

발 간 사

헌법재판소가 출범한 이래로 지난 20년간은, 모두 500여건이 넘는 법령에 대하여 위헌결정이 선고된 데서 알 수 있듯이, 우리 헌정사상 그 어느 때 보다도 활발하게 그리고 실질적으로 헌법재판이 이루어진 시기였다고 할 수 있습니다. 이제 헌법규범은 각종 입법활동이나 공권력의 행사에 있어서 실질적인 기준으로 기능함은 물론, 국민들의 생활 속에 살아 있는 국가 최고규범으로 자리 잡게 되었고, 헌법재판에 대한 국민들의 관심 또한 매우 높아졌습니다.

헌법재판소와 헌법재판에 대한 국민들의 관심이 높아지면 높아질수록 우리는 헌법재판에 대한 이해를 돕기 위하여 더 한층 노력하지 않으면 안됩니다. 헌법재판소가 내일의 주인공인 어린이들을 위하여 ‘알기 쉬운 헌법재판’ 만화를 발간하고, 공무원과 학생들을 대상으로 각종 교육활동을 강화하며, 매년 주요결정의 해설을 담은 결정해설집 등 각종 자료의 발간사업에 더욱 내실을 기하고자 힘쓰는 것도 바로 그러한 이유에서입니다.

올해로 여섯 번째인 이번 ‘주요결정해설집’에는 2007년도에 선고된 결정 중 민사집행법 제102조 제2항 위헌소원 등 모두 22건의 주요결정에 대한 해설이 담겨있습니다. 아무쪼록 이 해설집이 헌법재판소 결정에 대한 이해를 돕고, 나아가 학문적 연구에 있어서도 반드시 필요한 연구자료로 활용되기를 기대합니다.

끝으로, 이 책에 실린 해설은 어디까지나 집필을 담당한 헌법연구관의 개인적 견해를 밝혀두면서, 정성껏 원고를 작성하여 주신 집필자 여러분과 발간을 위해 애써 주신 발간위원 여러분에게 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2008. 12.

헌법재판소 사무처장 하 철 용

목 차

민사집행법 제102조 제1항 위헌소원	조혜수	1
공무원연금법 제64조 제1항 제1호 위헌소원	김우수	15
형법 제139조 위헌소원	우승아	51
공직선거법 제26조 제1항에 의한 [별표2] 위헌확인 등 · 김인숙		77
사법시험법시행령 제4조 제3항 등 위헌확인 등	정주백	107
조세범처벌법 제13조 제1호 위헌제청	임성희	135
공직자등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률 제3조 등 위헌확인	김하열	153
주민투표법 제5조 위헌확인	최희수	171
공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항 등 위헌확인	최희수	191
국회의원과 정부간의 권한쟁의	이은희	229
문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인	성왕	245
상고심절차에관한특례법 제4조 등 위헌확인 등	김태호	261
실화책임에 관한 법률 위헌제청	시봉관	289
산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인	김인숙	315
구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제18조 제5항 위헌소원	지성수	343
도시 및 주거환경정비법 제84조 위헌확인 등	김현영	363
보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청	정강찬	391

군형법 제53조 제1항 위헌제청	최창호	415
국토의 계획 및 이용에 관한 법률		
제96조 제2항 등 위헌소원	유미라	433
경고 및 관계자 경고 처분취소	이명웅	461
공직선거법 제23조 제1항 등 위헌확인	이명웅	487
의료법 제2조 등 위헌확인	김국현	507

민사집행법 제102조 제1항 위헌소원

- 남을 가망이 없는 경우 경매취소제도의 위헌 여부 -

(헌재 2007. 3. 29. 2004헌바93, 판례집 19-1, 199)

조 해 수*

【판시사항】

1. 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 받을 권리를 입법을 통하여 구체화하는 경우 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용되는지 여부
2. 부동산 강제집행절차에서 남을 가망이 없는 경우의 경매취소를 규정하고 있는 민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제2267호로 제정된 것) 제102조 제2항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 합리적인 입법재량의 범위를 일탈하여 헌법 제27조 제3항에서 보장하는 청구인의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하고 있는지 여부
3. 이 사건 법률조항이 청구인의 평등권, 재산권을 침해하고 있는지 여부

【심판대상】

이 사건 심판대상은 남을 가망이 없는 경우의 경매 취소를 규정하고 있는 민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제102조 제2항의 위헌 여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

민사집행법 제102조(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) ② 압류채권자가 제1항의 통지를 받은 날부터 1주 이내에 제1항의 부담과 비용을 변제하고 남을 만한 가격을 정하여 그 가격에 맞는 매수신고가 없을 때에는 자

* 헌법연구관보

기가 그 가격으로 매수하겠다고 신청하면서 충분한 보증을 제공하지 아니하면, 법원은 경매절차를 취소하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 청구의 ○○건설주식회사의 금전채권자로, 위 ○○건설이 위 채무를 임의로 변제하지 않자 부산지방법원에 채무자 소유의 부동산에 대하여 강제경매신청을 하였고, 2004. 4. 9. 위 법원은 부동산 강제경매개시결정을 한 후 경매절차를 진행하였다. 법원은 2004. 8. 3. 경매 대상 부동산 대한 최저매각가격 금 16,300,000원으로는 청구인의 채권에 우선하는 근저당권과 임대차보증금 등 부동산 위의 부담 5,304,293,280원과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정하여 청구인에게 남을 가망이 없을 경우의 경매 취소통지(민사집행법 제102조 제1항)를 하였고, 2004. 9. 16. 민사집행법 제102조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 위 강제경매개시결정을 취소하였다. 청구인은 2004. 9. 13. 위 경매절차에서 이 사건 법률조항에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 2004. 9. 18. 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 위헌제청신청기각결정의 이유와 관계기관의 의견

가. 위헌제청신청기각결정의 이유

민사집행법 제102조는 압류채권자가 집행에 의하여 변제를 받을 가망이 전혀 없는데도 불구하고 무익한 경매가 행해지는 것을 막고 또 우선채권자가 의사에 반한 시기에 투자의 회수를 강요당하는 것과 같은 부당한 결과를 방지하여 우선채권자나 압류채권자를 보호하기 위한 규정으로 이를 위헌으로 인정할만한 상당한 이유가 없다.

나. 법무부 장관의 의견

(1) 민사집행법 제102조는 민사집행법 제91조 제1항에서 규정된 잉여주의를 구체화하기 위한 규정으로, 경매목적 부동산에 존재하는 다수의 우선채권들로 인하여 후순위 압류채권자가 채권을 변제받을 가망이 없는 경우 후순

위 압류채권자에 의하여 개시되는 무익한 경매를 제한하고 선순위 채권자의 경매목적 부동산의 현금화시기에 관한 선택권을 보호하는 역할을 하고 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 압류채권자의 경매 신청권을 제한하고 있지 않고, 경매절차의 종료와 관련하여 경매개시결정 취소 결정에 대하여는 민사집행법 제102조 제3항에서 즉시항고권을 보장하고 있으므로 청구인의 재판청구권을 침해하고 있다고 보기 어렵다.

(3) 이 사건 법률조항들은 청구인의 채무자에 대한 채권의 실행방법 중 강제집행을 통한 실행방법을 일정한 조건아래 제한하고 있는바, 그 입법 목적은 무익한 집행을 금지하고 우선채권자의 현금화시기 선택권을 보호하기 위한 규정이므로 그 목적의 정당성이 인정되고, 우선채권총액에 상당하는 가액을 제시하는 매수신고자가 없는 때에는 경매를 신청한 압류채권자가 충분한 보증의 제공과 함께 매수신청을 할 수 있도록 하고, 이러한 요건을 구비하지 않았을 경우에 비로소 경매절차를 직권으로 취소하도록 한 것인바, 설사 경매절차가 취소되더라도 압류채권자의 채권 자체가 소멸하는 것은 아니라 할 것이므로 방법의 적절성과 피해의 최소성을 갖추었다. 또한 이 사건 심판대상 조항은 실체법상 우선적 지위를 가지는 선순위 채권자를 절차법상에서도 우선시키는 방법으로 우선시키고 있는바, 법익의 균형성을 충족하였다.

(4) 이 사건 심판대상 조항은 후순위 채권자가 경매를 실시하여도 자신에게 실질적인 이익이 전혀 없는 경우에만 실체법상으로도 우선변제권이 있는 선순위 채권자를 후순위채권자에 우선하여 경매절차의 진행을 제한하고 있으므로 후순위 채권자를 선순위채권자에 비하여 불합리하게 차별하고 있다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 헌법 제27조 제3항에 의하여 보장되는 신속한 재판을 받을 권리의 ‘신속’의 개념에는 분쟁해결의 시간적 단축과 아울러 효율적인 절차의 운영이라는 요소도 포함되며, 특히 부동산강제집행절차는 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 판결절차에 있어서보다 신속성의 요청은 더욱 강하게 요구된다(헌재 2005. 3. 31. 2003헌바92, 판례집 17-2, 396, 400). 또한, 신

속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마75, 판례집 11-2, 364, 371).

2. 이 사건 법률조항은 무익한 경매를 방지하여 부동산 강제경매절차를 효율적으로 운영하고, 우선채권자의 환가시기 선택권을 보장하여 다수의 이해관계자들의 권리를 효과적으로 보호하기 위하여 잉여주의를 구체화하고 있는 것으로, 경매신청채권자에게 보증을 제공하고 경매절차의 속행을 신청할 수 있는 기회를 부여하고 있으며, 민사집행법 제102조 제3항에서는 경매 취소결정에 대한 불복절차를 규정하고 있는바, 경매신청채권자의 신속한 재판을 받을 권리를 구체화함에 있어 입법부에 주어진 합리적 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 청구인의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하지 않는다.

3. 이 사건 법률조항은 부동산강제집행절차에서 부동산 위의 모든 부담과 절차 비용의 합과 최저매각가격을 비교하여 매각을 통해 일부라도 변제받을 수 있는 압류채권자와 자신의 채권액에 전혀 만족을 얻을 수 없는 압류채권자를 달리 취급하고 있으나, 이는 무익한 경매를 방지하여 경매절차의 실효성을 도모하고 우선채권자의 환가시기 선택권을 보장하기 위하여 불가피한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 차별이라고 할 수 없어 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

【해 설】

1. 남을 가망이 없는 경우의 경매취소제도의 입법 연혁 등

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁

이 사건 법률조항은 민사소송법이 1960. 4. 4. 법률 제247호로 제정된 이후, 2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 민사집행법에 의해서 강제집행절차에 관한 부분이 판결절차에 관한 부분에서 분리되어 독립적으로 규정되기까지 범명과 조문만을 달리한 채 내용의 동일성을 유지하여 왔다(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 민사집행법으로 분리되기 전에는 심판대상 조항과 같은 내용이 구 민사소송법 제616조 제1항 내지 제2항에 규정되어 있었다.).

나. 부동산 강제경매의 법정 매각조건과 잉여주의

부동산에 대한 강제경매는 채무자 소유의 부동산을 압류, 현금화하여 그 매각대금으로 채권자의 금전채권에 만족을 줄 목적으로 하는 집행절차로서, 그 성질은 사법적 매매로 보는 것이 일반적이다.¹⁾ 사인간의 매매에서는 당사자 사이의 계약과 이를 보충하는 민법의 규정들에 의하여 계약의 내용이 결정되나, 강제경매는 소유자의 의사와 관계없이 이루어지고 이해관계인도 많으므로 민사집행법은 매각조건을 획일적으로 정하고 있다.²⁾

매각목적물이 된 부동산 위에 담보물권이나 용익물권이 설정되어 있는 경우 부동산의 매각으로 인하여 그 제한물권이 소멸하도록 할 것인가에 관하여는 소제주의, 인수주의, 잉여주의의 세 가지 원칙이 있다. 우리 민사집행법은 우선변제권이 있는 담보물권에 관하여는 법정매각조건으로 소제주의를 취함과 동시에 잉여주의를 취하고 있다. 즉, 저당권과 가등기담보권은 매각으로 소멸하지만(민사집행법 제91조 제2항, 가등기담보등에관한법률 제15조), 압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부동산의 부담을 매수인에게 인수하게 하거나, 매각대금으로 그 부담을 변제하는 데 부족하지 아니하다는 것이 인정된 경우가 아니면 그 부동산을 매각하지 못한다(민사집행법 제91조 제1항). 잉여주의는 무익한 경매를 막아 경매절차의 실효성을 제고하고 매각 대상 부동산에 관하여 선순위의 권리를 가지는 채권자와 후순위 채권자와의 이해를 조정하는 원리로서, 경매 부동산의 매각대금으로 그 우선 부담과 경매비용을 변제하고도 남을 것이 있는 경우에 한하여 경매를 허용하고 압류채권자가 자기의 채권을 변제받을 가망이 없는 경매는 허용하지 않는다는 원칙이다.

다. 남을 가망이 없는 경우의 경매취소

이 사건 법률조항은 법정매각조건인 잉여주의를 구체화하고 있는 조항이다.³⁾ 위 조항은 압류채권자가 집행에 의하여 변제를 받을 가망이 전혀 없는

1) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21640 판결(공1991, 2709), 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다15574판결(공1992, 1836) 등 참조.

2) 사법연수원, 민사집행법 2005, 제143면.

3) 한국사법행정학회, 주석 민사집행법, 제327면.

이러한 조항이 적용되는 경우는 ① 매각절차의 시초부터 최저매각가격이 우선채권 총액에 미달하는 경우, ② 매각기일에 매수신고가 없어 새 매각에 있어서 최저매각

데도 불구하고 무익한 경매가 행해지는 것을 막고, 우선채권자가 그 의사에 반한 시기에 투자의 회수를 강요당하는 것과 같은 부당한 결과를 피하게 하기 위한 것으로서 우선채권자나 압류채권자를 보호하기 위한 규정으로 해석된다. 따라서 이에 대한 불복절차인 즉시항고를 할 수 있는 자도 압류채권자와 우선채권자에 한하고, 채무자와 소유자는 항고를 할 수 없다.⁴⁾

남을 가망이 없는 경우의 경매취소의 구체적인 절차는 다음과 같다. ① 집행법원은 최저매각가격을 정한 후 매각기일을 공고하기 전에 우선채권총액을 산정하여 최저매각가격으로 우선채권총액을 변제하고 남는 것이 없다고 인정되는 때에는 통지서의 송달로서 압류채권자에게 그 취지를 통지하여야 한다(민사집행법 제102조 제1항).⁵⁾ ② 압류채권자가 위 통지를 송달받은 날로부터 1주일 안에 최저매각가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하고 남을 것이 있다는 사실을 증명한 때에는 법원은 경매절차를 속행하여야 한다(민사집행규칙 제53조). ③ 그러나 이러한 증명에 실패하는 경우에는 압류채권자가 위 통지를 받은 날로부터 1주일 이내에 민사집행법 제102조 제1항의 비용과 부담을 모두 변제하고 남을 만한 가격을 정하여 그 가격에 맞는 매수신고가 없을 때에는 자기가 그 가격으로 매수하겠다고 신청하면서 충분한 보증을 제공하지 아니하면, 법원은 경매절차를 취소하여야 한다. 이 경우 매수 신청액은 모든 우선 채권액을 넘는 금액이어야 하며, 보증액은 매수 신청액에서 최저매각가격을 뺀 액수이다.⁶⁾ ④ 남을 가망이 없는 데에도 불구하고 경매절차를 진행하여 최고가매

가격을 저감한 결과 우선채권총액에 미달하는 경우, ③ 압류가 경합된 경우 먼저 개시 결정한 경매신청이 취하되거나 매각절차가 취소되어 뒤의 개시결정에 의하여 경매가 진행되는 경우에 뒤의 경매신청인에 대한 관계에 있어서의 우선채권 총액이 최저매각가격을 초과하는 경우, ④ 최저매각가격 결정시부터 매각결정기일 종료 시까지의 사이에 어떤 사유에 의해서든지 압류채권자의 채권에 대한 우선 채권의 총액이 최저매각가격을 상회하는 경우이다 (법원실무제요, 민사집행법Ⅱ, 169면).

- 4) 대법원 1986. 11. 29.자 87마861 결정(공1987, 1794).
- 5) 민사집행법 제102조 제1항에서 말하는 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산상의 모든 부담이라 함은 매각 부동산의 매각대금에서 압류채권자에 우선하여 변제받을 수 있는 채권으로서 당해 절차에서 밝혀진 것을 의미하는 것으로 선순위의 저당권, 전세권, 가등기담보권, 국세, 지방세, 산업재해보험료, 지방자치단체의 수수료 등 공과금, 임금채권 등 노무관계로 인한 채권 중 우선변제권이 인정되는 것, 임차보증금, 제3취득자의 비용상환청구권 등이 있다.
- 6) 사법연수원, 민사집행법 2005, 142면. 가령 1순위로 근저당(피담보채무 3000만원), 2순위로 전세권(전세보증금 2,000만원)이 설정되어 있는 부동산에 대하여 강제경매

수신고인을 호창하고 매각절차를 종결하였다고 하더라도 경매법원이 그 과오를 발견한 때에는 매각불허가 결정을 하여야 한다.⁷⁾ ⑤ 집행법원이 1주의 기간 경과를 이유로 경매절차를 취소하는 결정을 한 이후에도 압류채권자 이에 대하여 즉시항고를 제기할 수 있고(민사집행법 제102조 제3항), 즉시항고절차에서라도 매수신청과 보증을 제공하면 항고법원은 경매절차를 속행하게 하기 위하여 원결정을 취소하여야 한다.⁸⁾

라. 관련 입법례

일본 민사집행법 제63조(잉여가 생길 가능성이 없는 경우 등의 조치)

① 집행법원은 다음 각호의 어느 하나에 해당한다고 인정하는 때에는, 그 취지를 압류채권자(최초의 강제경매의 개시결정에 관계된 압류채권자를 말한다. 단, 제 4 7 조 제 6 항의 규정에 의하여 절차를 속행하는 취지의 재판이 있을 때에는, 그 재판을 받았던 압류채권자를 말한다. 이하 이 조에 있어 동일)에게 통지하여야 한다.

1. 압류채권자의 채권에 우선한 채권(이하 이 조에 있어 「우선채권」이라고 한다.)이 없는 경우에, 부동산의 매수가능가액이 집행비용 중 공익 비용(이하 「수속비용」이라고 한다.)의 예상액을 초과하지 않는 경우

2. 우선채권이 있는 경우에, 부동산의 매수가능가액이 수속비용 및 우선채권의 예상 합계액에 못 미치는 경우

② 압류채권자가 전항의 규정에 의한 통지를 받았던 날로부터 1주일 이내에, 우선채권이 없는 경우에 있어서는 수속비용의 예상액을 초과한 금액, 우선채권이 있는 경우에 있어서는 수속비용 및 우선채권의 예상액의 합계액 이상의 금액(이하 이 항에 있어 「신고액」이라고 한다.)을 정하고, 다음 각호에 언급한 구분에 따라 각각 해당 각호에 정한 신청 및 보증의 제공을 하지 않을 때는, 집행 법원은 압류채권자의 신청에 관계된 강제경매절차를 취

신청이 있고 교부청구를 해온 국세가 100만원, 절차비용이 200만원인 경우에 최저매각가격이 4,000만원에 불과하다면, 법원은 102조에 따라 압류채권자에게 통지를 하여야 하고, 압류채권자는 최소한 5,300만원(3,000만원+2,000만원+100만원+200만원)이상의 금액으로 매수신청을 하고, 보증으로는 1,300만원(매수신고액 5,300만원-최저매각가격 4,000만원) 이상을 제공하여야 경매절차가 속행된다.

7) 대법원 1995. 12. 1.자 95마1143 결정(공 1996상, 321).

8) 위 민사집행법 2005, 180면 참조.

소하지 아니하면 안된다. 단, 압류채권자가, 그 기간 내에 전항 각호의 어느 쪽에도 해당하지 않는다는 것을 증명한 경우 또는 동항 제2호에 해당한 경우이고 부동산의 매각 예상 가액이 수속비용의 예상액을 초과한 경우에 있어, 부동산의 매각에 관하여 우선채권을 갖는 자(매수 가능 가액으로 자기의 우선채권의 전부의 변제를 받을 수 있는 가능성이 있는 자를 제외한다.)의 동의를 얻은 것을 증명하였을 때에는, 이 범위에 해당되지 않다.

- 1. 압류채권자가 부동산의 매수인이 신고액에 의한 매수의 신청이 없는 경우 신고액에 의한 매수의 신청이 없는 경우, 스스로 신고한 액으로 부동산을 매수하겠다는 취지의 신청 및 신고액에 상당한 보증의 제공
- 2. 압류채권자가 부동산의 매수인이 매수신청의 금액이 신고액에 이르지 매수신청의 금액이 신고액에 이르지 않을 때에는, 신고액과 매수신청의 금액과의 차액을 부담하겠다는 취지의 신청 및 신고액과 매수가능가액과의 차액에 상당한 보증의 제공

③ 전항 제2호의 신청 및 보증의 제공이 있던 경우에 있어, 매수 가능가액 이상의 금액으로 매수를 신청한 경우, 집행법원은 압류채권자의 신고에 관계된 강제경매 절차를 취소하지 아니하면 안 된다.

④ 제2항의 보증의 제공은, 집행법원에 대하여 대법원규칙으로 정한 방법에 의하고 행하지 않으면 안 된다.(2004년 일부개정)

2. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 관련 기본권

이 사건 법률조항은 청구인의 실체적 채권의 존부에 대하여는 영향을 미치지 않으면서 환가 절차인 집행절차에서의 당사자의 절차종료에 관한 처분권을 다소 제약하고 있는 것에 불과한바, 대상 결정에서는 주로 재판청구권 침해 여부와 평등원칙 위반 여부를 검토하고 있다.

나. 기본권 충돌 여부

이 사건 법률조항은 매각 대상 부동산에 대한 환가권을 가진 복수의 채권자들의 재산권에 대한 효과적 권리보호청구권이 충돌하는 상황에서 실제적 우선변제권의 우열을 바탕으로 환가시기의 선택권을 부여하고자 하는 조정적 조항으로서 기본권 충돌로 이론 구성하여야 하는 것은 아닌지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 통상 기본권의 충돌이란 복수의 기본권주체가 서로 충돌하는 권익을 실현하기 위하여 국가에 대하여 각기 서로 대립되는 기본권을 주장하는 것으로 구체적인 사안에서 공권력이 한 사인(甲)의 기본권을 보호하려는 의도를 가지고 이와 대립하는 을(乙)의 기본권을 제한하는 경우를 의미한다.⁹⁾

검토 결과, 일반적으로 기본권 충돌이 문제되는 영역은 한 기본권 주체의 기본권의 보호영역이 다른 기본권 주체의 보호영역과 교차·중첩되어 한 기본권 주체의 기본권을 후퇴시키지 않고는 다른 기본권 주체의 기본권이 보호될 수 없는 경우인바, 이 사건 법률조항은 매각 부동산에 대하여 환가권을 가지는 채권자들의 실제적 기본권인 재산권을 효과적으로 보호하기 위한 입법재량의 행사에 있어서 법익형량을 통하여 실제법적 우열관계를 기준으로 우선순위를 정하고 있는 것으로, 채권자들의 절차적 기본권의 보호영역은 각자의 재산권적 기본권의 우열관계에 의하여 어느 정도 제약을 예정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 채권자들의 효과적 권리보호청구권이 직접 충돌되는 영역에서 이를 조정하기 위한 것이라기보다는, 입법을 통하여 위 기본권의 보호영역을 확정하는 조항이라고 할 수 있다. 따라서 이 사안은 직접적인 기본권 충돌 사안에 해당되는 것은 아니며, 재판청구권의 제한 문제로 이론 구성하는 것이 적절하다.¹⁰⁾

9) 이에 관한 자세한 이론적인 논의는 성경엽, '기본권충돌에 대한 헌법 이론적 접근', 공법학연구 장간호(1999), 제89면 이하, 장영수, '기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌', 고려대학교 법학연구원, 고려법학, 제105면 이하 참조. 구체적인 예로는 인공임신중절의 경우 모의 행복추구권과 태아의 생명권의 충돌, 명예를 훼손시키는 소설의 출판에 의하여 출판의 자유와 명예가 훼손된 자의 인간의 존엄이 충돌하는 경우 등이 있다.

10) 기본권 충돌로 볼 경우에는 실제적 조화의 이론에 따라 심판대상 법률이 양 기본권을 최대한 보장하고 있는지의 여부를 심사하게 된다. 기본권 충돌의 해결방법에 관하여는 다양한 견해들이 제시되고 있는바, 기본권충돌을 해결할 수 있는 명시적인 규정이 헌법에 없기 때문에 이를 해결하는 것은 자유로운 입법형성을 과제로

다. 재판청구권 침해 여부

(1) 쟁점

이 사건 심판대상조항은 압류채권자인 청구인의 경매 신청권을 직접적으로 제한하고 있지는 않으나 압류채권자가 적정한 가격에 보증을 제공하여 매수신청을 하지 않은 경우, 법원의 직권에 의하여 경매절차를 취소하도록 함으로써 사법적 청구권을 실현하는 강제집행절차에서의 채권자의 경매절차 종료에 관한 처분권을 제약하는 측면이 있다.

(2) 재판청구권 침해 여부

① 강제집행절차와 신속한 재판을 받을 권리

헌법재판소는 ‘헌법 제27조 제3항 전단은 신속한 재판을 받을 권리를 국민의 기본권으로 규정하고 있으므로 강제집행절차에서의 신속한 재판의 요청은 단순히 헌법 제27조 제1항이 정한 재판청구권의 제한의 원리에 그치는 것이 아니라 재판청구권과 관련되어 있으면서 독자적인 헌법적 가치를 갖는 것으로 파악되어야 한다’고 판시하고 있다.¹¹⁾ 또한, ‘신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법 절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다’고 한다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마75, 판례집 11-2, 364, 371).

② 헌법상 절차적 기본권의 성격과 심사기준

절차적 기본권은 기본권보장을 위한 기본권이며 청구권적 기본권의 성격

하는 입법자의 임무이고 헌법재판소는 입법자의 문제해결을 위한 구체적 범형성이 헌법적으로 허용되는지를 심사할 수 있을 뿐이라고 하는 입법의 자유영역이론, 기본권간에 서열을 규정한 다음 그 기본권에 의하여 보호되는 보호법익을 형량함으로써 보다 우위에 있는 것으로 판단되는 기본권을 우선시키려는 기본권의 서열이론, 구체적인 사례에 있어서 기본권의 효력의 우월을 판단하여 결정하여야 한다는 법익형량이론, 헌법의 통일성을 위하여 충돌하는 기본권 모두의 본질적 내용을 훼손하지 아니하면서 그 효력을 최적정화할 수 있도록 기본권들을 조화시켜야 한다는 실제적 조화의 이론 등이 있다(계회열, 헌법학(중), 2004, 박영사, 121). 이와 관련하여 우리 헌법재판소는 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이라고 하면서 실제적 조화의 이론을 심사기준으로 채택한 바 있다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 529.).

11) 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바92, 판례집17-2, 396.

을 지니므로 국민이 재판을 통하여 권리보호를 받기위해서는 그 전에 최소한 법원조직법에 의하여 법원이 설립되고 민사소송법 등 절차법에 의하여 재판관할이 확정되는 등의 구체적인 입법절차가 필요하고, 재판을 받을 권리의 보장은 입법자의 구체적인 형성을 전제로 한다. 그러나 입법자의 형성권은 무제한적인 것은 아니고 국민의 권리보호를 위한 최소한의 사법절차는 보장되어야 하는바, 헌법상의 재판을 받을 권리의 본질적 내용으로는 ‘법적 분쟁이 있는 경우 독립된 법원에 의하여 사실관계와 법률적 관계에 관하여 적어도 한 차례 법관에 의하여 심리·검토를 받을 수 있는 기회가 부여될 권리’가 인정된다(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 867; 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40, 판례집 14-2, 473, 481).

재판청구권 중 입법적 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 영역에 대하여 헌법재판소는 비례원칙에 의한 심사를 언급하면서도 최소 침해성이나 법익균형성 판단을 하지 않는 사실상의 합리성 통제를 하거나¹²⁾, 입법재량이 인정되는 영역에 있어서는 입법재량의 한계일탈 여부에 관하여 합리성 통제로 족하다는 명시적인 판단을 한 경우로 나누어져 있는바¹³⁾, 입법자의 형성의 자유가 폭 넓게 인정되는 경우에는 입법목적에 비추어 입법자가 선택한 수단이 합리적인가의 여부만을 심사하는 것이 타당할 것으로 보인다.

③ 검토

민사소송절차에서와 마찬가지로 민사집행절차에서도 당사자처분권주의는 기본원칙이라 할 것이지만, 부동산 집행과 관련하여 민사집행법은 다수의 이해관계자들의 권리를 효과적으로 보호를 위하여 잉여주의를 채택하고 있는 바, 두 원칙 모두 충분히 존중되어야 할 공익적 요칭이라고 보아야 하며, 구체적인 절차에서 당사자처분권주의와 잉여주의를 어떻게 조화시킬 것인가는 입법형성의 문제라고 할 수 있다. 이 사건 법률조항의 입법목적은 매각절차

12) 헌재 2005. 3. 31. 선고 2003헌바92, 판례집17-2, 396, 400; 헌재 1998. 9. 30. 선고. 98헌가7, 판례집 10-2, 484, 503.

13) 헌재 1996. 8. 29. 93헌바63등, 판례집8-2, 70- 71; 헌재 2004. 12. 16. 2003 헌바7 8· 61, 판례집 16-2, 472, 480.

특히 최근에 선고된 헌재 2006. 11. 30. 2003헌바66사건에서는 ‘재판청구권의 제한과 관련하여 보편 재판을 청구할 수 있는 기간을 정하는 것은 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라서 결정할 문제이고 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다.’ 라고 하여 합리성 통제로 족함을 명시적으로 판시하였다.

의 진행에 요구되는 집행비용을 확보하고, 잉여주의에 입각하여 압류채권자에 우선하는 채권자의 환가시기 선택권을 보장하고 무익한 매각을 방지하여 헌법 제27조 제3항의 신속한 재판을 보장하기 위한 것으로 정당하다.

이 사건 법률조항에서는 최저매각가격에서 집행비용과 우선채권자의 채권의 변제에 충당할 수 있는 금액을 공제하고 잉여가 있을 경우에 한하여 매각절차를 진행하도록 하고 있다. 이는 잉여가 없을 경우에 청구인의 주장대로 경매절차가 속행된다면 청구인과 같은 압류채권자는 아무런 변제를 받을 수 없고, 우선 채권자로서도 자신이 원치 않는 시기에 환가를 강요당하게 되고 매각 부동산의 가액에 따라서 매각대금에서 자신의 채권을 전부 변제받지 못할 수도 있는바, 결과적으로 모든 채권자가 효과적인 권리보호를 받지 못하게 되는 상황을 방지하기 위한 것이다.¹⁴⁾ 또한 이 사건 법률조항에서 경매신청채권자가 굳이 경매를 원한다면 충분한 보증을 제공하고 경매절차를 속행할 수 있도록 한 것은 잉여주의의 취지를 관철하고 무잉여의 개연성이 높을 경우에 우선채권자의 보호를 위하여 마련한 최소한의 조치이다.

또한 청구인이 신청한 경매가 취소된다고 하더라도 청구인이 보유하는 채권 자체가 소멸되는 것은 아니어서 청구인으로서의 채무자의 다른 재산에 대하여 경매를 신청하는 방법으로 다시 자신의 채권의 만족을 도모할 수 있고, 구체적인 절차에 있어서도 민사집행법 제102조 제1항에서는 법원으로 하여금 압류채권자에게 무잉여의 취지를 통지하도록 함으로써 압류채권자의 예견가능성을 보장하는 한편, 민사집행규칙 제53조에 의하면 압류채권자가 법원으로부터 민사집행법 제102조 제1항의 통지를 받은 날로부터 1주일 이내에 남을 가망이 있다는 것을 증명하면 경매절차를 속행할 수 있도록 하고 있어 압류채권자로서는 변제증서, 채권포기서 등 실질적인 자료를 토대로 사실관계를 증명할 수 있는 길을 열어 두고 있다. 또한, 민사집행법 제102조 제3항에서는 위와 같은 경매취소결정에 대하여 즉시항고제도를 마련하여 불복절차를 구비하고 있다. 결국 이 사건 법률조항은 청구인과 같은 압류채권

14) 매각대상 부동산에 압류채권자의 신청에 의한 경매개시결정 기입등기 전에 등기된 담보권자의 담보권은 매각으로 당연히 소멸하고(민사집행법 제91조 제2항, 제3항), 배당요구를 하지 않아도 당연히 순위에 따라 배당을 받을 수 있으나(민사집행법 제148조 제3호), 부동산의 시가가 변동하는 것을 감안한다면 환가시기에 따라서 매각가격이 달라질 수 있어 자신의 채권에 대한 완전한 만족을 받을 수 없는 위험이 있다.

자의 실체법적 채권의 강제적 만족절차를 구체화함에 있어서 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위를 일탈하였다고 볼 수 없으므로 청구인의 신속한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니한다.

다. 평등원칙의 위반 여부

(가) 차별취급의 존재 여부

헌법 제11조에 의거한 평등원칙 위반 여부의 심사는 첫째, 차별취급 여부를 확인하고, 둘째 이러한 차별취급이 헌법적으로 정당화 될 수 있는지의 여부를 심사하는 두 단계로 이루어지는바 먼저, 이 사건 법률조항이 본질적으로 동일한 것을 동일하지 않게 차별취급을 하고 있는지 확인하여야 한다.

청구인은 이 사건 법률조항이 청구인에 우선하는 선순위채권자와 후순위채권자인 청구인을 차별하고 있다고 주장하므로, 이 사건 법률조항에 의하여 서로 다른 취급을 받는 비교집단을 설정하여 볼 필요가 있다. 살피건대, 압류 대상 목적물 위에 자신보다 우선하는 부담이 존재하는 경우 압류채권자는 모두 민사집행법 제91조 잉여주의의 적용을 받아 이 사건 법률조항인 남은 가량이 없는 경우의 취소 규정의 적용을 받게 되므로 이 사건에서 차별취급이 존재하는 비교집단은 ① 자신의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 합한 것이 최저매각가격에 이르지 아니하여 부동산을 매각하면 일부라도 변제받을 수 있는 경우의 압류 채권자와, ② 절차비용과 자신의 채권에 우선하는 부동산위의 모든 부담을 합한 금액이 최저매각가격을 초과하여 부동산을 매각하더라도 자신의 채권액에 전혀 만족을 얻을 수 없는 압류 채권자 사이라고 할 수 있고.¹⁵⁾ 청구인의 주장과 같이 선순위채권

15) 예를 들어 채무자의 부동산에 1순위로 피담보채무 3000만원의 저당권이 설정되어 있고, 2순위로 1000만원의 저당권이 설정되어 있는 상태에서 (집행비용은 잠시 논외로 한다.) 채권액 1000만원을 가진 일반채권자가 경매신청을 하여 목적 부동산을 압류하였을 경우에 최저매각가격이 2000만원으로 결정되었다면 최저매각가격(2000만원)에서 압류 채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담을 공제하면(4000만원) 남은 것이 없으므로, 이에 상응하는 금액으로 매수신고가 없거나 압류채권자가 이를 넘는 금액을 보증으로 제공하지 아니하였을 경우에는 민사집행법 제102조 제2항의 취소 대상이 된다. 그러나 이 사례에서 2순위의 저당권자가 임의 경매를 신청한다고 하더라도 자신보다 선순위자인 저당권자의 피담보채무가 이미 최저매각가격을 초과하고 있으므로(3000만원 > 2000만원) 이에 상응하는 매수신고가 없거나 압류채권자가 이에 상당하는 보증액을 제공하지 아니하였을 경우 역시 민사집행법 제102조 제1항, 제2항에 의하여 경매가 취소된다(민사집행법 제286조, 제102조). 따라서 위 사례에서 제1순위 채권자는 언제나 담보부동산을 경매하여

자와 후순위채권자 사이에 차별이 존재하는 것은 아니라고 할 것이다.

(나) 차별취급의 정당성 여부

이 사건 법률조항은 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준(성별, 종교, 신분 등) 또는 차별을 금지하고 있는 영역(남녀평등에 관한 “근로” 내지 “고용”의 영역 등)에 해당하는 경우나 차별적 취급으로 인하여 기본권의 본질적 부분을 제한하는 경우가 아니므로 엄격한 비례심사의 기준을 적용할 필요는 없다.

이 사건 법률조항은 경매절차를 속행하여도 경매신청채권자의 채권의 만족에 충당할 잉여가 없는 무익한 경매를 방지하여 경매절차의 실효성을 도모하고, 우선 채권자들의 환가시기의 선택권을 보장하기 위하여 불가피하게 경매를 신청한 압류채권자의 환가를 제한하고 있는 조항으로서, 현저히 불합리하거나 자의적인 차별이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상 법률조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

【결정의 의의】

이 결정은 강제집행절차에서의 신속한 재판받을 권리의 실현을 위해서는 구체적인 입법형성이 필요하며, 다른 사법 절차적 기본권에 비하여 폭넓은 입법재량이 허용된다고 하는 98헌마75 결정의 연장선상에서 민사집행법 제102조 제3항의 입법재량 일탈 여부에 대하여 판단한 것이다.

환가할 수 있는데 반하여, 2순위 채권자나 일반채권자는 민사집행법 제102조 제2항에 의한 제한을 받게 된다.

공무원연금법 제64조 제1항 제1호 위헌소원

- 공무원연금법상 퇴직급여 제한과 재산권·평등권 침해의 문제 -
(헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211)

김 우 수*

【판시사항】

1. 공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 재산권을 침해하고 평등의 원칙에 위배되는지 여부(적극)
2. 재판관 1인이 ‘일부 단순위헌, 일부 헌법불합치’ 의견이고 재판관 5인이 ‘전부 헌법불합치’ 의견인 경우 ‘헌법불합치’ 주문을 낸 사례

【심판대상】

심판대상은 구 공무원연금법 제64조 제1항 제1호¹⁾(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후의 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음 및 별지 기재와 같다.

제64조(형벌 등에 의한 급여의 제한)

- ① 공무원 또는 공무원이었던 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는

* 강릉지원 부장판사, 전 헌법연구관

1) 청구인의 당해 사건에 적용되는 법률은 구 공무원연금법(2005. 5. 31. 법률 제7543호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항 제1호이지만 이 조항은 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정된 이후 현재까지 개정되지 아니한 채 조문의 형식과 내용에 있어서 그 동일성을 유지하고 있고, 다만 2005. 5. 31. 법률 제7543호 개정으로 제64조 제1항에 제3호가 추가되었을 뿐이다.

대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

1. 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때

【사건의 개요】

1. 사건의 진행과정

(1) 청구인은 1989. 12. 26. ○○시 지방행정서기보로 임용되어 ○○시청 보건소 지방행정주사보로 근무하던 중, 2002. 12. 3. 23:30경 혈중알콜농도 0.165%의 술에 취한 상태에서 승용차를 운전하다가 도로를 횡단하던 사람을 충격하여 사망에 이르게 하는 교통사고를 냈다. 청구인은 2003. 4. 16. 대전지방법원 홍성지원에서 교통사고처리특례법위반 및 도로교통법위반(음주운전)으로 징역 10월에 집행유예 2년을 선고받았고, 그 후 항소, 상고를 하였으나 2003. 10. 24. 대법원에서 청구인의 상고가 기각됨으로써 위 판결은 그대로 확정되었다.

(2) 청구인은 금고 이상의 형을 선고받아 판결이 확정되자 그 판결확정일인 2003. 10. 24.자로 지방공무원법 제61조, 제31조 제4호에 의해 당연퇴직하였다.

(3) 청구인은 2003. 12.경 공무원연금관리공단에 퇴직급여(퇴직연금일시금) 및 퇴직수당을 청구하였으나, 공무원연금관리공단은 2003. 12. 26. 공무원연금법 제64조 제1항 제1호 및 동법 시행령 제55조 제1항에 따라 청구인의 퇴직급여 및 퇴직수당을 합한 총 급여액 47,130,840원의 1/2에 해당하는 금액을 공제하고 남은 23,565,430원만을 지급하는 처분을 하였다.

(4) 이에 청구인은 위와 같이 퇴직급여 등이 감액된 것에 불복하여 서울행정법원에 공무원연금관리공단을 상대로 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하면서(2004구합4819), 공무원연금법 제64조 제1항 제1호가 청구인의 재산권을 침해하고 평등원칙에 위배되어 위헌이라는 취지의 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2004아304), 위 법원이 2005. 2. 17. 제청신청을 기각하자 2005. 4. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장 및 서울행정법원의 위헌제청신청기각이유, 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 공무원이 금고 이상의 형을 받은 때에는 ‘실형을 선고받았는지 아니면 형의 집행유예 판결을 받았는지’, ‘형이 선고된 범죄가 직무범죄인지 비(非)직무범죄인지’, ‘그 범죄가 고의범인지 과실범인지’를 구별하지 아니하고 일률적으로 공무원의 퇴직급여청구권을 제한하고 있다. 이는 이 사건 법률조항이 달성하려는 목적에 비추어 그 수단이 상당하지 아니하고 피해를 최소로 하는 것이라 할 수 없으므로 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 재산권 등을 침해한다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청기각결정이유의 요지

헌법재판소가 1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정 등에서 구 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항이 합헌이라고 판단한 바와 같이, 공무원연금법에 의한 퇴직급여의 법적 성격을 감안하더라도 이 사건 법률조항은 사유재산권을 보장한 헌법규정에 위반하여 퇴직급여청구권의 본질적인 내용을 침해하였거나 과잉금지원칙에 반하는 자의적인 것이라고 볼 수 없고, 또 불합리한 차별대우를 가함으로써 평등원칙에 반하는 위헌규정이라고 할 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견

공무원연금제도는 공무원의 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는데 목적이 있는 것으로서, 재직중의 질병 발생 또는 퇴직 후의 소득상실이라는 사회적 위험에 대비하는 사회보장적 측면과 인사행정적 측면에서 의의가 있다. 헌법과 국가공무원법에서 국민 전체의 봉사자로서 공무원의 성실의무, 청렴의무, 직무 내외를 불문한 품위유지의무를 규정하고 있는데, 이를 통해 공무원이 장기간 공직에 성실하게 봉사하고 퇴직하는 경우에만 이에 대한 보상의 의미로서 퇴직연금을 비롯한 각종 급여를 지급하는 것임을 알 수 있다.

이 사건 법률조항은 공무원으로서의 의무를 위반하여 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 자 등에 대하여는 국가부담분만큼의 급여를 지급하지 않음으로써 공무원범죄를 사전에 예방하고 공무원의 성실근무를 유도하여 공직사회의 질서를 유지하고자 하는 입법취지를 갖고 있다. 따라서 공무원은 국민으로부터 위임받은 공무를 장기간 성실히 수행한 때 비로소 이에 대한 보상으로서 퇴직급여 등을 지급함이 타당하고 금고 이상의 형을 받거나 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 자에 대하여는 퇴직급여 등의 일부를 제한하는 것이 필요하다.

공무원은 그 신분의 특수성으로 인해 범죄의 유형 및 내용, 과실범 여부를 불문하고 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형(또는 집행유예)의 선고를 받았다면 기본적으로 공무원으로서의 품위를 손상하는 것이고 공무원으로서의 의무를 다했다고 보기 어렵다. 또 범죄자에 대한 선고형량은 범죄의 종류, 고의나 과실 여부, 범행 동기 및 결과 등 양형조건을 두루 참작하여 결정되는 것이므로 동일한 선고형량은 동일한 비난가능성을 의미한다고 볼 수 있다. 나아가 제한되는 퇴직급여의 범위도 후불임금의 성격을 갖는 공무원 본인의 기여금과 그에 대한 이자의 합산액을 초과하는 부분에만 한정함으로써 퇴직급여 중 공로보상적·사회보장적 성격의 급여에만 제한을 가하는 것이므로 피해의 최소성 및 법익의 균형성원칙에도 반하지 않는다.

따라서 이 사건 법률조항에 의한 퇴직급여 등의 지급제한은 사유재산권을 보장한 헌법규정에 위반하여 퇴직급여청구권의 본질적인 내용을 침해하거나 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

라. 공무원연금관리공단이사장의 의견

행정자치부장관의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

가. 재판관 주선회, 김희옥, 김종대, 민형기, 목영준의 의견

공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 그리

고 특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과 발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다. 입법자로서는 입법목적을 달성함에 반드시 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소 침해성의 원칙에 따른 기본권제한의 적절한 방식이다. 단지 금고 이상의 형을 받았다는 이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 그 법률조항은 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다. 나아가 이 사건 법률조항은 퇴직급여에 있어서는 국민연금법상의 사업장 가입자에 비하여, 퇴직수당에 있어서는 근로기준법상의 근로자에 비하여 각각 차별대우를 하고 있는바, 이는 자의적인 차별에 해당한다.

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되나, 단순위헌선언으로 그 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있고, 또한 이미 급여를 감액당한 다른 퇴직공무원과의 형평성도 고려하여야 한다. 그러므로 입법자는 합헌적인 방향으로 법률을 개선하여야 하고 그 때까지 일정기간 동안은 위헌적인 법규정을 존속하게 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있으므로 헌법불합치결정을 하는 것이다.

나. 재판관 조대현의 의견

이 사건 법률조항이 “재직중의 사유”에 공무원의 신분이나 직무와 전혀 관련 없는 사유까지 포함시킨 부분은 공무원의 신분이나 공무와 전혀 관련 없는 사유로 금고 이상의 형을 받은 공무원 퇴직자와 그렇지 않은 공무원 퇴직자를 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항에 위반되고 그 부분을 구분하여 특정할 수 있으므로 그 부분에 대하여는 위헌을 선언하여야 한다. 그러나 “공무원의 신분이나 직무와 관련 있는 사유” 부분은 금고 이상 형벌의 유무만을 기준으로 삼아 퇴직급여와 퇴직수당을 동일한 비율로 필요적으로 삭감하도록 하여 퇴직급여 차별의 필요성·최소성의 원칙에 부합된다고 보기 어렵고 법에 위반되는 부분과 헌법에 합치되는 부분이 뒤섞여

있어 양자를 구분할 수 없으므로 그 전체에 대하여 헌법불합치를 선언하여야 한다.

2. 이 사건 법률조항에 대한 재판관 1인의 일부 단순위헌, 일부 헌법불합치 의견에 재판관 5인의 전부 헌법불합치 의견을 가산하면 위헌 정족수를 충족하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치를 선고한다.

재판관 이강국, 이공현, 이동흡의 반대이견

재산권의 내용과 한계를 처음으로 형성하는 입법의 경우에는 이미 형성되어 있는 기존의 재산권을 제한하는 입법의 경우와는 달리 입법자에게 광범위한 입법재량이 인정되므로, 그 입법이 합리적 이유가 있으며 입법재량의 범위를 벗어나지 않는 한, 재산권을 침해하지 않는다. 그런데 이 사건 법률조항은 공무원의 퇴직급여 등 수급권이 재산권으로 처음 형성될 당시보다 오히려 그 보호범위를 더 넓히고 있을 뿐 이를 제한하는 점이 없고, 합리적 이유가 있어 입법재량의 범위를 벗어나지 않았으며, 게다가 위 수급권이 가지는 사회보장적 성격에 비추어 볼 때 입법재량을 일탈하였을 소지는 더욱 줄어들는다. 뿐만 아니라 다수의견과 같이 기본권 ‘제한’에 요구되는 비례원칙을 엄격히 적용한다고 하더라도 이 사건 법률조항은 헌법에 위배되지 않는다. 비직무 범죄, 과실범이라고 하여 법률적 혹은 사회적 비난가능성이 적다고 할 수 없으므로, 이들 범죄로 인한 급여의 감액은 입법목적 달성에 적합한 수단이다. 또 공무원 범법행위에 대한 제재방법으로서 형벌에 의한 급여의 감액이 반드시 최후의 수단이 되어야 하는 것도 아니다. 그리고 하위법령에서 비직무 범죄나 과실범의 경우 급여감액의 범위를 조절하여 차등적으로 규율할 수 있는 여지가 있을 뿐만 아니라 형사재판에서 이를 참작함으로써 다수의견이 지적하는 급여감액상의 문제점을 보완할 수 있는 가능성이 있다. 한편, 공무원연금은 국민연금이나 법정퇴직금과 비교할 때 기본적인 차이가 있고, 이 사건 법률조항에 의한 급여의 감액은 공무원이 지는 의무의 준수를 유도하는 목적이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 공무원연금제도를 형성하면서 그 의무의 위반 여부를 급여 감액의 기준으로 삼은 것은 합리적 이유가 있는 것으로서 차별취급이 아니다.

재판관 김종대의 보충의견

공무원의 퇴직급여는 퇴직공무원이 최소한 인간다운 생활을 할 수 있도록 보장되어야 할 것이므로 오직 퇴직공무원의 인간다운 생활을 제한해도 될 만큼의 큰 정책적 제한 요인이 있을 때만 그 제한을 할 수 있도록 해야 한다.

【해설】

1. 이 사건 법률조항의 기본권제한 및 헌법재판소의 결정 선례

이 사건 법률조항은 공무원이 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 규정하고 있는바, 이는 공무원의 퇴직급여청구권 등 재산권을 직접 제한하고 있다.

헌법재판소는 이미 1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정에서 구 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정되기 전의 것) 제64조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있고, 또 1995. 7. 21. 선고 94헌바27,29(병합) 결정에서 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되기 전의 것,²⁾ 이하 위 두 법률을 ‘구법’이라 한다) 제64조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 바 있다.

그런데, 이 사건 법률조항은, 구법 제64조 제1항 전단의 “급여액”을 “퇴직급여 및 퇴직수당”으로 구분하고 그 규정의 형식만을 일부 변경하였을 뿐 위와 같이 합헌으로 선언된 구법의 법률조항과 실질적으로 동일한 내용을 규율하고 있다.³⁾

2) 즉 1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정된 것이다.

3) ◎ 구 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정되기 전의 것)

제64조 (형벌등에 의한 급여의 제한) ①공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받았거나, 공무원이 탄핵 또는 징계에 의하여 파면이 된 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 **급여액**의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

◎ 구 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정되고, 1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되기 전의 것)

제64조 (형벌등에 의한 급여의 제한) ①공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받았거나, 공무원이 탄핵 또는 징계에 의하여 파면이 된

2. 퇴직급여 및 퇴직수당의 법적 성격 및 그 변화 여부

가. 전통적 견해

(1) 공무원연금법에 의한 퇴직급여는 공무원의 퇴직에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위한 것으로서 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 후불임금으로서의 성격 및 공로보상 내지 은혜적 급여로서의 성격을 아울러 가진다. 퇴직급여의 재원은 공무원 자신의 기여금과 이와 동액의 국가 또는 지방자치단체의 부담금으로 형성되는 것이라는 점에서, 퇴직급여 중 공무원 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직중 근무의 대가로서 지급하였어야 할 임금의 후불로서의 성격이 강하고 그 나머지 부분은 재직중의 성실한 복무에 대한 공로보상 또는 사회보장적 급여로서의 성격이 강하다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 89, 90).

퇴직수당⁴⁾도 그 지급에 소요되는 비용을 국가 또는 지방자치단체가 전액 부담하고 있는데(법 제65조 제3항), 비록 후불임금의 성격이 강하기는 하지만 기본적으로는 공무원연금법상 다른 급여들과 마찬가지로 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격을 함께 가지고 있다

경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 **급여액**의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 **퇴직급여액**은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

◎ 이 사건 법률조항: 구 공무원연금법(1995. 12. 29. 법률 제5117호로 개정되고, 2005. 5. 31. 법률 제7543호로 개정되기 전의 것)

제64조 (형벌등에 의한 급여의 제한) ①공무원 또는 공무원이었던 자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급한다. 이 경우 퇴직급여액은 이미 납부한 기여금의 총액에 민법의 규정에 의한 이자를 가산한 금액 이하로 감액할 수 없다.

1. 재직중의 사유로 금고이상의 형을 받은 때
 2. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때
- 4) 퇴직수당은 국가나 지방자치단체가 그 비용의 전액을 부담하는 사용자 책임의 급여로서, 사회보험방식에 의하여 지급되는 기타의 퇴직급여와는 구별된다. 퇴직수당은 1985년에 신설된 퇴직급여가산금과 유족급여가산금이 폐지되고, 이를 대신하여 1991. 10. 1. 신설된 급여이다(최제식, 공무원연금법해설, 공무원연금관리공단, 258면).

◎ 구 공무원연금법(1991. 1. 14. 법률 제4334호) 第61條의2 (退職手當) ①公務員이 1年以上 在職하고 退職 또는 死亡한 때에는 退職手當을 支給한다.

②第1項의 退職手當의 금액은 在職期間 每 1년에 대하여 報酬月額에 大統領令이 정하는 比率을 곱한 금액으로 한다.

③退職手當 支給에 관하여는 第49條 및 第50條의 規定을 準用한다.

(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 참조).⁵⁾

참고로 근로기준법상 퇴직급여⁶⁾는 근로자가 근로관계를 맺고 있었다는 사실에 기초하여 근로관계가 끝난 후 후불적 임금으로서 근로자에게 지급되는 것으로서,⁷⁾ 근로기준법 제18조에서 말하는 임금에 해당한다.⁸⁾

5) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 9-10

『 가. 공무원연금제도의 성격 및 연금급여의 종류

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리후생에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(법 제1조), 위의 사유와 같은 사회적 위험이 발생한 때에 국가의 책임아래 보험기술을 통하여 공무원의 구제를 도모하는 사회보험제도의 일종이다.

또한 공무원연금제도는 연금제도 본래의 기능인 퇴직연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무원상 재해보상급여 기타 일반재해에 대한 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며, 아울러 전현직 공무원을 위한 다양한 후생복지 프로그램도 마련하고 있다. 즉, 공무원연금제도는 공무원이라는 특수직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이다. 공무원연금법상의 급여는 크게 단기급여와 장기급여로 나누어진다. 단기급여로는 공무원요양비·공무상요양일시금·재해보조금·사망조위금 등 4종이 있고(공무원연금법 제34조), 장기급여로는 퇴직급여 4종(퇴직연금·퇴직연금일시금·퇴직연금공제일시금·퇴직일시금), 장해급여 2종(장해연금·장해보상금), 유족급여 6종(유족연금·유족연금부가금·유족연금특별부가금·유족연금일시금·유족일시금·유족보상금) 및 퇴직수당 등 13종이 있다(공무원연금법 제42조).

이러한 공무원연금법상의 급여를 그 보호내용의 성격에 따라 구분해 보면, ① 퇴직이나 사망 등에 의한 소득상실시 그 소득을 보장해주는 소득보장적 성격의 퇴직급여와 유족급여 ② 민간의 법정퇴직금에 해당하는 근로보상적 성격의 퇴직수당 ③ 근로재해에 대해 보상을 해주는 재해보상적 성격의 공무원상요양비(공무상요양비·공무상요양일시금), 장해급여 및 유족보상금 ④ 일반재해에 대해 위로하는 차원에서 지급하는 부조적 성격의 재해보조금과 사망조위금 등으로 나누어진다.

이와 같이 공무원연금법상의 각종 급여는 퇴직수당과 같이 후불임금의 성격이 강한 것도 있고 그렇지 아니한 것도 있지만, 기본적으로는 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이다(헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866 ; 헌재 2000. 3. 30. 99헌바53 등 판례집 12-1, 344, 352)』

6) 근로기준법상 퇴직급여제도는 2005. 1. 27. 법률 제3779호로 제정된 「근로자퇴직급여보장법」에서 퇴직금제도와 퇴직연금제도로 세분화되었고(동법 제2조 제6호 참조), 사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다(동법 제4조 제1항 참조).

제8조 (퇴직금제도의 설정) ①퇴직금제도를 설정하고자 하는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직하는 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.

7) “사용자가 근로자에게 지급하는 퇴직금은 **근로자의 근로제공에 대한 미지급 임금이 축적된 것이 그 재원이 된 것으로서 본질적으로는 후불적 임금의 성질을 지닌 것**이라고 할 것이고 ... ” (대법원 1975. 7. 22. 선고 74다1840 판결, 1976. 9. 28.

나. 공직의 구조 및 사회인식의 변화와 사회국가의 대상으로서의 공직제도

(1) 그런데, 산업사회를 거쳐 정보화사회로 이행되어 가는 오늘날의 사회구조는 공직사회 및 민간기업조직에 많은 변화를 가져왔다. 즉, 민간기업사회에도 공직사회와 같은 대규모의 관리조직이 생겨나게 된 한편, 국가조직도 능률성, 효율성의 개념을 중시하면서 민간기업의 관리·경영기법이 도입되고, 그 인적 구성에 있어서도 전문적인 지식·경험·기술로 무장된 관료집단을 필요로 하여 공무원과 일반의 근로자 간, 공직과 사직 간의 유사성의 증대, 신분적 특성의 동질화를 가져왔고, 이러한 현상은 점점 더 심화되고 있다. 이와 같은 사회구조의 변화는 일반인의 공직에 대한 인식에도 변화를 가져오게 되었고, 사회구조의 변화에 따른 사회국가적 행정임무의 증대와 이에 따른 공무원 수의 대폭적인 증가현상은 자연히 공무원의 질과 사회적 지위에 영향을 미치게 되었다. 따라서 아직도 공무원은 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 지니는 것이고 공정한 공직수행을 위한 직무상의 높은 수준의 열결성은 여전히 강조되어야 마땅하나, 오늘날 공직의 구조 및 공직에 대한 인식의 변화에 따라, 적어도 급여에 관한 한, 공무원도 일반 직장인과 같은 하나의 직업인이라는 공통된 인식이 확산되었다.

(2) 다른 한편, 현대민주주의 국가에 이르러 사회국가원리에 입각한 공직제도의 중요성이 특히 강조됨에 따라 사회적 법치국가이념을 추구하는 자유민주국가에서 공직제도란 사회국가의 실현수단일 뿐 아니라, 그 자체가 사회국가의 대상이며 과제라는 점을 중요시하게 되었다. 이는 모든 공무원들에게 보호가치 있는 이익과 권리를 인정해 주고, 공무원에게 자유의 영역이 확대될 수 있도록 공직자의 직무의무를 가능한 선까지 완화하며, 공직자들의 직무환경을 최대한으로 개선해 주고, 공직수행에 상응하는 생활부양을 해 주고, 퇴직 후나 재난, 질병에 대처한 사회보장의 혜택을 마련하는 것 등을 그 내용으로 한다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219, 227-228

선고 75다1768 판결)

- 8) 근로기준법 第18條 (賃金の 定義) 이 법에서 “賃金”이라 함은 使用者가 勤勞의 對價으로 勤勞者에게 賃金, 俸給 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 金品을 말한다.

제34조 (퇴직급여제도) 사용자가 퇴직하는 근로자에게 지급하는 퇴직급여제도에 관하여는 근로자퇴직급여보장법이 정하는 바에 따른다.

참조).

다. 반대의견 : 공직사회 변화 등과 위헌심사의 관점

(1) 공무원도 일반 직장인과 같은 하나의 직업인으로서 보호를 받아야 마땅하나, 공직제도에 있어 공무원은 일반 직장인과는 달리 근본적으로 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 가지고 그러한 지위에 기하여 재직중 성실, 청렴, 친절하게 근무하여야 하고, 직무의 내외를 불문하고 그 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 되는 의무 등을 진다.

그런데, 이 사건 법률조항의 내용은 공무원의 퇴직급여 및 퇴직수당의 감액에 관한 것이고, 공무원의 퇴직급여 및 퇴직수당은 후불임금적 성격이나 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공무원이 재직중 국민에 대한 봉사자 지위에서 가지는 의무를 성실히 수행한 데 대한 공로보상적 급여로서의 성격도 함께 가지는 것이다(헌재 1995. 6. 29. 91헌마50; 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 89; 헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 헌재 2000. 3. 30. 99헌바53등, 판례집 12-1, 344, 352; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 등 참조). 따라서 공무원이 국민에 대한 봉사자 지위에서 가지는 의무를 성실히 수행하지 못한 경우에 그에 대한 퇴직급여 등을 감액하는 문제는 일반 직장인의 급여에 있어서는 찾아볼 수 없는 문제이다.

따라서 이 사건 법률조항의 내용을 먼저 살펴서 공무원의 퇴직급여 등의 법적 성격을 고려하는 과정을 거침이 없이 곧바로, 공무원의 ‘일반 직장인과의 유사성’의 관점을 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대한 판단의 전제로 삼는 것은 그 전제부터 잘못된 것이라고 볼 수 있다.

(2) 헌법재판소는 이미 2번에 걸쳐 재판관 전원의 일치된 의견에 따라 형벌에 의한 급여의 감액규정이 헌법에 위반되지 않음을 선언한 바 있다(헌재 1995. 6. 29. 91헌마50; 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82). 공무원의 퇴직급여 등은 사기업의 퇴직금이나 민간분야의 국민연금 등과는 목적과 성격, 기능, 보호의 대상과 범위 등에서 차이가 있고, 특히 형벌에 의한 급여의 감액은 공무원 자신의 기여금 부분은 제외하고 주로 국가나 지방자치단체의 부담금과 관련되는 부분에 한정된 문제이다.

특히, 헌법재판소가 불과 10여 년 전에 형벌에 의한 급여의 감액이 합헌이라고 선언한 이후 이를 달리 볼 정도로 공직제도 등에 현격한 변화가 있었다거나, 또는 공무원의 국민에 대한 봉사자로서의 지위와 그에 수반되는 공정한 공직수행을 위한 직무상의 높은 수준의 엄결성이 사직과의 구별을 무시하여도 될 만큼 완화되었다고 보기도 어렵다. 공무원연금법은 공적 연금제도의 특별한 형태로서, 1960. 1. 1. 제정된 이래 부분적으로 개정되기는 하였지만 공무원연금제도의 목적, 비용조달방식, 급여의 종류와 내용 등에 있어서 기본적 골격을 유지하면서 오늘에 이르고 있고, 특히 형벌에 의한 급여의 감액은 입법 이후 크게 달라진 바 없으며, 다른 법률에서도 유사하게 규정하고 있거나 이를 준용하고 있다(군인연금법 제33조 제1항, 사립학교교원연금법 제42조 참조).

가사 공직사회 등에 다소간의 변화가 있다 하더라도 이러한 변화에 맞추어 급여의 감액제도 등을 정비하는 것은 입법자인 국회의 임무와 역할이라고 할 것이지, 헌법재판소가 특정한 법률조항이 그러한 변화에 부응하지 않는다는 관점에서 접근하여 그 위헌 여부를 선언할 수 있는지는 의문이다.

3. 재산권 침해 여부⁹⁾

가. 재산권 제한과 과잉침해금지 원칙

(1) 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 규정하여 국민의 재산권을 보장하고 있고, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용

9) 구법 제64조 제1항이 공무원의 퇴직급여청구권을 제한하는 것임은 분명하나 공무원연금법에 의한 퇴직급여청구권은 공무원의 퇴직 또는 사망으로 인하여 비로소 발생하는 것이지 공무원임용시부터 발생하는 것이 아니므로 그 지급에 대하여 일정한 요건 하에 제한을 가한다고 하더라도 그것이 임용시부터 이미 발생되어 있었던 권리를 퇴직 혹은 사망의 시점에서 소급하여 제한하는 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 구법 제64조 제1항은 헌법 제13조 제2항에 규정된 소급입법에 의한 재산권 박탈금지의 원칙에 반하지 아니한다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 90). 참고로 청구인이 “소급입법에 의한 재산권 박탈”을 독립된 주장으로 하고 있는 것은 아니므로 보인다.

의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다.

따라서 법률에 의하여 국민의 기본권을 제한할 때에도 어디까지나 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한도 내에서 행하여져야 할 것이고, 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형을 모두 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다.

(2) 공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있으며, 공무원연금법상의 퇴직급여 등 급여수급권은 재산권의 성격을 갖고 있으므로,¹⁰⁾ 이 사건 법률조항에 의하여 재산권으로서의 급여수급권이 제한된다고 볼 수 있다.

나. 입법목적의 정당성 및 방법의 적정성

(1) 이 사건 법률조항이 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 선고받은 경우에 퇴직급여 등을 감액하는 것은, 공무원의 퇴직 후 그 재직중의 근무에 대한 보상을 함에 있어 공무원으로서의 직무상 의무(직무전념의무, 법령준수의무, 명령복종의무, 비밀엄수의무, 품위유지의무 등)를 다하지 못한 공무원과 성실히 근무한 공무원을 동일하게 취급하는 것은 오히려 불합리하다는 측면과 아울러 위와 같이 보상액에 차이를 둬으로써 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 효과를 고려한 것이라 할 수 있고, 위와 같은 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다고 보여진다(헌재 1995. 6. 29. 91헌마50 참조).

(2) 그러나 퇴직급여 등의 필요적 감액제도가 과연 모든 경우에 있어 그 입법 목적을 달성하기 위한 적절하고 효과적인 수단으로서 기능할지는 의문이다. 공무원의 직무상 의무나 공무원 신분과 관련된 범죄로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받은 자에 대하여 퇴직급여 등을 감액하는 것은 재직중

10) 공무원연금법상의 퇴직급여 등 급여수급권은 재산권의 성격을 갖고 있다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 13).

공무원으로서의 직무상 의무를 이행하도록 유도하는 입법목적의 달성에 상당한 수단이라고 할 수 있다.

그러나 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법 목적을 달성하는 데 적합한 수단이라고 볼 수 없다.¹¹⁾

특히 과실범의 경우에는 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과 발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다.

다. 침해의 최소성

(1) 입법자는 공익실현을 위하여 기본권을 제한하는 경우에도 입법 목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택하여야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556).

(2) 국민 전체에 대한 봉사자로서 성실복무의무가 있는 공무원이 범법행위를 했다면 공익실현을 위해 그에 대한 제재와 기본권의 제한은 피할 수 없다. 그러나 그 제재방법은 일차적으로 과면을 포함한 징계가 원칙이고, 더 나아가 그 행위가 범죄행위까지 이른 경우라면 형사처벌을 받게 하면 되고, 일정한 경우에는 공무원의 지위를 박탈하는 것으로써 그 공익 목적을 충분히 달성할 수 있다.¹²⁾ 그럼에도 불구하고 금고 이상의 죄를 지었다고 하여 위와 같은 제재에 덧붙여 퇴직과 동시에 생활안정을 위해 당연히 지급될 것으로 기대되는¹³⁾ 퇴직급여 등까지도 필요적으로 감액해야 한다면 거기에

11) 공무원연금법 제1조에서 ‘이 법은 공무원의 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써, 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여함을 목적으로 한다.’고만 규정되어 있다. 즉 공무원의 퇴직 후의 생활보장이라는 사회보장적인 목적이 주목적이고, 반면에 이를 통하여 직업공무원제도가 실현되게 하려는 목적을 갖게 하더라도 이는 부수적으로 기능하는 것에 불과하다.

12) 그 밖에 국가에 손해를 끼친 경우에는 국가배상법상 구상제도나 민법상 손해배상 청구 등에 의하여 그 손해를 회복함으로써 간접적, 부수적으로 그 목적을 달성할 수도 있다.

는 다른 수단으로는 입법목적을 달성할 수 없다는 특별한 사정이 있어야 할 것이다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 공무원이 재직중에 그 직무상의 의무를 준수하고 공무원범죄를 예방하며 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 것이므로, 입법자로서는 유죄판결의 확정에 따른 퇴직급여 및 퇴직수당의 감액사유로서 금고 이상의 형의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정할 것이 아니라, 위와 같은 입법목적을 달성함에 반드시 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정함이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권제한의 적절한 방식이다.

예컨대 독일의 경우 국가에서 공무원연금의 비용을 전액 부담하고 있으면서도 연금지급제한 사유인 재직중의 범죄에서 과실범을 제외하고 있다.¹⁴⁾

라. 법익균형성

(1) 공무원이 국민에 대한 봉사자로서의 지위를 지니는 것이고 공정한 공직수행을 위한 직무상의 높은 수준의 엄결성이 여전히 강조됨으로 인해 퇴직급여 등의 제한을 통해 달성코자 하는 공익도 적지는 않다. 그러나 공직의 구조 및 사회인식의 변화로 일반직장인과 공직자는 같은 직업인이라는 인식

13) 현재 공무원연금관리공단에서는 퇴직 예정일에 맞춰 예상퇴직급여의 구체적 금액을 알려주고 있다.

14) ◎ 독일 연방공무원법 제48조(공무원권리의 상실) ; 형사절차에서 고의범으로서 1년 이상의 자유형, 또는 반역죄, 민주적 법치국가에 대한 위해, 내란죄, 국가안보에 대한 위해의 고의범으로서 6개월 이상의 자유형의 선고를 받은 공무원은 판결의 확정과 함께 그의 공무원관계가 종료된다. [연방공무원법 제48조에 의한 “공무원권리의 상실”은 그 결과로서 연방공무원법 제49조(공무원권리상실의 결과)에 따라 법에 별도의 다른 규정이 없는 한 봉급과 연금을 청구할 권리의 상실을 가져온다]

◎ 공무원연금법 제59조(유죄판결로 인한 연금의 소멸) ; “공무원관계 종료 이전”에 범한 연방공무원법 제48조에 규정된 내용의 범죄로 인해 확정된 유죄판결을 받거나 또는 “공무원관계 종료 이후”에 범한 범죄로 인하여 2년 이상의 자유형이나, 반역죄, 민주적 법치국가에 대한 위해, 내란죄, 국가안보에 대한 위해로 6개월 이상의 자유형의 선고를 받고 형이 확정되면 퇴직공무원은 그의 퇴직공무원으로서의 권리를 상실한다.

◎ 연방징계법 제11조 (파면) ; 공무원 징계절차에서 징계조치로 파면을 당한 자는 봉급과 연금을 청구할 권리를 상실한다.

제12조 (연금의 삭감 및 박탈) ① 연금은 최고 1/5, 최장 5년까지 삭감할 수 있다.
② 연금의 박탈은 퇴직공무원이 만일 현직에 있다면 징계조치로서의 파면이 정당화될 수 있는 것을 전제로 한다.

이 보편화 되는 추세이고 특히 오늘날 급여에 관한 한, 공익과 사익의 질적 구분은 어려워졌다. 이러한 상황 속에서 단지 금고 이상의 형을 받았다는 이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 그 법률조항은 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 아니할 수 없다.

특히 이 사건 법률조항이 반국가적 범죄 여부, 직무관련 범죄 여부, 고의 또는 과실범 여부, 파렴치 범죄 여부 등을 묻지 아니하고 일률적으로 퇴직급여 등의 감액 사유로 규정하고 있어 이 중에는 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하고자 하는 공익에 기여하는 바는 미미함에도 불구하고 그 침해되는 사익은 중대한 경우가 포함될 수 있다.

(2) 나아가 이 사건 법률조항과 같이 금고 이상의 형을 선고받음으로 인하여 당연퇴직과 함께 퇴직급여 등의 감액사유로서 규정하는 것은 법원으로 하여금 형사범죄의 판단에 있어 불필요한 왜곡을 가져올 수 있다. 즉, 당연퇴직과 아울러 퇴직급여 등이 상당액 감액된다는 것은 경우에 따라 형법상의 형벌의 효과보다 크다고 할 수 있는 정도이기 때문에 피고인의 책임 정도에 따른 처벌을 하고자 하는 법원으로서의 당해 형사범죄에 대한 유·무죄 및 선택형의 결정, 양형 판단을 하면서, 벌금형을 선택해야 하는 압력으로 작용함으로써 자칫 형사판결이 왜곡되는 원인이 될 수 있다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 판례집 14-2, 228, 229 참조).

마. 소결론

결국, 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 선고받아 처벌받음으로써 기본적인 쫓값을 받은 공무원에게 다시 당연퇴직이란 공무원의 신분상실의 치명적인 법익박탈을 가하고, 더 나아가 다른 특별한 사정도 없이 범죄의 종류에 상관 않고, 직무상 저지른 범죄인지 여부와도 관계없이, 누적되어 온 퇴직급여 등을 누적 이후의 사정을 이유로 일률적·필요적으로 감액하는 것은 과도한 재산권의 제한으로서 심히 부당하며 공무원의 퇴직 후 노후생활보장이라는 공무원연금제도의 기본적인 입법목적에도 부합하지 않는다. 또 가사 이 사건 법률조항이 입법 목적 달성을 위하여 필요한 수단이라고 하더라도 당

해 공무원에게 지나치게 가혹한 불이익을 주는 것으로서 그로 인하여 달성되는 공익과 당해 공무원이 입는 불이익 사이에 현저한 불균형을 초래하여 법익의 최소침해성의 요건 및 법익균형성의 요건을 충족시키지 못한다.

바. 별개의견 (재판관 조대현)

(1) 이 사건 법률조항의 “재직중의 사유” 중 “공무원의 신분이나 직무와 관련 없는 사유” 부분은 헌법에 위반되고 “공무원의 신분이나 직무와 관련 있는 사유” 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.

(2) 공무원은 국가를 발전시키고 국민의 복리를 증진시키는 사명과 책임을 짊어진다. 이와 같은 공무원의 사명과 책임을 온전히 수행할 수 있도록 하기 위하여 헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성을 보장한다고 규정하고 있다. 공무원에 대한 퇴직급여는 재직기간 중의 급여와 마찬가지로 공무원의 신분 안정을 위한 비용이고, 국가의 발전과 국민의 복리증진을 실현하기 위한 인건비라고 할 수 있다.

공무원에 대한 퇴직급여제도는 공무원이 일정한 한도의 기여금을 납부하지만, 그 재원의 일부를 국가가 부담하고, 모든 공무원에게 가입·탈퇴의 절차 없이 당연히 적용되고, 공무원으로서 재직할 기간과 재직중의 보수액을 요소로 하여 재직기간이 길수록 보수반영비율이 많아지도록 설계되어 있다. 이는 공무원의 퇴직급여와 퇴직수당이 단순히 후불임금이나 퇴직 후 생활보장의 의미에 그치는 것이 아니라, 공무원의 근무경력이 길수록 누적적으로 보상함으로써 장기간 재직과 충실한 근무를 유도하여 직업공무원제도의 확립에 기여하고자 하는 것이다. 퇴직급여제도는 공무원으로 하여금 성실하고 청렴하게 직무에 전념하고 영리업무를 겸직하지 아니하면서 품위를 유지하도록 유인하여 공무원의 사명과 책임을 온전히 수행할 수 있게 하는 밑바탕을 제공한다.

(3) 이 사건 법률조항은 공무원이 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 퇴직급여와 퇴직수당 중 일정한 부분을 필요적으로 감액하도록 규정하고 있다. 여기서 “재직중의 사유”는 공무원의 신분이나 공무와 관련이 있는 사유이든 관련이 없는 사유이든 모두 포함한다고 해석된다.

이 사건 법률조항은 공무원의 퇴직급여제도를 마련하고 운용하면서 공무

원 퇴직자 중에서 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 사람과 그렇지 않은 사람을 차별하는 것이다. 그러한 차별이 헌법 제11조 제1항에 비추어 정당화될 수 있는지가 문제이다.

(4) 공무원이 재직기간 중에 공무원의 신분이나 직무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에는 공무원의 사명과 책임을 온전히 수행하지 못하였다고 볼 수 있을 것이므로 퇴직급여와 퇴직수당을 감액한다고 하더라도 불합리한 차별이라고 보기 어렵고 퇴직급여제도의 취지에 어긋난다고 볼 수도 없다. 본인이 납부한 기여금에 해당되는 부분은 삭감하지 아니하므로 지나친 차별이나 과잉제재에 해당된다고 보기도 어렵다.

그러나 공무원이 재직기간 중에 공무원의 신분이나 공무와 전혀 관련 없는 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우에는 퇴직급여나 퇴직수당을 삭감할 사유로 삼기 어렵다. 형벌을 받은 사유가 공무원의 신분이나 직무와 무관하기 때문에, 그 공무원이 재직기간 중에 공무원의 사명과 책임을 다하지 못했거나 불성실하게 근무했다고 추정하기 어렵고, 퇴직급여제도를 마련한 취지에 비추어 보아도 퇴직급여를 삭감하여야 할 사유라고 보기 어렵다.

공무원은 재직기간 중 공무원의 신분과 개인의 신분을 아울러 가진다. 공무원도 일반 국민과 마찬가지로 사생활의 영역은 보호되고 존중되어야 한다. 공무원은 국민에 대한 봉사자이기 때문에 공무원의 개인생활에 관한 사유라고 하더라도 공무원으로서의 신분을 유지시키기 곤란하다고 인정되는 경우가 있을 수 있지만, 그러한 경우에도 그러한 사유가 생긴 이후의 장래에 향하여 공무원의 신분을 상실하도록 규율할 수 있을 뿐이다. 공무원이 그 신분이나 직무와 무관하게 금고 이상의 형을 받았다고 하더라도, 과거의 공무원 신분이나 과거의 근무경력까지 부정하여야 할 필요성과 합리성이 있다고 볼 수 없으므로, 그러한 사유를 내세워 기왕의 공무원 근무경력에 대한 보상인 퇴직급여를 삭감하는 사유로 삼을 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 “재직중의 사유”에 공무원의 신분이나 직무와 전혀 관련 없는 사유까지 포함시킨 부분은 공무원의 신분이나 공무와 전혀 관련 없는 사유로 금고 이상의 형을 받은 공무원 퇴직자와 그렇지 않은 공무원 퇴직자를 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항에 위반된다.

(5) 공무원이 신분이나 직무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 경우에 그 퇴직급여를 삭감하는 것이 합리적인 차별이라고 하더라도, 그러한 차별이 헌법 제11조 제1항과 제37조 제2항의 요청을 충족시키기 위해서는 차별이 필요한 한도 내에서 최소한도에 그쳐야 한다. 공무원의 신분이나 직무와 관련하여 금고 이상의 형을 받았다고 하더라도, 공무원으로서의 의무위반의 내용이나 정도, 고의·과실의 유무, 국가에 끼친 손해의 유무, 퇴직급여제도의 취지에 어긋나는 정도 등에 따라 퇴직급여를 삭감할 필요성과 합리성의 정도가 달라진다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 위와 같은 여러 사정을 고려하지 아니한 채 금고 이상 형벌의 유무만을 기준으로 삼아 퇴직급여와 퇴직수당을 동일한 비율로 필요적으로 삭감하도록 하고 있다. 이처럼 필요적·획일적으로 삭감하도록 하는 것은 퇴직급여 차별의 필요성·최소성의 원칙에 부합된다고 보기 어렵다. 공무원의 신분이나 직무와 관련하여 금고 이상의 형을 받은 공무원은, 법률상 당연히 퇴직되는 불이익을 당하게 되는 외에 그 퇴직급여에 관하여 다시 불이익한 차별을 받게 된다.

(6) 결국 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되는 부분과 그렇지 않은 부분을 함께 내포하고 있다. 이 경우 헌법에 위반되는 부분에 대해서만 위헌을 선언하고 나머지 부분의 효력은 존속시켜야 한다. 그러나 헌법에 위반되는 부분과 그렇지 않은 부분을 명확히 구분하기 어려운 경우에는 합헌 부분의 효력을 존속시키기 위하여 위헌 부분과 합헌 부분을 합친(구분할 수 없는) 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하면서 위헌 부분의 개선을 촉구할 수밖에 없다. 이 사건 법률조항의 “재직중의 사유” 중 “공무원의 신분이나 직무와 관련 없는 사유” 부분은 헌법 제11조 제1항에 위반되고 그 부분을 구분하여 특정할 수 있으므로 그 부분에 대하여는 위헌을 선언하여야 한다. 그러나 “공무원의 신분이나 직무와 관련 있는 사유” 부분은 비례의 원칙에 맞지 아니하여 헌법 제11조 제1항 및 제37조 제2항에 위반되는 부분과 헌법에 합치되는 부분이 뒤섞여 있고 양자를 구분할 수 없으므로 그 전체에 대하여 헌법불합치를 선언하고 개선 입법을 촉구하여야 한다.

사. 반대의견 (재판관 이강국, 이공현, 이동흡)

(1) 재산권 형성입법의 심사기준과 재산권 침해 여부

재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위해서는 입법자에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다. 그런데 재산권의 내용과 한계를 처음으로 형성하는 입법, 즉 종전에 없던 재산권을 새롭게 만드는 입법의 경우에는, 이미 형성되어 있는 기존의 재산권의 내용과 한계를 기본권 주체에게 불리하게 변경하는 입법의 경우와는 달리 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정된다. 따라서 재산권을 형성하는 입법이 합리적 이유가 있으며 입법재량의 범위를 벗어나지 않는 경우라면 재산권을 침해하지 않는다고 할 것이다.¹⁵⁾

한편 공무원의 퇴직급여제도는 1960. 1. 1. 공무원연금법이 제정되면서 도입되었는데 그 당시의 공무원연금법은 제9조에서 공무원이 재직중의 사유로 자격정지 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되었을 때에는 동법에 의한 급여(퇴직연금, 퇴직일시금)를 받지 못하도록 규정하고 있었다. 또 공무원연금법이 1991. 1. 14. 법률 제4334호로 개정되면서 퇴직수당에 관한 규정이 신설되었는데(제61조의2) 이때의 법에 의하면 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우에는 급여액이 일부 감액되었다(제64조).

이와 같이 공무원이 퇴직급여 및 퇴직수당을 지급받을 수 있는 권리(이하 ‘공무원의 퇴직급여 등 수급권’이라 한다)는 이들 권리가 재산권으로 처음 형성될 당시부터, 당해 공무원이 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우에는 발생하지 않거나 또는 감액되어 발생하는 내용의 것으로 형성되어 있었다. 반면 이 사건 법률조항은 “재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때”에는¹⁶⁾ 퇴직급여 및 퇴직수당이 일부 감액되도록 규정하여 위 재산권의 보호범위를 처음 형성될 당시보다 넓히고 있을 뿐이고 달리 기본권 주체에게 불리하게 재산권을 제한하는 점이 없다.

15) 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 641-642; 헌재 2000. 6. 29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 881-882; 헌재 2005. 7. 21. 2004헌마57, 판례집 17-2, 58, 64; 헌재 2006. 11. 30. 2003헌마66, 공보 122, 1355; 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마337, 판례집 18-1상, 417, 422 등 참조

16) 여기서 ‘형을 받은 때’라 함은, 공무원연금법 제64조 제2항에서 ‘재직중의 사유로 금고 이상의 형에 처할 범죄행위로 인하여 수사가 진행중에 있거나 형사재판이 계속중에 있는 때에는 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부에 대하여 지급을 정지할 수 있도록’ 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, ‘형이 확정된 때’를 의미한다고 할 것이다.

그리고 입법자가 공무원의 퇴직급여 등 수급권의 내용을 형성함에 있어 당해 공무원이 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우에는 그와 같은 권리가 감액되도록 하는 내용의 것으로 형성한다고 하더라도 이는 입법재량의 범위를 벗어나지 않는다. 즉, 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 고도의 윤리·도덕성을 갖추어야 할 뿐 아니라 그가 수행하는 직무 그 자체가 공공의 이익을 위한 것이고 원활한 직무수행을 위해서는 공무원 개개인이나 공직에 대한 국민의 신뢰가 기본바탕이 되어야 하는바, 공무원이 범죄행위로 인하여 형사처벌을 받은 경우에는 당해 공무원에 대한 국민의 신뢰가 손상되어 원활한 직무수행에 어려움이 생기고 이는 곧바로 공직전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래하게 된다(헌재 2003. 12. 18. 2003헌마409, 판례집 15-2하, 664, 667). 따라서 이 사건 법률조항이 형벌로 인한 급여의 감액을 규정한 것은 국민 전체에 대한 봉사자로서 엄격한 의무를 부담하는 공무원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로, 이를 두고 입법자의 재량을 일탈하여 재산권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수 없다.

게다가 공무원의 퇴직급여 등 수급권에는 사회보장수급권과 재산권이라는 양 권리의 성격이 불가분적으로 혼화되어 있으므로 전체적으로 재산권적 보호의 대상이 되면서도 순수한 재산권만은 아니라는 특성을 가지고 있다고 할 것인바, 이러한 사회보장적 성격에 비추어 볼 때 그 지급정도 내지 감액여부는 원칙적으로 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 결정할 수 있는 사항이라 할 것이어서(헌재 2005. 10. 27. 2004헌가20, 판례집 17-2, 205, 209 참고), 이 사건 법률조항이 입법재량을 일탈하였을 소지는 더욱 더 줄어든다.

(2) 재산권 제한입법의 심사기준에 따른 경우

(가) 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”는 내용으로서 이는 기본적으로 기본권의 ‘제한’에 적용되는 원칙인데, ‘기본권의 제한’이란 이미 존재하는 기본권을 전제로 한 것임에 반해 적어도 종전

에 없던 재산권을 입법자가 새롭게 만드는 경우에는 형성입법을 통해서 비로소 그 재산권(기본권)이 존재하게 되는 것이어서 엄격한 의미에서의 ‘기본권의 제한’이란 개념은 성립하기 어렵다. 따라서 재산권을 입법자가 새롭게 형성하는 경우에는 기본권을 제한하는 경우와 같은 정도의 엄격한 비례원칙(과잉금지원칙)이 적용되는 것은 아니라 할 것이다. 하지만 가사 엄격한 비례심사를 한다 하더라도 이 사건 법률조항은 헌법에 위배되지 않는다.

공무원연금법상 퇴직급여 등이 후불임금으로서의 성격뿐만 아니라 사회보장 혹은 공로보상적 급여로서의 성격을 아울러 갖는다는 점에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항에 의해 퇴직급여 등을 감액하는 것은 국민 전체에 대한 봉사자로서 엄격한 직무상의 의무를 부담하는 공무원으로 하여금 재직중 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라, 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 등 공무원으로서의 직무상 의무를 다하도록 하기 위한 것으로서 입법목적에 달성하는 데 적합한 수단이라 볼 수 있다.

나아가 급여의 감액사유를 범죄행위로 인하여 금고 이상의 형의 선고를 받거나 탄핵 혹은 징계처분에 의한 파면이라는 중대한 사유가 발생한 경우로 한정하고, 제한의 범위도 후불임금으로서의 성격을 가지는 본인의 기여금과 그에 대한 이자의 합산액을 초과하는 부분에만 한정함으로써¹⁷⁾ 피해의 최소화과 법익의 균형성도 갖추었다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 90).

또한 공무원연금법상 퇴직수당도 비록 후불임금의 성격이 강하기는 하지만 기본적으로는 사회보장적 급여로서의 성격과 공로보상적 성격도 함께 가지고 있고(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 참조), 그 소요비용도 국가 등이 전액부담하고 있으며(공무원연금법 제65조 제3항), 그 감액범위도 일부분으로 한정하고 있는 점(법시행령은 그 금액의 2분의 1을 감하여 지급하도록 하고 있음) 등에 비추어 볼 때, 퇴직급여와 마찬가지로 위와 같은 기본권제한의 제반 요건을 모두 갖추었다고 할 것이다.

17) 특히 퇴직수당은 그 지급에 소요되는 비용을 국가 또는 지방자치단체가 전액부담하고 있음에도 불구하고, (법률에서는 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급할 수 있도록 규정하면서) 공무원연금법시행령에서 그 금액의 2분의 1을 감하여 지급한다고 규정하고 있다.

따라서 가사 기본권제한에 요구되는 비례원칙을 엄격히 적용한다고 하더라도, 이 사건 법률조항은 사유재산권을 보장한 헌법규정에 위반하여 퇴직급여 등 급여청구권의 본질적인 내용을 침해하였다거나 과잉금지의 원칙에 반하는 자의적인 입법이라고 볼 수 없다.¹⁸⁾

(나) 형벌에 의한 급여의 감액은 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 그 의무(직무전념의무, 법령준수의무, 명령복종의무, 비밀엄수의무, 품위유지의무 등)를 다하도록 유도하기 위한 것이고, 비(非)직무 범죄, 과실범이라고 하여 법률적 혹은 사회적 비난가능성이 적다고 할 수 없으므로, 이들 범죄로 인한 급여의 감액이 위와 같은 입법목적에 달성하는 데 적합한 수단이 아니라고 단정할 수 없다.

또 공무원 범법행위의 방지 혹은 그에 대한 제재방법으로서의 파면 등 징계, 형사처벌, 형벌에 의한 급여의 감액 등은 각각 추구하는 목적과 기능이 다르고 그 법률적 혹은 경제적 효과에서도 차이가 있다. 따라서 형벌에 의한 급여의 감액이 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서 성실복무의무 등 공익을 달성하기 위한 최후의 수단이 되어야 하는 것도 아니다.¹⁹⁾

또한 비록 공무원의 직무와는 관련이 없는 사유라 하더라도 그에 대한 법률적 혹은 사회적 비난가능성은 직무와 관련이 있는 사유보다 더욱 큰 경우를 충분히 예상할 수 있으므로 지급제한의 사유를 직무관련사유로 한정하지 아니하였다는 것만으로 곧바로 비례의 원칙에 반하는 자의적인 입법이라고 볼 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 92). 선진 각국의 입법례를 보더라도 독일과 같이 과실범을 제외한 일정한 고의범으로 자유형을 선고받은 공무원에 한하여 공무원관계의 종료와 더불어 연금청구권을 상실하게 규율하는 경우도 있지만(연방공무원법 제48조, 연방공무원연금법 제49조, 제59조 등 참조), 일본과 같이 직무·비(非)직무 범죄 혹은 고의·과실범을 구별하지 않고 금고 이상의 형을 받은 때에는 일률적으로 급여를 제한하

18) 대법원도 1995. 10. 12. 선고 95누5905판결에서 형벌 등에 의한 퇴직급여의 제한에 관한 규정인 구 공무원연금법(1975. 4. 1. 법률 제2747호) 제49조 제1항, 동법시행령(1978. 8. 9. 대통령령 제9130호) 제53조 제1항이 행복추구권, 사유재산권 등을 보장한 헌법규정에 위배된다고 할 수 없다(헌법재판소 1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정 참조)고 판시하고 있다(공 1995. 12. 1.(1005), 3800).

19) 공무원 개인의 입장에서 보면 파면 등 징계처분이나 형사처벌이 오히려 급여의 감액보다 신분상 혹은 경제적으로 더 가혹하고 불리하게 작용할 여지도 없지 않다.

도록 규정하고 있는 경우(국가공무원공제조합법 제97조,²⁰⁾ 국가공무원퇴직수당법 제8조²¹⁾ 등 참조)도 있는바,²²⁾ 공무원연금과 관련하여 형벌에 의한 금

20) 국가공무원공제조합법은 조합원 또는 조합원이었던 자가 금고 이상의 형에 처하
여진 경우 또는 조합원이 징계처분(국가공무원법 제82조의 규정에 의한 감봉, 계
고 또는 이에 상응하는 처분 제외)을 받은 경우에는 정령으로 정하는 바에 따라
그에게는 그 조합원기간에 관련된 퇴직공제연금중 퇴직공제연금의 직역가산액
또는 장해공제연금중 장해공제연금의 직역가산액에 상당하는 금액의 전부 또는
일부를 지급하지 아니할 수 있다고 규정하고 있을 뿐(제97조 제1항), 특별히 과실
범의 경우를 제외하는 규정을 두고 있지 않다.

21) 국가공무원퇴직수당법도 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지
아니한 자 또는 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자(국가공무원법 제38
조 제2호)에게는 일반퇴직수당을 지급하지 아니한다고 규정하고 있는데(국가공무
원퇴직수당법 제8조, 국가공무원법 제76조), 여기에서도 특별히 과실범의 경우를
제외 하지 않고 있다.

국가공무원퇴직수당법 제8조[퇴직수당의 지급제한] ① 일반퇴직수당은 다음의
각호의 1에 해당하는 자에게는 지급하지 아니한다.

1. 국가공무원법 제82조의 규정에 의한 징계면직처분 또는 이에 준하는 처분을
받은 자
2. 국가공무원법 제76조의 규정에 의한 실직(동법 제38조 제1호에 해당하는 경우
를 제외한다) 또는 이에 준하는 퇴직을 한 자
3. 국가공무원법 제98조 제3항의 규정에 해당하여 퇴직된 자 또는 이에 준하는 자
국가공무원법 제76조[실격에 의한 실직] 직원이 제38조의 각호의 1에 해당하게
된 때에는, 인사원규칙에 정한 경우를 제외하고는 당연히 실직한다.

국가공무원법 제38조[결격조항] 다음 각호의 1에 해당한 자는 인사원규칙이 정
하는 경우를 제외하고는 관직에 취임할 능력을 갖지 못한다.

2. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 집행
을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
3. 징계면직처분을 받고 그날로부터 2년이 경과되지 아니한 자
(1. 4. 5. 생략)

22) (1) 형벌 등에 의해 연금수급권을 제한하면서, 명시적으로 과실범의 경우를 제외
하고 있는 입법례로는 일본 은급법(恩給法) 제9조 제2항을 들 수 있다.

(2) 일본의 은급(恩給)제도는 군인과 상급관리를 대상으로 조합원과 정부가 재원
의 절반씩을 부담하는 방식의 사회보험에 유사한 것으로서, 근대국가 초기 국가
건설에 공을 세운 유공자에 대한 생활보장제도이다(노상현, 『일본의 공적연금법
제의 개혁과 과제』, 한국법제연구원(2004. 7.), 13, 14면) 1923년 은급법(恩給法)이
제정되어 기존의 각종 은급제도가 통합되었으나, 제2차 세계대전 후 1948년 ‘국가
공무원공제조합법’이 제정되면서 관리 외의 직원에게도 연금급여가 실시되었다.
그러나 1958년 국가공무원공제조합법, 1962년 지방공무원공제조합법이 개정되어
공무원연금제도가 공제연금으로 일원화(통합)됨에 따라, 공제조합제도 시행 후 제
직자에 대해서는 은급제도가 적용되지 않게 되었으며, 그 결과 현재 은급제도는
공제제도로 이행되기 전에 퇴직했던 사람과 사망자 및 그 유족만이 대상이 된다
(국가보훈처, 주요국가의 보훈제도: 미국·캐나다·호주·일본·중국, 국가보훈처
보훈연구담당관실, 2000, 271, 280면). 또 은급의 대상자도 일반적인 의미로서의 공
무원과는 약간 그 범위를 달리하는데, 원칙적으로 전전(戰前)의 판임관(判任官)
상당 이상의 공무원과 兵에서 大將까지의 군인 등이 이에 해당한다.

여의 감액을 어느 범위에서 규율할 것인지는 다소간에 차이가 있는 입법형성의 범위에 속하는 것으로서 비(非)직무 범죄 혹은 과실범을 특별히 제외하지 않았다고 하여 곧바로 위헌적 입법이라고 단정할 수도 없다.²³⁾

그리고 이 사건 법률조항이 특별히 과실범을 급여의 감액사유에서 배제하고 있지는 않지만, 일응 모법에서는 급여의 일부를 감액하여 지급한다고만 규정하였고 하위법령(대통령령)에서 감액범위를 세분하여 고의범과 차등적으로 규정할 수 있는 여지가 있는데다가 특히 형사재판에서 법관의 양형과정을 통해서도 이를 어느 정도 보완할 수 있는 가능성이 있으므로, 그와 같은 사유만으로 모법이 위헌이라고 단정하는 근거로 삼기 어렵다. 즉 형사재판에서 법관은 범인의 성행, 환경, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등의 양형조건을 고려하여 형종, 형량을 선택하게 되고, 범정이 매우

(3) 그런데 은급법은 연금은급수급권의 소멸사유로서, 연금은급의 수급자가 “1. 사망하였을 때, 2. 사형·무기 또는 3년을 초과하는 징역이나 금고의 형에 처하여졌을 때, 3. 국적을 상실하였을 때” 외에 “재직중 직무에 관한 죄(과실범 제외)로 말미암아 금고 이상의 형에 처하여 졌을 때”를 규정하고 있다(제9조 제2항). 한편 제51조에서 은급수급자격의 상실사유로 “1. 징계·징벌 또는 교원면허장박탈의 처분으로 말미암아 퇴직하였을 때, 2. 재직중에 금고 이상의 형에 처하여 졌을 때, 3. 탄핵에 관한 법령의 적용에 의하여 퇴직하였을 때, 4. 회계검사원 검사관이 직무상의 의무에 위반하는 사실에 대하여 회계검사원법 제6조의 규정에 의하여 퇴직하였을 때”를 규정하고 있다.

(4) 여기서 형벌에 의한 연금은급수급권, 은급수급자격을 제한하면서도, 명시적으로 과실범을 제외하는 경우는 “재직중 직무에 관한 죄로 금고 이상의 형에 처하여 졌을 때”에 (이미 취득한) 연금은급수급권의 소멸의 경우만이고, 그 외의 경우에는 고의범과 과실범을 구별하지 않고 있다. 말하자면 연금은급수급권이 아닌 일시은급(一時恩給), 일시부조료(一時扶助料) 등이나 ‘계속된 재직에 대해 은급을 받을 자격’(제51조)의 경우에는 과실범을 특별히 제외하지 않고 있다. {연금은급의 대표적인 예로 보통은급은 공무원이 일정 연수이상 근무하고 퇴직할 때 지급되는 데, 그 최단은급연수(最短恩給年數)는 문관의 경우 17년이다}

- 23) 공무원연금은 근무관계의 한 당사자가 다른 한 당사자의 사회보장을 담당하고 있다. 따라서 공무원연금에서는 피보험자에 대한 사회정책적 보호라는 관점 외에 公務員勤務關係의 機能維持라는 관점이 함께 제도형성의 요소가 되어 있다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 국민연금과는 달리 공무원연금에서 보호의 여부 및 제한에 대한 결정에 있어서 근무관계에서의 충실성 등의 판단기준이 적용된다고 해서 平等의 原則에 반한다고 할 수 없다. 공무원은 특히 법령준수 및 충실의무가 부과되어 있기 때문에 이에 위반되는 경우 공무원연금법적 제재를 가하는 것은 가능하다고 본다. 그리고 공무원집단은 통일체로서 법령준수의무, 충실의무 등이 부과되어 있기 때문에 재직중의 업무와 관련된 위법행위에 한하여 제재를 가하여야 한다는 필연성이 있는 것이 아니다. (전광석, “공무원연금법 제64조 제1항에 대한 위헌소원 헌법재판소 1995년 7월 21일 선고, 94헌바27,29결정”, 법률신문, 제2547호)

무거운 범죄 또는 공무원의 직무와 관련된 범죄를 제외한 대부분의 범죄에 대하여는 벌금형도 선택형으로 함께 규정되어 있는 것을 감안할 때, 법원이 범죄 전·후의 모든 정황을 고려하여 벌금형을 선고하거나 금고 이상의 형에 대한 선고유예를 함으로써 급여감액의 불합리성이 상당 부분 제거될 수 있다. 특히 과실범에서 공무원의 주의의무위반 정도가 극히 미약한 반면 그 결과가 중대하다고 여겨지는 경우에도 법관의 적절한 양형을 통해, 즉 벌금형을 선고하거나 형의 선고를 유예함으로써 급여의 감액을 피할 수 있다.²⁴⁾ 반면에 법원이 범죄의 모든 정황을 고려하여 금고 이상의 형에 대한 집행유예의 판결을 선고하였다면 그와 같은 사실은 공무원의 품위를 손상하는 것으로서 당해 공무원에 대한 법률적·사회적 비난가능성이 결코 적지 아니함을 의미한다고 할 것이며, 이러한 사정은 당해 공무원이 저지른 범죄행위가 직무와 직접적 관련이 없거나 과실에 의한 것이라도 마찬가지라 할 것이다 (헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575, 586; 헌재 2003. 12. 18. 2003헌마409, 판례집 15-2하, 664, 668).

요컨대, 이 사건 법률조항이 급여의 감액사유 가운데 비(非)직무 범죄 혹은 과실범을 특별히 제외하고 있지는 않지만, 하위법령에서 비(非)직무 범죄나 과실범의 경우 급여감액의 범위를 조절하여 차등적으로 규율할 수 있는 여지가 있을 뿐만 아니라 형사재판에서 법관의 양형과정을 통해서 이를 참작함으로써 급여감액상의 문제점을 보완할 수 있는 가능성이 있다.

(다) 또한 형사재판에서의 양형은 불가피하게 범죄 전후의 모든 정황을 두루 참작할 수밖에 없는 것이며, 또 그와 같은 형벌 왜곡의 문제는 비단 형벌에 의한 급여의 감액에서만 한정되어 나타나는 것은 아니고, 오히려 그보다 법원이 당해 공무원에게 금고 이상의 형(집행유예 포함)을 선고함으로써 공직에서 퇴출되는 불이익, 즉 형벌에 의한 공무원의 당연퇴직(국가공무원법 제69조, 지방공무원법 제61조)을 감안하여 이를 회피하기 위한 양형을 고려하는 데서 보다 더 시원적(始原的)으로 발생하는 문제라고 할 것이다.²⁵⁾

24) 금고이상의 형의 선고유예 또는 집행유예를 받은 경우에는 그 선고유예 또는 집행유예가 교정적인 목적 등을 위하여 형의 선고를 유예하거나 일정기간 그 집행을 유예하는 것으로서 유사하다고 볼 수 있으나, 선고유예의 경우는 그 유예기간을 무사히 경과하면 면소된 것으로 간주되므로 제한을 받았던 급여를 나중에 받을 수 있으나 집행유예의 경우는 형의 선고가 된 것이므로 급여제한이 되는 것이다(최재식, 공무원연금법해설, 공무원연금관리공단, 267면).

(라) 더구나 공무원관계가 성립되면 장래 퇴직시 예상퇴직금을 받을 수 있으리라는 기대, 즉 일종의 급여기대권이 형성될 수는 있지만, 이러한 급여기대권은 당해 공무원에게 법령상 급여의 감액사유가 발생하지 않고 온전하게 재직하다가 퇴직하는 경우를 전제로 하는 것이다. 특히 공무원연금법상 급여감액 규정은 대개 공무원의 임용 전부터 시행되어 오고 있는 것으로서 임용조건외의 하나로 볼 여지도 없지 않고(헌재 1995. 6. 29. 91헌마50 참조), 이와 같이 공무원연금법이 급여의 감액사유를 이미 예정하고 있었기 때문에 급여의 감액사유가 존재함에도 불구하고 예상퇴직급여가 지급된다는 공무원의 신뢰는 애당초 존재하지 않는 것이며, 설혹 공무원 개인이 주관적으로 그러한 신뢰를 가졌다고 하더라도 이를 헌법상 보호할 가치가 있는 신뢰라고 보기는 어렵다.

아. 보충의견 (재판관 김종대)

(1) 우리나라의 공적 연금제도는, 1973. 12. 24. 국민복지연금법이 제정되어 그 제도가 마련되었으나 정치적·재정적 여건의 미비로 시행이 보류되었다가 1986. 12. 31. 전면 개정되어 시행되었고, 오늘날 국민연금법으로 개정되어 공무원연금법, 사립학교교직원연금법 등과 함께 사회보장제도의 핵심적 기초를 이루고 있다.

따라서 공무원연금제도의 핵심인 퇴직급여(연금과 수당)도 그 발달연혁에 비추어 사회보험의 일종이며 퇴직공무원의 인간다운 생활을 보장하기 위한 최소한의 사회적 장치라고 보는 것이 타당하다.

