장에관한법률 제16조 등 위헌확인

- 신문법 및 언론중재법의 위헌 여부 -

(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165·314·555·807, 2006헌가3(병합), 판례집  
18-1하, 337)

김 현 철\*

### 【판시사항】 1)

1. 일간신문과 뉴스통신·방송사업의 겸영을 금지하는 신문등의자유와기능보장에관한법률(2005. 1. 27. 법률 제7369호로 전문 개정된 것. 이하 “신문법”이라 한다) 제15조 제2항이 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 일간신문사 지배주주의 뉴스통신사 또는 다른 일간신문사 주식·지분의 소유·취득을 제한하는 신문법 제15조 제3항이 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유를 침해하는지 여부(한정적극)

3. 일간신문의 전체 발행부수 등 신문사의 경영자료를 신고·공개하도록 규정한 신문법 제16조 제1항·제2항·제3항이 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유와 평등권을 침해하는지 여부(소극)

4. 1개 일간신문사의 시장점유율 30%, 3개 일간신문사의 시장점유율 60% 이상인 자를 시장지배적사업자로 추정하는 신문법 제17조가 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유와 평등권을 침해하는지 여부(적극)

---

\* 헌법연구관

1) 본안판단 부분만 적시함

5. 시장지배적사업자를 신문발전기금의 지원대상에서 배제한 신문법 제 34조 제2항 제2호가 신문사업자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부 (적극)

6. 일간신문사에 고충처리인을 두고 그 활동사항을 매년 공표하도록 규정한 언론중재및피해구제등에관한법률(2005. 1. 27. 법률 제7370호로 제정된 것. 이하 “언론중재법”이라 한다) 제6조 제1항·제4항·제5항이 신문사업자인 청구인들의 신문의 자유를 침해하는지 여부(소극)

7. 정정보도청구의 요건으로 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 않도록 규정한 언론중재법 제14조 제2항, 제31조 후문이 신문사업자인 청구인들의 언론의 자유를 침해하는지 여부(소극)

8. 정정보도청구의 소를 민사집행법상 가처분절차에 의하여 재판하도록 규정한 언론중재법 제26조 제6항 본문 전단 중 ‘정정보도청구’ 부분이 신문사업자인 청구인들의 공정한 재판을 받을 권리와 언론의 자유를 침해하는지 여부(적극)

9. 언론중재법 시행 전의 언론보도로 인한 정정보도청구에 대하여도 언론중재법을 적용하도록 규정한 언론중재법 부칙 제2조 중 ‘제14조 제2항, 제26조 제6항 본문 전단 중 정정보도청구 부분, 제31조 후문’ 부분이 신뢰보호원칙에 어긋나 신문사업자인 청구인들의 언론의 자유를 침해하는지 여부(적극)

## 【심판의 대상】 2)

### 1. 신문법

제15조(겸영금지 등) ②일간신문과 뉴스통신진흥에관한법률의 규정에 의한 뉴스통신(이하 “뉴스통신”이라 한다)은 상호 겸영할 수 없으며, 방송법에 의한 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업(이하 “방송사업”이라 한다. 이하 이 조에서 같다)을 겸영할 수 없다.

③일간신문·뉴스통신 또는 방송사업을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 소유하는 자(대통령령이 정하는 동일계열의

---

2) 본안판단 대상조항만 적시함

기업이 소유하는 경우를 포함한다)는 다른 일간신문 또는 뉴스통신을 경영하는 법인이 발행한 주식 또는 지분의 2분의 1 이상을 취득 또는 소유할 수 없다.

제16조(자료의 신고 등) ①일간신문을 경영하는 정기간행물사업자는 당해 법인의 결산일부터 5월 이내에 직전 회계연도의 신문사업에 관한 다음 각호의 사항을 신문발전위원회에 신고하여야 한다.

1. 전체 발행부수 및 유가 판매부수
2. 구독수입과 광고수입

②일간신문을 경영하는 정기간행물사업자는 매 결산일부터 5월 이내에 총 발행주식 또는 지분총수와 자본내역, 100분의 5 이상의 주식 또는 지분을 소유한 주주 또는 사원의 개인별 내역에 관한 사항을 신문발전위원회에 신고하여야 한다.

③신문발전위원회는 제1항 및 제2항의 규정에 따른 신고사항을 검증·공개하여야 한다.

제17조(시장지배적사업자) 일반일간신문 및 특수일간신문(정보전달을 위하여 무료로 보급되는 일간신문을 제외한다. 이하 같다)을 경영하는 정기간행물사업자중 다음 각호의 1에 해당하는 사업자는 독점규제및공정거래에 관한법률<sup>3)</sup> 제4조의 규정에 불구하고 같은 법 제2조 제7호의 규정에 의한 시장지배적사업자로 추정한다.

1. 1개 사업자의 시장점유율이 전년 12개월 평균 전국 발행부수의 100분의 30 이상
2. 3개 이하 사업자의 시장점유율의 합계가 전년 12개월 평균 전국 발행부수의 100분의 60 이상. 다만, 시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다.

제34조(기금의 용도) ②다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 기금을 지원할 수 없다.

2. 제17조의 규정에 해당하는 시장지배적사업자

## 2. 언론중재법

---

3) 이하 “공정거래법”이라 한다.

제6조(고충처리인) ①종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자, 일반일간신문(신문등의자유와기능보장에관한법률 제2조제2호 가목의 규정에 의한 일반일간신문을 말한다)을 발행하는 정기간행물사업자 및 뉴스통신사업자는 사내에 언론피해의 자율적 예방 및 구제를 위한 고충처리인을 두어야 한다.

④제1항의 규정된 언론사는 취재 및 편집 또는 제작 종사자의 의견을 들어 고충처리인의 자격·지위·신분·임기 및 보수 등에 관한 사항을 정하고 이를 공표하여야 한다. 이를 변경할 때에도 또한 같다.

⑤제1항에 규정된 언론사는 고충처리인의 의견을 들어 고충처리인의 활동사항을 매년 공표하여야 한다.

제14조(정정보도청구의 요건) ②제1항의 청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 아니한다.

제26조 (정정보도청구등의 소) ⑥제1항의 규정에 의한 청구에 대하여는 민사집행법의 가치분절차에 관한 규정에 의하여 재판하며, 청구가 이유 있는 경우에는 법원은 제15조 제3항·제5항 및 제6항의 규정에 따른 방법에 따라 정정보도·반론보도 또는 추후보도의 방송·게재 또는 공표를 명할 수 있다. (단서 생략)

제31조(명예훼손의 경우의 특칙) (전문 생략) 정정보도의 청구에는 언론사의 고의 또는 과실로 인한 위법성을 요하지 아니한다.

부칙 제2조(시행 전 언론보도에 관한 경과조치) 이 법은 이 법 시행 전에 행하여진 언론보도에 대하여도 이를 적용한다. (단서 생략)

### 【사건의 개요】

국회는 2005. 1. 27. 법률 제7369호로 종전의 정기간행물의등록등에관한법률을 신문법으로 바꾸면서 전문 개정·공포하였고, 같은 날 법률 제7370호로 언론중재법도 제정·공포하였다. 청구인들은 신문법 및 언론중재법 중 일부 조항이 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한다고 주장하며 각 헌법소원심판을 청구하였다(2005헌마165, 2005헌마314, 2005헌마555, 2005헌마807). 한편, 2006헌가3 사건의 제청신청인은 자신이 발행하는 조선일보에 도청테이프와 관련된 기사를 보도하였고, 이에 국가정보원은 언론

중재위원회에 ‘정정보도문’을 작성·게재하라는 조정신청을 하였다. 위 조정신청에 대하여 언론중재위원회는 직권으로 ‘반론보도문’을 작성·게재하라는 조정을 하였는바, 국가정보원은 위 직권조정결정에 대하여 이의신청을 하였고, 이에 따라 위 정정보도에 관한 조정신청은 법원에 대하여 정정보도청구의 소를 제기한 것으로 간주되었다. 제청신청인은 위 사건의 계속 중 언론중재법의 일부 조항에 대한 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 동 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

### 【결정요지】

1. 신문법 제15조 제2항은 일간신문이 뉴스통신이나 일정한 방송사업을 겸영하는 것을 금지하고 있다. 그런데 일간신문이 뉴스통신이나 방송사업과 같은 이종 미디어를 겸영하는 것을 어떻게 규율할 것인가 하는 것은 고도의 정책적 접근과 판단이 필요한 분야로서, 겸영금지의 규제정책을 지속할 것인지, 지속한다면 어느 정도로 규제할 것인지의 문제는 입법자의 미디어정책적 판단에 맡겨져 있다. 신문법 제15조 제2항은 신문의 다양성을 보장하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 규제의 대상과 정도를 선별하여 제한적으로 규제하고 있다. 즉, 규제 대상을 일간신문으로 한정하고 있고, 겸영에 해당하지 않는 행위, 예컨대 하나의 일간신문법인이 복수의 일간신문을 발행하는 것 등은 허용되며, 종합편성이나 보도전문편성이 아니어서 신문의 기능과 중복될 염려가 없는 방송채널사용사업이나 종합유선방송사업, 위성방송사업 등을 겸영하는 것도 가능하다. 그러므로 신문법 제15조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.[7:2]

2. 신문법 제15조 제3항에서 일간신문의 지배주주가 뉴스통신 법인의 주식 또는 지분의 2분의1 이상을 취득 또는 소유하지 못하도록 함으로써 이종 미디어 간의 결합을 규제하는 부분은 언론의 다양성을 보장하기 위한 필요한 한도 내의 제한이라고 할 것이어서 신문의 자유를 침해한다고 할 수 없다. 그런데 제15조 제3항은 나아가 일간신문의 지배주주에 의한 신문의 복수소유를 규제하고 있다. 신문의 다양성을 보장하기 위하여 신문의 복수소유를 제한하는 것 자체가 헌법에 위반된다고 할 수 없지만, 신문의 복수소유가 언론의 다양성을 저해하지 않거나 오히려 이에 기여하는 경우

도 있을 수 있는데, 이 조항은 신문의 복수소유를 일률적으로 금지하고 있어서 필요 이상으로 신문의 자유를 제약하고 있다. 그러나 신문의 다양성 보장을 위한 복수소유 규제의 기준을 어떻게 설정할지의 여부는 입법자의 재량에 맡겨져 있으므로 이 조항에 대해서는 단순위헌이 아닌 헌법불합치 결정을 선고하고, 다만 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 허용함이 상당하다.[7:2]<sup>4)</sup>

3. 신문법 제16조 제1항·제2항·제3항이 신문기업 자료의 신고·공개 제도를 둔 것은 신문시장의 투명성을 제고하고, 신문법 제15조의 겸영금지 및 소유제한 규정의 실효성을 담보함으로써 신문의 다양성이라는 헌법적 요청을 구현하기 위해서이다. 신문기업은 일반기업에 비하여 공적 기능과 사회적 책임이 크기 때문에 그 소유구조는 물론 경영활동에 관한 자료를 신고·공개하도록 함으로써 그 투명성을 높이고 신문시장의 경쟁질서를 정상화할 필요성이 더욱 크다. 신문법 제16조 제1항·제2항·제3항에서 신고·공개하도록 규정하고 있는 사항 중 상당부분은 상법 등 다른 법률에 의해 이미 공시 또는 공개되고 있는 것들이고, 그 밖에 발행부수, 광고수입 등과 같은 사항을 추가적으로 신고·공개하도록 하고 있지만, 이는 신문 특유의 기능보장을 위하여 필요한 범위 내의 것이다. 따라서 이 조항들이 신문의 자유를 지나치게 침해한다거나, 일반 사기업에 비하여 평등원칙에 반하는 차별을 가하는 위헌규정이라 할 수 없다.[6:3]

4. 신문법 제17조는 신문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 규정하고 있다. 그런데, 첫째, 발행부수만을 기준으로 신문시장의 점유율을 평가하고 있는 점, 둘째, 신문시장의 시장지배력을 평가함에 있어 서로 다른 경향을 가진 신문들에 대한 개별적인 선호도를 합쳐 이들을 하나의 시장으로 묶고 있는 점, 셋째, 그 취급분야와 독자층이 완전히 다른 일반일간신문과 특수일간신문 사이에 시장의 동질성을 인정하고 있는 점, 넷째, 신문의 시장지배적 지위는 결국 독자의 개별적·

4) 신문법 제15조 제3항에 대하여 재판관 4인은 헌법불합치의견을, 재판관 3인은 단순위헌의견을 개진하였고, 재판관 2인은 합헌의견을 각 개진하였다. 그런데 단순위헌의견도 헌법불합치의견의 범위 내에서는 헌법불합치의견과 견해를 같이 한 것이라고 할 것이므로, 헌법재판소는 신문법 제15조 제3항에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하였다.

정신적 선택에 의하여 형성되는 것인 만큼 그것이 불공정행위의 산물이라고 보거나 불공정행위를 초래할 위험성이 특별히 크다고 볼 만한 사정이 없는데도 신문사업자를 일반사업자에 비하여 더 쉽게 시장지배적사업자로 추정되도록 하고 있는 점 등이 모두 불합리하다. 따라서 신문법 제17조는 신문사업자인 청구인들의 평등권과 신문의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다.[7:2]

5. 시장점유율이 높다는 이유만으로, 즉 독자의 선호도가 높아서 발행부수가 많다는 점을 이유로 신문사업자를 차별하는 것, 그것도 시장점유율 등을 고려하여 신문발전기금 지원의 범위와 정도에 있어 합리적 차등을 두는 것이 아니라 기금 지원의 대상에서 아예 배제하는 것은 합리적이 아니다. 발행부수가 많은 신문사업자를 시장지배적사업자제도를 이용하여 규제하려고 한다면 먼저 그 지배력의 남용 유무를 조사하여 그 남용이 인정될 때에만 기금 지원의 배제라는 추가적 제재를 가하는 것이 시장지배적사업자제도의 취지에 맞다. 따라서 신문법 제34조 제2항 제2호는 합리적인 이유 없이 발행부수가 많은 신문사업자를 차별하는 것이므로 평등원칙에 위배된다.[전원일치]

6. 언론중재법 제6조 제1항·제4항·제5항에 의하여 신문사에게 강제되는 것은 고충처리인을 두어야 한다는 것과 고충처리인에 관한 사항을 공표하여야 한다는 것 뿐이고, 그 외에 고충처리인제도의 운영에 관한 사항은 전적으로 신문사업자의 자율에 맡겨져 있다. 뿐만 아니라 고충처리인제도의 직무권한은 권고나 자문에 불과하여 실질적으로 신문사를 구속하는 효과도 적다. 이에 비해 고충처리인제도가 원활하게 기능할 경우 달성되는 공익은 매우 크다. 고충처리인제도는 언론피해의 예방, 피해발생시의 신속한 구제 및 분쟁해결에 있어서 적은 비용으로 큰 효과를 나타낼 수 있기 때문이다. 그러므로 언론중재법 제6조 제1항·제4항·제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.[7:2]

7. 언론중재법 제14조에서 규정하고 있는 정정보도청구권은 반론보도청구권이나 민법상 불법행위에 기한 청구권과는 전혀 다른 새로운 성격의 청구권이다. 허위의 신문보도로 피해를 입었을 때 피해자는 기존의 민·형사상 구제제도도 보호를 받을 수도 있지만, 신문사 측에 고의·과실이 없거

나 위법성조각사유가 인정되는 등의 이유로 민사상의 불법행위책임이나 형사책임을 추궁할 수 없는 경우도 있다. 이러한 경우 피해자에 대한 적합한 구제책은 신문사나 신문기자 개인에 대한 책임추궁이 아니라, 문제의 보도가 허위임을 동일한 매체를 통하여 동일한 비중으로 보도·전파하도록 하는 것이다. 더욱이 일정한 경우 정정보도를 거부할 수 있는 사유도 인정하고 있고, 제소기간도 단기간으로 제한하고 있으며, 정정보도의 방법도 동일 지면에 동일 크기로 보도문을 내도록 하여 원래의 보도 이상의 부담을 지우고 있지도 않다. 따라서 언론중재법 제14조 제2항이 신문의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없으며, 언론중재법 제31조 후문은 그 위치에도 불구하고 제14조 제2항과 동일한 내용을 명예훼손에 관하여 재확인하는 규정으로 보아야 할 것이므로 역시 헌법에 위반되지 않는다.[전원일치]

8. 언론중재법 제26조 제6항 본문 전단은 정정보도청구의 소를 민사집행법상의 가치분절차에 의하여 재판하도록 규정하고 있다. 그 결과 정정보도청구의 소에서는 그 청구원인을 구성하는 사실의 인정을 ‘증명’ 대신 ‘소명’으로 할 수 있게 되었다. 그런데 언론중재법상의 정정보도청구소송은 통상의 가치분과는 달리 그 자체가 본안소송이다. 이러한 정정보도청구의 소에서, 승패의 관건인 “사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함”이라는 사실의 입증에 대하여, 통상의 본안절차에서 반드시 요구하고 있는 증명을 배제하고 그 대신 간이한 소명으로 이를 대체하는 것은 소송을 당한 언론사의 방어권을 심각하게 제약하므로 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다. 이러한 언론의 위축효과는 중요한 사회적 관심사에 대한 신속한 보도를 자제하는 결과를 초래하고 그로 인한 피해는 민주주의의 기초인 자유언론의 공적 기능이 저하된다는 것이다. 이와 같이 피해자의 보호만을 우선하여 언론의 자유를 합리적인 이유 없이 지나치게 제한하는 것은 위헌이다.[6:3]

9. 언론중재법 부칙 제2조 본문은 언론중재법의 시행 전에 행하여진 언론보도에 대하여도 동법을 적용하도록 규정하고 있다. 이에 따라 정정보도청구권의 성립요건과 정정보도청구소송의 심리절차에 관하여 언론중재법이 소급하여 적용됨으로써 언론사의 종전의 법적 지위가 새로이 변경되었다. 이것은 이미 종결된 과거의 법률관계를 소급하여 새로이 규율하는 것이기



때문에 소위 진정 소급입법에 해당한다. 진정 소급입법은 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이고 이를 예외적으로 허용할 특단의 사정도 이 부칙 조항에 대해 인정되지 않는다. 따라서 부칙 제2조 중 ‘제14조 제2항, 제26조 제6항 본문 전단 중 정정보도청구 부분, 제31조 후문’ 부분은 헌법에 위반된다.[8:1]

## 【해설】

### 1. 서론

신문법은 1987년 민주화의 배경 속에서 탄생된 정기간행물의등록등에관한법률(이하 “정간법”이라 한다)을 모태로 이번에 전문개정된 것이다. 1980년 언론통폐합을 뒷받침하기 위하여 제정된 ‘언론기본법’이 1987년 폐지되면서 방송을 관장하는 ‘방송법’(1987. 11. 28. 법률 제3978호 제정)과 신문을 관장하는 ‘정간법’(1987. 11. 28. 법률 제3979호 제정)으로 법체계가 분화되었다. 그 후 방송법은 2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문개정되었고, 정간법은 이번에 신문법으로 재탄생됨으로써<sup>5)</sup> 이른바 “언론개혁”이 완성되는 법적 틀을 갖추게 된 것이라고 주장되었다.<sup>6)</sup> 따라서 신문법은 방송법과 함께 그 철학과 배경에 있어 동일한 맥락에 서 있다고 할 수 있다.

한편, 언론중재법은 1980년 언론기본법 때부터 존재하던 언론중재위원회를 내세워 피해자가 아닌 제3자가 보도내용에 대한 시정을 요구할 수 있고, 피해자는 언론사의 귀책사유가 없이도 정정보도를 청구할 수 있도록

5) 당시 신문법 개정내용 중에서 여야간에 견해가 대립한 4대 쟁점이 있었는데, 첫째 편집위원회·편집규약 및 독자권익위원회 규정, 둘째 시장지배적사업자 규정, 셋째 신문사업자의 방송경영 금지규정, 넷째 신문지면에서 광고비율을 50% 이내로 하는 규정 등이 그것이다. 이에 관하여 여야는 첫째 쟁점에 대하여는 모두 의무적 조항에서 권고적 조항으로 하기로 하였고(제18조·제9조), 둘째 쟁점에 대하여는 그 대상을 일반일간신문에서 특수일간신문을 포함하여 130여개에 이르는 거의 모든 일간신문으로 확대하기로 하였고(제17조), 셋째 쟁점에 대하여는 한나라당이 양보하여 여당안을 지지하고(제15조), 넷째 쟁점에 대하여는 열린우리당이 이를 포기함으로써(제11조) 합의에 이르렀다. [2005. 1. 1. 제251회 국회(임시회) 본회의회의록(4호), 20면 참조].

6) 신문법에 대하여 “기존의 정간법과 달리 여론 독과점 기준마련, 공공성 강화, 편집권의 보장 등 신문시장 정상화를 위한 내용을 담았다는 점에서 획기적인 것”이라는 평가가 있다. 「한겨레신문」 2005. 7. 28.자, 8면 기사.

함으로써 독자의 권익보호와 피해구제를 내세워 사실상의 보도내용을 규제할 수 있도록 새롭게 만든 법이라고 할 수 있다.

신문법과 언론중재법의 개·제정 움직임에 대하여는 특히 조선·중앙·동아일보 등 보수적인 신문사를 중심으로 강력한 반대가 있었는데, 동법률이 여야 합의로 통과되자 동아일보사(2005헌마314)와 조선일보사(2005헌마555, 2006헌가3)가 중심이 된 헌법소원과 위헌제청이 헌법재판소에 제기되기에 이르렀다.

## 2. 언론(신문)의 자유를 바라보는 두 가지 입장

헌법 제21조 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.”고 규정하고 있다. 신문의 자유는 국가권력으로부터의 자유라는 개념으로 성립한 것이어서 권력과는 대립관계인 “자유주의”적 관념을 기본으로 한다. 다른 한편, 국민주권의 행사는 통치제도의 민주화 요청뿐만 아니라 그 활동모습을 감시할 공론장이 있어야 한다. 신문은 여론형성의 기능이 있어 공론장의 확보에 기여하므로 “민주주의”의 근간인 국민의 참정권 행사와 직결되는 매중매체이다. 신문의 자유는 이처럼 서로 상반되는 개념인 자유주의적인 것과 민주주의적인 것 중 어느 쪽에 더 무게를 두느냐에 따라 다른 모습으로 나타난다.<sup>7)</sup> 신문기업의 “경향보호”(Tendenzschutz) 사상과 관련하여 신문의 자유에 대한 제한 가능성 여부를 둘러싸고 이와 같은 ‘자유주의적’ 견해와 ‘민주주의적’ 견해의 두 가지 입장이 팽팽히 대립하고 있는바, 이 두 입장은 헌법 제21조 제3항의 해석부터 그 출발점을 달리하고 있다.

### 가. 자유주의적 견해

7) 한편, 오늘날의 신문사는 거대한 자본과 인원을 바탕으로 한편으로는 공적 관심사와 관련된 정보의 제공과 여론형성의 기능을 맡고 있고, 다른 한편으로 사기업의 본질상 조직의 유지·확대와 이윤창출의 극대화를 도모하고 있다. 신문사의 “공익성”과 “수익성”은 신문사업을 받치고 있는 두 개의 기둥으로 어느 하나라도 소홀하게 취급할 수 없다. 이와 같은 신문사의 이중적 성격은 이율배반적이고 상호 대립적인 면이 적지 않아 한 쪽을 강조하면 다른 쪽이 희생되는 관계이므로 이 양자의 조화가 언론조직 유지의 과제라고 할 수 있다. 서정우 편저, 현대신문학, 나남출판, 2002, 148·150면.

(1) 언론의 자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 한 특징이다.<sup>8)</sup>

따라서 민주사회에 있어서 신문의 기능이란 정치·경제·사회·문화 등 모든 영역에 관한 새로운 보도 또는 비판을 국민에게 신속하고 보편적으로 전달함으로써 민주시민의식을 계몽하고 건전한 여론형성에 기여하는 작용을 하는 것이 가장 큰 역할이므로, 헌법 제21조 제3항은 신문이 권력·금액 기타의 여하한 압력도 받지 않고 위와 같은 기능을 충분히 발휘할 수 있도록 보호하고 도와주는 법률을 국회가 제정하라는 취지이지 신문을 규제하는 법률을 제정해도 괜찮다는 취지는 아니라고 보아야 할 것이다.<sup>9)</sup>

(2) 신문은 광범한 보도와 정보제공의 기능을 통해 의사표현의 자유에 있어서 또한 정보의 자유(알 권리)에 있어서 매우 중요한 역할을 수행한다. 신문의 존재와 자유는 민주적 의사형성의 전제이기 때문에 신문의 역할 없이 민주주의의 실현이란 상상할 수 없다. 뿐만 아니라 신문은 끊임없는 공개적 비판과 통제를 위한 가장 중요한 수단인 하나이다.

전통적인 자유주의의 입장에서는 언론자유를 위해 국가가 마련해야 할 제도적 장치는 가능한 한 국가의 개입을 최소화하는 것이다. 국가개입의 최소화는 국가의 권력을 위임받은 정부, 국회 등의 구성원이 정치권력의 유지와 확대를 위해 미디어에 개입할 수 있는 위험을 줄일 수 있다는 점에서도 요구된다.<sup>10)</sup>

(3) 독일의 기본법은 제5조 제1항 1문과 제2항에서 출판(신문)·정보·의사표현의 자유에 대한 국가의 의도적 침해를 금지함으로써 입법적 및 행정적 제한으로부터 신문을 보호하고 있다.<sup>11)</sup>

기본법 제5조 제1항 2문은 신문을 통한 보도 및 의사의 표현과 전파만을 보호하는 것이 아니라 더 나아가 신문의 자유를 향유하기 위한 모든 전제조건들까지 보호한다. 따라서 발행인의 입장에서 볼 때 신문의 자유는

8) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 524.

9) 헌재 1992. 6. 26. 90헌가23, 판례집 4, 300, 318. 재판관 변정수의 반대이견.

10) 김영옥, 국가 미디어정책의 목표와 신문법, 위기의 한국신문, 한국언론재단, 2005.7, 24면.

11) Wolfgang Seiler, "Pressekonzentration und publizistische Vielfalt nach zehn Jahren deutscher Einheit", AfP 2002 (독일통일 10년에 따른 '신문의 집중화'와 '언론의 다양성': 최희수 연구원 번역) 1면.

“신문출판”의 자유와 “신문기업”의 자유를 의미한다.<sup>12)</sup> 그 적용영역 내에서 신문은, 연방헌법재판소가 Spiegel 판결에서 판시한 것과 같이, 사경제적 제원칙과 사법적 조직형태를 통해 활동한다.<sup>13)</sup> 신문기업은 사회적 영역에서 자유롭게 설립될 수 있으며 서로간의 관계에서 경제적 경쟁관계 및 신문출판상의 경쟁관계에 놓이게 된다. 이와 같이 연방헌법재판소가 확인하고 있는 신문의 사경제적 질서구조는 신문기업의 설립의 자유, 사적 가치, 경제적 경쟁 및 영리추구를 포함한다. 이러한 모델만이 국가로부터의 자유를 보장할 수 있기 때문에, 이것은 연방헌법재판소가 강조하고 있는 “자유로운 신문”(freie Presse)의 기본권적 존속보장을 요구한다.<sup>14)</sup>

의사표현의 자유라는 일반적 자유와 마찬가지로 신문의 자유 역시 “모든 사람”에 대해 보장된다. 이 경우 특히 보호의 대상이 되는 주체는 - 전통적인 이해에 따를 경우 - 경제적 기업으로서의 신문의 경영에 관련된 계획, 조직 및 지도를 통해 신문의 내용을 대중에게 전달하는 것을 사전에 준비하고 보장하며 또 실행시키는 “발행인”이다.<sup>15)</sup> 그러므로 신문기업의 경제적 기초에 대한 발행인의 결정권은 기본법 제5조 제1항 2문에 따른 신문의 자유의 보호영역에 속한다.<sup>16)</sup>

## 나. 민주주의적 견해

(1) 헌법 제21조 제3항에 규정된 “신문의 기능”이란 대단히 중요한 단어이다. 신문의 기능이란 민주적 의사형성에 있고 그것은 다원주의를 본질로 하는 민주주의사회에서 언론다양성(다양한 의사, 여론의 다양성)의 유지를

12) Jarass, Art. 5, Rdn. 22f., in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1997

13) BVerfGE 20, 162 [175] - Spiegel.

14) 연방헌법재판소는 “공권력에 의해 조종되지 않고, 검열을 받지 않는 자유로운 신문은 자유국가의 본질적 요소이며 현대 민주주의에서 불가결하다.”고 하였고 (BVerfGE 20, 162 [174f] - Spiegel), “신문의 과업은 포괄적인 정보의 제공을 가능하게 하고 현존하는 다양한 의견을 반영하며 신문 자신의 의견을 형성하고 대변하는데 있다. 그것은 국가로부터 독립되고, 그 경향·정치적 색채 또는 세계관적 기본입장에서 상호 경쟁하는 상대적 다수의 독자적인 신문제작물의 존재를 전제로 한다.”고 판시하였다(BVerfGE 12, 205 [261] - Fernsehurteil; BVerfGE 20, 162 [175]).

15) Rebe, Die Träger der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz, 1969, S. 68.

16) W. Seiler, 전계번역문(최희수), 19-20면.

필연적으로 요청한다. 그러므로 “신문의 기능을 보장하기 위하여”란 “언론 다양성을 유지하기 위하여”란 말에 다름 아니다.

신문의 자유는 사적·주관적 자유와 제도로서의 자유의 양면을 가지는데 헌법 제21조 제3항은 제도로서의 신문이 가지는 기능, 즉 다양성의 보장을 의미한다. 사적 자유로서의 신문기능은 이미 제21조 제1항, 제2항에서 방어권적 자유로서 보장하고 있기 때문이다. 이와 같이 통신·방송의 시설 기준 법정주의와 나란히 신문기능 법정주의를 규정하였다는 것은 우리 헌법이 방송뿐만 아니라 신문에 대하여도 그 객관적 성격의 보장을 위한 입법형성, 즉 입법적 규율의 가능성을 예정하고 있음을 의미한다. 우리 재판소의 기존 판례도 이를 인정하고 있다.<sup>17)</sup>

(2) 독일에서 신문의 국가중립성(*Staatsfreiheit*) 보장이란 1차적으로 신문기업의 사경제적, 사법적 구조의 보장과 관련되며, 신문을 국영화하는 것과 같이 국가가 신문미디어를 일방적으로 장악하는 것으로부터 보호하는 원리가 된다. 2차적으로는 보조금 교부와 같은 재정지원의 허용 여부와 관련되며, 신문의 내용이나 경향을 기준으로 선별적으로 재정지원하는 것은 허용되지 않는다고 보고 있다.

독일 연방헌법재판소가 “공권력에 의해 조종되지 않고, 검열을 받지 않는 자유로운 신문”<sup>18)</sup>, “국가로부터 독립되고, 그 경향·정치적 색채 또는 세계관적 기본입장에서 상호 경쟁하는 상대적 다수의 독자적인 신문제작물의 존재를 전제로 한다.”<sup>19)</sup>고 판시하였을 때의 국가중립성이란 개념 또한

17) 헌재 1992. 6. 26. 90헌가23 : “언론·출판의 자유에 관하여 우리 헌법 제21조 제1항 내지 제4항에서 ‘……’고 명시함으로써 언론·출판의 자유를 강력하게 보호하는 한편, 신문 등 정기간행물의 발행 등에 대하여는 대중언론매체로서의 특수한 기능을 고려하여 필요한 범위 내에서 언론자유와 건전한 육성발전을 보장하기 위하여 일정한 의무와 책임을 부과하고 있다. 언론·출판의 자유는 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본원리의 하나이다. 따라서 그 기능을 실질적으로 보장하고 활성화하기 위하여는 언론기관과 정기간행물인 신문 등의 발행을 업무로 하는 보도 및 출판매체가 건전하게 존립되고 운영되는 것을 전제로 하고 있다. 더구나 다원화된 현대정보산업사회에 있어서는 그에 알맞는 차원에서 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 본질적 내용을 침해하지 않는 한 일정한 제한을 할 수 있으며…”(판례집 4, 300, 305-306)

18) BVerfGE 20, 162 [174f] - Spiegel.

위와 같은 의미이지, 신문과 국가를 절연시키거나 신문의 공적 기능과 책임을 위한 입법규율로부터의 면제를 의미하는 것이 아니다.

경향보호는 신문의 내적 다양성을 보장하는데 관련되는 법리로서, 주로 노동법과 신문의 자유가 교차하는 지점에 위치해 있다. 독일에 특유한 노사관계(경영협의회를 통한 노동자의 경영관여 보장)의 규율의 기준과 한계를 신문의 자유의 관점에서 재조정하는 것이다. 신문기업의 경우 복수의 경향주체(Tendenzträger)가 존재하는데(발행인, 편집종사자 등) 이들 간의 관계를 어떻게 설정하느냐, 즉 누구의 경향이 보호되어야 하느냐, 어떻게 조정하느냐에 관해서는 다기한 견해가 존재·대립하고 있다.

그러나 경향보호는 그 자체가 목적이 아니라 언론의 공적 기능을 보장하기 위한 것이며 또 공적 기능과 모순되는 것이 아니다. 독립한 다수 신문기업의 존속, 경향의 보호에 배치되는 신문기업의 과도한 집중현상을 완화하려는 입법은 결국 언론다양성이라는 상위의 목적을 위한 것인데 이를 경향보호에 어긋난다며 부인하는 것은 본말이 전도된 논리이다.

(3) 독일 기본법에는 우리 헌법 제21조 제1항, 제2항, 제4항에 해당하거나 유사한 조항만 있을 뿐 신문이나 방송에 대한 입법적 규율을 예정한 우리 헌법 제21조 제3항과 같은 규정이 없다. 그럼에도 불구하고 독일에서는 판례와 입법으로써 방송에 대한 국가의 적극적 개입을 통하여 언론다양성을 실현하고 있다.

우리 헌법은 독일과 달리 제21조 제3항을 둬으로써 신문다양성을 위한 입법권한과 입법 의무를 예정하고 있다. 다양한 신문의 병존과 건전한 경쟁이 존재할 경우 외적 조건을 정비하지 않아도 신문다양성은 보장된다(이 점에서 신문은 방송과 다르다). 그러나 그러한 조건의 흠결이나 악화 시에 외적 자유의 조건 정비를 위한 입법적 개입은 헌법적으로 가능하고 요청된다. 이 때 신문의 기능 보장을 위해 개별 신문기업의 자유는 정당한 한계 내에서 제약될 수 있다.<sup>20)</sup>

19) BVerfGE 12, 205 [261] - Fernsehurteil; vgl. BVerfGE 20, 162 [175].

20) 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605 : “동 조항에 의하여 보호하고자 하는 공익은 경제적으로 우월적 지위를 가진 신문발행업자를 배경으로 한 신문판매업자가 무가치와 경품등 살포를 통하여 경쟁상대 신문의 구독자들을 탈취하고자 하는 신문업계의 과당경쟁상황을 완화시키고 신문판매·구독시장의 경쟁질서를 정상화하여

### 다. 헌법재판소의 견해

청구인들은 “방송과 달리 신문의 경우에 다양성 보장은 국가의 간섭으로부터 자유로운 다수의 신문들이 그 논조와 경향으로써 자유로이 경쟁하는 가운데 저절로 보장되는 것이므로, 신문의 다양성 보장을 명분으로 국가가 개입하는 것 자체가 위헌”이라고 주장하였으나, 헌법재판소는 “신문기업의 경향보호라는 것을 청구인들이 주장하는 바대로 이해한다 하더라도, 신문의 독과점 또는 집중화현상과 경향보호가 결합할 경우 정치적 의견의 다양성을 전제로 하는 다원주의적 민주주의체제에 중대한 위협이 될 것이기 때문에, 개별 신문기업이 각자의 경향보호를 주장하기 위해서는 신문의 다양성 확보가 필수적인 전제가 된다고 할 것이다. 신문의 다양성을 보장하기 위한 국가의 적절한 규율은 경향보호와 모순된다기보다는 상호보완적인 것이라고 보아야 한다. 따라서 신문의 공적 기능과 책임, 신문의 다양성 보장에 관련된 입법규율들이 그 자체로 경향보호에 위배된다는 청구인들의 주장은 받아들일 수 없다.”고 판시하였다.<sup>21)</sup>

## 3. 신문법조항 판단에 대한 해설

### 가. 미디어 복수소유 조항 : 신문법 제15조 제2항, 제3항

#### (1) 규제의 내용

(가) 제15조 제2항은 일간신문과 뉴스통신은 상호 겸영할 수 없으며, 방송사업을 겸영할 수 없다는 규정이다.

1) 먼저 겸영금지에는 ① 일간신문+뉴스통신, ② 일간신문+방송사업, ③ 뉴스통신+방송사업, 이 세 가지 형태의 겸영금지를 의미한다. 여기서 “겸영”의 의미가 문제된다.

첫째, 하나의 일간신문사업자(=일간신문법인<sup>22)</sup>)가 복수의 일간신문을 발행하는 것<sup>23)</sup>은 “겸영”에 해당하지 않는다. 이 조항의 취지는 이중 미디어

민주사회에서 신속·정확한 정보제공과 올바른 여론형성을 주도하여야 하는 신문의 공적 기능을 유지하고자 하는데 있다고 할 것이며”(판례집 14-2, 84, 103).

21) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 385.

22) 일간신문사업자, 뉴스통신사업자, 방송사업자는 모두 법인이어야 한다(신문법 제13조 제3항, 뉴스통신진흥법 제9조 제3항, 방송법 제13조 제1항).

23) 예를 들어 한국일보사가 한국일보와 일간스포츠를 함께 발행하는 것

간의 결합·집중을 억제하기 위한 것으로 이해되고 있으며, 문언해석상으로도 제15조 제3항에서 “다른 일간신문”이라는 표현을 사용하고 있는 점과 비교해 볼 때 “상호 겸영”은 이종 미디어간의 겸영을 의미하는 것으로 보이기 때문이다. 이는 신문의 집중방지라는 입법목적에 비추어 다분히 입법적 흠결의 의미가 있지만 그 적용의 범위를 무단히 확장하기는 어렵다.

둘째, 하나의 일간신문법인의 지배주주(주식 2분의1 이상 소유자)가 다른 일간신문법인의 주식이나 지분을 소유함을 통해 다른 일간신문을 경영하는 문제는 “겸영”개념에 해당하지 않고, 제3항의 규제영역에 속한다. 이를 “겸영”의 개념에 포함하면 제3항과의 관계에서 부조화가 발생한다. 한 일간신문법인의 지배주주가 다른 일간신문법인의 주식 3분의1 이상 2분의1 이하를 소유함으로써 다른 일간신문을 실질적으로 경영할 때 제3항에 의하면 이것이 허용됨에도 불구하고 제2항의 “겸영”금지에 해당하게 되어 모순이기 때문이다.

2) 겸영이 금지되는 “방송사업”은 ‘방송법에 의한 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업’인바, 이는 방송법상 일간신문법인에 의한 겸영이 금지되는 ‘지상파방송사업 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는<sup>24)</sup> 방송채널사용사업’(방송법 제8조 제3항<sup>25)</sup>)과 같은 개념이다.<sup>26)</sup> 따라서 종합유선방송사업이나 위성방송사업의 겸영은 가능하다(그러나 방송법 제8조 제4항<sup>27)</sup>에 의하여 주식 100분의33 초과 소유 금지의 제한

24) 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업자로는 YTN이 대표적이다.

25) 방송법 제8조 ③第2項의 規定에 불구하고 독점규제및공정거래에관한법률 제2조 제2호의 규정에 의한 기업집단중 자산총액 등 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 기업집단에 속하는 회사(이하 “대기업”이라 한다)와 그 계열회사(특수관계자를 포함한다) 또는 定期刊行物の登錄등에관한法律에 의한 日刊新聞이나 뉴스통신진흥에관한법률의 규정에 의한 뉴스통신(이하 “뉴스통신”이라 한다)을 경영하는 法人(特殊關係者를 포함한다)은 지상파방송사업 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업을 겸영하거나 그 株式 또는 持分을 所有할 수 없다.

26) 위성방송사업이나 종합유선방송사업은 방송프로그램을 편성하는 사업이 아니라 방송채널을 편성할 뿐이어서 신문법 제15조 제2항에서 말하는 ‘방송사업’에 해당할 수 없다는 것이 문화관광부의 설명이다.

27) 방송법 제8조 ④정기간행물의등록등에관한법률에 의한 일간신문이나 뉴스통신을 경영하는 법인은 종합유선방송사업자 및 위성방송사업자에 대하여, 대기업과 그 계열회사를 경영하는 법인은 위성방송사업자에 대하여 각각 그와 특수관계자가 소유하는 주식 또는 지분을 포함하여 당해 방송사업자의 주식 또는 지분 총수의



을 받는다).

3) 요컨대, 청구인들의 처지에서 제15조 제2항은 결국 신문법인은 뉴스통신사업, '지상파방송사업 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업'을 아울러 영위할 수 없다는 것으로 귀착된다.

이러한 규제는 구 정간법 제3조 제1항에서도 계속 행해져 오고 있던 것으로서 신문법에서 신설한 것이 아니며, 방송법 제8조 제3항 또한 동일한 내용을 규정하고 있다.

(나) 제15조 제3항은 일간신문, 뉴스통신, 방송사업의 지배주주(주식 또는 지분의 2분의1 이상을 소유하는 자)가 다른 일간신문이나 뉴스통신의 주식·지분 소유를 2분의1 이하로 제한하고 있다. 이러한 규제 또한 구 정간법 제3조 제2항에서부터 계속 행해져 오고 있던 것으로서 신문법에서 신설한 것이 아니다.

1) 규제의 객체가 “소유하는 자(대통령령이 정하는 동일계열의 기업이 소유하는 경우를 포함한다)”로 되어 있으므로 자연인뿐만 아니라 법인도 해당될 수 있다. 그러므로 예를 들어, 삼성전자가 동아일보 주식의 2분의1 이상을 소유하고 있다면 삼성전자는 조선일보 주식의 2분의1 이상을 취득·소유할 수 없게 되며, 또한 조선일보가 동아일보 주식의 2분의1 이상을 소유하고 있다면 중앙일보 주식의 2분의1 이상을 취득·소유할 수 없게 되는 것이다. 한편 대통령령은 “동일계열의 기업”이라 함은 “공정거래법 제2조 제2호의 규정에 의한 기업집단의 관계에 있는 기업”이라고 하고 있으므로 삼성전자와 중앙일보가 기업집단의 관계에 있다면 위 예에서 중앙일보는 삼성전자와 마찬가지로 조선일보 주식 취득에 제한을 받게 되는 것이다.

2) 청구인들과 같은 하나의 일간신문법인이 다른 일간신문이나 뉴스통신법인의 주식이나 지분을 소유하는 것(이를 통해 경영에 참여하거나 실질적으로 경영을 지배하는 것)은 - 그 일간신문법인이 단독으로든 기업결합을 통해서든 이미 또 하나의 일간신문·뉴스통신·방송 주식의 2분의1 이상을 소유하고 있지 않는 한 - 금지되지 않는다. 이는 신문의 집중방지라는 입법목적에 비추어 입법적 흠결의 의미가 있지만, 위에서 본 바와 같이 제15

---

100분의33을 초과하여 소유할 수 없다.

조 제2항은 이종 미디어간의 결합만 규제하고 있기 때문에 이를 “겸영”에 해당한다고 보아 동 조항의 규제를 적용하기는 어렵다.

일간신문법인의 방송법인 소유제한은 이 조항에서 규정하고 있지 않지만, 방송법에 의하여 규제되고 있다. 일간신문법인이 ‘지상파방송사업 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업’을 소유하는 것은 일체 금지되며(방송법 제8조 제3항), 위성방송사업이나 종합유선 방송사업의 소유는 100분의33 이하로 제한된다(동조 제4항).

3) 이종 미디어간의 결합에 초점을 둔 제15조 제2항과 달리 제15조 제3항은 신문에 관한 한, 일간신문 상호간의 동종미디어 결합을 규제한다는 의미까지도 특별히 지니고 있다. 동일한 지배주주가 복수의 일간신문을 지배하는 것을 봉쇄하고 있기 때문이다. 이는 이 조항에서만 유별난 규제를 하고 있는 것이 아니다. 방송법의 경우에도 마찬가지이다. 누구든지(따라서 일간신문 지배주주, 다른 방송사업자도 포함된다) ‘지상파방송사업 및 종합 편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업’을 하는 법인 주식의 100분의30을 초과하여 소유할 수 없으며(방송법 제8조 제2항), 방송사업자 간에도 겸영이나 주식의 상호소유가 제한되기 때문이다(동조 제5항 내지 제8항). 신문과 방송에 관한 이러한 자본집중 제한은 물론 언론의 다양성 확보를 위한 것이다.

(다) 제15조 제3항 위반에 대한 제재는 초과분에 대한 의결권 행사의 제한, 시정명령, 형벌(제15조 제6항, 제7항, 제40조 제3호 : 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 및 양벌규정)이며, 제15조 제2항에 위반하는 경우 형벌(제40조 제3호)의 제재만을 받는다.

## (2) 위헌 여부

### (가) 허용되는 행위

규제의 대상과 정도에 있어 무차별적이지 않다. 이는 신문다양성 보장을 위해 필요한 한도 내에서 제한하고자 하는 입법태도라 할 수 있다.

1) 규제의 대상을 신문 중 시장지배적 영향력이 가장 큰 일간신문에 국한하였다.

2) 위에서 본 규제내용에 해당하지 않는 부분에서는 겸영과 주식소유에

있어 자유를 누린다. 즉, 하나의 일간신문법인이 복수의 일간신문을 발행하는 것은 허용되며, 하나의 일간신문법인이 다른 일간신문이나 뉴스통신 법인의 주식이나 지분을 소유하는 것(이를 통해 경영에 참여하거나 실질적으로 경영을 지배하는 것)은 - 그 일간신문법인이 단독으로든 기업결합을 통해서든 이미 또 하나의 일간신문·뉴스통신·방송 주식의 2분의1 이상을 소유하고 있지 않는 한 - 은 금지되지 않는다. 또한 한 일간신문법인의 지배주주가 다른 일간신문법인이거나 뉴스통신법인의 주식·지분을 취득하는 것이 절대적으로 금지되는 것이 아니라 2분의1 미만의 범위 내에서는 이것이 허용된다.

3) 겸영이 금지되는 “방송사업”은 ‘지상파방송사업 및 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송채널사용사업’에 국한되고, 종합유선방송사업이나 위성방송사업의 겸영은 가능하다(이 경우에도 방송법 제8조 제4항에 의한, 주식 100분의33 초과 소유 금지의 제한을 받으며, 따라서 100분의32 이하의 지분소유를 통한 겸영 또는 경영참여는 가능하다).

(나) 신문법 제15조 제3항과 공정거래법 제7조의 관계

신문법 제15조 제3항은 공정거래법 제7조에 의한 규율을 신문기업에 그대로 적용한 것에 불과하다. 제7조에 의하면 다른 회사의 주식을 취득·소유하는 기업결합이 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한’하여서는 아니 되는데 반하여, 신문법 조항은 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한’하는지 여부와 무관하게 다른 신문이나 뉴스통신 회사의 주식·지분의 취득·소유를 금지하고 있는 것처럼 보여 기업결합의 규제 강도가 훨씬 높은 것처럼 보이나, 실제로는 그렇지 않다.

공정거래법 제7조 제5항의 위임에 터잡은 기업결합심사기준(고시 제1999-2호)에 의하면 주식취득·소유의 경우 취득회사의 주식소유비율을 기준으로 그 비율이 50/100이상이면 그 자체로서 기업결합 당사회사 간에 지배관계가 형성된 것으로 보아 규제대상 기업결합에 해당한다. 이 기준은 신문법 제15조 제3항의 기준과 정확히 일치한다. 그럼에도 불구하고 위반에 대한 신문법의 제재(제15조 제6항, 제7항, 제40조 제3호, 제42조 : 1년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금 및 양벌규정)는 초과분에 대한 의결권 행사의 제한, 시정명령, 형벌로써, 시정조치·이행강제금·형벌의 제

재를 받도록 한 공정거래법의 제재(동법 제16조, 제17조의3, 제66조 제1항 제2호, 제70조 : 3년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금 및 양벌규정)보다 훨씬 가볍다.

(다) 미디어 교차소유의 정책문제와 헌법문제

1) 미디어간 교차소유 또는 미디어 융합을 어떻게 규율할 것인가는 고도로 정책적 접근과 판단이 필요한 분야로서, 헌법으로부터 곧바로 어떤 모델이 요청된다거나, 어떤 모델은 금지된다고 말하기 어렵다. 이 문제에 관하여는 두 가지 상반되는 관점이나 모델로부터 출발하여 상호 착종하는 다양한 관점과 모델이 존재할 수 있다.

하나의 관점은 ‘저널리즘에 있어서의 권력분립’이라는 관점이다. 신문과 방송은 상호 분리·독립하여, 신문은 사기업으로 방송은 공적 제도로 운영함으로써 양 미디어간의 균형잡힌 상호 경쟁관계가 성립되고 이를 통하여 사회적으로 의견의 다양성이 산출된다는 입장이 그것이고, 정 반대의 관점은 보다 산업적인 관점에서 신문사의 교차소유가 금지될 경우 신문사의 재정기반인 광고수입의 현저한 감소로 경영이 악화되며 교차소유는 규모 및 협력의 경제를 실현시키고 대외경쟁력을 확보할 수 있다는 입장이다.

전자의 관점에 충실한 법제로 독일·영국·프랑스를 들 수 있고, 후자의 관점에 가까운 법제로 일본을 들 수 있다. 독일의 공영방송은 공법상의 제도여서 신문과의 교차소유가 논의될 여지가 없었고, 다만 민영방송과 이중매체와의 교차소유에 관하여 주 입법은 신문사의 참여지분율을 25~30%로 제한하고 있다. 영국도 전국지의 신문에 대하여 채널3과 채널5의 지분참여를 20%로 한정시키고 있다. 반면, 일본의 신문사업자는 신문사와 TV방송국을 동시에 소유하고 있는 경우가 대부분이며, 신문사는 신속한 뉴스를 방송국에 제공하고 방송국은 생생한 현장정보를 신문사에 제공하는 일종의 협조체계를 자연스럽게 구축하게 된다고 한다.<sup>28)</sup>

미국의 경우 최근 문제된 지역시장의 크기, 매체 다양성의 정도에 따라 구분하여 규제하는 태도를 취하고 있다고 하므로 중간적 모델이라 할 수 있을 것이다.<sup>29)</sup>

28) 방석호, 미디어법학, 1995, 207-242면.

29) 2003. 6. 2. 자 FCC 규칙은, 우선 뉴스와 방송의 교차소유금지 지역시장에 3개

2) 미디어 교차소유 문제에 있어 1차적으로 문제되는 것은 신문과 지상파방송 간의 관계이다. 이에 관하여 우리나라는 지금까지 견고하게 전자의 모델을 고수하고 있다. 일간신문과 지상파방송은 가장 대표적이고 강력한 미디어 수단이다. 이 두 수단의 융합은 전체 언론시장에 미치는 영향이 크고, 그것이 언론다양성에 역기능을 초래한다는 점은 특별한 사정이 없는 한 인정하여도 좋을 것이다. 우리나라의 사정 또한 달리 볼 것이 아니다. 우리의 전국 일간지시장과 지상파 방송시장은 소수의 주체들에게 과도하게 집중되어 있기 때문에 과점적 지위를 달성한 주체 상호간의 결합이나 제휴는 언론다양성의 측면에서 결코 바람직하지 않다. 이러한 판단은 일간신문과 뉴스통신 간의 교차소유 금지에 대하여도 동일하게 내릴 수 있다.

한편, 유무선 인프라의 확대 및 디지털화의 결과 채널의 가용성이 대폭 넓어진 현실에 따라 정치권이나 언론계의 일각에서 신문과 지상파방송의 겸영금지를 철폐하자는 주장이 있는 것이 사실이고, 교차소유를 허용할 시 그 주장하는 바와 같은 시너지 효과 등의 긍정적 기능을 발휘할 수 있을지도 모른다. 그러나 신문과 지상파방송의 교차소유 금지가 언론다양성 보장에 아무런 기여도 하지 못하는 제도임을 입증하지 못하는 한, 또는 그러한 입증이 불필요할 정도로 미디어매체나 정보매체 환경의 획기적 변화가 발생하지 않은 한, 교차소유의 허용 여부 및 그 정도의 문제는 미디어정책적 판단영역에 머무는 것이므로, 설사 정책적으로 교차소유를 허용하는 것이 더 바람직하다 하더라도 이를 채택하지 않았다 하여 곧바로 위헌의 문제가 생기는 것은 아니다. 그러므로 일간신문과 지상파방송에 관한 한 그 겸영이나 주식소유를 금지하거나 제한하는 신문법 제15조 제2항, 제3항, 방송법 제8조 제3항에 대하여 원칙적으로 위헌의 문제를 제기하는 것은 어렵다.

3) 지상파방송 외의 미디어 교차소유 제한은 완화되어 있다.

가) 일간신문은 종합편성이나 보도전문편성이 아닌 한 방송채널사용사업을 겸영할 수 있다. 따라서 이러한 편성이 아닌 한 케이블방송사업이나 다수 채널의 플랫폼(케이블 및 위성방송)에서 콘텐츠사업자(Content Provider

---

또는 그 이하의 TV방송국이 있는 지역에서는 유지될 것이고, 9개 방송국 이하가 존재하는 지역시장에서도 제한된 교차소유금지가 허용될 것이나, 동일한 지역에서 9개 이상의 텔레비전국이 존재하는 시장에서는 신문과 방송의 교차소유 금지를 완전히 폐지하였다.

혹은 Program Provider)로의 진출이 허용되어 있고, 현실적으로도 진출해 있다(예를 들어 중앙일보사의 Q Channel은 다큐멘터리 전문 콘텐츠사업을 하고 있다). 종합편성이나 보도전문편성은 그 성격상 신문의 기능과 중복되므로 일간신문사에게 그 접근을 규제하고 있는 것이며, 지상파방송의 겸영금지가 정당한 한 그러한 규제 또한 정당하다고 할 것이다.

나) 일간신문은 종합유선방송사업이나 위성방송사업에 대하여 100분의33 미만의 지분소유를 통한 겸영 또는 경영참여가 가능하다(방송법 제8조 제4항).

일간신문이 전광판방송사업(방송법 제2조 제10호, 제11호)을 영위함에는 아무런 제한이 없으며, 실제로도 이를 향유하고 있다.

다) 뉴미디어인 DMB(Digital Multimedia Broadcasting)사업에도 참여할 수 있다. DMB는 지상파DMB와 위성DMB로 나뉘고, 전자는 지상파방송사업자가 후자는 위성방송사업자가 행하는 것이므로, 일간신문도 위성DMB 사업에는 위 100분의33 미만의 지분범위 내에서 사업수행이나 참여가 가능하다.

차세대 뉴미디어로 거론되는 IPTV(Internet Protocol TV)<sup>30)</sup>사업에 관하여는 아직 법적 정리가 되어 있지 않으므로 이 분야에서 신문의 참여는 아직 규제되고 있지 않다.

(라) 다양성을 저해하지 않는 복수소유 규제의 문제

1) 신문기업의 복수소유 규제나 교차소유 규제에서 헌법적 문제로 제기하여 볼 수 있는 점은 그러한 규제를 받는 일간신문에 아무런 제한을 두고 있지 않다는 점이다. 그러한 규제의 취지가 언론의 다양성 보장에 있다면, 언론다양성을 저해하지 않거나 오히려 언론다양성에 기여하는 복수소유나 교차소유의 경우가 있을 수 있는지 살펴보아야 하고, 그런 경우까지 규제를 가한다면 그 헌법적 정당성이 부인되어야 하기 때문이다.

30) 초고속 인터넷을 이용하여 정보 서비스, 동영상콘텐츠 및 방송 등을 텔레비전 수상기로 제공하는 서비스를 말한다. 인터넷과 텔레비전의 융합이라는 점에서 **디지털 컨버전스**의 한 유형이라고 할 수 있다. 기존의 **인터넷TV**와 다른 점이라면 컴퓨터 **모니터** 대신 텔레비전 수상기를 이용하고, **마우스** 대신 **리모콘**을 사용한다는 점이다. 따라서 컴퓨터에 익숙하지 않은 사람이라도 리모콘을 이용하여 간단하게 인터넷 검색은 물론 영화 감상, 홈쇼핑, 홈뱅킹, 온라인 게임, MP3 등 인터넷이 제공하는 다양한 콘텐츠 및 부가 서비스를 제공받을 수 있다.

무엇보다도 시장점유율이나 매출액 등 신문시장에서 차지하는 비중이나 지위를 불문하고 모든 일간신문에게 일률적으로 규제를 가하는 것이 과잉이 아니냐는 의문을 제기해 볼 수 있다. 예를 들어, 신문기업의 복수소유에 관하여는 인수·합병의 결과 일정한 발행부수 점유율을 넘는 경우에만 규제한다든지, 신문기업의 방송 겸영 금지에 관하여는 일정한 신문시장 점유율을 보이는 신문에 대해서만 적용하여야 한다든지 함으로써 그 규제를 최소화할 수 있을 것이다.

2) 프랑스는 새로운 인수·합병으로 전국의 종합 일간지 총 판매부수의 30% 이상을 소유하게 될 경우에만 이를 금지하고 있으며, 이탈리아도 이와 같은 규제를 두고 있다.

독일의 경쟁제한금지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB)은 일정한 연매출액(1976년 당시 5억 마르크)을 초과하는 기업결합의 경우에만 연방카르텔청에 의한 심사를 받는데, 이는 신문기업의 경우에도 마찬가지이며, 신문기업의 경우 그 특성에 맞춰 매출액 기준을 일반기업에 비하여 20분의1로 낮추고 있다(1976년 당시 2천5백만 마르크). 네덜란드도 일정한 매출액(454만 유로) 이상의 신문기업에 한하여 경쟁법을 적용하고 있다.

신문과 방송의 교차소유 금지에 관하여도 네덜란드는 일정한 시장점유율(25%) 이상의 신문에 한하여 이를 적용하고 있으며(상업 TV방송 주식의 30% 초과소유 금지), 이탈리아는 시장점유율에 따라 방송의 겸영 금지와 그 정도를 결정하고 있다(전국 시장점유율 16% 초과 신문사의 소유주는 전국 TV방송 소유금지, 8-16%의 신문이라면 1개 방송 소유 가능, 8% 미만의 신문이라면 2개 방송 소유 허용).

3) 우리의 신문법 제15조 제2항, 제3항, 방송법 제3항, 제4항은 모든 일간신문법인, 모든 일간신문의 지배주주에게 복수소유와 교차소유 규제를 가하고 있는데, 이러한 태도는 공정거래법의 일반적 규율 보다 더 강화된 것이라 볼 수 있다.

먼저, 공정거래법 제7조 제1항, 제5항, 기업결합심사기준에 의하여 다른 회사의 주식 취득·소유의 비율이 50/100 이상이면 그 자체로서 규제대상이 되는 기업결합으로 보며, 이러한 규제는 “누구든지” 받도록 하고 있다

는 점에서는 신문법 제15조 제3항과 같다는 점은 앞에서 본 바와 같다. 그러나 공정거래법 제7조 제2항 제1호는 다른 방법으로 달성하기 어려운 효율성 증대효과가 경쟁제한으로 인한 폐해보다 더 큰 기업결합의 경우에는 규제대상에서 제외하고 있는바, 이러한 취지를 신문시장에 유추하여 적용하여 본다면 달리 신문시장에서 생존하기 어려운 한 일간신문이 다른 일간신문의 주식 100분의50 이상을 취득·소유하는 기업결합(인수·합병)을 하더라도 그를 통하여 신문시장에서 생존하는 길이 열리고, 그로써 신문의 외적 다양성이라는 효과가 신문결합으로 인한 폐해보다 더 크다면 그러한 신문결합은 규제받지 않아야 한다.

예를 들어, 경영난에 있는 A광역시의 군소 일반일간신문 소유자가 같은 처지의 B광역시의 군소 일반일간신문을 인수·합병한다든지, 교육 전문의 특수일간신문 소유자가 시너지(synergy) 효과를 통한 생존전략을 위하여 외국어일간신문을 인수한다든지 함으로써 2개의 신문이 시장에서 사라지는 것 보다는 1개의 신문이라도 건실하게 유지하는 것을 금지할 이유는 찾기 어렵다. 미국의 신문보존법(Newspaper Preservation Act)은 경영난에 처한 군소신문간의 공동운영협정을 허용하고 있다. 신문법 제15조 제2항, 제3항은 이러한 경우에 대한 배려를 함축하고 있다.

4) 이러한 신문법의 태도는 방송법의 경우와 비교하여 보아도 형평에 맞지 않는 점이 있다. 방송법 제8조 제5항 내지 제8항은 다양한 방송사업자 상호간의 겸영이나 주식소유를 다각적으로 금지하고 있지만, 지상파방송사업자와 종합유선방송사업자 간의 규제를 제외하고는, 모두 “시장점유율 또는 사업자수 등을 고려하여 대통령령이 정하는 범위를 초과”하는 경우에만 규제를 가하고 있다. 그리하여 예를 들어 지상파방송사업자간의 기업결합은 그 결과 전체 방송사업자의 매출액 총액중 차지하는 비율이 100분의33을 초과하게 될 때에만 금지된다(방송법 제8조 제5항, 방송법시행령 제4조 제2항 제1호). 이에 반하여 신문법 제15조 제3항에 의하면 한 일간신문의 지배주주가 다른 일간신문 주식의 2분의1 이상을 취득·소유하기만 하면 그 결과 양 신문을 합한 시장점유율이나 발행부수가 전체 시장에서 차지하는 비율이 미미할지라도 허용되지 않는 것이다.

신문은 사적 소유의 형태를 기초로 그 소유자의 의견을 자유롭게 전파한



다는 데 본질이 있는 것으로서 방송과 같은 1인 지배의 제한(방송법 제8조 제2항에 의하면 누구든지 지상파방송사업자 등의 주식총수의 100분의30을 초과하여 소유할 수 없다)을 두는 것과 조화하기 어려우므로(신문법 개정 과정에서 이러한 규제의 신설이 논의되었으나 그 위헌성 논란으로 무산되었다), 외적 다양성 보장을 위한 필요가 없는 한 신문사주의 소유지배를 받는 신문의 발생 자체를 억제하는 것은 정당하지 않다. 편집독립성 확보의 문제는 신문의 내부적 자유에 관한 문제이므로 이를 이유로 사주의 소유지배를 제한할 수 없다. 물론 1인 소유자가 문어발식으로 여러 신문을 지배한 결과 시장점유율이나 신문의 수 등의 면에서 문제가 발생하는 경우에 이를 규제할 수 있지만 이는 외적 다양성의 관점에서 정당화되는 규제이다. 2분의1 미만의 주식 취득·소유가 허용된다고 하나, 그로 인하여 인수·합병에 장애가 발생할 수 있고(특히 군소신문의 경우), 신문의 외적 다양성을 해하지 않는 경우라면 그러한 제한을 두는 것 자체가 무의미하다.

5) 다음으로, 일간신문 중에서도 일정한 시장점유율 이상의 일간신문만이 이종매체와의 겸영, 교차소유의 금지대상이 되어야 하는 것이 아니냐, 같은 맥락에서 일간신문 중 특수일간신문, 외국어일간신문은 이종 매체와의 겸영이나 교차소유의 금지 대상에서 제외되어야 하는 것이 아니냐는 의문은 극복될 수 있다.

동종미디어의 복수소유의 경우와 달리 신문과 방송이라는 이종 미디어 간에는 앞에서 본 바와 같이 ‘저널리즘에 있어서의 권력분립’이라는 원리 자체가 언론 다양성의 관점에서 필요한 것으로 정당화될 수 있기 때문이며, 실제 규율내용에 있어서도 위 (다)의 3)에서 본 바와 같이 뉴스통신사업, 지상파방송사업, 종합편성이나 보도전문편성을 행하는 방송채널사용사업이 아닌 한 이종 미디어에 진출하는 것이 허용되어 있으며, 생존을 위협받는 군소 일간신문 또는 시장이나 매출액의 규모가 작을 수밖에 없는 특수일간신문이나 외국어일간신문이 막대한 자금이 소요되는 위 세 가지 이종 미디어에의 진출을 통하여 생존을 모색함으로써 신문의 외적 다양성을 꺾한다는 건 사실상 상정하기도 어렵다.

### (3) 소결

신문다양성을 위한 외적 조건 구비라는 입법목적의 중요성, 변화하는 미

디어 환경 속에서 미디어 산업에 대한 정책을 어떻게 수립·형성할 것인가에 대한 입법자의 정책적 선택권 등을 종합할 때, 방송법 제8조와 맞물려 있는 신문법 제15조 제2항, 제3항에 의한 겸영이나 소유규제는 전체적으로 신문다양성 및 언론다양성이라는 헌법적 요청을 위해 정당화될 수 있는 한도 내에서 신문의 기업활동을 규제하고 있다.

다만, 신문집중의 폐해가 아니라 외적 다양성 보존에 기여할 수 있는 일정한 일간신문 간의 복수소유마저 아무런 배려없이 일률적으로 규제하는 것은 입법목적 달성을 위해 적절하거나 필요하다고 할 수 없으므로 신문법 제15조 제3항은 이 점에 한하여 부분적으로 위헌성이 있다. 이 위헌성이 인정될 경우 헌법불합치결정이 적절할 것이다. 외적 다양성 보존에 기여할 수 있는 복수소유의 기준(예를 들어 일정한 시장점유율의 설정 혹은 일간신문의 종류별 구분)을 어떻게 잡을지는 입법자의 형성에 맡겨야 하기 때문이다.

#### **나. 자료신고 조항 : 신문법 제16조 제1항, 제2항, 제3항**

##### **(1) 규제의 내용**

(가) 자료신고 등의 규제객체는 일간신문을 경영하는 정기간행물사업자이다. 위 정기간행물사업자는 정기적으로 경영활동 및 소유구조에 관하여 일정한 사항을 신문발전위원회에 신고하여야 한다. 전체 발행부수, 유가 판매부수, 구독수입, 광고수입은 전자이고, 총 발행주식 또는 지분총수, 자본내역, 100분의5 이상의 주식 또는 지분을 소유한 주주 또는 사원의 개인별 내역은 후자이다.

신문발전위원회는 신고사항을 검증하고, 공개하여야 한다. 공개방법은 신문발전위원회의 인터넷 홈페이지와 관보에 의한 공개이다(대통령령 제11조 제2항). 신고의무에 위반한 사업자에게는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(신문법 제43조 제4호).

(나) 신문기업도 기업의 하나로서 일반기업에 적용되는 기업공시의 적용을 받는다.

총 발행주식은 상업등기사항이다(상법 제317조 제2항 제3호). 일간신문법인이 주식을 발행할 때에는 기명식으로 하여야 하는데(신문법 제15조 제

1항), 기명주식의 경우 주주명부에 주주의 성명과 주소, 각 주주가 가진 주식의 종류와 수, 주식의 취득연월일을 기재하여야 하는데(상법 제352조 제1항), 주주명부는 회사의 본점에 비치되어 주주와 회사채권자는 영업시간 내에 언제든지 열람할 수 있다(상법 제396조). 또한 납세의무자로서 손익계산서, 대차대조표 등의 일정한 경영자료를 세무서에 신고하여야 한다. 자산총액 70억원 이상(상장법인이면 10억원 이상)인 신문사는 외부감사인에 의한 회계감사를 받아야 하고(주식회사의외부감사에관한법률 제2조, 동법시행령 제2조 제1항), 감사보고서를 증권선물위원회, 한국공인회계사회 등에 제출하여야 하고, 재무제표와 감사보고서를 회사에 비치·공시하여야 한다(동법 제8조 제1항, 제14조 제1항).

## (2) 위헌 여부

(가) 이 조항에 의한 자료신고는 신문법 제15조와 제17조의 입법목적 실현을 위한 보조적 수단이다. 제17조의 시장지배적사업자 해당 여부(이는 신문발전기금의 지원 여부와 연계되어 있다)를 판단하여 그에 따른 조치를 취하기 위해서는 시장지배의 정도를 판별할 수 있는 객관적 자료가 필요하고 신문기업의 경우 총 발행부수, 유통 판매부수, 구독수입과 광고수입이 그를 위한 주요한 척도가 된다. 제15조의 겸영금지 및 소유제한 규정의 실효성을 담보하기 위하여서도 역시 소유관계의 구조와 내역, 변동상황을 파악하는 것이 필수적이다.

신문기업 자료의 확보는 나아가 신문의 불공정거래 규제를 위하여도 필요하다. 일간신문발행업자는 신문판매업자 또는 독자에게 제공하는 무가지와 경품류를 합한 금액이 당해 판매업자 또는 독자로부터 받는 유료 신문대금의 20%를 초과할 수 없는데(신문고시 2003-3호 제3조), 이의 집행을 위하여도 정확한 기초자료(구독수입)가 필요하다.

위 (1)의 (나)에서 본 바와 같은 일반법상의 공시제도가 있지만 그것만으로는 부족하고 신문다양성이라는 신문에 특유한 목적달성에 필요하다고 보아 신문기업에게 추가적으로 신고의무를 부과한 것은 합리적 이유가 있으므로 일반기업체와의 관계에서 평등원칙 위반이라 할 수 없다. 입법자는 기업공시에 관하여도 일반법적 규율에 대체하여 혹은 추가하여 규율대상의

특성에 맞는 특별한 규율을 할 수 있는 것이고, 그리하여 예컨대 은행법은 재무재표의 공고, 대차대조표 등의 제출뿐만 아니라 금융기관의 특성을 고려하여 매월 업무보고서를 금융감독원장에게 제출할 의무, 경영에 관한 여러 상세한 사항을 공시할 의무를 부과하고 있다(은행법 제41조, 제42조, 제47조, 제51조).

(나) 신문법 제16조 제1항 내지 제3항은 또한 위와 같이 신고된 자료를 공개하도록 의무지우고 있다. 오늘날 기업은 더 이상 개인의 전유물이 아니라 관련자들의 이해관계가 얽힌 사회적 존재이므로 그 현황과 활동상황을 투명하게 유지하고 관련자들에게 기업정보를 제공하기 위하여 이를 일정하게 공개할 필요가 있다는 점은 널리 받아들여지고 있다. 기업의 공개가 기업활동의 자유에 대한 제약임에도 불구하고 위에서 본 바와 같이 상법 등에서 기업의 소유구조 및 재무상태, 경영지표들을 일정한 방법으로 공시토록 하고 있는 것은 기업공개에 대한 일반적 정당성을 말해주고 있다.

그런데 신문기업은 일반기업에 비하여 그 공적 기능과 사회적 책임이 더 크다. 그러므로 신문기업의 소유구조와 경영활동을 일정하게 공개함으로써 신문기업 및 신문시장의 투명성을 유도·확보하고 이로써 신문시장의 경쟁 질서를 정상화할 필요성은 그만큼 더 크다. 전체 발행부수 및 유가 판매부수, 구독수입과 광고수입을 공개토록 한 것은 신문기업의 특성을 반영한 것으로서, 투명성 확보뿐만 아니라 구독자와 광고주에 대한 정확한 정보의 제공이라는 필요성에서도 정당화된다. 나머지 공개대상 자료들은 위에서 본 바와 같이 이미 주주명부 등의 다른 법제도에 의하여 공개되고 있다.

(다) 일찍이 20세기 전반에 프랑스에서 투명성 보장 조항을 도입함에 있어 기초가 되었던 “독자들은 자신들이 접하는 정보가 어떤 조건 하에서 만들어지는 것인지를 알아야 할 권리가 있다.”는 사고는 지금 우리나라에서도 유효한 것이다. 권위주의 정권에서 무단적(武斷的)으로 언론을 탄압하는 상황이라면 모르되, 일상의 민주주의가 정착된 곳이라면 투자자의 1차적 고려사항은 경제적 효과가 큰지, 신문의 논조와 의견이 투자자의 그것과 일치하는지 여부가 될 것이다. 또한 이 조항은 신고 및 공개의 대상을 100분의5 이상의 대주주에 한정하고 있다.

프랑스의 1984년 법률은 주요 주주명단의 공표 등 소유와 재정상태를

공표하도록 하고 있었으며, 헌법위원회는 1984. 10. 10.의 결정에서 신문사 투명성 조항을 합헌이라고 하면서, “재정상의 투명성 조항을 적용하는 것은 언론의 자유를 제한하는 것과 거리가 멀고 오히려 이를 더욱 효과적으로 실현하기 위한 것”이라고 하였다.

독일은 1975년 제정된 연방신문통계법이 1997. 12. 폐지될 때까지 판매부수, 광고총량 등 신문의 경제지표에 관한 광범위하고 세세한 사항들을 연방통계청에 제출하고 이를 공개토록 하였으며, 이러한 규정들에 대해 헌법적 의문을 제기하는 주장은 존재하지 않았다.<sup>31)</sup> 독일의 많은 주 입법(Bayern, Berlin, Brandenburg 등)들은 지금도 주주의 주식보유 현황을 비롯한 신문기업의 소유 및 투자관계를 공개할 의무를 부과하고 있다.<sup>32)</sup>

### (3) 소결

소유와 경영에 관한 기업자료를 신고·공개토록 하는 것은 일간신문의 기업활동의 자유를 제약하는 것이지만, 신문시장 투명성을 제고하여 신문의 공적 기능을 실현하려는 입법목적과 연결된 의무라는 점, 신문법 제15조·제17조 등 신문시장 규제를 위한 합헌적인 제도의 실효성을 보장하기 위한 수단적 제도라는 점, 기존의 다른 법제도에 의하여 이미 공시된 자료나 신문시장의 특성에 비추어 꼭 필요한 자료에 한정하여 신고·공개토록 하고 있는 점, 그 위반행위에 대해 과태료 부과에 그친 점 등을 종합할 때 기업활동의 자유 또는 신문의 자유를 지나치게 침해하는 위헌규정이라 하기 어렵다.

31) W. Seiler, 전계번역문(최희수), 1면 이하.

32) 베를린 출판법(Pressgesetz) 제7조의a(소유·참여관계의 공개) ①정기간행물의 발행인은 정기적으로 그 간행물에 출판사의 소유·참여관계 및 당해 출판사와 결합하고 있는 출판 및 방송기업(주식법 제15조)에 대한 발행인의 법률관계를 공개하여야 한다. 공개는 다음 각호의 방법에 의한다.

1. 일간지 및 주간지의 경우에는 매 6개월마다 최초의 간행물의 刊記(Impressum)에,
2. 그 밖의 정기간행물의 경우에는 매년 최초의 간행물의 刊記에 소유·참여관계의 변화를 지체 없이 공표하여야 한다.

②공개를 함에 있어서는 적어도 다음의 내용이 포함되어야 한다:

4. 주식회사의 경우: 주식자본의 25% 이상을 보유한 주주의 성, 이름, 주소, 그리고 감사위원회의 장을 포함한 감사위원.

**다. 시장지배적사업자 조항 : 신문법 제17조, 제34조 제2호**

(1) 시장지배적사업자 지정의 의미

(가) 공정거래법상 ‘시장지배적사업자’라 함은 일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자를 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다. 다만, 일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 10억원 미만인 사업자를 제외한다(동법 제2조 제7호).

한편, 여기에서 ‘일정한 거래분야’라 함은 “거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야”(동법 제2조 제8호), 즉 구체적으로 경쟁을 실질적으로 제한할 수 있는 행위의 영향이 미치는 범위(경쟁권<sup>33)</sup>를 말한다. 이를 대법원은 “거래의 객체별·단계별·지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 거래분야”를 의미한다고 한다.<sup>34)</sup>

일정한 거래분야는 당해 사건에 있어서의 공동행위 유형에 따라 개별적으로 확정되어야 하지만, 일반적으로 “상품시장”에서는 주로 상품의 기능·효용이 동종인지에 따라 결정되는데,<sup>35)</sup> ‘대체성이 있는 유사상품’은 경쟁제한효과가 미치는 관련 상품으로서 그 거래분야까지 ‘일정한 거래분야’에 포함된다.<sup>36)</sup> 공정거래위원회의 ‘과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(개정 2005. 7. 13. 공정거래위원회 고시 제2005-15호)’는 “관련상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질·거래지역·거래상대방·거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단하되, 관련상품의 범위를 결정할 때에는 통계청장이 고시하는 「한국표준산업분류」상 5단위 분류를 참고할 수 있다.”고 규정하고 있다.

33) 이를 이른바 “관련 시장(relevant market)”이라고 한다.  
 34) 대법원 2003. 2. 20. 선고 2001두5347 전원합의체 판결, 공2003.4.1.(175), 818.  
 35) 한편, “거래단계”에서는 각 유통단계별로 일정한 거래분야가 결정되는 것이 원칙이라고 한다. 이남기, 경제법, 박영사, 2000, 189-192면.  
 36) 實方謙二, 條解 獨占禁止法, 弘文堂, 1997, 133면. 윤준, 독점규제및공정거래에관한법률 제19조 제1항 제1호의 가격의 의미, 대법원판례해설(통권 제36호 : 재판연구관 세미나자료), 법원도서관, 2001년 상반기, 630-631면.

“한국표준산업분류”는 사업체가 주로 수행하는 산업활동을 그 유사성에 따라 체계적으로 유형화(분류)한 것이다. 이에 따르면, (1단위)D. 제조업, (2단위)22. 출판·인쇄 및 기록매체 복제업, (3단위)221. 출판업, (4단위)2212. 신문·잡지 및 정기간행물 발행업 아래 (5단위)로 22121. 신문발행업과 22122. 잡지 및 정기간행물 발행업, 그리고 22123. 정기 광고간행물 발행업이 분류되어 있다.

그 중 ‘22121. 신문발행업’이란 “일반대중이 관심을 갖는 뉴스를 제공하기 위하여 일간 및 주 3일 이상 발간하는 신문을 발행하는 산업활동”을 말하고, ‘22122. 잡지 및 정기간행물 발행업’이란 “전문 또는 일반적인 내용에 관한 일간·주간·순간·월간·계간·연간 등의 정기간행물·잡지·만화신문 등을 발행하는 산업활동”을 말하는데, 경제신문이나 스포츠신문 등 전문일간지는 이 후자에 속한다.<sup>37)</sup>

신문법 제2조(용어의 정리) 제1호의 규정에 의하면, ‘정기간행물’이라 함은 동일한 제호로 연 2회 이상 계속적으로 발행하는 신문·잡지·기타간행물을 말하고, 같은 조 제2호의 규정에 의하면, 이 중 ‘신문’이라 함은 정치·경제·사회·문화·시사·산업·과학·종교·교육·체육 등 전체분야 또는 특정분야에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파하기 위하여 동일한 제호로 월 2회 이상 발행하는 간행물로서 일반일간신문(가목), 특수일간신문(나목),<sup>38)</sup> 외국어일간신문(다목), 일반주간신문(라목), 특수주간신문(마목)을 말한다.

그런데 신문법 제17조는 시장지배적사업자의 기준이 되는 신문시장을 ‘일반일간신문’뿐만 아니라 ‘특수일간신문’(정보전달을 위하여 무료로 보급되는 일간신문 제외)을 포함하고 있기 때문에 공정거래법 소정의 ‘일정한 거래분야’, 즉 “거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야”(동법 제2조 제8호)에 해당하는지 의문이

37) 다만, 여기에서 22121.과 22122.의 분류가 신문법 제2조 제2호 가목의 일반일간신문과 나목의 특수일간신문에 대응하는 것은 아니다.

38) 그러나 문화관광부의 실무는 특수한 성격의 신문이라 하더라도 신문사가 신청해 오는 대로 “일반”일간신문으로 등록해 준다고 한다. 예컨대 2005. 10. 21. 현재 문화관광부에는 ‘진국지’로서 35종의 “일반”일간신문이 등록되어 있는데, 여기에는 “환경시사일보”뿐만 아니라 “매일경제”, “일간스포츠”, “매일노동뉴스” 등이 포함되어 있다.

있다. 이는 여당과 시민단체들은 원래 일반일간신문(동법 제2조 제2호 가목)만을 대상으로 하려 하였으나, 야당과 유력 신문들의 반대로 특수일간신문(동법 제2조 제2호 나목)을 포함시켰기 때문이다.<sup>39)</sup>

그러므로 전체 중앙일간지와 지방 군소일간지, 특수지인 경제지와 스포츠지 등을 동종매체로 볼 수 있는가의 근본문제가 발생한다. 신문의 성격이 다르고, 영향력이 다르고, 사업자들이 대상으로 하는 지역과 독자군과 광고시장이 다르다. 어디까지 동종상품, 유사상품으로 볼 것이며, 서로 다른 신문들의 발행부수를 합산하는 의미가 무엇인지 불분명하다. 구체적으로 중앙종합일간지와 지방일간지·경제지·스포츠지의 상품, 독자, 광고시장의 규모가 다른데 어떻게 같은 기준으로 대상을 선정하며, 이를 계산하여 비율 산정을 하고 시장지배적사업자로 묶을 수 있을 것인가. 종합일간지와 스포츠지·지방일간지가 과연 동종상품의 경쟁시장 내에 진입해 있는 신문사업자로 설정될 수 있는가 하는 문제제기가 가능하다.

반대로 신문법에서 배제한 무료 일간지들은 가관시장을 중심으로 확장되고 있어 현재의 신문기업들과 실제 독자와 광고시장이 중첩되고 경쟁하는 사업자이다. 그럼에도 불구하고 법의 적용 대상에서 제외하는 것은 현재의 신문산업과 시장의 현실을 정확히 바라보고 있지 못한 것이다. 이미 유·무가치의 구분 없이 독자가 확보되고 있는 신문시장에서 이들을 배제하는 근거는 무엇인지 일관성과 논리가 없다.<sup>40)</sup>

(나) 시장지배적사업자로 지정되면 신문발전기금의 지원을 받을 수 없고(신문법 제34조 제2항 제2호), 공정거래법에 따라 시장지배적 지위를 남용

39) 그리하여, 공정거래법상의 시장은 “서로 대체될 수 있는 상품시장”으로 한정하는 것이 원칙이나, 신문법 제17조는 종합적인 뉴스를 다루는 종합 일간신문(제2조 제2호 가목 : 전국일간신문과 지역일간신문이 이에 해당한다)과 “산업·과학·종교·교육 또는 체육 등 특정분야(정치를 제외한다)에 국한된 사항의 보도·논평 및 여론 등을 전파하기 위하여 매일 발행하는 간행물”인 특수일간신문(법 제2조 제2호 나목)을 합쳐서 하나의 시장으로 규정하고 있는 등 ‘시장’의 범위를 부적절하게 확대했기 때문에, 이 규정으로는 신문시장의 과점을 해소하는 것이 힘들 뿐만 아니라 과점의 폐해를 줄이기에도 부족하다는 견해로 김영욱, 국가 미디어정책의 목표와 신문법, “신문산업의 위기와 국가지원방안”(한국언론재단토론회, 2005.7.1), 13면.

40) 이은주, 신문산업 및 경영의 문제점과 개선·지원 방안, “신문산업의 위기와 국가지원방안”(한국언론재단토론회, 2005.7.1), 제2주제 발표문, 40면.



하는 행위에 대하여는 제재가 가중된다. 즉, 공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항은 “사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 ‘불공정거래행위’라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.”고 하고 그 각호(제1호 내지 제8호)에서 불공정거래행위를 규정하고 있고, 제24조(시정조치)는 “공정거래위원회는 제23조 제1항의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 당해 불공정거래행위의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제24조의2(과징금)는 “공정거래위원회는 제23조 제1항의 규정을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의2(제7호의 규정에 위반한 경우에는 100분의5)를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우 등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.”고 규정하고 있다.

(다) 한편, 동법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지) 제1항은 “시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 ‘남용행위’라 한다)를 하여서는 아니된다.”고 하고, 그 각호(제1호 내지 제5호)에서 남용행위를 규정하고 있으며, 제5조(시정조치)는 “공정거래위원회는 제3조의2의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 시장지배적사업자에 대하여 가격의 인하, 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.”고 규정하고, 제6조(과징금)는 “공정거래위원회는 시장지배적사업자가 남용행위를 한 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다. 이하 같다)에 100분의3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.”고 규정하여 시장지배적사업자에 대하여는 일반사업자의 불공정거래행위에 따른 제재(매출액의 2% 이내)보다 무거운 제재(매출액의 3% 이내)를 가할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>41)</sup>

41) 원래 여당 및 시민단체 안에서는 각 매출액의 3% 이내(일반 신문사업자)와 5%

## (2) 외국의 사례

(가) 프랑스<sup>42)</sup>

메이저 신문의 시장점유율을 “시장지배적사업자” 개념을 통해 제한하고자 하는 이와 같은 규정은 과거 프랑스에서 시도하였던 방식이다. 프랑스의 경우 1980년대 ‘에르상’ 등 보수적인 미디어 기업들이 다른 언론사들을 무차별로 인수·합병하였다.<sup>43)</sup> 그러자 1981년 집권한 미테랑의 사회당 정부가 1984. 8. 23. ‘언론기업의 다원주의와 재정투명성 및 집중제한에 관한 법률’을 제정하여, 신문시장의 집중이 심화되는 것을 시정하고자 어떤 언론기업도 전국일간지 총 판매부수의 15%, 지역일간지 총 판매부수의 15%, 또는 전국과 지방을 포함한 전체일간지 판매부수의 10% 이상을 소유할 수 없도록 제한하였고, 지방지와 전국지의 교차소유를 금지하였다.<sup>44)</sup>

이 법안은 위와 같은 소유제한 규정을 기존 신문기업들에 소급적용한다는 조항으로 인해 우파 정치권과 특히 법안의 ‘표적’으로까지 지목된 에르상 그룹의 큰 반발을 불러 일으켰고, 법안이 의회를 통과하자 200명이 넘는 상·하원 의원들이 헌법위원회에 제소하였다(추상적 규범통제). 이에 대해 헌법위원회는 1984. 10. 10. 신문사의 투명성에 관한 조항은 합헌이라고 판결하면서도 소위 ‘반독점’과 관련된 조항을 소급 적용하는 것은 헌법에 위반된다고 판시하며 이들 조항에 대하여 삭제명령을 선고하였다. 위 판결에 따라 개정안이 1984. 10. 23. 의회에 상정되었지만 의회에서 부결되었다. 그 후 1986. 5. 총선으로 시라크의 우파내각이 수립되자 언론법 개정안을

---

이내(시장지배적 신문사업자)였다고 한다. 2004. 12. 14. 제251회국회(임시회) 문화관광위원회의회의록(2호), 7면 참조.

42) 박진우, 프랑스의 신문시장 독점방지와 경쟁보장을 위한 법제, 세계의 언론법제, 한국언론재단, 2004년 상권,, 169면 이하; 방석호, 신문법과 언론피해구제법이 왜 위험인가?, 제202회 『정책&지식』 포럼(2005.9.12), 10면; 「중앙일보」 2005. 7. 28.자, 7면 기사 참조.

43) ‘로베르 에르상’은 1970년대 프랑스 미디어 재벌로서 족벌체제를 구축하고 신문에 자신의 영향력을 적극적으로 행사한 사람으로 알려져 있다. 에르상은 1984년 프랑스 신문법이 제정될 당시 전국지와 지역지를 통틀어 전체 신문시장의 38%를 소유하고 있었다고 한다. 「기자협회보」 2005. 10. 19.자, News 중 ‘레지스 프레스’ 프랑스 헌법위원회 법률국장과의 인터뷰 기사 참조.

44) 그 밖에 경영자료를 정부에 보고하는 내용이 들어 있었다.

내고 그 개정안(제11조)<sup>45)</sup>에 ‘시장점유율 상한선’(30%)을 두었으나 이 역시 1986. 7. 29. 헌법위원회에서 동 조항의 적용범위가 불분명하다는 이유로 위헌판결을 받았다. 위헌판결 이후 재개정된 법률에 의하면 현재는 새로운 인수·합병을 통해 탄생하는 기업들에 대해서만 시장점유율 상한규정(30%)이 적용된다. 그나마 이 조항은 전국종합일간지와 지역종합일간지 및 정치신문만을 그 대상으로 한다.<sup>46)</sup>

(나) 미국<sup>47)</sup>

미국 연방대법원은 1966년 *United States v. Grinnell Corp.*<sup>48)</sup> 사건에서 독점력 위반의 주요한 요소를 열거하였는데, ①관련시장의 독점력을 가질 것 ②그런 독점력을 고의적으로 획득 또는 유지할 것 등이다.

일반적으로 우선 독점력을 판단한다는 것은 어렵기 때문에 시장점유율이 그 기준이 되고 이와 관련해서는 유명한 *Learned Hand* 판사의 판결이 자주 인용되는데, 그는 1945년 *United States v. Aluminum Company of America (“Alcoa”)*<sup>49)</sup> 사건에서, “90%는 독점이라 하기에 충분하고, 60% 또는 64%는 독점이라고 하기에 충분한지 의심스러우며, 33%는 독점이 아니다.”라고 하였다. 연방대법원은 이 문구를 유지하면서 피고가 시장점유율이 70% 미만인 경우 독점력을 가진다고 판단하지 않았다.<sup>50)</sup>

사실상 신문시장에 대해 이와 같은 일반적인 시장점유율을 기계적으로 적용한다면 대도시 일간신문사는 좁게 확정된 관련시장에서 대부분 높은 시장점유율을 갖기에 독점력이 인정될 수 있다. 그러나 사실상 법원은 신문사의 “自然獨占”(natural monopoly)을 인정하고 있고, 관련시장을 일간신문시

45) 제11조 : “정치정보 및 일반정보를 취급하는 종합일간지의 취득이나, 이와 같은 종류의 종합일간지를 발행하는 회사의 자본금이나 의결권의 과반수를 장악해, 국내에서 간행되는 정치 및 일반정보를 다루는 같은 종류의 종합일간지의 국내 시장점유율이 취득 전 12개월 동안 30%를 넘는 것은 금지된다.”

46) 그런데 이러한 30%라는 수치는 1986년은 물론 현재까지도 어떤 프랑스의 신문 사업자도 도달하기 불가능한 수치로서, 30%라는 기준 자체가 비현실적이며 결국 ‘반독점’을 위해서 사실상 아무런 의미가 없다는 비판이 있다. 박진우, *전계는 문*(2004), 178-179면.

47) 입법례조사보고서 중 미국(이노홍 연구원작성) 부분, 30면.

48) 384 U.S. 563 (1966)

49) 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945).

50) *Hiland Dairy, Inc. v. Kroger Co.*, 402 F.2d 968, 974 n.6 (8th Cir. 1968), cert. denied, 395 U.S. 961 (1969).

장으로 보는 경우 단지 시장점유율뿐만 아니라 그 시장에 미치는 영향력 심사 등을 통해 일부 지배적인 신문사의 독점력에 대해 판단하게 될 것이다. 즉, 연방지방법원의 판례에 의하면,<sup>51)</sup> 관련시장에서 독점 여부를 판단하는데 있어서는 시장점유율뿐만 아니라 진입장벽(entry barrier)과 같은 여러 가지 요소를 종합적으로 고려한다.<sup>52)</sup> 또한, 관련시장과 독점력의 존재 여부가 판단되더라도 독점금지법상 위반행위가 되기 위해서는 그 독점력을 자의적으로(willful) 획득 또는 유지하여야 하고, 그 독점력이 치열한 경쟁과정을 통해 우수성이 입증된 것에 의한 것이라면 독점금지법 위반이 아니다.

#### (다) 영국

영국의 신문시장에 있어서 기업 합병 및 흡수에 관해서는 우선적으로 1973년 제정된 ‘공정거래법’과 1998년 제정된 ‘경쟁법’이 적용된다. 또 2003년 제정된 ‘커뮤니케이션법’은 신문사간 결합의 문제에 있어서 정부의 개입 여지를 확대했는데, 새 규제기관인 “오프콤(Ofcom, Office of Communications)”의 조언을 구할 수 있게 했다. 또 비슷한 시기에 발효된 ‘기업법’은 신문사간 합병의 경우 25% 이상의 시장점유율을 까다롭게 규제하고 있다. 그러나 영국법에 있어서 특정 거래가 독점 목적이 아니라는 것만 입증되면 해당 신문사는 경쟁위원회의 감사를 피할 수 있는데, 1981년 루퍼트 머독이 ‘타임스’를 사들일 때 이와 같은 이유로 감사를 피할 수 있었다.<sup>53)</sup>

그러나, 영국은 점차적으로 미디어 소유에 대한 규제가 완화되고 있는 상황이다. 비록 영국이 커뮤니케이션법을 통해 신문산업을 특별규제 대상으로 보고는 있으나, 전체적으로 볼 때 영국은 신문시장에 있어 정부차원에서 규제하는 것을 되도록 피하고 자율적인 규제가 이루어지도록 하는 경향인데, 이는 영국의 오랜 민주주의적 전통의 산물로 보인다.<sup>54)</sup>

#### (라) 독일

51) Weber v. Wynne, 431 F.Supp. 1048, 1056 (D.N.J. 1977) : “market share of 77% held insufficient to show dangerous probability of monopolization because of extremely low barriers to entry into the market.”

52) 정영진, 미국의 신문시장과 독점금지법, 세계의 언론법제, 한국언론재단, 2004년 상권, 27면.

53) 권영세, 신문시장 정상화방안, 한나라당 2004년 국정감사자료집(2004.10), 16면.

54) 권영세, 전계자료집(2004.10), 16면.

독일의 경쟁제한금지법(GWB)상 시장지배적사업자의 지위는 시장점유율 뿐만 아니라 당해 사업자의 자금력, 조달시장 및 판매시장에의 접근성, 다른 사업자와의 결합관계, 다른 사업자에 대한 사실상 또는 법률상 진입장벽 유무, 동법의 적용범위 내에 있거나 그 밖에서 활동하는 사업자에 의한 사실상 또는 잠재적 경쟁, 자신의 거래처를 전환할 수 있는 능력 및 거래 상대방이 다른 사업자로 거래처를 전환할 수 있는 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다(GWB 제19조 제2항).<sup>55)</sup>

### (3) 위헌 여부

(가) 먼저 이 조항은 시장지배적사업자의 대상이 되는 신문을 선정함에 있어 앞에서 본 바와 같이 이들이 모두 ‘일정한 거래분야’에 해당하는지가 의문이라는 점에서 불합리한 점이 있다.<sup>56)</sup>

또한 기준점유율의 기준을 발행부수에만 근거하고 있는데, 신문의 시장 점유율은 발행부수뿐만 아니라 신문매출액, 구독자수, 광고매출액 등 다양한 요인이 있는데, 그 중 하나인 발행부수만으로 시장지배적사업자로 인정하는 근거가 박약하다.

물론 현재로서는 이러한 시장지배적사업자 기준을 넘는 신문사가 없다는 평가이고,<sup>57)</sup> 설사 그런 신문사가 출현한다 하더라도 시장지배적사업자로 추정되는 자체로는 아직까지 규모가 미미한 신문발전기금의 지원대상에서 제외되는(신문법 제34조 제2항 제2호) 정도여서 선언적 의미 외에 현실적 의미는 크게 없다는 견해도 있다.<sup>58)</sup> 또한 공정거래법의 3사 과점비용

55) 이봉의, 독일의 신문시장과 불공정경쟁 규제, 세계의 언론법제, 한국언론재단, 2004년 상권, 125면.

56) 그리하여 공정거래법의 규정을 적용하면 시장지배적사업자로 추정될 수 있는 신문이, 신문법규정을 통하여 오히려 제외될 가능성이 있다는 견해로 김영옥, 전게서(2005.7), 37면.

57) 조·중·동 3사의 2003년도 발행부수 보고서에 따르면, 조선일보는 2,320,191부, 중앙일보는 2,076,958부, 동아일보는 2,068,647부이다. 한편, 신문의 월가분석과 신문용지 사용량 등을 종합 환산하여 추정 발행부수를 산출하면 전국적으로 일간지의 1일 평균 총 발행부수는 13,437,000부가 된다고 한다(미디어경영연구소, 2005.5.16.자 발표). 그러므로 기준시점의 차이는 있으나 대략 조선일보는 17.3%, 중앙일보는 15.5%, 동아일보는 15.4%에 해당하고, 3사 모두 합하면 48.2%에 해당한다.

58) 「한국일보」 2005. 7. 28.자, 6면 기사 참조.

75%도 어떤 과학적인 근거를 가진 것이기 보다는 입법자가 재량권을 사용해서 판단한 것이라고 볼 수 있으며, 신문법상 3개 과점 신문기업에 대한 기준인 60%는 입법자가 신문이 가진 여론형성의 기능을 감안해서 결정한 재량권의 범위 내라고 볼 수 있다는 견해도 있다.<sup>59)</sup>

(나) 그러나 외국의 경우, 미국은 워싱턴포스트의 경우처럼 지역 중심으로 신문이 발행되는데 지역에 따라 1개사가 50% 이상 시장을 점유하는 곳도 많다. 일본은 요미우리·아사히·마이니치 등 3개사가 전국 중앙지 시장의 100%를 점유하고, 경제지·스포츠지를 포함해도 70% 이상을 점유하는 것으로 알려져 있고, 더욱이 공중파 TV를 겸영하고 있다. 영국은 ‘더 타임즈’ 계열 뉴스 코오퍼레이션사가 신문시장의 31.2%를 차지하고 있으며, TV사업도 겸영하고 있다. 호주는 ‘뉴스 리미티드’ 1개사가 전국지 시장의 68%를 점유하며, 오스트리아의 경우도 ‘메디아프린트’가 신문시장의 57.4%를 차지하고 있다. 이들 나라에서는 시장점유율을 법으로 제한하지 않으며, 다만 매체간 교차소유나 인수·합병의 경우만 규제할 뿐이다.<sup>60)</sup>

신문법상 시장지배적사업자 추정조항의 경우 복수미디어 규제 내지 교차소유 규제를 위한 시장점유율 제한이 아니라, 오직 신문시장 그 자체를 대상으로 하는 시장점유율 규제는 비판적인 메이저 신문의 내용과 논조를 규제하겠다는 입법자, 즉 정권의 의도를 드러내고 있을 뿐이다. 신문의 시장점유율은 독자들이 자유롭게 선택한 결과이다. 더구나 방송과 인터넷 매체의 약진 등 언론시장 전반에서 신문이 차지하는 비중은 줄어들고 있는데, 유독 신문사업자에 대해 점유율을 규제하는 것은 타당하지 아니하다.

(다) 한편, 신문법 제17조가 제34조 제2항 제2호와 결합하여 소위 경영이 어려운 마이너신문을 도와주기 위하여 메이저신문의 경쟁을 제한하려는 것이라면 다음과 같은 문제가 있다. 즉, 헌법재판소는 1996. 12. 26. 선고한 96헌가18(自道소주 구입명령제 사건) 결정에서, “중소기업의 보호는 넓은 의미의 경쟁정책의 한 측면을 의미하므로, 중소기업의 보호는 원칙적으로 경쟁질서의 범주내에서 경쟁질서의 확립을 통하여 이루어져야 한다. … 중소기업 또한 대기업과 마찬가지로 경쟁에서 능력을 인정받고 시장에서의

59) 김영욱, 전계발표문(2005.7.1), 13면.

60) 2005헌마555 사건의 심판청구서, 33-34면 참조.

자신의 위치를 관찰해야 한다. ... 중소기업의 육성은 세법상의 혜택이나 중소기업기본법 등 중소기업지원을 위한 특별법에 규정된 특수한 중소기업육성책을 통하여 이루어져야 한다. 중소기업의 보호라는 공익은 자유경쟁 질서 안에서 발생하는 중소기업의 불리함을 국가의 지원으로 보완하여 경쟁을 유지하고 촉진시키려는데 그 목적이 있다.”고 하였다.<sup>61)</sup> 따라서 이들 마이너 신문사와의 관계에서는 청구인들과 같은 메이저 신문사를 시장지배적사업자로 추정하는 방법으로 이들간의 경쟁을 제한하는 것은 헌법적 정당성을 인정받기 어렵다고 할 것이다.

독일은 1960년대 미헬위원회와 킨터위원회가 “언론구조 보고서”를 제출한 이후 1968년부터 재정상태가 열악한 언론기업에 대해 저리로 경영자금을 대여해 주고 있었으며, 1974년부터는 긴급지원 프로그램을 통해 도산위기에 놓인 소규모 언론사들에게 자금대여를 해주고 있었다. 또 1972년부터 할인된 우편요금으로 신문을 우송할 수 있도록 했으며, 언론사의 부가가치세를 50% 감면해 주는 조치를 취했다. 그러나 1989년 연방헌법재판소가 일명 ‘우편 서비스 판결’을 통해 국가의 일부 신문사에 대한 재정지원은 시장경제에서의 자유경쟁 원칙을 위반한 것이며, 독일기본법 제5조 제1항 2문에 의하여 보장된 국가개입과 검열금지 조항을 위반한 것이라고 판결했다. 이후 독일 정부에 의한 직접 지원은 폐지되었다.<sup>62)</sup>

(라) 나아가 우리나라의 경우 신문사업자에 대하여는 앞서 본 바와 같은 엄격한 경영금지 및 교차소유 규제가 시행되고 있고, 신문사업자의 불공정거래에 대한 제재는 공정거래법 등 기존 법규를 통해서도 충분히 이루어지고 있다. 그러므로 신문법의 시장지배적사업자 추정조항이 추구하고자 하는 입법목적은 종래 입법된 규정으로써 이미 충분히 달성되는 것이므로, 이 조항은 불필요한 과잉규제에 해당한다.

뿐만 아니라 원래 공정거래법에서 75% 이상의 시장점유율을 기준으로

61) 판례집 8-2, 680, 698-700.

62) 반면에 노르웨이 등 북유럽 국가의 경우에는 이러한 소규모 신문에 대한 지원금 제도가 당연시되고 있다고 한다(권영세, 전계자료집(2004.10), 10·32면). 즉, 노르웨이는 민주주의의 존립 전제인 여론형성의 다양성을 보장하기 위하여 규모가 영세한 언론기업, 지방지, 소수의견을 주장하는 언론기업 등에 대하여 정부가 급전적 또는 재정적으로 지원하는 것을 법제화하였다(김정현, 언론기업의 내부적 자유, 석사학위논문, 고려대학교대학원, 2004.12, 124면).

과점 여부를 추정하는 것은 과점사업자들의 묵시적인 공동행위에 의한 가격조종을 방지하려는 데 그 목적이 있다. 그러나 우리나라의 과점신문 3개사인 이른바 조선일보·중앙일보·동아일보는 각각 독자적인 사시(社是)와 논조(論調)를 가졌고, 자본이나 인적인 유대관계가 있는 것도 아니며, 오히려 독자를 확보하기 위한 경쟁관계에 있는 것이다.

(4) 소결

그러므로 신문법 제17조, 제34조 제2호는 신문의 자유를 침해할 뿐만 아니라, 방송법에서는 방송에 관하여 “시장지배적사업자”라는 개념 자체가 존재하지 않고, 그 밖에 다른 일반사업자와의 관계에서 그 요건을 달리하여 그 제한을 가중하는바, 그 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾을 수 없으므로 평등원칙에도 위반된다고 할 것이다.

4. 언론중재법조항 판단에 대한 해설

가. 고충처리인조항 : 제6조 제1항, 제4항, 제5항

(1) 규제의 내용

언론중재법 제6조 제1항은 언론사로 하여금 사내에 고충처리인을 반드시 두도록 의무지우고 있다. 그러므로 고충처리인의 현실적 직무수행의 여하와 관계없이 그 자체로써 청구인들의 직업활동의 자유를 직접 제한하고 있다. 고충처리인의 권한과 직무는 조사, 시정권고, 구제행위의 권고, 자문이다(제6조 제2항).

제6조 제4항은 고충처리인에 관한 사항을 정하고 공표할 의무를 부과하고 있으며, 제6조 제5항의 경우에도 고충처리인의 활동사항을 매년 공표할 의무를 직접 부과하고 있다. 공표의 방법은 자사 발행 정기간행물에 게재하거나 자사가 운영하는 인터넷 홈페이지에 게시하는 등이다(언론중재법 시행령 제2조).

신문사업자 중 규제의 대상이 되는 것은 일반일간신문을 발행하는 정기간행물사업자에 한한다(그 밖에도 뉴스통신사업자, 종합편성 또는 보도에 관한 전문편성을 행하는 방송사업자도 그 대상이다).



동조 제1항, 제4항을 위반할 시에는 과태료에 처하고 있으며(제34조 제1항 제1호 : 3천만원 이하), 제5항 위반에 대해서는 제재가 없다.

(2) 위헌 여부

(가) 언론중재법은 언론의 사회적 책임을 전제로, 언론으로 인한 권리침해가 있을 때 효율적 구제를 도모하는 데 그 목적을 두고 있다(제1조). 이를 위하여 언론중재법은 언론 외부적 제도와 절차를 형성·규율하고 있다. 실체법적으로는 인격권 침해에 대한 언론의 정정보도, 반론보도, 손해배상 책임을 인정하고 그 요건을 규정하고 있으며, 절차법적으로는 중재위원회를 설치하고 조정, 중재, 소송, 시정권고 등의 절차를 통해 권리구제가 되도록 하고 있다. 이러한 것들은 언론과 피해자의 상반되는 자유와 권리를 조화하기 위한 외부적 제도와 절차들이다. 이에 반하여 고충처리인은 그 목적과 기능 면에서 언론사 내에서 언론과 피해자의 관계를 조정하기 위한 내부적 제도이다. 이러한 제도는 그 설립 및 운영 등에 관하여 언론사의 자율에 맡기는 것이 바람직하다. 그 성격에도 부합할 뿐만 아니라 내부적·자율적 규제가 제대로 기능하지 않을 때에는 위와 같은 외부적 제도와 절차가 개입할 수 있기 때문이다. 그런데 이 조항들은 내부적·자율적 제도를 일정하게 강요하고 있다. 여기서 이러한 강요가 정당화되는지 문제되는데, 그 판단은 강요의 내용과 정도, 제약되는 자유와 달성되는 공익의 비교형량에 달려 있다.

(나) 이 조항은 고충처리인제도의 틀만 만들고 있을 뿐 그 내용과 운영은 신문사의 자율에 맡기고 있음으로써 외부적 규율을 최소화하고 있다. 이 조항에 의하여 강요되는 것은 고충처리인을 두어야 한다는 것, 그리고 고충처리인에 관한 사항을 공표하여야 한다는 것뿐이다. 고충처리인의 수, 자격, 선임절차, 지위, 신분, 임기, 보수, 구체적 업무 등 고충처리인 제도를 어떻게 운영할 것인지는 완전히 신문사의 자율에 맡겨져 있다. 또한 이 조항은 고충처리인의 직무권한을 비구속적인 활동에 국한하고 있다. 조사, 시정권고, 구체행위의 권고, 자문으로서 어느 것이나 신문사를 구속하거나 강제하는 활동이 아니다. 제4항은 고충처리인에 관한 사항을 신문사가 정함에 있어 취재 및 편집 또는 제작 종사자의 의견을 듣도록 하고 있고, 제5

항은 고충처리인의 활동사항을 공표함에 있어 고충처리인의 의견을 듣도록 하고 있으나, 이들에게 의견진술의 기회를 부여하는 한 최종적 결정권은 여전히 신문사업자에게 유보되어 있다.

이와 같이 고충처리인제도의 형성에 관하여 신문사업자에게 완전한 자율권이 주어지고, 고충처리인에게 아무런 구속력 있는 결정권한을 부여하고 있지 않으므로 비록 고충처리인의 설치가 이 조항에 의하여 강제된다 하더라도 그로 인한 신문사업자의 자유제약의 정도는 대단히 미약하다 하지 않을 수 없다.

(다) 이에 비하여 고충처리인제도가 원활히 기능할 경우 달성되는 공익의 정도는 더 크다. 잘 조직되고 운영되는 자율적 자기통제와 내부비판제도가 외부적 통제와 견제제도에 비하여 통상 그러하듯이 고충처리인제도는 언론피해의 예방, 피해발생시의 신속한 구제 및 분쟁해결에 있어 정정보도 등의 외부적 제도에 비하여 저비용, 고효율의 효과를 나타낼 수 있다. 고충처리인제도에 의한 내부적 구제의 축적된 경험과 기준은 취재, 편집 등의 언론활동에 피드백(feed-back)되어 신문의 사회적 책임에 반하는 언론활동을 예방하는 순기능을 가진다. 고충처리인을 의식한 약간의 자기위축이나 자기검열이 있을지라도 그것은 우리 헌법이 금지하는 검열과는 거리가 멀고, 오히려 자유와 자율간의 건강한 긴장관계라고 보아야 할 것이다.

고충처리인은 피해구제의 측면에서는 그 효율성이 대단히 높다. 신문과 피해자간에 대립각이 형성되기 전에 내부적인 절차에 의하여 신속하게 구제가 이루어진다면 시간과 노력, 비용을 절감할 수 있는데, 그 이익은 피해자뿐만 아니라 신문기업에도 돌아간다. 뿐만 아니라 장기적으로는 독자의 해당 신문에 대한 신뢰를 제고할 수 있다.

(라) 제4항에 규정된 고충처리인에 관한 사항의 공표는 고충처리인제도의 목적에 비추어 필요한 규정이다. 독자나 피해자가 고충처리인제도를 제대로 이용하려면 고충처리인이 누구인지, 그 신분과 지위는 어떤지, 그 권한은 어떠한지, 어떤 절차를 거쳐 구제절차가 진행되는지 등 고충처리를 둘러싼 정보에의 접근 가능성이 있어야 하고, 이를 위해서는 당해 발간물에 그러한 사항을 공표하는 것이 효율적이다.

제5항에 규정된 고충처리인 활동사항의 공표제도는 고충처리인제도의

투명성을 제고함과 동시에 역시 독자나 피해자에 대한 정보제공이라는 의미를 지니고 있다. 완전자율의 내부적 제도인 고충처리인제도는 신문사주와의 영합, 신문기업측의 압력 또는 비협조 등의 여러 가지 이유로 차칫 유명무실해질 수 있고, 그 활동상황은 암흑속에 가려질 수 있다. 이렇게 되어서는 최소한이나마 고충처리인의 설치를 입법화한 취지마저 무산될 수 있다. 활동사항의 공표제도를 통하여 고충처리인제도의 독립적이고 공정한 활동이 간접적으로 보장될 수 있고, 독자나 피해자로서는 피해구제의 기준과 가능성, 정도에 대한 정보를 획득하거나 가늠해 볼 수 있다. 반면 외부적 공표제도는 자율적 운영이라는 취지와 저촉될 수 있다. 활동사항에 대한 공표의무를 부담하게 되면 어떻게 활동할 것인지에 관한 결정에 있어 완전히 자유로울 수 없기 때문이다. 그러나 이러한 간접적인 자유제약은 공표에 관하여 고충처리인의 의견을 듣도록 하고 있는 점, 위반행위에 대한 아무런 제재가 없다는 점에서 그렇게 심각하게 평가할 요소는 아니라고 생각된다.

(마) 위반에 대한 제재로 질서벌인 과태료만 가능할 뿐이다.

### (3) 소결

이상의 점을 종합할 때 언론중재법 제6조 제1항, 제4항, 제5항이 청구인들의 신문기업활동의 자유를 침해하는 위헌조항이라 할 수 없다.

## 나. 정정보도청구권조항 : 제14조 제2항, 제31조 후문, 제26조 제6항 본문

### (1) 언론중재법상 정정보도청구권의 법적 성격

(가) 언론중재법은 제14조에서 정정보도청구권을, 제16조에서 반론보도청구권을 규정하고 있으며, 한편 민법 제764조는 불법행위에 의한 명예훼손에 대하여 ‘명예회복에 적당한 처분’을 규정하고 있는데 여기에는 정정보도도 포함된다. 언론중재법 제14조에서 새로 규정한 정정보도청구권의 법적 성격에 대해서는, 첫째 민법 제764조에 근거한 원상회복청구권의 일종 또는 민법 제764조의 규정에 의하여 인정되는 정정보도청구권에 관한 특별규정이라고 보는 견해,<sup>63)</sup> 둘째 종래 정간법상 인정되던 반론권제도의 하나

로 보는 견해,<sup>64)</sup> 셋째 반론보도청구권과도 다르고 민법상 불법행위로 인한 원상회복 조치와도 다른 특별한 성격의 새로운 권리를 창설한 것으로 보는 견해<sup>65)</sup> 등 3가지가 대립하고 있다.

(나) 살피건대, 우선 언론중재법은 정정보도청구권(제14조)과 반론보도청구권(제16조)을 별도의 조항에서 규율하고 있고, 제도의 성격상 정정보도청구는 “사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로” 인하여 피해를 입은 자가 제기하는데 반하여, 반론보도청구는 ‘사실적 주장에 관한 언론보도’로 인하여 피해를 입은 자가 제기한다는 점에 대하여는 같지만 그 언론보도가 진실하지 아니한 점 즉 허위라는 점을 요건으로 하지 않고, 정정보도문은 언론사 명의로 자신의 종전 보도내용이 진실하지 아니하므로 이를 정정한다는 형식이고 반론보도문은 피해자가 자신의 명의로 언론보도 내용을 반박하는 형식이라는 점<sup>66)</sup>에서 양자는 다르다고 할 것이다.

한편, 정정보도청구에는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 않고(제14조 제2항), 민법상 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효(손해를 안 날부터 3년, 불법행위가 있는 날부터 10년)에 비하여 현저히 짧은 청구기간(3월, 6월)을 설정하였고(제14조 제1항), 정정보도청구의 소를 제기하였다 하더라도 민법 제764조의 규정에 의한 권리의 행사에 영향을 미치지 않는다는(제26조 제4항)<sup>67)</sup> 점에서 정정보도청구권은 민법 제764조의 규정에 의하여 인정되는 정정보도청구권과도 다르다고 할 것이다.

(다) 요컨대, 정정보도청구권은 민법상 불법행위에 대한 구제수단과 종래 정간법상의 반론권보장에 의해서도 해소되지 않는 언론구제의 사각지대

63) 청구인들 및 2006헌가3 위헌제정 사건의 제청법원의 입장이다.

64) 김재협, 새 법률상 정정보도청구권의 법적 성격과 의의, 언론중재 제94호, 2005년 봄호, 26면 이하.

65) 언론중재위원회의 입장이다(2006. 2. 10. 제출된 언론중재위원회의 「의견서」, 12면). 양삼승, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 해설, 언론중재 제94호, 2005년 봄호, 12면도 같은 취지.

66) 한편, 위 둘째의 입장을 취하는 김재협 부장판사는 언론중재법상 정정보도청구권에 따른 정정보도는 피해자의 이름으로 작성한 정정보도문을 게재할 것을 요구하는 것이라고 본다(동인, 전개논문, 35면).

67) 따라서 언론중재법상 정정보도청구권의 소멸시효(3월, 6월)이 경과하였다더라도 손해를 안 날부터 3년, 불법행위가 있는 날부터 10년 이내이면 민법 제764조상의 정정보도청구의 소를 제기할 수 있다.

가 존재하기 때문에, 민법상 구제수단인 정정보도청구권과는 별도로 언론중재법상 창설한 특별한 권리이다. 민법상의 정정보도청구권, 언론중재법상의 정정보도청구권·반론보도청구권을 비교하면 다음과 같다.

	정정보도청구권 (민법 제764조)	정정보도청구권 (언론중재법 제14조)	반론보도청구권 (언론중재법 제16조)
청구의 대상	언론보도에 한정되지 않음 (단, 명예훼손에 관한 내용)	사실적 주장에 관한 언론보도 (명예훼손과 관계없음)	사실적 주장에 관한 언론보도 (명예훼손과 관계없음)
청구의 상대방	언론사에 한정되지 않음	언론사	언론사
보도의 허위성	필요	필요	불필요
언론사의 고의·과실	필요	불필요	불필요
입증책임	청구인측이 피해사실 및 보도의 위법성 등을 입증	청구인측이 피해사실 및 보도가 허위임을 입증	청구인측이 피해사실만 입증
구제기관	법원	언론중재위원회 또는 법원 (선택적)	언론중재위원회 또는 법원 (선택적)
청구기간	안 날부터 3년, 있은 날부터 10년	안 날부터 3월, 있은 날부터 6월	안 날부터 3월, 있은 날부터 6월
소송절차	민사 본안절차	가처분절차	가처분절차

## (2) 위헌 여부

### (가) 심사기준

언론중재법상 정정보도청구권은 동법상의 반론권과 함께 보도기관이 사실에 대한 보도과정에서 타인의 인격권 및 사생활의 비밀과 사유에 대한 중대한 침해가 될 직접적 위험을 초래한 경우 이러한 법익을 보호하기 위한 적극적 요청에 의하여 마련된 제도이지 언론의 자유를 제한하기 위한 소극적 필요에서 마련된 것은 아니기 때문에, 이에 따른 보도기관이 누리는 언론의 자유에 대한 제한의 문제는 결국 피해자의 인격권 등과 서로 충

돌하는 관계에 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이와 같이 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 언론중재법에 규정된 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한 것인가, 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또는 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권 및 사생활의 비밀과 자유와의 사이에 적절한 비례관계를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다.<sup>68)</sup>

(나) 과잉금지원칙의 위반 여부

#### 1) 목적의 정당성

언론중재법상의 정정보도청구권제도는 언론사의 “사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로” 인하여 피해를 입은 자가 제기할 수 있는데, 그와 같은 정정보도를 인용함에 있어서는 언론사의 “고의·과실이나 위법성”<sup>69)</sup>을 요하지 아니한다.

이러한 정정보도청구권은 신문 등 정기간행물의 “사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니함으로” 인하여 인격권 등의 침해를 받은<sup>70)</sup> 피해자에게 언론사의 이름으로 정정보도문의 게재를 요구할 수 있는 것으로서 헌법상 보장된 인격권(제10조), 사생활의 비밀과 자유(제17조)에 그 바탕을 둔 것이며, 그럼으로써 언론보도의 공정성과 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수도 있다(제21조 제3항·제4항)는 뜻도 함께 지닌 것이다. 따라서 그 제도의 목적은 정당하다.

한편 언론중재법상 정정보도청구권제도는 언론사로 하여금 사실적 주장에 관한 보도의 내용이 진실하지 아니하다는, 즉 허위의 보도를 하였다는 “정정”<sup>71)</sup> 보도를 명하는 것임에도 불구하고 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요건으로 하지 않기 때문에 언론의 자유에 미치는 영향이 반론보도청

68) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 529 참조.

69) 한편, 제31조 후문은 “고의 또는 과실로 인한 위법성”이라고 표현하고 있으나, 이러한 표현이 제14조 제2항의 “고의·과실이나 위법성”과는 다른 내용을 갖는 것이라고 볼 수는 없다.

70) 경우에 따라서는 치명적인 재산상의 손해를 입을 수도 있다.

71) “정정보도”라 함은 언론의 보도내용의 전부 또는 일부가 진실하지 아니한 경우 이를 진실에 부합되게 고쳐서 보도하는 것을 말한다(언론중재법 제2조 15호).

구권제도와는 차원이 다르다. 그러나 정정보도청구권은 앞에서 본 바와 같이 그 자체 언론의 자유를 제한하기 위한 소극적 필요에 의하여 마련된 것이 아니라 인격권 및 사생활의 비밀과 자유 등의 법익을 보호하기 위한 적극적인 요청에서 마련된 제도라고 할 것이고, 비록 언론사의 고의·과실이나 위법성이 없는 보도라고 하더라도 이로 말미암아 피해자의 인격권 등이 침해될 수 있고, 또한 민법 제764조의 규정에 의한 정정보도청구권의 경우에는 불법행위의 성립을 전제로 하기 때문에 그 소송과정에서 언론사의 고의·과실이나 위법성<sup>72)</sup>이 없다고 인정될 경우 진실에 부합하지 않는 보도임에도 그 정정보도청구가 받아들여지지 않는 결과가 되어 피해자의 입장에서 명예회복을 위하여 실효성 있는 수단으로 부족하다는 판단하에 입법자가 이러한 정정보도청구권제도를 새로 창설하였다고 하여, 그 존재자체가 곧바로 보도의 자유를 포함한 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것으로도 볼 수 없다.

2) 목적과 수단간의 비례성

가) 정정보도청구권 행사의 요건

① 우선 언론사가 자신의 명의로 종전의 보도내용이 진실과 부합하지 않는다고 고쳐 보도하는 정정보도문을 게재토록 함으로써 피해자의 인격권 등을 보장하고자 하는 정정보도청구제도 자체는 이해당사자 사이의 법익의 균형을 도모하기 위한 것이기 때문에, 비록 언론기관이 이로 말미암아 공신력의 실추 등 현실적인 손해를 입게 된다고 하더라도 이는 형평의 원칙에 따른 부득이한 것으로 이해된다.

② 언론중재법은 첫째, 앞에서 이미 본 바와 같이 정정보도의 대상을 사실적인 주장에 관한 언론보도에 국한함으로써 의견의 진술 등 가치판단의 표현에 관한 언론의 자유를 보장하고 있다(제14조 제1항).

둘째, 언론보도가 진실하지 아니하다는 점에 대하여는 피해자가 입증하여야 한다. 즉 정정보도청구권을 행사하기 위하여는 언론보도가 허위이고 이로 인하여 자신이 피해를 입었음을 입증하여야 한다.<sup>73)</sup>

72) 민법 제750조의 표현대로 하면 “고의·과실로 인한 위법성”

73) 황용경, 새로 제정된 언론중재법의 내용과 과제, 언론중재 통권97호, 2005년 겨울호, 111면.

셋째, 정정보도청구에 대하여 언론사는 언론중재법 제15조 제4항 소정의 사유를 들어 정정보도청구를 거부할 수 있다. 즉 『1. 피해자가 정정보도청구권을 행사할 정당한 이익이 없는 때, 2. 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 때, 3. 청구된 정정보도의 내용이 명백히 위법한 내용인 때, 4. 상업적인 광고만을 목적으로 하는 때, 5. 청구된 정정보도의 내용이 국가·지방자치단체 또는 공공단체의 공개회의와 법원의 공개재판절차의 사실보도에 관한 것인 때』 등이 그것이다.<sup>74)</sup>

넷째, 정정보도청구권의 행사는 당해 언론보도가 있음을 안 날부터 3월 이내에, 당해 언론보도가 있는 날부터 6월 이내에 행사해야 하는 것으로 규정하여 언론기관이 장기간 불안정한 상태에 빠져 있는 위험을 방지하고 있다(제14조 제1항).

그러므로, 고의·과실이나 위법성을 요건으로 하지 않고 언론사에게 정정보도의무를 부과한다고 하더라도, 언론사의 부담이 그 이상으로 확대될 우려는 없다. 보도시점에서 언론사의 고의·과실이나 위법성이 인정되지 아니한 이상 언론사로서는 형사상 명예훼손죄의 죄책이나 민사상 불법행위에 의한 손해배상책임에 따른 금전배상 또는 원상회복의 의무를 부담하게 될 일은 없기 때문이다. 따라서 고의·과실이나 위법성을 요건으로 하지 않고, 객관적 진실에 반하는 원 보도내용을 정정할 의무를 지운다고 하여 그 자체로 언론사에게 과도한 부담을 가한다고 할 수 없다.

③ 다만, 제31조 후문은 언론중재법상의 정정보도청구권제도가 마치 “민법 제764조의 특칙임에도 불구하고 일반 민법상의 불법행위 책임의 요건인 고의·과실이나 위법성을 요건으로 하지 않고 있다.”는 내용으로 오해할 여지가 있으므로 불필요한 규정이고, 나아가 제31조 전문도 민법 제764조의 규정내용과 같은 것이므로 굳이 언론중재법에서 규정할 필요는 없다고 할 것이다.<sup>75)</sup>

#### 나) 심판절차

74) 이와 관련하여 청구인들은 제2호의 요건을 언론사측에서 입증해야 하는 것으로 주장하나, 앞에서 본 바와 같이 피해자가 언론보도의 허위성을 입증해야 하는 것이므로 제2호는 피해자가 그러한 입증에 실패했을 경우를 의미한다고 할 것이다.

75) 참고로 2004. 6. 언론중재위원회가 성안한 “언론평해구제법안”에는 언론중재법 제31조와 같은 내용의 조항이 없다.



① 언론중재법 제26조 제6항의 규정에 의하면 정정보도청구의 소에 대하여는 민사집행법의 가치분절차에 관한 규정에 의하여 재판한다. 그리하여 동법 제27조 제7항의 위임에 따라 제정된 ‘정정보도 청구 등 사건 심판 규칙’(2005. 7. 13. 대법원규칙 제1951호로 제정된 것, 이하 “심판규칙”이라 한다)에 의하면, 법원은 정정보도청구 사건을 심리할 경우에는 변론을 열어야 한다(필요적 변론). 즉, 법원은 정정보도청구의 신청서가 접수되면 그 신청이 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우이어서 결정으로 각하하는 경우를 제외하고는 즉시 변론기일을 지정하여야 한다(심판규칙 제3조).

이와 같이 정정보도청구의 소에 대하여 민사집행법상의 가치분절차에 의하도록 한 것은 그 신청의 이유를 “疏明”하는 것으로 족하다는 의미이고(민사집행법 제301조, 제279조 제2항), 한편 소명이라 함은 證明<sup>76)</sup>에 비하여 낮은 개연성, 즉 법관이 일응 확실한 것이라 추측을 얻은 상태 또는 그와 같은 상태에 이르도록 증거를 제출하는 당사자의 노력을 말한다.<sup>77)</sup>

소명은 즉시 조사할 수 있는 증거방법에 의하지 아니하면 안되며(민소법 제299조), 서증은 수중에 있는 것에 한한다. 문서제출신청(민소법 제344조 이하)은 허용되지 아니하며, 재정증인·감정인 등에 한하여 신문이 허용된다. 또 법원은 직권에 의한 석명처분(민소법 제140조)으로서 현장검증을 할 수 있다.<sup>78)</sup>

물론 앞서도 본 바와 같이 정정보도청구에 관한 사건은 필요적으로 변론을 열도록 하고 있고, 담보제공으로 소명에 갈음할 수 있도록 한 민사집행법 제280조 제2항 내지 제4항, 해방공탁에 관한 민사집행법 제282조 등의 적용을 배제하고 있 으며(심판규칙 제3조 제4항), 정정보도청구에 대한 재판에는 가치분의 집행정지에 관한 민사집행법 309조를 따르도록 하는(심판규칙 제4조 제1항) 등 본래의 가치분절차의 속성으로 인한 규정을 상당 부분 배제함으로써 정정보도청구권에 관한 특별한 사정을 일부 고려하

76) 증명이라 함은 어느 사실의 존부에 대하여 법관으로 하여금 확신을 얻게 하는 입증행위 또는 그로 인하여 법관이 얻은 확신상태를 말한다. 증명의 정도는 이성과 예지를 가지고 사실의 진상을 명찰할 수 있는 자가 합리적인 의심을 품지 아니할 정도로 고도의 개연성을 가져야 한다. 「변호사실무」, 사법연수원, 1996, 116면.

77) 이 사건 위헌제청결정문 20면 참조.

78) 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2004, 433면.

고는 있다.

② 그러나, 정정보도청구권 중 가장 중요한 성립요건인 “언론보도가 진실이 아님”에 관한 입증의 엄격한 증거가 아니라 그러한 정도에 이르지 않는 소명만으로 충분하다는 점과, 가처분 인용판결은 그 선고에 의하여 즉시 집행력이 생기고 확정이나 가집행선고가 필요 없으며, 가처분 인용판결에 대한 불복은 항소밖에 없다(언론중재법 제28조 제1항).

이는 언론사로 하여금 인격권 등 침해 여부 및 언론보도의 허위성 여부에 대하여 충분한 방어 기회를 보장하지 않는 것이어서 헌법 제27조 제1항에 의하여 보장되는 언론사의 공정한 재판을 받을 권리 등 절차적 기본권의 침해가 됨은 물론이고, 이로 인하여 보도의 자유를 포함한 언론의 자유를 지나치게 제한하게 된다고 할 것이다.

이와 같이 정정보도청구권제도가 언론에 의한 피해의 구제를 위하여 필요하고 그러한 제도 자체는 헌법상 허용된다고 하더라도, 언론사로 하여금 자신의 보도의 잘못을 시인하고 이를 고쳐 바로잡는다는 의미의 정정보도문을 언론사 자신의 이름으로 게재하도록 명하는 정정보도청구의 소를 가처분절차에 의하도록 한 것은 지나치게 피해자의 구제에 傾倒된 것이라 하지 않을 수 없다.

언론중재위원회의 2004. 6. “언론피해구제법안”에서와 같이 정정보도청구소송에 대하여는 가처분절차가 아닌 본안소송으로 다루도록 하고 그 인용판결을 위해서는 소명이 아닌 증명을 요하도록 하며, 다만 정정보도청구를 인용하는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 가집행선고를 붙이도록 하고(동 법안 제28조),<sup>79)</sup> 나아가 법원으로 하여금 특별한 경우에는 피해자의 신청에 따라 가처분을 명할 수 있도록 한다면(동 법안 제30조),<sup>80)</sup> 언론중재법의

79) 동 법안 제28조(법원의 심리) ②법원의 심리는 민사소송법상의 본안소송절차에 의한다. 다만 반론보도청구의 소에 관하여는 소명만으로 그 청구를 인용할 수 있다. ④법원이 반론보도청구를 인용하는 때에는 가집행선고를 붙여야 하며, 정정보도청구를 인용하는 때에도 특별한 사정이 없는 한 가집행선고를 붙여야 한다.

80) 동 법안 제30조(가처분) ①법원은 언론보도로 인하여 현저히 피해자의 이익이 침해될 것이 예상되는 경우 피해자의 신청에 따라 공공의 이익과 국민의 알권리 등 제반사정을 정당하게 비교·형량하여 사실적 주장에 관한 표현물의 제작, 반포, 판매, 방송 등을 금지하는 가처분을 할 수 있다.

목적은 달성하면서도 언론사의 피해를 최소화함으로써 양 법익의 조화를 이룰 수 있고 적절한 비례관계를 유지할 수 있는 것이다.

③ 요컨대, 언론중재법이 정정보도청구의 소에 대하여 이를 가처분절차에 의하도록 규정한 것은 언론사의 방어권을 과다하게 제한하는 것으로서 그 입법목적은 달성하기에 필요한 입법수단으로서의 합리성을 결여하는 것이고, 피해자의 구제에 치우쳐 언론사의 공정한 재판을 받을 권리를 침해함은 물론, 이로 인하여 보도의 자유를 포함한 언론의 자유를 지나치게 제한하고 있다고 하지 않을 수 없다.

### (3) 소결

정정보도청구권제도를 규정한 언론중재법 제14조 제2항 및 제31조 후문은 헌법에 위반되지 아니한다. 그러나 정정보도청구의 소에 대하여 민사집행법의 가처분절차에 관한 규정에 의하여 재판하도록 한 제26조 제6항 본문 전단의 정정보도청구권 부분은 헌법에 위반된다고 할 것이다.

## 다. 소급효조항 : 부칙 제2조

### (1) 부칙 제2조의 내용

언론중재법은 2005. 1. 27. 공포되어, 6월이 경과한 같은 해 7. 28.부터 시행되었다. 부칙 제2조 본문에 의하여 동법 시행 전에 행해진 언론보도에 대해서도 동법을 적용하지만, 같은 조 단서의 규정에 따라 언론사에 대한 정정보도 등의 청구기간에 관한 제14조 제1항 등의 규정은 종전의 규정에 의한다.

즉, 부칙 제2조 단서는 “언론사에 대한 정정보도·반론보도·추후보도의 청구기간, 언론중재위원회에 대한 조정 또는 중재 신청기간에 관한 제14조 제1항, 제16조 제3항, 제17조 제1항 및 제18조 제3항의 규정은 적용하지 아니하고 종전의 규정에 의한다.”고 규정하고 있다.

한편, 부칙 제3조는 이 법 시행 전 구 정간법 규정에 따라 언론중재위원회 또는 법원에 계류 중인 사건에 대하여는 종전의 규정에 따른다고 규정하고 있는바, 구 정간법상 반론보도청구·중재신청의 경우는 보도일로부터 6월 또는 안 날로부터 1월 이내에(제16조 제1항, 제18조 제1항), 추후보도

청구는 종결된 날로부터 1월 이내에(제20조 제1항) 청구하도록 규정하고 있다.<sup>81)</sup>

(2) 위헌 여부

(가) 부칙 제2조의 성격

1) 부진정소급효의 입법이라고 보는 견해

정정보도청구는 진실하지 아니한 언론보도로 인하여 지속되고 있는 침해를 제거하기 위한 것이고, 침해 상태는 신법 시행 전후에 걸쳐 계속 진행 중인 만큼 법률관계가 완성되지 않은 상태이므로 부진정소급입법에 해당한다.

2) 진정소급효의 입법이라고 보는 견해

종래 사실적 주장에 관한 언론보도로 피해를 입은 사람이 있고 그 보도가 진실하지 않은 경우에도 그 보도 과정에 고의 또는 과실이 있고 위법성이 인정되어 민법상 불법행위책임이 인정되는 경우가 아닌 한 언론사로서는 정정보도의 책임을 부담하지 아니한다는 법적 지위를 이미 확보하고 있었다고 할 것인데, 이 사건 부칙조항을 통하여 언론중재법상의 정정보도 규정이 동법 시행 전의 언론보도에 대하여 소급하여 적용됨으로써 이와 같은 법적 지위가 박탈되는 결과가 초래된다. 이는 이미 완성된 사실 및 법률관계를 규율 대상으로 하고 있는 것이므로 진정소급효의 입법에 해당한다.

(나) 부칙 제2조의 위헌 여부

1) 실체법 조항에 대하여 위헌판단을 하는 경우

이 때는 부칙 제2조가 진정소급효의 입법인지, 부진정소급효의 입법인지의 여부에 관계 없이 부칙 제2조 중 본안판단을 하는 부분에 대하여는 위헌판단을 해야 할 것이다. “위헌”인 법률조항의 소급 “적용”이란 허용되지 않기 때문이다.

2) 실체법 조항에 대하여 합헌판단을 하는 경우

---

81) 현행 언론중재법은 정정보도청구·반론보도청구는 보도일로부터 6월 또는 보도가 있음을 안 날로부터 3개월 내에(제14조 제1항, 제16조 제3항), 추후보도청구는 종결사실을 안 날부터 3월 이내에 청구하도록 규정하고 있다(제17조 제1항).

이 경우에는 언론중재법 부칙 제2조를 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있다.

가) 부진정소급효로 보는 경우

언론중재법 제14조에 의한 정정보도는 객관적으로 현존하는 잘못된 상태를 장래에 향하여 제거함에 그 목적과 본질이 있다. 언론중재법 시행 이전에 행해진 언론보도라 하더라도 그것이 허위임이 판명되었다면 동법 시행 이후에도 허위상태는 계속 존속하는 것이다. 그러므로, 허위보도로 인한 피해가 현존하는 한 정정보도를 통하여 이의 구제를 도모할 필요성은 큰 반면, 허위보도를 그대로 고집할 수 있다는데 대한 언론사의 신뢰는 그 보호의 필요성이나 보호가치를 높게 볼 수 없다. 따라서 부칙 제2조는 합헌이다.

나) 진정소급효로 보는 경우

판례는 진정소급입법이 허용되는 경우를, ①구법에 의하여 보장된 국민의 법적 지위에 대한 신뢰가 보호할 만한 가치가 없거나 지극히 적은 경우와 ②소급입법을 통하여 달성하려는 공익이 매우 중대하여 예외적으로 구법에 의한 법적 상태의 존속을 요구하는 국민의 신뢰보호이익에 비하여 현저히 우선하는 경우로 크게 나누고 있다.<sup>82)</sup>

① 위헌론

사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 아니하여 피해가 발생한 경우라고 하더라도 언론사의 고의·과실 및 위법성이 있는 경우에는 종전에도 이미 민법 제764조에 의한 구제수단이 있었고, 언론보도의 진실 여부가 불분명한 경우에도 언론보도로 피해를 입은 자는 보도내용에 관한 반론보도청구를 할 수 있었으며, 법원의 무죄판결이 있는 경우 추후보도청구도 할 수 있는 등 언론보도로 인한 피해구제를 위한 제도가 이미 다양하게 존재하고 있었으므로, 비록 이 사건 정정보도청구제도와 같이 언론사의 고의·과실 및 위법성이 없는 경우에 대한 구제수단의 필요성을 인정한다고 하더라도 이미 법률관계가 종료된 과거의 언론보도에 대하여서까지 소급 적용하여야 할 정도로 중대한 공익상의 사유가 있다고 보기는 어렵다.

그러므로, 정정보도청구 제도 자체는 합헌이라고 하더라도 정정보도청구

82) 현재 1996. 2. 16. 96헌가2, 판례집 8-1, 87, 88.

제도를 이 법 시행 전에 행하여진 언론보도에 대해서까지 적용하도록 규정  
한 부칙 제2조는 신뢰보호원칙에 위반되어 청구인의 언론의 자유를 침해하  
는 것이므로 위헌이다.

## ② 합헌론

진정소급효의 입법의 경우에도 신뢰보호의 요청에 우선하는 중대한 공  
익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 예외적으로 소급입법이 허  
용된다.<sup>83)</sup> 이 사건의 경우 구 정간법 등에 의하여 소극적으로 보장된 언론  
사의 법적 지위에 대한 신뢰, 즉 언론사의 고의·과실 또는 위법성이 없는  
경우 정정보도책임을 부담하지 않는다는 점에 대한 신뢰는 허위보도임이  
사후에 밝혀지더라도 이를 정정하지 않고 그대로 방치할 수 있다는 점에  
대한 신뢰에 불과하여 헌법상 보호할 만한 가치가 있는 것이라고 보기 어  
렵다.

또한, 언론중재법 시행 전에 이루어진 언론보도에 대하여 언론중재법상  
의 정정보도청구제도가 소급 적용되는 것은 앞서서도 본 바와 같이 2005.  
1. 28.부터 같은 해 7. 27.까지 사이에 이루어진 언론보도로써 당해 언론보  
도가 있었음을 안 날로부터 3월이 경과하지 않은 경우에 한정된다. 그렇다  
면, 부칙 제2조의 소급 대상이 되는 규정 중 합헌이라는 판단을 내린 조항  
부분은 신뢰보호원칙에 반하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 아니  
다. 따라서 부칙 제2조는 합헌이다.

## (3) 소결

언론중재법의 시행 전에는 비록 사실적 주장에 관한 언론보도로 피해를  
입은 자가 있고 그 보도가 진실하지 않은 경우에도 고의·과실과 위법성이  
인정되어 민법상 불법행위책임을 인정되는 경우가 아닌 한, 언론사로서는  
정정보도의 책임을 부담하지 않았었다. 그런데 위 부칙 조항 중 본문 부분  
은 정정보도청구권의 성립요건(제14조 제2항, 제31조 후문)과 정정보도청구  
소송의 심리절차(제26조 제6항 본문 전단)에 관하여 언론중재법을 소급 적  
용하도록 함으로써 언론사의 종전의 법적 지위가 새로이 변경되게 되었다.  
이것은 이미 종결된 과거의 법률관계를 소급하여 새로이 규율하는 것이기

83) 현재 1997. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-1, 175, 193.

때문에 소위 진정 소급입법에 해당한다.