(2) 헌법 제34조 제1항은 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지고 있음을 선언하고 있고 동조 제2항은 국가에게 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 지우고 있다. 공무원 퇴직연금제도는 퇴직공무원의 인간다운 생활을 보장하기 위해 공무원의 퇴직이라는 사회적 위험이 발생될 때 그 위험의 극복을 위해 국가가 필요한 급여를 직접 제공하는 제도이므로 이것이 사회보장제도의 일환임을 부정할 수 없고, 이런 헌법적 관점에서 공무원 퇴

25) 공무원이 금고 이상의 형을 선고받게 되면 당연히 공직에서 퇴직하게 되는데, 이는 퇴직급여 등이 일부 제한되는 것보다 당해 공무원의 지위와 신분, 경제적 생활에 심각한 불이익을 미치게 되므로 법원의 양형과정에서 우선적으로 고려될 수밖에 없을 것이다.

직급여는 그 급여의 내용에 따라 각각의 성격을 규명할 것 없이 이를 총체적으로 보아 사회보험급여라고 볼 수 있다.

종래 헌법재판소는 공무원연금법상 퇴직급여·퇴직수당의 성격을 사회보험적 성격, 후불입금적 성격, 공로보상 내지 은혜적 성격으로 구분하여 규명하였다. 공무원연금법상의 각종 급여가 공무원이 내는 기여금과 국가에서 부담하는 부담금을 합쳐 운용한 결과이니 기여금에 착안하면 임금후불적 성격이 있고, 국가 부담금에 착안하면 공로보상적, 은혜적 성격이 있다고 할 수 있다.

그러나 이러한 견해는 오늘날 사회보장제도의 일종인 공무원연금의 성격을 제대로 파악하였다고 볼 수 없다. 공무원 퇴직급여는 퇴직공무원에 대한 사회보험이며, 헌법이 퇴직공무원의 인간다운 생활의 보장을 위해 둔 사회보장제도의 하나이다. 임금후불적 성격과 공로보상적, 은혜적 성격은 사회보험이란 기본적 성격과 대립하는 대등하고 독립된 성격이 될 수는 없고, 다만 그 형성재원에 바탕을 둔 부속적 성격에 지나지 않는다.

물론 공무원퇴직급여는 그 급여내역이 여러 가지로 나뉘어져 있고 각 재원 조달의 방법도 달리하고 있다. 그러나 이는 지급방법과 회계처리의 기술상 달리 나뉘어져 있을 뿐 각 급여의 성격이 확연히 구분되기 때문에 나뉜 것은 아니다. 받는 사람의 입장에서 볼 때 퇴직급여, 퇴직연금, 퇴직수당 모두가 퇴직 시에 받는 사회보험급여에 지나지 않기 때문이다.

(3) 따라서 공무원 퇴직급여의 성격을 총체적으로 파악하여 사회보험으로 보고 그 헌법적 기초를 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리에서 찾아야 한다고 보기 때문에 그 제한에 있어서도 이러한 헌법적 가치가 본질적으로 침해받지 않도록 해야 한다. 공무원의 퇴직급여는 퇴직공무원의 최소한 인간다운 생활을 할 수 있도록 보장되어야 할 것이므로 금고 이상의 형을 받았다고 해서 필요적으로 퇴직급여를 제한해서는 안 된다. 고의범, 과실범 여부에 따라 제한하는 것도 부당하며 직무상 관련 범죄 여부로 제한을 두는 것 역시 부적당 하다. 다만 오직 퇴직공무원의 인간다운 생활을 제한해도 될 만큼의 큰 정책적 제한 요인이 있을 때만 예컨대 반역죄 등 중대한 국가법익에 대한 죄를 지어 사회보장의 틀에서 제외할 필요가 있다고 인정되는 경우에만 그 제한을 할 수 있도록 해야 한다.

공무원의 성실의무를 확립하기 위해서 필요적 감액제도가 필요하다고 하나, 공무원의 성실의무는 범죄에 대한 형사처벌과 함께 그와 같은 성실의무 담보를 직접적 목적으로 하는 신분 박탈이나 징계 및 인사제도에 의하여 실현할 수 있고, 또 실현해야 하는 것이며, 그와는 입법목적 자체가 전혀 다른 사회보장수급권의 박탈을 통하여 이를 실현하려 해서는 안 될 것이며 굳이 시도할 경우에는 과잉금지의 헌법원칙에 위배될 수 있는 것이다. 이는 마치 국민연금법이나 근로기준법에 의한 급여를 받게 될 사업장근로자가 재직중에 범죄를 저질렀다고 해서 그에 대한 형벌과 회사에서의 퇴직 또는 징계를 넘어서 국민연금상의 급여나 퇴직금에 대한 박탈 내지 제한을 시도할 경우 헌법에 합치되지 않을 것으로 보여 지는 것과 비슷한 이치이다.

(4) 만일 공무원연금제도가 다른 사회보장제도에 비추어 지나치게 특혜를 준다는 정책적 판단이 서서 이를 시정해야 할 필요가 있다면 입법부로서는 입법재량에 의하여 공무원연금제도의 전체골격에 대한 수정을 가할 수도 있겠지만, 그렇지 않고 이 사건 심판대상과 같이 개별적인 공무원에 대하여 재직중의 범죄에 대한 금고 이상의 형이 확정되기만 하면 그들을 사회적 보장제도의 틀에서 전부 또는 일부 제외시키겠다는 것은 공무원연금제도의 합리적 운영과는 차원을 달리하는 것이고 그들의 인간다운 생활을 할 권리를 심각하게 침해하는 것이다.

4. 평등원칙 위배 여부²⁶⁾

가. 위헌의견

(1) 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위배될 뿐만 아니라, 공무원을 국민연금법상의 사업장가입자 및 근로기준법상의 근로자에 비해 불평등하게 대우하는 불합리한 점도 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 공무원이 재직중의 사유로 인하여 금고 이상의 형을 받을 때에 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 규정하여, 퇴직급여에 있어서는 국민연금법상의 사업장가입자에 비하여, 퇴직수

26) 청구인이 이 사건 헌법소원심판청구서에서 '재산권 침해' 외에 별도로 '평등원칙 위배'를 주장하고 있지는 않다. 그러나 이미 청구인이 위헌법률심판제청신청에서 평등원칙 위배를 주장한 바 있으므로 참고적으로 검토한다.

당에 있어서는 근로기준법상의 근로자에 비하여 각각 차별대우를 하고 있다. 이러한 차별은 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 성실근무의 유도라는 입법목적 및 공무원연금제도의 공무원의 성실한 복무에 대한 보상이라는 부수적 성격을 감안한다고 하더라도 일반국민이나 근로자에 대한 지나친 차별을 했다고 판단되고, 그 차별에는 합리적인 근거를 인정하기 어려워 결국 자의적인 차별에 해당한다.

나. 반대의견 (합헌의견)

(1) 그런데 공무원연금은 사회적 위험에 대한 보호방법과 급여의 제한에 있어서 국민연금과 상당한 부분 차이가 있다. 즉 국민연금이 근로관계로부터 독립하여 제3자인 보험자로 하여금 피보험자의 생활위험을 보호하도록 함으로써 순수한 사회정책적 차원에서 가입자의 노령(老齡)보호를 주된 목적으로 하는데 비하여, 공무원연금은 근무관계의 한 당사자인 국가가 다른 당사자인 공무원의 사회보장을 직접 담당함으로써 피보험자(공무원)에 대한 사회정책적 보호 외에 공무원근무관계의 기능유지라는 측면도 함께 도모하고 있다. 또 양자는 보호의 대상과 수준에서도 커다란 차이가 있는데, 국민연금이 기본적으로 가입자의 노령(老齡)보호를 주된 목적으로 하고 그 보호수준도 생애평균소득을 기준으로 급여를 산정하는 반면(국민연금법 제46조 내지 제49조 참조, 연금액은 전체 국민연금가입자를 평균하여 볼 때 최종보수의 약 40% 수준에 해당함), 공무원연금은 노령(老齡)보호보다는 공무원의 퇴직(退職)보호의 성격이 강하며 보호수준도 생애평균소득이 아니라 최종소득을 기준으로 급여를 산정하고 있다(공무원연금법 제27조 제1항, 제3항 등 참조).

(2) 또, 공무원연금법상 퇴직수당도 민간기업의 퇴직금제도에 상응하는 근로보상적 성격이 강하기는 하지만 기본적으로는 다른 급여들과 마찬가지로 사회보장적 내지 근로보상적 성격도 함께 가지고 있으며, 구체적인 보장범위도 근로기준법 내지 근로자퇴직급여보장법상 법정퇴직금과는 차이가 있다. 근로자퇴직급여보장법 제8조 소정의 퇴직금제도는 사용자가 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위한 퇴직급여제도를 설정하지 아니한 경우에 적용되는 것으로서, 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임

금을 퇴직금으로 지급하도록 규정하고 있다(근로기준법 제34조, 근로자퇴직급여보장법 제4조, 제5조, 제8조 참조). 반면 공무원연금법상 퇴직수당은 공무원이 1년 이상 재직하고 퇴직 또는 사망한 때에 지급하도록 하면서, 그 금액은 재직기간 매 1년에 대하여 보수월액에 대통령령이 정하는 비율(재직기간에 따라 최저 100분의 10부터 최고 100분의 60까지)을 곱한 금액으로 하되 그 재직연수는 33년을 초과하지 못하도록 하고 있는데(공무원연금법 제61조의2 제1항 및 제2항, 동법 시행령 제52조의3 참조), 이 경우 공무원의 재직기간이 장기간이 될수록 보장되는 금액도 점차 증대되는 측면이 있다.

(3) 무엇보다도 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민을 위하여 재직중 성실, 청렴, 친절하게 근무하여야 하고, 직무의 내외를 불문하고 그 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 될 의무를 지고 있으며, 헌법 및 국가공무원법은 공무원이 이와 같은 의무에 위반할 때에는 그에 상응하는 신분상의 제재 등을 가할 수 있는 근거를 마련하고 있다(헌법 제7조, 제29조 제1항 제2문, 국가공무원법 제78조 제1항 등 참조).

(4) 그렇다면 공무원연금제도가 국민연금이나 법정퇴직금과 비교하여 위와 같은 기본적인 차이가 있는 점, 공무원은 일정한 법령준수 및 충실의무 등을 지고 있는 점, 이 사건 법률조항에 의한 급여의 감액이 공무원으로서 의무를 위반하여 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 국가부담분만큼의 급여를 지급하지 아니함으로써 공무원범죄를 사전에 예방하고 공직사회의 질서를 유지하는 데에 목적이 있는 점 등에 비추어 볼 때, 공무원연금제도를 설정하면서 보호 여부 및 급여의 감액에 있어 근무관계의 충실, 법령준수 등 각종 의무 위반 여부를 판단기준으로 삼았다고 하더라도 이를 가리켜 공무원을 국민연금법상 사업장가입자에 비하여 혹은 근로기준법상 근로자에 비하여 합리적 이유 없이 차별적 취급을 하고 있다고 단정할 수 없다(헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 92 참조).

5. 결정주문 관련 : 헌법불합치 선언

(1) 이 사건 법률조항은 재산권제한의 한계를 일부 일탈하여 수단의 적합성, 침해최소성 및 법익균형성에 어긋나고 평등의 원칙에 위배되는 부분을 포함하고 있으므로 헌법에 위반된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대해서는

단순위헌결정을 하여 바로 그 효력을 상실시키는 것이 원칙이나, 이미 공무원연금과 관련된 연간 국가예산 및 기금운용계획이 확정된 상태에서 이 사건 법률조항에 대한 단순위헌선언으로 그 효력을 즉시 상실시킬 경우에는 여러 가지 혼란과 부작용이 발생할 우려가 있다. 또한 이미 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받아 급여를 감액당한 다른 퇴직공무원과의 형평성도 고려하여야 한다.

(2) 입법자는 죄의 종류와 내용을 묻지 않고 모든 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 퇴직급여 등을 제한한다고 해서는 안 되고 퇴직급여 등까지를 제한해야 할 합리적이고 특별한 필요가 있는 경우로 그 사유를 한정하여 그 경우에만 퇴직급여 등을 제한함으로써 합헌적인 방향으로 법률을 개선하여야 하고 그 때까지 일정기간 동안은 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다. 그러나 이 사건 법률조항의 위헌성을 고려할 때 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2008. 12. 31. 까지 개선입법을 마련함으로써 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.

(3) 이 사건 법률조항에 대한 재판관 1인의 일부 단순위헌, 일부 헌법불합치 의견에 재판관 5인의 전부 헌법불합치 의견을 가산하면 위헌정족수를²⁷⁾ 충족하게 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치를 선고하고,²⁸⁾ 이와 함께 이 사건 법률조항과 동일한 취지를 규정하고 있던 구 공무원연금법 제64조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 1995. 6. 29. 선고 91헌마50 결정과 1995. 7. 21. 선고 94헌마27등 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도 내에서 이를 변경하기로 하였다.

【이 사건 결정의 의의】

27) 헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 참조

28) 평의결과 관여 재판관의 의견이 위헌, 헌법불합치, 합헌 등으로 분립하는 경우 주문결정 방법에 관하여는 헌법재판소법에서 직접적 규정을 두지 않고 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 하고 있으므로(헌법재판소법 제40조 제1항), 법원조직법 제66조 소정의 '합의에 관한 규정'을 준용할 수 있을 것이다. 이 사건에서 청구인에게 가장 유리한 견해인 '일부 단순위헌, 일부 헌법불합치'의 견해를 가진 수(1인)에 순차로 유리한 '전부 헌법불합치'의 견해를 가진 수(5인)를 더하여 위헌정족수 '6인'에 이르게 된 때의 견해인 '헌법불합치'의 견해에 따라 주문이 결정된다.

공무원 또는 공무원이었던 자가 재직중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 감액하여 지급하도록 한 공무원연금법 제64조 제1항 제1호(이 사건 법률조항)는 공무원의 퇴직급여 등 수급권을 제한할 수 있다.

이 결정은, 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것이 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적을 달성하는 데 적합한 수단이 될 수 없고 특히 과실범의 경우 공무원이기 때문에 더 강한 주의의무 내지 결과발생에 대한 가중된 비난가능성이 있다고 보기 어려우므로, 퇴직급여 등의 제한이 공무원으로서의 직무상 의무를 위반하지 않도록 유도 또는 강제하는 수단으로서 작용한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 입법자는 입법 목적을 달성함에 필요한 범죄의 유형과 내용 등으로 그 범위를 한정하여 규정하는 것이 최소침해성의 원칙에 따른 기본권제한의 적절한 방식인데, 단지 금고 이상의 형을 받았다는 이유만으로 이미 공직에서 퇴출당할 공무원에게 더 나아가 일률적으로 그 생존의 기초가 될 퇴직급여 등까지 반드시 감액하도록 규정한다면 그 법률조항은 침해되는 사익에 비해 지나치게 공익만을 강조한 입법이라고 볼 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항은 퇴직급여에 있어서는 국민연금법상의 사업장 가입자에 비하여, 퇴직수당에 있어서는 근로기준법상의 근로자에 비하여 각각 차별대우를 하고 있는데, 이는 자의적인 차별에 해당한다고 보아서, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 판단하였다.

이 결정은 공무원의 퇴직급여 등 수급권 제한이 공무원의 신분, 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에는 헌법에 위반된다는 점을 분명히 하였다는 점에서 향후 각종 연금수급권 제한 등 관련 입법의 방향을 제시하는데 상당한 의미가 있다고 사료된다.

별지

관련규정

공무원연금법 제64조(형벌 등에 의한 급여의 제한)

① 1. (생략)

- 2. 탄핵 또는 징계에 의하여 파면된 때
- 3. 금품 및 향응수수, 공금의 횡령·유용으로 징계 해임된 때

구 공무원연금법시행령(2005. 6. 30. 대통령령 제18923호로 개정되기 전의 것) 제55조(형벌 등에 의한 퇴직급여 및 퇴직수당의 감액)

① 공무원 또는 공무원이었던 자가 법 제64조 제1항 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 퇴직급여는 재직기간이 5년 미만인 자에 대하여는 그 금액의 4분의 1을, 5년 이상인 자에 대하여는 그 금액의 2분의 1을 각각 감하여 지급하고, 퇴직수당은 그 금액의 2분의 1을 감하여 지급한다. 이 경우 퇴직연금 또는 조기퇴직연금이 있어서는 그 감액사유에 해당하게 된 날이 속하는 달까지는 감액하지 아니한다.

② (생략)

공무원연금법시행령(2005. 6. 30. 대통령령 제18923호로 개정된 것) 제55조(형벌 등에 의한 퇴직급여 및 퇴직수당의 감액)

① 공무원 또는 공무원이었던 자가 법 제64조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 때에는 다음 각 호의 구분에 따라 퇴직급여 및 퇴직수당을 감액한다. 이 경우 퇴직연금 또는 조기퇴직연금은 그 감액사유에 해당하게 된 날이 속하는 달까지는 감액하지 아니한다.

- 1. 법 제64조 제1항 제1호 및 제2호에 해당하는 자
 - 가. 재직기간이 5년 미만인 자의 퇴직급여는 그 금액의 4분의 1
 - 나. 재직기간이 5년 이상인 자의 퇴직급여는 그 금액의 2분의 1
 - 다. 퇴직수당은 그 금액의 2분의 1
- 2. 법 제64조 제1항 제3호에 해당하는 자
 - 가. 재직기간이 5년 미만인 자의 퇴직급여는 그 금액의 8분의 1
 - 나. 재직기간이 5년 이상인 자의 퇴직급여는 그 금액의 4분의 1
 - 다. 퇴직수당은 그 금액의 4분의 1

② (생략)

지방공무원법 제31조(결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공무원이 될 수 없다.

1. 내지 3. (생략)

4. 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 만료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자

5. 내지 8. (생략)

제61조(당연퇴직) 공무원이 제31조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 다만, 동조 제5호에 해당할 때에는 그러하지 아니하다.

형법 제139조 위헌소원

- 인권옹호에 관한 검사의 명령 불준수에 관한 부분 -

(헌재 2007. 3.29. 2006헌바69, 판례집 19-1, 258)

우 승 아*

【판시사항】

1. 형법 제139조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 중 인권옹호에 관한 검사의 명령 불준수에 관한 부분이 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉입법인지 여부(소극)

【심판대상】

청구인은 주위적으로 형법 제139조의 위헌확인을 구하고, 예비적으로 ‘사법경찰관에게 체포된 피의자의 면담을 위한 인치를 명하는 검사의 명령이 인권옹호에 관한 검사의 명령에 포함된다고 해석하는 한 형법 제139조는 헌법에 위반된다’라는 결정을 구하고 있다. 그러나 위 예비적 청구는 주위적 청구와 동일한 심판대상에 관하여 동일한 청구원인을 내용으로 하고 있고 주위적 청구의 양적 일부분에 불과하여 헌법재판상의 예비적 청구라고 볼 수 없으므로 따로 나누어 판단하지 아니한다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 판례집 16-1, 574, 580 참조).

한편 청구인은 주위적 청구에서 형법 제139조 전체에 대하여 위헌확인을 구하는데, 청구인은 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니하였다는 이유로 인권옹호적무명령불준수죄로 기소되었으므로 위 조항 중 인권옹호에

* 헌법연구관

관한 검사의 직무집행 방해에 관한 부분은 심판의 대상에서 제외하기로 한다. 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 형법 제139조(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 중 인권옹호에 관한 검사의 명령 불준수에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부라고 할 것이며 그 내용은 다음과 같다.

형법 제139조 (인권옹호직무방해) 경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 인권옹호에 관한 검사의 직무집행을 방해하거나 그 명령을 준수하지 아니한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 사법경찰관으로서, 상습사기 혐의 피의자를 긴급체포한 후 검사에게 긴급체포 승인건의와 함께 구속영장을 신청하였는데, 수사지휘를 담당하던 대전지방검찰청 검사가 위 피의자에 대한 수사과정이 적법했는지 여부와 그에 대한 구속영장을 청구하기에 앞서 구속사유의 존부를 심사하기 위하여 위 피의자를 직접 신문할 필요가 있다는 이유로 위 피의자를 대전지방검찰청 제614호 검사실로 데려오라고 명령했음에도 불구하고 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니하여 사법경찰관으로서의 직무를 유기함과 동시에 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니하였다는 이유로 기소되어 대전지방법원 2006고합4호로 재판 계속중 같은 법원에 인권옹호에 관한 검사의 직무명령을 준수하지 아니한 경우를 처벌하고 있는 형법 제139조에 대하여 위헌제청신청(2006초기57)을 하였으나 2006. 7. 5. 위 신청이 기각되자 2006. 8. 3. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장요지와 법원의 제청신청기각이유 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 검찰청법 제4조 제1항은 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항,

범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독, 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구, 재판집행의 지휘·감독, 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독, 다른 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항 등을 검사의 직무와 권한으로 명시하고 있는데, 검사의 수사에 관한 지휘권의 본질은 적극적인 측면에서 기소결정권자로서, 또한 수사의 최종적인 주재자로서 검사에게 주어진 권한과 의무이지 인권옹호의 직무를 본질로 하는 것은 아니라고 할 것이고, 그 외의 내용도 인권옹호에 관한 검사의 직무와의 관련성을 인정할 수 없는바, 이 사건 법률조항 중 ‘인권옹호에 관한 검사의 명령’이 무엇을 의미하는지 불분명하여 검사의 주관적인 내심의 의사에 따라 그 적용여부가 달라질 수 있고, ‘그 명령을 준수하지 아니한 때’ 부분은 명령의 내용이 명확히 규정되어 있지 아니하여 객관적인 행위요건을 알 수 없으므로 명확성의 원칙에 반한다.

(2) 인권옹호를 직무로 하는 검사가 그 직무를 의식적으로 게을리 한 경우 형법 제122조의 직무유기죄로 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지의 형벌을 받게 되는데 비해, 이 사건 법률조항은 검사보다 권한이 적은 사법경찰관리가 인권옹호에 관한 검사의 명령에 불응한 경우를 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지라는 중형에 처하도록 하고 있는바, 이는 평등원칙에 반한다.

(3) 구속영장실질심사제의 정착 이후 사법경찰관리에 의한 고문, 가혹행위, 감금 등의 직접적인 인권침해행위는 쉽게 찾아 볼 수 없게 되었음에도 이 사건 법률조항을 존치하는 것이 정당한지에 의문이 있고, 이 사건 법률조항은 직접적인 폭행·협박·위계에 의하여 검사의 직무집행을 방해한 행위보다 단순한 의무불이행을 더욱 무겁게 처벌한다는 점에서 비례의 원칙에 반하며, 이 사건 법률조항에 해당하는 행위는 다른 형벌조항이나 징계처분으로 다루면 충분하다.

나. 법원의 제청신청기각이유

(1) 이 사건 법률조항 중 ‘검사의 명령’이라는 부분에 관하여 보건대, 이 사건 법률조항의 입법취지나 보호법익, 그 적용대상의 특수성, 여러 관계법령(하위 법령도 포함) 등의 구체적인 규정 내용을 종합적으로 고려하면, 무

엇이 검사의 지위의 성질상 필요로 하는 정상적인 명령인지를 구분하는 것이 가능하므로 이 부분이 지닌 다소의 불명확성은 평균인의 건전한 상식이나 통상적인 법 감정을 통하여 어렵지 않게 해소될 수 있을 뿐만 아니라 자의를 배제한 법관의 양식이나 조리에 터잡은 통상적인 해석 작용에 의하여 충분히 보완될 수도 있다는 점에서 이 부분을 가리켜 불명확한 조항이라고 보기는 어렵다.

또한 이 사건 법률조항 중 ‘인권옹호’라는 표현은 정부조직법 제32조 제1항, 국가인권위원회법 제56조 등에서도 사용하고 있는 용어로서, 경찰의 직무를 행하거나 이를 보조하는 자라면 누구나 그 의미를 예견할 수 있다고 보아야 할 뿐만 아니라, 헌법, 형사소송법, 검찰청법 등의 여러 관계규정과 이 사건 법률조항의 입법목적이나 전체적인 내용 등에 터잡은 법관의 보충적인 해석에 의하여 그 의미가 구체적으로 밝혀질 수도 있는 것이므로 이 부분도 불명확한 표현이라고 보기 어렵다.

(2) 이 사건 법률조항의 법정형이 직무유기죄의 그것에 비하여 다소 높게 책정되어 있다고 하더라도, 단지 위 두 죄의 각 법정형만을 평면적으로 비교하여 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위반된다고 속단하기는 어렵다. 오히려 이 사건 법률조항이 형법에 규정된 배경이나 다수의 비판적인 입법론에도 불구하고 반세기가 넘도록 그대로 존치하고 있는 사정, 범죄 상호간에 죄질의 경중과 그 법정형의 높고 낮음이 반드시 일치하지는 않는 점, 이 사건 법률조항의 법정형의 상한 자체가 매우 높다고 보기 어려울 뿐만 아니라 비교적 죄질이 가벼운 위반행위에 대하여는 사안에 따라 개전의 정상을 충분히 참작하여 선고유예까지도 선고할 수 있는 점, 이 사건 법률조항은 특수한 지위에 있는 공무원에 의한 인권침해행위를 예방하기 위하여 “재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지”에 처하도록 규정하고 있는 형법 제125조와 동일한 법정형으로 되어 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 행위의 개별성에 따라 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없다거나 책임과 형벌간의 비례의 원칙에 어긋나는 과잉 형벌이라고 보기는 어렵다.

또한, 특정한 분야에서 국가 기능의 장애를 초래할 수 있는 행위를 예방하고 그 공무원의 성실한 직무수행을 담보하기 위하여 단지 징계처분만으로 충분할 것인지, 나아가 형벌이라는 제재를 동원하는 것이 필요한 것인지, 한 걸음 더 나아가 일반규정을 두는 외에 가중처벌규정까지 별도로 둘 것인지의 문제는 원칙적으로 입법자의 예측판단에 맡겨야 하는 사항이라고 보아야 할 것인데, 우리 형법의 입법자는 이 사건 법률조항의 입법 목적을 달성하기 위하여 가능한 여러 수단들을 다각도로 선택하고 그 효과를 예측한 다음 우리의 실정 등에 비추어 보다 단호한 수단을 선택·강구하는 것이 필요하다는 결론에 터잡아 이 사건 법률조항을 별도로 마련한 것으로 선택할 수 있고, 입법자의 이러한 판단이 현저히 자의적인 것이었다고 함부로 폄하하기도 어렵다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 헌법 제12조 제3항, 제16조의 영장주의 규정은 검사에게 경찰 수사과정에서 빚어지는 인권침해를 방지하도록 하는 인권옹호직무를 부여하고 있고, 형사소송법 제198조, 검찰청법 제4조 제1항, 정부조직법 제32조 제1항도 공익의 대표자인 검사에게 인권옹호직무가 있음을 뒷받침하고 있다. 이 사건 법률조항은 신분법 규정으로 행위주체인 ‘경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자’는 누구든지 인권침해소지를 수반하는 강제처분을 행사하는 때에는 인권보호를 위하여 발하여지는 검사의 직무명령이 이 사건 법률조항의 적용대상임을 쉽게 알 수 있으므로 구성요건의 의미는 분명하다고 할 것이고 검사의 주관적인 의사에 따라 그 적용 여부가 달라지는 것이 아니다. 이 사건 법률조항의 ‘명령을 준수하지 아니한 때’ 부분은 형법의 다른 규정들과의 상호관계를 고려하는 등 정당한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성 있는 원칙을 도출할 수 있다.

(2) 경찰에 의한 인권침해를 방지하고 검사의 인권옹호직무 수행을 최대한 보장하려는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하고, 사법경찰관리가 검사의 인권옹호에 관한 직무명령을 준수하지 않는 것은 피의자 등의 인권에 대한 직접적 침해 또는 구체적 위협을 수반할 가능성이 있으므로 이를 단순히 징계처분의 대상으로 하는 것은 제재효과가 지나치게 약하고 명령불준수

를 바로 직무유기로 단정할 수 없는 경우가 있으므로 이 사건 법률조항은 고유한 존재의의가 있다.

또한 이 사건 법률조항은 징역형과 자격정지형을 선택적으로 규정하고 하한에 대한 제한을 두지 않아 법관으로 하여금 구체적 사정에 따라 융통성 있는 형벌을 선택할 수 있도록 하여 처벌에 따른 피해를 최소화하고 있고, 이 사건 법률조항으로 인하여 보호되는 국민의 인권신장이라는 공익과 제한되는 사법경찰관리 개개인의 이익을 비교해 볼 때 공익적 효과가 사적인 피해보다 훨씬 크다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추었다.

(3) ‘사법경찰관리가 검사의 명령을 준수하지 않은 행위’와 ‘검사가 그 직무를 게을리 한 행위’는 본질적으로 동일한 것이라고 볼 수 없어 양자를 달리 처벌하더라도 차별취급 자체가 존재하지 않는다고 할 것이고, 가사 차별취급을 인정하더라도 이는 경찰에 의한 인권침해 피해를 방지하고 검사의 인권옹호직무 수행을 최대한 보장하기 위한 것으로 그 차별에 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

라. 대전지방검찰청검사장의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 일반 국민 전체를 수범자로 하는 것이 아니라 ‘경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자’를 수범자로 하여 적용 주체가 한정적이고 특히 이들은 일정 수준의 법률지식을 보유한 자라는 점에서 명확성의 원칙이 문제될 소지가 적다.

이 사건 법률조항은 ‘인권옹호에 관한’ 검사의 명령으로 그 대상을 한정하고 있고, 여기서 ‘인권’이란 경찰관리에 의한 범죄수사 기타 직무집행 과정에서 침해되기 쉬운 인권, 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유, 이를 테면 법률에 의하지 아니하고 체포·구금·압수·수색·심문을 받지 아니할 권리, 고문을 받지 아니할 권리, 자기에게 불리한 진술을 강요받지 아니할 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 내용으로 하는 것인바, 결국 ‘인권옹호에 관한’ 검사의 명령은 사법경찰관리의 직무수행 과정에서 피의자 등 관계인에 대한 인권침해를 방지 또는 시정하기 위한 검사의 명령이나 이를 실행하기 위해 불가분의 전제가 되는 등 밀접한 관련이 있는 것을 말한다고 할 것이다.

이러한 점에서 이 사건 법률조항은 법관의 보충적 해석을 통해 그 의미를 충분히 확인해 낼 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다고 할 것이며, 사회 평균인 특히 일정 수준의 임용시험을 통과하여 경찰의 직무를 행하는 공무원의 입장에서 합리적으로 판단할 때 그 구성요건이 무엇을 처벌대상으로 하는지 알 수 있다고 할 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 법정형이 ‘5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지’로 규정되어 있어 법관에게 양형재량이 부여되어 있고, 징역형을 선택할 경우에 있어서도 작량감경할 수 있으며, 집행유예나 선고유예를 할 수 있는 재량을 가지고 있다. 또한 이 사건 법률조항은 그 처벌대상이 타 범죄와 비교하여 볼 때 국가 사법체계의 근간을 흔드는 중요한 법익에 대한 침해행위에 해당하는 것이므로 이 사건 법률조항이 수인할 수 없을 정도로 법관의 양형재량을 제한한다고 볼 수 없다.

(3) 검사의 인권보장을 위한 수사지휘권의 실효성 보장이라는 목적달성을 위해 징계처분을 넘어 형사처벌이라는 단호한 수단을 선택·강구하는 것이 필요하다는 입법적 결단에 근거하여 이 사건 법률조항을 입법한 것이므로, 이 사건 법률조항에 해당하는 행위에 대하여 징계를 하거나 다른 형벌조항으로 처벌함으로써 충분하다는 견해가 곧바로 위헌의 근거가 될 수는 없고 위와 같은 입법재량범위 내의 결단은 존중되어야 할 것이며 이 사건 법률조항의 존재의 필요성은 충분하다.

【결정요지】

1. 범죄수사과정에서 초래될 각종 인권침해의 모습은 언제 어떻게 변화된 새로운 양상으로 나타날지 모르기 때문에 그 침해가 방지되어야 할 인권의 내용을 입법자가 일일이 서술적으로 열거하고 인권옹호에 관한 검사의 명령유형을 구체적으로 한정하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 그러므로 다소 불분명한 점이 있다 하더라도 궁극적으로 법원의 해석에 의하여 그것이 해소될 수 있다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 할 수 없다. 본죄의 입법취지 및 보호법익, 그 적용대상의 특수성 등을 고려하면 여기서 말하는 ‘인권’은 범죄수사과정에서

사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권, 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유를 그 내용으로 한다고 할 것이고, '검사의 명령'도 '사법경찰관리의 직무수행에 의해 침해될 수 있는 인신 구속 및 체포와 압수수색 등 강제수사를 둘러싼 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대하여 헌법이 보장하는 인권, 그 중 주로 그들의 신체적 인권에 대한 침해를 방지하고 이를 위해 필요하고도 밀접 불가분의 관련성 있는 검사의 명령'이라고 제한적으로 해석하는 등 얼마든지 그 의미를 명확히 할 수가 있을 것이다. 요컨대 이 사건 법률조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 특히 이 사건 법률조항의 피적용자가 사법경찰관리인 점과 또 그 취지상 이 조항은 이에 위반할 경우 사법경찰관리를 형사처벌까지 함으로써 준수되도록 해야 할 정도로 인권옹호를 위해 꼭 필요한 경우에 적용되어야 하는 점을 감안한다면 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가지고 서도 인권옹호에 관한 검사의 명령이 무엇인지 객관적으로 충분히 예측 가능하다 할 것이므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

2. 인권옹호에 관한 검사의 직무명령을 준수하지 않는 행위는 피의자 등의 인권에 대한 직접적 침해 또는 구체적 위협을 수반할 가능성이 있고, 검사의 인권옹호에 관한 직무집행에 장애를 초래하여 국가기능의 정상적이고 원활한 작동에 장애를 일으킬 위험이 있는바, 이러한 행위에 대해서는 엄중한 제재를 인정하여 인권침해의 가능성을 최대한 억제하고 사법경찰관리의 의무위반행위를 예방할 필요가 있다고 할 것이므로 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니한 사법경찰관리에 대하여 형사책임을 부과한 것은 입법재량의 범위 내의 입법권 행사라고 할 것이다.

또한, 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니한 행위를 직무유기죄로 처벌함으로써 이 사건 법률조항의 목적을 달성할 수 있다고 볼 수도 있으나, 직무유기죄는 일반조항의 성격을 가진 것이고 이 사건 법률조항은 기본권 보장의 국가의무와 그 중요성에 비추어 볼 때 그 중 특히 수사기관에 의하여 기본권이 침해될 위험이 있는 행위들을 분리하여 특별조항을 둠으로써 수사절차에서 침해될 수 있는 국민의 인권을 두텁게 보호하려는 것이므로 이를 과잉입법이라고 할 수는 없다.

한편 이 사건 법률조항에 해당하는 행위의 위험성에 비추어 볼 때 법정형의 상한 자체가 과도하게 높다고 보이지 않을 뿐만 아니라, 비교적 죄질이 가벼운 경우에 대하여는 선고유예까지 선고할 수 있으므로 행위의 개별성에 따라 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없다거나 책임과 형벌간의 비례의 원칙에 어긋나는 과잉 형벌이라고 보기는 어렵다.

재판관 이공현의 반대의견

‘인권’ 개념은 형법의 다른 조항이나 다른 형벌법규의 구성요건에서는 거의 사용되지 않는 매우 희소하고 특별한 표현이며 그 범위를 특정하기 매우 어려운 일반적이고 추상적인 표현에 불과하다. 그럼에도 이 사건 법률조항은 인권개념을 구체적으로 정의하지 않고 있고, 인권옹호에 관한 검사의 명령에 대하여 구체적인 유형을 실시하거나 그 내용을 정하고 있지 아니하여 여기에서의 인권의 의미가 어떤 것이며 검사의 다양한 업무에 관한 명령 중에서 인권옹호에 관한 명령이 어떤 것인지 범위를 알 수 없어 이 사건 법률조항은 매우 불분명한 것이라고 할 것이다. 극단적으로는 위 조항이 검사의 사법경찰관리에 대한 모든 명령을 포함하는 것으로 확장해석될 가능성이 있다. 이 사건 법률조항은 법관의 합리적인 보충적 법해석을 통하여도 명확하게 될 수 없는 추상적이고 자의적인 규정이므로 죄형법정주의의 원칙에서 파생된 명확성의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다.

【해설】

1. 이 사건 법률조항의 의미¹⁾

가. 이 사건 법률조항의 주체는 경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자인바 사법경찰관리, 즉 검사의 지휘를 받아 범죄의 수사를 하거나 이를 보조하는 공무원을 말하고 이러한 신분이 없이는 사실상 경찰 업무에 조력한다 하더라도 본죄의 주체가 될 수 없다. 일반사법경찰관리 뿐만 아니라 특별사법경찰관리도 포함한다.

1) 주석형법, 각칙(1), 478-481; 이재상, 형법각론(2004), 710-712; 김일수·서보학, 형법각론(2004), 870-872 각 참조

나. 이 사건 법률조항의 객체는 ‘인권옹호에 관한 검사의 명령’이다.

‘인권’이란 원래는 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 모두 포함하는 의미였지만 이렇게 본다면 검사의 명령 중 인권옹호와 무관한 것이라고는 거의 찾아볼 수 없을 것이나 검사의 명령 전부를 본죄의 보호대상으로 한다는 것은 ‘인권옹호에 관한’이라는 명문의 규정을 무의미하게 하는 것이다. 그러므로 본죄가 염두에 두고 있는 것은 사법경찰관리의 직무수행과정에서 일어나는 사법경찰관리에 의한 인권침해라는 관점에서 볼 때 본죄에서 말하는 ‘인권’은 사법경찰관리의 직무, 즉 범죄수사과정에서 사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권, 구체적으로 말하자면 피의자, 참고인, 기타 관계인의 인권을 의미하는 것으로서 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유, 이를테면 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·심문을 받지 아니할 권리, 고문을 받지 아니하며, 형법상 자기에게 불리한 진술을 강요받지 아니할 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 내용으로 할 것이다. 따라서 ‘인권옹호에 관한’ 검사의 명령은 사법경찰관리의 직무수행과정에서 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대한 인권침해를 방지 또는 시정하거나 응징하고자 하는 검사의 명령을 말하는 것이다. 인권옹호에 관한 검사의 명령으로는 체포·구속장소 감찰과 불법구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에 있어서의 석방명령 또는 사건송치명령(형사소송법 제198조의2)²⁾, 사법경찰관리의 인권침해를 감독·시정하기 위한 수사지휘권 행사(형사소송법 제196조, 검찰청법 제4조, 제53조, 제54조)³⁾, 사법경찰관리에 의한 인권침해

2) 제198조의2 (검사의 체포·구속장소감찰)

- ①지방검찰청 검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회이상 관하수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하여야 한다.
- ②검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다.

3) 형사소송법

제196조 (사법경찰관리)

- ①수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.
- ②경사, 순경은 사법경찰리로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다.
- ③전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

범죄(예컨대 형법 제124조, 제125조 등4)에 대한 수사 또는 수사지휘, 각종 강제처분에 관한 검사의 집행지휘(형사소송법 제81조, 제115조, 제209조5))

검찰청법

제4조 (검사의 직무)

- ①검사는 공익의 대표자로서 다음의 직무와 권한이 있다.
 1. 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항
 2. 범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독
 3. 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구
 4. 재판집행의 지휘·감독
 5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독
 6. 다른 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항
- ②검사는 그 직무를 수행함에 있어서 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.

제53조 (사법경찰관리의 의무) 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관 검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다.

제54조 (교체임용의 요구)

- ①서장이 아닌 경정이하의 사법경찰관리가 직무집행에 관하여 부당한 행위를 하는 경우에는 지방검찰청검사장은 당해 사건의 수사증지를 명하고, 임용권자에게 그 교체임용을 요구할 수 있다.
- ②제1항의 요구가 있는 때에 임용권자는 정당한 이유를 제시하지 아니하는 한 교체임용의 요구에 응하여야 한다.

4) 형법

제124조 (불법체포, 불법감금)

- ①재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.
- ②전항의 미수범은 처벌한다.

제125조 (폭행, 가혹행위) 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

5) 형사소송법

제81조 (구속영장의 집행)

- ①구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관 또는 수탁판사가 그 집행을 지휘 할 수 있다.
- ②전항 단행의 경우에는 법원의 서기관 또는 서기에게 그 집행을 명할 수 있다. 이 경우에 서기관 또는 서기는 그 집행에 관하여 필요한 때에는 사법경찰관리에게 보조를 요구할 수 있으며 관할 구역 외에서도 집행할 수 있다.
- ③교도소 또는 구치소에 있는 피고인에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관리가 집행한다.

제115조 (영장의 집행)

- ①압수·수색영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 단, 필요한 경우에는 재판장은 법원서기관 또는 서기에게 그 집행을 명할 수 있다.
- ②제83조의 규정은 압수·수색영장의 집행에 준용한다.

등을 들 수 있다.

‘명령’은 그 내용이 인권옹호에 관한 것이면 족하고 그 성질과 형식에 관한 제한은 없다. 명령은 행위를 명하는 것이건 행위의 금지를 명하는 것이건 서면에 의한 것이건 구두에 의한 것이건 불문한다. 본죄의 명령은 적법한 것이어야 하는가에 대해서 i) 적법성을 요한다는 입장 ii) 검사의 명령이 현저하게 위법한 것이 아니면 족하다는 입장 iii) 객관적으로 위법하다고 판단할 수 없는 정도의 것이면 족하다는 입장 등이 있는데 적법함을 요한다고 보는 입장이 통설이다.

다. ‘준수하지 아니하는 것’은 검사의 명령에 복종하지 아니하는 것으로 명령의 불복종은 전면적인 것이건 부분적인 것이건 가리지 아니한다. 본죄는 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니함으로써 성립하고 검사의 직무집행에 현실적인 장애가 발생할 필요는 없다.

2. 형법 제139조의 입법경위 및 입법취지

형법 제139조는 1953. 9. 18. 법률 제293호로 형법이 제정될 당시부터 형법에 규정된 것으로서, 당시 남조선과도정부 법령 제176호(형사소송법의 개정) 제21조의 말미6)에 규정되어 있던 처벌조항을 수정하여 위와 같이 형법으로 끌어 들인 조문이다. 형법 제정 당시의 국회 속기록에 의하면, 실질적으로 볼 때 검사의 정당한 직무집행을 방해하는 행위는 공무집행방해죄로, 검사의 정당한 직무명령을 준수하지 아니한 행위는 직무유기죄로 각각 처단할 수 있음에도 불구하고 굳이 형법 제139조를 별도로 규정하는 것은 불필

제209조(준용규정) 제71조, 제72조, 제75조, 제81조제1항 본문, 제3항, 제82조, 제83조, 제85조 내지 제91조, 제93조, 제101조제1항, 제102조제1항 본문(보석의 취소에 관한 부분을 제외한다)의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 피의자 구속에 준용한다.

6) 그 규정의 전문은 다음과 같다.

“지방검찰청장은 불법구속의 유무를 조사하기 위하여 소속 검찰관 1인 이상을 지명하여 관하 경찰서, 동 지서 및 유치장을 감찰케 하여야 한다. 지방검찰청장은 적어도 매월 1회 이상 관하 경찰서, 동 지서 및 유치장을 감찰케 하는 책임이 있다. 감찰하는 검찰관은 피구속자를 심신(審訊)하며 구속에 관한 서류를 조사하여야 한다. 검찰관이 피구속자가 불법으로 구속되었다고 인정하는 경우에는 경찰관서에서 송치하는 보통사건의 예에 의하여 즉시 경찰관서로부터 검찰청에 사건을 송치케 하여야 한다. 구속 또는 피의자에 대한 처우에 있어 불법이 있다고 인정하는 경우에는 검찰관은 이를 조사하여 법률에 의하여 소추하여야 한다. 본조에 규정한 검찰관의 직무집행을 방해한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역에 처한다.”

요하므로 이는 삭제되어야 한다는 의견도 있었지만, 경찰에 대한 행정적 인사는 경찰 조직의 상관에 있고 사법경찰관 직무에 대한 지휘권한은 검사에게 있는 관계로, 자칫 서로간의 이해관계 또는 의견이 충돌될 경우 인권옹호를 위한 검사의 명령이 준수되지 아니하거나 검사의 직무집행이 방해될 우려가 있으므로 이를 별도로 규정할 필요가 있다는 취지의 주장이 받아들여져 형법에 규정된 것이다.⁷⁾

현재 형법학자들은 입법론으로 형법 제139조의 타당성이나 필요성에 관하여 의문을 제기하면서 그 존치 여부를 재검토할 필요가 있다는 취지의 견해를 밝히고 있지만,⁸⁾ 다른 한편 형법 제139조에는 범죄 피의자의 인권을 보다 효율적으로 보호하기 위한 입법자의 의도가 깔려 있다고 분석하는 견해도 있을 뿐만 아니라, “우리 형법이 인신구속에 관한 직무를 행하는 자나 이를 보조하는 자에 의한 인권침해범죄(제124조, 제125조 등)를 둔 외에 다시 본죄와 같은 규정까지 마련한 것은 인권옹호에 대한 우리 형법의 집념을 느끼게 하는 것”이라고 평가하는 견해⁹⁾도 있다.

한편, 1980년대 말경에 이르러 법무부 형사법개정특별심의위원회 중 소위원회 등에서 형법 제139조의 삭제 여부를 심도 있게 논의하였는데, 소위원회에서의 심의결과 인권옹호의 필요상 이를 그대로 두자는 의견이 다수설¹⁰⁾이었기 때문에 형법이 제정된 이래 반세기가 넘도록 형법 제139조는 그대로 남아 있는 것이다.¹¹⁾

3. 외국의 입법례

7) 제16회 임시국회 본회의 속기록 참조

8) 이계상, 형법각론(2004), 711 검사의 직무집행을 방해하는 것은 공무집행방해죄에 해당하며 경찰관이 상명하복관계에 있는 검사의 명령을 준수하지 아니하는 것만으로는 형법에 의하여 처벌할 불법에 해당한다고 할 수 없으므로 본죄는 입법론상 삭제함이 타당하다고 함.; 박상기, 형법각론(2004), 665 본죄는 인권보호적인 수사관행을 확립하기 위한 구성요건으로서의 의의는 있으나 실효성에 의문이 있으며 검사의 인권옹호직무명령을 단지 준수하지 않았다는 이유만으로 경찰을 형사처벌하는 것 역시 타당하다고 볼 수 없다고 함.

9) 주석형법, 각칙(1), 478

10) 당시 위원 10명 중 9명이 이 사건 법률조항의 완전 폐지를 반대하였고(다만, 위원 3명은 이 사건 법률조항 중 후단 부분만을 삭제하자는 견해를 밝힌 것으로 보인다.), 1명만 이 사건 법률조항을 완전히 삭제하자는 입장을 취하였다.

11) 법무부 1988 발간, 형사법개정특별심의위원회 회의록 참조

가. 미국

미국 모범 형법안은 우리나라 형법 제139조 인권옹호직무방해죄와 유사한 조항을 규정하고 있지는 않다. 다만, 정부의 공권력 행사에 반하는 여러 행위를 범법행위로 규정하고 있는데, 그 중에는 우리나라 직무유기죄와 유사한 조항이 존재한다. 모범 형법안 제242조 제1항(§ 242.1)은 법의 집행이나 정부의 기능을 방해하는 것을 죄로 규정하면서 그 구성요건으로 어떤 사람(공무원만을 말하는 것이 아니다)이 고의적으로 힘, 폭력, 물리적 방해 및 장애, 자신의 직무 위반(breach of official duty), 또는 다른 모든 불법행위를 통하여 법의 집행이나 다른 모든 정부의 기능을 방해하거나, 손상하거나, 왜곡하는 경우, 이를 범죄로 규정하여 처벌할 수 있도록 하고 있다. 이 규정은 적용범위가 상당히 넓은데 다른 구체적 개별적 조항에 적용되지 않는 모든 경우를 포섭하는 포괄적 조항이기 때문이다. 우리나라 직무유기죄는 이 조항에 포함될 수 있을 것으로 판단되며, 이와 달리 우리나라 형법 제139조에 해당하는 조항은 존재하지 않는다.

나. 독일

독일 형법(Strafgesetzbuch)전에는 우리 형법 제139조의 인권옹호직무방해·명령불준수죄에 상당하거나 그와 유사한 규정을 찾아볼 수 없다. 다만, 독일 형법전은 제336조¹²⁾에서 직무행위불이행죄를 규정하고 있는데, 이 규정은 직무행위의 불이행을 수뢰죄(제331조), 중수뢰죄(제332조), 뇌물공여죄(제333조), 중뇌물공여죄(제334조), 특히 중대한 경우의 중수뢰 및 중뇌물공여 가중처벌규정(제335조)에 준하여 처벌하도록 하고 있다.

다. 일본

일본 형법은 ‘독직의 죄’를 규정한 장에서 우리 형법 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·불법감금), 제125조(폭행·가혹행위)와 유사한 규정을 두고 있을 뿐 별도로 이 사건 법률조항과 같은 규정을 두고 있지 아니하다.

12) 제336조 : “직무행위의 불이행에 대해서는 제331조 내지 제335조의 의미에 따른 직무행위 및 재판행위와 같게 처벌한다.”

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 죄형법정주의의 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 죄형법정주의의 명확성의 원칙

헌법 제12조 제1항 후문은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 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 때문이다(헌재 2005. 9. 29, 2003헌바52, 판례집 17-2, 136, 142-143).

(2) 이 사건 법률조항에 대한 검토

이 사건 법률조항 중 ‘경찰의 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자’는 사법경찰관리를 의미하는 것으로¹³⁾ 청구인도 이 부분이 불명확하다고 다루고 있지는 아니하고, ‘인권옹호에 관한 검사의 명령’, ‘명령을 준수하지 아니하는 때’ 부분이 불명확하다고 주장하는바 이에 대하여 차례로 검토한다.

(가) 인권옹호기관으로서의 검사의 지위

인권침해의 소지가 가장 많은 수사 분야에 있어 국민의 인권과 자유를 보

13) 주석형법 각칙(1), 478-479

호하기위하여 우리 헌법과 법률은 검사 제도를 두어 검사에게 준사법기관으로서의 지위를부여하고 철저한 신분보장과 공익의 대변자로서 객관의무를 지위 사법경찰의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 함으로써 경찰 수사과정상의 인권침해에 대해 능동적으로 대처하도록 하고 있다. 나아가 전속적 영장청구권(헌법 제12조 제3항), 수사주재자로서 사법경찰에 대한 수사지휘(형사소송법 제196조), 체포·구속장소 감찰(형사소송법 제198조의2) 등의 권한을 검사에게 부여하여 절차법적 측면에서 인권보호의 기능을 하게 하는 것이 현행 검사제도의 의의이며 일반적인 견해이기도 하다. 이러한 측면에서 검사의 수사에 관한 지휘는 수사과정에서의 인권침해를 방지하는 ‘인권옹호’를 당연히 포함한다고 할 것이다.¹⁴⁾

(나) 인권옹호에 관한 검사의 명령

이 사건 법률조항에 규정된 ‘인권’의 의미가 무엇인지, 그에 해당하는 범위가 어디까지인지는 다소 불분명한 점이 있다. 그러나 범죄수사과정에서 그 침해가 방지되어야 할 인권의 내용을 입법자가 일일이 서술적으로 열거하고 인권옹호에 관한 검사의명령 유형을 구체적으로 한정하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 그러므로 다소 불분명한 점이 있다 하더라도 통상적인 해석방법에 의하여 그것이 해소될 수 있다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 할 수 없다.

통상 ‘인권’이란 인간이 인간으로서 당연히 누리는 권리를 말하는 것으로 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 모두 포함하는 의미이겠지만¹⁵⁾ 본죄의 입법취지 및 보호범의, 그 적용대상의 특수성 등을 고려할 때 이 사건 법률조항이 염두에 두고 있는 것은 사법경찰관리의 직무수행과정에서 일어나는 사법경찰관리에 의한 인권침해라고 할 것이고, 따라서 여기서 말하는 ‘인권’은 사법경찰관리의 직무, 즉 범죄수사과정에서 사법경찰관리에 의하여 침해되기 쉬운 인권, 구체적으로 말하자면 피의자, 참고인, 기타 관계인의 인권을 의미하는 것으로서 주로 헌법 제12조에 의한 국민의 신체의 자유, 이를 테면

14) 이재상, 형사소송법(2000), 85면 참조

15) 권영성, 헌법학원론(2006), 285

참고로 국가인권위원회법은 제2조 제1호에서 동법에서 사용하는 “인권”을 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.”고 정의하고 있다.

법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·심문을 받지 아니할 권리, 고문을 받지 아니하며, 형법상 자기에 불리한 진술을 강요받지 아니할 권리, 변호인의 조력을 받을 권리 등을 내용으로 할 것이다. 따라서 ‘인권옹호에 관한’ 검사의 명령은 사법경찰관리의 직무수행과정에서 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대한 인권침해를 방지 또는 시정하고자 하는 검사의 명령을 말하는 것이라고 볼 수 있다.¹⁶⁾

한편 이 사건 법률조항의 피적용자는 사법경찰관리인데, 형사소송법 제196조에 의하면 사법경찰관리는 수사를 하거나 수사를 보조함에 있어 검사의 지휘를 받도록 되어 있고, 제198조는 “검사, 사법경찰관리 기타 직무상 수사에 관계있는 자는 비밀을 엄수하며 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하고 수사에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 한다.”라고 규정하고 있으며, 사법경찰관리 집행규칙(법무부령) 제27조 제1항 및 제31조 제3항¹⁷⁾에서는 긴급체포 및 현행범인의 체포시 인권침해가 없도록 신중을 기하여야 한다고 규정하고 있는바, 통상적으로 사법경찰관리는 이 사건 법률조항에서 규정하는 인권의 의미 및 인권옹호에 관한 검사의 명령이 무엇인지를 알 수 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 충분히 보완될 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인 및 이 사건 법률조항의 피적용자인 사법경찰관리라면 이 사건 법률조항의 객체인 인권옹호에 관한 검사의 명령이 무엇인지 예측할 수 있다 하겠다.

(다) 인권옹호에 관한 검사의 명령 ‘불준수’

명령 ‘불준수’의 사전적 의미는 명령을 ‘좃아서 지키지 아니함’이라는 것으로 이 사건 법률조항에서도 검사의 명령에 따르지 아니하는 것을 말한다고 할 것인바 여기에 불명확한 점이 있다고 보기 어렵다.

16) 주석형법 각칙(1), 479-480

17) 사법경찰관리 집행규칙(2005. 8. 26. 법무부령 제577호로 개정된 것)
제27조 (긴급체포) ①사법경찰관이 「형사소송법」 제200조의3제1항의 규정에 의한 긴급체포를 할 때에는 피의자의 연령·경력·범죄성향이나 범죄의 경중·태양 기타 여러사정을 고려하여 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 한다.
제31조 (현행범인의 체포) ③사법경찰관리가 현행범인을 체포하거나 현행범인을 인도받은 경우에는 특히 인권의 침해가 없도록 신중을 기하여야 한다.

청구인은 ‘그 명령을 준수하지 아니하는 때’ 부분이 객관적인 행위요건을 포함하지 아니하고 있고, 위 부분이 명확성의 원칙에 위반되지 않는다고 하려면 명령의 내용이 명확히 규정되어야 할 것인데 인권옹호에 관한 검사의 명령이 무엇인지 명백히 알 수 없다는 점에서 위 부분도 명확성의 원칙에 반한다고 주장하는데, 이는 명령 ‘불준수’ 자체의 의미가 불명확하다는 것이 아니라 준수의 대상인 ‘인권옹호에 관한 검사의 명령’이 무엇인지가 불명확하다는 주장이라고 할 것인바 이 점에 대해서는 위 (나)항에서 살펴본 바와 같다.

(라) 소결

그렇다면 이 사건 법률조항은 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

나. 이 사건 법률조항이 과잉입법인지 여부

(1) 사법경찰관리의 지위 및 의무

사법경찰관리에는 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리가 있다. 일반사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 하는 사법경찰관과 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하는 사법경찰관이 있으며 이 이외에도 법률에 의하여 사법경찰관리를 정할 수 있다(형사소송법 제196조18). 특별사법경찰관리는 삼림, 해사, 전매, 세무 등 특수분야의 수사를 담당하는 자로서 그 권한의 범위가 사항적·지역적으로 제한되어 있는 점에 특색이 있으며 사법경찰관리로서의 권한과 지위에 있어서는 일반사법경찰관리와 같다(형사소송법 제197조19).

사법경찰관리는 수사의 주재자인 검사의 보조기관이므로(형사소송법 제195조, 제196조20) 검사는 사법경찰관리에 대하여 수사에 관한 일반적 지휘

18) 형사소송법 제196조 (사법경찰관리)

- ① 수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.
- ② 경사, 순경은 사법경찰관으로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다.
- ③ 전2항에 규정된 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

- 19) 형사소송법 제197조 (특별사법경찰관리) 삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다.

권과 구체적 지휘권을 가지며 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관검사의 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다(검찰청법 제53조²¹⁾). 범죄수사는 인권과 밀접한 관계가 있기 때문에 인권을 철저히 보장하고자 하는데 그 이유가 있다.²²⁾ 한편 사법경찰관리는 국가공무원법상의 공무원인바, 국가공무원법은 공무원에게 법령준수의무와 성실의무(제56조), 직무상 명령 복종의무(제57조) 등의 의무를 부과하고 있으며, 그 의무위반행위 및 직무태만행위에 대하여 징계처분을 하고 있다(제78조).²³⁾

(2) 이 사건 법률조항의 입법취지 및 형사처벌의 필요성

(가) 이 사건 법률조항은 국가기능 중에서도 특히 검사의 인권옹호에 관한 직무집행 기능을 특별히 보호하려는 것이고, 이는 결국 인권을 보호하기 위한 것이다.²⁴⁾ 국가공권력이 직접 작용하는 수사는 그 성격상 인권침해의 소지가 가장 많은 분야이고 이에 대하여는 영장주의, 위법수집증거의 배제, 불법행위에 대한 손해배상, 무죄판결 등을 통해 법원에 의해 어느 정도 통제가 되고 있으나 이는 소극적, 간접적인 통제에 그친다. 이에 추가하여 우리

20) 형사소송법

제195조 (검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

제196조 (사법경찰관리)

①수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.

②경사, 순경은 사법경찰관으로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다.

③전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

21) 검찰청법 제53조 (사법경찰관리의 의무) 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관검사가 직무상 발한 명령에 복종하여야 한다.

22) 이재상, 형사소송법(2000), 171

23) 국가공무원법(2005. 12. 29. 법률 제7796호로 개정된 것)

제56조 (성실의무) 모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.

제57조 (복종의 의무) 공무원은 직무를 수행함에 있어서 소속상관의 직무상의 명령에 복종하여야 한다.

제78조 (징계사유)

①공무원이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 징계의결의 요구를 하여야 하고 동징계의결의 결과에 따라 징계처분을 행하여야 한다.

1. 이 법 및 이 법에 의한 명령에 위반하였을 때
2. 직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무를 포함한다)에 위반하거나 직무를 태만한 때

24) 주석형법, 각칙(1), 478면

헌법은 준사법기관의 지위를 지니고 신분이 보장된 검사로 하여금 사법경찰관리의 수사에 대한 지휘와 감독을 맡게 함으로써 경찰 수사과정상의 인권침해에 대해 능동적으로 대처하도록 하고 있으며 이 사건 법률조항은 실제법적인 측면에서 검사의 사법경찰관리에 대한 인권보호 기관으로서의 실효성을 담보하기 위한 것이다.

이 사건 법률조항에 해당하는 행위를 한 사법경찰관리에 대하여 징계처분을 하는 외에 형사처벌을 하는 것 또는 직무유기죄와 별도로 이 사건 법률조항을 두는 것이 과잉입법인지에 대하여 살펴본다.

(나) 특정의 인간행위에 대하여 그것이 불법이며 범죄라 하여 국가가 형벌권을 행사하여 이를 규제할 것인지, 아닌지의 문제는 그 사회의 시대적인 상황, 사회구성원들의 의식 등에 의하여 결정될 수밖에 없고, 따라서 기본적으로 입법권자가 정책적으로 판단할 문제에 속한다(헌재 2005. 9. 29, 2003헌바52, 판례집 17-2, 136, 144).

헌법상 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 지는바(헌법 제10조 제2문), 인권의 보호는 국가의 기능과 과제 중 가장 핵심이 되는 것으로서 이는 각종 법령에 따른 국가의 행위를 통하여 실현되어야 한다. 특히 수사절차의 경우 그 성질상 인권침해의 가능성이 높으므로 우리 헌법은 제12조 등에서 그와 관련한 자세한 기본권 조항들을 두고 있고 형사소송법, 검찰청법 등은 이러한 헌법규정을 구체화하는 것이다.

인권옹호에 관한 검사의 직무명령을 준수하지 않는 행위는 피의자나 피고인 등의 인권에 대한 직접적 침해 또는 구체적 위협을 수반할 가능성이 있는바, 수사절차에서 인권옹호의 급박성과 인권침해의 위험성을 고려할 때 인권을 옹호하기 위한 검사의 명령을 준수하지 아니하는 행위에 대해서는 엄중한 제재를 인정하여 범죄발생의 가능성을 최대한 억제할 필요가 있다고 할 것이다. 또한 위에서 본 바와 같이 사법경찰관리는 수사의 주재자인 검사의 보조기관으로서 검사는 사법경찰관리에 대하여 수사에 관한 일반적 지휘권과 구체적 지휘권을 가지며 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관검사의 직무상 발한 명령에 복종하여야 하여야 하는데, 이 사건 법률조항에 해당하는 행위는 이러한 의무를 위반한 것으로 검사의 직무집행에 장애를 초래하여 국가기능의 정상적이고 원활한 작동에 장애를 일으킬 위험이 있다. 그

리고 이러한 피해는 궁극적으로 국민이 감수하지 않을 수 없다. 이러한 점에서 형벌의 제재를 예정함으로써 사법경찰관리의 의무위반행위를 예방할 필요성과 그 위반행위에 대하여 법적 책임을 엄정하게 물을 필요성을 인정할 수 있다.

한편, 범죄수사과정에서 발생할 수 있는 인권침해를 예방하고 검사의 인권옹호에 관한 직무집행 및 명령의 실효성을 담보하기 위하여 행정상의 징계처분만으로 충분할 것인지, 아니면 나아가 형벌이라는 제재를 동원하는 것이 더 필요하다고 볼 것인지의 문제는 입법자의 예측판단에 맡겨야 한다. 일반적으로 볼 때 가장 중한 징계처분인 파면, 해임이라 할지라도 당사자에게 미치는 불이익한 효과는 형벌에 비해 미약하다고 할 수 있다. 그렇다면 입법자는 이 사건 법률조항의 입법목적인 국가기능 중에서도 특히 검사의 인권옹호에 관한 직무집행 기능을 보호함으로써 국민의 인권을 보호하기 위하여 가능한 수단들을 검토하여 그 효과를 예측한 결과 보다 단호한 수단을 선택하는 것이 필요하다고 보았다 할 것인데 이러한 입법자의 판단이 현저히 자의적인 것이라고는 보이지 않는바, 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니한 사법경찰관리에 대하여 형사책임을 부과한 것은 입법재량의 범위 내의 입법권 행사라고 할 것이다.

한편, 인권옹호에 관한 검사의 명령을 준수하지 아니한 행위는 직무유기죄에 해당하므로 직무유기죄로 처벌함으로써 이 사건 법률조항의 목적을 달성할 수 있다고 볼 수도 있다. 그러나 직무유기죄는 일반조항의 성격을 가진 것으로 법질서는 일반적인 규율을 넘어 특별한 법익질서를 보호하기 위한 특별규정을 동일한 법질서, 동일한 형법전 속에 두는 경우가 여기저기 산재해 있고, 입법자는 원칙적으로 그와 같은 형성권을 보유하고 있으므로 일반규정이 있음을 이유로 특별규정을 과잉금지 원칙에 어긋난다고 속단해서는 아니 된다. 살피건대, 이 사건 법률조항은 기본권 보장의 국가의무와 그 중요성에 비추어 볼 때 그 중 특히 수사기관에 의하여 기본권이 침해될 위험이 있는 행위들을 분리하여 특별조항을 둬으로써 수사절차에서 침해될 수 있는 국민의 인권을 두텁게 보호하려는 것이므로 이를 과잉입법이라고 할 수는 없다.

(3) 법정형이 과잉인지 여부

법정형의 종류와 범위의 선택의 문제는 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 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 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 2005. 9. 29. 2003헌바52, 판례집 17-2, 136, 146; 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 629). 또한 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞은 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 하면 족한 것으로 입법자가 법정형 책정에 관한 여러 가지 요소의 종합적 고려에 따라 법률 그 자체로 법관에 의한 양형재량의 범위를 좁혀놓았다고 하더라도, 그것이 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌간의 비례의 원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있다면, 이러한 법률을 위헌이라고 할 수 없다(헌재 2004. 6. 24. 2003헌바53, 판례집 16-1, 741, 750-751).

이 사건 법률조항은 법정형의 종류를 징역형과 자격정지형으로 선택적으로 규정하고 그 형의 하한에는 제한을 두지 아니한 채 다만 상한에 대하여만 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처하도록 제한을 두고 있다. 한편 이 사건 법률조항에 해당하는 행위는 피의자나 피고인 등의 인권에 대한 직접적 침해 또는 구체적 위협을 수반할 가능성이 있고 검사의 직무집행에 장애를 초래하여 국가기능의 정상적이고 원활한 작동에 장애를 일으킬 위험이 있다는 점에 비추어 볼 때 법정형의 상한 자체가 과도하게 높다고 보이지 않을 뿐만 아니라, 비교적 죄질이 가벼운 경우에 대하여는 개전의 정상을 참작하여 선고유예까지 선고할 수 있으므로 행위의 개별성에 따라 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없거나 책임과 형벌간의 비례의 원칙에 어긋나는 과잉 형벌이라고 보기는 어렵다.

청구인은 공무집행방해죄(형법 제136조), 위계에 의한 공무집행방해죄(형법 제137조)²⁵⁾와 비교하여 직접적인 폭행, 협박, 위계에 의하여 검사의 직무집행을 방해한 행위보다 단순한 의무불이행을 무겁게 처벌한다는 점에서 과잉금지 원칙에 반한다고 주장하는데, 위 범죄들과 비교해 볼 때 벌금형의 선고는 불가능하나 이는 이 사건 법률조항에 해당하는 행위의 불법의 중대성으로 볼 때 불합리하다고 할 수 없고 이 때문에 행위의 개별성에 맞추어 책임에 알맞은 형벌을 선고할 수 없는 것이 아니다. 또한 이 사건 법률조항은 검사의 명령 전부를 그 보호대상으로 하는 것이 아니라 그 중에서도 사법경찰관리의 직무수행과정에서 피의자, 참고인, 기타 관계인에 대한 인권침해를 방지 또는 시정하고자 하는 검사의 명령을 보호대상으로 한다는 점에서 이 사건 법률조항에 해당하는 행위의 불법이 공무집행방해죄나 위계에 의한 공무집행방해죄의 그것보다 가볍다고 속단할 수는 없다.

한편, 청구인은 인권옹호를 직무로 하는 검사가 그 직무를 의식적으로 게을리 한 경우 형법 제122조의 직무유기죄로 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지의 형벌을 받게 되는데 비해, 이 사건 법률조항은 검사보다 권한이 적은 사법경찰관리가 인권옹호직무에 관한 검사의 명령에 불응한 경우를 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지라는 중형에 처하도록 하고 있는바 평등원칙에 위반된다고 주장하나, 검사의 직무 또는 인권옹호에 관한 검사의 직무의 행위태양은 다양한 바²⁶⁾ 이를 의식적으로 게을리

25) 형법

제136조 (공무집행방해)

- ① 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 공무원에 대하여 그 직무상의 행위를 강요 또는 조지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행 또는 협박한 자도 전항의 형과 같다.

제137조 (위계에 의한 공무집행방해) 위계로써 공무원의 직무집행을 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

26) 검찰청법 제4조 (검사의 직무)

- ① 검사는 공익의 대표자로서 다음의 직무와 권한이 있다.
 1. 범죄수사·공소제기와 그 유지에 필요한 사항
 2. 범죄수사에 관한 사법경찰관리의 지휘·감독
 3. 법원에 대한 법령의 정당한 적용의 청구
 4. 재판집행의 지휘·감독
 5. 국가를 당사자 또는 참가인으로 하는 소송과 행정소송의 수행 또는 그 수행에 관한 지휘·감독
 6. 다른 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항

한 경우가 형법 제122조의 직무유기죄에만 해당한다고 단정할 수는 없고(경우에 따라서는 형법 제124조의 불법체포·감금죄가 성립할 수도 있을 것임), 그 불법의 정도도 경우에 따라 다를 것이다. 반면 이 사건 법률조항에 해당하는 행위는 위에서 본 바와 같이 피의자나 피고인 등의 인권에 대한 직접적 침해 또는 구체적 위협을 수반할 가능성이 있고, 사법경찰관리는 수사의 주재자인 검사의 보조기관으로서 범죄수사에 있어서 소관검사의 직무상 발한 명령에 복종하여야 하여야 하는데 이러한 의무를 위반한 것이므로 검사의 직무집행에 장애를 초래하여 국가기능의 정상적이고 원활한 작동에 장애를 일으킬 위험이 있는바 그 위반행위에 대하여 법적 책임을 엄정하게 물을 필요성을 인정할 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 규정된 법정형은 형벌체계상의 균형을 잃은 것이거나 책임과 형벌간의 비례원칙에 반하는 과잉형벌이라 할 수 없다.

다. 기타 청구인 주장에 대한 검토

청구인은 체포된 피의자를 검사실로 데려오도록 명할 수 있다고 규정한 체포·구속업무처리지침은 법률의 위임없이 제정된 것이고 달리 사법경찰관의 구속영장신청에 대하여 검사가 피의자를 유치하도록 명령할 수 있다는 법적 근거를 찾아볼 수 없으므로 사법경찰관에게 체포된 피의자의 면담을 위한 인지를 명하는 검사의 명령이 이 사건 법률조항에서 정한 인권옹호에 관한 검사의 명령에 포함한다고 할 수 없다고 주장하는데, 이러한 주장은 예비적 청구와 관련된 것으로서 이 사건 법률조항의 해석에 관한 것이므로 판단할 필요는 없다고 할 것이나 참고로 검토한다.

헌법 제12조 제3항은 검사에게 독점적 영장신청권을 부여하고 있고, 그에 따라 형사소송법도 사법경찰관은 검사를 통해서만 영장을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(형사소송법 제201조 제1항²⁷⁾). 이는 검사가 영장 사전심사를

②검사는 그 직무를 수행함에 있어서 국민 전체에 대한 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하며 부여된 권한을 남용하여서는 아니 된다.

27) 형사소송법 제201조(구속) ①피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있고 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다. (단서 생략)

통해 사법경찰관리 등이 범할 수 있는 피의자의 인권침해 등을 방지하려는 취지이며, 인권보호라는 검사 제도의 존재 이유에서 연원하는 것이고 검사의 지위와 기능에 대한 헌법적 결단이기도 하다. 검사의 영장심사, 나아가 기록심사만으로 불충분한 경우 검사가 피의자를 직접 면담하는 것은 헌법이 상정하는 검사의 기능에 의하여 당연히 인정되는 검사의 직무상의 권한일 뿐만 아니라 인권옹호기관으로서의 의무라고 해야 한다. 즉, 구속영장 청구 여부를 결정하기 위한 피의자 면담은 체포·구속업무처리지침(대검예규)²⁸⁾에 규정되기 이전부터 당연히 인정되는 것으로 위 예규에 의해 비로소 창설된 것이 아니며 검사의 인권옹호기관이라는 헌법적 결단과 검사의 독점적 영장청구권 규정에서 직접 도출되는 내용이다. 나아가 이러한 피의자 면담을 위해 검사가 피의자를 검찰청 등에 유치하도록 명령하는 것은 인권옹호를 위한 검사의 수사지휘권(형사소송법 제195조, 제196조²⁹⁾)에 당연히 포함되는 것으로 보아야 할 것이고, 사법경찰관리는 이러한 명령에 복종해야 할 의무가 있다고 할 것이다(검찰청법 제53조³⁰⁾).

28) 체포·구속 업무처리지침(개정 대검예규 기획 제346호, 2003. 8. 23)

7. 검사의 피의자 조사

가. 검사가 사법경찰관으로부터 구속영장의 신청을 받아 구속영장을 청구하는 경우 아래와 같이 혐의의 상당성과 도망 또는 증거인멸의 염려가 있는지 여부 등을 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피의자를 소환하여 조사할 수 있다.

- 1) 수사기록만으로는 범죄사실에 대한 소명 여부를 판단하기에 충분하지 아니한 경우
- 2) 구속의 사유 및 필요에 관하여 수사기록만에 의하여 판단하기 어려운 경우
- 3) 피의자가 긴급체포되거나 현행범으로 체포된 자로서 그 요건을 갖추었는지에 관하여 수사기록만에 의하여 판단하기 어려운 경우

나. 이 경우 별첨 제6호 서식에 의한 피의자조사결과서에 조사 내용을 기재하여 수사 기록에 편철하고, 구속영장청구부 비고란에 「검사의 피의자조사」라고 기재한다.

다. 검사가 조사를 위하여 피의자를 소환한 때에는 사법경찰관은 신속히 피의자를 검사에게 출석시켜야 한다.

29) 형사소송법

제195조 (검사의 수사) 검사는 범죄의 혐의있다고 사료하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 한다.

제196조 (사법경찰관리)

- ①수사관, 경무관, 총경, 경감, 경위는 사법경찰관으로서 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 한다.
- ②경사, 순경은 사법경찰리로서 검사 또는 사법경찰관의 지휘를 받아 수사의 보조를 하여야 한다.
- ③전2항에 규정한 자 이외에 법률로써 사법경찰관리를 정할 수 있다.

30) 검찰청법 제53조 (사법경찰관리의 의무) 사법경찰관리는 범죄수사에 있어서 소관

그렇다면 사법경찰관에게 체포된 피의자의 면담을 위한 인치를 명하는 검사의 명령은 이 사건 법률조항에서 정한 인권옹호에 관한 검사의 명령에 포함된다고 할 것이므로 청구인의 주장은 이유없다.

라. 결론

이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

5. 결정의 의의

이 결정은 이 사건 법률조항이 수사를 받는 사람의 인권을 보호하기 위해서는 필요한 조항이라는 점을 확인하고 인권옹호에 관한 검사의 직무명령을 준수하지 않는 사법경찰관리에 대해 형사책임을 부과한 것은 입법재량의 범위 내에 있음을 확인한데 의의가 있다고 할 것이다.

공직선거법 제26조 제1항에 의한 [별표2] 위헌확인 등

- 지방의회의원 지역선거구 확정 -

(헌재 2007. 3. 29. 2005헌마985·1037, 2006헌마11(병합), 판례집 19-1, 287)

김 인 숙*

【판시사항】

1. 시·도의원 지역선거구간 인구편차의 허용기준 및 선거구구역표 중 경기도 용인시 제1선거구란, 제3선거구란, 제4선거구란, 전라북도 군산시 제1선거구란 확정의 위헌 여부
2. 선거구구역표의 가분성 여부와 위헌선언의 범위
3. 인구비례가 아니라 행정구역별로 시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는 공직선거법 제22조 제1항의 위헌 여부
4. 위헌선언의 구체적 범위와 방법
5. 헌법불합치결정의 이유

【심판대상】

공직선거법 제22조 제1항 및 제26조 제1항에 의하여 확정된 [별표2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 “경기도 용인시 제1선거구란, 용인시 제2선거구란, 용인시 제3선거구란, 용인시 제4선거구란” 및 “전라북도 군산시 제1선거구란”(이하 이를 함께 ‘이 사건 선거구란들’이라 한다.)의 위헌 여부.

* 헌법연구원

제22조(시·도의회 의원정수) ① 지역구시·도의원정수는 그 관할구역안의 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역선거구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)마다 2인으로 한다.

제26조(지방의회의원선거구의 획정) ① 시·도의회의원지역선거구(이하 “시·도의원지역구”라 한다)는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역구로 된 경우에는 국회의원지역구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다)을 분할하여 이를 획정하되, 하나의 시·도의원지역구에서 선출할 지역구시·도의원정수는 1인으로 하며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 별표2와 같이 한다.

(별표2 생략)

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

2005헌마985 사건의 청구인들은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제1, 2, 3, 4 선거구에 각 주소를 두고 2006. 5. 31.에 실시될 예정이었던 경기도의회 의원선거에서 선거권을 행사하려던 사람들이고, 2005헌마1037 사건 및 2006헌마11 사건의 청구인들은 이 사건 선거구구역표 중 군산시 제1선거구에 주소를 두고 2006. 5. 31.에 실시될 예정이었던 전라북도의회의원선거에서 선거권을 행사하려던 사람들이다.

청구인들은 2005. 8. 31. 현재 이 사건 선거구구역표 상 해당 선거구의 인구가 전국 선거구의 평균인구수 및 경기도 또는 전라북도 내 다른 선거구의 평균인구수에 비하여 지나치게 큰 편차를 보여, 이 사건 선거구구역표 상 해당 선거구를 획정하는 것이 자신들의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 헌법상 보장된 평등권과 선거권을 침해하였다고 주장하면서, 2005. 10. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 2005헌마985 사건

2005. 8. 31. 현재, 이 사건 선거구구역표상 용인시 각 선거구의 인구는 199,503명, 126,896명, 170,369명, 195,723명으로서 평균 173,123명이고, 전국 선거구의 평균인구수 75,934명(2005년 말 추정 총인구 48,294,143명 ÷ 총선거구 636개)과 비교하여 약 +128%의 편차를 보이고 있으며, 경기도 내 최소 선거구인 연천군 선거구의 평균인구수 23,885명과 대비하여 약 7 : 1(제1선거구의 경우 최대 8 : 1)의 편차를 보이고 있다. 이는 헌법재판소가 제시한 헌법합치적 인구편차기준인 선거구 평균인구수의 상하 편차 50% 및 4 : 1의 편차를 넘어서는 것이다.

따라서 법 제26조 제1항에 의한 이 사건 선거구구역표의 선거구 확정은 청구인들의 투표가치를 지나치게 과소평가한 것이어서 선거구 확정에서의 국회의 재량권을 일탈한 것으로 평등선거원칙에 반할 뿐만 아니라, 청구인들에게 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것이다.

(2) 2005헌마1037 사건 및 2006헌마11 사건

2005. 8. 31. 현재 이 사건 선거구구역표상 군산시 제1선거구의 인구는 123,147명으로 전라북도 지역 전체 선거구의 평균인구수 55,665명(전라북도 총인구 1,892,590명 ÷ 총선거구 34개)보다 2배가 넘고, 무주군, 장수군 선거구의 평균인구수에 비해 약 10배를 초과하는 편차를 보이고 있다.

따라서 법 제22조 제1항이 인구비례와 상관없이 자치구·시·군마다 지역구 시도의원을 2명씩 선출하도록 규정한 것(2005헌마1037)과 이 사건 선거구구역표상 전라북도 군산시 제1선거구를 확정하는 것은 청구인들의 투표가치를 지나치게 과소평가하여 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해한 것이다(2005헌마1037, 2006헌마11).

나. 행정자치부장관의 의견

선거구의 확정에 있어서 최소선거구와 최대선거구의 인구수 비율은 그 나라의 독특한 정치적·사회적 상황에 따라 적절하게 결정되어야 할 것인바, 우리나라의 경우 급격한 산업화·도시화의 과정에서 도시와 농촌간의 극심

한 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형을 나타내고 있는데, 투표의 등가성을 고려한다 하여 여러 측면에서 성격이 다른 지방의원지역선거구를 국회의원지역선거구와 동일 잣대로 엄격하게 인구비례만을 기준으로 설정한다면, 이는 결과적으로 인구가 적은 농촌지역과 저개발지역을 더욱 소외시키고 그 지역대표성을 박탈하는 결과를 유발하게 되며 나아가 정치적 불안정을 초래할 우려가 있으므로 국회의원 선거에서보다 완화된 인구편차기준이 필요하다.

제4회 전국동시지방선거가 2006. 5. 31.로 임박해 있는 상황에서 투표등가의 원칙을 그대로 관철시키고자 이 사건 선거구구역표를 위헌이라고 결정한다면, 위 지방선거를 정해진 날짜에 치루는 것이 사실상 불가능하게 되므로, 선거구 사이의 인구편차가 위헌기준을 초과한다 할지라도 국회의원선거구 개정시까지 이를 잠정적으로 수용하는 것이 타당하다.

【결정요지】

1. 가. 시·도의원 지역선거구의 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리나라의 특수사정으로서 시·도의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이며, 현시점에서는 상하 60%의 인구편차(상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1) 기준을 시·도의원 지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준으로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다.

나. 경기도 용인시 제1선거구, 제3선거구, 제4선거구 및 전라북도 군산시 제1선거구의 경우 헌법상 인구편차 허용기준인 상하 60%의 편차를 넘어서는 것이어서, 이러한 인구편차를 통해서 발생한 투표가치의 불평등은 합리적 사유에 의하여 정당화될 수 없으므로, 공직선거법 제26조 제1항에 의하여 획정된 [별표2] 「시·도의회의원지역선거구구역표」(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 중 “경기도 용인시 제1선거구란, 용인시 제3선거구란, 용인시 제4선거구란” 및 “전라북도 군산시 제1선거구란”의 획정은 시·도의회의원 지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 국회의 재량 범위를 일탈한 것

으로서 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 헌법상 보장된 선거권과 평등권을 침해하는 것이다.

2. 각 시·도에 해당하는 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 각 시·도에 해당하는 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 떠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라, 제소된 당해 선거구에 대하여만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원의 제소기간의 적용 때문에 제소된 당해 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면 각 시·도에 해당하는 선거구구역표 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 타당하다 할 것이어서, 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 지역선거구들 부분과 전라북도의회의원 지역선거구들 부분 전체에 대하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다.

3. 인구편차에 의한 투표가치의 불평등은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제1, 3, 4선거구 및 군산시 제1선거구 부분의 획정에서 뿐만 아니라 인구비례가 아닌 행정구역별로 시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는 공직선거법 제22조 제1항에서 시원적(始原的)으로 생기고 있으므로 공직선거법 제22조 제1항도 결과적으로 청구인들의 헌법상 보장된 선거권과 평등권을 침해한다고 할 것이다.

4. 시·도의원 의원정수 배분 및 선거구구역표 획정의 문제는 자치구·시·군의 인구규모, 행정구역, 지세, 교통, 도시·농촌 간 인구편차, 지역별 개발 불균형 등 복합적인 요인에 의해 영향을 받을 수 있기 때문에, 우리 재판소가 이에 관하여 일정한 개선입법의 방향까지 제시하기란 지극히 어려운 것이며, 위와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 여기서는 단지 시·도의원정수를 2인으로 일률적으로 규정한 공직선거법 제22조 제1항 및 이에 기초한 이 사건 선거구구역표 중 해당부분에 대한 위헌선언을 하는데 그치기로 한다.

5. 이미 위 법률조항과 선거구구역표 부분에 기한 시·도의원선거가 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면, 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경

우 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점, 시·도의회의 동질성 유지나 의원 정수와 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에 위 법률조항과 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가 2008. 12. 31.을 시한으로 이를 개정할 때까지 위 법률조항과 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.

재판관 김종대의 별개의견

선거구획정에 있어서 기본 틀이 되는 핵심적인 사항은 어디까지나 인구비례의 원칙이고, 그 이외의 비인구적 요소 즉 행정구역·지세·교통·도시와 농어촌과의 차이점, 기타 여러 가지 정책적 요소 등은 부수적인 고려사항이다.

최대선거구와 최소선거구 간의 인구편차가 2 : 1 이상 벌어진 경우에는 최소선거구의 선거인에게 최대선거구의 선거인과 비교하여 두 사람 몫 이상의 투표가치를 인정하는 것이 되어 현저한 불평등을 초래하므로 인구편차 2 : 1은 선거구획정에서 꼭 지켜져야 할 논리적이고 산술적인 평등선거 제한의 한계가 되는 것이다.

재판관 이공현, 재판관 조대현의 반대의견

헌법 제118조 제2항은 지방의회 의원의 선거에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임하였고, 공직선거법은 기초자치단체의 의원은 인구수를 고려하여 선출하도록 하면서 광역자치단체의 의원은 각 기초자치단체의 인구수를 불문하고 각 기초자치단체마다 2인씩 선출하도록 하고 있는바, 이러한 지방의원 선출기준의 구별은 기초자치단체와 광역자치단체의 중층적(重層的) 구조와 기능의 차이를 반영한 것으로서 나름대로 합리성을 가진 선택방안이라고 볼 수 있으므로 헌법에 위반된다고 보기 어렵다. 따라서 광역자치단체의 의원 선거에 있어서는 각 기초자치단체별로 2인씩 선출하게 되므로, 동일한 기초자치단체 내에서 선거구별 인구비례를 따질 수 있을 뿐이고 서로 다른 기초자치단체의 선거인수를 비교하여 선거의 평등을 따져서는 안된다.

【해설】

1. 쟁점의 정리 및 제한되는 기본권

법 제22조 제1항은 지역구시·도의원정수는 그 관할구역안의 자치구·시·군마다 2인으로 정하고, 하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구마다 2인으로 정하도록 규정하고 있다. 그리고 법 제22조 제1항에 규정된 자치구·시·군 또는 국회의원지역선거구별 지역시·도의원 정수를 선출하기 위하여, 법 제26조 제1항은 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여, 자치구·시·군 또는 국회의원지역구를 분할하여 1인의 의원을 선출하는 지역선거구를 확정하고 있으며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 이 사건 선거구구역표와 같이 정하고 있다.

그런데 이 사건 선거구구역표로 확정된 시·도의회의원 지역선거구들 간에는 뒤에서 보는 바와 같이 상당한 인구수의 편차가 존재하고 있는바, 이와 같은 선거구구역표상 인구편차는 투표가치의 불평등, 즉 인구가 많은 선거구에 거주하는 선거권자는 상대적으로 인구가 적은 선거구에 거주하는 선거권자에 비하여 지방의회의원선거에서 자신들의 투표가치가 과소평가되는 결과를 초래하고 있으므로, 이러한 투표가치의 불평등이 헌법상 보장된 평등권과 선거권을 침해하는지가 문제된다. 말하자면 법 제26조 제1항에 의해 확정된 이 사건 선거구구역표 중 해당부분 및 근원적으로는 법 제22조 제1항이 청구인들의 투표가치를 과소평가하여 헌법상 보장된 선거권이나 평등권을 침해하여 위헌인지 여부가 쟁점이 된다.

2. 시·도의회 의원 지역선거구 획정에서의 헌법적 요청 사항

가. 지방의회의원선거와 평등선거의 원칙

(1) 우리 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고, 제24조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.”고 규정하며, 제41조 제1항은 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된

국회의원으로 구성한다.”고 규정함으로써 평등선거의 원칙을 선언하고 있다. 이러한 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 1인 1표의 원칙(one person, one vote)과 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 한다는 원칙(one vote, one value)을 그 내용으로 할 뿐만 아니라[헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 771; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합), 판례집 13-2, 502, 509 참조], 일정한 집단의 의사가 정치과정에서 반영될 수 없도록 차별적으로 선거구를 획정하는 이른바 ‘게리맨더링(Gerrymandering)’에 대한 부정을 의미하기도 한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510 참조).

(2) 이러한 평등선거의 원칙은 헌법 제118조 제2항에서 규정하는 지방의회 의원선거에 있어서도 그대로 적용된다고 할 것이며, 특히 지방자치법 제26조의2는 “지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된다.”고 규정함으로써 이를 확인하고 있다.

무릇 지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 일정한 지역의 주민이 그 지방주민의 복리에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제117조 제1항)를 그들 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 99-100 참조).

그런데 지방자치제도의 성공 여부는 주민들의 의사가 제대로 정치의사결정에 반영되는지 여부에 달려 있으므로, 지방의회의원선거에 있어 선거구의 획정은 선거결과가 가능한 한 주민의 의사를 바르게 반영할 수 있도록 마련되어야 한다. 따라서 주민의 대표자를 선출하는 절차로서 지방의회의원선거에 있어서 선거권의 평등이 침해된다면 주민의 의사가 왜곡되는 결과가 되고 이로 인하여 지방자치 민주주의의 본질과 정당성이 훼손된다고 할 것이다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 509 참조).

나. 지방의회의원 선거구획정에 관한 입법재량과 그 한계

헌법 제118조 제2항은 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체

의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하여 지방의회 의원 선거제도와 선거구 획정에 관한 구체적인 결정을 국회에 맡기고 있다. 즉 국회는 지방의회 의원 선거구를 획정함에 있어서 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간의 인구의 균형뿐만 아니라, 우리나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려할 수 있는 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다.

이에 따라 공직선거법은 시·도회의의 의원정수에 관하여 제22조 제1항에서 “지역구시·도의원정수는 그 관할구역안의 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역선거구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다.)마다 2인으로 한다.”고 규정하고, 지방의회의원선거구의 획정에 관하여 제26조 제1항에서 “시·도회의의원 지역선거구(이하 “시·도의원지역구”라 한다.)는 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 자치구·시·군(하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역구로 된 경우에는 국회의원지역구를 말하며, 행정구역의 변경으로 국회의원지역구와 행정구역이 합치되지 아니하게 된 때에는 행정구역을 말한다.)을 분할하여 이를 획정하되, 하나의 시·도의원지역구에서 선출할 지역구시·도의원정수는 1인으로 하며, 그 시·도의원지역구의 명칭과 관할구역은 별표 2와 같이 한다.”고 규정함으로써 이러한 취지를 반영하고 있다.

그러나 지방의회 의원 선거구획정에 관하여 국회의 광범한 재량이 인정된다고 하여도, 선거구획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수는 없으므로, 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 한계가 존재한다. 즉, 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비하여 일차적인 기준이기 때문에, 합리적 이유 없이 투표가치의 평등을 침해하는 선거구획정은 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다.

그렇다면 국회가 실시한 구체적인 선거구획정에서 투표가치의 불평등이 발생한 경우에, 이러한 불평등이 여러 가지 비인구적 요소를 모두 참작한다고 하더라도 합리적이라고 판단할 수 없을 경우에는 국회의 입법재량을 일

탈한 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224 등, 판례집 7-2, 760, 773; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 511 참조).

다. 시·도의회의원 선거구 획정에서의 고려요소

(1) 인구비례원칙

시·도의회 의원 선거구 획정에 있어서도 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 가장 중요하고도 우선적인, 일차적인 기준으로 고려되어야 하며, 그 이유는 다음과 같다.¹⁾

첫째, 지방의회 의원은 어디까지나 지방 주민 전체의 대표이지 어느 특정 지역이나 집단의 대표가 아니어서 도시지역의 의원이라고 하여 반드시 도시와 농어촌지역의 균형적인 발전이라는 국가적 이익을 외면할 것이라고 볼 수는 없으며, 가사 의원이 어느 정도까지 특정지역주민이나 집단의 의사를 시·도정에 반영하는 기능을 하고 있다고 하더라도 규범적으로 헌법이 규정한 평등의 원칙의 한계를 넘어서까지 정당화될 수는 없다.

둘째, 소수파의 이익보호가 민주주의의 중요한 요소이기는 하나, 소수파의 이익보호가 꼭 특정지역의 주민에게 다른 지역의 주민보다 더 많은 투표가치를 인정하는 방법으로 실현되어야 할 것인지는 의문이며, 이러한 방법은 다수의 횡포를 방지하기보다는 오히려 소수의 횡포를 초래할 수 있다.

셋째, 선거구획정에 있어서 인구비례의 원칙을 일차적으로 고려하지 않아도 된다면, 그 기준의 불명확성으로 말미암아 게리맨더링의 위험은 더 커진다.

넷째, 인구의 도시집중으로 인하여 발생하는 도시지역의 환경오염, 주거환경의 악화, 교통난의 심화 등을 고려한다면, 반드시 도시지역이 농어촌지역보다 이익을 누리고 있다고 보기도 어렵고, 오히려 도시빈민 또는 도시주변의 주민들이 보호받아야 할 소수파라고 볼 수도 있다.

1) 한위수, “선거구 인구불균형과 그 사법적 구제”, 서울대학교 법학석사학위논문, 1983, 71-77면 및 박홍우, “국회의원지역선거구획정과 선거권의 평등”, 김용준 헌법재판소장 화합기념 논문집, 재판의 한길, 1998, 79-80면 참조.

(2) 행정구역

시·도의회 의원 지역 선거구획정에 있어서는 각 자치구·시·군이 관할하는 행정구역이 인구비례원칙과 더불어 중요하게 고려되어야 하는데 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 행정구역은 주민의 생활단위로서 밀접한 관계를 형성하므로 일체로서 선거구가 획정될 필요가 있다. 예컨대 인구 20만을 기준으로 선거구획정이 이루어질 때 A군의 인구가 22만, B군의 인구가 18만이라면 A군의 일부를 떼어 B군과 합쳐 1선거구로 만듦으로써 인구 20만의 선거구로 하느니보다는 각 군의 경계선을 그대로 선거구의 경계선으로 인정함이 타당할 것이고, 이는 게리맨더링의 방지를 위하여 필요한 것이기도 하다.²⁾

둘째, 인구비례원칙에 의하면 선거구획정에 있어서 행정구역은 별 의미를 가지지 못하게 되고, 인구변동에 따라 수시로 선거구가 재획정되어야 하므로, 그만큼 게리맨더링의 위험성이 커진다.

셋째, 현재의 자치구·시·군을 기초자치단체로 인정하는 이상, 각 자치구·시·군이 독자적인 역사적·정치적·경제적·사회적 단위로서의 성격을 갖는다는 것을 인정하고 지역구에서 선출하는 시도의원으로 하여금 각 자치구·군을 구성하는 지역의 의사를 대변할 수 있는 지역대표성을 갖도록 해야 한다.

넷째, 특히 인구의 도시집중현상으로 인하여 농어촌지역의 인구는 감소추세에 있고, 농어촌지역은 도시지역에 비하여 경제적·문화적으로 많은 불이익을 입고 있는데 단순히 인구비례로 선거구를 획정한다면 도시지역과의 격차가 더욱 심해질 염려가 있다.

(3) 기타 고려 요소

공직선거법 제26조 제1항이 규정하고 있는 “지세·교통” 뿐만 아니라 일본 최고재판소 1976(소화 51). 4. 14. 판결에서 들고 있는 “면적의 대소, 인구 밀도, 주민구성” 등도 고려될 수 있을 것이며, 우리나라의 특수성을 고려하여 시·도의원이 범리상 주민의 대표이기는 하나 현실적으로는 어느 정도의 지역대표성도 겸하고 있다는 점, 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의

2) 한위수, 앞의 글, 77-78면 참조.

도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형이 선진외국의 경우보다 현저한 우리나라의 현실에 있어서 단순히 인구비례만 고려하여 선거구를 획정하는 경우에는 각 분야에 있어서의 도·농간의 격차가 더 심화될 우려가 있다는 점 등을 감안한다면 선거구간의 인구비례의 원칙을 완화해야 할 정책적인 필요가 있다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 775 참조).

(4) 소결론

선거권의 평등은 투표가치의 평등을 의미하므로 시·도의회 의원 선거구 획정에 있어서도 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 일차적인 기준이 된다.

그렇지만 시·도의원이 주민의 대표이기는 하나 지역대표성도 겸하고 있고, 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형이 존재하는 우리나라의 특수성 등을 고려할 때, 시·도의원 지역구 선거구 획정에 있어서는 행정구역 기준을 인구비례원칙 못지않게 고려해야 할 필요성이 크다.

그렇다면 시·도의회 의원 선거구 획정에 있어서는 인구비례의 원칙 이외에 행정구역 등 2차적 요소들을 적절하게 고려하여 선거구들 사이에 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화하고, 이를 통해서 합리적인 인구편차기준을 설정하는 것이 문제된다고 할 것이다.

라. 국회의원 지역선거구간 인구편차 기준에 대한 헌법재판소 판례

(1) 헌법재판소는 1995. 12. 27. 선고한 95헌마224등 결정에서 “부산 해운대구·기장군 선거구(370,530명, 상한 111%)와 서울 강남구 을선거구(282,300명, 상한 61%)는 전국 선거구의 평균인구수(175,460명)에서 상하 60%의 편차(상한 280,736명, 하한 70,184명)를 넘어선 것으로서, 위 각 선거구의 획정은 국회의 재량의 한계를 일탈한 것이므로 위헌이라고 판단한 후, 공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 동법 [별표 1] 「국회의원지역선거구구역표」 전체가 위헌이라고 판단하였는데, 선거구획정시 인구편차의 허용범위에 관한 재판관들의 의견은 다음과 같이 나누어졌다(헌재 1995.

12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760 참조.)³⁾

㉔ 재판관 김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언의 의견

현재 우리나라의 제반 여건 아래에서는 적어도 국회의원의 선거에 관한 한, 전국 선거구의 평균 인구수(전국의 인구수를 선거구수로 나눈 수치)에 그 100분의 60을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하는(즉, 상하 60%의 편차를 초과하는) 선거구가 있을 경우에는, 그러한 선거구의 획정은 국회의 합리적 재량의 범위를 일탈한 것으로서 헌법에 위반된다.

[위 5인 의견에 대한 재판관 김문희, 황도연, 신창언의 보충의견]

국회는 현재의 국회의원지역선거구간의 인구불균형에 대하여 스스로 이를 시정하기 위한 필요하고도 합리적인 기간 안에 최대선거구의 인구가 최소선거구 인구의 2배를 넘지 아니하는 수준으로 조정함이 마땅하며, 국회가 그 시정을 하기 위한 합리적인 기간이 지난 뒤에는 최대·최소 선거구간의 인구편차를 2 : 1 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이다.

[위 5인 의견에 대한 재판관 김진우의 보충의견]

최대인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율이 전국적으로 4 : 1 이 넘거나, 도시의 각 선거구 사이 또는 농어촌의 각 선거구 사이에 3 : 1 이상이 된다면 국회의원선거에 있어서 평등선거의 원칙에 저촉되는 위헌적인 선거구구역획정이라고 아니할 수 없으며, 앞으로는 위 비율이 모두 2 : 1 미만이 되도록 조정되어야 한다.

㉕ 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고중석의 의견

인구비례의 원칙에 따라 전국 선거구의 인구편차를 1차적인 기준으로 삼아야 할 것이나, 지역대표성과 도·농간의 극심한 인구편차 등 특수사정에 맞지 않는 불합리한 결과가 생기므로, 위 기준 이외에 도시 유형의 선거구와

3) 위 사건에서 관련된 법 조항 :공직선거및선거부정방지법(1995. 8. 4. 법률 제4957호로 개정된 것)제21조 (국회의 의원정수) ① 국회의 의원정수는 지역구국회의원과 전국구국회의원을 합하여 299인으로 한다.

② 하나의 국회의원지역선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1인으로 한다. 제25조 (국회의원지역구의 획정) ①국회의원지역선거구(이하 "국회의원지역구"라 한다)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 "구·시·군"이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다.

② 국회의원지역구의 명칭과 그 구역은 별표 1과 같이 한다.

농어촌 유형의 선거구를 따로 나누어 각각의 인구편차를 다른 하나의 기준으로 삼아야 한다. 즉 우리의 국회제도 등과 외국 입법례 등에 비추어 보면, 전국적인 선거구간의 인구편차의 허용 한계는 전국 선거구 평균 인구수에서 상하 60%(상, 하한 비율 4 : 1), 도시 유형의 선거구 상호간과 농어촌 유형의 선거구 인구수에서 상하 50%(상, 하한 비율 3 : 1)로 봄이 상당하다. 따라서 전국 선거구의 평균인구수에서 그 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균 인구수에서 그 상하 50%의 편차를 초과하는 선거구의 획정은 국회의 입법형성의 재량범위를 일탈하는 것으로서 헌법에 위반된다.

(2) 헌법재판소는 2001. 10. 25. 선고한 2000헌마92·240(병합) 결정에서 “경기 안양시 동안구 선거구(328,383명, 상한 57%)”는 전국 선거구의 평균인구수(208,917명)에서 상하 50%의 편차를 넘어선 것으로서, 위 선거구의 획정은 국회의 재량의 한계를 일탈한 것이므로 위헌이라고 판단한 후, 공직선거 및 선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 동법 [별표 1] 「국회의원지역선거구구역표」 전체가 위헌이라고 선고하였는데, 다수의견은 인구편차의 허용기준에 대하여 다음과 같이 판시하였다[헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합), 판례집 13-2, 502 참조].

인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 현시점에서 선택 가능한 방안으로 상하 33⅓% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2 : 1)를 기준으로 하는 방안, 또는 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3 : 1)를 기준으로 하는 방안이 고려될 수 있는데, 이 중 상하 33⅓% 편차 기준에 의할 때 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상되므로, 우리 재판소가 선거구획정에 따른 선거구간의 인구편차의 문제를 다루기 시작한 지 겨우 5년여가 지난 현재의 시점에서 너무 이상에 치우친 나머지 현실적인 문제를 전적으로 도외시하기는 어렵다고 할 것이어서, 이번에는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를 기준으로 위헌 여부를 판단하기로 한다. 그러나 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차가 상하 33⅓% 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이다.

[재판관 한대현, 재판관 하경철의 반대의견]

우리 재판소가 1995. 12. 27. 선고한 위 95헌마224등 결정의 취지에 의하면 적어도 어떤 선거구가 전국 선거구의 평균 인구수를 기준으로 상하 60%의 편차를 초과하지 아니하는 한 그 선거구는 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없다고 할 것인데, 2000. 3. 22. 현재 위 “경기 안양시 동안구 선거구”의 인구수는 328,383명으로서 당시 전국 선거구의 평균인구수 208,917명을 기준으로 +57%의 편차를 보이고 있으므로, 위 결정에서 제시한 기준에 의할 때 위 선거구가 헌법에 위반된다고 할 수는 없음은 명백하다.

마. 지방의회의원 지역선거구 인구편차에 관한 외국 입법례와 판례

미국 연방대법원은 연방하원의 경우와 주(州)의회의원의 경우에 그 기준을 달리하여 연방하원의 의원정수배분에 관하여는 매우 엄격한 기준을 적용하고 있으나, 주(州)의회의원의 의원정수배분에 관하여는 평등의 원칙을 적용하되 상대적으로 관대하여 선거구 평균인구수로부터 상하 10% 미만의 편차는 일용 합헌인 것으로 보고 있다. 일본 최고재판소는 중의원의원선거의 경우에는 최대선거구와 최소선거구의 인구비율 3 : 1 정도를 선거권평등 위반 여부의 기준으로 삼고 있으나, 참의원의 경우에는 이보다 더 기준을 완화하여 심지어 5.85 : 1의 인구불균형도 위헌의 정도에는 이르지 아니한다고 판시하고 있다. 1996. 11. 15. 개정된 독일 연방선거법 제3조 제1항 제3호는 선거구획정시 준수하여야 할 원칙의 하나로서 “한 선거구의 인구수가 선거구의 평균인구수로부터 상하 각 100분의 15를 초과하는 편차를 보여서는 아니되며, 편차가 100분의 25를 초과한다면 새로운 선거구획정이 이루어져야 한다.”고 규정하고 있는데, 이는 원칙적으로 상하 편차 25%를 허용한도로 하되, 상하 편차 33⅓%는 반드시 준수해야 한다는 중전규정보다 엄격한 것이라 할 수 있으며, 이와 같이 연방선거법이 개정되기 전에 연방헌법재판소는 선거구의 인구편차가 선거구의 평균인구수로부터 위, 아래로 그 33⅓%를 초과하는 경우에는 위헌이라고 선언하고 있다.

바. 시·도의회 의원 지역선거구간 인구편차의 허용기준

이상에서 살펴본 외국입법례와 판례 및 여러 가지 요소들을 기본으로 하

여, 시·도의회 의원 지역선거구간에 인정되는 인구편차 기준을 살펴보기로 한다.

(1) 우선 인구편차의 허용기준에 관하여, 최소선거구의 인구수를 기준으로 할 것인가 아니면 시·도 선거구의 평균인구수를 기준으로 할 것인가가 문제된다.

우리 재판소는 국회의원 지역선거구구역표에 관한 95헌마224등 결정⁴⁾에서 독일연방선거법의 규정이나 독일연방헌법재판소의 판시기준 및 당시 중앙선거관리위원회의 의견 등의 예에 따라 전국 선거구의 평균인구수를 기준으로 하여 인구편차의 허용기준을 제시하였으므로, 여기서도 시·도 선거구의 평균인구수를 기준으로 한다.

(2) 한편 구체적으로 선거구 획정에 있어 입법재량의 한계, 즉 헌법상 용인되는 각 선거구 사이의 인구편차의 한계를 어디까지 용인할 것인가는 인구비례의 원칙 이외에 고려되어야 할 2차적 요소들을 얼마나 고려하여 선거구 사이의 인구비례에 의한 투표가치 평등의 원칙을 완화할 것이냐의 문제이다. 지금까지 앞에서 살펴본 여러 가지 사정을 종합하여 보건대, 인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 인구편차가 상하 33⅓% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1)를 기준으로 하는 방안, 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1)를 기준으로 하는 방안, 상하 60% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1)를 기준으로 하는 방안 등이 고려될 수 있다.

(가) 상하 33⅓% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2:1)를 기준으로 하는 방안

4) “살피건대 선거구간의 인구불균형의 문제를 엄격한 평등원칙의 측면 즉 차별 여부의 문제로서만 파악하는 한 최소선거구의 인구수와 대비검토가 되어야 할 것이다. 왜냐하면 원래 차별의 문제는 다른 것과의 비교에 있어서의 상대적 문제이지 절대적 기준에서 본 편차의 문제는 아니기 때문이다. 그러나 다른 한편, 모든 선거인으로 하여금 투표가치에 있어서 중용을 취한 평균적인 선거권을 향유케 하는 것이 헌법이 지향하는 이상이라고 볼 수도 있고 따라서 각 선거구의 선거인에 관하여 그 투표가치가 이 이상에서 어느 정도 떨어져 있는가를 검토하여 그 편차가 매우 큰 경우에 투표가치평등의 요구에 반하고 위헌의 하자를 띠게 된다고 생각할 수 있으며, 또 선거권개념의 내포로서 평균적인 투표가치가 포함되어 있고 이러한 선거권이 침해된 경우에 비로소 선거권이 침해되었다고 볼 여지도 있다.”[헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등(병합), 판례집 7-2, 760, 778].

1) 시도의원지역선거구를 획정할 때에는 모든 선거구의 인구를 되도록 똑같이 하는 것이 바람직한 일이라는 하나, 그렇게 획정한다는 것은 현실적으로 지극히 어려운 성질의 것이기 때문에 모든 선거구의 인구비율을 1대 1로 강요할 수는 없다. 그러나 국회가 시도의원 지역선거구를 획정함에 있어 인구 이외의 다른 요소도 고려하여 배분할 수 있지만, 적어도 투표가치를 한 사람에게 두 사람 몫 이상이 되게 해서는 아니 된다는 기본적인 평등의 원칙만은 지키도록 해야 할 것이므로, 원칙적으로 지역선거구 획정에 따른 선거구간의 인구의 편차는 최대선거구의 인구가 최소선거구의 인구 2배를 넘지 않도록 조정해야 한다.⁵⁾

2) 이 방안은 시도의원 지역 선거구의 획정에 있어서 하나의 시도의원지역구의 인구수가 시도의원지역구의 평균인구수에 100분의 33 $\frac{1}{3}$ 을 더하거나 뺀 수를 넘거나 미달하지 아니하도록 하여야 한다는 것으로서, 선거권 평등의 이상에 가장 접근하는 안이지만, 우리나라의 현실에서 인구비례의 원칙 이외의 요소인 행정구역 내지 지역대표성 등을 제대로 고려할 수 없어서 현실적인 방안이 될 수 없다.

(나) 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3 : 1)를 기준으로 하는 방안⁶⁾

1) 최다인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율은 제1차적 고려사항은 인구비례를 기준으로 볼 때의 등가의 한계인 2 : 1의 비율에 그 50%를 가산한 3 : 1 미만이 되어야 한다. 제2차적 고려요소인 행정구역 및 도농간의 차이 등 지역의 특수성 등을 선거구획정에 반영하여야 한다고 하여도, 전국에서 최다인구선거구와 최소인구선거구의 투표가치의 비율이 3 : 1의 비율을 넘어 위 2 : 1의 두 배나 되는 4 : 1의 비율에 근접한다면, 이는 제1차적 고려요소보다 제2차적 고려요소가 더 중시된 결과라고 보여 지고, 각 유권자의 투표가치를 합리적 이유 없이 차별하는 것이 된다.⁷⁾

2) 이 방안은 시도의원 선거구 획정시 인구비례의 원칙 이외의 2차적인

5) 현재 1995. 12. 27. 95헌마224등(병합), 판례집 7-2, 760, 781 재판관 김문희, 재판관 황도연, 재판관 신창언의 보충의견 참조.

6) 이 방안은 헌법재판소가 국회의원 선거구 획정에 관한 두 번째 결정인 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합)에서 취한 것이다.

7) 현재 1995. 12. 27. 95헌마224등(병합), 판례집 7-2, 760, 785 재판관 김진우의 보충의견 참조.

요소인 행정구역, 지역대표성 등을 보다 폭넓게 고려할 수 있어서 상당히 진전된 현실적인 방안이라고 할 수 있으나, 우리나라가 처한 특수한 사정에 비추어 볼 때 행정구역 내지 지역대표성 등의 2차적인 요소들을 충분히 고려하고 있다고 볼 수 없다.

(다) 상하 60% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1)를 기준으로 하는 방안⁸⁾

1) 단순한 논리적 법리만으로 선거구획정의 위헌 여부를 결정하는 기준을 정한다면, 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배를 넘을 경우에는 평등의 원칙에 반하는 것으로서 위헌이라고 볼 여지도 있으나, 선거구의 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리나라의 특수사정으로서 시도의 원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이다.⁹⁾

2) 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙이 가장 중요하고 기본적인 기준이며, 평등선거의 원칙을 엄격히 적용하는 경우에는 적어도 최대선거구의 인구수가 최소선거구의 인구수의 2배 이상인 때에는 위헌이라고 한다면, 그 여타의 제2차적 고려요소를 아무리 크게 고려한다고 하더라도 그 갑절인 4배를 넘는 경우 즉 최대선거구와 최소선거구의 인구비율이 4 : 1을 넘는 경우에는 헌법합치적 설명이 불가능할 것이고, 이를 각 시도 선거구의 평균 인구수를 기준으로 하여 그 상하의 편차를 계산하면 그 평균인구수의 상하 60%의 편차가 되므로, 이러한 평균인구수기준 상하 60%의 편차론은 상당한 정도의 합리적 근거가 있다고 할 것이다.¹⁰⁾

3) 이 방안은 시도의원 선거구 획정에 있어서는 제1차적인 기준인 인구비례 기준 뿐만 아니라 행정구역 내지 지역대표성 및 도시와 농촌의 극심한 인구편차 등의 요소를 조화롭게 고려할 수 있는 방안이다.

8) 이 방안은 헌법재판소가 국회의원선거구 획정에 관한 첫 번째 결정인 1995. 12. 27. 95헌마224등에서 취한 것이다.

9) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등(병합), 판례집 7-2, 760, 787, 재판관 이재화, 조승형, 정경식, 고종석의 소수의견 참조.

10) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등(병합), 판례집 7-2, 760, 779, 재판관 김용준, 김진우, 김문희, 황도연, 신창언의 다수의견 참조.

따라서 이 방안은 우리나라의 특수한 사정을 가장 잘 반영할 수 있어서 가장 현실적인 방안이라고 할 수 있다.

사. 소결론

앞의 외국 입법례와 확립된 판례에서 본 바와 같이, 미국 연방대법원은 연방하원의 의원정수배분과는 달리, 주의회의원의 의원정수배분에 관하여는 상대적으로 관대한 기준을 적용하고 있고, 일본 최고재판소도 중의원의 경우에는 최대선거구와 최소선거구의 인구비율 3 : 1을 헌법상 선거권평등 위반 여부 기준으로 삼고 있으나, 참의원의 경우에는 이보다 기준을 완화하여 심지어 5.85 : 1의 인구불균형도 합헌으로 판시하고 있는 점 등과, 우리나라의 각 자치구·시·군이 가지는 역사적·문화적·경제적인 측면에서의 지역대표성을 반영하고 농촌과 도시 사이에 극심한 인구격차가 존재하고 있다는 특수한 사정을 고려할 때, 시도의원 지역 선거구 획정에서는 국회의원 지역 선거구 획정에서 요구되는 기준보다 더 완화된 인구편차 허용기준을 적용하는 것이 타당하다고 할 것이다.

따라서 현시점에서는 상하 60%의 인구편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1) 기준을 시도의원 지역 선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준으로 삼는 것이 가장 적절하다.

3. 이 사건 선거구란들이 헌법상 허용된 인구편차기준에 위배되는지 여부 아래에서는 상하 60%의 인구편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1) 기준을 가지고 이 사건 선거구구역표 중에서 이 사건 선거구들이 이러한 인구편차기준에 합치되는지 여부를 살펴본다.

가. 이 사건 선거구구역표의 선거구별 인구편차

2005. 8. 4. 공직선거법이 개정되어 이 사건 선거구구역표가 확정될 당시에 기초로 하였던 2005. 4. 30.자 전국인구를 기준으로 하여 경기도 및 전라북도 의회의원 지역 선거구별 인구편차를 분석하여 보면, 다음과 같다[행정자치부가 국회에 참고자료로 제출한 광역의원선거구별 인구현황(2005. 4. 30. 기준) 참조].

(1) 경기도의 경우

(가) 경기도 최소 선거구 인구수 대비 편차

경기도 내 최소선거구는 경기도 연천군 제1선거구로서 그 인구수(엄밀히 말하면 선거인수를 기준으로 하여야 할 것이나, 선거인수와 인구수는 대체로 비례한다고 볼 수 있으므로, 이하 모두 인구수를 기준으로 설명한다)는 19,885명이고, 최대 선거구는 “경기도 용인시 제1선거구”로서 그 인구수는 197,810명이다. 따라서 경기도 내 최소 선거구 인구수 대비 최대 선거구 인구수는 10배이다.

(나) 경기도 선거구 평균 인구수 대비 편차

경기도 선거구의 평균인구수는 97,279명(경기도 인구수 10,506,160명 ÷ 선거구수 108개)이다.

이 사건 선거구들 중 용인시 제1선거구의 인구수는 197,810명으로 경기도 평균 인구수로부터 +103%, 용인시 제2선거구의 인구수는 123,928명으로 경기도 평균 인구수로부터 +27%, 용인시 제3선거구 인구수는 163,295명으로 경기도 평균 인구수로부터 +68%, 용인시 제4선거구 인구수는 192,918명으로 경기도 평균 인구수로부터 +98%에 이르고 있다.

한편, 경기도 선거구 평균인구수로부터 상하 60% 이상의 편차(이 경우의 상한인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1이다)를 보이는 선거구는 15개(하한 기준으로는 8개)이고, 상하 50% 이상 60% 미만의 편차(이 경우 인구수 비율은 3 : 1이다)를 보이는 선거구는 2개(하한 기준으로는 1개)이다.

(2) 전라북도의 경우

(가) 전라북도 최소 선거구 인구수 대비 편차

전라북도 내 최소선거구는 전라북도 진안군 제2선거구로서 그 인구수는 10,618명이고, 최대 선거구는 “전라북도 군산시 제2선거구”로서 그 인구수는 141,153명이다. 따라서 전라북도 내 최소 선거구 인구수 대비 최대 선거구 인구수는 13배이다.

이 사건 선거구인 ‘전라북도 군산시 제1선거구’의 인구수는 123,331명으로 전라북도 내 최소 선거구 인구수 대비 11배에 달한다.

한편, 전라북도 내에서 최소선거구 인구수 대비 4배 이상의 인구수를 갖

는 선거구는 19개에 이르고, 3배 이상 4배 미만의 인구를 갖는 선거구는 3개에 달한다.

(나) 전라북도 선거구 평균 인구수 대비 편차

전라북도 선거구의 평균인구수는 55,816명(전라북도 인구수 1,897,738명 ÷ 선거구수 34개)이다.

이 사건 선거구인 군산시 제1선거구의 인구수는 123,331명으로 전라북도 평균 인구수로부터 +121%에 이른다.

한편, 전라북도 선거구 평균인구수로부터 상하 60% 이상의 편차(이 경우의 상한인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1이다)를 보이는 선거구는 16개(하한 기준으로는 10개)이고, 상하 50% 이상 60% 미만의 편차(이 경우 인구수 비율은 3 : 1이다)를 보이는 선거구는 4개(하한 기준으로는 1개)이다.

나. 이 사건 선거구란들이 헌법상 허용되는 인구편차기준에 합치되는지 여부

(1) 이 사건 선거구구역표 중 용인시 선거구의 경우

이 사건 선거구들인 용인시 제1선거구의 인구수는 경기도 최소 선거구의 인구수 대비 10배, 경기도 선거구 평균 인구수로부터 +103%의 편차, 용인시 제2선거구의 인구수는 경기도 최소 선거구의 인구수 대비 6배, 경기도 선거구 평균 인구수로부터 +27%의 편차, 용인시 제3선거구의 인구수는 경기도 최소 선거구의 인구수 대비 8배, 경기도 선거구 평균 인구수로부터 +68%의 편차, 용인시 제4선거구의 인구수는 경기도 최소 선거구의 인구수 대비 10배, 경기도 선거구 평균 인구수로부터 +98%의 편차를 각각 보이고 있다.

(2) 이 사건 선거구구역표 중 군산시 제1선거구의 경우

이 사건 선거구들 중 ‘군산시 제1선거구’의 인구수는 전라북도 내 최소 지역선거구 인구수 대비 11배, 전라북도 지역선거구 평균 인구수로부터 +121%의 편차를 보이고 있다.

(3) 결론

그렇다면 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제2선거구를 제외한 이 사건

선거구관들의 인구수는 헌법상 인구편차 허용기준인 4 : 1 또는 상하 60%의 편차를 넘어서는 것이어서, 이러한 인구편차를 통해서 발생한 투표가치의 불평등은 합리적 사유에 의하여 정당화될 수 없다고 할 것이다.

따라서 용인시 제2선거구를 제외한 이 사건 선거구관들의 획정은 시도의 회 의원 지역선거구 획정에서 헌법상 인정되는 국회의 재량 범위를 일탈한 것이므로, 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 헌법상 보장된 선거권 및 평등권을 침해한다.

한편, 용인시 제2선거구의 인구수는 경기도 최소 선거구 인구수와 대비하여 6배에 해당할 뿐, 경기도 선거구 평균 인구수로부터 +27%의 편차를 보이는데 불과하여 위 선거구관의 획정이 헌법상 인정되는 국회의 재량 범위를 일탈한 것이라고 단정하기 어려우므로, 해당 선거구에 거주하는 청구인들의 선거권 및 평등권을 침해한다고 보기 어렵다.

4. 선거구구역표의 가분성 여부와 위헌선언의 범위

가. 청구인들의 헌법상 보장된 평등권 및 선거권을 침해하는 것은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제2선거구를 제외한 이 사건 선거구관들이지만, 이 사건 선거구구역표의 전부에 관하여 위헌선언을 할 것인지 여부가 문제된다.

이 사건 선거구구역표는 “경기도 의회 의원 지역선거구 전체”와, “전라북도 의회 의원 지역 선거구 전체” 그리고 경기도 및 전라북도의회 의원 지역 선거구들을 제외한 “기타 시도의 의회 의원 지역선거구 전체”로 나눌 수 있다.

살피건대, 각 시도 내의 의회 의원 지역 선거구들은 각 선거구가 서로 유기적으로 관련을 가짐으로써 한 부분에서의 변동은 다른 부분에도 연쇄적으로 영향을 미치는 성질을 가지며, 이러한 의미에서 각 시도에 해당하는 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것으로서 어느 한 부분에 위헌적인 요소가 있다면 각 시도에 해당하는 선거구구역표 전체가 위헌의 하자를 띠는 것이라고 보아야 할 뿐만 아니라(따라서 비록 용인시 제2선거구의 선거구관이 위헌성이 없다고 하더라도 결과적으로는 이를 포함한 경기도 의회 의원 지역선거구관 전부에 대하여 위헌선언을 하여야 할 것임), 제소된

당해 선거구에 대하여만 인구과다를 이유로 위헌선언을 할 경우에는 헌법소원 제소기간의 적용 때문에 제소된 선거구보다 인구의 불균형이 더 심한 선거구의 선거구획정이 그대로 효력을 유지하게 되는 불공평한 결과를 초래할 수도 있으므로, 일부 선거구의 선거구획정에 위헌성이 있다면 각 시도에 해당하는 선거구구역표 전부에 관하여 위헌선언을 하는 것이 상당하다(헌재 1995. 12. 27. 95헌마224등, 판례집 7-2, 760, 790; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 519 참조).¹¹⁾

따라서 이 사건에서는 이 사건 선거구구역표 중 “경기도 의회 의원 지역 선거구 전체”와 “전라북도 의회 의원 지역 선거구 전체”로 가분하여 이에 대하여 위헌선언을 하는 것이 타당하다.

5. 법 제22조 제1항의 위헌 여부

법 제22조 제1항에 의하면, 지역구 시·도의회 의원정수는 그 관할구역안의 자치구·시·군마다 2인으로 하고, 하나의 자치구·시·군이 2 이상의 국회의원지역선거구로 된 경우에는 국회의원지역선거구마다 2인으로 하도록 규정하고 있다. 즉 시·도의회 의원정수를 원칙적으로 각 행정구역 또는 각 국회의원지역선거구를 기준으로 2인으로 배분하고 있다.

그런데 전국 자치구·시·군은 관할구역안의 인구규모에 관계없이, 즉 인구가 많은 적은 상관없이 일률적으로 2인의 의원정수를 배분받기 때문에 인구편차에 의한 투표가치 불평등의 문제가 발생하게 된다(예컨대, 경기도의 경우 연천군이 전체 인구 48,237명임에도 2인의 도의원이 배정됨에 반하여, 화성시는 전체 인구 283,777명임에도 마찬가지로 2인의 도의원만이 배정되고 있다.).

인구편차에 의한 투표가치의 불평등은 이 사건 선거구구역표 중 용인시 제1, 3, 4선거구 및 군산시 제1선거구 부분의 획정에서 뿐만 아니라 행정구역별로 시·도의원 정수를 2인으로 배분하고 있는 법 제22조 제1항에서 시원적(始原的)으로 생기고 있으며, 따라서 이 사건 선거구구역표 중 해당부분 뿐만 아니라 법 제22조 제1항도 결과적으로 청구인들의 헌법상 보장된 선거

11) 박홍우, “국회의원지역선거구획정과 선거권의 평등”, 김용준 헌법재판소장 화합기념 논문집, 재판의 한길, 1998, 94-95면 참조.

권과 평등권을 침해한다고 할 것이다.

결국 이 사건 선거구구역표 중 해당부분이 위헌이라고 하더라도 이에 단초를 제공하는, 즉 시·도의회 의원정수를 일률적으로 배분하고 있는 법 제 22조 제1항에 대한 위헌선언 없이 선거구구역표만을 위헌선언하는 방법으로는 인구편차에 의한 투표가치 불평등이라는 위헌적 요소를 제거할 수 없게 된다.

그런데 법 제22조 제1항은 지역구 시·도의원정수를 행정구역 혹은 국회의원지역선거구마다 2인으로 정하고 있을 뿐이고, 다른 한편 헌법상 허용기준을 넘지 않는 인구편차 범위 내에서 선거구구역표를 확정하고 있는 지역선거구도 있는 관계로 그 범위 내에서 합헌적 부분도 함께 내포하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 인구편차에 의한 투표가치의 불평등을 해소하기 위해 시·도의원 정수를 정하고 있는 이 법률조항을 어떠한 방향으로 개선하도록 할 것인지에 관해서 여러 가지 방안이 고려될 수 있다.

한편, 우리 헌법 제118조 제2항은 “지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하여 지방의회 의원 선거제도와 선거구 획정 등에 관한 구체적인 결정을 국회에 맡기고 있다. 이에 따라 국회는 지방의회 의원정수 및 지역선거구 등을 정함에 있어서 투표가치 평등의 원칙을 고려한 선거구간 인구의 균형뿐만 아니라, 우리나라의 행정구역, 지세, 교통사정, 생활권 내지 역사적·전통적 일체감 등 여러 가지 정책적·기술적 요소를 고려할 수 있는 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다고 볼 수 있다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 510 참조).

그렇다면, 시·도의원 의원정수 배분 및 선거구구역표 획정의 문제는 자치구·시·군의 인구규모, 행정구역, 지세, 교통, 도시·농촌간 인구편차, 지역별 개발 불균형 등 복합적인 요인에 의해 영향을 받을 수 있기 때문에, 우리 재판소가 이에 관하여 일정한 개선입법의 방향까지 제시하기란 지극히 어려운 것이며, 위와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 여기서는 단지 시·도의원정수를 2인으로 일률적으로 규정한 법 제22조 제1항 및 이에 기초한 이 사건 선거구구역표 중 해당부분에 대한 위헌선언을 하는데 그치기로 한다. 즉 이 사건 선거구구역표뿐만 아니라 법 제22조 제1항에 대해 위헌선언

을 하는 경우, 입법자가 그 위헌성을 제거하기 위하여 위 법률조항을 어떠한 방향으로 개선하도록 할 것인지는 어느 정도 국회의 입법재량에 속하기 때문이다.

6. 헌법불합치

원칙적으로 법 제22조 제1항 및 이 사건 선거구구역표 중 경기도의회의원 지역선거구들 부분 및 전라북도 의회의원 지역선거구들 부분에 대하여 위헌 결정을 하여야 할 것이나, 이미 위 법률조항과 선거구구역표 부분에 관한 시·도의원선거가 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면, 정치세력 간의 이해관계가 첨예하게 대립하고 수많은 고려요소를 조정하여 의원정수와 선거구구역표를 정해야 하는 특성상 그 개정입법이 빠른 시일 내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서, 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 시·도의회 의원정수와 선거구구역표에 관한 규율이 존재하지 않게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점, 시·도의회의 동질성 유지나 의원정수와 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에 위 법률조항과 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가 2008. 12. 31.을 시한으로 이를 개정할 때까지 위 법률조항과 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 판례집 13-2, 502, 519 참조).

7. 재판관 김종대의 별개의견의 요지

선거제도는 통치기구의 구성원리의 하나인 대의제도를 실현하는 도구로서, 선거구획정에 있어서도 당연히 대표자를 뽑는 사람 내지 인구(즉 유권자를 지칭한다.)가 가장 중요한 기본적인 고려 사항이 되어야 한다. 전국을 단일선거구로 하는 대통령선거나 국민투표의 경우에는 애초부터 선거가치의 평등·불평등 문제는 생기지 않는다. 그러나 국회의원선거나 지방의회의원 선거에서는 선거구가 여럿 나뉘짐에 따라 기술상 선거구의 획정이 따르게 마련이고 여러 선거구의 획정이 전제되면 자연 선거구의 인구 불평등의 문제가 나타난다. 이 때 필연적으로 따를 그 불평등 문제를 해결하자면 합리적

으로 타당한 범위에서 인구수만에 의한 약간의 불평등을 감내해야 하므로 선거구를 획정함에 있어 인구수만 유일하게 고려할 수는 없을 것이고 행정구역, 지세, 교통, 도시와 농어촌과의 차이점, 기타 여러 가지 정책적 요소도 종합적으로 고려할 수밖에 없는 것이다. 그러나 이는 어디까지나 부수적인 고려 사항이지, 선거구획정에 있어서 기본 틀이 되는 핵심적인 사항은 아니다. 선거구 획정에 있어서 본질적 고려 사항이자 기준은 어디까지나 인구비례의 원칙이고, 기타의 비인구적 요소는 그 다음으로 고려되어야 할 것이다. 따라서 선거구획정에 있어서 제1차적으로 인구수를 토대로 한 평등선거의 원칙이 관철되어야 하고 국민·주민 개개인의 투표가치를 합리적 범위를 넘어 제한함으로써 불평등선거를 초래해서는 안 된다 할 것이다.

다수의견에서도 밝힌 바와 같이 평등선거의 원칙은 선거의 기본원칙 중 하나로서 이는 투표의 산술적인 평등뿐 아니라 투표의 성과가치의 평등을 의미한다. 물론 투표의 성과가치의 평등만을 놓고 볼 때 이상적으로는 유권자의 인구편차가 1 : 1이 되어야 할 것이지만, 현실적·기술적인 어려움, 그리고 인구 이외에 입법자가 고려해야 할 다양한 요소 등을 감안할 때 1 : 1을 초과하는 인구편차가 투표의 성과가치의 평등을 침해하여 위헌이라고 보기는 어렵다. 따라서 인구편차가 2 : 1 미만의 경우에는 최소선거구의 선거인의 표가 최대선거구의 표와 비교하여 2배 내지 2표미만의 가치를 가지므로 실질적으로는 1표의 가치를 가지는 것이 되기 때문에 1인 1표의 원칙 등 평등선거 원칙의 한계 내라고 할 것이다. 그러나 최대선거구와 최소선거구간의 인구편차가 2 : 1 이상 벌어진 경우에는 최소선거구의 선거인에게 최대선거구의 선거인표 비교하여 두 사람 몫 이상의 투표가치를 인정하는 것이 되어 현저한 불평등을 초래하므로 인구편차 2 : 1은 선거구 획정에서 꼭 지켜져야 할 논리적이고 산술적인 평등선거 제한의 한계가 되는 것이다.

8. 재판관 이공현, 재판관 조대현의 반대의견의 요지

헌법 제118조 제2항은 지방의회 의원의 선거에 관한 사항을 법률로 정하도록 위임하였고, 이에 따라 공직선거법은 지방의회 의원의 선출기준을 광역자치단체와 기초자치단체로 구분하여 다르게 규정하고 있다. 즉, 기초자치단체 의원의 경우에는 광역자치단체별로 정해진 총정수의 범위 내에서 각 기

초자치단체의 인구를 고려하여 각 기초자치단체에서 선출할 의원 정수를 정하고 각 선거구별 인구에 비례하여 각 선거구에서 선출하는 정원을 달리하도록 하였지만, 광역자치단체 의원의 경우에는 각 기초자치단체의 인구가 다름에도 불구하고 각 기초자치단체마다 2인씩(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구마다 2인씩) 선출하도록 하면서 각 기초자치단체의 관할 구역 내에서 1인씩 선출하는 선거구를 구획할 때에는 인구를 고려하도록 하였다.

이처럼 광역자치단체의 의원을 각 기초자치단체의 인구수를 불문하고 각 기초자치단체마다 2인씩 선출하도록 한 규정은, 각 기초자치단체의 인구수에 현저한 차이가 있어 광역자치단체 의원을 선출하는 선거인수에 현저한 차이가 생긴다고 하더라도, 기초자치단체와 광역자치단체의 중층적(重層的) 구조와 기능의 차이를 반영한 것으로서 나름대로 합리성을 가진 선택방안이라고 볼 수 있으므로, 헌법에 위반된다고 보기 어렵다. ①헌법은 국회의원(제41조 제1항)과 대통령(제67조 제1항)의 선출은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 하도록 명시하면서, 지방의회 의원의 선출 방법에 대해서는 법률로 정하도록 위임한 점, ②지방자치단체는 기초자치단체와 광역자치단체로 조직되고, 지방자치단체의 사무는 원칙적으로 기초자치단체에서 처리하고 광역자치단체는 여러 기초자치단체가 관련되거나 통일적인 처리기준이 필요한 업무만을 처리하는 점 등을 종합하여 보면, 기초자치단체 의원은 주민의 대표로서 인구수에 비례하여 선출하면서 광역자치단체 의원은 기초자치단체의 대표로서 기초자치단체별로 2인씩 선출하도록 한 것이 헌법이 부여한 입법 형성권의 범위를 벗어난 것이라고 보기 어렵다.

그렇다면, 기초자치단체 의원 선거의 경우에는 광역자치단체 단위로 각 선거구별 선거인수와 선출정원을 비교하여 투표가치의 평등 여부를 따져야 마땅하지만, 광역자치단체 의원 선거의 경우에는 각 기초자치단체(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구)마다 2인씩 선출하는 기본원칙이 헌법에 위반된다고 보지 않는 이상 기초자치단체를 달리하는 선거구 사이에서 선거인수를 비교하여 선거의 평등 여부를 따질 수 없다. 단지 각 기초자치단체(하나의 기초자치단체가 2 이상의 국회의원선거구로 된 경우에는 국회의원 선거구) 내에서 구획된 선거구 사이에

서만 선거인수의 평등 여부를 따질 수 있을 뿐이다.

9. 결정의 의미

이번 결정은 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등이 국회의원 선거에서뿐 아니라 지방의회의원선거에서도 가장 우선적으로 지켜져야 할 헌법적 요청이라는 점을 명백히 하면서, 다만 지방의회의원선거의 특수성을 고려하여 국회의원 선거에서보다는 다소 완화된 인구편차기준을 제시하였다는 점에 그 의미가 있다.

먼저, 지방의회의원 선거구획정에 있어서도 국회는 폭넓은 입법형성의 자유를 가지지만, 그렇다 하더라도 선거구획정이 헌법적 통제로부터 자유로울 수는 없으므로 그 재량에는 평등선거의 실현이라는 헌법적 한계가 존재하며 선거구획정에 있어서 인구비례원칙에 의한 투표가치의 평등은 헌법적 요청으로서 다른 요소에 비하여 일차적인 기준이기 때문에 합리적 이유 없이 투표가치의 평등을 침해하는 선거구획정은 자의적인 것으로서 헌법에 위반된다는 점을 명확히 하였다.

다만, 시·도의회이 주민의 대표이기는 하나 지역대표성도 겸하고 있고, 급격한 산업화·도시화의 과정에서 인구의 도시집중으로 인하여 발생한 도시와 농어촌간의 인구편차와 각 분야에 있어서의 개발 불균형이 존재하는 우리나라의 특수성 등을 고려할 때, 시·도의회 지역구 선거구 획정에 있어서는 행정구역 기준을 인구비례원칙 못지않게 고려해야 할 필요성이 크다고 보아, 시·도의회 지역 선거구 획정에서는 국회의원 지역 선거구 획정에서 요구되는 기준인 평균인구수의 상하 50% 편차[헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합) 참조]보다 더 완화된 각 시도 선거구의 평균인구수의 상하 60% 편차를 인구편차 허용기준으로서 제시하였다.

위헌결정 형식과 관련하여서는 국회의원 지역 선거구 사건인 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합) 결정에서 취한 방법을 그대로 적용하였는데, 즉 선거구구역표는 전체가 불가분의 일체를 이루는 것이므로 비록 선거구구역표의 일부에 위헌적 요소가 있더라도 선거구구역표 전체에 관하여 위헌선언을 하여야 한다고 본 점, 위헌선언 되는 당해 선거구구역표에 기한 선거가 이미 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면 혼란이 생길 우려가 있

으므로 일정 시한을 주고 당해 선거구구역표를 개정할 때까지 당해 선거구 구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한 점 등이 그것이다.

한편 이번 결정에서는 직접적으로 투표가치의 불평등을 야기하는 선거구 구역표뿐 아니라 인구비례가 아닌 행정구역별로 시·도의원 정수를 동일하게(2인) 배분하고 있는 법 제22조 제1항에서 인구편차에 의한 투표가치의 불평등이 시원적(始原的)으로 생기고 있다고 보아 이 부분에 대하여도 위헌 판단을 하고 있다.

위와 같은 다수의견에 대하여는, 기본적으로는 다수의견에 동의하면서도 선거구 획정에 있어서 본질적 고려 사항이자 기준은 어디까지나 인구비례의 원칙이고 기타의 비인구적 요소는 그 다음으로 고려되어야 한다는 입장에서 시·도의원 지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준은 엄격하게 2 : 1이라고 보아야 한다는 별개의견(재판관 김종대)과, 광역자치단체의 의원을 각 기초자치단체의 인구수를 불문하고 각 기초자치단체마다 2인씩 선출하도록 한 규정은 기초자치단체와 광역자치단체의 중층적(重層的) 구조와 기능의 차이를 반영한 것으로서 나름대로 합리성을 가진 선택방안이라고 볼 수 있으므로 헌법에 위반된다고 보기 어렵다는 전제 하에, 광역자치단체 의원선거의 경우 각 기초자치단체마다 2인씩 선출하는 기본원칙이 헌법에 위반된다고 보지 않는 이상 기초자치단체를 달리하는 선거구 사이에서 선거인수를 비교하여 선거의 평등 여부를 따질 수는 없고 그러한 입장에서 볼 때 이 사건 선거구구역표는 헌법상의 평등원칙에 어긋나지 않는다고 본 반대의견(재판관 이공현, 재판관 조대현)이 있었는데, 별개의견은 선거구 획정에 있어서는 무엇보다도 인구비례에 의한 투표가치의 평등이 중요하다고 보아 다수의견보다도 더 엄격한 인구편차기준을 제시한 것이며, 반대의견은 광역자치단체 선거에서 각 기초자치단체의 독립적인 대표성에 보다 더 중점을 둔 견해라고 볼 수 있을 것이다.

사법시험법시행령 제4조 제3항 등 위헌확인 등

- 사법시험응시제한 사건 -

(헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947, 2004헌마4·156·352·1009,
2005헌마414·1009·1263(병합), 판례집 19-1, 514)

정 주 백*

【판시사항】

가. 사법시험 제1차시험에 응시함에 있어 어학과목을 영어로 한정하고 다른 시험에서 일정 수준의 합격점수를 얻도록 요구하는 사법시험법(2001. 3. 28. 법률 제6436호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제9조 제1항 중 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분 및 제2항, 동법 시행령 제4조 제1항 등 관련 조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

나. 외국어시험에 관한 위 조항들은 종전 영어 이외의 외국어로 사법시험을 준비해 온 응시생들의 평등권을 침해하지 아니한다.

다. 법 제9조 제1항의 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

라. 법 제9조 제2항에 따라 대통령령으로 정해질 ‘다른 시험의 종류’와 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 및 ‘그 소명방법’ 부분은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

마. 법 시행령 제4조 제1항 [별표 1] 중 어학과목 부분은 모법의 위임범위를 벗어나지 아니하였다.

바. 법 제9조 제2항이 ‘다른 시험의 종류’와 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 및 ‘그 소명방법’을 대통령령에 위임하는 것은 법률유보원칙에 위반되지 아니한다.

* 헌법연구관

사. 35학점 이상의 법학과목을 이수한 자에 한하여 사법시험응시자격을 부여하는 법 제5조 제1항 및 제2항, 시행령 제3조는 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하지 아니한다.

아. 법학과목이수에 관한 위 조항들은 대학의 비법학과 재학생, 중고등학교졸업자 등의 사법시험 응시를 제한하여 평등권을 침해하지 아니한다.

자. 법 제5조 제2항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

【심판의 대상】

(1) 청구인들이 지적한 심판의 대상은 다음과 같다.

[영어대체시험관련 법령 부분]

사법시험법(2001. 3. 28. 법률 제6436호로 제정된 것)

제9조(시험과목) ①제1차시험의 과목은 헌법, 민법, 형법 및 대통령령이 정하는 과목으로 하고, 제2차시험의 과목은 헌법, 민법, 형법, 상법, 행정법, 민사소송법 및 형사소송법으로 한다. 이 경우 일부 과목에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 출제범위를 정하여 시험을 실시할 수 있다.

②제1차시험의 과목 중 대통령령이 정하는 과목은 당해 시험 공고일 부터 역산하여 2년이 되는 날이 속하는 해의 1월 1일 이후에 실시된 다른 시험기관의 시험(이하 “다른 시험”이라 한다.)에서 취득한 성적으로 그 과목의 시험을 대체할 수 있다. 이 경우 다른 시험의 종류와 해당과목의 합격에 필요한 점수 및 그 소명방법은 대통령령으로 정한다.

③시험과목을 신설하거나, 제1항 후단의 규정에 의하여 시험과목의 출제범위를 확대할 경우에는 해당 과목의 시험시행예정일부터 역산하여 2년 이상의 유예기간을 두어야 한다.

사법시험법 시행령(2001. 3. 31. 대통령령 제17181호로 제정된 것)

제4조(시험과목) ①법 제9조 제1항 전단의 규정에 의한 제1차시험의 과목 중 대통령령이 정하는 과목은 별표 1과 같다.

②법 제9조 제1항 후단의 규정에 의한 출제범위를 정하여 실시하는 시험 과목과 그 출제범위는 별표 2와 같다.

③법 제9조 제2항 전단에서 “제1차시험의 과목 중 대통령령으로 정하는 과목”이라 함은 영어과목을 말한다.

④법 제9조 제2항 후단의 규정에 의한 다른 시험의 종류는 별표 3과 같고, 합격에 필요한 점수는 별표 4와 같다.

⑤법 제9조 제2항 후단의 규정에 의한 합격에 필요한 점수의 소명방법은 다른 시험기관에서 발급한 성적표에 의하고, 시험에 응시하고자 하는 자는 응시원서와 함께 이를 제출하여야 한다.

[별표 1] 제1차시험 과목 (제4조 제1항 관련)

선택과목	국제법, 노동법, 국제거래법, 조세법, 지적재산권법, 경제법, 형사정책, 법철학 중 1과목
어학과목	영어

[별표 3] 다른 시험기관의 시험의 종류 (제4조 제4항 관련)

구분	내용
토플 (TOEFL)	아메리카합중국 이.티.에스.(E.T.S.: Educational Testing Service)에서 시행하는 시험(Test of English as a Foreign Language)으로서 그 실시방식에 따라 PBT(Paper Based Test)와 CBT(Computer Based Test)로 구분한다.
토익 (TOEIC)	아메리카합중국 이.티.에스.(E.T.S.: Educational Testing Service)에서 시행하는 시험(Test of English for International Communication)을 말한다.
텡스 (TEPS)	서울대학교영어능력검정시험(Test of English Proficiency, Seoul National University)을 말한다.

[별표 4] 다른 시험기관의 시험으로서 합격에 필요한 점수 (제4조 제4항 관련)

토플(TOEFL)		토익(TOEIC)	텡스(TEPS)
PBT	CBT		
530점 이상	197점 이상	700점 이상	625점 이상

이 사건 영어대체시험공고의 내용은 다음과 같다.

「2004년도 사법시험 실시계획 공고」(법무부공고 제2004-1)

2. 시험과목 및 출제범위

나. 어학과목(영어) 시험 실시방법

2002년 1월 1일 이후 다음 시험기관에서 실시된 시험에서 취득한 성적으로 그 시험을 대체함.

토플(TOEFL)		토익(TOEIC)	텡스(TEPS)
PBT	CBT		
530점 이상	197점 이상	700점 이상	625점 이상

8. 영어과목 시험성적표 제출

○ 응시원서 제출시 영어과목 시험성적표(이하 “성적표”라 한다.)를 함께 제출하여야 함.

○ 영어과목의 합격여부의 결정은 법시행령 제4조 제5항의 규정에 따라 「제출된 성적표」를 기준으로 함.

○ 성적표를 제출하지 않았거나 합격에 필요한 점수에 미달하는 성적표 또는 허위 기재된 성적표 등 유효하지 않은 성적표를 제출한 경우에는 응시원서를 접수하지 아니함.

[법학과목이수관련 법령 부분]

사법시험법(2001. 3. 28. 법률 제6436호로 제정된 것)

제5조(응시자격) ①시험에 응시하고자 하는 자는 다음 각호의 1에 해당하여야 한다.

1. 고등교육법 제2조 각호의 규정에 의한 학교, 평생교육법 제21조 또는 제22조의 규정에 의한 사내대학 또는 원격대학 형태의 평생교육시설(이하 “학교”라 한다.)에서 일정학점 이상의 법학과목을 이수한 자

2. ‘학점인정 등에 관한 법률’의 규정에 의하여 일정학점 이상의 법학과목을 이수한 것으로 학점인정을 받은 자

②제1항의 규정에 의한 법학과목의 종류, 학점의 수, 학점인정의 기준 및 응시자격의 소명방법은 대통령령으로 정한다.

③제1항의 규정에 의한 학교의 장 및 학점인정기관의 장은 시험에 응시하고자 하는 자의 응시자격의 유무에 관하여 법무부장관 또는 시험에 응시하고자 하는 자의 확인요청에 응하여야 한다.

사법시험법 시행령(2001. 3. 31. 대통령령 제17181호로 제정된 것)

제3조(응시자격) ①법 제5조제2항의 규정에 의한 법학과목의 종류와 학점인정의 기준은 법학학위과정이 개설되어 있는 학교의 경우에는 그 학교의 학칙에 의하고, 그 밖의 경우에는 ‘학점인정 등에 관한 법률’에 의한다. 다만, 법무부장관은 사법시험관리위원회의 심의를 거쳐 법학학위과정의 전공과목으로 규정되어 있지 아니한 과목인 경우에도 그 내용이 법학에 관한 것인 경우에는 법학과목의 학점으로 인정할 수 있고, 법학학위과정의 전공과목으로 규정되어 있는 과목인 경우에도 그 내용이 명백히 법학에 관한 것이 아닌 경우에는 법학과목의 학점으로 인정하지 아니할 수 있다.

②법 제5조 제2항의 규정에 의한 학점의 수는 이를 35학점으로 한다.

이 사건 학점인정기준공고의 내용은 다음과 같다.

「법학과목의 종류 및 학점인정의 기준」(2003. 12. 29. 법무부 공지)

3. 학점인정의 기준

나. 동일과목으로 학점이 합산되지 않는 경우

- 과목명은 다르나 강의 내용과 범위가 같을 경우
- 한 과목의 강의 내용이 다른 과목의 내용의 일부인 경우

- 대학에서 민법총칙 3학점을 이수하고, 독학사시험으로 민법I(민법총칙, 물권법) 5학점을 취득하면 5학점만 인정

(2) 법 제9조 제1항 중 영어대체시험제도에 관련된 부분은 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분에 한정되고, 같은 조 제3항은 시험과목을 신설하거나 시험과목 출제범위를 확대하는 경우에 있어서의 유예기간을 정한 것이므로 영어대체시험제도와는 무관하다. 시행령 제4조 제2항은 출제범위를 정하여 실시하는 시험과목과 그 출제범위를 정하는 조항으로서 영어대체시험제도와는 무관하다.

한편, 법학과목이수제도와 관련하여, 법 제5조 3항은 학교장 및 학점인정기관의 장으로 하여금 응시생의 응시자격의 유무에 관한 확인요청에 응하여야 함을 규정할 뿐이어서 청구인들의 기본권을 제한하는 조항이라 할 수 없다.

(3) 그렇다면, 이 사건의 심판대상은 영어대체시험제도와 관련하여 법 제9조 제1항 중 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분, 제2항, 시행령 제4조 제1항, 제3항 내지 제5항, [별표 1] 중 어학과목 부분, [별표 3], [별표 4] 및 이 사건 영어대체시험공고이고, 법학과목이수제도와 관련하여 법 제5조 제1항, 제2항, 시행령 제3조, 이 사건 학점인정기준공고이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

이 사건의 청구인들은 사법시험에 응시하고자 하는 사람들이다.

2004년도부터 시행되는 사법시험에서는 제1차시험의 외국어 과목으로 영어만을 인정하고, 이를 다른 시험으로써 대체하도록 하였다(법 제9조 제1항 중 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분, 제2항, 법 시행령(이하 ‘시행령’이라 한다.) 제4조 제1항, 제3항 내지 제5항, [별표 1] 중 어학과목 부분, [별표 3], [별표 4], 이하에서 영어대체시험과 관련된 법령조항 전체를 ‘영어대체시험관련 법령’이라 하고, 위와 같이 영어대체시험으로써 외국어시험을 대체하는 제도 자체를 ‘영어대체시험제도’라 한다.).

2006년도부터 시행되는 사법시험에서는 일정학점 이상의 법학과목을 이수하거나, ‘학점인정등에 관한 법률’의 규정에 의하여 일정학점 이상의 법학과목을 이수한 것으로 인정받을 것을 응시자격으로 하였다(법 제5조 제1항, 제2항, 시행령 제3조, 이하에서 법학과목이수와 관련된 법령조항 전체를 ‘법학과목이수관련 법령’이라 하고, 위와 같이 사법시험에 응시하는 자에게 법학과목을 이수하도록 하는 제도 자체를 ‘법학과목이수제도’라 한다.).

청구인들은 위 조항들이 청구인들에게 헌법상 보장된 기본권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

각 사건에 있어서 청구인들의 주장이 다기하나, 요점을 추리면 다음과 같다.

[영어대체시험관련 법령 부분]

①(평등권 침해 주장)제46회 사법시험부터는 제1차시험의 어학과목을 영어로 한정하였으므로, 시행령 시행 전부터 어학과목을 영어로 공부하였던 사법시험응시자와 제2외국어로 공부하였던 사법시험응시자 사이에 불합리한 차별이 발생한다. 또, 제2외국어로 제1차시험에 합격한 후 제45회 사법시험 제2차시험에 응시했다가 2003. 12. 3. 불합격통지를 받은 사법시험응시자들은 기준점수 이상의 영어대체시험성적을 취득할 시간적 여유가 없게 되어 결과적으로 제46회 사법시험 제1차시험에 응시할 기회를 박탈당하게 되었으므로 제45회 사법시험 제2차시험의 불합격자를 불합리하게 차별하는 것이다. 한편, 사법시험에서 요구하는 기준점수가 행정고시 등의 국가고시가 요구하는 점수보다 현저히 높아 청구인들의 평등권이 침해되었다. 서울대학교 언어교육원 제공 공인어학시험간의 점수환산표, 템스위원회 발행의 템스뉴스레터 제5호나 일반기업체 인사채용시험에서 통용되는 토익과 템스 간의 점수환산에 의하면, 상호 100점정도 가감하도록 하여 토익 700점에 상응하는 템스 점수는 600점 정도로 되어 있는데도, 법시행령 제4조 제4항 [별표 4]는 템스의 경우 25점 더 높게 규정하고 있어 토익에 응시한 자에 비하여 템스를 선택하여 응시한 자가 상대적으로 불리하게 취급되어 청구인의 평등권이 침해되었다.

②(포괄위임금지원칙 위배 주장)법 제9조 제1항과 제3항은 제1차 시험과목을 헌법, 민법, 형법을 제외한 나머지 과목에 대하여 대통령령으로 위임하고 신설되는 과목에 대하여 2년 이상의 유예기간을 두고 있는바, 위와 같은 입법형식은 대통령령으로 정하여질 시험과목이 무엇인지 전혀 예측하지 못하는 결과를 초래하므로 포괄위임금지원칙에 위반된다.

③(직업선택의 자유 침해 주장)법률과목에 비해 부수적인 영어과목에 대하여 지나치게 높은 합격점수를 요구하고, 제1차시험 응시원서와 함께 기준점수 이상의 영어대체시험성적표를 제출하도록 하는 것은 영어대체시험에서 기준점수를 취득하지 못할 경우 사법시험 제1차시험에 응시조차 할 수 없게 되므로, 법조인이 되고자 하는 사법시험준비생들의 직업선택의 자유를 침해한다.

④(학문의 자유 침해 주장)영어과목을 필수로 하고 있고 그 기준점수가

지나치게 높아 영어라는 과목을 자신의 학문연구의 영역으로 삼고 있지 않던 청구인의 학문의 자유를 침해한다.

[법학과목이수관련 법령 부분]

①(평등권 침해 주장)법 제5조, 시행령 제3조가 법학과목을 이수하도록 요구하는 것은 법학 전공자에 비해 비법학전공자를, 행정·외무고시, 변리사, 법무사 등 타 시험에 응시하려는 자에 비해 사법시험에 응시하려는 자를 차별하는 것으로서 평등권을 침해한다.

②(포괄위임금지원칙 위배 주장)법 제5조 제2항은 대통령령에 규정될 학점의 수에 대한 상한이나 하한 및 학점인정의 기준을 전혀 정하지 않고 있어서 포괄위임금지원칙에 위반된다.

③(직업선택의 자유 침해 주장)법학과목의 이수를 요구하는 입법취지는 대학교육을 정상화하기 위해 사법시험합격자 1,000명 시대에 비법대생들의 고시진출을 억제할 필요가 있다는 것인데, 우선 그 입법목적에 정당성이 없고, 독학사 시험합격, 방송통신대 학습, 학원에서의 수강으로써 동 입법목적 이 달성된다고 확신할 수 없어 그 수단의 적합성도 인정되지 아니하며, 사법시험 제1차, 제2차시험만으로도 충분히 응시자의 법학실력을 검증할 수 있음에도 굳이 법학과목 35학점의 취득을 요구하는 것은 침해의 최소성에도 위반된다. 암기식 학습의 지양, 대학교육의 정상화라는 추상적이며 불분명한 목적에 비하여 법학과목을 수강하기 위해 비용을 지출해야 하는 불이익이 지나치게 크다. 따라서 법학과목이수관련 법령은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다.

나. 법무부장관의 의견

[영어대체시험관련 법령 부분]

①사법시험준비자들에게 영어대체시험제도에 대비할 수 있는 충분한 준비기간을 부여하였으므로 전부터 제2외국어로 공부하였던 사법시험준비자를 영어로 공부하였던 사법시험준비자에 비하여 불합리하게 차별하였다고 볼 수 없다. 제45회 사법시험 제2차시험에 불합격한 사법시험준비자는 영어대체시험을 준비할 수 있는 충분한 시간이 주어졌음에도 불구하고 제2차시험

합격을 주관적으로 확신한 나머지 영어대체시험 준비를 하지 않은 결과 제 46회 사법시험 제1차시험에 응시할 수 없게 된 것에 불과하므로 불합리한 차별이라고 볼 수 없다.

②국제적으로 통용되는 영어로 어학과목을 한정하고, 기준점수는 영어의 기초적인 소양을 검증할 정도의 수준으로서 5급 국가공무원 장기국의훈련 어학요건기준 및 졸업인증제도 실시대학의 영어능력 기준점수를 반영하여 정하고, 성적표의 진위여부의 확인을 위한 업무처리기간 및 사법시험의 시행 일정을 고려하여 영어대체시험성적표를 응시원서와 함께 제출하도록 하는 등 그 정함에 합리성이 있으므로, 사법시험준비생들의 직업선택의 자유, 공무원담권, 행복추구권을 침해한 것이 아니다.

③사법시험은 전문자격사의 선발에 관한 시험으로서 어떠한 과목을 시험 과목으로 할 것인지 여부에 관하여는 입법재량의 범위가 넓고 급변하는 국제화, 세계화 시대에 기초적 영어구사능력이 필요불가결하다는 이유에서 영어과목을 필수 어학과목으로 규정하였는바, 이는 목적의 정당성을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 영어대체시험제도의 도입과 같은 제도의 변경에 대비하기 위한 준비기간을 수험생들에게 충분히 부여하였다는 점에서 방법의 적절성 및 침해의 최소성원칙을 준수하고 있다.

④사법시험의 시험과목은 그 성격상 상황에 따른 탄력적인 대응이 필요하고, 특히 영어구사능력의 수준이 시간이 지남에 따라 달라질 수 있을 뿐만 아니라 개별적인 특정 영어시험의 중요도 및 인지도도 사회현실에 따라 달라질 것이므로 그때그때 상황에 맞게 기준점수 및 영어시험의 종류를 변경하는 등 탄력적으로 대응할 필요가 있다. 그렇다면 이를 법에서 규정할 것이 아니라 시행령에 위임하였다 하여, 법률유보원칙이나 포괄위임금지원칙에 위반된다고 보기 어렵다.

[법학과목이수관련 법령 부분]

①법학전공자와 비법학과 재학생 및 중퇴자 사이에 차별이 있다고 하더라도 대학의 법학교육을 정상화하기 위한 합리적 이유 있는 차별에 해당하므로 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다. 또, 고졸 미만의 학력소지자로서는 법학과목 학점을 취득하지 못하여 사법시험에 응시할 수 없는 불

이익을 입게 된다고 하더라도 고등학교졸업학력검정고시에 합격함으로써 고등학교 졸업학력을 취득할 수 있고, 그 이후에 법학과목 35학점을 취득할 수 있는 절차가 개방되어 있다는 점에서 볼 때 자의적인 차별이 있다고 볼 수 없다.

【결정요지】

가. 법 제9조 제1항 중 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분 및 제2항, 동법 시행령 제4조 제1항 등 관련 조항이 규정한 영어대체시험제도는 법조인의 국제화, 국제적 법률문제에 대한 실무능력 향상이라는 목적의 정당성이 인정되고, 영어를 필수과목으로 하는 것은 효과적이고 적절한 수단의 선택이라 평가할 수 있으며, 영어가 사실상 국제공용어로 이용되고 있고, 영어로 작성된 법률문헌이 늘어나고 있는 점, 각 대체시험별로 연 10여 회의 응시기회가 부여되는 점을 종합해 볼 때 침해의 최소성도 충족되었다. 법조인의 국제화라는 공익이 사법시험응시자가 입게 될 불이익에 비하여 매우 크다 할 것이므로 법익균형성도 충족한다. 그렇다면 청구인들의 직업선택의 자유가 침해되었다고 할 수 없다.

나. 영어대체시험제도의 정당성이 인정되고 나아가 영어대체시험제도에 적용할 수 있는 충분한 유예기간을 법이 정해 두고 있으므로 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

다. 법 제1조에 의하면 법은 ‘판사·검사·변호사 또는 군법무관이 되려고 하는 자에게 필요한 학식과 능력의 유무 등을 검정하기 위한 사법시험에 관하여 규정’함을 목적으로 하고 있으므로, 대통령령에 정해질 과목이 법조인 선발에 필요한 지식을 묻는 과목이 될 것이라는 것을 예견할 수 있는 점, 법 제9조 제4항은 시험과목을 신설하는 경우에는 시험시행예정일로부터 역산하여 2년 이상의 유예기간을 두도록 함으로써, 사법시험 응시자들이 변경된 시험과목에 대비할 수 있는 충분한 시간을 허여하고 있는 점 등을 종합해 보면 법 제9조 제1항 중 ‘대통령령이 정하는 과목’ 부분이 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

라. 개별적인 영어시험이 사법시험 외국어 과목을 대체하기에 적합한지는 상황에 따라 변화할 수 있기 때문에 탄력적으로 대처할 필요성이 커서 이를

법률에서 직접 규율하는 것이 적절하지 아니하고, 영어대체시험을 무엇으로 할 것인가에 따라 수험생의 영어구사능력에 대한 평가가 달라진다고 할 수 없으므로, 법 제9조 제2항이 ‘시험의 종류’를 대통령령에서 정하도록 위임하더라도 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다. 또, ‘그 소명방법’은 매우 기술적이고 절차적인 것이어서 법 제9조 제2항이 대통령령에 위임하였다 하여 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다. 나아가 영어대체시험에서 취득한 개별 점수가 나타내는 언어구사능력의 수준이 시간이 지남에 따라 달라질 수 있고, 각 영어대체시험별로 만점이 모두 달라 법률이 기준점수의 상한을 미리 정하여 놓는다는 것이 기술적으로 매우 곤란하고, 법 제5조 제1항이 법학사 학위를 받을 수 있는 정도를 응시자격으로 정하고 있으므로, 거기에 상응하는 영어구사능력을 요구할 것을 짐작할 수 있다 할 것이어서 법 제9조 제2항 중 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 부분이 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

마. 1963년부터 실시된 사법시험의 역사상 초기를 제외하고는 사법시험령에 의한 사법시험이 폐지될 때까지 외국어 과목은 계속하여 시험과목으로 유지되었고, 법 제9조 제2항은 대통령령이 정하는 과목에 대하여 다른 시험기관의 시험으로써 대체할 수 있다고 정하고 있으므로, 다른 시험기관의 시험으로써 대체할 수 있는 과목이 대통령령이 정하는 과목으로써 정해질 수 있고, 그 시험과목이 외국어 과목이 될 것임은, 사법시험을 준비하는 자로서 능히 짐작할 수 있는 것이므로 시행령 제4조 제1항 [별표 1]에서 정한 외국어 과목이 모법의 위임범위에 들지 않는다고 볼 수 없다.

바. 응시자격, 시험방법, 시험과목의 중요한 내용을 법이 스스로 정하고 있고, 법 제9조 제2항이 대통령령에 위임한 ‘다른 시험의 종류’와 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 및 ‘그 소명방법’은 법의 내용을 구체화하는 것이어서 대통령령에 위임하여 규정할 수 있는 기본권의 본질적 내용에 속한다고 할 수 없다.

사. 법 제5조 제1항 및 제2항, 시행령 제3조가 정한 법학과목이수제도는 법학교육과 연계시켜 전문지식과 법적 소양을 종합적으로 검증하고 이를 통하여 대학교육의 정상화 및 국가인력자원의 효율적 배분을 기하고자 하는 취지에서 도입된 것으로, 그 입법목적이 정당하고, 통상 학위취득을 위해 이

수하여야 할 최소 학점인 35학점을 이수하도록 하는 수단은 적절하다. 또, 독학사시험 등 응시자격요건 구비를 위한 다양한 대체수단을 마련하고 있으며, 나아가 이 제도가 달성하고자 하는 공공의 이익이 일부 사법시험응시자에게 추가적으로 요구되는 노력에 비해 매우 큰 것이므로 법익균형성도 갖추었다. 그러므로 청구인들의 직업선택의 자유가 침해되었다고 할 수 없다.

아. 위 법학과목이수제도 자체에 합리적인 근거가 있고, 아울러 응시자격요건의 충족을 위한 다양한 대체제도가 마련되어 있으며 그 자격요건 자체가 사법시험준비와 무관한 것이 아니라 할 것이므로, 일부 사법시험응시자가 요건충족을 위해 별도의 노력을 기울여야 한다고 하더라도 법학과목이수관련 법령이 청구인들의 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

자. 법 제5조 제2항은 ‘법학과목의 종류, 학점의 수, 학점인정의 기준 및 응시자격의 소명방법’이라 열거하면서 대통령령에 규정되어 질 항목을 구체적으로 나열하고 있고, 위와 같은 사항들은 법학과목이수제도의 구체적인 내용을 형성하는 것으로서 충분히 위임의 필요성이 인정되는 사항들이며, 통상적으로 법학과목이수제도의 취지상 대학에서 법학사 학위를 취득하는데 필요한 정도의 법학과목을 이수하도록 요구할 것임은 제도의 본질상 파악해 낼 수 있고, 다른 법률의 규정에 의하여 법학사 학위를 수여받을 수 있는 기준을 알 수 있으므로, 법 제5조 제2항이 포괄위임금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

【해설】

1. 사법시험제도 일반론

가. 사법시험의 성격

사법시험은 사법연수제도와 함께 우리나라 법조인양성제도의 2대 구성요소이다.¹⁾ 우리나라의 법조인양성은 판사·검사·변호사 또는 군법무관이 되

1) 강일원, “법조인력양성제도의 개선방향”, 사법개혁추진위원회 전문위원 보고서(下), 사법개혁추진위원회, 205면 참조

법 제5조의 응시자격조항이 시행되기 전인 2005. 12. 31.까지는 법학교육을 받지 않은 사람도 사법시험에만 합격하면 법조인이 될 수 있다. 법과대학에서의 법학교육은 법조인양성제도와 제도적으로는 전혀 연계되어 있지 않지만, 현실적으로는 대부분의 시험합격자가 대학에서 전공 또는 비전공으로 법학교육을 받은 사람들이므로 대학에서의 법학교육은 법조인양성제도에서 중요한 위치를 차지하고 있다.

려고 하는 자들 중에서 국가에서 주관하는 사법시험을 통과한 자를 예비법조인으로 선발된 후 대법원 산하의 사법연수원²⁾에 입소시켜 2년간의 연수과정을 마치게 한 후 법조인 자격을 부여하는 체제를 취하고 있는데, 변호사 자격은 사법시험에 합격한 후 사법연수원의 연수과정을 마쳐야 부여되고,³⁾ 판사, 검사 내지 군법무관이 되려면 사법연수원의 연수과정을 마친 후 별도의 임명절차를 거쳐야 한다.⁴⁾

헌법재판소는 사법시험에 대하여 원칙적으로 변호사의 자격을 부여하기 위한 시험의 성격⁵⁾을 가지며, 사법시험에 합격하여 사법연수원 소정 과정을 마친 자 또는 변호사의 자격이 있는 자를 판사, 검사로 임명하는 한도에서는 공무원 임용시험의 성격도 부수적으로 가지는 것으로 보고 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353, 362 참조).

나. 사법시험제도의 연혁⁶⁾

우리나라의 법조인양성제도를 연혁적으로 살펴보면, 대한민국 정부수립 이후부터 1949년까지는 ‘조선변호사시험령’에 따라 변호사시험을 통하여,

-
- 2) 1971. 1. 1. 대법원 산하에 사법연수원이 설치되어 그 무렵부터 현재까지 사법시험 합격자의 실무교육을 담당하고 있다.
 - 3) 변호사법 제4조 (변호사의 자격) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.
 - 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자
 - 2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자
 - 4) **법원조직법** 제42조 (임용자격) ②판사는 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 임용한다.
 - 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자
 - 2. 변호사의 자격이 있는 자
 - 검찰청법** 제29조 (검사의 임명자격) 검사는 다음의 자격이 있는 자중에서 임명한다.
 - 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자
 - 2. 변호사의 자격이 있는 자
 - 군법무관임용법** 제3조 군법무관은 다음 각호의 1에 해당하는 자격이 있는 자중에서 임용한다.
 - 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 필한 자
 - 2. 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 자
 - 3. 군법무관임용시험에 합격하여 군법무관시보로서 소정과목의 실무수습을 마치고 실무고시에 합격한 자
 - 5) 사법시험의 변호사 자격시험으로서의 성격은 다음에서 보는 바와 같이 사법시험 선발인원이 대폭 증가함에 따라 더 강화되었다.
 - 6) 이승호, “법조인양성제도”, 2002 법조제도개혁연구보고서(Ⅰ), 대한변호사협회, 86, 87면 및 법무부 홈페이지 참조

1950년부터 1963년까지는 대통령령인 ‘사법관시보의임명수습및고시규정’에 따라 고등고시 사법과를 통하여 법조인을 선발하였다. 1963. 5. 9. 대통령령인 ‘사법시험령’이 공포되면서 그 이후 현재까지 사법시험을 통해 법조인을 선발하고 있는데, 1969년까지는 평균 60점 이상을 합격시키는 절대점수제를 시행하다가 법조인력 확충을 위해 1970. 5. 5. 사법시험령을 전면 개정하여 그 무렵부터 현재까지 정원제를 시행하고 있다.

시험실시기관은 사법시험령 시행 당시에는 행정자치부장관이었으나 2001. 3. 28. 법이 제정·시행되면서 법무부장관으로 변경되었다.

선발인원은 사법시험령에서는 행정자치부장관이, 법에서는 법무부장관이 관련기관의 의견을 들어 정하도록 하고 있는데, 1981년 이후 300명 선을 유지해오다가 1996년 이후 합격자가 증가하여 2007년도의 경우 1,011명이 최종합격하였다.⁷⁾ 그러나, 사법연수원 수료자 중 판사, 검사, 군법무관으로 임명된 자의 숫자는 선발인원의 증가추세를 따라가지 못하고 있어 결과적으로 선발인원의 증가는 변호사 숫자의 증가를 가져오게 되었다.⁸⁾

7) 사법시험 합격자 현황

(법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/BoardList.do 참조)

연도	제1차시험			제2차시험			제3차시험	
	응시자	합격자	합격점	응시자	합격자	합격점	응시자	합격자
2007	18,114	2,808	73.14	5,024	1,008	355.00 (47.3333)	1,022	1,011
2006	17,290	2,665	79.57	5,007	1,002	350.64 (50.0914)	1,002	994
2005	17,642	2,884	86.00	5,038	1,001	341.22 (48.7457)	1,001	1,001
2004	15,446	2,692	83.00	5,028	1,009	47.36	1,009	1,009
2003	24,491	2,598	82.00	5,012	905	42.64	906	906
2002	24,707	2,640	83.50	4,764	999	49.79	999	998
2001	22,365	2,406	87.96	4,578	991	50.57	991	991
2000	16,218	1,985	84.44	3,762	801	53.28	801	801
1999	17,301	2,127	81.75	3,554	709	48.50	709	709
1998	15,670	2,662	76.57	3,558	700	50.71	700	700
1997	15,568	1,865	83.50	2,949	604	50.92	604	604

8) 사법연수원 수료자 현황

(사법연수원 홈페이지 <http://jrti.scourt.go.kr/intro/situation.asp?flag=6> 참조)

기수 (수료연도)	임명인원	수료인원	판사 (예비판사)	검사	변호사등	군법무관
--------------	------	------	--------------	----	------	------

다. 사법시험의 응시자격

사법시험은 국가공무원법 제33조 각호의 1에 해당자,⁹⁾ 35학점 이상의 법학과목 학점을 취득하지 못한 자,¹⁰⁾ 응시자격 정지자¹¹⁾에 해당하지 아니하면 연령, 국적의 제한 없이 응시할 수 있다.

2. 영어시험대체제도

가. 영어대체시험의 실시

						판사	검사	변호사등
27(1998)	315	315	76	61	85	52	15	26
28(1999)	496	486	74	73	207	72	21	39
29(2000)	592	590	100	86	265	64	39	36
30(2001)	694	678	109	89	327	58	37	58
31(2002)	717	712	114	89	373	50	24	62
32(2003)	800	798	109	82	437	59	25	86
33(2004)	976	966	113	77	630	146(공60)		
34(2005)	972	957	96	85	629	147(공55)		
35(2006)	887	857	91	90	506	170(공75)		
36(2007)	998	975	90	87	618	180(공73)		
37(2008)	977	974	95	76	306	192(공92)		

* 군법무관란의 판사·검사·변호사 등 인원수는 군복무 후 입관 또는 변호사 등으로 진출한 숫자임

* '공'은 공익법무관을 의미함.

- 9) 매년 초에 공고한 제3차시험 최종실시에정일을 기준으로 공무원법 제33조 각호에 해당하는 자는 사법시험에 응시할 수 없다. 국가공무원법 제33조 각호는 1. 급치산자 또는 한정치산자 2. 파산자로서 복권되지 아니한 자 3. 금고이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자 4. 금고이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자 5. 금고이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자 6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자 7. 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자 8. 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자

10) 법 제5조 제1항 부칙 제1조, 시행령 제3조

11) 사법시험 및 군법무관임용시험에서 부정한 행위를 한 자, 응시자격에 관한 소명서류에 허위기재를 한 자, 토플, 토익 및 텡스 성적표에 허위기재를 한 자로서 법무부장관으로부터 응시자격정지처분을 받은 자는 정지기간 중에 실시되는 시험에 응시할 수 없고, 국가공무원 또는 지방공무원임용시험에 있어서 부정한 행위를 하여 응시자격이 정지 중에 있는 자는 정지기간 중 사법시험에 응시할 수 없다.(법 제17조 제1항, 제2항)

2004년부터 사법시험실시기관에서 주관하는 영어시험을 실시하지 아니하고, 일정점수 이상의 민간시험기관의 시험성적(토플 PBT 530점, CBT 197점, 토익 700점, 텡스 625점 이상)으로 대체하여 영어과목의 합격여부만을 결정한다.¹²⁾ 제1차시험에 응시하려고 하는 자는 시험공고일로부터 역산하여 2년이 되는 날이 속하는 해의 1월 1일 이후 실시된 위 3가지 시험 중 어느 하나의 시험에서 제1차시험 합격에 필요한 점수를 취득한 성적표를 응시원서와 함께 제출하여야 하고, 성적표를 제출하지 못할 경우 제1차시험에 응시할 수 없다.¹³⁾

나. 대체시험 개요

①토플(TOEFL, Test of English as a Foreign Language)은 아메리카합중국 뉴저지주의 Princeton에 있는 ETS(Education Testing Service)에서 주관하는 국제적인 영어시험으로서 미국, 캐나다를 비롯한 영국, 호주, 뉴질랜드 등 영어권 국가에 유학을 가고자 하는 학생들을 대상으로 180여 개국에서 실시되고 있으며, 국내에서는 서울 소재 한미교육위원단이 시행하고 있다. 이전에는 PBT(Paper Based Test)가 실시되었으나 1998. 7. 유럽, 미주 등에서 CBT(Computer Based Test)가 시행된 이래 2000. 10.부터는 CBT가 시행되었다. 기존의 PBT는 677점이 만점인데 비하여, CBT는 300점이 만점이며, CBT의 경우 듣기, 문법, 독해능력, 에세이작성능력에 대해 매 시험별 상대평가방식으로 0점에서 300점까지 점수를 부여한다. 기존의 PBT는 매 시험별 상대평가방식으로 310점에서 677점을 부여한다. 한편, 2005. 9. 미국에서 시행되기 시작한 IBT(Internet Based Test)는 120점 만점으로 문법시험이 없어지고 Speaking이 추가되었다.

②토익(TOEIC, Test of English for International Communication)은 영어가 모국어가 아닌 사람들을 대상으로 언어 본래의 기능인 커뮤니케이션 능력에 중점을 두고 일상생활, 국제업무 등에 필요한 실용영어능력을 평가하는 시험이다. 1979년 미국 ETS (Educational Testing Service)에 의해 개발된 이래 전 세계 약 60여개 국가, 4,000여 기관에서 승진 또는 해외파견 인

12) 2007. 1. 17. 개정된 시행령에 의하면 IBT(Internet Based Test)가 추가되었고, 그 기준점수는 71점이다.

13) 개정된 시행령에 의하면 제1차시험 전일까지 제출하면 된다.

원선발 등의 목적으로 널리 활용되고 있다. 현재 전 세계적으로 해마다 약 400만 명 이상이 응시하고 있는데, 우리나라에는 1982년에 도입되었다. 국내 기업체에서 최근까지 가장 선호하는 시험으로서 읽기, 듣기능력에 대해 990점 만점으로 평가한다.

③텡스(TEPS, Test of English Proficiency)는 서울대학교 어학연구소가 개발한 영어능력평가시험으로서 1999. 1.부터 서울대학교 어학연구소와 조선일보사가 공동으로 시행해 오고 있다. 토플, 토익 등 기존 영어시험이 일정 목적에 치우쳐 있음을 보완하여 현장영어 구사능력을 증점으로 하여 실용영어능력을 평가하는 것을 목적으로 한다. 읽기와 듣기능력에 대해 990점 만점으로 평가한다.

다. 유예기간

법은 2001. 3. 28.부터, 시행령은 2001. 3. 31.부터 각 시행되었으나, 영어대체시험제도는 변화에 적응하는데 필요한 수험생의 부담을 고려하여 2004년도부터 실시되도록 하였고,¹⁴⁾ 2002년도 및 2003년도 사법시험 제1차시험의 어학과목은 기존의 어학선택과목제도와 동일하게 운영하도록 하였다.¹⁵⁾

라. 영어대체시험제도의 취지

(1) 어학과목을 영어로 한정

법조계의 국제화, 개방화에 대비하여 법조인의 국제화를 촉진하고 국제적 법률관계에 대한 실무능력을 향상시킬 토대를 구축하기 위하여¹⁶⁾ 제1차시험의 어학과목을 국제적 법률관계의 보편적 언어인 영어로 한정하였다. 법령 제정을 위한 공청회 당시 제2외국어도 법학연구에 있어서 중요하므로 시험과목에 포함시켜야 한다는 의견도 있었으나 사법시험은 법학자가 아닌 실무 법조인을 선발하는 시험이고, 법학연구를 위하여 제2외국어가 중요하다고 하더라도 연구가 필요한 상황에 맞추어 자발적으로 공부하면 되는 것이고, 사

14) 시행령 부칙 제1조

15) 시행령 부칙 제3조

16) 국회사무처, 제216회 국회 법제사법위원회회의록 제11호, 9면 참조

법무부 법조인력정책과, 사법시험법·동법시행령·동법시행규칙 해설, 2001. 12. 6면 참조

법시험 과목에 포함시켜 일정한 수준의 공부를 강제할 필요까지는 없다는 취지에서 어학과목을 영어로 한정하였다.¹⁷⁾

(2) 대체시험의 합격점수 수준

대체시험의 합격점수를 토플 PBT 530점¹⁸⁾ 이상, CBT 197점 이상, 토익 700점¹⁹⁾ 이상, 텡스 625점²⁰⁾ 이상으로 정한 것은 너무 높게 결정할 경우 선발인원 대비 응시자 수가 감소하여 시험의 변별력을 저해할 수 있고, 너무 낮게 결정할 경우 영어과목 도입취지에 반한다는 점을 감안하여 5급 국가공무원 장기국외훈련 어학요건기준, 졸업인증제도 실시대학 중 중위권 대학의 영어능력 기준점수 및 중앙인사위원회의 국가고시영어과목 개편추세를 반영하여 중앙인사위원회 작성의 점수상관관계표를 참작하여 정한 것으로서²¹⁾ 중상급 수준의 영어의사소통능력을 요구하는 것이다.²²⁾ 합격점수 수준은 행정고등고시, 입법고등고시, 공인회계사시험에서 요구하는 영어대체시험의 그것과 동일하며,²³⁾ 외무고등고시의 기준점수 보다는 낮다.²⁴⁾

3. 법학과목이수제도

가. 법학과목이수제도의 취지와 내용

-
- 17) 국회사무처, 제216회 국회 법제사법위원회회의록 제11호, 13면 참조
 - 18) 토플의 경우 일반적 평가기준은 시험주관기관의 비공개로 알 수 없으나, 다만 미국 소재 대학에 유학하고자 할 경우 일반적으로 550점 이상, 상위권 대학은 580점 이상 요구되는 사정
 - 19) 일상생활의 필요를 충족하고 한정된 범위 내에서는 업무상의 커뮤니케이션이 가능한 수준
 - 20) 중상급 수준의 의사소통능력, 중장기 집중교육을 받으면 일반분야업무를 큰 어려움 없이 수행할 수 있는 수준
 - 21) 법무부 법조인력정책과, 사법시험법·동법시행령·동법시행규칙 해설, 2001. 12. 117면 참조
 - 22) 토플 PBT의 만점은 677점(기본점수 310점에서 시작), CBT의 만점은 300점(기본점수 0점에서 시작), 토익의 만점은 990점, 텡스의 만점은 990점이므로 각 530/677, 197/300, 700/990, 625/990 정도에 도달하여야 한다.
 - 23) 공무원임용령(2004. 6. 11. 대통령령 제18424호로 개정된 것) 제7조 제1항 별표3; 국회공무원임용시험규정(2003. 10. 15. 국회규정 제546호로 개정된 것) 제7조 제1항 별표1의3; 공인회계사법시행령(2004. 4. 1. 대통령령 제18352호로 개정된 것) 제2조 제4항 별표3 각 참조
 - 24) 외무고등고시의 경우 토익 775점, 토플 220점(CBT), 텡스 700점이다.

(1) 법학과목이수제도는 사법시험의 응시자격을, ① 고등교육법 제2조 각 호의 규정에 의한 학교, 평생교육법 제21조 또는 제22조의 규정에 의한 사내 대학 또는 원격대학 형태의 평생교육시설에서 35학점 이상의 법학과목을 이수한 자와 ② 학점인정등에관한법률의 규정에 의하여 35학점 이상의 법학과목을 이수한 것으로 학점인정을 받은 자로 제한하고 있다.

법학과목이수제도는 시험중심의 법조인 양성체제를 법학교육과 연계시켜 법조인을 선발하려는 것이며 이를 통하여 대학교육의 정상화와 국가인력자원의 효율적인 배분을 기하고자 하는 취지로 규정된 것으로 보인다.²⁵⁾

당시 법학과목이수제도를 도입하는데 주도적인 역할을 한 법무부 주무과장이 국회의 공청회에서 밝힌 도입이유 요지는 다음과 같다.

“사법시험의 합격인원이 급격히 증가함에 따라 법학 전반에 걸친 폭넓은 소양이 없어도 예상문제에 대한 암기식 공부만으로 합격할 수 있어서 시험제도를 개선해야 한다는 주장이 계속 제기되어 왔다. 그동안 사법시험 개혁이 선발인원 확대에만 치중해 온 결과 우수한 인력이 사법시험으로만 몰려 국가 인력자원의 효율적 배분을 저해하고, 전국 대학의 고시학원화를 초래하였다는 비판과 함께 법학교육과 시험을 연계하여 시험제도를 개선하자는 논의가 수년간 진행되었다. 이에 따라 법학 전문대학원 졸업자로 응시자격을 제한하자는 새교육공동체위원회 의견, 법학사학위 취득자로 응시자격을 제한하자는 사법개혁추진위원회 의견과 응시자격을 제한할 것이 아니라 오히려 시험합격자에 대한 전문교육을 강화하는 방향으로 추구되어야 한다는 의견을 절충하고, 법학교육과 실무연수제도에 대한 개혁과 연계하여 시험제도를 개혁함이 바람직하나 이는 법학교육 및 실무교육제도가 변경되면 그때 가서 사법시험제도에 반영하기로 하고 개정안을 마련하게 되었다. 본 개정안은 현행 시험제도의 한계를 극복함과 동시에 법학교육의 정상화와 국가인력자원의 효율적인 배분에도 기여할 수 있도록 일정 학점 이상의 법학과목 학점 취득자로 응시자격을 제한하는 한편, 국민의 직업선택의 자유 등 기본권과의 조화를 도모하기 위하여 학점인정등에관한법률 등에 의하여 법학과목 학점을 취득하는 경우에는 누구든지 시험에 응시할 수 있도록 응시기

25) 제215회 국회 정기회 법제사법위원회회의록 제10호, 5-12면; 법무부, 사법시험법·동시행령 제정안 해설 2000. 11. 35-40면 참조.

회를 보장하였다.

그리고 법학과목 35학점을 취득하도록 한 것은 외국과 달리 병역의무가 있는 우리나라의 특수한 사정 등을 고려하여 대학 3학년 과정을 마친 자면 시험에 응시할 수 있도록 할 필요가 있고, 법률상 법학사 학위취득에 필요한 최소학점도 35학점이라는 것을 고려한 것이다. 아울러 대학에서 다전공학부제의 시행으로 과거와 달리 편입학 절차를 거칠 필요 없이 다른 학문 전공자도 쉽게 법학과목을 이수할 수 있는 점, 평생교육 정책으로 독학자 중 법학을 전공하지 않은 사람의 경우 독학시험에 합격하거나 평생교육시설에서 법학을 공부하면 학점을 인정받을 수 있어 시험에 응시할 수 있는 점이 고려되었고, 경과조치로 그 시행은 5년간 유예기간을 두어 학위와 학점을 취득할 수 있는 충분한 기회도 보장하였다.”²⁶⁾

(2) 구체적 내용

먼저 법 제5조 제1항 제1호의 “고등교육법 제2조 각호의 규정에 의한 학교에서 일정학점(35학점) 이상의 법학과목을 이수할 수 있는 경우에 대하여 본다.

고등교육법 제2조가 규정하는 학교는 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송대학·통신대학 및 방송통신대학, 기술대학, 각종학교이다. 이들 학교는 동법에 의하여 전문대학 또는 대학의 학위를 인정하고 있으므로, 이들 학교에서 법학학위과정에 있는 자는 물론 위 법학과목 35학점 취득의 요건을 구비할 수 있다. 문제는 이들 학교에서 비법학을 전공하는 경우인데, 이들의 경우에는 ①전통적 복수전공·편입학제도나 ②다전공학부제도²⁷⁾를 활용하여 법학과목을 이수하거나, ③일반선택과목으로 법학과목을 선택하여 이수한 경우에도 이를 법학과목 이수로 인정되며, 다만 이수한 법학과목의 총학점이 35학점 미만인 때에는 독학시험 또는 평생교육시설에서 나머지 법학과목에 관한 학습과정을 이수한 후 학점인정제도에 의하여 한국교육개발원에서 통합하여 학점인정을 받을 수 있다.²⁸⁾

26) 216회 국회(임시회) 법제사법위원회 회의록 제11호, 8-9면 참조.

27) 이 제도에 의하면 학부에 개설되어 있는 법학과목을 35학점 이상 이수시 법학사 학위 취득이 가능하며, 현재 대학 4년 수료시 3개의 학위까지 취득이 가능하다고 한다.

법 제5조 제1항 제1호의 “평생교육법 제21조 또는 제22조의 규정에 의한 사내대학 또는 원격대학 형태의 평생교육시설에서 법학과목을 이수”하는 경우에 대하여 본다.

대통령령이 정하는 규모(300인) 이상의 사업장에서 교육인적자원부장관의 인가를 받아 설치·운영하는 것으로 전문대학 또는 대학졸업자와 동등한 학력·학위가 인정되는 사내대학형태의 평생교육시설(평생교육법 제21조 제1항)과 정보통신매체를 이용하여 교육하는 시설로서 교육인적자원부장관의 인가를 받아 설치·운영하고 전문대학 또는 대학졸업자와 동등한 학력·학위가 인정되는 원격대학형태의 평생교육시설에서 법학과목 35학점을 이수할 수 있다. 위 사내대학은 고등학교 졸업학력 이상의 자로서 당해사업장에서 1년 6개월 이상 근무하고 있는 자가 입학할 수 있으며 고등교육법상의 대학 등 입학·편입학 규정을 준용하고, 그 학위인정 및 학위수여는 그 사내대학의 학칙으로 정하도록 하고 있다. 위 원격대학의 경우에는 고등학교 졸업학력 이상의 자가 입학할 수 있고 전문학사학위과정은 80학점 이상, 학사학위과정은 140학점 이상 취득하도록 되어 있고, 고등교육법상의 입학·편입학 규정이 준용되고 있다.

끝으로 법 제5조 제1항 제2호의 “학점인정등에관한법률의 규정에 의하여 일정학점(35학점) 이상의 법학과목을 이수한 것으로 인정된 자”에 대하여 본다.

학점인정등에관한법률 제3조 제1항에 의하면 교육인적자원부장관은 ‘대통령령이 정하는 평생교육시설 및 직업교육훈련기관’이 설치·운영하는 학습과정에 대하여 평가인정을 할 수 있도록 규정하고 있다. 여기서 학습과정에 대한 평가인정의 대상이 되는 ‘대통령령이 정하는 평생교육시설 및 직업훈련기관’이란, “1. 초·중등교육법 제54조 제4항 및 제56조의 규정에 의하여 전공과를 둔 고등기술학교·특수학교 또는 고등교육법 제59조의 규정에 의한 대학 및 전문대학에 준하는 각종학교 중 학력인정이 되지 아니하는 학교, 1의 2. 고등교육법 제26조 및 평생교육법시행령 제22조 제4항의 규정에 의한 공개강좌 또는 고등교육법 제49조의 규정에 의한 전공심화과정을 둔 전문대학, 2. 평생교육법 제22조 제2항, 제23조 내지 제27조의 규정에 의한 평생교육시

28) 학점인정등에관한법률 제7조 제2항, 동법시행령 제9조 제1항 본문

설, 3. 학원의설립·운영및과외교습에관한법률 제6조의 규정에 의하여 설립된 학원, 4. 근로자직업훈련촉진법 제2조 제2호의 규정에 의한 직업능력개발훈련시설, 5. 산업기술기반조성에관한법률 제14조의 4 및 제18조의 규정에 의한 한국산업기술평가원 및 전문생산기술연구소의 부설 기술교육훈련기관·시설, 6. 문화재보호법 제24조 제2항의 규정에 의한 전수교육을 실시하는 시설, 7. 기타 교육인적자원부장관이 평가인정 대상기관으로 적합하다고 인정하는 평생교육시설 및 직업훈련기관”을 말하는데(학점인정등에관한법률 시행령 제3조), 실제로 법학과목 학점이수 평가인정이 가능한 교육훈련기관으로는 위에서 나열한 기관 중 제1호의 학력이 인정되지 아니하는 각종학교, 제1의2호의 전공심화과정을 둔 전문대학, 제2호의 평생교육법에 의한 평생교육시설(이는 위에서 든 사내대학이나 원격대학 형태의 평생교육시설 이외의 시설로서 사업장·시민사회단체·학교·언론기관 부설의 평생교육시설을 말한다), 제3호의 각종 사설학원이나 제7호의 기타 교육부장관이 인정하는 평생교육시설 등을 들 수 있을 것이다.

그 밖에도 ‘독학에 의한 학위취득에 관한 법률’에 의하여 고등학교졸업 이상의 학력자를 대상으로 교육인적자원부장관이(한국방송통신대학이 위탁분야) 실시하는 독학시험제도가 있다.

4. 이론적 검토

가. 문제의 제기

이 사건에서 헌법재판소가 헌법이론적으로 특별한 판단을 한 바는 없는 것으로 보인다. 주로 청구인들의 주장에 대하여 헌법재판소가 응답하는 방법으로 결정문이 구성되어 있다. 이는 본안에 관하여서만 8개의 사건이 병합되어 있고, 청구인들의 주장이 매우 다양하였기 때문으로 보인다.

그런데, 상당한 정도로 청구인들의 주장을 이해하면서도, 그 주장을 받아들이지 아니하는 것을 보면, 이 사건에서 헌법재판소가 가장 고심하였던 부분은 포괄위임금지원칙 부분이 아니었나 하는 짐작을 해 볼 수 있다. 현대사회에 있어서 복잡다기한 사항들에 대한 규율의 필요성과 고전적 헌법이론 사이에서 헌법재판소가 고뇌하는 모습을 발견할 수 있다.

한편, 많은 학자들이 평등의 문제로 정의의 문제로 치환하여 이해하는 경

우가 많다. 정의는 평등을 의미한다고 하거나,²⁹⁾ 법률은 정의에 입각해 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급해야 한다고 하거나,³⁰⁾ 평등은 ‘거의’ 정의라고 하거나,³¹⁾ 平等이 正義의 내포 또는 正義를 지향한다고 한다고 한다.³²⁾ 거기에 비하면 아리스토텔레스의 정의론을 언급하면서 이것들이 현대의 평등론과는 직접적 관련성은 약한 것으로 보인다³³⁾고 하거나, 평등의 문제는 동시대인의 정의감정에 비추어 판단할 수밖에 없다고 하면서도 미지의 정의와 평등을 연관시키는 것은 문제가 없는 것은 아니라고 하는 것³⁴⁾은 조심스러운 태도에 속한다. 그런 영향 때문일까, 청구인들이 부당하다고 생각하는 모든 문제를 평등권 침해로 구성하여 주장하여 온 것이 어제오늘의 일이 아니다. 이 사건에 있어서도 청구인들의 평등권 침해 주장은 집요하다. 그런데, 이 사건에서는 비록 일부의 주장에 관한 것이지만, 아예 청구인들의 평등권 침해 주장 자체를 ‘각하’하는 듯한 서술을 하고 있다. 인적, 물적 차별의 금지라는 평등심사에 조금은 다른 모습이다.

이런 두어 가지의 점에 대하여 간략하게 이론적 검토를 해 보기로 한다.

나. 평등의 문제

(1) 청구인들은 영어대체시험으로 인정되는 각 시험에 대한 합격점수가 다른데, 그것이 평등권 침해의 문제를 야기한다고 주장한다. 즉, 텡스에 대해 요구되는 기준점수의 수준이 토익이나 토플에 대해 요구하는 기준점수의 수준보다 높아서 텡스응시자가 다른 영어시험응시자에 비해 불리하다는 것이다. 청구인들은 텡스응시자 집단과 토플 또는 토익 응시자 집단을 비교집단으로 삼아서, 양자에 대한 처우가 불공평하다는 것을 평등권 침해의 문제로 구성하여 주장한 것이라 평가할 수 있다.

(2) 그런데, 이 점에 대한 헌법재판소의 입장은 단호하다. 이것은 평등의 문제가 아니라는 것이다. 즉, “선택가능한 대안들 사이에 어떤 차이가 있다고 하여 이를 차별이라 할 수 없다”는 것이 핵심이다.

29) G. Radbruch(최종고 옮김), 법철학, 삼영사(2002), 64면

30) 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총(제9집), 44면

31) 강경근, 헌법(2004), 540면

32) 계획열, 헌법학(중)(2004), 234면

33) 이명웅, 평등원칙, 고시계(2003. 11.), 8면

34) 허영, 한국헌법론(2006), 335면

헌법재판소는 이전에도 이와 같은 입장을 실시한 바 있다. 2003헌바24 사건³⁵⁾에서의 논리는 이러한 것이다. 청구인은 두 개의 선택 대안들 사이에 자유로운 선택권을 가지고 있고, 각 선택 대안은 나름대로의 장점과 단점을 가지고 있다. 그런데 청구인이 그 중 하나의 선택대안을 선택하였으면 어떤 하나의 측면에서는 이익이 될 것이고, 다른 어떤 측면에서는 불이익이 될 것이다. 그런데, 그 청구인이 그 중 하나의 대안을 선택한 후에 불이익 되는 측면을 들어 차별을 주장하는 것은 타당하지 아니하다는 것이다.

그 설시를 구체적으로 보면, 『청구인은 이 사건 규정이 소급공제방법을 택한 법인과 이월공제방법을 택한 법인을 합리적인 이유 없이 차별한다고 주장하나, 결손금소급공제를 받을 수 있는 요건을 갖춘 중소기업은 반드시 그 방법을 택하도록 강제되지 아니하며, 직전 사업연도에 대하여 결손금을 소급공제하여 법인세를 환급받을 수도 있고 아니면 이월공제의 방법을 택하여 5년간 이월공제를 할 수도 있다. 통상 소급공제제도는 이전 과세기간의 법인세를 감액경정하고 기납부된 세액을 환급하는 것으로서 이미 납부한 세액을 바로 환급받을 수 있기 때문에 조세부담의 감소효과가 최소한 1년 후에 또는 향후 몇 년간에 걸쳐 나타나게 되는 이월공제에 비해서 기업에 주는 효과는 크다고 할 수 있는 반면, 다른 한편으로는 이미 납부한 세액을 다시 계산하고 세액을 환급하여 주기 때문에 이미 완결된 조세법률 관계에 변동을 초래하여 조세행정이 매우 복잡해지는 폐단이 있다. 이러한 결손금의 소급공제와 이월공제 사이에 선택의 여지가 있는 중소기업이 자신의 이익 내지 편의를 위하여 1997 사업연도에 발생한 결손금에 관하여 이월공제방법을 택하지 아니하고 소급공제방법을 택함으로써 이월공제방법을 택한 법인에 비하여 조세편의를 받은 이상, 법인세할 주민세를 환부 받지 못한 점을 들어 이 사건 규정이 이월공제방법을 택한 법인과 소급공제방법을 택한 법인 사이에 차별을 야기한다고 볼 수는 없다. 더욱이 청구인이 결손금소급공제에 의하여 법인세를 환급받은 1998. 4.경에는 법인세할 주민세의 환부에 관한 근거 규정조차 마련되어 있지 않았는데, 그 상태에서 청구인이 이월공제와 소급공제 사이에 소급공제의 방법을 택한 것은 그 대신 법인세할 주민세를 환급받을 수 없는 불이익을 감수한 선택이라고도 볼 수 있다.』³⁶⁾

35) 헌재 2004. 9. 23. 2003헌바24 판례집 16-2, 525

또, 2004헌바80 사건³⁷⁾에서는, 『우리 헌법이 예정하고 있는 인간상은 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민이다. 그는 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 하에 스스로 결정하고 형성하는 민주시민이다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555). 임대주택사업을 할 것인지, 임대주택업을 하더라도 임대주택법상의 임대사업자로 등록할 것인지(임대주택법 제6조 참조), 임대주택에 대한 소유권을 취득할 것인지 여부의 선택은 모두 청구인에게 개방되어 있다. 그렇다면, 청구인은 각 선택대안의 장단점을 따져 보고 여러 가지 상황을 검토하여 자신에게 가장 유리한 대안을 선택해야 할 것이고 그 선택에 대하여는 책임을 지는 것이 우리 헌법이 예정하고 있는 민주시민의 모습이다. 그와 같은 맥락에서 우리 재판소는 이미, 선택 가능한 대안들 사이에 어떤 차이가 있다고 하여 이를 차별이라 할 수 없다는 점을 밝힌 바 있다(헌재 2004. 9. 23. 2003헌바24, 판례집 16-2, 525 참조).』

(3) 이 부분에 대한 헌법재판소의 태도를 어떻게 볼 것인가 하는 해석의 문제에 관하여 본다. 판례에서 말하는 “선택 가능한 두 개의 대안”을 분석해보면, 하나의 의미 단위는 ‘선택 가능한’이 될 것이고, 다른 하나는 ‘두 개의 대안’이 될 것이다. 여기서 ‘대안’이라고 하는 것은 ‘법적 처치의 꾸러미’라 할 수 있다. 즉 어떤 하나의 사상에 대하여 그 효과를 연결하여 놓은 틀을 말하는 것이다. 헌법재판소의 입장은 위의 ‘법적 처치의 꾸러미’ 사이에 다른 처우가 있더라도 그것은 평등의 문제가 아니라는 것이다. 단, 조건으로 부기되는 것은 그 ‘법적 처치의 꾸러미’를 선택하는데 장애가 없을 것이다.

다시 이를 설명해 본다면, ‘법적 처치의 꾸러미’ 자체는 평등과 무관하다는 것이다. 단지 그 ‘법적 처치의 꾸러미’와 사람이 어떻게 연결되는가 하는 지점에서 드디어 평등과의 관련이 발생한다는 것이다. 만약에 어떤 특정집단에게 하나의 특정 꾸러미를 강제로 할당하는 법이 있다면, 그 법이 평등의 문제를 야기한다는 것이다.

(4) 이 사건에 돌아와서 본다면, 텡스의 기준점수의 수준이 다른 영어대체 시험의 그것보다 높거나 낮은가는 전혀 평등의 문제를 야기하지 않는다. 가

36) 밑줄은 필자에 의한 것임.

37) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바80, 판례집 17-1, 221

사 텀스에서 기준점수를 획득하는 것이 다른 시험에 비하여 매우 어렵다고 하더라도, 다만 문제가 될 수 있는 것은, 누구라도 원하면 텀스시험을 보지 아니하고, 다른 시험을 볼 자유가 확보되어 있는가 하는 점이 중요하다. 만약 남자는 반드시 텀스를 보아야 하고 다른 시험을 볼 수 없다면, 명백히 차별의 문제가 생긴다. 만약 어떤 사람에게 어떤 시험을 보아서 기준점수를 획득할 것인가 하는 점에 관하여 자유로움에도 불구하고, 어떤 특정시험을 선택한 후 그 시험의 불이익한 점을 들어서 평등권 침해를 주장할 수 없다는 것이 헌법재판소의 이론이다. 그와 같은 주장은 ‘자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 하에 스스로 결정하고 형성하는 민주시민’³⁸⁾을 전제로 하는 헌법질서에 위배되기 때문이다.

(5) 이러한 헌법재판소의 입장은 Nawiasky³⁹⁾의 인적평등론에 상당히 근접한 것으로 평가할 수 있다. 다만, 이러한 헌법재판소의 입장이 확립되었다고 보기는 어려운 바 있다.

다. 포괄위임금지원칙의 문제

(1) 법 제9조 제1항은 제1차시험의 과목으로 ‘헌법, 민법, 형법 및 대통령령이 정하는 과목’으로 정하고 있고, 같은 조 제2항은 대통령령이 정하는 과목은 다른 시험으로 대체할 수 있으며, 이 경우 다른 시험의 종류와 해당과목의 합격에 필요한 점수 및 그 소명방법은 대통령령에 위임하고 있다. 한편, 법 제5조는 법학과목 이수율 사법시험응시의 자격요건으로 하면서, 같은 조 제2항에서는 ‘법학과목의 종류, 학점의 수, 학점인정의 기준 및 응시자격의 소명방법’을 대통령령에 위임하고 있다. 이것이 포괄위임금지원칙에 위배되는 것 아닌가 하는 점이 이 사건에서 문제되었다.

(2) 결론적으로 헌법재판소는 위 조항들이 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 하면서도, 특히 영어대체시험의 합격에 필요한 점수에 대하여 ‘그 하한이나 상한을 정하지 아니하고 대통령령에 위임함으로써 대통령령에 정해질 기준점수를 예견하기 그리 쉽지 아니한 바 있’고, 사법시험응시의 자격

38) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555

39) H. Nawiasky, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in : VVDStRL, Heft 3, Berlin u. Leibzig 1927, S.25

요건으로 되는 학점의 수에 관하여는 ‘대통령령에서 과연 어느 정도의 법학 과목 학점을 요구할 지 분명하지 아니한 점이 없지 아니하’다는 점을 어느 정도는 시인하고 있다. 물론, 대통령령에 정해질 다른 사항들에 대하여도 여러 사정들을 들어, 필요한 예견 가능성을 낮추고, 사회의 제반사정에 비추어 필요한 예견 가능성이 확보되었다고 설시하고 있다.

(3) 고전적인 포괄위임금지원칙에 대해서는 여러 가지 비판이 있을 수 있다. 예를 든다면, 민주적 정당성을 갖춘 의회권력에 의하여, 행정권이 통제되어야 한다는 인식에 대해서는, 현대의 행정권력도 의회권력 못지않은 정당성을 확보하고 있다는 반론이 있을 수 있다. 한층 근본적인 것은 실체적 내용에 있어서 정당한 것임에도 불구하고, 위임형식의 불완전성으로 인하여 당해 법률이 위헌무효로 선언되는 것이 과연 정당한 것인가 견해이다. 다시 말해 법률과 그 법률의 위임을 받아 제정된 하위 시행령을 결합하여 보았을 때, 그 내용이 헌법적으로 문제되지 아니함에도 불구하고, 단지 법률이 위임하는 내용이 포괄적이라는 이유로 위헌선언 된다면, 그 법률과 시행령이 달성하고자 하는 공익은 실현되지 못하는 결과에 이를 것이다. 또, 이 사건에서 문제된 법률조항과 같이, 직접적으로 기본권을 제한 한다기보다는 어떤 제도를 창설하는 법률에 관하여, 일부의 조항이 포괄위임금지원칙을 위배하였다는 이유로 위헌선언 된다면 아예 그 제도 자체를 실시할 수 없게 되는 문제도 생길 수 있다.

(4) 한편, 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하고, 헌법 제95조는 “……행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임……으로……부령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 조항들을 해석함에 있어서, 위임을 하는 법률도 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다는 해석을 하고 있다. 만약 위의 (3)에서와 같은 인식을 실현함에 있어서 단초를 찾는다면, 헌법 제75조 또는 제95조를 재해석하고 재발견하는데 있지 않을까 하는 생각이 든다. 즉 헌법 제75조 또는 제95조의 수범자를 대통령 또는 행정각부의 장으로만 해석한다면, 법률의 위헌문제에 관하여 한층 유연한 해석이 가능할 것이기 때문이다.

5. 결론

이 사건이 이론적으로 큰 의미를 가진 사건이라 보기는 어렵고, 단지 청구인들의 여러 백화점식 주장에 대하여 헌법재판소가 충실히 응답하여 준 것에 의의가 있다고 생각된다. 단지 이론적인 부분에 관하여 보면, 평등권 부분과 포괄위임금지원칙에 이 사건의 독특한 이해가 있다고 보여 진다. 헌법재판의 이론이 일시에 발전된 모습을 보이기는 어렵고, 이와 같은 사건들이 축적되면서 드러나는 현실적 문제와 이론 사이의 간극을 메워가야 하는 것이 아닐까 하는 생각을 한다.

조세범처벌법 제13조 제1호 위헌제청

-범죄의 구성요건과 명확성의 원칙-

(헌재 2007. 5. 31. 2006헌가10, 판례집 19-1, 558)

임 성 희*

【판시사항】

조세범처벌법(1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정된 것, 이하 ‘조세범처벌법’이라 한다) 제13조 제1호의 ‘법에 의한 정부의 명령사항’이라는 구성요건이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부

【심판대상】

이 사건의 심판대상은 조세범처벌법(1994. 12. 22. 법률 제4812호로 개정된 것) 제13조 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이고 그 내용은 다음과 같다.

조세범처벌법 제13조 (명령사항위반등) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 50만원 이하의 벌금 또는 과료에 처한다.

1. 법에 의한 정부의 명령사항에 위반한 자
(제2호 내지 제13호 생략)

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

제청신청인 김정식은 주식회사 한빛화장품의 대표이사인 바, 2004. 5. 20.

* 헌법연구관

“직원 김명숙이 서울특별시에 체납한 지방세 합계 금 7,223,400원을 징수하기 위하여 (주)한빛화장품이 김명숙에게 지급하는 매달 총급여액(퇴직시에는 퇴직금 포함)의 2분의 1에 해당하는 금액을 압류하였음을 국세징수법 제41조 제1항의 규정에 의하여 통지하오니 지급하시기 바랍니다”라는 취지의 서울특별시장 명의의 ‘채권압류통지서’를 수령하였다. 그러나 제청신청인이 이를 지급하지 않자, 서울특별시장은 2005. 8. 18. “아직까지 이행되지 않아 재차 추심명령하오니 지체 없이 지급하여 주시기 바랍니다”라는 취지로 ‘급여압류자 추심명령’이라는 제목의 공문을 제청신청인에게 전달하였는데, 제청신청인이 이를 이행하지 아니하자, 서울특별시는 추심명령에 불응한다는 이유로 서울강서경찰서에 제청신청인을 고발하였고, 제청신청인은 이를 송치받은 서울남부지방검찰청 검사에 의하여 조세범처벌법 제13조 제1호에 위반하였다는 이유로 약식 기소되어 서울남부지방법원으로부터 벌금 30만원의 약식명령을 받게 되자 이에 불복하여 정식재판을 청구하였다. 제청신청인은 위 재판 계속 중 처벌의 근거가 된 조세범처벌법 제13조 제1호에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원은 2006. 6. 19. 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 위헌제청이유 및 관계기관의 의견요지

가. 제청신청인의 위헌제청신청이유 요지

조세범처벌법 제13조 제1호는 지나치게 포괄적이고 막연하여 헌법 제13조 제1항 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다.