그렇다면, 위와 같이 소급 적용되는 범위가 한정적이라 할지라도 언론의 자유는 현대 민주주의사회에서 절대로 포기할 수 없는, 우선적인 지위가 인정되는 정신적 자유의 영역이라 할 것이므로, 언론중재법에 의하여 새로이 창설된 정정보도청구제도가 있기 전에 신문사가 누렸던 법적 지위에 대한 신뢰가 헌법상 보호할 만한 가치가 없거나 지극히 적은 경우라고 볼 수 없고, 동 정정보도청구제도를 소급 적용함으로써 달성하려고 하는 공익이 매우 중대하여 예외적으로 구법에 의한 법적 상태의 존속을 요구하는 신문사의 신뢰보호이익에 비하여 현저히 우선하는 경우라고도 할 수 없으므로 위헌이라고 봄이 타당하다고 할 것이다.

## 5. 결정의 의의 및 후속 경과

가. 헌법재판소의 신문법 등 결정에 대하여 언론계나 학계, 그리고 정치권에서는 다양한 반응을 나타내었다.

먼저 신문법과 언론중재법의 개·제정에 주도적 역할을 한 언론개혁시민연대(언개련)은 “우리는 신문법에 대한 현재의 이번 결정을 존중할 것이다. 그러나, 신문법 제17조의 위헌 결정은 우리가 기대했던, 또 의심치 않았던 민주적 여론형성과 여론다양성 보장이 헌법적 언론자유 핵심이라는 믿음을 뒤흔들어 놓고 있다.”며 유감을 표시하였다.

이해관계기관인 문화관광부는 헌법재판소의 결정에 대해 존중한다는 입장을 표명하고, 앞으로 적극적으로 신문산업의 진흥과 신문시장의 정상화를 위한 후속조치를 추진할 것이라고 덧붙였다.<sup>84)</sup> 언론중재위원회는 언론중재법에 대한 헌법재판소의 결정을 국민과 함께 환영한다고 밝히면서, “특히 언론사의 고의·과실 또는 위법성이 없더라도 정정보도청구권을 인정한 것은 민법상 불법행위에 기초한 정정보도청구권과 다른 성격의 권리임을 천명한 것으로서 언론보도로 인한 신속한 피해구제와 언론보도의 신뢰성 제고에 큰 기여를 할 것으로 보인다.”고 평가하였다.<sup>85)</sup>

한편 정치권의 반응을 보면, 한나라당은 대변인을 통해 “법의 정의는 살

84) 문화관광부, 2006. 6. 29.자 보도자료 참조.

85) 언론중재위원회, 2006. 6. 29.자 보도자료 참조.

아 있다”며 “헌재가 악법을 명쾌한 판결로 막아내 다행”이라고 논평했다. 반면 신문법과 언론중재법을 개·제정하는데 적극적이었던 열린우리당과 민주노동당은 헌재의 이 결정에 아쉬움을 표시했다.

나. 그러나 위와 같이 헌법재판소가 신문법과 언론중재법의 일부 조항에 대하여 헌법불합치 또는 위헌결정을 내렸음에도 불구하고 현재까지 신문법과 언론중재법의 개정은 이루어지지 않고 있다.

신문법의 경우 현재 입법정원을 비롯하여 9개의 개정안이 국회에 제출되어 상임위원회인 문화관광위원회의 법안심사소위에 회부되어 있는 상황이고,<sup>86)</sup> 언론중재법의 경우 최근에 김충환 의원 등 10인이 제안한 개정안이 2007. 3. 2. 국회에 접수되어 2007. 3. 5. 문화관광위원회에 회부되어 있다.<sup>87)</sup> 대법원의 위 심판규칙도 아직 개정되지 않고 있다.

---

86) 2007. 4. 9.자 문화관광부 보도자료 참조.

87) 국회 홈페이지 참조(2007.7.4.방문).



## 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제2조 제1항 제2호 다목 위헌확인

-소위 집창촌 건물주 규제 조항의 위헌 여부-  
(헌재 2006. 6. 29, 2005헌마1167, 판례집 18-1하, 498)

박 준 희\*

### 【관시사항】

성매매알선등행위의처벌에관한법률(2004. 3. 22. 법률 제7196호로 제정된 것, 이하 같다) 제2조 제1항 제2호 다목 중 “성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)” 부분이 집창촌에서 건물을 소유하거나 그 관리권한을 가지고 있는 자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

### 【심판대상】

제2조 (정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “성매매”라 함은 불특정인을 상대로 금품 그 밖의 재산상의 이익을 수수·약속하고 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.

가. 성교행위

나. 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위

2. “성매매알선등행위”라 함은 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다.

---

\* 헌법연구관

- 가. 성매매를 알선·권유·유인 또는 강요하는 행위
- 나. 성매매의 장소를 제공하는 행위
- 다. 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위

**【관련규정】**

제4조 (금지행위) 누구든지 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

- 1. 생략
- 2. 성매매알선등행위
- 3. - 5. 생략

제19조 (벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 성매매알선등행위를 한 자
- 2. 3. 생략

② 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 영업으로 성매매알선등행위를 한 자
- 2. 3. 생략

**【사건의 개요】**

1. 심판청구의 경위

청구인들은 서울 성북구 하월곡동에 위치한 소위 ‘미아리 텍사스’라는 집창촌에서 건물을 소유하거나 그 관리권한을 가지고 있는 자들로서, 위 건물의 임차인들이 윤락업소를 운영하면서 성매매의 장소로 제공한다는 사실을 알면서도 건물을 임대하여 영업으로 성매매알선행위를 하였다는 이유로, 청구인 이○영은 2005. 7. 8. 서울중앙지방법원에서 성매매알선등행위의 처벌에관한법률위반으로 벌금 1,000,000원을 선고받고(2005고정2507) 항소하였으나 항소기각판결을 받고(2005노2283) 그 무렵 그 판결이 확정되었으

며, 나머지 청구인들도 재판진행 중이거나 경찰 소환을 받는 등 처벌의 위험에 처하게 되자 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금·토지 또는 건물을 제공하는 행위를 성매매알선등행위에 포함시켜 이를 규제하는 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제2조 제1항 제2호 다목이 청구인들의 재산권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 2005. 11. 30. 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구이유 및 관계기관의 의견

청구인들은 이 사건 법률조항이 임대인의 성매매알선 등의 관여행위 없이 오로지 성매매에 제공된다는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위를 성매매알선등행위로 규정하고 있는바, 이는 집창촌이라는 지역 내에 건물이 존재하고 있어 주거나 다른 용도의 사용수익이 거의 불가능한 건물 소유자의 임대행위를 형사처벌하기 위한 것일 뿐 성매매 감소라는 입법목적의 달성에 적합한 수단이 아닐 뿐 아니라, 성매매라는 범죄행위의 예방 및 근절에 관한 국가의 책무를 개인에게 전가하는 것으로서 범죄예방을 위한 최소한의 선택이라고 볼 수도 없어 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인의 재산권과 신체의 자유, 일반적 행동자유권을 침해하는 것이라고 주장하였다.

이에 대하여 관계기관으로서 국회의장 및 법무부에 심판회부통지를 하고 법무부에 대하여 거듭 의견서 제출 여부를 문의하였으나 아무런 의견을 제출하지 아니하였다.

### 【결정요지】

우리 사회에 만연되어 있는 성매매행위의 강요·알선 등 행위와 성매매 행위를 근절하고 성매매 피해자를 보호하려는 이 사건 법률의 입법목적은 정당하고 이 사건 법률조항도 이와 같은 입법목적을 달성하기 위한 것으로서 그 정당성은 인정된다. 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 것은 성매매 내지는 성매매 알선을 용이하게 하는 것이고 결국 성매매의 강요·알선 등 행위로 인하여 얻은 재산상의 이익을 취득하는 것이라는 점에서 성매매행위의 강요·알선 등 행위와 성매매행위를 근절하려는

목적은 달성하기 위해서는 이와 같은 간접적인 성매매 알선도 규제의 필요성이 있으므로 이 사건 법률조항에 의한 규제는 입법목적은 달성하기 위한 적절한 수단이다. 집창촌이 아닌 지역에서 다른 목적의 임대가능함에도 불구하고 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위는 법으로 금지하는 성매매 및 성매매알선을 용이하게 하고 그로 인한 재산상의 이익을 취득하는 것이므로 이를 규제함으로써 보호하고자 하는 공익이 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공할 수 없는 건물 소유자들의 불이익에 비하여 크다고 할 것이다. 그런데 집창촌은 사실상 허가받지 아니한 공창지역으로 임차인들이 운영하는 유흥주점 등에서 공공연하게 성매매가 이루어지고 있고 대부분 관계 당국의 묵인 아래 형성된 지 수십 년이 되어 주거 기타 용도로 사용하기가 현실적으로 어려운 상황인 점은 인정된다. 그러나 집창촌에서의 성매매는 이른바 전통형 성매매로서 전업형 성매매의 형태를 나타내고 이러한 집창촌에서의 전업형 성매매는 성매매에서 나타날 수 있는 문제점들이 가장 집약적이고도 적나라하게 드러나는 곳으로서 전업형 성매매 여성에 대한 국가의 보호와 중간 매개자에 대한 강력한 단속이 필요하다는 인식 아래 국가는 2007년까지 집창촌을 단계적으로 폐쇄시킬 계획을 가지고 있다.

따라서 이 곳에서의 성매매 강요·알선을 근절하기 위해서 성매매에 제공되는 사실을 알면서 중간매개체에 대하여 건물을 제공하는 행위를 규제하는 것은 입법목적은 달성하기 위한 불가피한 선택이다. 그러므로 집창촌 지역 내의 전업형 성매매의 고질적인 병폐 및 인권침해를 방지하고 궁극적으로는 이 지역에서의 성매매를 근절하여 집창촌을 폐쇄함으로써 얻어지는 공익이 단기적으로 침해되는 청구인들의 사익에 비하여 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 집창촌에서 건물을 소유하거나 그 관리권한을 가지고 있는 자의 기본권 제한은 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

### 재판관 권 성의 반대의견

성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 것이 성매매 내지는 그 알선을 용이하게 한다는 점은 사실이라고 하더라도 성매매 및 그 알선

을 국가가 형벌을 가하여 일률적으로 제재하는 것 자체에도 문제가 있는데 항차 건물을 제공하는 것조차 형벌을 가한다면 이는 지나친 일이 아닐 수 없다. 이는 중용을 벗어나서 도덕의 순수한 실현을 지향하는 극단적인 사고의 발로일 수 있고 현실과 인간의 불완전한 속성을 제쳐두고 법 만능에 집착 가탁하는 것이어서 재산권 제한의 정당성을 결여하고 오히려 법에 대한 신뢰만을 저하시킨다. 그러므로 이 사건 법률 제2조 제1항 제2호 다목 중 ‘건물을 제공하는 행위’ 부분과 제19조 제1항 제1호 중 위 행위에 대한 부분은 헌법에 위반된다고 생각한다.

**【해설】 1)**

**1. 성매매알선등행위의처벌에관한법률의 입법배경 및 이 사건 법률조항의 입법연혁**

**가. 이 사건 법률의 입법배경**

1961년 공식적으로 성매매를 ‘금지’하는 내용의 윤락행위방지법이 제정되었고, 우리 정부는 1962년 ‘인신매매금지 및 타인의 성매매 행위에 의한 착취금지에 관한 유엔협약’에 서명하였다. 그러나 이는 명목적인 선언에 불과하고, 위 윤락행위방지법이 사실상 실효성을 가지지 못한다는 비판이 계속되던 중 2000년 및 2002년 발생한 군산 화재참사를 계기로 성매매에 대한 인식의 전환 요구와 함께 법정책의 변화가 시도되었다.<sup>2)</sup> 그리하여 2002. 9. 11. 국회의원 86인은 여성단체의 의견을 적극 수용한 ‘성매매알선등 행위의 처벌 및 방지에 관한 법률안’과 ‘성매매방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률안’을 발의하였으며, 전자가 그 명칭이 ‘성매매알선등행위의처벌에관한법

---

1) 이 사건의 경우 청구인들은 “성매매알선등행위”의 의미를 정한 정의규정만 심판의 대상으로 주장하고 있고, 성매매알선등행위를 금지하는 법률 제4조 또는 이에 대한 제재를 정한 법률 제19조는 심판의 대상으로 주장하지 않고 있다. 그런데, 성매매알선등행위의 의미를 정한 이 사건 법률조항은 형벌조항의 구성요건이라 할 수 있는 행위규범 내지 금지규범의 일부를 이루는 것으로서 이 사건 법률조항에 의해 행위금지의무를 직접 부담한다고 할 것이다.

2) 2002년 1월 군산 성매매업소에서 화재가 발생하여 14명의 여성 종업원들이 질식사하는 사고가 발생하였는데, 당시 여종업원들은 철제문과 출입문이 잠긴 채 감금된 상태였다. 이에 성매매가 알선업자에 의한 성착취라는 사회적 인식이 높아지면서 관련법 제정이 필요하다는 사회적 공감대가 형성되었다.

률’(이하 ‘이 사건 법률’이라 한다)로 변경되어 2004. 3. 22. 법률 제7196호로 제정되었다.

이 사건 법률 제1조는 ‘이 법은 성매매·성매매알선행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매 피해자의 인권을 보호함을 목적으로 한다.’고 규정하고 있다. 즉, 이 사건 법률은 성매매 행위만이 아니라 성매매를 알선하는 행위에 대한 처벌을 강화하고 그로 인하여 피해를 받은 여성을 보호해야 한다는 성매매에 대한 시각의 변화를 반영하여, 성매매 행위 자체에 대한 처벌은 완화하는 반면, 성매매를 강요하거나 알선하는 등의 중간 알선 매개 행위를 차단하는 데 보다 중점을 두고 있다.<sup>3)</sup> 즉, 이 법률의 입법 제안이유는 ‘성매매 행위의 공급자와 중간 매개체를 차단하기 위하여 성매매의 강요·알선 등 행위에 대한 형량을 형태별로 강화하고, 성매매의 강요·알선 등 행위로 인하여 얻은 금품 및 재산상의 이익은 몰수·추징하며, 성매매의 강요·알선 등 행위자가 성을 파는 자에 대하여 가지는 일체의 채권을 무효로 함으로써 성매매의 강요·알선 등 행위로 인한 이윤동기가 실현되지 않도록 함’이라고 밝히고 있다.<sup>4)</sup>

그 밖에 이 사건 법률의 주요 내용으로서, 구 윤락행위방지법이 사용하던 “윤락”이라는 개념을 폐기하고 ‘성매매피해자’라는 개념을 도입하여 이들에 대한 보호조치를 대폭 강화하고 있으며, 구 윤락행위방지법에도 규정되어 있었던 불법원인으로 인한 채권무효 조항을 보다 상세히 규정하고, 성매매행위자 쌍방에 대하여 ‘보호처분 전치주의’를 선언하였다.

3) 이와 같은 성매매의 강요·알선 등 매개행위에 대한 처벌 강화의 배경에는 다양한 경로로 행해지는 성매매의 공급 루트를 차단하지 않고서는 성매매의 확산 방지가 요원하다는 사고가 반영되어 있다. 더구나 군산 화재 참사에 대한 조사과정에서 성매매 여성이 업주에게 가져다주는 수입이 막대하다는 사실과 성상납 등 단속기관 공무원과의 유착 비리사실이 폭로되면서 여성계에서는 성매매의 근절과 성매매 여성의 인권보호를 위해서는 중간매개자에 대한 효과적인 제재수단을 강구해야 할 필요가 있다는 공감대가 형성되었다는 점을 들 수 있다. 공익과 인권, 성매매-새로운 법적 대책의 모색, 2003, 78.

전세계의 성매매 관련 입법의 방향은 착취 고리에 있는 사람의 처벌을 강화하는 방향으로 나아가고 있고, 유엔의 협약과 국내법에서도 동일한 방향을 취하고 있다. 공익과 인권, 전거서 183.

4) 성매매알선행위의 처벌방지에 관한 법률안 검토보고서

## 나. 이 사건 법률조항의 입법연혁

구 윤락행위방지법(2004. 3. 22. 법률 제7196호로 폐지)은 1961년 제정될 당시 이 사건 법률조항과 같은 규정을 두지 않고 있다가, 1995. 1. 5. 법률 제4911호로 전문개정되면서 벌칙규정(제25조)에서 ‘영업으로 윤락행위의 장소를 제공한 자’(제1호), ‘영업으로 윤락행위를 알선한 자’(제2호)와 함께, ‘제1호 또는 제2호의 범죄에 사용되는 사실을 알고 자금, 토지 또는 건물을 제공한 자’에 대하여 5년 이상의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다는 내용을 추가하였고(제3호), 이 규정은 구 윤락행위방지법이 이 사건 법률의 제정으로 폐지될 때까지 유지되었다.

위 구 윤락행위방지법에서는 ‘영업’으로 윤락행위의 장소를 제공하거나 윤락행위를 알선하는 범죄에 사용되는 사실을 알고 자금, 토지, 건물을 제공한 자를 처벌하는 규정을 두었을 뿐 이와 같은 행위를 ‘금지행위’(제4조)에 포함시키거나 ‘알선행위’로 보지 않았으나, 현행 이 사건 법률은 제2조의 정의규정에서 ‘성매매에 제공된다는 사실을 알면서 자금, 토지 또는 건물을 제공한 자’를 성매매알선 등의 행위에 포함시켜 일체 금지하고(제4조 제2호) 이에 위반한 자를 처벌하면서, ‘영업’으로 성매매알선 등을 하는 행위를 단순히 성매매알선 등을 하는 행위에 비하여 가중하여 처벌하도록 규정하고 있다.

## 2. 성매매의 본질 및 성매매에 대한 각국의 입법태도

### 가. 성매매의 본질

이 사건 법률은 성매매를 ‘불특정인을 상대로 금품 그 밖의 재산상의 이익을 수수·약속하고 성교행위 및 유사성교행위를 하거나 그 상대방이 되는 것’이라고 정의한다(제2조 제1호). 우리 사회에는 현재에도 성착취를 위한 인신매매나 미성년자와의 성매매가 사라지지 않고 있으며, 성매매 자체를 목적으로 하는 집창촌·기지촌에서 행해지는 ‘전통형 성매매’, 향락업소 등에서 겸업적으로 이루어지는 ‘산업형 성매매’, 그리고 특정 업체에 고용되지도 않고 중간소개자도 없이 행해지는 ‘비고용형 성매매’ 등 여러 유형의 성매매가 존재한다.

그러나 성매매의 본질에 대해서는 보수적 도덕주의 및 도덕적 여성주의

에서 바라본 ‘도덕적 타락으로서의 성매매’, 자유주의적 여성주의 입장에서 바라본 ‘선택한 노동으로서의 성매매’, 사회주의적 여성주의 입장에서 보는 ‘자본주의와 가부장제의 모순의 산물로서의 성매매’, 급진적 여성주의 관점에서 보는 ‘여성에 대한 성적 폭력으로서의 성매매’ 등 다양한 시각이 존재하고, 그에 따라 성매매 대책에 대해서도 다양한 시각이 존재한다.

### 나. 성매매에 대한 각국의 입법태도

성매매 및 그로 인한 현실문제에 대한 정책은 철저한 ‘금지주의’에서 ‘제한적 허용주의’ 또는 ‘합법적 규제주의’에 이르기까지 다양하며, 성매매에 대하여 국가가 어떤 태도를 취해야 하는가에 대한 답은 일도양단으로 쉽게 결정할 수 없는 문제이다.

#### (1) 국제 기준

우리 정부가 가입하여 국내법적 효력을 갖는 성매매 관련 대표적인 국제 협약인 “인신매매 금지 및 타인의 성매매의 착취 금지에 관한 협약”(1949년에 제정되어 ‘1949년 협약’이라고 불린다)은 체결 당사국이 성매매업소를 소유하거나 경영하고 또는 그에 필요한 재정을 의식적으로 제공하거나 또는 제공하는 데 관여한 자, 타인의 성매매를 목적으로 가옥이나 장소 또는 그 일부를 대차 또는 제공한 자를 처벌하도록 하고 있다.

또한 여성차별철폐협약(우리나라가 1984년에 가입) 제6조에서는 “당사국은 여성에 대한 모든 형태의 인신매매 및 성매매에 의한 착취를 금지하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다”고 명시되어 있다.

### 다. 금지주의 국가

‘금지주의’를 채택하고 있는 국가들에서는 성매매를 불법으로 규정하고, 성을 사고 파는 행위, 성매매를 알선하는 행위를 금지하고 이를 어길 경우 처벌한다. 우리나라 외에 미국의 뉴욕주와 일리노이주, 캘리포니아주, 태국, 필리핀, 대만, 중국 등이 이러한 입장을 취하고 있다.

일본<sup>5)</sup>의 경우 성매매방지법(1957년)이 시행되면서 공창 폐지의 효과를



가져왔으며, 성매매 여성을 요보호 여성으로 규정하고 부녀보호사업의 일환으로 부인상담소와 부인보호시설을 설치하여 성매매 행위를 예방하고 탈(脫) 성매매를 지원하고 있다.

스웨덴의 경우 성적서비스구매에관한금지법(1988년)에서 대가를 받는 성매매, 성적 서비스를 금지하고 있으며 성을 사는 사람들을 처벌하고 있다(최고 6개월의 징역 또는 그에 해당하는 벌금형). 한편 성을 파는 여성은 자신의 성적 충동을 만족시키려는 사람들에 의해 착취되는 취약한 집단으로 인식되어 처벌 대상에서 제외되며 탈(脫) 성매매를 위한 다양한 프로그램이 개발·지원되고 있다.

### 라. 규제주의 국가

‘규제주의’는 성매매행위 자체는 자유로운 거래로 용인하지만 성매매를 합법적인 직업으로 인정하지 않고 부분적으로 규제하는 것으로 프랑스, 영국, 노르웨이, 이탈리아 등이 이를 취하고 있다.

영국의 경우 성매매가 개인적인 활동으로 인정되어 집안에서의 성매매는 묵인되지만 길거리에서의 호객행위나 알선업주가 개입한 성매매는 처벌을 받고 있다.

프랑스의 경우 호객행위는 형법에서 벌금형으로 처벌되며, 성매매 알선행위에 대한 처벌이 강해 조직적으로 여성을 매매하는 행위는 20년의 징역과 2천만 프랑의 벌금이 부과되며, 폭력과 고문을 수단으로 한 알선업자는 종신형과 3천만 프랑의 벌금형이 부과된다.<sup>6)</sup>

### 마. 폐지주의 국가

‘폐지주의’는 일정한 형태의 성매매를 법적으로 인정하고 이에 대한 세금을 징수하며 등록증, 의료감시체계를 의무화하거나 특정지역을 성거래 지역으로 통제하는 정책으로 네덜란드, 독일, 스위스, 캐나다, 멕시코 등이 이러한 입법태도를 취하고 있다.<sup>7)</sup>

5) 일본을 규제주의 국가로 분류하기도 한다.

6) 국회 입법조사관 김경희 입법자료-성매매현황, 쟁점, 대책

7) 전계 입법자료

폐지주의를 채택하는 국가들에서도 호객행위 등은 불법이며, 캐나다의 경우 성매매 알선행위, 일정한 공간에서 한 명 이상의 성 판매자가 장사를 하는 행위, 호객행위, 거리와 숙박업소에서 이루어지는 성매매를 불법으로 규정하고 있다.

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### 가. 이 사건 법률조항의 의미

이 사건 법률에서는 성매매행위와 함께 성매매알선행위 등을 금지하고(제4조 제2호), 이를 위반하였을 경우에 대한 벌칙 규정을 두고 있다(제19조 제1항 제1호). 그런데 이 법 제2조에서 별도로 ‘성매매알선행위’에 대한 정의규정을 두고 있는바, 이 사건 법률조항은 (타인이) 토지나 건물을 성매매의 장소로 제공한다는 것을 알면서 (그 타인에게) 토지나 건물을 제공하는 행위를 ‘성매매알선행위’에 포함시킴으로써 이를 규제하는 규정이다. 이는 자신이 직접 성매매의 장소를 제공하는 자뿐만 아니라 토지나 건물을 타인에게 제공함으로써 간접적으로 성매매의 장소를 제공하는 자까지도 성매매알선행위에 포함시켜 이를 금지시키고자 하는 것으로서, 그 제공행위는 실제 성매매알선행위자가 알선행위로 처벌을 받았는지 여부와 관계없이 성립된다.

그러나 ‘성매매의 장소에 제공될 것을 알면서’의 요건이 충족되어야 하므로 성매매의 장소에 제공될 것을 알지 못한 경우에는 ‘성매매 알선’이 되지 않으며, 따라서 처벌이 되지 않는다.<sup>8)</sup> 앞에서 본 바와 같이 1949년 협약 제2조에서도 성매매업소(brothel)를 소유하거나 경영하고 또는 그에 필요한 재정을 “의식적으로(knowingly)” 제공하거나 또는 제공하는 데 관여한 자, 타인의 성매매를 목적으로 가옥이나 장소 또는 그 일부를 ”의식적으로“ 대차 또는 제공한 자에 대한 처벌을 규정하고 있다.<sup>9)</sup>

8) 성매매알선등행위의처벌및방지에관한법률안에서는 ‘성매매행위의 장소나 자금, 토지 또는 건물을 제공하는 행위’를 금지하였으나(제3조 제3호), 실제 이 사건 법률에서는 포괄적으로 성매매알선등행위를 금지하는데, 이에는 ‘성매매의 장소에 제공될 것을 알면서’ 자금, 토지 또는 건물을 제공하는 행위가 포함된다.

9) 공익과 인권, 전개서, 34.

## 나. 침해되는 기본권 및 심사기준

### (1) 침해되는 기본권

청구인들은 이 사건 법률조항이 집창촌이라는 지역 내에 건물이 존재하고 있어 주거나 다른 용도의 사용수익이 거의 불가능한 건물 소유자인 청구인들의 임대행위를 불가능하게 하는 것으로서 청구인들의 재산권과 신체의 자유, 일반적 행동자유권을 침해하는 것이라고 주장한다.

헌법헌법에 있어서 재산권의 보장에 관한 기본조항인 제23조 제1항 전문은 모든 국민의 재산권은 보장된다고 규정하고 있다. 헌법상으로 보장된 재산권은 기본적으로 사법상 및 공법상 재산적 가치 있는 모든 권리를 포함하며, 재산권의 보장은 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하는 것이다. 그런데 청구인들은 이 사건 법률조항에 의하여 성매매에 제공된다는 사실을 알면서 자신이 소유, 관리하는 건물이나 토지를 제공하는 행위를 하지 못하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 재산권 행사가 제한된다고 할 수 있다.

또한 청구인은 일반적 행동자유권이 침해된다고 주장하는데, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권을 포함하고(헌재 1991. 6. 3. 선고 89헌마204, 판례집 3, 268, 274-275; 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 549), 헌법재판소는 일반적인 행동자유권의 내용으로서 계약의 자유, 기부금품의 모집행위를 인정한 바 있다. 그러나 "일반적"이란 용어에서 내재하듯이, 이 자유는 헌법상 규정된 개별 기본권들이 보호해 주지 못하는 영역에서 보충적으로 적용된다. 따라서 이 사건 헌법소원에서 청구인들의 계약의 자유는 자신들의 재산권을 자유로이 사용, 수익할 자유에 포함되는 것으로 보아야 하고, 계약의 자유가 독자적으로 문제되는 사안으로 보기는 어렵다.

한편, 청구인들이 주장하는 신체의 자유의 제한은 이 사건 법률조항에서 정한 성매매알선등행위를 할 경우 이에 대한 제재규정의 적용을 받을 수 있다는 점에서 간접적으로 기본권을 제한하는 것일 뿐 직접 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 신체의 자유에 대한 제한이 가해지는 것은 아니라는 점에서 이 사건 법률조항에 의하여 침해되는 기본권으로 볼 수 없다.<sup>10)</sup>

따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항으로 인한 청구인의 재산권 행사의 제한이 헌법상 재산권 보장의 한계를 일탈하여 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부이다.

## (2) 재산권의 내용과 한계 및 그 침해 여부에 대한 심사기준

기본적으로 헌법 제23조 제1항에 의하면 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해진다. 더 자세히 말하면, 헌법 제23조 1항 1문은 헌법 제23조 1항 2문에 의거하여 재산권의 내용과 한계를 규정하고 있는 사법 및 공법상의 모든 합헌적 법률로부터 형성되고 있는 바대로 개인의 재산권을 보호한다. 또한 제23조 제2항에 의하면, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 해야 한다. 특히 토지재산권의 경우에 토지는 가장 중요한 재산권의 객체로서 그 밖의 재산권에 비하여 가중된 사회적·공공적 구속을 받게 된다. 토지재산권에 대한 가중된 규제의 헌법적 근거로는 사회국가의 원리, 사회적 시장경제질서, 재산권보장의 상대성 등이라고 할 수 있으며, 헌법 제23조 제1항 후문과 제23조 제2항 이외에, 제34조 제1항, 제118조, 제120조, 제122조, 제123조 등이 그 헌법적 근거이다.

여기서 헌법에 의해서 재산권자에게 요구되고 입법자에 의해서 실현되는 사회적 제약성의 정도와 범위가 문제된다. 이는 재산권 대상물이 사회적 관계에 놓여 있고, 사회적 기능을 가지고 있는가 여부에 크게 달려 있다. 즉, 사회적 제약의 정도는 재산권 자체로부터 정해지게 된다. 재산권대상이 사회적 연관 및 사회적 기능 하에 놓여 있는 경우에 그 재산권의 이용과 처분은 재산권자의 영역 내에서만 머물러 있다고 볼 수 없으며 그 재산권대상의 이용에 의존할 수밖에 없는 여타 비재산권자들의 이해를 침해할 수도 있다. 사적 재산권을 공공복리에 적합하도록 이용해야 한다는 헌법적 원칙은 자신의 자유를 보존하고 책임 있는 생활형성을 위해서 재산권 대상물의 이용에 의존해야 하는 비재산권자의 입장을 충분히 고려해야 하

10) 설사 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들에게 형벌 조항이 적용될 가능성이 있다고 하더라도 대부분 벌금형으로 처벌되므로 이로 인하여 직접 청구인들의 신체의 자유가 제한된다고 보기도 어렵다.

는 재산권자의 의무를 포함하고 있다.<sup>11)</sup>

따라서 재산권의 내용 및 한계설정에서는 구체적 재산권이 사회적 연관과 사회적 기능 속에 폭넓게 놓이면 농일수록, 동 재산권의 사적 유용성이나 처분권능을 더욱 더 심하게 제한할 수 있게 된다. 이러한 헌법상의 내용을 입법자는 헌법 제23조 1항 2문에 따라서 사법적 또는 공법적 입법범위 내에서 실현해야 한다. 이로써 헌법 제23조 2항은 사적 재산권자의 과도한 권리사용 속에서 발생할 수 있는 사회적 분쟁을 해결하는 데 필요한 헌법적 형성재량을 입법자에게 부여해준다.

헌법 제23조 2항에 의거한 공공복리는 재산권의 내용 및 한계규정에서 그 사유가 될 뿐만 아니라, 재산권자에게 부과된 재산권제한에 대한 한계를 동시에 나타낸다.

헌법 제23조 제1항 제2문에 의거 재산권의 내용 및 한계를 규정함에 있어서 입법자는 한편으로는 헌법 제23조 제1항 제1문을 통한 사적 재산권의 기본적 인정과 다른 한편으로는 헌법 제23조 제2항의 재산권의 사회적 제약을 종합하는 하나의 사회적 모델을 실현해야 한다. 이때 입법자는 헌법상 보장된 재산권자의 자유와 사회정의에 맞는 재산권질서의 양 요소들을 동일하게 고려해야 한다. 그는 모든 관련자들의 보호가치 있는 이익을 공정하고 균형 있게 조정해야 한다. 어느 경우에도 헌법 제23조 제1항 제1문에 의거한 재산권의 헌법적 보장은 재산권의 본질내용을 보존하는 것을 요구한다.

이러한 형량의 기본원칙은, 재산권의 내용 및 한계를 규정하는 조치가 비례의 원칙에 기속될 때 비로소 충족된다. 재산권의 내용 및 한계를 규정하는 조치는 재산권 객체의 사회적 관계와 사회적 의미를 부정하고 규정목적에 비추어 볼 때, 과도한 부담을 초래해서는 안 되고, 재산권자에게 기대 이상으로 불이익을 주어서는 안 된다. 또한 동 조치는 추구하는 목적에 적합하고 필요해야 한다. 재산권제한은, 그 제한이 공공복리의 사유를 통해서 그리고 비례의 원칙의 준수를 통해서 정당화될 때만 비로소 허용된다. 아

11) 최갑선, 憲法(헌법) 제23조 1항 2문에 의거한 財產權(재산권)의 內容(내용) 및 限界規定(한계규정), 기념논문집, 박영사, 1995, 287-289 참조.

래에서는 이 사건 법률조항으로 인한 재산권의 제한이 이러한 비례의 원칙을 충족하는지 여부를 살펴본다.

### (3) 비례의 원칙 위배 여부

#### (가) 입법목적의 정당성

기본권침해의 정당성은 입법자가 추구하는 목적이 헌법적 테두리 내(헌법 37조 2항)에 존재하고 특히 공공복리를 향하고 있다는 사실에 의해서 보장된다. 앞에서 본 바와 같이 우리나라는 모든 성매매행위를 불법으로 규정하고, 이와 관련한 모든 행위를 처벌하는 이른바 ‘전면적 금지주의’의 입법태도를 취하고 있음에도 불구하고 우리 사회의 성매매는 계속 확산되어 왔다.<sup>12)</sup> 성매매에 관한 주요 실태 조사 보고서에 나타난 성매매의 공통된 문제점으로는 성매매 유입시기의 저연령화,<sup>13)</sup> 직업소개소를 통한 인신매매, 선불금과 소개비로 인한 빚의 굴레,<sup>14)</sup> 업주·폭력배·남성 고객 등에 의한 성매매 여성의 인권유린, 업주 또는 범죄조직과 유관공무원의 유착비리, 감금과 감시 등 성매매 여성에 대한 업주 또는 범죄조직의 통제 및 착취 등이 있으며, 우리 사회에 존재하는 상당수의 성매매의 존재 형태는 1993년 유엔 총회에서 결의된 ‘여성에 대한 폭력의 근절을 위한 선언’에서 여성에 대한 폭력의 예로 명시한 ‘강요된 성매매’의 모습을 띠고 있어,<sup>15)</sup>

12) 2003년 3월 한국형사정책연구원이 발표한 보고서에 따르면, 성매매 대금으로 거래되는 돈이 24조원으로 국내 총생산(GDP)의 4.1%를 차지하고 있어 성매매 문제의 심각성을 나타내고 있으며, 성매매는 사창가, 유흥주점, 주택가 노래방까지 확대되고 있어 성매매 산업의 확산을 방지해야 한다는 요구가 높아지고 있다.

13) 성매매 업소에 유입되는 평균연령은 19세이며 조사대상자의 76%가 신체적 폭력을 당했다고 응답하였으며, 특히 IMF 이후 가출 청소년의 증가에 따라 가출 여중생들의 성매매 업소 유입이 증가하였다.

14) 성매매 관련 업소 유입 후, 소개비와 선불금, 업무편의의 변칙적인 벌금 및 그와 관련한 착취적 이자구조 등 비합리적 노동 관행이 강제되면서 성매매 여성들은 부채예속 상황에 빠지게 되고, 보다 열악한 노동조건인 성매매 업소로 이동하는 경향이 있어, 유입된 지 1년 미만에 티켓다방, 유흥주점 등 평균 4개 업소를 거치며, 채무도 처음엔 50만원-200만원이던 것이 1년만 지나면 1천만원 이상으로 늘어나는 경우가 많다.

또한 성매매 여성이 ‘선불금’을 수령할 때 선불금을 갚을 의사나 능력이 없었다는 이유로 사기죄로 기소되어 수사를 받는 일이 생기며, 포주는 성매매 여성을 사기죄로 고소하겠다고 위협하여 성매매 여성을 성매매의 구조 속에 묶어 놓으려고 하는 것이 현실이다. 공익과 인권, 전제서, 41.

이와 같은 현실 및 문제점을 더 이상 외면해서는 안 되게 되었다.

그런데 이러한 성매매 확산은 성매매 목적의 인신매매, 감금, 협박, 성매매행위자의 채무이용 등에 의하여 성매매행위를 강요하거나 성매매행위를 알선, 유인하는 등, 성을 파는 행위자를 공급하고 성매매행위를 매개하는 중간 매개체들이 다양화되고 줄어들지 않고 있기 때문이라는 판단 아래, 이 사건 법률은 성매매행위의 공급자와 중간 매개체를 차단하여 우리 사회에 만연되어 있는 성매매행위의 강요·알선 등 행위와 성매매행위를 근절하려는 목적으로 입법되었다.

한편 성매매 문제에 대하여 어떻게 대처할 것인지에 대한 입법태도인 금지주의, 규제주의, 폐지주의 중 어떠한 입장을 채택할 것인지는 입법정책의 문제로서 성매매 현상을 바라보는 시각은 매우 다양하여 각 국가가 법적 대책을 세우는 일이 한 가지 방향으로 모아지기 쉽지 않다. 즉, 성매매에 대하여 국가가 어떠한 태도를 취해야 하는가에 대한 답은 일도양단 식으로 쉽게 내릴 수가 없는 문제로서, 입법자가 성매매 행위를 근절하기로 결정한 후 다양한 입법적인 시도를 하는 것 자체에 대하여 그 위헌성 여부를 논할 수는 없다고 할 것이다.

다만 중간착취 고리에 있는 사람들을 처벌해야 한다는 것은 모든 국가가 이를 인정하고 있음을 고려할 때, 우리 사회에 만연되어 있는 성매매행위의 강요·알선 등 행위와 성매매행위를 근절하고 성매매 피해자를 보호하려는 이 사건 법률의 입법목적은 정당하고, 이 사건 법률조항도 이와 같은 입법 목적을 달성하기 위한 것으로서 그 정당성은 인정된다.

(나) 수단의 적절성

선정된 수단은 실현코자 하는 목적을 달성하는 데 적합해야 한다. 추구하는 목적이 선정된 수단을 통해서 완벽하게 실현된다는 것을 꼭 논증해야 하는 것은 아니다. 국가가 해결코자 하는 문제된 상태가 개선되는 것만으로도 충분하다. 이 사건 법률조항은 소유 건물, 토지 등을 직접 성매매의

15) 공익과 인권, 전게서, 13.

한편 2001. 7. 13. 미(美) 국무부는 2000년 10월에 제정된 ‘인신매매 및 피해자 보호법’에 따라서 전세계 82개국을 대상으로 ‘인신매매보고서’를 작성하여 보고하였는바, 한국을 인신매매의 원천지 및 경유지로 지적하면서 최하위 3등급 국가로 분류한 바 있다. 공익과 인권, 전게서 124.

장소로 제공하는 것뿐만 아니라, 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물, 토지 등을 타인에 제공하는 행위를 성매매알선행위에 포함시켜 이를 규제하고 있다. 그런데 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물, 토지 등을 제공하는 것은 성매매 내지는 성매매 알선을 용이하게 하는 것이고, 결국 성매매의 강요·알선 등 행위로 인하여 얻은 재산상의 이익을 취득하는 것이라는 점에서 성매매행위의 강요·알선 등 행위와 성매매행위를 근절하려는 목적을 달성하기 위해서는 이와 같은 간접적인 성매매 알선도 규제의 필요성이 있다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 규제는 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

(다) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

선정된 수단은 추구하는 목적을 달성시키는 데 필요해야한다. 입법자가 동일하게 효과적이면서 기본권을 침해(제한)하지 않거나 또는 보다 덜 제한하는 여타 수단을 선택할 수 없었다면 필요성이 존재한다고 본다. 또한 적합하고 필요하다고 판정된 선정수단의 침해정도는 추구하는 목적과의 사이에서 비례적 관계에 놓여 있어야 한다. 즉 적합하고 필요한 침해수단으로 추구되는 목적의 촉진(예: 공공복리)은 침해수단이 관련 기본권자에게 야기 시키는 피해부담에 대해서 반비례적이어서는 안 된다.

청구인들은 집창촌 지역 내에 존재하고 있어 달리 주거나 다른 용도의 사용 수익이 거의 불가능한 건물의 소유자의 임대행위를 금지하고 형사처벌하는 것은 성매매 및 성매매알선 등의 근절을 위한 최소한의 선택이 아니며, 과도하게 집창촌 내 건물 소유자들의 기본권을 제한하는 것이라고 주장한다.

살피건대 집창촌이 아닌 지역에서 다른 목적의 임대가 가능함에도 불구하고, 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위는, 법으로 금지하는 성매매 및 성매매알선을 용이하게 하고 그로 인한 재산상의 이익을 취득하는 것이므로, 이를 규제함으로써 보호하고자 하는 공익이 성매매에 제공되는 사실을 알면서 건물을 제공할 수 없는 건물 소유자들의 불이익에 비하여 크다고 할 것이다.

그런데 소위 집창촌은 사실상 허가받지 아니한 공창지역으로 임차인들이 운영하는 유흥주점 등에서 공공연하게 성매매가 이루어지고 있고, 대부



분 관계 당국의 묵인 아래 형성된 지 수십 년이 되어 주거 기타 용도로 사용하기가 현실적으로 어려운 상황인 점은 인정된다. 또한 이는 일반적으로 널리 알려진 사실이어서 이 지역 내에서의 임대인들의 임대행위는 특별한 사정이 없는 한 성매매에 제공된다는 사실을 알면서 건물을 제공하는 행위로 평가되므로 이 사건 법률조항의 적용은 주로 이 지역을 대상으로 할 것임도 쉽게 예상되는 바이다.

그런데 이른바 전통형 성매매는 집촌, 사창가, 포주집이라 불리는 곳에서의 성매매를 말하며 전업형 성매매의 형태를 나타내고(전국 140여 개에 7만여 명이 종사하는 것으로 추정되어 있다), 산업형 성매매는 유흥업소나 퇴폐업소 등에서 여성이 직업을 갖고 간헐적으로 성을 파는 것으로 겸업형 성매매와 같은 의미로 사용되는바, 이 사건 법률조항에서 성매매에 제공되는 사실을 알면서 자금, 토지, 건물을 제공하는 것을 금지하는 것은 바로 이러한 전통형 성매매 내지는 산업형 성매매를 규제하기 위한 것이다.

특히 집창촌에서의 전업형 성매매는 고객으로부터 가해지는 물리적 폭력, 극단적인 폭력 형태로서 인신매매 및 감금 등 성매매 여성에 대한 인권침해, 빛과 이자의 올라미를 통한 착취구조 등 성매매에서 나타날 수 있는 문제점들이 가장 집약적이고도 적나라하게 드러나는 곳으로서,<sup>16)</sup> 전업형 성매매 여성에 대한 국가의 보호와 중간 매개자에 대한 강력한 단속이 필요하다는 인식 아래 국가는 2007년까지 집창촌을 단계적으로 폐쇄시킬 계획을 가지고 있다.<sup>17)</sup>

따라서 이 곳에서의 성매매 강요·알선을 근절하기 위해서 성매매에 제공되는 사실을 알면서 중간매개체에 대하여 건물 또는 토지를 제공하는 행위를 규제하는 것은 입법목적에 달성하기 위한 불가피한 선택이다.

한편 청구인들의 주장에 의하더라도 청구인들은 집창촌 내 건물에 대한

16) 2000년 미아리 텍사스 등 집창촌 지역의 강력한 단속 활동을 펼친 바 있는 전 중앙경찰서 김강자 서장은 전업형 성매매에 대하여, “성매매는 그 자체가 인권 유린이다. 전업형, 즉 사창가는 성매매 중에서도 최악의 경우이고 노예화되어 있는 곳이므로 강력한 보호가 필요하고, 현재 강력한 단속으로 거의 사라지고 있는 실정이다”라고 말한 바 있다. 공익과 인권, 전계서, 186.

17) 정부와 열린우리당은 전국 집창촌의 단계적 폐쇄를 위하여 ‘성매매 집결지 폐쇄 및 정비에 관한 법률(가칭)’을 제정하기로 하였다(2005. 3. 31.자 세계일보 기사). 실제로 이러한 정부의 노력으로 인천 학익동 집창촌은 거의 폐쇄되었다고 한다.

소유권을 양도하거나 포기할 생각이 없으며, 미아리 텍사스촌이 뉴타운대상지역에 포함되어 있어 이 지역의 집창촌이 폐쇄되는 것을 기대하고 현 상황을 인내하고 있다는 것이다. 결국 집창촌 내 건물을 소유하는 청구인들의 재산권이 제한되는 것은 집창촌이 존속하고 이에 대한 관계당국의 단속이 실효를 거두지 못하고 있기 때문이고 계속되는 이 사건 법률의 강력한 집행에 의하여 집창촌이 폐쇄되면 청구인들은 건물을 자유로이 사용, 수익할 수 있게 된다. 즉, 청구인들이 재산권 행사의 제약을 받는 것은 집창촌이 존속함으로 인하여 청구인들의 의사에 반하여 선택의 여지없이 성매매에 제공되는 사실을 알면서 임대해야 하기 때문인데, 이는 이 사건 법률조항을 포함한 이 사건 법률의 집행을 통하여 집창촌 지역이 폐쇄되어야 해소될 수 있는 문제로서, 이 사건 법률조항은 이러한 점에서 보면 장기적으로는 청구인들의 사익에 반하는 것이 아니다.

그러므로 집창촌 지역 내의 전업형 성매매의 고질적인 병폐 및 인권침해를 방지하고, 궁극적으로는 이 지역에서의 성매매를 근절하여 집창촌을 폐쇄함으로써 얻어지는 공익이 단기적으로 침해되는 청구인들의 사익에 비하여 크다고 할 것이다.

#### (4) 소결

이 사건 법률조항에 의한 청구인들의 기본권 제한은 그 입법목적이 정당하고, 수단이 적절하며, 입법목적의 달성을 위한 불가피한 선택으로서, 이로써 보호하고자 하는 공익이 침해되는 사익에 비하여 크다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

### 4. 이 사건 결정의 의미

2004년 ‘성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 및 ‘성매매알선등행위의 처벌에 관한 법률’(이 사건 법률)이 제정된 이래, 집창촌 건물 소유주 및 성매매 종사 여성들을 포함하여 많은 사람들이 위 법률의 내용에 대하여 문제점을 제기하여 왔다. 이 사건 결정은 논란이 많은 위 두 법률 조항에 관한 최초의 사건이다.

이 사건 법률 규정에 의하여 ‘성매매의 장소에 제공될 것을 알면서’ 자신

이 소유하거나 관리하는 건물 또는 토지를 제공하는 것을 성매매알선등행위에 포함시켜 규제함으로써 소위 ‘집창촌’ 내에 건물 혹은 토지를 소유하는 청구인들의 재산권 행사가 제한된다. 그러나 헌법재판소는 우리나라가 1961년 공식적으로 성매매를 ‘금지’하는 내용의 윤락행위방지법을 제정한 이래 이 사건 법률에서도 성매매를 금지하는 입장을 확인하고 있으며, 특히 성매매를 강요하거나 알선하는 등의 중간 알선 매개 행위를 차단하는데에 중점을 두고 있는 점에 주목하여, 위와 같은 재산권의 행사를 성매매알선등행위에 포함시켜 이를 규제하는 것은, 이에 의하여 제한되는 사익에 그와 같은 규제를 통하여 보호하려고 하는 공익이 크다고 보아 재산권 행사 제한의 정당성을 인정하였다.



## 중소기업의 구조개선과 재래시장활성화를 위한 특별조치법 제16조 제1항 등 위헌소원

-시장재건축 사업에서의 매도청구권 부여의 정당성-

(헌재 2006. 7. 27. 2003헌바18, 판례집 18-2, 32)

이 준 상\*

### 【관시사항】

1. 재래시장재건축사업에서의 매도청구권과 헌법 제23조 제3항의 ‘공용수용’의 관계
2. 중소기업의 구조개선과 재래시장활성화를 위한 특별조치법(2002. 1. 26. 법률 제6639호로 제정되어 2004. 10. 22. 법률 제7235호로 폐지되기 전의 것) 제16조 제1항 중 ‘시장재건축에 관한 부분’ 및 같은 법 제16조 제5항 중 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조 제4항을 준용하는 부분’이 헌법상 재산권을 침해하는지 여부

### 【심판대상】

중소기업의 구조개선과 재래시장활성화를 위한 특별조치법(2002. 1. 26. 법률 제6639호로 제정되고 2004. 10. 22. 법률 제7235호로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘재래시장활성화 특별조치법’이라 한다) 제16조 제1항의 ‘시장재건축에 관한 부분<sup>1)</sup>’ 및 같은 법 제16조 제5항 중 ‘집합건물의 소유 및 관리

---

\* 헌법연구관

- 1) 재래시장활성화 특별조치법에 따르면, 시장재건축은 집합건물로 구성된 시장을 철거하고 재건축하는 것을 말하고, 시장재개발은 집합건물법상의 집합건물이 아닌 건축물로 구성된 시장의 건축물을 철거하고 신축하는 사업을 말하며(동법 제2

에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다) 제48조 제4항을 준용하는 부분’ (이하 이들을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)

재래시장활성화 특별조치법

제16조 ①시장·군수·구청장은 사업시행구역의 선정을 위한 추천을 할 때에는 다른 법률의 규정에 불구하고 당해 구역의 토지면적의 5분의 3 이상에 해당하는 토지소유자의 동의와 토지소유자 총수(1필지의 토지를 수인이 공유하는 경우 그 수인은 1인으로 본다. 이하 같다) 및 건축물소유자 총수(집합건물인 시장의 경우에는 구분소유자 각자를 1인의 소유자로 본다. 이하 같다)의 각 5분의 3 이상의 동의가 있는 경우에 한한다. 사업시행자가 시장재개발 사업시행인가를 신청하거나 시장재건축 사업계획의 승인 및 건축허가를 신청할 때에도 또한 같다.

⑤시장재개발·재건축사업과 관련하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 시장재개발사업에 관하여는 도시재개발법을, 시장재건축사업에 관하여는 주택건설촉진법 및 집합건물의소유및관리에관한법률을 각각 준용한다.2)

집합건물법(1998. 12. 28. 법률 제5592호로 개정된 것)

조 제5, 6호 참조), 시장재건축은 미동 의자에 대하여 매도청구권을 행사하게 되나, 시장재개발에서는 동의하지 않는 자에 대하여는 구도시재개발법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 폐지되기 전의 것) 제31조에 의하여 수용을 할 수 있는 점 등에서 시장재개발은 시장재건축제도와 근본적인 차이가 있다. 참고로 도시재개발과 재건축의 차이를 밝힌 현재결정례가 있다.[헌재 1997. 4. 24. 96헌가3 등, 판례집 9-1, 416, 429-431 : 도시재개발법에 의하여 시행되는 도시재개발사업은 당해 구역 주민들이 전원 동의하지 않더라도 도시기능을 회복하고 공공복리의 증진을 위하여 다소 강제적인 방법으로 시행되는 공공사업으로 원래 국가나 지방자치단체가 해야 하는 것을 위탁받아 시행하는 것과 다름이 없으므로, 해당 구역 주민들의 동의 아래 시행되는 주택건설촉진법상의 단순한 주택개발이나 재건축사업과는 공공성의 유무에 있어서 근본적인 차이가 있다. 이러한 사업 성질의 근본적인 차이로 인하여 재개발조합과 주택조합은 조합원 가입의 강제성, 토지수용권 부여, 국가 또는 지방자치단체의 보조 및 용자, 조합원에 대한 부과금·청산금 등에 대한 강제징수 기타 사업시행방법에 있어서 차이가 있고, 나아가 재개발사업의 정상적인 운영과 조합업무의 공정성을 보장하기 위하여 재개발조합의 임원에게는 공무원에 비등가는 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성을 요구하고 있으므로, 재개발조합의 임원을 공무원으로 의제하는 이 사건 법률조항은 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 취급하는 이른바 실질적인 평등의 이념에 부합한다.]

2) 도시및주거환경정비법이 2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정됨에 따라 부칙 제18조 제11항에 의하여 “시장재개발·재건축사업과 관련하여 이 법에서 정하지 아니한 사항은 도시및주거환경정비법 및 집합건물의소유및관리에관한법률을 각각 준용한다.”로 개정되었다.

제48조 (구분소유권등의 매도청구등)

④제2항의 기간이 경과한 때에는 재건축의 결의에 찬성한 각 구분소유자, 재건축의 결의내용에 따른 재건축에 참가할 뜻을 회답한 각 구분소유자(그의 승계인을 포함한다) 또는 이들 전원의 합의에 의하여 구분소유권 및 대지사용권을 매수하도록 지정된 자(이하 "매수지정자"라 한다)는 제2항의 기간만료일로부터 2월이내에 재건축에 참가하지 아니하는 뜻을 회답한 구분소유자(그의 승계인을 포함한다)에 대하여 구분소유권 및 대지사용권을 시가에 따라 매도할 것을 청구할 수 있다. 재건축의 결의가 있는 후에 이 구분소유자로부터 대지사용권만을 취득한 자의 대지사용권에 대하여도 같다.

**【사건의 개요】**

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 성북구청장은 1999. 12. 30. ○○시장재건축조합(이하 '조합'이라 한다)으로부터 중소기업의구조개선및경영안정지원을위한특별조치법(1995. 12. 29. 법률 제5093호로 제정되었다가 2002. 1. 26. 법률 제6639호로 제정된 중소기업의구조개선과재래시장활성화를위한특별조치법 부칙 제3조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '경영안정지원 특별조치법'이라 한다)에 따라 중소기업청장에게 ○○시장을 시장재건축사업 시행구역으로 추천해 달라는 의뢰를 받고, 관련 절차를 거쳐 2000. 3. 14. 중소기업청장에게 ○○시장을 재건축 사업대상으로 추천하였고, 중소기업청장은 2000. 4. 4. ○○시장을 재건축사업시행구역으로 선정하였다.

나. 위 조합은 ○○시장 각 동의 건축물 구분소유자 126명 중 113명(동의를 89.6%), 토지 총 면적 4,538.6㎡의 소유자 141명 중 4,029.8㎡(동의를 88.7%)를 소유한 127명(동의를 90%)으로부터 ○○시장의 기존건물을 철거하고 그 토지 위에 지하 5층, 지상 25층의 주상복합건물을 신축하는 내용의 재건축사업시행에 관한 동의를 받아 2000. 4. 28. 재건축조합 설립인가 신청을 하였고, 2000. 5. 9. 성북구청장으로부터 설립인가를 받았다.

다. 청구인은 위 재건축사업 시행구역 내인 서울 성북구 동소문동 대

126.3㎡, 같은 동 대 16.5㎡ 및 그 지상 점포를 협의분할에 따라 상속받아 소유하고 있고, 위 점포에 대한 도로부지의 지분인 서울 성북구 동소문동 대 1,608.3㎡ 중 486.5분의 4.3지분(이하 '청구인 지분'이라 한다)도 상속받아 이를 사용하고 있었는데, 위 조합은 청구인과 사이에 협의매수가 이루어지지 않자 2002. 6. 20. 청구인을 상대로 청구인 지분<sup>3)</sup>에 관하여 재래시장활성화 특별조치법에 기하여 매도청구권을 행사하였음을 이유로 서울지방법원에 소유권이전등기청구소송을 제기하였다. 청구인은 위 소송계속 중 사업시행구역 토지면적의 3/5 이상에 해당하는 토지소유자의 동의와 토지소유자 총수 및 건축물소유자 총수의 각 3/5 이상의 동의가 있는 경우에 시장재건축사업 시행자가 사업에 반대하는 부동산의 소유자에 대하여 집합건물법에 의한 매도청구권을 행사할 수 있도록 한 재래시장활성화 특별조치법 제16조 제1항·제5항, 경영안정지원 특별조치법 제6조 제2항·제8항이 청구인의 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 같은 법원에 위헌제청신청을 하였으나 2003. 1. 17. 기각되자(서울지방법원 2002카기9910), 2003. 3. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항에 따르면, 사업시행구역 내 토지면적의 3/5 이상에 해당하는 토지소유자의 동의와 토지소유자 총수 및 건축물소유자 총수의 각

3) 위 조합은 위 소송에서 청구인에 대하여 아직 이전등기를 마치지 아니하였으나 대지사용권에 상응하는 권리로서 도로지분인 청구인 지분에 대하여만 소유권이전등기를 청구하였고 그 외 대지와 건물지분에 관하여는 청구하지 아니하였다.

4) 청구인들은 경영안정지원 특별조치법의 조항도 심판대상으로 주장하였으나, 재건축조합의 설립인가 등이 폐지된 경영안정지원 특별조치법에 의하여 이루어졌다고 하더라도 이는 재래시장활성화 특별조치법에 의하여 이루어진 것으로 보게 되므로(재래시장활성화 특별조치법 부칙 제7조에 의하면, 경영안정지원 특별조치법 제6조 제1항의 규정에 의하여 선정된 사업시행구역은 재래시장활성화 특별조치법 제12조 제1항 규정에 의하여 수립된 것으로 보며, 경영안정지원 특별조치법 제6조 제2항의 규정에 의한 시장재개발조합 또는 시장재건축조합의 설립인가, 시장재개발사업을 위한 사업시행인가 또는 시장재건축사업을 위한 건축허가등의 신청은 재래시장활성화 특별조치법 제16조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 이루어진 것으로 본다) 재래시장활성화 특별조치법의 조항만이 심판대상이 된다.



3/5 이상의 동의가 있는 경우에는 시장재건축사업시행자는 사업에 반대하는 부동산의 소유자에 대하여 집합건물법에 의한 매도청구권을 행사할 수 있는데, 이는 구분소유자 또는 의결권의 4/5의 동의를 요하는 집합건물법에 의한 재건축결의보다 요건을 완화한 것으로서 하나의 건물에 대한 구분소유권 뿐만 아니라 사업시행구역 내의 토지 및 건물 전체를 매도청구의 대상으로 할 수 있게 하여 개인의 재산권을 과도하게 침해할 소지가 다분하다.

또한 재래시장활성화 특별조치법상의 '재래시장'의 개념은 불명확하고, 사업시행구역의 범위는 명확하게 예측하기 어려운바, 시장의 경계에 위치한 청구인 소유의 부동산은 굳이 재개발 등 사업구역에 포함되지 않더라도 사업자체가 실행가능하고 따라서 청구인 역시 현재의 부동산을 계속 유지하기를 강력하게 희망함에도 불구하고 다른 3/5의 의결권자들이 사업에 동의하였다는 이유로 자신의 부동산 소유권을 그 의사에 반하여 상실하게 되는 불합리한 결과에 이를 수 있다.

따라서 재래시장의 활성화라는 공익적인 목적이 있다고 하더라도 집합건물법상의 매도청구권을 완화된 요건하에 인정하는 것은 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할 것이고 재래시장의 활성화라는 목적을 위하여 매도청구권을 부여한다는 것은 그로 인해 침해되는 기본권에 비하여 더 우월한 것이라고 단정하기 어려우므로 이 사건 법률조항은 헌법 제23조 제1항의 재산권 및 헌법 제10조의 행복추구권에 위반된다.

### 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

경영안정지원 특별조치법 및 재래시장활성화 특별조치법상의 시장재건축사업은 재래시장의 활성화를 통하여 균형있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하고 있다. 또한, 시장 내 각 부동산 소유권의 절대성을 고집하게 되면 시장의 노후화 등으로 재건축의 필요성이 발생하더라도 소유자 어느 한 사람이 반대하게 되면 재건축은 불가능하게 되고 이러한 경우 재건축을 반대하는 소유자의 권리는 보호받게 될지 모르나, 다른 소유자의 권리는 불합리한 제한을 받게 되며 사회·경제적으로도 매우 불합리한 결과가 초래될 수 있다.

한편, 재건축 참가자와 재건축 불참자의 권리관계를 조정하기 위하여 경

영안정지원 특별조치법 및 재래시장활성화 특별조치법은 사업시행구역의 선정 또는 재건축조합의 설립에 있어서 당해 구역의 토지면적의 3/5 이상에 해당하는 토지소유자의 동의와 토지소유자 총수 및 건축물소유자 총수의 각 3/5 이상의 동의를 그 요건으로 하고 있으며 집합건물법은 재건축결의에 찬성한 각 구분소유자, 재건축의 결의내용에 따른 재건축에 참가할 뜻을 회답한 각 구분소유자 또는 이들 전원의 합의에 의하여 구분소유권 및 대지사용권을 매수하도록 지정된 자는 재건축불참자에 대하여 구분소유권 및 대지사용권을 시가에 따라 매도할 것을 청구할 수 있으며, 매도청구를 받은 재건축불참자는 건물의 명도로 생활상 현저한 곤란을 받을 우려가 있는 때에는 법원에 명도에 관한 일정기간 허여의 청구를 할 수 있고 법원은 재건축의 수행에 심한 지장이 없는 때에는 1년의 범위 내에서 이를 허여할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 재건축불참자의 재산권, 행복추구권을 제한하고 있다고 하더라도 이는 헌법이 기본권 제한의 원리로서 제시하고 있는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 해당한다고 할 것이고 재산권, 행복추구권의 본질적인 내용을 침해한다거나 과도하게 제한하고 있다고 할 수 없다.

#### 다. 서울특별시장의 의견

경영안정지원 특별조치법 및 재래시장활성화 특별조치법은 유통시장의 전면개방 및 급격한 유통환경의 변화 등으로 경쟁력을 상실한 재래시장에 대하여 경쟁력 제고를 위한 사업자금 및 세제상의 지원과 재건축 시 용적률을 완화하는 특례 등을 규정하고 있는바, 재래시장은 토지·건축물소유자, 입점상인 및 노점상 등의 이해관계자로 구성되어 있어 재개발·재건축을 위한 결의가 어려우므로 재래시장활성화 특별조치법 제16조 제1항에서 시장재개발·재건축사업의 동의요건을 토지소유자 등의 3/5 이상으로 완화하여 적용하고 있고 다만, 이는 시장재개발·재건축사업시행구역 선정 및 건축허가 등의 신청을 가능하게 한 요건이며, 건축허가 또는 사업시행계획인가를 받기 위해서는 재래시장활성화 특별조치법 제16조 제5항의 규정에 따라 도시및주거환경정비법 및 집합건물법을 각각 준용하여 전원의 동의를 확보하는 절차를 거쳐야 한다. 위와 같이 재래시장활성화 특별조치법의 입

법취지 및 소유자 동의요건을 살펴볼 때 토지소유자 등의 3/5 이상의 동의로 미동의자에게 매도청구권을 행사하는 이 사건 법률조항이 미동의자의 재산권과 행복추구권을 제한하고 있다고 하더라도 이는 헌법이 정한 기본권의 제한요건인 공공복리에 적합한 경우에 해당한다.

### 【결정 요지】

1. 가. 이 사건 법률조항에 따른 매도청구권을 헌법 제23조 제1항·제2항의 재산권의 제한으로 볼 것인지 아니면 헌법 제23조 제3항의 공용수용으로 볼 것인지 문제되나, 위 매도청구권의 행사로 재건축불참자는 그 의사에 반하여 재산권이 박탈당하는 결과에 이른다는 점에서 실질적으로 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같은 것으로 볼 수 있고 이 경우 헌법 제23조 제3항에 따라 보상적 조치가 있어야 비로소 허용되는 범주 내에 있게 되는바, 이 사건 법률조항은 매도청구권행사에 의하여 시가에 따른 매매계약결의 효과를 주고 있어 일응 정당한 보상요건은 갖춘 것으로 볼 수 있으므로 이러한 점에서는 특별히 위헌의 의심은 없다.

나. 청구인은 시장재건축에 있어서 다소 완화된 요건하에서 부여되는 매도청구권 자체의 위헌성을 묻고 있으므로 이는 헌법 제23조 제3항 공용수용의 요건 중 ‘공공의 필요성’을 갖추었는지에 대한 의문이라고 볼 수 있고, 이에 대한 심사는 실질적으로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 이루어져야 할 것이다.

2. 시장재건축불참자에 대하여 그 토지 등을 시가로 매도할 것을 청구하는 내용의 매도청구권은 시장재건축을 가능하게 하기 위한 최소한의 필요조건으로서 사업시행자가 협의에 의하여 토지를 취득하는 경우보다도 훨씬 더 원활하게 시장재건축사업이 이루어지게 하고 위 매도청구권은 위와 같은 시장재건축제도의 입법목적에 봉사하는 제도로서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

그리고 재래시장의 경우에는 이해관계인이 많고 다양하여 시장재건축의 결의가 쉽지 않을 것으로 충분히 예상할 수 있고 주변지역과 밀접한 경제적·문화적 관련성을 갖고 있는 경우도 많아 좀 더 광역적인 차원에서 계획적으로 개발될 필요성이 있으며 또한 재래시장은 일반 공중의 이해관계

에도 밀접하게 관련되어 있으므로 재건축사업이 갖는 공공성이 현저하게 크다고 볼 수 있는 점 등을 고려하여 볼 때 통상의 집합건물보다는 그 동의요건을 완화하여야 할 필요성이 충분히 인정되므로 시장재건축에서의 매도청구권의 행사요건으로 소유자 등의 3/5 이상의 동의를 요건으로 하는 것은 합리적인 이유가 있어 목적의 정당성이 인정되며 위 매도청구권은 위와 같은 입법목적 달성에 매우 효과적인 수단으로서 방법의 적정성도 인정할 수 있다.

또한 시장재건축결의에 있어서는 토지면적기준 토지소유자, 토지소유자 총수, 건물소유자의 각 집단의 이해관계를 고루 반영하고 있고 사업시행자는 집합건물법 제48조 제1항·제2항에 따른 절차를 거쳐야 매도청구권을 행사할 수 있으며 매도청구권의 행사에 대하여 적정하고 충분한 보상을 보장하고 있는 점 등을 고려하여 보면, 시장재건축절차에 있어서의 매도청구권은 시장재개발절차에서의 수용제도 보다는 좀 더 완화된 소유권박탈제도라고 볼 수 있고 그 매도청구권 행사에 있어서도 여러 가지 제한을 가함으로써 비참가자의 이익도 충분히 보장하고 있는 것이므로 피해의 최소성 요건을 갖추었으며, 그리고 이 사건 법률 규정으로써 보호되는 재래시장활성화나 그 사업추진의 원활화 등의 공익이 이 사건 법률조항으로 제한을 받게 되는 비참가자의 재산권이라는 이익을 능가한다고 할 수 있으므로 법익의 균형성도 갖추었다.

따라서, 이 사건 법률조항은 시장재건축사업지역 내의 재건축불참자의 재산권을 본질적인 내용까지 침해한다거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

## 【해설】

### 1. 적법요건의 검토

‘재판의 전제성’이라 함은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 법원이 담당하는 당해사건의 재판에 전제가 되어야 한다는 것으로 위헌법률심판제청에 있어서와 마찬가지로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서도 요구된다. 그러므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에 있어서

도 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

한편, 당해 사건인 서울지방법원 2002가단164763은 2003. 1. 17. 재건축조합의 승소로 선고되었고<sup>5)</sup>, 이에 청구인이 서울지방법원 2003나12327호로 항소하였으나 2003. 9. 9. 항소가 기각되어 확정되었다. 위 당해사건에서 재건축조합은 청구인을 상대로 재래시장활성화 특별조치법상의 이 사건 법률조항 등에 근거한 매도청구권을 행사하였음을 이유로 소를 제기한 것이므로 그 매도청구권의 근거가 된 이 사건 법률조항은 당연히 당해사건에 적용된다.<sup>6)7)8)</sup>

---

5) 청구인관련 주문내용은 다음과 같다. : 피고(청구인)은 원고재건축조합으로부터 20,427,228원을 지급받음과 동시에 원고 재건축조합에게 청구인 지분에 관하여 2000. 10. 12. 매매를 원인으로 한 소유권이전등기절차를 이행하라.

6) 다만, 위 재래시장활성화 특별조치법도 재래시장육성을 위한 특별법에 의하여 폐지되고 동일한 내용의 규정이 위 재래시장육성을 위한 특별조치법에 규정되었으나 이 신법은 당해사건에 적용된 바 없으므로 이를 심판의 대상으로 고려할 필요는 없고, 폐지된 법률이라도 당해소송사건에 적용될 수 있는 경우에는 재판의 전제성이 인정되어 위헌제정의 대상이 될 수 있다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557, 563).

7) 집합건물법 제48조 소정의 매도청구권은 재건축의 결의가 유효하게 성립되는 경우에 비로소 발생하는 것이므로, 재건축의 결의가 같은 법 제47조 제2항 소정의 정족수를 충족하지 못하였다면 유효한 재건축의 결의가 있다고 할 수 없어 매도청구권을 행사할 수 없는 것인바(대법원 2002. 9. 27. 선고 2000다10048 판결 참조), 만일 이 사건 법률조항이 위헌이 된다면 매도청구권을 행사할 유효한 재건축결의가 없었던 것이 되고 따라서 매도청구권도 행사할 수 없는 것이므로 위 조항의 위헌여부에 따라 주문의 내용이 달라지는 경우라고 볼 수 있다(다만, 이 사건 법률조항이 위헌이 된다고 하여도 원칙적으로 소급효가 없는 것이므로 매도청구권행사 이전에 이루어진 재건축결의에 따른 사업시행구역선정이나 조합설립인가 등에 대하여는 쟁송기간이 경과하여 이를 다투기 어려운 것으로 보이나(청구인이 이러한 행정처분을 다투었는지는 명확하지 아니하다), 한편 행정처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여는 후행 행정처분이 필요한데, 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우와 같이 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 증대하여 구제가 필요한 경우에 대하여는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있는 것으로 보아 재판의 전제성을 인정할 수 있다는 점을 고려하여 볼 때(헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592, 604), 이 사건 시장재건축사업에 있어서는 헌법소원 신청 당시 아직 사

따라서 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되면 청구인은 확정된 위 사건에 대하여 재심을 청구할 수 있으므로 재판의 전제성은 충족된 것으로 보인다.