나. 제청법원의 위헌제청이유 요지

조세범처벌법 제13조 제1호에서의 ‘법’이라 함은 조세에 관한 법률을 일컫는 것이어서(조세범처벌법 제1조) 결국 ‘조세에 관한 법률에 의한 정부의 명령사항’이라는 용어가 구성요건으로서 명확한 것인지 여부가 문제되는데, 정부의 명령사항이 압류추심명령과 같이 명령이라는 용어가 포함된 것만을 말하는 것인지, 강학상 모든 하명을 말하는 것인지, 아니면 행정청의 모든 처분을 말하는 것인지 불명확하여 어떠한 행위가 금지되고 어떠한 행위가 허용되는지를 전혀 예측할 수 없고 국가형벌권의 차별적·자의적인 법 해석을

예방할 수가 없으므로 결국 위 구성요건은 명확성을 결여한 것으로서 죄형법정주의에 위배되는 의심이 있다.

다. 재정경제부장관의 의견요지¹⁾

조세범처벌법 제13조 제1호에서 ‘법에 의한 정부의 명령사항’이라 규정한 것은 조세환경이 급변하고 이에 따라 정부의 제재양상도 복잡해져 이를 일일이 입법화하기 어렵기 때문이고, 실무상 ‘법에 의한 정부의 명령사항’은 세무관청이 구체적 상황에서 납세자에게 세금의 납부와 관련하여 부여하는 세법상 특정의무(예를 들어 주세법에 의한 부정주류 판매금지)를 가리키는 것으로 그 내용이 구체화되며, 50만원이하의 벌금 또는 과료라는 형에 비추어 조세범처벌법의 다른 처벌조항에서 별도로 규정하고 있는 사항을 제외한 비교적 경미한 명령사항위반의 경우에 한하여 적용되는 것으로 충분히 예측가능하다. 또한 통고처분을 거쳐 이에 불응하는 경우 국세청장 등이 고발조치하고 있어 납세자의 권익 침해를 최소화하도록 하고 있다.

【결정요지】

조세범처벌법 제13조 제1호는 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐 아니라, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민이 무엇이 법률에 의하여 금지되는지를 예견하기 어렵다고 할 것이므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다.

재판관 조대현, 재판관 이동흡의 반대의견

조세범처벌법 제13조 제1호의 ‘법에 의한 정부의 명령사항’은 ‘세법의 규

1) 재정경제부장관은 의견서에서, ‘정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다’고 정한 균형법 제47조(명령위반)에 관한 헌법소원에 대하여 헌법재판소가 ‘정당한 명령 또는 규칙’은 軍의 특성상 그 내용을 일일이 법률로 정할 수 없어 군통수기관이 불특정다수인을 대상으로 발하는 일반적 효력이 있는 명령이나 규칙으로서 군통수작용상 필요한 중요하고 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것을 의미하고 대법원도 위와 같이 해석·적용해 옴으로써 자의적인 법집행을 방지하고 있으므로 위 법률규정이 불명확하여 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판시한 취지(헌재 1995. 5. 25. 91헌바20, 판례집 7-1, 615, 624 참조)가 이 사건 법률조항에도 마찬가지로 적용되어 결국 합헌이라는 주장도 하고 있다.

정에 따라 과세관청이 명령하도록 규정되어 있는 사항'을 의미하는 것으로 해석되고, 입법목적과 개별 세법규정과 유기적·체계적 연관성을 고려하면 명령사항에 관한 합리적인 해석기준을 충분히 도출할 수 있으며 이에 해당 하는 행위의 범위를 확정할 수 있으므로 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 조대현의 반대의견에 대한 보충의견

조세범처벌법 제13조 제1호와 관련한 명령의 근거는 과세관청이 명령을 내릴 수 있도록 규정한 개별 조세법률에 명시되어 있고, 구체적인 명령의 내용도 각 명령의 근거 규정에 의하여 한정되므로, 위 법률이 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 당해 사건에서 문제된 추심명령은 조세법률에 근거를 둔 명령이라고 볼 수도 없고, 국세징수법 제41조 제1항 및 제42조에 의한 채권압류통지로 보더라도 이는 조세범처벌법 제13조 제1호에서 말하는 명령 사항에 해당되지 아니하는바, 이러한 법리오해가 있다고 하여 위 법률의 명확성을 부정할 수는 없다.

【해설】

1. 재판의 전제성 문제

가. 재판의 전제성

위헌법률심판제청이 적법하기 위해서는 문제된 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성이 있어야 하는데, 그 재판의 전제성이라 함은, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 법률의 위헌 여부에 따라 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 제청 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌 여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가

전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865).

나. 본건에 있어서의 재판의 전제성

(1) 당해 사건의 공소장에 기재된 급여압류자추심명령서는 국세징수법 제41조 제1항에 의한 채무자에 대한 채권압류통지서²⁾를 의미하는 것으로 보인다.

그런데 이러한 채권압류통지의 경우는 ①‘세무서장은...자동차를 압류한 때에는 채납자에게 인도할 것을 명하여 이를 점유할 수 있다’(압류자자동차인도 명령)³⁾ 또는 ‘국세청장은 주세보전상 필요하다고 인정되는 경우에는 대통령

2) 국세징수법 시행령 제44조 제1항, 동시행규칙 제25조 제1항, 별표 제29호서식 참조. 당해 사건에서 제청신청인에게 송달된 통지서는 법원/검찰기록에 첨부되어 있지 않다고 하고 달리 찾을 수 없었다. 다만 국세청 실무자에게 구두질의한 결과 채무자에 대한 급여압류통지의 경우 별표 제29호서식이 사용된다고 한다. 공소장 및 위헌제청결정에서는 ‘급여압류자추심명령서’라는 용어가 사용되고 있지만 국세징수법상 채납처분에 있어서의 채무자에 대한 채권압류통지는 민사집행법상 집행법원이 발하는 채권의 압류명령 및 추심명령과는 그 명칭과 근거법을 문언에 있어 구별되므로 이하 본문에서는 법문에 따라 ‘채권압류통지’라고 한다.

국세징수법	민사집행법
<p>제24조 (압류의 요건) ① 세무공무원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 납세자의 재산을 압류한다. 1. 납세자가 독촉장(납부최고서를 포함한다. 이하 같다)을 받고 지정된 기한까지 국세와 가산금을 완납하지 아니한 때 2. 제14조제1항의 규정에 의하여 납세자가 납기전에 납부의 고지를 받고 지정된 기한까지 완납하지 아니한 때</p> <p>제41조 (채권의 압류절차) ① 세무서장은 채권을 압류할 때에는 그 뜻을 채무자에게 통지하여야 한다. ② 세무서장은 제1항의 통지를 한 때에는 국세·가산금과 채납처분비를 한도로 하여 채권자에게 대위한다.</p> <p>제42조 (채권압류의 효력) 채권압류의 효력은 채권압류통지서가 채무자에게 송달된 때에 발생한다.</p>	<p>제223조 (채권의 압류명령) 제3자에 대한 채무자의 금전채권 또는 유가증권, 그 밖의 유체물의 권리이전이나 인도를 목적으로 한 채권에 대한 강제집행은 집행법원의 압류명령에 의하여 개시한다.</p> <p>제227조 (금전채권의 압류) ① 금전채권을 압류할 때에는 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지하여야 한다.</p> <p>제229조 (금전채권의 현금화방법) ① 압류한 금전채권에 대하여 압류채권자는 추심명령이나 전부명령을 신청할 수 있다. ② 추심명령이 있는 때에는 압류채권자는 대위절차 없이 압류채권을 추심할 수 있다.</p>

3) 국세징수법 제46조 제2항, 동시행령 제51조, 동시행규칙 제31조, 별표 제37호서식

령이 정하는 바에 의하여 ...에 관하여 필요한 명령을 할 수 있다'(주세보전 명령)⁴⁾와 같이 세무관청이 납세의무자에 대하여 조세질서확보나 조세수입의 확보를 위하여 '명령'을 할 수 있는 권한을 법률에서 명시적으로 인정하고 있고 이에 위반하였을 때 법원이 조세범처벌법 제13조 제1호를 적용하여 처벌한 사례가 있는 경우와는 달리, 체납자가 아닌 제3자에 대하여 체납된 조세징수와 관련한 협력의무를 부과하는 것에 불과하고 ②채권압류통지서에도 "위와 같이 체납액을 징수하기 위하여 압류하였음을 국세징수법 제41조 제1항의 규정에 의하여 통지하오니 ○년 ○월 ○일까지 당서에 지급하시기 바랍니다"라는 문구로 되어 있어, 과연 이 사건 법률조항의 적용대상인지가 명백하지 아니하고 이에 대한 법원의 적용사례도 찾아볼 수 없다.

이러한 입장에서, 당해 사건 공소사실에는 이 사건 법률조항이 적용될 수 없고 그렇다면 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 없으므로 재판의 전제성을 부인하여야 하지 않는가라는 의문이 제기될 이론상 여지도 있다⁵⁾.

(2) 그러나 이 사건 법률조항에 관하여 위와 같은 해석이 확립되어 있으면 몰라도 아직 법원에 의하여 그 해석이 확립된 바가 없고, 따라서 당해 사건에의 적용 여부가 결정되지 않고 불명인 상태로 있다는 점에서 쉽게 전제성을 부인할 수는 없다 할 것이다. 문제된 법률조항에 관하여 법원이 일단

참조.

압류자동차인도명령과 관련하여 법원이 조세범처벌법 제13조 제1호를 적용한 사례로는 인천지방법원 부천지원 2005고정738 판결, 수원지방법원 성남지원 2006고정831 판결, 서울중앙지방법원 2006고정2065 판결등이 있다.

- 4) 주세법 제40조, 동시행령 제45조, 국세청고시 제2006-19호 주류의 양도·양수방법, 상대방 및 기타에 관한 명령위임 고시 참조. 주세보전명령과 관련하여 법원이 조세범처벌법 제13조 제1호를 적용한 사례로는 대전지방법원 2006고정693 판결, 대전지방법원 2006고정1128 판결등이 있다.
- 5) 2001헌가27사건의 반대의견을 참조하여 위 견해를 다음과 같이 정리해볼 수도 있다. 본건은 검사가 적용을 청구한 조세범처벌법 제13조 제1호가 공소사실에 대하여 적용되지 않는다고 하여 법원이 무죄를 선고하여야 하는 경우로서 무죄의 이유가 위헌이라는 점에 있는 것이 아닌바, 제3자에 대한 채권압류통지가 법에 의한 정부의 명령사항에 해당하느냐의 문제는 이른바 순수한 법률해석·적용의 문제로서 이는 법원의 소관에 속하고 명확성의 원칙을 거론할 정도의 불명료가 도대체 존재하지 아니하므로 이는 위헌심판의 대상이 아니며 이러한 의미에서 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 재판의 전제성이 없어 본건 청구는 부적법 각하하여야 한다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 271-274 재판관 권성의 반대의견 참조).

판단을 하여 해석을 하거나 당해 사건에의 적용 여부를 결정한 바 있다면 헌법재판소로서는 그 판단에서 이루어진 해석 및 당해 사건에의 적용 여부를 기준으로 재판의 전제성을 인정 또는 부인할 수도 있지만, 이 사건에서와 같이 그에 관한 법원의 판단이 아직 이루어진 바 없이 검사가 그 적용을 주장하며 공소장에 적용법조를 적시하였고, 법원도 재판에 임하면서 그 적용가능성을 전제로 재판의 전제성을 긍정하여 법령 해석의 불명을 이유로 헌법상 죄형법정주의에 위반된다는 문제점을 지적하면서 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 한 이상, 헌법재판소로서는 그 법령을 해석하여 죄형법정주의 위반 여부에 대한 판단을 하여야 하고 법원은 그 판단을 전제로 당해 사건을 재판하게 되는 것이므로 이 사건 법률조항은 그 해석에 의하여 당해 사건에의 적용 여부가 결정된다는 측면에서 재판의 전제성을 인정해야 한다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 257 참조).

2. 본안의 검토

가. 조세범처벌법 제13조 제1호의 의의 및 연혁

조세범처벌법은 내국세의 범칙행위를 다룬 것이다⁶⁾. 관세에 대해서는 관세법에서 별도의 규정을 두고 있으며(관세법 제11장) 지방세에 대해서는 조세범처벌법을 준용하고 있다(지방세법 제84조). 한편 조세범은 ①조세청구권을 직접 침해하는 행위인 탈세범과 ②직접 침해는 아니지만 조세의 확정권 및 징수권의 정상적인 행사를 방해할 우려가 있는 행위인 조세위해범으로 대별된다. 조세위해범은 조세질서범이라고 불리우기도 한다⁷⁾. 조세질서범은

6) 조세범처벌법 제2조에서는 ‘조세’를 ‘국세’로 정의하고 다시 관세를 제외시키고 있어 결국 이 법의 적용범위는 내국세이다. 따라서 조세범처벌법 제1조에서 말하는 ‘조세에 관한 법률(이하 單히 법이라 칭한다)’ 부분은 바로 **내국세에 관한 법률**을 의미한다. 현행과 같이 내국세에 국한하여 조세범처벌법을 적용할 셈이라면 조세라는 말 대신에 바로 내국세라는 말을 쓰면 족하다는 입법론도 있다. 이철송, 조세범처벌법의 개선방안, 한국조세연구원, 1996. 12. 131면

7) 이태로, 안경봉, 조세법강의, 박영사, 2001, 852면. 조세범처벌관계법의 운용실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 1991. 7. 27면
조세질서범이란 직접적으로 조세수입의 감소를 초래하는 것이 아니라, 조세질서 확보나 조세수입의 확보를 위하여 세법이 요구하는 각종 의무 및 금지에 위반하는 행위로서 현행 조세범처벌법 제13조는 그 유형을 나열하고 있다. 한국형사정책연구원, 앞의 책 105면

다시 조세법상 각종의 협력의무위반행위와 세무공무원의 직무수행을 방해하는 직무방해행위로 나눌 수 있는데, 이 사건 법률조항의 명령사항위반은 협력의무위반행위에 해당한다⁸⁾.

조세범처벌법은 전시중인 1951년 5월 7일 법률 제199호로 제정되었다. 이는 당시 일제강점기부터 이어져 오며 각 조세실체법에 산재해 있던 처벌법 규를 통합하여 독립된 법전으로 제정한 것이다. 이 사건 법률조항은 조세범 처벌법 제정 당시 ‘法の規定에 依한 政府의 命令’에서 1961.12.8. 법률 제820호로 ‘법에 依한 政府의 命令事項’으로 표현이 수정되고 형량이 조정된 것을 제외하고 근간의 변동없이 현재까지 시행되고 있다.

나. 문제의 제기

당해 사건의 기본적인 사실관계는 제청신청인이 서울특별시시장으로부터 체납자의 채권압류통지를 받고도 압류된 채권 상당액을 서울특별시시장에게 지급하지 아니하였다는 것으로서, 위 채권압류통지가 법에 의한 정부의 명령사항에 해당하게 되면 그 위반행위에 대하여 조세범처벌법 제13조 제1호를 적용하여 처벌할 수 있게 된다. 그러므로 이 사건 법률조항의 개념이 명확하지 아니하여 해석상 문제가 있다는 점에서 죄형법정주의 위반 여부가 문제된다.

다. 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 죄형법정주의와 명확성의 원칙

죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은, 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다.

여기에서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은, 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 입법자의 입법의도, 즉 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지에 관하여 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적(一義的)으로 파악될 수

8) 이태로, 안경봉, 앞의 책 864-865면

있는 정도의 것을 의미한다고 본다.

다만, 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없는 것이고(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 796-797 참조), 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하므로, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 269-270 참조).

(2) 이 사건 법률조항에 대한 판단

‘법에 의한 정부의 명령사항’에서 ‘명령’이 (i) 법령에 의하여 세무관청 등이 납세자에게 발한 구체적인 개개의 명령⁹⁾을 의미하는 것인지 아니면 (ii) 법규명령¹⁰⁾을 의미하는 것인지 문언상으로는 반드시 명백하지 않다. 아래에서는 이 사건 법률조항의 ‘명령’의 개념을 실무와 학설이 어떻게 이해하고 있는지를 먼저 살펴본다.

1) 과세실무에서는 ‘법에 의한 정부의 명령사항’이라 함은 “행정관청이 법에 근거하여 구체적으로 발한 명령을 말하며 법 자체가 일반적으로 규정한

9) 이러한 개념의 명령은 강학상으로는 하명의 범주에 포함될 것이다.

하명이라 함은 의무를 명하는 행위, 즉 작위·부작위·급부·수인등을 명하는 행정행위를 말한다. 이 중에서 부작위의 의무를 과하는 것을 금지라고 하고, 작위·급부·수인 의무를 과하는 것을 명령이라고 하는 경우가 많다. 하명의 상대방은 특정인인 경우와 불특정다수인인 경우가 있다. 하명의 효과는 그 내용에 따라 일정한 행위를 사실상으로 하거나 하지 아니하여야 할 의무를 지는 것이다. 수명자가 하명에 의하여 과하여진 의무를 이행하지 않는 경우에는, 행정상 강제집행에 의하여 그 의무내용이 강제되거나, 행정벌 기타 제재가 과하여지는 것이 보통이다. 김동희, 행정법 I, 제9판, 박영사 2003, 264-266면 참조

10) 법규명령이란 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 가지는 것을 말한다. 법규의 개념에 관하여는 여러 가지 견해가 있으나, 여기서는 ‘국민과 행정권을 구속하고 재판규범이 되는 성문의 법규범’을 총칭하는 것으로 정의하여 둔다. 김동희, 앞의 책 132면

명령은 이에 해당되지 않는다¹¹⁾”고 해석하고 있고, 명령사항위반에 대한 구체적 사례로서 특별소비세법 제25조 제1항 및 제3항, 동시행령 제37조, 주세법 제40조, 동시행령 제45조등을 예로 들고 있다¹²⁾. 그런데 구체적 사례로 열거된 위 개별 세법상 명령사항에 관한 규정들을 살펴보면, 그 발령 주체가 국세청장에서부터 관할지방국세청장, 관할세무서장에 이르기까지 다양하고, 그에 따라 실제로 발하여지는 명령사항의 형태도 세무관청 등이 발하는 구체적인 개개의 명령¹³⁾뿐 아니라 형식은 행정규칙이나 내용은 일반적·추상적 법규명령의 성격을 가지는 고시¹⁴⁾도 포함하고 있어, 과세실무상으로는 ‘명령’의 개념이 상당히 탄력적으로 이해되고 있음을 알 수 있다.

다만 과세실무에서는 명령사항위반에 해당하지 아니하는 사례로 부가가치세법 제32조의2 제4항, 소득세법 제162조의2 제1항, 법인세법 제117조 제1항을 예로 들면서, 위 조항들은 행정기관이 행정객체에 대하여 권력적·법적 행위에 의하지 않고 행정목적 달성을 위한 규제·유도의 수단으로서 협력을 구하는 행정지도에 불과하고, 수명자가 명령의 내용에 따라서 일정한 행위를 사실상으로 해야 될 또는 해서는 안 될 공법상 의무를 부담하고 불이행시 처벌을 받을 수 있는 명령에 해당하지 아니하므로, 이에 따르지 않더

11) 이러한 취지의 재무부 행정해석으로 제사감 1233-3602. '65. 11. 20.(조세범처벌법 해석편람, 국세청, 2004, 192면) 및 제사감 1233-3602. '65. 11. 16.(같은 책 194면에 수록)이 있다. 재정경제부장관의 의견(의견서 4면, 각주2)도 같은 취지이다.

12) 재정경제부장관 보충의견 참조

13) 예를 들어, 국세청 소비세과에 확인한 바에 의하면, 특별소비세법 제25조, 동시행령 제37조에 근거하여 관할세무서장이 해당 사업자에게 개별적으로 ①특별소비세 과세물품인 보석류·귀금속제품의 제조자·판매자가 지켜야 할 사항 ②녹용의 제조자가 지켜야 할 사항 ③외국인전용 판매장의 경영자가 지켜야 할 사항 ④과세 유흥장소의 경영자가 지켜야 할 사항 등 개별 사업자가 비치·기장하여야 할 장부 및 보존기한 등에 관한 구체적인 명령을 발하고 있다.

참고로 국세청 담당자에 의하면 교통세법 제21조, 동시행령 제27조 및 증권거래세법 제16조, 동시행령 제10조에 정부가 명령을 발할 수 있는 조항은 있으나 이에 근거하여 실제로 발하여진 명령사항은 없다고 한다.

14) 예를 들어, 국세청 주세과에 확인한 바에 따르면, 주세법 제40조, 동시행령 제45조에 의한 국세청 고시 제2006-19호에서 유흥음식점용, 가정용, 주세면세용, 할인매장용 등 용도별로 지정하는 자에게만 주류를 출고하여야 하는 등 주류의 양도·양수방법, 상대방 기타에 관한 사항을 정하고 있다.

또한 국세청 부가가치세과에 확인한 바에 따르면, 부가가치세법 제35조, 동시행령 제86조에 의하여 국세청 고시 제2003-15호에서 결제대행업체가 지켜야 할 사항을, 국세청고시 제2005-19호에서 신용카드거래승인대행사업자 및 신용카드조회기 판매사업자, 신용카드가맹사업자가 지켜야 할 사항을 정하고 있다.

라도 명령사항위반에 해당하지 않는다고 보고 있다¹⁵⁾.

요컨대, 과세실무에서는 이 사건 법률조항의 ‘명령’의 개념에 법령에 의하여 세무관청 등이 납세자에게 발한 구체적인 개개의 명령뿐만 아니라, 비록 행정규칙의 일종인 고시의 형식을 취하고 있지만 내용적으로는 법률 또는 상위명령(시행령)의 구체적인 위임에 기하여 제정되는 법규명령¹⁶⁾도 해당된다고 보고 있는 것으로 이해된다. 다만, 그렇다고 하여, 그 밖에 법규명령의 형식으로 제정되고 내용적으로도 대외적 구속력을 가지는 시행령, 시행규칙 등의 법규명령까지도 일반적으로 여기에 포함시키고 있지는 않는 것으로 보인다¹⁷⁾.

이러한 내용을 종합하여 볼 때, 과세실무에서 법적 성질이 다른 구체적 하명과 법규명령을 동일한 ‘명령’의 개념에 포섭시켜 이해하는 기준은 개별 세법규정의 범문에서 찾을 수 있다고 보인다. 즉, 개별 세법규정의 범문에서 국세청장, 지방국세청장, 세무서장 등 세무관청에게 명령을 할 수 있는 권한을 구체적으로 부여하고 있거나 법령의 제목에 ‘명령사항’ 또는 ‘명령’이라고 명시하고 있는 경우¹⁸⁾에는 그러한 ‘명령’이 세무관청등이 발하는 구체적 하

15) 재정경제부장관 보충의견 참조

16) 국세청 고시 제2006-19호 주류의 양도·양수방법, 상대방 및 기타에 관한 명령위임 고시, 국세청 고시 제2003-15호 결계대행업체가 지켜야 할 사항, 국세청 고시 제2005-19호 신용카드거래승인대행사업자 및 신용카드조회기관매사업자, 신용카드가맹사업자가 지켜야 할 사항에 관하여 대외적 구속력 즉 법규성을 명시적으로 선언한 법원의 판례는 없지만, 대법원 1994. 4. 26. 선고 93누21668 판결에서 국세청훈령인 주류도매면허제도개선업무처리지침에 관하여 “비록 행정규칙의 형식을 취하고 있지만, 국세청장이 시행령 제14조의 위임에 따라서 그 규정의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 것으로서 그 위임의 한계를 벗어나지 않는 한 시행령 제14조와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖는다”고 판시한 취지에 비추어 볼 때 위 고시들은 소관 세무관청에 대하여 그 법령의 내용을 구체적으로 보충할 수 있는 권한을 부여하고 있는 근거법령(주세법 제40조, 동시행령 제45조 및 부가가치세법 제35조, 동시행령 제86조)의 명시적 수권 또는 위임에 기하여 발하여진 것으로 이러한 점에서는 실질적으로 법규명령에 해당한다고 보인다. 또한 각주5에서 살펴본 바와 같이 법원이 주세법 제40조에 근거한 국세청 고시 제2006-19호 위반에 대하여 조세법처벌법 제13조 제1호를 적용하여 처벌한 사례가 있음은 위 고시가 재판규범으로 작용하여 대외적 구속력이 있음을 의미하므로 위 고시는 법규명령의 성질을 가진다고 볼 수 있을 것이다.

17) 재정경제부장관의 의견서나 국세청에 확인한 바로도 세법상 일반적인 시행령이나 시행규칙 위반을 조세법처벌법 제13조 제1호의 명령사항위반죄에 해당한다고 보는 견해는 없다.

18) 압류자동차등의 인도 **명령**(국세징수법 시행규칙 제31조), 질문·조사 및 **명령사항**(부가가치세법 제86조), **명령사항**등(특별소비세법 제25조), 주세보전**명령**(주세법

명의 형태를 취하고 있는 고시의 형태를 취하고 있는 이 사건 법률조항의 ‘명령’에 해당한다고 보고 있다.

2) 법원실무는 대체로 위에서 살펴본 과세실무와 일치하는 것으로 보인다. 즉 법원에서 조세범처벌법 제13조 제1호를 적용한 사례들에서 ‘명령’의 개념을 어떻게 이해하는지에 관한 깊이 있는 분석을 찾아볼 수는 없으나, 이 사건 법률조항을 적용한 일부 하급심 판결의 범죄사실 설시 부분을 살펴보면 세무관청등이 발한 개개의 구체적 명령 및 개별 세법 규정의 구체적인 위임에 기하여 제정되는 고시를 이 사건 법률조항의 ‘명령’에 해당하는 것으로 본 사례가 모두 발견되고, 이는 법원이 1)의 견해와 같은 입장인 것으로 이해된다.

3) 학설도 “법령에 의하여 세무관청 등에서 구체적으로 명령한 사항을 말하는 것이며, 법령 자체에서 일반적으로 규정한 명령을 지칭하는 것은 아니다¹⁹⁾” “사업상 관할세무서장은 특히 부가가치세, 특별소비세, 주세, 증권거래세 등 간접세에 있어서 납세보전상 필요하다고 인정하는 때에 그 필요한 사항에 관하여 명령을 발할 수 있다. 이는 물론 법률에 의하여 위임된 범위 내의 사항에 한한다. 이 명령은 훈령과 다르다. 전자는 법령에 의하여 본법이 위임하는 범위 내에서 납세자에게 의무를 지우며 납세자를 구속하는 효력이 있으나, 후자는 그 근거법조를 필요로 하지 아니하며, 이는 상급기관의 감독·지휘권에서 당연히 훈령권이 나온다. 그리고 훈령은 행정조직체 내부에서 그 구성원에 대하여서만 효력이 있고 납세자에 대하여는 구속력이 없는 것이다. 납세자에게 구속력이 있는 정부명령사항을 위반하면 이는 질서범을 구성한다²⁰⁾” “법률에 의하여 위임된 범위 내에서 관청이 납세자에게 명령함으로써 법적인 효력을 갖는 명령을 말한다. 법률은 집행상의 세부사항에 대하여는 관청에 이를 위임(예시: 부가가치세법 제35조 제2항, 동시행령 제86조 제2항, 특별소비세법 제25조 제1항, 제3항, 동시행령 제37조, 주세법 제40조, 동시행령 제45조, 주세법 제44조, 동시행령 제57조, 증권거래세법 제16조, 동시행령 제10조)하여 구체적 상황에 따라 능률적으로 처리할 수 있도록 하기 위한 것이므로 그 위임의 범위 내에서는 납세자에 대한 구속력이 발생하

제40조), **명령사항**(증권거래세법 제16조), **명령**(교통세법 제21조)

19) 안대희, 조세형사법, 법문사, 2005, 151면; 同擘 이정기, 조세법총론, 1999, 476면

20) 최명근, 세법학총론, 2006, 820-821면

고 따라서 이를 위반하는 행위는 범칙이 되는 것이다²¹⁾”고 설명하고 있어, 대체로 실무와 같은 입장인 것으로 보인다.

(가) 법정의견(위헌)

1) 건축법 위헌제청사건과의 비교

우리 재판소는 건축법 위헌제청사건에서 “이 사건 법률규정은 ‘이 법의 규정에 의한 명령이나 처분’에 적합하게 유지·관리하지 아니하는 것을 모든 구성요건에 포함시키고 있을 뿐 명령이나 처분에 관하여 내용적으로나 절차적으로 아무런 제한도 두고 있지 아니하므로 해석상 다음과 같은 여러 가지 불명확함을 야기하고 있다. 우선 명령과 처분의 의미는 반드시 명확하지는 않지만 명령은 일응 건축법상의 구체적인 개개의 명령을 뜻하는 것으로 볼 수 있고, 처분은 건축법상의 건축허가·취소 등의 행정행위를 말하는 것으로 보이나, 그 범위가 지나치게 광범위하고 포괄적”이라고 하여 일단 구성요건에서 사용하고 있는 ‘명령’과 ‘처분’이라는 개념의 불명확성을 지적하고, 건축법 제69조 제1항의 규정에 의한 시정명령이 여기 해당한다고 보아 이를 위반한 경우에 처벌받을 것인지에 관하여 “통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 법률전문가에게조차 법해석상의 혼란을 야기할 수 있을 정도로 불명확하다”고 하여 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 대단히 어렵다는 이유로 명확성의 원칙에 위반된다고 판시하였다²²⁾.

이 사건 법률조항의 경우도 ‘명령사항’의 개념에 관하여 내용적으로나 절차적으로 아무런 제한을 두고 있지 아니하여 그 범위가 광범위하고 포괄적이라는 점이 지적될 수 있고, 당해 사건에서 문제된 채권압류통지를 법에 의한 정부의 명령사항에 해당한다고 보아 이에 불응한 경우에 처벌할 것인지가 법해석상 반드시 명백하지 아니하여 적용범위를 확정하기 매우 어렵다는 점에서 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수 있다.

2) 새마을금고법 위헌소원사건과의 비교

우리 재판소는 새마을금고법 위헌소원사건에서 “구성요건을 정하는 규정 자체에 행위 유형에 대한 최소한의 단서가 있고, 이 단서에서 다른 관련규정

21) 김면규, 세법총론, 조세통람사, 1999, 347면

22) 현제 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 324-325 참조

들을 살펴 그 의미를 알 수 있다면 예측가능성이 담보된다고 할 수 있을 것이나, 이 사건 규정처럼 단지 ‘이 법과 이 법에 의한 명령’이라고만 규정되어 있는 경우에는 금지하고자 하는 행위 유형의 실질을 파악할 수 없어 구성요건에 대한 최소한의 단서도 찾기가 어렵다”고 하여 명확성의 원칙에 위반된다고 판단하였다²³⁾.

형벌규정에 대한 예측가능성 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 한다는 것이 확립된 판례이지만(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137) 이러한 판례에 따르면이라도 이 사건 법률조항에 예측가능성이 있다고 보기 위해서는 ‘법에 의한 정부의 명령사항’이라는 규정에서 금지하고자 하는 행위 유형의 최소한의 실질을 파악하여 이를 전체 구성요건의 의미 파악을 위한 하나의 단서로 삼을 수 있다는 것이 전제되어야 할 터인데, 이 사건 법률조항의 경우에는 이러한 최소한의 단서조차 찾을 수 없다는 점에서 합헌이라고 보기 어렵다.

3) 심판대상조항 중 ‘법’은 내국세에 관한 법률로, ‘정부’는 과세관청으로 특성이 가능하므로 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 그러나 ‘명령사항’에 대하여는 내용적으로나 절차적으로 아무런 제한도 두고 있지 아니하여 다음과 같은 불명확함을 야기하고 있다.

우선 위 ‘명령사항’에 ‘법에 규정된 구체적 명령’, 즉 이른바 하명(下命)으로서 개별 세법규정에 명시적으로 ‘명령’이라고 규정되어 있는 사항(예: 국세징수법 제46조 제2항의 압류자동차인도명령)이 포함됨은 통상의 판단능력을 가진 사람이면 예견할 수 있다 할 것이다.

그러나 정부에 의한 ‘명령’이라는 명칭을 사용하더라도 법규명령, 즉 행정권이 정립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 가지는 것이 이에 포함되는지는 명확하지 않다(재정경제부장관은 앞에서 본 바와 같이 위 ‘명령’이 ‘세법상 납세자에게 조세 납부와 관련하여 세무관서가 구체적으로 부여한 의무’를 가리킨다고 보고 있으므로 법규명령이 위 ‘명령’에 포함되지 않는다는 의견으로 보인다).

나아가 ‘명령’이라는 명칭을 사용하지 않더라도 행정규칙, 즉 행정권이 정

23) 헌재 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 94-95

립하는 일반적·추상적 규정으로서 법규의 성질을 갖지 않는 것이 이에 포함되는지도 명확하지 않다. 세무실무상으로는 행정규칙도 세법규정의 구체적인 위입에 기하여 제정되어 대외적 구속력이 있는 경우에는 이에 포함된다(예: 주세법 제40조에 의한 국세청고시).

또한 행정지도, 즉 국민과의 협조에 의하여 행정목적은 달성할 수 있는 행정수단(예: 부가가치세법 제32조의2 제4항의 가맹점가입지도)이 이에 포함되는지도 모호하다(세무실무상으로는 이에 포함시키지 않는다고 하고, 행정절차법 제48조 제2항도 행정지도 위반에 대한 불이익조치금지를 명시하고 있다).

끝으로 당해 사건에서 문제된 ‘채권압류통지’에 관하여 본다. 국세징수법 제41조 제1항에는 “세무서장은 채권을 압류한 때에는 그 뜻을 채무자에게 통지하여야 한다”라고만 규정되어 있을 뿐 ‘명령’이라는 문구가 포함되어 있지 않다. 그런데 제청신청인이 이를 납부하지 않자, 서울특별시장은 “아직까지 이행되지 않아 재차 추심명령하오니 지체없이 지급하여 주시기 바랍니다”라는 취지로 ‘급여압류자 추심명령’이라는 제목의 공문을 발송하였고(국세징수법상 ‘추심명령’이라는 용어는 없다), 제청신청인이 다시 이에 불응하자, 조세범처벌법 제13조 제1호에 위반하였다는 이유로 서울강서경찰서에 고발하였으며, 이를 송치받은 서울남부지방검찰청 검사 역시 같은 죄로 벌금 30만원에 처하는 약식명령을 청구하였다.

이와 같이 심판대상조항 중 ‘명령사항’이라는 개념이 모호하게 규정됨으로써, 심판대상조항에 해당하는 행정행위의 범위, 즉 과세관청이 조세에 관하여 내린 행정적 처분 중 무엇이 이에 해당되고 해당되지 않는지에 관하여, 통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 세무행정실무자와 법률전문가 사이에서 초차 법해석상의 혼란을 일으키고 있는 실정이다(오히려 조세범처벌법 제13조 제2호 내지 제13호에서는 의무위반행위의 태양을 구체적으로 명시하고 있다).

결국 조세범처벌법 제13조 제1호는 범죄의 구성요건이 추상적이고 모호할 뿐 아니라 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 통상의 판단능력을 가진 국민이 무엇이 법률에 의하여 금지되는지를 예견하기 어렵다고 할 것 인바, 이는 적어도 형벌법규에는 적합하지 아니하므로 죄형법정주의의 명확

성의 원칙에 위반된다고 할 것이다.

(나) 반대의견(합헌)

처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하다고 할 수밖에 없고, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 796).

살피건대 조세범처벌법은 그 입법 자체가 개별 세법규정에 산재하여 있던 처벌법규를 통합하여 제정된 법이라는 특수성을 가지고 있고, 심판대상조항에서 금지하고자 하는 개별적, 구체적 행위를 일일이 나열하는 입법형식으로는 부단히 변화하는 다양한 조세 관련 법률관계와 이에 따라 점점 복잡해지는 정부의 제재양상을 반영하는 것이 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 심판대상조항에서 명령사항이라는 개념을 사용하는 것은 부득이하다.

설령 심판대상조항 중 명령의 개념이 다소 모호하고 이에 관한 법원의 해석이 아직 확립되지 아니하여 일반인, 세무행정실무자 및 법률전문가 사이에 법해석상 혼란이 있다 하더라도, 만일 법규범의 문언, 입법목적, 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려한 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 해소될 수 있다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 배치되는 것이라고는 할 수 없는바, 그러한 합리적인 해석이 가능한지를 살펴본다.

우선, 각종 협력의무위반행위를 처벌하고자 하는 심판대상조항의 입법목적과 50만원이하의 벌금 또는 과료라는 법정형에 비추어 볼 때, 심판대상조항은 세법이 납세자의 작위 또는 부작위를 요구하는 모든 규정에 위반한 행위 전부에 대해서가 아니라 조세징수권의 정상적인 행사를 방해할 우려가 있는 위반행위 중 조세범처벌법의 다른 처벌조항에서 별도로 규정하고 있는 사항을 제외한 비교적 경미한 사항에 대하여만 적용될 것이라는 점이 충분히 예측가능하다.

다음으로, ‘법에 의한 정부의 명령사항’은 문언상 ‘세법의 규정에 따라 과세관청이 명령하도록 규정되어 있는 사항’을 의미하는 것으로 보이고, 이러한 문리해석을 바탕으로 심판대상조항을 개별 세법규정과 유기적·체계적으로 연관지어 살펴보면, 문제된 ‘명령사항’의 법적 성질이 하명, 법규명령, 행정규칙, 행정지도인지 여부를 불문하고 개별 세법규정의 법문에서 과세관청에게 일정한 사항에 관하여 명령할 수 있는 권한을 명시적으로 부여하고 있는 경우(예: 국세징수법 제46조 제2항, 특별소비세법 제25조 제1항·제3항, 주세법 제40조, 부가가치세법 제35조 제2항 등)에 한하여 심판대상조항이 적용된다고 충분히 합리적으로 해석할 수 있는바, 이같이 심판대상조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용을 통해 보완될 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지되는 행위가 무엇인지 예측할 수 있다.

그렇다면 심판대상조항은 입법목적과 개별 세법규정과의 유기적·체계적 연관성 등을 고려하여 합리적인 해석기준을 충분히 도출할 수 있고 그러한 합리적인 해석기준에 의하여 심판대상조항에 해당하는 행위의 범위를 확정할 수 있는 이상 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 결정의 의의

이 결정은 조세범처벌법 제13조 제1호에서 ‘명령사항’이라는 개념이 지나치게 추상적이고 모호하게 규정됨으로써 과세관청이 조세에 관하여 내린 행정적 처분 중 무엇이 이에 해당되고 해당되지 않는지에 관하여 일반인은 물론 세무행정실무자와 법률전문가 사이에서조차 법해석상의 혼란을 일으키고 있는 실정을 감안하여, 이는 적어도 형벌법규에는 적합하지 아니하므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위반된다고 위헌결정을 한 것에 의의가 있다.

국회는 위헌결정의 취지에 따라 조세범처벌법 제13조 제1호를 2008. 3. 14. 법률 제8884호로 개정하여 ‘법에 의한 정부의 명령사항’의 범위를 다음과 같이 구체적으로 규정하였다.

제13조(명령사항위반등) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 50만원이하의 벌금 또는 과료에 처한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 명령사항을 위반한 자가.
 - 가. 「주세법」 제40조에 따른 주세보전명령
 - 나. 「주세법」 제44조에 따른 납세증명표지에 관한 명령
 - 다. 「개별소비세법」 제25조 및 「교통·에너지·환경세법」 제21조에 따른 납세보전을 위한 명령
 - 라. 「소득세법」 제79조에 따른 사업장현황의 조사·확인을 위한 명령
 - 마. 「소득세법」 제170조, 「법인세법」 제122조, 「상속세 및 증여세법」 제84조, 「종합부동산세법」 제23조 또는 「자산재평가법」 제31조 제1항에 따른 제출명령
 - 바. 「부가가치세법」 제35조 제2항에 따른 납세보전 또는 조사를 위한 명령
 - 사. 「소득세법」 제162조의2 제5항에 따른 신용카드가맹점에 대한 명령
 - 아. 「소득세법」 제162조의3 제6항에 따른 현금영수증가맹점에 대한 명령
 - 자. 「조세특례제한법」 제107조 제5항에 따른 부정유통 방지를 위한 명령

공직자들의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률 제3조 등 위헌확인

- 공직자의 병역면제사유 공개와 사생활의 비밀과 자유 -
(헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1159, 판례집 19-1, 711)

김 하 열*

【판시사항】

1. 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치에 대한 위헌심사기준
2. 4급 이상 공무원들의 병역 면제사유인 질병명을 관보와 인터넷을 통해 공개하도록 하는 것의 위헌 여부

【심판대상】

‘공직자들의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’(2004. 12. 31. 법률 제 7268호로 개정된 것) 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’

제8조(신고사항의 공개 및 이의신청 등) ① 병무청장은 신고기관의 장으로부터 제4조 제3항의 규정에 의하여 병역사항(동조 동항의 규정에 의하여 지방병무청장에게 통보된 병역사항을 포함한다)을 통보받은 때에는 1월 이내에 관보와 인터넷에 게재하여 공개하여야 한다.

(부적법하다고 보아 각하된 심판대상은 생략)

* 고려대학교 교수, 전 헌법연구관

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

청구인은 1990년 징병검사에서 한쪽 눈 실명으로 병역면제 처분을 받았다. 청구인은 2005년 3월부터 국회에서 근무하고 있는 공무원으로서, ‘공직자 등의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’(2004. 12. 31. 법률 제7268호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다)에 따라 같은 해 8월 병역사항을 신고하였는데, 법 제3조에 따라 병역처분을 할 때의 질병명을 신고하여야 하였고, 이 신고사항은 법 제8조에 의하여 관보와 인터넷에 게재하는 방식으로 공개되었다.

이에 청구인은 질병명까지 신고·공개토록 하고 있는 위 심판대상조항 등이 자신의 사생활의 비밀과 자유 등의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2005. 11. 22. 그 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구이유와 관계기관의 의견

가. 청구이유

병역사항을 신고함에 있어 개인의 질병명을 구체적으로 신고토록 하고, 이를 관보와 인터넷에 공개하는 것은 부정한 병역면탈이라는 입법목적과 무관한 것으로서 신고의무자의 사생활의 비밀을 침해할 뿐만 아니라 공무원이 되거나 공직후보자에 출마할 기회를 박탈하는 것이다.

나. 병무청장의 의견

(1) 병역사항 공개제도는 공직자 및 공직후보자와 그 직계비속의 병역사항 신고 및 공개를 제도화하여 공직을 이용한 부정한 병역면탈을 방지하고 공직사회의 투명성을 제고함으로써 병역의무를 자진 이행하는 사회분위기를 조성함에 그 목적이 있다.

(2) 병역사항의 공개는 사생활영역의 범주를 벗어난 것이고, 설사 그렇지 않다 하더라도 공인의 사생활은 공적 관심사로서 일반인의 알 권리의 대상이다.

(3) 병무행정의 투명성 제고와 부정한 병역면탈 방지, 국민의 알 권리 충족을 위하여 병역신고 대상자 본인에 대하여, 병역이 면제되었거나 병적에서

제적된 자 등에 한하여 최종 병역처분 할 때의 질병명을 신고토록 한 것은 최소한의 기본권제한 조치이다.

【결정요지】

1. 사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. ‘공직자들의 병역사항 신고 및 공개에 관한 법률’ 제8조 제1항 본문 가운데 ‘4급 이상의 공무원 본인의 질병명에 관한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보로서, 특별한 사정이 없는 한 타인의 지득(知得), 외부에 대한 공개로부터 차단되어 개인의 내밀한 영역 내에 유보되어야 하는 정보이다. 이러한 성격의 개인정보를 공개함으로써 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 국가적 조치는 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니 된다.

2. 가. 병무행정에 관한 부정과 비리가 근절되지 않고 있으며, 그 척결 및 병역부담평등에 대한 사회적 요구가 대단히 강한 우리 사회에서, ‘부정한 병역면탈의 방지’와 ‘병역의무의 자진이행에 기여’라는 입법목적을 달성하기 위해서는 병역사항을 신고하게 하고 적정한 방법으로 이를 공개하는 것이 필요하다고 할 수 있다. 한편, 질병은 병역처분에 있어 고려되는 본질적 요소이므로 병역공개제도의 실현을 위해 질병명에 대한 신고와 그 적정한 공개 자체는 필요하다 할 수 있다.

나. 그런데 이 사건 법률조항은 사생활 보호의 헌법적 요청을 거의 고려하지 않은 채 인격 또는 사생활의 핵심에 관련되는 질병명과 그렇지 않은 것을 가리지 않고 무차별적으로 공개토록 하고 있으며, 일정한 질병에 대한 비공개요구권도 인정하고 있지 않다. 그리하여 그 공개 시 인격이나 사생활의 심각한 침해를 초래할 수 있는 질병이나 심신장애내용까지도 예외 없이 공개함으로써 신고의무자인 공무원의 사생활의 비밀을 심각하게 침해하고

있다.

다. 우리 현실에 비추어 질병명 공개와 같은 처방을 통한 병역풍토의 쇠신이 필요하다 하더라도 특별한 책임과 희생을 추궁할 수 있는 소수 사회지도층에 국한하여야 할 것이다. 4급 공무원이면주로 과장급 또는 계장급 공무원에 해당하여 주요 정책이나 기획의 직접적·최종적 결정권을 가진다고 할 수 없고, 사회의 일반적 관념에 비추어 보면 평범한 직업인의 하나에 불과한 경우도 많을 것이다. 이런 점에서 이들의 병역정보가 설사 공적 관심의 대상이 된다 할지라도 그 정도는 비교적 약하다고 하지 않을 수 없고, 그렇다면 공무원 개인을 위한 정보 보호의 요청을 쉽사리 낮추어서는 아니되며 그 정보가 질병명과 같이 인격 또는 사생활의 핵심에 관련되는 것일 때는 더욱 그러하다.

라. 결론적으로, 이 사건 법률조항이 공적 관심의 정도가 약한 4급 이상의 공무원들까지 대상으로 삼아 모든 질병명을 아무런 예외 없이 공개토록 한 것은 입법목적 실현에 치중한 나머지 사생활 보호의 헌법적 요청을 현저히 무시한 것이고, 이로 인하여 청구인들을 비롯한 해당 공무원들의 헌법 제17조가 보장하는 기본권인 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것이다.

3. 우리 현실에서 병역공개제도의 필요성이 인정되고, 이를 위해 질병명에 대한 신고와 적정한 방법에 의한 공개가 반드시 불필요하다고 단정할 수 없는 이상 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 함으로써 4급 이상 공무원 모두에 대하여 어떤 질병명도 당장 공개할 수 없는 결과를 초래하는 것은 적절하지 않다. 따라서 입법자가 사생활 제한을 완화하는 조치를 취할 수 있도록 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명한다.

재판관 이공현의 단순위헌의견

이 사건 법률조항에 의한 질병명 공개제도는 중대한 공적 이익을 달성하기 위한 불가피한 수단이라고 볼 사정이 없음에도 불구하고 국가가 일방적으로 개인의 사생활의 비밀과 자유의 근본을 심각하게 침해하는 것이어서 위헌이다. 헌법재판소로서는 인간의 존엄성과 인격의 핵심요소를 훼손하여

기본권을 침해하는 이러한 제도에 대하여 단순위헌을 선고하여 법질서에서 제거함으로써 헌법질서를 수호하는 단호한 태도를 취하여야 한다.

재판관 조대현의 일부위헌의견

병역의무를 부정하게 감면받은 것으로 밝혀지지 아니한 경우에도 병역의무 감면사유를 구체적인 질병명까지 포함하여 무조건 공개하도록 하는 부분만 헌법에 위반되므로, 그 부분만 한정하여 위헌을 선언하여야 한다.

재판관 이동흡, 재판관 송두환의 반대의견

계속적용 헌법불합치결정은 어디까지나 예외적인 것으로서 적용중지 헌법불합치결정이라는 원칙으로부터 벗어나는 것을 정당화하는 불가피한 예외적 사유가 존재할 경우에만 허용된다 할 것인데, 이 사건의 경우 계속적용을 명할 불가피한 예외적 사유가 없으므로 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 하여야 한다.

【해설】

1. 입법의 경위와 병역공개제도의 내용

(1) 1998년 7월 군과 검찰의 수사로 드러난 병무비리 실태가 국민들에게 충격을 주었는데, 청탁자의 대부분은 사회지도층 인사들이었다. 이에 공직자 및 공직후보자와 그 직계비속의 병역사항 신고 및 공개를 제도화하여 공직을 이용한 부정한 병역면탈을 방지하고 공직사회의 투명성을 제고함으로써 병역의무를 자진 이행하는 사회분위기를 조성하기 위하여 의원입법(장영달 의원 외 93인 발의)으로 1999. 5. 24. 법이 공포되어 동 일자로 시행되었다. 주요 골자는 다음과 같다.

-兵役事項 申告義務者는 大統領·國務總理·國務委員·國會議員등 國家의 政務職公務員, 地方自治團體의 長과 地方議會議員, 1級인 國家 및 地方公務員과 이에 상당하는 報酬를 받는 別定職公務員, 少將이상 將官級 將校, 兵務廳 4級이상 公務員등으로 함(法 第2條).

-申告對象者가 申告하여야 할 兵役事項은 申告義務者 本人과 本人의 18세이상인 直系卑屬중 徵集 또는 召集服務를 마친 사람은 服務分野, 階級, 入營年月日, 轉役·召集解除年月一 및 轉役·召集解除事由를 申告하도록 하고, 第

2國民役に 編入되거나 兵役이 免除된 사람은 兵役役種, 編入處分, 免除年月日 및 編入處分·免除事由를 申告하도록 함(法 第3條).

-兵務廳長은 申告받은 兵役事項을 申告期間 滿了後 1月이내에 官報에 게재하여 公開하도록 하되 申告義務者의 直系卑屬이 疾病 또는 心身障擧로 인하여 兵役이 免除된 경우 申告義務者가 非公開를 요구할 수 있고, 이 경우 兵務廳長은 그 疾病名등을 公開할 수 없도록 함(法 第8條).

한편, 법은 2004. 12. 31. 개정되었는데, 병역사항 공개제도의 실효성을 높이기 위하여 병역사항 공개대상을 1급 이상의 공직자 등에서 공직자윤리법에 의하여 재산을 등록하는 직위인 4급 이상의 공직자 등으로 확대하고¹⁾, 최종 병역처분을 할 때의 질병명 및 처분사유를 병역사항에 포함시켜 신고·공개토록 하였으며, 공개된 병역사항을 국민들이 보다 쉽게 확인할 수 있도록 관보뿐만 아니라 인터넷을 통하여도 공개하도록 한 것이 주요 골자이다.

(2) 현행 제도의 골자는 다음과 같다.

-4급이상 일반직 공무원 등이 신고의무자(법 제2조)

-신고의무자는 본인 및 18세이상인 직계비속(신고대상자)에 대한 병역사항을 신고하여야 함

-병역면제자 등은 신고대상자의 질병명 또는 처분사유²⁾를 신고

-병무청장의 신고사항 공개(관보와 인터넷³⁾)

-신고의무자는 공개될 병역사항을 미리 열람하고 이의신청 가능(제8조 제2항)

-직계비속의 질병명 또는 심신장애내용의 비공개 요구할 수 있고, 이 때에는 비공개(제8조 제3항)

-국가안전보장 및 국방분야 종사자에 대해서는 일정한 경우 비공개 가능(제8조의2)

1) 공직자윤리법의 재산등록의무자와 맞추려는 것. 제250회 국회 국방위원회 제6차 회의록

2) 처분사유: 생계곤란, 수행, 고령, 장기대기, 외국 영주권 취득 등 다양

3) 인터넷에서 이름과 기관명을 치면 누구든 조회 가능하다.

-공직선거 후보자가 되려는 자는 후보자등록시 신고하고, 이를 후보자등록공고 시에 공개(제9조)

-신고의무불이행시 형사처벌(1년이하 징역 또는 1천만원이하 벌금. 제17조)

(3) 2006. 12. 31. 현재 병역사항 공개인원은 총 48,774명(본인 29,791명, 직계비속 18,983명)이고, 이 중 면제, 제2국민역 편입 등으로 질병명 또는 처분사유를 공개한 공직자는 4,076명(본인 3,107명, 직계비속 969명)이다. 위 4,076명 중 질병명 공개자는 2,754명(본인 1,853명, 직계비속 901명)이다.

(4) 공직자윤리법은 公職者의 부정한 財産增殖을 방지하고, 公務執行의 公正성을 확보하여 國民에 대한 奉仕者로서의 公職者의 倫理를 확립함을 目的으로, 公職者 및 公職候補者의 재산등록 및 등록재산공개 등을 규정하고 있다.

4급이상 일반직 공무원 등은 본인, 배우자, 직계존비속의 일정한 재산을 등록의무자가 된 날부터 1월 이내에 등록하여야 하고, 공직자윤리위원회는 1급이상 일반직공무원 등 공개대상자의 등록사항을 관보 또는 공보에 게재하여 공개한다. 공직선거 후보자가 되려는 자는 후보자등록시 신고하고, 이를 후보자등록공고시에 공개한다. 登錄義務者가 정당한 사유 없이 財産登錄을 거부할 때에는 1年이하의 懲役 또는 1千萬원이하의 罰金에 處한다.

2. 기본권의 침해 여부

가. 관련 심사기준의 정리

(1) 공적 인물론

병무청장은 공인의 사생활은 공적 관심사로서 일반인의 알 권리의 대상이라고 주장하는바, 공적 인물론이 심사기준으로 적용되는지 문제된다.

학계에서는 공적 인물론이 사생활의 비밀과 자유에 대한 제한 일반에 적용되는 법리로 보는 듯한 견해도 있고,⁴⁾ 언론의 자유와 사생활 간의 충돌문

4) 허영, 한국헌법론, 2006, 382면. “사생활과 공생활의 한계가 희미할 수밖에 없는 이른바 유명인사가 무제한 나만의 영역을 내세울 수 없는 이유는 그들의 사생활이

제로 설명하고 있는 견해도 있다⁵⁾. 원래 공적 인물(public figures)론은 명예 이익과 언론의 자유 간의 충돌을 해결하는 명예훼손법리로서 미국에서 발전하여 온 것이므로 후자와 같이 이해하는 것이 더 정확하다. 언론보도의 자유는 인격권이나 사생활의 자유와 충돌하는 경우가 많은데 후자의 침해를 정당화할 수 있는 기준의 하나로서 미국 판례법상 발전된 것이 공적 인물론이다.⁶⁾ 우리 재판소에서도 이러한 맥락에서 공적 인물론을 전개한 바 있다.

언론매체의 명예훼손적 표현에 위에서 본 실정법을 해석·적용할 때에는 언론의 자유와 명예 보호라는 상반되는 헌법상의 두 권리의 조정 과정에 다음과 같은 사정을 고려하여야 한다. 즉, 당해 표현으로 인한 피해자가 공적 인물인지 아니면 사인(私人) 인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지, 피해자가 당해 명예훼손적 표현의 위협을 자초(自招)한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 사실(알권리)로서 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 등을 종합하여 구체적인 표현 내용과 방식에 따라 상반되는 두 권리를 유형적으로 형량한 비례관계를 따져 언론의 자유에 대한 한계 설정을 할 필요가 있는 것이다. 공적 인물과 사인, 공적인 관심 사안과 사적인 영역에 속

공적인 관심사가 되어 이미 공공이익의 한 부분을 이루고 있기 때문이다.” 장영수, 기본권론, 2003, 298면. “공적 인물의 사생활에 관한 정보에 대해서는 일반인과는 달리 좀 더 넓은 제한이 인정되는 것이 일반적이며...”. 진광석, 한국헌법론, 2004, 224면. “공적 인물의 성격을 띠고, 또 그와 관련된 사생활이 동시에 공적 생활의 내용을 이룰 때에는 일반 개인에 비해서는 사생활의 비밀과 자유에 의해서 보호되는 영역의 범위가 줄어든다. 왜냐하면 공적 사항에 관한 한 국민에게는 알 권리가 있기 때문이다.”

- 5) 계획열, 헌법학(중), 2004, 396-397면. “사생활의 공개를 정당화할만한 뉴스성이 있는지의 여부를 판단하는 기준으로는 공공의 이익, 공적 인물 및 공적 사항을 들고 있다.” 정종섭, 헌법학원론, 2006, 490-491면. “언론·출판 등에 의하여 특정인의 사생활이 공표됨으로써 개인의 사생활의 비밀이 침해된 경우...두 기본권 사이에 충돌이 발생한다. 이 경우...기본권충돌문제를 해결하는 일반적 원칙 이외에 일련의 판례론이 발전해 왔는데...공적 인물의 이론 등이 그것이다.”
- 6) 이강국, “공적 인물에 대한 보도” -일본의 경우를 중심으로 하여-, 언론중재 제3권 제3호, 1983, 64면. “美國의 判例法은 思想表現의 자유 또는 新聞報道의 자유와 人格權의 보호가 상충되는 경우에 報道者에 대하여 2個의 免責原則을 발전시켜 왔다. 하나는 「公共의 利益」(public interest)의 法理로서, 일정한 報道 또는 그것에 準하는 활동이 그 實質上 民主制度의 근간인 國民의 「알 權利」에 봉사하는 경우 私生活權의 침해는 免責이 된다고 하는 法理이다.” 김동주, “명예훼손행위에 있어서 미국의 판례에서 형성된 소위 ‘공적인물’개념의 우리 판례에의 반영”, 민사법연구 제9집(2001), 56면

하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 하고, 더욱이 이 사건과 같은 공직 인물이 그의 공적 활동과 관련된 명예훼손적 표현은 그 제한이 더 완화되어야 하는 등 개별사례에서의 이익형량에 따라 그 결론도 달라지게 된다. (헌재 1999. 6. 24, 97헌마265, 판례집 11-1, 768)

이 사건에서는 언론보도와 명예·사생활 보호간의 상충이 문제되는 것이 아니라, 국가기관의 일방적 공개행위와 그 대상 공직자의 명예·사생활 보호간의 상충이 문제되므로 공적 인물론이 그대로 적용될 수 있을지 의문이다. 설사 공적 인물론이 적용된다 하더라도 청구인이 해당하는 ‘4급이상의 공무원’이 일반적으로 공적 인물에 포함될 것인지에 관하여는 명확한 기준이 없고, 또 ‘4급이상의 공무원’의 범위가 넓어서 그 안에서라도 직급과 직무에 따라 포함 여부가 갈릴 수 있을 것이다.

다만 공적 인물론이 그대로 적용되지 않는다 하더라도 공개의 필요성과 사생활 보호간의 상충문제를 형량함에 있어서는 공적 인물론의 취지 또는 공개대상자가 사인(私人)이 아니라 공직자라는 점을 구체적 형량 요소로서 충분히 고려되어야 할 것이다.

(2) 영역이론

독일 연방헌법재판소는 사생활영역에 대한 보호의 강도를 영역별로 나누었다.

- ① 내밀영역(Intimsphäre): 핵심영역으로서 절대적으로 보호
- ② 私事영역(Privatsphäre): 비례원칙의 엄격한 적용 하에 제한 가능
- ③ 사회영역(Sozialsphäre): 보다 덜 엄격한 기준이 적용

그러나 각 영역 간의 명확한 구분이 불가능하다는 등의 이유로 구체적 사안별로 비례성심사의 강도를 달리함에 있어 고려하여야 하는 지침 정도로 이해되고 있다.⁷⁾

(3) 심사의 기준과 강도

7) Dreier, Grundgesetz(Kommentar), 2.Aufl. Art.2 I, Rn.87-88

헌법 제17조에 규정된 사생활의 비밀과 자유에 대하여 헌법 제37조 제2항에 규정된 비례성원칙을 적용하여 심사하여야 할 것이다. 공개제도의 필요성과 사생활 제약의 심각성 간의 형량문제로 귀착된다. 다만 공직자가 그 대상이라는 점, 국민적 관심사항이라는 점을 형량에 있어 의미 있게 고려하여야 할 것이다.

나. 병역공개제도 자체의 필요성 인정 여부

(1) 긍정론

① 현실

병무비리가 근절되지 않고 있으며, 그 척결 및 병역부담평등에 대한 국민적 요구는 대단히 강하다. 특히 병무비리 또는 병역특혜 문제의 배후에는 사회지도층 인사들의 연루가 적지 않아서 고위공직자 등의 사회지도층 인사들의 병역문제에 대한 국민적 관심이 크고 국민들의 불신이 강하다.⁸⁾

이를 반영하듯 국민여론은 병역공개제도를 압도적으로 지지하고 있다. 법제정 시 국민여론의 지지율은 91%였으며, 개정 시에도 공개대상자의 확대에 대한 국민여론의 지지율은 87.3%였다고 한다.(병무청장의 의견서)

「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.」(헌재 2004. 8. 26. 2002헌바13, 판례집 16-2상, 195)

② 입법목적과 수단의 상관성

병역공개제도에 대해 가능한 핵심적 비판점 중의 하나는 과연 정확한 입법목적이 무엇이며, 공개제도가 그것과 합리적 연관성이 있는가 하는 점일 것이다. 법 제1조는 “...공직을 이용한 부정한 병역면탈을 방지하고 병역의무의 자진이행에 기여함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다.

공직이용 병역면탈 방지라는 관점에서 보면, 신고의무자 자신의 경우 이

8) 병역공개제도 촉발의 원인이 된 1998년의 병무비리 사건만 보더라도, ‘수사결과 병무비리에 연루된 군인은 현역과 예비역을 합해 모두 133명에 이르렀고 병무청 직원도 199명이나 되었습니다. 또한 병무청탁과 관련하여 금품을 건넨 부모는 117명이었으며 단순청탁자도 199명이나 되었습니다. 그들 대부분은 사회지도층 인사들이었습니다.’(제199회 국회 국방위원회 제1차 회의록)

러한 입법목적은 공개제도와 합리적 연관성이 거의 없다. 징병검사 시점과 신고·공개시점 사이에 큰 격차가 있기 때문이다(물론, 먼 훗날에 4급이상의 공직자가 될 가능성에 대비하여 병역을 면탈하지 말자는 심리적 효과를 기대할 수 있겠으나 이는 너무나 희박한 연관성에 불과하다). 그러나 직계비속의 경우 병역면탈 방지라는 입법목적에 효율적인 수단이 될 수 있다. 기실 사회지도층의 병무비리라는 것은 대부분 그 직계비속들의 병역특혜 의혹에 집중되고, 직계비속을 위하여 공직을 부정하게 이용하는 형태로 전개되는 것인데, 본인은 물론 직계비속의 병역사항이 투명하게 공개된다면 병역특혜에의 동기나 유희를 차단함으로써 소정의 목적을 달성하는데 상당한 정도로 기여한다고 인정할 수 있다.

‘병역의무의 자진이행에 기여’라는 입법목적은 결국 그러한 사회분위기가 풍토를 조성한다는 것인데, 이것이 병역공개제도의 보다 핵심적인 입법목적으로 보인다.⁹⁾ 병역의무 이행의 사회분위기는 여러 가지 법적·제도적·문화적 요소들에 달려 있다. 국민의 준법의식, 법제도의 합리성과 공정성, 군복무 환경, 국가의 안보상황 등등이 그것들이다. 이러한 많은 요소들 중 그러한 사회분위기 조성의 요체는 무엇보다도 법제도의 합리성 제고(군복무기간의 단축 등), 병무행정의 공평무사한 집행(징병검사에 있어 병무비리 척결 등), 군복무 환경의 개선에 있을 것이다. 그러나 입법자는 입법목적 추구를 위한 본질적이거나 유일한 수단 이외에도 부가적, 보충적 수단들을 동원할 수 있다. 법의 제정 당시 입법자는 공정한 병무행정의 확립이 대단히 시급한 국가적 과제라고 보았다. 그런데 위와 같은 본질적 요소들은 그 속성상 장기적이고 근본적인 대책과 투자를 필요로 하는 것이어서 과제의 시급성에 비추어 볼 때 병역의무 이행의 풍토를 조성함으로써 간접적으로 그러한 과제 해결에 기여할 보조적인 수단이 긴요하다고 보았다.¹⁰⁾ 그것이 바로 병역공

9) 이동복 위원: “...이 법 자체로서 병역면탈을 방지하고 병역의무를 자진이행하도록 하는 어떤 강제법이 아니라 그러한 내용으로 사회분위기가 조성되도록 하는 것을 목적으로 하고 그러한 목적을 수행하기 위한 실제행위는 병역사항의 신고 및 공개를 제도화하는 것, 이것이 이 법의 목적 아닙니까?” 제203회 국회 국방위원회 제4차 회의록

10) 장영달 의원의 제안설명: “...더 이상 병무비리가 발생하지 않도록 병무행정질차를 바로잡는 동시에 모든 국민들이 자진하여 병역의무를 이행할 수 있도록 제반 여건을 갖추는 것은 잠시도 미룰 수 없는 시급한 국가적 과제라고 생각합니다.” 제199회 국회 국방위원회 제1차 회의록

개제도이다. 이러한 입법자의 판단과 선택이 불합리한 것이라 볼 수 없다.

위와 같은 입법목적은 달성하기 위해서는 병역사항의 신고와 공개가 필요하다. 신고의무를 부과함으로써 병역사항의 자료를 확보할 수 있을 뿐 아니라 병역의무 이행의 규범의식을 제고할 수 있다. 한편 위와 같은 입법목적과 관련하여 볼 때 공개 없는 신고는 무의미하다. 입법의 사실상의 의도는 국민의 눈과 입을 빌려 병역의무 자진 이행의 풍토를 조성한다는 데 있으므로, 투명한 공개 없이는, 신고의무 부과나 공부의 기재만으로는 그러한 효과를 기대할 수 없다.

(2) 부정론

입법목적 자체, 그 수단과의 연관성이 의문스럽다. 병역공개제도의 핵심적 입법목적은 ‘병역의무의 자진이행에 기여’, 즉 병역의무를 자진 이행하는 사회분위기나 풍토를 조성한다는 것인데, 사회분위기를 조성한다는 것이 그 자체로 적절한 입법목적이 될 수 있는 것인지, 특히 공개대상자의 예민한 사생활을 심각하게 건드릴 수 있는 입법수단을 동원하면서까지 달성하려는 입법목적이 고작 어떤 방향으로의 사회분위기 조성이라는 것인데, 이것이 정당한지 의문이다.

병역의무 이행 풍토 조성이라는 입법목적은, 법제도의 합리성 제고(군복무기간의 단축 등), 병무행정의 공평무사한 집행(징병검사에 있어 병무비리 척결 등), 군복무 환경의 개선 등을 통하여 달성하는 것이 정상적이고 적절한 방법이다. 국민의 눈과 입을 빌려 주홍글씨의 낙인을 찍고, 그를 통해 사회심리적 강제효과를 자아냄으로써 그런 풍토를 조성하겠다는 것은 정당하고 적합한 것일 수 없다.

병역면탈의 방지라는 입법목적 또한, 우선 신고의무자 자신의 경우 이러한 입법목적은 공개제도와 합리적 연관성이 거의 없다. 징병검사 시점과 신고·공개시점 사이에 큰 격차가 있기 때문이다(물론, 먼 훗날에 4급이상의 공직자가 될 가능성에 대비하여 병역을 면탈하지 말자는 심리적 효과를 기대할 수 있겠으나 이는 너무나 희박한 연관성에 불과하다). 다음으로 직계비속의 경우 일반적으로는 위 긍정론에서 본 바와 같이 병역면탈 방지라는 입

법목적에 효율적인 수단이 될 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항에서 문제되는 쟁점인 ‘질병명 공개’ 부분에 관한 한 그렇지 않다. 법 제8조 제3항이 바로 이 부분에 대하여 비공개를 보장하기 때문이다. 그러므로 이 사건 법률조항에 관한 한 신고의무자 본인의 경우이든 그 직계비속의 경우이든 병역면탈 방지라는 입법목적에 기여하는 바가 거의 없다.

다. 질병명 공개의 필요성

이 사건 법률조항은 병역사항과 관계없이 국가가 무단히 개인의 질병명 등의 신체정보를 파악하여 공개하는 것이 아니다. 병역사항 공개의 일환으로 질병명을 공개케 한 것인데, 이것이 불가피한 것은 질병이 병역처분에 있어 고려되어야 하는 본질적 요소이기 때문이다. 병역 감당 여부를 판정하기 위해 징병검사를 실시하는데, 신체검사가 가장 중요하고 일차적인 기준이다(병역법 제11조, 제12조, 제14조). 현역이나 보충역이냐의 판정에는 신체등위를 주로 하되, 학력·연령·병역자원의 수급 등을 보충적으로 고려할 수 있으나, 병역면제 판정의 기준은 오로지 신체등위에 달려 있다(병역법 제14조). 질병 또는 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 사람은 신체등위 6급 판정을 받으며, 신체등위가 6급인 사람은 병역면제 처분을 받는 것이다. 그러므로 병역면제자의 병역사항 자체를 애초에 신고·공개대상에서 제외한다면 모르거니와, 포함시키는 한 신체검사의 결과는 이들의 병역사항의 본질을 이루는 것이므로 이를 신고·공개하지 않을 수 없다. 이 때 그러한 병역처분의 사유를 단순히 “질병”, “심신장애” 또는 “6급 판정”과 같이 표시만 하여서는 역시 공개제도의 취지를 살릴 수 없다.

라. 엄격한 심사기준 적용의 필요성

육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 생활행태에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소이다. 따라서 외부세계의 어떤 이해관계에 따라 그에 대한 정보를 수집하고 공표하는 것이 쉽게 허용되어서는 개인의 내밀한 인격과 자기정체성이 유지될 수 없다. 이 사건 법률조항에 의하여 그 공개가 강제되는 질병명은 독일 연방헌법재판소의 영역이론을 적용하여 본다면 내밀한 사적 영역에 근접하는 개인정보로서, 적어

도 私事영역(Privatsphäre)에 해당할 것이므로 비례원칙이 엄격히 적용되어야 한다.

일반적으로 볼 때, 종교적 신조, 육체적·정신적 결합, 성생활에 대한 정보와 같이 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심, 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보들에 대하여는 그 제한의 허용성은 엄격히 검증되어야 할 것이다. 반면, 성명, 직명(職名)과 같이 인간이 공동체에서 어울려 살아가는 한 다른 사람들과의 사이에서 식별되고 전달되는 것이 필요한 기초정보들도 있다...(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 공보 105, 666, 672)

공무원 개인의 질병명은 외부세계와의 접촉을 통하여 생성·전달·공개·이용되는 것이 자연스럽거나 필요한 사항이 아니다. 공적 활동과 관련하여 생성된 정보가 아니라 그와 무관하게 개인에게 부여된, 극히 사적인 정체성을 드러내는 정보이다. 질병이 병역처분, 특히 병역면제 여부를 판가름함에 있어서 본질적인 요소라고는 하지만 그것은 개인이 선택·조정 가능한 사항이 아니다. 공무원에 대한 정보라 하여 공무원 개인의 사적인 질병정보까지 ‘공적 사항’, ‘공적 관심사’라는 명분으로 사생활 정보로서의 보호가치를 낮게 보아 국민의 눈과 입에 노출시켜도 무방하다고 보는 것은 공무원에 관한 한 사생활의 비밀을 기본권으로 보호하지 않겠다는 것과 다를 바 없다.

병역면제자의 구체적 질병명을 공개토록 한 것에 대해서는 국회 입법과정에서 이미 위헌 의문의 제기가 있었다.¹¹⁾

마. 기본권제한의 과잉 -인적 범위-

공적 인물론의 인적 적용범위에 관하여는 분명한 기준이 없어, 청구인이 속하는 ‘4급 이상의 일반 공무원’들에게 공적 인물론이 적용되는지는 미지수이다. 정치인, 고위공직자, 유명 인사¹²⁾ 등 공적 인물의 범위를 한정적으로 이해하는 입장에 선다면 이 사건 법률조항을 공적 인물론에 입각하여 정당

11) 당시 국방위 위원인 박세환 의원은 ‘면제처분된 경우 질병의 구체적인 내역까지도 공개하는 것은 프라이버시 침해가 아니냐, 프라이버시 보호 조치가 있느냐’는 취지로 질의하였고, 이에 대한 병무청장의 잘못된 답변이 있었다(신고의무자 본인도 질병명 비공개요구권이 있다고 답변. 제250 국회 국방소위 제1차 회의록. 그러나 애초의 정부원안, 국방위 의결안, 의결·공포된 법률 어디에도 신고의무자 본인의 비공개제도는 규정된바 없다).

12) 계획열, 앞의 책, 397면; 정종섭, 앞의 책, 490면

화하기는 어려울 것이다.

공적 인물론의 적용 여하를 떠나서 보더라도 ‘4급 이상의 일반 공무원’을 전부 공개대상에 포함하는 것은 과잉이다. 법의 제정당시 신고대상자는 약 7,000명이었으며(제199회 국회 국방위원회 제1차 회의록), 신고의무자를 확대한 2004년의 개정으로 공개대상자는 단순계산상으로 그 보다 4.5배 증가하였다(제250회 국회 국방위원회 제6차 회의록). 이와 같이 그 범위를 확대하여 신고·공개 대상으로 삼는 점에 대해서도 국회 입법과정에서부터 위헌 의문의 제기가 있었다.¹³⁾

우리의 현실과 의식에 비추어 주홍글씨식의 처방을 통한 병역풍토의 쇄신이 설사 필요하다고 하더라도 그것은 이른바 ‘nobless oblige’ 구원¹⁴⁾을 위해 특별한 책임과 희생을 추궁할 수 있는 소수 사회지도층에 국한되어야 할 것이다. 4급 이상의 공무원이면 주로 과장급 또는 계장급에 해당하며, 이들이 비록 실무책임자의 지위를 가진다 하더라도 주요 정책이나 기획의 직접적·최종적 결정권을 가진다고는 할 수 없고, 사회의 일반적 관념에 비추어 보면 평범한 직업인의 하나에 불과한 경우가 많을 것이다. 이런 점에서 이들의 병역정보가 설사 공적 정보, 공적 관심의 대상이라 할지라도 그 정도는 현격히 약하다고 하지 않을 수 없고, 그렇다면 공무원 개인을 위한 정보 보호의 요청을 쉽사리 낮추어서는 안 된다.

이와 같이 공개대상을 4급 이상의 공직자 등으로 확대한 것은 공직자윤리법에 의하여 재산을 등록하는 직위인 4급 이상의 공직자 등과 기준을 맞추려 한 것이나, 공직자윤리법은 등록대상과 공개대상을 분리하여 후자의 경우 1급이상 공무원으로 한정하고 있음에도, 법은 이를 구분함이 없이 모든 신고대상자의 병역정보를 공개토록 하고 있다.¹⁵⁾

13) 당시 박세환 의원은 ‘병역 신고·공개는 근본적으로 프라이버시와 상치되는 것이므로 상정성 있는 범위로 최소한으로 하여야 하는데, 4급까지 범위를 확대하는 이유가 무엇인지’에 대해 질의하였고, 이에 대해 국방부는 ① 4급 이상이면 실무책임자라는 점, ② 자제들이 군에 입영할 때라는 점을 그 필요성으로 제시하였다(제250회 국회 국방위원회 제6차 회의록).

14) 법의 제정은 국민의 정부 100대 과제 ‘Nobless Oblige 정신 구현’에 따라 추진된 것이다(병무청장의 의견서, 제250회 국회 국방위원회 제6차 회의록).

15) 이러한 점 또한 국회 입법과정에서 지적된바 있는데, 이에 대해 병무청장은 ‘재산관계는 복잡하고 분량이 많지만 병역사항은 아주 간략하여 큰 문제가 없다’는 취지로 답변하고 있다(제250회 국회 국방소위 제1차 회의록). 이는 공개범위의 문제

대통령, 국회의원, 지방자치단체의 장, 검사장급 이상의 검사, 병무청 4급 이상 공무원 등 구법상 신고·공개 의무자로 규정된 공직자들은 정치적 공무원(선출직 공무원), 법집행 고위 공무원, 병무관련 공무원 등으로서 입법 목적과의 관련성(공직자로서의 상징성, 윤리성이 요구되는 정도, 공적 관심의 집중도 등) 면에서 이 사건에서 문제되는 4급이상의 일반 공무원들과는 비교할 수 없다. 그럼에도 불구하고 무차별적으로 이들과 동등한 신고·공개책임을 부여하는 것은 지나치다.

바. 기본권제한의 과잉 - 질병 공개의 범위와 방법

이 사건 법률조항의 두드러진 위헌성은 질병명 공개에 있어 보다 완화된 수단의 강구에 전혀 무관심하였다는 데에 있다. 질병이 병역면제처분의 불가분의 요소를 이룬다고 할지라도 대상자의 사생활 침해가 최소화되도록 하는 방안을 강구할 수 있었고, 또 강구하여야 하였다. 질병이라 하더라도 인격 또는 사생활의 핵심에 관련되는 것(예를 들어 에이즈, 정신질환)과 그렇지 않은 것(예를 들어 근시)이 있을 수 있다. 후자의 질병은 몰라도 전자의 질병까지 무차별적으로 공개토록 한 것은 사생활 보호의 요청을 거의 고려하지 않은 것이라 하지 않을 수 없다. 기실 입법자는 이런 구분의 관념을 법 제정 시에 이미 갖고 있었고, 그리하여 신고의무자의 직계비속에 관하여는 대통령령으로 일정한 질병을 정하고 이들 질병에 대해 비공개요구권을 신고의무자에게 부여하였다(법 제8조 제3항, 법시행령 제14조 제1항, 별표). 이러한 비공개요구권을 직계비속의 병역사항에 한정할 것이 아니라, 신고의무자 본인에 대해서도 적용하였다면 입법목적과 사생활 보호 간의 보다 조화로운 형량이 될 수 있었을 것이다. 비공개대상이 되는 질병이나 심신장애내용들은 대부분 그 공개로 인격이나 사생활의 심각한 침해를 초래할 수 있는 것들이다(예를 들어 후천성면역결핍증, 정신분열증, 매독, 인공항문, 사시, 무정자 등등. 시행령 별표 참조). 이러한 성격의 질병명을 공개함으로써 초래되는 사생활 비밀의 중대한 침해로부터 보호될 필요성은 신고의무자의 직계비속뿐만 아니라 신고의무자 본인에게도 인정되어야 한다. 더욱이 병역면제처

를 정당성의 문제가 아니라, 기술상의 문제로 인식하고 있었음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

분이 불법·부당히 이루어진 것인지를 불문하고 공개하므로, 공정한 판정에 따른 정당한 면제처분을 받았던 공무원들의 질병명마저 공개된다. 이들에 대해 공직자로서 병역의무 이행 풍토 조성이라는 입법목적을 위해 특별히 공개책임을 져야 하고, 아무리 사생활과 인격의 침해가 크더라도 감수하여야 한다고 하는 것은 설득력이 없다.

해당 공직자의 사생활 보호에서 더 나아가 공직제도의 효율적 운용이라는 관점에서 보면, 해당 공직자의 사기와 충성심을 저하시키거나, 공무원 조직 내에서의 인화와 단결을 저해할 수 있고, 경우에 따라서는 유능한 공직자를 상실하는 결과를 초래할 수 있다. 이러한 모든 개인적·공조직적 불이익과 역기능은 심각하고 현실적인 반면, 병역의무 이행 풍토 조성이라는 것은 막연하고 모호하다. 후자를 위해 전자를 감수하는 것은 균형 있는 형량이라 결코 할 수 없다.

관점을 달리하여, 모든 신고의무자에게 비공개 요청권을 부여한 다음 질병의 종류, 공직의 종류와 직급 등 제반 사항을 고려하여 심사를 통해 비공개 할 수 있는 제도를 택하였을 수도 있다. 이 또한 입법목적 실현에만 치우친 것이 아니라 기본권 보장의 요청을 고려한 합헌적인 제도로 평가받을 수 있었을 것이다.

사. 결론

병역면제사유가 공적 관심의 대상이라 할지라도 그 정도가 현격히 약한 4급 이상의 모든 공무원들에게, 실체적·절차적 방법을 통하여 사생활침해를 보다 완화할 수 있는 수단이 있음에도 불구하고, 모든 질병명을 예외 없이 공개토록 한 것은 입법목적 실현에 치중한 나머지 사생활 보호의 헌법적 요청을 현저히 무시한 것이므로 청구인들을 비롯한 그들의 헌법상 보장된 기본권인 사생활의 비밀을 침해한 것이다.

아. 헌법불합치결정의 채택

단순위헌결정을 함으로써 4급 이상 공무원 모두에 대하여 어떤 질병명도 당장 공개할 수 없는 결과를 초래하는 것은 적절하지 않다고 보아, 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속적용을 명하였다.

이에 대하여는 위 결정요지에서 정리된 바와 같이, 단순위헌을 선고하여야 한다는 의견과 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 선고하여야 한다는 의견이 있었다.

3. 결정의 의의 및 사후경과

질병명과 같이 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보를 다루는 국가적 조치는 설사 그것이 병역의무의 공평한 이행이라는 입법목적과 관련되어 있다 하더라도 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않도록 엄격한 기준과 방법에 따라 섬세하게 행하여지지 않으면 아니됨을 천명하였다는데 이 결정의 의의가 있다.

2007. 12. 14. 법률 제8684호로 법은 개정되었는데, 대통령령으로 정하는 일정한 질병명·심신장애내용 또는 처분사유의 비공개를 요구할 수 있도록 하고, 이 경우 병무청장은 이를 공개하지 못하도록 하였다.

주민투표법 제5조 위헌확인

- 국내거주 재외국민의 주민투표권 사건 -
(헌재 2007. 6. 28, 2004헌마643, 판례집 19-1, 843)

최 희 수*

【관시사항】

1. 일부청구에 대해 중복제소를 이유로 각하한 사례
2. 주민투표권의 기본권성을 부정하면서도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에는 헌법상의 평등권 심사는 허용된다고 본 사례
3. 주민투표권 행사를 위한 요건으로 주민등록을 요구함으로써 국내거소 신고만 할 수 있고 주민등록을 할 수 없는 국내거주 재외국민에 대하여 주민투표권을 인정하지 않고 있는 주민투표법(2004. 1. 29. 법률 제7124호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제5조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 중 “그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분이 국내거주 재외국민의 평등권을 침해하는지 여부
4. 헌법불합치결정을 하되 계속 적용을 명한 사례

【심판대상】

주민투표법(2004. 1. 29. 법률 제7124호로 제정된 것, 이하에서 이를 ‘법’이라 한다) 제5조 제1항 중 “그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분, 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분.

* 헌법연구관보

주민투표법

제5조(주민투표권) ① 20세 이상의 주민으로서 제6조 제1항의 규정에 의한 투표인명부작성기준일 현재 그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 자(공직선거및선거부정방지법 제18조의 규정에 의하여 선거권이 없는 자를 제외한다)는 주민투표권이 있다.

공직선거법

제15조(선거권) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다. <개정 2005. 8. 4.>

1. 19세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 모두 대한민국 국적을 보유하고 있으며, 일본국의 영주권을 갖고 있는 상태로 현재 대한민국에 거주하고 있는 만 20세 이상의 국민들인바, 주민투표법 제5조가 ‘국민인 주민 중 주민등록이 되어 있는 자’와 ‘일정 요건을 갖춘 외국인’에 대해서만 주민투표권을 부여함으로써 재외국민 국내 거소신고만을 할 수 있고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 청구인들의 헌법상 기본권인 평등권 및 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리로서의 주민투표권’(헌법 제37조 제1항, 제117조)을 침해한다고 주장하며 2004. 8. 14. 주민투표법 제5조의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 그 후 청구인들은 2005. 11. 16. 청구취지의 추가적 변경을 통해 공직선거법 제15조 제2항이 청구인들의 헌법상의 평등권과 지방선거권을 침해한다고 주장하며 공직선거법 제15조 제2항의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 추가하였다.

2. 청구이유 및 관계기관의 의견요지

가. 청구이유

헌법의 지방자치규정(제117조, 제118조)의 위임에 따라 제정된 지방자치법 제12조¹⁾는 국적과 관계없이 당해지역에 주소를 가진 주민에 대해서는 지방자치에 참여할 자격을 주어 주민자치의 이념을 천명하였음에도 불구하고, 지방자치에 관한 주민투표권을 규정한 법 제5조 제1항은 국민인 주민 중 주민등록이 되어 있는 자에 대해서만 주민투표권을 부여함으로써 청구인들과 같이 주민등록법상 주민등록을 할 수 없고 재외동포의 출입국및법적지위에 관한 법률(이하 “재외동포법”이라함)에 따라 재외국민 국내거소신고만을 할 수 있는 국민인 주민으로부터 주민투표권을 박탈하고 있다.

법 제5조 제2항은 20세 이상의 외국인으로서 “대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 자”에게 주민투표권을 부여하고 있고, 그에 따라 각 지방자치단체의 주민투표조례는 영주의 체류자격을 갖춘 외국인에게도 주민투표권을 부여하고 있는바,²⁾ 외국인에게까지 주민투표권이 부여되면서 정작 국내거주 재외국민인 주민에 대해서는 주민투표권이 부여되지 않고 있다.

따라서 법 제5조는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 ‘외국인인 주민’에 비해서 재외국민을 합리적 이유 없이 차별함으로써 헌법 제10조, 제11조, 제37조 제1항 및 제117조에 의해 헌법상 열거되지 않은 권리로써 보장된 주민투표권을 침해한다.

(2) 헌법 제24조³⁾, 지방자치법 제12조⁴⁾ 및 제13조⁵⁾ 제2항에 따르면 국적과 관계없이 당해 지역에 주소를 가진 주민에 대해서는 지방자치에 참가할 자격을 부여하는 주민자치의 이념이 천명되어 있음에도 불구하고 공직선거법 제15조 제2항 제1호는 “당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이

1) 지방자치법 제12조(주민의 자격) 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다.

2) 서울특별시주민투표조례 제3조 참조.

3) 헌법 제24조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

4) 지방자치법 제12조 (주민의 자격) 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 된다.

5) 지방자치법 제13조 (주민의 권리) ①주민은 법령이 정하는 바에 의하여 소속지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다. ② 국민인 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거(이하 “지방선거”라 한다)에 참여할 권리를 가진다.

되어 있는 자”에 대해서만 지방선거권을 부여함으로써 재외국민 국내거소신고만을 할 수 있는 국민인 주민에 대해서는 지방선거권을 박탈하고 있다. 공직선거법 제15조 제2항 제2호는 외국인인 주민이라 할지라도 일정요건에 해당하는 경우에는 지방선거권을 부여하면서도 정작 재외국민인 주민에 대해서는 그러한 권리를 부여하지 않고 있다.

따라서 공직선거법 제15조 제2항은 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 ‘외국인인 주민’에 비해서 재외국민인 주민을 합리적인 이유 없이 차별함으로써 헌법 제10조, 제11조 제1항을 침해하고, 헌법 제24조과 지방자치법 제13조 제2항에 의해 보장되는 지방선거권을 침해한 것이다.

나. 행정자치부장관의 의견요지

주민투표권은 헌법이 아니라 법률에 의해 보장되는 참정권으로서 헌법상의 자유권이라 할 수 없으므로 재외국민의 주민투표권을 제한한다고 해서 포괄적인 의미의 자유권인 헌법 제10조의 행복추구권을 침해하는 것이라 볼 수 없을 뿐만 아니라, 헌법 제37조 제1항의 열거되지 않은 권리로서 주민투표권을 침해하는 것이라 볼 수도 없다.

외국의 영주권을 가진 재외국민에 대하여 주민투표권을 부여하지 않는 것은 주민투표의 특성인 ‘그 지역에 거주하고 있는 주민의 생활자치’라는 입법 목적 달성을 위해 불가피한 제한에 해당하며, 또한 출입국 관계법령에 의하여 매 2년 단위로 체류기간(거소신고)을 연장하는 재외국민에 대하여는 주민투표권을 배제하면서 계속하여 (5년 이상) 거주하고 있는 외국인에 대하여 주민투표권을 부여하는 것은 합리적 근거 있는 차별이라 할 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등권에 위반된다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 이 사건의 청구인들은 이미 2004. 8. 14. 공직선거법 제15조 제2항 제1호를 포함한 공직선거법 조항들의 위헌확인 여부를 다투는 헌법소원심판(2004헌마644)을 청구한 바 있음에도, 2005. 11. 16. 청구취지의 추가적 변경을 통하여 위 조항에 대한 위헌확인을 구하는 청구를 추가하고 있는바, 후자의 청구는 헌법재판소법 제40조 제1항과 민사소송법 제259조에 따라 허용되

지 아니하는 중복제소에 해당하므로 부적법하다.

2. 주민투표권은 헌법상의 열거되지 아니한 권리 등 그 명칭의 여하를 불문하고 헌법상의 기본권성이 부정된다는 것이 우리 재판소의 일관된 입장이라 할 것인데, 이 사건에서 그와 달리 보아야 할 아무런 근거를 발견할 수 없다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 통해 그 침해 여부를 다룰 수 있는 기본권을 대상으로 하고 있는 것이 아니므로 그러한 한에서 이유 없다. 하지만 주민투표권이 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다.

3. 가. 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 당해 지방자치단체의 주요결정사항에 대한 주민투표의 결과는 주민등록이 가능한 국민인 주민은 물론 주민등록을 할 수 없는 국내거주 재외국민에게도 그 미치는 영향에 있어 다르다고 보기 어렵다. 지방자치단체의 폐치·분합 또는 구역변경, 주요시설의 설치 등 국가정책의 수립에 관한 주민투표의 경우에도 마찬가지이다. 지방자치단체의 폐치·분합 또는 구역변경은 단순히 행정단위나 행정구역의 개편 차원을 넘어 폐치·분합 또는 구역변경의 대상이 되는 지방자치단체의 주민의 이익과 직접적으로 관련되어 있으며, 국내거주 재외국민의 경우에도 예외는 아니다. 주요시설의 설치와 관련하여 주민투표가 실시되는 경우에도 마찬가지이다.

나. 법 제5조 제2항은 출입국관리 관계 법령의 규정에 의하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 ‘외국인’에게 주민투표권을 부여하고 있는바, 주민투표의 결과가 그 법적 및 사실적 효과라는 측면에서 국내거주 재외국민과 외국인 간에 본질적으로 달리 나타난다고 보기는 어렵다. 주민투표의 대상이 되는 사항과의 관련성 내지 이해관계의 밀접성이라는 점에서 양자 간에 본질적 차이가 존재하지 아니한다.

다. 이 사건 법률조항 부분은 주민등록만을 요건으로 주민투표권의 행사여부가 결정되도록 함으로써 ‘주민등록을 할 수 없는 국내거주 재외국민’을 ‘주민등록이 된 국민인 주민’에 비해 차별하고 있고, 나아가 ‘주민투표권이 인정되는 외국인’과의 관계에서도 차별을 행하고 있는바, 그와 같은 차별에

아무런 합리적 근거도 인정될 수 없으므로 국내거주 재외국민의 헌법상 기본권인 평등권을 침해하는 것으로 위헌이다.

4. 이 사건 법률조항 부분이 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실할 경우 지방자치단체가 향후 주민투표를 제대로 실시할 수 없게 되는 법적 혼란상태가 초래될 뿐만 아니라, 주민투표권 행사의 요건으로서 일정기간의 거주요건을 부과할 것인지, 부과한다면 그 최소기간을 어느 정도로 할 것인지 등에 대한 검토가 필요하며, 그와 같은 문제들은 궁극적으로 입법형성의 권한을 가진 입법자가 충분한 사회적 합의를 거쳐 결정해야 할 사항에 속한다 할 것이므로, 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자는 늦어도 2008. 12. 31.까지 개선입법을 하여야 한다.

재판관 조대현의 주문표시에 대한 별개의견

법 제5조 제1항의 위헌성은 국내거소신고를 한 재외국민을 주민투표권자로 규정하지 아니한 점에 있는 것이므로, 그 점을 특정하여 “법 제5조 제1항이 지방자치단체의 관할 구역 안에 국내거소신고를 한 재외국민을 주민투표권자로 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다.”고 선언하여야 한다. 다수의견이 법 제5조 제1항이 주민등록자로 “한정한 것”이 위헌이라는 취지라면, 주문에 그러한 취지를 명시하여야 하고, “한정한 것”에 대한 위헌 선언은 바로 이미 규정되어 있는 주민등록자 외에 다른 내용을 추가로 입법하라는 의미이기 때문에 기존의 규정 내용에 대하여 잠정적용 여부를 결정할 필요가 없을 것이다.

【해설】

1. 적법요건

가. 청구취지의 추가적 변경의 적법성

청구인들은 청구취지변경을 통해 공직선거법 제15조 제2항에 대한 심판청구를 추가하고 있다. 헌법재판소법 제40조⁶⁾ 제1항에 따르면 헌법소원심판의

6) 헌법재판소법 제40조(준용규정) “①헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사

경우 민사소송에 관한 법령이 준용될 수 있고, 민사소송법 제262조 제1항은 ‘청구의 기초가 바뀌지 아니하는 한도 내에서 변론 종결시, 변론 없는 경우에는 판결 선고시까지 청구취지의 변경’을 허용하고 있다.

청구인들은 원래의 심판청구를 그대로 유지하고 있고, 추가된 청구취지 역시 주민등록을 할 수 없는 청구인들로부터 지방선거의 선거권을 박탈하고 있는 공직선거법 제15조의 위헌성을 주장하는 것으로 같은 이유로 주민투표권을 인정하지 아니하는 주민투표법 제5조의 위헌성을 주장하는 것과 그 청구의 기초가 다르다고 보기 어렵다. 그렇다면 청구인들의 청구취지변경은 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 준용되는 민사소송법 제262조 제1항에 따른 것으로서 적법한 것이다.

나. 공직선거법 제15조 제2항 제1호에 대한 심판청구의 중복제소 여부

헌법재판소법 제40조 제1항에 의하면 민사소송법이 헌법소원심판에 준용되는 것이므로 중복제소를 금지하고 있는 민사소송법 제259조⁷⁾가 헌법소원심판에도 준용된다고 할 것이고(헌재 1990. 9. 3. 89헌마120·212(병합), 판례집 2, 288, 293; 헌재 1994. 4. 28. 89헌마221 판례집 6-1 239, 257-258 참조), 따라서 이미 우리 재판소에 헌법소원심판이 계속중인 사건에 대하여는 당사자는 다시 동일한 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 해석하여야 한다(헌재 2001. 5. 15. 2001헌마298 결정; 헌재 2003. 9. 23. 2003헌마584 결정; 헌재 2006. 3. 7. 2006헌마213 결정).

그런데 이 사건의 청구인들은 이미 2004. 8. 14. 공직선거법 제15조 제2항 제1호를 포함한 공직선거법 조항들의 위헌확인 여부를 다투는 헌법소원심판(2004헌마644)을 청구하여 현재 우리 재판소에서 심리 중에 있는바, 청구인들은 2005. 11. 16. 접수된 청구취지의 추가적 변경을 통하여 다시 같은 조항에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 추가하였다. 그렇다면 2005.

소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. <개정 2003.3.12>②제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”

(경우에 따라 행정소송법이 같이 준용될 수 있고, 그 경우 민사소송에 관한 법령과 행정소송법이 저촉될 때에는 행정소송법이 우선 적용되나, 본 사안의 경우 행정소송법에 청구취지변경에 관한 조항이 없으므로 민사소송법이 준용될 것이다)

7) 민사소송법 제259조 (중복된 소제의 금지) 법원에 계속되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 소를 제기하지 못한다.

11. 16. 접수된 후자의 심판청구는 헌법재판소법 제40조 제1항과 민사소송법 제259조에 따라 허용되지 아니하는 중복제소에 해당하는 것으로 보아야 하고, 따라서 공직선거법 제15조 제2항 제1호에 대한 이 사건 심판청구 부분은 더 나아가 살펴 볼 필요 없이 부적법함을 면할 수 없다.

2. 본안판단

가. 법 제5조 제1항이 헌법에 열거되지 아니한 권리로서의 주민투표권을 침해하는 것인지 여부

이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판이므로 ‘헌법상 보장된 기본권침해’가 문제될 때 비로소 적법한 것이 된다. 청구인들의 심판청구는 법 제5조에 의해 보장되는 주민투표권이 헌법 제117조와 결합한 헌법 제37조 제1항에 의해 보장되는 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’로서 ‘기본권’에 해당한다는 전제에 입각하고 있다.

그러나 헌법재판소는 이미 2001. 06. 28. 선고된 2000헌마735 결정(판례집 13-1, 1431, 1439-1440)에서 지방자치법(제13조의2⁸⁾) 상의 주민투표권은 구성질상 선거권, 공무담임권, 국민투표권과는 다른 것이어서 이를 법률이 보장하는 참정권이라고 할 수 있을지언정 헌법이 보장하는 참정권이라고 할 수는 없으며, 주민투표와 관련하여 헌법의 명시적인 입법위임도 존재하지 아니하고 헌법해석상 그러한 입법의무가 새롭게 발생하는 것도 아니라 할 것이고, 따라서 주민투표법을 제정하지 않은 입법부작위를 다루는 것은 부적법한 것이라고 판시한 바 있다. 또한 2005. 12. 22. 2004헌마530 결정⁹⁾에서도

8) 구 지방자치법 제13조의2(주민투표) “① 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 붙일 수 있다. ② 주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.”

현행 지방자치법 제13조의2 규정은 위의 구규정에서 ‘지방자치단체의 폐치·분합 또는’ 부분을 삭제함으로써 다음과 같이 규정하고 있다 : “① 지방자치단체의 장은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요 결정사항 등에 대하여 주민투표에 붙일 수 있다. <개정 2004.1.29> ② 주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차 등에 관하여는 따로 법률로 정한다.”

9) 이 결정의 기초가 된 사안은 광주광역시와 전라남도의 통합을 추진하는 청구인과 같은 주민들이 통합추진을 위한 주민투표를 할 수 없게 되자 주민투표에 참여할

다음과 같이 판시하고 있다.

“우리 헌법은 간접적인 참정권으로 선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조)을, 직접적인 참정권으로 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있을 뿐 주민투표권을 기본권으로 규정한 바가 없다. 또한 우리 헌법은 제117조, 제118조에서 지방자치단체의 자치를 제도적으로 보장하고 있으나 이에 따라 보장되는 내용은 자치단체의 설치와 존속 그리고 그 자치기능 및 자치사무로서 이는 어디까지나 지방자치단체의 자치권의 본질적 사항에 관한 것이다(헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 522 참조). 그러므로 자치사무의 처리에 주민들이 직접 참여하는 것을 의미하는 주민투표권을 헌법상 보장되는 기본권이라고 하거나 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 권리’의 하나로 보기는 어렵다. 지방자치법은 주민에게 주민투표권(제13조의2), 조례의 제정 및 개폐청구권(제13조의3), 감사청구권(제13조의4) 등을 부여함으로써 주민이 지방자치사무에 직접 참여할 수 있는 길을 일부 열어 놓고 있지만 이러한 제도는 어디까지나 입법에 의하여 채택된 것일 뿐 헌법에 의하여 이러한 제도의 도입이 보장되고 있는 것은 아니다. 그렇다면 주민투표권은 법률이 보장하는 권리일 뿐이지 헌법이 보장하는 기본권 또는 헌법상 제도적으로 보장되는 주관적 공권으로 볼 수 없다.”

이상의 결정례들에 비추어 볼 때 헌법재판소는 주민투표권의 법적 성격을 이해함에 있어 헌법상의 열거되지 아니한 권리 등 그 명칭의 여하를 불문하고 “헌법으로부터 도출되는 기본권성”을 부정하고 있음이 일관된 입장이라 할 것이고, 그렇다면 이 사건 심판청구 역시 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 통해 그 침해 여부를 다룰 수 있는 기본권을 대상으로 하고 있는 것이 아니라 할 것이므로 이 사건 심판청구는 그러한 한에서 부적법하다.

나. 법 제5조 제1항이 평등원칙에 위배되는 것인지 여부

주민투표권이 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다.

청구인의 기본권이 침해되었다고 주장한 사건이었다.

(1) 주민투표의 유형과 대상

주민투표법은 지방자치단체의 주요결정사항 등에 관한 주민의 직접참여를 보장하기 위하여 제정된 것으로 2003. 12. 29. 국회를 통과하고 2004. 1. 29. 법률 제7174호로 공포되었으며, 같은 해 7. 30.부터 시행되고 있다. 이로써 1994. 3. 개정된 지방자치법 제13조의2를 통해 주민투표법의 도입근거 규정이 마련되었음에도 불구하고 거의 10년간 지속되었던 입법부작위 상태가 해소되고 주민투표의 실시를 위한 법적 기반이 마련되었다.

주민투표제도는 지방자치단체의 정책결정과정에 주민들의 직접 참여를 보장함으로써 풀뿌리 민주주의를 실현하며, 주민의 생활에 직접적인 영향을 미치는 주요 의사결정과정에 지역주민의 참여를 확보함으로써 지역주민의 의사에 반하는 잘못된 정책결정이 내려지는 것을 방지한다는 점에서 긍정적 측면을 지닌 것으로 평가되고 있다.¹⁰⁾

법에 의할 경우, 주민투표는 당해 지방자치단체의 장에 의해 실시되는데, 법은 주민투표가 실시될 수 있는 경우로서 ① 지방자치단체의 장이 그 직권으로 실시하는 경우,¹¹⁾ ② 지방의회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의2 이상의 찬성으로 그 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구한 경우, ③ 주민투표청구권자(법 제5조에 의하여 주민투표권이 있는 자) 총수의 20분의1 이상 5분의1 이하의 범위 안에서 지방자치단체의 조례로 정하는 수 이상의 서명으로 그 지방자치단체의 장에게 주민투표실시를 요구한 경우, ④ 중앙행정기관의 장이 일정한 사항과 관련하여 주민의 의견을 듣기 위하여 필요하다고 인정하여 관계 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구하는 경우¹²⁾를 예정하고 있다(법 제8조, 제9조 참조).

한편, 주민투표를 통해 주민의 의사를 구할 수 있는 사항 즉 주민투표의 대상이 되는 사항은 법 제7조 및 제8조가 규율하고 있다. 법 제7조에 따라

10) 황아란, 주민투표제 도입의 의의와 전망, 지방과 행정연구, 제16집 제1호, 2004. 12., 63쪽 이하 참조. 반면, 주민투표의 부정적 측면이 지적되기도 하는데, 가령 이해관계가 첨예한 사안에 대하여 지역이기주의 또는 집단이기주의를 조장하는 합법적 수단이라는 비판 등이 있다고 한다.

11) 이 경우에 그 지방의회 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 동의를 얻어야 한다(법 제9조 제6항).

12) 이 경우에 중앙행정기관의 장은 주민투표의 실시구역을 정하여 관계 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구하여야 하며, 또한 미리 행정자치부장관과의 협의를 거쳐야 한다(법 제8조 제1항).

면 지방자치단체의 결정사항 중 주민투표의 대상이 되는 사항은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 주요결정사항으로서 당해 지방자치단체의 조례로 정하는 사항이며(제1항), 주민투표의 대상이 될 수 없는 사항들에 대해서는 그 제2항에 개별적으로 열거되어 있다.¹³⁾ 즉 법령에 위반되거나 재판중인 사항, 국가 또는 다른 지방자치단체의 권한 또는 사무에 속하는 사항, 지방자치단체의 예산·회계·계약 및 재산관리에 관한 사항과 지방세·사용료·수수료·분담금 등 각종 공과금의 부과 또는 감면에 관한 사항, 행정기구의 설치·변경에 관한 사항과 공무원의 인사·정원 등 신분과 보수에 관한 사항, 다른 법률에 의하여 주민대표가 직접 의사결정주체로서 참여할 수 있는 공공시설의 설치에 관한 사항(다만, 제9조 제5항의 규정에 의하여 지방의회가 주민투표의 실시를 청구하는 경우에는 그러하지 아니하다), 동일한 사항(그 사항과 취지가 동일한 경우를 포함한다)에 대하여 주민투표가 실시된 후 2년이 경과되지 아니한 사항은 주민투표의 대상이 될 수 없다.

또한 법 제8조는 국가정책에 관한 주민투표의 실시도 예정하고 있는데, 중앙행정기관의 장은 지방자치단체의 폐치·분합 또는 구역변경, 주요시설의 설치 등 국가정책의 수립에 관하여 주민의 의견을 듣기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 주민투표의 실시구역을 정하여 관계 지방자치단체의 장에게 주민투표의 실시를 요구할 수 있다(제1항).

(2) 주민투표의 법적 성격

13) 법 제7조 (주민투표의 대상) ①주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항으로서 그 지방자치단체의 조례로 정하는 사항은 주민투표에 부칠 수 있다.

②제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 사항은 이를 주민투표에 부칠 수 없다.

1. 법령에 위반되거나 재판중인 사항
2. 국가 또는 다른 지방자치단체의 권한 또는 사무에 속하는 사항
3. 지방자치단체의 예산·회계·계약 및 재산관리에 관한 사항과 지방세·사용료·수수료·분담금 등 각종 공과금의 부과 또는 감면에 관한 사항
4. 행정기구의 설치·변경에 관한 사항과 공무원의 인사·정원 등 신분과 보수에 관한 사항
5. 다른 법률에 의하여 주민대표가 직접 의사결정주체로서 참여할 수 있는 공공시설의 설치에 관한 사항. 다만, 제9조제5항의 규정에 의하여 지방의회가 주민투표의 실시를 청구하는 경우에는 그러하지 아니하다.
6. 동일한 사항(그 사항과 취지가 동일한 경우를 포함한다)에 대하여 주민투표가 실시된 후 2년이 경과되지 아니한 사항

이상에서 본 바와 같이 현행의 주민투표법은 ‘지방자치단체의 결정사항에 대한 주민투표’와 ‘국가정책에 관한 주민투표’를 모두 허용하고 있다.

전자의 경우에 지방자치단체의 장 및 지방의회는 주민투표결과에 구속되고, 따라서 주민투표결과에 의하여 확정된 내용대로 행정·재정상의 필요한 조치를 하여야 할 법적인 의무를 부담한다(법 제24조 제5항). 나아가 지방자치단체의 장 및 지방의회는 주민투표 결과 확정된 사항에 대하여는 2년 이내에는 이를 변경하거나 새로운 결정을 할 수 없다(법 제24조 제6항 제1문). 따라서 지방자치단체의 결정사항에 대한 주민투표의 결과는 지방자치단체의 장과 지방의회를 구속하는 힘을 가지게 된다. 입법례에 따라서는 주민투표의 결과가 그 자체로서 지방의회의 의결에 갈음하는 효력을 가지게 하는 경우도 있으나,¹⁴⁾ 우리의 경우에는 지방자치단체의 장 및 지방의회에 대하여 주민투표의 결과에 의해 확정된 내용에 따른 후속조치를 취해야 할 법적 의무를 부여하고 있다는 점에 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 현행 주민투표제는 투표결과를 관철시킬 수 있는 법적 의무 내지 구속력을 보장함으로써 주민투표를 단순한 주민질의(Bürgerbefragung)나 주민청문(Bürgeranhörung) 등 자문적 주민의견수렴절차에 그치지 않고 주민투표를 통한 주민결정권을 인정하는 입장에서 서 있다 할 것이다.

반면, 후자 즉 국가정책에 관한 주민투표의 경우에 중앙행정기관의 장은 주민투표의 결과에 구속되지 않는데, 이점은 국가정책에 관한 주민투표의 경우에 법 제8조 제4항¹⁵⁾이 ‘지방자치단체의 결정사항에 대한 주민투표결과

14) 독일 바이에른주 지방자치법(GO) 제18조의a 제1항은 “게마인테(지방자치단체) 주민은 게마인테의 고유한 활동영역의 사무에 대하여 주민투표(Bürgerentscheid)를 요구할 수 있다.”고 규정하고 있고, 그 제13항에서는 주민표결(Bürgerentscheid)은 게마인테 의회의 의결의 효력을 가진다고 규정하고 있다.

15) 주민투표법 제8조 (국가정책에 관한 주민투표) ④ 제1항의 규정에 의한 주민투표에 관하여는 ... 제24조 제1항 · 제5항 · 제6항 ...의 규정을 적용하지 아니한다.

* 동법 제24조의 내용은 다음과 같다.

제24조(주민투표결과의 확정) ①주민투표에 부처진 사항은 주민투표권자 총수의 3분의 1 이상의 투표와 유효투표수 과반수의 득표로 확정된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 찬성과 반대 양자를 모두 수용하지 아니하거나, 양자택일의 대상이 되는 사항 모두를 선택하지 아니하기로 확정된 것으로 본다.

1. 전체 투표수가 주민투표권자 총수의 3분의 1에 미달되는 경우

2. 주민투표에 부처진 사항에 관한 유효득표수가 동수인 경우

②전체 투표수가 주민투표권자 총수의 3분의 1에 미달되는 때에는 개표를 하지 아니한다.

법적 효력'에 대한 규정인 제24조 중 그 제1항, 제5항 및 제6항의 규정의 적용을 명시적으로 배제하고 있다는 점에서 분명하게 알 수 있다. 따라서 현행 주민투표법은 국가정책에 관한 주민투표를 투표결과와 법적 구속력이 인정되지 않는 단순한 자문적인 주민의견수렴절차로 예정하고 있다.

(2) 법 제5조 제1항의 위헌 여부

헌법이 요구하는 평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해한 것으로 볼 수 있다. 그러나 서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 2003. 01. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 20).

그런데 법 제5조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라함)은 ‘주민투표인명부작성 기준일 현재 그 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 자’에 한해 주민투표권을 인정함으로써, 결과적으로 청구인들과 같이 ‘재외국민 국내거소신고만을 할 수 있고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외

- ③관할선거관리위원회는 개표가 끝난 때에는 지체 없이 그 결과를 공표한 후 지방자치단체의 장에게 통지하여야 한다. 제2항의 규정에 의하여 개표를 하지 아니한 때에도 또한 같다.
- ④지방자치단체의 장은 제3항의 규정에 의하여 주민투표결과를 통지받은 때에는 지체없이 이를 지방의회에 보고하여야 하며, 제8조의 규정에 의한 국가정책에 관한 주민투표인 때에는 관계 중앙행정기관의 장에게 주민투표결과를 통지하여야 한다.
- ⑤지방자치단체의 장 및 지방의회는 주민투표결과 확정된 내용대로 행정·재정상의 필요한 조치를 하여야 한다.
- ⑥지방자치단체의 장 및 지방의회는 주민투표결과 확정된 사항에 대하여 2년 이내에는 이를 변경하거나 새로운 결정을 할 수 없다. 다만, 제1항 단서의 규정에 의하여 찬성과 반대 양자를 모두 수용하지 아니하거나 양자택일의 대상이 되는 사항 모두를 선택하지 아니하기로 확정된 때에는 그러하지 아니하다.

국민¹⁶⁾을 ‘국민인 주민 중 주민등록이 되어 있는 자’(즉, 일반 국민인 주민 내지 내국인 주민)에 비해 차별적으로 취급하고 있을 뿐만 아니라, 또한 같은 조 제2항에 따라 ‘출입국관리 관계법령의 규정에 의하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 외국인’에게 주민투표권이 인정되는 것과 비교할 경우에도 청구인들을 차별적으로 취급하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는 것인지의 여부는 이 사건 법률조항에 의해 이루어지고 있는 위와 같은 이원적 차별이 두 개의 사실관계 내지 비교집단 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 본질적 차이에 근거하고 있는지의 여부에 달려 있다할 것이다.

이하에서 그 점에 대해 검토한다.

(가) 청구인들과 같이 ‘재외국민¹⁷⁾으로서 국내에 거주하고 있는 경우’(국내거주 재외국민)에는 주민등록법 제6조 제3항¹⁸⁾에 따라 해외이주를 포기한 후가 아니면 주민등록을 할 수 없으므로, 결국 청구인들은 ‘해외이주를 포기’하지 않는 한 이 사건 법률조항에 의하여 주민투표권을 행사할 수 없게 된다. 즉 다른 일반 국민인 주민과 청구인들은, 전자는 주민등록을 할 수 있지

16) 여기에는 외국의 영주권을 취득한 청구인들과 같은 경우뿐만 아니라 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자로서 일정기간 국내에 거주하는 경우도 포함된다(재외동포법 제2조 제1호).

17) ‘재외국민’이라 함은 “재외동포의출입국과법적지위에관한법률”(재외동포법) 제2조 제1호에 따라 경우 ‘대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자’를 의미한다.

참고로, 동조 제2호는 ‘대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령이 정하는 경우’를 ‘외국국적동포’로 정의하고 있으며, ‘재외국민과 외국국적동포’를 합쳐서 ‘재외동포’로 규정하고 있다.

18) 주민등록법 제6조는 그 제1항에서 ‘시장 · 군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역 안에 주소 또는 거소(이하 “주소지”라 한다)를 가진 자(이하 “주민”이라 한다)를 이 법의 규정에 의하여 등록하여야 한다.

다만, 외국인에 대하여는 예외로 한다’라고 규정하면서 그 제3항에서는 ‘해외이주법 제2조의 규정에 의한 해외이주자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 해외이주를 포기한 후가 아니면 등록할 수 없다’로 규정함으로써 ‘해외이주의 포기’를 주민등록의 요건으로 하고 있다. 또한, 해외이주법 제2조 제1항은 ‘해외이주자’를 ‘생업에 종사하기 위하여 외국에 이주하는 자와 그 가족 또는 외국인과의 혼인(외국에서 영주권을 취득한 대한민국국민과 혼인하는 경우를 포함한다) 및 연고관계로 인하여 이주하는 자’로 정의하고 있다.

만, 후자는 주민등록을 할 수 없고 단지 재외국민 국내거소신고제도¹⁹⁾에 의해 국내거소신고만을 할 수 있으며 그로 인해 주민투표권을 행사할 수 없다는 점에서 차이가 있다.

그런데 청구인들은 국내에 거주지를 두고 있으므로, 소득활동이 있을 경우 납세의 의무를 부담할 뿐만 아니라 또한 납자의 경우 일정한 기간 국내에 거주할 경우 병역의무도 부담하게 되므로²⁰⁾ 납세의무나 병역의무에 있어 청구인들을 다른 “국민인 주민”(내국인 주민)과 차별하는 것을 정당화할 수 있는 어떤 사정도 존재하지 아니한다.

또한 청구인들과 같이 국내에 주소를 두고 있는 재외국민은 형식적으로 주민등록법상 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 실질적으로는 다른 ‘국민인 주민’과 동일하다. 즉 이들은 당해 자치단체의 구역 내에서 다른 ‘국민인 주민’과 더불어 동질적 환경 속에서 동등한 책임을 부담하고 또 권리를 향유한다. 즉 지방자치단체의 구역 안에 주소를 가진 자는 그 지방자치단체의 주민이 되고(지방자치법 제12조), 또한 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 소속지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 향유한다(같은 법 제13조 제1항). 한편, 주민투표의 대상이 되는 사항은 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 당해 지방자치단체의 주요결정사항(법 제7조 제1항)이며, 그에 따라 실시되는 주민투표의 결과는 주민등록이 가능한 국민인 주민은 물론 이 사건 청구인들과 같이 주민등록을 할 수 없는 국내거주 재외국민에게도 과도한 부담을 지우는 것이거나 중대한 영향을 미치는 것이 원칙이다. 예컨대 서울시주민투표조례 제4조²¹⁾에 따라 다수 주민의 이용에 제공하기 위한 주요공공시설의 설치 및 관

19) 재외동포법 제6조(국내거소신고) ①재외국민과 재외동포체류자격으로 입국한 외국 국적동포는 이 법을 적용받기 위하여 필요한 경우에는 대한민국안에 거소를 정하여 그 거소를 관할하는 출입국관리사무소장(이하 "사무소장"이라 한다) 또는 출입국관리사무소출장소장(이하 "출장소장"이라 한다)에게 국내거소신고를 할 수 있다. ②제1항의 규정에 의하여 신고한 국내거소를 이전한 때에는 14일 이내에 그 사실을 사무소장 또는 출장소장에게 신고하여야 한다.

제9조(주민등록증과의 관계) 법령에 규정된 각종 절차와 거래관계 등에 있어서 주민등록증, 주민등록등·초본, 외국인등록증 또는 외국인등록사실증명을 요하는 경우에는 국내거소신고증 또는 국내거소신고사실증명으로 이에 갈음할 수 있다.”

20) 병역법 제70조, 동법시행령 제147조의2 등 참조.

21) 예컨대 서울시주민투표조례 제4조는 주민투표의 대상으로서 ①다수 주민의 이용에 제공하기 위한 주요공공시설의 설치 및 관리에 관한 사항, ②(일정한 경우를

리에 관한 주민투표의 경우 등이 그러하다. 그렇다면 청구인들과 같은 재외국민에 대하여만 다른 주민등록이 되어 있는 국민인 주민의 경우와는 달리 주민투표권을 부정해야 할 특별한 사정이 있는 것으로 보이지 아니한다. 이러한 상황은 국가정책에 관한 주민투표의 경우(법 제8조 제1항)에도 마찬가지라고 생각된다. 지방자치단체의 폐치·분합 또는 구역변경은 단순히 행정단위나 행정구역의 개편 차원을 넘어 폐치·분합 또는 구역변경의 대상으로 되는 지방자치단체의 주민들의 이익에 직접적으로 관련되게 된다는 점은 쉽게 수긍할 수 있고, 나아가 그 주민투표의 결과는 국내거주 재외국민에게도 미치는 것이 일반적이라고 할 것인데, 청구인들과 같은 국내거주 재외국민에 대해 이 경우의 주민투표권을 굳이 부정해야 할 특별한 사정을 발견하기 어렵다. 이것은 주요시설의 설치와 관련하여 주민투표가 실시되는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 차별취급은 현행법상 주민등록이 허용되는가라는 형식적 기준에 의존하고 있을 뿐만 아니라 비교집단 간에 차별취급을 정당화할 수 있는 그 어떤 실질적이고 본질적인 차별사유도 발견하기 어렵다는 점에서 평등원칙에 위반되는 것이다.

(나) 다른 한편 이 사건 법률조항에 의한 국내거주 재외국민의 주민투표권 박탈은 법 제5조 제2항에 의해 주민투표권이 인정되는 외국인과의 관계에서 볼 때에도 평등원칙에 위배되는 것으로 보인다.

즉 법 제5조 제2항은 출입국관리 관계법령의 규정에 의하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 ‘외국인’에게도 주민투표권을 부여하고 있고, 그에 따라 현재 지방자치단체의 조례는 광역자치단체이건 기초자치단체이건 불문하고 20세 이상의 자로서 투표인명부 작성기준일 현재 당해 지방자치단체에 주소를 두고 있고, 영주의 체류자격을 갖춘 외국인에 대해서는 주민투표권을 부여하고 있는 것이 일반적인 현상이다.

그런데 가령 다수 주민의 이용에 제공되는 주요공공시설의 설치나 관리 또는 주민의 복리·안전 등에 중대한 영향을 미치는 주요결정사항(위 서술

제외하고) 다른 법률에 주민의 의견을 듣도록 한 사항,^③ 기타 주민의 복리·안전 등에 중대한 영향을 미치는 주요결정사항을 규정하고 있다.

시주민투표조례 제4조 참조)에 대한 주민투표의 결과(효과)가 국내거주 재외국민과 외국인간에 본질적으로 달리 나타난다고 볼 수 없고, 따라서 주민투표의 대상이 되는 사항과의 관련성 내지 이해관계의 밀접성이라는 측면에서 양자간에 본질적 차이를 인정하기 어려운 바, 그렇다면 이 사건 법률조항에 의한 차별취급 역시 합리적으로 정당화된다고 보기 어렵다.

나아가 법적으로는 외국인에 해당하지만 재외동포법에 따라 일정한 경우 혜택을 부여받게 되는 외국국적동포와 비교할 경우에 불합리한 차별적 상황이 초래될 수 있다. 재외동포법에 따르면, 재외동포체류자격으로 입국한 외국국적동포의 경우에도 외국국적동포 국내거소신고할 수 있고(제6조 제1항),²²⁾ 또한 외국국적동포의 경우에는 재외동포법 제10조 제2항²³⁾에 따라 체류기간연장허가를 받거나 같은 법 시행령 제7조 제2항²⁴⁾에 의하여 체류자격변경허가를 받아 계속 거주할 수 있다. 한편 법 제5조 제2항의 문언에 의하면, 외국인으로서 출입국관리 관계법령에 의하여 ‘대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격’을 갖춘 자로서 지방자치단체의 조례가 정하는 자에게 주민투표권을 인정하되, 그와 같이 ‘대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격’에 ‘체류

-
- 22) 재외동포법 제6조(국내거소신고) ①재외국민과 재외동포체류자격으로 입국한 외국국적동포는 이 법을 적용받기 위하여 필요한 경우에는 대한민국안에 거소를 정하여 그 거소를 관할하는 출입국관리사무소장(이하 "사무소장"이라 한다) 또는 출입국관리사무소출장소장(이하 "출장소장"이라 한다)에게 국내거소신고를 할 수 있다. 제7조(국내거소신고증 발급 등) ①사무소장 또는 출장소장은 제6조의 규정에 의하여 국내거소신고를 한 재외국민과 외국국적동포에 대하여 국내거소신고번호를 부여하고, 재외국민에게는 재외국민 국내거소신고증을, 외국국적동포에게는 외국국적동포 국내거소신고증을 각각 발급한다.
- 23) 재외동포법 제10조(출입국과 체류) ①재외동포체류자격에 의한 체류기간의 상한은 2년으로 한다.
②법무부장관은 제1항의 규정에 의한 체류기간을 초과하여 국내에 계속 체류하고자 하는 외국국적동포에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 체류기간연장허가를 할 수 있다. 다만, 제5조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때는 그러하지 아니하다. <개정 2005.12.29>
- 24) 재외동포법 시행령 제7조(국내거소 신고) ①법 제6조1항의 규정에 의하여 재외동포가 국내거소신고를 하고자 하는 때에는 그 거소를 관할하는 출입국관리사무소장(이하 "사무소장"이라 한다) 또는 출입국관리사무소출장소장(이하 "출장소장"이라 한다)에게 국내거소신고서를 제출하여야 한다. 다만, 국내거소신고를 하지 아니한 경우에는 입국한 날부터 90일 이내에 출입국관리법 제31조의 규정에 의한 외국인등록을 하여야 한다.
②재외동포체류자격외의 자격으로 대한민국에 체류하는 외국국적동포가 법무부장관으로부터 재외동포체류자격으로 변경허가를 받은 때에는 제1항의 규정에 의한 국내거소신고를 할 수 있다.

자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통해 계속 거주할 수 있는 경우'도 포함시키고 있다. 결국 “지방자치단체의 조례가 정하기에 따라서는” 외국국적동포의 경우에도 주민투표권이 인정될 수 있다(물론 현재에는 지방자치단체의 주민투표조례들이 “영주의 체류자격을 갖춘 외국인”에 한해서 주민투표권을 부여하는 것이 일반적 경향이기는 하다.). 이 사건 법률조항이 그와 같이 대한민국의 국민으로서 재외국민 국내거소신고를 한 재외국민에게는 주민투표권을 박탈하면서도 외국국적동포 국내거소신고를 한 외국국적동포에게는 주민투표권을 행사할 여지를 허용하고 있는 것은 재외국민과 외국국적동포 사이에 합리적으로 정당화될 수 없는 차별을 초래하게 된다는 점도 지적하여야 할 것이다.

한편, 행정자치부장관은 그 의견서에서 “출입국 관계법령에 의하여 매 2년 단위로 체류기간(거소신고)을 연장하는 재외국민에 대하여는 주민투표권을 배제하면서 계속하여 (5년 이상) 거주하고 있는 외국인에 대하여 주민투표권을 부여하는 것은 합리적 근거 있는 차별이라 할 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등권에 위반된다고 볼 수 없다.”고 주장하고 있다.

그러나 이상과 같은 주장은 다음과 같이 법령에 대한 오해에 입각하고 있다.

첫째, 출입국 관계법령에 의하여 매 2년 단위로 체류기간(거소신고)을 연장하게 되는 것은 재외동포법 제3조, 제5조 제1항, 제10조의 규정들²⁵⁾에 비

25) 재외동포법

제3조 (적용범위) 이 법은 재외국민과 출입국관리법 제10조의 규정에 의한 체류자격중 재외동포체류자격(이하 “재외동포체류자격”이라 한다)을 가진 외국국적동포의 대한민국에의 출입국과 대한민국안에서의 법적 지위에 관하여 적용한다.

제5조 (재외동포체류자격의 부여) ①법무부장관은 대한민국안에서 활동하고자 하는 외국국적동포에게 신청에 의하여 재외동포체류자격을 부여할 수 있다.

제10조 (출입국과 체류) ①재외동포체류자격에 의한 체류기간의 상한은 2년으로 한다.

②법무부장관은 제1항의 규정에 의한 체류기간을 초과하여 국내에 계속 체류하고자 하는 외국국적동포에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 체류기간연장허가를 할 수 있다. 다만, 제5조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때는 그러하지 아니하다. <개정 2005.12.29>

③국내거소신고를 한 외국국적동포가 체류기간내에 출국하였다가 재입국하는 경우에는 출입국관리법 제30조의 규정에 의한 재입국허가를 요하지 아니한다.

④대한민국안의 거소를 신고하거나 그 이전신고를 한 외국국적동포에 대하여는 출입국관리법 제31조의 규정에 의한 외국인등록과 동법 제36조의 규정에 의한 체류지변경신고를 한 것으로 본다.

추어 볼 때 재외국민이 아니라 외국국적동포를 대상으로 하는 것임이 명백하다. 즉, 재외동포법 제3조에 따르면 동법은 재외국민, 외국국적동포에 적용되며, 그 중에서 2년 상한의 재외동포체류자격을 부여받고 또 체류기간연장허가를 받고 체류할 수 있는 자는 동법 제5조 제1항 및 제10조에 따를 경우 외국국적동포에 한정되는 것임이 분명하다.²⁶⁾ 요컨대, 재외국민으로서 국내 거소신고를 한 경우에는 재외동포법상의 체류기간상한규정의 적용을 받지 않으며, 따라서 체류기간연장허가를 받을 필요도 없다.

둘째, 행정자치부장관은 ‘계속하여 5년 이상 거주하고 있는 외국인에 대해 주민투표권이 부여되는 것’이라고 주장하고 있으나, 법 제5조 제2항이 주민투표권을 부여하고 있는 외국인은 반드시 5년 이상의 거주 등을 사유로 대한민국 영주권(F-5)을 취득함으로써 체류기간연장허가 신청의무가 면제되는 영주권자²⁷⁾에 한정되지 않는다. 즉 법 제5조 제2항의 해석에 의하면, 단기의 체류자격을 부여받고 있다 할지라도 “출입국관리 관계법령에 의하여 대한민국에 계속거주할 수 있는 자격을 갖춘 외국인”이나 “체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 대한민국에 계속 거주할 수 있는 외국인”인의 경우에도²⁸⁾ 지방자치단체의 조례가 정하기만 하면 주민투표권을 행사할 가능성이 열어놓고 있음은 법 제5조 제2항의 문언에 비추어 명백하다.

이상에서 살펴 본 바와 같이, 행정자치부장관의 주장은 법령에 대한 오해에 입각하고 있는 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3. 결정의 의의

이 결정은 국민임에도 불구하고 현행법상 주민등록을 할 수 없어 주민투표권을 행사할 수 없는 국내거주 재외국민에 대한 차별이 평등원칙에 위반

⑤ 재외동포체류자격을 부여받은 외국국적동포의 취업 기타 경제활동은 사회질서 또는 경제안정을 해하지 아니하는 범위안에서 자유롭게 허용된다.

26) 이 점은 “출입국관리국 외국적동포과”의 담당공무원으로부터 확인한 바이며, 또한 출입국관리국 홈페이지 “업무안내 - 재외동포 - 재외동포 체류기간연장” 항목을 통해서도 알 수 있다.

27) 영주자격(F-5)을 소지한 외국인은 체류기간연장허가 없이 계속하여 국내에 체류할 수 있다.

28) 출입국관리국 홈페이지(<http://www.immigration.go.kr/>): “업무안내 - 외국인의 체류 - 체류자격부여, 체류자격연장 허가, 체류자격변경 허가” 부분 참조.

됨을 확인함으로써 이들에게 주민투표권 행사의 길을 열어놓았다는 점에서, 재외국민 참정권 사건(2004헌마644등)과 더불어 재외국민의 참정권 신장에 기여하고 있다.

공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항 등 위헌확인

- 재외국민 참정권 사건 -

(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합) 판례집 19-1, 859)

최 희 수*

【판시사항】

1. 구법 조항들을 대상으로 한 심판청구였음에도 불구하고 선거의 속성 등을 고려하여 장래의 기본권침해를 다투는 것으로 본 사례
2. 선거권의 의의와 선거권 제한의 한계
3. 공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제37조 제1항의 주민등록을 요건으로 재외국민의 국정선거권을 제한하는 것이 재외국민의 선거권, 평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하는지 여부
4. 법 제38조 제1항의 국내거주자에게만 부재자신고를 허용하는 것이 국외거주자의 선거권·평등권을 침해하고 보통선거원칙을 위반하는지 여부
5. 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항의 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회의원선거권을 침해하는지 여부
6. 법 제16조 제3항의 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권을 제한하는 것이 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해하는지 여부
7. 주민등록을 요건으로 재외국민의 국민투표권을 제한하는 국민투표법

* 헌법연구관보

제14조 제1항이 청구인들의 국민투표권을 침해하는지 여부

- 8. 헌법불합치결정을 하되 계속 적용을 명한 사례
- 9. 명시적으로 종전 결정을 변경한 사례

【심판대상】

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다)¹⁾
 제15조 제2항 제1호 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자”에 관한 부분, 법 제16조 제3항 중 “당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민”에 관한 부분, 법 제37조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자”에 관한 부분, 법 제38조 제1항 중 “선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자”에 관한 부분 및 국민투표법(1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것) 제14조 제1항 중 “그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 국민투표법 조항’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부.

공직선거법

제15조(선거권) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.

1. 19세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자

제16조(피선거권) ③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는

1) 청구인들은 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것, 이하에서 이를 ‘구법’이라 한다) 조항들에 대하여 이 사건 헌법소원을 제기하였으나, 위 법률은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 법령이 “공직선거법”으로 바뀌었고 그 내용에도 변화가 있었다. 그런데 개정 전의 제15조 제2항의 경우 개정 후에는 제15조 제2항 제1호로 조문의 위치가 조정된 것에 불과하고, 제37조 제1항의 경우에도 조문 내용에 일부 추가가 있었지만 청구인들과 관련된 부분에서는 아무런 변화가 없으며, 제38조 제1항의 경우에도 부제자투표를 할 수 있는 국내거주자의 범위 제한을 폐지하는 방향으로 개정이 이루어졌지만 국외거주자에 대하여는 부제자투표를 인정하지 않고 있다는 점에서는 개정 전후에 아무런 변화가 없다. 그렇다면 이 사건에서는 심판의 대상을 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법 해당 조항으로 함이 상당하다.

주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

제37조(명부작성) ① 선거를 실시하는 때에는 그 때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·읍장·면장(이하 “구·시·읍·면의 장”이라 한다)은 대통령선거에 있어서는 선거일 전 28일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회 의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일 전 19일(이하 “선거인명부작성기준일”이라 한다) 현재로 그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자[지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거의 경우 제15조(선거권) 제2항 제2호의 규정에 따른 외국인을 포함한다]를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일부터 5일 이내(이하 “선거인명부작성기간”이라 한다)에 선거인명부를 작성하여야 한다.

제38조(부재자신고) ① 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자[제15조(선거권) 제2항 제2호의 규정에 따른 외국인을 제외한다]로서 선거일에 자신이 투표소에 가서 투표할 수 없는 때에는 선거인명부작성기간 중에 구·시·읍·면의 장에게 서면으로 부재자신고를 할 수 있다. 이 경우 우편에 의한 부재자신고는 등기우편으로 처리하되, 그 우편요금은 국가 또는 당해 지방자치단체가 부담한다.

국민투표법

제14조(투표인명부의 작성) ① 국민투표를 실시할 때에는 그 때마다 구청장(자치구의 구청장을 포함하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장을 말하며, 도농복합형태의 시에 있어서는 동 지역에 한한다)·읍장·면장(이하 “구·시·읍·면의 장”이라 한다)은 국민투표일공고일 현재로 그 관할 구역 안에 주민등록이 된 투표권자를 투표구별로 조사하여 국민투표일공고일로부터 5일 이내에 투표인명부를 작성하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 2004헌마644

청구인들은 모두 대한민국 국적을 보유한 일본 영주권자들로서 현재 일본에 거주하고 있거나 국내에 거주하고 있는 만 19세 이상의 국민들로서, 구법 제15조 제2항, 제16조 제3항 및 제37조 제1항이 국민의 참정권 행사를 위한 요건으로 주민등록을 요구함으로써 주민등록을 할 수 없는 청구인들로 하여금 대통령·국회의원 선거권, 지방선거 선거권 및 피선거권을 행사할 수 없도록 한 것은 기본권을 침해한다고 주장하면서 2004. 8. 14. 헌법소원심판을 청구하였고, 2005. 10. 11. 청구취지의 추가적 변경을 통해 국민투표법 제14조 제1항이 국가의 중요정책 및 헌법 개정안에 대한 국민투표권 행사의 요건으로 주민등록을 요구함으로써 주민등록을 할 수 없는 청구인들로 하여금 국민투표권을 행사할 수 없도록 한 것은 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판청구를 추가하였다.

(2) 2005헌마360

청구인들은 대한민국 국적을 보유한 만19세 이상의 미국 또는 캐나다 영주권자들로서, 구법 제37조 제1항이 국내에 주민등록이 되어 있는 자만이 선거인명부에 등재되어 선거권을 행사할 수 있도록 함으로써 국내에 주민등록이 되어 있지 아니하거나 말소된 국외거주자에 대하여는 선거권을 행사할 수 없도록 하고, 동법 제38조 제1항이 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내 거주자에 대하여만 부재자신고를 할 수 있도록 함으로써 주민등록이 되어 있지 아니한 국외거주자가 부재자로서 투표권을 행사할 수 없도록 한 것은 기본권을 침해한다고 주장하면서 2005. 4. 6. 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구이유 및 관계기관의 의견요지

가. 청구이유

법 제37조 제1항은 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자에 한해 선거인명부에 오를 수 있게 하고, 선거인명부에 오른 자에 한해 선거권

행사를 할 수 있도록 하여, 국외에 거주하고 있거나 또는 국내에 거주하고 있더라도 주민등록법 제6조 제3항에 따라 주민등록을 할 수 없는 재외국민은 선거인명부에 오를 수가 없어서 선거권 행사를 하지 못하도록 함으로써 부당하게 그들의 대통령 및 국회의원 선거권을 박탈하고 있다.

법 제38조 제1항은 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 한해 부재자신고를 허용함으로써 주민등록 여부를 기준으로 해 국내거주자와 해외거주자를 합리적 이유 없이 차별하고 있다.

지방자치법 제12조, 제13조 제2항은 지방의회 의원이나 지방자치단체의 장의 선거 참여권을 주민등록 여부에 관계없이 “국민인 주민”에게 부여하고 있음에도 불구하고, 법 제15조 제2항 제1호, 법 제16조 제3항, 법 제37조 제1항은 지방선거 참여권을 주민등록이 되어 있는 자로 한정함으로써 ‘국민인 주민’ 중에서 재외국민등록을 한 주민인 ‘주민등록이 되어 있지 않은 국민’으로부터 부당하게 지방선거 참여권을 박탈하고 있다.

선거인의 의사능력 등 선거권 및 선거제도의 본질상 요청되는 내재적 사유에 의한 내재적 제한을 제외하고, 보통선거원칙에 위배되는 선거권제한입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항에 따라야 하고, 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다. 법 제37조 제1항과 제38조 제1항은 선거권을 행사할 수 있는 요건으로서 주민등록에 의한 거주요건을 설정하는 것인바, 이와 같은 거주요건은 선거권 배제의 당위성과 같은 본질적인 이유보다는 선거인명부 작성상의 필요 및 선거실시의 편의성 등 주로 기술적 요인에 기인하는 것이므로, 이러한 기술적 요건을 통해 국민의 선거권을 완전히 박탈하는 것은 입법목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성의 어떤 측면에서도 정당화될 수 없을 뿐만 아니라 선거권의 본질을 침해하는 것이다.

헌법 제72조와 제130조 제2항의 위임에 따라 제정된 국민투표법 제7조에 의하면 모든 국민은 국내거주 여부나 주민등록 여부에 관계없이 국민투표권을 가지는 것임에도 불구하고 국민투표법 제14조 제1항은 투표권자를 주민등록이 되어 있는 자로 한정함으로써 청구인들의 국민투표권을 침해하고 있다.

외국영주권자의 경우 거주지역의 공관에 재외국민등록법에 따른 재외국민

등록을 할 수 있고, 국내에 거주하는 경우에도 ‘재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률’에 따라 국내거소신고를 할 수 있는바, 이와 같이 재외국민 등록 또는 국내거소신고를 기준으로 선거권 및 국민투표권 행사절차를 규정하는 등 합리적인 방법이 있음에도 불구하고 그 행사절차에 관하여 아무런 규정도 두지 않은 입법적 불비는 보통선거의 원칙에 위반하여 청구인들의 선거권을 침해하고, 헌법이 부여하고 있는 국민투표권을 침해한 것이다.

나. 외교통상부장관, 중앙선거관리위원장의 의견요지 - 생략

【결정요지】

1. 이 사건 심판청구는 2005. 8. 4. 개정되기 전의 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 조항들에 대해 제기되었으나, 주기적으로 반복되는 선거의 경우 매번 새로운 후보자들이 입후보하고 매번 새로운 범위의 선거권자들에 의해 투표가 행해질 뿐만 아니라 선거의 효과도 차기 선거에 의한 효과가 발생할 때까지로 한정되므로, 매선거는 새로운 선거에 해당한다는 점, 청구인들의 진정한 취지는 장래 실시될 선거에서 발생할 수 있는 기본권침해를 문제 삼고 있는 것으로 볼 수 있다는 점을 고려하면 이 사건 심판청구는 향후 실시될 각종 선거에서 청구인들이 선거에 참여하지 못함으로써 입게 되는 기본권침해, 즉 장래 그 도래가 확실히 예측되는 기본권침해를 미리 앞당겨 다루는 것으로 볼 수 있다.

2. 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 한다. 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙

에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.

3. 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다. 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 가능성, 선거의 공정성, 선거기술적 이유 등은 재외국민등록제도나 재외국민 거소신고제도, 해외에서의 선거운동방법에 대한 제한이나 투표자 신분확인제도, 정보기술의 활용 등을 통해 극복할 수 있으며, 나아가 납세나 국방의무와 선거권 간의 필연적 관련관계도 인정되지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

4. 직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 헌법이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하며, 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다는 점에 비추어 볼 때, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적은 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

5. 국내거주 재외국민은 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 ‘국민인 주민’이라

는 점에서는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하므로 지방선거 선거권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않으며, 또한 헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 선거권이 법률상의 권리에 불과한 ‘영주의 체류자격 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 외국인’의 지방선거 선거권에 못 미치는 부당한 결과가 초래되고 있다는 점에서, 국내거주 재외국민에 대해 그 체류기간을 불문하고 지방선거 선거권을 전면적·획일적으로 박탈하는 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다.

6. ‘외국의 영주권을 취득한 재외국민’과 같이 주민등록을 하는 것이 법령의 규정상 아예 불가능한 자들이라도 지방자치단체의 주민으로서 오랜 기간 생활해 오면서 그 지방자치단체의 사무와 얼마든지 밀접한 이해관계를 형성할 수 있고, 주민등록이 아니더라도 그와 같은 거주 사실을 공적으로 확인할 수 있는 방법은 존재한다는 점, 나아가 법 제16조 제2항이 국회의원 선거에 있어서는 주민등록 여부와 관계없이 25세 이상의 국민이라면 누구든지 피선거권을 가지는 것으로 규정함으로써 국내거주 여부를 불문하고 재외국민도 국회의원 선거의 피선거권을 가진다는 사실에 비추어, 주민등록만을 기준으로 함으로써 주민등록이 불가능한 재외국민인 주민의 지방선거 피선거권을 부인하는 법 제16조 제3항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해한다.

7. 국민투표는 국가의 중요정책이나 헌법 개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 국민투표법 제14조 제1항은 앞서 본 국경선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다.

8. 재외국민에 대해 원칙적으로의 참정권을 인정하는 것이 헌법적 요청이라 하더라도, 선거기술적 측면과 선거의 공정성 확보 측면에서 충분히 검토하고 준비할 시간이 필요하고, 또한 법 제37조 제1항 등 이 사건 법률조항들이 즉시 효력을 상실하면 향후 선거를 실시할 수 없는 법적 혼란상태를 초래할 것이므로, 잠정적용 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자는 늦어도 2008.

12. 31.까지 개선입법을 하여야 한다.

9. 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제16조 제3항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200 결정, 위 법 제37조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 1. 28. 97헌마253·270(병합) 결정, 위 법 제38조 제1항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 헌재 1999. 3. 25. 97헌마99 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 각 변경한다.

재판관 이공현의 별개의견

국민주권과 민주주의의 원리에 따른 헌법적 요청에 따라 선거권은 최대한 실현되어야 할 것이지만, 선거참여에 있어서의 평등의 요구가 선거권에 대한 모든 제한을 금지하는 것은 아니다. 보통선거원칙에 대한 예외는 이를 정당화할 수 있는 이유가 있는 경우 헌법적으로 허용될 가능성이 있다. 이미 상당기간 대한민국과는 문화적·사회적·경제적으로 상이한 환경의 외국에 생활의 기반을 잡고 그곳에 영주할 의사와 권리를 가지고 있는 자의 경우에는 그렇지 아니한 재외국민이나 국외거주자들과는 대한민국의 선거나 정치에의 참여에 대하여 가지는 태도의 진지성, 밀접성이 현저히 다른 경우가 많을 수밖에 없어, 추상적이고 이념적인 통일체로서의 국민을 넘어 현실적이고 구체적인 국가구성원으로서의 대의기관을 구성할 권리가 필연적으로 인정된다고 보기 어려운 점이 있으므로, 국외영주권자들에 대한 선거권 제한은 언제나 보통선거의 원칙에 반하여 헌법적으로 허용될 수 없는 것은 아니며, 이는 국민투표권의 경우에도 마찬가지이다.

재판관 조대현의 별개의견

법 제37조 제1항 등 이 사건 법률조항들의 위헌성은 선거권의 행사절차에 관하여 규정하면서 주민등록자만 규정하고 국내거소신고나 재외공관에 재외국민등록을 한 재외국민을 포함시켜 규정하지 아니한 점에 있다. 이 사건 법률조항들이 주민등록자를 규정하고 있는 부분은 정당하고 헌법에 합치되며, 일정한 재외국민을 포함시키지 아니한 부진정 입법부작위가 헌법에 위반될 뿐이다.

이처럼 이 사건 법률조항들이 일정한 내용을 포함하여 규정하지 않았기

때문에 헌법에 위반되는 경우에는 그러한 부진정 입법부작위가 헌법에 위반되거나 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하여야 하고, 이 사건 법률조항들 전체에 대하여 위헌이나 헌법불합치를 선언해서는 안 된다. 이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 합헌적인 내용까지 헌법에 합치되지 아니한다고 선언할 수도 없고 그 적용을 중지시킬 수도 없기 때문이다.

【해설】

1. 적법요건(청구기간)

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다.

이 사건 청구인들의 경우 구법을 대상으로 헌법소원을 제기하였고, 따라서 구법에 의해 실시된 선거일(예컨대 제16대 대통령선거일인 2002. 12. 19., 제17대 국회의원 선거일인 2004. 4. 15. 등)을 기준으로 할 경우 청구기간을 도과한 것으로 볼 것 여지도 없지 않았다.

그러나 이 사건 법 조항들이 대상으로 하는 선거와 같이 주기적으로 반복되는 선거의 경우 선거 때마다 매번 새로운 후보자들의 입후보하에 매번 새로운 선거권자들에 의해 투표가 이루어지게 될 뿐만 아니라, 해당 선거를 통해 확정되는 선거의 효과는 차기선거에 의한 선거의 효과가 발생할 때까지로 한정되는 것이므로 매선거가 새로운 선거에 해당하는 것으로 볼 수도 있다. 이와 같은 선거의 속성을 고려하면, 선거의 경우 청구기간을 탄력적으로 운용해야 할 필요성이 인정되는데, 그것은 특히 다음과 같은 이유 때문이다.

먼저 주관적으로 볼 때, 청구인들은 과거에 자신들이 선거에 참여하지 못했던 것을 문제삼는 것이라기보다는(과거의 선거권 불행사에 내재된 위헌성이 확인된다고 해서 과거의 선거를 없던 것으로 할 수도 없다) 실제로는 선거권제한 법률의 위헌성을 개선함으로써 향후에 선거에 참여할 수 있기를 바란다는 점이다. 즉 청구인들은 주관적으로는 과거를 겨냥하고 있는 것이

아니라 장래를 지향한다는 점이다.

또한 객관적으로 볼 때, 청구인들의 문제제기를 청구기간도과를 이유로 하여 각하한다 할지라도 청구기간제도가 가진 ‘법적 안정성’이라는 법목적 내지 실익이 달성될 수 있을 것인지도 의문이다. 즉, 이 사건 법 조항들과 같이 선거권행사에 거주요건을 둬으로써 선거권행사를 제한하는 법률의 경우, 그것이 아무리 오랜 기간 동안 존속하여 왔다고 할지라도 언제든지 다른 일정한 제3자에 의해 다투어질 수 있다. 다시 말해 아직 선거연령에 도달하지 않은 만 19세 미만의 국민은 장래 확실히 도래할 기본권침해를 이유로, 또한 선거연령인 만 19세에 막 도달한 국민도 청구기간의 범위 내에서 위 조항들을 다룰 수 있는 것이다. 따라서 이 사건 법 조항들은 장래의 후속세대에 의해 언제든지 다시 문제제기 될 수 있는 성질의 것이라 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법 조항들의 경우, 청구기간 도과를 이유로 각하할 것이 아니라 청구기간을 완화하여 본안판단을 행함으로써 이 사건 법률이 위헌이라면 필연적으로 초래될 장래의 불특정다수 국민의 기본권침해를 지금 확인하여 그러한 사태를 방지해야 할 헌법적 필요성이 존재하는 경우라 할 것이다.²⁾

2. 본안판단

가. 대통령 및 국회의원 선거권 부분

(1) 선거권의 법적 성격과 그 제한

헌법 제1조는 “대한민국은 민주공화국이다”, “대한민국의 주권은 국민에게

2) 국민투표법 제14조 제1항에 대한 심판청구의 경우 청구의 적법성을 인정하는 데 무리가 없다. 위 조항은 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정된 것인데, 개정 이후에 위 조항이 적용되어야 할 헌법 제72조의 중요정책에 대한 국민투표나 헌법 제130조에 따른 헌법 개정안에 대한 국민투표가 아직 한 번도 행해진 바 없다. 따라서 청구인들이 이 부분 심판청구는 장래 언젠가 실시될 것이 확실한 국민투표에서 투표권을 행사하지 못함으로써 국민투표권을 침해될 것이 위헌임을 미리 앞당겨 다투고 있는 것으로 이해하여야 할 것이다. 이 경우 기본권침해의 현재성을 인정할 수 있을 것인가가 문제되지만, 국민투표는 그 속성상 불측의 시점에 실시되는 것이므로 그 때에 즈음하여 헌법소원을 청구할 수 있도록 한다면 청구인들의 기본권구제의 실효성을 기대할 수 없다. 그렇다면, 기본권침해의 현재성을 인정하여야 할 것이고, 따라서 국민투표법 제14조 제1항에 대한 청구인들의 심판청구는 적법한 것이다.

있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 하여 국민적 합의를 통해 국가 권력이 조직되어야 한다는 국민주권의 원칙을 선언하고 있다. 한편 이와 같은 국민주권원칙의 실현수단으로서 헌법 제24조는 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 보장하고 있으며, 또한 제41조 제1항 및 제67조 제1항을 통해 대통령선거와 국회의원선거에 있어서의 보통·평등·직접·비밀선거를 보장하고 있다. 이와 같이 헌법이 기본권으로서의 참정권을 보장하고 있음은, 국민주권 하에서는 국민의 참정권 행사를 통해 국가와 국가권력의 구성과 창설이 가능해지기 때문이다. 특히 국가와 국가권력은 참정권의 행사를 통해 비로소 정당화되며, 나아가 참정권은 국민주권의 현실적 행사수단이자 국민의 의사를 국정에 반영할 수 있는 중요한 수단일 뿐만 아니라 동시에 국가권력을 통제하는 수단이기도 하다. 그러므로 참정권은 국민주권의 원칙을 실현하기 위한 가장 기본적이고 필수적인 권리로서 다른 기본권에 대하여 우월한 지위를 갖는다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199).

하지만 그렇다고 선거권이 초국가적, 천부적 권리에 해당하는 것은 아니다. 칼 슈미트(C. Schmitt)에 따르면, 참정권이란 국가생활에 참여하는 정치적 성격의 민주적 시민의 권리로서 전국가적인 무제한적인 자유권과는 달리 일종의 제한적이고 상대적인 권리이며, 외국인에게는 인정될 수 없다고 한다.³⁾ 오늘날 대부분의 국내학자들도 참정권을 법이 정하는 바에 따라 인정되는 국가내적인 권리, 즉 실정권(實定權)으로 이해하고 있다.⁴⁾

따라서 선거권은 헌법과 법률에 의하여 그 의미와 내용이 결정되는 것이라고 할 것이므로 다른 정치적 기본권과 마찬가지로 법률의 제정에 의하여 구체적으로 실현되거나 행사될 수 있다. 헌법 제24조는 모든 국민은 “법률이 정하는 바에 의하여” 선거권을 가진다고 규정함으로써 법률유보의 형식을 취하고 있지만, 이것은 국민의 선거권이 ‘법률이 정하는 바에 따라서만 인정될 수 있다’는 의미에서 포괄적인 입법형성권의 유보 하에 있음을 뜻하는 것이 아니라 ‘국민의 기본권이 법률에 의하여 비로소 행사될지나 내용이 구체화된다는 의미에서의 기본권구체화적 법률유보’, 즉 선거권의 의미와 내용의

3) C. Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl. Neudruck 1957, S.169

4) 예컨대 김철수, 헌법학개론, 2004, 940쪽; 계희열, 헌법학(중), 2004, 593쪽

실현이 법률을 통해 구체화된다는 것을 뜻 한다⁵⁾. 이러한 법률유보는 선거권을 실현하고 보장하기 위한 것이지 제한하기 위한 것이 아니므로, 선거권의 내용과 절차를 법률로 규정하는 경우에도 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조, 평등의 원칙에 관한 헌법 제11조, 국회의원선거와 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀선거를 보장하는 헌법 제41조 및 제67조의 취지에 부합하도록 하여야 한다. 그리고 선거권을 제한하는 입법을 함에 있어서도 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한해서만 선거권을 제한할 수 있고, 그 제한을 함에 있어서도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것이다.

(2) 선거권(제한)에 관한 외국의 입법례, 판례

(가) 미국⁶⁾

미국은 1986년 의회에서 제정된“국외 거주 군인 및 시민 부재자투표법”(UOCAVA)⁷⁾에 따라 ‘해외에 거주하는 18세 이상의 군인·선원 및 그 가족과 미국시민’에게 연방대통령 및 부통령선거, 연방 상·하원선거를 포함한 연방선거(Election for federal office)에서의 부재자투표권을 인정하고 있는데, ‘국외에 거주하는 미국시민’의 부재자투표권은 ‘향후 미국으로 돌아와 거주할 의사(intent)나 국외 거주기간’에 영향을 받지 않고 인정된다.⁸⁾

미국 연방대법원은 선거권을 기본적 권리로 인정하면서⁹⁾ 선거권 자체가 제한되는 경우에 있어서는 평등의 원칙에 의하여 엄격한 심사를 하여야 하고 특히 인종이나 재산에 의한 제한인 경우에는 매우 엄격한 심사를 하여야 한다고 한다.

또한 연방대법원은 부재자 투표에 관한 판결에서 시민(선거권자)이 선거

5) 권영성, 헌법학원론, 2004, 346쪽; 계희열 교수와 허영 교수는 이를 ‘기본권형성적 법률유보’ 또는 ‘선거권형성적 법률유보’라고 부른다. 계희열, 헌법학(중), 2004, 146쪽 및 허영, 한국헌법론, 2005, 530쪽.

6) 이하의 설명은 박혜빈 연구원의 조사결과를 인용한 것이다.

7) ‘Uniformed and Overseas Citizens Absentee Voting Act’

8) 다만, 연방선거 이외의 주 및 지방선거(state and local elections)의 경우 대부분의 주는 국외에 거주하는 미군과 선원 및 그 가족에 대해서는 주법으로 부재자 투표를 인정하고 있으나 군인·선원 이외의 ‘국외 거주 미국시민’에 대해서는 인정하지 않는 주도 있다.

9) 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등(박사학위논문), 128쪽 참조.

를 할 수 있는 방법이 완전히 봉쇄된 경우에는 선거권의 침해가 문제된다고 하면서, 선거권자를 자의적으로 분류하여 일정한 자들에 대하여 선거권을 행사할 수 없도록 하는 법률은 합리적인 이유 없이 미결수들을 차별하는 것으로서 평등권을 침해하는 것이라고 판단하고 있다¹⁰⁾.

그리고 선거권의 요건으로서 선거지역에서 일정기간 거주할 것을 요구하는 것은 이를 위한 compelling interest를 가지고 있는 경우에 한해서 허용되는 것으로 보고 있다.¹¹⁾¹²⁾

(나) 독일

독일의 연방선거법 제12조¹³⁾는 제1항에서 선거권자의 요건으로 독일인일

10) Edward F. O'brien et al. v Albert Skinner, 414 US 524, 38 L Ed 2d 702, 94 S Ct 740.

이 판결은 미결수들이 구금되어 있는 관제로 투표소에 갈 수 없게 되어 부재자투표를 신청하였으나 거절되자 소송을 제기한 사안이다. 대법원은 이 판결에서 뉴욕주 선거법이 미결수들의 선거권 행사를 불가능하게 하고 있으므로 이것은 청구인들의 선거권 자체를 제한하는 것이라고 인정하고, 미결수들에 대하여 선거권을 제한하는 것은 합리적인 이유 없는 자의적인 분류(classification)에 의한 차별이므로 평등의 원칙에 위배된다고 판시하였다. 이와 유사한 사건에서 대법원은 “정부가 투표권을 행사할 수 있는 요건을 결정할 넓은 재량권을 가지고 있지만 차별적인 방법으로 요건을 결정하여서는 아니 된다. 투표권의 중요성 때문에 투표권을 침해할 가능성이 있는 분류(classification)는 평등 조항이 관련되는 경우에 세심하게 조사하여 주의 깊게 행하여 져야 한다. 다만 투표권 자체가 문제되는 것이 아니라 부재자투표를 요구할 권리가 문제되는 경우 이것은 투표권 자체에 관한 문제가 아니므로 엄격한 심사가 필요 없다”는 취지의 판시를 하고 있다.(Sam L. McDonald et al. v Board of Election Commissioners of Chicago, 394 US 802, 22 L Ed 2d 739, 89 S Ct 1404)

11) Winfield Dunn v James F. Blumstein, 405 US 330, 31 L Ed 2d 274, 92 S Ct 995(1972).

이 판결에서 “선거의 평등권은 반드시 절대적인 것은 아니고, 법률로 자격요건을 규정하거나 다른 방식으로 선거권의 행사를 제한할 수 있으나, 이러한 제한이나 제한에 의해 달성하려는 공익은 엄격한 헌법적 판단을 받아야 한다. 선거권의 요건으로서 일정기간 거주를 필요로 하기 위하여는 이를 정당화시킬 수 있는 부득이한 사유가 있어야 하고, 단지 공익을 증진시키는 정도로는 불충분하다. 헌법상 보장된 권리를 침해하는 경우에 보다 덜 침해적인 방법이 있다면 그 방법을 택하여야 한다.”라는 취지로 판시하면서 30일 정도의 거주기간을 요건으로 하는 것은 합헌이라고 판시했다.

12) Paul N. Marston, et al. v Anita X. Lewis, 410 US 679, 35 L Ed 2d 627, 93 S Ct 1211.

이 판결은 선거인이 되기 위해서 50일 이상 선거지역에 거주하고 있을 것을 요구하는 법률에 대하여, 이 정도의 기간은 선거인명부를 준비하고 선거절차에서의 부정(부당전입등)을 방지하기에 필요한 것으로서 입법목적을 달성하기 위하여 정당한 선거권의 제한이라고 판시하고 있다.

것, 18세 이상일 것, 선거지역에서 3개월 이상 거주할 것 및 결격사유에 해당하지 아니할 것을 들고 있다. 1985년 연방선거법의 개정으로 '10년 이내의 해외주재자'에 대한 선거권을 인정함으로써 재외국민의 선거권이 인정되게 되었고, 현행 연방선거법은 제12조 제2항 제3호에서, 다른 요건이 충족된다는 것을 전제로, '독일 외의 지역에 살고 있는 자'로서 '그 퇴거(Fortzug)가 있기 전에 적어도 3개월간 계속하여 독일 내에 주거를 가지고 있었거나 기타 통상적으로 거주한 경우로서 퇴거한 때로부터 25년을 경과하지 않은 자'에 대해 선거권을 인정하고 있다. 따라서 재외국민의 경우에도 독일을 떠나기 전 3개월간 독일 국내에 거주하고 있었던 자의 경우 25년간은 그가 3개월 이상 선거지역에 거주하고 있는 한 선거권을 행사할 수 있다.

독일의 학설은 대체로 연방선거법에서 거주요건을 들고 있는 것을 위헌으로 보지 아니한다고 한다.¹⁴⁾ 특히 동서독으로 분단된 상황에서 독일국민이라 함은 동독의 시민을 포함하는 것이므로 거주개념을 선거권의 요건으로 하는 것은 큰 의미가 있다는 것이다. 예컨대 동독과의 기본조약에 관한 연방헌법재판소의 판결(BVerfGE 36, 1)은 기본법에서 말하는 독일국민이란 독일 연방공화국(서독)의 시민뿐만 아니라 동독의 시민을 포함하는 것이므로, 그러한 입장에서 볼 때 선거권자가 국내에 거주한다는 것은 결정적 의미를 가진다는 것이다.

독일연방헌법재판소는 거주요건을 선거권(또는 피선거권)의 요건으로 하

13) 독일 연방선거법 제12조 제1항 및 제2항의 내용은 다음과 같다:

“① 기본법 제116조 제1항이 의미하는 모든 독일인은 선거일 현재 다음 각호의 요건을 갖춘 자는 선거권이 있다.

1. 만 18세 이상인 자
2. 최소한 3개월 전부터 독일 내에 주거(Wohnung)를 가지고 있거나 기타 통상적으로 거주(Aufenthalt)하고 있는 자
3. 제13조에 따라 선거권이 배제되지 아니한 자

② 다른 요건이 충족된 경우에는 기본법 제116조 제1항이 의미하는 독일인으로서 선거일 현재 이하 각호에 해당하는 자의 경우에도 선거권이 있다.

1. 공무원, 군인, 공직에 종사하는 사무직원과 근로자로서 그 임명권자의 명령에 따라 독일 외에서 생활하고 있는 자이거나 그 가족구성원
2. (생략)
3. 독일 외의 지역에 살고 있는 자로서 그 퇴거(Fortzug)가 있기 전에 적어도 3개월간 계속하여 독일 내에 주거를 가지고 있었거나 기타 통상적으로 거주한 경우로서 퇴거한 때로부터 25년을 초과하지 않은 자. 연방기를 계양하고 있지 않은 선박에 승선하고 있는 선원과 그 가족구성원의 경우에도 같다.

14) Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, S.199f. 참조.

는 선거법 조항(제12조 제1항)에 대해 합헌으로 판시하고 있다¹⁵⁾. 그 이유로는, 연방의회는 기본법의 타당영역 내에서 거주하고 있는 국민의 대표기관이라는 점, 거주요건은 보통선거의 원칙에 대한 전통적인 제한이고, 공무원종사자에 선거권이 특별히 인정되는 것은 국가와 특별한 관계가 있기 때문이라는 등을 들고 있다.

(다) 일본

일본 최고재판소는 2005. 9. 14. ‘중의원 및 참의원의 비례대표 선출의원 선거에 관해서만 재외국민선거를 실시’하도록 한 공직선거법에 대해 위헌¹⁶⁾으로 선언함으로써, 현재에는 중의원 소선거구 선출의원 선거 및 참의원 선거구 선출의원 선거에까지 재외국민선거권이 확대되었다.

(3) 법 제37조 제1항의 위헌 여부

(가) 법 제37조 제1항의 규범적 의미

법 제37조 제1항은 (지방선거를 포함한) 국정선거(대통령 및 국회의원 선거)에 있어 선거인명부의 작성에 관한 조항으로서 ‘선거를 실시할 때마다 선거인명부 작성책임자로 하여금 선거인명부작성기준일로부터 일정기간 내에 그 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 조사하여 선거인명부를 작성’하도록 의무지우고 있다.

이 규정에 의해 국내에 ‘주민등록이 되어 있지 않은 자’의 경우 공직선거

15) BVerfGE 5, 2; 36, 139; 58, 202.

16) 이어 위 판결은 재외국민에 대해 ‘잠정적으로 중의원 비례대표 선출의원 선거 및 참의원 비례대표 선출의원 선거에서만 투표하는 것을 허용하고 중의원 소선거구 선출의원 선거 및 참의원 선거구 선출의원 선거에서의 투표를 인정하지 않고 있는 것’과 관련해 다음과 같이 판시하고 있다.

“이 점에 관해서는 투표일 전에 선거공보를 재외국민에게 보내는 것이 사실상 곤란하고 재외국민에게 후보자 개인에 관한 정보를 적절하게 전달하는 것이 곤란하다는 상황 하에서, 후보자의 이름을 적어서 투표를 하게 할 필요가 있는 중의원 소선거구 선출의원 및 참의원 소선거구 선출의원 선거에 대해서 재외국민에게 투표하는 것을 인정하는 데는 검토를 요하는 문제가 있다는 견해도 없지는 않았다는 사실 등을 고려하면, 최초로 재외선거제도를 도입함에 있어 우선 문제가 비교적 적은 비례대표 선출의원 선거에 대해서만 재외국민의 투표를 인정하는 것으로 했다는 사실이 전혀 이유가 없는 것이었다고까지 말할 수는 없다. 그러나 이 사건 개정 후에 재외선거가 계속하여 실시되고 있다는 사실, 통신수단이 지구적인 규모로 현저한 발달을 이루고 있다는 사실 등에 의하면, 재외국민에게 후보자 개인에 관한 정보를 적절하게 전달하는 것이 현저하게 곤란하다고는 할 수 없게 되었다고 할 것이다.”

법 제15조 제1항이 부여하고 있는 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 즉 이 규정은 의형상 “선거절차에 관한 규율”의 형태를 취하고 있지만 실질적으로는 ‘주민등록이 되어 있지 않은 자’의 “실체적 권리인 국정선거권을 박탈하는 법적 효과”를 발휘하고 있다.

법 제37조 제1항에 따라서 이 사건 청구인들 중 ‘외국의 영주권을 취득하고 국내에 거주하고 있지 않은 재외국민’은 국내에 주민등록이 되어 있지 않으므로 당연히 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 한편 청구인들 중 ‘재외국민¹⁷⁾으로서 국내에 거주하고 있는 경우’가 문제되는데, 이 경우에도 주민등록법 제6조 제3항¹⁸⁾이 해외이주를 포기한 후가 아니면 주민등록을 할 수 없도록 하고 있으므로 ‘해외이주를 포기’하지 않는 한 ‘해외거주 재외국민’과 마찬가지로 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 결국 공직선거법 제37조 제1항은 ‘해외이주의 포기이사를 밝힘으로써 주민등록이 가능해진 국내거주 재외국민’을 제외한 모든 재외국민의 국정선거권을 전면적, 획일적으로 박탈하는 규정이다.

나아가 법 제37조 제1항은 국민 중 외국의 영주권을 취득한 자의 국정선거권을 박탈하는 규정일 뿐만 아니라 ‘(아직 영주권을 취득하지 않은) 해외이주목적의 해외장기체류자’¹⁹⁾ 또는 ‘해외이주목적 없는 해외장기체류자’²⁰⁾

17) ‘**재외국민**’이라 함은 “재외동포의 출입국과 법적지위에 관한 법률” 제2조 제1호에 따른 경우 ‘대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자’를 의미한다.

참고로, 동조 제2호는 ‘대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령이 정하는 경우’를 ‘**외국국적동포**’로 정의하고 있으며, ‘재외국민과 외국국적동포’를 합쳐서 ‘**재외동포**’로 규정하고 있다.

18) **주민등록법 제6조**는 그 **제1항**에서 ‘시장·군수 또는 구청장은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역 안에 주소 또는 거소(이하 “주소지”라 한다)를 가진 자(이하 “주민”이라 한다)를 이 법의 규정에 의하여 등록하여야 한다. 다만, 외국인에 대하여는 예외로 한다’라고 규정하면서 그 **제3항**에서는 ‘해외이주법 제2조의 규정에 의한 해외이주자는 대통령이 정하는 바에 의하여 해외이주를 포기한 후가 아니면 등록할 수 없다’로 규정함으로써 ‘해외이주의 포기’를 주민등록의 요건으로 하고 있다. 또한, **해외이주법 제2조 제1항**은 ‘해외이주자’를 ‘생업에 종사하기 위하여 외국에 이주하는 자와 그 가족 또는 외국인과의 혼인(외국에서 영주권을 취득한 대한민국국민과 혼인하는 경우를 포함한다) 및 연고관계로 인하여 이주하는 자’로 정의하고 있다.

19) ‘**해외이주목적의 장기체류자**’의 경우, **주민등록법 제17조 및 동 시행령 제23조 제1항·제3항**에 따라서 ‘이민을 위한 여권발급신청 전에 행하는 국외이주신고’에 의한 ‘**이민출국말소**’가 행해지거나 혹은 동 시행령 제6항·제7항에 의한 ‘**현지이주말소**’가 행해지므로 원칙적으로 이들은 국외에 있건 아니면 국내에 체

및 ‘단기해외체류자’(예컨대 유학생, 상사주재원, 외교관 등)²¹⁾의 경우에도 그 주민등록이 말소된 경우에는 (이들이 일시적으로 국내에 체류하는지 여부와는 무관하게) 국정선거권을 박탈하게 하는 규정이기도 하다.(나) 헌법재판소는 구 공직선거및선거부정방지법 제37조 제1항의 위헌 여부가 다투어졌던 97헌마253등 결정(1999. 1. 28. 선고)에서 이미 이를 합헌으로 선언한 바 있으나, 아래에서 보는 바와 같이 종래의 결정은 재검토가 필요하다.

선술한 바와 같이 헌법 제24조의 법률유보는 ‘포괄적인 입법형성권への 유보’가 아니라 ‘기본권구체화적 법률유보’로서 ‘선거권을 실현하고 보장하기 위한 목적’을 지니는 것이므로, 선거권 내용의 구체화는 국민주권(제1조), 평등의 원칙(제11조), 국회의원 및 대통령 선거에 있어서의 보통·평등·직접·비밀선거 원칙(제41조, 제67조)에 최대한 부합할 것이 헌법상 요청된다. 따라서 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 바로 정당화될 수 없으며 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한해, 즉 과잉금지의 원칙을 준수하는 경우에만 정당화될 수 있고, 나아가 선거권을 제한함에 있어서도 선거권의 본질적인 내용이 침해되는 결과가 초래되어서는 아니 된다.

헌법 제24조에 따라 선거권을 부여받고 있는 ‘모든 국민’은 보통선거원칙에 따라 만 19세 이상이면 원칙적으로 누구에게나 선거권 및 그 행사가능성이 보장되어야 하므로, 그러한 선거권 또는 그 행사가능성에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 예외적으로만 허용되는 것으로 보아야 한다. 이것은 보통선거원칙에 위배되는 선거권 제한입법의 위헌 여부를 심사하는 경우에 엄격한 위헌심사기준이 적용되어야 함을 의미한다. 선거권 및 그 행사가

류하고 있던 불문하고 국정선거권을 행사할 수 없다.

주민등록법 제17조(국외이주신고) 이 법의 규정에 의하여 주민등록을 한 자가 대한민국 외에 거주지를 정하고자 하는 때에는 그의 현거주지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 미리 이를 신고하여야 한다.<개정 1968.5.29, 1991.1.14>

20) ‘이주목적 없는 해외장기체류자’의 경우에는 원칙적으로 주민등록법 제8조에 따라서 **신고에 의해 주민등록을 말소**하는 것이 원칙이나, 말소신고를 하지 않은 경우라도 주민등록법 제17조의2, 동시행령 제24조에 의해 **주민등록 직권말소**가 행해지게 된다.

21) 이 경우에도 ‘이주목적 없는 해외장기체류자’의 경우와 마찬가지로 주민등록법 제8조에 따른 **신고말소** 또는 주민등록법 제17조의2, 동시행령 제24조에 의해 **직권말소**가 행해지는 것이 원칙이다.

능성에 대한 제한은 ‘불가피한 합리적 사유’가 존재할 경우에만 정당화된다고 할 것이고 이른바 ‘덜 제한적인 다른 가능한 수단’이 존재할 경우에는 위헌의 의심을 면할 수 없다고 할 것이다.

이상과 같은 원칙적 고찰에 기초해 볼 때, 구법 제37조 제1항의 합헌논거로 우리 재판소가 실시한 바 있는 점들에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기된다.

첫째, ‘북한주민이나 조총련계 재일교포도 우리나라 국민이므로 재외국민 모두에게 선거권을 인정하는 선거제도를 둔다면, 이들이 선거권을 행사하는 것을 저지할 수 없다’는 논거는 ‘재외국민에게 선거권을 인정할 경우 필연적으로 북한주민이나 조총련계 재일교포에게도 선거권을 주지 않을 수 없다’는 점을 전제로 하고 있으나, 남북한이 대치하고 있는 상황에서 ‘북한주민이나 조총련계 재일교포’를 선거권부여의 대상에서 배제하더라도 그것만으로 위헌이라 할 수는 없다는 점, 설령 위장을 통한 이들의 선거권행사의 위험성이 존재한다 할지라도 현행의 재외국민등록제도²²⁾(및 국내거주자의 경우 재외국민 국내거소신고제도²³⁾도 함께)의 활용을 통해 그러한 위험성을 방지하는

22) 재외국민등록법 제2조(등록대상) 외국의 일정한 지역에 계속하여 90일 이상 거주 또는 체류할 의사를 가지고 당해 지역에 체류하는 대한민국국민은 이 법에 의하여 등록을 하여야 한다.

제3조(등록공관 및 등록사항) 제2조의 규정에 의한 등록을 하고자 하는 재외국민(이하 "등록대상자"라 한다)은 주소 또는 거소를 관할하는 대한민국 대사관·총영사관·영사관·분관 또는 출장소(이하 "등록공관"이라 한다)에 다음 각호의 사항을 등록하여야 한다.

1. 성명
2. 생년월일 및 주민등록번호(국내에서 주민등록을 한 자의 경우에 한한다)
3. 성별
4. 본적(본적이 있는 자의 경우에 한한다)
5. 직업 및 소속기관
6. 병역관계(남자의 경우에 한한다)
7. 체류목적 및 자격
8. 거주국내의 주소 또는 거소·전화번호 기타 연락처

23) 재외동포의출입국과법적지위에관한법률 제6조(국내거소신고) ①재외국민과 재외동포체류자격으로 입국한 외국국적동포는 이 법을 적용받기 위하여 필요한 경우에는 대한민국안에 거소를 정하여 그 거소를 관할하는 출입국관리사무소장(이하 "사무소장"이라 한다) 또는 출입국관리사무소출장소장(이하 "출장소장"이라 한다)에게 국내거소신고를 할 수 있다. ②제1항의 규정에 의하여 신고한 국내거소를 이전한 때에는 14일 이내에 그 사실을 사무소장 또는 출장소장에게 신고하여야 한다.

제9조(주민등록증과의 관계) 법령에 규정된 각종 절차와 거래관계 등에 있어서 주민등록증, 주민등록등·초본, 외국인등록증 또는 외국인등록사실증명을 요하는 경

것이 선거기술상 반드시 불가능한 것으로 보이지는 않는다는 점에서, 위 논거는 ‘재외국민 모두의 선거권을 부정하기 위한 논거’로는 부적합하다.

둘째, ‘재외국민 모두에게 선거권을 인정하는 선거제도를 둔다면, 위 북한 주민이나 조총련계 재일교포들이 선거권을 행사하는 것을 지지할 수 없을 뿐만 아니라, 근소한 표 차이로 당락이 결정되는 경우에는 이들이 결정권(casting vote)을 행사할 수 있다는 기이한 현상이 발생할 수도 있는 것이다.’라는 논거는 ‘선거의 결과를 우려하여 선거권자의 범위를 제한’하고자 하는 것으로 본말이 전도된 논거라 하지 않을 수 없고, 설령 그런 결과가 된다 할지라도 ‘재외국민도 대한민국국민’인 이상, 점차 더 심화되고 있는 글로벌화, 국제화, 지구촌화 시대의 국민통합은 재외국민의 의사 역시 ‘대한민국의 의사의 한 부분’으로 편입될 것을 요구하고 있다는 점에서 재외국민의 선거권을 전면적으로 박탈하는 것을 정당화하는 논거로 인정하기 어렵다.

셋째, ‘선거의 공정성을 확보하기 어렵다’는 논거는, 청구인들의 주장처럼 선거홍보와 선거관리를 통한 선거의 공정성 확보는 일차적으로 국가의 책임이라는 점, 선거권을 행사할 수 있는 재외국민의 수가 비교적 소수이고 이들 모두가 선거에 참여한다고 볼 수도 없다는 점에서 선거의 불공정성에 따른 위험성은 상대적으로 크다고 볼 수 없고, 비록 국내에서와 같이 법적 제재 등을 통한 엄격한 선거공정성 확보가 어려운 것은 사실이지만 선거공정성 확보를 위한 방안이 전혀 불가능하다고 볼 수는 없다(가령 선거부정 신고제도 등을 통해 선거부정이 객관적으로 확인될 경우 선거권을 제한하는 방법 등)는 점, 특히 민주적 선거제도가 정착된 외국의 선거풍토 하에서 살고 있는 재외국민의 경우 오히려 공정한 선거운동에 대한 욕구가 더 클 수도 있다는 점 등을 감안하면, 위 논거 역시 재외국민의 선거권을 전면적으로 박탈하기 위한 합당한 논거라 보기는 어렵다.

넷째, ‘선거기술상 공직선거법상 선거운동기간 내에 외국에 있는 모든 국민에게 선거의 실시와 후보자를 홍보하고, 선거운동을 하며, 투표용지를 발송하여 기표된 용지를 회수하는 것이 실무상 불가능하다’는 논거는, ‘선거운동기간을 늘이는 방안(가령 2-3일 이라도)’을 생각해 볼 수 있다는 점은 별론으로 하고라도, 후보자홍보의 경우 위 일본 최고재판소의 판례에서도 판시

우에는 국내거소신고증 또는 국내거소신고사실증명으로 이에 갈음할 수 있다.”

하고 있는바와 같이 통신수단이 지구적인 규모로 현저한 발달을 이루고 있는 오늘날의 상황에서 재외국민에게 후보자 개인에 관한 정보를 적절하게 전달하는 것이 현저하게 곤란하다고 할 수 없을 뿐만 아니라 재외국민의 입장에서 인터넷 등을 통해 국내의 후보자 개인의 정보에 접근하는 것이 용이해지고 있다는 점, 오늘날의 선거가 인물투표로서의 성격보다 정당투표로서의 성격을 강하게 가지는 경향을 보이고 있다는 점, 선거운동의 경우 재외국민을 상대로 한 선거운동이 선거운동기간의 전 기간에 걸쳐 국내에서와 같은 정도로 이루어지지 못하더라도 이는 선거권자인 재외국민의 입장에서 감수하여야 할 사정에 불과하다는 점, 투표용지 발송과 기표용지 회수의 경우 전자는 현지인쇄 등 대안이 없다 할 수 없고 후자, 즉 기표용지 회수 및 개표는 시기적으로 선거 이후 상당한 시간이 지난 후에도 가능할 수 있는 점(그 경우 당선자 발표시기가 늦어질 뿐이다. 또한 재외국민의 투표가 선거의 당락에 영향을 미칠 수 있는 경우에만 개표하는 경우도 생각해 볼 수 있다)에 비추어 볼 때, 위 논거 역시 재외국민의 선거권을 전면적으로 박탈하기 위한 합당한 논거라 보기는 어렵다. 특히 선거운동기간의 “짧음”으로 인해 발생하는 선거기술상의 어려움은 해외거주 재외국민 뿐만 아니라 국외일시체류자(재외공무원, 상사주재원, 유학생 등)의 경우에도 동시에 발생하는 문제라 할 것인데, 이미 중앙선거관리위원회는 2003. 8. 27. 이들 해외체류자들에게 대통령 선거와 비례대표국회의원 선거의 투표권을 허용하는 내용의 ‘공직선거및선거부정방지법’ 개정의견을 국회에 제출한 바 있다는 사실은 역설적으로 위 논거가 타당하지 않음을 반증하고 있다.

다섯째, ‘우편제도가 발달한 일부 국가에 대하여서만 가능한 재외국민선거 제도를 인정하는 것은 또 다른 평등의 문제가 야기될 수 있다’는 논거 역시, 설령 우편투표의 채택으로 인해 불가피하게 일부 국가에서 재외국민 선거권을 인정할 수 없는 결과가 된다 할지라도 이는 우리 헌법재판소가 채택하고 있는 ‘단계적 평등원칙’에 따를 경우 반드시 위헌이 된다고 할 수 없는 점에서 타당한 논거라 할 수 없다.

여섯째, ‘선거권이 국가에 대한 납세, 병역, 기타의 의무와 결부되기 때문에 이와 같은 의무 이행을 하지 아니하는 재외국민에게 선거권을 인정할 수는 없다’는 논거 역시 재외국민의 선거권을 전면적으로 박탈하기 위한 합당

한 논거라 보기는 어렵다고 생각된다. 이러한 논거는 ‘선거권은 국민의 국가에 대한 납세·병역의 의무 이행에 대한 대가(=반대급부)’라고 이해하는 전제에 서 있다. 물론 독일의 예에서 살펴본 바와 같이 학설상 선거권을 국가에 납세 및 병역의무와 결부시키고자 하는 입장이 없지는 않았다. 하지만 독일에서도 1985년 연방선거법 개정을 통해 ‘10년 이내의 해외주재자’에 대한 선거권을 인정하기 시작해 현재에는 ‘25년 이내의 해외주재자’에게까지 선거권을 부여함으로써 재외선거권자의 범위를 확대하고 있으며, 독일학설의 영향을 많이 받는 일본의 경우에도 이미 1997. 6. 중의원 및 참의원의 비례대표 선출의원 선거에서 재외국민선거를 허용하는 법안이 제출되어 1998. 4. 통과되었고, 그나마도 2005. 9. 14.에는 최고재판소에 의해 중의원 소선거구 선출의원 선거 및 참의원 선거구 선출의원 선거에서 재외국민의 투표를 인정하지 않는 것은 위헌이라고 선언된 것을 보면, 더 나아가 재외국민의 선거권을 원칙적으로 인정하고 있는 미국이나 영국 등의 예를 감안하면, 선거권과 납세 및 병역의 의무가 쌍무적 대가관계에 있는 것으로 보기는 어려운 것으로 보인다.

특히 ‘이중과세방지협정에 따라 납세의무가 면제되는 것일 뿐 재외국민이 국가와의 관계에서 결코 납세의무를 다하지 않고 있다고 볼 수 없다’는 청구인들의 주장은 일면 그 타당성을 인정할 수 있고, 또한 병역의무의 경우에도 이를 통해 달성하고자 하는 국가의 존립과 안전이 반드시 ‘현역복무’를 통해서만 가능한 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 오늘날 넓은 의미의 국방은 재외국민의 애국과 협력에 의존하는바 크다는 점, 더 나아가 청구인들 중 1인은 이미 국내에서 병역의무를 필하였다는 사실이 인정되는 점, 또한 병역의무는 남자에게만 부여되므로 남녀를 불문한 모든 재외국민에게 적용될 수 있는 있는 논거가 될 수 없다는 점 등을 감안하면, 선거권과 병역의무간의 필연적 건련관계를 인정하기는 어렵다.²⁴⁾

24) 한편 위 결정에서는 또한 납세·병역의무와 관련하여 ‘재일교포와 같이 타의에 의하여 외국에서 거주하는 사람들은 별론으로 하고, 해외에 이민을 목적으로 거주하고 있는 국민들은 자의에 의하여 국가에 대하여 납세, 병역 등의 의무를 전혀 부담하지 아니하고 있고, 장차 그 국가에 동화되어 생활하게 될 이들에 대하여 선거권을 인정하여야 할 아무런 논거를 찾을 수 없다.’고 판시함으로써, ‘재일교포와 같이 타의에 의하여 외국에서 거주하는 사람들’의 경우에 납세·병역의무를 이유로 한 선거권 박탈이 타당하지 않음을 스스로 인정하고 있다.(97헌마253등 사건의

또한 역사적으로 납세 및 국방의 의무 이행을 선거권부여의 조건으로 하고 있었는지의 여부는 별론으로 하고, 현행 헌법이나 공직선거법(가령 ‘선거권이 없는 자’를 규정한 제18조 제1항)에 따라 경우 국민의 기본권행사를 납세·국방의 의무 이행의 반대급부로 예정하고 있는 경우를 찾을 수 없다는 점도 지적되어야 할 것이다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 97헌마253등 결정에서 제시하고 있는 근거들은 그 어느 것도 재외국민의 국정선거권을 확일적, 전면적으로 부정하기에 적합한 것이라 보기 어렵다.

한편 이 사건 청구인들 중 일부는 국내에 주소를 두고 있음에도 불구하고 주민등록법 제6조 제3항²⁵⁾에 따라 해외이주를 포기한 후가 아니면 주민등록을 할 수 없고(청구인 대리인에 확인한 결과, 청구인 중 1인이 동사무소에 주민등록신고를 하였다가 접수 거부된 바 있다고 하며, 이에 국가인권위원회에 구제신청을 하였으나 기각되었다고 함), 결국 이들 청구인들 역시 공직선거법 제37조 제1항에 따라 전면적으로 국정선거권을 박탈당하고 있다. 국내에 거주지를 두고 있는 청구인들의 경우 소득활동이 있을 경우 납세의 의무를 부담할 뿐만 아니라 또한 남자의 경우 일정한 기간 국내에 거주할 경우 병역의무도 부담하게 되므로(실제로 청구인 중 1인은 병역의무를 필하였음) 이들 청구인으로부터 헌법 제24조의 선거권을 박탈할 아무런 정당한 사유도 발견할 수 없다(선거의 공정성이 훼손될 우려도 없다).

외교통상부장관은 ‘영주권자에게까지 선거권을 확대하는 것은 거주지국에서의 정착 촉진을 통한 현지화보다는 정부의 각종지원에 대한 기대심리와 모국지향성을 촉발할 가능성’이 있다는 우려를 표명하고 있는데, 설령 거주지국에서의 정착촉진을 위한 현지화가 정부의 재외동포정책의 기본목표에 해당한다 할지라도, 그러한 정책상의 목표가 헌법 제2조 제2항의 ‘국가의 재

경우 청구인들이 모두 일본거주 재일교포였으므로, 엄밀하게 말해 납세·병역의무를 합헌논거로 삼은 것은 타당한 것이었다고 보기 어렵다).

- 25) **주민등록법 제6조** “③ 해외이주법 제2조의 규정에 의한 해외이주자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 해외이주를 포기한 후가 아니면 등록할 수 없다.<신설 1991.1.14>”

한편 **동시행령 제5조(해외이주포기자의 주민등록)**는 “법 제6조제3항의 규정에 의하여 주민등록을 하고자 하는 자는 「여권법」에 의한 여권무효확인서를 첨부하여 거주지의 시장·군수 또는 구청장에게 주민등록신고를 하여야 한다. <개정 2005.3.31>”고 규정하고 있다.

외국민 보호의무'라는 헌법상 의무의 희생 하에 실현될 수는 없다고 할 것인바, 재외국민의 국정선거권 인정은 곧 국가의 재외국민 보호의무의 출발점이 되는 것이다.

그렇다면 법 제37조 제1항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항이 규정한 보통선거원칙에도 위반된다.

(4) 법 제38조 제1항의 위헌 여부

(가) 법 제37조 제1항과 제38조 제1항의 관계

법 제38조 제1항은 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용하고 있다. 따라서 법 제37조 제1항이 위헌으로 선언됨으로써 이 사건 청구인들이 선거인명부에 오를 자격을 갖추게 되더라도 법 제38조 제1항으로 인해 이 사건 청구인들 중 국외거주자에 해당하는 경우에는 부재자신고를 할 수 없어 여전히 국정선거권을 행사할 수 없게 된다. 즉 법 제37조 제1항은 주민등록을 할 수 없는 재외국민에 대해 선거인명부에 오를 수 있는 자격 자체를 박탈하고 있는 것임에 비해, 법 제38조 제1항은 선거권 행사를 위한 요건으로서 국내 거주요건을 추가함으로써 실질적으로는 국외거주자의 선거권 행사를 불가능하게 하는 규정이다. 따라서 법 제38조 제1항은 법 제37조 제1항과 결합하여 중첩적으로 국외거주 재외국민의 선거권 행사를 부인하는 규정이다.

한편 재외국민이 아니고 현행법상 주민등록이 되어 있는 국민이더라도, 국외여행자는 물론 재외공관원, 상사주재원, 유학생 등 단기 해외체류자로서 국내에 주민등록이 말소되지 않고 있는 국민은 법 제38조 제1항으로 인해 선거당일까지 국내에 귀국하지 않으면 선거권을 행사할 수 없게 된다.

(나) 현재는 1999. 3. 25. 97헌마99 결정(판례집 11-1, 218)에서 공직선거법 제38조 제1항에 대해서도 합헌으로 결정한 바 있으나, 그간의 눈부신 정보기술의 발달, 경제규모의 성장에 따른 국제화의 가속화, 민주적 국민의식의 성장, OECD 회원국을 포함한 국제사회의 부재자투표권 확대 추세 등 법리적 관점에서 무시하지 못할 내외의 여건변화가 초래되고 있어 기존판례의 변경 필요성이 존재한다.

첫째, 공직선거법상 선거기간이 제한되어 있음을 이유로 부재자투표를 부정하는 것은 타당한 논거라 보기 어렵다. 선거권은 국민주권을 실현하는 민주주의에 있어서 근본적이고도 핵심적인 정치적 권리이므로, 어느 정도 선거기간의 연장을 통해서라도 선거권을 실현하는 것이 오히려 헌법적 요청에 부합할 것이다. 더욱이 이미 과거에 대통령선거와 국회의원선거에서 부재자투표가 시행된 적도 있었음을 감안할 때, 나아가 재외국민에게도 선거권을 인정하고 있는 각국의 실례들을 감안하면 설득력이 없다.²⁶⁾

특히 선거기간의 연장에 따른 후보자들의 선거비용증가 및 국가적 부담증가의 우려도 타당성을 결여한 것이다. 최근 중앙선거관리위원회가 모의국외부재자투표를 실시한 결과를 토대로 제출한 보고서에 의하면, 국외선거운동비용을 선거비용제한액에 포함시키지 않도록 하는 방안을 제시하고 있으며,²⁷⁾ 국외부재자에 대한 일부 선거운동(방송광고, 방송연설 중계 및 예비후보자 홍보물 우편발송 등)이 허용되는 경우에 선거비용이 발생할 수는 있으나, 이는 국내에서 비용이 발생하는 것이므로 선거비용에 대한 관리가 가능하다는 견해를 취하고 있다.²⁸⁾ 또한 국외부재자투표를 실시함으로써 해서 발생하는 비용이 아무리 크다 하더라도, 이미 세계적인 경제대국의 반열에 오르고 OECD 회원국이 된 우리나라의 경제력으로 감당치 못할 정도의 비용이라고 할 수는 없을 것이며, 또한 후보자 개인의 선거비용 증가의 문제는 후보자들에게 모두 공통적으로 적용되는 문제로서, 이러한 선거비용의 부담우려를 민주국가에서 가장 근본적이고도 중요한 정치적 권리인 국민의 선거권을 제한하는 근거로 삼는 것은 합리적인 것이라 하기 어렵다.

둘째, 해외부재자투표를 인정할 경우에 가장 우려되는 점이 바로 선거의 공정성 문제이다. 중앙선관위는 국외에서 공직선거법 위반 등의 혐의사실에 대해서도 처벌이 가능하지만 귀국하지 않으면 사실상 처벌할 수 없는 한계

26) 청구인들도 이 점을 지적하고 있다. 2005헌마360 심판청구서 9면 참조.

27) 국외선거운동비용을 포함시킬 경우 회계책임자에 대한 일원적 통제에서 벗어나 선거비용이 불법적으로 집행될 우려가 있고, 환율변동에 따라 예기치 않은 선거비용제한액이 초과될 수 있는 등 한계가 있기 때문에 포함시키지 않는 것이 타당하다고 한다. 일본의 경우 국외선거운동을 제한하지 않으며 그 비용은 법정선거운동비용에 포함시키지 않는다고 한다. 한편 필리핀은 국외선거운동과 그 비용은 필리핀에서 적용되는 법률과 규정에 따르도록 하고 있다. 중앙선거관리위원회, 국외부재자투표 도입방안연구, 2006. 12., 242면.

28) 중앙선거관리위원회, 국외부재자투표 도입방안 연구, 2006. 12., 242면.

가 있다는 점을 우려하고 있다.²⁹⁾ 나아가 투표용지의 분실, 교체가능성, 부정선거운동비용의 지출 등에 따라 선거의 공정성에 대한 시비가 발생할 위험이 있는 것도 충분히 예상할 수 있다. 하지만 선거의 공정성을 확보하는 것은 일차적으로 국가의 과제이므로 이를 선거권자의 책임으로 돌리는 것은 타당하지 못하며, 선거의 공정성에 우려가 있다는 이유로 민주국가의 기능적 전제인 선거권 자체를 부정할 수 있는 것은 아니다. 예상되는 부정선거가능성은 해외에서 이루어지는 선거운동방법의 적절한 제한, 투표자 본인의 신분 확인방법의 도입, 선거운동비용 지출에 대한 사전 사후의 관리 등 필요한 조치를 통하여 국가가 부정선거의 가능성을 차단할 의무를 지고 있고, 더 나아가 당선자 확정 이후의 시점에서는 법원의 재판 등을 통한 사후적 통제도 가능하다. 따라서 국민의 참정권 행사에 대한 제한은 국민의 선거권행사를 원칙적으로 보장하는 가운데 선거과정에 대한 통제와 규제를 행하는 방식으로 개입하는 데 그쳐야 하며, 선거권 자체를 박탈하는 것은 헌법 제37조 제2항이 허용하는 기본권제한의 한계를 넘어선 것이다.

셋째, 종전 판례는 자발적으로 출국하여 해외에 거주하는 국민들의 경우 선거권을 인정하지 않더라도 위헌의 문제가 발생하지 않는다는 입장에 서 있다. 이러한 견해는 국내에서의 선거권 행사를 위해 헌법이 보장하는 - 국내에서의 선거권행사와 배치되는 - 다른 모든 기본권, 예컨대 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 타당하다고 할 수 없다.

이미 위 판례에서도, 비록 방론에서이긴 하지만, 해외거주자 중 해외과건 군인과 공무원은 국가의 명령에 의하여 해외에 근무하고 있으며 그들 임의로 귀국하는 것이 사실상 불가능하므로 입법자가 이 점을 개선할 필요가 있다고 판시함으로써 해외이주자 중에 비자발적 출국자가 존재할 수 있음을 인정하고, 입법자에 대해 입법촉구를 행하고 있다. 그런데 비자발적 출국인이 아니면 자발적 출국인은 상대적인 것에 불과하다. 해외유학생의 경우에도 자기자신의 계발 및 미래를 위해 외국에서 수학하는 것이 반드시 필요하다는 생각(내적 강제)을 가질 수 있음을 물론이며, 상사주재원의 해외과건 근무는 직업활동을 위해 불가피한 경우에 해당한다. 더 나아가 오늘날 점점

29) 위 중앙선관위 연구, 243면

가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성은 그것이 자발적 계기에 의한 것이라는 이유 때문에 국민의 가장 기본적인 권리인 선거권 행사를 부정할 수 있는 이유로 될 수 없다. 특히 재외동포 2세나 3세는 그들의 선택과 무관하게 해외에서 살아가게 된 것이므로 - 영주권자에 대해 원칙적으로 선거권을 인정하여야 하는 한 - 이들로 하여금 선거권행사를 위해 귀국할 것을 요구할 수는 없을 것이다.

넷째, 이른바 점진적 개선론은 부재자투표제도의 도움이 필요한 모든 사람들을 일거에 구제하는 것은 사실상 불가능하므로 시대의 변천에 따라 대상 국민을 확대하는 등 점진적인 개선방안을 모색하여야 할 것³⁰⁾이라는 논리이다. 이러한 논리는 입법자가 어떠한 영역에서 평등의 원칙을 단기간에 일거에 실현할 수는 없고, 단계적 점진적으로 경험을 쌓을 수 있는 시간적 여유를 가져야 한다는 근거³¹⁾에 기초하고 있다.

이러한 논리는 재외국민들의 부재자투표의 도입과 관련하여 이를 실시할 경우에 어떠한 문제가 있는지를 단계적으로 경험을 쌓으면서 그 부작용을 최소화시킬 수 있어야 한다는 것³²⁾이기 때문에 부재자투표가 인정되는 인적 범위와 관련하여 일응 일리가 있는 논거인 것처럼 보인다. 또한 이 사건에 대해 이해관계인 중앙선거관리위원회장은, 의견서에서, 역시 단계적 개선론에 입각해 단기해외체류자들을 상대로 선거권(대통령 및 비례대표 국회의원선거에 한정)을 부여하는 개선입법방안을 2003. 8. 27. 국회에 제출한 바 있음을 밝히고 있다. 헌법재판소 역시 기존 결정에서 “해외거주자 중 해외파견군인과 공무원은 국가의 명령에 의하여 해외에 근무하고 있으며, 그들 임의로 귀국하는 것이 사실상 불가능하므로 다른 해외거주자에 비하여 이 사건 기본권의 제한의 정도가 무겁다고 보여지므로 향후 입법자가 이 점을 개선할 필요가 있을 것으로 본다.”고 하면서 완곡한 입법개선 촉구를 한 바 있다.

그런데, 국회는 헌법재판소의 위 결정이 있는 지 벌써 8년이 지날 때까지도 단기체류자를 포함한 재외국민의 선거권행사를 위한 아무런 단계적 입법

30) 판례집 11-1, 218, 230.

31) 가령 헌재 1991.02.11, 90헌가27, 판례집 3, 11~43; 입법자의 시간적 적응의 자유문제에 대하여는 방승주, 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집(1996), 299-348(335)면 참조.

32) 이 사건에 대한 중앙선거관리위원회 의견서, 3면.

개선의 노력도 보이지 않고 있다. 예컨대 국회가 종전에 제한적으로 국내부재자투표를 인정하던 데서 전면적으로 국내부재자투표제도(현행 공직선거법 제38조 제1항)를 도입할 당시, 정치개혁특별위원회는 영주의 체류자격 취득 일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인들에 대한 지방자치선거권 부여 및 외교관·유학생·상사주재원 등 재외국민들의 부재자투표제도를 도입하기 위한 공직선거및선거부정방지법 개정논의를 행한 바 있다.³³⁾ 그러나 정치개혁특별위원회의 최종안에서는 대통령선거에 대한 부재자투표만 도입하는 것은 문제가 있다고 보고, 이를 삭제하는 쪽으로 결론이 나서, 결국 외국인의 지방선거권은 도입하면서도 재외국민들의 선거권은 인정하지 않은 채 넘어가고 말았다.³⁴⁾

그렇다면 차제에 이러한 단계적 평등실현이라고 하는 논거가 지금까지 재외국민들, 특히 국내에 주민등록이 되어 있는 해외 거주 공관원, 상사주재원, 유학생 등의 선거권을 사실상 제한할 수 있는 불가피한 사유에 해당하는지 재검토해 볼 때가 되었다고 하지 않을 수 없다. 이 결정 당시 재외국민 참정권부여와 관련해 기존에 총 5건의 법안이 국회에 제출된 상태³⁵⁾에 있었지만 쉽게 처리되지 못하고 있었다. 가장 큰 쟁점은 선거권자의 범위 및 선거의 종류인데, 한나라당은 영주권자를 포함해 재외국민 전부에 대해 열린우리당은 임시(단기)체류자에 대해서만 선거권을 인정하자는 입장이었고, 또 선거의 종류도 대통령선거에 대해서만 인정하자는 안, 국회의원선거까지도 포함시키자는 안, 지방선거까지도 포함시키자는 안 등으로 나누어지고 있다.³⁶⁾ 요컨대 정치권에서도 최소한 단기체류자에 관한 한 선거권을 부여하자는 데에는 견해를 같이 하고 있었다.

우리 선거법사를 뒤돌아보면, 전술한 바와 같이, 부재자투표에 관한 경험이 전혀 없었던 것이 아니다. 즉 국회의원선거법의 경우 1960년부터 1972년까지 그리고 대통령선거법은 1966년부터 1972년까지 해외체류 재외국민의 부재자투표를 허용한 경험이 있다.³⁷⁾ 따라서 이러한 자체적 경험은 물론

33) 제254회 국회 정치개혁특별위원회회의록 제5호(2005. 6. 17), 1면.

34) 제254회 국회 본회의회의록 제8호(2005. 6. 30)

35) 2004년 7월 정성호의원, 2004. 10. 유기준의원, 2004년 11월 홍준표의원, 2006년 10월 김성곤의원 등이 제출한 법률안 5건이라고 한다. 고뉴스 3월 24일자 보도

36) 위 고뉴스 같은 날짜 보도

37) 1960. 6. 23 법률 제551호로 개정된 국회의원선거법(제17조 제3항 제4항)부터

OECD와 유럽의 대부분의 국가가 현재 재외국민의 선거권을 인정하고 있으므로 이러한 국가들의 다양한 운영사례를 거울삼아 부재자투표제도를 도입할 수 있을 것이다. 참고로 중앙선거관리위원회는 모의국외부재자투표까지 이미 실시하여 그 결과를 바탕으로 국외부재자투표제도 도입에 따른 제반 문제점과 대책에 대해서 검토를 끝낸 상태이며 이미 이러한 보고서가 2006년 12월에 제출된 바 있다.³⁸⁾

그런데 국외부재자투표를 단기체류자에만 한정할 것인가 아니면 영주권자에게까지 확대할 것인가라는 문제는 결국 공직선거법 제37조 제1항에 대해 그 위헌성이 확인되는 범위에 달려 있다고 할 것이다. 만약 제37조 제1항의 위헌성이 영주권자인 재외국민의 참정권을 주민등록요건을 설정함으로써 부정하는 데 있는 것이라면, 그에 따라 동 규정이 위헌으로 선언됨으로써 영주권자들에게도 원칙적으로 참정권이 인정되어야 하는 것이라면, 그럼에도 불구하고 다시 제38조 제1항에 따라 단기체류자와는 달리 영주권자들의 경우에는 국외부재자투표를 행할 수 없다고 함으로써 내국인 및 단기해외체류자와 비교해 영주권자를 차별적으로 취급하는 것은 평등권 및 보통선거원칙의 위반으로 귀결될 수밖에 없다.

다섯째, 종전 결정은 국외부재자투표제도를 도입하지 않는다 할지라도 이는 재외공관원이나, 상사주재원, 유학생 등과 같이 국내에 이미 주민등록이 되어 있지만 공적·사적 목적으로 해외에 거주하고 있는 단기체류자들의 선거권에 대한 직접적 제한의 문제가 아니라, 단지 선거권 행사에 있어서의 편의제공에 관한 문제에 불과한 것으로 보았다. 그러나 많은 여행비용을 들이

1972. 12. 30 법률 제2404호로 폐지되기 전까지의 국회의원선거법(제18조 제4항)은 부재자투표를 국내거주자로 한정하지 않았다. 청구인도 지적하고 있듯이 부재자투표를 국내거주자로 한정하기 시작한 것은 1972. 12. 30 법률 제2404호로 제정된 국회의원선거법 제19조 제2항(“선거인명부에 등재된 국내거주자 중 다음 각호의 1에 해당하는 자”)부터였다. 대통령선거법(일부개정 1966. 12. 14. 법률 제1848호) 제16조(명부작성) 제3항: “국내에 주소를 가진 자로서 국외에 체류하고 있는 선거권자 중 선거일에 자신이 투표소에서 투표할 수 없을 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 선거일 전 25일까지 구·시·읍·면의 장에게 부재자신고를 할 수 있다.” 제4항: “구·시·읍·면의 장은 전항에 의한 신고가 있을 때에는 선거인명부에 이를 표시하는 동시에 부재자신고인명부를 따로 작성하여야 한다.” 이러한 대통령선거의 부재자투표는 베트남과병이 이루어진 1966년부터 1972년까지 계속되었다고 한다(중앙선거관리위원회, 해외부재자 투표에 관한 참고자료, 1996. 10. 4면)

38) 중앙선거관리위원회, 국외부재자투표 도입방안 연구, 2006. 12.

면서 스스로 귀국하여 투표당일에 투표를 하고 다시 출국할 것을 요구하는 것은 사실상 불가능을 요구하는 것에 가깝다.³⁹⁾ 따라서 이들에게 부재자투표를 인정하지 않는 것은 단순히 선거권 행사에 있어서의 편의제공 문제에 그치는 것이 아니라 선거권에 대한 실질적 제한 내지 박탈을 의미한다. 더 나아가 이것은 국내부재자들과 비교할 때 평등권에 대한 침해라고 할 수 있다.

물론 2005헌마360 사건의 청구인들은 재미·재캐나다 영주권자들이란 점에서 위 97헌마99 결정의 청구인들⁴⁰⁾과는 차이가 있다. 그러나 청구인들이 법 제37조 제1항에 정한 주민등록요건이 위헌으로 선언됨으로써 선거권을 회복하게 된다면, 단기체류자인가 아니면 장기 체류 중인 영주권자인가에 따른 차이는 그 어느 쪽에 속하든 참정권이라는 기본권행사를 위한 필요충분조건인 국민이라는 차원에서 해소되므로 양자를 달리 볼 하등의 이유가 없다. 선거권과 같은 기본권은 대표적인 절차 종속적 기본권⁴¹⁾이기 때문에, 선거권행사에 관하여 구체적인 절차를 마련하여 보장하지 않으면 헌법상 보장된 기본권이 유명무실해져서 공허한 권리(nudum ius)가 될 수밖에 없다. 따라서 이러한 기본권의 경우 국가가 적절히 기본권실현을 위한 조직과 절차를 마련하여 실현하지 않으면 안 된다고 하는 것이 최근 기본권이론의 흐름이기도 하다.⁴²⁾ 따라서 국민들이 거주이전의 자유에 따라 공적 또는 사적인 목적을 위하여 (국내는 물론) 국외로 이주하는 경우이거나 혹은 직무, 학업, 여행, 파병 등의 이유로 외국에 일시 체류 하는 경우를 불문하고 주권자로서의 국민이 갖는 제1권리인 선거권을 행사할 수 있도록 절차를 보장하는 것은 국가의 일차적 의무에 속한다.

그렇다면 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자 신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부에 대해 국정선거권의 행사 가능성을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적은 갖추지 못하여 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선

39) 물론 이러한 경비까지 지원하면서 투표참여를 종용하는 국가도 없지 아니하다. 가령 이탈리아의 경우 투표는 국내에 들어와서 해야만 하는데 이 경우 여행비를 보상해 준다. Marten Breuer, aaO, S. 212.

40) 97헌마99결정의 청구인들은 상사주재원과 유학생이었다.

41) Marten Breuer, aaO, S. 145.

42) BVerfGE 77, 170 (229).

거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

나. 지방선거 참여권(선거권 및 피선거권) 부분

(1) 지방선거 참여권의 법적 성격

청구인들 중 국내에 주소를 두고 있는 재외국민들은 법 제15조 제2항 제1호 및 제37조 제1항이 선거권자에 대하여 주민등록을 요구함으로써, 또한 법 제16조 제3항은 피선거권자의 범위를 주민등록이 되어 있는 주민으로 한정함으로써, 주민등록을 할 수 없는 청구인들로부터 지방선거에서의 선거권 및 피선거권을 박탈하고 있다고 주장하는 바, 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원으로서 그것이 적법한 청구로 되기 위해서는 ‘국민의 기본권침해’가 존재하여야 하므로, 먼저 지방선거 참여권이 헌법상의 기본권에 해당하는지 여부가 선결문제가 된다.

우리 헌법은 제118조 제1항에서 “지방자치단체에 의회를 둔다.”는 규정을 두고, 또 그 제2항에서 “지방의회의 ... 의원선거 ... 에 관한 사항은 법률로 정한다”라고 함으로써 지방의회 의원선거권이 헌법상의 권리임을 분명히 하고 있으나(또한 헌법 제24조의 선거권도 ‘지방의회 의원선거권’을 포함하는 것으로 볼 수 있다), 같은 제118조 제2항은 “... 지방자치단체의 장의 선임방법 ... 에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고만 규정하고 있어 지방자치단체장 선거권이 헌법상의 권리인지 여부가 불분명하다.

국내 학자들의 견해를 살펴보면, ‘현행헌법(제118조 제2항)은 지방자치단체의 장의 선거권도 원칙적으로 배제하지는 않고 있다’고 보는 견해⁴³⁾와 같이 ‘헌법상의 권리성’을 인정하는 데 소극적인 입장이 있는 반면, 지방자치단체장의 경우 헌법이 ‘선거’라 하지 아니하고 ‘선임방법’이라고 규정하고 있음으로 인해 그 선거권을 법률상의 권리로 볼 수 있는 여지가 없는 것은 아니지만 자치단체장의 선임방법은 반드시 선거에 의하는 방식이어야 한다고 하면서 그 근거로서 우리 헌법이 지향하는 지방자치체는 주민자치체를 본질로 하는 민주적 지방자치체이므로 ‘임명제’는 허용되지 않는다고 보는 적극적인 입장도 있다.⁴⁴⁾

43) 허영, 한국헌법론, 2005, 530쪽

44) 권영성, 헌법학원론, 2004, 584쪽, 각주 2). 이러한 입장에 대해서는 계희열 교수도 지지하고 있다. 계희열, 헌법학(중), 2004, 589쪽 참조.