## 2. 쟁점정리와 관련사항 검토

### 가. 쟁점의 정리

청구인의 주장과 당해사건의 내용과 적용가능성을 고려할 때, 이 사건의 쟁점은 시장재건축에 있어서 사업시행자에게 집합건물법에 의한 매도청구권을 부여하는 것 자체와 매도청구권을 부여하는 경우 집합건물법에 비하여 그 요건을 완화하여 5분의 3 이상으로 정하고 있는 것의 위헌 여부라고 볼 수 있다.

### 나. 관련 법률규정의 제·개정경위

#### (1) 중소기업의구조개선및경영안정을위한특별조치법(1995. 12. 29. 법률 제5093호로 제정)

중소기업의 구조개선을 촉진하고 경영안정을 도모하여 균형있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 위 법이 제정되었으며 동법 제6조에 토지소유자 등 3/5 이상의 동의로 시장재개발, 재건축사업이 가능하도록

---

업시행인가 등의 후행행정처분이 이루어지기 전으로서 앞의 선행행정처분의 근거가 된 이 사건 법률조항을 다룰 수 있다고 볼 것이므로 재판의 전제성을 인정할 수 있을 것이다).

- 8) 그리고, 이 사건에 있어서 재건축결의의 동의율이 집합건물법상의 기준인 5분의 4(80%)를 넘고 있으나, 만일 이 사건 법률조항이 위헌이 되는 경우 향후 시장재건축에 있어서 최소동의요건에 관한 입법이 집합건물법상의 기준인 4/5와 이 사건 법률조항상의 기준인 3/5 사이에서만 정해지는 것으로 단정할 수는 없으며 따라서 위 4/5의 기준이 이 사건 법률조항의 절대적인 위헌판단기준이 된다고 볼 수는 없으므로 위와 같이 동의율이 80%를 상회한다는 사실만으로 재판의 전제성이 없는 것으로 볼 수는 없다. 그리고 원칙적으로 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판에 있어서 위헌 여부가 문제되는 법률이 재판의 전제성 요건을 갖추고 있는지의 여부는 헌법재판소가 별도로 독자적인 심사를 하기보다는 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며 다만 그 전제성에 관한 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에만 헌법재판소는 이를 직권으로 조사할 수 있는 것이라는 점을 고려할 때(헌재 1999. 6. 24. 98헌바42, 판례집 11-1, 742, 749 결정 참조), 재판의 전제성을 인정함이 타당하다.

하는 등의 특례규정을 두었다.<sup>9)</sup>

(2) 중소기업의구조개선및경영안정을위한특별조치법(1997. 1. 13. 법률 제5283호로 개정된 것)

1996년부터 유통업의 대외개방 및 대기업의 유통업 진출에 따라 경쟁력이 약화되고 있는 재래시장의 재개발, 재건축사업을 보다 활성화하기 위하여 종전의 규정에 의하면 집합건물의 경우에만 5분의 3의 동의요건으로 시장재개발이 가능하도록 명시되어 있던 부분을 개정하여 집합건물이 아닌 시장의 경우까지 5분의 3의 동의로 시장재개발이 가능하도록 위 법 제6조 제2항을 개정하고, 재개발사업은 도시재개발법, 재건축사업은 주택건설촉진법 및 집합건물의소유및관리에관한법률을 준용하도록 위 법 제6조 제8항을 개정하였다.<sup>10)</sup>

(3)중소기업의구조개선과재래시장활성화를위한특별조치법(2002. 1. 26. 법률 제6639호로 제정)

위와 같이 1996년 이후 유통시장의 전면개방과 대형할인매장의 등장, 통신판매업 등의 유통채널의 다양화와 소비자들의 욕구 및 구매패턴이 변하고 있으나, 재래시장은 이러한 유통환경에의 대응능력부족, 건물의 노후와 주차시설 등 편의시설 미비, 비효율적인 시장경영 등으로 상권이 위축되고

---

9) 위 법 제6조 ①통상산업부장관은 시장의 재개발을 촉진하기 위하여 도시재개발법에 의한 재개발구역에 속하거나 건축법에 의한 재개발대상건축물이 소재한 시장 중에서 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다)의 추천을 받아 시장재개발 대상지역을 선정하고 예산의 범위안에서 재건축비용의 일부를 지원할 수 있다.

②제1항의 규정에 의하여 선정된 시장재개발 대상지역의 시장재개발을 하고자 하는 자는 집합건물의소유및관리에관한법률 제47조 제2항의 규정에 불구하고 시장안의 토지면적의 5분의 3이상에 해당하는 토지소유자의 동의와 토지소유자 총수 및 건축물소유자 총수의 5분의 3이상에 해당하는 자의 동의를 얻어 재건축을 결의할 수 있다.

③정부 및 지방자치단체는 제1항의 규정에 의하여 선정된 시장재개발 대상지역의 시장재개발을 하는 동안 시장입점상인이 영업활동을 계속할 수 있도록 임시시장을 마련하는 등 시장재개발 촉진을 위한 지원방안을 강구할 수 있다.

④시장재개발 대상지역의 선정 및 지원절차등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다

10) 중소기업의구조개선및경영안정을위한특별조치법중개정법률안 심사보고서(1996.

12). 국회통상산업위원회, 제3-4면(<http://search.assembly.go.kr/bill/>)

경쟁력을 잃고 있어 이 과정에서 양산되는 경제·사회적 문제점을 최소화하는 대책마련이 필요하고, 앞서의 경영안정지원 특별조치법상의 시장재개발·재건축에 관한 특례조항에 따라 '1996년 이후 재개발·재건축이 시급한 시장'을 "사업시행구역"으로 선정하여 시설자금융자 및 세제지원 등을 통해 재래시장활성화를 위해 노력하였으나, 여러 가지 제약으로 인해 실효성이 이에 미치지 못하자 이를 해결하기 위한 대안으로 그간 단편적으로 규정되었던 재래시장관련 내용을 새로운 제정법의 특별조치법에 통합·보완하여, 재래시장의 재개발·재건축사업 활성화를 위해 용적률·도시계획절차·지구단위계획과 시장시설 현대화 등에 관한 특례조항을 규정함으로써 재래시장을 획기적으로 활성화시키고 지역서민경제를 살리는 한편 우리 전통과 문화를 계승 발전시키는 계기를 만들기 위해 위 법이 제정되었다.<sup>11)</sup> 다만, 이 사건 법률조항의 해당부분은 내용의 변경이 없었다.

#### 다. 시장재건축의 구체적인 절차

경영안정지원 특별조치법과 재래시장활성화 특별조치법에 따르면, 통상 시장재건축은 다음의 절차를 거쳐 진행된다.<sup>12)</sup>

① 조합설립추진위원회 구성 : 조합설립추진위원회는 소유자들이 조합의 설립을 목적으로 결성한 임의단체임<sup>13)</sup>

② 사업계획수립·결의 및 시행구역추천신청 : 토지면적의 5분의 3 이상에 해당하는 토지소유자의 동의와 토지소유자 총수 및 건축물 소유자 총수의 각 5분의 3 이상의 동의하에 재래시장의 토지 및 건물소유자들이 구청장에게 신청함(재래시장활성화 특별조치법 시행령 제14조)

③ 사업시행구역 선정추천 : 시장, 군수, 구청장이 신청서류 검토 및 의

11) 중소기업의구조개선및재래시장활성화를위한특별조치법 심사보고서(2001. 12.) 국회통상산업위원회, 제2면(<http://search.assembly.go.kr/bill/>)

12) 재래시장활성화 지원업무편람(2004. 4.), 서울특별시, 19-46면 참조

13) 다만, 도시재개발법, 주택건설촉진법중 재건축부분, 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법을 통합하여 발전시킨 도시및주거환경정비법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정된 것, 이하 '도정법'이라 한다)이 2003. 7. 1. 시행되어 그 이후에 있어서는 토지등 소유자 1/2이상의 동의를 얻어 토지등 소유자의 1/10이상의 추진위원으로 구성된 추진위원회를 구성하여 건설교통부령으로 정하는 방법 및 절차에 따라 시장, 군수, 구청장의 승인을 얻어야 하는 공식기구가 되었다(도정법 제13조 참조).



건축취(공람공고)의 절차를 거쳐 중소기업청장에게 사업시행구역 선정추천 신청을 함(재래시장활성화 특별조치법 제12조)<sup>14)</sup>

④ 사업시행구역 선정(중소기업청장) : 중소기업청장은 현지실사와 그 산하의 사업시행구역선정심의위원회의 심의를 거쳐 사업시행구역을 선정함(재래시장활성화 특별조치법 시행령 제17조).

⑤ 조합설립인가(구청장) : 위 사업시행구역추천신청과 동일한 동의요건 하에 시장, 군수, 구청장의 인가를 받아 시장재건축조합을 설립할 수 있음(재래시장활성화 특별조치법 제16조 제2항)<sup>15)</sup>

⑥ 사업시행인가(구청장) 및 시공사선정 : 사업시행자는 사업계획서작성 및 토지등 소유자 동의를 확보하여 인가신청하고, 구청장은 공람공고 및 의견청취절차를 거쳐 사업시행인가(건축심의회 포함됨) 및 고시를 하고, 조합 또는 토지 등 소유자는 시공사를 선정한다.<sup>16)</sup>

⑦ 관리처분계획인가(구청장) : 사업시행자는 사업시행인가의 고시가 있는 후에 분양신청기간을 통지, 공고하고 토지 등의 소유자로부터 분양신청을 받고, 기존의 건축물을 철거하기 전에 관리처분계획을 수립하여 인가신청을 하여 구청장 등의 인가 및 고시를 받아야 함.

⑧ 사업준공 및 소유권이전(사업시행자) : 사업주체가 사업시행인가를 얻어 시행하는 주택건설사업을 완료한 경우에는 주택, 부대시설, 복리시설 및 대지에 대하여 시장 등의 준공인가를 받아야 한다.

⑨ 청산(시행자)

⑩ 조합해산(조합)

## 라. 시장재건축제도와 매도청구권

### (1) 시장재건축제도

앞에서 살펴본 바와 같이 시장재건축제도는 시장의 유통현대화를 촉진하고 시장기능의 회복을 위하여 사업시행구역내 토지, 건물 등의 소유자들

---

14) 재래시장육성을 위한 특별법에서는 시·도지사에게 신청하는 것으로 바뀌었다(동법 제18조).

15) 통상 조합설립인가 후에 미동의자에 대한 매도청구소송을 제기한다고 한다.

16) 시장재개발사업의 경우 조합설립인가서가 신청서류중의 하나이다.

의 다수의사에 따라 집합건물로 구성된 시장을 재건축하는 것을 말한다.

이와 같이 시장재건축의 대상이 되는 집합건물의 각 전유부분은 독립된 구분소유권의 대상이 되기는 하나, 건물자체는 물리적으로 일체불가분의 관계에 있으므로 유통기능이 취약하거나 건물의 노후화 등으로 인하여 그 건물을 그대로 유지하는 것 자체가 경쟁력을 상실하게 되거나 불합리하게 되는 경우에는 재건축에 찬성하는 구분소유자와 반대하는 구분소유자의 권리관계를 적절히 조정하는 것을 전제로 그 건물 전체를 철거하고 신건물을 건축(재건축)하여 재래시장을 활성화할 수 있도록 하는 것이 재건축을 원하는 다수의 구분소유자의 권리보호와 사회·경제적 이익을 위해서도 필요하다고 할 것이다.

따라서 시장재건축제도가 재건축을 원하지 아니하는 재래시장내 집합건물 구분소유자의 기본권을 제한하고 있다 하더라도 이는 헌법이 기본권 제한의 원리로서 제시하고 있는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 해당한다고 할 것이어서 이를 위헌이라고 볼 여지는 없다(헌재 1999. 9. 16. 97헌바 73, 판례집 11-2, 285, 299-300 참조).

## (2) 매도청구권<sup>17)</sup>

시장재건축에 있어서는 집합건물법 상의 매도청구권을 준용하도록 되어 있으므로 그 의의나 성질 등은 집합건물법상의 매도청구권과 동일하다고 할 것이다.

매도청구권은 재건축사업에 있어 시장재건축에 반대하는 자들의 소유권을 확보하기 위한 것으로서 사업시행자가 조합설립에 동의하지 않는 자의 토지 및 건축물의 매도를 청구할 수 있는 권리를 말하며, 재건축 불참자로부터의 매도청구권은 인정되지 아니한다.

매도청구권의 목적물은 재건축에 참가하지 않은 자의 구분소유권 및 대지사용권이고, 매도청구권의 성질은 형성권으로서 상대방의 동의없이 일방적으로 이루어지며, 따라서 매도청구권행사의 의사표시가 상대방에게 도달

17) 윤경, 재건축결의의 요건과 하자의 치유, 대법원판례해설 42호(2002년 하반기)(2003. 7.), 509-510면 ; 김종보, 새로운 재건축제도의 법적쟁점, 한국공법이론의 새로운 전개(목촌 김도창박사 팔순기념논문집, 2005. 5.), 103면 참조

한 때에 상대방의 승낙을 기다리지 않고 곧바로 목적물에 관하여 시가에 의한 매매계약이 성립되며, 다만 소유권은 이전등기를 경료한 때에 이전된다(대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38172 판결; 대법원 2000. 6. 27. 선고 2000다11621 판결). 매도청구권을 행사하기 위하여서는, ① 유효한 재건축의 결의가 존재할 것과 ② 최고절차를 거칠 것의 2가지 전제조건이 필요하다.

#### 마. 관련선례

집합건물법 제48조 제4항에 대하여는 선례가 있다. 즉, 집합건물의 경우에 건축후 상당기간 경과되어 건물이 훼손될 우려가 있는 경우 등에 구분소유자 및 의결권의 5분의 4의 결의에 의하여 재건축결의를 할 수 있도록 한 집합건물법 제47조 제1항과 재건축참가자에게 재건축불참자의 구분소유권에 대한 매도청구권을 인정한 집합건물법 제48조 제4항이 기본권의 과도한 침해에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 결정(헌재 1999. 9. 16. 97헌바73등, 판례집 11-2, 285-305)이 있으며 그 결정요지는 다음과 같다.

「집합건물의 각 전유부분은 독립된 구분소유권의 대상이 되기는 하나, 건물자체는 물리적으로 일체불가분의 관계에 있으므로 건물의 노후화 등으로 인하여 그 건물을 유지하는 것 자체가 불합리하게 되는 경우에는 재건축에 찬성하는 구분소유자와 반대하는 구분소유자의 권리관계를 적절히 조정하는 것을 전제로 그 건물 전체를 철거하고 신건물을 건축(재건축)할 수 있도록 하는 것이 재건축을 원하는 다수의 구분소유자의 권리보호와 사회·경제적 이익을 위해 필요하다고 할 것이다.

따라서 재건축제도가 재건축을 원하지 아니하는 구분소유자의 기본권을 제한하고 있다 하더라도 이는 헌법이 기본권 제한의 원리로서 제시하고 있는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 해당한다고 할 것이어서 이를 위헌이라고 볼 여지는 없다.

집합건물법 제48조 제4항은 재건축 참가자 또는 이들의 합의에 의하여 지정된 자는 재건축 불참자에 대하여 그 구분소유권 및 대지사용권을 시가로 매도할 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있는바, 이러한 매도청구권은 재건축을 가능하게 하기 위한 최소한의 필요조건이라 할 것이므로 재건축

제도를 인정하는 이상은 이 자체를 가지고 재건축불참자의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라고는 할 수 없다.

한편, 청구인은 토지수용법의 하위법이라고 할 수 있는 이 법 제48조 제4항이 토지수용법과 달리 재건축참가자의 매도청구권에 대해서만 규정함으로써 재건축참가자는 매매대금을 전혀 지급하지 않고서도 매도청구권을 행사할 수 있도록 하고 이로써 바로 재건축불참자의 구분소유권과 대지사용권을 취득하고 나아가 명도청구까지 할 수 있도록 하고 있으므로 비례와 공평의 원칙 등에 위반된다고 주장한다. 그러나 이 법과 토지수용법은 그 입법목적을 전혀 달리 하는 것으로 이 법이 토지수용법과 그 내용을 달리 하고 있다는 이유만으로 이 법의 위헌을 주장할 수는 없고, 이 법 제48조 제4항에 의한 매도청구권의 행사가 있게 되면 매도청구권 행사자와 재건축불참자 사이에는 재건축불참자의 구분소유권 및 대지사용권에 대한 매매계약이 성립한 것으로 의제되므로 매도인인 재건축불참자는 매매에 관한 일반 원칙에 따라 매매대금인 시가 상당의 금원을 지급 또는 제공받을 때까지 그 소유권이전 및 명도의무의 이행을 거절할 수 있으므로 이에 대한 청구인의 주장은 모두 이유없다(오히려 같은 조 제5항은 매도청구권행사자가 매매대금을 지급하였거나 제공한 경우에도 재건축불참자가 그 건물의 명도로 인하여 생활상 현저한 곤란을 받을 우려가 있고 재건축의 수행에 심한 영향이 없는 때에는 법원은 그 재건축불참자의 청구에 따라 대금의 지급 또는 제공일로부터 최장 1년간 건물의 명도에 관한 기간을 허여할 수 있도록 하고 있다.)」

### 3. 본안에 대한 검토

#### 가. 재산권침해와 위헌심사기준

##### (1) 재산권의 보장, 내용형성과 사회적 기속성

헌법은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”(제23조 제1항), “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”(제23조 제2항)고 규정함으로써, 재산권이 헌법적으로 보장됨을 천명함과 동시에 재산권은 법률로써 규제될 수 있고 그 행사 또한 일정한 제약을 받을 수 있다는 것을 밝히고 있고, 입법자는 헌법 제23조가 정한 재산권보

장의 취지와 공익목적을 위한 재산권 제한의 필요성을 서로 형량하여 재산권의 내용과 한계를 구체적으로 정할 입법형성권을 갖는다. 그리고 이러한 재산권 제한에 대하여는 이 사건 재래시장과 같이 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용되고(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 303-304 참조), 개별 재산권이 갖는 자유보장적 기능이 강할수록, 즉 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕이 되는 정도가 강할수록 그러한 제한에 대해서는 엄격한 심사가 이루어져야 한다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945 참조).

## (2) 재산권에 대한 제약, 수용과 위헌심사기준

토지재산권 등에 관한 입법에 있어서 입법자에게 넓은 입법재량이 인정된다고 할지라도, 재산권의 사회적 기속성에 기한 제한 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 비례원칙을 준수하여야 하고 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 아니 되며, 이는 사회적 기속성이 더욱 강한 토지재산권에 관하여도 마찬가지이다. 요컨대, 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 합치하는 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 범위 내에 있는 것이고, 반대로 재산권에 대한 제약이 비례원칙에 반하여 과잉된 것이라면 그 제약은 재산권자가 수인하여야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것이며, 따라서 입법자가 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다(헌재 2005. 9. 29. 2002헌바84등, 판례집 17-2, 98, 119-120 참조).

한편, 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하여, 재산권행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이

있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 합헌적인 것이라고 할 수 있다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 243 참조).

### (3) 이 사건 법률조항에 대한 심사기준과 방법

헌법재판소는 기본적으로 재산권에 대한 제한이 있을 때 그것이 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항의 공용침해인지, 아니면 헌법 제23조 제1, 2항에 의하여 재산권의 내용과 한계를 정한 것에 불과한 것인지의 구분에 관한 이른바 분리이론의 입장에서 일응 그 심사의 방법을 달리하고 있으므로(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289) 이 사건 법률조항에 따른 매도청구권이 재산권의 제한인지 아니면 공용침해인지가 먼저 밝혀져야 한다.

#### ① 이 사건 법률조항(매도청구권)을 재산권의 제한으로 보는 입장

이 사건 법률조항에 의하면 토지등 소유자의 5분의 3 이상의 의결권의 동의하에 시장재건축사업이 진행되는 경우 재건축사업시행자는 재건축사업에 동의하지 않은 재래시장사업구역내 토지등 소유자에 대하여 매도청구권을 행사할 수 있고 이에 따라 재건축사업에 참가하지 않는 토지소유자 등은 그 매매계약체결을 강요당하여 재산권의 처분이 제한된다는 점에 주목하여 보면 재산권의 제한이라고 볼 수도 있다. 이 경우에는 이 사건 법률조항이 헌법 제23조에서 보장하는 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것인지의 여부를 검토하면 족하다.<sup>18)</sup>

18) 한편, 구체적인 심사의 강도와 관련하여 보면, 앞에서 본 바와 같이 재산권의 제한에 대하여는 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용되며, 한편 개별 재산권이 갖는 자유보장적 기능, 즉 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕이 되는 정도가 강할수록 엄격한 심사가 이루어져야 하는바(헌재 2005. 5. 26. 2004헌가10, 판례집 17-1, 608, 613-614 결정등 참조), 재래시장은 토지와 건물로 구성되어 있으며 백화점이나 쇼핑센터의 경우와 같이 일반공중이 이용하는 시설이고 또한 건물주, 토지주, 점포임대인 등 다수의 이해관계인이 관여하는 공간으로서 개인주택이나 단순한 집합건물 보다는 강한 사회적 연관성과 사회적 기능을 갖고 있어 국가에 의한 광범위한 제한의 필요성이 높다고 볼 수 있으나(이전의 헌재사례에서는 주로 토지재산권(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383-432 등)이나 대기업의 자본지분인 주식(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2 하, 104-137) 등에 대하여 위와 같은 근거로 국가에 의한 폭넓은 제한이

② 이 사건 법률조항(매도청구권)을 공용수용으로 보는 입장

그러나 위와 같은 매도청구권의 행사로 재건축불참자는 그 의사에 반하여 실질적으로 재산권이 박탈당하는 결과에 이른다는 점에서 이는 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같은 것으로 볼 수도 있다.<sup>19)</sup> 이 경우에는 헌법 제23조 제3항에 따라 보상적조치가 있어야 비로소 허용되는 범주 내에 있게 되는바, 이 사건 법률조항은 매도청구권행사에 의하여 시가에 따른 매매계약체결의 효과를 주고 있어 일응 정당한 보상요건은 갖춘 것으로 볼 수 있으므로 이러한 점에서는 특별히 위헌의 의심은 없다고 볼 수 있다.<sup>20)</sup> 다만, 청구인은 시장재건축에 있어서 다소 완화된 요건하에서 매도청구권을 부여한 것 자체의 위헌성을 묻고 있는 것이므로 이는 헌법 제23조 제3항 공용수용의 요건 중 ‘공공의 필요성’ 요건을 갖추었는지에 대한 의문이라고 볼 수 있고 이에 대한 실질적인 심사는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 이루어져야 할 것이므로 결과적으로는 이 사건 법률조항의

---

인정되었다), 단순한 재산권제한과 달리 이 사건 법률조항에 의하면, 시장재건축에 있어서 청구인과 같이 재건축사업에 반대하는 재래시장의 토지, 건물 소유자는 사업시행자의 매도청구권에 의하여 그 의사에 반하여 매매계약체결을 강요당하게 됨으로써 사실상 재산권의 처분권을 부인당하는 결과에 이르게 되는 점을 고려하면, 그 대상의 성격만으로 완화된 위헌심사기준이 적용될 수는 없을 것으로 보인다.

- 19) 시장재개발사업에 대하여는 재래시장활성화 특별조치법(2002. 12. 30. 법률 제 6852호로 개정되기 전의 것) 제16조 제5항에 의하여 준용되는 도시재개발법(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 폐지되기 전의 것) 제31조에 의하여 명시적으로 공용수용절차를 채택하고 있음에 반해 시장재건축사업에 있어서는 수용절차를 채택하지 아니하고 있는 점, 사업시행자가 형성권인 매도청구권을 행사함에 따라 매매계약의 성립이 강제되는 결과 재건축불참자로서는 우선적으로 재산권상실보다는 일반적 행동의 자유인 매도인의 계약체결권이 제약되는 것으로도 볼 수 있는 면이 있는 점에 비추어 보면, 시장재건축사업에 있어서 매도청구권을 형식상 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용’으로 보기는 어려운 듯이 보이나, 공용수용은 특정한 공익사업을 위하여 법률에 의거하여 타인의 토지 등의 재산권을 강제적으로 취득하는 것을 의미하는 것으로서(김남진, 행정법 2(2004), 법문사, 526면), 실정법에서 토지소유권 등을 박탈하는 제도로 ‘수용’이라는 표현의에도 환지처분(도시개발법 제41조 제1항 후단), 징발(징발법 제19조)이라는 용어가 사용되고 있는 점, 궁극적으로 사업시행자의 일방적인 매도청구권의 행사에 의하여 매도인이 매매대금을 지급받고 목적물의 소유권을 이전해줄 의무를 부담함으로써 소유권을 상실하게 된다는 점에서는 실질적으로 ‘소유자의 의사에 반하는 수용’이라고 볼 수도 있다(김종보, 앞의 글, 105-106면 참조).
- 20) 청구인이 특별히 보상규정이 없다거나 불충분하다는 점을 다투고 있는 것은 아니다.

성격 분류와는 크게 상관없이 그 심사 방법은 비슷하다고 볼 수 있다.<sup>21)22)</sup>

③ 그리고 이 사건에 있어서의 2가지 쟁점인 시장재건축에 집합건물법상의 매도청구권을 준용하여 인정하는 것의 타당성과 매도청구권의 행사요건을 집합건물법상의 통상적인 결의요건보다 완화하여 인정하는 것의 타당성은 그 논증과정이 크게 다르다고 보기 어려우므로 이를 구분하지 않고 함께 살펴본다.

## 나. 과잉금지원칙의 위배여부

### (1) 목적의 정당성

① 1996년부터 유통시장이 개방되고 대기업의 유통시장진출이 이루어진 이후 대형할인점, 편의점, 무점포판매업의 매출액은 급속히 증가하였으나, 재래시장에 대한 시장당 방문객수와 재래시장, 슈퍼마켓, 구멍가게 등의 영세소매업의 매출은 모두 지속적으로 감소하고 있으며 시설개선을 마친 재래시장의 일부 점포에 있어서만 매출이 증가하는 경우가 있다. 그리고 재래시장의 경우에는 백화점이나 대형할인점 등에 비하여 대체로 건물이 노후화되었고, 편의시설 등이 부족한 상태이며 종사자 평균연령도 높고 점포포의 비율도 적지 않으며 점포당 평균 종사자수는 매우 적어 운영규모가

21) 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 하는 것이며(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 56), 여기서의 공공필요란 단순히 국가가 자신의 재산권을 확대하기 위하거나, 조세증감의 목적만으로 국민의 재산권을 수용 하는 것과 같은 경우는 해당되지 않을 뿐만 아니라, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 수용 등을 요하는 공공필요는 사익보다도 더 중요한 공익을 실현시키기 위한 목적에서만 가능하고, 또 그 목적을 달성하기 위한 수단은 그 목적달성에 적합할 것이 요구되며, 또 수용 등은 그 특정의 공익목적을 달성하기 위한 최후의 수단으로서 고려되어야 할 것이다(이명웅, 헌법 제23조의 구조, 헌법논총 제11집(2000), 339면 참조).

22) 참고로 공공의 필요성과 관련하여 근본적으로 사적개발을 위한 공용수용권이 어느 범위에서 허용될 수 있는가의 문제로도 접근할 수 있는바, 미국에서는 그 동안 사적개발의 경우 공용수용권을 관대하게 허용하는 입장(연방대법원 판례 2개)과 공용수용조항의 해석을 엄격히 하여 사유재산의 보호를 우선시하는 입장(연방이나 주의 하급심 판례들)으로 나뉘어 있었는데 최근에 공용수용을 좀 더 쉽게 허용하는 취지의 연방대법원의 판례{Kelo v. New London(2005)}가 나왔다고 한다(신평, 미국에서의 사적 개발목적을 위한 공용수용, 저스티스 통권 제90호, 73-94면 참조).



매우 영세한 형편이다.<sup>23)</sup>

② 시장재건축제도는 낙후된 재래시장의 재건축을 통하여 재래시장을 현대화하고, 활성화하여 균형있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 하며(재래시장활성화 특별조치법 제1조), 더 구체적으로는 재래시장을 활성화함으로써 재래시장의 토지, 건물 소유주는 물론 나아가 서민들이 대다수를 이루는 재래시장상인들<sup>24)</sup>의 생계도 보호하려는 데 그 목적이 있으며, 또한 시장재건축제도를 규정한 위 각 특별조치법은 모두 한시법으로서<sup>25)</sup> 일정기간 내에 재개발, 재건축의 동의요건을 갖춘 재래시장을 현대화하여 유통산업을 개편하려는 목적도 가지고 있으며 이 사건 법률조항에 따른 매도청구권은 위와 같은 시장재건축사업이 토지등 취득과정의 어려움으로 지연되지 않고 적시에 진행될 수 있도록 사업시행자가 비참가자로부터 토지 등을 취득할 수 있게 해주는 제도이다.

즉, 시장재건축불참자에 대하여 그 토지 등을 시가로 매도할 것을 청구하는 내용의 매도청구권은 재건축을 가능하게 하기 위한 최소한의 필요조건으로서<sup>26)</sup> 사업시행자가 협의에 의하여 토지를 취득하는 것 보다도 더 적시에 시장재건축사업이 이루어지게 하고, 시장재건축제도 자체가 위헌이 아니라고 보는 이상 위 매도청구권도 당연히 사업시행지역내의 모든 토지와 건물을 그 대상으로 삼아 행사될 수 있는 것이며, 위와 같은 시장재건축제도의 입법목적에 봉사하는 제도로서 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

③ 그리고 재래시장의 경우에는 토지·건물주, 입점상인, 노점상 등의 이해관계인이 많고 다양한 점, 재래시장의 경우에는 그 시설이 낙후되어 있다고 하더라도 점포위치나 영업수완에 따라 평균 이상의 영업이익을 누리고 있는 점포주들은 재건축에 반대할 가능성이 매우 크고 이들의 비율이

23) 별지 참고자료 참조.

24) 2004년 12월말 현재 재래시장 종사자는 388,997명 정도이고, 자영업자와 임차상인의 비율은 거의 비슷한 수준이다.(별지 참고자료 참조)

25) 각 법률의 적용시한은 경영안정지원 특별조치법은 1996. 3. 1. - 2006. 2. 28., 재래시장활성화 특별조치법은 2002. 4. 1. - 2007. 3. 31., 재래시장육성을 위한 특별법은 2005. 3. 1. - 2014. 12. 31.이다.

26) 만일 매도청구권이 인정되지 않는다면 사업시행자는 재건축에 반대하는 불참자를 설득하여 협의매수하는 방법밖에 없다고 할 것인데 이러한 방법으로는 이후의 절차진행은 거의 불가능하거나 적시에 실시할 수 없게 되어 위의 입법목적을 달성할 수 없을 것이다.

20%를 넘는 경우에는 통상의 집합건물법 상의 동의요건(80%)을 갖추기가 매우 어려우며, 나아가 임차인들의 보증금과 권리금 등의 문제가 얽혀있어 소유자들의 결의과정이 순탄치 않을 것으로 충분히 예상할 수 있는 점, 재래시장은 그 규모가 적지 않은 경우도 많을 뿐만 아니라 재래시장 자체만으로 독자적인 경제·상업지구를 형성하는 것이 아니라 주변지역과 밀접한 경제적, 문화적 관련성을 갖고 있는 경우도 많아 좀 더 광역적인 차원에서 계획적으로 개발될 필요성이 있으며 또한 주로 시민들에게 생활필수품 등을 공급하는 유통업이 주류를 이루는 지역으로서 일반 공중의 이해관계에도 밀접하게 관련되어 있으므로 재건축의 공공성이 현저하게 크다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 볼 때 재래시장재건축은 그 시장내의 이해관계를 넘어서는 것이므로 통상의 집합건물 보다는 그 동의요건을 완화하여야 할 필요성이 충분히 인정되며 그 구체적인 동의요건을 정하는 것은 입법재량사항이라고 할 것이다.<sup>27)</sup>

따라서 재래시장 재건축의 필요성과 현실적인 어려움, 사업시행의 편의성과 영향력 등을 고려할 때 시장재건축에 있어서 그 행사요건으로서 3/5 이상의 동의를 전제로 매도청구권을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

## (2) 방법의 적정성

매도청구권은 사업시행자가 비참가자의 토지를 시가에 따라 적절히 매수할 수 있게 함으로써 사업진행을 원활하게 하고 있으므로 위와 같은 입법목적 달성에 매우효과적인 수단으로서 방법의 적정성도 인정할 수 있다.

## (3) 피해의 최소성과 법익의 균형성

시장재건축결의에 있어서는 토지면적기준 토지소유자, 토지소유자총수,

27) 참고로 다른 결의요건을 살펴보면 다음과 같다. 집합건물 관리단규약의 설정, 변경, 폐지 : 의결권의 3/4 이상(집합건물법 29조), 도시재개발사업의 조합설립시 토지소유자 총수 및 건축물소유자 총수의 각 2/3 이상(구 도시재개발법 제12조 제2항) - 이는 도정법에 와서 토지소유자와 건축물소유자의 4/5 이상으로 변경되었음(도정법 제16조 제1항), 주택재건축사업의 조합설립시 동별소유자 2/3, 전체소유자 4/5 이상(도정법 제16조 제2항), 주거환경개선사업 : 토지등 소유자의 2/3 이상(도정법 제7조)

건물소유자총수의 각 5분의 3 이상의 동의를 요함으로써 재래시장내의 어느 한 이익집단만의 동의로써 사업이 진행될 수는 없도록 하여 각 집단의 이해관계가 골고루 반영될 수 있도록 한 점, 사업시행자는 시장재건축결의가 있다고 하여 바로 비참가자에게 매도청구권을 행사할 수 있는 것은 아니고 집합건물법 제48조 제1, 2항에 따라 비참가자에게 재건축에의 참가여부를 묻는 서면최고서를 발송하고 그 구분소유자에게 최고 수령일로부터 2월 이내에 회답할 수 있는 기회를 제공하고 그 기간이 경과한 때에야 매도청구권을 행사할 수 있는 점, 매도청구권의 행사에 의하여 매도청구권자와 행사의 상대방 사이에 체결된 것으로 보는 매매계약상의 매매대금은 시가에 의하여 결정된 것으로 규정함으로써 상대방에게 적정하고도 충분한 보상을 보장하고 있는 점<sup>28)</sup>, 매도청구권을 행사하였다고 하더라도 매도청구인의 현실적인 대금지급과 상대방의 협조가 없는한 바로 명도를 받을 수 있는 것은 아니고 상대방과 협의가 이루어지지 않으면 후에 소송을 제기하여 법원의 판결에 의하여 집행할 수밖에 없어 매도인이 바로 소유권을 상실하거나 명도를 당하게 되는 것은 아닌 점, 매도청구를 받은 재건축불참자는 건물의 명도로 생활상 현저한 곤란을 받을 우려가 있고 또한 재건축의 수행에 심한 영향이 없는 때에는 법원은 그 재건축불참자의 청구에 따라 대금의 지급 또는 제공일로부터 최장 1년간 건물의 명도에 관한 기간을 허여할 수 있는 점(집합건물법 제48조 제5항), 재건축의 결의일로부터 2년 이내에 건물철거의 공사가 착수되지 아니한 경우에는 토지 등을 매도한 자는 이 기간의 만료일로부터 6월 이내에 매수인이 지급한 대금에 상당한 금액을 그 구분소유권 등을 가지고 있는 자에게 제공하고 이들의 권리를 매도할 것을 청구할 수 있는 점(집합건물법 제48조 제6항) 등을 고려하여 보면, 시장재건축절차에 있어서 수용절차와 같은 강력한 소유권박탈의 제도를 채택하지 아니하고 협의매수의 가능성이 있는 매도청구권을 부여하고 있고 또한 매도청구권 행사에 있어서도 여러 가지 제한을 가함으로써 비참가자의 이익도 충분히 보장하고 있는 것이므로 피해의 최소성 요건도 갖추었고, 그리고 이 사건 법률규정으로써 보호되는 재래시장활성화나 그 사업

28) 소송에 의하는 경우에도 법원이 임의로 시가를 결정하는 것이 아니라 주로 전문 감정인의 시가감정을 거쳐 그 시가를 결정한다.

추진의 원활화 등의 공익이 적절한 보상 등을 통하여 이 사건 법률조항으로 제한을 받게 되는 비참가자의 재산권이라는 이익을 능가한다고 할 수 있으므로 법익의 균형성도 갖추었다.

#### (4) 소결

따라서, 이 사건 법률조항은 시장재건축사업지역 내의 재건축불참자의 재산권을 본질적인 내용까지 침해한다거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

### 4. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정은 시장재건축사업에 있어서 재건축조합이 갖는 매도청구권이 비록 그 사업주체가 국가나 공공단체와 같은 공적인 업체가 아니라고 하더라도 오늘날 공용수용의 개념의 확대경향과 당사자에 미치는 실질적인 효과를 고려할 때 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같은 것이라고 해석하였고 또한 구체적으로 이 사건에서는 정당한 보상의 존부 보다는 ‘공공의 필요성’의 존부가 주된 쟁점이며 이는 통상의 과잉금지원칙에 의하여 심사가 가능함을 밝혔다는 점에 의의가 있다.

**[참고자료]29)**

1. 전국 재래시장 현황(2004년 12월 말)

시장수

구 분	계	상설시장	정기시장(5일장)	무등록시장
시장수(%)	1,702	824(48.4)	394(23.1)	484(28.5)
점포수	237,407	123,143	35,546	78,718

\* 시장당 평균점포수 140개, \* 임대점포 58.1%, \* 빈점포율 14.0%

소유형태

구 분	계	법인시장	개인시장	공설시장	임의개설
시장수(%)	1,702	503(29.6)	510(30.0)	492(28.9)	197(11.6)

종사자

구 분	계	자영업자	임차상인	종업원
인 원	388,997	148,629	133,583	106,785

\* 점포당 평균 종사자 수 : 1.6명, \* 50세 이상 49.9%

상인조직 : 조직율 64.3%(법인 30.6%, 임의단체 69.4%), 미조직 35.7%

영업현황

○ 시장당 평균 방문객 및 매출액은 감소추세

\* 1일 평균방문객 지수 : (03) 100 → (04) 95.6 (4.4% 감소)

29) 재래시장육성을위한특별법 전부개정법률안 검토보고서(2006. 2.), 국회산업자원위원회 전문위원 지성배(<http://search.assembly.go.kr/bill/>)

\* 1일 평균매출액 지수 : (03) 100 → (04) 91.8 (8.2% 감소)

- 시설개선에 성공한 시장의 매출 증가 점포비율 30%

□ 소매업태별 업체 수

구 분	백화점	할인점	편의점	무점포영업	영세소매업
1996	109	28	1,885	11,579	705,916
2004	96	275	8,247	15,270	625,986

□ 소매업태별 판매액지수

- 할인점, 편의점, 무점포판매업의 매출액은 급속히 성장, 영세소매업 (슈퍼마켓, 재래시장, 구멍가게 등)은 감소

구 분	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	증가율(%)
백화점	93.3	91.8	77.2	88.7	100	105.4	110.1	103.4	95.1	1.9
슈퍼마켓	111.4	112.8	104.3	98.8	100	96.7	95.8	96.6	89.8	△19.4
대형할인점	20.1	33.2	47.8	71.5	100	126.8	153.8	167.1	176.8	779.6
편의점	83.3	89.6	79.2	81.7	100	142.6	195.8	239.2	247.6	197.2
기타대형점	89.7	97.1	81.1	90.6	100	110.4	125.2	109.8	89.9	0.2
무점포판매	-	-	-	-	100	141.4	179.6	171.9	170.0	70.0
기타소매점	97.9	100.6	86.7	92.5	100	98.8	100.1	91.6	86.2	△12.0

\* 주 : 2000년을 100으로 한 불변금액지수

\* 자료 : 대한상공회의소 도소매업실태조사 각 연도

□ 시설 노후도

- 기본시설(건물노후정도, 소방시설, 가스시설, 전기통신시설, 상하수도 시설, 냉방시설, 난방시설) 평가는 평균 2.73으로 보통이하, 편의시설(화장실, 주차장, 고객편의시설)은 평균 2.46으로 보통이하, 전체적으로 불량도가 높은 수준(보통 3)

2. 재래시장의 경쟁력(2005년 6월 조사)

\* 27개 시장, 상인 2,560명, 소비자 2,560명 면접설문조사(유통학회)

상인의 연령대 : 50세 이상 49.9%(평균연령 49.6세)

20대	30대	40대	50대	60대	70세이상	계	평균
16%	13.8%	34.6%	34.1%	13.7%	2.1%	100.0%	49.6세

점포운영경력 : 경력 평균 14.2년, 10년 이상이 65.6%

3년 미만	3~6년 미만	6~10년 미만	10~15년 미만	15~20년 미만	20~25년 미만	25~35년 미만	35년 이상	계	평균
10.1%	14.3%	10.0%	19.8%	10.5%	19.1%	12.5%	3.7%	100%	14.2년

경쟁력 상품 : 농수산물, 수산물, 축산물 순(비경쟁력 : 의류, 가공식품)

농산물	수산물	축산물	의류/속옷	가공식품
71.5%	62.0%	30.4%	28.9%	14.5%

\* 소비자설문조사결과 구입품목 중복 응답

신용카드사용 비율 : 25%

시장정비사업 구역 선정현황 및 추진현황

계	용도지역별				정비방식	
	상업	주거	준주거	기타	주상복합	상가전용
107	29	44	26	8 (준공업 1, 주거상업 2, 기타 5)	84	23

연도별 현황	'96~'98	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	계
사업시행구역 선정	49	6	7	9	5	15	8	8	107

계	완료	추진중			효력 상실	*부진사유				
		소계	정상	부진 *		계	조합원 분쟁	수익성 부족	자금 부족	기타
130 (100%)	24 (18.5%)	83 (63.8%)	60	23	23 (17.7%)	23	11	9	2	1

주 : 당초 130개 시장이 사업시행구역으로 선정되었으나 23개 시장 효력  
상실

자료 : 중소기업청



## 구 관세법 제179조 제2항 제1호 등 위헌소원

-구 관세법상의 '수입'이라는 용어가 형벌법규의 명확성 원칙에  
위배되는지 여부-

(헌재 2006. 7. 27. 2004헌바68, 판례집 18-2, 80)

김 주 경\*

### 【관시사항】

1. 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 관세법'이라 한다) 제137조 제1항 중 '수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다)' 부분 및 제179조 제2항 제1호 중 제137조 제1항 가운데 '수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다)' 부분(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 형벌법규의 명확성 원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 헌법 제3조에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상조문】

이 사건 심판의 대상은 구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 관세법'이라 한다) 제137조 제1항 중 '수입'에 관련된 부분(이하 '의무조항'이라 한다) 및 제179조 제2항 제1호 중 의무조항에 관련된 부분(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 헌법에 위배되는지 여부인바, 위 법률조항은 다음과 같다

---

\* 헌법연구관보

(청구인은 구 관세법 제2조 제1항을 이 사건 심판대상 조문으로 삼고 있으나 아래에서 보는 바와 같이 구 관세법 제2조 제1항은 이 사건 심판대상 조문에서 제외한다).

구 관세법(1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5583호로 개정되기 전의 것)

제179조(밀수출입죄)

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 몰품원가 중 높은 금액이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자

제137조(수출·수입 또는 반송의 신고)

① 물품을 수출·수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다) 또는 반송하고자 할 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 청구인은 ‘고공사’라는 상호로 골동품매매업에 종사하는 자인바, 북한의 극심한 경제난과 문화재 관리 소홀로 북한주민이 도굴하거나 절취한 고려시대의 청자 등이 중국상인들에 의하여 불법적으로 반출되어 은밀히 거래되자 수입 신고 없이 1997. 5. 10.경부터 1998. 4. 5.경까지 북한산문화재를 중국에서 비교적 저가에 구입한 후 거액에 되팔아 막대한 차익을 얻기 위해 이를 수입하였다는 공소사실로 2003. 10. 22. 서울고등법원에서 징역 2년 6월에 3년간 집행유예, 벌금형의 선고유예, 압수된 분청청호 1점 몰수, 금646,702,000원을 추징한다는 유죄판결[2003노586 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세)등]을 받았다.

나. 이에 청구인은 2003. 11. 10. 위 판결에 불복하여 대법원에 상고를 제기하였고, 위 소송계속 중인 2003. 11. 25. 위 유죄판결의 적용법조인 구 관세법 제179조 제2항 제1호와 제137조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신

청을 하였으나 같은 법원이 2004. 8. 20. 이를 기각하는 결정(2003초기473 위헌제청신청)을 하자 2004. 9. 10. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인의 주장요지와 법원의 제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장요지

(1) 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있음에도 불구하고 법원은 북한 문화재를 구 관세법 제179조 제2항 제1호, 제137조 제1항, 제2조 제1항 제1호에 해당하는 외국물품으로 인정하고 있다. 이는 구 관세법의 위와 같은 규정이 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성 원칙에 위반되게 규정되어 결과적으로 행정기관과 법원으로 하여금 위 조항을 자의적으로 해석·적용할 길을 열어준 것이다.

(2) 대법원은 2004. 8. 20. 청구인의 상고를 기각하면서 구 관세법 제2조 제1항에 의하면 ‘수입’은 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 우리나라에 인취하는 것을 의미하는 것인바, 북한 문화재라고 하더라도 그것이 중국으로부터 우리나라에 도착된 이상 수입에 해당하는 것이므로 당해 물품이 북한 문화재인지 여부는 구 관세법을 해석·적용함에 있어 아무런 영향이 없는 것이라는 취지로 판시한바 있다.

그러나 구 관세법 제2조 제1항의 ‘수입’은 제2항의 ‘수출’에 대응하는 규정으로서 ‘이 법에서 “수출”이라 함은 내국물품을 외국으로 반출함을 말한다.’고 규정되어 있다. 더욱이 “외국물품”은 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이며(구 관세법 제2조 제3항), “내국물품”은 우리나라에 있는 물품으로 외국물품이 아닌 것으로(구 관세법 제2조 제4항) 각 규정하고 있다. 따라서 위의 ‘수입’에는 대법원이 해석하는 것처럼 “내국물품”이 포함된다 고 해석할 수는 없다. 더 나아가 재판시법인 개정된 관세법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정된 것) 제2조 제1호에서 “수입”이라 함은 외국물품을 우리나라에 반입하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것을 말한다고 규정하고 있다.

(3) 북한의 실체를 국가가 아닌 반국가단체로 보는 것은 움직일 수 없는

법리이지만 남북 간의 자유왕래와 교역량이 나날이 증가하는 현실과 2005. 1. 27. 법률 제7365호로 개정된 문화재보호법 제55조 제6항에 의하면 북한의 문화재는 바로 우리 문화재로 볼 수 있음에도 불구하고 청구인의 이 사건 북한문화재의 반입을 남북교류협력에 관한 법률을 적용하지 아니하고 관세법으로 의율 하는 것은 부당하며 위와 같은 경우 관세법의 의율대상이 될 것인지 여부에 대한 헌법적인 해명의 필요성이 있다.

(4) 이 사건 구 관세법 규정은 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(관세)과 결합으로 그 형량이 형벌법규의 적정성 원칙에 위반되는 과도·광범위한 벌칙에 해당되어 과잉금지 원칙에 위반된다.

### 나. 법원의 제청신청기각이유

청구인에게 적용되는 구 관세법 제2조 제1항에 의하면, 이 법에서 “수입”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당되는 물품을 우리나라에 인취하는 것을 말한다고 하면서, 그 제1호로서, 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이라고 규정하고 있고 구 관세법 제179조 제2항, 제1항<sup>1)</sup>, 제137조 제1항은 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자를 처벌한다고 규정하고 있으므로 위 법의 해석상 이 사건 물품이 비록 북한문화재라 하더라도 그것이 중국으로부터 우리나라에 도착된 이상 위 관세법의 규정에 따라 수입신고를 하여야 하는 것이고, 이 경우 당해 물품이 북한 문화재인지 여부는 구 관세법을 해석·적용함에 있어 아무런 영향이 없는 것이며, 또한 위 관세법의 규정은 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단에서 보더라도 그 구성요건이 명확하여 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것도 아니라고 할 것이므로, 구 관세법 제179조 제2항, 제1항, 제137조 제1항이 헌법 제3조에 위반된다거나 그로 인하여 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

### 다. 재정경제부장관의 의견

(1) 헌법 제3조의 영토규정에 따라 북한물품의 국내반입을 구 관세법상

---

1) 이는 “제1호”의 명백한 오기로 보인다.

의 “수입”에 해당하지 않는다는 청구인의 주장은 관세법상의 “수입” 및 “외국물품”의 개념을 혼동한 결과이다.

(2) 구 관세법 제2조 제1항 제2호는 수출신고가 수리된 물품을 우리나라에 인취하는 것도 수입에 포함시키고 있다. 즉 국내에서 생산된 물품이라도 수출신고가 수리되어 해외로 수출된 물품을 다시 우리나라에 인취하는 경우에도 당연히 구 관세법 제2조 제1항에 따른 “수입”의 개념에 포함시키고 있는 것이다. 또한 구 관세법 제2조 제3항은 “외국물품”을 정의하면서 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품으로서 수입신고가 수리되기 전의 것과 수출신고가 수리된 물품을 말한다고 규정하고 있어 그 생산지가 어디인지를 불문하고 있다. 따라서 관세법의 해석상 당해 물품이 외국물품인지 여부와 수입신고 대상인지 여부는 그 물품이 어디에서 생산되었는지 여부와는 무관한 것이다.

#### 라. 서울중앙지방검찰청 검사장의 의견

(1) 헌법 제3조는 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 한다는 영토에 관한 조항으로서 청구인이 북한에서 불법 도굴된 북한 문화재를 중국을 거쳐 세관장에게 신고하지 아니하고 밀수한 이상 구 관세법에 따른 형사처벌은 당연한 것이며 위 헌법 조항에 위반되지 아니한다.

(2) 구 관세법이 “수입”을 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 우리나라에 인취하는 것’으로 명확하게 규정하고 있기 때문에 일반인의 이해와 판단에서 보더라도 그 구성요건이 명확하여 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어려우므로 헌법 제12조 제1항에 위반되지 아니한다.

### 【결정요지】

#### 1. 명확성 원칙 위반 여부에 대한 판단

구 관세법은 ‘수출신고가 수리된 물품’(구 관세법 제2조 제1항 제2호)을 인취하는 것도 수입의 개념에 포함시키고 있고 ‘외국물품’은 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품으로서 수입신고가 수리되기 전의 것과 수출신고가

수리된 물품'을 말하는 것으로(구 관세법 제2조 제3항) 정의하고 있어 수입 대상물품의 제조국 또는 가공국 여부를 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 인취하면 모두 수입으로 규정하고 있다. 한편 남북교류협력에 관한 법률(이하 '남북교류법'이라 한다)은 “교역”을 남북 간의 물품의 반출·반입으로(남북교류법 제2조 제2호), “반출·반입”을 매매 등을 원인으로 하는 남북 간의 물품의 이동(단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동을 포함한다)으로(남북교류법 제2조 제3호) 각 규정하고 있어 제3국을 단순히 경유하지 않은 물품, 즉 제3국에서 수입통관 후 국내 반입된 물품은 남북 교역 대상 물품으로 취급되지 않고 일반수입 물품으로 취급된다. 종합하면 남북교류법은, 교역당사자의 남북 간 물품 이동(단순히 제3국을 경유하는 경우를 포함한다)의 경우에만 적용되는 것이고 단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국으로부터 우리나라에 도착된 물품에는 관세법 등이 적용되므로 남북교류법이 관세법상의 수입의 개념에 영향을 미치지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항들은 법률조항 자체에 불명확성을 의심할 여지가 보이지 아니하므로 형벌법규의 명확성 원칙에 위반되지 아니한다.

## 2. 헌법 제3조 위반 여부에 대한 판단

청구인의 주장취지는 결국 당해사건에서 북한 문화재가 단순경유지가 아닌 제3국으로부터 남한지역에 도착한 경우에도 이 사건 법률조항들을 적용할 것인가의 문제, 즉 순수한 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 헌법재판소의 심판대상이라고 할 수 없고 또한 헌법 제3조의 영토조항과도 관련이 없다.

### 【해설】

#### 1. 적법요건의 검토

##### 가. 재판의 전제성

재판의 전제성이라 함은 법률이 헌법에 위반되는 여부가 법원이 담당하는 당해사건의 재판에 전제가 되어야 한다는 것으로 위헌법률심판제청에 있어서와 마찬가지로 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서도

요구된다. 그러므로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원에 있어서도 일반법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어 있어야 하고, 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 소송사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

한편 청구인이 헌법소원을 제기한 이 사건 법률조항들은 청구인의 유죄판결의 근거가 된 법률조항들로서, 당해사건인 대법원 2003도6949 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세) 등에 적용됨과 동시에 그 위헌여부에 따라 당해사건의 주문에 영향을 주게 되므로 청구인의 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 충족하였다고 보인다.

더 나아가 당해사건인 대법원 2003도6949 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세) 등이 대법원 선고일인 2004. 8. 20. 확정되었다 하더라도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원의 경우에는 당해 소송사건이 헌법소원의 계기로 정지되지 않기 때문에 헌법소원심판의 종국결정 이전에 당해 소송사건이 확정되어 종료되는 경우가 있을 수 있으나 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 인용되는 경우에는 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때라도 당사자는 재심을 청구할 수 있으므로(헌법재판소법 제75조 제7항), 판결이 확정된 때라도 재판의 전제성이 소멸되었다고 볼 수는 없다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등, 판례집 10-2, 116, 142 참조).

## 나. 구 관세법 제2조 제1항에 대한 헌법소원의 적법성

### (1) 쟁점

청구인은 대법원에 위헌법률심판제청신청시, 구 관세법 제179조 제2항 제1호 중 제137조 제1항 부분만을 심판대상 조문으로 하였다가 헌법재판소에 헌법소원 청구시에는 심판대상조문으로 위 법률조항들에 덧붙여 대법원에 위헌법률심판제청신청을 한바 없는 구 관세법 제2조 제1항을 추가하고 있다. 이제 아래에서 구 관세법 제2조 제1항이 헌법소원의 대상으로 적법

한지 여부에 대하여 판단한다.

## (2) 헌법재판소 판례

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 동법 제41조 제1항의 규정에 의한 위헌여부심판의 제청신청을 법원이 각하 또는 기각한 경우에만 당사자가 직접 당 재판소에 헌법소원의 형태로 심판청구를 할 수 있는 것이므로, 법원의 위헌제청신청기각결정의 대상이 되지 아니한 규정들에 대한 심판청구는 법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판의 대상이 될 수 없는 사항에 대한 것으로서 부적법하다(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221, 판례집 6-1, 239, 256; 헌재 1996. 8. 29. 95헌바41, 판례집 8-2, 107, 115-116; 헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177, 288; 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 618 ;헌재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530, 536-537; 헌재 1999. 4. 29. 98헌바29등, 판례집 11-1, 474, 474-476; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바74, 판례집 12-2, 68, 76 등 참조).

하지만 당사자가 위헌법률심판제청신청의 대상으로 삼지 않았고 또한 법원이 기각결정의 대상으로 삼지 않았음이 명백한 법률조항이라 하더라도 묵시적으로 제청신청과 기각결정의 대상에 포함되어 있는 것으로 볼 수 있는 경우에는 이러한 법률조항들에 대한 심판청구도 적법하다(헌재 2001. 1. 18. 2000헌바29, 판례집 13-1, 111, 114; 헌재 2001. 2. 22. 99헌바93, 판례집 13-1, 274, 280-281 등 참조).

## (3) 헌법재판소 선례의 구체적인 검토

### (가) 2000헌바29 사건

이 사건의 심판대상은 원칙적으로 청구인이 위헌제청신청을 하고 법원에서 기각당한 법률조항인 수표법(1962. 1. 20. 법률 제1002호) 제28조 제2항과 제29조 제1항의 위헌여부가 될 것이다(헌재 1994. 4. 28. 91헌바14, 판례집 6-1, 281, 294 참조).<sup>2)</sup>

2) 참고로 수표법 제28조 제2항 및 제29조 제1항의 내용은 다음과 같다.

제28조(수표의 일괄출급성)

② 기재된 발행일자 도래 전에 지급을 위하여 제시된 수표는 그 제시한 날에 이를 지급하여야 한다.



그러나 청구인은 앞에서 본 바와 같이 선일자수표의 경우 그 지급제시기간을 수표에 기재된 발행일자가 아닌 실제발행일로부터 기산하여야 한다는 주장을 하면서 위헌제청신청 및 이 사건 심판청구에 이른 것인데, 수표법 제29조 제1항은 국내수표의 지급제시기간은 10일간이라는 것으로, 이것만으로는 청구인이 다투는 선일자수표의 기산일에 관한 아무런 규율이 되지 않을 뿐 아니라, 여기에 반드시 기산일에 관한 규정인 같은 조 제4항을 보태어 보아야만 비로소 의미를 갖게 된다. 즉 수표법 제29조 제4항<sup>3)</sup>은 같은 조 제1항을 보충하는 규정으로서 이 두 규정은 이 사건에서 서로 필연적 연관관계에 있다고 할 것이므로, 비록 묵시적으로나마 선일자수표의 기산일에 관한 법률조항인 같은 조 제4항에 대하여도 위헌제청신청이 있었고, 그에 대한 법원의 기각결정도 있었다고 못 볼 바 아니므로 이를 심판대상에 포함시켜 함께 판단하기로 한다(헌재 2000. 1. 18. 2000헌바29, 111, 114).

(나) 99헌바93 사건

청구인은 당해사건에서 심판대상조항들이 적용된 결과로 유죄판결을 받았다. 그런데 심판대상 조항들 중 학원법 제22조 제1항 제2호<sup>4)</sup>에 대해서는 명시적인 위헌법률심판제청신청이 없었고 따라서 위헌제청신청 기각결정에서도 같은 규정을 명시적 판단대상으로 삼지는 않았다. 그러나, 같은 조항은 학원법 제6조 위반행위에 대한 벌칙규정으로서, 학원법 제6조에 대한 위헌법률심판제청신청과 이에 대한 법원의 판단에 위 벌칙규정에 대한 신청과 판단이 실질적으로 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다. 그러므로, 같은

---

제29조(지급제시기간)

① 국내에서 발행하고 지급할 수표는 10일 이내에 지급을 위한 제시를 하여야 한다.

3) 참고로 위 조문의 내용은 다음과 같다.

수표법 제29조

④ 전3항의 기간은 수표에 기재된 발행일자로부터 기산한다.

4) 참고로 위 조문의 내용은 다음과 같다.

학원법 제22조(벌칙)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제6조의 규정에 의한 등록을 하지 아니하고 학원을 설립·운영한 자

조항에 대한 심판청구도 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 적법요건을 갖춘 것으로 본다(헌재 2001. 2. 22. 99헌바93, 판례집 13-1, 274, 280-281).

#### (4) 구 관세법 제2조 제1항의 심판대상 적법여부에 대한 판단

헌법재판소는 명시적 심판대상 조문으로서 법원에 위헌법률심판제청신청을 한바 없는 법률조항이라고 하더라도 명시적인 심판대상규정과 필연적인 연관관계에 있음이 인정되면 예외적으로 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 심판의 대상으로 포함시키고 있음을 알 수 있다.

더 나아가 헌법재판소가 ‘필연적인 연관관계’가 있음을 인정한 예를 살펴보면 위와 같이 ‘청구기간’에서 ‘청구기간의 기산점’·‘의무부과 조항’에 대한 ‘의무불이행시의 벌칙조항’ 등이 이에 해당하며 그 공통점은 명시적인 심판대상 조문에 법원에 위헌제청을 한바는 없지만, 헌법재판소에 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 당시에, 비로소 심판대상 조문으로 추가된 조항을 보태어야만 의미를 가지게 되는 경우에 묵시적으로 제청신청과 기각결정의 대상에 포함되어 있는 것으로 보고 있음을 확인할 수 있다.

돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 청구인이 구 관세법 제2조 제1항에 대하여 명시적으로 대법원에 위헌법률심판제청신청을 한 사실이 없는 것은 인정되고, 대법원에 명시적으로 위헌법률심판제청신청을 한 조문인 구 관세법 제179조 제2항 중 제137조 제1항 부분은, 물품을 수입하고자 할 때 신고를 하지 아니하고 수입한 자는 5년이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품가액 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다는 것인바, 위 구 관세법 제179조 제2항 중 제137조 제1항 부분만으로도 그 의미가 충분한 것이다. 물론 여기에 수입을 정의하고 있는 구 관세법 제2조 제1항을 보태어 보면 그 의미가 더욱 명백해 질수는 있지만 반드시 구 관세법 제2조 제1항을 보태어 보아야만 그 의미를 갖게 되는 경우로는 판단되지 아니한다. 더 나아가 법원에 위헌법률심판제청신청을 한바 없더라도 위 구 관세법 제2조 제1항과 같은 정의규정에 대하여 헌법소원 심판대상조문 해석의 전제가 된다는 이유로 헌법소원 심판대상조문으로 인정하는 것은 헌법소원의 대상조문을 지나치게 확대하는 결과가 우려된다.

(5) 소결

따라서 청구인이 법원에 위헌법률심판제청신청을 한바 없고 그 결과 법원에서 각하 또는 기각결정을 받은바 없는 구 관세법 제2조 제1항 부분은 이 사건 헌법소원 심판대상조문으로 삼기에는 부적법하므로 이를 심판대상조문에서 제외함이 상당하다.

2. 입법연혁

외국으로부터 도착된 물품을 우리나라에 인취 하는 것을 “수입”으로 규정하기 시작한 것은 구 관세법(1967. 11. 29. 법률 제1976호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호이다. 그 후 관세법이 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되면서 관세법 제2조 제1호에서 “수입”이라 함은 외국물품<sup>5)</sup>을 우리나라에 반입하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것으로 규정한 이후 현재까지 동일하게 규정되어 있다.

한편 물품을 수입하고자 하는 경우에 신고하지 아니하고 물품을 수입한 자를 형사처벌하는 규정은 1995. 12. 6. 법률 제4982호로 개정된 구 관세법 제181조에서 처음으로 규정되었다.<sup>6)</sup> 1995. 12. 6. 법률 제4982호로 개정된 구 관세법에서는 관세포탈죄(관세법 제180조)<sup>7)</sup>와 무신고수출입죄로 나누어

5) 한편 ‘외국물품’에 대하여는 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정된 관세법 제2조 제3호에서 “가. 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품(외국의 선박 등에 의하여 공해에서 채집 또는 포획된 수산물 등을 포함한다)으로서 제241조 제1항의 규정에 의한 수입의 신고(이하 ‘수입신고’라 한다)가 수리되기 전의 것 나. 제241조 제1항의 규정에 의한 수출의 신고(이하 ‘수출신고’라 한다)가 수리된 물품”으로 정의하고 있다.

6) 참고로 위 법률을 적시하면 다음과 같다.  
제181조(무신고수출입죄) 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수출 수입 또는 반송한 자(제186조의3에 해당하는 자를 제외한다)는 10년 이하의 징역 또는 그 물품원가의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

7) 참고로 위 법률을 적시하면 다음과 같다.  
제180조(관세포탈죄)  
① 사위 기타 부정한 방법으로 관세의 전부 또는 일부를 포탈한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 그 포탈한 세액의 2배 이상 10배 이하에 상당한 벌금에 처한다. 다만, 제186조의3의 규정에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.  
② 허위 기타 부정한 방법으로 관세의 감면을 받거나 관세의 감면을 받은 물품

규정한 다음, 해석상 관세포탈죄가 성립되지 아니하는 경우에 무신고수입죄가 성립한다고 보았고, 따라서 유세품을 수입신고하지 아니하고 수입한 경우에는 모두 관세포탈죄가 성립하는 한편, 부정한 수입신고를 하여 물품을 통관하는 경우 부정수입죄(관세법 제181조의2)<sup>8)</sup>가 성립하였기 때문에 무신고수입죄는 사실상 무세품을 밀수입하는 경우에만 성립하는 범죄였다.<sup>9)</sup>

한편 1996. 12. 30. 법률 제5194호로 개정된 구 관세법에서는 유세품과 무세품을 구별하지 아니하고 수입신고하지 아니하고 수입하는 경우에는 모두 제179조 제2항 제1호<sup>10)</sup>에 의하여 처벌하도록 통일성을 기하였다.<sup>11)</sup>

에 대한 관세의 징수를 면탈한 자도 또한 제1항과 같다.

③ 사위 기타 부정한 방법으로 관세의 환급을 받은 자도 제1항과 같다. 이 경우 세관장은 사위 기타 부정한 방법으로 환급받은 세액을 즉시 징수한다.

8) 참고로 위 법률을 적시하면 다음과 같다.

제181조의2(부정수출입죄) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 물품원가 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 법령이 정하는 허가 승인 추천 원산지증명 기타 조건을 허위 기타 부정한 방법으로 구비하여 제137조 또는 제138조의2의 신고를 한 자
2. 법령에 의하여 수입이 제한된 사항을 회피할 목적으로 부분품을 수입하거나 완제품을 부분품으로 분할하여 수입한 자

9) 부산지방법검찰청, 해양범죄백서, 1997, 552면.

10) 참고로 위 법률을 적시하면 다음과 같다.

제179조(밀수출입죄)

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가 중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자.

제137조(수출·수입 또는 반송의 신고)

① 물품을 수출·수입(수출자유지역에의 반입을 포함한다) 또는 반송하고자 할 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

11) 이러한 통일성은 제180조의 관세포탈죄의 주체를 “제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 수입신고를 한 자”로 한정함으로써 유세품인든 무세품이든 불문하고 수입신고를 하지 아니하고 수입을 한 자는 제179조에 의하여 처벌되도록 한 것에 연유한다.

참고로 제180조를 적시하면 다음과 같다.

제180조(관세포탈죄)

① 제137조 제1항 및 제2항 또는 제138조의2 제1항의 규정에 의한 수입신고를 한 자 중 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈한 관세액의 5배와 물품원가 중 높은 금액이하에 상당하는 벌금에 처한다. 이 경우 제1호의 물품원가는 전체물품 중 포탈한 세액의 전체세액에 대한 비율에

그 후 1998. 12. 28. 법률 제5583호로 관세법이 개정되면서 제179조 제2항 제1호에 ‘다만, 제143조의2 제1항<sup>12)</sup>의 규정에 의한 반출신고를 한 자를 제외한다.’는 단서를 추가하였다. 한편 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 관세법이 개정되면서 조문의 위치가 제179조에서 제269조<sup>13)</sup>로 바뀌어져 규정된 이후 현재까지 동일하게 규정되어 있다.

### 3. 명확성 원칙 위반여부에 대한 판단

#### 가. 명확성 원칙의 헌법상 의의

헌법 제12조 제1항 후문은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다.

해당하는 물품만의 원가로 한다.

1. 세액결정에 영향을 미치기 위하여 과세가격 또는 관세율 등을 허위로 신고하거나 신고하지 아니하고 수입한 자
2. 법령에 의하여 수입에 필요한 허가·승인·추천·증명 기타 조건을 구비하지 아니하거나 사위 기타 부정한 방법으로 구비하여 수입한 자
3. 법령에 의하여 수입이 제한된 사항을 회피할 목적으로 부분품으로 수입하거나 주요 특성을 갖춘 미완성·불완전한 물품 또는 완제품을 부분품으로 분할하여 수입한 자

12) 참고로 위 법률을 적시하면 다음과 같다.

제143조의2(수입신고전의 물품반출)

- ① 수입하고자 하는 물품을 수입신고 전에 운수기관·관세통로 또는 이 법에 규정된 장치장소로부터 즉시 반출하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 세관장에게 반출신고를 하여야 한다. 이 경우 세관장은 납부하여야 할 관세에 상당하는 담보를 제공하게 할 수 있다.

13) 참고로 위 법률을 적시하면 다음과 같다.

제269조(밀수출입죄)

- ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 관세액의 10배와 물품원가중 높은 금액 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 제241조 제1항 및 제2항 또는 제244조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하고 물품을 수입한 자. 다만, 제253조 제1항의 규정에 의한 반출신고를 한 자를 제외한다.

제241조(수출·수입 또는 반송의 신고)

- ① 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 하는 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

제253조(수입신고전의 물품반출)

- ① 수입하고자 하는 물품을 수입 신고 전에 운송수단·관세통로·하역통로 또는 이 법의 규정에 의한 장치장소로부터 즉시 반출하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 세관장에게 즉시반출신고를 하여야 한다. 이 경우 세관장은 납부하여야 하는 관세에 상당하는 담보를 제공하게 할 수 있다.

이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이라는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 792; 헌재 1998. 5. 28. 97헌바68, 판례집 10-1, 640, 655-656).

또한 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는 것은 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 19; 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 269-270 참조).

## 나. 이 사건 법률조항들이 명확성 원칙에 위반되는지 여부

### (1) 구 관세법상 수입의 개념

구 관세법 제2조 제1항 제1호는 ‘수입’의 개념을 정의함에 있어 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 인취하는 것’이라고 규정하고 있다. 또한 구 관세법 제2조 제1항 제2호에서는 ‘수출신고가 수리된 물품’도 수입의 개념으로 정의하고 있어 국산품이라고 할지라도 수출면허가 된 것은 수입의 대상이 된다.<sup>14)</sup> 즉 구 관세법은 수입의 대상이 된 물품이 어느 나라에서 제조 또는 가공되었는지 여부를 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된

물품을 인취하면 모두 수입으로 규정하고 있다.

더 나아가 구 관세법 제2조 제3항에서는 ‘외국물품’을 ‘외국으로부터 우리나라에 도착된 물품으로서 수입신고가 수리되기 전의 것과 수출신고가 수리된 물품’을 말하는 것으로 정의하고 있는 한편, 구 관세법 제2조 제4항에서는 ‘내국물품’을 ‘우리나라에 있는 물품으로서 외국물품이 아닌 것, 우리나라의 선박 등에 의하여 공해에서 채포된 수산물 등, 입항전 수입신고가 수리된 물품 등’으로 정의하고 있음을 알 수 있다.