하지만 후자와 같은 해석은 헌법 제118조 제2항의 문면과는 상치되는 것으로 헌법조문에 구속되는 헌법재판소로서 쉽게 받아들이기 어렵다. 그렇다면 지방자치단체장의 선임방법은 현행 헌법상 법률에 위임되어 있는 것으로, 그 선거권 역시 일응 헌법상의 권리로 단정 짓기는 어렵다고 할 것이다. 하지만 지방자치단체장 선거권이 비록 법률상 권리라 할지라도, 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상 기본권인 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니므로, 지방자치단체의 장의 선거권에 대한 제한이 헌법적 심사로부터 완전히 자유로울 수는 없다. 따라서 지방선거권에 대한 제한은 지방의원의 경우이든 지방자치단체의 장의 경우이든 모두 헌법상의 기본권에 대한 제한에 해당한다.

한편 피선거권의 경우에는 지방의회 의원의 경우든 지방자치단체의 장의 경우든 헌법상의 권리로 봄이 상당할 것인데, 이미 우리 헌법재판소도 “헌법 제25조는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.’고 규정하여 국민에게 공무담임권을 보장하고 있다. 피선거권은 선거에 의하여 국가기관 또는 지방자치단체의 구성원으로 선출될 수 있는 자격을 의미하므로 공무담임권에 포함된다.”(헌재 2004. 12. 16. 2004헌마376, 판례집 16-2, 598)고 함으로써 지방선거의 피선거권을 헌법상의 기본권(공무담임권)으로 이해하고 있다.

(2) 공직선거법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항의 위헌 여부

(가) 선거권의 경우

지방의회 및 지방자치단체의 장 선거에 있어 선거권은 헌법 제118조 제1항과 제2항, 제24조로부터 도출되는 헌법상 및 법률상의 권리라 할 것이고, 이를 반영하여 지방자치법 제13조 제2항⁴⁵⁾은 지방의회의원이나 지방자치단체의 장의 선거권을 주민등록 여부에 관계없이 ‘국민인 주민’에게 부여하고 있다. 그러나 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 주민등록이 되어 있지 않은 재외국민으로부터 선거권을 박탈함으로써 이들이 지방선거에 아예 참여할 수 없도록 하고 있는데, 그와 같은 제한은 국정선거권의 경우와 마찬가지로

45) 지방자치법 제13조 “② 국민인 주민은 법령이 정하는 바에 의하여 그 지방자치단체에서 실시하는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거(이하 “지방선거”라 한다)에 참여할 권리를 가진다.”

지로 헌법상의 평등권 및 제37조 제2항의 요건을 충족시켜야 정당화될 수 있다.

지방자치법이 선거권행사의 실질적 요건으로 들고 있는 것은 ‘국민인 주민’이다. 즉 ‘국민’의 요건과 당해 지방자치단체의 ‘주민’이라는 요건이 동시에 충족되면 원칙적으로 선거권이 인정된다는 것이다.

해외거주 재외국민의 경우 ‘주민요건’이 탈락되고 있으므로 선거권이 인정될 수 없음은 물론이다. 반면, 국내거주 재외국민의 경우 위 두 요건을 동시에 충족하고 있다. 국내에 주소를 두고 있는 재외국민은 형식적으로 주민등록법상 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 다른 ‘국민인 주민’과 실질적으로 동일하다. 즉 이들은 당해 자치단체의 구역 내에서 다른 ‘국민인 주민’과 더불어 동질적 환경 속에서 동등한 책임을 부담하고 또 권리를 향유한다.

다른 한편, 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 현행법은 제15조 제2항4) 제2호에서 ‘영주의 체류자격을 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 일정 외국인’에 대해 지방선거권을 부여하고 있다(이에 따라 2006. 5. 31. 지방선거에서 투표권을 행사하게 되는 외국인은 총 6천579명으로 그 중 대만 출신이 6천511명이며 일본인 51명, 미국인 8명, 중국인 5명 등이라고 한다. 이상 부산일보 2006. 3. 27자). 전술한 바와 같이 ‘선거권’은 자연권이나 천부인권이 아니라 ‘국가의 법에 의해 부여되는 실정권’에 해당하며, 나아가 외국인의 지방선거권은 헌법상의 권리라 할 수는 없고 단지 공직선거법이 인정하고 있는 ‘법률상의 권리’에 불과하다. 따라서 현행법에 따를 경우 ‘헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 지방선거권’이 ‘법률상의 권리인 외국인의 지방선거권’에 못 미치는 현상, 즉 ‘권리의 역전 내지 전도 현상’을 초래하고 있다. 이러한 결과가 부당한 것임은 재론의 여지가 없다.

물론 ‘헌법상의 권리인가 아니면 법률상의 권리인가’에 따라 그 권리의 현

46) 공직선거법 제15조 “②다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다. <개정 2005.8.4>

1. 19세 이상의 국민으로서 제37조(명부작성) 제1항의 선거인명부작성기준일 현재 당해 지방자치단체의 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 자
2. 「출입국관리법」 제10조(체류자격)의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 제37조제1항의 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성 및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인등록대장에 등재된 자”

실적 효과에 있어 질적 차이가 있는 것은 아니라는 점, 또 ‘잠시 체류하는 재외국민에 비하여 생활의 근거를 국내의 일정지역에 두고 있는 외국인이 더 지방선거 선거권자의 개념에 가까울 수 있다’는 현실적 고려 등을 감안한다 할지라도, 영주외국인에 대해서는 일정기간 거주한 경우에는 지방선거권을 부여하면서도 국내거주 재외국민에 대해서는 그 체류기간을 불문하고 전면적, 획일적으로 지방선거권을 박탈하고 있는 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 법 제15조 제2항 제2호와의 관계에 비추어 볼 때 평등선거원칙에 위반되는 것일 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배된다.

(나) 피선거권의 경우

법 제16조 제3항은 지방선거에서의 피선거권자의 범위를 “선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민”으로 한정함으로써 주민등록이 불가능한 국내거주 재외국민의 피선거권을 박탈하고 있다.

헌법재판소는 구 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항의 위헌 여부가 다투어졌던 96헌마200 결정에서 ‘선거일 현재 계속하여 90일 이상 당해 지방자치단체 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 입후보의 요건’으로 하였던 구 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항에 대해 헌법에 위반되지 아니한다고 선언한 바 있다.

위 결정의 심판대상조항⁴⁷⁾과 이 사건 심판대상조항을 비교하면, 거주기간이 90일에서 60일로 단축된 것을 제외하면 그 규범적 의미내용이 실질적으로 동일하다. 그러나 위 결정에 대해서는 아래와 같은 이유에서 재검토를 필요로 한다.

법 제16조 제3항이 지방자치단체장선거에 있어 피선거권자의 자격요건을

47) 구 공직선거및선거부정방지법 제16조(피선거권) ③ 선거일 현재 계속하여 90일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 90일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

선거권에 비해 엄격하게 하고 있는 것은, 이미 위 결정(96헌마200)에서도 판시하고 있는바와 같이, “헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 자연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리나라 지방자치제도의 정착”(위 결정, 판례집 8-1, 550, 558-559)에 기여하고자 함에 있다 할 것이고, 그와 같은 입법목적의 달성을 위해 현행 공직선거법은 그 최소한의 요건으로서 ‘60일간의 거주요건’을 요구하고 있는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 공직선거법에 따르면 ‘지역전문가를 통한 지방자치행정의 민주성과 능률성의 제고’라는 입법목적의 달성은 60일간 당해 지역에 거주할 것을 요구하는 것으로 충족된다는 점이 전제되어 있는 것이다. 따라서 ‘외국의 영주권을 취득한 재외국민’이라 할지라도 그가 국내에 들어와 해당 지역에 일정기간 거주하고 있었다면 그로써 이미 당해 지방자치단체의 사무와 밀접한 이해관계를 형성하였다고 보아야 할 것이며, 그렇다면 설령 재외국민이라 할지라도 지방선거권을 행사할 수 있는 데 그칠 것이 아니라 필요하다면 지방의회나 지방자치단체의 장 선거에 출마하여 지방행정에 참여할 기회를 가질 수 있어야 함이 마땅한 것이다. 외국의 경우에도 지방선거의 선거권이 인정되면 거주요건을 갖출 경우 (경우에 따라 연령요건을 두기도 하지만) 원칙적으로 피선거권도 인정하는 것이 일반적이다.

나아가 현행 법 제16조 제2항⁴⁸⁾은 ‘만25세 이상의 국민’에 대해 국회의원 선거의 피선거권을 제한 없이 인정하고 있고, 그에 따라 ‘재외국민’이라 할지라도 국내거주 여부를 불문하고 국회의원 선거의 입후보를 통해 국정참여의 기회를 향유할 수 있음을 고려할 때, 지방적 차원의 행정참여의 기회를 의미하는 ‘국내거주 재외국민의 지방선거 피선거권’만을 부정함은 그 설득력을 상실하고 있다할 것이다.

그렇다면 ‘국내거주 재외국민’의 지방선거 피선거권을 원천적으로 봉쇄하는 공직선거법 제16조 제3항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 과도하게 국민의 헌법상 권리인 공무담임권을 침해한다.

48) 공직선거법 제16조(피선거권) ② 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

다. 국민투표권 부분

(1) 국민투표권의 의의

국민투표권이란 대의제민주주의를 보완하기 위한 수단으로서 국민이 직접 특정사안에 대해 결정권을 행사하는 권리로서 각종 선거에서의 선거권 및 피선거권과 더불어 국민의 참정권의 한 내용을 이루는 것이다. 현행헌법은 대통령이 필요하다고 인정하는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 결정하는 경우(헌법 제72조)와 헌법 개정안을 확정하는 경우(헌법 제130조 제2항)에 국민투표권을 인정하고 있다.

(2) 국민투표법 제14조 제1항의 위헌 여부

이상과 같은 헌법상 권리로서의 국민투표권을 구체화하는 법률로서 ‘국민투표법’이 제정되어 있으며, 국민투표법 제7조는 만19세 이상의 국민에게 원칙적으로 국민투표권을 부여하고 있다. 그런데 국민투표법 제14조 제1항은 투표인명부 작성의무자로 하여금 ‘국민투표일공고일 현재로 그 관할구역안에 주민등록이 된 투표권자를 투표구별로 조사하여 투표인명부를 작성’하도록 규정하고, 그 결과 청구인들과 같이 주민등록을 할 수 없는 재외국민에 대해서는 그 국내거주 여부를 불문하고 획일적, 전면적으로 국민투표권을 행사할 수 없도록 함으로써 전술한 국정선거권에 대한 제한과 유사한 상황을 초래하고 있다.

따라서 국민투표법 제14조 제1항의 위헌 여부는 참정권이라는 점에서 그 본질을 공유하고 있는 국정선거권과 국민투표권이 그 의미와 기능면에서 어떠한 차이를 가지는가의 여부가 중요한 기준이 될 것이다.

헌법 제72조에 의한 중요정책 국민투표는 ‘대통령이 그 대상이 되는 사항을 구체적으로 정하여 국민투표안을 공고함으로써 비로소 법적인 절차가 개시’(헌재 2003.11.27. 2003헌마694, 판례집 15-2,350,355)되는 임의적인 성격의 것이다. 즉 국민투표의 실시를 결정하는 것은 대통령의 독자적 권한으로서, 대통령은 국회 등 다른 국가기관과의 협의 없이 독자적으로 국민투표안을 공고함으로써 국민투표절차를 개시할 수 있다(위 결정, 판례집 15-2, 350, 356).⁴⁹⁾ 그런데 의회의 정상적 입법활동에 의한 법률제정을 통해 국가 중요

49) 대통령신임투표를 국민투표에 붙이는 행위 위헌확인 등 사건에서 4인 재판관의

정책을 실현할 수 있다면 현실정치에서 중요정책 국민투표가 반드시 행사되어야 할 필요가 없다는 점에서 입법의 대상과 국민투표의 대상은 광범위하게 일치하는 것이라 할 수 있고, 후자는 전자에 대해 보충적 또는 대체적 관계에 있다고 할 것이다. 즉 헌법 제72조의 국민투표는 대의기관인 국회의 의사를 보충 또는 대신하는 또 다른 대의기관인 대통령의 의사결정에 대한 국민의 승인절차라 할 수 있다.

헌법 제130조 제2항에 의한 헌법 개정 국민투표는 헌법 개정안에 대하여 최종적으로 국민투표를 거치도록 하는 것이지만, 이러한 국민투표는 양대 대의기관인 대통령 또는 국회 재적의원 과반수에 의한 헌법 개정안 제출(헌법 제128조 제1항) 및 국회 재적의원 2/3 이상에 의결(헌법 제130조 제1항)이라는 절차를 거쳐 최종적으로 국민에게 제안된 헌법 개정안에 대한 국민의 승인절차라 할 수 있다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 헌법 제72조의 국민투표든 제130조의 국민투표든 국민의 대의기관이 내린 의사결정에 대한 국민의 승인절차에 해당하는 것이다. 또한 대의기관의 선출주체가 곧 대의기관의 의사결정에 대한 승인주체가 되는 것이 논리적으로도 타당하다 할 것이고, 그렇다면 국민투표권자의 범위를 국정선거권자의 범위와 달리 볼 이유도 없다 할 것이다. 따라서 국민투표법 제14조 제1항이 주민등록을 할 수 없는 재외국민으로부터 국민투표권을 배제함으로써 헌법 제72조와 제130조 제2항이 보장한 청구인들의 국민투표권을 침해하고 있다는 이 사건 심판대상 부분의 결론 역시 국정선거권에 대한 판단과 동일하게 될 것이다.

3. 결정의 의의

이 결정은 종전의 합헌결정들을 파기하고(결정요지 9. 참조) 선거권 제한 입법의 헌법적 정당성을 판단함에 있어 엄격한 심사기준을 적용함으로써 주민등록만을 기준으로 선거권 등 참정권 부여 여부를 결정하는 것은 헌법과 합치될 수 없다는 점을 분명하게 확인하고 있다. 이 결정으로 인해 단순한 해외체류자이든 외국 영주권자이든 국민의 지위를 가진 재외국민은 주권자로서 원칙적으로 선거권 등 참정권을 행사할 수 있게 되었다.

국회의원과 정부간의 권한쟁의

- 국회의원의 심의·표결권 침해 및 제3자 소송담당의 허용 여부 -

(헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8, 판례집 19-2, 26)

이 은 희*

【판시사항】

가. 국회의 구성원인 국회의원이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권한쟁의심판에 있어서 이른바 ‘제3자 소송담당’이 허용되는지 여부(소극)

나. 국회의원의 심의·표결 권한이 국회의장이나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부(소극)

【심판대상】

대통령이 쌀협상 과정에서 미국, 인도, 이집트와 사이에 체결한 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위가 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권을 침해하였는지 여부이다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 대한민국 정부는 1995년부터 2004년까지 10년간 쌀에 대한 관세화를 유예받았던 특별대우를 2014년까지 10년간 추가로 연장하기 위하여 세계무

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

역기구(WTO) 회원국들과 사이에 소위 쌀협상을 하였고, 그 결과 다시 10년간 쌀에 대한 관세화를 유예하기로 하는 내용의 “세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정 부속서 1가 중 1994년도 관세 및 무역에 관한 일반협정에 대한 마라케쉬 의정서에 부속된 대한민국 양허표 일부개정안”을 채택하게 되었다.

(2) 정부는 위 쌀협상 과정에서 이해관계국인 미국, 인도, 이집트와 사이에 쌀에 대한 관세화 유예기간을 연장하는 대가로 위 나라들의 요구사항을 일부 수용하는 내용의 각 합의문(이하 ‘이 사건 합의문’이라고 한다)을 작성하였다.

(3) 정부가 2005. 6. 7.경 국회에 위 양허표 개정안에 대한 비준동의안을 제출하면서 이 사건 합의문을 포함시키지 아니하자, 국회의원인 청구인들은 이 사건 합의문을 포함하여 비준동의안을 제출할 것을 요구하였고, 정부는 이를 거부하였다.

(4) 이에 청구인들은 2005. 10. 31. 위 양허표 개정안에 대한 비준동의안 제출행위와 이 사건 합의문에 대한 비준동의안 제출거부행위로 인하여 청구인들의 조약안 심의·표결권 등이 침해되었다고 주장하면서 정부를 상대로 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였고, 그 후 2007. 4. 26. 헌법상 조약의 체결·비준 주체인 피청구인이 이 사건 합의문을 국회의 동의 없이 체결·비준한 행위로 인하여 국회의 조약 체결·비준 동의권 및 청구인들의 조약안 심의·표결권이 침해되었다고 청구취지를 변경하였다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 합의문 중 ‘미국과의 이행을 위한 별도 합의서’는 양곡관리법의 개정이 필요한 입법사항에 관한 조약에 해당하고, ‘인도와 이집트와의 국별 합의서’는 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약에 해당하므로, 그 체결·비준을 위하여 헌법 제60조 제1항에 따른 국회의 동의가 필요한 조약이다.

(2) 피청구인은 이 사건 합의문을 체결·비준함에 있어 국회의 동의절차를 거치지 아니함으로써 위 합의문에 대한 국회의 조약 체결·비준 동의권한을

침해하였다. 그런데 정부와 국회의 권력이 다수당을 중심으로 형성되는 현대의 정당국가적 권력분립구조 하에서 다수의 권력행사를 실효성 있게 견제할 수 있기 위해서는 소수정당이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장할 수 있어야 하므로, 소수정당의 국회의원인 청구인들은 국회를 위하여 위 합의문에 대한 국회의 체결·비준 동의권이 침해되었다는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

(3) 국회의원의 심의·표결권 행사는 국회의 의사를 형성하기 위한 국회 내부의 행위이므로 원칙적으로 국회의 대내적 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐이나, 이 사건과 같이 피청구인이 이 사건 합의문에 대한 비준동의안을 제출하지 아니함으로써 국회의원의 심의·표결권의 행사 자체가 불가능하게 된 경우에는 대외적 관계에서도 국회의원의 심의·표결권이 침해될 수 있다.

나. 피청구인의 답변

(1) 이 사건 합의문은 국가 간에 법적 구속력을 가지는 ‘조약’이 아니라 정치적·도덕적 구속력만을 가지는 ‘신사협정’에 불과하여 국회의 체결·비준동의의 대상이 아니므로, 청구인들이 주장하는 권한침해의 가능성이 없다.

(2) 조약에 대한 체결·비준 동의권한은 국회에게 있으므로 국회의 구성원으로서의 개별 국회의원은 국회의 권한침해를 이유로 권한쟁의심판을 청구할 수 없고, 국회의원이 국회의 권한침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있기 위해서는 이를 허용하는 명문의 규정이 있어야 하나 우리 헌법이나 헌법재판소법에 그에 관한 규정이 없다.

【결정요지】

가. 국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에게 권한쟁의심판을 청구할 수 있게 하는 것은 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 국가기관이 기관 내부에서 민주적인 방법으로 토론과 대화에 의하여 기관의 의사를 결정하려는 노력 대신 모든 문제를 사법적 수단에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려도 있으므로, 국가기관의 부분 기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을

주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’을 명시적으로 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계 하에서는 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.

나. 국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 국회의원들 상호간 또는 국회의원과 국회의장 사이와 같이 국회 내부적으로만 직접적인 법적 연관성을 발생시킬 수 있을 뿐이고 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서는 권한침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다. 따라서 피청구인인 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의원인 청구인들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다.

《재판관 이동흡의 별개의견》

세계무역기구 회원국들과의 쌀협상 과정에서 작성된 이 사건 합의문은 법적 효력을 발생하게 하는 조약체결을 위한 국내절차를 전혀 거치지 아니한 점, 조약의 일반적인 명칭과 다른 명칭과 형태로 체결된 점, 이 사건 양허안 개정안의 원만한 체결을 위하여 이해관계국과 사이의 신의에 기초하여 작성되었다고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 법적 구속력이 있는 헌법상의 조약이라고 보기보다는 당사국 간의 신의에 기초하여 이루어진 신사협정이라고 봄이 상당하므로, 이 사건 합의문이 조약임을 전제로 한 이 사건 심판청구는 심판의 대상도 부존재하여 각하를 면할 수 없다.

《재판관 송두환의 반대의견》

가. 정부와 의회가 다수당에 의해 지배되어 의회의 헌법상 권한이 행정부에 의해 침해되었거나 침해될 위험에 처하였음에도 불구하고 의회의 다수파 또는 특정 안건에 관한 다수세력이 의회의 권한을 수호하기 위한 권한쟁의심판 등 견제수단을 취하지 않음으로써 의회의 헌법적 권한이 제대로 수호되지 못하고 헌법의 권력분립 질서가 왜곡되는 상황 하에서는, 의회 내 소수파 의원들의 권능을 보호하는 것을 통하여 궁극적으로는 의회의 헌법적 권한을 수호하기 위하여, 그들에게 일정한 요건 하에 국회를 대신하여 국회의

권한침해를 다룰 수 있도록 하는 법적 지위를 인정할 필요가 있고, 그 구체적인 방안으로서 이른바 ‘제3자 소송담당’을 인정할 필요가 있다.

나. 이 사건과 같은 권한쟁의심판에 있어서 ‘제3자 소송담당’은 적어도 국회의 교섭단체 또는 그에 준하는 정도의 실체를 갖춘 의원 집단에게는 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 지위를 인정하여야 할 것이다.

【해설】

1. 서론

이 사건 결정은 ① 국회의 구성원인 청구인들이 국회를 위하여 국회의 권한침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지, 즉 권한쟁의심판에 있어 이른바 ‘제3자 소송담당’이 허용되는지 여부와 ② 국회의원의 심의·표결권이 국회의장이나 다른 국회의원이 아닌 국회 외부의 국가기관에 의하여 침해될 수 있는지 여부가 쟁점이 되었으므로 그에 대해 살펴보고, 위 쟁점은 이 사건 합의문이 조약에 해당함을 전제로 한 것인데, 이에 대해 조약이 아닌 신사협정이라는 별개의견이 있었으므로 그에 대해서도 살펴본다.

2. 권한쟁의심판에 있어 ‘제3자 소송담당’의 허용 여부

가. 제3자 소송담당에 대한 논의

제3자 소송담당이란 ‘제3자가 자신의 이름으로 타인의 이익을 위하여 소송을 제기할 수 있는 권한’을 말한다. 예컨대 국회의 교섭단체나 의원이 국회의 권한침해를 이유로 침해기관을 상대로 권한쟁의심판을 청구하는 경우를 말한다. 이 경우 청구인은 국회라는 기관의 법적인 대리인도 아니며 타인의 권한을 타인의 이름으로 다투는 것이 아니라 권한쟁의의 당사자로서 타인의 권한을 자신의 이름으로 방어하게 된다. 즉 스스로 방어하고자 하는 그 권한의 주체도 아니고 그 권한을 스스로 행사할 수도 없으면서 그 권한을 주장한다는 독특한 소송법적 구조를 취하게 된다.¹⁾

헌법재판에 있어 제3자 소송담당이 문제되는 경우는 헌법소원심판과 권한쟁의심판의 경우이다. 전자의 경우에 있어서 제3자 소송담당은 허용되지 않

1) 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2006, 307쪽

는다는 것이 헌법재판소의 입장으로, “단체와 그 구성원을 서로 별개의 독립된 권리주체로 인정하고 있는 현행의 우리나라 법제 아래에서는 원칙적으로 헌법상 기본권을 직접 침해당한 권리주체만이 헌법소원심판에 따라 권리구제를 청구할 수 있는 것이고, 비록 단체의 구성원이 기본권의 침해를 당했다고 하더라도 단체가 구성원의 권리구제를 위하여 그를 대신하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 허용될 수 없어 부적법하다.”고 판시한 바 있다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 297).

권한쟁의심판의 경우 헌법재판소가 입장을 표명했던 사건이 존재하기도(헌재 1998. 7. 14. 98헌라1) 하였으나 학계 등에서 이를 허용하자는 논의가 계속적으로 이어져 오고 있다.

나. 제3자 소송담당에 관한 독일의 판례 및 학설²⁾

(1) 권한쟁의에 관한 독일의 법제 개관

독일 기본법 제93조 제1항 제1호는 독일 연방헌법재판소가 결정하는 국가기관 상호간의 권한쟁의에 대해 “연방최고기관의 권리와 의무의 범위 또는, 기본법이나 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유의 권한을 갖는 기타 이해관계인(*andere Beteiligter*)의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 계기로 하는 기본법의 해석에 관하여”라고 규정하고 있고, 한편, 위 기본법 규정을 보다 구체화하고 있는 독일 연방헌법재판소법(이하 “연헌재법”) 제63조는 “연방대통령, 연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 기본법상 또는 연방의회와 연방참사원의 직무규칙상 고유의 권리를 부여 받은 이들 기관의 일부만이 청구인 및 피청구인이 될 수 있다.”고 규정하고 있다.

또한 연헌재법 제64조 제1항은 “청구인의 처분 또는 부작위가 기본법에 의하여 부여된 청구인 또는 그가 속한 기관의 권리와 의무를 침해하였다거나 직접 위태롭게 하였다고 주장하는 경우에 한하여 청구를 할 수 있다”고 규정하고 있다.

(2) 제3자 소송담당에 대한 독일의 논의

(가) 연헌재법 제64조 제1항은 기관의 부분, 즉 부분기관도 그가 소속된 기

2) 최희수 연구관 작성의 이 사건 보고서 요약

관을 위하여 권한쟁의를 청구할 수 있다고 규정함으로써 제3자 소송담당을 허용하고 있다. 이처럼 부분기관으로 하여금 그가 소속된 기관, 즉 母기관을 위하여 소송담당을 하도록 한 것은 민주적 헌법질서 하에서, 특히 의원내각제하에서, ‘다수의 전횡과 그로 말미암은 권력분립의 공동화현상’을 막기 위한 데 일차적인 목적이 있는 것으로 설명되고 있다(권력분립론에 입각한 논거).³⁾

그런데, 연헌재법 제64조 제1항의 문언대로라면 부분기관이 母기관을 위하여 소송담당을 하는 것이 매우 잦을 것처럼 보이지만, 실제로 연방헌법재판소는 제3자 소송담당을 매우 제한적으로만 인정하고 있다. 즉 연방헌법재판소는 지금까지 의회 내의 원내교섭단체에 대해서만 제3자 소송담당자로서의 지위를 인정하였을 뿐, 개별 의원이나 기타 당사자능력이 있는 기관의 부분들(가령 연방의회의 위원회 등)에 대해서는 아직 그러한 지위를 인정한 바 없다.

(나) 교섭단체의 경우

연방헌법재판소는 교섭단체가 제3자 소송담당자로서의 지위를 갖는 것은 “소수보호의 원칙”에 그 근거를 둔 것으로 이해한다. 즉 의회 내의 교섭단체는 국가의사의 형성과정에서 하나의 중요한 견제장치로서 역할을 한다고 한다.⁴⁾ 가령 다수와 교섭단체에 의해서 장악된 의회가 대정부견제권을 제대로 행사하지 않음으로 말미암아 의회의 권한이 침해되거나 직접적으로 위협에 처하는 경우는 쉽게 상상할 수 있고, 이런 경우를 대비해 법적으로 소수와 교섭단체에 대해 권한쟁의의 당사자가 될 수 있음을 인정하고, 그러한 당사자로서의 지위에서 의회의 권한을 대신 주장할 수 있도록 하는 것은 단순히 의회의 지위와 권한을 위해서 뿐만 아니라 소수와 교섭단체의 역할과 그 존재의의를 위해서도 필요한 것이라고 한다.⁵⁾

그 경우 다수와 교섭단체에 대해서도 제3자 소송담당자로서의 지위를 인정할 것인지가 문제된다. 하지만 사실상 의회를 장악하여 다수의석을 차지한 정당의 교섭단체가 의회의 권리와 지위를 보호하기 위하여 권한쟁의를

3) Löwer, 전제논문, S.753; D. Lorenz, Der Organstreit vor dem BVerfG, in: Ch. Stark(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe, Bd.I, S.233

4) BVerfGE 45, 1(29f.)

5) BVerfGE 70, 324(350 이하)

제기함으로써 제3자 소송담당자의 지위에 서는 것은 무의미한 것이므로, 실질적으로는 의회 내의 소수와 교섭단체만이 의회를 위한 소송담당자가 될 수 있다는 것이 확설의 주된 경향이다.⁶⁾

(다) 개별의원의 경우

의원에 대해서는 제3자 소송담당을 허용하지 않는 것이 연방헌법재판소의 입장이다. 연방헌법재판소가 의원에 대해 명시적으로 이를 인정하지 않는 이유는, 이 제도는 연헌재법 제63조 이하의 규정들에 따라 예외적으로 인정되는 것이며, 이 규정들의 문언에 비추어 볼 때 “기관”의 부분들, 즉 연방의회 내의 “상설기구”(상설적으로 존재하는 기구[Die ständig vorhandenen Gliederungen])에 국한되어 적용되며, 그 성립사에 비추어 볼 경우에도 의회 내의 ‘조직화된 소수파’, 특히 원내교섭단체의 보호를 목표로 하기 때문이라는 것이다.⁷⁾ 즉 상설기구가만 의회의 권리를 내세워 주장할 수 있을 뿐이고, 개별 사안에 따라 성립되는 의원의 집단은 그러하지 못하다는 것이다.⁸⁾

다. 이 사건에서의 검토

(1) 긍정론⁹⁾

(가) 우리 헌법은 제40조에서 “입법권은 국회에 속한다.”, 제66조 제4항에서 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”, 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”라고 규정함으로써 권력분립의 원칙을 선언하고 있다. 권력분립의 원칙은 국가권력의 분리와 합리적 제약을 통하여 권력의 남용을 방지하고, 이로써 국민의 자유와 권리를 보장하려는 것이다. 나아가, 헌법은 단순히 권력을 분립시키는 것에 그치지 않고 권력 상호간에 ‘견제와 균형’을 이루도록 함으로써 국가권력 작용이 서로 통제되면서 효율적으로 이루어지게 하고 있다. 이러한 권력분립의 원칙이 제대로 실

6) 가령 Ch. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl.(1991), S.113; Löwer, 전계 논문, 753쪽; Lorenz, 전계논문, 253쪽 참조.

7) BVerfGE 90, 286(342ff.); 80, 188(208f.) 참조. 동지의 견해로는 Clemens, Bundesverfassungs- gerichtsgesetz, Mitarbeitkommentar, 2.Aufl., §§ 63, 64, Rn.4ff., vor §63, Rn.17ff.

8) 김운용, 전계논문, 204쪽 참조; BVerfGE 2, 143(160)

9) 이 사건 결정의 반대의견 및 이 사건 참고인인 정태호 교수의 견해를 근거로 작성하였음

현되기 위해서는 무엇보다도 의회와 정부 사이에 권력의 견제와 균형이 제대로 이루어져야 한다.

그런데 오늘날 정부와 국회의 권력이 다수당을 중심으로 형성되는 현대의 정당국가적 권력분립구조 하에서는 의회와 행정부가 정당을 통하여 융화되는 현상을 보이고 있고, 그에 따라 의회의 대정부 견제기능이 약화되는 부작용이 초래되기도 한다. 그리하여 고전적 권력분립의 원칙을 의회 내에서의 여당과 야당 간의 기능적 권력분립이론을 통해 보완하여야 한다는 실질적, 기능적 권력분립이론이 주장되고 있다. 그와 같은 실질적 권력분립이론은 헌법이 지향하는 소수자보호의 이념에 부합하는 것이기도 하다.

정부와 의회가 다수당에 의해 지배되는 경우, 의회의 헌법상 권한이 행정부에 의해 침해되었거나 침해될 위험에 처하였음에도 불구하고 의회의 다수파 또는 특정 안전에 관한 다수세력이 그에 대한 방어를 제대로 하지 않는 상황이 초래될 수 있다. 다수파나 다수세력이 의회의 권한을 수호하기 위한 권한쟁의심판 등 견제수단을 취하지 않음으로써 헌법이 명령하는 권력의 견제기능을 제대로 수행하지 않는 현상이 나타날 수 있는 것이다.

이와 같이 의회의 헌법적 권한이 제대로 수호되지 못하고 헌법의 권력분립 질서가 왜곡되는 상황 하에서는, 의회 내 소수파 의원들의 권능을 보호하는 것을 통하여 궁극적으로는 의회의 헌법적 권한을 수호하기 위하여, 그들에게 일정한 요건 하에 국회를 대신하여 국회의 권한침해를 다룰 수 있도록 하는 법적 지위를 인정할 필요가 있고, 그 구체적 방안으로서 이른바 '제3자 소송담당'을 인정할 필요가 있다.

(나) '제3자 소송담당'은 이를 인정하는 명문의 법률규정이 없기는 하지만, 헌법소송의 주된 법원(法源)인 헌법재판소법이 그 제정 당시 헌법재판 역사와 경험의 일천으로 인하여 헌법소송에 필요한 모든 규율을 완결적으로 담아내지 못하였음은 주지의 사실이다. 한편, 헌법재판소법이 제40조에서 '헌법재판소법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사, 형사 또는 행정소송에 관한 법령을 준용'하도록 규정하면서, 다시 '헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서'라고 단서를 달고 있는 것은, 헌법재판소법이 완결적이지 못함을 스스로 인정하고, 나아가 헌법재판 또는 헌법소송이 여타의 소송과는 다른 특성과 특질을 가지고 있다는 것을 표명한 것이다. 이에 비추어

볼 때, 헌법재판 또는 헌법소송에 관하여는 헌법재판소가 헌법의 원리와 지도정신에 의거한 창조적 범형성으로 법적 흠결을 보완해 나갈 여지가 주어지고, 또한 그것이 예정되어 있는 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서, 의회의 대정부 견제기능의 정상적 작동을 전제로 한 헌법상의 권력분립이 명목적 원리로 전락하는 예외적 상황에서, 헌법재판소가 실질적 권력분립원칙과 소수자보호라는 헌법의 정신에 따라 ‘제3자 소송담당’을 허용할 것인지 여부 및 어떤 범위와 요건 하에서 허용할 것인지를 결정해 나감으로써 헌법재판소법에 내재된 입법적 흠결을 스스로 보완하는 것은 법적으로 금지되는 것이 아니라, 오히려 요청되는 바라 할 것이다.

(ㄷ) 이 사건과 같은 권한쟁의심판에 있어서 위와 같이 ‘제3자 소송담당’을 인정하는 경우 어떤 범위와 어떤 요건 하에서 인정할 것인지가 문제인바, 적어도 국회의 교섭단체 또는 그에 준하는 정도의 실체를 갖춘 의원 집단에게는 제3자 소송담당의 방식으로 권한쟁의심판을 제기할 수 있는 지위를 인정하여야 할 것이다.

교섭단체는 국회에서 의사진행에 관한 중요한 안건을 협의하기 위해 구성된 기구로서, 20인 이상의 소속의원을 가진 정당이 하나의 교섭단체가 되며, 다른 교섭단체에 속하지 않은 20명 이상의 의원도 따로 교섭단체를 구성할 수 있다(국회법 제33조 제1항). 교섭단체의 국회법상 지위와 기능적 중요성을 고려할 때, 교섭단체에게는 국회를 대신하는 제3자로서 소송을 담당할 자격을 인정할 필요가 있다 할 것이다.

한편, 교섭단체는 20인 이상의 의원들로서 구성되므로 소속의원 수가 20인에 미달하는 정당은 스스로 교섭단체를 결성할 수 없고, 다른 교섭단체에 속하지 않은 20인 미만의 의원들 또한 교섭단체를 구성할 수 없는바, 그러한 경우라도 상당한 수의 의원들이 국회의 권한과 권능 수호 및 소수자보호를 위해 연대하여 국회를 대신한 권한쟁의심판청구를 하는 경우라면 교섭단체에 준하는 단체성을 인정하여 심판청구의 적격을 인정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

(2) 부정론

(가) 권리는 원칙적으로 권리주체가 주장하여 소송수행을 하도록 하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하므로, ‘제3자 소송담당’은 예외적으로 법률의 규정

이 있는 경우에만 인정된다. 그런데 권한쟁의심판에 있어 헌법재판소법 제61조 제1항은 “국가기관 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관은 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고, 제2항은 “제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.”고 규정함으로써 권한쟁의심판의 청구인은 청구인의 권한침해만을 주장할 수 있도록 하고 있다. 즉 국가기관의 부분기관이 자신의 이름으로 소속기관의 권한을 주장할 수 있는 ‘제3자 소송담당’의 가능성을 명시적으로 규정하고 있지 않다(이에 반해 권한쟁의심판에 있어 ‘제3자 소송담당’을 허용하고 있는 독일은 기본법과 연방헌법재판소법에 부분기관이 소속된 기관을 위하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있도록 명문의 규정을 두고 있다).

(나) 또한 국회의 의사가 다수결에 의하여 결정되었음에도 다수결의 결과에 반대하는 소수의 국회의원에게 권한쟁의심판을 청구할 수 있게 하는 것은 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋날 뿐만 아니라, 국가기관이 기관 내부에서 민주적인 방법으로 토론과 대화에 의하여 기관의 의사를 결정하려는 노력 대신 모든 문제를 사법적 수단에 의해 해결하려는 방향으로 남용될 우려도 있다.

따라서 권한쟁의심판에 있어 ‘제3자 소송담당’을 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계 하에서 국회의 구성원인 국회의원들은 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다.

3. 국회 외의 국가기관에 의한 국회의원의 심의·표결권의 침해가능성 여부

가. 헌법재판소는 그동안 국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의심판사건과 같이 국회 내부에서의 분쟁이 문제될 경우에는 국회의원의 법률안 심의·표결권의 침해를 인정해 온 반면¹⁰⁾, 국회의원과 다른 국가기관 간의 권한쟁의심판사건에서는 국회의원의 심의·표결권의 침해가능성 여부를 둘러싸고 견

10) 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154, 163 ; 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2, 17, 23 등 참조.

해가 서로 대립하여 왔다(헌재 1998. 7. 14. 98헌라1¹¹⁾, 98헌라2).

국회 외의 국가기관에 의한 국회의원의 심의·표결권 침해가능성 여부에 대한 학계의 논의는 찾아보기 어렵고, 다만, 이 사건의 참고인들(이덕연 교수, 정태호 교수)이 서로 다른 견해를 취하였을 정도이므로 참고인들의 견해 등을 반영하여 긍정론과 부정론을 상정해 본다.

나. 긍정론

헌법재판소는 국회뿐만 아니라 국회의 부분기관인 국회의원에게도 권한쟁의심판의 당사자능력과 당사자적격을 인정하고 있으므로, 국회의원은 헌법과 법률로부터 유래한 자신의 독자적인 권한이 침해될 경우, 당연히 침해행위에 대한 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 할 것이다. 국회의원의 심의·표결권은 국회의원 개인의 자격에서 갖는 ‘권리’가 아니라 헌법기관으로서 직무상 보유하고 있는 ‘권능’으로, 국회의 동의권 등과는 구별되는 독자적인 헌법적 의미를 갖고 있고, 국회의원 개개인은 ‘국민의 대표’로서 국민의 의사가 왜곡되는 일이 없이 최대한 국정에 반영될 수 있도록 심의·표결권을 보장 받고 있는 것이며, 이는 대의민주주의의 실현을 위한 필수적 요소라 할 것이므로, 이러한 심의·표결권의 침해행위는 국회 내부에서 뿐만 아니라 국회

-
- 11) ○ 재판관 김용준의 의견 : “국회의원이 국회에서 심의·표결권한을 행사하는 것은 국회의원들 상호간 또는 국회의원과 국회의장 사이에서만 직접적인 법적 연관성을 가질 뿐, 국회의원과 대통령 등 국회 이외의 다른 국가기관과 사이에서는 아무런 직접적인 법적 연관성을 가지지 아니하므로, 대통령이 국회의 동의를 얻지 아니하고 국무총리서리를 임명한 행위가 국회에 대한 관계에서 국무총리의 임명에 관한 국회의 동의권한을 침해한 것인지의 여부는 별론으로 하고, 국회의원인 청구인들과의 관계에서 국무총리 임명동의안에 관한 청구인들의 심의·표결권한의 행사를 불가능하게 하거나 방해함으로써 그 권한을 침해할 가능성이 있다고 볼 수 없다(판례집 10-2, 1, 18).”
- 재판관 김문희, 이재화, 한대현의 의견 : “국회는 국회의원으로 구성되는 합의제 기관으로서(헌법 제41조 제1항 참조) 국회의 의사는 결국 표결 등으로 나타나는 국회의원들의 의사가 결집된 것이므로, 헌법 제86조 제1항에 규정된 국무총리 임명에 대한 국회의 동의권한은 그 속성상 필연적으로 국무총리 임명동의안에 대한 국회의원들의 표결권한을 내포하고 있다. 그렇다면 청구인들은 국회를 구성하는 국회의원으로서 이 사건 임명처분으로 국무총리 임명에 관한 국회의 동의권한 및 자신들의 국무총리 임명동의안에 대한 표결권한을 동시에 침해받았다고 주장하면서 권한쟁의심판을 청구할 자격이 있다고 할 것이다(판례집 10-2, 1, 25).”
- 재판관 이영모의 의견 : 재판관 김용준의 의견과 같다(판례집 10-2, 1, 37 참조).

외의 다른 모든 국가기관에 의해서도 자행될 수 있다. 따라서 국회의원은 어느 누구에 대해서라도 심의·표결권의 침해를 주장할 수 있고, 다른 국가기관에 의해 심의·표결권을 행사하지 못하도록 방해받는 경우에는 당연히 적법하게 권한쟁의심판을 청구할 수 있어야 할 것이다.

국회의원이 국회 외부기관에 대해 심의·표결권의 침해를 주장하는 길을 봉쇄하는 것은 대의민주주의 하에서 국회의원의 헌법상 지위와 역할을 경시하는 것일 뿐만 아니라, ‘소수자 보호’라는 권한쟁의심판 본연의 목적과도 배치된다. 즉, 정당국가적 경향이 진전됨에 따라 권한쟁의심판은 정치과정에서 소수파가 다수파의 월권적 행위를 헌법적 원리에 의해 통제할 수 있는 장치로서의 기능에 중점이 두어지고 있는데,¹²⁾ 만약 소수파에 속하는 개별 국회의원에게 정부에 의한 심의·표결권의 침해를 이유로 하는 권한쟁의심판을 청구하지 못하도록 한다면, 다수정당으로서는 국회 내에서 표결처리를 강행함으로써 권한쟁의심판에 휘말릴 위험을 감수하기보다는 정부와 획책하여 아예 국회에 안건조차 상정하지 않음으로써 이에 대한 심의·표결을 막음과 동시에 그에 대한 추궁은 법적·정치적 책임으로부터 자유로운 정부에 방기해버리는 전횡을 일삼을 수도 있다. 제3자 소송담당을 부정 내지 제한적으로만 인정하는 입장에 설 경우 그러한 위험은 더욱 증가한다. 소수파에 속하는 국회의원은 자신의 심의·표결권뿐만 아니라 국회의 권한침해도 주장할 수 없게 되기 때문이다. 따라서 국회의원과 국회 외의 국가기관 간의 관계에서도 국회의원의 심의·표결권의 침해가능성을 인정하여야 할 것이다.

다. 부정론

헌법 제60조 제1항에 의한 국회의 동의권과 헌법 제40조 및 제41조 제1항과 국회법 제93조 및 제109조 내지 제112조에 따른 국회의원의 심의·표결권은 비록 국회의 동의권이 개별 국회의원의 심의·표결절차를 거쳐 행사되기는 하지만 그 권한의 귀속주체가 다르고, 또 심의·표결권의 행사는 국회의 의사를 형성하기 위한 국회 내부의 행위로서 구체적인 의안 처리와 관련하여 각 국회의원에게 부여되는데 비하여, 동의권의 행사는 국회가 그 의결을 통하여 다른 국가기관에 대한 의사표시로서 행해지며 대외적인 법적 효

12) 헌법재판실무제요, 272면 참조.

과가 발생한다는 점에서 구분된다.

따라서 국회의 동의권이 침해되었다고 하여 동시에 국회의원의 심의·표결권이 침해되었다고 할 수 없고, 또 국회의원의 심의·표결권은 국회의 대내적인 관계에서 행사되고 침해될 수 있을 뿐 다른 국가기관과의 대외적인 관계에서는 침해될 수 없는 것이므로, 국회의원들 상호간 또는 국회의원과 국회의장 사이와 같이 국회 내부적으로만 직접적인 법적 연관성을 발생시킬 수 있을 뿐이고 대통령 등 국회 이외의 국가기관과 사이에서는 권한침해의 직접적인 법적 효과를 발생시키지 아니한다.

따라서 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의 체결·비준 동의권이 침해될 수는 있어도 국회의원들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없다고 할 것이다.

4. 이 사건 합의문이 조약인지 여부

가. 조약과 신사협정의 구별¹³⁾

(1) 조약의 개념에 관하여 우리 헌법상 명문의 규정은 없고 헌법교과서에서 이를 직접 다룬 경우도 거의 찾아보기 어려운데 이는 헌법상의 조약이 당연히 “국제법상의 조약”으로 해석되고 있기 때문으로 생각된다. 「조약법에 관한 비인(Wien) 협약」 제2조 제1항 a호는 “조약은 단일의 문서 또는 둘 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이, 또한 그 특정의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가 간에 체결되고 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의”라고 규정하고 있다. 따라서 조약은 ① 국제법 주체 간에 ② 권리·의무관계를 창출하기 위하여 ③ 서면형식으로 체결되며 ④ 국제법에 의하여 규율되는 합의라고 정의할 수 있을 것이다¹⁴⁾.

조약은 그 명칭으로 조약, 규약, 헌장, 규정, 협정, 협약, 의정서, 교환각

13) 외교통상부조약국, 알기쉬운 조약업무(2006년 3월)

14) 현재 2004.12.16, 2002헌마579 결정의 연구보고서(김승대 연구관 작성)는 조약이 되기 위하여는 다음의 5가지 요소가 필요하다고 보았다. ① 당사자간의 의사의 합치(an expression of concurring wills), ② 복수의 법주체에게 귀속되는 의사의 합치(concurring wills attributable to two or more subjects of law) ③ 복수의 국제법 주체의 존재(two or more subjects of public international law) ④ 법적 효과를 창출하고자 하는 의도(intention to produce legal effects) ⑤ 국제법상의 법적 효과(legal effects under public international law)

서, 양해각서 등이 사용되고 있는데 각각을 구분하는 명확한 기준은 없다.

(2) 신사협정은 정치가나 외교관들 사이에서 법적 구속력을 부여하지 않고 단지 상대방의 신의에 기초하여 서로 언약하는 정책수행상의 약속으로 볼 수 있고, 이러한 약속은 법률적인 것이 아니라 정치적 또는 도의적인 것에 불과하다. 그러나 신사협정의 당사자가 정부수반·각료 또는 대사일 경우에는 외관상 조약과 구별하기 어렵다.

(3) 통상 조약과 신사협정은 ① 당사자의 의도(정치적·선언적 성격을 의도한 것인지, 법적인 구속력을 의도한 것인지 여부), ② 권리·의무관계의 구체성(조약은 명확하고 구체적인 권리·의무를 규정하여야 함), ③ 내용의 중요도(안보, 민간항공, 관세, 무역, 인권, 특권, 면제, 범죄인 인도 등 중요한 문제를 내용으로 하거나 국내법적 차원에서 볼 때 새로운 입법사항을 포함하고 있는 합의는 일반적으로 조약의 범주에 포함됨), ④ 강제적인 국제사법 절차에 의한 분쟁해결규정 포함여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다.

나. 이 사건에서의 검토

이 사건 합의문은 이 사건 심판에 현출되지 아니하여 그 내용 및 서명주체를 알 수 없어 조약 여부에 대하여 단정하기 어려운 면이 있다. 이에 두 가지 견해를 상정해 볼 수 있다.

(1) 조약이라는 견해

① 이 사건 합의문은 쌀 관세화 유예기간을 10년으로 연장하는 내용의 이 사건 양허안 개정안에 대한 다자간 협상을 위하여 이해관계국 사이에서 양자간 합의로 이루어진 것이므로 국제법 주체들 사이에 체결된 것으로 볼 수 있다.

② 합의문은 쌀 관세화 유예기간을 연장하는 대가로 이해관계국에게 일정한 합의를 해 준 것이므로 이를 들어 정치적·선언적 의미의 합의에 불과한 것이라고 보기 어렵고, 기록에 현출된 수입쌀을 공매하기로 하는 미국과의 합의 및 식량원조용 쌀을 구매하기로 하는 인도·이집트와의 합의 내용을 보면 양국 사이에 구체적인 권리·의무를 부과하는 것으로 볼 수 있는데다가 청구인들은 위 합의내용이 국회의 동의를 요하는 헌법 제60조 제1항에

규정된 조약내용이라고 다두고 있기까지 하다.

③ 합의문에 대하여 국내법상의 조약체결절차(국무회의 심의, 공포)를 거치지 않았다고 하여 조약성을 부인할 수 있는 것은 아니다. 이는 조약의 국내법적 효력에 관련된 문제일 뿐이다.

(2) 신사협정이라는 견해

① 이 사건 합의문은 법적 효력을 발생하게 하는 조약체결을 위한 국내절차인 국무회의 심의, 대통령 재가, 공포 등을 전혀 거치지 아니하였는바, 이는 이 사건 합의문에 발효를 위한 국내절차규정이 포함되어 있지 아니함을 의미하므로 체결 당사자 사이에 법적 구속력을 부여할 의도가 없었다고 보인다.

② 이 사건 합의문은 재외공관장들 간의 외교서한의 형태로서 특별한 명칭이 없거나 양해록(record of understanding)으로 되어 있는바, 조약의 일반적인 명칭에 비추어 이는 위 합의문을 조약의 형태로 체결할 의사가 없었음을 의미한다.

③ 다자간 조약인 이 사건 양허안 개정안의 원만한 체결을 위하여 이해관계국과 사이의 신의에 기초하여 이 사건 합의문을 작성하였다고 볼 수도 있다.

5. 이 사건 결정의 의의

이 사건 결정에서 쟁점이 된 권한쟁의심판에서의 ‘제3자 소송담당’이 허용되는지 여부와 국회 이외의 국가기관에 의하여 국회의원의 심의·표결권이 침해될 수 있는지 여부는 헌법재판소에 아직 명확한 선례가 존재하지 아니한데다가 권한쟁의심판에 있어 ‘제3자 소송담당’을 허용하자는 학계의 논의도 있어 헌법재판소가 공개변론절차를 거쳐 여러 학계의 의견을 수렴하여 그에 대한 판단을 내렸고, 국회의 다수의사와 배치될 수 있고 헌법재판소와 또 다른 권력분립의 한 축에 있는 국회의 의사를 무시하는 결과가 될 수 있는 국회의원의 ‘제3자 소송담당’은 헌법과 법률의 명문 규정 없이는 헌법재판소로서 적극적일 수 없다는 것이 이 사건 결정의 취지로 보인다.

문화재보호법 제81조 제4항 등 위헌확인

- 사법상의 소유권한을 불문한 도굴문화재 보유·보관 행위의
처벌과 재산권의 제한-

(헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377, 판례집 19-2, 90)

성 왕*

【판시사항】

1. 문화재의 은닉, 도굴 등이 된 문화재의 보유·보관을 처벌하도록 규정
한 문화재보호법 조항들이 명확성의 원칙에 반하는지 여부
2. 본인의 은닉행위 이전에 타인이 당해 문화재를 절취하는 등으로 문화
재의 효용을 해한 행위가 처벌되지 않은 경우에도, 본인의 은닉행위를 처벌
하도록 하는 것이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부
3. 본인의 문화재의 보유·보관행위 이전에 타인이 한 당해 문화재에 관
한 도굴 등이 처벌되지 아니하여도, 본인이 그 정을 알고 보유·보관하는 경
우 처벌하도록 하는 것이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부
4. 은닉, 보유·보관된 당해 문화재의 필요적 몰수가 책임과 형벌 간 비례
원칙에 위배되는지 여부

【심판의 대상】

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법
률 제8346호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 법’이라 한다) 제81조 제4항 및
제5항 중 제4항 부분, 제82조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분의 위헌 여부와
문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 전부 개정된 것, 이하 ‘법’이라

* 헌법연구관

한다) 제103조 제4항 및 제5항 중 제4항 부분, 제104조 제4항 및 제7항 중 제4항 부분의 위헌 여부이다.

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되고, 2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정되기 전의 것) 제81조(손상 또는 은닉등의 죄)

④ 제1항 및 제2항에 규정된 은닉행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 동향의 규정에 의한 손상·절취·은닉 그 밖의 방법으로 그 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재의 효용을 해하는 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 당해 은닉행위자는 동향에 정한 형으로 처벌한다.

⑤ 제1항 내지 제4항의 경우에 당해 문화재는 이를 몰수한다. 다만, 몰수하기가 불가능한 때에는 당해 문화재의 감정가액을 추징한다.

제82조(도굴등의 죄) ④ 제3항에 규정된 보유 또는 보관행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 동향의 규정에 의한 도굴·현상변경·양도·양수·취득·운반·보유 또는 보관행위가 처벌되지 아니한 경우에도 당해 보유 또는 보관행위자는 동향에 정한 형으로 처벌한다.

⑦ 제1항 내지 제6항의 경우에 있어서 당해 문화재는 이를 몰수한다.

문화재보호법(2007. 4. 11. 법률 제8346호로 개정된 것) 제103조(손상 또는 은닉 등의 죄)④ 제1항과 제2항에 규정된 은닉 행위 이전에 타인에 의하여 행하여진 같은 항에 따른 손상, 절취, 은닉, 그 밖의 방법으로 그 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재의 효용을 해하는 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 해당 은닉 행위자는 같은 항에 정한 형으로 처벌한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지의 경우에 해당 문화재는 몰수한다. 다만, 몰수하기가 불가능하면 해당 문화재의 감정가액을 추징한다.

제104조(도굴 등의 죄) ④ 제3항에 규정된 보유 또는 보관 행위 이전에 타인이 행한 같은 항에 따른 도굴, 현상변경, 양도, 양수, 취득, 운반, 보유 또는 보관 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 해당 보유 또는 보관행위자는 같은 항에 정한 형으로 처벌한다.

⑦ 제1항부터 제6항까지의 경우에 해당 문화재는 몰수한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인들은 소관 구청장에게 문화재매매업신고를 하거나 문화재매매업허가를 받고 현재 동산에 속하는 유형문화재나 유형의 민속자료를 매매 또는 교환하는 업에 종사하고 있는바, 심판대상 법률조항들이 문화재매매 등의 거래를 심히 위축시키는 부당한 결과를 초래함은 물론 헌법상 보장된 청구인들의 직업의 자유, 재산권, 평등권을 침해하고 죄형법정주의원칙과 사적자치의 원칙에 위배된다고 주장하면서 2003. 6. 11. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인과 문화재청장의 의견

가. 청구이유

(1) 문화재의 절취 또는 도굴 등의 본범에 대하여 공소시효가 완성되면 문화재의 장물성이 상실되어 그 후에 절취된 지정문화재 등을 은닉하거나 도굴 등이 된 문화재를 보유·보관한 자를 다시 소추할 수 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항으로 인하여 그러한 경우에도 소추할 수 있도록 한 것은 죄형법정주의에서 요구되는 형벌불소급의 원칙과 이중처벌금지의 원칙에 반하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은 범행의 객체를 국가지정문화재, 그 밖의 지정문화재, 가지정문화재, 일반동산문화재 등으로 규정하고 있으나 그 내용이 너무 추상적이고 모호하기 때문에 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 반하는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항은 실질적으로 민법상의 선의취득이나 동산에 대한 점유취득시효에 관한 제 규정들의 적용을 배제하고, 특정인에 대하여 공소시효의 적용을 배제하는 처분적 법률로서 체계정당성의 원리 및 평등의 원칙에 반하고 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 재산권과 직업의 자유를 침해하는 것이다.

나. 문화재청장의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 동일인의 동일한 행위에 대하여 거듭 형벌을 부과하거나 공소시효가 완성된 범죄에 대하여 소급하여 소추가 가능하도록 하는 내용을 담고 있지 아니하고, 이 법 시행일 이후에 계속되고 있는 행위를

그 처벌대상으로 삼고 있으므로 형벌불소급의 원칙 및 이중처벌금지의 원칙에 반하지 아니한다.

(2) 이 사건 법률조항에서 범행의 객체인 지정문화재, 가지정문화재, 일반동산문화재 등은 입법목적, 다른 조항과의 관련성, 법관의 합리적 해석에 의하여 구체적으로 특정할 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 이 사건 법률조항으로 인하여 실질적으로 민법상의 선의취득이나 동산에 대한 점유취득시효에 관한 제 규정들의 적용을 일부 배제한다고 하더라도 이는 문화재의 절취·도굴 방지 및 그 부정한 유통을 차단하기 위한 것으로 입법자의 입법형성권에 속하는 사항이므로 평등의 원칙과 사적자치의 원칙에 반하지 아니하고 청구인들의 재산권이나 직업의 자유를 침해하지 아니한다.

【결정요지】

1. 인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰 ‘문화재’의 개념은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 통하여 판단할 수 있고, 구체적인 사건에서는 법관의 합리적인 해석에 의하여 판단할 수 있으며, 입법목적과 다른 조항과의 연관성, 합리적인 해석가능성, 입법기술상의 한계 등을 고려할 때, 무엇이 이에 해당 하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없으므로 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

2. 문화재의 은닉을 처벌하는 것은 문화재의 효용을 보존하는 것을 직접적인 목적으로 하며, 소위 ‘문화재의 세탁’을 통한 문화재의 밀거래, 해외반출 등의 유인을 억제하고자 한 것으로, 그로 인한 사익의 침해는 ‘은닉’이라는 특정한 행위 방식으로 문화재의 효용을 해하는 사용 내지 처분을 할 수 없다는 것에 불과하고, 은닉 이외의 다른 방식으로 얼마든지 문화재를 사용·수익·처분할 수 있다는 점에서 과잉금지원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

3. 도굴 등 된 문화재의 보유·보관을 처벌하는 것은 문화재가 국가의 문화재 관리망을 벗어나 음성적으로 거래되는 것을 방지하기 위한 것으로 그 입법목적의 정당성은 인정된다. 그러나 사법상 보유권한의 유무를 불문하고 도굴 등이 된 문화재인 정을 안 경우, 특히 선의취득 등 사법상 보유권한의

취득 후에 도굴 등이 된 정을 알게 된 경우까지 처벌의 대상으로 삼는 것은 위와 같은 입법목적이 당해 문화재의 보유·보관자에 대한 신고의무나 등록의무의 부과 및 그 위반에 대한 제재를 통하여도 달성 가능하다는 점 등을 고려할 때 침해의 최소성에 반한다. 나아가 선의취득자 등이 보유문화재가 도굴 등이 된 정을 알고 즉시 제3자에게 문화재를 이전하는 경우 그 행위는 제3자를 구성요건에 해당하게 할 수 있다는 점에서 적법하게 취득한 문화재에 관한 재산권의 처분을 사실상 불가능하게 하므로 침해되는 사익이 현저하여 법익균형성의 요건 역시 충족하기 어렵다. 따라서 재산권 행사의 사회적 제약을 넘어 불필요하거나 지나치게 가혹한 부담을 부과하는 것으로 헌법에 위반된다.

4. 문화재는 원칙적으로 사적 소유권의 객체가 될 수 있고, 문화재의 은닉이나 도굴된 문화재인 정을 알고 보유 또는 보관하는 행위의 태양이 매우 다양함에도 구체적 행위 태양이나 적법한 보유권한의 유무 등에 관계없이 필요적 몰수형을 규정한 것은 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하여 지나치게 과중한 형벌을 부과하는 것으로 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다.

재판관 조대현의 한정위헌의견

문화재가 적법하게 개인의 소유로 된 경우에도 이 사건 심판대상 법률조항들을 적용하면, 소유권자가 소유물을 보유·보관·은닉하는 행위를 형사처벌하고 그 소유물을 몰수하는 결과로 되어 사유재산권을 근본적으로 부정하는 것이므로 헌법에 위반된다.

【해설】

1. 적법요건에 대한 검토

가. 단체의 구성원을 위한 헌법소원심판청구

단체는 특별한 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 단체 자신의 기본권을 직접 침해당한 경우에만 그의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있을 뿐이고, 그 구성원을 위하여 또는 구성원을 대신하여 헌법소원심판을 청구할 수 없다.

그에 따라 사단법인 ○○미술협회의 이 사건 헌법소원심판청구는 자기관

련성의 요건을 갖추지 못하여 부적법한 것으로 보았다.

나. 형벌조항에 의한 기본권침해의 법적 관련성

이 사건의 경우 문화재매매업자인 청구인들이 심판대상 법률조항 위반혐의로 기소되었거나 처벌받은 바 없다는 점에서 기본권침해의 자기관련성, 현재성이 문제되었으나, 형벌조항의 경우 그 자체로서 수범자에게 법적인 금지의무를 부과하고 수범자의 의무 위반이 있는 때에는 형벌을 부과하므로 수범자에게는 간접적, 사실적 이해관계를 넘는 법적인 자기관련성이 인정된다고 보고, 나아가 법률이 직접 국민에게 행위의무 또는 금지의무를 부과한 후 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌, 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 금지의무를 직접 부담(헌재 1996. 2. 29. 94헌마 213, 판례집 8-1, 147, 154 참조)하며, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형벌조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 312-313 참조)는 이유로 청구의 적법성을 인정하였다.

2. 심판대상 법률조항들의 입법경위

구 문화재보호법 제81조 제4항 및 문화재보호법 제103조 제4항(이하 ‘구 법 제81조 제4항 등’이라 한다)은 본인의 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재(이하 ‘문화재’라 한다)의 ‘은닉’이전에 타인에 의하여 행하여진 당해 문화재에 대한 손상·절취·은닉 그 밖의 방법으로 문화재의 효용을 해하는(이하 ‘은닉 등’이라 한다) 행위가 처벌되지 아니한 경우에도 본인을 처벌하도록, 구 문화재보호법 제82조 제4항 및 문화재보호법 제104조 제4항(이하 ‘구 법 제82조 제4항 등’이라 한다)은 본인의 허가 없이 발굴되었거나 현상변경된 문화재(이하 ‘도굴된 문화재’라 한다)의 보유 또는 보관행위 이전에 행하여진 당해 문화재에 대한 타인의 도굴·현상변경·양도·양수·취득·운반·보유 또는 보관 행위(이하 ‘도굴 등’이라 한다)가 처벌되지 아니한 경우에도 본인을 처벌하도록 규정하고 있다.

문화재의 ‘은닉’ 및 도굴된 문화재의 ‘보유·보관’행위는 문화재보호법이 2002. 12. 30. 법률 제684호로 개정되기 이전에도 법 제81조 제1, 2항 내지 제82조 제3항에 의하여 처벌하도록 규정되어 있었으나, 대법원이 구 문화재보호법 제82조의 해석과 관련하여 행위의 객체를 좁게 해석하여 ‘문화재보호법상의 장물성’을 요구함¹⁾에 따라 도굴범이 공소시효 완성 등으로 처벌되지 않게 된 이후에 도굴된 문화재를 전전유통 시키는 경우 그에 대한 억제 방안이 없게 되자, 입법을 통하여 ‘문화재보호법상의 장물성’에 관계없이 문화재의 은닉이나 도굴된 문화재를 그 정을 알고 보유 또는 보관하는 행위는 처벌됨을 규정한 것이다.

3. 문화재의 은닉 및 도굴 등이 된 문화재의 보유·보관행위와 형법상 장물죄의 구별

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제684호로 개정되기 전의 것) 제82조를 해석함에 있어 대법원이 ‘문화재보호법상의 장물’이라는 개념을 사용함에 따라 이 사건 심판대상 법률조항들의 구성요건행위와 형법상 장물죄와의 관계가 문제되었다.

구 문화재보호법 제82조 제3항, 제5항에 관한 대법원의 관례에 따르면 본범이 공소시효 완성 등으로 처벌되지 아니하여서 몰수 또는 추징이 불가능 해지면 당해 문화재는 문화재보호법상의 장물성을 상실한다는 것인데, ① 구 문화재보호법 제82조 제3항, 제5항의 경우 재산죄에 의하여 영득된 재물만을 그 대상으로 하지 않는다는 점에서 우선 형법상 장물죄와 구별된다. 허가 없이 매장문화재를 발굴하거나 현상변경 하는 것이 일반적으로는 재산죄가 된다 하여도²⁾ 영득의사가 없는 경우 등에 있어서는 재산죄라 할 수 없고,

1) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도 538판결 “허가 없이 발굴한 본범에 대하여 공소시효가 완성되어 국가과형권을 발동할 수 없게 되고 따라서 그 위반물품에 대하여 몰수 또는 추징도 할 수 없는 단계에 이르렀을 때에는 그 위반물품에 대한 이른바 문화재보호법상의 장물성도 잃게 되는 것이라고 봄이 상당하므로 피고인들의 양도 예비나 양도알선예비 당시 이 사건 문화재를 허가 없이 발굴한 본범에 대한 공소시효가 완성되었다면 이를 양도하거나 양도알선할 목적으로 예비하였다 하더라도 이를 처벌할 수 없다.”

2) 매장문화재의 경우 민법에 따라 국유이므로 이를 현상변경하거나 도굴하는 행위는 손괴 또는 절도 등에 해당할 수 있다.

그 경우 발굴되거나 현상변경된 문화재가 형법상의 ‘장물’이 되는 것은 아니다. ② 형법상 장물죄의 경우 본범이 처벌되는지 여부는 장물성과 관계가 없다.³⁾ 장물인지 여부는 재산죄인 범죄행위에 의하여 영득된 재물로서 피해자가 법률상 반환청구할 수 있는지 여부에 달려있고 본범이 유책한지 여부나 처벌되는지 여부에 달려 있는 것은 아닌데, 문화재보호법 제82조에 대한 대법원의 해석에 따르면 본범의 처벌가부가 ‘문화재보호법상의 장물성’을 좌우한다는 점에서 형법상 장물성과는 확연히 구분된다.

결국 구 문화재보호법 제82조 제3항은 형법상의 장물범으로 이해하기 어렵고, 위 조항을 구성요건에 차용하고 있는 법 제82조 제4항 역시 장물죄의 한 유형에 해당한다고 보기 어렵다.

이러한 논의의 실익은 사법상의 보유권한 있는 자에게 구 법 제82조 제4항 등의 구성요건해당성을 인정할 수 있느냐와 관계가 있다. 형법상 장물죄의 경우 사법상 보유권한 있는 자에게는 성립하지 아니하나, 위와 같이 구 법 제82조 제4항 등을 장물죄로 보지 아니하는 이상 사법상 보유권한의 유무는 이 조항들의 구성요건해당성에 영향을 미치지 아니한다.

4. 명확성원칙 위배 여부

가. 문화재 개념의 명확성

청구인들은, 구 법 제81조 제4항 등이 처벌하도록 규정한 ‘은닉’의 객체인 ‘문화재보호법에 의한 지정문화재, 가지정문화재 또는 일반동산문화재’ 및 구 법 제82조 제4항 등이 처벌하도록 규정한 ‘보유 또는 보관’의 객체인 ‘허가없이 발굴되거나 현상변경된 문화재’는 그 내용이 지나치게 추상적이고 애매 모호하여 건전한 상식과 통상의 법감정을 가진 사람으로서는 어떤 물건이 문화재에 해당하여 그 은닉행위나 보유 또는 보관행위가 처벌대상이 되는 것인지 그 판별기준을 짐작조차 할 수 없으므로 범죄와 형벌을 명확하게 규정할 것을 요구하는 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 주장하였으나, 이 사건 법률조항들 중 ‘지정’, ‘가지정’, ‘동산’, ‘매장’, ‘허가없이 발굴되었거나 현상변경’ 등의 개념은 법상의 정의규정(구 법 제2조, 제13조, 제43조, 법 제2조, 제14조, 제54조) 및 그 문언의 사전적 의미나 일반적 용례에 비추어 그

3) 이회창, 주석 형법(3)(1997), 제570-571면

뜻이 명확한 것으로 보이고, 의미의 모호성이 문제되는 것은 ‘문화재’의 정의와 관련한 것이나, 구 문화재보호법에 관한 우리 재판소의 선례(헌재 2000. 6. 29. 98헌바67, 판례집 12-1, 801, 808-812 참조)에 비추어 명확성원칙 위배를 인정하기 어렵다.

나. 포섭범위의 광범성과 명확성의 원칙

‘일반동산문화재’의 경우 의미의 명확성이 인정된다하더라도 그 포섭범위가 광범위하다는 점에서 명확성원칙의 위배로 볼 수 있는지 문제되나, 포섭범위의 광범성만이 문제될 때는 과잉금지원칙의 위배 여부가 문제될 뿐 명확성원칙의 문제는 아니라고 보아 판단하지 아니하였다. 법문의 의미가 분명하다면 이는 형식적 요건을 충족하는 것이고 그 규율범위가 지나치게 광범위하여 어떤 행위 등을 실질적으로 불가능하게 하는지는, 해당 기본권을 침해하는지 여부의 문제로서 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한의 한계를 준수하였는지 여부로 살펴보아야 한다는 전제에서 본 것이다. 의미의 모호성과 포섭범위의 광범성은 밀접한 관련을 맺고 있고, 대부분의 경우 함께 문제되므로 그러한 경우 명확성원칙 위배 여부를 판단함에 있어 양자를 모두 고려할 수 있겠으나 그 내용이 의미상 분명하다면 ‘범죄와 형벌은 누구나 알 수 있도록 법률로 규정하라’는 죄형법정주의의 명확성원칙의 요구는 충족한다고 생각된다.

5. 구 법 제81조 제4항 등의 과잉금지원칙 위배 여부

위 조항들은 문화재를 사용, 수익, 처분함에 있어 고의로 문화재의 효용을 해하는 은닉을 하여서는 아니 된다는 것, 즉 문화재의 사회적 효용과 가치를 유지하는 방법으로만 사용·수익할 수 있다는 것으로, ‘문화재에 관한 재산권 행사의 사회적 제약을 구체화’한 것으로 보고, 문화재의 사용·수익을 금지하는 등 문화재의 사적 유용성과 처분권을 부정하여 구체적으로 형성된 재산권을 박탈하거나 제한하는 것은 아니므로 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항 소정의 수용 등에 해당하는 것은 아니라고 보아 과잉금지원칙 위배 여부를 판단하였다.

위 조항들은 문화재의 효용을 보존하는 것을 직접적인 목적으로 하며, 나

아가 자신의 은닉행위 이전에 타인이 당해 문화재를 절취하는 등으로 문화재의 효용을 해한 행위가 처벌되지 않은 경우에도 처벌하도록 함으로써 소위 ‘문화재의 세탁’을 통한 문화재의 밀거래, 해외반출 등의 유인을 억제하고자 한 것으로 그 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성이 인정되고, 다른 적절한 수단을 찾기 어려우므로 침해의 최소성 역시 인정된다. 또한 위 조항들로 인한 사익의 침해는 ‘은닉’이라는 특정한 행위 방식으로 문화재의 효용을 해하는 사용 내지 처분을 할 수 없다는 것에 불과하고, 은닉 이외의 다른 방식으로 얼마든지 문화재를 사용·수익·처분할 수 있으므로 침해되는 사익은 문화재의 독점적 향유가 금지됨으로써, 또는 문화재의 보유가 외부에 알려짐으로써 발생하는 사실적인 불만족, 불이익 정도로 매우 경미한 데 비하여, 달성되는 공익은 절취된 문화재 등의 유통을 억제하고, 민족의 문화적 자산을 유지·보존한다는 것으로 현저히 중요하므로 법익균형성원칙도 충족시킨다.

이는 구 법 제81조 제4항의 시행 이전에 이미 문화재를 은닉하고 있었던 자의 경우에도 마찬가지이다. 당해 문화재의 소재를 일반인 또는 문화재청이 파악할 수 있는 가능성을 제공함으로써 당해 문화재의 ‘처분’이나 그에 대한 ‘권리’의 포기를 수반하지 아니하고도 법 시행 전에 은닉행위를 중지하여 처벌을 피할 수 있는 가능성이 열려있기 때문에 침해되는 사익의 정도를 달리 판단할 여지가 없다.

나아가 비교법적으로 보아도 일본의 경우 중요문화재를 은닉하는 때에는 소유자라도 처벌하도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면 위 조항들이 부당한 입법이라 보기 어렵다.

한편 위 법률조항들이 일반동산문화재의 은닉까지 금지하는 것은 제한의 폭이 너무 넓어 최소침해성 내지 법익균형성에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있으나, 일반동산문화재라도 문화재로서의 가치가 일률적으로 작다고 볼 수 없는 이상 은닉을 금지할 필요가 인정되고, 문화재의 효용을 유지하는 것은 당해 문화재의 소유자 또는 관리자에게도 일정한 이익을 가져다준다는 점에서 위와 같은 제한이 부당하다고 보기 어렵다.

6. 구 법 제82조 제4항 등의 과잉금지원칙 위배 여부

가. 문화재에 관한 재산권 행사에 있어 강한 사회적 의무성 인정

문화재는 ‘인위적·자연적으로 형성된 국가적·민족적·세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적·경관적 가치가 큰 것’으로, 그 성질상 수가 한정적이고, 대체불가능하며, 손상되는 경우 회복이나 재생이 현저히 곤란한 재화라는 점, 국가의 전통문화 계승·발전과 민족문화 창달에 노력할 의무를 규정한 우리 헌법 제9조의 정신에 비추어 그에 관한 재산권 행사에 일반적인 재산권 행사보다 강한 사회적 의무성이 인정된다고 보았다. 그에 따라 일정한 문화재에 대한 보유·보관을 금지하는 것은 문화재에 관한 재산권 행사의 사회적 제약을 구체화한 것으로 재산권의 내용과 한계를 정하는 것이며 헌법 제23조 제3항의 보상을 요하는 수용 등과는 구별된다고 보고 과잉금지원칙 위배 여부를 판단하였다.

나. 과잉금지원칙 위배 여부

구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것)하에서는 도굴범이 공소시효가 지날 동안 문화재를 은닉하고 있다가 문화재를 유통시킬 경우 도굴범 자신이 문화재 은닉행위에 관하여 처벌받음은 별론으로 하고 당해 문화재가 도굴된 문화재임을 알고 문화재를 취득하는 자는 처벌되지 아니하였다. 그에 따라 도굴된 문화재의 전전유통이 가능해지고, 이는 다시 도굴범에게 하나의 유인을 제공하는 결과가 되어 결과적으로 구 문화재보호법(2002. 12. 30. 법률 제6840호로 개정되기 전의 것)의 규정만으로는 문화재의 도굴과 불법적 유통의 억제 효과를 발하지 못하게 되었다.

이에 문화재가 국가의 문화재 관리망을 벗어나 음성적으로 거래되는 것을 방지함으로써 ‘전통 문화의 계승·발전과 민족문화의 창달’(헌법 제9조)을 도모하기 위하여, 도굴된 문화재가 ‘문화재보호법상의 장물성’이 없다 하더라도, 즉 본인의 문화재의 보유·보관행위 이전에 타인이 한 당해 문화재에 관한 도굴 등이 처벌되지 아니하여도, 본인이 그 정을 알고 행위 하였다면 형벌을 부과하도록 규정하기에 이른 것으로 위 법률조항들은 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

그런데 위 법률조항들의 경우 사법상 소유권한의 유무를 불문하고 도굴 등이 된 문화재인 정을 안 경우, 특히 선의취득 등 사법상 소유권한의 취득

후에 도굴 등이 된 정을 알게 된 경우까지 처벌의 대상으로 삼고 있는바, 이는 도굴 등을 통한 불법적인 문화재 유통의 차단을 통한 문화재의 보존 및 전통문화의 계승·발전이라는 입법목적 달성의 범위를 넘어선 것이다. 선의 취득자가 도굴 등이 된 문화재인 정을 알게 된 경우 ‘신고’ 내지 ‘등록’을 하도록 함으로써 국가는 문화재의 소재 파악 등 필요한 관리를 할 수 있으며, 이러한 관리의 효율성은 신고의무나 등록의무 위반에 대한 제재를 통하여도 달성 가능하다는 점을 고려할 때 위 법률조항들의 침해의 최소성을 인정하기 어렵다. 나아가 선의취득자 등이 보유문화재가 도굴 등이 된 정을 알고 즉시 제3자에게 문화재를 이전하는 경우 선의취득자 자신은 구성요건에 해당하는 것을 모면할 수 있을지 모르나, 그 행위는 제3자를 구성요건에 해당하게 할 수 있다는 점에서 적법하게 취득한 문화재에 관한 재산권의 처분을 사실상 불가능하게 하므로 침해되는 사익이 현저하여 법익균형성의 요건 역시 충족하기 어렵다. 구법은 시행까지 6개월의 유예기간을 두고 있으나, 위와 같이 당해 문화재의 처분이 불가능한 상황에서 유예기간은 그 장단에 관계없이 의미가 없다.

따라서 위 법률조항들은 재산권 행사의 사회적 제약을 넘어 불필요하거나 지나치게 가혹한 부담을 부과하는 것으로 헌법에 위반된다.

7. 이 사건 법률조항들 중 필요적 몰수형이 책임과 형벌간 비례원칙에 위반되는지 여부

형법 제41조는 형의 종류 중 하나로 ‘몰수’를 규정하고 있으며, 같은 법 제49조는 몰수는 타형에 부가하여 과한다고 하여 몰수의 ‘부가성’을 규정하고 있다. 우리 재판소는 몰수를 ‘부가형’으로 보고, 법정형의 과중 여부에 관한 판단기준이 적용된다고 보고 있다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550참조).

문화재는 원칙적으로 사적 소유권의 객체가 될 수 있고, 단지 효과적인 유지, 보존이 이루어질 수 있도록 국가의 일정한 관리, 감독이 요청되는 것이고, 문화재의 은닉이나 도굴된 문화재인 정을 알고 보유 또는 보관하는 행위의 태양이 매우 다양하다는 점에서 구 법 제81조 제4항, 법 제103조 제4항에 위반하여 은닉한 문화재, 구 법 제82조 제4항, 법 제104조 제4항에 위

반하여 보유·보관한 문화재를 반드시 몰수하여 국가에 귀속시켜야만 위 법률조항들의 입법목적은 달성할 수 있다고 인정하기 어렵다. 또한 문화재의 가치를 금전으로 환산하기는 곤란하나 상당한 고가인 경우가 많고, 하나의 문화재는 성질상 불가분인어서 필연적으로 ‘전부 몰수’가 된다는 점에서 몰수형의 재산권 제한 효과는 매우 크다. 그럼에도 불구하고 행위자의 구체적 행위 태양이나 적법한 보유권한의 유무 등에 관계없이 필요적으로 몰수하도록 규정한 것은 책임에 상응하는 형벌을 부과할 여지를 박탈하고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하여 지나치게 과중한 형벌을 부과하는 것으로 책임과 형벌 간 비례원칙에 위배된다.

8. 소급형벌금지원칙 위배 여부

죄형법정주의의 내용으로서 소급형벌의 금지는 행위 당시에 처벌의 대상이 되지 않았던 행위를 행위 후에 범죄로 하고 처벌하는 법률의 제정을 금지하는 것을 말한다.⁴⁾ 이에 따라 계속범이라 하더라도 처벌법률이 제정되기 전의 행위부분을 처벌할 수 없음은 당연하고, 이 사건 법률조항도 시행일 이전 행위 부분에 대한 소급 적용은 규정하고 있지 아니하다.

이 사건 법률조항의 시행 전에 실행에 착수한 경우, 이 사건 법률조항의 시행일 전의 행위 부분은 처벌되지 아니하며, 시행일 이후의 행위 부분이 이 사건 법률조항에 따라 처벌되는 것은 형벌불소급원칙에 반하는 것은 아니다.

9. 신뢰보호원칙 위배 여부의 판단이 필요한지 여부

일정한 법적 상태를 새로이 규율하는 규정이 장래에 발생하는 사실관계뿐만 아니라 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니한 채 진행과정에 있는 사실관계에도 적용되는 예는 법률개정경의 경우 흔히 찾아 볼 수 있는 현상이며, 여기서 발생하는 문제는 소급효의 문제가 아니라 종래의 법적 상태에서 새로운 법적 상태로 이행하는 과정에서 불가피하게 발생하는 법치국가적 문제, 구체적으로 입법자에 대한 신뢰보호의 문제가 발생한다.

이다만 이러한 신뢰보호의 문제를 기본권침해 여부와 별도로 판단할 필요

4) 정종섭, 헌법학원론, 제384면

성이 있는지에 관하여는 여러 견해가 대립되고 있는바, 신뢰보호원칙의 구체적 심사의 초점이 보호가치 있는 신뢰, 신뢰의 손상 정도 및 침해 방법과 공익의 형량에 있다⁵⁾는 점에 주목한다면, 보호가치있는 신뢰가 기본권에 바탕한 경우 결국 기본권침해 여부에 관한 과잉금지원칙 위배 여부의 판단 속에 위와 같은 형량이 내포되어 있다고 보아 기본권침해 여부에 관한 판단과 별도로 신뢰보호원칙 위배 여부에 관한 판단은 하지 아니하였다.

특히 헌법상 재산권 보장의 중요한 기능은 국민에게 법적 안정성을 보장하고 합헌적인 법률에 의하여 형성된 구체적 재산권의 존속에 대한 신뢰를 보호하고자 하는데 있고, 이러한 의미에서 재산권에 관한 법치국가적 신뢰보호 원칙은 헌법상 재산권 보장의 원칙을 통하여 고유하게 형성되고 구체적으로 표현되었다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 318-319)는 입장에서 볼 때 재산권 침해와 관련된 이 사건의 경우 신뢰보호원칙 위배 여부를 별개로 판단할 필요는 없는 것으로 보았다.

10. 이중처벌금지원칙 위배 여부

청구인들은 이 사건 심판대상 법률조항들이 이중처벌금지의 원칙에 위배된다고 주장하였으나, 형벌조항의 입법으로 인하여 그 이전에는 처벌되지 아니하던 행위가 이후 금지되고 처벌의 대상이 되는 것은 금지되는 행위와 관련된 기본권의 제한의 문제를 발생시킬 뿐 이중처벌금지의 원칙과는 무관하다고 보아 청구인의 주장을 배척하였다.

11. 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항들이 형사소송법에 규정한 공소시효의 적용을 실질적으로 배제하고, 공소시효가 적용되는 일반 사범과 다르게 취급하며, 특정인들에 대한 처분적 법률로서 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장

5) “신뢰이익보호원칙의 위배여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 하며, 이는 헌법상 법치국가의 원칙으로부터 도출되는 신뢰이익보호의 원리이다.”(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910; 1997. 11. 27. 97헌바10 판례집 9-2, 651, 668)

하였다. 그러나 위 조항들은 공소시효의 적용을 전혀 배제하고 있지 아니다. 즉 공소시효에 관한 일반이론은 이 사건 법률조항들에도 동일하게 적용되고, 그에 따라 실행행위가 종료되는 때, 즉 ‘은닉’ 내지 ‘보유·보관’이 종료되는 때로부터 공소시효는 진행된다. 또한 이 사건 법률조항들은 특정인이나 특정사건을 규율하는 내용을 담고 있지 아니하며, 전 국민을 수범자로 하는 일반적 법률이라 할 것이므로 처분적 법률이 아니다. 이에 따라 청구인들의 주장은 배척되었다.

12. 체계정당성 위배 여부

가. 체계정당성의 원리

‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit)의 원리라는 것은 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 (수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청(Verfassung spostulat)이다. 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. 또한 입법의 체계정당성위반과 관련하여 그러한 위반을 허용할 공익적인 사유가 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 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2, 314, 333-334).

나. 이 사건 법률조항들이 민법상 선의취득, 시효취득 규정이 구조나 내용, 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호배치, 모순되는지 여부
민법상 동산의 선의취득(민법 제249조), 시효취득(민법 제246조) 규정은

거래의 안전과 법적 안정성 보호를 위한 동산 소유권의 예외적 취득에 관한 규정이며, 이는 이 사건 심판대상 조항들과는 규정의 취지, 내용, 요건 모두 그 적용평면을 달리 하는 것이므로 상호 배치나 모순의 문제가 발생하지 아니한다.

즉 선의취득이나 시효취득이 재산권(소유권)의 취득에 관한 규율이라면 이 사건 법률조항들은 재산권이나 영업의 자유의 제한의 문제라고 할 것이므로 그 적용평면이 달라 상호 배치, 모순의 문제는 발생하지 아니하며 다만 과잉금지원칙에 위배되어 헌법에 위반되는지의 문제만이 남는다.

13. 결정의 의의

결정문상 구체적으로 실시되어 있지 아니하나, 법률조항에 관한 법원의 해석에 의하여 처벌되지 아니하는 행위를 새로운 입법으로 처벌하도록 규정한 경우, 새로운 법률조항의 성격을 기존의 법률조항의 내용을 확인하는 것으로 볼 것인지, 법원의 해석을 전제로 기존의 법률조항과는 다른 새로운 법률조항으로 볼 것인지 문제되는바, 이 사건에서는 법원의 해석권한을 존중하여 후자의 입장을 전제로 판단하였다.

한편 이 사건은 일반론으로서 문화재에 관한 재산권행사에 있어 강한 사회적 제약이 있음을 인정하였으나, 문화재에 관한 적법한 사법상 보유권한을 취득한 자가 문화재를 계속하여 보유·보관할 수도, 처분할 수도 없는 결과를 가져오도록 하는 것은 위와 같은 사회적 제약을 고려하더라도 과도한 것으로 판단하였다. 향후 문화재관련입법에 있어 일정한 가이드라인을 제시한 것으로 보인다.

상고심절차에 관한 특례법 제4조 등 위헌확인 등

- 심리불속행 상고기각판결의 판결이유 생략 -

(헌재 2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88·255(병합) 판례집 19-2, 164)

김 태 호*

【판시사항】

가. 심리불속행제도를 규정하고 있는 ‘상고심절차에 관한 특례법’(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제7조가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

나. 심리불속행 상고기각판결의 경우 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 상고심절차에 관한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분이 헌법 제27조 제1항에서 보장하는 재판청구권 등을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

상고심절차에 관한 특례법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것, 이하 ‘특례법’이라 한다) 제2조, 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분, 제7조

특례법

제2조(적용범위) 이 법은 민사소송·가사소송 및 행정소송(특허법 제9장의 규정과 이를 준용하는 규정에 의한 소송을 포함한다. 이하 같다.)의 상고사건에 적용한다.

제4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각호의

* 헌법연구관

1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때
4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때
5. 제1호 내지 제4호 외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

③ 상고이유에 관한 주장이 제1항 각호의 사유(가압류 및 가처분에 관한 판결의 경우에는 제1항 제1호 내지 제3호의 사유)를 포함하는 경우에도 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 제1항의 예에 의한다.

1. 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때
 2. 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때
- 제5조 (판결의 특례) ① 제4조 및 민사소송법 제429조 본문의 규정에 의한 판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

제7조 (재항고 및 특별항고에의 준용) 제3조, 제4조 제2항·제3항, 제5조 제1항·제3항 및 제6조의 규정은 민사소송·가사소송 및 행정소송의 재항고 및 특별항고사건에 준용한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2006헌마551 사건

(1) 청구인 이○○은 파산자 삼양종합금융 주식회사의 파산관재인 등이 신청한 소송비용액확정사건의 소송비용액확정결정(서울중앙지방법원 2005가기4405)에 대하여 서울중앙지방법원에 항고하였다(서울중앙지방법원 2005라291) 기각당한 후 대법원에 재항고를 하였다(대법원 2006마286).

(2) 대법원은 2006. 4. 24. 특례법 제4조, 제5조 및 제7조를 적용하여 재항

고를 기각하였고, 그 결정이 2006. 5. 1. 청구인 이○○에게 송달되었다.

(3) 이에 청구인 이○○은 특례법 제4조, 제5조 및 제7조가 헌법상 보장된 재판청구권 및 평등권을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 2006. 5. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2007헌마88 사건

(1) 청구인 서○○은 청구의 서울특별시장을 상대로 제기한 정보비공개결정위법확인 소송의 1심(서울행정법원 2005구합21521)과 2심(서울고등법원 2005누28685)에서 모두 패소한 후 대법원에 상고하였다.

(2) 대법원은 2006. 12. 22. 특례법 제4조 및 제5조를 적용하여 상고를 기각하였고(2006두17451), 그 무렵 이 판결이 청구인 서○○에게 송달되었다.

(3) 이에 청구인 서○○은 특례법 제4조 및 제5조 등이 헌법상 보장된 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 2007헌마255 사건

(1) 청구인 노○○ 등은 청구외 김○○ 등이 자신들을 상대로 제기한 소유권이전등기 사건의 1심(인천지방법원 2003가합7896, 2003가합10137)에서 승소하였으나 2심(서울고등법원 2004나60586, 2004나57481)에서 패소한 후 대법원에 상고하였다.

(2) 대법원은 2006. 12. 7. 특례법 제4조 및 제5조를 적용하여 상고를 기각하였고(대법원 2006다52211, 2006다52228), 그 무렵 이 판결이 청구인 노○○ 등에게 송달되었다.

(3) 이에 청구인 노○○ 등은 특례법 제4조 및 제5조가 헌법상 보장된 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 2006헌마551

(가) 헌법 제27조 제1항 및 제101조 제2항에서 대법원을 최고법원으로 한 3심제도를 간접적으로 규정하고 있음에도 이 사건 법률조항에 의한 심리불속행제도에 의하여 실질적으로 대법원으로부터 재판을 받을 권리를 제한당하고 있다.

또한, 특례법 제4조 제1항에서 정한 심리불속행의 예외사유를 보더라도 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원 관례와 상반되게 해석한 때, 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때 등으로 대법원의 자의적인 판단이 가능하도록 지극히 추상적으로 규정되어 있을 뿐 아니라 민사소송법상 절대적 상고이유 등이 담긴 상고에 대하여도 심리불속행이 가능하도록 규정되어 있는 점 등에 비추어 우연한 사정이나 대법원의 자의에 의한 판단을 배제할 수 없게 되어 있다.

나아가 헌법 제27조 제1항에 의한 국민의 재판을 받을 권리에는 대법원에서 당사자의 주장에 대한 당부를 심판받는 것을 내용으로 한 재판을 받는 것을 포함하는 것으로 여기에는 청구의 인용여부에 대한 결론과 그에 이르게 된 이유에 대한 설시가 있어야 할 것인데, 심리불속행 사유에 해당하는 경우 이유를 설시하지 아니하도록 한 특례법 제5조 제1항은 상고를 제기한 국민으로 하여금 특례법 제4조의 어느 사유로 인하여 심리불속행 상고기각 판결을 받는지조차 알 수 없도록 한다.

따라서 이 사건 법률조항은 상고를 제기한 국민으로 하여금 원심판결의 위법에 대한 판단을 받을 기회를 박탈하는 것으로서 청구인들의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해할 뿐 아니라 합리적 이유 없이 차별적 취급을 하여 평등권 등을 침해하는 것이다.

(나) 심리불속행 재판은 실질적으로는 본안심리를 거부하는 것으로서 본안전 사항에 해당하는 것임에도 본안사항인 것처럼 규정한 특례법 제4조 제1항은 청구인이 인지액을 환급받을 기회를 박탈하는 결과를 초래하는 등 합리적 이유 없이 다른 본안전 사항과 차별적 취급을 하고 있다.

(다) 심리불속행의 적용범위를 민사소송 등 사건에 국한하고 형사소송 사건을 제외하도록 규정한 특례법 제7조는 합리적 이유 없이 민사소송 등 사건과 형사소송 사건을 차별적으로 취급한 경우에 해당한다.

(2) 2007헌마88

아래 부분을 추가하는 외에는 2006헌마551 사건의 청구인 주장 중 (가) 부분과 대체로 같다.

행정소송은 그 공익성을 고려하여 행정소송법에 직권탐지주의와 직권조사에 관한 규정을 두고 있는 등 민사소송에 비하여 남소의 우려가 적음에도 불구하고 특례법 제2조에서 이러한 행정소송의 특성을 무시하고 행정소송을 심리불속행의 적용대상에 포함시킨 것은 청구인의 재판청구권과 행복추구권을 침해한 것이다.

(3) 2007헌마255

2006헌마551 사건의 청구인 주장 중 (가) 부분과 대체로 같다.

나. 관계기관의 의견

(1) 법무부장관의 의견(2006헌마551)

이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 심리불속행제도는 이른바 남상고사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 제도로서, 헌법재판소에서는 이미 심리불속행제도에 관하여 위헌이 아니라고 결정한 바 있고, 나아가 이 사건 법률조항은 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령 해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성을 인정할 수 있으므로, 과잉금지원칙에 위배될 정도로 국민의 재판청구권을 침해하거나 합리적 이유 없이 차별한다고 볼 수 없다.

(2) 법원행정처장의 의견(2007헌마88)

법무부장관의 의견과 대체로 같다.

【결정요지】

가. 헌법이 대법원을 최고법원으로 규정하였다고 하여 대법원이 곧바로 모든 사건을 상고심으로서 관할하여야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은

아니며, “헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”가 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리를 의미한다거나 또는 상고심재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 할 수는 없다. 또한 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견 자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로, 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 이 사건 법률조항은 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 위 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 민사, 가사, 행정 등 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 특례법 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 이미 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다. 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

※ 재판관 조대현의 각하의견

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이라고 하더라도 법규의 내용이 직접 기본권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다고 주장하는 경우에는 규범통제형 헌법소원과 마찬가지로 당사자나 사건의 내용에 따라 심판내용이 달라진다고 볼 수 없으므로, 이 경우에도 기본권침해의 원인인 법규의 내용과 헌법적 쟁점이 동일하면 당사자나 사실관계가 다르더라도 동일한 사건이라

고 보아야 한다.

이 사건 법률조항의 경우 이미 헌법재판소가 헌법에 위반되지 아니한다고 판단한 바 있고, 그 조항이 적용된 구체적인 사건의 내용 여하나 청구인이 누구냐에 따라서 판단 이유나 결론이 달라질 경우가 아니므로, 이 사건 청구들은 헌법재판소법 제39조에 위반되어 부적법하다는 이유로 각하하여야 한다.

※ 재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환의 특례법 제5조 제1항에 대한 위헌의견

심리불속행 상고기각 판결에 있어서 이유를 기재하지 않을 수 있도록 한 같은 법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분(이하 ‘이 사건 제5조 제1항’이라 한다)은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않을 수 있도록 함으로써, 그 판결이 과연 적정한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락하였거나 잘못 판단한 점은 없는지에 등에 대해 살펴볼 가능성을 원천적으로 차단하고 있으므로 상고인의 재판청구권을 침해할 소지가 생겨난다.

아무런 이유를 기재하지 않은 채 재판의 결론만을 선고하면서 선고와 동시에 재판이 확정되었으니 그 결과에 대해 승복하라고 요구하는 것은 일방적이고 권위주의적 권력관계를 기초로 한 과거의 전제군주 통치체제하에서라면 몰라도 근대민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며 사법에 대한 국민의 불신을 초래하여 민주주의 국가의 사법제도의 존립 근거를 위협하게 될 우려마저도 없지 않고, 또한 이유기재가 없는 재판이 가능하도록 한 이 사건 제5조 제1항은 헌법과 법률이 정한 바에 따라 재판이 이루어져야 한다는 법치주의 원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.

심리불속행제도를 채택한다고 해서 심리불속행 판결에는 반드시 일체의 이유기재가 생략되어야 할 논리필연적 이유는 없을뿐더러, 판결이유를 기재한다 해도 심리불속행하는 이유의 요지만 구체적으로 기재하면 되는 것이므로, 판결에 이유기재를 해야 한다고 해서 다수의견이 우려하듯이 신속한 재

판을 저해하는 등의 공익을 해치지 않는다고 본다. 특히 심리불속행 판결에 대해서도 재심은 가능한 것이므로, 적어도 상고인이 판단유탈 등 재심사유가 있는지의 유무만은 판단할 수 있을 정도의 최소한의 이유기재는 필요한 것이다. 따라서 일체의 이유기재를 아니하여 재심청구권마저 행사할 수 없도록 하는 것은 명백한 재판청구권의 침해에 해당한다.

※ 재판관 이동흡의 다수의견에 대한 보충의견

판단대상이 심리불속행사유의 존부에 국한된 심리불속행 재판의 경우 판결이유의 기재 내용도 본안의 당부를 판단하는 것이 아니라 심리불속행사유의 존부에 그치는 것이므로 그 판결이유의 기재 목적 역시 다른 경우와 달리 볼 수 있을 것이고, 나아가 심리불속행 재판이 최종심으로서 심리불속행사유의 존부만을 판단대상으로 한다는 점에 비추어 보면 특례법 제5조 제1항에서 그 판결이유의 기재를 생략할 수 있도록 허용하였다고 하여 재판의 본질에 위배된다거나 입법형성권에 위배된다고 볼 수는 없다. 다만, 상고제한에 관한 외국의 여러 입법례 등에 비추어 특례법 제4조 소정의 심리불속행사유가 있다고 인정되는 경우에 재판의 성질상 이유기재를 생략할 수 있는 ‘결정’이 아닌 ‘판결’로써 상고를 기각하도록 한 것은 입법론적으로 재검토할 여지가 있다.

【해설】

1. 심리불속행제도 일반론

가. 입법연혁¹⁾

소송의 지연을 방지하고 국민의 권리의무의 신속한 실현과 분쟁처리의 촉진을 기할 목적으로 1981. 1. 29. 제정된 구 소송촉진등에관한특례법(1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 특례법’이라 한다) 제11조 제1항 및 제12조 제1항은 민사소송 사건에서의 상고를 “권리상고”와 “허가상고”로 나누고 권리상고 이유를 3가지²⁾로 제한하고, 위의 권리상고 이유

1) 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502, 514-515면 참조

2) ①헌법에 위반하거나 헌법의 해석이 부당한 때(제11조 제1항 제1호), ②명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대한 판단이 부당한 때(같은 항 제2호), ③법률·명

가 없는 경우에는 ‘법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하는 것’으로 인정되는 사건에 한하여 상고를 허가할 수 있도록 규정함으로써 민사소송 사건에서의 상고이유를 대폭 제한하였다. 그러나 구 특례법 제11조 및 제12조는 소송의 지연을 방지함으로써 대법원의 법률심으로서의 기능을 강화하기는 하였지만, 민사소송에 있어서의 상고권을 심히 제한함으로써 국민의 정당한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아니냐는 비난이 커지게 되자 1990.

1. 13. 법률 제4203호로 위 특례법이 개정될 때 모두 삭제되었다.

한편, 구 특례법 제11조 및 제12조가 폐지됨으로써 민사소송에서의 상고이유의 범위가 민사소송법의 규정에 따라 다시 넓어지게 됨으로써 남상고 내지 무익한 상고로 인한 상고사건이 크게 늘어나게 되었다. 상고사건의 급격한 증가는 대법원 본래의 기능인 법령해석의 통일의 기능을 제대로 수행하지 못하게 할 지경에 이르게 하여, 다시 대법원으로 하여금 법률심으로서의 기능을 다 할 수 있게 하는 방안을 모색하지 않을 수 없게 하였다. 이에 대법원으로 하여금 법률심으로서의 기능을 효율적으로 수행하게 하고 법률관계를 신속하게 확정함을 목적으로 1994. 7. 27. 법률 제4769호로 이 사건 법률조항들이 포함된 상고심절차에 관한 특례를 규정한 “특례법”을 제정하여 같은 해 9. 1.부터 시행하게 되었다.³⁾ 그 이후 특례법은 2002. 1. 26. 법률

령·규칙 또는 처분에 대한 해석이 대법원판례와 상반된 때(같은 항 제3호)의 3가지로 제한한다.

3) 법 제정 경위를 살펴보면 (이하 김광년 변호사, “상고심절차에 관한 특례법에 관한 관건” -법률신문 제2357호 제14면 및 정동윤, “심리불속행제도에 관하여”-이시운 박사 화갑기념 민사재판의 제문제하 293면 참조) 1993. 11. 10. 사법제도를 개선하기 위하여 대법원에 구성된 대법원장 자문기구인 사법제도발전위원회는 1994. 2. 16. 그 제3차 전체회의에서 상고제도의 개선방안의 일환으로 남상고를 여과할 수 있는 절차를 마련하기로 의결하여 이를 대법원장에게 건의한 것으로 알려졌으며, 그 건의 내용은 “과거의 상고허가제의 단점을 보완하고 사실심을 강화하는 조치를 취하는 전체회에서 무익한 남상고를 거를 수 있는 여과장치를 마련하고 이를 효율적으로 실현하기 위하여 필요한 범위 내에서 대법관을 일부 증원하는 것도 고려하여 보도록 건의 한다”라는 것이다. 대법원은 위 건의에 기하여 상고심절차에 관한 특례법을 만들었는데, 국회는 이 법안을 거의 그대로 받아 들여 통과시켰던 것이다. 다만, 이 법안은 채증법칙위반으로 인한 사실오인을 상고이유에서 제외하는 내용이 포함된 취지였으나 국회 심의과정에서 원안의 표현인 “법령의 해석에 관한 중요한 사항이 있는 때”가 “중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때”로 수정되었는데, 법원행정처장이 출석하여 채증법칙위반도 법령위반으로서 심리불속행사유가 된다는 점을 거듭 밝히고, 그것을 국회속기록에 남긴 다음에야 국회본회의에서 통과되었다.

제6626호로 일부 개정되었으나, 이는 2002. 1. 26. 민사소송법이 개정됨에 따라 제4조 제1항 제6호 부분(민사소송법 제394조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때)이 변경된 것에 불과하다.

나. 상고제한에 대한 입법례

비교법적으로 볼 때 상고를 제한하는 방식은 소거나 사건의 종류를 기준으로 하여 상고를 제한하는 사건별 제한방식, 중요한 사건에 관하여만 상고를 제한하는 허가제 등으로 크게 나눌 수 있다.

(1) 미국⁴⁾

미국의 연방대법원은 현재 9인의 대법관으로 구성되어 있고, 소부(panels)를 구성하지 않고 전체(body)로서 재판한다.

현재 연방대법원은 권리상고(Appeal), 기록이송명령(Writ of Certiorari), 확인(Certification)의 3가지 경로로 상고사건을 접수한다.

권리상고는 당사자의 권리에 의한 상고로서 대법원이 의무적으로 심사해야 하는데, 이 권리상고의 사유는 4가지 헌법 문제로 엄격히 제한되어 있고⁵⁾, 그 중에서도 85% 정도에 해당하는 사건은 “본질적인 연방문제(Substantial federal question)”가 아니어서 대법원에 상고심판할권이 없다는 이유로 실제 판단 없이 각하되고 있으며, 각하 이유도 보통 “본질적 연방문제가 없음”이라는 간략한 이유 외에 다른 이유를 붙이지 않는다고 한다.