따라서 구 관세법 제179조 제3항 중 제137조 제1항의 규정에 의한 무신고수입행위의 처벌대상이 되는 수입의 목적물은 제조국 또는 가공국을 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이기만 하면 족하다고 할 것이다.

또한 관세법이 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 전문 개정되면서 제2조 제1호에 ‘수입’이라 함은 외국물품을 우리나라에 반입하거나 우리나라에서 소비 또는 사용하는 것을 말한다고 하여 수입의 대상이 마치 제조국 또는 가공국이 외국이어야 하는 것으로 이해될 수 있다. 하지만 같은 법 제2조 제3호는 ‘외국물품’을 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품으로서 제241조 제1항15)의 규정에 의한 수입의 신고가 수리되기 전의 것(관세법 제2조 제3호 가목)과 제241조 제1항의 규정에 의한 수출의 신고가 수리된 물품(관세법 제2조 제3호 나목)으로 규정하고 있어 이러한 수입의 개념규정은 구 관세법의 입장과 동일하다고 할 수 있다.

더 나아가 밀수출입죄의 보호법익은 국가재정수입의 확보와 관세정책의 질서유지라고 할 것인바<sup>14)</sup> 이러한 보호법익을 전제로 하더라도 이 사건 법률조항들이 특별히 수입목적물의 제조국이나 가공국이 어느 나라인지에 따라 신고의무를 달리 규정하고 그 결과 밀수출입죄의 범죄성립여부를 달리 보지 아니함을 알 수 있다.

14) 신동수, 관세법, 법경사, 1992, 제151면.

15) 참고적으로 제241조 제1항을 적시하면 다음과 같다.

관세법 제241조(수출·수입 또는 반송의 신고)

① 물품을 수출·수입 또는 반송하고자 하는 때에는 당해 물품의 품명·규격·수량 및 가격 기타 대통령령이 정하는 사항을 세관장에게 신고하여야 한다.

16) 부산지방검찰청, 전계서, 제553면.

(2) 다른 법률에서의 수입의 개념

한편 부가가치세법은 재화의 수입을 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품(부가가치세법 제8조 제1호) 및 수출신고가 수리된 물품(부가가치세법 제8조 제2호)으로 정의하고 있고 이러한 정의는 구 관세법의 정의와 동일함을 확인할 수 있다.

더 나아가 대외무역법시행령 제2조 제4호에 의하면 ‘수입’을 매매·교환·임대차·사용대차·증여 등을 원인으로 외국으로부터 국내로 물품을 이동하는 것과 유상으로 외국에서 외국으로 물품을 인수하는 것으로서 산업자원부장관이 정하여 고시하는 기준에 해당하는 것(대외무역법시행령 제2조 제4호 가목), 비거주자의 거주자에 대한 제2조의217)의 규정에 의한 용역의 제공으로서 산업자원부장관이 정하여 고시하는 방법으로 제공하는 것(대외무역법시행령 제2조 제4호 나목) 및 비거주자의 거주자에 대한 제2조의318)의 규정에 의한 전자적 형태의 무체물을 정보통신망을 통한 전송 그 밖에 산업자원부장관이 정하여 고시하는 방법으로 인도하는 것(대외무역법시행

17) 제2조의2(용역의 범위) 법 제2조 제1호에서 “대통령령이 정하는 용역”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 용역을 말한다.

1. 다음 각 목의 1에 해당하는 업종의 사업을 영위하는 자가 제공하는 용역
  - 가. 경영 상담업
  - 나. 법무관련 서비스업
  - 다. 회계 및 세무관련 서비스업
  - 라. 엔지니어링 서비스업
  - 마. 디자인
  - 바. 컴퓨터시스템 설계 및 자문업
  - 사. 문화산업진흥기본법 제2조 제1호의 규정에 의한 문화산업에 해당하는 업종
  - 아. 그 밖에 지식기반용역 등 수출유망산업으로서 산업자원부장관이 정하여 고시하는 업종
2. 국내의 법령 또는 대한민국이 당사자인 조약에 의하여 보호되는 특허권·실용신안권·디자인권·상표권·저작권·저작인접권·프로그램저작권·반도체집적회로의 배치설계권의 양도, 전용실시권의 설정 또는 통상 실시권의 허락

18) 제2조의3(전자적 형태의 무체물) 법 제2조 제1호에서 “대통령령이 정하는 전자적 형태의 무체물”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. 소프트웨어산업진흥법 제2조 제1호의 규정에 의한 소프트웨어
2. 부호·문자·음성·음향·이미지·영상 등을 디지털방식으로 제작하거나 처리한 자료 또는 정보 등으로서 산업자원부장관이 정하여 고시하는 것
3. 제1호 및 제2호의 집합체 기타 이와 유사한 전자적 형태의 무체물로서 산업자원부장관이 정하여 고시하는 것



령 제2조 제4호 다목)으로 정의하고 있어 구 관세법의 위와 같은 규정과 마찬가지로 수입 대상 목적물의 제조국 또는 가공국이 어느 나라인지는 불문하고 있다.

### (3) 남북교류협력에 관한 법률과의 관계

남북교류협력에 관한 법률은 군사분계선 이남지역(이하 “남한”이라 한다)과 그 이북지역(이하 “북한”이라 한다)간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 기여함을 목적으로 1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정된 법률로서 남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 남북교류협력에 관한 법률이 우선적으로 적용된다(남북교류협력에 관한 법률 제3조).

동 법률에서는 “교역”을 남한과 북한간의 물품의 반출·반입으로(남북교류협력에 관한 법률 제2조 제2호), “반출·반입”을 매매·교환·임대차·사용대차·증여 등을 원인으로 하는 남한과 북한간의 물품의 이동(단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동을 포함한다)으로 각 규정하고 있다(남북교류협력에 관한 법률 제2조 제3호). 한편 ‘단순히 제3국을 경유하는 물품의 이동’이라 함은 운송 상의 이유 등에 의해 제3국에서 환적, 일시장치 등만 이루어지고 정상적인 수입통관절차는 이루어지지 않았음을 의미한다. 북한에서 제3국을 경유하여 반입한 물품이 제3국을 단순히 경유하였는지 여부를 확인하는 이유는 제3국을 단순히 경유하지 않은 물품 즉 제3국에서 수입통관 후 국내 반입된 물품은 남북교역 대상 물품으로 취급되지 않고 일반수입 물품으로 취급된다. 제3국 단순경유 여부 확인방법은 북한에서 경유국, 경유국에서 남한까지의 선하증권에 의거 반입물품이 북한에서 적출되었는지 여부를 확인하고, 아울러 제3국에서 환적·일시장치 등으로 단순 경유하였음을 제3국의 세관 또는 권한 있는 기관이 발급한 증명서에 의거 확인한다.<sup>19)</sup>

더 나아가 남북교류협력에 관한 법률은 교역당사자를 국가기관·지방자치단체·정부투자기관·「대외무역법」에 의하여 무역을 하는 자<sup>20)</sup> 또는

19) 통일부, 남북교역실무안내, 제69면.

통일부장관이 협의회의 의결을 거쳐 필요하다고 인정하는 자로 정하고 있으며(남북교류협력에 관한 법률 제12조) 교역당사자가 물품의 반출·반입을 하고자 할 때에는 대통령령<sup>21)</sup>이 정하는 바에 의하여 당해 물품 또는 거래형태·대금결제방법에 대하여 통일부장관의 승인을 얻어야 하고 승인을 얻은 사항 중 대통령령<sup>22)</sup>이 정하는 주요 내용을 변경하고자 할 때에도 통일부장관의 승인을 얻도록 하고 있고(남북교류협력에 관한 법률 제13조 제1항) 승인을 얻지 않고 물품을 반출·반입한 자는 3년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(남북교류협력에 관한 법률 제27조 제1항 제2호)

따라서 남북교류협력에 관한 법률은 동법률에서 정한 교역당사자의 남한과 북한 간의 물품 이동의 경우 또는 제3국을 단순히 경유하는 경우에만 적용되는 것이라고 보아야 하므로 단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국으로부터 우리나라에 도착된 물품에 대해서는 관세법이 적용됨을 알 수 있

20) 한편 “무역”이라 함은 물품과 대통령령이 정하는 용역 또는 전자적 형태의 무체 물의 수출·수입을 말하는 것이고(대외무역법 제2조 제1호) “무역거래자”라 함은 수출 또는 수입을 하는 자, 외국의 수입자 또는 수출자의 위임을 받은 자 및 수출·수입을 위임하는 자 등 물품 등의 수출·수입행위의 전부 또는 일부를 위임하거나 행하는 자를 말한다(대외무역법 제2조 제3호).

21) 남북교류협력에 관한 법률 시행령 제26조(반출·반입의 승인신청)

- ① 법 제13조 제1항의 규정에 의하여 물품의 반출·반입의 승인 또는 변경승인을 얻고자 하는 자는 통일부장관이 정하는 서류를 통일부장관에게 제출하여야 한다.
- ② 통일부장관은 법 제13조 제1항의 규정에 의한 승인을 함에 있어서 필요한 경우에는 거래형태 및 대금결제 방법을 미리 정할 수 있다.
- ③ 삭제
- ④ 통일부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.
  1. 법 제13조 제1항의 규정에 의하여 물품의 반출·반입을 승인하는 경우
  2. 법 제13조 제2항의 규정에 의하여 대금결제방법 등을 정하는 경우
  3. 제2항의 규정에 의하여 거래형태 및 대금결제방법을 정하는 경우
- ⑤ 법 제13조 제1항 후단에서 “대통령령이 정하는 주요내용”이라 함은 다음 각 호의 사항을 말한다.
  1. 금액의 변경. 다만, 동일한 물품으로서 10 퍼센트 이내의 변경이 있는 경우에는 그러하지 아니한다.
  2. 대금결제방법의 변경
  3. 반출·반입 유효기간의 연장
  4. 반출·반입 승인조건의 변경

22) 이는 위 남북교류협력에 관한 법률 시행령 제26조 제5항을 참조.

으므로 이 사건 법률조항들은 위의 남북교류협력에 관한 법률들을 종합하여 보아도 그 의미가 명확함을 알 수 있다.

#### 다. 소결

따라서 이 사건 법률조항들은 법률조항 자체에 불명확성을 의심할 여지가 보이지 아니하므로 형벌법규의 명확성 원칙에 위반되지 아니한다.

### 4. 헌법 제3조에 위반되는지 여부에 대한 판단

청구인은 구 관세법 제179조 제2항 제1호 및 제137조 제1항의 수입에 북한물품을 포함하는 것은 헌법 제3조에 위반된다고 주장한다. 하지만 위에서 살펴 본 바와 같이 이 사건 법률조항들이 예정하고 있는 수입의 개념은 제조국이나 가공국을 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품이 기만 하면 족한 것으로 법률상 명확히 규정하고 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 남한과 북한과의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 남북교류협력에 관한 법률이 우선적으로 적용되고(남북교류협력에 관한 법률 제3조) 남한과 북한간의 투자, 물품의 반출·반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 관세법 등이 준용되며(남북교류협력에 관한 법률 제26조 제3항 제10호) 물품의 반입·반출에 따른 관세의 부과·징수·감면 및 환급 등에 관한 규정을 제외한 관세법의 규정이 준용된다(남북교류협력에 관한 법률시행령 제3항 제1호). 즉, 남한과 북한의 교역당사자 사이에 교역 등의 행위를 하는 경우에는 남북교류협력에 관한 법률이 우선 적용되고, 필요한 범위 내에서 관세법 등이 준용된다.

그 결과 당해사건과 같이 단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국에서 남한으로 물품이 도착된 경우에는 남북교류협력에 관한 법률이 적용될 여지가 없고 관세법의 적용만이 문제되는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항들이 위에서 살펴 본 바와 같이 형벌법규의 명확성 원칙에 위반되지 아니한 점 및 이 사건 법률조항들과 남북교류협력에 관한 법률과의 상호관계 등을 종합하여 보면 청구인의 주장취지는 결국 당해사건에서 북한문화재가 단순경유지가 아닌 제3국으로부터 남한지역에 도

착한 경우에도 이를 관세법상의 수입에 해당하는 것으로 보아 이 사건 법률조항들의 적용을 받는 것인가의 문제, 즉 순수한 법률의 해석과 적용에 관한 문제로서 원칙적으로 헌법재판소의 심판대상이라고 할 수 없고(헌재 1992. 6. 26. 90헌마73, 판례집 4, 429, 433; 헌재 1992. 12. 24. 90헌마98, 판례집 4, 908, 912; 헌재 2003. 2. 27. 2002헌바4, 판례집 15-1, 205, 213 등 참조) 또한 헌법 제3조의 영토조항과도 관련이 없는 것이다(헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114, 판례집 17-1, 879, 892 참조).

### 5. 과잉금지원칙위반여부에 대한 판단

청구인은 이 사건 법률조항들 중 구 관세법 제179조 제2항의 규정은 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(관세)과 결합으로 그 형량이 형벌법규의 적정성 원칙에 위반되는 과도·광범위한 벌칙에 해당되어 과잉금지의 원칙에 위반된다고 주장하나 이는 이 사건 법률조항들 중 구 관세법 제179조 제2항의 문제가 아니라 이 사건 심판청구의 심판대상조문이 아닌 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4291호로 개정되고, 1997. 8. 22. 법률 제5341호로 개정되기 전의 것) 제6조 제1항 제1호 또는 구 특정범죄가중처벌등에관한법률(1997. 8. 22. 법률 제5341호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제6조 제2항 제1호의 문제이므로 이 사건 법률조항 자체의 위헌이유로 받아 들여 판단할 필요가 없다.

### 6. 이 사건 결정의 의의

헌법재판소는 형벌법규의 명확성 원칙의 적용에 있어서 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법 제12조 제1항 후문의 해석상 요구되는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다고 판시하면서, 구 관세법의 관련 규정을 종합하면 수입대상물품의 제조국 또는 가공국 여하를 불문하고 외국으로부터 우리나라에 도착된 물품을 인취하면 모두 수입에 해당하는 것임을 알 수 있고 또한 남북교류법은 교역당사자의 남북 간 물품 이동의 경우에만 적용되는 것이고

단순경유지가 아닌, 북한 이외의 제3국으로부터 우리나라에 도착된 물품에는 관세법이 적용되므로 남북교류법이 관세법상의 수입의 개념에 영향을 미치지 아니하므로 구 관세법상의 '수입'이라는 용어는 형벌법규의 명확성 원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.



## 정치자금에 관한 법률 제18조 위헌확인

-교섭단체의 구성여부에 따른 보조금의 차등 지급-

(헌재 2006. 7. 27. 2004헌마655, 판례집 18-2, 242)

이 은 회\*

### 【판시사항】

1. 법령에 대한 헌법소원심판에 있어서, 청구기간이 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하여 진행이 개시된 이후에 다시 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 새로이 청구기간의 진행이 개시되는지 여부(소극)
2. 심판대상 법률조항이 헌법소원 후 개정되었음에도 심판청구의 이익이 인정되는지 여부(적극)
3. 정당에 보조금을 배분함에 있어 교섭단체의 구성 여부에 따라 차등을 두는 정치자금에 관한 법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전문 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 내지 제3항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 정치자금에 관한 법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 정치자금법’이라고 한다) 제18조 제1항 내지 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이고(청구인들은 구 정치자금법 제18조 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 청구인들의 법적 지위와 청구이유를 종합하면 청구인들은 정당득표율이 아닌 교섭단체 구성 여부나 의석수에 따라 정

---

\* 헌법연구관

해지는 보조금배분의 위헌성을 다투고 있으므로, 선거보조금 지급 제외 정당과 보조금 지급절차 등에 관하여 규정한 제4항 내지 제6항은 그와 관련이 없는 조항이라 할 것이어서, 이 사건 심판대상을 구 정치자금법 제18조 제1항 내지 제3항의 위헌 여부로 한정), 심판대상 조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

구 정치자금법 제18조(보조금의 배분) ① 제17조(보조금의 계상) 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보조금은 지급 당시 국회법 제33조 제1항 본문의 규정에 의하여 동일정당의 소속의원으로 교섭단체를 구성한 정당에 대하여 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 분할하여 배분·지급한다.

② 보조금 지급 당시 제1항의 규정에 의한 배분·지급대상이 아닌 정당으로서 5석 이상의 의석을 가진 정당에 대하여는 100분의 5씩을, 의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당 중 다음 각 호의 1에 해당하는 정당에 대하여는 보조금의 100분의 2씩을 배분·지급한다.

1.최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당의 경우에는 국회의원선거의 득표수 비율이 100분의 2 이상인 정당

2.최근에 실시된 국회의원총선거에 참여한 정당 중 제1호에 해당하지 아니하는 정당으로서 의석을 가진 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 후보추천이 허용되는 비례대표 시·도의회의원선거, 지역구 시·도의회의원선거, 시·도지사선거 또는 자치구·시·군의 장의 선거에서 당해 정당이 득표한 득표수 비율이 100분의 0.5 이상인 정당

3.최근에 실시된 국회의원총선거에 참여하지 아니한 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 후보추천이 허용되는 비례대표 시·도의회의원선거, 지역구 시·도의회의원선거, 시·도지사선거 또는 자치구·시·군의 장의 선거에서 당해 정당이 득표한 득표수 비율이 100분의 2 이상인 정당

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 배분·지급액을 제외한 잔여분 중 100분의 50은 지급당시 국회의석을 가진 정당에 그 의석수의 비율에 따라 배분·지급하고, 그 잔여분은 최근에 실시된 국회의원선거의 득표수 비율에 따라 배분·지급한다.

제17조 (보조금의 계상) ① 국가는 정당에 대한 보조금으로 최근 실시한 국회의원총선거의 선거권자 총수에 800원을 곱한 금액을 매년 예산에 계상



하여야 한다. 이 경우 국회의원총선거의 실시로 선거권자 총수에 변경이 있는 때에는 당해 선거가 종료된 이후에 지급되는 보조금은 변경된 선거권자 총수를 기준으로 계상하여야 한다.

② 대통령선거, 국회의원총선거 또는 공직선거법 제203조(동시선거의 범위와 선거 일)제1항의 규정에 의한 동시지방선거가 있는 연도에는 각 선거마다 800원씩을 추가한 금액을 제1항의 기준에 의하여 예산에 계상하여야 한다.

③ 중앙선거관리위원회는 제1항의 규정에 의한 보조금은 매년 분기별로 균등분할하여 정당에 지급하고 제2항의 규정에 의한 보조금은 당해 선거의 후보자등록마감일부터 2일이내에 지급한다.

제17조의2(공직후보자 여성추천보조금) ② 임기만료에 의한 지역구국회의원선거 및 지역구시·도의회의원선거의 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천한 정당에 대하여 제1항의 규정에 의한 공직후보자 여성추천보조금 총액의 100분의 50은 지급 당시 정당별 국회의석수의 비율에 따라, 그 잔여분은 최근 실시한 임기만료에 의한 국회의원선거에서의 득표수의 비율(비례대표전국선거구 및 지역구에서 당해 정당이 득표한 득표수 비율의 평균을 말한다. 이하 “국회의원선거의 득표수 비율”이라 한다)에 따라 배분·지급한다.

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

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 제17대 국회에서 국회법 제33조 제1항에 의한 교섭단체를 구성하지 못한 정당들인바, 정당에 대한 보조금 지급에 관하여 규정하고 있는 구 정치자금법 제18조가 합리적 이유 없이 교섭단체를 구성한 정당과 이를 구성하지 못한 정당을 차별하여 청구인들의 평등권을 침해한다고 주

장하면서 2004. 8. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장

(1) 제17대 국회의원선거에서 청구인 민주노동당은 정당득표율(비례대표 국회의원선거에서 정당이 얻은 득표비율) 13%로 국회의석 10석을, 청구인 민주당은 정당득표율 7.1%로 국회의석 9석을 각 얻었는데, 이 사건 법률조항에 따라 보조금을 배분하면 국회법 제33조 제1항에 의한 교섭단체를 구성한 정당들은 정당득표율보다 높은 비율로, 이를 구성하지 못한 청구인들은 정당득표율보다 낮은 비율의 보조금을 지급받게 된다.

(2) 국민의 지지율인 정당득표율과 달리 국회법이 운영의 편의를 위해 둔 교섭단체의 구성 여부에 따라 보조금 지급비율을 달리하는 것은 합리적 이유 없이 교섭단체를 구성한 정당과 이를 구성하지 못한 정당을 차별하는 것으로 헌법상 보장된 평등권을 침해하는 것이다.

### 나. 관계기관의 의견

#### (1) 한나라당의 의견

법률에 대한 헌법소원은 법률의 시행일로부터 2개월 이내에 청구하여야 하는데, 이 사건 심판청구는 시행일로부터 5개월이 경과되어 청구되었으므로 부적법하고, 교섭단체제도의 시행 아래 국회 및 선거에 참여하여 온 청구인들이 교섭단체를 구성하지 못하게 되자 이를 문제삼는 것은 신의칙에 반하여 부당하다.

#### (2) 중앙선거관리위원회의 의견

의견없음

## 【결정요지】

1. 법령에 대한 헌법소원심판에 있어서, 청구기간의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 법령의 규율을 구체적이고 현실적으로

적용받게 된 최초의 날을 의미하는 것으로 보는 것이 상당하다. 즉, 일단 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 그 때로부터 당해 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 진행이 개시되며, 그 이후에 새로이 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’한다고 하여서 일단 개시된 청구기간의 진행이 정지되고 새로운 청구기간의 진행이 개시된다고 볼 수는 없다.

2. 헌법소원 후 심판대상 법률조항이 개정되었으나, 정당의 보조금 배분 비율에 관한 이 사건 법률조항에 대하여 아직 그 해명이 이루어진 바가 없고, 또한 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것으로 판단된다면, 이 사건 법률조항과 동일한 내용을 규정한 정치자금법 제27조에 의해서도 기본권이 침해될 것이 확실히 예상된다 할 것이므로, 이 사건 분쟁의 해결은 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

3. 입법자는 정당에 대한 보조금의 배분기준을 정함에 있어 입법정책적인 재량권을 가지므로, 그 내용이 현재의 각 정당들 사이의 경쟁상태를 현저하게 변경시킬 정도가 아니면 합리성을 인정할 수 있다. 정당의 공적기능의 수행에 있어 교섭단체의 구성 여부에 따라 차이가 나타날 수밖에 없고, 이 사건 법률조항이 교섭단체의 구성 여부만을 보조금 배분의 유일한 기준으로 삼은 것이 아니라 정당의 의석수비율과 득표수비율도 함께 고려함으로써 현행의 보조금 배분비율이 정당이 선거에서 얻은 결과를 반영한 득표수비율과 큰 차이를 보이지 않고 있는 점 등을 고려하면, 교섭단체를 구성할 정도의 다수 정당과 그에 미치지 못하는 소수 정당 사이에 나타나는 차등지급의 정도는 정당 간의 경쟁상태를 현저하게 변경시킬 정도로 합리성을 결여한 차별이라고 보기 어렵다.

### 재판관 조대현의 반대의견

기본권침해사유가 계속적으로 발생하는 동안에는 헌법소원심판을 제기할 수 있는 기간도 끊임없이 새로 진행된다고 보아야 한다. 따라서 개정되기 전까지 계속적으로 법규의 효력을 유지하면서 차별적 배분기준을 강제하고 있는 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원 제기기간은 이 사건 법률조

항이 법규의 효력을 상실한 때부터 기산하여야 한다.

**【해설】**

**1. 쟁점**

이 사건의 주요 쟁점은 적법요건 문제인 청구기간의 진행이 개시된 이후에 다시 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 새로이 청구기간의 진행이 개시되는지 여부와 심판대상 법률조항이 헌법소원 후 개정되었음에도 심판청구의 이익이 인정되는지 여부 및 본안 문제인 정당에 보조금을 배분함에 있어 교섭단체의 구성 여부에 따라 차등을 두는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부이다.

**2. 적법요건에 대한 검토**

**가. 청구기간 준수 여부**

(1) 다수의견

(가) 법령에 대한 헌법소원은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 뒤에 비로소 그 법령에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다[헌법재판소법(2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 것) 제69조 제1항 및 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250 등 참조].

여기서 청구기간의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용받게 된 최초의 날을 의미하는 것으로 보는 것이 상당하므로, 일단 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 그 때로부터 당해 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 진행이 개시되며, 그 이후에 새로이 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’한다고 하여서 일단 개시된 청구기간의 진행이 정지되고 새로운 청구기간의 진행이 개시된다고 볼 수는 없다는(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 판례집 16-1, 574, 584-584 참조) 것이 헌법재판소의 선례이고, 다수의견은 이를 재확인하고 있다.

(나) 이 사건에서 청구인 민주노동당은 이 사건 법률조항이 시행(2004. 3. 12.)된 후로는 2004. 4. 2.에 처음으로 제17대 국회의원 선거를 위한 선거보조금을 지급받았고, 당시 위 청구인은 교섭단체를 구성하지 못한 정당이었으므로, 위 청구인은 이 때에 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 침해를 알았다고 보아야 할 것인데, 그로부터 90일이 경과한 이후인 2004. 8. 20.에 이르러 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다. 따라서 위 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간을 초과하여 제기한 것으로 부적법하다.

그러나 청구인 민주당은 이 사건 법률조항 시행 당시에는 교섭단체를 구성한 정당이었으나, 제17대 국회에서 교섭단체를 구성하지 못하여 2004. 6. 경 교섭단체를 구성하지 못한 정당으로서 처음으로 경상보조금을 지급받았으므로, 위 청구인은 이 때에 비로소 이 사건 법률 조항에 의한 기본권의 침해를 받게 되었다 할 것이고, 그로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 헌법소원심판청구는 청구기간이 준수되었다.

## (2) 반대의견

반대의견은 헌법재판소의 선례를 따른 다수의견과 달리 기본권 침해의 원인이 공권력의 불행사나 법규의 내용인 경우와 같이 그로 인한 기본권침해가 계속적인 경우에는 “기본권침해사유”도 계속적으로 생긴다고 보아야 하고, 따라서 기본권침해사유가 계속적으로 발생하는 동안에는 헌법소원심판을 제기할 수 있는 기간도 끊임없이 새로 진행된다고 보아야 하므로, 개정되기 전까지 계속적으로 법규의 효력을 유지하면서 차별적 배분기준을 강제하고 있는 이 사건 법률조항에 대한 헌법소원 제기기간은 이 사건 법률조항이 법규의 효력을 상실한 때부터 기산하여야 하므로 청구인들의 헌법소원심판청구는 모두 청구기간이 준수된 것으로 보아야 한다는 것이다.

## 나. 권리보호이익 유무

(1) 헌법소원이 비록 적법하게 제기되었더라도 권리보호이익은 헌법재판소의 결정 당시에도 존재해야 한다. 그러므로 헌법소원심판청구 당시 권리보호이익이 인정되었더라도 심판계속 중에 사실관계 또는 법률관계의 변동으로 말미암아 청구인이 주장하는 기본권의 침해가 종료된 경우에는 원칙적

으로 권리보호이익이 없으므로 헌법소원이 부적법한 것으로 된다(헌재 1997.03.27. 93헌마251, 판례집 9-1, 366).

(2) 이 사건 법률조항은 이 사건 헌법소원이 제기된 뒤인 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전문개정된 정치자금법의 시행으로 그 효력을 상실하여 위 조항에 의한 보조금배분이 이루어질 여지가 더 이상 없게 됨으로써 이 사건 헌법소원심판청구를 통하여 청구인들이 주장하는 기본권의 침해는 심판 계속 중에 법률관계의 변동으로 말미암아 종료되었다 할 것이므로, 이 사건 법률조항에 대한 청구인들의 주관적 권리보호이익은 인정되지 아니한다.

이에 대해 청구인들이 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정의 선고 후 정당하다고 주장하는 보조금 액수와 지급받은 금액 사이의 차액 상당 보조금의 지급을 구하는 공법상 당사자소송<sup>1)</sup>을 제기한다면 위헌결정의 효력이 소급하여 미침으로써 청구인들의 청구가 인용될 수 있으므로, 이러한 청구인들의 이익을 주관적 권리보호 이익으로 인정할 수 있다는 의견이 있으나, 헌법소원에서의 권리보호의 이익은 위헌적인 공권력 행사에 의하여 침해된 기본권을 헌법소원을 통하여 회복하는데 한정하여야 하므로 이 사건 법률조항이 개정으로 인하여 효력을 상실함으로써 더 이상 청구인들에게 적용될 여지가 없게 된 이상 그 위헌여부를 가릴 실익은 없어졌다고 보아야 하고, 또한 당해 사건이 전제되는 위헌법률심판제청이나 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원의 경우와 달리 당해 사건이 전제되지 않는 같은 법 제68조 제1항 헌법소원에서는 관련사건(법원에 제소될지도 확실하지 않다)에서의 권리구제를 예정하여 권리보호의 이익을 인정할 수 없다.

이 사건 결정 역시 이 사건 법률조항에 대한 청구인들의 주관적 권리보호이익을 부정하였다.

(3) 한편 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판 계속 중 발생한 사정변경으로 인하여 주

1) 정당에 지급될 보조금의 액수는 그 배분기준을 정한 이 사건 법률조항에 의하여 확정되는 것이지 중앙선거관리위원회의 지급내역 통지(정치자금사무관리규칙 제30조 제2항)에 의하여 비로소 그 금액이 확정되는 것이 아니므로, 지급받은 보조금의 액수에 이의가 있으면 공법상 당사자소송을 제기하는 방법으로 다투어야 할 것이다.

관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다. 그런데 정당의 보조금 배분비용에 관한 이 사건 법률조항에 대하여는 아직 그 해명이 이루어진 바가 없고, 또한 위 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것으로 판단된다면, 위 법률조항과 동일한 내용을 규정한 정치자금법 제27조<sup>2)</sup>에 의해서도 기본권이 침해될 것이 확실히 예상된다 할 것이므로, 이 사건 분쟁의 해결은 위 신규정의 개정을 촉진하여 위헌적인 법률에 의한 기본권 침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여도 본안판단의 필요성이 인정된다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687-721 참조).

이 사건 결정은 선고 당시 이미 개정 또는 폐지된 법률조항에 대한 헌법소원 사건에서 '구법조항의 위헌여부에 관하여 아직 그 해명이 이루어진

- 
- 2) 정치자금법 제27조 (보조금의 배분) ① 경상보조금과 선거보조금은 지급 당시 「국회법」 제33조(교섭단체) 제1항 본문의 규정에 의하여 동일 정당의 소속의원으로 교섭단체를 구성한 정당에 대하여 그 100분의 50을 정당별로 균등하게 분할하여 배분·지급한다.
- ② 보조금 지급 당시 제1항의 규정에 의한 배분·지급대상이 아닌 정당으로서 5석 이상의 의석을 가진 정당에 대하여는 100분의 5씩을, 의석이 없거나 5석 미만의 의석을 가진 정당 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정당에 대하여는 보조금의 100분의 2씩을 배분·지급한다.
1. 최근에 실시된 임기만료에 의한 국회의원선거에 참여한 정당의 경우에는 국회의원선거의 득표수 비율이 100분의 2 이상인 정당
  2. 최근에 실시된 임기만료에 의한 국회의원선거에 참여한 정당 중 제1호에 해당하지 아니하는 정당으로서 의석을 가진 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 후보추천이 허용되는 비례대표시·도의회의원선거, 지역구시·도의회의원선거, 시·도지사선거 또는 자치구·시·군의 장선거에서 당해 정당이 득표한 득표수 비율이 100분의 0.5 이상인 정당
  3. 최근에 실시된 임기만료에 의한 국회의원선거에 참여하지 아니한 정당의 경우에는 최근에 전국적으로 실시된 후보추천이 허용되는 비례대표시·도의회의원선거, 지역구시·도의회의원선거, 시·도지사선거 또는 자치구·시·군의 장선거에서 당해 정당이 득표한 득표수 비율이 100분의 2 이상인 정당
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 배분·지급액을 제외한 잔여분 중 100분의 50은 지급 당시 국회의석을 가진 정당이 그 의석수의 비율에 따라 배분·지급하고, 그 잔여분은 국회의원선거의 득표수 비율에 따라 배분·지급한다.

바 없고 신법조항이 구법조항과 유사한 내용을 규정하고 있어 신법조항의 시행으로 동종의 기본권침해의 위험이 상존하는 경우, 구법조항의 위헌여부에 대한 헌법적 해명이 중대한 의미를 지닌다'고 판단한 헌법재판소의 기존선례와 그 취지를 같이 하여 이 사건 심판청구에 대하여도 헌법적 해명의 필요성을 인정하였다.

### 3. 본안에 대한 검토

#### 가. 정당의 기능과 보조금제도

(1) 헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적, 조직과 활동이 민주적이어야 하며 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”고 규정하고, 정당법 제2조는 이를 구체화하여 “이 법에서 정당이라 함은 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 말한다”고 정의하고 있다. 따라서 정당은 정치적결사로서 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐만 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하는 등 현대의 대의제민주주의에 없어서는 안 될 중요한 공적기능을 수행하고 있다(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 207). 때문에 헌법도 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장하고 있는데, 우리 헌법상 정당설립의 자유와 복수정당제는 보장되고(제8조 제1항), 정당의 목적·조직·활동이 민주적인 한, 정당은 국가의 보호를 받으며 정당운영에 필요한 자금까지도 보조받을 수 있다(같은 조 제2항 내지 제4항).

(2) 헌법(1980. 10. 27 헌법 제9호로 전문개정된 것) 제7조 제3항(정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당의 운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다)의 규정에 근거하여 1980. 12. 31. 제3차 정치자금법 개정시 처음 신설된 보조금제도는 정당이 위와 같은 역할을 수행하는데 소요되는 정치자금을 마련함에 있어 정치자금의 기부자인 각종 이익집단으로부터의 부당한 영향력을 배제함으로써 정치부패를 방지하고, 정당간의 자금조달의 격차를 줄여 공평한 경쟁을



유도하며, 선거비용과 정당의 경비지출의 증가추세에 따른 재정압박을 완화하여 정당의 원만한 기능을 보장하고 유능한 후보자의 당선가능성을 높이는 데에 그 입법목적이 있다<sup>3)</sup>. 즉, 이 제도는 정당을 보호, 육성하고 정당을 오염된 정치 자금원으로부터 자유롭게 함으로써 공명선거를 통해 대의정치의 원리를 충실히 구현하고자하는 취지에 입각하여 만들어진 것이다.

## 나. 보조금제도 및 이 사건 법률조항의 입법연혁

### (1) 1980. 12. 31. 법률 제3302호로 전문개정된 것

보조금제도는 1980. 12. 31. 국회가 해산된 상태에서 신군부가 주도하던 국가보위입법위원회에서 유권자들로부터의 의견수렴과정이나 정당들 사이의 토론 없이 정치자금법을 전문개정하면서 신설되었다<sup>4)</sup>.

- 제18조 (보조금의 배분) ① 보조금은 지급당시 국회의석이 다수인 순으로 4정당까지 100분의 5씩 배분지급하되, 이 경우 의석수가 같은 정당이 2이상인 때에는 최근에 실시한 국회의원총선거에서 득표한 득표수가 다수인 정당의 순으로 제4순위까지 배분지급하고, 그 잔여분 중 100분의 50을 지급당시 국회의석을 가진 정당에 그 의석수의 비율에 따라 배분지급하며, 그 잔여분은 최근에 실시한 국회의원총선거에서 득표한 정당의 득표수비율에 따라 배분지급한다.

### (2) 1989. 12. 30. 법률 제4186호로 개정된 것

국회의석이 다수인 순으로 4정당까지 우선 지급되던 국고보조금의 비율을 “100분의 5씩”에서 “100분의 10씩”으로 개정하였다.

### (3) 1991. 12. 31. 법률 제4463호로 개정된 것

국고보조금을 우선 배분하는 대상과 비율을 ‘국회의석이 다수인 4정당까지 100분의 10씩’에서 ‘교섭단체를 구성한 정당에 대하여 100분의 40을 균등하게 분할’하면서 소수정당에 대하여도 100분의 5씩 또는 100분의 2씩을 배분·지급하도록 개정<sup>5)</sup>하였다.

3) 장명봉, 주요국가와 우리나라의 정치자금제도, 「선거관리 32호」 8면

4) 문성근, 국고보조금제도의 헌법적 정당성에 관한 연구

(4) 1997. 1. 13. 법률 제5261호로 개정된 것

교섭단체를 구성한 정당에 대하여 우선 배분하는 비율을 “100분의 40”에서 “100분의 50”으로 개정된 이래 현재까지 변함이 없다.

**다. 보조금제도에 관한 입법례<sup>6)</sup>**

(1) 미국

정당활동에 대한 직접적인 국고보조는 없고, 대통령선거운동기금법에 따른 대통령선거 시의 선거비용보조만이 있는데, 소득세납세자가 매년 세금납부시에 3\$을 지정하여 적립된 대통령선거운동기금으로 대통령예비선거와 대통령본선거, 대통령후보자 지명전당대회 비용 보조하고 있다.

대통령예비선거운동비용은 1구좌 250\$ 이하의 개인현금만으로 20개주 이상에서 각각 5,000\$ 이상(합계 10만\$ 이상)을 모금한 후보자에 대해 지출한도액의 50% 범위 내에서 모금액과 같은 액수(일명 ‘Matching Fund’)를 보조하고, 대통령본선거운동비용과 대통령후보자 지명전당대회비용은 대정당(전회 대통령선거에서 25% 이상 득표한 후보자가 속한 정당)에 법정 금액에 물가변동가산금을 더하여, 소정당(5% 이상 25% 미만 정당) 및 신정당(당해 선거에서 5% 이상 득표한 정당)에 대정당후보자의 평균 득표수에 대한 소정당 및 신정당후보자의 득표율에 따라 보조하고 있다.

(2) 영국

정당에 대한 전면적인 국고보조는 없고, 다만 정당, 선거 및 국민투표법에 의한 정책개발보조금과 하원의 야당에 대한 Short Money와 상원의 야당에 대한 Cranborn money가 있다.

정책개발보조금은 하원에 2석 이상의 의석을 확보한 정당들에 100만파운드씩 균등하게 배분하고 나머지 100만 파운드는 여러 선거에서의 각 정

---

5) 국회의석이 다수인 순으로 4정당까지에서 교섭단체를 구성한 정당으로 고치는데 정당들 사이에 별다른 이견은 없었다. 이는 당시 4정당이 모두 교섭단체를 구성하고 있었기 때문이다.

6) 김영일, 한국정당의 국고보조금제도 개선방안 8면·12면, 김선화, 미국의 정치자금법, 법제연구 33면·41면, 안정시, 한국의 정치자금제도 개선방안 41면, 이현출, 주요국의 정치자금제도, 입법정보 제194호 7면·20면

당의 득표율에 따라 배분하며, ‘Short Money’는 총선에서 2석 이상의 의석을 확보하거나 의석 1석과 15만표 이상의 득표를 한 정당에 의석수(매 의석당 2,550파운드)와 총득표수(200표 당 5.10파운드)에 따라 지급된다.

### (3) 독일

정당법 제18조의 ‘정당은 기본법에 따른 일반적 의무적 활동을 위한 재정 조달의 일부로 국가 자금을 수령한다’는 규정을 근거로 국가가 정당에 대하여 부분적 재정보조를 하고 있고, 보조금의 배분은 유럽의회의원선거, 연방하원의원선거 및 주의회의원선거에서 정당이 획득한 득표수, 당비수익금 및 기부금수입금에 따라 유효투표 1표당 0.7유로(400만표까지는 0.85유로), 정당 모금액 1유로당 0.38유로를 지급한다.

한편 원내정당에 대하여도 연구비, 비품비 등의 목적으로 국고보조를 하고 있는데(예산에 총액으로 계상하여), 일정비율은 원내정당에 균등배분하고 나머지는 의석수에 따라 배분하고 있다.

### (4) 일본

1994. 2. 정당조성법의 제정에 의해 새로 국고보조제도가 도입되었는데, 선거보조는 없고 정당활동에 대한 보조만 있다. 보조금은 국민 1인당 250엔을 곱한 금액을 매년 예산에 계상하여 총액의 1/2은 의원수비율로, 나머지 1/2은 득표수비율로 각 정당(소속국회의원 5인 이상이고 중의원 또는 참의원 선거에서 득표율 2% 이상인 정당)에 배분한다. 그 외에 원내의 각 회파(7)에 대하여 의원 총수에 비례하여 의원 1인당 65만엔 정도의 입법조사연구비를 매달 지급하고 있다.

## 라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### (1) 정당에 대한 국고보조 자체의 합헌성 여부

7) 회파(會派)라는 것은 국회에 있어서 2인 이상의 의원으로 구성되는 단체이다. 회파는 통상 동일 정당에 소속하는 의원으로 구성되지만 복수의 정당이 한 개의 회파를 구성하기도 하고 역으로 한 개의 정당에 소속하는 의원이 다른 회파에 참가하는 예도 있다.

대의제민주주의의 실현을 위해 중요한 역할을 수행하는 정당이 그 운영에 소요되는 막대한 자금의 조달문제로 정당의 독립성을 침해받고 국민전체의 정치적 의사를 결집하여 정치상황에 반영해야 하는 정당 본래의 매개적 기능을 발휘함에 방해받을 수 있기 때문에 정당이 수행하는 공적기능을 존중하여 국고에 의해 정치자금을 보조하고 있다.

그러나 정당에 대한 국고보조는 재정적으로 정당을 국가에 종속시켜 정당을 국가기관화함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 조직된 국민의 자발적 결사체라는 정당의 본질에 반할뿐만 아니라, 국가기관이 아닌 중개적 결사체에 불과한 정당에 대하여 일반의 결사체와 차별하여 활동자금을 보조하는 것은 헌법상 평등의 원칙에 위반될 여지가 있어 정당에 대한 국고보조 자체의 합헌성 여부가 다투어지기도 한다<sup>8)9)</sup>. 하지만 우리나라에서는 헌법 제8조 제3항에 ‘국가가 정당의 운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다’고 규정하여 정당보조금제도에 대한 헌법적 근거를 뒀으로써 정당에 대한 국고보조 자체의 합헌성 여부가 문제되지 않는다고 본다.

## (2) 보조금 배분비율의 평등원칙 위배 여부

(가) 헌법 제8조 제3항의 규정에 의하여 정당에게 주어지는 보조금을 배분받을 권리는 보조금의 액수, 지급기준 및 대상, 용도 등에 관한 구체적 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성되므로, 입법자는 정당에 대한 보조금의 배분기준을 정함에 있어 입법정책적인 재량권을 가지나 합리적인 이유 없이 정당을 불평등하게 취급해서는 안 될 것이다.

다만, 정당의 기회균등원칙은 각 정당에 보조금을 균등하게 배분할 것을 요구하는 것이 아니라 보조금제도의 취지에 비추어 각 정당의 규모나 정치적 영향력, 정당이 선거에서 거둔 실적 등에 따라 어느 정도 차별을 할 수 있고, 그 내용이 현재의 각 정당들 사이의 경쟁상태를 현저하게 변경시킬

8) 손희두, 정당 국고보조제도의 헌법상 문제점 154면, 최대권, 정치개혁을 위한 몇 가지 생각(II) 101면

9) 실제로 독일에서는 오랫동안 정당에 대한 국고보조는 그 합헌성 여부에 대하여 논란이 있어 왔고, 1992. 4. 9. 연방헌법재판소의 합헌판결이 있고 나서야 그 논란이 종결되었다.

정도가 아니면 합리성을 인정할 수 있을 것이다.

(나) 이 사건 법률조항은 교섭단체를 구성할 정도로 다수 의석을 가진 정당들에 보조금의 50/100을 우선 배분하여 줌으로써 ‘다수 의석을 가진 원내정당 중심주의’를 채택하고 있다. 그 입법목적에 대하여는 ‘4대 정당 체제’를 예상하고 만들어진 보조금 배분비율을 현 정치상황의 정당구조에 맞게 고치기 위하여 이 사건 법률조항과 같이 보조금 배분비율을 개정하였다는 개정이유<sup>10)</sup>만 있을 뿐 교섭단체를 구성할 정도로 다수 의석을 가진 정당을 더 보호하려는 취지를 알 수 있는 자료는 없다.

그런데 우리나라와 같이 정당제가 불안정하고 정당과 국민간의 동일성이 희박한 정당정치풍토에서 대의민주적 기본질서가 제 기능을 수행하기 위해서는 의회 내에 안정된 다수세력의 확보할 필요가 있으므로(헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246, 공보 114, 558-558), 다수 의석을 가지고 있는 원내정당을 우대하고자 하는 이 사건 법률조항이 부당하다고 하기는 어렵다.

(다) 다만 이 사건 법률조항은 교섭단체를 구성한 정당과 이를 구성하지 못하는 정당 사이에 보조금의 배분규모에 있어 상당한 차이(50/100과 5/100 또는 2/100)를 두고 있으므로, 그러한 차등지급의 정도가 합리성이 있는가가 문제된다.

오늘날 대의제민주주의는 국민의 정치적 의사형성을 위한 매개체로서의 정당의 역할이 증대됨에 따라 정당국가적 민주주의로 변화하여, 국회는 국민의 대표인 의원들의 의사에 따라 운영되는 것이 아니라 정당의 구성원인 의원들이 정당을 통하여 그리고 정당 속에서 결합하여 운영되고 있고, 정당의 국회 내에서의 활동도 교섭단체를 중심으로 이루어짐에 따라 국민의 정치적 의사를 형성하여 국가기관의 의사결정에 영향을 미치는 정당의 공적기능을 수행하는데 국회에 진출한 정당과 진출하지 못한 정당 사이, 그리고 국회에 진출하여 교섭단체를 구성한 정당과 이를 구성하지 못한 정당 사이에 상당한 차이가 나타날 수밖에 없다. 그리고 이 사건 법률조항은 교섭단체를 구성할 정도의 다수 정당에 대해서만 보조금을 배분한 것이 아니라 그에 미치지 못하는 소수정당에게도 일정 범위의 보조금 배분을 인정하여 소수정당의 보호·육성도 도모하고 있고, 교섭단체의 구성여부만을 보

10) 1991. 12. 17. 제13대국회 제156회 제17차 법제사법위원회 회의록 2면

조금 배분의 유일한 기준으로 삼은 것이 아니라 정당의 의석수비율이나 득표수비율도 고려하여 정당에 대한 국민의 지지도도 반영하고 있다. 또한 아래 표에 나타난 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 현행의 보조금 배분비율과 의석수비율 또는 득표수비율(비례대표전국선거구 및 지역구에서 당해 정당이 득표한 득표수 비율의 평균)을 비교하면 현행의 보조금 배분비율은 의석수비율보다는 오히려 소수 정당에 유리하고, 득표수비율과는 큰 차이가 나지 않아 결과적으로 교섭단체 구성여부에 따른 차이가 크게 나타나지 않고 있다. 위와 같은 사정들을 종합해 볼 때, 교섭단체의 구성여부에 따라 보조금의 배분규모에 차이가 있더라도 그러한 차등정도는 각 정당간의 경쟁상태를 현저하게 변경시킬 정도로 합리성을 결여한 차별이라고 하기 어렵다.

제16대와 제17대 국회에서의 보조금 배분·지급비율

			열린우리당	한나라당	민주당	자유민주연합	민주노동당
제16대	2003년 3/4분기	현행비율		45.6%	41.1%	8.0%	2%
		의석수비율		56.2% (149석)	38.1% (101석)	3.8% (10석)	0%
		득표수비율		44.1%	40.6%	11.1%	0%
	2003년 4/4분기	현행비율	20.2%	37.1%	29.6%	8.0%	2%
		의석수비율	17.4% (47석)	55.4% (149석)	22.3% (60석)	3.7% (10석)	0%
		득표수비율	0%	44.1%	40.6%	11.1%	0%
제17대	2004년 2/4분기	현행비율	42.6%	40.0%	7.1%	2.8%	7.3%
		의석수비율	51.0% (151석)	40.9% (121석)	3.0% (9석)	1.4% (4석)	3.4% (10석)
		득표수비율	41.69%	38.25%	7.82%	2.85%	8.95%
	2005년 2/4분기	현행비율	42.39%	40.38%	7.14%	2.74%	7.35%
		의석수비율	49.66% (146석)	42.52% (125석)	3.40% (10석)	1.02% (3석)	3.40% (10석)
		득표수비율	41.87%	38.42%	7.86%	2.86%	8.99%

<출처: 중앙선거관리위원회>

따라서 이 사건 법률조항에 의한 보조금 배분으로 인하여 청구인의 보조금을 평등하게 배분받을 권리가 침해되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이다.

#### 4. 결정의 의의

이 사건 결정은 정당의 존속 및 활동 등에 중요한 영향을 미치는 정당보조금의 배분기준을 정함에 있어 입법자의 입법재량권을 인정하면서 현행의 배분비율이 각 정당간의 경쟁상태를 현저하게 변경시킬 정도는 아니라고 판단하여 그 합리성을 인정하였는바, 정당보조금의 배분에 관하여 헌법재판소가 처음으로 판단을 내린 것이다.





## 광양시등과 순천시등간의 권한쟁의

- 공유수면 매립지에 대한 관할권한 문제 -  
(헌재 2006. 8. 31. 2003헌라1, 판례집 18-2, 319)

지 성 수\*

### 【판시사항】

1. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역과 자치권한 인정 여부
2. 공유수면과 매립지에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 및 그 기준
3. 1948. 8. 15. 당시와 가장 근접한 1974년 발행 국가기본도상의 해상경계선에 의하여 청구인 광양시와 피청구인 순천시 사이의 관할구역 경계를 확인한 사례
4. 청구인 광양시의 관할권한을 확정하면서 이를 침해한 피청구인 순천시의 과세처분의 무효를 확인한 사례

### 【심판대상】

이 사건 심판대상은 다음과 같다.

(1) 전라남도 광양시, 순천시 및 여수시 소재 울촌제1지방산업단지 매립지 중 ○○ 주식회사가 전라남도로부터 분양 받은 산업단지 446,283㎡(135,000평)와 위 산업단지 블록 1-1 구역의 공장 연면적 231,192.92㎡, 사무실 등 연면적 10,171.85㎡(이하 '이 사건 매립지'라 한다) 중 제2별지 도면<sup>1)</sup> 표시 1, 2, 3, 4, 5의 각 점을 순차 연결한 선 오른쪽 부분(이하 '이 사건 계쟁지역'이라 한다)이 청구인 광양시의 관할구역에 속하는지 여부

---

\* 헌법연구관

1) 별지 도면 생략

(2) 피청구인들이 2003. 7. 1. 위 회사에 부과한 도시계획세, 공동시설세 등의 부과처분이 청구인들의 지방자치권(자치재정권)을 침해한 것으로 무효인지 여부

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 전라남도는 1982. 12.경부터 산업입지및개발에관한법률에 의하여 청구인 광양시, 피청구인 순천시, 청구의 여수시의 3개시에 연접된 해역을 매립하여 지방공업단지를 조성하는 울촌제1지방산업단지사업을 계획, 추진하였다. ○○ 주식회사는 전라남도로부터 매립이 완료된 위 산업단지 부지 446,283㎡를 분양 받은 다음, 그 위에 냉간 압연제품을 제조할 목적으로 공장과 부대시설을 완공하여 가동 중에 있다. 그런데 위 회사의 토지와 공장 등 건물은 국토지리정보원(구 국립지리원)이 발행한 국가기본도의 해역 경계에 의할 때, 청구인 광양시와 피청구인 순천시 두 지방자치단체의 관할구역 경계에 위치해 있다.

나. 순천시장은 위 회사의 건물이 완공되자 1999년부터 2002년까지 위 회사의 토지 및 건물 전체에 대하여 재산세, 종합토지세 등을 부과하였고, 2003. 7. 1.에는 도시계획세, 공동시설세를 부과하였다. 한편, 광양시장도 2001년부터 청구인 광양시의 관할구역 안에 있는 위 회사의 토지 및 건물 부분에 대하여 지방세법상의 과세처분을 하였다. 위 회사는 광양시장과 순천시장의 각 과세처분에 대하여 그 수령권자를 알 수 없다는 이유로 광주지방법원 순천지원에 세액을 공탁하였다.

다. 이에 청구인 광양시와 광양시장은 위 회사가 전라남도로부터 분양 받은 산업단지 중 청구인 광양시의 관할구역에 속하는 부분에 대하여 그 관할 권한이 광양시에 있음을 확인하여 달라는 이 사건 권한쟁의심판을 헌법재판소에 청구하였다.<sup>2)</sup>

2) 이 사건 권한쟁의심판은 청구인 광양시와 광양시장이 피청구인 순천시와 순천시장을 상대로 제기하였다. 그런데 지방자치단체장은 원칙적으로 지방자치단체간 권한쟁의 심판사건에서 당사자 적격을 가지고 있지 못하다. 이에 이 사건 권한쟁의심판에서는 청구인 광양시장의 피청구인들에 대한 청구와 청구인 광양시의 피청구인 순천시장에 대한 청구를 모두 각하하였다. 청구인 광양시의 피청구인 순

## 2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

### 가. 청구인의 주장

(1) 공유수면은 지방자치단체의 관할구역에 속한다.

(가) 국가기본도는 측량법과 지도도식규칙의 규정에 의하여 제작 발행되는 것이고, 수산업법, 어장관리법, 공유수면관리법, 공유수면매립법, 연안관리법 등 바다와 관련된 개별법령들도 공유수면이 지방자치단체의 관할구역인 것을 전제로 제정, 시행되고 있으며, 지방자치단체와 일반국민은 공유수면의 점유, 사용 등에 관한 인·허가시 위 지도를 근거로 하여 처리하고 있으므로 국가기본도상의 해상경계는 규범력을 가진다.

(나) 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로 정하되 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있는바, ‘종전에 의하고’라는 규정은 육지만을 의미하는 것이 아니라 해면을 포함하는 개념이다.

(다) 우리나라는 1960년대 이후 많은 해면을 매립하여 농지, 공장용지, 주거용지 등으로 사용하고 있는데, 이러한 매립지들에 대해서는 국가기본도에 표기된 관할구역 경계선에 의하여 해면을 관할하던 지방자치단체가 지방자치법 제4조 제1항에 의한 관할구역의 변경 없이 지적법 제17조에 따라 신규등록을 하고 있다.

(라) 피청구인 순천시도 도시계획을 입안하면서 공유수면에 대해서는 국가기본도에 표시된 해상경계선을 따라 도시계획을 수립하였다.

(마) 지방자치단체가 국가위임에 의한 해면상의 각종 권한행사와 지방자치단체 고유의 자치권을 행사하려면, 국가기본도에 의한 지방자치단체 간의 경계에 따라 그 권한의 범위가 확정되어야 하고, 적법한 권한 행사도 그 확정된 구역 내에서만 가능하다.

---

천시에 대한 부분만 적법한 청구로 보고 본안 판단을 한 것이다. 한편, 이 사건에서의 주요 쟁점은 공유수면에도 지방자치단체의 경계가 존재하는가에 관한 것이므로 당사자 적격을 결하여 부적법 각하된 부분에 대한 해설은 생략하고, 본안 부분에 대해서만 해설을 한다.

(2) 이 사건 매립지는 청구인 광양시의 관할에 속한다.

(가) 국가기본도에 의할 때 이 사건 매립지 부분은 종전 청구인 광양시 관할하에 있던 바다를 매립한 것이고, 그 바다가 매립되어 토지가 된 후 법령에 의하여 이를 변경하는 조치가 없었으므로 이 사건 매립지는 당연히 종전에 그 바다를 관할하던 청구인 광양시 관할에 속한다.

(나) 지방행정구역의 해상경계표시는 김정호의 대동여지도나 조선총독부가 제작한 우리나라 지도에서도 이를 찾아 볼 수 있고, 국가기본도에서도 계속해서 표시되어 왔는바, 행정구역 변경의 반영으로 인해 국가기본도의 해상경계표시가 작성시기에 따라 약간씩 다르기는 하나 이를 두고 국가기본도에 대한 신뢰성을 의심할 정도로 그 편차가 있다고 할 수 없고, 광양시와 순천시의 주민은 물론 일반 국민이나 행정관청도 국가기본도에 표기된 해상경계선을 아무런 이의 없이 받아들이고 있으므로 국가기본도상의 해양경계선에 대해서는 관습법적 효력이 형성되어 있다고 할 것이다.

- 1) 피청구인 순천시가 3년마다 국토지리정보원의 승인을 받아 제작 간행하는 행정지도를 보더라도 해면에 지방자치단체 간의 경계를 표시하고 있다.
- 2) 울촌산업단지 건설의 시공주체인 전라남도는 울촌산업단지의 개발, 입안단계부터 현재에 이르기까지 관련지방자치체인 여천군(현 여수시), 승주군(현 순천시), 광양군(현 광양시), 동광양시(현 광양시)에 공문을 보내 관할구역 편입위치와 면적을 통보하고, 개발계획 변경으로 면적이 증감되면 그 내용도 알려 주었다.
- 3) 1991. 4.경 울촌산업단지 지정을 하면서 관련 시·군인 여천군수(현 여수시장), 승주군수(현 순천시장), 광양군수(현 광양시장), 동광양시장(현 광양시장)은 울촌산업단지 지정 내용을 지방언론지에 공고하여 지역 주민의 의견을 수렴하였는데, 그 당시 누구도 관할구역에 관해 이견을 표시하지 않았다.
- 4) 전 광양군수 및 광양시장은 매립되기 전의 이 사건 공유수면에 대하여 어업면허 267건, 울촌산업단지 조성을 위한 기자재운송 임시부두 건설, 공유수면 점용허가 등, 광양시의 지방자치권과 국가사무의 위임에 따른 권한을 행사하여 왔다.

(다) 청구인 광양시는 울촌산업단지 건설과 관련하여 어민의 생활터전인 허가어장을 약 1,677ha 내놓았고, 울촌산업단지 내 남해고속도로 광양IC까지의 도로개설 공사대금과 편입토지 보상비를 지급하였으며, 광양항을 ○○주식회사 제품생산 원자재의 하역장으로 쓰게 하는 등 많은 기여를 하였고, 원자재의 운송으로 인한 도로지반의 침하나 도로변의 주택균열과 같은 불이익은 물론 산업단지 조성으로 인해 발생하는 환경문제들도 감수하고 있다.

(라) 피청구인의 주장대로 해면을 매립하여 조성한 토지는 새로이 생겨난 토지로서 종전의 공유수면에 대한 관할권과 무관하다 하더라도, 이 사건 매립지가 지방자치법 제4조 제1항에 의한 대통령령을 제정하여 관할구역으로 새로 확장하기 전까지는 피청구인 순천시의 관할이라고 할 수 없다.

(3) 피청구인 순천시장의 과세처분은 청구인의 지방자치권을 침해하는 것이다.

피청구인 순천시장이 청구인 광양시의 관할구역에 있는 위 회사의 토지 및 건물 부분에 관하여 지방세를 부과하는 것은 권한 없는 자의 과세처분으로서, 헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제9조, 지방세법 제2조, 제10조가 청구인 등에게 부여한 지방자치권(지방재정권)을 침해하는 것으로 위법, 무효의 처분이다.

## 나. 피청구인들 답변의 요지

(1) 공유수면은 지방자치단체의 관할구역에 속하지 아니한다.

지방자치법 제4조의 지방자치단체의 구역에 관한 규정은 쉽게 경계를 확정할 수 있는 육지에 관한 규정으로 해상경계는 이에 포함되지 아니하며, 기술적으로도 아직까지는 해상경계를 정확히 측량하는 것은 불가능하다.

(2) 이 사건 매립지는 청구인 광양시의 관할에 속하지 아니한다.

(가) 국가기본도상 해상경계는 지방자치단체 간의 해상경계로 볼 수 없다.

1) 국가기본도 작성에 관한 관계법령에 의하면 행정구역의 경계는 명확한 경우에만 지형도에 표시하도록 되어 있는데, 실제 1987년 이후에 발행된 지형도에는 육지경계 부분과 도서 부분의 경계는 표시되어 있지만, 해상경계는 표시되어 있지 않다.

- 2) 국가기본도를 제작, 발행하는 국립지리정보원도 지형도상의 해상경계표시는 도서의 소속을 표시하는 것일 뿐 행정구역의 경계가 아니라는 견해이다.
- 3) 중앙분쟁조정위원회도 시흥시 군자지구 공유수면매립지경계구역 분쟁조정신청사건에서 공유수면상 행정구역의 경계를 확정하는 것은 곤란하고, 도시계획도상 해상경계선을 경계조정 기준으로 볼 수 없다고 판시하였다.
- 4) 청구인 광양시와 피청구인 순천시의 도시계획도상 해상경계선 표시는 행정의 편의를 위하여 국가기본도상 해상경계선을 따른 것일 뿐, 이를 두고 청구인 광양시 및 피청구인 순천시의 해상경계가 국가기본도상의 해상경계로 확정된 것으로 볼 수는 없다.

(나) 이 사건 매립지의 귀속 기준

- 1) 국가기본도상의 해상경계는 규범적 효력이 없고, 달리 이 사건 매립지 부분이 청구인 광양시에 귀속한다고 볼 자료도 없다. 또한 이 사건 매립지는 공유수면을 매립하여 새롭게 조성된 토지로 매립 전에 존재하였던 공유수면은 이미 공용폐지 되었으므로 공유수면의 해상경계가 이 사건 토지의 경계기준이 될 수는 없다.
- 2) 사업시행의 주체인 전라남도지사가 사업시행과정에서 관련지방자치단체에게 공문을 보낸 것은, 그 소속주민들이 기존에 누려 오던 법률상·사실상 이익의 침해에 대한 우려에 기한 것이며, 사업시행단계에서는 매립지의 귀속관계를 확정할 수 없었기 때문에 행정의 편의상 관련지방자치단체의 선정을 국가기본도의 해상경계표시에 따른 것이므로 이것이 이 사건 매립지가 청구인의 관할에 속한다는 근거는 못 된다.
- 3) 매립지의 귀속기준은 매립지에 연결된 육지, 매립지 주변의 여러 가지 자연적, 지리적 여건, 공유수면매립의 목적과 그 매립지의 사회, 경제적 기능, 행정권 행사의 편의 등을 고려하여 결정되어야 한다.

(다) 이 사건 매립지가 피청구인 순천시에 귀속되어야 하는 이유

- 1) 피청구인 순천시는 매립과정에서 자연훼손을 감내하며 매립토를 제

공하였고, 울촌산업단지 진입로 사업에 시예산을 투입하는 등, 울촌 산업단지 개발에 직·간접적으로 많은 기여와 노력을 하였다.

- 2) 청구인들의 주장대로 울촌산업단지를 3개시로 3분할 경우, 사업자의 행정업무 처리의 불편이 예상되고, 지방자치단체 간의 의견이 불일치 문제가 발생할 우려가 있는 등 산업단지 활성화에 장애가 될 것이다.
- 3) 울촌산업단지는 순천시 해룡면과는 육지부와 연결되어 있는 반면, 광양시와는 바다를 사이에 두고 약 600미터 거리에 있어 접근성이 나 유치기업의 편의성 및 기업경쟁력 강화 차원에서 순천시에 귀속하는 것이 합리적이다. 또한 ○○ 주식회사 직원 450명 전체는 순천시를 생활근거지로 삼고 있고, 광양어민들의 어업권 상실에 따른 손실에 대하여는 어업권 보상이 이루어진 반면, 토석채취허가로 인한 순천시민들의 손실에 대해서는 아무런 보상이 없었던 점, 울촌제1산업단지 부지 중 국가기본도상의 해상경계표시에 의하면 청구인 광양시 관할구역에 속하는 곳에서 사고가 발생하였을 때 광양경찰서, 광양소방서에서는 사고현장이 순천시 관할이라는 이유로 사고 신고를 받고도 출동하지 않았던 점, 전라남도가 1997. 2. 25. 울촌제1산업단지 내 ○○ 냉간 압연공장 부지 13만 5,000평에 대해 준공인가 전 사용허가를 하고, 피청구인 순천시가 ○○의 건축허가 신청에 대해 건축허가를 할 때 청구인 광양시는 아무런 이의나 협의를 요청한 바 없었던 점(나중에서야 협의 요청을 하였다는 주장) 등에 비추어 보더라도 이 사건 매립지는 순천시에 귀속되는 것이 마땅하다.

(라) 당진군과 평택시 간 권한쟁의 사건에 대한 헌법재판소 결정은 이 사건에 적용되지 않는다.

- 1) 헌법재판소가 당진군과 평택시 사이의 해상경계를 국가기본도상의 해상경계표시에 따라 판단한 것은 지방자치단체 등의 행정기관이 위 해상경계를 경기도와 충청남도 사이의 해상경계로 인식한 행정행위를 하여 왔고, 이에 대한 행정기관과 일반국민들의 법적 확신이 형성되었기 때문인데, 청구인 광양시와 피청구인 순천시에는

국가기본도상의 해상경계표시를 경계로 삼는다는 관행이나 법적 확신이 형성되어 있지 않으므로 국가기본도상의 해상경계표시를 해상경계의 기준으로 삼을 수 없다. 즉, 광양시와 순천시간의 해상경계를 표시하는 국가기본도상 해상경계표시는 국가기본도의 발행연도마다 그 위치가 상이하였고, 울촌제1산업단지 부근의 해상경계표시도 1987년 이후 발행된 지형도에서는 점차 삭제되었으며, 현재는 육지경계 부분과 장도 부근 해상을 제외하고는 거의 모든 해상에 경계표시가 없는 상태다.

2) 그리고 울촌제1산업단지 구성에 따른 어업권 보상시 관련 지방자치단체들은 국가기본도상 해상경계표시와는 상관없이 실제 지역어민이 어업활동을 통해 생활을 유지해 왔던 관행어업을 기준으로 보상하였으므로 지방자치단체 등의 행정기관이 권한을 행사함에 있어 국가기본도상의 해상경계선을 행정구역 경계선으로 인정해온 행정관행이 존재하였다고 볼 수 없다.

3) 가사 울촌제1산업단지 중 일부가 청구인 광양시 관할에 속한다 하더라도 해상경계는 국가기본도상의 해상경계표시를 기준으로 삼을 것이 아니라 관행어업에 따른 보상선을 기준으로 삼아야 할 것이다.

(3) 피청구인 순천시장의 과세처분은 청구인들의 권한을 침해하지 아니한다.

가사 이 사건 매립지 부분이 청구인 광양시에게 귀속된다고 하더라도, 피청구인 순천시장의 지방세부과처분이 청구인들의 지방자치권(자치재정권)을 침해하는 것은 아니다. 왜냐하면 순천시장이 위 회사에 지방세를 부과했다고 하더라도 청구인들에게 정당한 권한이 있다면 광양시장도 위 회사에 지방세를 부과할 수 있는 것이기 때문이다.

#### 다. 행정자치부장관 의견의 요지

(1) 지방자치법 제4조의 '구역'에는 바다가 포함되지 아니한다.

일반적으로 지방자치단체의 관할구역에는 바다도 포함되는 것으로 해석되고 있으나, 지방자치법 제4조의 자치단체의 '구역'에는 연혁적으로나 적



용례에 비추어 볼 때 바다는 포함되지 않는다. 다만 지방자치법 제4조의 구역에 바다가 포함되지 않는다고 하여 지방자치단체 간 바다의 경계획정 필요성을 부정하는 것은 아니며, 이는 관행상 또는 국가의 정책목적에 따라 다양한 관리구역이 설정될 수 있다.

### (2) 지방자치단체 간의 해상경계설정 및 매립토지귀속 기준

(가) 현행법상 바다의 경계설정 근거 법령은 없으므로 해상의 자치단체 간 경계는 국가기본도상의 경계표시, 관행, 연혁적인 상황, 자연적 조건, 위치 등 제반 사정을 종합 고려하여 사안별로 판단하여야 한다. 다만, 바다의 경계획정기준은 분쟁 발생시 사후적으로 적용하는 것이 적절하며, 바다의 경계를 전반적으로 재획정하는 것은 혼란과 새로운 분쟁을 초래할 가능성이 있으므로 부적절하다.

(나) 공유수면매립토지 귀속에 관한 명문규정은 없으나, 매립토지도 국토의 일부로서 본질적으로는 행정구역으로서 성격을 갖는 것이므로 매립지의 지리적 위치, 주민생활권, 행정적 편의성 등 제반 여건을 종합적으로 고려하여 관할권을 결정하는 것이 바람직하다.

(다) 현재 공유수면매립토지의 귀속절차와 관련 매립토지는 새로이 조성된 토지로서 미소속지의 신규편입에 해당하므로 지번이 부여된 토지의 구역조정과는 다른 성격을 갖는 것이므로 지방자치법상의 행정구역조정 절차가 아닌 지적법 제17조(신규등록신청)에 의한 지적등록 절차에 의하고 있다.

### (3) 지방세 과세권한의 귀속

지방세에 대한 과세권은 당해 지방자치단체의 행정구역 관할권 범위 내에서 그 효력이 미치는 것이므로 행정구역 관할권에 대한 경계설정이 이루어지면 그에 따라 과세권의 범위가 결정될 것이다.

## 【결정요지】

1. 지방자치법 제4조 제1항에 규정된 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 지방자치단체의 구성요소로서 자치권을 행사할 수 있는 장소적 범위를 말하며, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다

도 포함되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다.

2. 현행 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정함에 있어서 ‘중전’에 의하도록 하고 있고, 지방자치법 제4조 제1항의 개정 연혁에 비추어 보면 위 ‘중전’이라는 기준은 최초로 제정된 법률조항까지 순차 거슬러 올라가게 되므로 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다. 그런데 이 사건 기록을 살펴볼 때, 이 사건 매립지에서 ‘중전’에 해당하는 관할구역 경계에 대하여는 조선총독부 임시토지조사국 훈령인 일반도측량실시규정(1914년)에 의거하여 1918년에 제작된 지형도상의 해상경계선이 그 기준이 된다. 그리고 종래 특정한 지방자치단체의 관할구역에 속하던 공유수면이 매립되는 경우에도, 법률 또는 대통령령 등에 의한 경계변경이 없는 한, 그 매립지는 당해 지방자치단체의 관할구역에 편입된다.

3. 전라남도 광양시, 순천시 및 여수시 소재 울촌제1지방산업단지 매립지 중 ○○ 주식회사가 전라남도로부터 분양받은 산업단지 446,283㎡(135,000평)와 위 산업단지 블록 1-1 구역의 공장 연면적 231,192.92㎡, 사무실 등 연면적 10,171.85㎡(이하 ‘이 사건 매립지’라 한다)에서는 광양시와 순천시의 관할구역을 나누는 해상경계에 있어 1948. 8. 15. 당시와 가장 근접하면서도 위 1918년 지형도상 해상경계선과 가장 유사한 1969년 국가기본도상의 해상경계선이 일응 이 사건 해역에서 양 지방자치단체 간의 관할을 나누는 경계선이 될 가능성이 있었다. 그런데 1973년 대통령령인 시·군·구·읍·면의관할구역변경에관한규정에 의해 1973. 7. 1.부터 이 사건 해역의 전남 광양군 골약면에 속하던 장도와 송도가 전남 여천군 울촌면으로 관할구역이 변경되었으므로 위 관할구역의 변경이 반영되었고 이후 법률 또는 대통령령의 개폐, 행정관습법의 성립 등으로 변경된 바 없는 1974년 발행 국가기본도상의 해상경계선이 이 사건 매립지에서 청구인 광양시와 피청구인 순천시 사이의 관할구역 경계를 나누는 최종적 기준이 된다.

4. 이 사건 매립지 중 제1별지 도면 표시 가, 나, 다, 라, 마, 바, 사, 아, 자의 각 점을 순차 연결한 선(1974년 발행 국가기본도상의 해상경계선)의 오른쪽(동쪽) 부분은 청구인 광양시의 관할권한에 속하고, 피청구인 순천시가 2003. 7. 1. ○○ 주식회사에 대하여 부과한 도시계획세, 공동시설세 등

의 부과처분 중 위와 같은 청구인 광양시의 관할권한에 속하는 목적물에 대하여 이루어진 부분은 청구인 광양시의 지방자치권(자치재정권)을 침해하여 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 과세처분으로서 그 효력이 없다.

### 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 조대현의 반대의견

1. 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한은 존재하지 아니한다. 지방자치법 제4조 제1항의 지방자치단체 구역에 관한 규정은 연혁적으로 토지조사령 등 지적관계법령에 따라 지적정리가 되었거나 그것이 가능한 육지에 대한 구역설정을 상정하여 규정한 것이지 공유수면인 바다를 대상으로 한 것이 아니며, 그 동안 법령으로 바다에 대한 지방자치단체의 관할구역을 확정한 바도 없으므로 위 법 조항으로부터 곧바로 지방자치단체의 관할 구역에 바다가 포함된다고 해석할 수는 없다. 더구나 지방자치단체의 관할 구역을 판단하는데 있어 어떠한 법적 구속력도 가지지 못하는 지형도상에 표시된 해상경계선을 기준으로 지방자치단체간의 경계를 확정할 수는 없다.

2. 설령, 공유수면에 대하여 지방자치단체가 관할권한을 가진다고 하더라도 공유수면을 매립하여 새로 생성된 토지에 대해서는 그 관할구역을 정하는 법령이 새롭게 제정되지 않는 한, 지방자치단체의 관할권한을 인정할 수 없다. 지방자치법 제4조 제1항이 ‘지방자치단체의 구역은 종전에 의한다’고 규정한 의미는 종전에 행정구역이 확정되어 있을 때 그 확정된 구역을 변경하지 아니하고 그대로 둔다는 의미이다. 그런데 바다를 매립하여 생성된 토지는 종전에는 존재하지 아니하였던 토지가 새로이 생겨난 것으로서 이것은 동일성을 유지하면서 바다에서 토지로 그 형상이 변경된 것이 아니므로 관할구역을 정함에 있어 종전 공유수면에 존재하던 관할구역에 관한 경계기준을 그대로 적용할 수는 없는바, 새로 조성된 육지의 관할구역에 관한 아무런 법령도 마련되어 있지 않은 이상 공유수면 매립지에 지방자치단체의 관할권한을 인정할 수 없다.

3. 그렇다면 이 사건 매립지 중 주문표시 부분에 대한 자치권한은 청구인 광양시에 부여되어 있다고 할 수 없으므로 이 사건 심판청구는 기각되어야 할 것이다.

## 【해설】

### 1. 서론

이 사건 매립지에 세워진 ○○ 주식회사에 대한 지방세 과세 권한이 광양시와 순천시 중 어느 지방자치단체에 있는지를 확인하기 위해서는 먼저 이 사건 매립지에 대한 관할권한이 누구에게 있는지 여부에 대한 판단이 선행되어야 한다. 따라서 이 사건에서의 쟁점은 공유수면상에도 지방자치단체의 관할권한이 미치는가와 관할권한이 미친다면 그 관할을 나누는 기준은 무엇이 될 것인가 하는 점이다. 다수의견과 소수의견은 이 부분에서 견해의 대립을 나타낸다. 다수의견은 지방자치법 제4조 제1항이 ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고...’라고 규정하고 있는 의미를 육지뿐 아니라 해상을 포함하는 개념으로 받아들이고, 이를 당연한 전제로 하여 이 사건 매립지에서의 지방자치단체 사이의 경계를 나누는 기준으로 국토지리정보원이 작성한 국가기본도상의 해상경계선을 들지만, 소수의견은 지방자치법 제4조 제1항은 육지에 대한 구역설정을 상정하여 규정한 것이지 공유수면인 바다를 대상으로 한 것은 아니라고 보고 있기 때문에 개별 법령이 제정되기 전까지는 공유수면에서 지방자치단체의 관할권한을 나누는 경계는 존재하지 않는 것으로 본다.

이하에서는 이 사건 매립지에 조성된 울촌제1지방산업단지의 일정 부분(청구인 광양시가 자신의 관할 구역이라고 주장하는 부분, 이하, ‘이 사건 계쟁지역’이라 한다)에 대한 관할권한을 청구인 광양시에게 귀속시킬 수 있을지 여부에 대한 다수의견과 소수의견의 견해 대립을 살펴본다.

### 2. 다수의견(인용의견)

#### 가. 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역과 자치권한

다수의견은 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한 존재와 관련하여, 헌법 117조 제1항에서 보장하고 있는 지방자치단체의 지방자치권에는 자신의 구역 내에서 자신의 자치권을 행사할 수 있는 권한이 포함되고, 지방자치단체는 지방자치법 제9조 제1항에 따라 자신의 관할구역의 자치사무와

법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리할 권한을 가지며, 지방자치법 제4조 제1항이 ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다’고 규정하고 있으므로 지방자치단체의 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지와 바다가 모두 포함되고, 따라서 공유수면에는 지방자치단체의 자치권한이 존재한다고 보고 있다.

나. 공유수면과 매립지에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계

(1) 지방자치법 제4조 제1항의 ‘종전’의 의미

다수의견은 공유수면에도 지방자치단체의 자치권한이 존재함을 위에서 본 바와 같이 확인하고, 특정한 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 미치는 영역을 확인할 수 있는 관할구역 경계의 존재를 지방자치법 제4조 제1항 ‘종전’의 의미와 이 규정이 생기기까지의 연혁을 통해 도출하고 있다.

다수의견은 현행 지방자치법 제4조 제1항에서 규정하고 있는 ‘종전’의 의미를, 「이 규정에서 ‘종전’이라 함은 종전의 법령 내용만을 의미하는 것이 아니고, 지적공부상의 기재 등까지를 포괄하는 의미로 해석되어야 하며, ‘지방자치단체의 관할구역은 종전에 의한다’는 것은 동법 시행시 존재한 구역을 그대로 답습한다는 것을 의미는 것」(헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2, 판례집 16-2, 404, 430)이라고 해석하고 있다. 그러면서 다수의견은 위 조항의 발효일 당시 존재하던 구역은 그 당시 효력을 갖던 개정 전 법령에 의하여 결정될 것이므로 위 조항과 관련된 입법 연혁을 살펴볼 필요가 있다고 판단한 후, 지방자치법 제4조 제1항이 규정되기까지의 연혁을 살피고 있다.

(2) 지방자치법 제4조 제1항이 제정되기까지의 연혁

대한민국 지방자치단체의 구역에 관하여 정한 최초의 법률은 구 지방행정예관관임시조치법(1948. 11. 17. 법률 제8호)으로, 제5조는 “지방에 좌(左)의 시와 도를 둔다. 서울시, 경기도, 충청북도, 충청남도, 전라북도, 전라남도, 제주도, 경상북도, 경상남도, 황해도, 평안남도, 평안북도, 강원도, 함경남북, 함경북도. 시·도의 위치와 관할구역은 대통령령으로써 정한다.”고

규정하고, 제12조는 “시에 구, 도에 부, 군, 도를 둔다. 구, 부, 군, 도의 명칭, 위치와 관할구역은 대통령령으로써 정한다.”고 규정하였는데, 그 기준 시점에 관하여는 대통령령인 지방행정기관의명칭·위치및관할구역에관한건(1948. 11. 18. 제정 대통령령 제34호)에서 정하고 있었던 바, “시도의 위치, 관할구역과 구, 부, 군, 도, 경찰서, 소방서의 명칭·위치 및 관할구역은 단기 4281년 8월 15일 현재에 의한다.”고 규정하고, 부칙은 “본령은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있었다. 이에 의하면 1948. 8. 15. 당시의 관할구역 경계가 지방자치단체의 구역을 정하는 기준이 된다.

그 후 제정된 구 지방자치법(1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정되고, 1960. 11. 1. 법률 제563호로 개정되기 전의 것) 제4조는 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전의 부를 시로 개칭하는 이외에는 모두 종전에 의하고 이것을 변경하거나 그 자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 한다. 지방자치단체를 폐치·분합하거나 명칭 또는 구역을 법률로써 변경할 때에는 관계 지방의회의 의견을 들어야 한다.”고 규정하고, 제145조는 “도에 군을 두고 서울특별시와 인구 50만 이상의 시에는 구를 두고, 시, 읍, 면과 구에 동리를 둔다. 군과 구의 명칭과 관할구역은 종전에 의하고 이것을 변경하거나 폐치·분합할 때에는 법률로써 정한다. 단, 울릉도는 울릉군으로 개칭한다. 동리의 구역은 자연촌락을 기본으로 하되 그 명칭과 구역의 확정은 시, 읍, 면 조례로써 정한다.”고 규정하고, 부칙 제4조는 “본법 시행에 필요한 규정은 대통령령으로 정한다.”고 규정하는 한편, 부칙 제1조는 “본법은 단기 4282년 8월 15일부터 시행한다.”고 규정하고 있었다. 위 각 규정에 의하면, 1949. 8. 15. 당시의 관할구역 경계가 기준이 된다고 보아야 할 것인데, 이는 결국 위 법률 시행 전에 효력을 갖고 있던 구 지방행정기관임시조치법에 의하여 정하여진 1948. 8. 15. 당시의 관할구역 경계를 기준으로 하는 결과를 가져온다.

위 각 조항 중 제145조는 구 지방자치법(1956. 2. 13. 법률 제385호, 1958. 12. 26. 법률 제501호, 1960. 11. 1. 법률 제563호)에 의하여 일부 개정되었지만, “군과 구의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 폐치·분합할 때에는 법률로 정한다.”고 규정한 부분은 유지되었다. 한편 지방자치법과는 별도로 구 지방자치에관한임시조치법(1961. 9. 1. 법률 제707

호로 제정되고, 1973. 3. 12. 법률 제2595호로 개정되기 전의 것)이 제정되었는데, 그 제3조, 제4조에 의하더라도 군 및 읍·면의 구역이 종전에 의한다는 점에는 변화가 없었고, 이후 구 지방자치에관한임시조치법(1973. 3. 12. 법률 제2595호로 개정되고, 1988. 4. 6. 법률 제4004호로 폐지되기 전의 것) 제3조의 규정에 의하여 현행법과 유사한 골격을 갖추게 되었다.

그 후 구 지방자치법(1988. 4. 6 법률 제4004호로 전문 개정되고, 1999. 8. 31. 법률 제6002호로 개정되기 전의 것)은 제4조를 개정하여 위 각 조항의 내용을 제4조 제1항에 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.”고, 제2항에 “제1항의 규정에 의하여 지방자치단체를 폐치·분합하거나 그 명칭 또는 구역을 변경할 때에는 관계 지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)의 의견을 들어야 한다.”고 각 규정하면서, 위 부칙 제6조에 의하여 지방자치에관한임시조치법을 폐지하였다.

(3) 위 연혁을 통해서 본 지방자치단체의 관할구역 경계의 기준

다수의견은 위와 같은 지방자치법 제4조 제1항의 개정 연혁에 비추어 다음과 같은 결론을 도출하고 있다. 「위 ‘종전’이라는 기준은 그 법률조항이 최초로 제정된 때까지 순차 거슬러 올라가게 되므로, 결국 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다고 할 수 있고, 한편, 지방자치법 제4조 제1항을 비롯한 관할구역에 관한 규정들은 대한민국 법률이 제정되기 이전부터 존재하였던 지방자치단체의 관할구역 경계에 대하여 법적 효력을 부여하는 것이고, 지방자치단체의 관할구역 경계는 각 법령이 관할구역을 정하는 기준으로 삼고 있는 법률 또는 대통령령에 의하여 달리 정하여지지 않은 이상 현재까지 유지되고 있음이 원칙이므로 행정관습법 등 불문법적인 근거에 의하여 관할구역 경계의 변경이 이루어지지 않았다면, 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 확인하여야 할 것이다.」

(4) 공유수면에 대한 관할구역 경계의 기준과 이 사건 매립지에서의 경계

한편, 다수의견은 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할구역 경계 역시 위와 같은 기준에 따라 1948. 8. 15. 당시 존재하던 경계가 먼저 확인되어

야 할 것인데, 이는 결국 당시 해상경계선의 존재와 형태를 확인하는 사실 인정의 문제라고 하면서, 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역 경계의 연원에 관하여 보건대, 부·도 및 군과 그 관할구역에 두는 관할구역을 정한 1913. 12. 29.자 부령(조선총독부령) 제111호 ‘도의위치와관할구역및부군의 명칭위치관할구역’은 1945. 11. 5. 군정법령 제21호 제11조에 의하여 그 효력을 지속하게 되었으므로, 우리나라 지방자치단체의 관할구역은 조선시대와 일제시대의 관치적 지방행정구역을 이어 받아 해방 당시에 존재하였던 지방행정구역이 그대로 유지되었고, 일제시대의 ‘일반도측량실시규정’[조선총독부 임시토지조사국 훈령 제1호, 대정3년(1914년) 1월 12일 제정]은 지형도상의 행정구역경계의 표시방법에 대해서 규정하고 있었는데, 제239조는 “지(池), 소(沼), 호(湖), 해(海) 등을 횡단하는 때, 대안(對岸) 사이가 가까우면 간단없이 이것을 그리고, 먼 곳에는 수애(水涯)로부터 1cm인 곳에서 이것을 그칠 것”이라고 규정하고, 제240조는 “해협(海峽) 또는 도서(島嶼) 등을 통과할 때에는 도면상에 있어서 그 경로가 판명되도록 적의한 길이로서 이것을 그릴 것”이라고 규정하여, 바다에 대한 경계표시원칙을 규정하고 있었고, 위 규정에 의거하여 일제시대 대정 7년(1918년)에 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도에는 도와 군 사이를 구분하는 해상경계선이 표시되어 있었으며, 이러한 도·군 경계에 대한 해상경계선은 해방 이후 간행된 국가기본도(지형도)에서도 대부분 그대로 표시되었으므로 다른 특별한 사정이 없는 이상 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도 중 1948. 8. 15.에 가장 근접한 것을 기준으로 하여 종전에 의한 해상경계선을 확인하여야 할 것인데, 위 1918년 제작된 지형도가 위와 같은 해상경계선의 기준이 된다고 보고 있다.

한편, 조선총독부 육지측량부 제작의 지형도는 해방 이후 국토지리정보원(구 국립지리원)이 발행한 국가기본도에서도 대부분 그대로 표시되었다는 것을 이유로 다수의견은 다른 특별한 사정이 없는 이상 국토지리정보원에서 간행된 국가기본도는 해상경계선 확정의 중요한 기준이 된다 할 것이고, 법률 또는 대통령령의 개폐, 행정관습법의 성립 등으로 해상경계선이 적법하게 변경되지 아니한 이상, 1948. 8. 15. 당시의 해상경계선에 저촉되는 부분은 이에 부합하도록 수정될 필요가 있다는 것을 강조하였다. 그리



고 지방자치법 제4조 제1항이 정한 지방자치단체의 관할구역은 육지인지 바다인지를 묻지 않으므로 종래 특정한 지방자치단체의 관할구역에 속하던 공유수면이 매립되는 경우에도 법률 또는 대통령령 등에 의한 경계변경이 없는 한, 그 매립지는 당해 지방자치단체의 관할구역에 편입된다고 판시하고 있다.

다수의견은 위와 같은 대전제하에, 이 사건 매립지에서에서의 관할구역 경계를 다음과 같이 판시하고 있다. 「광양시와 순천시의 관할을 나누는 해상경계에 있어 종전의 경계를 바꿀만한 행정관행이 존재하지 않았으므로 1948. 8. 15. 당시와 가장 근접하면서도 위 1918년 지형도의 해상경계선과 가장 유사한 1969년 국가기본도상의 해상경계선이 이 사건 해역에서 양 지방자치단체간의 관할을 나누는 경계선이 되고, 다만 1973년 대통령령인 시·군·구·읍·면의관할구역변경에관한규정에 의해 1973. 7. 1.부터 이 사건 해역의 전남 광양군 골약면에 속하던 장도와 송도가 전남 여천군 울촌면으로 관할구역이 변경되었으므로 위 관할구역의 변경이 반영된 1974년 발행 국가기본도상의 해상경계선이 이 사건 매립지에서 청구인 광양시와 피청구인 순천시 사이의 관할 경계를 나누는 최종적 기준이 된다.」

(5) 이 사건 권한쟁의 심판청구에 대한 결론

다수의견은 위와 같은 결론에 따라 청구인 광양시 주장의 이 사건 계쟁 지역의 일부를 광양시의 관할권한이 미치는 범위로 인정하고, 피청구인 순천시가 2003. 7. 1. ○○ 주식회사에 대하여 부과한 도시계획세, 공동시설세 등의 부과처분 중 청구인 광양시의 관할권한에 속하는 목적물에 대하여 이루어진 부분은 청구인 광양시의 지방자치권(자치재정권)을 침해하여 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 과세처분으로서 그 효력이 없다 하여 이를 취소하였다.

3. 소수의견(기각의견)

소수의견은 다수의견과는 달리 지방자치법 제4조 제1항은 육지에 대한 구역설정을 상정하여 규정한 것으로 보고, 공유수면인 바다는 지방자치단체의 구역에 포함되지 않는다고 보고 있다. 육지의 관할구역 구분을 위한 경계설정을 위해 지번(地番) 부여를 위한 지적도, 임야도 등 지적공부와 같

은 근거가 있어야 하듯이 바다를 지방자치단체의 구역으로 설정하기 위해서도 해변(海番)을 부여하고 경계를 획정하기 위한 해적도(海籍圖)와 같은 근거공부가 있어야 하나, 아직까지 이러한 것은 존재하지 않는다는 것이다. 이 견해에 의하면 공유수면에는 지방자치단체의 자치권한이 미치지 않게 된다.

소수의견은 또한 다수의견에서 조선총독부가 1918년에 제작한 지형도상에 표시된 해상경계선을 비롯하여 1974년 국토지리정보원에서 발행한 지형도상에 표시된 해상경계선 등이 지방자치단체 간 관할구역 경계를 나누는 기준이 된다고 보고 있는 것에 대하여, 국립지리원이 작성한 지형도의 해상에 표시된 경계표시는 도서의 소속을 표시할 뿐 지방자치단체의 관할구역을 판단하는데 있어 어떠한 법적 구속력도 가지지 못하므로 이를 기준으로 지방자치단체간의 경계를 확정할 수는 없다고 다수의견을 비판하고 있다.

다만 소수의견도 법령의 제정을 통해 공유수면에 대한 관할권한을 지방자치단체에 부여하는 것에 대해 반대하지는 않는다. 법령의 제정으로 공유수면에 대한 관할권한을 지방자치단체에 부여한다면, 이 경우에는 지방자치단체도 공유수면에 대해 관할권한을 가질 수 있다는 것이다. 그러나 소수의견은 공유수면에 대한 관할권한을 누가 가질 것인지, 관리는 어떻게 할 것인지에 대해서는 국가의 정책적 판단에 속하는 문제이고, 법령에 의해 공유수면에 대한 관할권한이 지방자치단체에게 부여되어 있지 않은 이상, 지방자치단체가 공유수면에 대해 관할권한을 가지고 있다고 보아야 할 이유는 없다고 보고 있다.

나아가 소수의견은 설령 공유수면에 대하여 지방자치단체가 관할권한을 가진다고 하더라도 공유수면을 매립하여 새로 생성된 토지에 대해서는 그 관할구역을 정하는 법령이 새롭게 제정되지 않는 한, 지방자치단체의 관할권한을 인정할 수 없다는 견해를 밝히고 있다. 지방자치법 제4조 제1항이 '지방자치단체의 구역은 종전에 의한다'고 규정한 의미는 종전에 행정구역이 확정되어 있을 때 그 확정된 구역을 변경하지 아니하고 그대로 둔다는 의미이므로 공유수면을 매립하는 경우와 같이 종전에 존재하지 아니하였던 토지가 새로 생겨난 경우에는 종전에 의할 수가 없다는 것이다. 이 문제는 바다의 행정구역을 어떻게 결정할 것인가라는 공유수면상의 행정구역의 획

정기준에 관한 문제가 아니라 새로 생성된 토지의 관할을 어떻게 결정할 것인가라는 육지의 행정구역 획정기준에 관한 문제이기 때문이라는 것이다. 그러므로 소수의견에 의하면 이 사건 계쟁지역에 새로 생겨난 매립지에 대한 관할권한을 인정하기 위해서는 법령이 마련되어야 할 것이다. 그러나 아직까지 이 사건 광양시와 순천시 사이의 공유수면 매립지에 대해서는 그 관할구역 경계를 확정하기 위한 대통령령이 제정되지 않았고, 이에 소수의견은 이 사건 매립지에 대해 청구인 광양시의 자치권한을 인정할 수 없다고 하고 있다.

#### 4. 이 결정의 의의

헌법재판소는 2004. 9. 23. 2000헌라2 당진군과 평택시간의 권한쟁의 심판사건에서 공유수면에도 지방자치단체의 자치권한이 존재함을 전제로, 아산만 해역에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방에 대한 자치권한이 청구인 당진군에게 속함을 확인하는 결정을 한 바 있다. 그런데 당진군 사건과 이 사건 광양시 사건은 복수의 지방자치단체에 걸쳐있는 공유수면을 매립하여 토지를 조성한 경우 그 매립지에 대한 관할권한이 누구에게 있는가에 관한 문제였다는 점에서 쟁점이 같다. 그리고 헌법재판소가 국토지리정보원에서 발행한 지형도상의 해상경계선을 기준으로 관할권한을 인정하였다는 점에서도 유사하다. 그러나 당진군 사건과 이 사건 광양시 사건에서 헌법재판소가 공유수면 매립지에 대한 각 지방자치단체의 관할권한을 인정한 논증 방식은 매우 달랐다.

2000헌라2 당진사건에서 헌법재판소는 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재하는지에 대하여 현행법상 지방자치단체에게 공유수면을 관할할 수 있는 자치권한을 직접 부여하는 규정은 존재하지 않고, 다만 지방자치법이나 수산업법, 공유수면관리법, 항만법, 연안관리법 등과 같은 관련 법률 등에 의하여 지방자치단체의 공유수면에 대한 관할권한이 인정되고 있다고 하였다.

이에 비하여 이 광양시 사건에서는 지방자치법 제4조 제1항에서 곧바로 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한을 이끌어내고 있다. 즉, 지방자치법 제4조 제1항에 규정된 지방자치단체의 구역은 지방자치단체의 구성요

소로서 자치권을 행사할 수 있는 장소적 범위를 말하고, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로 공유수면에도 지방자치단체의 자치권한이 존재한다는 것이다.

한편, 공유수면에 대한 지방자치단체의 행정구역 경계가 법상 존재하는지에 관하여, 당진사건은 바다의 경우는 토지의 경우처럼 번지 등에 의하여 특정된 바가 없고, 어느 법령에서도 각 지방자치단체의 관할구역에 속하는 바다를 특정한 바가 없으므로 공유수면에 대한 행정구역을 직접적으로 확정하는 법률상의 경계는 존재하지 않는다고 하였다. 그리고 지형도상의 해상경계선, 다시 말해 일제시대 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도상의 해상경계선이나 이를 토대로 그 이후 수 차례에 걸쳐 국토지리정보원이 작성한 지형도상의 해상경계선도 섬 주위를 제외하고는 구역 경계로서의 법적 구속력을 갖지 아니한다고 하였다. 다만 국토지리정보원이 간행한 지형도상의 해상경계선은 그 선을 기준으로 행정관행이 오랫동안 존재해 온 경우에는 이를 불문법상의 해상경계로 인정할 수 있다고 하였는데, 헌법재판소는 아산만 지역에서 1977년에 편집되어 1978년에 국토지리정보원에 의해 간행된 지형도상의 해상경계선을 기준으로 오랜 기간 이 지역의 행정이 이루어졌다는 것을 확인하고, 1978년 지형도상의 해상경계선에 불문법상의 효력을 인정하여 이를 기준으로 당진과 평택의 관할 경계를 나누었다.

그런데 이 사건 광양시 사건에서는, 지형도상의 해상경계선에 불문법상의 효력이 아니라 법상의 효력을 인정한 것으로 보인다. 즉, 현행 지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 관할구역 경계를 결정함에 있어서 ‘종전’에 의하도록 하고 있고, 지방자치법 제4조 제1항의 개정 연혁에 비추어 보면 위 ‘종전’이라는 기준은 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다고 할 것인데, 이 사건 매립지에서 ‘종전’에 해당하는 관할구역 경계에 대하여는 조선총독부가 1918년에 제작한 지형도상의 해상경계선이 그 기준이 되고, 종래 특정한 지방자치단체의 관할구역에 속하던 공유수면이 매립되는 경우에도, 법률 또는 대통령령 등에 의한 경계변경이 없는 한, 그 매립지는 당해 지방자치단체의 관할구역에 편입된다고 할 것인데, 광양시와 순천시의 관할구역을 나누는 해상경계는 1948. 8. 15. 당시

와 가장 근접하면서도 위 1918년 지형도상 해상경계선과 가장 유사한 1969년 국가기본도상의 해상경계선이 될 것이고, 다만 1973년 대통령령인 시·군·구·읍·면의관할구역변경에관한규정에 의해 1973. 7. 1.부터 이 사건 해역의 전남 광양군 골약면에 속하던 장도와 송도가 전남 여천군 울촌면으로 관할구역이 변경되었으므로 위 관할구역의 변경이 반영된 1974년 발행 국가기본도상의 해상경계선이 이 사건 매립지에서 광양시와 순천시 사이의 관할구역 경계를 나누는 최종적 기준이 된다는 것이다.

위 당진사건의 법정의견이 이 사건 광양시 사건에서 변경된 것인지는 명확하지 않다. 당진사건에서는 지형도상의 해상경계선에 대해 불문법상의 효력만을 인정하다가 광양시 사건에서는 법상의 효력을 인정하는 인상을 주고 있어 이것은 명백한 판례 변경이 아닌가 하는 생각이 들지만, 다수의 견이나 소수의견 모두 이에 대해서는 전혀 언급을 하고 있지 않으므로 헌법재판소의 명확한 의사가 무엇인지는 알 수 없다. 앞으로 유사한 사건에서 헌법재판소가 어떠한 견해를 취하게 될지 더 지켜볼 일이다.



## 구 상호신용금고법 제37조의2 위헌제청

- 예금자 우선변제권과 평등원칙 -

(헌재 2006. 11. 30. 2003헌가14·15(병합), 판례집 18-2, 403)

노 회 법\*

### 【관시사항】

상호신용금고의 예금채권자에게 예탁금의 한도 안에서 상호신용금고의 총재산에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제받을 권리를 부여하고 있는 구 상호신용금고법 제37조의2(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 다른 일반채권자를 합리적 이유 없이 차별함으로써 그들의 재산권을 침해하는지 여부

### 【심판대상】

#### 1. 심판대상

구 상호신용금고법(1999. 2. 1. 법률 제5738호로 개정되기 전의 것<sup>1)</sup>) 제37조의2(예금자 등의 우선변제권) 예금 등을 예탁한 자는 예탁금액의 한도 안에서 상호신용금고의 총재산(공탁한 재산을 포함한다)에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 권리를 가진다.

#### 2. 관련법령

---

\* 헌법연구관

1) 2001. 12. 31 법률 제6561호로 상호신용금고법은 ‘상호저축은행법’으로 그 명칭이 변경되었다. 그러나 심판대상인 예금채권자 우선변제권 조항은 신법에도 그대로 유지되고 있다(상호저축은행법 제37조의2).

예금자보호법(1999. 12. 31 법률 제5492호로 개정된 것)

1조 (목적) 이 법은 금융기관이 파산등의 사유로 예금등을 지급할 수 없는 상황에 대처하기 위하여 예금보험제도등을 효율적으로 운영함으로써 예금자들을 보호하고 금융제도의 안정성을 유지하는데 이바지함을 목적으로 한다.

제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "부보금융기관"이라 함은 이 법에 의한 예금보험의 적용대상 기관으로서 다음 각목의 1에 해당하는 금융기관을 말한다.

- 가. 은행법 제8조제1항에 의하여 인가를 받은 금융기관
- 나. 타. 하. 생략
- 파. 상호신용금고법에 의한 상호신용금고

제32조(보험금의 계산 등) ②제1항의 규정에 의한 보험금은 1인당 국내 총생산액, 보호되는 예금등의 규모 등을 고려하여 대통령이 정하는 금액을 한도로 한다. <개정 2000.12.30>

예금자보호법시행령(2000. 10. 31. 대통령령 제16993호로 개정된 것) 제 18조 ⑥법 제32조제2항의 규정에 의한 보험금의 지급한도는 5천만원으로 한다.

**【사건의 개요】**

1. 심판의 청구에 이르게 된 경위

가. 2003헌가14

(1) 파산자 ○○상호신용금고 주식회사(이하 '○○금고'라고 한다)는 1997. 7. 23.부터 금융감독위원회의 경영관리를 받아오다가 1998. 9. 22. 재정경제부장관의 영업인가취소로 해산과 동시에 청산절차가 진행되던 중, 1999. 2. 26. 금융감독위원회의 파산신청에 따라 같은 해 3. 29. 서울지방법원으로부터 파산선고를 받았다.

(2) 주식회사 □□상호신용금고(이하 '□□금고'라고 한다)는 예금자 등의 보호 및 금융제도의 안정성 유지를 위하여 부실상호신용금고의 영업 또



는 계약을 양수하여 이를 정리하기 위한 목적으로 예금자보호법 제36조의3에 의하여 예금보험공사가 전액출자하여 설립된 정리금융기관으로서, 1998. 11. 30.부터 예금자보호법에 따라 예금채권자들의 채권을 매입하기 시작하였다.

(3)위와 같이 예금채권을 매입함에 있어 농업협동조합중앙회가 □□금고를 대행하여 예금채권자로부터 채권을 매입하면서 예금채권을 □□금고에 양도한다는 서류를 받았고 ○○금고는 위 서류에 날인하는 방식으로 위 채권양도를 승낙하였으며, □□금고가 양수한 예금채권만큼은 같은 금고 명의로 개설된 예금계좌로 입금된 것으로 처리하였다.

(4) □□금고는 위와 같은 방식으로 예금채권자들로부터 4,794,860,965원의 채권을 매입하였고, 그 예금채권에 대하여 1998. 11. 30.부터 위 파산선고일인 1999. 3. 29.까지 159,533,592원의 약정이자가 발생하였다.

(5)○○금고의 파산절차에서 □□금고는 위 예금 및 이자채권 4,954,394,557원을 우선채권으로, 상호저축은행중앙회는 34,477,310,238원을 대여금 등 일반파산채권으로 각 신고하였으나 ○○금고의 파산관재인(예금보험공사 [주2])은 그 중 □□금고가 매입한 예금채권 4,794,860,965원 및 이에 대한 상사법정이율에 의한 이자 77,785,075원만을 파산채권으로 인정하고, 파산채권으로 인정한 부분에 대한 우선권도 부인하였으며, 신청인에 대하여 그 중 34,366,055,246원만을 파산채권으로 시인하였다.

(6)이에 □□금고(원고)는 ○○금고의 파산관재인(피고)을 상대로 하여 서울지방법원 99가합95994호로 파산채권확정 청구의 소를 제기하였고 ○○금고의 일반 채권자인 제청신청인 상호저축은행중앙회는 피고(파산관재인 예금보험공사)를 위하여 보조참가를 하였는데, 위 법원으로부터 □□금고의 ○○금고에 대한 우선권 있는 채권이 4,954,394,557원임을 확정한다는 판결이 선고되자, 상호저축은행중앙회는 이에 불복하여 서울고등법원에 항소하였다.

(7)상호저축은행중앙회(제청신청인)는 위 항소심 재판 계속중, 재판의 전제가 된 구 상호신용금고법 제37조의2가 헌법에 위반된다고 주장하며 위 법원에 위헌제청신청(2001카기1034)하였고 위 법원은 이 신청을 받아들여 2003. 6. 30. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 2003헌가15

\* 자세한 내용은 판례집 18-2, 403 참조

2. 법원의 위헌제청이유와 이해관계기관의 의견

가. 위헌제청이유

(1) 예·적금이 국민들에게 가장 일반화된 금융자산 형성 수단으로서 이용되고 있고, 거의 모든 금융기관에서 취급하고 있어 금융기관간의 경쟁이 더욱 심화되고 있으며, 기존의 신용관리기금법에 의한 상호신용금고 예금보험제도는 일반 금융기관의 예금보험제도와 통합하여 상호신용금고의 예금 등에 대하여도 예금자보호법에 의한 보호를 받고 있는 상태에서 상호신용금고를 설립할 당시부터 서민들의 금융자산의 형성과 금융편의를 제공하던 계와 부금 이외에도 예금, 적금 등을 거래한 자에 대하여까지 그 종류나 한도를 정하지 않은 채 예탁금액 전액에 대한 무제한의 보호를 하는 것은 예금 등의 종류와 한도에 따른 제한이 아니라 그 예탁기관에 의하여 그 보호범위가 달라지게 되어 상호신용금고의 예금등 채권자에 대하여만 중첩적으로 보호를 해주는 것으로서 이로 인하여 일반채권자들의 권리(예금채권)를 과도하게 제한하고 있다.

(2) 일반 금융기관의 예·적금 거래자는 예금자보호법에 의하여 국가의 경제규모와 국민의 예금수준 등을 감안하여 일정한 한도의 범위 내에서 보호<sup>2)</sup>받는 반면, 상호신용금고의 예금등 채권자는 예금자보호법 외에 이 사건 법률조항으로도 보호 받는다. 이는 거래의 종류나 한도등에 의하여 보호범위가 정해지는 것이 아니라 예탁기관의 선정에 따라 그 보호범위가 현저하게 달라지는 것이다. 금융환경의 변화 및 상호신용금고의 수신고에서

---

2) 2000. 12. 31. 이전에 부보금융기관에서 예금자보호법에 의한 보험사고가 발생하는 경우 1998. 7. 31. 이전에 가입한 예금에 대해서는 원금과 약정이자가 전액보호 되었고, 1998. 8. 1. 이후 신규로 가입하거나 입금된 예금에 대해서는 예금자 1인당 원금이 2,000만원을 넘는 경우 원금만 보호하고 원금이 2,000만원 이하인 경우 원금과 소정의 이자를 합하여 2,000만원까지 보호되었다. 그러나 2001. 1. 1. 이후에 예금자보호법에 의한 보험사고가 발생하는 경우 원금과 소정의 이자를 합쳐 5,000만원까지만 보호된다.

예·적금이 차지하는 비율, 예금자보호법에 의한 보호한도 등을 종합할 때, 서민금융의 편의와 예금등 채권자의 보호라는 상호신용금고의 설립목적에 감안하더라도 예금자보호법에 의한 부보금융기관 중에서 상호신용금고의 예금등 채권자만 예탁금 전액에 대하여 일반 채권자보다 우선하여 보호하여 줄 합리적인 이유가 부족하다.

(3) 상호신용금고의 예금등 채권자에 대한 무제한적인 보호는 일반 채권자들의 공동담보재산의 감소를 가져오게 되어 일반 채권자들로 하여금 자금의 회수에 대한 예측을 어렵게 하고, 상호신용금고에 대한 금융지원의 가능성을 제한하거나 불가능하게 하여 경영위기를 초래할 수 있다. 이는 결국 서민 및 소규모 기업에 대한 금융의 편의 등을 위한 상호신용금고의 설립취지도 제대로 살리지 못하게 되고 오히려 신용질서에 혼란을 가져와서 거래자의 안정적인 거래를 방해하게 되는 역효과를 가져올 수도 있다.

#### 나. 상호저축은행중앙회(제청신청인측)의 의견

(1) 예금보험제도가 도입된 마당에 상호신용금고에 있어서 예금자우선변제제도를 유지하는 것은 더 이상 정당성이나 합리성이 없다. 예금보험제도가 예금자보호 기능을 충분히 수행하고 있으므로 중복적으로 예금자우선변제제도를 유지하는 것은 합리적 이유없이 상호신용금고의 예금채권자만을 과잉보호하는 것이다.

(2) 예금자우선변제제도는 당초 상호신용금고의 예·적금 및 부금 등의 소액예금거래자를 보호하기 위한 것이었다. 그러나 이 제도는 당초 입법취지와는 달리 예금의 종류나 한도를 제한하고 있지 않기 때문에 소액예금보호기능은 사라지고 오히려 거액예금자 즉, 거액의 투자자만을 보호하고 있을 뿐이다.

(3) 예금자우선변제제도를 도입할 당시에 비추어 볼 때, 금융의 자율화, 개방화 등 금융환경이 변화되었고 상호신용금고도 일반 금융기관과 경쟁관계에 있고 금융감독을 받는 등으로 경영 건전성을 담보할 수 있게 되어 그만큼 금융사고의 위험이 줄어 예금자우선변제제도를 계속 유지할 실익이 없다.

(4) 이와 같이 예금자우선변제제도는 제도 도입당시와 달리 지금에서는

그 필요성이 줄었고 당초의 목적과 달리 거액예금자보호기능을 하고 있는 등으로 그 정당성이 없다. 오히려 상호신용금고의 금융차입을 어렵게 하여 유동성 부족을 유발, 도산의 위험을 초래할 뿐이다.

### 다. 주식회사 정리금융공사의 사장(당해사건 피고측)의 의견

(1) 예금보험제도와 예금자우선변제제도는 모두 예금자보호를 목적으로 하지만 그 수단과 방법이 서로 달라 어느 제도가 우월하다거나 대체하는 것이 아니다.

예금자우선변제제도는 예금금융기관의 도산에 따른 정리단계에서 예금채권자에게 변제의 우선순위를 부여하는 방식으로 예금자를 보호하고 금융시스템의 안정성을 제고하며 금융기관의 경영을 개선하기 위한 제도로서 일반적인 예금자보호기능 외에 공적자금 회수 기능을 가지는 것인데 비하여 예금보험제도는 공적자금의 투입을 제도의 본질적인 기반으로 하고 예금자우선변제제도와는 전혀 별개의 수단과 방법으로 예금자보호기능을 담당해 왔다. 상호보완적으로 운용되어야 한다.

(2) 상호신용금고제도에 있어서 예금자우선변제제도가 필요하다. 첫째, 다른 금융기관에 비하여 기반이 취약한 상호신용금고의 예금채권자를 보호하는 수단이며 상호신용금고의 금융기관으로서의 대외적 공신력을 보장하는 정책적인 수단이다. 둘째, 예금보험제도는 상호신용금고에 대한 감시기능을 예금보험공사에 위임하는 방식을 취하고 예금자우선변제제도에서는 변제순위가 낮아 상호신용금고의 부실로 인하여 손실을 입을 가능성이 큰 일반채권자에게 감시유인을 제공한다. 셋째, 상호신용금고의 부실화로 인하여 막대한 규모의 공적자금이 투입되어 예금보험공사의 부실화마저 우려되므로 예금보험제도만으로는 부족하다.

(3) 예금자 보호를 예금보험제도에 의할지 예금자우선변제제도에 의할지 아니면 양제도를 병행할 것인지는 예금보험제도내지 예금자보호법 등 관련 법령의 종합적인 정비를 통하여 정책적으로 해결하여야 할 문제들로서 입법정책의 문제이지 위헌 여부의 문제가 아니다.

**【결정요지】**

1. 상호신용금고법의 예금자우선변제제도는 서민금융기관인 상호신용금고의 예금채권자를 보호하고 상호신용금고의 공신력을 제고하기 위한 것이지만, 다른 일반채권자의 희생을 그 수단으로 하고 있다. 상호신용금고는 지역단위의 소규모 금융기관으로 자산규모가 작고 총부채 중에서 예금채권이 차지하는 비율이 90%가 넘기 때문에 예금채권이 우선변제권을 행사하고 나면 일반 채권자의 몫으로 남는 자산은 없거나 극히 적게 되어 일반채권자들은 거의 변제를 받지 못하게 된다.

2. 이 사건 법률조항이 제정될 당시에는 상호신용금고의 예금채권자를 보호하고 상호신용금고의 공신력을 제고하기 위하여 예금자우선변제제도를 시행할 필요가 있었다고 할 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항이 신설된 후에 상호신용금고의 건전한 경영과 부실방지를 위한 제도적 장치가 보완되었고 금융의 자율화·개방화가 진행되어 상호신용금고의 취급업무도 질적·양적으로 확대되어 일반 금융기관과 다를 바가 없게 되었다. 더욱이 1997. 12. 31.부터 상호신용금고의 예금채권자도 은행의 예금채권자와 똑같이 예금자보호법에 의한 보호를 받게 되었다. 따라서 더 이상 일반 금융기관의 예금과 달리 상호신용금고의 예금채권만을 우선변제권으로써 특별히 보호해야 할 필요성이 있다고 보기 어렵다.

3. 이 사건 법률조항이 예금보험공사가 지급정지사태에 빠진 상호신용금고에 투입한 공적자금(예금보험금이나 예금채권 매입금)을 일반채권에 우선하여 회수할 수 있게 하여 상호신용금고의 잦은 도산으로 인하여 예금보험공사까지 부실화되는 사태를 방지하는 데 기여한다고 하더라도 일반 은행의 경우와 달리 상호신용금고의 일반채권자를 희생시키는 수단을 정당화시키는 목적으로 삼기는 어렵다.

4. 이 사건 예금자우선변제제도가 도입된 배경에 비추어 보면 영세상공인이 주로 거래하는 서민금융기관의 공신력을 보장하고 서민예금채권자를 보호하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항이 예금의 종류나 한도를 묻지 아니하고 예탁금 전액에 대하여 우선변제권을 부여하는 것은 위와 같은 입법취지를 벗어난 것이라고 볼 여지가 있다. 상호신용금고의 예금채권을 특별히 보호해야 할 필요성이 있다고 하더라도 입법자는

예금의 종류나 한도를 묻지 않고 무제한적인 우선변제권을 줄 것이 아니라 입법취지에 맞게 예금의 종류나 한도를 제한하여 다른 일반채권자의 재산권 침해를 최소화할 헌법상 의무가 있는 것이다.

결국 이 사건 예금자우선변제제도는 상호신용금고의 예금채권자를 우대하기 위하여 상호신용금고의 일반채권자를 불합리하게 희생시킴으로써 일반 채권자의 평등권 및 재산권을 침해한다고 하지 않을 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제11조 제1항과 제23조 제1항에 위반된다.

### 재판관 김종대, 재판관 민형기의 반대의견

1. 이 사건 예금자우선변제제도가 시행된 이후 제도적 변화로 상호신용금고의 도산의 위험이 감소되었고, 상호신용금고에 예치된 예금도 일정 범위 내에서 예금자보호법에 따라 예금보험으로 보호받게 됨에 따라 상호신용금고 예금자를 보호하기 위한 별도의 제도적 필요성이 상당 부분 감소된 것은 사실이다. 그러나 상호신용금고는 여전히 일반의 금융기관에 비하여 자산규모가 상대적으로 취약하고, 대상고객의 범위 및 업무 내용에도 일정한 한계가 있으며, 경영의 투명성이 아직 미흡하여 도산의 위험성을 부정할 수 없기 때문에 금융정책적으로 예금채권자를 보호하고 금고자체의 대외적 공신력을 제고할 필요가 있다.

2. 입법자는 서민의 금융편의를 도모하고 신용질서를 확립하기 위하여 지역단위의 소규모 금융기관인 상호신용금고를 육성하고 예금채권자를 보호하기 위한 적절한 제도를 도입할 수 있고, 그 내용이 입법재량의 범위를 일탈하여 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 경우가 아니라면 선불리 헌법에 위반된다 할 수 없는 것이다. 이 사건 예금자우선변제제도는 상호신용금고의 예금채권자를 일반채권자에 우선하여 상대적으로 보호하기 위한 것인데 반하여, 예금보험제도는 전체 금융기관 예금자의 일정 예금액을 절대적으로 보호하기 위한 것으로, 이들 상호 간에 보호의 목적과 비교 대상이 차별화되므로, 예금보험제도가 도입된 이후에도 우선변제제도를 계속 유지할 것인지, 상호관계를 조정할 것인지, 아니면 폐지할 것인지는 입법자의 판단에 맡겨야 할 사항이고, 이에 대한 입법자의 판단은 마땅히 존중되어야 할 것이다. 이 사건 법률조항의 성격과 그것이 목적으로 하는 공익의

중요성 및 필요성에 비추어 볼 때 입법의 재량을 명백히 일탈하였다고 보기 어려우므로, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【해 설】**

**1. 예금자 보호제도 일반**

**가. 예금자 보호제도 의의 및 필요성**

예금금융기관은 불특정 다수로부터 단기로 자금을 수취하여 불확실한 사업체에 장기로 대출하는 것을 기본 업무로 한다. 불특정 다수로부터 수취한 예금은 일반적으로 대출에 비해 계약기간이 짧다. 그래서 예금자는 금융기관의 자산, 즉 장기사업에 대한 대출의 가치가 급격히 변할 것으로 예상되는 경우 사업이 성숙되기 전에 예금을 인출함으로써 금융기관의 유동성 부족상태를 유발하고 사업을 강제로 종료시킨다. 이러한 예금자의 행위는 금융기관의 경영을 위협하는 동시에 금융시스템의 안정성을 훼손하여 결국 실물경제에 악영향을 미칠 수 있다. 특히 경제내 불확실성이 큰 경우, 사업에는 본질적인 변화가 없음에도 예금자의 기대심리가 급변함에 따라 대규모 예금인출사태(소위 bank-run)가 발생하여 금융 및 실물경제를 마비시킬 가능성이 상존한다. 이에 예금자에게 원리금 손실에 대한 불안감을 불식시켜 심리적 안정을 제공함으로써 경제의 안정성을 유지하려는 것이 예금자 보호제도이다. 예금자 보호는 통상 2가지가 있다. 예금자우선변제제도와 예금보험제도가 그것이다.

**나. 예금자 보호제도의 종류**

**(1) 예금자 우선변제제도**

예금자 우선변제제도는 예금금융기관의 도산에 따른 정리단계에서 예금채권자에게 변제의 우선순위를 부여함으로써 예금자를 보호하고 금융시스템의 안정성을 제고하며 금융기관의 경영을 개선하기 위한 제도이다. 예금자 우선변제제도가 없는 경우에 통상 예금자는 일반 무담보채권자와 동일한 변제 우선순위에 놓이게 되어 담보채권자보다는 후순위이고 주주나 후순위 채권자보다는 선순위가 되지만, 이 제도 하에서는 담보채권자의 채권

이 우선 변제된 후에 일반 무담보채권자에 우선해 금융기관의 잔여자산을 분배받는다.

## (2) 예금보험제도

예금자 보호의 또 다른 방법은, 금융기관이 영업정지나 파산 등으로 고객의 예금을 지급할 수 없을 때 제3자인 예금보험기관이 대신 예금을 지급해주는 제도이다. 나라마다 제도의 세세한 내용이 동일하지는 않지만, 금융기관이 보험료를 출연하여 예금보험기금을 조성하고 파산 등 지급불능사태가 발생하면 예금보험기관이 대지급하는 형태는 원칙적으로 같다. 예금보험제도에서는 예금액의 일정 한도만을 보호한다.

## (3) 양 제도의 차이점

양제도는 예금자 보호라는 취지는 같으나 예금자를 보호하는 실질적인 방법이나 효과에서 차이가 있다. 예금자우선변제제도가 일반채권자 이하 변제 후순위자들의 희생을 통해서 예금자를 보호하는데 대하여, 예금보험제도는 지급불능시 제3자인 예금보험기관이 예금의 일부 또는 전부를 지급해준다. 그 결과 예금자우선변제제도에서는 보호되는 예금액의 한도가 미리 정해져 있지 않고 도산금융기관의 자산(담보채권, 예금, 일반무담보채권, 후순위채, 자본금 등) 구성에 따라 보장되는 금액의 한도가 달라지는 반면, 예금보험제도에서는 사전에 보장되는 예금액의 상한을 설정해 놓는다. 상한을 설정하는 것은 보장되는 예금액의 한도가 없으면 예금주들이 금융기관의 투자행태를 감시할 유인이 없어서 심각한 도덕적 해이(moral hazard)를 가져오고 금융산업 발전을 저해하기 때문이다. 그런데 예금자 우선변제제도의 경우에도 한도가 정해져 있지 않으면 예금자를 비롯한 투자자들 그리고 궁극적으로 금융기관의 도덕적 해이를 부추길 수 있고 나아가 예금보험제도가 작동하는 상황에서 예금자 우선변제제도를 함께 시행하는 것은 과보호에 의한 도덕적 해이를 초래한다는 비판도 있다<sup>3)</sup>.

3) 예금자 우선변제제도에 대한 경제분석, 2쪽, 이인호(서울대학교 경제학부 교수)



## 다. 외국의 입법례 및 실태

### (1) 연혁

예금보험제도는 1920년대 후반 미국에서 처음 도입되었다. 대공황의 여파로 수많은 금융기관이 도산되어 금융시스템이 마비되는 상황에 이르자 미국은 1933년 은행법(Banking Act of 1933)을 개정하여 예금보험제도를 도입하였다. 그 후 예금보험제도는 예금자 보호목적 외에 금융안전망(Financial safety net)의 핵심제도로 인식되어 현재 대부분의 국가에서 금융선진화를 위한 주요 제도로 채택·실시하고 있다. 명시적으로 예금보험제도를 채택하고 있는 나라는 68개국이다.

한편, 예금자우선변제제도는 1909년 미국의 네브라스카 주가 주법은행(state chartered bank)에 대하여 최초로 도입한 것으로 알려져 있다. 예금자우선변제제도는 스위스, 아르헨티나, 말레이시아 등 10여개 국가에서 실시되고 있지만, 예금보험제도를 실시하는 대부분의 국가에서는 실시되지 않고 있다. 예금보험제도를 두지 않고 예금자우선변제제도만 도입·실시하고 있는 나라도 있다. 스위스와 홍콩이 그 예다<sup>4)</sup>. 스위스의 경우 저축예금은 3만 스위스 프랑까지 모든 예금 및 금융기관에 대하여 우선변제권이 있다.

### (2) 양 제도의 병행

한편 예금보험제도의 문제점을 보완하기 위해 예금자우선변제제도를 도입, 양 제도를 연계하여 실시하고 있는 나라도 있다. 미국, 영국, 노르웨이, 칠레, 페루 등이 그 예다. 예금보험제도를 도입·실시하고 있는 68개국 중 15개국이 예금자우선변제도를 병행하고 있다. 미국의 경우 1980년대 대규모 금융부실을 겪으면서 드러난 예금보험제도의 문제점을 수정·보완하기 위하여 1993년 예금자우선변제수정조항(National Depositor Preference

---

4) 다만 스위스는 명시적인 예금보험제도는 존재하지 않지만 은행협회차원의 상호예금보증제도를 두고 있다. 스위스는 1934년 연방은행법(Federal Act on Banks and Savings Banks of 1934) 개정시 예금자우선변제(Konkursprivileg)를 제도화하였는데, 특이한 점은 변제의 한도를 정해 놓았다는 점이다. 현재 스위스의 저축예금은 3만 스위스 프랑까지 모든 예금 및 금융기관의 채무에 대하여 우선변제권이 있다(연방은행법 제15조 제2항) 이인호, 전게논문 3쪽.

Amendment)을 입법하였다. 동법은 금융기관이 파산하는 경우 모든 국내 예금자(연방예금보험공사를 포함한다)에게 무담보 일반채권자나 해외예금자<sup>5)</sup>보다 우선하여 변제받을 권리를 부여하고 있다<sup>6)</sup>. 미국이 1993년 연방차원에서(주차원에서는 그 이전에도 약 30개주에서 우선변제제도를 도입하고 있었다) 예금자우선변제제도를 도입하게 된 계기는 1980년 저축대부조합위기(Saving & Loan Association Crisis) 때문인 것으로 알려져 있다. 1980년대 약 900개에 달하던 저축금융기관(Thrifts)이 도산하면서 이들의 예금보험회사(Federal Saving and Loan Insurance Corporation)도 파산하였다. 이 사건으로 대규모 공적자금이 투입되었고 이를 기화로 예금보험제도 전반에 대한 재검토와 함께 공적자금투입을 필요로 하는 금융불안 요인을 제도적으로 차단하기 위한 논의가 진행된 것으로 알려져 있다.

## 라. 우리나라 예금자보호제도의 변천

### (1) 1995년 이전

우리나라의 경우 모든 금융기관을 대상으로 한 통합적인 예금자보호제도가 도입된 것은 1995년 예금자보호법에 근거했고 그 전에는 모든 금융기관(은행)을 대상으로 하는 일반적인 예금자보호제도(예금보험제도나 예금자우선변제제도)는 없었다. 다만 1995년 『은행』에 대한 예금보험제도가 도입되기 전에도 제2금융권의 경우에는 상호신용금고와 단기금융회사(종합금융회사)에 대한 신용관리기금, 신용협동조합에 대한 안전기금, 생명보험회사·손해보험회사에 대한 보험보증기금 등 금융권별로 『예금자보호기금』을 설치하여 예금자를 보호하여 왔다. 아래에서는 이 사건에서 문제된 상호신용금고의 예금자보호 제도에 대하여 살펴본다.

### (2) 1972년 상호신용보장기금제도 도입

1972년 제정된 상호신용금고법 제29조(상호신용보장기금의 설치)는 “상호신용금고의 계원 및 부금자에 대한 급부 또는 환급을 보장하여 거래자를 보

5) 여기서 해외예금자는 미국에 거주하는 외국인의 예금이 아니라 미국 영토 이외에서 지급해야될 미국계 예금금융기관의 모든 예금을 말한다.

6) 12 U.S.C.A. § 1821(d)(11)

호하고 또한 상호신용금고 상호간의 원활한 자금운용과 그 건전한 경영을 도모하기 위하여 상호신용보장기금을 설치하여야 한다”라고 규정하여 예금보험기능을 도입하였다. 『상호신용보장기금』은 각 금고의 출연금과 그 운용수익을 재원으로 하여 금고가 계급 및 부금 등을 지급할 수 없을 경우에 해당 금고에 필요한 자금을 『대여』할 수 있도록 하였다. 그러나 『상호신용보장기금』은 기금규모가 작아 예금자보호 기능을 하기 어려웠다.<sup>7)</sup>

### (3) 1975년 예금자우선변제제도 및 임원의 연대책임제도 신설

상호신용금고법에 의하여 1973년경 약 350개의 금고가 인가되었는데, 그 중 상당수가 위장출자에 따른 자본의 취약성, 업무의 변칙운용, 구 무진업무의 승계에 따른 손실금의 과다 누적 등의 부실요인을 안고 있었고 비인가 금고가 사회적 물의를 일으키는 등 전체 금고업계에 대한 불신이 급속히 심화되었다. 이에 정부는 1975년 상호신용금고법(1975. 7. 25. 법률 제 2779호로 개정된 것)을 개정하여 ①감독권 강화, ②상호신용보장기금 확충<sup>8)</sup>하고, ③예금자우선변제제도 및 ④임원의 연대책임제도를 새로 도입하였다.

즉, 금고법 제32조의 2는 계원 및 부금자는 납입한 계 및 부금액의 한도 내에서 상호신용금고의 총재산에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있다고 규정하여 『계원 및 부금자』에 대한 예금자우선변제제도를 처음 도입하였다. 또한 동법 제32조의3은 금고의 『임원과 과점주주』 등에 대하여도 일정기간 동안 계, 부금 채무에 대하여 상호신용금고와 연대하여 변제 책임을 지도록 규정하여 경영에 따른 책임조항을 신설하였다. 금고의 임원에 대한 연대책임은 거래자보호 강화 및 부실경영 방지를 위하

7) 상호신용보장기금은 초기에는 그 관리능력을 고려하여 국민은행이 관리하여 오다가(1972.8.-1975. 12.) 1976. 1.부터 상호신용금고연합회가 관리하였다. 그러나 동기금은 규모가 워낙 과소하여 금융사고가 빈발하였던 당시 상황에서 예금보험기능을 수행하는데 한계가 있었다. 1973.-1976년까지 조성한 기금은 2억9백만원에 불과하였다.

8) 상호신용금고법 제32조의 4 제1항 및 제2항은 상호신용보장기금확충과 관련하여 금고의 출연금만으로 기금부족사태가 발생할 경우 필요한 자금을 금융기관으로부터 차입할 수 있게 하고 금고의 지급불능시 기금이 금고를 대신하여 계급 및 부금에 관한 채무를 변제하고 그 변제한 금액의 한도에서 기금이 금고에 대위하도록 신설하였다.

여 합명·합자회사의 무한 책임제를 주식회사 형태의 금고에까지 확대 적용한 것이다. 그러나 이 규정은 ‘상호신용금고의 부실경영에 책임이 없는 임원과 상호신용금고에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주에 대하여까지 연대책임을 부과하는 것으로 평등원칙 등에 위반된다’는 이유로 2002. 8. 헌법재판소에서 재판관 6:3으로 한정위헌 결정되었다<sup>9)</sup>. 한편, 1995. 상호신용금고법<sup>10)</sup> 제37조의 2가 개정되어 예금자우선변제대상이 기존의 계·부금에서 『모든 예금』으로 변경·확대되었다.

#### (4) 1983년 신용관리기금 설치

1982. 5. ‘장영자·이철희 부부의 거액 어음사기사건’으로 금융시장이 극심한 혼란을 겪게 되자, 정부는 『사채 양성화』를 위하여 금융제도 전반의 획기적인 개편방안을 구상하였다. 상호신용금고와 단기금융회사(투자금융회사) 등 제2금융권 설립을 크게 완화하고, 은행의 민영화, 금리자유화, 업무영역 확대 등의 조치로 취하여 은행권과 제2금융권간의 경쟁이 확대되면서 금융기관의 부실이 우려되었다. 이에 정부는 금융기관의 부실방지 및 예금자보호를 위하여 1983. 신용관리기금법(1982. 12. 31. 법률 제3633호로 제정되고, 1998. 1. 13. 법률 제5501호로 폐지된 것)을 제정하여 『신용관리기금』을 설립, 단기금융회사 등(상호신용금고를 포함)의 예금 지급을 보장하고 단기금융회사 등에 대한 여·수신업무를 행하게 함으로써 예금자를 보호하는 예금보험제도를 도입하였다. 이에 따라 상호신용금고법상의 상호신용보장기금 규정은 사문화되고 신용관리기금이 포괄 승계하였다<sup>11)</sup>. 예금보험제도는 기본적으로 은행예금을 그 대상으로 하는 것이지만, 당시 우리나라는 은행설립이 제한되어 있어 일반 국민들의 『은행』에 대한 공신력이 커서 예금보호의 필요성이 없어 예금보험대상에서 제외하였다.

#### (5) 1995년 예금보험제도 도입

9) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌가5등, 판례집 14-2, 106, 128

10) 1995. 1. 5. 법률 제4867호로 개정된 것

11) 신용관리기금 설치로 사문화된 상호신용보장기금은 1995년 1월 상호신용금고법 개정시 관련 법조항이 삭제되어 법적으로 완전히 폐지되었다.

금융자율화와 개방화의 확대로 금융기관간 경쟁이 심화되고 이로 인한 경영위험 증대로 금융기관의 파산 가능성이 증가되었다. 이에 정부는 1995년 예금자보호법을 제정하고 1996. 예금보험기금의 관리, 보험금의 수납 및 대지급 등 예금보험제도의 효율적 운영을 위하여 『예금보험공사』를 설립하였고, 이로써 『은행』을 대상으로 한 본격적인 예금보험제도가 도입되었다<sup>12)</sup>. 앞서 언급한 바와 같이 은행에 대한 예금보험제도가 도입되기 전에도 제2금융권은 동종금융사별로 예금자보호기금을 설치하여 예금자를 보호하여 오고 있었다.

그러다가 1998. 예금자보호법이 개정되어<sup>13)</sup> 금융권별로 분산되어 있던 예금자보호기금을 예금보험공사로 일원화하여 통합·관리하게 되었다. 예금보험에 가입한 금융기관을 『부보금융기관』이라고 하는데, 현행법상 부보금융기관은 은행·증권회사·보험회사(생명보험회사, 손해보험회사)·종합금융회사·상호저축은행 등 5개 금융권이다. 농·수협중앙회 신용사업부문의 본·지점과 외국은행 지점은 은행법에 의한 은행으로서 예금보험 적용대상이다<sup>14)</sup>.

예금자보호법에 의한 보호한도는 현재 1인당 5천만원이다(5천만원은 원금과 이자를 합한 금액이고 예금의 종류별 또는 지점별 보호금액이 아니라 동일한 금융기관 내에서 예금자 1인이 보호받을 수 있는 예금 총액을 말한다<sup>15)</sup>). 1995년 도입 당시에는 2천만원이었다가 1997년 외환위기에 따른 금융시장 불안이 고조됨에 따라 2000.말까지 한시적으로 원리금 전액으로 확대하였다. 그 후 2001년부터 다시 5천만원으로 제한되었다.

## 2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

### 가. 이 사건의 爭點

12) 예금자보호법(1995. 12. 29. 법률 제5042호로 제정된 것)

13) 1997. 12. 31. 법률 제5492호로 개정된 것

14) 다만, 농·수협의 단위조합은 예금보험 가입 금융기관(부보금융기관)이 아니며, 각 중앙회가 자체적으로 설치·운영하는 '상호금융예금자보호기금'을 통하여 예금자를 보호하고 있다.

15) 예컨대 개인이 여러 금융기관에 예금을 분산 배치하는 경우 각 금융기관별로 5천만원의 한도까지 보장받는다. 따라서 5천만원 미만으로 여러 금융권에 분산 배치하는 한 거의 무제한으로 보장될 수 있다.

상호저축은행은 이 사건 법률조항이 상호신용금고의 자금 차입을 어렵게 함으로써 금고의 영업의 자유를 제한한다고 주장한다. 그러나 이 사건 법률조항은 금고의 채무변제에 있어 예금채권자에게 우선변제권을 주는 것일 뿐, 상호신용금고의 영업의 자유를 제한하는 것은 아니다. 다만 예금채권자에게 우선변제권을 줌으로써 간접적으로 상호신용금고가 자금을 차입함에 있어서 유사시 채권의 전액 회수를 우려하는 금융사로부터 자금조달을 어렵게 할 수는 있다. 그러나 그것은 우선변제권 규정에 의한 반사적·부수적인 효과일 뿐이다.

이 사건 법률조항은 예금채권자에게 예탁금의 한도내에서 다른 채권자에 우선하여 변제 받을 권리를 줌으로써 다른 채권자를 차별하고 그들의 재산권(채권) 행사를 제한하고 있다. 따라서 이 사건의 쟁점은 예금자우선변제제도가 다른 채권자를 합리적 이유 없이 차별함으로써 그로 인하여 그들의 재산권을 침해하는지 여부다. 재판관들 모두 이 사건의 쟁점을 위와 같이 보았다.

#### 나. 이 사건 법률조항의 입법목적

상호신용금고법(1972. 8. 2. 제정, 이 법은 2001. 3. 28. 법률개정으로 상호저축은행법으로 명칭이 변경되고 ‘상호신용금고’의 명칭도 ‘상호저축은행’으로 변경되었으나 이하에서는 상호신용금고라고 한다)은 사금융시장에서 번창하고 있는 사설무진(無盡), 서민금융, 계 등을 정비하여 소규모·소지역 단위의 민간금융기관으로 육성함으로써 소상공인, 영세서민을 제도금융권으로 끌어들이어 이들의 금융편의를 도모하고 금융질서확립과 거래자를 보호하기 위하여 제정되었다. 상호신용금고는 계, 신용부금 업무와 소액신용대출, 계원 또는 부금자에 대한 어음의 할인을 주된 업무로 하였는데 경영진에 의하여 사금고화되고 부실경영으로 인한 도산 등으로 거래자에게 손해를 끼치는 피해가 번번하게 발생하자, 1975. 7. 25. 제1차 개정을 통하여 상호신용금고에 대한 관할관청의 감독권을 강화하면서 계원과 부금자의 납입금액의 범위 내에서 상호신용금고의 총재산에 대하여 다른 채권자보다 우선변제를 받을 권리에 관한 조항(법 제37조의2)을 신설하였다. 그 후 1995. 1. 5. 제2차 개정을 통하여 상호신용금고의 취급업무가 예금 및 적금

의 수입, 내국환업무, 보호예수와 국가·공공단체·금융기관의 대리 등으로 확대됨을 기화로 이에 맞추어 법 제37조의2를 이 사건 법률조항과 같이 개정하여 종래의 계원과 부금자 뿐만 아니라 예금 등을 예탁한 자(이하 '예금채권자'라고 한다)는 모두 예탁한 금액의 한도 내에서 상호신용금고의 총 재산에 대하여 다른 채권자보다 우선변제를 받도록 하였다.

위와 같은 입법배경에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 입법목적은 상호신용금고의 채무변제에 있어서 예금채권자에게 다른 채권자에 우선하여 변제받을 권리를 부여함으로써 상호신용금고의 영업정지나 파산 등으로부터 예금채권자를 보호하고 일반채권자들로 하여금 금고의 경영을 감시하게 하여 부실경영 내지 금융사고를 방지하여 금융제도를 안정시키기 위한 것이라고 할 것이다.

#### 다. 법정의견(위헌)

(1) 어떤 제도가 계속 존속하려면 그 제도의 필요성이 있어야 하고 제도를 만든 목적에 기여해야 한다. 만약 제도 도입 당시와 달리 그 필요성이 사라졌거나 입법목적에 아무런 기여를 하지 못한다면 그 제도는 더 이상 존속할 이유도, 실익도 없다. 입법자는 제도를 폐지하거나 당초 의도한 기능을 발휘할 수 있도록 개선(改善)해야 한다. 그것은 입법정책(立法政策)의 문제이고 그 판단과 선택은 전적으로 입법자의 몫이다. 그런데 제도가 국민의 기본권을 과도하게 제한한다면 입법자의 판단과 선택은 제한받게 된다. 더 이상 입법 개선의 대상에 머무르는 것이 아니라 헌법적 한계를 이탈한 것이기 때문이다.

이 사건 예금자우선변제제도는 상호신용금고의 예금자를 보호하고 서민 금융기관인 상호신용금고의 안정성을 제고하기 위한 것이다. 그런데 이 제도는 일반채권자의 희생을 그 수단으로 하고 있다. 따라서 예금자보호의 필요성이 사라졌거나 예금자보호 및 금고의 경영 안정성에 기여하고 있지 않다면 제도의 존재 자체의 정당성이 상실된 것이므로 폐지되거나 개선되어야 한다.

(2) 이 사건 예금자우선변제제도는 그 필요성에 의심이 있을 뿐만 아니라 소액예금자보호 및 금고의 안정화에 기여하는지에 대하여 의문이 제기

된다. 재판관들은 여기에 초점을 맞추었다.

먼저 상호신용금고법이 제정될 당시와 비교할 때, 상호신용금고의 업무는 질적·양적으로 확대되었을 뿐만 아니라 금융의 자율화와 개방화가 진행되어 상호신용금고는 일반 금융기관과 경쟁관계에 있게 되었다. 그 결과 금고의 높은 이자율을 노리는 투자가(거액 예금거래자)도 생겨났다. 금고의 예금자가 더 이상 영세상공인과 서민들에 한정되지 않게 되었다. 이와 같은 금융환경의 변화는 일반 금융기관(은행)의 예금자에 비하여 상호신용금고의 예금채권자만을 특별히 보호해야 할 필요성에 의문을 들게 하고, 높은 이자율만을 노리는 예금채권자를 위하여 상호신용금고에 자금을 공급한 다른 채권자의 희생을 강요할 수 없게 하였다.

예금자 보호와 같은 정책적 배려가 필요한 예금자는 소액의 자금을 금융기관에 예치한 전문성이 부족한 투자자(unsophisticated investor) 즉 『소액예금자』를 의미한다. 거액예금자는 보호대상에 포함되지 않는다는 것이 일반적인 태도이다<sup>16)</sup>. 그런데 예금자보호법에 의하여 금고의 예금자도 5천만원까지 보호받는다. 예금보험제도에 의하여 소액예금자 보호는 그 목적을 다하고 있는 것이다. 우선변제제도는 당초 입법목적과 달리 거액예금자를 보호하는 결과가 되었다. 『소액예금자보호』라는 목적에 충실하려면 예금의 종류나 한도를 묻지 않고 우선변제권을 줄 것이 아니라 입법취지에 맞게 예금의 종류와 한도를 제한해야 한다.<sup>17)</sup> 법정의견은 이 점에 중요한 의미를 두고 있다.