기록이송명령 또는 허가상고(Petition for a Writ of Certiorari)는 당사자의 이송명령신청이 있을 때 대법원이 그 신청을 수리하는 경우 원심법원에 기록을 대법원으로 이송하라는 명령을 내리는 제도로서, 그 신청을 수리할 것인지 여부는 대법원의 재량에 달려 있는데, 오로지 원심판결, 이송명령신청서, 그에 대한 답변서만을 검토하여 수리 여부를 결정하고, “부득이한 사유(Compelling reasons)가 있을 때”에만 허용되는 것으로 되어 있다.⁶⁾ 그러나 실제 대법원은 이송명령의 발부를 매우 꺼리고 있어 대부분의 사건을 각

4) 주석 신민사소송법(VI), 강용현 집필부분, 한국사법행정학회(2004),225-226면
 5) 주대법원이 연방헌법이 위헌임을 선언한 경우, 주대법원이 주법이 연방헌법이나 법률에 저촉됨에도 불구하고 이를 지지한 경우, 또는 연방법원의 판결에 대하여 연방대법원에 상고할 수 있다고 법률에 명시되어 있는 경우 등이다.
 6) 미연방대법원규칙 제3장(제10조 이하)에서 규율되고 있는데, 동 규칙 제10조는 이송명령은 권리의 문제가 아니고 사법제량에 속하는 문제로서 부득이한 사유(Compelling reasons)가 있는 경우에만 허용된다고 명백히 선언하고 있다.

하하고 있다.⁷⁾

(2) 일본⁸⁾

우리와 마찬가지로 소수의 대법관들로 이루어진 일본의 최고재판소의 구성이나 운영은 우리와 유사하다.⁹⁾ 민사사건의 상고제함과 관련하여, ‘완전한 3심제’의 고정관념 아래, 상고이유만 법정사유로 제한하였을 뿐 상고를 결정적으로 제한하는 제도는 채택하지 아니하여, 사실상 무제한으로 상고가 허용되어 왔는데, 1998. 1. 1.부터 시행된 신 민사소송법(1996. 6. 26. 법률 제109호)에 의하여 비로소 최고재판소에의 상고를 실질적으로 제한하는 내용의 개혁을 하였다. 그 내용을 보면, ① 원심판결에 헌법위반, 열거된 소송절차에 관한 법령위반이 있음을 이유로 하는 경우에 한하여 당사자가 권리로서 상고할 수 있도록 하고,¹⁰⁾ ② 원심판결에 최고재판소 판례와 상반되는 판단을 내린 사건 기타 ‘법령해석에 관한 중요한 사항’을 포함한다고 인정되는 사건에 관하여는 당사자의 수리신청에 기하여 최고재판소가 결정으로 상고를 수

7) 예를 들면 사건이 중요한 쟁점을 지니고 있을 뿐 아니라 종래의 선례로서 해결하지 못하는 성질의 것, 쟁점에 대하여 연방순회항소법원 판결 간에 상이한 결론을 내리고 있는 것, 연방지방법원 합의부 판결이 서로 저촉되는 경우 등을 들 수 있다고 한다. 그리고 접수되는 이송명령신청 사건수의 꾸준한 증가에도 불구하고 90% 이상은 이유를 붙이지 않은 채 각하되고, 매년 250건 내지 300건 정도만이 실제심리에 들어간다고 한다. 자세한 내용은 송상현, ‘미국의 상고제도’, 민사판례연구(V), 271-278면 참조

8) 강용현, 전계서 220-222면 참조

9) 현재 15명의 대법관이 있고, 5인씩 3개의 소부(小部)를 구성하여 사건을 분담하고 있다. 간이재판소 사건의 3심을 고등재판소가 담당하고 있는 점이 특이하다(이 점에 관해서 일본 최고재판소에서는 심급제도에 관한 입법정책에 불과하다고 판시한 바 있음- 최고재판소 소화 29. 10. 13. 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1075면에서 재인용).

10) 민사소송법 제312조(상고이유) ① 상고는 판결에 헌법해석의 잘못이 있는 것 기타 헌법위반이 있는 것을 이유로 하는 때에 할 수 있다.

② 상고는 다음의 사유가 있음을 이유로 하는 때에도 할 수 있다. 다만 제4호의 사유에 대하여는 제34조 제2항(소송능력을 갖추지 못한 경우의 추인, 제59조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 추인이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결재판소를 구성하지 아니한 것, 2. 법률에 의하여 판결에 관여할 수 없는 재판관이 판결에 관여한 것, 3. 전속관할에 관한 규정에 위반된 것, 4. 법정대리권, 소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데 필요한 수권을 흠결한 것, 5. 구두변론 공개의 규정을 위반한 것, 6. 판결에 이유를 쓰지 아니하거나 이유에 모순이 있는 것

③ 고등재판소에 하는 상고는, 판결에 영향을 미친 것이 명백한 법령위반이 있다는 것을 이유로 하는 때에는 할 수 있다.

리할 수 있도록 한 것이다.¹¹⁾ 수리불수리 결정을 하는 경우 이유를 기재할 것이 요구된다.¹²⁾¹³⁾

한편 최고재판소는 권리상고의 경우라 하더라도 상고이유로 주장되고 있는 구체적인 사유가 명백하게 헌법위반 또는 절대적 상고이유에 해당하지 아니하는 경우에는 결정으로 상고를 기각할 수도 있다(일본 민사소송법 제 317조 제2항).

(3) 독일¹⁴⁾

민, 형사 사건에 대한 최고법원인 연방통상법원(Bundesgerichtshof: BGH)에는 115명 정도의 법관이 배치되어 있고, 11개의 민사부와 5개의 형사부로 전문화되어 있다. 연방통상법원에의 상고는 다음의 두 가지 방식으로 제한되고 있다. 종전에는 소송물가액의 불복범위가 60,000마르크 이하인 재산권상의 청구 및 비재산권상의 청구에 관한 소송에 있어서는 고등법원이 그 판결 중에 상고를 허가한 경우에 한하여 상고할 수 있는데, 2002. 1. 1.부터 시행하는 민사소송법(2001. 7. 27. 개정)에 의하여 종전의 가격상고제를 폐지하고 허가상고제로 통일하였다. 이에 의하면, 상고허가에 대한 판단은 우선적으로 항소심법원에 맡기고, 항소심법원은 판결에서 법률문제가 근본적 중요성을 가지는 경우나 법의 지속적인 형성, 발전 등을 위하여 상고법원의 재판이 필요한 경우에 한하여 상고허가를 하며 상고법원은 그 상고허가에 구속된다(독일 민사소송법 제543조 제2항). 그러면서 항소심법원의 불허가에 대한 이

11) 제318조(상고수리의 신청) ① 상고할 재판소가 최고재판소인 경우에는 최고재판소는 원심판결에 최고재판소 판례(그것이 없는 경우에는 대심원이나 상고재판소 또는 항소재판소인 고등법원의 판례)와 상반되는 판단을 내린 사건 기타 법령해석에 관한 중요한 사항을 포함한다고 인정되는 사건에 관하여 신청에 의하여 결정으로 상고심으로서 사건을 수리할 수 있다. ② 전항의 신청(이하 '상고수리의 신청'이라 한다)에 있어서는 제312조 제1항과 제2항에 규율하는 사유를 이유로 할 수 없다. ③ 제1항의 경우에 최고재판소는 상고수리의 신청이유 중에 중요하지 아니하다고 인정하는 것이 있는 때에는 이를 배제할 수 있다. ④ 제1항의 결정이 있는 경우에는 상고가 있는 것으로 본다.(이하 생략) ⑤ 생략

12) 梅本吉彦, 민사소송법(신판), 신천사출판주식회사(2006년), 1036면 참조

13) 일본 민사소송법 제122조에서는 결정과 명령에는 그 성질에 반하지 않는 한 판결에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있고, 동법 제253조 제1항은 판결서에 이유를 기재하도록 규정하고 있다.

14) 강용현, 전제서, 222-224면 참조

의를 상고법원에 제기할 수 있도록 함과 아울러(독일 민사소송법 제544조 제1항) 경과규정으로서 향후 5년간은 불복가액이 2만 유로를 초과하여야 이의가 가능하도록 하였다.

(4) 프랑스¹⁵⁾

일반 사건의 최종심이라 수 있는 파기원(Cour de Cassation)의 사법조직은 현재 6개 부(chambre)로 조직되어 있는데, 그 중 3개부는 민사부, 나머지는 상사부, 사회부, 형사부로 전문화되어 있다. 각 부는 1명의 부장, 14명 내외의 파기원 판사들, 수명의 재판연구관들로 구성되어 있다. 파기원은 순수하게 법령해석의 통일을 목적으로 하는 기관으로서, 그 절차도 상고절차라기 보다는 재심절차에 가까운 예외적 불복신청에 불과하기 때문에, 일반적 의미의 제3심 법원으로 볼 수는 없다. 상고는 판결에 법률위반, 직권남용, 관할위반, 무효사유로 규정된 절차 위반, 판결의 모순, 이유의 결여, 부족, 모순이 있는 경우에 한하여 허용되며, 각 부 안에 설치된 심사부(3인의 파기원판사로 구성함)에서 사전 심사를 하여 “사건이 수리할 수 없는 상고이거나 명백히 근거 없는 상고인 경우”에 이를 각하하는 판결을 선고한다(프랑스 민사소송법 제605조).

다. 심리불속행제도의 내용¹⁶⁾

(1) 의의

특례법 제4조 및 제5조가 규정하고 있는 심리불속행제도는, 민사·가사·행정·특허 등 소송사건에서 상고심의 초기단계에 대법원이 상고이유의 당부에 관하여 판단하기에 앞서 상고인이 주장한 상고이유에 민사소송법상의 적법한 상고이유가 실질적으로 포함되어 있는가를 검토한 후 이에 해당하지 아니한 경우에는 상고심의 심리를 속행하지 아니하고 바로 상고기각판결을 할 수 있게 한 절차이다(현재 2002. 6. 27. 2002헌마18, 공보 70, 594, 597). 위와 같이 심리불속행제도는 과거의 상고허가제와는 달리 모든 당사자에게

15) 강용현, 전계서, 225면, 최병덕, “프랑스 파기원(La Cour De Cassation)의 조직과 운영, 구성, 역할, 관할”, 재판자료 제59집(1992.12.) 참조

16) 김용덕, ‘납상고여과를 위한 심리불속행제도’, 고시계(1994. 10.), 141-147면 참조

아무런 제약 없이 상고를 제기할 수 있도록 허용하되, 상고인이 주장하는 상고이유 중에서 민사소송법 제423조에 정해진 법률상의 상고이유, 즉 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반에 관한 사항이 실질적으로 포함되어 있지 아니한 경우까지 다른 상고사건과 동등하게 취급하는 것은 상고심절차를 지연시키는 부당한 결과를 초래하므로 상고심의 초기단계에서 이러한 무익한 상고에 해당하는지 여부를 신속히 판단함으로써 상고로서의 의미가 없거나 나아가 상대방의 권리실현을 부당하게 저지하려는 의도가 담긴 남상고를 제한하려는 것이 그 제도의 본질이라고 할 수 있다.¹⁷⁾

(2) 심리불속행재판의 성질

상고의 형식과 내용을 기준으로 ① 형식적인 상고의 절차를 제대로 갖추지 못한 부적법한 상고, ② 비록 형식적인 상고의 절차를 갖추고 있으나 법률상 정하여진 상고이유가 실질적으로 포함되어 있지 아니한 상고, ③ 형식적인 상고의 절차를 갖추고 있을 뿐 아니라 법률상 정하여진 상고이유에 관한 주장도 갖추고 있는 상고 등 3가지 유형으로 구분할 경우, 그 중 ② 유형의 상고에 대한 처리절차가 심리불속행이고 이는 어느 입법례에서도 찾아볼 수 없는 독창적인 제도로 평가받고 있다. 실무상 대법원은 원심법원으로부터 송부 받은 상고장, 상고이유서, 답변서와 제1심판결, 원심판결 및 이에 관한 소송기록을 검토한 후 위 ② 유형에 해당하여 상고심의 심리를 속행할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 심리불속행의 재판을 하게 된다.

이에 비추어 보면 심리불속행의 판단 대상은 상고인이 주장한 개개의 상고이유의 당부가 아니라 상고인이 주장한 상고이유의 내용이 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는가(특례법 제4조 제1항 각호 소정의 심리속행사유를 포함하고 있는가)에 대한 것인바, 그렇다면 심리불속행재판은 상고제기의 절차가 적법하게 이루어졌는지를 검토하여 부적법한 경우에 선고되는 상고각하의 재판과는 달리, 상고제기의 절차가 적법함을 전제로 하여 상고장에 기재된 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는가를 판단하는 것으로서 실제판단의 성격을 가진다고 할 것이다. 그 성격

17) 특례법 제1조는 “이 법은 상고심절차에 관한 특례를 규정함으로써 대법원이 법률심으로서의 기능을 효율적으로 수행하게 하고 법률관계를 신속하게 확정함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다.

과 관련하여, 상고각하의 형식판단과 상고이유를 심리한 결과 이유없다고 인정되는 경우에 내려지는 상고기각의 실체판단의 중간적 지위를 갖는다고 입장(중간적 지위설), 대법원이 소송기록을 검토한 후에 실질적인 상고이유를 포함하고 있지 않다고 하는 이유로 상고기각판결을 하는 이상 상고기각판결의 일종에 불과하다는 입장(전형적 상고기각판결설) 등으로 나뉜다.¹⁸⁾

(3) 심리불속행 사유와 재판절차

(가) 위에서 본 바와 같이 심리불속행의 판단 대상은, 상고인이 주장한 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는가(특례법 제4조 제1항 각호 소정의 심리불속행사유를 포함하고 있는가)여부이다. 그리고 그 원칙적인 판단기준은 민사소송법 제423조¹⁹⁾의 규정이라 할 것이므로, 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있음을 이유로 하는 상고가 아닌 경우에는 심리를 속행하지 아니하게 된다. 다만 특례법 제4조 제1항, 제3항에서는 당사자의 예측가능성과 법적 안정성을 도모하기 위하여 불속행사유를 보다 구체적으로 규정하고 있는바, 이에 따라 특례법 제4조 제1항은 “대법원은 상고이유에 관한 주장이 일정한 사유²⁰⁾를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각하고, 또한 특례법 제4조 제3항에서는 상고이유에 관한 주장이 위 사유를 포함하는 경우에도 그 주장자체로 보아 이유가 없거나 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 경우에 해당하는 때에는 위의 예에 의한다”고 심리불속행사유를 구체적으로 규정하고 있는 것이다. 다시 말하면 절대적 상고이유인 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호²¹⁾의

18) 강용현, 전거서, 358면 참조

19) 상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있다는 것을 이유로 드는 때에만 할 수 있다(민사소송법 제423조).

20) 1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때 2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때 3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때 4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때 5. 제1호 내지 제4호외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때 6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

21) 민사소송법 제424조 제1항에는 절대적 상고이유로서 1호부터 6호까지 규정되어 있다. 즉 1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때, 2. 법률에 따라 판결에 관여할 수 없는 판사가 판결에 관여한 때, 3. 전속관할에 관한 규정에 어긋난 때,

사유를 상고이유로 주장하는 경우에도 그것이 판결의 결과에 영향이 없는 경우에는 심리불속행재판을 할 수 있는 것이다.

(나) 한편, 특례법 제6조 제1항은 특례법 제4조 및 제5조의 규정이 대법원의 전원재판부 아닌 이른바 ‘小部’의 재판 중 관여재판관 전원의 의견이 일치되는 경우에 한하여 적용된다고 하여 제4조와 제5조의 적용범위를 한정하고 있고, 또한 같은 조 제2항은 원심법원으로부터 상고기록을 송부받은 날부터 4월 이내에 제5조의 규정에 의한 판결의 원본이 법원사무관등에게 교부되지 아니한 때에는 제4조 및 제5조의 규정을 적용하지 아니한다고 하여 역시 특례법 제4조와 제5조의 적용범위를 한정하고 있다. 나아가 특례법 제5조 제1항에 따라 심리불속행의 사유로 인한 상고기각판결이나 상고이유서 부제출로 인한 상고기각판결은 이유를 기재하지 아니할 수 있다. 이는 심리불속행판결의 경우 실질적으로 법적 문제가 없어 상고심이 그에 대한 이유를 기재하는 것이 별 의미가 없고 오히려 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키게 되므로 판결이유를 쓰는 시간을 절약함으로써 상고심의 부담을 경감시키려는 취지이다.²²⁾ 나아가 위 상고기각판결은 선고를 하지 아니하며 상고인에게 송달됨으로써 그 효력이 생긴다(특례법 제5조 제2항).

2. 심리불속행제도의 위헌 여부

가. 헌법재판소 선례

헌법재판소는 1995. 1. 20. 상고허가제도와 관련하여 합헌결정을 선고²³⁾한 후 심리불속행제도와 관련하여 구 상고심절차에관한특례법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것)²⁴⁾ 제4조 및 제5조를 심판대상으로 하여 처음으로 1997. 10. 30. 합헌결정을 선고한 바 있고²⁵⁾, 그 이후 심판대상에 특례

4. 법정대리인·소송대리권 또는 대리인의 소송행위에 대한 특별한 권한의 수여에 흠이 있는 때, 5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때, 6. 판결의 이유를 밝히지 아니하거나 이유에 모순이 있는 때

22) 강용현, 전거서 385면

23) 헌재 1995. 1. 20. 90헌마1, 판례집 7-1, 1, 8

24) 이는 2002. 1. 26. 민사소송법이 개정됨에 따라 제4조 제1항 제6호 부분(민사소송법 제394조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때)이 변경된 것에 불과하고, 그 규범적 내용은 현행 특례법규정과 동일한 것이다.

법 제2조²⁶⁾와 제7조²⁷⁾가 추가된 경우를 포함하여 심리불속행제도에 대해 여러 차례 합헌결정을 선고하여 왔는바,²⁸⁾ 그 개요 및 요지를 정리하면 다음과 같다.

(1) 개요

사건번호	심판대상(특례법)	기본권침해	종국결과
97헌바37등	§4①,③, §5①,②	재판청구권 등	합헌
96헌마92 ²⁹⁾	§4①,③	재판청구권 등	기각
99헌마461등 ³⁰⁾	§4①,§5①	재판청구권 등	기각
2000헌바93 ³¹⁾	§4①,③	재판청구권 등	합헌
2001헌마781 ³²⁾	§2,§4①,③ §5①,②	재판청구권 등	기각
2002헌마18 ³³⁾	§4 ①	재판청구권 등	기각
2002헌마459 ³⁴⁾	§4①,③ §5①,②,§6,§7	재판청구권 등	기각
2005헌마462등 ³⁵⁾	§4①,§5①	재판청구권 등	기각
2005헌마567 ³⁶⁾	§4①,§5①	재판청구권 등	기각
2003헌마591 ³⁷⁾	§4①,③ §5①,②,§7	재판청구권 등	기각
2004헌마441 ³⁸⁾	§4①,③ §5①,§7	재판청구권 등	기각
2006헌마466 ³⁹⁾	§4①,③ §5①	재판청구권 등	기각

25) 현재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502
 26) 현재 2002. 5. 30. 2001헌마781, 판례집 14-1, 555
 27) 현재 2002. 11. 28. 2002헌마459 공보불게재, 2006. 4. 27. 2004헌마441 공보불게재
 28) 현재 1998. 2. 27. 96헌마92, 공보 26, 257 ; 현재 2001. 2. 22. 99헌마461등, 판례집 13-1, 328 ; 현재 2002. 6. 27. 2002헌마18, 공보 70, 76 ; 현재 2006. 3. 30. 2005헌마462등 공보불게재 등
 29) 현재 1998. 2. 27. 96헌마92, 공보 26, 257(97헌바37등 사건의 합헌결정과 달리 판단하여야 할 사정변경이 없다는 취지로 심판청구를 기각하였다. 이하 사건에서도 대체로 같다).
 30) 현재 2001. 2. 22. 99헌마461등, 판례집 13-1, 328
 31) 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원
 32) 현재 2002. 5. 30. 2001헌마781, 판례집 14-1, 555
 33) 현재 2002. 6. 27. 2002헌마18, 공보 70, 76(심리불속행의 예외로서 규정된 특례법 제4조 제1항 제3호, 제5호와 관련하여 재판청구권 침해와 명확성위배 여부가 쟁점이었다.)
 34) 현재 2002. 11. 28. 2002헌마459 공보불게재
 35) 현재 2006. 3. 30. 2005헌마462등 공보불게재
 36) 현재 2005. 9. 29. 2005헌마567, 공보 108, 102

(2) 결정요지

『헌법이 대법원을 최고법원으로 규정하였다고 하여 대법원이 곧바로 모든 사건을 상고심으로서 관할하여야 한다는 결론이 당연히 도출되는 것은 아니며, “헌법과 법률이 정하는 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리”가 사건의 경중을 가리지 않고 모든 사건에 대하여 대법원을 구성하는 법관에 의한 균등한 재판을 받을 권리를 의미한다거나 또는 상고심재판을 받을 권리를 의미하는 것이라고 할 수는 없다. 또한 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법발견자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로, 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다. 이 사건 법률조항은 비록 국민의 재판청구권을 제약하고 있기는 하지만 위 심급제도와 대법원의 기능에 비추어 볼 때 헌법이 요구하는 대법원의 최고법원성을 존중하면서 민사, 가사, 행정 등 소송사건에 있어서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정함에 있어 개별적 사건에서의 권리구제보다 법령해석의 통일을 더 우위에 둔 규정으로서 그 합리성이 있다고 할 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.』

나. 이 사건의 쟁점

(1) 심리불속행제도 자체의 합헌성

앞서 선례에서 본 바와 같이 모든 사건에 대하여 대법원에 의한 재판을 받을 권리까지 포함된다고 단정할 수는 없고 재판의 적정과 신속이라는 상반된 요청을 조화시키는 문제는 입법자의 형성에 속하는 영역이라고 할 것이다. 그렇다면 이러한 취지에 따라 입법자가 정한 심리불속행제도는 심급제도와 대법원의 기능을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있다.

37) 헌재 2004. 3. 25. 2003헌마591, 공보불게재(특례법 제4조 제1항, 제3항, 제5조 제1항, 제2항, 제6조 중 재항고에 관한 부분 이외에 민사소송법 제128조 제1항 단서, 헌법재판소법 제68조 제1항 등도 심판대상에 포함되어 있다.)

38) 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마441 공보불게재

39) 헌재 2006. 7. 27. 2006헌마466, 공보불게재

(2) 특례법 제5조 제1항 부분

이 사건에서 심리불속행제도 중 특례법 제5조 제1항 부분에 대하여는 재판관 3인의 위헌의견이 제시될 정도로 쟁점으로 부각되었으므로 이하에서는 이 부분에 국한하여 위헌 여부를 살펴볼 필요가 있다.

우선 판결은 법원이 원칙적으로 변론을 열고 심리한 다음에 일정한 형식에 의한 재판서를 작성하고 엄격한 고지방법인 선고에 의해서만 그 효력을 생기게 하는 재판으로서⁴⁰⁾ 판결서에는 원칙적으로 주문이 정당하다는 것을 인정할 수 있을 정도로 당사자의 주장, 그 밖의 공격, 방어방법에 관한 판단을 표시하여야 하고(민사소송법 제208조),⁴¹⁾ 만약 판결에 이유를 밝히지 않거나 이유에 모순이 있는 때에는 절대적 상고이유가 된다(민사소송법 제424조 제1항 제6호).

그런데 특례법 제5조 제1항은 특례법 제4조의 규정에 의한 판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있다고 규정하고 있는바, 이는 심리불속행판결을 할 때의 절차규정으로서 간이하고 신속한 절차에 의하여 사건을 걸러냄으로써 상고심의 부담을 경감시키는 데 그 취지가 있다.⁴²⁾ 즉 특례법 제5조 제1항은 판결에 이유를 기재하여야 한다는 민사소송법 제208조의 특칙으로서 심리불속행판결의 경우에는 판결의 이유를 생략할 수 있도록 한 것이다.⁴³⁾

이와 관련하여 심리불속행판결도 ‘판결’이라는 관점에서 특례법 제5조 제1항에서 최고법원인 대법원에서 이유를 생략한 판결을 하도록 규정함으로써 국민의 재판청구권을 침해하는 결과를 초래하는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수도 있다. 여기서 기재가 생략되어서는 안 될 “이유”란 상고사건의 본안에 관한 이유가 아니라 “심리불속행의 이유”를 의미하는 것으로서,⁴⁴⁾ 이

40) 이에 대하여 결정과 명령은 임의적 변론이 원칙이며(민사소송법 제134조 제1항 단서), 상당한 방법에 의하여 고지하면 충분하고(민사소송법 제221조), 이유를 적는 것을 생략할 수 있다(민사소송법 제224조 제1항 단서).

41) 소액사건심판법의 적용을 받는 제1심의 경우 이유 기재를 생략할 수 있고, 무변론 판결이나 의제자백판결 등의 경우 청구를 특정함에 필요한 정도 등으로 이유기재를 간략하게 할 수 있다(민사소송법 제208조 제3항).

42) 강용현, 전개서, 385-388쪽 참조

43) 실무상으로는 “상고인의 상고이유는 상고심절차에 관한 특례법 제4조 소정의 심리불속행사유에 해당하므로 위 법 제5조에 의하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”라는 등으로 정형화된 이유설시를 하고 있다.

44) 심리불속행 상고기각은 상고이유의 당부에 관하여 판단하기에 앞서 상고인이 주장한 상고이유에 민사소송법상의 적법한 상고이유가 실질적으로 포함되어 있는가

쟁점에 대하여는 재판관 5인이 합헌의견을, 재판관 3인이 위헌의견을 각 제시하였다. 이하에서는 이러한 쟁점을 중심으로 심리불속행제도에 관하여 살펴보기로 한다.

다. 특례법 제5조 제1항의 위헌 여부

(1) 선례의 입장 및 구특례법상 논의

우선 헌법재판소는 특례법 제5조 제1항에 대하여 심리불속행제도에 관한 최초의 선례인 97헌바37사건을 비롯한 다수의 선례에서 합헌결정을 하였다. 그 실시방법을 보면 특례법 제4조 제1항과 함께 판시한 것이 대부분이나 2005헌마567 사건의 경우⁴⁵⁾ “이 조항은 특례법 제4조에 해당하는 사건의 보다 신속한 처리를 위한 것이고 판결의 이유는 하급심 판결에서 사실상 모두 설명된 것이어서 재판청구권 등 기본권을 침해하지 아니한다.”고 별도로 판시하기도 하였다.

한편, 구 특례법 시행규칙 제9조 제2항은 상고불허가결정에 이유설시를 요하지 않는다고 규정하였는데, 이와 관련한 논의를 정리해 보면 다음과 같다. 즉 일부에서는 사법부에 대한 신뢰도를 떨어뜨리고 하급심법원의 판결에 대한 통제를 약화시키며 보다 많은 판례의 집적을 위하여 적어도 결정주문의 정당함을 인정할 수 있는 범위 내에서 이유를 기재할 필요가 있다고 한 반면,⁴⁶⁾ 대법원측에서는 허가상고불허가결정에 이유를 붙인다고 해도 그것은 “이 사건은 법령의 해석에 관한 중요한 사항을 포함하는 것으로 인정되지 아니하므로 이에 대한 상고허가신청을 받아들이지 아니한다”고 기재하는 수밖에 없고 남상고율이 지극히 높았던 과거의 경험에 비추어 이러한 요지의 이유를 기재한다고 하더라도 그것은 별의미가 없으며 또한 그것이 대법원판례가 되는 것도 아니므로 불허가결정에 이유를 붙이는 것은 무익하다는 의견을 제시하였다.⁴⁷⁾

를 검토한 후 이에 해당하지 않는다고 판단될 경우 본안에 관한 심리를 더 이상 속행하지 않은 채 상고를 기각하는 것이므로 심리불속행 상고기각 판결에서는 본안에 관한 이유를 기재할 수 없음이 자명하다.

45) 헌재 2005. 9. 29. 2005헌마567, 공보 108, 1060

46) 최광률, ‘상고제한제도의 해석상 문제점’, 대한변호사협회지(79호, 1982. 7., 8. 합병호), 29-30면 참조

47) 사법백서, ‘소송촉진등에관한특례법시행결과의 분석’, 법원행정처, 1987, 88면 참조

(2) 독일연방헌법재판소의 입장

독일의 경우 수리상고제도와 관련하여 연방헌법재판소에서 다음과 같은 판결을 한 바 있다. 즉 독일연방헌법재판소는 ‘아무런 이유 실시’ 없이 상고를 수리하지 아니한 연방대법원판결 및 민사소송법 조항에 대해 헌법소원이 제기된 사건(BVerfGE 49, 148ff.)에서,⁴⁸⁾ 원칙적 중요성을 기준으로 상고불수리 여부를 결정하도록 한 민사소송법 제554의b조에 대해 ‘원칙적 중요성이 없는 상고에 대한 불수리는 그 상고가 최종적 결과라는 점에서 성공가능성이 없을 때에만 허용될 수 있다’고 해석하는 한 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였고, 다만 이유실시 없이 상고불수리결정을 한 연방대법원 판결에 대해서는 ‘동 재판부가 상고불수리 판단을 함에 있어 상고의 최종적 성공가능성 여부만을 기준으로 삼았는지, 아니면 상고가 성공가능성이 있었음에도 불구하고 재판부가 사건부담을 결정적인 기준으로 고려하였는지 알 도리가 없으므로, 법치국가원리와 평등원칙에 대한 침해가능성을 배제할 수 없다’는 이유로 이를 취소하고 사건을 연방대법원으로 환송한 바 있다(재판소원 인용).

여기서 어느 정도까지 이유 실시가 필요한 것인가가 문제되는데, ‘연방헌법재판소의 해석에 따른 민사소송법 제554의b조 제1항에 의하여 상고를 수리하지 않는다’고만 실시하였을 뿐 그 밖의 이유실시 없이 상고불수리결정을 한 연방대법원판결에 대해 헌법소원이 제기된 사건(BVerfGE 50, 287ff.)에서,⁴⁹⁾ ‘구체적 이유실시가 없이 다만 불수리에 결정적인 법률적 관점(수리상고시에 원칙적 중요성이 없는 사건의 경우 승소가능성이 없다는 정도)의 기재만으로 족하고, 그 이상의 실제적 이유실시가 없다는 것이 불허가판단이유를 상고인이 알 수 없기 때문에 상고인에게 불만스러울 수 있지만 그렇다 하여 헌법위반이 된다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 헌법으로부터 모든 법원의 재판, 특히 통상의 상소로써는 더 이상 다룰 수 없는 최종심법원의 재판에까지 반드시 이유실시가 되어야 한다는 요구는 나오지 않기 때문이다’⁵⁰⁾고 판

48) 김오수, ‘독일민사소송법상 수리상고제에 대한 위헌논의’, 재판자료집(제19집), 법원행정처(1094년), 351면 참조

49) 김오수, 전계논문, 353-354면 참조

50) 위 판결 이후에도 실무상으로는 상고불수리결정에 실질적, 구체적인 이유실시가 없는 것이 보통이라고 한다, 김오수, 전계논문 383면 참조

시한 바 있다.

(3) 법정의견과 반대의견

(가) 개관

위와 같이 상고심을 형성하는 제도에 대하여 국가마다 다르게 형성되어 온 것을 알 수 있지만, 그 이유기재에 대하여는 독일의 경우와 같이 법치주의 원칙 등의 관점에서 종전과 달리 신중하게 접근할 필요성도 제기되고 있는 것이 사실이다. 이러한 측면들 이 사건 결정의 소수의견에 어느 정도 반영되었다고 할 수 있는데, 재판관 5인이 찬성한 법정의견의 경우 심리불속행 제도 자체의 입법목적과 합리성이 인정되는 이상 심리불속행의 내용을 구성하는 이유기재 생략 부분의 합헌성을 부정할 수 없다는 입장에 선 것으로 볼 수 있을 것이다. 그 중 보충의견은 우리나라의 심리불속행제도는 결정이 아닌 판결로 상고기각을 하면서 그 이유기재를 생략하도록 한 점에 입법론상 문제가 있다는 지적을 하고 있다.

심리불속행 상고기각 판결에 이유기재를 생략할 수 있도록 한 특례법 제5조 제1항에 대하여는 위와 같은 입장들이 고려된 것으로 보이는데, 그 요지를 보면 다음과 같다.

(가) 법정의견(합헌)

① 재판관 4인(재판관 이강국, 이공현, 민형기, 목영준)

특례법 제4조 및 제5조에서 규정하는 심리불속행제도는 남상고 사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 제도로서 그 입법취지 및 규정 내용 등에 비추어 충분히 합리성이 인정된다. 이러한 입법취지 등을 고려하여 특례법 제5조 제1항에서는 판결에 이유를 기재하여야 한다는 민사소송법 제208조의 특칙으로서 심리불속행 재판의 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 것이다. 또한 특례법 제5조 제1항은 심리불속행제도의 내용을 구성하는 절차적 규정으로서 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 이 부분 조항을 포함한 심리불속행제도에 대하여 여러 차례 합헌결정을 선고한 바 있다.

한편 심리불속행 상고기각판결에 이유를 기재한다고 해도, 당사자의 상고이유가 법률상의 상고이유를 실질적으로 포함하고 있는지 여부만을 심리하

는 심리불속행 재판의 성격 등에 비추어 현실적으로 특례법 제4조의 심리속행사유에 해당하지 않는다는 정도의 이유기재에 그칠 수밖에 없고, 나아가 그 이상의 이유기재를 하게 하더라도 이는 법령해석의 통일을 주된 임무로 하는 상고심에게 불필요한 부담만 가중시키는 것으로서 심리불속행제도의 입법취지에 반하는 결과를 초래할 수 있다.

따라서 심리불속행 재판의 판결이유를 생략하도록 규정한 특례법 제5조 제1항 중 제4조에 관한 부분은 그 입법취지 등에 비추어 합리성이 인정될 뿐 아니라 이 사건에서 종전결정과 달리 판단하여야 할 아무런 사정변경도 없으므로, 이 부분 조항이 재판청구권 등을 침해하여 위헌이라고 볼 수는 없다.

② 보충의견(재판관 이동흡)

심리불속행 재판의 경우에는 민사소송법 제208조의 특칙인 특례법 제5조 제1항에 의하여 판결에 이유를 기재하지 아니할 수 있는바, 이는 다수의견이 지적하는 바와 같이 남상고 사건에 대한 신속한 처리를 통하여 정당한 당사자의 재판을 받을 권리를 충실히 하기 위한 심리불속행제도의 입법취지에서 비롯되었다고 볼 수도 있으나 이미 심리를 개시하였다가 판결의 형식으로 종결하는 특수성에 비추어 다음과 같은 사정도 고려되어야 할 것이다.

일반적으로 판결에 이유기재를 요구하는 목적은 당사자에게 법원의 판단 과정을 납득시키고 불복수단을 강구하도록 하려는 것이나 간이한 사건처리를 위하여 판결이유를 생략할 수 있도록 규정한 소액사건의 경우(소액사건 심판법 제11조의2 제3항)에서 보듯이 그 이유기재 여부는 입법재량권의 영역에 속한다고 볼 수 있고, 더구나 심리불속행 재판은 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 심급제도와 관련하여 입법화된 사항인 만큼 판결이유기재를 비롯한 재판과정에 대하여 일정한 범위 내에서 입법형성권이 인정될 수 있다고 할 것이다.

그런데 판단대상이 심리불속행사유의 존부에 국한된 심리불속행 재판의 경우 판결이유의 기재 내용도 본안의 당부를 판단하는 것이 아니라 심리불속행사유의 존부에 그치는 것이므로 그 판결이유의 기재 목적 역시 다른 경우와 달리 볼 수 있을 것이고, 나아가 심리불속행 재판이 최종심으로서 심리불속행사유의 존부만을 판단대상으로 한다는 점에 비추어 보면 특례법 제5

조 제1항에서 그 판결이유의 기재를 생략할 수 있도록 허용하였다고 하여 재판의 본질에 위배된다거나 입법형성권에 위배된다고 볼 수는 없다. 다만, 상고제한에 관한 외국의 여러 입법례 등에 비추어 특례법 제4조 소정의 심리불속행사유가 있다고 인정되는 경우에 재판의 성질상 이유기재를 생략할 수 있는 ‘결정’이 아닌 ‘판결’로써 상고를 기각하도록 한 것은 입법론적으로 재검토할 여지가 있음을 지적해 둔다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면, 심리불속행 재판의 판결이유를 생략하도록 규정한 특례법 제5조 제1항은 당사자에게 법원의 판단과정을 충분히 납득시킬 수 없는 측면이 있기는 하나, 심리불속행제도의 여러 특수성을 감안한다면 입법형성권을 벗어날 정도로 합리성을 상실하였다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

(나) 위헌의견(재판관 김희옥, 재판관 김종대, 재판관 송두환)

① 특례법 제5조 제1항의 문제점과 재판청구권의 침해

심리불속행 상고기각은 상고이유의 당부에 관하여 판단하기에 앞서 상고인이 주장한 상고이유에 민사소송법상의 적법한 상고이유가 실질적으로 포함되어 있는가를 검토한 후 이에 해당하지 않는다고 판단될 경우 본안에 관한 심리를 더 이상 속행하지 않은 채 상고를 기각하는 것이므로 심리불속행 상고기각 판결에서는 본안에 관한 이유를 기재할 수 없음이 자명하다. 따라서 이 사건 제5조 제1항에서 우리가 문제 삼는, 기재가 생략되어서는 안 될 “이유”란 상고사건의 본안에 관한 이유가 아니라 “심리불속행의 이유”를 의미하는 것이다.

그런데 심리불속행으로 상고를 기각하면서 그 이유를 기재하지 않는 경우 상고한 당사자로서는, 상고가 적법함에도 불구하고 상고사건에 대한 대법원의 종국적인 판단이 거부되었을 뿐 아니라 자신이 주장한 상고이유가 왜 심리불속행 사유에 해당되는지에 대해서도 아무런 이유를 제시받지 못한 채 패소의 확정판결을 받게 되는 것이므로 그 결론의 적법 타당성을 알 방법이 없고 심지어 판단유타과 같은 재심사유가 있는지 여부조차 알 수가 없다.

결국 특례법 제5조 제1항은 대법원의 심리불속행 상고기각 판결에 대해서 그 이유를 전혀 기재하지 않을 수 있도록 함으로써, 그 판결이 과연 적정한 것이었는지, 혹시 상고인의 주장에 대한 판단을 누락하였거나 잘못 판단한

점은 없는지에 등에 대해 살펴볼 가능성을 원칙적으로 차단하고 있으므로 상고인의 재판청구권을 침해할 소지가 생겨난다.

② 국민주권주의와 법치주의 아래서의 재판

a) 국민주권주의와 재판

헌법은 대한민국의 주권이 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 점을 명백히 선언하고 있다(제1조 제2항). 국가권력의 하나인 사법권 역시 국민으로부터 나오는 것이므로 현실적으로는 법관이 재판을 담당하지만 이념적으로는 국민으로부터 위임받은 권한을 법관이 행사할 뿐이다. 이것은 곧 국민이 국민의 이름으로 재판하고 재판을 받는다는 것을 의미하는 것으로 치자와 피치자의 동일성을 핵심 원리로 하는 민주주의 국가의 사법 이념이기도 하다.

따라서 국민주권주의가 확립된 오늘날의 민주주의 국가에서는, 재판권을 행사하는 자가 치자로서 갖는 고유한 힘에 의해 재판했다는 이유로 그 재판이 정당화되거나 그 결과에 복종을 요구할 수 있는 권위가 인정되지는 않는다. 재판이 정당성을 확보하고 권위를 인정받기 위해서는 납득할 만한 합리적인 이유를 통해 국민을 설득할 수 있어야 하고 필요한 최소한도의 불복방법을 보장해 주어야 한다.

재판에서 당사자를 설득하기 위한 노력이 바로 이유의 제시이고 이러한 이유의 제시야말로 최소한의 불복방법을 보장해 주는 수단이 된다.

아무런 이유를 기재하지 않은 채 재판의 결론만을 선고하면서 선고와 동시에 재판이 확정되었으니 그 결과에 대해 승복하라고 요구하는 것은 일방적이고 권위주의적 권력관계를 기초로 한 과거의 전제군주 통치체제하에서라면 몰라도 근대민주주의 국가에서의 재판 이념과는 부합하지 아니하며 사법에 대한 국민의 불신을 초래하여 민주주의 국가의 사법제도의 존립 근거를 위협하게 될 우려마저도 없지 않다.

b) 법치주의와 재판

재판은 법치주의의 핵심 제도로서 구체적인 사건을 놓고 거기에 헌법과 법률을 적용해 무엇이 법인가를 선언함으로써 분쟁을 해결하는 절차이다. 투표에 의한 표결이나 추첨 또는 일방적 지시 등을 통해서도 분쟁을 해결할 수는 있겠지만 법치주의 하에서의 재판절차가 그와 같은 방법들과 본질적으

로 다른 점은 헌법과 법률에 따라 결론이 도출된다는 점에 있는 것이다.

그런데 구체적인 재판에서 확정된 결론만 있고 그 결론에 이르는 이유가 없다면 그 재판이 헌법과 법률에 따라 판단된 것인지 여부를 알 길이 없다. 재판절차를 형성하는 법률이, 헌법과 법률에 따라 판단한 것인지 여부를 알 수 없도록 하는 재판을 허용하고 있다면, 재판절차를 형성하고 있는 그 법률은 법치주의의 원리에 반하는 법률이라고 하지 않을 수 없다.

또한 재판의 본질은 재판을 청구한 당사자의 주장에 대한 법원의 응답이며 그 응답이 바로 이유의 기재라 볼 수 있을진대, 이유를 제시하지 않아도 되는 재판을 해도 된다고 하면 그런 재판은 재판의 본질에 반해 부당할 뿐 아니라 그런 재판을 하는 법원으로서도 자신의 판단이 과연 헌법과 법률에 따라 적절하게 이루어진 것인지에 대해 스스로 검토할 계기가 줄어들게 되므로 자의적 판단에 빠질 위험성도 그만큼 커지게 된다.

결국 이유기재가 없는 재판이 가능하도록 한 특례법 제5조 제1항은 헌법과 법률이 정한 바에 따라 재판이 이루어져야 한다는 법치주의 원리에 따른 재판을 무의미하게 만들고 당사자의 주장에 대해 실질적으로 아무런 대답이 없는 재판을 가능하게 하는 것으로 재판의 본질에도 반하는 부당한 규정이다.

3. 결정의 의의

심리불속행제도는 상고심에서의 소송촉진과 소송경제 등을 위해 종전의 상고허가제도 대신 도입된 것으로서 재판의 적정과 신속이라는 상반된 문제에 대하여 대법원의 최고법원성을 존중하면서도 민사 등 사건에서 상고심재판을 받을 수 있는 객관적 기준을 정한 것으로 평가할 수 있다. 이 결정은 심리불속행제도가 상고심의 재판받을 권리와 관련하여 그 입법목적이 정당할 뿐 아니라 수단도 합리적이라고 판시함으로써 종전의 합헌결정과 같은 결론에 도달하고 있다. 다만, 소수의견이긴 하지만 심리불속행 상고기각판결의 이유기재를 생략할 수 있도록 한 특례법 조항에 대하여 재판의 본질과 법치주의 원리 등에 비추어 위헌이라는 의견이 제시되었다. 이는 헌법재판소가 판결의 이유기재 생략이라는 쟁점에 대하여 처음으로 헌법적 관점에서 판단을 한 것으로서 향후 심리불속행제도를 보다 합리적으로 운영하기 위한

측면에서도 의미가 있다고 할 것이다. 헌법재판소는 이 결정 이후에도 심리 불속행제도와 관련하여 이 사건과 마찬가지로 선고함으로써 이 결정의 의미를 재확인한 바 있다(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1408, 공보 140, 846 참조).

실화책임에 관한 법률 위헌제청

- 경과실로 인한 실화의 경우 실화피해자의 손해배상청구권 -
(헌재 2007. 8. 30. 2004헌가25, 판례집 19-2, 203)

사 봉 관*

【판시사항】

일반 불법행위에 대한 과실책임주의의 예외로서 경과실로 인한 실화의 경우 실화피해자의 손해배상청구권을 전면 부정하고 있는 ‘실화책임에 관한 법률’의 위헌 여부(적극)

【심판대상】

실화책임에 관한 법률

“민법 제750조의 규정은 실화의 경우에는 중대한 과실이 있을 때에 한하여 이를 적용한다.”

[관련조항]민법 제750조(불법행위의 내용)

“고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”

【결정요지】

1. 불의 특성으로 인하여 화재가 발생한 경우에는 불이 생긴 곳의 물건을 태울 뿐만 아니라 부근의 건물 기타 물건도 연소(延燒)함으로써 그 피해가 예상외로 확대되는 경우가 많고, 화재피해의 확대 여부와 규모는 실화자가 통제하기 어려운 대기의 습도와 바람의 세기 등의 여건에 따라 달라지게 된

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

다. 그래서 입법자는 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 손해배상책임으로부터 구제하기 위하여 ‘실화책임에 관한 법률’(이하 ‘실화책임법’ 또는 ‘이 사건 법률’이라 한다)을 제정한 것이고, 오늘날에 있어서도 이러한 실화책임법의 필요성은 여전히 존속하고 있다고 할 수 있다.

2. 그런데 실화책임법은 위와 같은 입법목적은 달성하는 수단으로서, 경과실로 인한 화재의 경우에 실화자의 손해배상책임을 감면하여 조절하는 방법을 택하지 아니하고, 실화자의 배상책임을 전부 부정하고 실화피해자의 손해배상청구권도 부정하는 방법을 채택하였다.

그러나 화재피해의 특수성을 고려하여 과실 정도가 가벼운 실화자를 가혹한 배상책임으로부터 구제할 필요가 있다고 하더라도, 그러한 입법목적은 달성하기 위하여 실화책임법이 채택한 방법은 입법목적의 달성에 필요한 정도를 벗어나 지나치게 실화자의 보호에만 치중하고 실화피해자의 보호를 외면한 것이어서 합리적이라고 보기 어렵고, 실화피해자의 손해배상청구권을 입법목적상 필요한 최소한도를 벗어나 과도하게 많이 제한하는 것이다.

게다가 화재 피해자에 대한 보호수단이 전혀 마련되어 있지 아니한 상태에서, 화재가 경과실로 발생한 경우에 화재와 연소의 규모와 원인, 피해의 대상과 내용·범위, 실화자의 배상능력, 피해품에 대한 화재보험 가입 여부, 피해자의 재산정도 등 손해의 공평한 분담에 관한 여러 가지 사항을 전혀 고려하지 아니한 채, 일률적으로 실화자의 손해배상책임과 피해자의 손해배상청구권을 부정하는 것은, 일방적으로 실화자만 보호하고 실화피해자의 보호를 외면한 것으로서 실화자 보호의 필요성과 실화피해자 보호의 필요성을 균형있게 조화시킨 것이라고 보기 어렵다.

3. 다만 실화책임법이 위헌이라고 하더라도, 앞서 본 바와 같이 화재와 연소(延燒)의 특성상 실화자의 책임을 제한할 필요성이 있고, 그러한 입법목적은 달성하기 위한 수단으로는 구체적인 사정을 고려하여 실화자의 책임한도를 경감하거나 면제할 수 있도록 하는 방안, 경과실 실화자의 책임을 감면하는 한편 그 피해자를 공적인 보험제도에 의하여 구제하는 방안 등을 생각할 수 있을 것이고, 그 방안의 선택은 입법기관의 임무에 속하는 것이다.

따라서 실화책임법에 대하여 단순위헌을 선언하기보다는 헌법불합치를 선고하여 개선입법을 촉구하되, 실화책임법을 계속 적용할 경우에는 경과실로

인한 실화피해자로서는 아무런 보상을 받지 못하게 되는 위헌적인 상태가 계속되므로, 입법자가 실화책임법의 위헌성을 제거하는 개선 입법을 하기 전에도 실화책임법의 적용을 중지시킴이 상당하다.

이 결정과 달리 실화책임법이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정한 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고 92헌가4등 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도에서 변경한다.

재판관 이동흡의 보충의견

실화책임법과 같이 경과실로 인한 실화의 경우 일률적으로 실화피해자의 손해배상청구권을 완전히 부정하는 입법례는 실화자에게 민사상의 배상책임을 지우지 않는 관습이 형성된 일본 이외에는 유례가 없다.

특히 우리의 경우에는 일본과 같은 관습도 없을 뿐만 아니라, 실화책임법 제정 당시와는 달리 오늘날에는 내화성이 강한 건축양식에 따른 대형건축물의 증가, 화재의 조기진압과 예방을 위한 소방관계법령들이 제정 또는 개정됨으로써 실화자를 가혹한 손해배상책임의 부담으로부터 구제한다는 실화책임법의 필요성도 많이 약화되었다. 또한 실화로 인한 경우와 마찬가지로, 광산사고, 독성물질로 인한 사고 등으로 인하여 손해의 범위가 예상외로 확대된 경우에도 과실책임주의를 관철하거나 무과실책임주의 내지 위험책임주의를 도입하여 피해자에 대한 보상의 확대를 도모하고 있는 현대의 입법추세에 비추어 보더라도 실화피해자의 보호를 외면하고 실화자의 구제만을 우선하고 있는 실화책임법을 유지할 것인가에 대하여는 의문을 가질 수밖에 없다.

따라서 실화책임법은 불의 특성과 실화자의 구제만을 지나치게 강조하여 필요한 정도 이상으로 실화피해자의 재산권을 제한하는 것으로서 위헌이라 하지 않을 수 없으나, 다만 실화책임법의 위헌성은 제정 당시부터 있었던 것이라기보다는 그 후의 건축양식의 변화와 소방행정의 발달 및 관계법령의 정비 등 현실적인 상황의 변경에 의하여 발현된 것이라고 보여지고, 그 위헌성을 제거하는 방법도 다양할 것이므로, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 실화책임법의 적용을 중지하는 헌법불합치 의견에 동의하면서 그 이유에 대하여 이와 같이 보충적으로 의견을 밝히는 것이다.

재판관 이공현, 재판관 송두환의 단순위헌 의견

실화책임법은 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하려는 입법목적 달성을 위하여 경과실로 인한 실화의 경우 실화피해자의 손해배상청구권을 완전히 부정하고 있는바, 이는 다수의견도 지적하고 있는바와 같이 실화자의 보호에만 치중하고 실화피해자의 보호는 외면한 것으로서 현저하게 불합리하고 불공정한 수단의 선택이라고 하지 않을 수 없다.

따라서 실화책임법은 헌법 제37조 제2항에서 정하고 있는 기본권제한입법의 한계를 일탈하여 실화피해자의 재산권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다.

이 다만 이와 같이 실화책임법이 실화피해자의 재산권을 침해하는 것으로서 위헌으로 판단되는 이상, 헌법재판소로서는 실화책임법의 외관을 형식적으로 존속시키고 입법부의 개정입법이 있을 때까지 그 적용을 중지시킬 것이 아니라 단순위헌을 선고하여 실화책임법을 법질서에서 제거함으로써 헌법질서를 수호하는 단호한 태도를 취하여야 한다고 생각하므로, 다수의견과 달리 단순위헌 의견을 개진하는 바이다.

【사건의 개요】

(1) 제청신청인들(이하 ‘신청인들’이라 한다)과 주식회사 동산화학(이하 ‘동산화학’이라 한다)은 부산 부산진구 가야동 일대에 있는 가야집단공장에서 사업체를 운영하고 있었는데, 2003. 6. 15. 03:00경 동산화학 소유 건물의 2층 바닥에 깔린 전선 중 반 단선된 부분의 과열로 전선피복이 탄화되면서 합선되어 화재가 발생하였고, 그 불이 인근에 있던 신청인들의 건물로 번져서 건물과 사무실 집기, 자재, 공장시설 등이 소훼되었다.

(2) 신청인들은 2003. 7. 11. 동산화학을 상대로 위 화재로 인한 손해배상청구소송 등을 제기하였고, 위 소송 진행 중 경과실로 인한 실화의 경우에 손해배상청구권을 제한하고 있는 실화책임법이 신청인들의 재산권 등을 침해한다는 이유로 위헌법률심판의 제청을 신청하였는데, 법원은 그 신청을 받아들여 2004. 8. 31. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

【해설】

1. 이 사건 법률의 위헌 여부에 대한 선례와 검토방법

(1) 우리 재판소는 이미 이 사건 법률이 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하려는 것으로서 입법목적이 정당하고, 이 사건 법률로 인한 실화 피해자의 손해배상청구권이라는 재산권의 제한이 법익의 균형성, 방법의 적정성 및 피해의 최소성을 갖추어 그 입법적 한계를 벗어나지도 아니하였으며, 나아가 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 침해하거나 평등권을 침해한다고 볼 수 없다는 취지로 판시한 바 있다(1995. 3. 23. 92헌가4 등, 판례집 7-1, 289-306, 이하 ‘중전 선례’라 한다).

(2) 합헌론의 입장에서는, 화재로 인한 손해 발생 및 확대의 무한정성과 실화자의 통제불가능성은 화재 자체의 특성이요, 중전 선례 결정시와 비교하여 가옥의 밀집도는 오히려 강화되었고, 소방행정의 미비점도 여전히 존재한다고 할 수 있어서 지금도 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제할 필요는 여전히 계속 존재한다고 할 수 있으며, 또한 이 사건 법률로 인하여 제한 내지 침해되는 기본권에 관한 제정법원과 신청인들의 주장도 중전 선례와 달라진 것이 없고, 중전 선례에서 이미 이에 대한 판단이 이루어진 바 있으므로, 중전 선례를 변경할 만한 사정변경이 없다는 이유로 이를 그대로 유지하면 충분할 것으로 보인다.

(3) 따라서, 이 글에서는 주로 위헌론의 입장에서 이 사건 법률의 특성과 중전 선례에서 든 이 사건 법률의 합헌 판단의 근거를 비판적으로 검토함으로써 중전 선례를 변경할 필요성이 있는지를 살펴보고자 한다.

2. 이 사건 법률의 특성

(1) ‘과실책임주의’의 예외

우리 헌법 제119조 제1항에서는 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정하여 사유재산제도, 사회적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙을 기본으로 하고 있음을 선언하고 있고, 민법에서는 이러한 자유시장 경제질서에서 파생된 과실책임의 원칙을 일반

불법행위에 관한 기본원리로 삼고 있다.¹⁾

그런데 이 사건 법률은 실화의 경우에는 과실책임의 원칙에 입각한 민법 제750조가 적용되지 않고 오로지 중대한 과실이 있는 경우에만 그 책임을 부담한다고 규정함으로써, 1차적으로는 일반불법행위의 기본원리인 ‘과실책임주의’의 예외라는 특성을 가진다.

(2) 무과실책임 내지 위험책임주의와의 비교

(가) 과실책임주의는 역사적으로 가해자의 가해행위와 손해발생간의 인과관계만 있으면 가해자의 손해배상책임을 인정하는 ‘원인책임주의 내지 결과책임주의’를 극복하고, 17세기의 자연법사상과 교회법의 영향 및 19세기의 산업화 시대에 있어서 경제활동 내지 기업 활동의 자유를 보호하기 위한 시대상황 및 경제정책적 동기에서 채택된 것이다.

이러한 과실책임주의를 근간으로 하는 불법행위법이 담당하는 기능은 논자에 따라서 여러 가지로 주장되고 있고²⁾, 법경제학이나 비판법학의 입장에서 기존의 불법행위법이 적절하게 기능을 발휘하고 있는가에 대한 많은 비판이 있는 것은 사실이다. 그러나, 불법행위법의 기능이 ‘보상과 예방’, 그 중에서도 ‘발생한 손해를 가해행위 이전의 상태로 회복 내지 전보하는 역할이 불법행위법의 1차적 기능’이라고 하는 것이 지배적인 견해이다. 그 이유는 이 보상 기능이 바로 정의(正義)의 요청에 부합한다는 점 때문이라고 한다³⁾.

(나) 이와 같이 당시의 시대상황과 경제정책적 동기를 배경으로, 피해자에 대한 보상 내지 정의의 실현을 목적으로 하여 가해자에 대한 유책성의 근거로 출발한 ‘과실책임주의’는 과학기술의 발달과 생활의 도시화 등 새로운 사

1) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가4 등, 판례집 10-1, 533-534; 이 사건에서는 승객이 사망하거나 부상한 경우 승객이 아닌 자의 경우와는 달리 운전자에게 무과실책임을 지우고 있는 자동차손해배상보장법 제3조 단서 제2호가 자유시장 경제질서와 재산권 및 평등의 원칙에 위반되는지 여부가 쟁점이 되었다.

2) 전통적으로 인정되는 불법행위법의 기능은, ①피해자에 대한 보상, ②법익침해행위의 억제 또는 예방, ③위법행위자의 처벌, ④피해자의 만족, ⑤사회질서의 회복 등 5가지를 들 수 있고, 이 다섯가지 가운데 어떤 기능이 강조되어 왔는가는 시대, 장소 또는 불법행위의 유형 등에 따라 다르지만, 대체로 이들 다섯 가지 기능이 상호 보완적인 관계에 있다고 한다[민법주해 (XVIII), 채권(11), 김성태 집필부분, 29-30쪽 참조].

3) 민법주해 (XVIII), 채권(11), 김성태 집필부분, 31쪽 참조

회, 경제적 상황으로 인하여 ‘손해의 공평, 타당한 배분’이라는 새로운 요청 앞에 서게 된다.

과실책임주의의 수정원리인 무과실책임 내지 위험책임원칙은 행위자의 과실이 없더라도 손해배상책임이 귀속되는 것을 인정하는 책임원칙으로서, 이는 현대산업사회에서 고속교통수단, 광업 및 원자력 산업 등의 위험원(危險源)이 발달하고, 또 누구의 과실에 의하지 않고도 여러 가지 위험원으로부터 산업재해 및 환경오염 등으로 인한 피해가 증가하게 되자, 손해의 공평, 타당한 배분이라는 새로운 요청에 부응하기 위하여, 종래의 과실책임의 원칙에 의존해서는 그 공평타당한 조정이 어렵게 되었다는 반성과 비판을 통하여 인정된 것이다⁴⁾.

(다) 그런데 이 사건 법률은 무과실책임 내지 위험책임과 같이 일반불법행위의 기본원리인 과실책임의 원칙을 수정하고 있으면서도, 무과실책임 내지 위험책임의 원리를 수용한 법률⁵⁾처럼 위험한 시설이나 활동으로부터 발생하는 사고손해를 가해자의 과실 유무와 관계없이 이러한 위험을 지배하는 자에게 책임을 지움으로써 결국 피해자에 대한 보상의 확대를 도모하고 있는 것과는 달리, 경과실로 인한 실화자에 대하여 불법행위책임을 면제함으로써, 피해자보다는 오히려 가해자를 보호하고 있는데 특색이 있다.

(3) 위와 같이 이 사건 법률은 경과실로 인한 실화의 경우에 일반 불법행위책임에 관한 규정인 민법 제750조의 적용을 배제함으로써, 실화 피해자의 재산권인 실화자에 대한 손해배상청구권을 제한하고 있으므로, 기본적으로는

4) 무과실책임의 이론적 근거로는 위험책임설, 보상책임설, 원인책임설, 구체적 공평설 등이 있으나, 그 중 통설적 견해인 위험책임설에 따르면, 위험한 시설이나 위험한 활동의 운영은 그 자체 내에 완전지배 불가능한 손해발생의 추상적 위험을 내포하고 있으며, 이를 운영하는 자는 처음부터 그러한 위험성을 알면서도 이를 운영하고 있으므로, 국가가 사회생활상 필요불가결한 이러한 시설이나 활동에 수반되는 추상적인 위험을 ‘허용된 위험’으로 허용하는 대신, 이러한 시설이나 활동에 내재하고 있는 위험의 현실화로 인한 손해는 피해자보다는 위험원을 운영, 관리하고 있고 이러한 위험원을 자신의 이익을 위하여 의식적으로 운영하는 자가 부담하는 것이 공평, 타당한 손해조정이 된다고 한다[민법주해(XVIII), 채권(11), 서광민 집필부분, 138-146쪽 참조]

5) 무과실책임 내지 위험책임원리를 도입한 법률로는, 자동차손해배상보장법 이외에도 광업법, 원자력손해배상법, 환경정책기본법, 수산업법, 근로기준법 및 선원법 등이 있고, 민법 제758조의 공작물 소유자의 책임도 공작물의 설치, 보존의 하자를 전제로 하고 있어 완전무과실책임은 아니지만 위험책임의 원리를 도입하고 있다고 설명되고 있다.

실화 피해자의 재산권 침해 여부가 문제되고, 다른 불법행위 피해자들과의 관계에서 평등권이 침해되는지도 문제될 수 있다.

3. 이 사건 법률의 재산권 침해 여부 등

(1) ‘과실책임의 원칙’의 지위 등

(가) 일반불법행위책임의 기본원리인 ‘과실책임의 원칙’은, 당시의 자연법 사상과 시대상황 및 경제정책적 동기를 배경으로 원인책임주의 내지 결과책임주의를 극복하는 과정에서 채택된 것으로서, 근대 민법의 기본원리이며 우리 헌법이 채택한 자유시장경제질서의 기초가 되는 원칙이다. 이와 같은 과실책임의 원칙은 적극적인 의미와 소극적 의미의 두 가지 의미를 가지고 있다. 적극적인 의미란 고의나 과실로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 부담하여야 한다는 의미로서, 이는 인간의 범감정상 언제 어디서나 바로 인정될 수 있는 책임원칙이다. 한편 소극적인 의미란 고의나 과실로 손해를 가한 자만이 손해를 부담한다는 의미, 즉 고의나 과실 없으면 손해배상 의무가 없다는 의미로서 이는 언제 어디서나 인정될 수 있는 책임원칙은 아니다. 고의나 과실 없이 가한 손해에 대해서도 가해자가 그 손해를 부담하는 책임원칙도 있을 수 있기 때문이다⁶⁾.

(나) ‘과실책임의 원칙’의 수정 가능성과 정당성

불법행위법은 불법행위 책임의 근거에 관한 것으로서, 그 시대와 사회의 지배적인 정의와 형평의 관념에 따라 영향을 받게 되므로, 과실책임의 원칙도 그 수정이 전혀 불가능한 법원리가 될 수는 없다고 생각한다. 따라서 과실책임의 원칙의 수정원리인 위험책임의 원리는 다음과 같이 정당화될 수 있다. 즉, 과실책임의 원리를 수정하여 위험원을 지배하는 자로 하여금 그 위험이 현실화된 경우의 손해를 부담하게 하는 위험책임의 원리는, 현대산업 사회에서 고속교통수단, 광업 및 원자력산업 등의 위험원이 발달하고 산업재해 및 환경오염으로 인한 피해가 증가함에 따라, 위험원을 지배하는 자로 하여금 그 위험이 현실화된 경우의 손해를 부담할 필요에 의하여 도입된 것으로서, 이는 헌법이념의 하나인 사회국가원리의 실현을 위한 것이라는 점에서 그 수용의 필요성 및 정당성을 인정할 수 있다⁷⁾.

6) 위 민법주해[XVIII], 126-127쪽 참조

(다) 재산권 제한입법으로서의 이 사건 법률

그런데 이 사건 법률은 불법행위 중 실화의 경우 ‘중과실 책임주의’를 채택하여, 피해자의 재산권보다 오히려 가해자의 권리를 보호하고 있다는 점에서 위험책임 내지 무과실책임주의와 다른 의미에서의 과실책임주의의 수정이다. 위험책임 내지 무과실책임주의는 우리 헌법이 지향하는 ‘사회국가원리’로 정당화되고, 피해자의 재산가치의 보장을 확대한다는 면에서 입법자의 재량영역에 속한다고 볼 수 있지만, 이 사건 법률은 일반 원칙인 과실책임주의를 수정하면서도 피해자의 재산권을 보다 좁게 한정하고 있다는 점에서 재산권의 형성이 아니라 재산권의 ‘제한’이라고 보아야 한다. 다시 말하면 재산권의 보장은 일종의 ‘재산가치의 보장’이므로, 국가권력은 물론이고 그 이외의 사인에 의하여 사유재산권이 침해되는 일이 없도록 국가의 보호를 요구할 수 있는 권리가 그 실질적인 보장내용이 되어야 할 것인데⁸⁾, 이 사건 법률은 재산권이 침해된 경우의 일반적인 보상원칙인 ‘과실책임의 원칙’을 수정하여, 오히려 피해자의 재산가치의 보장과 재산권이 침해되었을 때 그 보호를 요구할 수 있는 권리의 범위를 축소하고 있으므로, 이는 재산권의 ‘형성’이 아니라 ‘제한’이라고 보아야 하는 것이다.

(2) 이 사건 법률의 입법목적과 그 정당성

(가) 종전 선례

종전 선례는 이 사건 법률의 입법목적과 그 정당성에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

“이 법은 실화로 인하여 일단 화재가 발생한 경우에는 실화자 자신도 피해를 입을 뿐 아니라 부근 가옥 기타 물건에 연소함으로써 그 피해가 예상외로 확대되어 실화자의 책임이 과다하게 되는 점을 고려하여 그 책임을 중대한 과실로 인한 실화의 경우에 한정함으로써 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하려는 취지로 입법된 것이다. 경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제할 필요는 현대에 있어서도 여전히 존재하고, 실화로 인한 피해자가 되느냐의 여부와 실화로 인한 피

7) 위 헌재 96헌가4 등 결정, 판례집 10-1, 533-534

8) 허영, ‘한국헌법론(전정3판)’, 2007, 479, 492쪽 참조

해가 얼마나 확대되느냐 하는 것이 인접건물들의 구조, 화재 당시의 기상 상태, 소방도로 및 장비의 확충 여부 및 소방관서의 진화속도 등 모두 실화자 자신이 예측하기 어렵거나 관리, 통제할 수 없는 장래의 우연적인 사정에 달려 있고, 누가 실화자가 되느냐 하는 것도 또한 특정되어 있지 않아 국민 누구나 실화로 인한 가혹한 부담으로부터 구제받을 필요가 있으므로, 이 법은 결국 특정 개인의 사적인 이익만을 위한 것이라기보다는 실화자가 될 가능성이 있는 모든 국민에 대하여 그 공동의 이익을 증진시켜주기 위한 것이라 할 것이다.”

(나) 타국의 입법례 및 이 사건 법률의 입법연혁 등

종전 선례의 이 사건 법률의 입법목적과 그 정당성에 대한 검토에 앞서, 타국의 입법례와 이 사건 법률의 입법연혁 등에 관하여 먼저 살펴본다.

1) 영미법과 프랑스 민법⁹⁾

가) 다른 나라에서도 불은 일반적으로 위험한 것으로 인식되어 오랜 옛날부터 화재로 인한 손해에 대하여는 특별한 형태의 책임이 부과되어 왔다.

보통법(Common Law)에서는 다른 위험물의 경우와 마찬가지로 자신의 건물에서 발생한 화재로 말미암아 야기된 타인에 대한 손해배상책임에 대하여 ‘엄격책임’을 부과하여 왔지만, 그 책임이 너무 무겁기 때문에 영국에서는 과실이 없는 경우에는 면책된다는 취지의 법률¹⁰⁾이 제정되기도 하였고, 미국의 경우도 영국법의 영향을 받아 실화책임에 대하여 원칙적으로 ‘과실책임주의’를 취하고 있다. 그러나 오늘날에는 영국에서도 발화의 위험이 큰 경우에는 매우 고도의 주의의무가 부과되어 이를 게을리 한 때에는 과실이 있는 것으로 되어 있고, 미국에서도 대부분의 주에서는 매우 위험한 상황(예컨대 특정한 건기 중에 발생한 화재 등)에 대하여는 엄격책임의 원리로 복귀하고 있고, 여러 주의 제정법이 기차에서 발화한 화재에 대하여는 철도회사에게 책임을 인정하고 있다.

나) 프랑스에서는 무생물책임의 법리가 화재의 연소로 인한 제3자의 손해에도 적용되어 화재가 발생한 동산이나 부동산의 소유자에게 그 화재로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임을 인정하였다. 그 후 이것이 소유권자에게

9) 이 부분은 주석 민법 채권각칙(7), 이상욱 집필부분, 274-276쪽을 참조하였다.

10) 1774년에 제정된 (수도)화재예방법[the Fires Prevention (Metropolis) Act]를 말한다[주석 민법 채권각칙(7), 이상욱 집필부분, 274쪽에서 재인용]

가혹하고, 화재보험료의 부담이 과도하다는 등의 문제점이 대두하여 1922. 11. 7. 프랑스 민법 제1384조의 제2항, 제3항이 신설되어 과실(faute)이 없으면 면책되는 것으로 되었다.

2) 이 사건 법률의 입법연혁과 일본의 실화의 책임에 관한 법률의 정당성
가) 이 사건 법률은 일제 강점 후 1912. 3. 18. 공포된 조선민사령(제령 제7호) 제7호 제1조¹¹⁾ 제4호에 의하여 적용되었던 일본의 ‘失火ノ責任ニ關スル法律¹²⁾(이하 ‘일본실화법’이라 한다)’을 그대로 승계한 것으로서¹³⁾, 앞서 본 바와 같이 다른 나라에서도 화재의 특성을 고려하여 책임범위를 다소 제한한 경우는 있었지만, 우리나라와 일본 이외에는 이와 같이 실화로 인한 불법행위책임원칙으로 ‘중과실책임주의’를 정한 법률은 없다.

나) 한편 일본 의회의 속기록에서 나타난 일본실화법의 입법취지로는, ① 실화자 면책은 일본 가옥의 구조와 그 밀집성을 반영한 좋은 관습이다. ② 실화자는 생활의 본거이며 안식처인 자신의 집을 화재로 잃어버리는 불행을 당하였고, 타인의 집을 소훼하였다 하여 배상책임을 지게 하는 것은 인정에 반한다. ③ 실화는 우발적으로 범하여지는 것이고, 그 피해가 광범한 경우가 많다. ④ 중과실에 의한 실화에 관하여는 형법이나 경찰법규 등으로 규제하고, 민사책임은 부담시키지 아니함이 바람직하다. ⑤ 가옥의 개량, 도로의 확충 및 소방행정의 개선 등이 이루어지지 아니하는 한 화재의 빈도와 피해정도가 상당히 크다는 점 등이 거론되고 있다. 또한 일본의 판례도 일본실화법의 입법취지를 ‘실화로 인한 손해의 배상책임은 다른 과실로 인한 손해배상

11) ‘민사에 관한 사항은 본령과 기타 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 아래 법률에 의한다’

12) 1899. 3. 8. 법률 제40호

13) 이 사건 법률의 부칙 제1조는 ‘조선민사령 제1조 제4호는 이를 삭제한다. 본법 시행당시의 타법령에서 실화의 책임에 관한 법률이라 함은 본법을 지칭하는 것으로 한다’고 규정하고 있다.

또한, 5대국회 제38회 제249차 국회본회의 회의록(1961. 4. 22.자) 3-4쪽에서도 ‘실화책임에 관한 법률안의 심사보고를 드리겠습니다. 이 법안은 지난 4. 20. 민의원을 통과(한 것이고) 정부가 제출한 법안이올시다. 다 아시는 바와 같이 이 법률은 이것이 문명국가라고 할까 세계 어느 국가든지 대개 공통적인 그런 이론에 의한 법안인데, 이것은 전에 일본이 일제때에 있어서 일본법령을 그대로 적용을 했고 그 뒤에 해방후에도 그 법령을 그대로 적용을 해왔던 것입니다. 그래서 이번에 구법령 정리사업을 하고 있는 법안으로서 먼저 일제때 법안을 폐지하고 우리 대한민국의 새로운 법률로 이것을 대체한다고 그럴까 다시 이것을 만드는 것이올시다. 내용이라든지 이론은 똑같은 법안이올시다...’라고 기재되어 있다.

책임과 동일하게 논할 성질이 아님을 전제로, 인구가 조밀한 곳에서 일어나는 우연한 실화는 쉽게 수십, 수백 호를 연소케 하여 그 손해는 측정하기 어려우며, 가령 실화자가 거액의 자산을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상을 감당할 힘이 없는 것이 일반적이고 또 누구나 자기의 가옥과 재산을 소진하는 실화를 방지하기 위하여 주의를 게을리 하지 아니하는 것이 물론이고, 실화는 대개 자기의 가옥과 재산도 함께 소실케 되는 것이므로 실화자를 유서(有怨)할만한 정황이 많아 고래로 일본에서는 실화자에게 민사상의 배상책임을 지우지 아니하는 것이 관습이라고 하며 일본실화법은 실화자에게 중대한 과실이 없는 한, 그로 인한 손해의 배상책임을 지우지 아니한다'고 판시하고 있다.¹⁴⁾

다) 이와 같이 일본실화법은 일본 고유의 특성, 즉 연소되기 쉬운 목조건축, 실화의 위험이 큰 난방방법, 연소하기 쉬운 바람이 많은 기후조건 등이 반영되어 일본 고래로부터 화재로 인한 손해는 사회공동체가 이를 부담하여야 한다는 관습을 근거로 하여 제정된 것으로 보인다. 이는 일본실화법 제정 이전에 이미 형법 부칙 제59조에서 '자기가옥에 실화하여 타에 연소케 하였든, 차가인(借家人)이 그 가옥에 실화한 경우이든 불문하고 모든 실화로 인한 손해에 대하여도 그 배상청구권을 인정하지 아니한다'는 규정을 두고 있다가, 일본실화법 제정 당시 위 부칙을 삭제하고 실화자에게 중과실책임만을 인정하였던 점에서도 분명해진다.¹⁵⁾ 따라서 일본실화법의 정당성은 '실화의 경우 그 피해를 사회 전체에 분산하는 것이 공평하다는 것이 일본의 관습'이라는 점에서 얻어질 수 있다고 보인다.

3) 그런데, 우리나라는 일본과 달리 이러한 관습도 없고, 이 사건 법률과 같이 '중과실책임주의'를 취하고 있는 예는 외국의 입법례에서도 찾을 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률의 입법목적의 정당성을 어디에서 찾을 수 있는 것일까?

(다) 종전 선례가 인정한 이 사건 법률의 입법목적과 그 정당성의 비판적 검토

1) 종전 선례의 태도

14) 일대판 1905. 2. 17.자 판결 - 이태재, '실화책임', 사법행정 26권 1호(1985. 1.), 34-35쪽에서 재인용

15) 이태재, 위 글, 35쪽 참조

앞서 본 바와 같이 종전 선례는 이 사건 법률의 입법목적을, ‘경과실로 인한 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하려는 것’이라고 하면서, 이 사건 법률로 인한 실화피해자의 기본권제한에 대한 정당성의 근거로서, ① 인구의 증가와 도시화 및 공동주택의 건설경향으로 가옥의 밀집도가 더욱 심화되었고, 소방도로가 정비되어 있지 않은 곳이 있으며, 우리 소방행정이 실화로 인한 연소를 완벽하게 방지할 정도로 발전되지 못한 점 등의 현실적인 요인과, ② 실화로 인한 피해가 얼마나 확대되느냐 하는 것이 모두 실화자 자신이 예측하기 어렵거나 관리, 통제할 수 없는 장래의 우연적인 사정에 달려 있다는 점(손해발생 및 확대의 예측불가능성) 및 ③ 누가 실화자가 되느냐 하는 것도 특정되어 있지 않아 국민 누구나 실화로 인한 가혹한 부담으로부터 구제받을 필요가 있으므로, 이 사건 법률은 특정 개인의 사적인 이익만을 위한 것이라기보다 실화자가 될 가능성이 있는 모든 국민에 대하여 그 공동의 이익을 증진시켜주기 위한 것이라는 점(공동의 이익 증진)을 들고 있다. 이하에서는 종전 선례가 인정한 이 사건 법률의 입법목적과 그 정당성의 근거를 비판적으로 재검토하고자 한다.

2) 현실적인 요인과 손해발생 및 확대의 예측불가능성에 대한 검토

가) 먼저 화재가 가지는 고유의 특성에 기인한 피해의 확대가능성과, 인구의 증가와 도시화 및 공동주택의 건설 경향으로 가옥의 밀집도가 심화되었다는 점¹⁶⁾, 아래의 표와 같이 화재발생도 계속 증가추세에 있다는 점¹⁷⁾ 등의 현실적 요인에서 이 사건 법률의 정당성의 근거를 찾는 것은 여전히 의미가 있다고 보인다.

<표> 최근 10년간 화재 발생 건수(1996~2005)

구분	평균	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	연평균 증감율
총화재	32,509	28,665	29,472	32,664	33,856	34,844	36,169	32,966	31,372	32,737	32,340	1.49%
일반주택화재	7,233	6,761	6,779	7,929	7,983	7,860	8,111	7,204	6,699	6,938	6,665	0.12%
주택화재비중 (%)	22.50	23.6	23.0	24.3	23.6	22.6	22.4	21.9	21.4	21.2	20.60	-

16) 건설교통부 도시정책팀의 ‘도시계획현황(1998-2005)’에 의하면 우리나라의 도시화율(도시지역거주인구/전국인구)은 1997년 87.2%에서 89.8%로 증가하였다고 한다.

17) 소방방재청, ‘2005년도 화재통계연감’, 2006, 166쪽 참조

나) 그러나 피해의 광범위성과 우발성은 화재사고에만 한정되는 것이 아니라, 가스의 유출, 교통사고, 폭발사고 등에서도 나타나는 것이고, 특히 운수업, 광업, 원자력산업 등 위험시설을 갖춘 현대의 기업에서는 언제든지 발생할 수 있다는 점에서 이 사건 법률의 정당성을 인정하는 주요한 근거가 되기는 부족하다는 비판이 가능할 것이다.

또한 가옥의 밀집도는 증가추세에 있을지라도 종전 선례에서도 인정한 바와 같이, 이 법 제정 당시와는 달리 현대에 이르러서는 대화성이 강한 서양의 건축양식에 다른 대형건축물이 많이 들어섰다는 점도¹⁸⁾, 이 사건 법률의 당초의 입법취지를 훼손시키고 있다고 말할 수 있다.

다) 특히 소방행정의 발전과 관련 법령의 정비는 이 사건 법률의 정당성을 더욱 약화시키고 있다는 점을 지적할 수 있다.

① 먼저 2004. 6. 1. 종합적인 재난관리 전담기구로서 ‘소방방재청’이 출범하여 재난관리시스템이 일원화되고, 재난 발생 후 구조, 구급 및 현장수습 등 현장대응체제가 강화되었으며, 재난예방에 대한 인식제고 및 예방투자와 안전의식 제고를 위한 대국민 홍보 등 예방활동체제가 확립되기에 이르렀다. 소방방재청의 출범 효과는 2003년 이후에 화재 발생건수는 증가하였으나 매년 증가추세에 있던 대형화재가 획기적으로 감소하였고, 피해도 오히려 감소하였다는 점으로 실증되고 있다¹⁹⁾. ② 또한 2003. 5. 29. 법률 제6893호로 소방기본법²⁰⁾이, 같은 날 법률 제6895호로 ‘소방시설설치유지 및 안전관리에

18) 건설교통부의 2005년도 주택보급률 및 유형별 주택현황 자료에 따르면, 우리나라 전체의 유형별 주택현황은 단독주택이 32.2%(그 중 다가구주택이 5.8%, 영업점용주택이 1.7%이다)이고, 아파트가 52.7%, 연립주택이 4.2%, 다세대주택이 9.3%, 영업용건물대주택이 1.6%이다. 비록 목조주택이나 상가건물의 비율이 어느 정도인지는 조사하지 못했지만, 위와 같은 통계자료에 비추어 그 비율이 극히 적을 것임은 쉽게 추측할 수 있다.

19) 최근 10년간 대형화재는 연평균 5.4건으로 매년 5.9%씩 증가하여 인명피해는 132.5명, 재산피해는 57억원에 달한다. 그런데 소방방재청 개청 전인 2003년도와 개청 후인 2004년도의 대형화재 발생숫자와 피해상황을 비교해보면, 2003년도에는 10건이 발생하여 432명의 인명피해와 151억원의 재산피해를 가져온 반면, 2004년도에는 1건이 발생하여 사망 5명, 재산피해 5억원으로 대폭 감소하였다(최근 10년간 대형화재 발생현황표, 소방방재청, 2005)

20) 위 법 제1조(목적)에서는 ‘이 법은 화재를 예방·경계하거나 진압하고 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황에서의 구조·구급활동 등을 통하여 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함으로써 공공의 안녕질서 유지와 복리증진에 이바지함을 목

관한 법률'(이하 '소방시설법'이라 한다)²¹⁾이 제정되고, 그 밖에 소방관계법령이 개정되는 등 화재예방과 피해감소 등을 위한 법령의 정비가 이루어졌다. 특히 소방기본법 제13조 제1항에서는 도시의 건물밀집지역으로서 화재발생의 우려가 많거나 화재가 발생하면 피해가 많을 것으로 예상되는 일정한 지역을 시·도지사가 '화재경계지구'로 지정할 수 있도록 하였고, 이러한 화재경계지구로 시장지역, 공장·창고 등이 밀집한 지역, 목조건물이 밀집한 지역, 소방시설·소방용수시설 또는 소방출동로가 없는 지역, 위험물저장 및 처리시설이 밀집한 지역, 석유화학제품을 생산하는 공장이 있는 지역, 그 밖에 소방본부장 또는 소방서장이 화재가 발생할 우려가 높거나 화재가 발생하는 경우 그로 인한 피해가 클 것으로 인정하는 지역을 규정하고(화재경계지구제도, 소방기본법 시행령 제4조 제1항)²²⁾, 화재경계지구에 대해서는 소방대상물의 위치·구조 및 설비 등에 대하여 연 1회 이상의 소방검사를 실시하며, 화재경계지구 안의 관계인에 대하여 연 1회 이상 소방훈련 및 교육을 실시하도록 하였다(소방기본법 제13조 제2, 4항). 그리고 소방시설²³⁾을 설치하여야 하는 '특정소방대상물'을 정하여²⁴⁾ 수시로 소방검사를 하도록 하고(소방검사제도, 소방시설법 제4조), 건축물의 신축·증축·개축 또는 이전의 허가·협의 및 사용승인의 권한이 있는 행정기관은 건축허가 등을 함에 있어서 미리 그 건축물 등의 공사시공지 또는 소재지를 관할하는 소방본부장 또는 소방서장의 동의를 받도록 하였으며(건축허가동의제도, 소방시설법

적으로 한다'고 규정하고 있다.

- 21) 위 법 제1조(목적)에서는 '이 법은 화재, 재난·재해 그 밖의 위급한 상황으로부터 국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 소방시설 등의 설치·유지 및 소방대상물의 안전관리에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공의 안전과 복리증진에 이바지함을 목적으로 한다'고 규정하고 있다.
- 22) 2005년을 기준으로 한 화재경계지구는 총 116개 지역으로, 그 중 시장지역이 87개, 공장·창고 등 밀집지역이 3개, 목조건물 밀집지역이 11개, 소방수리 미흡지역이 3개, 석유화학 공장지역이 1개, 소방관서장 지정 지역이 11개이다.
- 23) 소방시설법 제2조 제1항 제1호 - 소방시설이라 함은 소화설비·경보설비·피난설비·소화용수설비 그 밖에 소화활동설비로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.
- 24) 소방시설법 제2조 제1항 제3호 - 특정소방대상물이라 함은 소방시설을 설치하여야 하는 소방대상물로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.
소방시설법시행령 제5조 별표2 - 특정소방대상물의 분류
대표적인 것으로, 근린생활시설, 숙박시설, 공동주택(아파트/기숙사), 공장(물품의 제조·가공 또는 수리에 계속적으로 이용되는 건축물), 위험물저장 및 처리시설 등이 있고, 소방검사 대상물 숫자는 1996년 425,789개소에서, 2004년 937,534개소로 증가하였다.

제7조 제1항), 건축물의 화재예방관리를 위하여 소방설비기사 또는 소방에 관한 전문교육을 받은 사람을 화재관리책임자로 지정하도록 하였다(방화관리제도, 소방시설법 제20조). ③ 또한 화재신고시 신속한 출동을 위하여 소방자동차의 우선 통행(소방기본법 제21조)과 소방대의 긴급통행(소방기본법 제22조) 과 소방출동 및 활동에 방해가 되는 차량 및 물건을 제거하고 이동 조치할 수 있는 강제처분권한을 부여하였으며(소방기본법 제25조) 이에 위반한 경우 형사처벌을 할 수 있도록 함으로써(소방기본법 제50조 제1호, 제52조 제1호), 그 실효성을 확보하고 있다. 특히 2005년도 통계에 의하면²⁵⁾, 화재발생시 현장도착시간도 총 화재건수 32,430건 중 5분 이내 도착이 19,902건(61.5%)이고, 10분 이내가 8,928건(27.6%), 20분 이내가 2,905건(9.0%), 30분 이내가 501건, 60분 이내가 84건, 60분 이상이 20건으로 나타났다. 일반적으로 화재의 최고생숙기는 화재 발생 후 20분이 경과한 후로 알려져 있는데, 20분 이상경과 후에 화재현장에 도착한 것은 총 화재 중 1.9%에 불과하다.

3) 이 사건 법률의 공익 목적에 대한 재검토

한편 중전 선례에서는 누가 실화자가 되느냐 하는 것이 특정되어 있지 않아 국민 누구나 실화로 인한 가혹한 부담으로부터 구제받을 필요가 있다는 점을 들어, 이 법이 단순히 사적인 이익의 보호에 그치지 아니하고 전체 국민의 차원에서 그 공동의 이익까지 증진하는 것이라고 판시하고 있다. 그러나 누구나 ‘가해자’가 될 가능성이 있으므로 ‘가해자의 경과실 책임을 제한’하는 것이 공익증진을 위하는 것이라는 논리는 쉽게 수긍이 가지 않는다. 예컨대 자동차 사고만 보더라도, 불법행위 발생의 우발성과 가능성에 있어서 실화의 ‘가해자’가 될 가능성보다는 자동차 사고의 ‘가해자’가 될 가능성이 훨씬 크다고 할 것인데, 자동차 사고로 인한 책임의 범위를 ‘중과실 책임’으로 한정하는 것이 공익을 위한 것이라고 할 수 있을까?

따라서 이 사건 법률이 달성하려고 하는 공익은, 중전 선례가 판시한 바와 같이 ‘누구나 실화자가 될 가능성’이 있다는 점에서가 아니라, 화재의 특성과 화재로 인한 손해발생 및 확대가능성 등을 고려하여 최소한 경과실로 인한 실화의 경우에는 그 손해를 피해자에게 전가하는 것이 ‘손해의 공평,

25) 소방방재청, ‘화재통계연감’, 현장도착시간별 화재현황표, 2005

타당한 배분'이라는 점에 있다고 할 것이다.

(라) 소 결

그러나 이 사건 법률의 입법목적은 '실화자의 구제'가 아닌 '손해의 공평, 타당한 배분'이라고 하더라도, ① 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률이 불법행위로 인하여 손해를 입은 재산권자의 피해회복이 아니라 오히려 가해자를 위한 것이라는 점에서 엄격한 정당성이 요구된다는 점, ② 우리나라에서는 일본과 같이 실화의 경우 그 피해를 사회 전체에게 분산하는 것이 정의롭다는 관습도 없으며, 일본을 제외하고는 이 사건 법률과 같이 실화의 경우 피해자의 손해배상청구권을 일부 제한하고 있는 입법례가 없다는 점, ③ 목조가옥의 감소와 내화성이 강한 대형건축물의 증대, 소방도로의 확충, 소방행정의 개선과 소방 관련 법령의 정비 등의 현실적인 요인의 변화 등을 고려하여 보면, 실화 피해자의 보호의 확대가 아니라 오히려 실화자의 불법행위 책임을 일부 면제함으로써 그 손해를 피해자에게 전가하는 이 사건 법률이 손해의 공평, 타당한 배분이라는 입법목적의 정당성을 여전히 가지고 있느냐 하는 점에 대해서는 강한 의문을 제기할 수밖에 없다.

(3) 이 사건 법률의 비례의 원칙 준수 여부

(가) 비례의 원칙 내지 과잉금지 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하고(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 헌법상의 원칙이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260). 따라서 경과실로 인한 실화피해자의 손해배상청구권이라는 재산권 등을 제한하고 있는 이 사건 법률도 기본권제한입법에 요구되는 비례의 원칙을 준수하여야 함은 당연하다.

(나) 종전 선례의 입장

종전 선례는 “이 사건 법률이 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 경

과실로 인한 실화자에 한하여 피해자의 손해배상청구권을 배제하는 방법을 택하고 있는바, 이는 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 유효적절한 방법 중의 하나라고 평가되며, 이 법에 달성되는 위와 같은 이익이 이 법에 의하여 제한되는 재산권인 실화 피해자 개인의 손해배상청구권보다 더 작다고 할 수 없다(법익의 균형성). 또한 ‘화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률’²⁶⁾에서는 특수건물소유자에 대하여 보험가입의무를 부과하는 한편 이 법의 적용을 명문으로 배제하고 있고, 대법원 판례에 의하여 이 법의 적용이 상당히 제한되어 있는 점과 이 법 자체가 중과실에 의한 실화자에 대하여는 손해배상책임을 지도록 한 점 등을 종합하면, 이 법이 필요한 정도를 넘어서 실화 피해자의 재산권을 과도하게 제한한 것이라고 보기는 어렵다. 그리고 재해구호법 등을 통하여 화재피해자 등에 대한 구호활동을 하는 등 손해배상능력이 전무하여지기 쉬운 경과실 실화자의 책임을 덜어주는 대신 이를 보완하는 의미로 화재로 인한 손해의 부담을 사회 전체의 공동 부담으로 분산시킴과 동시에 화재 등 피해자의 구호에도 노력하고 있고, 실화로 인한 피해의 예방을 위하여 형법 제170조가 경과실로 인한 실화도 실화죄로 처벌하고 있는 점 등을 아울러 참작하면, 이 법이 경과실로 인한 실화자와 그 피해자의 이익을 비교형량함에 있어 지나치게 균형을 잃은 법률이라고 할 수 없다(방법의 적정성과 피해의 최소성). 설사 방법의 선택에 있어서 위와 같은 입법목적을 효과적으로 달성하면서도 재산권에 대한 제한을 최소화하는 또 다른 방법이 있다 하더라도 그러한 사실만으로 바로 이 법을 헌법에 위반되는 법률이라고 단정할 수는 없다. 입법자가 재산권을 제한함에 있어서 명백히 비합리적이라고 보여지는 방법을 채택한 경우가 아닌 한, 가능한 여러 가지 방안 가운데 하나를 선택하는 것과 같은 것은 원칙적으로 입법부가 변화하는 현실의 여러 사정들을 감안하면서 실제의 상황변화에 적응하여 합목적적으로 결정하여야 하는 것이어서 입법부의 재량에 맡겨야 하는 것이라 할 것이다.”고 판시하였다.

(다) 종전 선례의 근거에 대한 비판적 검토

위와 같이 종전 선례에서 이 사건 법률이 법익의 균형성과 방법의 적정성 및 피해의 최소성을 갖추었다고 본 근거는, ① ‘화재로 인한 재해보상과 보

26) 결정문의 인용이므로, 새로 바뀐 법령 표시방법으로 수정하지 아니하였다.

험가입에 관한 법률'이 이 사건 법률의 적용을 배제하고 있고, 특수건물의 소유자에게 보험가입의무를 부과하고 있다는 점, ② 대법원이 이 사건 법률의 적용범위를 유권적으로 제한하는 해석을 하고 있다는 점, ③ 재해구호법이 화재 피해자의 구호를 정하고 있다는 점, ④ 형법에서 실화죄를 처벌함으로써 실화의 예방을 도모하고 있다는 점 등이다. 이하에서는 이를 순차적으로 검토한다.

1) 먼저 '화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률'에서는 특수건물의 소유자에게 보험가입의무를 부과하고(제5조), 특수건물의 화재로 인하여 타인이 사망하거나 부상한 때에는 이 사건 법률의 적용을 배제하고 보험금액의 범위 안에서 무과실책임을 부담한다고 규정(제4조 제1항)하고 있으나 피해자의 물적 손해에 대하여는 아무런 보상조치가 이루어지지 않고 있다는 점을 지적할 수 있다.

2) 판례에서 인정된 이 사건 법률의 적용범위

가) 대법원이 ① 가스의 폭발사고에 의하여 직접 피해자가 상해를 입은 경우에는 이 사건 법률이 적용되지 않는다고 판시하였고²⁷⁾, ② 공작물 자체의 설치보존상의 하자로 인하여 직접 발생한 화재로 인한 손해배상책임에 관하여는 민법 제758조 제1항을 적용하고, 그 화재로부터 연소한 부분에 대한 손해배상책임에 대하여는 이 사건 법률을 적용한다고 해석함이 상당하다고 판시하고 있으며²⁸⁾, ③ 채무불이행책임에는 이 사건 법률이 적용되지 않는다고 판시함으로써²⁹⁾, 이 사건 법률의 적용범위를 해석을 통하여 상당 부분 제한하고 있는 것은 사실이다. 그러나 ④ 대법원은 실화로 인한 국가나 지방자치단체의 손해배상책임이 문제된 경우에도 실화 피해자의 보호를 위

27) 대법원 1994. 6. 10. 선고 93다58813 판결(중전 선례에서 인용한 판례), 1996. 6. 25. 선고 96다16919 판결

28) 대법원 1983. 12. 13. 선고 82다카1038 판결, 1994. 3. 22. 선고, 93다58813 판결(중전 선례에서 인용한 판례) 등 다수 - 대법원은 공작물책임과 실화책임의 관계에 대하여 이른바 '직접화재와 연소구분 구별설'을 취하고 있고, 이는 현재까지도 이어져 확립된 판례라고 해석되고 있다(자세한 것은 조정래, '공작물 책임과 실화책임', 판례연구, 조무제 대법관화갑기념, 부산판례연구회 제12집, 2001과 채동현, '소방공무원의 화재진압과정에서 추가로 발생한 화재에 대하여 실화책임에 관한 법률의 적용 여부', 대법원판례해설집 42호, 2002 등 참조).

29) 대법원 1967. 10. 23. 선고 67다1919 판결, 1987. 12. 8. 선고 87다카898 판결(중전 선례에서 인용한 판례)

하여 이 사건 법률의 적용을 제한하지 아니하고, ‘공무원이 직무를 수행함에 있어 실화로 인하여 타인에게 손해를 가함으로써 그에 따른 국가나 지방자치단체의 손해배상책임이 문제된 경우에 있어서도 이 사건 법률의 적용을 배제할 수 없다’고 판시함으로써³⁰⁾, 오히려 사인간의 관계뿐만 아니라 국가와 사인과의 관계에까지 이 사건 법률의 적용을 확대하고 있다고 볼 여지도 있고, 위험책임 내지 무과실책임을 정한 공작물 자체의 설치보존상의 하자로 인하여 발생한 화재에 대한 손해배상책임에 대해서도 ‘연소부분’에는 이 사건 법률을 적용하는 것으로 해석함으로써 실화피해자 보다 오히려 실화자의 보호에 더 치중하고 있다는 비판³¹⁾이 있다는 점을 지적할 수 있다.

나) 인신사고의 경우

또한 대법원은, 명백하게 밝히고 있지는 않지만 실화로 인하여 타인에게 상해를 입히거나 사망케 한 경우 등 인신사고가 발생한 경우에도 이 사건 법률이 적용됨을 전제로 한 하급심 판결에 대하여 심리불속행 기각 판결을 선고함으로써 인신사고의 경우에도 이 사건 법률이 적용된다는 입장인 것으로 보인다³²⁾. 이와 같이 이 사건 법률이 인신사고의 경우에도 당연히 적용된다면, 경과실로 인한 화재로 생명을 잃거나 상해를 입은 피해자는 이 사건 법률로 인하여 그 화재가 경과실로 인한 것이라는 사정만으로 실화자에 대하여 아무런 손해배상책임을 물을 수 없게 된다. 따라서 이 사건 법률은 직접적으로는 실화피해자의 재산권인 손해배상청구권을 제한하고 있지만, 간접적으로는 실화피해자의 생명, 신체에 대한 법익을 침해하고 있는 것이므로, 그 방법의 적절성과 침해의 최소성 및 법익의 균형성의 요청이 더욱 강해진다고 할 수 있다.

3) 또한 재해구호법³³⁾은 불가항력적인 자연재해로 인한 피해자를 구호하

30) 대법원 1998. 5. 8. 선고 97다36613 판결, 2002. 12. 10. 선고 2001다9298 판결 참조

31) 조정래, 위 글, 880-881쪽 참조

32) 일본에서는 판례상 실화책임법의 적용이 인정되고 있으며, 학설로서는 이를 긍정하는 입장과 실화책임법의 입법취지로 보아 입법자가 이러한 점까지 예상한 것으로 생각할 수 없다는 이유로 실화책임법은 인신사고에는 적용하지 않는 것이 타당하다는 견해가 있다고 한다(위 주석민법, [채권각칙(7)], 279쪽)

33) 재해구호법

제1조(목적) 이 법은 이재민에 대한 구호와 의연금품의 모집절차 및 사용방법 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 이재민의 보호와 생활안정에 기여함을 목적으로 한다.

려는 것이 주된 목적이지만, 이 사건 법률에서 규율하는 것과 같이 행위자의 ‘과실’로 인한 실화 피해자에 대한 피해의 보상을 목적으로 하고 있지 않다는 점에서, 이 사건 법률의 기본권제한의 정당성의 근거로 삼기는 어렵다고 보인다.

4) 끝으로 형법상 실화죄를 처벌하고 있기는 하나(제170조) 그 법정형이 1,500만원이하의 벌금이라는 점을 보면, 이것이 이 사건 법률의 공익과 실화 피해자의 보호가 균형을 이루었다고 할 만한 근거가 될 수 있는지 의문이다.

(라) 이 사건 법률의 비례의 원칙 준수 여부

1) 법익의 균형성 여부

불법행위로 인하여 재산권을 침해받은 피해자에게는 불법행위자에 대하여 가지는 손해배상청구권이 침해된 재산권의 보상 수단이라는 점에서 입법자에 의한 이에 대한 제한은 특별한 정당화 요건을 갖추어야 함은 물론이다. 그런데 이 사건 법률에 의한 실화 피해자의 손해배상청구권의 일부 제한이라는 재산권 제한의 효과와 경과실에 의한 실화자의 보호 내지 누구나 실화자가 될 가능성이 있어서 손해의 공평, 타당한 분배를 위하여 이를 제한할 필요가 있다는 공익과를 비교하더라도 양자 사이에 균형관계가 있다고 인정하기 어렵다. 이 사건에서와 같이 실화자의 손해는 자신이 든 화재보험금으로부터 전보될 수 있는 반면, 아무런 잘못 없이 자신의 재산권을 침해받은 피해자의 손해는 보상받을 수 없는 경우가 발생한다는 자체가 이 사건 법률의 법익균형성 충족 여부를 의심케 하는 것이다. 또한 생명, 신체라는 기본권적 법익은 다른 기본권들의 전제이자 기초이고, 그 성질상 일단 침해되면 그 침해의 정도에 따라서는 원상으로 회복하는 것이 불가능하거나 완전한 회복이 어려운 법익이므로, 그에 대한 실효적인 보호를 위해서는 그 침해를 미연에 방지하기 위한 사전 예방적 대책이 강구되어야 함은 물론이고, 이미

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. ‘이재민’이라 함은 ‘재난 및 안전관리기본법’ 제3조 제1호 가목의 규정에 따른 재해로 인하여 피해를 입은 자를 말한다. (이하 생략)

재난 및 안전관리기본법

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 재난이라 함은 국민의 생명, 신체 및 재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서 다음 각 목의 것을 말한다.

가. 태풍, 홍수, 호우, 강풍, 풍랑, 해일, 대설, 가뭄, 지진, 황사, 적조 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해 (이하 생략)

침해가 발생한 경우에 그 치료비, 소득상실 등 재산적 손해를 제거하기 위한 사후적인 보호수단도 마련되어야 한다. 그런데 실화책임법과 같이 '경과실'로 인한 화재에 대하여 그 불법행위책임을 면제한다면 경과실로 인한 화재에 대하여 불법행위책임을 인정하는 것에 비하여, 일반적으로 화재발생에 대한 부주의를 유발하고, 결과적으로 타인의 생명, 신체에 대한 침해위험을 높이는 부작용을 초래할 가능성이 높으리라는 것은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 이 사건 법률의 범익균형성 요건의 충족 여부에는 더욱 의문이 생긴다.

2) 방법의 적정성과 침해의 최소성 여부

또한 이 사건 법률은 경과실로 인한 실화의 경우, 실화 피해자로 하여금 손해배상청구권의 행사 자체를 제한하고 있다는 점에서 방법의 적정성과 침해의 최소성도 문제된다. 즉, 실화자를 지나치게 가혹한 부담으로부터 구제하거나, 손해의 공평, 타당한 분배를 위한다는 공익이 인정된다고 하더라도, 그러한 공익을 달성하기 위하여 이 사건 법률과 같이 경과실로 인한 실화 피해자의 손해배상청구권 행사 자체를 제한하는 방법이 아니라, ① 실화로 인한 경우에도 일반불법행위와 같이 배상책임을 물을 수 있도록 하되 법원으로 하여금 형평의 견지에서 실화자와 피해자의 피해상황이나 피해배상으로 인하여 배상자의 생계에 미칠 영향 등을 비교형량하여 실화자의 손해배상책임을 감면하는 방법(민법 제765조³⁴⁾)이나, ② 선박소유자의 책임제한(상법 제746조³⁵⁾)과 같이 과실책임원칙을 유지하면서 일정한 경우 배상책임을 범위만을 제한하는 등 실화피해자의 재산권 등의 침해를 최소화하면서도 위와 같은 목적을 달성할 수 있는 수단이 있는 것이다.

34) 민법 제765조(배상액의 경감청구) ① 본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다. ② 법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다.

35) 상법 제746조(선박소유자의 유한 책임) 선박소유자는 청구원인의 여하에 불구하고 다음 각 호의 채권에 대하여 제747조의 규정에 의한 금액의 한도로 그 책임을 제한할 수 있다. 그러나 그 채권이 선박소유자 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 손해에 관한 것인 때에는 그러하지 아니하다.

1. 선박에서 또는 선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 사람의 사망, 신체의 상해 또는 그 선박이외의 물건의 멸실 또는 훼손으로 인하여 생긴 손해에 관한 채권 (이하 생략)

한편 인명피해가 다수 발생할 수 있는 재난사고와 관련하여 각종 법률³⁶⁾에서 보험가입을 강제하고 있고, 화재의 우발성과 손해의 광범위성과 확대가능성이라는 특성에 비추어 보면 화재로 인한 사고는 ‘재난’과 유사하다고 할 수 있으므로, ③ 건물의 구조 등에 비추어 화재의 발생가능성과 손해의 확대가능성이 높은 경우에는 보험가입을 강제하는 것도 고려할 수 있다고 본다. 우리 재판소는 4층 이상의 건물 소유자에게 보험가입을 강제하고 있는 구 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조에 대하여 한정위헌결정을 한 바 있지만(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268-288), 그 취지는 ‘위 법률상 보험가입강제의 주된 목적은 건물화재로 인하여 타인에게 재해를 입힌 경우 대인적 배상책임의 이행이라는 공공복리에 있는 것이라면 타인에 재해를 입히기에 적합한 건물에 대해 책임보험에의 가입강제 정도로 그쳐야 할 것인데 책임보험과 무관한 건물화재보험까지도 강제되는 보험의 범위를 넓힌 것은, 비례의 원칙 특히 침해의 최소성 원칙에 위반된다’는 것이므로, 강제보험의 대상이 되는 건물 등의 범위를 명확히 하고, 사보험이 아니라 공보험으로 운영한다면 위헌성을 충분히 제거할 수 있다고 본다.