(3) 일반채권자에 우선하여 상호신용금고의 예금채권자를 특별히 보호해야 할 필요성이 있다고 하더라도 예금보험제도가 도입된 지금 예금자우선변제제도의 실효성도 의문이다. 통상 예금자보호는 예금보험제도가 원칙적·

16) 이인호, 전계논문, 8쪽 금융소비자 보호를 목적으로 하는 금융감독도 비전문적인 소액금융소비자를 그 보호대상으로 한다. 금융감독체계에 따른 보호대상 금융소비자는 국가별로, 고객의 거래상품별로 상이하다. 예를 들어 호주의 경우 순자산이 A\$ 2,500,000 이하 이거나 최근 2년간 연간 총수입이 A\$ 250,000 이하인 예금자를 소매금융인(retail client)으로 규정하고 이들을 금융감독의 주요 보호대상으로 설정하고 있다.

17) 현재(1999년부터) 상호신용금고(상호저축은행)의 취급이 허용되는 수신상품은 계, 부금, 보통예금, 정기예금, 근로자장기저축, 정기적금, 표지어음, 가계장기저축, 근로자우대저축, 별단예금, 자유적립예금, 기업자유예금, 장기주택마련저축이고, 위 수신상품은 한도를 묻지 않고 모두 우선변제대상이다.



우선적이고, 예금자우선변제제도는 예외적·보충적이다. 예금보험제도를 도입함으로써 예금자우선변제제도를 계속 유지할 필요성은 떨어진다.

앞서 본 바와 같이 1995. 예금자보호법이 제정되어 예금보험제도가 도입되었고 1998. 4. 1.부터 상호신용금고도 예금자보호법에 의한 부보금융기관으로 편입됨으로써 상호신용금고의 예금자는 2중으로 보호받게 되었다. 물론 예금자보호법에 의한 보호한도는 1인당 5천만원<sup>18)</sup>이기 때문에 5천만원을 초과하는 부분은 우선변제제도에 의하여 보호받는다라는 점에서 이 사건 법률조항이 여전히 의미가 있다고 할 수 있다. 그런데 우선변제제도가 예금자보호의 실효성을 가지려면 금고의 총부채 대비 예금의 비중이 작아야 한다. 그래야만 파산 등 지급불능시 일반채권자의 상당한 희생을 통하여 예금자가 우선 변제받을 수 있다<sup>19)</sup>. 그런데 상호신용금고의 총부채 중 일반차입금의 비중을 낮춰 건전경영을 유도하려는 입법적 조치<sup>20)</sup>가 지속적으로 취해졌다. 그 결과 금고의 총부채에서 예금이 차지하는 비율은 꾸준히 증가하여 2003년말 현재 금고의 총부채 대비 예금이 차지하는 비율은 96.9%에 이르렀다<sup>21)</sup>. 우선변제제도의 실효성이 크지 않다는 것을 말해 준다.

다음으로 이 사건 우선변제제도가 상호신용금고의 일반채권자로 하여금

18) 예금자보호법시행령 제18조 제6항. 그런데 1995. 예금자보호법 제정 당시에는 보장 한도를 2천만원이었고 중간에 채권 전액을 보장하는 것으로 바뀌었다가 1997. 11. 19. 법률 개정으로 예금 채권 전액을 보장하였다.

19) 일반채권자의 손실부담액으로 예금자에게 우선변제하기 때문에 손실부담액 즉, 희생이 클 수록 예금채권자가 더 보호받는다.

20) 법률 또는 운영규정으로 자금 차입을 제한하였다. 1990. 6. 금융기관 차입금 총액을 자기 자본의 3배 이내로 제한하였고, 1992. 12.부터는 일반차입금 제도를 폐지하였으며, 1995. 4.부터 금융기관 또는 신용관리기금으로부터의 차입금만 허용하고 그 한도도 자기자본의 3배 이내로 제한하였다.(상호신용금고법)

21) 예금보험제도하에서 예금자우선변제제도는 예금보험의 부보한도가 정해져 있더라도 금융기관의 총부채 대비 예금의 비중이 매우 높아서 일반채권자의 우선적 손실부담액이 작을 경우 예금자우선변제제도는 그 효용성이 낮을 수 밖에 없다. 그런데 1988년부터 금고의 비대해진 차입금 규모를 축소하기 위하여 금융기관 차입한도를 자기자본의 3배 이내로 축소하는 등 조치를 취하여 총차입금의 비중이 총부채의 10%이하로 축소된 반면 예금이 총부채에서 차지하는 비율은 지속적으로 상승하여 1990년말에는 60%에 달하게 됨에 따라 금고의 예금자 우선변제대상 수신규모는 90%에 달하였고 계속 증가하여 2003년말 현재 예금자우선변제대상 수신규모는 총부채의 96.9%를 차지하고 있다. 이와 같은 현실에서는 예금자우선변제제도는 그 효용이 거의 없게 된다.

경영감시를 자극함으로써 서민금융제도의 안정화에 기여하고 있다는 인과 관계를 인정하기가 어렵다. 초창기에 비하여 업무의 범위와 한도가 확대된 지금 일반채권자들이 금고의 자산 상태나 자산 운용 등 전문적인 부분을 감시·감독한다는 것은 쉽지 않다는 점을 재판관들이 인정한 것으로 볼 수 있다.

(4) 한편, 정리금융공사(예금보험공사)는 이 사건 법률조항이 부실 상호 신용금고를 정상화시키기 위하여 또는 정리하기 위하여 투입한 『공적자금 회수』 기능을 한다고 주장하였다. 예금자우선변제제도가 보험기금(공적자금)의 손실을 최소화하는 기능을 하는 것은 어느 정도 인정된다. 미국의 예금자우선변제제도는 예금보험기금을 보전하기 위하여 도입된 것으로 알려져 있다<sup>22)</sup>. 그러나 상호신용금고법상의 예금자우선변제제도의 도입취지는 예금자 보호와 금융제도의 안정성 제고에 있지 공적 자금 회수를 용이하게 하기 위하여 도입된 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다. 가사 우선변제권 규정이 예금채권자 보호를 위해서 투입된 공적 자금을 회수하는 기능을 갖는다고 하더라도 이는 우선변제권 규정이 의도한 본래의 효과가 아닌 반사적인 것에 불과하다고 할 것이다. 입법연혁으로 보나 규정의 실제(實際)를 보더라도 입법자가 우선변제권을 통하여 공적자금 회수를 의도했다고 보기 어렵다. 공적자금 회수 기능이 예금자우선변제제도의 정당성을 뒷받침하는 논거가 될 수는 없다. 법정의견도 이를 지적하고 있다.<sup>23)</sup>

(5) 예금보험제도가 도입되지 않은 상황에서 상호신용금고의 예금자우선변제제도가 유사시 금고의 예금자를 보호하고 일반채권자의 경영 감독을 자극함으로써 금고의 건전경영을 유도하는 촉매제 역할을 하였다는 점은 부인할 수 없다. 그러나 지금은 사정이 바뀌었다. 예금보험제도가 도입되어 금고의 소액예금자는 충분한 보호를 받는다. 그리고 당국의 금고에 대한 감독권이 강화되고 투명 경영이 강조되면서 부실화로 인한 금융사고의 위험도 사라졌다. 더욱이 상호신용금고의 총재산에서 차지하는 예금 등의 비율이 높아져서 우선변제제도의 실효성이 없다. 1998. 예금자보호법이 상호신용금고에 대하여도 예금보험제도가 도입되었음에도 입법자가 이 사건 우선

22) 우리나라와 미국의 예금자우선변제제도 비교, 이인호, 전계논문 제47쪽.

23) 판례집 18-2, 403, 413

변제 규정을 개폐하지 않은 것이 의도적인 것인지 아니면 실수인지 불문하고 사정이 변경되었다는 점은 분명하다. 더욱이 예금보험제도의 도입에도 불구하고 소액예금자 보호의 필요성이 있다고 판단했다면 입법자는 소액예금자보호의 입법취지에 맞게 최소한 예금의 종류나 한도를 정하여 다른 채권자의 재산권 침해를 최소화할 헌법상 의무가 있다.

결론적으로 법정의견은 현시점에서 이 사건 예금자우선변제제도는 합리적 이유없이 일반 채권자를 차별하고 예금채권자를 우대함으로써 일반 채권자의 평등권 및 재산권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단한 것이다.

#### 라. 반대의견(합헌의견)

(1) 상호신용금고의 예금채권자 보호의 필요성은 여전히 존재한다는 것을 전제로 판단하고 있다. 이러한 판단이 법정의견과 다른 결론을 가져온 결정적인 이유라고 할 것이다(법정의견은 더 이상 일반 은행의 예금채권자에 비해서 금고의 예금채권자를 더 보호할 필요성이 없다는 전제에서 출발하고 있다). IMF. 외환위기 사태 이후 금융의 자율화 및 개방화 등 금융환경이 변화되었고 상호신용금고의 업무범위도 확대되어 상호신용금고도 일반 금융기관과 경쟁관계에 있게 됨에 따라 예금채권자 중에서 상호신용금고의 예금채권자만을 특별히 보호해야할 필요성은 반감되었다. 또 상호신용금고에 대한 금융감독기관의 감독권이 강화되고 투명 경영이 강조되는 등으로 과거보다 금고의 부실화 위험도 줄어든 것이 사실이다. 그러나 상호신용금고의 예금채권자를 보호할 필요성은 여전히 있다고 보았다. 그러한 데는 다음과 같은 사실이 중요한 판단의 근거였다. 먼저 상호신용금고는 여전히 지역사회의 소상공인이나 서민들의 예·적금 및 부금 등을 수신하고 이들에게 자금을 대출하거나 어음을 할인해 주는 제한된 영업을 한다. 은행 등 일반 금융기관과 비교할 때 자산 규모도 훨씬 작다. 이용대상과 업무범위가 한정된 소규모 서민금융기관이다. 또한 대다수 상호신용금고는 전문경영인보다는 과점주주 내지 사주에 의하여 운영되는 경향이 있다. 경영의 투명성과 안정성도 떨어진다. 근거없는 소문이나 사소한 금융 여건의 변화에도 대량예금인출사태(bank-run)가 발생하는 경향이 있다. 자산규모의 취약성, 예금인출사태와 부실경영으로 인한 도산의 위험성이 상존한다.

실제로 외환위기 사태가 정리되고 경제가 비교적 안정된 2002년도 한 해에만 5개 금고(대양, 국민, 문경, 삼화, 경인)가 도산되었고, 2003년도에는 1개(김천), 2004년도 3개(한나라, 한마음, 아림), 2005년도 3개(한중, 플러스, 인베스트)의 금고가 도산하였다. 2002년부터 2005년 사이에 총12개의 상호신용금고가 도산하였고 이들 금고의 예금채권자를 보호하기 위하여 투입된 공적 자금만도 약 1조9천6백억원에 이른다.<sup>24)</sup> 반대의견이 예금자보호와 금고의 경영 안정성 제고를 위하여 예금자우선변제제도가 필요하다고 본 이유는 이 때문이다.<sup>25)</sup>

또한 상호신용금고의 비율이 높다고 거액의 예금자(투자자)가 물리는 것도 아니다. 2003년말 현재 상호신용금고의 우선변제대상수신고 중 5천만원을 초과하는 비율은 약 10%에 불과한 것으로 나타났다. 상호신용금고에 예금 등을 예탁하는 자는 여전히 지역사회의 서민이나 소상공인이 대다수라는 얘기다. 우선변제도가 거액의 예금자만 보호한다고 볼 수 없는 이유다.

(2) 예금보험제도가 도입된 현재에도 예금자우선변제제도는 여전히 존재 의미가 있다고 보았다. 지급불능시(영업정지 또는 도산) 금고의 예금자는 예금자보호법의 보호한도(5천만원) 내에서 변제받고 한도를 초과하는 부분에 대하여는 이 사건 법률조항에 의하여 다른 채권자에 우선하여 변제받을 수 있기 때문이다<sup>26)</sup>. 금고의 총부채(재산) 대비 예금의 비율이 낮은 경우 이 제도의 실효성이 크데, 실상은 금고의 우선변제대상수신고 비율이 높아서 우선변제제도의 실효성이 크지 않다. 그러나 아무리 총재산 대비 예금의 비율이 낮더라도 차입금(채무)은 존재하고 그 부분은 어쨌거나 예금자 보호에 기여하게 된다. 무엇보다도 우선변제제도의 중요한 제도적 의미는 제도의 존재 자체에 있다는 점이다. 일반채권자로 하여금 금고의 경영을

24) 2002년 이후 금고 도산 및 공적자금투입 현황, 예금보험공사, 위 투입된 공적자금은 11개 금고의 정리 및 계약이전을 위해서 들어간 것이고, 1개 금고에 대해서는 아직 정리단계에 있어 공적자금이 더 투입될 것으로 보인다.

25) 판례집 18-2, 403, 415.

26) 즉, 부실금융기관이 폐쇄되거나 청산될 때 예금자는 사전적으로 확정된 부보한도까지 예금보험기금으로부터 변제받고 한도를 초과하는 부분에 대해서 예금자우선변제제도에 의하여 일반채권자에 우선하여 변제받게 된다. 그 경우 부보한도가 정해져 있고 예금에 비하여 일반무담보채권의 비중이 높을 경우 예금자우선변제제도에 의한 예금자보호 효과는 강력하다.

감시하도록 동기를 부여한다. 이는 금고의 건전 경영에 기여하는 점이다.

한편, 예금보험제도에 의하여 예금자는 유사시 5천만원까지 보호되기 때문에 『소액예금자 보호』를 목적으로 하는 우선변제제도는 더 이상 필요 없다고 단정하기 어렵다. 우선변제도는 소액예금자 보호에도 그 입법목적이 있지만 금고의 안정적인 운영을 담보하기 위한 목적도 있다. 무분별한 차입경영과 방만한 여신행위를 방지함으로써 부실화를 예방할 필요가 있는 것이다. 현재의 경제수준에 비추어 볼 때 '5천만원'이 '소액예금자' 판단의 절대적 기준이 될 수도 없다. 담보력이 없는 서민이나 영세상공인들은 신용력이 있는 일반인들과 달리 금융기관 선택을 제한받는다. 통상 특정 금융기관에 예금(예·적금 및 부금)을 함으로써 신용을 쌓고 그것을 담보로 대출받는다. 그것이 상호신용금고를 설립한 목적이며 입법자가 금고에 대하여 기대했던 역할이라고 반대의견은 판단하고 있다고 보인다.<sup>27)</sup> 금융기관 선택을 제한받기 때문에 예금을 분산배치하기 보다 하나의 상호신용금고에 전액을 예치하는 경우가 많다. 소액예금자 여부를 금융기관이나 예금의 종류를 불문하고 예금보험의 보호한도만을 기준으로 판단하기 어려운 것은 그 때문이다.

(3) 예금보험제도가 도입되지 않은 과거에 예금자우선변제도가 상호신용금고의 예금자보호와 경영 건전성 제고에 상당히 기여했다는 점은 의문의 여지가 없다. 그리고 예금보험제도가 도입된 지금 예금자우선변제도의 효과가 종전보다 반감되었음을 반대의견은 인정하고 있다.<sup>28)</sup> 그러나 예금보험제도의 도입을 전후로 우선변제제도가 얼마나 예금자보호 및 경영의 안정성 제고에 기여하는지 그 경제적 효과를 수량적으로 분석해 내기란 쉽지 않다. 예금자우선변제도의 경제적 효과와 그에 대한 평가는 입법자의 판단에 맡겨질 수밖에 없는 이유는 이 때문이다. 즉, 예금자보호 및 금융제도의 안정성 제고를 위한 예금보험제도와 예금자우선변제도 중에서 무엇을 선택할 것인지, 양자를 병행할 것인지는 입법자가 제도의 도입에 따른 동태적 효과 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 결정해야할 입법정책의 문제라고 보아야 한다. 외국의 입법례를 보더라도 양자를 병행하는 경우와 어느

27) 판례집 18-2, 403, 415.

28) 판례집 18-2, 403, 414-415.

하나만을 선택한 경우가 있는 것도 이러한 점을 시사하고 있다.

이와 같이 입법자가 제정한 어떤 제도의 법적, 경제적 유용성을 정확히 예측할 수 없는 경우 이는 누가 입증해야 하는가? 그리고 그에 대한 위헌 심사의 기준은 무엇인가? 반대의견은, 이 경우 그 제도에 의하여 침해되는 기본권의 중요성 및 침해의 진지성도 고려 요소가 되겠지만, 기본적으로는 입법자의 판단이 『명백히』 헌법상 기본권을 침해하고 있는지가 가장 중요한 기준이 될 수 밖에 없다는 점을 기저에 깔고 있다고 보인다.<sup>29)</sup> 법적 효과를 입증하거나 예측하기 어려운 정책 수단에 대한 위헌 여부 판단은 확실한 사실에 기초하지 않으면 안된다. 이론적 개연성이나 가변적 경제효과를 근거하여 설불리 제도의 유·무효를 판단하는 것은 입법자의 고유한 규율영역을 침범하는 것이 되기 때문이다. 이러한 기준은 독일연방 헌법재판소가 발전시킨 이른바 『명백성 통제』 이론인데, 이는 입법자의 선택과 판단이 명백히 헌법에 위반되는 경우에만 위헌으로 선언될 수 있다는 것이 그 핵심이다. 경제영역에 대한 규율의 경우 합리성 심사로 족하다는 미국연방대법원의 확립된 판례도 이와 일맥상통한다. 반대의견(합헌)은 이와 같은 위헌심사기준에 더 잡은 것이라고 할 수 있다.

(4) 입법자는 예금보험제도를 상호신용금고에 도입하면서도 예금자우선 변제제도를 폐지하지 않았다. 폐지하지 않은 것이 양자를 병행하려는 입법자의 의도인지 아닌지 정확히 알 수 없다. 그러나 의도적인 것이든 아니든 그것이 위헌 여부 판단에 결정적인 요소는 아니다. 분명한 것은, 양자 모두 예금자보호와 상호신용금고의 경영 안정성 제고를 목적으로 도입되었고, 그러한 목적에 기여한다는 점이다. 무엇이 더 효율적인 것인지 여부는 입법정책에서는 중요한 요소이지만, 위헌 여부를 심사에 있어서는 그렇지 않다. 예금자우선변제도가 금고의 예금채권자를 우대하고 일반채권자를 차별함으로써 일반채권자의 재산권 행사를 제한하고 있지만, 그 제한은 위와 같은 공익의 중요성에 비하여 인내할 수 없는 수준도 아니다. 상호신용금고 예금자에 대하여 예금보험제도가 도입된 후에도 예금자우선변제제도를 계속 유지하는 것이 금고의 일반채권자의 재산권 행사를 『명백히』 제한하여 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

29) 판례집 18-2, 403, 415.

### 3. 결정의 의의

가. 이 사건 법률조항의 위헌결정으로 상호신용금고의 예금채권자 우선 변제권은 더 이상 유지될 수 없다. 당해 사건 법원은 위헌결정의 기속력에 따라 당해 사건에 적용시킬 수 없다. 이 사건 법률조항은 구 상호신용금고법이다. 따라서 위헌결정된 조항과 동일한 현행 상호저축은행법 제37조의2는 여전히 유효하다. 특별한 사정이 없다면, 정부와 국회는 현행 규정을 삭제해야만 할 것인데, 아직까지 삭제되지 않은 상태다.

(2006. 8. 1. 재정경제부 개정안 마련, 2006. 10. 19. 입법예고, 규제개혁위원회에서 2007. 4. 6. 법제처 법안심사의뢰, 2007. 6. 8. 현재 법안심사 진행 중)

나. 예금자 우선변제제도의 기본적인 취지는 예금자 보호를 통한 금융시스템의 안정성 제고에 있다. 예금자우선변제제도의 도입 여부는 당위의 문제가 아니라 그 사회의 특수성과 관련된 선택의 문제라고 할 수 있다. 경제적 관점에서 보면, 법적·경제적 타당성은 각 사회가 처한 상황하에서 제도의 비용과 편익을 분석함으로써 도출된다고 할 것이다. 그런 관점에서 보면, 그 판단은 입법자의 몫이다. 법정의견은 예금보험제도가 도입된 마당에 예금자우선변제도는 그 필요성이 없을 뿐만 아니라 실익이 없다는 것이다. 법경제적 관점에서 바라 본 듯하다. 그러나 법적 정당성은 경제적 기준으로만 판단하기는 어렵다. 예금보험제도하에서 예금자우선변제제도가 금고의 예금자보호 및 안정성 제고에 기여하지 못한다는 확신할 만한 자료가 불충분하다. 과연 예금자우선변제제도가 어느 정도 위와 같은 공익에 기여하는지 정확히 알 순 없다. 그러나 분명한 것은 은행에 비해서 상호신용금고는 아직도 부실 경영 등으로 파산이 일어나고 있다는 점이다. 또 우선변제권 조항이 없어짐으로써 실제로 이익을 얻는 자는 상호신용금고의 경영을 감시하고 감독해야할 대규모 금융기관이다(이 사건은 상호신용금고연합회이다). 이런 점에서 과연 일반 채권자의 채권을 예금채권자와 안분 비례하여 나누는 것이 적절한 것인지는 의문이다. 경제에 관한 규율 가운데 어떤 제도가 더 효율적인 것인지, 양자를 병행할 것인지는 입법자의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 이 사건 우선변제제도가 그 유

용성이 반감되었다고 해도 입법자의 판단을 존중해야한다는 반대의견이 나름대로 설득력을 갖는 것은 그 이유에서다.

아무튼 이 결정으로 상호신용금고의 예금채권자 우선변제제도는 현재에 서는 더 이상 헌법적 정당성을 상실하였다.



## 국적법 제12조 제1항 등 위헌확인

-이중국적자와 국적선택의 자유-

(헌재 2006. 11. 30. 2005헌마739, 판례집 18-2, 528)

김 하 열\*

### 【판시사항】

이중국적자에게 국적선택의 시기 또는 요건의 제한을 두는 것이 거주·이전의 자유를 침해하는지 여부

### 【심판대상】

국적법(2005. 5. 24. 법률 제7499호로 개정된 것)

제12조 (이중국적자의 국적선택의무) ① 출생 기타 이 법의 규정에 의하여 만 20세가 되기 전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자(이하 “이중국적자”라 한다)는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년내에 제13조 및 제14조의 규정에 의하여 하나의 국적을 선택하여야 한다. 다만, 병역법 제8조의 규정에 따라 제1국민역에 편입된 자는 편입된 때부터 3월 이내에, 제3항 각 호의 어느 하나에 해당하는 때부터 2년 이내에 하나의 국적을 선택하여야 한다.

③ 직계존속이 외국에서 영주할 목적없이 체류한 상태에서 출생한 자는 병역의무의 이행과 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에 한하여 제14조의 규정에 따른 국적이탈신고를 할 수 있다.

1. 현역·상근예비역 또는 보충역으로 복무를 마치거나 마친 것으로 보는 때

---

\* 헌법연구관

2. 병역면제처분을 받은 때
3. 제2국민역에 편입된 때

제14조 (대한민국 국적의 이탈절차) ①이중국적자로서 외국 국적을 선택하고자 하는 자는 제12조 제1항에 규정된 기간 내에 법무부장관에게 대한민국의 국적을 이탈한다는 뜻을 신고할 수 있다. 다만, 동조동항 단서 또는 동조 제3항에 규정된 자는 그 기간 이내에 또는 해당 사유가 발생한 때부터 신고할 수 있다.

부칙 ②(이중국적자의 국적이탈신고에 관한 적용례) 제12조 제1항 단서·제3항 및 제14조 제1항 단서의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 국적이탈신고를 하는 사람부터 적용한다.

## 【사건의 개요】

### 1. 심판청구의 경위

(1) 청구인은 1986. 4. 10. 대한민국국적 보유자인 청구의 망 윤OO과 미국국적 보유자인 청구의 신OOO(한국명 신OO)의 자로 미국에서 출생하여 그로 인하여 한국국적을 취득함과 동시에 미국시민권을 취득한 이중국적자이다. 청구인은 병역법에 따라 2004. 1. 1. 제1국민역에 편입되어 있고, 이 사건 심판청구일인 2005. 8. 8.까지 국적법의 규정에 의한 국적선택을 하지 아니하고 있다.

(2) 국회는 2005. 5. 24. 병역을 기피할 목적으로 원정출산 등 편법적인 방법으로 자녀에게 외국국적을 취득시키는 것을 방지하기 위하여 직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생하여 이중국적자가 된 자는 소정의 병역의무를 마친 후에만 비로소 국적이탈신고를 할 수 있도록 국적법 제12조 제1항 단서, 제3항, 제14조 제1항 단서를 개정하고, 위 개정규정들은 개정법 시행 후 최초로 국적이탈신고를 하는 사람부터 적용하도록 하였다(부칙 제2항).

(3) 이에 청구인은 위 국적법 개정조항들로 인하여 병역의무 이행을 하지 않고서는 자유롭게 국적을 이탈할 수 없게 되었고, 그로 인하여 자신의 행복추구권, 양심의 자유 등을 침해받았다고 주장하면서 2005. 8. 8. 위 조

항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

## 2. 청구이유와 관계기관의 의견

### 가. 청구이유

(1) 이중국적자에 대해 병역의무의 이행 없이 국적이탈을 하지 못하게 하는 것은 행복추구권, 양심의 자유 등의 기본권을 침해한다.

(2) 이중국적자에게 대한민국의 병역의무의 이행을 강요하는 것은 병역의무의 이중이행의 위험을 가하는 것이어서 헌법 전문(前文)에 규정된 세계평화주의에 반한다.

(3) 부칙 제2항은 그 적용 시점과 범위를 알 수 없을 정도로 불명료하여 일반국민에 대한 예측가능성을 보장하고 있지 않다.

### 나. 병무청장의 의견

(1) 이중국적자인 국민에게 병역의무를 이행토록 하는 것은 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 최소한의 조치이다.

(2) 이중국적자에게 제1국민역 편입 이후에도 국적이탈을 자유롭게 허용한다면 입영통지를 받고서도, 심지어는 입영하여 군 복무 중인 경우에도 국적 포기가 가능하게 되어 대다수의 병역의무 이행자와의 관계에서 형평성에 맞지 않고, 현행 병역체계의 근간이 흔들릴 우려가 있다.

(3) 심판대상조항은 국방의무를 담보하기 위하여 병역을 마치거나 면제 받을 때까지 국적이탈 신고를 유예하는 입법으로서 국적이탈의 자유를 침해하는 것이 아니다.

## 【결정요지】

1. 국적법 제12조 제1항 단서 및 그에 관한 제14조 제1항 단서는 이중국적자라 하더라도 대한민국 국민인 이상 병역의무를 이행하여야 한다는 것을 원칙적인 전제로 하여, 이중국적자로서 구체적인 병역의무 발생(제1국민역 편입) 시부터 일정기간(3월) 내에 한국 국적을 이탈함으로써 한국의 병역의무를 면하는 것은 허용하되, 위 기간 내에 국적이탈을 하지 않은 이

중국적자는 병역문제를 해소하지 않는 한 한국 국적을 이탈하지 못하게 함으로써 국적선택제도를 통하여 병역의무를 면탈하지 못하게 하려는 데에 그 입법취지가 있다.

2. 현행 법제상 한국 국적의 이탈로 인한 불이익·불편이 병역면탈 의도의 국적이탈을 저지할 만큼 심각하지 않아서 위 조항들과 같은 규제가 없다면 국적선택 제도를 이용한 병역 면탈이 보다 용이하게 되어, 첫째, 병역 자원의 일정한 손실을 초래하고, 둘째, 이중국적자가 생활의 근거를 한국에 두면서 한국인으로서 누릴 각종 혜택을 누리다가 정작 국민으로서 의무를 다해야 할 때에는 한국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용되는 결과가 되어 병역부담평등의 원칙이 심각하게 훼손된다.

3. 위 조항들에 의하더라도 국적선택의 자유가 완전히 박탈되는 것이 아니라 부분적인 제한을 받을 뿐이다. 18세가 되어 제1국민역에 편입된 때부터 3월이 지나기 전이라면 자유롭게 국적을 이탈할 수 있고, 그 이후부터 입영의무 등이 해소되는 시점(36세)까지만 국적이탈이 금지되므로 일정한 시기적인 제약을 받을 뿐이며, 제1국민역에 편입된 때부터 3월이 지났더라도 병역의무를 이행하거나 면제받는 등으로 병역문제를 해소한 때에는 역시 자유롭게 국적을 이탈할 수 있다.

4. 주된 생활의 근거를 외국에 두고 있는 이중국적자들의 경우 적극적으로 국적이탈을 함으로써 병역의무를 조기에 해소할 수도 있고, 관련 병역법 규정에 따라 소극적인 방법으로 병역의 문제를 자연스럽게 해결할 수도 있어서, 이들에 대하여 국적선택제한조항의 적용을 명시적으로 배제하는 규정을 두지 않았다 하더라도 그 점만으로 이들의 국적이탈의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

## 【해설】

### I. 총설

#### 1. 병역과 국적에 관한 현행법 체계

(1) 대한민국 국민인 남자는 18세에 제1국민역에 편입됨으로써 실질적인 병역의무자가 된다(병역법 제3조 제1항, 제8조 제1항). 병역의무자는 19세가 되는 해에 징병검사를 받아야 한다(제11조 제1항). 이중국적자도 우리

국민이기 때문에 남자인 한 병역법에 의한 병역의무를 부담한다. 이러한 전제하에 병역법은 ‘국외출생 등의 사유로 주민등록이 되어 있지 아니한 사람’에 대하여도 제1국민역편입자로 관리토록 하고 있다(병역법 제9조 제3항, 법시행령 제7조 제4항).

국외에 체재 또는 거주하고 있는 사람은 징병검사나 징집·소집을 연기할 수 있다(제60조 제1항 제2호, 병역법시행령 제128조 제2항). 국외에서 출생하였거나 해외이주법에 의한 해외이주신고를 하고 국외에 거주하고 있는 사람들이라 하더라도 영주목적의 귀국, 국내에 주민등록 신고를 하고 거주, 1년의 기간 내에 통상 6월이상 국내 체재, 국내취업 등을 하는 경우에는 연기처분을 취소하고 병역의무를 부과한다(병역법시행령 제128조 제4항, 제147조의2 제1항 제1호). 다만 이 경우에도 재외국민 2세(국외에서 출생 또는 6세 이전에 국외로 출국한 사람으로서 18세가 될 때까지 계속 국외에서 거주하고 부모 및 본인이 외국정부로부터 국적·시민권이나 영주권을 얻은 사람이나 영주권제도가 없는 나라에서 5년이상 장기체류자격을 포함하여 무기한체류자격을 얻은 사람을 말한다)는 영주목적의 귀국, 국내에 주민등록 신고를 하고 거주를 하지 않는 한 병역의무를 부과하지 않는다(동 시행령 제128조 제4항, 제5항).

병역의무자는 국외여행이 제한된다. 병무청장의 국외여행허가를 받아야 하며(제70조 제1항), 허가없이 출국하거나 정당한 사유없이 허가기간내에 귀국하지 아니하면 형사처벌을 받는다(제94조).

징병검사·현역병입영의 의무는 31세부터 면제되나, 출국허가 없이 출국한 사람, 국외체재 또는 거주를 이유로 징병검사 또는 입영이 연기된 사람, 정당한 사유없이 징병검사 등을 기피하고 있는 사람 등은 36세부터 면제되어 제2국민역에 편입된다(제71조 제1항 제7호 등).

[그러므로 외국에서 체재·거주하고 있는 동안에는 징병검사 또는 징집의 계속적 연기를 통하여 36세에 이르러 징병검사 또는 입영의무를 면제받게 되고(병역법 제71조 제1항 제7호), 국내 거주 또는 국내 활동을 할 경우에는 재외국민 2세에 해당하는지 여부에 따라 병역의무 부과 가능성이 달라진다.]

(2) 우리 현행법은 이중국적 상태의 해소를 위하여 국적선택제도를 두고 있다. 국적선택제도란 이중국적자에 대하여 국적선택 기간을 설정한 후 그 기간 내에 국적을 선택하도록 요구하는 제도이다(국적법 제12조 내지 제14조. 이하 국적법을 “법”이라고만 한다). 법 제12조는 국적선택의 기본적 내용을 규율하고 있는데, 만 20세가 되기 전에 이중국적자가 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하도록 하고(제12조 제1항 본문), 그 때까지 국적을 선택하지 아니한 자는 그 기간의 경과로 대한민국의 국적을 자동적으로 상실시키고 있다(제12조 제2항). 국적법 제13조는 대한민국 국적을 선택할 때의, 제14조는 대한민국 국적을 포기할 때의 절차에 관하여 규정하고 있다.

그러나 제1국민역에 편입된 이중국적자에 대하여는 병역의무 이행과 관련하여 특칙을 두고 있다. 제1국민역에 편입된 때로부터 3월 이내까지 국적선택(국적이탈)을 할 수 있으며(제12조 제1항 단서 전단, 제14조 제1항 단서), 이 때까지 국적선택을 하지 않은 때에는 병역의무를 이행하거나 면제받지 않고서는 국적이탈을 할 수 없으며 이행이나 면제의 때부터 2년 이내에 국적선택(국적이탈)을 하여야 한다(동 단서 후단, 제14조 제1항 단서).

한편, 원정출산 등을 통하여 이중국적자가 된 사람들에 대하여는 다시 특칙을 두고 있는데, 이들은 병역의무를 이행하거나 면제받지 않고서는 국적이탈이 원천적으로 봉쇄되며 이행이나 면제의 때부터 2년 이내에 국적이탈을 할 수 있다(제12조 제3항, 제14조 제1항 본문, 동항 단서 중 제12조 제3항 해당 부분).

## 2. 국적과 헌법

### 가. 국적 일반론<sup>1)</sup>

#### (1) 국적의 개념과 기능

국적(nationality)은 국민으로서의 신분 또는 국민이 되는 자격으로서 어떤 개인을 특정한 국가에 귀속시키는 법적인 유대(紐帶)이다.

1) 석동현, 국적법의 헌법적 문제점에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1998; 제성호, “한국 국적법의 문제점 및 개선방안”, 국제인권법 제4호(2001)

대륙법계 국가에서는 주로 국적제도를 운영하고 있는 것과 달리 영미법계 국가에서는 주로 시민권(citizenship)제도를 운영하고 있다. 시민권제도 하에서 시민권자는 국가나 정부에 대한 영구적 충성의무를 부담하는 동시에 시민으로서의 모든 권리를 향유하게 되므로 시민권은 국적제도를 운영하는 국가에 있어서의 국적과 그 법적 성격이나 기능면에서 거의 대등하다.

이에 반해 영주권(permanent residence)은 자국민이 아닌 외국인 중 특별한 요건과 사정을 갖춘 자에 대하여 국가가 자국 내에 영구히 또는 장기적으로 거주할 수 있도록 부여한 자격을 의미하는 것으로, 국적 행정이 아니라 외국인에 대한 출입국 또는 체류관리 행정의 일환으로 이루어지는 것이다. 따라서 외국 영주권의 得喪은 일반적으로 국적의 변경과는 무관하다.

국적은 국제법적 측면에서 세 가지 기능을 수행한다. ① 인적 관할권 행사의 근거가 되며, ② 외교적 보호권의 발동근거가 되고, ③ 국적보유자에 대해서는 본국귀환권을 부여하며, 본국에 대해서는 자국민의 입국을 허용토록 할 의무를 부과한다.

한편 국적은 국내법적으로 각종 권리의 향유, 의무부담의 기준이 되고 내외국인을 구별하는 기능을 가지고 있다. 대부분의 국가에서 외국인에게 기본적 인권 및 사법상의 권리를 인정하고 있다고 하여도 이는 내국인과 같은 범위 내지 수준으로 보호하는 것이 아니다. 일반적으로 국민과 외국인은 출입국과 거주, 경제활동(부동산의 취득 등), 정치적 참여(선거권, 피선거권 등), 사회보장, 교육, 병역의무 등의 권리의무관계에 있어서 차별적으로 취급되고 있다.

## (2) 국적법의 기본원칙

### (가) 국적단일주의

모든 사람은 국적을 갖되, 오직 하나의 국적을 가져야 한다는 원칙을 말하는데, 국적유일의 원칙이라고도 한다. 오늘날 세계 대다수의 국가들에 의해 채용되고 있으며, 이중국적자의 발생을 최대한 억제하기 위한 장치로서 대다수 국가들은 후천적 이중국적을 금하고 있다.

### (나) 국적자유 의 원칙

국적의 취득과 상실에 관하여 어느 정도까지는 개인의 자유의사를 존중 해주어야 한다는 것을 말한다. 국적자유 의 원칙이 반영된 제도가 국적선택 제도이다. 국적선택제도는 이중국적 발생시 인정되는 개인적인 선택과 영토변경 시에 실시되는 집단적인 선택으로 나누어 생각할 수 있다. 물론 국적자유 의 원칙에는 한계가 있다. 오늘날 대부분의 국가는 자국민이 다른 어떤 국적을 취득함이 없이 국적을 포기하는 것이나, 편의적으로 복수의 국적을 가지려는 것을 허용하지 않고 있다. 또한 자국의 국적 취득을 원하는 외국인에 대해 일정한 요건을 갖추 것을 요구하고 있으며, 자국민이 국적의 포기를 원하는 경우에도 병역이나 납세의 불이행 또는 사법절차가 진행중이라는 사유를 들어 국적의 포기를 불허하는 경우도 있다. 이와 같이 개인의 국적자유 또는 국적이탈·변경의 권리는 국가의 속인적 관할권과 긴장관계에 서며, 후자에 의해 일정한 한계가 설정된다.

## 나. 헌법과 국적

### (1) 국적법정주의

헌법 제2조는 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”고 규정하고 있을 뿐, 헌법 자체에서 국민이 되는 요건에 관하여 구체적으로 규율하고 있지 않다. 이 조항은 비단 대한민국 국적의 ‘취득’에 관한 사항에 국한하지 않고 대한민국 국적에 관한 사항을 전반적으로 법률로 정하도록 맡기고 있는 것으로 풀이할 수 있다.

문제는 헌법 제2조의 “.....법률로 정한다”의 의미를 어떻게 볼 것인가에 있다.

먼저, 이 헌법조항은 통상의 법률유보를 규정한 것이라고 이해할 수 있다. 따라서 입법자는 국적의 취득·상실·변경에 관하여 스스로 규율할 수도 있고, 그 대강을 정한 다음 하위법규에 위임할 수도 있다고 보는 것이다.

다음으로, 이 헌법조항은 국적의 취득·상실·변경은 국가구성의 기본에 관한 사항이고, 국적은 국가와 국민 사이의 법률관계의 기초가 되어 국민의 기본권 보장을 직접 좌우할 수 있다는 점을 중시하여, 국적에 관한 세부적이고 사소한 사항이나 절차적 문제 외에는 하위규범이 아닌 법률이 직



접 스스로 규율할 것을 요구한다고 볼 수도 있다.

후자의 입장이 타당한 것으로 보인다. 헌법재판소도 국적법의 내용이 헌법사항임을 인정한 바 있다.

☞“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.”(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 176).

## (2) 국적이탈의 자유

국적을 이탈하거나 변경하는 것은 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함된다.<sup>2)</sup> 거주·이전의 자유는 국외 이주의 자유를 포함하는데, 국적이탈은 통상 외국으로의 이주와 현실적으로든 잠재적으로든 연계되는 것이므로 국적이탈의 자유를 거주·이전의 자유에 포함시키는 통설의 입장은 타당하다고 보인다.<sup>3)4)</sup>

헌법재판소도 국적선택권을 기본권으로 인정하였으며(다만 이것이 거주·이전의 자유에 해당한다는 판시를 한 바는 없다. 이는 국적선택 제한의 위헌 여부를 다룬 본격적인 사건이 없었기 때문이다), 다만 현 단계에서는 많은 제약의 가능성 하에 놓여 있음을 시인하였다.

☞“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 “①사람은 누구를 막론하고 국적을 가질 권리

2) 허 영, 한국헌법론, 2000, 박영사, 435면; 권영성, 헌법학원론, 2000, 법문사, 441면; 계희열, 헌법학(중), 2004, 502면; 홍성방, 헌법학, 2004, 현암사, 440면

3) 독일의 통설은 출국의 자유, 국외 이주의 자유를 거주·이전의 자유(기본법 제11조)가 아니라 일반적 행동의 자유(기본법 제2조)에 포함시키고 있는데, 이는 그 법문과 연혁이 우리와 다른 데에서 연유한다. 독일 기본법 제16조 제1항은 국적의 상실을 법률에 유보하고 있다.

4) 국적이탈의 자유를 거주·이전의 자유로 본 법원 판례로는 서울행정법원 1998. 9. 4. 선고 98구8178 판결이 있다. 간접적으로 이를 인정한 판례로는 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002두4624 판결이 있다.

를 가진다. ②누구를 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 권리에는 이르지 못하였다고 할 것이다.”(헌재 2000.08.31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 175)

#### 다. 병역의무의 이행과 국적이탈의 자유

(1) 병역의무는 전통적으로 국가가 국민에게 요구하는 충성의무의 일종이다. 이러한 관점을 강조하면 국가가 국민으로 하여금 그 병역의무를 해소하지 않는 한 국적을 자유로이 이탈할 수 없도록 규제하는 것도 정당화된다. 반면에, 국가권력의 정당성에 관한 계약이론적 관점을 중시하면 국가를 떠남으로써 통치권의 영향력을 벗어나고자 하는 자에게 병역의무를 굴레로 그를 제한하는 것은 정당화될 수 없을 것으로 보인다.

(2) 전자의 입장을 보이는 입법례로는 독일과 대만을 들 수 있다.

독일 국적법(Reichs-und Staatsangehörigkeitsgesetz)은 외국국적의 취득을 신청한 독일인으로 하여금 신청에 의해 독일국적을 이탈할 수 있게 하면서도(제18조), 연방국방부장관(또는 그가 지정한 기관)이 신청자의 국적이탈에 대해 이의가 없음을 밝히지 않는 한 병역의무자의 국적이탈신청을 거부하여야 한다고 규정하고 있다(제22조 제1항 제2호).

대만 국적법은 20세이상의 자로서 자진하여 외국국적을 취득하는 자는 내정부(內政部)의 허가를 얻어 국적을 상실할 수 있도록 하면서도(제11조), 병역복무연령에 달한 자로서 병역의무를 면제받지 아니하고 아직 병역에 복무하지 아니한 자, 현재 병역에 복무하는 자에 대하여는 국적상실의 허가를 하지 않도록 하고 있다(제12조).

(3) 우리 현행법의 체계를 본다.

우리 병역법이나 국적법은 독일이나 대만의 경우와는 달리 병역의무 불이행을 이유로 국적이탈을 일반적으로 규제하는 조항을 두고 있지 않다.

따라서 병역의무자라도 국적법 제15조에 따라 외국국적을 취득함으로써 대한민국의 국적을 상실할 수 있고, 이에 따라 대한민국의 병역의무로부터 벗어날 수 있다. 물론, 병역의무자의 국외여행 규제를 통하여 병역의무 기피를 목적으로 한 외국국적 취득은 사실상·간접적으로 차단된다.

## 라. 이중국적과 병역

### (1) 이중국적과 국적선택제도

이중국적은 한 개인이 동시에 2개이상의 국적 또는 시민권을 보유하는 상태인데, 국제법적 관점에서는 국적저촉(conflict of nationality)의 한 유형으로 논의된다. 그 발생원인에는 선천적인 것과 후천적인 것이 있다. 선천적 이중국적은 각 국가마다 선천적으로 자국 국민을 정하는 기준이 혈통주의나 출생지주의로 서로 다르기 때문에 발생한다(예컨대, 우리나라 국민을 부 또는 모로 하여 미국에서 출생한 사람, 우리나라 국민을 부모하고, 일본 국민을 모로 하여 출생한 사람). 후천적 이중국적은 예컨대, 우리나라 국민이 외국 국적을 취득하고서 6월내에 한국 국적을 보유할 의사가 있음을 신고하면 한국 국적을 상실하지 않게 되어(국적법 제15조 제2항) 이중국적자가 된다. 후천적 이중국적에 대해서는 각국의 법령에서 통제가 가능하지만, 선천적 이중국적을 원천적으로 막을 수는 없다.

이중국적의 경우, 당사자의 입장에서는 양국에서 국민으로서의 권리를 이중으로 누릴 수 있게 되나, 양국에서 요구하는 병역 또는 납세의무는 이를 모두 기피하는 기회주의적 행동이 가능하게 되고, 국제관계에 있어서는 국제분쟁의 당사자가 된 경우 어느 국가의 외교적 보호권을 인정할 것인지 문제된다. 그리하여 국제사회는 국적저촉의 문제를 최대한 해소하기 위하여 국적유일의 원칙을 추구하여 온 것이다. 예외적으로 이중국적을 허용하는 나라들도 있지만, 그것은 그 나라의 독특한 역사적·사회적 산물이다(프랑스, 스페인은 과거 식민지를 두었기 때문에 해당 나라에 거주하는 자국민을 보호하기 위하여, 대만은 전 세계에 흩어져 있는 화교들을 보호하기 위해, 멕시코는 미국에 거주하는 수백만 명의 자국민들이 미국인으로 활동하는데 법률상 문제가 없도록 이중국적을 허용하고 있다고 한다)<sup>5)</sup>.

우리 현행법은 선천적 이중국적은 일정 기간 허용하고<sup>6)</sup>, 후천적 이중국

적은 원칙적으로 불허하며(국적법 제10조, 제15조 제1항), 이중국적 상태의 해소를 위하여 국적선택제도를 두고 있다. 국적선택제도란 이중국적자에 대하여 국적선택 기간을 설정한 후 그 기간 내에 국적을 선택하도록 요구하는 제도이다(제12조 내지 제14조). 이와 같은 제도를 둔 것은 개정 국적법에서 부모양계혈통주의를 취함에 따라 선천적 이중국적자가 종전보다 더 늘게 되었고, 이중국적자가 국적을 택일하지 않을 경우 계속 이중국적 상태로 있게 되므로, 이중국적으로 인한 문제를 해소하기 위하여 일정 시점까지는 이중국적을 법적으로 허용하는 한편, 그 시점까지는 반드시 국적을 선택하도록 함으로써 이중국적을 강제로 정리하기 위한 것이다.<sup>7)</sup>

현행 국적선택제도의 내용, 그것과 병역의무와의 관계는 앞에서 정리한 바와 같다.

## (2) 이중국적과 병역

국내법의 관점에서는, 이중국적자도 우리 국민이기 때문에 남자인 한 병역법에 의한 병역의무를 부담한다. 이러한 전제하에 병역법은 ‘국외출생 등의 사유로 주민등록이 되어 있지 아니한 사람’에 대하여도 제1국민역편입자로 관리토록 하고 있다(병역법 제9조 제3항, 동법시행령 제7조 제4항). 따라서 이중국적자라도 대한민국 국적을 보유하고 있는 한 일반국민과 마찬가지로 제1국민역에의 편입>징병검사>현역병 등으로의 복무와 같은 병역부담의 경로를 밟게 된다.

한편 국제법의 관점에서는, 이중국적자가 어느 나라의 병역의무를 이행하여야 하는지, 이중으로 병역의무를 부담하지 않도록 어떻게 조정할 것인지의 문제가 대두된다. 이에 관하여 국제법규 중 가장 상세한 규율을 행하

5) 고계현, “이중국적, 어떻게 봐야 하는가”, 시민과 변호사 2002. 9. 22면

6) 이중국적자의 수는 정확히 파악하기 어려우나 법무부 통계에 의하면 2002. 12. 현재 미국국적 보유 이중국적자는 2만여명으로, 일본 국적 보유 이중국적자는 약 11,300명으로 추산된다고 한다. 김석제, “이중국적제도 개관”, 법조 2003. 3. 184면

7) 일본의 경우 1984년에 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 전환하는 국적법 개정을 하면서 국적선택제도를 신설하였고, 속지주의 국가인 미국에서도 자국에서 출생한 사람들에 대하여 18세가 되는 때에 미국 시민권을 선택할 것인지 혹은 혈통에 기하여 취득한 국적을 선택할 것인지를 선서하도록 요구하고 있다. 법무부, 신국적법해설, 1998, 181면

고 있는 것은 유럽이사회(Council of Europe)가 1997. 11.에 채택한 유럽국적조약(European Convention on Nationality)인데, 동 조약 제7장은 다중국적자(multiple nationality)의 병역의무에 관하여 규율하고 있다. 동 조약 제21조는 다중국적자는 어느 한 곳에서만 병역의무를 이행하면 된다는 원칙을 정하고 있으며(제1항), 자신이 常住居所(habitual residence)를 두고 있는 나라의 병역의무에 따르도록 하고 있다(제3항 제1호).

## II. 이 사건에 대한 판단

### 1. 심판대상조항의 내용

법 제12조는 국적선택의 기본적 내용을 규율하고 있는데, 만 20세가 되기 전에 이중국적자가 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하도록 하고(제12조 제1항 본문), 그 때까지 국적을 선택하지 아니한 자는 그 기간의 경과로 대한민국의 국적을 자동적으로 상실시키고 있다(제12조 제2항). 국적법 제13조는 대한민국 국적을 선택할 때의, 제14조는 대한민국 국적을 포기할 때의 절차에 관하여 규정하고 있다.

병역법 제8조에 따라 남자는 18세부터 제1국민역에 편입되는데, 제1국민역에 편입된 이중국적자는 그 때부터 3월 이내에 국적선택(국적이탈)을 할 수 있으며(제12조 제1항 단서 전단, 제14조 제1항 단서), 이 때까지 국적선택을 하지 않은 때에는 현역·상근예비역 또는 보충역으로 복무를 마치거나 마친 것으로 보는 때, 병역면제처분을 받은 때, 제2국민역에 편입된 때가 아니고서는 국적선택을 할 수 없으며 이러한 사유에 해당하는 때부터 2년 이내에 국적선택(국적이탈)을 하여야 한다(제12조 제1항 단서 후단, 제12조 제3항 각 호, 제14조 제1항 단서).

직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 이중국적자(이하 ‘특수 이중국적자’라 한다)는 현역·상근예비역 또는 보충역으로 복무를 마치거나 마친 것으로 보는 때, 병역면제처분을 받은 때, 제2국민역에 편입된 때의 어느 하나에 해당할 때에만 국적이탈을 할 수 있으며, 그러한 사유에 해당하는 때부터 2년 이내에 국적이탈신고를 할 수 있다(제12

조 제3항, 제14조 제1항 본문, 동항 단서 중 제12조 제3항 해당 부분).

결국 일반 이중국적자인 남자는 ① 제1국민역에 편입되기 이전, 그리고 제1국민역에 편입되었다 하더라도 그 때부터 3월 이내까지는 자유롭게 국적선택이나 이탈을 할 수 있으나, ② 그 이후부터는 병역문제를 해소하지 않는 한 국적선택이나 이탈을 할 수 없으며, 36세가 되어 징병검사 등이 면제될 때까지 이러한 상태는 계속된다.

한편 특수 이중국적자는 위 ①항의 적용이 없고, 위 ②항과 같이 병역문제를 해소하지 않는 한 국적선택이나 이탈을 할 수 없는 상태가 36세까지 계속된다.

그러므로 청구인과 같은 이중국적자의 국적선택(국적이탈)의 자유라는 기본권과 병역이행의 확보라는 헌법적 이익간의 충돌이 문제된다.

[국적법은 기본적으로 이중국적을 불가피한 경우에 최소한으로 인정하고 가능한 조속히 이중국적 상태를 해소할 것을 요구하는 것이 기본방향이다. 원정출산 등을 이유로 병역의무에 편입되기 전인 18세 이전에도 국적을 선택할 수 없도록 하여 이중국적을 계속 유지하도록 규정하는 것이 국적법의 기본방향과 부합되는지에 대한 문제도 있으나 이는 위헌 여부의 문제가 아닌 정책적 타당성 여하의 문제라 할 것이다]

## 2. 법 제12조 제3항에 대한 심판청구의 적법 여부

심판기록에 의하면 청구인의 모(母)인 신OOO는 1954. 4. 2. 대한민국에서 출생하였으나 1975. 7. 7. 미국 시민권 취득으로 대한민국 국적을 상실하였고, 1998. 1. 26. 대한민국 국적을 회복하였으나 같은 해 7. 26. 다시 대한민국 국적을 상실(대한민국 국적 취득 후 6월내 외국국적 미 포기)한 사실이 인정된다.

법 제12조 제3항은 원정출산 등의 편법을 통하여 병역을 기피하는 것을 방지하는 데에 그 입법취지가 있는 점, 이 조항은 국적이탈의 자유라는 기본권을 제약하는 법률이어서 그 적용범위를 엄격하게 해석하여야 한다는 점 등에 비추어 보건대 '모가 외국에서 그 국가의 시민권을 취득한 상태에서 출생한 자'를 법 제12조 제3항에 규정된 "직계존속이 외국에서 영주할

목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자”에 해당한다고 보기는 어렵다.

그렇다면 법 제12조 제3항 및 그에 관한 제14조 제1항 단서 부분, 부칙 제2항 중 앞의 법률조항들에 관한 부분은 청구인에게 그 적용이 없으므로 이들 조항에 대한 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성이 없어 부적법하다.

(그 밖의 적법요건에 관한 해설은 생략)

### 3. 심판대상조항의 위헌 여부

#### 가. 이중국적자에 대한 병역부과와 병역면탈 차단의 필요성

(1) 본안판단 대상조항은 이중국적자라 하더라도 대한민국 국민인 이상 병역의무를 이행하여야 한다는 것을 원칙적인 전제로 하여, 이중국적자로서 구체적인 병역의무 발생(제1국민역 편입) 시부터 일정기간(3월) 내에 한국 국적을 이탈함으로써 한국의 병역의무를 면하는 것은 허용하되, 위 기간 내에 국적이탈을 하지 않은 이중국적자는 병역문제를 해소하지 않는 한 한국 국적을 이탈하지 못하게 함으로써 국적선택제도를 통하여 병역의무를 면탈하지 못하게 하는 데에 그 입법취지가 있다<sup>8)</sup>.

이러한 입법취지에 관하여 근본적인 문제를 제기하여 볼 수 있는 것은, 국가를 떠나려는 국민에게 병역의무를 강요하는 것이 정당인가 라는 점이다. 개인이 더 이상 그 정치적 공동체에 귀속하지 않겠다는 실존적 결단을 내렸다면 그 의사를 존중하여야 하는 것이 아닌지, 그리하여 그 시점으로부터 장래를 향하여 국가와 그 개인간의 법적 관계를 단절시켜 국민으로서의 권리를 더 이상 부여하지 않는 대신 국민으로서 지고 있던 의무도 면제하여야 하는 것이 아닌지, 병역의무라는 것은 국민됨의 발생·소멸(즉, 국적의 취득·상실)에 수반되는 종속적 법률효과인데 이것의 이행 여부에 얽매어 국민됨에 관한 결단에 장애가 생긴다면 주종이 전도된 것이 아닌지, 개인의 존엄을 헌법적 가치의 정점으로 하는 민주주의 헌법의 이념에 반하여 국가목적은 개인의사에 우선하는 것이 아닌지 하는 의문을 제기하여 볼 수 있다. 이러한 의문은 개인과 국가에 관한 법철학 또는 국가이론의 본질

8) 법무부, 신 국적법 해설, 196면

적인 문제의식과 맞닿아있는 것이라 할 수 있다.

(2) 그러나 그러한 국가이론적 문제에 대한 궁극적 답변을 유보한 채, 국가와 개인의 관계에 관하여 개인 위주의 대단히 자유주의적 국가이론을 취하지 않는 한, 일국의 헌법체계 내에서는 그 국민에 대하여 병역의무 이행을 관철하고자 하는 것은 정당한 것이라 인정하지 않을 수 없다. 민주국가에서 병역의무라는 것은 납세의무와 더불어 국가라는 정치적 공동체의 존립·유지를 위하여 국가 구성원인 국민에게 그 부담이 돌아갈 수밖에 없는 것으로서, 병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치라 할 수 있다. 우리 헌법 제5조 제2항, 제39조는 국방과 병역의무가 지닌 이러한 헌법적 가치성을 분명히 밝히고 있다. 그러므로 이중국적자라 하더라도 다른 국민과 마찬가지로 그에 대하여 병역의무를 관철하겠다는 원칙적 출발점을 닦할 수는 없다.

☞이중국적자의 병역의무에 관한 우리 재판소의 관례

“민주국가에서 병역의무는 납세의무와 더불어 국가라는 정치적 공동체의 존립·유지를 위하여 국가 구성원인 국민에게 그 부담이 돌아갈 수밖에 없는 것으로서, 병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치라 할 수 있는바, 우리 헌법 제5조 제2항, 제39조는 국방과 병역의무가 지닌 이러한 헌법적 가치성을 분명히 밝히고 있다. 이러한 헌법적 가치설정에 따라 병역법은 대한민국 국민인 남자라면 누구나 병역의무를 부담토록 하고 있으며(제3조), 이에 따라 대한민국 국민인 남자는 18세에 제1국민역에 편입됨으로써(제8조 제1항) 실질적인 병역의무자가 되고, 병역의무의 충실한 이행을 담보하고 병역의무의 기피를 차단하기 위한 병역법상의 여러 가지 규제와 관리의 대상이 된다. 그런데 이중국적자 또한 대한민국 국민이기 때문에 남자인 한 병역법에 의한 병역의무 부담으로부터 자유로울 수 없다.”(헌재 2004. 8. 26. 2002헌바13, 판례집 16-2상, 195, 2029)).

9) 이 결정에서는, 이중국적자의 병역의무와 관련하여 국적선택 제한에 관한 구체적 사항을 대통령령에 위임한 구법 제12조 제1항 단서가 포괄위임금지원칙에 위배되는지가 문제되었다.



(3) 다음으로, 선천적 이중국적을 허용하고 국적선택 제도를 두고 있는 현행 제도에서 본안판단 대상조항과 같은 규제가 없다면 이중국적자로서는 국적선택 제도를 이용하여 병역을 면탈하는 것이 보다 용이하게 된다.

물론 병역의무 이탈을 위하여 한국 국적을 포기할 경우 그에 따라 한국 국민으로서의 권리마저 상실하게 되므로 이중국적자로서는 그로 인한 이해 관계를 형량하게 될 것이므로 국적선택의 기회를 준다고 하여 반드시 병역 회피를 위하여 한국 국적을 포기할 것이라는 전제가 타당한가라는 의문을 제기할 수도 있을 것이다. 또한 국적법은 병역기피의 목적으로 한국 국적을 상실하였거나 이탈하였던 자에 대하여는 국적회복을 허가하지 못하도록 하고 있기도 하다(국적법 제9조 제1항 제3호). 그러나 그러한 불허가 사유에 해당하는지를 서류검토와 간단한 면접 등에 의하여 행하게 될 심사를 통하여 제대로 파악할 수 있다고 하기 어려운 것으로서(예를 들어 미국은 18세에 국적을 선택하도록 하고 있는데, 미국대학에서 공부함에 있어 미국 국적을 가지는 것이 경제적 측면 등 여러 가지 면에서 유리하였기에 국적 이탈을 하였다는 주장을 할 경우 병역기피 목적을 쉬 인정하기는 어려울 것이다) 국적회복 허가 제한 제도만으로는 실효성 있게 병역면탈용 국적이탈을 차단하기 어려울 것이다.<sup>10)</sup>

보다 중요한 것은 현행 법제상 한국 국적의 이탈로 인한 불이익·불편이 병역면탈용 국적이탈을 저지할 만큼 심각하지 않다는 점이다. 외국인이라 할지라도 성질상 허용되지 않는 것(예: 정치적 참여권)이 아닌 한 한국헌법에서 보장하는 기본권의 주체가 되고, 출입국관리법에 의하여 출입국, 체류, 취업 등의 활동범위에 제약을 받지만, 반면에 기업투자(1회 체류기간 상한 5년), 유학(2년), 무역경영(2년), 교수(2년), 회화지도(1년), 예술홍행(1년) 등의 체류자격을 가지고 국내에서 활동할 수 있으며(출입국관리법 제10조, 동법시행령 제12조, 별표 1, 동법시행규칙 제18조의2, 별표 1), 외국인 토지법에 의하여 일정하게 토지취득도 할 수 있다. 더욱이 재외동포의출입국과법적지위에관한법률은 외국국적동포(한국 국적을 포기한 이중국적자는

10) 1997년도 법무부에 대한 국회 법제사법위원회의 국정감사에서 송훈석 위원이 이러한 취지의 질의를 하고 있다.

‘대한민국의 국적을 보유하고 있던 자로서 외국국적을 취득한 자’로서 여기에 해당한다. 동법시행령 제3조)에게 ‘재외동포체류자격’으로 출입국, 체류, 취업 기타 경제활동, 국내토지에 대한 취득·이용·처분, 금융거래 및 외국환거래, 의료보험 적용 등에 있어서 내국인과 동등하거나 별반 다를바 없는 대우를 하고 있다(동법 제10조 내지 제14조). 따라서 특히 한국 국적을 필요로 하는 생활을 영위하려는 사람이 아니라면 재외동포의 지위로서도 특별한 불편 없이 한국에 근거를 두거나 한국을 활용하는 사회적·경제적 생활을 영위할 수 있다. 그리하여 심판대상조항의 규제가 없다면, 제1국민역 편입-징병검사-병역처분 등 병역의무 이행을 위한 절차가 진행중 어느 때라도, 심지어 군복무 중에도 한국 국적을 이탈함으로써 병역의무를 면할 수 있게 된다(외국인에게 병역의무를 계속 부과할 근거가 없으므로). 이와 같이 병역의무를 면한 후부터는 재외동포로서 한국인과 같거나 거의 버금가는 지위로 사는 데 아무런 장애를 받지 않게 되는 것이다.

(4) 이런 상태를 방치한다면 다음과 같은 폐해가 발생하거나 발생할 우려가 높다.

첫째, 병역자원의 일정한 손실을 초래한다. 병력자원의 유지는 국방이라는 헌법적 가치를 수호하기 위한 중요한 요소임에 틀림없고, 이중국적자의 수도 적지 않은데(위에서 본 바와 같이 정확한 집계는 어려우나 수만 명이 이르고 있다) 남자인 이중국적자의 상당수는 국적선택제도를 통하여 병역을 회피할 수 있게 된다.

▷통계: 외국국적 선택을 위하여 국적이탈 신고서를 제출한 이중국적자는 1999년 288명(남자 252명), 2000년 599명(남자 475명), 2001년 666명(남자 568명), 2002년 777명(남자 688명)으로서 증가추세에 있고, 대부분이 남자임을 알 수 있고, 미국 국적을 선택한 사람이 압도적 다수를 차지하고 있다.<sup>11)</sup> 이는 병역의무가 부과되기 전에 적극적으로 국적이탈신고를 한 것이라 판단할 수 있는데, 심판대상조항과 같은 규제가 없을 경우 그 수가 증가할 가능성도 배제할 수 없는 것이다.

특수 이중국적자에 관련된 통계: 신 국적법이 국회에서 의결된 2005. 5.

11) 김석재, 위 같은 글, 188면

4.부터 공포·시행되기 전일인 동월 23.까지의 국적이탈자 1,306명 중 98.6%인 1,288명이 병역을 이행하지 않은 남자라는 법무부 발표(2005. 6. 7.)가 있었다.

물론 이중국적자의 경우 현행법에 의하더라도 제1국민역 편입 후 3개월 이내에는 국적이탈이 허용되므로 어차피 병역을 모면하고자 하는 자는 그때 이전에 국적이탈을 할 것이어서 법 제12조 제1항 단서의 효용이 -적어도 병역자원 확보라는 목적에서는- 반감되고 있는 것도 사실이다. 그렇지만 제1국민역에 편입되기 이전의 어린 남자(예컨대 15세, 13세)조차도 병역자원으로 삼지 않는 이상 모든 이중국적 남자를 규제의 대상으로 삼을 수는 없을 뿐만 아니라, 적어도 제1국민역에 편입됨으로써 현실적인 병역자원이 된 이중국적자에 대하여는 병역자원 확보라는 목적에 기여하는 바가 있음을 부정할 수 없다.

둘째, 국민개병주의를 규정한 헌법 제39조, 평등의 원칙을 규정한 헌법 제11조에서 나오는 병역부담평등의 원칙은 헌법적 요청일 뿐만 아니라, 우리나라에서 그것은 다른 어느 사회와도 비교할 수 없을 정도로 강력하고도 절대적인 사회적 요구이다. 이중국적자가 생활의 근거를 한국에 두면서 한국인으로서 누릴 각종 혜택을 누리다가 정작 국민으로서 의무를 다해야 할 때에는 한국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용된다면 병역부담평등의 원칙은 심각하게 훼손된다. 특히 이중국적자들은 사회지도층이나 부유층 인사들의 자녀가 많아서<sup>12)</sup> 이들의 기회주의적 병역면탈을 일정하게나마 규제하지 않는다면 병역정의에 대한 일반국민의 불신은 커지고, 병역부담에 관한 국민적 일체감이 저해되어 국방이라는 국민의 총체적 역량에 손상을 미치게 된다.

“이중국적자가 생활의 근거를 한국에 두면서 한국인으로서 누릴 각종 혜택을 누리다가 정작 국민으로서 의무를 다하여야 할 때에는 한국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용된다면 병역부담평등의 원칙(헌법 제11조, 헌법 제39조)은 심각하게 훼손된다. 이중국적자의 기회주의적 병역면탈을

12) 그간 세간에서 논란을 빚은 이중국적 관련 사례를 보면, 진대제 정보통신부 장관, 장상 전 국무총리 서리, 가수 유승준, 송자 전 교육부 장관, 이기준 전 서울대 총장 등 사회의 유력한 인사들이 관련되었다.

일정하게나마 규제하지 않는다면 병역정의에 대한 일반국민의 불신은 커지고, 병역부담에 관한 국민적 일체감이 저해되어 국방이라는 국민의 총체적 역량에 손상을 미치게 되는 것이다.” (판례집 16-2상, 195, 202)

##### (5) 독일의 판례

우리나라와 같이 징병제를 택하고 있는 독일의 법률과 판례가 이러한 문제를 어떻게 다루고 있는지 본다.

독일 국적법은 다중국적자가 허가를 받아 독일 국적을 포기할 수 있게 하면서도(제26조 제1항), 연방국방부장관(또는 그가 지정한 기관)이 신청자의 국적포기에 대해 이의가 없음을 밝히지 않는 한 병역의무자의 국적포기 신청을 거부하여야 한다고 규정하고, 다만 그 신청자가 최소한 10년 전 이래 외국에서 상주거소를 두고 있거나, 외국에서 병역의무를 이행한 경우에는 허가하도록 예외를 두고 있다(제26조 제2항).

이 법률조항의 해석·적용에 관하여 독일 연방행정재판소는 다음과 같이 판시하고 있다(BVerwG, NJW 1986 Heft 35, S.2205-2206. BVerwG BayVBl. 1994 Heft 9, S.281도 같은 취지임).

“(연방국방부장관의 이의없음 의견은) 국적포기자가 개별사례에서 병역의무를 회피하려는 것이거나 다수의 다중국적자가 독일 국적을 포기함으로써 연방군대의 기능약화를 초래할 수 있는 때에만 거부할 수 있는 것이 아니다. 국적법은 연방국방부장관이 이의없음 의견을 통해 국적포기의 장해를 개별적으로 제거하지 않는 한 병역의무자가 국적포기 허가를 받을 수 없도록 규정함으로써 독일의 방위력에 기여하는 병역의무, 그리고 평등취급으로 특징지워지는 병역정의를 일반적으로 보장하려고 하고 있다. 특히 상주거소를 독일영역 내에 두고 있으며 이를 유지하려는 자는 단순히 독일 국적을 포기하는 것만으로 병역의무의 이행을 회피할 수 있어서는 아니된다. 왜냐하면 그것은 원칙적으로 정의에 반하고, 평등관념에 어긋나는 것으로서 일반적 병역의무를 파기하기 때문이다....이러한 입법목적은 국적포기 신청자가 최소한 10년 전 이래 외국에서 상주거소를 두고 있거나, 외국에서 병역의무를 이행한 경우에는 이의없음 의견을 거부할 수 없도록 한 것에서 분명히 알 수 있다....독일영역 내에 상주하는 병역복무에 소집되어야

할 다중국적자에 대하여 병역복무를 이행하지 않는 한 국적포기 허가에 필요한 이의없음 의견을 거부하는 것은 원칙적으로 적법하다.”

또한 뮌스터 고등행정재판소는 영국과 독일의 이중국적자로서 독일에서 음악대학에 다니는 19세의 남자가 국적포기를 하려한 사건에서, “원고는 13세부터 중단없이 독일영역에서 살고 있으며 음악대학에 다니고 있다. 원고는 독일 국적의 보유로 인해 생기는 이점을 누리고 있다. 원고가 오로지 영국에서 출생하였다는 사유로 취득한 영국국적은 독일 국적 포기의 허가를 받음으로써 연방군대への 소집을 면제받을 하등의 근거가 될 수 없다. 그렇지 않다면 원고는 독일 국적과 결부된 이익을 다 누린 후에 마찬가지로 독일 국적에서 연유하는 국민의 의무를 면할 수 있게 될 것이다. 그 밖에도 원고는 또 다른 국적국인 영국으로 상주거소를 옮김으로써 독일의 병역의무를 정지시킬 수도 있을 것이다.”(OVG Münster, 18A 342/82, NVwZ 1982, Heft 11, S.639-640).

비록 독일 법제는 행정청의 심사제도를 두어 개별적 판단 여지를 두고 있으나, 위에서 본바와 같이 판례는 일반적 병역의무와 병역형평성이라는 입법목적을 강조함으로써 독일 내에 상주하는 이중국적자가 병역복무를 하지 않고는 국적포기를 할 수 없도록 함으로써 실질적으로 우리 법제와 별반 다른없는 운용을 보이고 있다.

## 나. 국적이탈의 자유에 대한 과잉규제인지 여부

### (1) 일반적인 판단

본안판단 대상조항에 의하여 국적선택의 자유가 완전히 박탈되는 것이 아니라 부분적인 제한을 받을 뿐이다. 먼저, 18세가 되어 제1국민역에 편입된 때부터 3월이 지나기 전이라면 자유롭게 국적을 이탈할 수 있고, 그 이후부터 입영의무 등이 해소되는 시점(36세)까지만 국적이탈이 금지되므로 일정한 시기적인 제약을 받을 뿐이다. 다음으로, 제1국민역에 편입된 때부터 3월이 지났더라도 병역의무를 이행하거나 면제받는 등으로 병역문제를 해소한 때에는 역시 자유롭게 국적을 이탈할 수 있다.

국적이탈의 이 정도의 시기적 제한마저 두지 않는다면 제1국민역 편입-징병검사-병역처분 등 병역의무 이행을 위한 절차가 진행중 어느 때라도,

심지어 군복무 중에도 한국 국적을 이탈함으로써 병역의무를 면할 수 있게 되어 현행 병역체계와 대단한 부조화를 야기할 뿐만 아니라 성실한 대다수의 병역의무 이행자와의 관계에서도 바람직하지 않다.

그렇다면 이것은 입법자가 국방과 병역형평이라는 헌법적 가치를 한 축으로, 국적이탈이라는 개인의 기본권적 가치를 다른 한 축으로 하여 어느 한 쪽을 일방적으로 희생시키지 아니하고 나름의 조정과 형량을 한 결과라 할 수 있다.

## (2) 특수한 문제들에 대한 검토

(가) 먼저, 주된 생활의 근거를 외국에 두고 있는 이중국적자에 대한 국적이탈의 제한이 정당할 것인지 본다.

※ 다만, 청구인은 출생 이후 대부분 국내에서 거주하였다. 법무부 출입국 자료에 의하면, 미국에서 출생한 해에 귀국한 후 총 39회 출·입국을 반복하였고, 약 2년간의 국외 체재기간을 제외하고는 계속 국내에서 생활하였으며, 1987. 1. 9. 주민등록도 하였다.

위에서 이중국적자에 대한 병역부과의 정당성과 병역면탈 차단의 필요성이 정당함을 보았지만, 이는 주로 그 이중국적자가 常住居所(habitual residence)를 국내에 두고 있는 경우를 상정한 것이다. 문제는 이중국적자가 상주거소를 외국에 두고 있는 경우이다. 이중국적자가 외국에서 출생하여 줄곧 그 곳에 생활의 근거를 두고 있다면 법적으로 한국 국적을 보유하고 있다는 점 외에는 한국과의 법적 유대는 대단히 희박하다. 한국의 법적 혜택을 누린 것도 아닌 이러한 이중국적자들에 대해서까지 국민으로서의 의무를 강요하고 병역을 이유로 국적선택을 막는 것은 국가와 국민간의 관계에서 권리와 의무가 상응하지 않고, 국가의 국민에 대한 속인적 지배권만을 일방적으로 중시하는 것이라 할 수 있다.

유럽국적조약은 다중국적자에 대해 常住居所(habitual residence)<sup>13)</sup>를 두고 있는 나라의 병역의무에 따르도록 하고 있으며(제21조), 각 체약국은 당사자가 무국적이 되지 않는 한 자국적의 이탈을 허용하도록 하면서도(제8조 제1항), 국내법으로 외국에 상주거소를 두고 있는 자국민에 대해서만

13) 상주거소의 개념에 대해서는 밝히지 않고 있다.

자국적을 이탈할 수 있도록 규정할 수도 있다고 하고 있다(제8조 제2항). 또한 동 조약의 공식해설(explanatory report)에 의하면 제8조와 관련하여 외국에 상주거소를 두고 있는 자국민이 병역의무 미필 또는 민·형사재판이 계속중임을 이유로 국적이탈을 거부하는 것은 허용되지 않는다고 하고 있다. 이는 국민이 상주거소를 국내에 두고 있는지, 외국에 두고 있는지는 국적이탈 및 병역의무의 강요라는 법적 문제를 판단함에 있어서 대단히 중요한 요소이며, 상주거소를 외국에 두고 있는 자국민의 국적이탈은 보다 강하게 보장하여야 한다는 정신이 반영된 것이라 하겠다.

다만, ‘상주거소’의 개념이 국제법상으로도 불확정개념으로 남아 있어<sup>14)</sup> 어느 정도의 의사와 거주사실이 있을 때 ‘상주거소’를 두고 있는 것으로 볼 것인지 분명치 않다는 점이다. 예를 들어, 외국에서 출생하였으나 곧 부모와 함께 귀국하여 국내에서 생활하다가 중학교를 마치고 혼자 출국하여 외국에서 대학재학중인 이중국적자 같은 경우가 그러하다. 이 문제는 결국 병역의무를 부과할 정도로 개인과 국가간에 법적 유대가 존재하지 않는다고 입법자가 판단하는 경계에 따라 판가름날 것이다. 참고로 유럽국적조약 제22조 제2항은 특별한 협정이 없는 한, 징병제도가 없는 체약국의 국적을 보유하고 있는 자가 그 체약국의 영토에 상주거소를 두고 있는 때에는 병역의무를 이행한 것으로 간주한다고 하면서도, 관련있는 체약국이 서명시에 통고하는 일정 연령까지 그 상주거소가 유지되지 않았을 경우에는 그 자가 따로 국적을 보유하고 동시에 병역의무를 부담하는 체약국과의 관계에 있어서는 병역의무를 마치지 아니한 것으로 간주된다고 하고 있다.

심판대상조항을 비롯하여 전체 현행법 체계에 의할 때 위와 같은 관점이

14) Black's law dictionary는 다음과 같이 설명하고 있다.

habitual residence. 1. Family law. A person's customary place of residence; esp., a child's customary place of residence before being removed to some other place. The term, which appears as an undefined term in the Hague Convention, is used in determining the country having a presumed paramount interest in the child. 2. Copyright. An established place, esp. a country, in which one lives for the long term, usu. without being a citizen of the place. The Berne Convention makes habitual residence an alternative to legal domicile in a member country to qualify for copyright protection but leaves the exact definition of the term to member countries.

어느 정도 고려되고 있는지 살펴본다.

외국에 상주거소를 두고 있는 이중국적자라 할지라도 법 제12조 제1항 단서, 제14조 제1항 단서에 따라, 18세가 되어 제1국민역에 편입된 때부터 3월이 지나기 전이라면 자유롭게 국적을 이탈할 수 있으므로 그 정도의 제한이 과잉규제라고 보기 어려운 점은 앞에서 본바와 같다.

뿐만 아니라 병역법에 의하면 국외에 체재 또는 거주하고 있는 사람은 징병검사나 징집·소집을 연기할 수 있고(제60조 제1항 제2호), 국외에서 출생한 사람 또는 해외이주법에 의한 해외이주신고를 하고 국외에 거주하고 있는 사람은 재외공관의 장, 법무부출입국관리소의 장이나 법무부출입국관리소출장소의 장의 사실확인에 의하여 징병검사 또는 입영을 연기할 수 있다(동법시행령 제128조 제2항). 따라서 상주거소를 외국에 두고 있는 이중국적자는 징병검사 또는 징집의 계속적 연기를 통하여 36세에 이르러 징병검사 또는 입영의무를 면제받을 수 있고, 이를 통하여 사실상 병역의무를 면할 수 있다. 적극적으로 국적이탈을 함으로써 병역의무를 조기에 해소할 수는 없지만, 소극적·사실적인 방법으로 병역의 문제가 자연스럽게 해결될 수 있다. 이와 같이 외국에 계속하여 머무르는 한 굳이 국적이탈의 가능성을 부여하지 않더라도 특별한 불이익이 발생하지 않으므로 이들에게 본안판단 대상조항의 적용을 명시적으로 배제하는 규율을 하지 않았다 하여 그것만으로 헌법적 문제를 제기할 정도는 아니라 할 것이다.

[참고로 법무부 예규 제725호 국적업무처리지침 제17조 제1항 제5호에서, “외국에서 출생한 남자로서 국적이탈 신고 당시 부 또는 모가 해당국에서 본인출생 후 17년이상 계속하여 거주한 경우”를 특수 이중국적자에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있는 것도 위와 같은 맥락에서 비롯한 것이라 할 수 있다.]

(나) 앞에서 본 바와 같이 현행법은, 독일이나 대만과는 달리, 단일국적자의 경우에는 이중국적자와 같이 제1국민역에 편입되었다는 이유만으로 국적이탈을 금지하는 규정을 두고 있지는 않아, 형평에 어긋나는 것으로 보일 수도 있다. 단일국적자는 제1국민역에 편입된 이후라도 국적법 제15조에 따라 외국 국적을 취득함으로써 한국 국적을 상실할 수 있기 때문이



다. 그러나 단일국적자가 한국 국적을 이탈하고 외국 국적을 선택하는 것은 그야말로 정치적 공동체의 선택이라는 실존적 결단의 측면이 보다 강한 반면, 이중국적자의 경우 양쪽 국적을 모두 보유하고 있다가 결정적인 시기에 기회주의적 선택을 하는 것이라는 그 속성상의 차이가 있다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 국내 거주 단일국적자의 경우 병역의무자의 국외여행제한제도(병역법 제70조 제1항, 제3항, 제94조)로 말미암아 사실상 병역의무를 이행하지 않고서는 외국 국적의 취득이 쉽지 않을 것이다.

(다) 본안판단 대상조항(제12조 제1항 단서)이, 민법상의 성년에 이르지도 않아 독자적인 법률행위를 할 수 없는 18세가 갓 된 어린 나이에 자신의 운명에 지대한 영향을 미치는 정치적 공동체인 국가를 선택하도록 강요하는 것이 아니냐는 문제가 제기될 수 있다.

그러나 국적유일의 원칙이 국제사회에서 보편적으로 인정되고 있는 바와 같이, 이중국적의 상태는 영속될 수 없고, 그렇다면 어느 시점을 기준으로 하여서든 국적선택(및 그와 결부된 병역의무의 이행의사 유무의 표명)을 요구하지 않을 수 없는데, 우리나라는 징병제를 택하고 있고 18세에 제1국민역에 편입시킴으로써 병역자원으로 관리하는 체제이므로, 이 시점을 기준으로 규율하는 것에도 합리성이 있다. 이중국적자들만 그 시기를 -예를 들어- 20세로 늦춰잡는 것은 병역의무자간의 형평성에도 맞지 않고, 통일적이고 효율적인 병무행정의 수행에도 지장을 초래한다.

위 조항은 자유로운 국적선택의 終期를 제한하고 있으므로 이중국적자로서는 18세가 되는 해의 3월31일(병역법 제2조 제2항, 제8조 제1항)까지 자유롭게 국적선택을 할 수 있도록 함으로써 구법상 제1국민역에 편입되기 전까지만 국적선택을 할 수 있었던 문제점을 나름대로 개선하고 있는바, 18세라는 나이는 비록 민법상 미성년자이긴 하나 혼인이 가능한 연령이고(민법 제807조)<sup>15)</sup>, 많은 나라에서 18세를 기준으로 선거권을 부여하고 있으며, 미국에서도 18세에 국적을 선택하도록 하고 있다.

이와 같이 국적선택의 중기를 너무 어린 나이로 설정하였다는 주장은 18

15) 최근 법무부는 성년 나이를 19세로 인하하는 민법개정안을 입법예고한 바 있는데, 빠르면 2006년부터 시행될 전망이다이라고 한다.

세의 의미, 병역법 체계와의 관련성을 살펴볼 때 크게 비난할 것이 못된다고 할 것이다.

오히려 문제는 거꾸로 국적선택의 始期에 아무런 제한을 두지 않음으로써 사실상 부모에 의하여 국적선택이 결정될 위험을 내포하고 있다는 점일 것이다(실제 2004. 5. 22.자 법무부 고시에 의하면 만4세인 남자, 만11세인 남자가 국적이탈 신고를 한 것이 보인다. 국적법 제19조에 따라 국적 관련 신고나 신청을 하는 자가 15세미만인 때에는 법정대리인이 이를 대신하여 행한다). 미국의 이민국적법 제349조가 18세 이후에만 자발적인 국적포기를 통한 국적상실을 허용하고 있는 것<sup>16)</sup>은 그러한 위험을 방지하기 위한 것으로 보인다.

그러나 징병제를 택하고 있는 국가에서 일정한 연령(성년연령 또는 그에 미달하는 연령이 될 것이다)에 달하면 병역의무를 발생시키고, 이중국적자라도 병역의무를 부담하여야 한다는 전제에 서는 한, 이중국적자의 국적선택을 통한 병역면제는 병역의무 발생 이전에 한정될 수밖에 없는 것이 필연적 귀결이다. 이는 독일에서도 우리와 같이 ‘병역의무 발생 전’이라는 국적선택의 종기만을 규정하고 있는 것에서 확인할 수 있다. 대만은 20세 이후에만 국적이탈을 허용하고 있지만, 이중국적자의 국적선택을 통한 병역면제를 애초부터 인정하고 있지 않으므로 우리나라나 독일과는 전제가 다르다.

한편, 혼인과 가족생활을 보장하는 헌법 제36조 등에 비추어 부모에게는 자녀를 양육하고 보호할 권리와 책무가 인정되는바, 이러한 부모의 자녀양육권을 부인하지 않는 이상 어린 자녀의 국적선택권이란 것은 결국 부모의 권한과 책임의 범위 내에서 구현될 수밖에 없을 것이다. 부모의 자녀양육권과 자녀의 국적선택권이 상호 충돌할 수 있는 이러한 상황에서 직접 이양자를 조정할 수 있는 방법은 찾아내기 어렵고, 그렇다고 하여 국가가 가족생활의 자율성을 침해하면서까지 개입하는 것도 정당화되기 어렵기 때문이다. 이러한 상황은 비단 국적선택에 고유한 문제가 아니라 미성년자의 다른 기본권 행사에 있어서도 일반적으로 문제된다고 할 수 있다(예컨대

16) 석동현, “이중국적에 관한 미국의 법제 및 정책과 미 대법원 판례의 동향”, 법조, 1999. 7. 228-229면

18세인 미성년자가 혼인하려고 하나, 부모가 동의하지 않는 경우). 그리고 미성년자로서는 성년이 된 후 국적회복제도(국적법 제9조)를 통하여 자신의 의사로 상실된 국적을 회복할 수 있는 길이 열려있다.

이러한 문제를 해결하겠다고 하여 국적선택의 연령대를 제한하는 것은 (예를 들어 17세부터 18세 사이) 오히려 국적선택의 자유를 시간적으로 더 제약하는 셈이 된다.

#### 다. 부칙 제2항의 신뢰보호원칙 등 위반 여부

법 부칙 제1항은 법이 공포된 날부터 시행하도록 규정하고 있으며, 부칙 제2항은 개정된 심판대상조항을 “이 법 시행 후 최초로 국적이탈신고를 하는 사람부터 적용한다.”고 규정하고 있는데, 그 취지는 ‘이 법 시행 전에 이미 출생한 사람에게도 개정안이 효력을 미칠 수 있도록’ 하기 위한 것이다(제253회 국회 본회의회의록 제10차). 부칙 제2항의 법문상, 그리고 이러한 입법취지상 신법 시행일(2005. 5. 24.) 이후 국적이탈신고를 하는 사람에게는 개정규정이 적용된다는 뜻이 분명하다. 따라서 명확성원칙에 반한다는 취지의 청구인의 주장은 이유 없다.

부칙 제2항이 진정소급입법에 해당한다고 볼 수는 없다. 이미 종료된 사실관계에 작용하는 것이 진정소급입법인데, 이미 국적선택을 한 사람들에게 그 효력을 부인하고 더 불리한 국적선택제도를 적용하는 것이라면 여기에 해당할 것이나, 부칙 제2항은 그렇지 않다. 병역 관계 법률의 개정 시, 그 개정 전에 태어난 사람으로서 구법에 의해 병역관계가 확정되지 않은 사람들에게 신법을 적용하는 것이 소급입법이어서 허용되지 않는다면 병역 관계 법률의 개정은 거의 불가능하게 될 것이다.

다만, 신법시행일 현재 17세, 16세 등 제1국민역 편입이 목전에 다가온 연령대에 이른 이중국적자들의 경우 국적이탈 여부에 관한 법률관계가 현실적으로 진행과정에 있었다고 볼 수 있으므로 부칙 제2항은 부진정소급입법이라 볼 여지가 있다. 그러나 개정규정 중 제12조 제1항 단서 및 그에 관련된 제14조 제1항 단서는 구법에 비하여 일반 이중국적자의 국적선택의 기간을 3개월 더 연장하는 이익을 부여할지언정 구법에 비하여 더 불이익한 내용을 규정하고 있지 않다. 따라서 신뢰보호원칙에 위배될 여지가 없다.

## 라. 결론

현 단계에서 국적선택권은 많은 제약의 가능성 하에 놓여 있는 기본권이  
며,

이중국적자에 대한 병역부과의 정당성과 병역면탈 차단의 필요성이 인  
정되고,

이중국적자라도 18세가 되어 제1국민역에 편입된 후 3월이 경과하기 전  
이라면 자유롭게 국적을 이탈할 수 있으며,

관련 법규를 종합하여 볼 때 이중국적자의 국적이탈을 지나치게 또는 불  
공평하게 제약하는 데는 이르고 있지 않으므로,

법 제12조 제1항 단서, 법 제14조 제1항 단서 중 위 조항에 관한 부분이  
청구인의 거주·이전의 자유(국적이탈의 자유)를 침해한다고 하기는 어렵  
고,

부칙 제2항은 신뢰보호원칙이나 명확성원칙에 위반되지 않는다.

[청구인 주장의 양심의 자유, 연좌제금지원칙, 세계평화주의 등은 위 조  
항들과 무관하거나 그 침해를 인정할 수 없다.]

## 4. 결정의 의의

이중국적자의 국적선택(국적이탈)의 자유라는 기본권과 병역이행의 확보  
라는 헌법적 이익간의 충돌이 문제되는 이 사건에서 헌법재판소는, 이중국  
적자라 하더라도 대한민국 국민인 이상 병역의무를 이행하여야 한다는 것  
을 원칙적 전제로 하여, 국방과 병역형평이라는 헌법적 가치를 한 축으로,  
국적이탈이라는 개인의 기본권적 가치를 다른 한 축으로 하여 어느 한 쪽  
을 일방적으로 희생시키지 아니하고 나름의 조정과 형량이 잘 되었는지를  
기준으로 위헌 여부를 심사하였다.

국방과 병역의무가 헌법에서 차지하는 비중이 상대적으로 큰 우리나라  
에서 이를 이유로 어디까지 개인의 기본권에 대한 제한이 가능한지를 판단  
함에 있어 하나의 의미 있는 준거의 틀을 제공하였다는데 이 결정의 의의  
가 있다.

## 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제6조 제1항 후문 위헌소원

- 개별 사립학교 법인의 단체교섭 당사자 여부 -

(헌재 2006. 12. 28. 2004헌바67, 판례집 18-2, 565)

김 현 철\*

### 【관시사항】

1. 사립학교의 설립·경영자들은 교원노조와 개별적으로 단체교섭을 할 수 없고 반드시 연합하여 단체교섭에 응하도록 규정한 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(1999. 1. 29. 법률 제5727호로 제정된 것, 이하 “교원노조법”라 한다) 제6조 제1항 후문(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 비례의 원칙에 어긋나게 사립학교의 설립·경영자인 청구인들의 결사의 자유를 침해하는지 여부 (소극)

2. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부 (소극)

### 【심판의 대상】

교원노조법 제6조(교섭 및 체결권한 등) ①노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원의 임금·근무조건·후생복지 등 경제적·사회적 지위향상에 관한 사항에 대하여 교육부장관, 시·도 교육감 또는 사립학교를 설립·경영하는 자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 이 경우 사립학교의 경우에는 사립학교를 설립·경영하는 자가 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 교섭에 응하여야 한다.1)

---

\* 헌법연구관

## 【사건의 개요】

### 1. 헌법소원에 이르게 된 경위

청구인들은 사립학교법에 의하여 대전에 소재한 각 학교를 설치·경영할 목적으로 설립된 학교법인들이다. 교원노조법에 의하여 설립된 전국교직원노동조합(이하 “전교조”라 한다) 대전지부는 2002. 4. 29.부터 수 차례에 걸쳐 청구인들에게 단체교섭을 요구하였음에도 청구인들이 교섭단장의 선임 및 교섭단<sup>2)</sup> 구성의 어려움을 이유로 이에 응하지 아니하자 이를 「노동조합 및 노동관계 조정법」(이하 “노동관계법”이라 한다) 제81조 제3호<sup>3)</sup> 소정의 부당노동행위라고 주장하며 충남지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였고, 동 위원회는 2003. 6. 19. 청구인들의 행위를 부당노동행위로 인정하면서 청구인들에게 즉시 교섭단을 구성하여 단체교섭에 응하도록 구제명령을 하였다.

청구인들은 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 동 위원회는 2003. 12. 23. 충남지방노동위원회의 초심판단과 마찬가지로 청구인들의 위 행위를 부당노동행위로 인정하고 재심신청을 기각하는 판정을 하였다. 이에 청구인들은 중앙노동위원회 위원장을 상대로 서울행정법원 2004구합4833호로 재심판정취소를 구하는 행정소송을 제기하는 한편, 그 소송계속 중 이 사건 법률조항에 대하여 위헌제청신청을 하였다(2004아1265). 서울행정법원은 2004. 7. 27. 청구기각 판결을 선고하면서 위 위헌제청신청을 기각하였고, 청구인들은 서울고등법원에 2004누17732호로 항소하는 한편 2004. 9. 9. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

1) 이 사건 법률조항(후문부분)은 교원노조법이 제정된 이후로 변함이 없으며, 다만 전문의 ‘교육부장관’이 정부조직법의 개정에 따라 ‘교육인적자원부장관’으로 그 명칭이 바뀌었을 뿐이다(2001. 1. 29. 법률 제6400호).

2) “교섭단”이라 함은 교원노조법 제6조 제1항에 의한 사용자교섭대표 및 교섭하고자 하는 복수의 노동조합을 대표하여 교섭할 권한을 갖는 단체를 말한다(2006. 10. 13. 입법예고된 교원노조법 개정안 제2조 제2호 참조).

3) 노동관계법 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

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

## 2. 법원의 위헌제청신청기각결정의 이유요지 및 노동부장관의 의견요지

이 사건 법률조항이 사립학교 설립·경영자들에게 연합교섭만을 허용하고 개별교섭을 할 수 없게 한 것은, 교원의 근로조건이 각 학교법인별로 크게 다르지 아니한 점, 따라서 교원의 지위를 통일적으로 보장할 필요가 있다는 점, 그리고 교원의 노사관계가 일반 노사관계와는 다른 특수성을 지닌 점을 두루 고려하여, 단위학교 차원의 교섭으로 인한 혼란 및 이로 인한 국민의 교육을 받을 권리의 침해를 방지하려는 목적으로 정책적으로 마련된 것이다.

이 사건 법률조항에 따라 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 단체교섭을 할 경우 단위 사업장별로 단체교섭을 하는 것에 비하여 비용을 줄일 수 있는 등의 효율을 기대할 수 있고, 연합회를 구성하는 과정에서 얼마든지 단위 사업장의 이해관계를 반영할 장치를 마련할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 인간의 존엄성이나 행복추구권, 사립학교 설립·경영자들의 평등권, 영업의 자유나 결사의 자유 등을 침해하거나 헌법이 보장하는 경제질서에 반한다고 할 수 없다.

### 【결정요지】

1. 개별 학교에서의 교원노조를 인정하지 않는 것에 대응하여 이 사건 법률조항이 개별 학교법인은 단체교섭의 상대방이 될 수 없도록 함으로써 교원노조로 하여금 개별 학교의 운영에 관여하지 못하도록 한 것은, 첫째 교원의 근로조건이 각 학교법인별로 크게 다르지 아니한 점, 둘째 교원의 지위를 통일적으로 보장할 필요가 있는 점, 셋째 교원의 노사관계가 일반 노사관계와는 다른 특수성을 지니는 점 등을 모두 고려하여 개별 학교차원의 교섭으로 인한 혼란을 방지하고자 하는 것이라고 할 것이므로, 그 입법 목적의 정당성 및 방법의 적절성을 인정할 수 있다.

개별 학교법인에게 단체교섭의 상대방이 될 수 있도록 한다면 전국단위 또는 시·도 단위 교원노조가 모든 개별 학교법인과 단체교섭을 해야 하므로 이는 불필요한 인적·물적 낭비요인이 될 뿐만 아니라, 단체교섭의 결

과인 단체협약의 내용이 개별 학교마다 다르다면 각 학교 사이에서 적지 않은 혼란이 야기될 수도 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 결사의 자유에 대한 필요·최소한의 제한이라고 할 수 있으므로 침해의 최소성 요건을 충족한다. 그리고 이 사건 법률조항이 추구하고자 하는 공익은 개별 학교법인이 단체교섭의 상대방이 되지 못함으로 인하여 발생할 수 있는 결사의 자유의 제한보다 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 충족한다.

2. 교원이 근로관계 법령에서 정한 근로자임에는 틀림이 없다고 하더라도 교원의 근로관계는 각 사업장에서 사용자에게 고용되어 직접 근로를 제공하고 그로부터 임금 등의 반대급부를 받는 일반근로자의 근로관계와는 본질적인 구조상의 차이가 있다. 따라서 일반 사용자들이나 경영자들과는 달리 개별 학교법인이 교원노조와의 단체교섭의 상대방이 될 수 없도록 한 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 학교법인인 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

### 재판관 조대현의 반대의견

이 사건 법률조항은 사립학교를 설립한 학교법인과 그 교원의 자주적인 교섭권을 부정하는 것이고, 사립학교별로 설립·경영자가 다르고 그에 따라 근무조건도 다르다는 점을 무시한 것으로서 합리성도 없다. 또한 각 사립학교를 설립한 학교법인의 자주성과 자율성을 무시할 뿐만 아니라 학교법인과 그 교원이 각자의 근무조건에 맞추어 필요한 사항을 교섭할 수 있는 자유와 권리를 본질적으로 침해하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제31조 제4항과 제33조 제1항에 위반된다고 선언하여야 한다.

## 【해설】

### 1. 서론

주로 초·중등학교 교사들을 중심으로 ‘참교육’을 표방하면서 교원의 법적 지위 향상을 모색한다는 목적으로 1989. 5. 28. 창립선언을 한 전교조는 1999. 7. 1.부터 시행된 교원노조법에 의하여 합법화되었다. 한편 교원노조법



제4조 제1항은 교원의 경우 시·도 단위 또는 전국단위에 한하여 노동조합을 설립할 수 있다고 규정함으로써 개별 학교단위의 노조결성을 인정하지 않았고, 이에 대응하여 이 사건 법률조항은 사립학교의 경우 사립학교를 설립·경영하는 자가 전국 또는 시·단위로 연합하여, 즉 교섭단을 구성하여 교원노조의 단체교섭에 응하도록 규정하고 있다. 그런데 교원노조의 단체교섭 요구에 대해 사립학교 설립·경영자들이 연합체(교섭단) 구성의 어려움을 이유로 단체교섭에 불응하는 사태가 벌어졌고, 그 와중에 대전광역시에 소재하는 사립학교 법인인 청구인들을 상대로 부당노동행위로 지방노동위원회에 구제신청이 제기되어 이 사건에까지 이르게 된 것이다.

## 2. 교원노조법 및 교원노조에 관한 일반론

### 가. 교원노조법의 제정경위와 주요골자

(1) 우리나라는 1991년에 국제노동기구(ILO)에 가입한 후 ILO로부터 교원의 단결권 인정에 대한 7차례의 권고를 받았고, 1996년 경제협력개발기구(OECD)에 가입한 후에는 OECD로부터 5차례에 걸쳐 이를 입법화하도록 권고받았다.<sup>4)</sup> 그리하여 정부는 1996년 ‘노사관계개혁위원회’를 설치하여 교원의 단결권 문제를 논의하기 시작하였고, 1997년 IMF 체제를 극복하기 위한 노·사·정 대타협의 일환으로 1998. 2. 6. ‘노사정위원회’에서 교원의 노동조합 결성권을 보장하기로 합의하였다.

이에 따라 정부안인 교원노조법안이 1998. 12. 3. 국회 교육위원회에 회부되었다가 같은 날 환경노동위원회에 회부되었다. 동 법안은 1998. 12. 29. 제199회국회 제2차 환경노동위원회의 표결을 거쳐, 1999. 1. 6. 제199회국회 제6차 본회의에서 “여야간에 거의 합의가 되어 상정되었다.”는 이유로 제안설명과 심사보고서를 생략한 채<sup>5)</sup> 다른 60여건의 의사일정과 함께 통과

4) 1998. 12. 29. 제199회국회 환경노동위원회회의록(제2호)을 보면, 당시 ILO 174개국 중 케냐와 우리나라만이 교원의 노동조합 결성이 허용되지 않았고, OECD 29개국 중에서는 우리나라만이 이를 입법화하지 않은 상태였다고 한다.(동 회의록 3면)

5) 이에 대하여는 “많은 논란과 반대에도 불구하고 여당이 단독으로 변칙처리했다.”는 평가가 있다. 강인수, 교원노조법의 문제점, 「국회보 통권387호」, 1999년 1월호, 74면.

되었고,6) 동 법률안은 같은 달 15. 정부에 이송되어 마침내 같은 달 29. 법률 제5727호로 교원노조법이 제정·공포되어 같은 해 7. 1.부터 시행되었다.7)

(2) 교원노조법의 주요골자는 다음과 같다.8)

첫째, 동법에 의한 노동기본권의 보장대상이 되는 교원은 초·중등교육법에 의한 교원으로 한정하였다(제2조).

둘째, 교원은 시·도 단위 또는 전국 단위에 한하여 노동조합을 설립할 수 있다(제4조 제1항).

셋째, 교원노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원의 임금, 근무조건, 후생복지 등 경제적·사회적 지위향상에 관한 사항에 대하여 교육인적자원부장관, 시·도교육감 또는 학교법인 등의 연합체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다(제6조 제1항).

넷째, 관계 당사자가 단체교섭을 하거나 단체협약을 체결하는 경우에는 국민 여론 및 학부모의 의견을 수렴하여 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며, 그 권한을 남용할 수 없다(제6조 제4항).

다섯째, 노동조합과 그 조합원은 과업, 태업 기타 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위를 할 수 없다(제8조).

**나. 교원노조(교원단체)의 현황, 단체교섭 및 평가9)**

(1) 현황

(가) 1999. 7. 1.부터 합법화된 교원노조는 전교조 및 한교조10)의 2개 노조에 88,000명이 가입하여(조직률 22.0%), 단일직종 최대노조로서 2004년말

6) 1999. 1. 6. 제199회국회 본회의회의록(제6호) 참조.

7) 박재운 외, 「교원노조법 해설」(한국문화사 2004), 4-5면 참조.

8) 「대한민국 관보」, 1999. 1. 29.자, 143면 참조.

9) 노동부, 「교원 노사관계 교육자료」(2006.4), 5-22면 참조.

10) 한교조는 1999. 1. 29. 교원노조법이 제정되면서 시·도 단위에서 한교조 지역본부를 조직하기 시작하여 동년 5. 16. 전국조직으로 창립되었다. 한교조는 활동의 주요한 목표로 “푸른교육”으로 정하고 이를 실천할 방안으로 ‘첫째, 행복하고 자긍심 있는 교사상 확립, 둘째, 깨끗하고 선명한 교육, 셋째, 미래지향적이고 창의적인 교육’을 제시하고 있다(한교조 홈페이지 <http://www.kute.or.kr> 참조).

국내 전체 노동조합 조합원수 1,536,843명의 5.7%에 해당한다.<sup>11)</sup> 이들 전교조 및 한교조는 전국단위의 노동조합이고, 각 시·도별 ‘지부’(전교조) 내지 ‘지역본부’(한교조)는 따로 노동조합 설립신고를 하지 않고 있다. 위 2개의 교원노조와 교원단체(한국교총)의 가입자 현황은 다음과 같다.

구분	교원수	교원노조				한국교총	
		조직률	계	전교조	한교조	가입자수	비율
계	401,357	22.0%	88,354	87,458	896	163,901	40.8%
국립	2,080	14.0%	291	290	1	1,327	63.8%
공립	303,847	25.0%	75,924	75,248	676	125,710	41.4%
사립	95,430	12.7%	12,139	11,920	219	36,864	38.6%

※ 교육인적자원부 자료(2005. 10. 기준)

(나) 한편 2005년 전교조의 반APEC수업, 교원평가제 반대 등을 계기로 보수적 계열 교사들의 노조설립 움직임이 대두되어, 서울자유교원조합이 2006. 3. 29.(300여명), 부산자유교원조합이 2006. 3. 31.(150여명), 경기자유교원조합이 2006. 4. 11.(180여명) 각 설립되었다. 이들 자유교조는 각 시·도별로 노동조합의 설립신고를 하고 있다는 점에서 전국단위의 단일노조인 전교조나 한교조와 다르다.

## (2) 단체교섭

### (가) 단체교섭의 의의

교원노조는 교육인적자원부장관, 시·도 교육감 또는 사립학교를 설립·경영하는 자와 임금·근무시간·후생복지 등 교원 근무조건 향상에 관한

11) 한편 전교조의 「제42차 전국대의원대회 자료집 (2005)」에 의하면, 전교조는 합법화 이후 본부 산하에 16개 광역시·도 지부, 268개 시·군·구 지회, 8900개 학교단위의 분회에 90,547명의 조합원이 가입되어 있으며 조직률은 약 26% 정도로 추정하고 있다.

사항에 대하여 협의하는데(교원노조법 제6조 제1항), 단체교섭을 위한 정당한 행위는 민·형사상 책임이 면제된다(노동관계법 제3조·제4조). 한편, 사용자가 단체협약의 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위는 부당노동행위에 해당한다(노동관계법 제81조 제3호).

(나) 단체교섭의 당사자

단체교섭의 당사자란 단체교섭에 대한 권리와 의무를 가진 자로서, 스스로의 이름으로 단체교섭을 하고, 그 결과인 단체협약의 권리와 의무를 부담하는 자를 의미한다. 근로자(교원)측 교섭당사자로는 소정의 노동조합 설립요건을 갖춘 적법한 노동조합이어야 하는데, 조직대상을 같이하는 2 이상의 노동조합이 설립된 경우에는 교섭창구를 단일화하여 단체교섭을 요구하여야 한다(교원노조법 제6조 제3항). 한편, 사용자측 교섭당사자로는 교육인적자원부장관, 시·도 교육감, 사립학교를 설립·경영하는 자가 이에 해당하는데, 사립학교의 경우 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 교섭에 응해야 한다(교원노조법 제6조 제1항).<sup>12)</sup>

(다) 단체교섭의 담당자

단체교섭의 담당자란 단체교섭 상대방과 실제로 교섭을 담당하는 권한을 가진 자를 의미한다. 노동조합측 교섭담당자로는 노조대표자와 규약 등에서 정한 바에 따라 선정된 교섭위원을 의미하는데, 이 경우 노동조합의 교섭위원은 그 조합원으로 구성되어야 한다(교원노조법 제6조 제2항). 한편, 사용자측 교섭담당자로는 교섭구조에 따라 교육인적자원부장관, 시·도 교육감, 사립학교 대표와 교섭에 필요한 실무담당자 등을 의미한다.

(라) 단체교섭의 구조

전교조나 한교조와 같이 교원노조가 전국단일노조인 경우 동 노조가 교

12) 이에 대하여는, “사립학교를 설립·경영하는 자가 노동조합의 교섭통보를 받고 교섭단을 구성하지 않거나 교섭단을 구성중임을 이유로 단체교섭을 해태하는 경우 부당노동행위에 해당하고 형사처벌도 가능하다. 그러나 이는 사후적 구제 수단일 뿐만 아니라, 사용자가 단체교섭을 거부하고 부당노동행위로서의 처벌을 감수하는 경우 이를 제재할 수단이 없다는 것이 문제가 된다. 교원의 경우 학교 단위의 노조결성과 교섭이 금지되고 쟁의행위가 전면적으로 금지되므로, 사용자 단체의 교섭단구성에 대한 강한 담보가 없는 경우 교원의 노동기본권 보장이 형해화될 가능성이 크다.”는 견해가 있다. 김소영, 교원노조법의 쟁점과 과제, 「노동법학 제9호」(한국노동법학회 1999.12), 14면.

육인적자원부장관(사립학교의 경우에는 전국교섭단), 시·도 교육감과 교섭하고(사립학교의 경우에는 시·도 교섭단),<sup>13)</sup> 자유교조와 같이 교원노조가 시·도별로 설립하고 전국단위의 연합단체를 구성하고 있는 경우 전국단위의 연합단체는 교육인적자원부장관(사립학교의 경우에는 전국교섭단)과 교섭하고, 시·도 단위노조는 시·도 교육감(사립학교의 경우에는 시·도 교섭단)과 교섭한다.

### (3) 그동안 교원 노사관계에 대한 평가

노동부는 그동안의 교원 노사관계에 대하여 다음과 같은 평가를 내리고 있다.

#### (가) 성과

○ 교원의 경제·사회적 지위 향상 및 원활한 의사소통을 통한 교육서비스 개선

- 교원의 경제적 사회적 지위향상 및 교육현장의 각종 문제를 단체 교섭의 장에서 수렴하여 교육현장의 갈등을 해소하고 교육의 질적 향상 도모

○ 교육계의 책임있는 당사자로서의 노조의 역할 모색

- 교육계 내의 비리제거, 권위주의적 교육행정 관행청산, 교육발전을 위한 합리적 의견개진 기회보장 등 교육개혁의 책임있는 주체로서 노조의 역할 기대

○ 합리적 노동운동을 통한 사회갈등 해소로 사회통합 제고에 기여

- 교원근로조건, 교육계 비리, 교육정책 방향 등을 둘러싼 사회갈등을 사회적 대화채널을 통하여 합리적 해결 모색
- 노·사·정 간의 신뢰를 구축하고 사회적 합의의 관행을 축적해 새로운 노사문화 정착에 기여

#### (나) 한계

○ 지나친 이념지향성, 교육정책 관여로 노동운동 정당성 훼손

- 합리적 노동운동의 경험축적이 미흡한 상황에서 정치적 색채가 강

---

13) 이 경우에는 이 사건과 같이 시·도의 지부나 지역본부에 교섭권한을 위임하게 된다.

하고, 학습권 침해 우려 등에 따라 노동운동의 정당성에 대한 여론의 지지기반 위축

※ 이념지향성 사례 : 이라크 파병반대, 반APEC 수업, 민주노총과의 총파업 연대투쟁 등

※ 교육정책 관여 사례 : WTO 교육개방 저지, 사립학교법 개정, NEIS(교육행정정보전산망) 폐지, 자립형사립고 저지, 중등자격교원의 초등임용 반대 등

○ 교원노조법에 따르면 노사분규 발생시 쟁의행위가 금지되고 있으나, 집단연가 등으로 우회적 방식의 불법적 단체행동 수차 발생

※ 1999. 7. 합법화 이후 총 9회의 불법 집단 연가투쟁 전개, 15명 사법조치, 62명 징계, 17,653명 주의·경고

○ 노조의 내부 조정능력 미흡 및 조직력 발휘 한계

- 노조 내부 강·온파 간 이념갈등, 교총과의 역할갈등, 보수 계열 교사의 제3의 노조(자유교원조합) 결성동향 등 노조 지도부의 조정능력 및 조직력 발휘에 한계 노정

○ 교육정책 관리자의 책임 있는 사용자 역할 미흡

- 사용자는 노조가 교육서비스 효율적 생산을 위한 협력적 파트너라는 인식이 부족하며, 분규대처에 있어 여론상황에 따른 임시방편적인 대처로 책임있는 사용자 역할 미흡

- 단체협약 사항의 예산반영 노력 미흡 사례 발생

○ 사립학교의 단체교섭 부진

- 노조의 단체교섭 요구에 대해<sup>14)</sup> 사립학교 설립·경영자는 연합체구성 어려움 등 이유로 단체교섭 불응<sup>15)</sup>

14) 전교조와 한교조는 2004. 7. 12. 현재 각 시·도 지부별로 사립학교 법인에 대하여 교섭요구서를 발송하고 있는바, 대부분의 사립학교 법인들은 개별 학교법인은 단체교섭의 당사자가 아니라는 이유로 요구에 불응하거나 아예 무응답으로 대응하고 있다고 한다. 전교조 대전지부가 선도적으로 학교법인들을 지방노동청에 고소하여 행정소송 및 이 사건 헌법소원에까지 이른 것으로, 전교조는 이 사건의 법원 및 현재의 판결이 노사 양측의 향후 행동에 대한 지침이 될 것이라고 보고 있다. [전교조 홈페이지 자료 참조]

15) 사립학교와의 교섭은 사학재단이 사용자단체의 구성을 거부하여 교원노조법 발효 후 2006. 11. 현재까지 교섭자체가 성사되지 않고 있다고 한다. 2006. 11. 중순경 전교조 및 한교조 관계자와의 전화통화에서 확인함.

※ 2002년도 대전광역시 사립학교 법인들의 교섭불응에 대하여 부당 노동행위로 결정 - 중앙노동위원회(2004.1.27), 서울행정법원 (2004.7.27) : 이 사건의 당해사건

○ 조정·중재제도 활용 미흡

- 교원노사관계 노동쟁의를 조정·중재 기능을 전담하기 위하여 교원 노동관계조정위원회를 두고 있으나 활용실적 부진

### 3. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

헌법재판소는 2006. 12. 28. 이 사건 법률조항에 대한 결정을 선고하였는데, 이 결정에서는 재판관 7인이 합헌의견을, 재판관 1인이 위헌의견을 각 개진하여 결론적으로 합헌결정이 선고되었다.

#### 가. 합헌의견

(1) 개별 학교에서의 노조결성을 인정하지 않는 교원노조법조항의 문제  
교원노조법 제4조 제1항은 교원의 경우 시·도 단위 또는 전국단위에 한하여 노동조합을 설립할 수 있다고 규정함으로써 개별 학교단위의 노조결성을 인정하지 않고 있다.

이에 대하여는, 노조의 조직유형을 어떠한 것으로 할 것인가는 단결권의 향유주체인 근로자들이 스스로 선택하여 결정할 문제로서 교원노조법이 시·도 단위 이상의 조직유형을 강제하는 것은 헌법상의 단결권을 침해하는 것이라거나,<sup>16)</sup> 특히 사립학교의 경우는 사학재단이 교원에 대한 임용권을 행사하고 있고 학교마다 근무조건이 다른 현실을 고려할 때, 사립학교에도 교원노조의 설립단위를 전국과 시·도 단위로 제한하는 것은 사립학교 교원의 노동권에 대한 제한이라는 주장이 있다.<sup>17)</sup>

그러나 교원들에게도 단결권과 단체교섭권을 허용하는 것이 헌법상 요청된다 하더라도, 이러한 요청이 개별 학교단위에까지 교원노조를 허용해

16) 김형배, 「노동법」(박영사 2006), 208면; 같은 취지로 박길상, 공무원·교원의 노동관계법에 관한 연구, 법학박사학위논문(한양대학교대학원 1998.12), 2·216면.

17) 우창수, 교원노조의 전망과 과제, 「노동법률 제104호」(중앙경제사 2000.1), 99면.

야만 합헌이 될 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 일반 사업장의 경우 임금 기타 근로조건이 사업장별로 결정되고 있어 사업장별 노동조합의 설립이 일반적인 형태라고 할 수 있지만, (국·공립학교) 교원의 경우에는 임금·근무조건 등이 전국 단위에서 획일적으로 결정되며 임용권도 시·도 교육감이 갖고 있는 등 교원의 특수성을 고려한 것이라고 하겠다. 다만, 사립학교의 경우에는 개별 학교법인이 교원의 임용권을 갖고 있으나 현행 교육법제는 공적인 제도보장으로서의 교육을 담당하는 교원을 그 소속을 묻지 아니하고 일반국민에 대한 봉사자로 보고 있고, 교육의 전문성과 관련하여 공·사립학교 교원을 가리지 아니하고 동등한 처우를 하도록 규율하고 있어 국가가 교원임금에 대하여 재정지원을 함으로써 공·사립이 모두 보수수준을 비슷한 수준에서 유지하고 있는바, 학교 단위에서 교원노조를 허용할 경우에는 교원노조의 활동으로 인하여 학생들의 학습권이 침해될 우려가 있기 때문에, 학교단위별 교원노조의 설립을 금지한 것이 위헌이라고 할 수는 없다고 할 것이다.<sup>18)</sup>

## (2) 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권

청구인들은, 이 사건 법률조항은 청구인들의 존엄성 및 행복추구권(헌법 제10조), 평등권(헌법 제11조), 영업의 자유(헌법 제15조), 결사의 자유(헌법 제21조)를 침해하고, 헌법상의 경제질서(헌법 제119조)에 반한다고 주장한다.

(가) 청구인들은 학교법인이다. 법인격이 있는 사법상의 사단이나 재단이 성질상 기본권주체가 될 수 있는 범위에서 청구인능력을 가진다는 점은 명백하다. 헌법재판소는 “우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원 심판을 청구할 수 있다.”고 하였다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3,

18) 우창수, 교원노조법상 교원노조의 노동3권 보장범위, 「노동법률 제101호」(중앙경제사 1999.10), 67면 참조.



289, 295). 그런데 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리는 그 성질상 자연인에게 인정되는 기본권이라고 할 것이어서, 법인인 청구인들에게는 적용되지 않는다고 할 것이다.

(나) 법인은 직업수행의 자유, 즉 영업의 자유의 주체가 될 수 있다(헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199, 206). 그러나 직업수행의 자유로 문제되는 것은 변호사의 개업지제한(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329), 한약업사의 영업지제한(헌재 1991. 9. 16. 89헌마231, 판례집 3, 542)과 같이 직업활동의 내용에 관한 제약이라 할 것인데, 이 사건에서 문제되는 것은 법인조직 내에서의 근로자와의 관계에 해당하는 것이고 이것이 직업활동과 관련을 가진다고 보기는 어렵다. 즉, 직업수행의 자유 또는 영업의 자유의 보호범위에 근로자와의 근로조건 형성이 포섭된다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(다) 헌법 제21조가 규정하는 결사의 자유라 함은 ‘다수의 자연인 또는 법인이 공동의 목적을 위하여 단체를 결성할 수 있는 자유’를 말하는 것으로 적극적으로는 ①단체결성의 자유, ②단체존속의 자유, ③단체활동의 자유, ④결사에의 가입·잔류의 자유를, 소극적으로는 ①기존의 단체로부터 탈퇴할 자유와 ②결사에 가입하지 아니할 자유를 내용으로 한다(헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379). 그러므로 이 사건 법률조항으로 말미암아 교원노조와의 단체교섭을 위하여는 전국단위 또는 시·도 단위의 교섭단의 구성원으로 사실상 강제로 참여해야 하는 것이므로 이 사건 법률조항은 청구인들의 ‘소극적 의미’의 결사의 자유를 제한하고 있다.

(라) 개별 학교법인이 그 자체로 교원노조의 상대방이 되어 단체교섭에 나서지 못하고 전국단위 또는 시·도 단위의 교섭단의 구성원으로서만 단체교섭에 참여할 수 있도록 한 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 심사함에 있어서, 헌법 제119조 소정의 경제질서는 독자적인 위헌심사의 기준이 된다기보다는 결사의 자유에 대한 법치국가적 위헌심사기준, 즉 과잉금지원칙 내지는 비례의 원칙에 흡수되는 것(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 428 참조)이라고 할 것이다.<sup>19)</sup>

19) 이에 대한 자세한 논의는 한수웅, 국가경제정책의 헌법적 근거와 한계, 「헌법논총 제16집」(헌법재판소 2005), 631면 이하 참조.

(마) 요컨대 이 사건의 심사기준으로서, 첫째 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들과 같은 학교법인의 결사의 자유를 침해하는지 여부와, 둘째 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 학교법인의 평등권을 침해하는지 여부라고 할 것이다.

### (3) 결사의 자유의 침해 여부

#### (가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

교원노조법 제4조 제1항은 “교원은 시·도 단위 또는 전국단위에 한하여 노동조합을 설립할 수 있다.”고 규정하고, 이에 따라 제6조 제1항 전문(前文)은 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원의 임금·근무조건·후생복지 등 경제적·사회적 지위향상에 관한 사항에 대하여 “교육인적자원부장관, 시·도 교육감” 또는 “사립학교를 설립·경영하는 자”와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다고 규정하고 있다. 이는 국·공립학교의 경우 교원의 임금, 근로조건 등이 법령과 예산에 의해 결정되고 있고, 임용권은 시·도 교육감이 갖고 있는 등의 특수성을 고려하고, 또한 교원노조가 개별 학교의 운영에 관여함으로써 학습환경을 저해할 우려가 있고,<sup>20)</sup> 나아가 초·중등교육법(제31조)에 의하여 개별 학교에 설치된 학교운영위원회의 기능과의 갈등관계를 형성할 소지가 있다는 점<sup>21)</sup> 등을 고려한 것으로 판단된다. 이와 같은 구조에 따라 이 사건 법률조항에 의하여 사립학교의 경우에도 전국 또는 시·도 단위로 연합하여, 즉 교섭단을 구성하여 교원노조의 단체교섭에 응하도록 규정하고 있다.

이는 현행 교육관계법상 교원의 지위에 관련된 규정들을 종합하여 보면, 사립학교법상 사립학교 교원에 대하여 교육공무원과는 그 임용권자가 서로 다르기 때문에 임용절차에 관한 규정만을 달리할 뿐, 그 밖에 현행 교육법제는 공적인 제도보장으로서의 교육을 담당하는 교원을 그 소속을 묻지 아니하고 일반국민에 대한 봉사자로 보고 있고, 교육의 전문성과 관련하여 공·사립학교 교원을 가리지 아니하고 동등한 처우를 하도록 규율하고 있

20) 국회환경노동위원회, 「교원노조법안 검토보고서」(1998.12); 박재윤 외, 전거서(2004), 8-9면.

21) 교육인적자원부, 「교직원체와의 단체교섭·협의 자료집」(2003.12), 33면.

음을 알 수 있다. 이는 특히 중등 교육과정에서 사립학교가 차지하는 비중이 공립학교를 상회하고 있는 우리나라의 현실을 감안한 것이라고 할 수도 있겠으나, 그에 앞서 그 소속관계를 초월한 교원의 지위의 특수성과 그 직무의 중요성 및 전문성에 따른 교육제도의 구조적 특성에서 유래하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 410-411 참조).

또한 교육의 자주성 및 전문성과 지방교육의 특수성을 살리기 위하여 지방자치단체의 교육·과학·기술·체육 기타 학예에 관한 사무를 관장하는 기관의 설치와 그 조직 및 운영 등에 관한 사항을 규정함으로써 지방교육의 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 지방교육자치에 관한 법률에 의하면, 지방자치단체의 교육·과학·기술·체육 기타 학예에 관한 사무는 특별시·광역시 및 도의 사무로 한다(제1조·제2조)고 규정함으로써 지방교육 자치는 광역자체단체까지 인정하고 있다.

뿐만 아니라 사립학교의 경우에도 정부가 재정의 상당 부분을 지원하고 있고, 개별 사립학교 차원에서 임의적으로 단체교섭을 통해 보수나 기타 근무조건 등을 결정할 수는 없는 현실적인 상황도 고려하여야 한다.<sup>22)</sup>

따라서 개별 학교에서의 교원노조를 인정하지 않은 것과 대응하여 개별 학교법인 자체도 단체교섭의 상대방이 될 수 없도록 함으로써 교원노조로 하여금 개별 학교의 운영에 관여하지 못하도록 한 것은, 첫째 교원의 근로조건이 각 학교법인별로 크게 다르지 아니한 점, 둘째 교원의 지위를 통일적으로 보장할 필요가 있는 점, 셋째 교원의 노사관계가 일반 노사관계와는 다른 특수성을 지니는 점 등을 모두 고려하여 개별 학교차원의 교섭으로 인한 혼란을 방지하고자 하는 것이라고 할 것이므로,<sup>23)</sup> 그 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성을 인정할 수 있다.

#### (나) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

교원노조법 제4조 제1항의 규정에 의하면, 교원노조는 전국단위 또는 시·도 단위에 한하여 설립할 수 있다. 그러므로 만일 학교법인의 개별적 교섭을 허용한다면 개별 학교법인은 시·도 단위 또는 전국단위의 교원노

22) 교육인적자원부, 전계자료집(2003.12), 35면 참조.

23) 노동부장관의 「의견서」, 2006. 3. 2.자, 4면 참조.

조와 단체교섭을 하여야 하는바, 이 경우 사용자측과 노조측의 교섭력 불균형이 예견되므로 이 사건 법률조항이 개별 학교법인은 연합하여 교원노조와 단체교섭을 하도록 규정한 것은 이러한 교섭력 불균형을 고려하여 학교법인을 보호하고자 하는 측면이 있다.

또한 개별 학교법인에게 단체교섭의 상대방이 될 수 있도록 한다면 전국 단위 또는 시·도 단위 교원노조가 모든 개별 학교법인과 단체교섭을 해야 하는바, 앞서서도 본 바와 같이 교원의 근로조건이 각 학교법인별로 크게 다르지 아니한 점과 교원의 지위를 통일적으로 보장할 필요가 있는 점을 고려하면, 개별 학교법인에게 단체교섭의 상대방이 될 수 있도록 하는 것은 불필요한 인적·물적 낭비요인이 될 뿐만 아니라 개별 학교법인마다 단체교섭의 내용이 다르다면 각 학교 사이에서 적지 않은 혼란이 야기될 수도 있다.

나아가 개별 학교법인들이 연합하여 단체교섭을 할 경우 연합체를 구성하는 과정에서 얼마든지 개별 학교법인의 이해관계를 반영할 장치를 마련할 수 있을 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 결사의 자유에 대한 필요한 제한이라고 할 수 있으므로 침해의 최소성 요건도 충족한다고 할 것이다.

그리고 이 사건 법률조항이 추구하고자 하는 공익은 개별 학교법인이 단체협약의 상대방이 되지 못함으로 인하여 발생할 수 있는 결사의 자유의 제한보다 크다고 할 것이므로, 법익의 균형성도 충족한다고 할 것이다.

#### (4) 평등권의 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항이 사립학교를 설립·경영하는 학교법인인 청구인들을 다른 일반 사용자들이나 경영자들에 비하여 합리적 이유없이 차별하고 있다고 주장한다. 그러나 학교는 일반사업장에 비하여 그 근로관계가 특수하고 법적 규율이 특수하다는 점에서 서로 다르다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 412-414 참조).

##### (가) 근로관계의 특수성

교원이 근로관계 법령에서 정한 근로자임에는 틀림이 없다고 하더라도 교원의 근로관계는 각 사업 또는 사업장에서 사용자에게 고용되어 직접 근로

를 제공하고 그로부터 임금 등의 반대급부를 받는 일반근로자의 근로관계와는 다음에 보는 바와 같은 본질적인 구조상의 차이가 있으므로 출발에 있어서 일반 사기업체에 종사하는 근로자를 대상으로 하여 발전된 근로관계법의 원리를 그대로 적용하기 어렵다.

첫째, 교원이 제공하는 근로의 내용은 그 소속학교의 공·사립 여부를 가리지 아니하고 직접 원아·학생에게 지식·덕성 및 체력의 함양과 향상을 통하여 그가 속한 시대와 사회의 건전한 인격체로서 독립·발전할 수 있도록 가르치고 보살피는 숭고한 직책의 수행을 본질적인 요소로 하고 있다는 점에서, 일반 노동행위와는 달리 윤리성·자주성·중립성·공공성 및 전문성이 특히 강조된다. 따라서 이를 담당하는 교원은 통상의 일반 근로자와는 다른 기능과 역할을 수행한다.

둘째, 교원이 제공하는 근로의 중심적인 수혜자는 헌법상 기본권으로 보장된 교육을 받을 권리를 가진 학생이며, 교육대상자가 가지는 교육을 받을 권리가 존중되어야 한다. 특히 의무교육비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것이나 궁극에는 조세 등을 통하여 국민의 부담이 되고, 의무교육 이외의 교육비용도 통상 교육을 받는 학생의 학부모가 상당부분을 부담하게 된다. 이러한 점들 때문에 교원들이 근로기본권을 행사하는 상대방인 사용자는 형식적으로는 사립학교의 설립·경영자이지만 실질적으로는 모든 국민이 된다.

셋째, 일반기업에서는 그 생산·제공하는 상품이나 용역의 수급은 물론 근로자의 수급도 경기의 변동이나 시장경제의 원리에 따라 탄력적으로 조절될 수 있다. 그러나 교원이 제공하는 근로는 성질상 시장경제의 원리가 적용될 수 없는 직무의 수행을 그 내용으로 하고 있고, 교원의 신분에 대하여는 강력한 법적 보장이 뒷받침되고 있기 때문에 그 인력의 배분은 비탄력적이다.

#### (나) 법적 규율의 특수성

그러므로 교원의 근로관계를 법적으로 규율함에 있어서는 위에서 본 이러한 교육제도의 독특한 구조를 배려하지 않을 수 없다. 다시 말하면, 공·사립을 가리지 아니하고 교원의 근로관계에서는 “근로자 대 사용자”라고 하는 이원적 대립구조를 전제로 상호간 갈등과 타협을 통하여, 또한 시장

경제의 원리에 따른 수급균형과 통제아래 형성·발전되어 온 전통적인 일반 근로관계법을 그대로 적용하기에는 적합하지 아니하므로 변형·수용될 수밖에 없는 것이다.

(다) 따라서 일반 사용자들이나 경영자들과는 달리 개별 학교법인에게 교원노동조합의 단체교섭의 상대방이 될 수 없도록 한 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 학교법인인 청구인들의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

### 나. 위헌의견

교원노동조합은 그 조합원의 임금·근무조건·후생복지 또는 경제적·사회적 지위 향상에 관한 사항에 대하여 학교를 설립·경영하는 자와 교섭하고 단체협약을 체결하는 것을 목적으로 한다. 공립학교는 광역자치단체가 교육감의 인가를 받아 설립되므로 그 교원의 근무조건도 시·도 단위로 동일하게 정해질 것이다. 따라서 공립학교 교원노동조합은 시·도 단위로 설립하고 시·도 단위로 근무조건을 교섭하도록 규정하고 학교 단위로 설립·활동하지 못하게 제한하여도 무방하다고 볼 여지가 있다.

그러나 사립학교는 각 학교법인이 독자적으로 설립하고 자주적으로 운영하는 것이므로 사립학교 교원의 근무조건은 각 사립학교를 설립한 학교법인마다 달라질 수 있고, 근무조건을 향상을 위하여 교섭하고 단체협약 체결할 사항과 내용도 달라지게 마련이다. 그리고 학교법인의 자주성과 자율성이 기본권으로 보호되는 이상<sup>24)</sup> 학교법인 별로 근무조건에 차이가 생기는 것을 인정하고 존중하여야 한다. 따라서 사립학교의 교원노동조합은 각 사립학교를 설치한 학교법인마다 설치하고 활동하도록 하여야 한다. 노동조합은 근로자들이 근로조건을 교섭·개선할 목적으로 조직하는 단체이

24) 교육은 다양한 인격의 개발과 발전을 목표로 하는 것이므로 교육의 다양성은 교육의 본질에 속하는 사항이고, 사립학교의 자주성·자율성은 교육의 다양성을 위하여 필수적인 요소이다. 사립학교 설립의 자유와 학교법인의 자율성은 헌법 제31조에 따라 국민의 학습권을 구체적으로 실현하고 교육의 자주성과 전문성, 대학의 자율성을 보장하기 위하여 인정되는 기본권이다. 헌법 제31조 제6항이 학교교육을 포함한 교육제도의 내용 형성을 입법권에 위임하였다고 하더라도, 교육제도에 관한 법률은 국민의 기본권인 학습권을 충실하게 보장하기 위한 것이어야 하고 기본권인 사학의 자유를 본질적으로 침해하여서는 아니 된다.

므로 사용자·근로자와 근로조건이 실재하는 현장에서 존재하고 활동하는 것이 바람직하다.

사립학교법은 사립학교도 공교육을 담당하게 하고 공립학교와 동등한 학력을 인정하면서 국가나 지방자치단체가 지원할 수 있도록 규정하고, 사립학교 교원의 신분을 공립학교 교원과 마찬가지로 국가공무원에 준하여 보장하면서 복무에 관하여 공립학교 교원에 관한 규정을 준용하고 있지만, 이는 사립학교에서 공교육을 받고 있는 학생의 학습권을 충실하게 보장하기 위한 것이지, 사립학교를 공영화하거나 공립학교와 동일하게 획일화하려는 것이 아니므로, 이러한 사유들을 내세워 사립학교 교원의 근무조건이나 노동조합에 관하여 사립학교와 학교법인의 자주성과 자율성을 무시하고 공립학교 교원의 경우와 동일하게 취급하여도 좋다고 할 수는 없다.

이 사건 법률 제6조 제1항 후문이 “사립학교의 경우에는 사립학교를 설립·경영하는 자가 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 교섭에 응하여야 한다”고 규정한 것은 사립학교를 설립한 학교법인과 그 교원의 자주적인 교섭권을 부정하는 것이고, 사립학교 별로 설립·경영자가 다르고 그에 따라 근무조건도 다르다는 점을 무시한 것으로서 합리성도 없다. 각 사립학교를 설립한 학교법인의 자주성과 자율성을 무시할 뿐만 아니라 학교법인과 그 교원이 각자의 근무조건에 맞추어 필요한 사항을 교섭할 수 있는 자유와 권리를 본질적으로 침해하는 것이다. 사립학교나 학교법인마다 교원 노동조합을 설립하게 할 경우에 교육현장의 교원노동조합 활동으로 인하여 학생들의 학습권이 침해될 우려가 있다고 하지만, 그것은 그러한 부작용 자체를 규제할 사유에 불과할 뿐이고, 부작용의 우려를 내세워 막바로 교원의 노동조합 결성권이나 단체교섭권을 부정할 수는 없다. 교원노동조합의 설립을 전국 또는 시·도 단위로 제한하였다고 하더라도 그것만 가지고는 단체교섭의 단위를 시·도 단위로 제한하는 외에 학교법인의 자주적인 교섭권까지 부정하는 이 사건 법률조항을 합리화시킬 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 사립학교를 설립한 학교법인의 자주성과 자율성을 무시하고 학교법인과 그 교원이 자주적으로 근무조건을 교섭할 자유와 권리를 본질적으로 침해하는 것이므로 헌법 제31조 제4항과 제33조 제1항에 위반된다고 선언하여야 한다.

#### 4. 결정의 의의 및 후속 경과

가. 이 사건 헌법소원 후 전교조 대전지부와 대전광역시 사립학교 법인들은 단체협약 체결을 위한 ‘예비교섭’으로서 2005년도 제1차 단체교섭관련 실무협의회를 2005. 7. 11. 개최하여 합의를 작성하였고, 7. 22.에는 제2차 단체교섭관련 실무협의회를 개최하여 역시 합의를 작성하였다. 한편 2006년도에는 4. 13. 제1차 단체교섭관련 실무협의회를 개최하여 합의를 작성하였는데 이때 당시의 교섭위원 중에서 5~7명의 교섭단을 구성할 것을 합의하였고, 4. 27.에는 제2차 단체교섭관련 실무협의회를 개최하여 역시 합의를 작성하였는데 이때 “대전광역시학교법인단체교섭연합회”라는 교섭단(교섭위원 5인)을 구성하였다.<sup>25)</sup> 이와 같이 전교조 대전지부는 전국에서 유일하게 대전광역시학교법인단체교섭연합회와 사립 단체교섭을 진행 중이며, 2006. 11. 30. 전교조 회의실에서 전국 최초로 본교섭(교섭위원회)을 개최한 데 이어 같은 해 12월 현재 제2차 교섭실무협의회가 진행 중이었다.<sup>26)</sup>

나. 그런데 이 사건 결정선고 후인 2007. 4. 26. 당해사건의 항소심인 서울고등법원(2004누17732)은 제1심 판결을 취소하고 중앙노동위원회가 2003. 12. 23. 청구인들과 전교조 사이의 부당노동행위구제 재심신청에 관하여 한 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였는데, 그 이유의 요지는 “교원노조법 제6조 제2항, 같은 법 제14조 제2항, 노동관계법 제29조 제2항의 규정에 의하면 일반 노동조합과는 달리 교원 노동조합의 경우에는 그 교섭권을 제3자에게 위임하는 것이 금지되어 있고 따라서 교원의 노동조합은 당해 조합 이외의 다른 교원 노동조합에게도 단체교섭권한을 위임할 수 없음이 명백하다. 또한 교원노조법 제6조 제3항에 의하면 조직대상을 같이하는 2 이상의 노동조합이 설립되어 있는 경우에는 노동조합은 교섭창구를 단일화하여야 한다고 되어 있고, 같은 법 시행령 제3조 제1항은 노동조합의 대표자는 같은 법 제6조 제1항의 규정에 따라 상대방과 단체교섭을 하고자 하는 때에는 교섭개시 예정일 30일 전까지 상대방에게 서면으로 통보하여야 하되,

25) 전교조대전지부 교섭국장(박종근)과의 전화통화(2006.11.3) 참조.

26) 전교조대전지부 홈페이지 자료 참조.



이 경우 조직대상을 같이하는 2 이상의 노동조합이 설립되어 있는 때에는 노동조합의 대표자는 연명으로 상대방에게 통보하여야 한다고 규정하고 있는바, 전교조와 한교조가 조직대상을 같이하는 노동조합인 점은 당사자들 사이에 다툼이 없으므로 전교조와 한교조가 청구인들과 단체교섭을 함에 있어서 각 대표자들은 서면 통보를 연명으로 해야 할 것이다. 그런데 증거자료와 변론 전체의 취지를 종합하면, 전교조가 동 대전지부를 통해 청구인들에게 단체교섭요구를 할 당시에 교섭당사자인 한교조는 한교조 위원장으로부터 권한을 위임받은 한교조 대전본부장을 통해 전교조 대전지부장에게 2002년 단체교섭권한과 단체협약체결권한을 위임하였고, 이에 따라 전교조 대전지부장은 한교조로부터 위임받은 취지만을 명시한 채 청구인들에게 단체교섭을 요구하는 통지를 단독 명의로 보낸 사실을 알 수 있는바, 위 인정사실에 의하면 전교조 대전지부장의 단체교섭요구는 교원노조법 제6조 제2항, 제3항, 제14조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 제1항을 위반한 것으로서 위법하다고 할 것이므로 위와 같은 위법한 교섭요구에 응하지 않은 청구인들의 행위를 부당노동행위라고 볼 수 없다.”는 것이다. 이 판결에 대하여 피고측이 상고를 제기하여 현재 대법원 2007두11542호로 계속중이다.

다. 살피건대, 당해사건에서 전교조 대전지부장의 청구인들에 대한 이 사건 단체교섭요구가 관계법령에 위배되어 위법한지 여부와는 관계없이, 이 사건 법률조항에 대한 헌법재판소의 합헌결정에 따라 청구인들을 포함한 사립학교의 설립·경영자들은 교원노조의 적법한 단체교섭요구에 대하여 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 교섭에 응하여야 할 것이다.



## 결정색인(2006년)

### 선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

2006. 2. 23. 2005헌가7, 2005헌마1163(병합)(18-1상, 58) .....	1
2006. 2. 23. 2005헌라6(18-1상, 82) .....	31
2006. 2. 23. 2004헌바100(18-1상, 223) .....	45
2006. 2. 23. 2004헌마675등(18-1상, 269) .....	65
2006. 2. 23. 2005헌마268(18-1상, 298) .....	99
2006. 2. 23. 2005헌마403(18-1상, 320) .....	121
2006. 4. 27. 2004헌가19(18-1상, 459) .....	143
2006. 4. 27. 2005헌가2(18-1상, 478) .....	173
2006. 4. 27. 2006헌가5(18-1상, 491) .....	197
2006. 4. 27. 2003헌바79(18-1하, 503) .....	217
2006. 4. 27. 2005헌마1047등(18-1상, 601) .....	241
2006. 4. 27. 2005헌마1119(판례집 18-1상, 631) .....	271
2006. 4. 27. 2005헌마1190(18-1상, 652) .....	295
2006. 5. 25. 2005헌가17, 2006헌바17(병합)(18-1하, 1) .....	317
2006. 5. 25. 2005헌바82(18-1하, 79) .....	347
2006. 5. 25. 2005헌바91(18-1하, 98) .....	373
2005. 5. 25. 2005헌마1095(18-1하, 159) .....	399
2006. 6. 29. 2005헌마165 · 314 · 555 · 807, 2006헌가3(병합)(18-1하, 337) .....	421

2006. 6. 29. 2005헌마1167(18-1하, 498) .....	477
2006. 7. 27. 2003헌바18(18-2, 32) .....	497
2006. 7. 27. 2004헌바68(18-2, 80) .....	525
2006. 7. 27. 2004헌마655(18-2, 242) .....	547
2006. 8. 31. 2003헌라1(18-2, 319) .....	565
2006. 11. 30. 2003헌가14·15(병합)(18-2, 403) .....	587
2006. 11. 30. 2005헌마739(18-2, 528) .....	613
2006. 12. 28. 2004헌바67(18-2, 565) .....	641

## 헌법재판소 결정해설집 (2006년)

---

2007年 11月 25日 印刷

2007年 11月 30日 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷 (주) 서라벌E&P

---

(非賣品)