4. 이 사건 법률의 평등권 침해 여부

(1) 종전 선례

종전 선례에서는 ‘교통사고, 폭발 등 현대사회에서 발생하는 수많은 불법행위 유형 중에서 유독 실화의 경우에만 가해자를 더 보호하고, 피해자를 덜 보호하는 결과가 됨으로써 불법행위의 유형에 따라 가해자 상호간 또는 피해자 상호간에 차별이 발생한다 하더라도 위와 같은 유형의 불법행위는 고도의 위험성이나 피해의 광범위성이 애초부터 예상되거나 영리성을 수반하는 경우가 많아 이 법이 적용되는 통상의 실화와는 그 성격을 달리하므로 그로 인한 차별이 반드시 합리적인 이유가 없는 차별이라고 할 수 없다. 그

36) 가스사고배상책임에 관하여는 고압가스안전관리법(제25조), 도시가스사업법(제43조), 액화석유가스의 안전 및 사업관리법(제33조) 등에서, 체육시설업자 배상책임과 관련해서는 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(제29조)에서, 청소년수련시설 배상책임과 관련해서는 청소년기본법(제33조)에서 책임보험의 가입을 강제하고 있고, 그 밖에도 원자력손해배상보장법(제5조), 자동차손해배상보장법(제5조), 유류오염손해배상보장법(제14조) 등에서 배상책임보험의 가입을 의무화하고 있다.

리고 실화라고 하는 우연적인 사정에 의하여 국민 누구나 빈부의 구별 없이 피해자 또는 가해자가 될 수 있는 것이어서 이 법에 의한 재산권 제한이 재력이 없는 소위 서민계층 등 특정 계층의 국민들만을 다른 계층의 국민들에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하는 것이라고 볼 수 없다.’는 취지로 판시함으로써, ‘불법행위 피해자들 상호간’ 뿐만 아니라 ‘불법행위 가해자와 피해자들 상호간’이나 ‘재력이 없는 특정 계층의 국민들과 그 외의 국민들’을 비교대상으로 삼아 평등권 위반 여부를 심사하였다.

(2) 헌법 제11조에 의거한 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 처우하라는 원칙으로서, 그 위반 여부를 심사는 첫째, 본질적으로 동일한 것을 차별취급하고 있는 가를 확인하고, 둘째 이러한 차별취급이 헌법적으로 정당화 될 수 있는지의 여부를 심사하는 두 단계로 이루어진다.

그런데, 제청법원의 제청이유와 신청인들의 주장에 따르면, 이 사건 법률조항이 불법행위의 가해자와 피해자를 차별취급하고 있다는 것인바, 불법행위의 가해자와 피해자 사이에는 본질적 동일성이 있다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항에 의한 평등원칙 위배는 원칙적으로 문제될 여지가 없다고 생각된다(이 점에서 종전 선례가 불법행위의 가해자와 피해자를 비교집단으로 삼고 평등원칙에 위배된 것을 심사한 것에는 의문이 있다).

5. 헌법불합치 결정의 필요성

이상의 이유로 이 사건 법률은 헌법에 위반된다고 할 것이지만, 단순위헌 결정을 하기보다는 적용중지를 명하면서 개정시한을 정하여 입법개선을 촉구하는 형태의 헌법불합치결정을 하는 것이 타당하다고 생각한다. 이 사건 법률은 제정 당시부터 입법목적의 정당성이 의심되기는 하지만, 화재의 특성과 이 법 제정 당시의 주거형태, 소방행정의 미비 등의 현실적인 요인을 감안하여 ‘손해의 공평, 타당한 배분’을 도모하고자 하는 것으로서 제정 당시부터 위헌이라고 보기는 어렵고(더욱이 종전 선례에서 이 사건 법률의 합헌성을 확인한 바도 있다), 그 후의 건축양식의 변화, 소방관계 법령의 정비 등 현실적인 상황의 변경에 의하여 위헌으로 발전된 경우라고 할 것이며, 그 위헌성을 제거하는 방법도 다양할 것이기 때문이다.

【이 사건 결정의 의미】

이 사건 결정은 실화자를 화재로 인한 지나친 손해배상의 부담 등으로부터 구제한다는 실화책임법의 필요성이 현재도 여전히 존속하고 있다는 점을 인정하면서도, 실화책임법이 합헌이라고 판시한 종전 선례를 변경하여 실화 피해자의 보호를 외면하고 있는 실화책임법의 위헌성을 확인하면서, 입법자에게 실화자와 실화피해자의 이익을 조화롭게 보장할 수 있는 입법개선 의무를 부과하였다는 점에 의미가 있다고 할 것이다.

이 사건 결정에 대하여, 일부 언론매체는 실화책임법이 목조건물이 많은 데다 화재보험 등 별다른 피해예방 조치가 없었던 1960년대에 제정되었다는 점에서 위헌 논란이 있었고, 지금까지는 이웃집에서 발생한 불이 번지는 바람에 피해를 입었을 경우 이웃집 주인에게 중대한 과실이 없으면 손해배상을 받을 수 없었으나 이 결정으로 화재 규모나 원인, 실화자의 배상능력 등을 고려해 일정 범위에서 배상을 받을 길이 열리게 되었다는 긍정적인 평가를 하였다(경향신문 2007. 8. 31.자).

산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인

- 외국인 산업기술연수생의 기본권(근로의 권리) 주체성 등 -
(헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297)

김 인 숙*

【판시사항】

1. 근로의 권리에 관한 외국인의 기본권 주체성
2. 외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침(1998. 2. 23. 노동부 예규 제369호로 개정된 것) 제4조, 제8조 제1항 및 제17조(이하 ‘이 사건 노동부 예규’라 한다)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부
3. 이 사건 노동부 예규가 청구인의 평등권을 침해하는지 여부

【심판대상】

- (1) 외국인산업기술연수조정협의회(헌재의 외국인산업인력정책심의위원회)의 ‘산업기술연수생 도입기준 완화결정’(1993. 11. 24.) 등 여러 대책
- (2) 외국인산업연수제도운영에 관한 지침(2002. 12. 10. 중소기업청 고시 제2002-23호로 개정된 것)
- (3) 외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침(1998. 2. 23. 노동부 예규 제369호로 개정된 것)
제4조(연수생의 지위) 연수생은 출입국관리법령에 의한 연수생 신분의 체

* 헌법연구관

류자격을 가지되 연수과정에서 현장연수의 특성상 사실상의 노무를 제공함으로써 임금·수당 등 여하한 명칭으로든지 근로의 대상을 지급받고 있는 경우에는 이 지침이 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖는다.

제8조(연수생의 보호) ① 연수생은 근로기준법, 최저임금법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 및 의료보험법의 기본적 입법정신에 준거하여 다음 각호의 사항에 관한 보호를 받는다.

1. 폭행 및 강제근로금지
2. 연수수당의 정기·직접·전액·통화불 지급 및 금품청산
3. 연수기간, 휴게·휴일, 시간외·야간 및 휴일연수
4. 최저임금수준의 보장
5. 산업안전보건의 확보
6. 산업재해보상보험 및 의료보험 혜택

제17조(지도감독과 제재) ① 지방노동관서의 장은 사업주가 이 지침을 준수하도록 행정지도하여야 한다.

② 지방노동관서의 장은 사업주가 제1항의 규정에 의한 행정지도를 이행하지 아니하는 경우에는 해당 사업장에 대해 연수생 배정중지 등 필요한 조치를 연수추천단체의 장에 요청할 수 있으며, 연수추천단체의 장은 정당한 이유 없이 이를 거부할 수 없다.

③ 지방노동관서의 장은 제1항의 규정에 의한 행정지도에도 불구하고 사업주가 계속 이를 위반한 때에는 특별감독을 실시할 수 있으며, 특별감독 결과 근로기준법 제6조·제7조·제36조·제42조·제49조·제53조 내지 제55조, 제104조 내지 제116조, 최저임금법, 산업안전보건법 및 산업재해보상보험법 위반 사항에 대하여는 관계법령에 따라 조치하여야 한다.

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

가. 청구인은 2004. 3. 16. 외국인산업기술연수생(이하 ‘산업연수생’이라 한다)의 신분으로 입국하여 연수를 받은 후 회사에서 근무하다가 2004. 7.경 연수업체에서의 근무를 중단하였다.

청구인은 현행 산업연수생제도가 외국인력에 대하여 본래의 목적인 연수

를 위하여 운용되어야 함에도 불구하고 실질적으로 단순노무를 위한 취업에 활용되고 있고, 이 사건 노동부 예규는 산업연수생에 대하여 근로기준법상 중요한 조항(예컨대, 퇴직금제도, 임금채권의 우선변제, 연차유급휴가, 임산부의 보호 등)이 적용되지 않도록 하였는바, 이는 산업연수생을 내국인근로자나 산업연수생 아닌 외국인 근로자와 차별함으로써 평등권을 침해하고 있다고 주장하며 이 사건 노동부예규 및 심판대상에서 보는 바와 같이 위 제도의 근거가 되는 중소기업청 고시 등에 대하여 2004. 8. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 한편 2007. 1. 1.부터 산업연수생제도가 폐지되고 고용허가제로 일원화되었으나, 2006. 12. 31.까지 이미 산업연수(D-3)의 체류자격으로 입국한 외국인은 연수기간(1년) 동안은 산업연수생 신분을 유지하므로 산업연수생에 관한 사항을 규율하는 이 사건 노동부예규는 2007. 12. 31.까지는 적용되게 된다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 출입국관리법상 연수를 위한 체류자격으로 입국한 외국인 산업연수생에게 법률상 아무런 근거 없이 취업활동을 할 수 있게 하는 것은 행정권의 자의적인 행사에 의하여 외국인의 국내법상 지위에 관한 사항이 정해지는 것으로서 헌법 제6조 제2항에 위반된다.

(2) 현행 산업연수생제도에 의하면 외국인 산업연수생은 실질적으로 연수가 아닌 근로자로서 취업활동을 하고 있음에도 불구하고 연수기간 동안 직장을 임의로 선택할 수 없게 함으로써 이들의 직장선택의 자유를 침해한다.

(3) 산업연수생 신분으로 입국하여 사실상 근로자로서 취업활동을 하고 있는 외국인 근로자의 경우 사실상 최저임금과 동일한 액수로 임금이 결정되고 있으며, 산업연수생은 직장선택의 자유가 본질적으로 침해되고 있어 이러한 임금수준이 달리 결정될 여지가 없는데, 이는 헌법상의 사회적 시장경제질서에 위배되는 것이다.

(4) 한편 이 사건 노동부 예규조항은 산업연수생 신분의 외국인 근로자에게 근로기준법의 적용범위에 관해 극히 일부만을 적용하고 주요한 조항(예

컨대, 퇴직금제도, 임금채권의 우선변제 등)에 대하여는 적용치 아니함으로써 법적 보호에 있어서 내국인근로자나 산업연수생 신분이 아닌 외국인 근로자와 다르게 취급함으로써 평등권을 침해하고 있다.

나. 중소기업청장의 의견

(1) 적법요건에 관하여

(가) 청구인은 외국인으로서 기본권 주체성을 인정할 수 없으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다. 즉 청구인은 외국인 연수생 신분으로 연수생이 현행법상 근로자인지 여부에 대한 입법적 결단이 없는 한 대한민국 법체계에서 근로자라고 성급히 판단하여 근로조건에 있어서 대한민국의 근로자와 평등한 대우를 받을 권리 또는 직업선택의 자유를 주장할 수 없다.

(나) 산업연수생은 송출기관과 계약을 맺고 국내에 입국허가를 받아서 연수업체에서 연수를 받는 일련의 후속적인 계약이행행위 내지는 중소기업협동조합중앙회 등 산업연수생제도의 관련 단체의 계약 집행행위가 존재하여야 그 후 침해 등이 발생할 소지가 있는 것이지 이 사건 중소기업청 고시 등에 의해 청구인의 기본권이 직접 침해되는 것이 아니다.

(다) 심의위원회의 이 사건 산업연수생 대책은 비구속적 행정계획에 불과하여 헌법소원의 대상인 공권력 행사에 해당되지 아니한다.

이 사건 중소기업청 고시는 출입국관리법령의 위임에 따라 외국인 산업연수생 제도의 전반적인 운영에 관련된 구체적인 사항을 규정한 중소기업청 내부의 업무처리지침에 불과한 것일 뿐 법규적인 효력을 가진 것이라고 할 수 없으며, 이 사건 노동부 예규조항은 외국인 산업연수생의 보호 및 관리를 위하여 노동부가 법령의 위임 없이 제정한 것으로서 대외적인 구속력이 없으므로 헌법소원심판의 대상이 될 수 없다.

(라) 이 사건 노동부 예규조항은 연수업체가 준수하여야 할 최저한의 보호 수준을 규정한 것이지 연수업체가 이 사건 노동부 예규조항에서 정한 범위 내에서만 산업연수생을 대우할 것을 강제하기 위한 규정이 아니어서 이 사건 노동부 예규조항은 산업연수생을 보호하기 위한 것일 뿐 산업연수생의 권리를 제한하기 위한 것이므로 이에 의해 청구인의 기본권이 침해되는 것이 아니다.

(마) 청구인은 산업연수생 신분으로 출입국관리법에 의하여 적법하게 대한민국에 입국하여 연수업체에서 연수를 받던 도중 무단이탈을 한 불법체류자이다. 헌법재판소법 제40조는 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하고 있는데, 청구인은 공법상 대한민국에 체류할 자격이 없는 불법체류자로서 강제출국을 회피하기 위한 목적으로 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있는바, 이는 신의성실의 원칙에 반하는 부적법한 소로서 마땅히 각하되어야 한다.

(바) 청구인은 대한민국에 입국할 당시에 이미 이 사건 중소기업청 고시나 노동부 예규조항에서 정한 산업연수생의 지위에 관한 사항을 알고 있었다고 할 것이며, 이 사건 헌법소원은 청구인이 입국한 2004. 3. 16.로부터 90일이 지난 2004. 8.에 제기되었으므로 청구기간을 도과하였다.

(2) 본안에 관하여

(가) 산업연수생제도는 사인간의 계약의 문제이고, 정부가 일정한 범위(가이드라인)를 설정하여 사인간의 계약의 한계를 정함에 있어 산업연수생을 국내 5인 이상 사업장의 근로자에 비하여 근로기준법 적용에 있어 차이를 두었다고 하여도 이는 산업연수제도의 특성(사회적 기본권 영역에서는 합리적 차별이 폭넓게 인정될 수 있다는 점, 외국인 산업연수생은 국내 근로자와는 다른 특수한 신분이라는 점 등)에 기인한 합리적 차별에 불과하다.

(나) 전문 기능직 외국인도 출입국관리법상 정해진 기간과 장소에서만 직업수행을 할 수 있을 뿐 내국인과 같은 넓은 직업선택 및 수행의 자유를 가지지 못한다는 점에서 산업연수생에 대하여 연수장소를 제한한 것을 두고 직업선택의 자유가 본질적으로 훼손되었다고 볼 수 없다.

(다) 산업연수생이 국내 근로자보다 생산성이 낮음에도 불구하고 오히려 시간당 인건비는 생산성에 비하여 높게 지급되고 있다는 점에서 산업연수생제도는 청구인의 평등권을 침해하는 것이 아니며, 시장경제원칙에도 반하지 않는다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 현행 외국인 산업연수제도는 연수 1년, 취업 2년의 연수취업제로 운영되고 있어 산업연수제와 고용허가제도의 절충형태라 할 수 있는데, 연수 1년

간은 퇴직금, 연월차수당 등을 제외하고 국내 근로자와 동등한 대우를 받고 있고 취업 2년간은 국내 근로자와 동등하게 대우를 받고 있다. 산업연수생 신분외의 외국인 근로자에 대하여 연수기간 동안 국내 근로자와 근로조건을 달리 적용하더라도 취업 전 연수기간은 한국어와 기술을 습득하기 위해 필요하므로 이를 두고 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

(2) 외국인력의 도입과 관련하여 어떠한 제도를 채택할 것인지는 입법부의 입법재량에 속한다. 외국인 산업연수생의 정규화를 방지하기 위해서 체류기간을 제한하고 직업선택의 자유를 제한하는 것은 적절한 방법이며, 연수업체의 부도, 폐업, 경영악화, 양도·양수 등의 사유로 산업연수생이 당초 연수업체에서 연수를 계속할 수 없는 때에는 연수업체의 변경을 허용하고 있으므로 침해의 최소성 원칙을 충족한다. 그리고 외국인 산업연수생의 직업선택의 자유를 전면적으로 인정하는 경우 국내 고용시장의 질서 교란과 정부의 효과적인 외국인력관리가 곤란하게 되므로 외국인 산업연수생의 직업이동의 자유를 제한함으로써 얻는 공익은 그로 인해 침해되는 외국인 산업연수생의 사익보다 크다는 점에서 법익균형성 요건도 충족한다.

【결정요지】

1. 근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 등의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.

2. 행정규칙이라도 재량권행사의 준칙으로서 그 정한 바에 따라 되풀이

시행되어 행정관행을 이루게 되면, 행정기관은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는바, 이 경우에는 대외적 구속력을 가진 공권력의 행사가 된다.

지방노동관서의 장은, 사업주가 이 사건 노동부 예규 제8조 제1항의 사항을 준수하도록 행정지도를 하고, 만일 이러한 행정지도에 위반하는 경우에는 연수추천단체에 필요한 조치를 요구하며, 사업주가 계속 이를 위반한 때에는 특별감독을 실시하여 제8조 제1항의 위반사항에 대하여 관계 법령에 따라 조치하여야 하는 반면, 사업주가 근로기준법상 보호대상이지만 제8조 제1항에 규정되지 않은 사항을 위반한다 하더라도 행정지도, 연수추천단체에 대한 요구 및 관계 법령에 따른 조치 중 어느 것도 하지 않게 되는바, 지방노동관서의 장은 평등 및 신뢰의 원칙상 모든 사업주에 대하여 이러한 행정관행을 반복할 수밖에 없으므로, 결국 위 예규는 대외적 구속력을 가진 공권력의 행사가 된다.

나아가 위 예규 제4조와 제8조 제1항이 근로기준법 소정 일부 사항만을 보호대상으로 삼고 있으므로 청구인이 주장하는 평등권 등 기본권을 침해할 가능성도 있다. 그렇다면 이 사건 노동부 예규는 대외적인 구속력을 갖는 공권력행사로써 기본권침해의 가능성도 있으므로 헌법소원의 대상이 된다 할 것이다.

3. 산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 이 사건 중소기업청 고시에 의하여 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어진 업체만이 연수업체로 선정될 수 있으므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다.

한편 ‘동등한 가치의 노동에 대하여 동등한 근로조건을 향유할 권리’를 제한하기 위하여는 법률에 의하여야만 하는바, 이를 행정규칙에서 규정하고 있으므로 이는 법률유보의 원칙에도 위배된다.

그렇다면, 이 사건 노동부 예규는 청구인의 평등권을 침해한다고 할 것이다.

재판관 이강국, 재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 노동부 예규의 직접적인 수범자는 어디까지나 행정기관인 지방노동관서의 장이므로, 지방노동관서의 장이 행정관행에 기하여 그 상대방인 사업주에 대한 관계에서 위 예규에 따라야 할 자기구속을 당하게 된다고 하더라도 곧 그것이 위 예규 자체가 대외적 구속력이 있는 규범으로서 산업연수생의 권리관계를 직접 변동시키거나 그 법적 지위에 영향을 주게 되는 것을 의미하는 것은 아니다.

또한 산업연수생에 대하여는 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것처럼 규정된 이 사건 노동부 예규 제8조 제1항은 재량권의 행사에 관한 것이 아니라 근로기준법 등 법률의 해석 내지 그 적용범위에 관한 것이므로 이에 대해서는 자기구속의 법리에 의한 대외적 구속력이 인정될 여지가 없다. 그러므로 위 예규가 법령의 근거도 없이 임의로 산업연수생에 대하여 근로기준법의 적용범위를 제한한들 이는 아무런 법적 효력이 없는 것이다.

따라서 이 사건 노동부 예규는 공권력의 행사로 인하여 국민의 기본권 침해 가능성이 있는 경우라고 볼 수 없어 그 심판청구는 각하되어야 한다.

【해설】

1. 적법요건에 관한 검토

가. 외국인의 기본권 주체성

(1) 외국인의 기본권 주체성 인정 여부에 관한 견해

헌법은 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는가에 대해 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 다만 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”는 규정을 두고 있을 뿐이다. 직접적인 근거 규정이 없는 까닭에 외국인의 기본권 주체성에 관해 견해가 나뉘고 있다.

부정설의 논거는 우리 헌법 제2장이 「국민의 권리와 의무」를 규정하고 있기 때문에 국민의 권리만을 보장하는 것이지 외국인의 권리까지 보장하는 것은 아니라고 한다. 이 견해에 따르면 외국인에게 기본권을 인정하느냐 않느냐의 문제는 입법정책의 문제이지 헌법상의 보장의 문제가 아니라고 한다.

즉 우리 헌법상 외국인의 국내법상의 권리는 제6조 제2항의 규정에 따라 인정되는 특수한 법적 권리로서 제2장의 국민의 기본권보장과는 무관한 것이라고 한다.¹⁾

한편 긍정설은 일정한 범위 안에서는 외국인도 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이며, 이 견해가 통설이다. 다만 실정법이 명문으로 보장하고 있지 아니한 경우에 외국인에게도 보장되는 기본권을 구별하는 기준에 대하여는 학설이 갈리고 있다.

먼저 제1설은 기본권을 인간의 천부적·전국가적 인권으로 파악하여 외국인도 기본권의 주체가 된다고 한다.²⁾ 이 견해는 외국인에게 기본권이 인정될 것인지는 헌법의 명문 규정을 떠나서 인간의 권리인가, 국민의 권리인가에 따라 결정해야 한다고 하는데(권리성질설), 이 설이 다수설이다. 다만 참정권과 사회적 기본권 등은 천부적 인권이 아니므로 외국인에게는 무제한으로 인정되지 아니한다고 한다.

제2설은 외국인은 자국민의 동화적 통합을 해치지 아니하는 범위 안에서 기본권의 주체가 될 수 있으나 참정권은 인정되지 않는다고 한다.³⁾

권리성질설에 의할 경우 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 평등권을 비롯한 대부분의 자유권적 기본권과 기본권을 보장하기 위한 청구권적 기본권은 원칙적으로 외국인에 대해서도 인정된다. 그러나 한편으로는 외국인이 내국인과 동등하게 기본권을 보장받는 것은 아니라고 하면서 거주이전의 자유(제14조), 언론·출판의 자유(제21조), 직업선택의 자유(제15조) 등과 사회적 기본권 중 환경권(제35조)과 건강권(제36조) 등을 제외한 사회적 기본권은 원칙적으로 외국인에게 인정되지 않는다.

헌법재판소도 기본적으로 권리성질설의 입장인 것으로 보인다.

즉, 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원은 기본권을 침해받은 자

1) 박일경, 기본적 인권과 그 주체, 「고시연구」, 1974. 10, 12-17면.

2) 권영성, 「헌법학원론」(법문사, 1999), 287면; 김철수, 「헌법학신론」(박영사, 1999), 199면.

3) 허영교수는 “참정권 이외에 구체적으로 어떤 기본권을 외국인이 향유할 수 있는냐는 개별적인 경우에 결정할 문제이지 처음부터 이를 확일적으로 정할 수는 없다. 하지만 외국인이라도 우리의 생활질서에 동화시켜야 된다는 필요성 때문에 그들에게 기본권을 누릴 수 있게 하는 이상, 우리 헌법상 국가의 구조적 원리라고 볼 수 있는 법치국가원리와 사회국가원리가 외국인에게도 적용되어야 한다.”고 주장한다. 허영, 「한국헌법론」(박영사, 1999), 237면.

만이 청구할 수 있고, 여기서 기본권을 침해받은 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것은 곧 기본권의 주체라야만 헌법소원을 청구할 수 있고 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원을 청구할 수 없다는 것이라고 한 다음, ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다고 판시하여(헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480 참조) 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하면서, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 ‘인간의 권리’로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이라고 하였다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 724-725 참조)⁴⁾.

(2) 이 사건에서 청구인에게 기본권주체성을 인정할 것인지 여부

(가) 청구인은 이 사건 노동부예규에서 산업연수생 신분의 외국인 근로자에게 근로기준법의 극히 일부 조항만을 적용하고 다른 주요 조항에 대하여는 적용하지 않도록 규정하여 내국인 근로자 및 산업연수생 신분이 아닌 외국인 근로자에 비해 다르게 취급하는 것은 평등권을 침해한다고 주장한다.

헌법 제11조 제1항에서는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하여 「국적」에 의한 차별급지를 명시적으로 규정하고 있지 않다.

통설에 의하면 평등권도 “인간의 권리”로서 원칙적으로 외국인도 주체가 될 수 있으나, 참정권 등에 대한 성질상의 제한과 상호주의에 따른 제한이 있을 수는 있다. 근로기준법은 헌법 제32조 제3항에서 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라는 것에 근거하여 제정된 것으로서, 일반적으로 이는 국민의 “근로의 권리”를 보호하기 위한 것으로 이해된다. 그렇다면 이 사건에서 외국인 근로자에게 근로기준법을 전면적으로 적용하지 않은 것이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부를 논하기 위해서는 그 전제로서 청구인과 같은 외국인 근로자가 이러한 근로의 권리의 주체가

4) 재외동포법의 적용대상에서 정부수립이전이주동포, 즉 대부분의 중국동포와 구 소련동포 등을 제외한 것이 평등원칙에 위반되는 것인지 여부가 문제된 사안에서 외국국적의 동포에 대하여 기본권 주체성을 인정하였다.

될 수 있는지가 문제된다.

(나) 근로의 권리의 성격 및 내용

근로의 권리가 어떠한 것인지에 대해서는 학자들마다 견해의 차이를 보이나, 대체로 근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로 보인다. 그리고 이러한 근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주며, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 것이기 때문에 보장되어야 하며, 자유권적 기본권과 사회권적 기본권의 성격을 동시에 갖는다고 한다.⁵⁾

헌법재판소도 이와 유사한 입장을 취하고 있다.

● 현재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678

헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며…”라고 규정하여 근로의 권리를 보장하고 있다. 근로의 권리의 보장은 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주며, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 의의를 지닌다.

근로의 권리는 사회적 기본권으로서, 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다.

● 현재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 421

헌법 제32조 및 제33조에 각 규정된 근로기본권은 근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권이다.

(다) 외국인의 근로의 권리 주체성

5) 권영성, 「헌법학원론」(2005년판, 개정판), 법문사, 2005, 659-660면; 허영, 「한국헌법론」(전정판), 박영사, 2005, 499-504면; 계획열, 「헌법학(중)」(신정판), 박영사, 2004, 738-744면 참조.

① 통설인 권리성질설을 따르는 학자들은 근로권, 노동3권을 생존권적(사회적) 기본권으로 분류하는데, 이에 따르면 외국인들은 사회적 기본권의 주체가 될 수 없다.⁶⁾

② 한편 외국인 근로자에 대해서도 기본권의 성질상 특별히 제한할 필요가 발생하지 않는 한 최대한으로 그들의 인권을 보장해 주는 것이 세계주의 내지 국제평화주의를 기본원칙으로 하는 헌법정신에 부합할 것이라고 하면서, 일정 범위의 외국인에게는 사회권을 보장하는 것이 바람직하다는 소수의 견해가 있다.⁷⁾

따라서 권리성질설에 의하면 청구인들은 근로의 권리의 주체가 될 수 없으므로 청구인들의 평등권은 그러한 한도 내에서 제한되며, 이 사건 노동부 예규에서 근로기준법의 일부 조항만을 청구인들에게 적용함으로써 내국인 근로자와 차별하고 있다고 하더라도 평등권 침해를 주장할 수 없다고 할 것이다. 반면 소수설에 의하면 청구인들도 근로의 권리를 주장할 수 있으며 따라서 이 사건 노동부 예규에 의한 평등권 침해를 주장할 수 있는 기본권주체성이 인정된다.⁸⁾

(라) 소결

학설은 일반적으로 근로의 권리란 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기

6) 권영성 교수는 환경권과 보건권 등의 예외를 제외한다면 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 않는다고 한다(권영성, 전거서, 290면). 이에 대하여 김철수 교수는 생존권(사회권)은 국가내적 실정권으로서 일반적으로 외국인에게는 인정되지 않지만, 외국인에게 인정할 것인지의 여부는 입법정책의 문제라고 하면서, 인정해주는 것이 바람직하다는 견해를 밝히고 있다(김철수, 전거서, 260면).

7) 유형석, “외국인근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문(2000), 120면.

8) 김지형 대법관은 2002년 발표한 「外國人勤勞者의 憲法上基本權保障 - 現行産業研修生制度의 違憲性검토를 중심으로 -」(저스티스 70권, 7면 이하)에서 우리 헌법상 외국인 또는 외국인 근로자는 참정권 등의 명백한 예외를 제외하고는 원칙적으로 기본권 보장의 주체가 되고, 국제법규 가운데 우리가 비준하여 국내법과 동일한 효력이 있는 국제연합의 「사회권규약」과 「자유권규약」이나, 비록 비준하지 아니하였거나 일반적으로 승인된 국제법규에는 해당되지 아니하는 그 밖의 외국인의 지위에 관한 국제연합의 선언 또는 협약 역시, 외국인에게 보장되어야 할 권리 또는 자유 등 대우에 관하여 거의 동일한 기초 위에서 있음을 확인할 수 있다고 하면서, 외국인 산업연수생에 대하여 평등권과 직업선택의 자유 등을 인정하고 있다.

회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서 자유권적 기본권과 사회권적 기본권의 성격을 가지고 있는 것으로 본다.

하지만 근로의 권리의 의의는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는데 있는바, 이러한 근로의 권리는 반드시 “일할 자리에 관한 권리”만을 뜻하는 것은 아니고, “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있기 때문에 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건 보장 등을 요구할 수 있는 권리가 모두 근로의 권리에서 나온다고 할 수 있다. 헌법 제32조 제3항에서 “근로조건에 대한 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있는 것도 이를 뒷받침하기 위한 것이다.⁹⁾

그렇다면 근로의 권리는 사회적 기본권이기에 때문에 외국인에게는 일체 인정될 수 없다라는 논리를 취하기보다는, 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라 외국인의 기본권 주체성 여부를 달리 판단할 필요가 있을 것으로 보인다. 즉 근로의 권리 중 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678 참조)는 사회적 기본권으로서 국민에 대해서만 인정되지만, 자본주의 경제질서에서 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 준다는데 그 의의가 있는 근로의 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 근로조건에 대한 기준은 인간의 존엄성을 보장하는 수준이 될 것을 요구하고 있는 헌법 제32조 제3항의 한도 내에서는 외국인 근로자라 해서 내국인 근로자와 달리 취급되어야 할 이유가 없어 그 기본권 주체성을 인정함이 상당하다.

나. 이 사건 노동부 예규의 공권력 행사성 인정 여부와 기본권침해의 가능성

(1) 이 사건 심판대상 중 심의위원회 대책은 대외적 효력이 없는 비구속적 행정계획안이라는 이유로 공권력 행사성이 부정되었고, 중소기업청 고시는 공권력 행사성은 인정되었으나 청구인이 주장하는 기본권을 침해하는 내용을 담고 있지 않아 기본권침해 가능성이 없는 것으로 판단되었다.

(2) 한편 이 사건 노동부 예규는 연수생의 적용 범위, 연수생의 지위, 연

9) 허영, 한국헌법론(전정신판), 2005년, 502면 참조.

수계약, 연수계약서의 내용, 연수생의 보호, 안전보건관리, 산업재해보상의 지원, 연수생 교육, 노동관서장의 지도감독과 그에 따른 제재 등을 정하고 있는 행정규칙이므로 원칙적으로 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’에 해당하지 않는다. 다만 행정규칙이 재량권 행사의 준칙으로서 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행을 이루게 되어 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관이 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 갖게 되어 헌법소원의 대상이 된다(헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303 참조).

살피건대, 위 노동부 예규에 의하면, 산업연수생은 연수과정에서 사실상 노무를 제공함으로써 임금 등 근로의 대상을 지급받고 있는 경우에는 위 노동부 예규가 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖고(제4조), 위 예규가 열거하고 있는 사항에 관하여만 보호를 받으며(제8조 제1항), 지방노동관서의 장은 사업주가 위 예규를 준수하도록 행정지도하여야 하고(제17조 제1항), 사업주가 위 행정지도를 이행하지 아니하는 경우에는 해당 사업장에 대한 연수생 배정중지 등 조치를 연수추천단체에 요구할 수 있으며(제17조 제2항), 특별감독을 실시하여 위 제8조 제1항의 사항에 위반한 경우에는 관계법령에 따라 조치를 하여야 한다(제17조 제3항). 이에 따라 위 예규를 준수하여야 할 지방노동관서의 장은, 사업주가 제8조 제1항의 사항을 준수하도록 행정지도를 하고, 만일 이러한 행정지도에 위반하는 경우에는 연수추천단체에 필요한 조치를 요구하며, 사업주가 계속 이를 위반한 때에는 특별감독을 실시하여 제8조 제1항의 위반사항에 대하여 관계법령에 따라 조치하여야 하는 반면, 사업주가 제8조 제1항에 규정되지 않은 사항을 위반한다 하더라도 행정지도, 연수추천단체에 대한 요구 및 관계법령에 따른 조치 중 어느 것도 하지 않게 되는바, 지방노동관서의 장은 평등 및 신뢰의 원칙상 모든 사업주에 대하여 이러한 행정관행을 반복할 수밖에 없으므로, 결국 위 예규는 대외적 구속력을 가진 공권력의 행사가 된다.

한편 사업주의 입장에서도 위 예규 제8조 제1항에 규정되지 않은 사항을 위반하더라도 산업연수생 배정에 있어서 불이익을 입지도 않고 보호조치 미이행으로 인하여 노동관서에 의하여 고발되지 않을 뿐 아니라, 현실적으로 범의(犯意)가 인정되기 어려워 형사처벌 될 가능성도 없으므로, 사업주는 이

사건 노동부 예규가 정하는 한도 내에서만 산업연수생을 보호하게 되고, 결국 위 예규는 실질적으로 대외적 구속력 있는 공권력의 행사가 된다.

나아가 위 예규 제4조가 “산업연수생은 …… 위 예규가 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖는다.”라고 명시하고 있고, 제8조 제1항은 “산업연수생은 …… 다음 각 호의 사항에 관한 보호를 받는다.”라고 규정하여 근로기준법 소정 일부 사항만을 보호대상으로 삼고 있으므로 청구인이 주장하는 평등권 등 기본권을 침해할 가능성도 있다. 그렇다면 이 사건 노동부 예규는 대외적인 구속력을 갖는 공권력행사로써 기본권침해의 가능성도 있으므로 헌법소원의 대상이 된다 할 것이다[최근 대법원은 산업연수생에게도 퇴직금청구권이 있다고 판단하였고(대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다53627 판결; 대법원 2006. 12. 21. 선고 2006다36509 판결 참조), 하급심(부산고등법원 2006. 7. 12. 선고 2005나12018 판결; 부산지방법원 2006. 5. 12. 선고 2005나7747 판결)에서는 그 전제로서 이 사건 노동부 예규가 행정청 내부의 사무처리준칙에 해당하여 일반 국민에 대한 구속력이 없다고 보았다. 그러나 이러한 판단은 위 예규에 따라 퇴직금을 지급하지 않겠다는 사업주의 항변을 배척하기 위한 과정에서 이루어진 것이므로(위 부산지방법원 2005나 7747 판결에는 위 예규가 헌법상의 평등원칙 등에 반하여 효력을 인정할 수 없다는 판시도 포함되어 있다) 위 대법원판결에 의하여 위 예규에 대한 공권력행사성이나 기본권침해성이 부인되어야 하는 것은 아니다].

2. 본안에 관한 판단

가. 외국인 근로자 도입제도의 변천¹⁰⁾

(1) 산업기술연수생제도

산업기술연수생제도는 출입국관리법령에 있었던 ‘산업기술연수’의 체류자격을 이용함으로써 시작되었고 산업기술연수를 위하여 입국하고자 하는 외국인은 재외공관의 장으로부터 체류자격의 사증(査證)을 받을 경우에는 국내체류가 가능했다(구 출입국관리법 시행령 제9조 제1항 제13호). 이 산업기술연수 자격은 해외 현지법인이 있는 사업체가 국내 사업체로 기술연수를

10) 최홍엽, 외국인 근로자의 노동법상 지위에 관한 연구, 1997. 2. 서울대학교 법학박사학위논문, 86면 이하 참조.

보내기 위해 마련한 별도의 체류자격이었다. 1991. 11.부터 1992. 8.까지 외국인 산업기술연수생은 해외투자·기술제공·설비수출과 관련하여 해외 현지법인을 통하여 유입되었고, 이 제도는 해외 현지진출 한국기업이 현지에서 고용한 인력의 기능을 향상시킨다는 것을 명분으로 삼았으나, 실제로는 해외 인력을 도입하여 국내산업체에 취업시키는 것으로 활용되었다.

그런데 위 산업기술연수제도는 인력난을 경험하고 있던 중소기업이 이용하지는 못하였는바, 이에 정부는 1992년 하반기부터 소위 3D업종으로서 국내근로자들이 기피하는 업종에도 연수생을 들여오기 시작하였고, 법무부훈령상의 '외국인에 대한 연수가 불가피하다고 판단하여 주무부처의 장이 추천하는 산업체'의 연수자격으로 들여오게 되었다. 한편 정부는 1993. 4. 산업기술연수생 제도를 중단하기로 결정하고, 다만 이미 입국한 연수생에 대해서는 체류기간을 종전의 최장 1년에서 2년으로 연장해 주기로 하였다.

(2) 산업기술연수생제도의 확대 및 연수취업제의 실시

정부는 1993. 11. 24. 외국인 산업기술연수조정협의회를 열고 연수생 도입을 재개하였고, 위 협의회는 2년간 2만명을 도입하기로 결정하였다. 그리고 1993. 12. 28. '외국인산업기술연수 사증발급에 관한 업무지침'(법무부 훈령 294호)을 개정하여 종전의 연수업체 대상에 더하여 '주무부처의 장이 지정하는 산업체 유관 공공단체의 장이 추천하는 사업체'를 추가함으로써 중소기업 협동조합중앙회의 추천에 의해서도 연수생의 도입이 가능하도록 확대하였다. 1996년에 이르러 산업연수생제도의 주관업무가 중소기업청으로 이양되었는데, 중소기업청은 1996. 9. 19. 이 사건 중소기업청 고시를 제정·고시하여 산업연수생 활용업체 대상을 생산직 상시근로자 5인 이상 300인 이하인 중소기업제조업체로 한정하고 대상업종을 음식료품 등 22개 업종으로 확정하는 것을 비롯하여, 송출국가 선정, 외국인 산업기술연수협력단, 송출기관, 연수생, 연수취업, 사후관리 등에 관한 사항을 정하였다.

한편 정부는 1997. 9. 개정된 출입국관리법에 따라 '연수취업제도' 즉 2년간의 연수 후 일정 자격을 갖춘 산업연수생이 '근로자'로 체류자격을 변경할 수 있는 '체류자격 변경허가제도'를 도입하였고, 위 연수취업제도는 2000. 4. 1.부터 본격적으로 실시되었는데, 처음에는 '연수 2년 + 취업 1년'으로 하였

다가 2002년부터는 ‘연수 1년 + 취업 2년’으로 조정하여 실시하고 있다.

(3) 고용허가제

정부는 2003. 8. 16. 제정된 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’에 따라 고용허가제를 도입하였고, 이는 기존의 산업연수생제도와 병행하여 실시하게 되었다. 고용허가제는 국내 인력을 구하지 못한 기업이 적정규모의 외국인 근로자를 합법적으로 고용할 수 있도록 허용하는 제도로서 외국인력의 도입·관리를 국가가 직접 담당하여 외국인 구직자 선발조건·방법·기관 및 상호간 권리의무사항 등을 국가간 양해각서(MOU)에 규정하는 등 외국인 근로자 도입과정에서 민간기관의 개입을 배제하였다. 외국인 근로자의 취업 기간은 3년이며, 1년마다 갱신하도록 되어 있고, 표준계약서를 사용하여 근로계약을 체결하며, 외국인 근로자의 사업장 변경은 원칙적으로 금지되나, 다만 사업체의 휴·폐업, 사업자의 정당한 근로계약 해지 등 불가피한 사유가 있는 경우에는 다른 사업장으로의 변경이 허용된다. 외국인 근로자는 내국인과 동등하게 노동관계법을 적용받아 산재보험·최저임금·노동3권 등 기본적인 권익이 보장된다.

(4) 외국인력제도 통합방안

산업연수생제도는 중소기업체 인력난 해소에 일정부분 기여하였으나, 외국인력의 편법적 활용(근로자성의 제한적 인정), 연수생 이탈, 송출비리 등의 부작용을 야기하였다. 또한 산업연수생제도의 역기능 해소를 위해 도입된 고용허가제는 산업연수생제도와 병행 실시 및 복잡한 고용절차 등으로 사용자의 선호도가 저조하였다. 이에 현행 외국인력제도를 외국인근로자의 권익보호와 수요자인 사용자의 요구에 부합하도록 개선할 필요성이 대두되었고, 정부는 2005. 7. 27. 외국인력정책위원회에서 노동부와 법무부 등 16개 관련부처 합의를 통해 2007. 1. 1.부터 산업연수생제도를 폐지하고 고용허가제로 일원화하기로 하였다.

나. 현행 산업연수생제도

(1) 법적 근거

출입국관리법(2003. 12. 31. 법률 제7034호로 개정된 것)은 외국인의 국내 취업과 관련하여 취업활동이 가능한 체류자격이 없는 외국인의 고용을 원칙적으로 금지하고 있다(출입국관리법 제18조 제1항, 제2항). 취업활동이 가능한 체류자격은 단기취업(C-4), 교수 등의 전문기술인력(E-1 내지 E-7), 연수취업(E-8), 비전문취업(E-9) 및 내향선원(E-10)에 한한다(출입국관리법시행령 제23조 제1항).

한편 산업연수생은 “산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 지정된 산업체에서 연수하고 있는 외국인”으로 정의되는데(출입국관리법 제19조의2 제1항), 이들에 대해서는 산업연수(D-3)의 체류자격이 부여되어 원칙적으로 취업활동에 종사할 수 없다(출입국관리법시행령 제12조 [별표 1] 제12호). 다만 산업연수생이 일정한 사업체에서 1년간 연수를 마친 경우에는 취업활동을 할 수 있는 연수취업자(E-8)¹¹⁾로 그 체류자격변경을 할 수 있다(출입국관리법 제19조의3, 동법시행령 제24조의5).

출입국관리법 제19조의2는 정부에 대하여 산업연수생의 보호를 위하여 필요한 조치를 취하도록 하고 있으며, 제19조의3은 법무부장관에게 산업연수생의 연수장소 이탈, 연수목적외의 활동 기타 허가된 조건의 위반 여부 등을 조사하여 그 외국인의 출국 등 산업연수생의 관리에 필요한 조치를 하도록 하고 있다.

(2) 산업연수생의 지위

(가) 이 사건 중소기업청 고시 「외국인산업연수제도 운영에 관한 지침」 제26조에서는 산업연수생의 연수시간 및 연수수당 등 연수조건은 중소기업협동조합중앙회와 연수업체간의 계약에 의하되, 연수업체는 산업연수생에게 최저임금 이상의 연수수당과 산업재해보상보험 및 건강보험의 혜택을 보장하도록 규정하고 있다.

이에 따른 중소기업협동조합중앙회와 연수취업업체 간의 연수·취업추천 계약서를 살펴보면, 노동부의 「외국인연수취업자의보호및관리에관한규정」

11) 출입국관리법시행령 제12조 [별표1]

E-8: 산업연수활동을 할 수 있는 체류자격을 가지고 필요한 연수취업 연수기간 동안 지정된 연수장소를 이탈하지 아니하고 연수한 자로서 기술자격검정등 연수취업요건을 갖추고 국내 기업체에서 근무하고자 하는 자

제5조에서 정한 표준계약서에 의해 연수취업계약을 체결하도록 되고 있으며(제2조의1), 연수생의 체류기간은 1년으로 하고, 연수취업자의 체류기간은 연수만료 후 2년으로 한다(제4조). 그리고 연수조건과 관련하여 연수취업업체는 연수생에 대하여 정부가 매년 결정·고시하는 최저임금 수준이상의 기본 연수수당을 지급해야 하며, 기본 연수시간은 1주 44시간을 기준으로 하되, 시간외 초과연수에 대해서는 50/100을 가산한 초과수당을 지급하고 1주 일에 1일을 유급휴일로 하며, 연수생에게 숙박시설을 제공하고 연수생을 피보험자로 하는 산업재해보상보험 및 건강보험에 의무적으로 가입하여야 한다(제5조).

한편 이 사건 노동부 예규 제8조 제1항은, “산업연수생은 근로기준법, 최저임금법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 및 의료보험법의 기본적 입법정신에 준거하여 다음 각 호의 보호를 받는다.”라고 규정하면서 그 보호대상으로, ① 폭행 및 강제근로금지(근로기준법 제6항 및 제7항), ② 연수수당의 정기·직접·전액·통화불 지급 및 금품청산(근로기준법 제36조, 제42조), ③ 연수기간, 휴게·휴일, 시간외·야간 및 휴일연수(근로기준법 제49조, 제53조, 제54조, 제55조), ④ 최저임금수준의 보장(최저임금법), ⑤ 산업안전보건의 확보(산업안전보건법), ⑥ 산업재해보상보험 및 의료보험 혜택(산업재해보상보험법) 등을 열거하고 있다. 반면 근로기준법상 퇴직금(제34조), 임금채권 우선변제(제37조), 연차유급휴가(제59조), 임신부의 보호(제72조) 등에 관하여는 보호대상으로 규정하고 있지 않다.

물론 산업연수생의 체류자격이 변경되어 연수취업자가 되는 경우나 고용허가제에 의하여 취업한 외국인근로자는 근로기준법의 전면적인 적용을 받게 된다.

다. 이 사건 노동부 예규 조항의 평등권 침해 여부

(1) 쟁점의 정리

이 사건 노동부 예규는 앞에서 본 바와 같이 산업연수생에 대하여 근로기준법상 일부 사항에 관하여만 보호대상으로 규정하고 나머지 사항들을 보호대상에서 배제하고 있는바, 이것이 실질적 근로자인 산업연수생을 다른 근로자와 차별함으로써 헌법상의 평등원칙을 위반하였는지 여부가 이 사건의 쟁

점이고, 그 전제로서 외국인 산업연수생을 근로기준법상의 근로자로 인정할 수 있는지가 문제된다.

(2) 외국인 산업연수생의 근로자성

근로기준법상 “근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자이므로(제14조), 명목이 산업연수생이라 할지라도 근로의 실질관계에 의해 사용·종속관계가 인정되는지를 따져서 근로자성을 인정하여야 할 것이다.

먼저 이 사건 노동부 예규 제4조는 “연수생은 출입국관리법령에 의한 연수생 신분의 체류자격을 가지되 연수과정에서 현장연수의 특성상 사실상의 노무를 제공함으로써 임금·수당 등 여하한 명칭으로든지 근로의 대상을 지급받고 있는 경우에는 이 지침이 정하는 한도 내에서 근로자로서의 권리의무를 갖는다.”라고 규정하여 산업연수생의 근로자로서의 권리를 부분적으로 인정하고 있다.

그리고 대법원도 “외국인 산업연수생이 산업기술의 연수만에 그치는 것이 아니고 대상 업체가 지시하는 바에 따라 소정시간 근로를 제공하고 그 대가로 일정액의 금품을 지급받기로 하였으며, 이에 따라 당해 외국인이 대상 업체의 사업장에서 실질적으로 대상 업체의 지시·감독을 받으면서 근로를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하여 왔다면 당해 외국인도 근로기준법 제14조 소정의 근로자에 해당한다.”고 하여 산업연수생의 근로자성을 인정하여 오고 있다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누2050 판결; 대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10352 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다50034 판결 참조).

결국 이와 같은 사정을 종합해 보면, 외국인 산업연수생이 사용종속관계에서 사실상 노무를 제공하고 그에 대한 대가로 금품을 수수하고 있다면 실질적 근로자성을 갖고 있다고 할 것이다.

(3) 평등원칙

헌법 제11조는 “모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있어 헌법상으로는 ‘국적’에 의한 차별금지가 명시적으로 규정되어 있지는 않다. 그런데 근로관계에 있어서

헌법상 평등원칙을 구체화한 근로기준법 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여 …… 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”고 규정하여 ‘국적’에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있고, 이를 위반하는 경우에는 500만원이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있다(근로기준법 제115조).

그리고 우리나라가 비준하여 1990. 7. 10.부터 적용(조약 제1006호)된 ‘국제연합(UN)의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(이른바 ‘사회권규약’ 또는 ‘A규약’)은, “이 규약의 각 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.”고 규정하고 있고(제2조 제2항), 이러한 사회권규약에 의하여 보장되는 권리에는 ‘동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리’(제7조) 등이 포함되어 있으므로, 이러한 규약의 내용은 우리 헌법의 해석에서 고려되어야 할 것이다. 다만 사회권규약은, 제약국이 입법조치 기타 모든 적절한 방법에 의하여 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속하도록 하면서(제2조 제1항), “이 규약의 당사자국은 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.”고 규정하여(제4조) 일반적 법률유보조항을 두고 있는바, 이는 우리 헌법 제37조 제2항에 의한 제한과 궤를 같이 한다고 할 것이다.

(4) 심사기준

헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 것을 뜻하고, 따라서 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 위반된다(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 76; 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집

10-2, 484, 504; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727 참조).

한편 앞에서 본 바와 같이 이 사건 노동부 예규는 근로의 권리를 어느 범위까지 보호할 것인가에 관한 것인바, 이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분이 아니고 특히 근로의 권리는 사회권적 기본권으로서의 성격이 강하여 그 보호범위를 제한하는 것이 기본권에 대한 중대한 침해가 된다고 보기도 어려우므로 평등권심사에 있어서의 완화된 심사기준인 자의(恣意)금지 원칙에 따라 판단하여야 할 것이다.

(5) 차별의 발생

일반 근로자는 내·외국인에 관계없이 근로기준법상 모든 보호를 받는데 반하여, 산업연수생은 이 사건 노동부 예규 제4조(연수생의 지위), 제8조(연수생의 보호) 제1항, 제17조(지도감독과 제재)에 의하여, 실질적 근로관계에 있는지 여부에 불문하고, 근로기준법상 ① 폭행 및 강제근로금지(제6조 및 제7조), ② 연수수당의 정기·직접·전액·통화불 지급 및 금품청산(제36조, 제42조), ③ 연수기간, 휴게·휴일, 시간외·야간 및 휴일연수(제49조, 제53조, 제54조, 제55조)에 관한 보호만을 받을 뿐, 그 밖에 퇴직급여(제34조), 임금채권 우선변제(제37조), 연차유급휴가(제59조), 임산부의 보호(제72조) 등 주요사항에 관하여는 보호를 받지 못함으로써, 일반 국내외 근로자(외국인 취업연수생 및 피고용허가자 포함)와 산업연수생 사이에 차별이 발생한다.

(6) 판단

인간의 존엄에 상응하는 근로조건 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속하고, 이는 근로자보호의 필요성, 사용자의 법 준수능력, 국가의 근로감독능력 등을 모두 고려하여 입법 정책적으로 결정할 문제이지만(헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 380), 그 차별에는 합리적 근거가 있어야 하고, 자의적(恣意的)이어서는 안된다.

살피건대, 위와 같은 차별의 근거로서, ① 근로의 권리와 같은 사회권적 기본권의 영역에서는 차별이 폭넓게 인정될 수 있다는 점, ② 외국인 산업연수생은 그 체류목적이 ‘연수’로서 일반 외국인 근로자와도 구별된다는 점, ③

산업연수생은 국내 근로자에 비하여 언어문제 등으로 생산성이 낮다는 점, ④ 국내 고용시장의 안정을 위하여 외국인 근로자에 대한 차별이 불가피하다는 점, ⑤ 외국인 산업연수생에 대한 임금 수준이 생산성에 비하여 높으므로 근로기준법상 일부조항을 적용하지 않더라도 전체적으로 평등권을 침해하지 않는다는 점, ⑥ 외국인 산업연수생의 취업 전 연수기간인 1년은 한국어와 기술을 습득하기 위하여 필요한 적응기간이라는 점 등이 주장되고 있다.

그러나 위와 같은 목적을 달성하기 위하여, 정부가 사업주로 하여금 산업연수생을 순수하게 ‘연수’ 목적으로만 사용하도록 철저히 지도감독하거나, 사실상 노무를 제공하게 허용하려면 산업연수생의 임금을 생산성에 맞게 책정하거나, 국내 고용시장의 안정을 위하여 외국인 근로자의 체류기간을 한정하는 것은 별론으로 하고, 산업연수생이 연수라는 명목 하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 연수업체는 이 사건 중소기업청 고시가 정한 요건(중소기업기본법 제2조 해당, 산업연수생에 대한 숙박시설 제공 능력 등)을 갖추어야 하고(제28조), 연수업체의 규모에 상응한 인원만을 배정받을 수 있어(제32조 제2항, 별표 2), 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독 능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어졌다 할 것이므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다.

그 밖에 이 사건 노동부 예규에 의하여 적용이 제한되는 근로기준법상 권리들이 실질적 근로자인 외국인 산업연수생에게 적용되지 않아야 한다고 볼 만한 합리적 이유가 없다.

한편 앞에서 본 바와 같이 근로기준법 제5조와 사회권규약 제4조과 관련하여 설명한 바와 같이 ‘동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 포함한 근로조건을 향유할 권리’를 제한하기 위하여는 법률에 의하여야만 하는바, 이를 법률이 아닌 행정규칙에서 규정하고 있으므로 이는 법률유보의 원칙에

도 위배된다.

(7) 소결

그렇다면 이 사건 노동부 예규는 청구인의 평등권을 침해한다고 할 것이다.

3. 반대의견의 요지

가. 행정규칙과 대외적 구속력

(1) 본래의 의미에서의 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 사무처리준칙에 불과하고, 대외적 구속력을 갖는 것이 아니어서 원칙적으로 ‘공권력의 행사로 인한 기본권의 침해가능성’이 인정될 수 없는 것이다. 다만 법령이 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우 또는 법령의 직접적인 위임에 따라 수입행정기관이 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 범위 내에서 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정하는 경우 등에 있어서는 행정규칙은 상위 법령과 결합하여 법규로서의 성질과 효력을 가지는 것이므로 직접적으로 대외적 구속력을 갖는다.

그런데 행정규칙이 재량권 행사의 준칙으로서 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행으로 성립된다면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되므로, 이러한 경우에는 그 규칙은 대외적 구속력이 있어 공권력행사가 인정된다고 본 우리 재판소의 선례가 있다(헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49, 판례집 17-1, 754, 761). 그러나 이때의 대외적 구속력을 가진다는 의미는 행정규칙 그 자체의 성질이 법규명령 등으로 전환되어 직접 대외적 구속력을 갖게 된다는 의미가 아니라 행정규칙이 국민에 대하여는 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙 등을 매개로 하여 간접적, 그리고 사실적으로 규범력을 가지게 된다는 의미로 받아들여야 할 것이다.

이러한 경우에 다수의견과 같이 자기구속의 법리에 의한 대외적 구속력을 인정하게 된다면, 결국 반복 적용되는 모든 행정규칙은 법적 구속력을 가지게 된다는 결론에 이를 수밖에 없게 될 것인바, 이러한 결론은 법규명령과 행정규칙의 구별에 관한 종래의 통설 및 행정규칙의 효력에 관한 종래의 법

원 판례와도 충돌하게 되어 커다란 혼란을 야기하게 될 것이다. 이러한 점에서 행정규칙에 대한 자기구속의 법리가 연방행정법원의 판례에 의하여 받아들여지고 있는 독일에서조차 연방헌법재판소는 위 법리에 기한 행정규칙의 대외적 구속력을 이유로 헌법소원의 대상성을 인정할 적이 전혀 없다는 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

(2) 이 사건 노동부 예규의 직접적인 수범자는 어디까지나 행정기관인 지방노동관서의 장이므로, 지방노동관서의 장이 행정관행에 기하여 그 상대방인 사업주에 대한 관계에서 위 예규에 따라야 할 자기구속을 당하게 된다고 하더라도 곧 그것이 위 예규 자체가 대외적 구속력이 있는 규범으로서 산업연수생의 권리관계를 직접 변동시키거나 그 법적 지위에 영향을 주게 되는 것을 의미하는 것은 아니다.

따라서 다수의견이 이 사건 예규에 대하여 자기구속의 법리만에 의하여 별다른 이론적 근거도 없이 대외적 구속력을 인정하고, 이에 따라 ‘공권력의 행사로 인한 기본권의 침해가능성’ 즉, 헌법소원의 대상성을 인정하는 논리는 적절하지 않은 것으로 보인다.

나. 규범해석규칙과 자기구속의 법리

본래 행정청에게는 법해석에 있어 고유한 판단권한이 인정될 수 없는 것이므로 법규의 해석이나 적용방향을 확정하기 위하여 발하는 이른바 규범해석적 행정규칙의 경우에는 재량권 행사의 준칙인 행정규칙의 경우와는 달리 자기구속의 법리가 적용될 여지가 없는 것이다. 그런데 산업연수생에 대하여는 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것처럼 규정된 이 사건 노동부 예규 제8조 제1항은 재량권의 행사에 관한 것이 아니라 근로기준법 등 법률의 해석 내지 그 적용범위에 관한 것이어서(다수의견도 ‘이 사건 노동부 예규는 근로의 권리를 어느 범위까지 보호할 것인가에 관한 것’이라고 하면서, ‘위 예규는 외국인 산업연수생에 대하여 근로기준법의 일부 조항을 적용하지 않는다는 것’이라고 하고 있다.), 이에 대해서는 자기구속의 법리에 의한 대외적 구속력이 인정될 여지가 없다.

그러므로 위 예규가 법령의 근거도 없이 임의로 산업연수생에 대하여 근로기준법의 적용범위를 제한한들 이는 아무런 법적 효력이 없는 것이다. 특

히, 대법원도 “외국인연수생의 보호 및 관리에 관한 지침(노동부예규) 제3조, 제8조는 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 국민을 기속하는 효력은 없는 것이라고 판시한 바 있고, 산업연수생도 임금을 목적으로 근로를 제공하는 경우에는 근로기준법상의 근로자에 해당하며, 산업연수생에 대하여도 국내의 근로자들과 마찬가지로 근로기준법상의 퇴직금 지급에 관한 규정이나 최저임금법상의 최저임금의 보장에 관한 규정이 그대로 적용된다고 판시하고 있는바, 이에 따르면 외국인 산업연수생이 임금을 목적으로 근로를 제공하는 경우에는 근로기준법이 대한민국 국민에게 적용되는 것과 동일하게 그대로 적용된다고 할 것이다. 그렇다면 산업연수생의 보호에 관하여 규정한 위 예규 제8조 제1항 각호에 규정된 사항은 그 사항에 대해서만 산업연수생이 ‘한정적’으로 보호를 받는다는 취지가 아니라 오히려 보호받는 범위를 예시적으로 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.

그럼에도 불구하고 다수의견이, 국민에 대한 관계에서 고유한 법해석권이 없는 행정청이 법규의 해석이나 그 적용범위에 관하여 임의로 정한 이 사건 예규의 내용대로 산업연수생에게는 근로기준법의 일부규정만이 적용된다고 전제하고 있는 점도 납득하기 어렵다.

다. 법치주의와의 관계

다수의견의 논리대로 모든 행정규칙이 반복 적용되면 자기구속성이 생기고, 그로써 대외적 구속력까지 가지게 된다고 한다면, 행정청은 행정규칙의 형식으로 국민의 자유와 권리를 쉽게 제한할 수 있는 결과가 될 것이다. 특히 이 사건 노동부 예규는 법률의 위임이 없음에도 불구하고 근로기준법 등 법률의 적용범위를 한정하고 있는데, 이러한 내용의 행정규칙이 버젓이 대외적 구속력이 있는 규범으로 인정되어 산업연수생 등에 대하여 법적 효력을 가지게 되고 또 법원이 이를 재판규범으로 삼아야 한다고 한다면, 그로써 법치주의의 기초가 크게 흔들릴 위험성이 있다는 점도 지적하지 않을 수 없다.

라. 결론

결국, 이 사건 노동부 예규는 이를 공권력의 행사로 인하여 국민의 기본

권침해 가능성이 있는 경우라고 볼 수 없다고 할 것이고, 따라서 위 예규에 대한 이 사건 심판청구는 부적법하므로 각하결정을 하여야 할 것이다.

4. 결정의 의미

이 결정은 헌법상으로 명문의 규정이 없는 외국인 근로자의 기본권(근로의 권리) 주체성을 인정하였다는 점에 그 헌법적 의의가 있다.

특히 외국인은 사회적 기본권의 주체가 될 수 없기 때문에 외국인 산업연수생은 사회적 기본권의 범주에 속하는 근로의 권리의 주체도 될 수 없다는 형식적인 논리를 취하기보다는, 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라 외국인의 기본권 주체성 여부를 달리 판단할 필요가 있다고 전제하고, 근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하는 수준이 될 것을 요구하고 있는 헌법 제32조 제3항의 한도 내에서는 외국인 근로자라 해서 내국인 근로자와 달리 취급되어야 할 이유가 없으므로 그 기본권(근로의 권리) 주체성을 인정하여야 한다고 판단한 것이다.

나아가, 현행 법률(근로기준법)상으로는 외국인 근로자도 내국인 근로자와 마찬가지로 근로자성을 인정받고 있지만, 근로 현장에서는 법률보다 더 실질적인 힘을 발휘해 온 이 사건 노동부예규로 인해 근로조건에 있어 내국인 근로자 및 산업연수생이 아닌 외국인 근로자와 다른 불평등한 대우를 받아 오던 외국인 산업연수생들에게 있어 이 사건 노동부예규가 공권력의 행사에 해당하며 외국인 산업연수생들을 합리적 이유 없이 차별하는 것임을 확인한 결정이다.

구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제18조 제5항 위헌소원

- 비디오물에 대한 사전등급분류와 사전검열금지 -
(헌재 2007. 10. 4. 2004헌바36, 판례집 19-2, 362)

지 성 수*

【판시사항】

- 가. 헌법 제21조 제2항의 사전검열의 요건
- 나. 등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하는 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전부 개정되기 전의 것) 제18조 제5항 중 등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통금지 부분에서 등급분류 부분을 제외한 부분이 사전검열에 해당하는지 여부(소극)
- 다. 이 사건 규정이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판대상은 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’이라 한다) 제18조 제5항 중 ‘등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통금지 부분에서 등급보류 부분을 제외한 부분’으로서 그 내용은 다음과 같다.

제18조(등급분류) ⑤ 누구든지 제1항의 규정에 의하여 등급분류를 받지

아니하거나 등급분류를 받은 비디오물 또는 게임물과 다른 내용의 비디오물 또는 게임물을 제작·유통·시청제공 또는 오락제공하여서는 아니되며, 제2항 제3호에 해당하는 비디오물 및 게임물은 연소자에게 유통·시청제공 또는 오락제공을 하여서는 아니 된다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

청구인은 1999. 12. 초부터 2000. 11. 22. 경까지 사이에 영상물등급위원회의 수입 추천을 받지 아니하고 외국 영화 DVD를 수입하여 등급분류를 받지 않은 상태에서 인터넷을 통해 2,500점의 DVD 합계 1천만원 상당을 유통시켰다. 이에 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 위반으로 대구지방법원에 공소제기되어 500만원의 벌금형을 선고받고(2000고단8228) 같은 법원에 항소하여 기각되자(2001노167) 대법원에 상고하여 소송계속 중(2001도3495), 영상물등급위원회의 수입추천제도를 규정하고 있는 ‘구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’ 제16조 제1항 등에 대하여 위헌제청신청을 하였고(2001초472), 대법원은 동법 제16조 제1항 본문 중 외국비디오물에 관한 부분, 제29조 제1항 제4호 중 제16조 제1항의 외국비디오물의 수입부분, 제30조 제5호 중 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물의 유통 또는 보관한 자 부분에 대해서는 위헌제청신청을 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였으나¹⁾, 등급분류를 받지 않은 비디오물의 유통 등을 금지하고 있는

1) 이 사건은 2004헌가8 사건으로 접수되었고, 헌법재판소는 2005. 2. 3. 위헌결정을 선고하였다.

심판대상 조항은 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조 제1항 본문 중 외국비디오물에 관한 부분, 제29조 제1항 제4호 중 제16조 제1항의 외국비디오물의 수입부분, 제30조 제5호 중 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물의 유통 또는 보관한 자 부분이다.

제16조(음반·비디오물 또는 게임물의 수입) ① 외국에서 제작된 음반(음반의 원판을 포함한다. 이하 “외국음반”이라 한다)·비디오물(비디오물의 원판을 포함한다. 이하 “외국비디오물”이라 한다) 또는 게임물(게임물의 원판을 포함한다. 이하 “외국게임물”이라 한다)을 수입하고자 하는 자는 공연법 제17조의 규정에 의한 영상물등급위원회(이하 “영상물등급위원회”라 한다)의 추천을 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제29조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이

동법 제18조 제5항에 대한 위헌심판제청신청은 이를 기각하였다. 청구인은 제청신청이 기각된 위 법률조항에 대해 2004. 5. 15. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구이유와 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구이유

이 사건 규정에 의한 비디오물의 등급분류는 실질상 행정기관의 지위에 있는 영상물등급위원회가 사전에 그 내용을 제출받아 심사하는 것으로, 등급분류를 받지 않은 비디오물을 유통시킬 경우 벌금 또는 징역형으로까지 처벌할 수 있는 강제적 수단을 갖추고 있다는 점에서 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당한다고 할 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

비디오물은 영화나 음반에 비하여 비공연성, 높은 유통성, 복제용이성 및 접근용이성 등의 특성이 있고, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 이를 효율적으로 규제할 방법이 없다는 점에서 그 유통 전 단계에서 효과적으로 관리할 수 있는 수단이 필요하다. 더욱이 국민의 문화생활 및 정서생활에 미치는 악영향을 방지하고, 청소년들이 선정적이고 폭력적인 비디오물에 접근하는 것을 미리 막기 위해서는 사전에 비디오물에 등급을 부여하여 이용연령을 제한할 필요가 있다. 이에 이 사건 규정은 사전에 등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하고 있는 것이므로 이것은 입법자의 합리적인

하의 벌금에 처한다.

4. 제16조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 추천을 받지 아니하고 외국음반·외국비디오물 또는 외국게임물을 수입 또는 제작한 자
제30조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.
5. 제24조 제3항 각 호의 규정에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 유통·시청제공 또는 오락제공 등을 하거나 유통·시청제공 또는 오락제공 등의 목적으로 진열 또는 보관한 자
제24조(폐쇄 및 수거조치등) ③ 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 1에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 발견한 때에는 관계 공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.
2. 제16조 또는 제17조의 규정에 의한 추천을 받지 아니하고 수입·제작 또는 반입된 음반·비디오물 또는 게임물

입법재량의 범위 내라고 할 것이고, 그렇다면 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

다. 문화관광부장관(현 문화체육관광부장관)의 의견

이 사건 법률에 의하면 영상물등급위원회는 그 위원을 대통령이 위촉하고, 비디오물에 대해 사전 제출 의무를 부과하고 있으며, 이를 위반하는 경우 형벌부과라는 강제수단을 동원하고 있으나, 영상물등급위원회는 각 전문분야별 순수 민간인으로 구성된 기관 등에서 선정한 사람을 대한민국예술원회장이 추천하여 대통령이 위촉하도록 하고 있는바, 영상물등급위원회는 자율성이 보장된 순수 민간기관에 해당한다고 할 것이므로 비디오물에 대한 영상물등급위원회에서의 사전 등급분류는 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당한다고 할 수 없다.

라. 대구지방검찰청검사의 의견

헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 전에 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 금지하는 것으로서 사전검열에 해당되기 위해서는 표현물에 사전제출의무를 부과하고, 행정권이 주체가 되어 사전심사를 하며, 사전심사를 받지 아니한 표현물의 배포 등에 대해 강제수단을 동원하여야 하는바, 비디오물 등급분류제도는 위와 같은 경우에 해당된다고 할 수 없으므로 사전검열에 해당한다고 볼 수 없다.

【결정요지】

가. 사전검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것으로, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당한다.

나. 비디오물 등급분류는 의사 표현물의 공개 내지 유통을 허가할 것인가

말 것인가를 영상물등급위원회가 사전적으로 결정하는 절차가 아니라 그 발표나 유통으로 인한 실정법 위반 사태를 미연에 방지하고, 비디오물 유통으로 인해 청소년이 받게 될 악영향을 미리 차단하고자 공개나 유통에 앞서 이용 연령을 분류하는 절차에 불과하다.

비디오물의 경우 청소년들이 이용할 수 없는 등급을 부여받게 되면 등급 부여 당시의 시점에서는 이용 연령 제한으로 인해 그 연령에 해당하는 자들에게는 그에 대한 접근이 차단되지만, 시간이 경과하여 이용 가능한 연령이 되면, 이에 대한 접근이나 이용이 자유로워진다. 이러한 점에서 등급분류는 표현물의 공개나 유통 자체를 사전적으로 금지하여 시간이 경과하여도 이에 대한 접근이나 이용을 불가능하게 하는 사전검열과 다르다. 그러므로 이 사건 규정이 등급심사를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하고 있더라도 이것은 사전검열에 해당하지 않는다.

다. 비디오물 등급분류제도는 등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하여 비디오물의 등급분류제도를 정착시킴으로써 청소년들의 건전한 성장을 도모하기 위한 것으로 비디오물은 그 속성상 일단 보급된 뒤에는 효율적으로 이를 규제할 방법이 없다고 할 것이므로 불법 비디오물이 청소년들에게 미치는 악영향을 차단하기 위해서는 비디오물이 유통에 이르기 전에 사전적으로 이를 규율하는 수밖에 없다. 한편, 등급분류를 받지 않고 지나치게 선정적이거나 폭력적인 비디오물이 유통됨으로써 청소년들이 입게 되는 악영향에 비추어 보면, 비디오물 유통업자들이 입게 되는 불이익은 수용할 수 없을 정도의 과도한 제한이라고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 규정은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

【해 설】

1. 비디오물 사전 심의제도에 대한 위헌결정과²⁾ 등급분류제도의 도입

2) 영화, 음반, 비디오물, 게임물에 관한 규율의 변천
 우선 영화는 법률 1962. 1. 20. 제995호로 제정된 ‘영화법’에 의해서 규율되었고, 1995. 12. 30. 법률 제5129호로 ‘영화진흥법’이 제정되면서부터는 여기에서 규율하였으며, 다시 2006. 4. 28. 제정법률 제7943호로 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’이 제정되어 여기에서 규율되기에 이르렀다.
 한편 음반은 1967. 3. 30. 법률 제1944호로 제정된 ‘음반에 관한 법률’에서 규율하였고 1991 .3. 8. 법률 제4351호로 ‘음반 및 비디오물에 관한 법률’이 제정되자 비디오

비디오물에 대한 심의 제도는 1991. 3. 8. 법률 제4351호로 ‘음반 및 비디오물에 관한 법률’(이하, ‘음비법’이라 한다)이 제정된 당시부터 도입되었다. 이 당시 음비법은 제16조 제1항에서 판매·배포·대여 등의 목적으로 음반 또는 비디오물을 제작하거나 제13조 제1항의 규정에 의한 수입·반입 또는 복제허가를 받고자 하는 자는 당해 음반 또는 비디오물의 내용에 관하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 미리 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다고 규정하고, 제2항 전단에서 ‘누구든지 제1항의 규정에 의하여 심의를 받지 아니한 음반 또는 비디오물을 판매·배포 또는 대여하거나 판매·배포 또는 대여할 목적으로 진열 또는 보관하거나 불특정다수인이 출입하는 장소에서 상영(음의 재생을 포함한다)하여서는 아니되며’라고 규정하여 공연윤리위원회에 의한 사전심의제도를 택하고 있었다. 그러나 위 제1항 중 비디오물의 복제에 관한 부분, 제16조 제2항 전단부분 중 비디오물의 대여·보관·상영에 관한 부분 등은 2000. 2. 24. 99헌가17 사건에서 헌법재판소로부터 위헌 결정을 받았다.

한편, 전부 개정된 1995. 12. 6. 법률 제5016호 음비법 제17조도 제정당시의 음비법 제16조와 비슷한 내용을 규정하고 있었는데, 제17조 제1항 본문에서는 ‘판매·배포·대여·시청제공 등의 목적으로 비디오물을 제작하거나 수입 또는 반입추천을 받고자 하는 자는 당해 비디오물의 내용에 관하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 미리 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다’고 규정하고 있었고, 제3항 전단에서는 ‘누구든지 제1항의 규정에 의하여 심의를 받지 아니하거나 심의결과와 다른 내용의 비디오물을 판매·배포·대여

와 함께 이것에 의해 규율되었고, 1999. 2. 8. 법률 제5925호로 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’이 제정되자 비디오물, 게임물과 함께 여기에서 규율되었고, 2006. 4. 28. 법률 제7942호로 ‘음악산업진흥에 관한 법률’이 제정되면서부터는 비디오물, 게임물과 분리되어 독자적으로 이 법에 의해 규율되고 있다.

비디오물은 1991. 3. 8. 법률 제4351호로 ‘음반 및 비디오물에 관한 법률’이 제정되어 여기에서 처음 규율되기 시작하였고, 1999. 2. 8. 법률 제5925호로 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’이 제정되자 비디오물, 게임물과 함께 여기에서 규율되었고, 2006. 4. 28. 제정법률 제7943호로 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’이 제정되자 영화와 함께 여기에서 규율되고 있다.

게임물은 다른 창작물에 비하여 뒤늦게 규율을 받기 시작하였는데, 1999. 2. 8. 법률 제5925호로 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’이 제정되자 음반, 비디오물과 함께 여기에서 처음 규율되기 시작하였고, 2006. 4. 28. 법률 제7941호로 ‘게임산업진흥에 관한 법률’이 제정되자 이 때부터는 음반, 비디오물과 분리되어 여기에서 규율되고 있다.

또는 시청제공하거나 판매·배포·대여 또는 시청제공할 목적으로 진열 또는 보관하거나 불특정다수인이 출입하는 장소에서 상영하여서는 아니되며'라고 규정하여 역시 공연윤리위원회에 의한 사전심의제도를 택하고 있었다. 위 규정들도 1998. 12. 24. 96헌가23 사건에서 헌법재판소로부터 위헌결정을 선고받았다.

1997. 4. 10. 법률 제5322호로 개정된 음비법은 17조 제1항 본문에서 비디오물의 사전심의 주체를 한국공연예술진흥협의회로 규정하고 있었고, 제3항 전단에서 심의를 받지 않은 불법 비디오물의 판매 등을 금지하고 있었으나 1999. 9. 16. 99헌가1 사건에서 헌법재판소로부터 위 제17조 제1항, 제3항 전단 부분 등은 위헌 결정을 선고받았다.³⁾

위에서 살펴본 바와 같이 음비법 당시만 해도 공연윤리위원회와 한국공연예술진흥협의회의 심의를 거쳐야 비디오물에 대한 제작 등을 할 수 있었으나, 헌법재판소가 공연윤리위원회나 한국공연예술진흥협의회의 사전심의가 헌법에서 금지하는 사전검열에 해당한다고 위헌 결정을 내리자 위 음비법은 폐지되기에 이르렀고, '음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률'(이하 '음비게임법'이라 한다)이 법률 제5925호 1999. 2. 8. 자로 제정되었다. 이 때 처음 비디오물에 대한 사전등급분류제도가 도입되었다. 위 법 제18조 제1항은 비디오물 등의 내용에 대해서는 영상물등급위원회에 등급분류를 받아야 함을 원칙으로 규정하고 있었고, 제2항에서 그 등급을, 1. 전체이용가(연령에 제한 없이 누구나 이용할 수 있는 비디오물 및 게임물), 2. 12세이용가(12세미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물), 3. 18세이용가(18세미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물)로 나누었으며, 제5항은 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받았으나 그것과 다른 내용의 비디오물 등을 제작·유통·시청제공 또는 오락제공 하는 것을 금지하였다. 위 제2항의 등급분류는 2000. 1. 21 법률 제6186호로 개정되어 제2의2호에서 15세 이용가(15세미만의 자가 이용할 수 없는 비디오물 및 게임물) 등급을 신설하였다. 한편 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전부 개정된 음비게임법은 제20조 제2항에서 등급분류제도를 규정하였는데, 비디오물과 게임물을 분리하여 제1호는 비디오물,

3) 비디오물 사전 심의와 관련해서는 1995년 법이 가장 먼저 헌법재판소로부터 위헌 결정을 선고받았고, 그 다음이 1997년 법, 마지막으로 1991년 법이었다.

제2호는 게임물의 등급을 규정하였으며, 비디오물의 경우 이전과는 달리 15세 관람가 등급을 추가하였다⁴⁾.

한편, 2004. 1. 29. 법률 제7131호로 일부 개정된 음비게법에서는 등급분류의 내용에는 변함이 없이 제18조 제2항에서 규정하던 것을 제3항으로 옮겨 규정하였다.

이후 2006. 4. 28. 법률 제7943호로 ‘영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률’(이하 ‘영비법’이라 한다)이 제정되어 비디오물은 이제 영화와 함께 규율하게 되었는데, 위 법 제50조 제1항은 비디오물의 제작 등을 하는 자는 당해 비디오물을 공급하기 전에 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회로부터 등급분류를 받아야 한다는 등급분류제도를 규정하고 있고, 그 구체적인 등급의 분류는 제3항에서 하고 있으나 전체적인 내용은 이전의 것과 거의 변함이 없고, 다만, 18세 이상 관람가 등급 대신 청소년관람불가 등급을 두고 있다.

한편, 위와 같은 비디오물의 사전심의 또는 등급분류와 관련하여 심의를 받지 않거나 등급분류를 받지 않은 불법비디오물의 유통 등에 대해서는 일관되게 형사처벌을 해 오고 있으며, 음비법⁵⁾상의 사전심의제도 당시에는 3년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금형을, 음비게법⁶⁾과 영비법상⁷⁾의 등급분류 제도하에서는 2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금형을 규정하고 있다. 위 형사처벌과는 별도로 과태료 5천만원이하 규정도 두고 있다(법률 제5925호, 음비게법 제33조 제1항 제1호, 법률 제6473호, 제53조 제1항 제1호).

2. 외국의 비디오물 등급분류제도⁸⁾

4) 1. 비디오물의 등급

- 가. 전체관람가 : 누구나 관람할 수 있는 것
- 나. 12세관람가 : 12세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 다. 15세관람가 : 15세 미만의 사람은 관람할 수 없는 것
- 라. 18세관람가 : 청소년은 관람할 수 없는 것.

5) 음비법 제24조 제1항 제4호, 음비법 제25조 제1항 제3호

6) 음비게법 제30조 제5호(법률 제5925호), 음비게법 제50조 제7호(법률 제6473호), 음비게법 제50조 1의2호(법률 제7131호)

7) 영비법 제95조 제6호

8) 한위수, 영화등급제와 표현의 자유(특히 제한상영가 등급과 관련하여), 카톨릭 법

가. 독일

독일에서는 영화나 비디오물에 대한 검열은 금지되고 자율심사협회에 의한 자율적 등급심사가 이루어지고 있다. 누구든지 자유로이 영화나 비디오를 제작할 수 있고 제작과 상영에 검열은 허용되지 않는다. 영화나 비디오에 대한 국가적 차원에서의 간섭은 철저히 배제되고 관련 협회가 자율적으로 심사협회를 조직하여 등급을 부여한다. 자율심사협회에 의하여 부여된 등급은 국가에 의해 반포된 법률은 아니지만 연방 내의 각 주(州)에서 그 효력이 인정된다는 데에 특색이 있다. 자율심사협회(Freiwillige Selbstkontrolle, FSK)는 1948년 영화사업자들이 자율적으로 조직한 영화산업최고단체의 하부기관이며, 신청에 의하여 영상물을 심사하여 등급을 부여한다. 위원들은 관련업체의 대표, 언론인, 교사, 심리학자, 학생, 사회사업가, 주부, 판사, 검사 등 다양한 사회적 계층과 직업을 가진 150인 이상으로 구성되고 무보수 명예직이다. 현재 자율심사협회의 등급은 ① 전체 관람가(흰색), ② 6세 이상 관람가(노란색), ③ 12세 이상 관람가(초록색), ④ 16세 이상 관람가(청색), ⑤ 청소년 관람금지(적색)의 다섯 가지로 분류된다.

나. 일본

일본에서는 비디오물의 내용을 규제하기 위한 등급제를 정부차원에서 추진하거나 운영하고 있지 않다. 다만 민간부문에서 자율규제의 일환으로서 영화윤리규정관리위원회에서의 등급제가 운영되고 있다. 즉, 영화윤리규정관리위원회는 영화제작, 수입 후 공개 전 단계에서 영화윤리규정에 기하여 심사한 후 그 결과에 따라 등급을 부여하고 있다. 그 대상은 극장영화뿐만 아니라 극장영화가 비디오화된 것도 포함한다. 영화윤리규정에 따른 등급은 전 연령 관람가, 12세 미만 불가, 15세 미만 불가, 18세 미만 불가의 4등급이다.

다. 미국

미국의 경우 비디오물 제작자들이 모여 결성한 독립비디오제작자협회(Independent Video Programmers Association)에서 비디오물에 대한 등급심

학, 카톨릭대학교, 2003년(1호) 참조

사를 하지만, 독립비디오제작자협회 자체는 완전히 순수한 민간기구이며, 이 기구로부터 등급심사를 받도록 강제하는 법령도 없으므로, 모든 비디오물이 등급심사를 받는 것은 아니다. 주에 따라서는 아동의 음란물에 대한 접근을 방지하기 위하여 미국영화협회의 등급체계와 유사한 등급심사를 입법화하고 있는 경우도 있다.

라. 영국

1912년 영화업자들은 지방자치단체마다 상이한 검열취급을 조정하기 위하여 ‘영국영화등급위원회’(British Board of Film Classification, BBFC)를 창설하였는데, 동 위원회는 법적 근거는 없지만 현재까지 활발하게 활동해 오고 있다. 대부분의 지방자치단체는 이 위원회에 검열권을 위임하고 있기 때문에 지방자치단체 간에 상이하게 취급되는 예는 드물다. 위임한 경우에도 최종결정권은 형식상 지방자치단체에 있다.

1923년 정부는 이 제도를 법적으로 승인하여 위 위원회의 등급심사필증이 없는 영화는 상영할 수 없도록 하였다. 1984년 비디오법이 제정되어 영국영화등급위원회는 비디오필름에 대해서도 심사권을 갖게 되었는데, 1985년 제정된 법률은 모든 비디오카세트에 등급 표시의 의무를 부과하였다. BBFC는 등급분류수수료로만 운영되는 독립적, 비정부, 비영리 기구로서, 등급분류가이드라인을 설정해두고 있다.

등급은 U(Universal, 전체관람가 영화)/Uc(전체관람가 비디오), PG(Parental Guidance, 부모지도요망), 12(12세미만불가 비디오)/12A(12세미만불가 영화), 15(15세미만불가 영화 및 비디오), 18(18세미만불가 영화 및 비디오), R18(18세 이상의 성년에 대하여 허가받은 섹스숍에서만 제공)로 나뉘어지며, R18등급이 상영될 수 있는 섹스숍은 현재 영국에 약 90개소가 있다고 한다.

마. 소결

위에서 살펴본 바와 같이 대부분의 국가에서는 영화는 물론 비디오물에 대해서도 등급분류를 실시하고 있다. 다만 등급분류를 담당하고 있는 기구는 순수한 민간 기구인 경우와 국가나 지방자치단체가 개입되어 있는 기구

로 나뉘는데, 독일, 미국, 일본 등은 순수한 민간기구에서 자율적인 등급분류 심사를 하고 있으며, 영국의 경우는 지방자치단체가 등급분류에 관여한다. 우리나라에서 비디오물의 등급분류를 담당하고 있는 영상물등급위원회는 순수한 민간기구가 아닌 행정주체의 성격을 가지고 있다는 것을 헌법재판소가 수차례의 결정을 통해 확인한 바 있다.

3. 이 사건 규정의 위헌 여부

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제18조 제5항 중 ‘등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통 금지 부분에서 등급보류 부분을 제외한 부분’이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다. 아래에서는 이 사건 결정에 대해 살펴본다.

가. 이 사건의 쟁점

이 사건에서의 쟁점은 우선 비디오물에 대한 사전 등급분류가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는가 여부이다. 이 사건 규정은 비디오물의 경우 사전에 영상물등급위원회로부터 등급분류를 받지 않으면 그 유통을 금지하고 있는바, 이것이 과연 표현물에 대한 행정관청의 사전검열로서의 요건을 갖추고 있는지가 문제이다. 한편, 비디오물의 등급분류가 사전검열에 해당하지 않는다고 하더라도 위헌의 문제가 완전히 제거되는 것은 아니며, 과잉금지 원칙에 위반되는지 여부를 검토하여야 한다. 등급분류 제도 자체가 지나치게 표현의 자유를 침해한다면, 그 경우에도 위헌을 면하지 못할 것이기 때문이다. 이하에서는 이들 쟁점에 대해 헌법재판소가 어떻게 판단하고 있는지를 본다.

나. 비디오물과 언론·출판의 자유

헌법재판소는 이 사건 논의의 전제로서 우선 비디오물에 대해서도 언론·출판의 자유가 인정되는지를 살펴보았다. 그런데 헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 헌법재판소는 이 사건 이전의 결정들에서 이미, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속하고, 따라서 의사표현의 매개체를 의사표

현을 위한 수단이라고 전제할 때, 이러한 의사표현의 매개체는 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유의 보호대상이 된다고 보았다. 그러면서 한편, 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하고, 그 제한이 없는데, 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·소설·시가·도화·사진·조각·서화 등은 물론(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284), 비디오물도 의사형성적 작용을 하는 한, 의사표현 또는 의사전파 형식의 하나임을 인정한 바 있다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284 ; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 401 ; 헌재 2005. 2. 3., 2004헌가8).

헌법재판소는 이 사건에서 이전의 선례들을 그대로 받아들여 비디오물도 헌법 제21조 제1항에 의한 보호의 대상이 된다고 보았다.

다. 이 사건 규정의 비디오물 유통 금지가 사전검열에 해당하는지 여부

(1) 헌법 제21조 제2항의 검열의 의미 및 요건

헌법재판소는 헌법 제21조 제2항의 언론·출판에 대한 허가나 검열 금지와 관련하여, 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능하며 절대적으로 금지된다고 보고 있다. 언론·출판에 대하여 사전검열이 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법은 이를 절대적으로 금지하고 있다는 것이다. 그러나 한편, 사전검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것은 아니고, 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것으로, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의

요건을 갖춘 경우에만 이에 해당한다고 하였다.

위와 같은 사전검열의 요건에 관한 판단은 사전검열이 문제되었던 이전의 사건들에서 여러 차례 이루어진 바 있으며, 이 사건에서도 사전검열의 요건과 관련해서는 예전의 판단을 그대로 받아들이고 있다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 223; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402-403 ; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 제13권 2집, 134, 147-149; 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8, 판례집 제17권 1집, 51, 59 등 참조)⁹⁾.

(2) 비디오물의 등급분류와 사전검열 여부

비디오물의 등급분류란 비디오물의 내용에 따라 시청이 가능한 연령을 정하고 그 연령에 해당하는 자에게만 유통이 되도록 사전에 비디오물의 등급을 정하는 제도를 말한다. 이 사건 음비게법은, 비디오물을 유통 등의 목적으로 수입 추천을 받고자 하는 자는 미리 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회의 등급분류¹⁰⁾를 받아야 하고, 등급분류를 받지 아니한 비

-
- 9) 헌법재판소가 1996. 10. 4. 선고한 93헌가13등 영화법 제12조 등에 대한 위헌제청 사건에서 사전검열의 요건으로 제시한, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단의 존재 등 4가지 요소는 그 후 검열이 문제된 일련의 사건에서도 그대로 유지되고 있다.
- 10) 헌법재판소는 이 사건 비디오물 등급분류제도의 사전검열 여부가 문제되기 전까지는 등급분류제도 자체를 정면으로 다투어 이것이 사전검열에 해당하는지 여부를 판단한 사실은 없다. 다만 음반과 영화의 사전심사가 사전 검열인지 여부가 문제된 사건에서 방론으로 이에 대한 의견을 밝힌 바 있다. 먼저 음반 사건에서는, 음반은 음을 표현수단으로 하는 매체로서 일단 음반이 소비자에게 보급되고 난 이후에는 이를 효율적으로 규제할 방법이 없고, 특히 감수성이 예민한 청소년이 폐쇄적인 음반에 접근하는 것을 미리 막아야 할 필요성이 있는바, 청소년 등에게 부적절한 내용의 음반에 대하여는 청소년에게 판매할 수 없도록 미리 등급을 심사하는 이른바 등급심사제도는 사전검열에 해당하지 아니한다고 판시(헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 제8권 2집, 395, 403-404)하였다. 한편, 영화 사건에서는, 영화의 상영으로 인한 실정범위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13; 헌재 2001. 8. 30., 2000헌가9)라고 판시하였다. 위 음반사건이나 영화사건 당시에는 아직 등급분류제도가 본격적으로 도입되지 않은 상태였기 때문에 방론으로 실시한 위 판시가 등급분류제도에 관한 헌법재판소의 공식적인 입장이었다고 단정할 수 없다. 그리고 위 판시가 이 사건 음비게법과 같은 등급분류제도를 상정하고 한 결정이라고도 볼 수 없다. 그러나 이 사건 비디오물 등급분류제도가 사전검열에 해당하는지를 이 사건에서 정면으로 다투으므로써 등급분류 제도의 사전검열 여부를 확실히

디오물의 유통 등을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그런데 비디오물에 대해 유통 전에 영상물등급위원회로부터 등급을 부여받도록 하는 절차는 일응은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등을 사전에 심사하는 것으로 보이는 측면이 있는바, 이러한 절차를 밟지 않은 비디오물의 유통을 금지하는 것은 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당한다는 의심이 들 수 있다. 그런데 아래와 같은 이유를 들어 헌법재판소는 이 사건 규정의 비디오물 유통 금지가 사전검열¹¹⁾에 해당하지 않는다고 보았다.

아래의 판단은 헌법재판소가 이 사건에서 비디오물 등급분류가 헌법이 금지하는 사전검열 요건에 해당하는지를 차례로 판단한 내용이다.

먼저, 등급분류를 받지 않은 비디오물에 대한 유통금지과 관련하여 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무를 부여하고 있는지에 대해 헌법재판소는, 음비계법은 비디오물을 유통 등의 목적으로 수입 추천 등을 받고자 하는 자는 미리 당해 비디오물의 내용에 관하여 영상물등급위원회의 등급분류를 받도록 하고 있는바(제18조 제1항 본문), 등급분류를 받고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 바에 따라 등급분류신청서를 영상물등급위원회에 제출하여야 하고(시행령 제25조 제1항), 등급분류 신청을 할 때에는 신청서와 함께 작품 또는 내용설명서, 비디오물의 경우에는 견본, 도서에 부수된 비디오물의 경우에는 제작업자의 동의서 등(시행규칙 제13조 제1호, 제2호, 제5호)을 제출하도록 하고 있으므로 이는 비디오물의 등급분류와 관련하여 사전 제출의무를 부과하고 있는 것이라고 보았다.

한편, 이 사건 비디오물 등급분류기관인 영상물등급위원회가 행정주체에 해당하는지에 관해서는, 영상물등급위원회가 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 할 것인데, 비디오물에 대한 등급분류의 주체인 영상물등급위원회에 관하여 구 공연법(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것)은 그 위원을 대통령이 위촉하도록 하고

알 수 있게 되었다.

11) 그동안 헌법재판소가 사전검열에 해당한다고 판시한 결정들을 살펴보면, 심의의 주체가 행정기관의 성격을 띠는가와 표현물의 공개 여부가 이들 심의 기관의 심의 결과로 결정되는가가 핵심이었다. 헌법재판소는 각종 표현물의 심의 주체였던 공연윤리위원회, 한국공연예술진흥협의회, 영상물등급위원회 등에 모두 행정기관성을 인정하였고, 표현물의 공개 여부가 이들 기관에 의해 좌우되는 경우 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 보았다.

있고(제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(제18조 제2항), 위원회의 운영에 필요한 경비는 국고에서 보조받을 수 있도록 하고 있는바(제30조), 영상물등급위원회의 위와 같은 구성 방법이나 그 필요 경비의 조달 등을 살펴볼 때, 영상물등급위원회는 실질적으로 행정권주체에 해당한다고 하였다.

한편, 영상물등급위원회는 2001. 5. 24. 법 개정 시에 그 근거 규정이 구 공연법에서 음비계법으로 바뀌었고, 관련조항의 일부 내용이 변경된 바 있으며, 영비법에서는 그 위원수가 9인으로 줄어드는 등 약간의 변화가 있었는데, 이것과 관련해서는, 그렇다고 하더라도 이 사건 비디오물 등급분류의 주체인 영상물등급위원회는 구 공연법에 의거해 설치된 것으로서 2000헌가9, 2004헌가8 결정에서 헌법재판소가 행정기관성을 인정하였던 바로 그 영상물등급위원회와 동일하므로 이러한 영상물등급위원회가 비디오물의 내용에 관하여 사전에 등급분류를 하는 것은 행정권이 주체가 된 사전심사로 보인다고 하였다.

다음으로, 헌법재판소는 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재하는지 여부를 판단하고 있는데, 음비계법은 등급분류를 받지 않은 비디오물을 유통하는 등의 행위에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금(제30조 제5호)에 처하도록 하고 있고, 형사처벌과는 별도로 과태료 5천만원 이하에 처하도록 하고 있으므로(제33조 제1항 제1호) 이는 표현물에 대한 사전심사절차를 관철시키기 위한 강제수단을 동원하고 있는 것이라고 하였다.

그리고 마지막으로 등급분류를 받지 않은 비디오물의 유통금지가 허가받지 아니한 의사표현의 금지에 해당하는지를 판단하고 있다.

헌법재판소는 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하기 위해서는 행정주체에 의한 사전 심의가 문제된 표현물의 공개나 유통 그 자체를 좌우하는 것이어야 한다고 보고 있다(헌재 1996. 10. 4., 93헌가13, 판례집 제8권 2집, 212, 223 참조). 따라서 영상물등급위원회가 비디오물을 심사하여 그 내용을 공개해서는 안된다는 결론을 내리고, 그것에 입각하여 유통을 금지하며, 이를 위반할 경우 제재를 가하는 형태의 강제수단을 동원하고 있다면, 이는 명백히 헌법재판소가 그동안 금지하여 온 사전검열에 해당할 것이라고 하였다.

그렇지만 이 사건 비디오물 등급분류는 의사 표현물의 공개 내지 유통을 허가할 것인가 말 것인가를 사전적으로 결정하는 절차가 아니라 그 발표나 유통으로 인한 실정법 위반 사태를 미연에 방지하고, 비디오물 유통으로 인해 청소년이 받게 될 악영향을 미리 차단하고자 공개나 유통에 앞서 이용 연령을 분류하는 절차에 불과하므로 표현물의 유통이나 공개를 금지하는 사전검열과는 다르다고 보고 있다. 다만 등급분류를 행하게 되면, 모든 연령의 사람을 대상으로 하여 비디오물을 공개하거나 유통할 수는 없게 되어 등급분류로 인하여 일정한 연령층의 사람들에게 그 공개나 유통이 금지되는 현상이 발생할 수 있다는 것은 인정하고 있다. 그러나 우리 헌법 제21조에 의하여 보호를 받는 표현의 자유는 연령층에 관계없이 언제나 모든 사람을 대상으로 표현물이 공개되고 유통될 것을 요구하는 것은 아니라는 것을 전제한 후, 표현의 자유가 여러 가지 역사적인 이유와 그 수행하는 정치적, 사회적 역할 때문에 다른 기본권에 비해 헌법상 보다 강한 보호를 받는 것은 사실이지만, 아직 성장 단계에 있는 청소년들에게 유해한 영향을 미치는 표현물의 경우까지 표현의 자유라는 이름으로 무제한적인 공개나 유통이 허용될 수는 없다는 것을 단호하게 선언하고 있다. 표현물에 따라서는 그것이 청소년들에게 미칠 부정적인 영향을 고려하여 일정한 연령에 도달할 때까지 그 접근이나 이용을 잠시 보류할 수 있다는 것을 밝히고 있는 것이다. 한편, 헌법재판소는 이 사건에서 비디오물 등급분류의 경우 청소년들이 이용할 수 없는 등급을 부여받게 되면 당시의 시점에서는 이용 연령 제한으로 인해 그 연령에 해당하는 자들은 그에 대한 접근을 할 수 없지만, 그 공개나 유통 자체가 금지되는 것은 아니기 때문에 시간이 경과하여 이용 가능한 연령이 되면 그 접근이나 이용이 자유로워진다는 점을 사전검열 부정의 논거로 고려하고 있다. 바로 이러한 점이 등급분류가 표현물의 공개나 유통 자체를 사전적으로 금지하여 시간이 경과하여도 이에 대한 접근이나 이용을 불가능하게 하는 사전검열과는 다르다는 것이다.

이 사건 규정처럼 공개나 유통을 당연한 전제로 하여 등급분류를 행하는 이상, 비록 등급분류를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하고 이에 위반할 경우 형사적, 행정적 제재를 가하고 있더라도 이를 헌법이 금지하는 사전검열로 보아서는 안될 것이다. 여기서의 유통 금지는 심의의 결과가 아니고,

단지 일괄적인 등급심사를 관철하기 위한 조치에 지나지 않기 때문이다.

이상에서 본 바와 같이 헌법재판소는 이 사건 비디오물 등급분류가 표현물의 공개나 유통 그 자체의 당부를 결정하려는 절차가 아니라 공개나 유통을 전제로 하여 단지 청소년 보호를 목적으로 미리 등급을 부여하는 절차에 지나지 않으므로 사전검열에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

라. 이 사건 규정이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부

헌법재판소는 위에서 본 바와 같이 이 사건 비디오물 등급분류가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하지 않는다고 보았다. 그러나 헌법재판소는 사전검열에 해당하지 않는다는 이유만으로 등급분류를 받지 않은 비디오물의 유통금지가 헌법상 허용되는 것은 아니라고 하면서, 비디오물이 의사표현의 수단으로서 헌법 제21조 제1항의 보호를 받더라도 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙 심사를 통과하여야 비로소 위헌판단으로부터 자유로울 수 있다고 하였다. 아래의 내용은 헌법재판소가 이 사건 비디오물 등급분류제도가 과잉금지원칙을 위반하고 있는지를 판단한 내용이다. 다만 헌법재판소는 아래와 같이 소제목을 붙여 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하지 않고 제목 없이 해당 사항을 판단하고 있으나, 여기에서는 설명의 편의를 위해 해당 사항에 소제목을 붙여 내용을 설명하기로 한다.

(1) 목적의 정당성

헌법재판소는, 청소년은 신체적, 정신적으로 미숙하고 사물에 대한 변별력이나 의지력이 미약하며, 의사결정에 있어서 성인의 경우보다 외부의 영향을 받기 쉬우므로 이들이 사회 공동체 내에서 책임 있는 자유롭고 독립적인 선풍한 인격체로 성장하도록 하기 위해서는 이들의 건전한 성장을 저해할 우려가 있는 표현물이 아무런 제한 장치 없이 유통되는 것을 방지하여서는 아니 되는바, 성인보다 정신적, 신체적으로 미성숙하여 생활환경에 쉽게 지배당하는 경향이 있는 청소년들을 보호하고자 비디오물이 유통되기 전에 그 내용에 따라 이용 가능한 연령의 등급을 부여하고, 등급부여를 받지 않은 비디오물의 유통을 금지하는 것은 청소년들의 건전한 성장을 도모하고, 나아가 국민의 문화생활 및 정서생활에 이바지하도록 하기 위한 것으로서 그 입법

목적이 정당하다고 보았다.

(2) 수단의 적절성

한편, 헌법재판소는 비디오물은 시청각을 표현수단으로 하는 영상매체이므로 일단 유통되고 나면 그 자극이나 충격이 매우 강하게 직접적으로 전달되고, 특히 감수성이 예민하고 신체적 정신적으로 성장 과정에 있는 청소년들의 경우에는 폭력성이나 선정성에 대한 시시비비를 가림에 있어 아직 불완전하기 때문에 이러한 표현물에 노출되었을 때 성이나 폭력에 대해 왜곡된 의식을 갖게 될 수 있고, 비행을 유발하거나 조장할 우려까지도 있는바, 이 사건 규정이 비디오물이 유통에 이르기 전에 미리 등급을 부여받도록 하여 비디오물의 내용에 따라 이용 연령을 제한하고, 등급분류를 받지 않은 비디오물에 대해서는 그 유통을 금지함으로써 청소년들이 유해한 비디오물에 접근하는 것을 사전에 차단하는 것은 청소년 보호라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다고 보았다.

(3) 최소 침해성

문제는 비디오물에 대해 유통 전에 등급분류를 하고, 등급을 부여받지 않은 경우에는 그 유통을 금지하는 것이 비디오물을 통한 표현의 자유를 최소한으로 제한하는 불가피한 수단인가 하는 점이다. 이에 대해 헌법재판소는 비디오물은 영화나 음반에 비하여 비공연성, 높은 유통성, 복제용이성 및 접근용이성 등의 특성이 있고, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 사후적으로 이를 규제할 방법이 없다는 점에서 유통 전 단계에서 관리할 수밖에 없고, 설령 사후적으로 그 시청의 금지나 유해한 비디오물의 회수 또는 폐기와 같은 방법을 통해 관리가 가능하다고 하더라도 이미 유해 비디오물로 인해 청소년들이 입은 피해까지 회복시키는 것은 불가능에 가까우므로 청소년들이 유해 비디오물로 인해 받는 악영향을 최소화하기 위해서는 비디오물이 유통에 이르기 전에 이를 규율하는 수밖에 없다고 하였다.

한편, 비디오물의 유통 여부를 유통하려는 자 스스로의 자율적 판단에 맡기고 유통된 비디오물이 불법성을 띠는 경우에 비로소 사후적으로 규제하는 것이 표현의 자유를 가장 덜 침해하면서 동시에 이 사건 입법목적도 충분히

달성하는 방법이라는 주장에 대해서는, 비디오물의 유통을 자율에 맡길 경우에는 형사처벌이나 행정제재의 수단을 동원한다고 하더라도 불법적인 비디오물의 유통을 스스로 자제한다는 보장이 없고, 더욱이 형사처벌이나 과태료 지불을 각오하면서까지 청소년들에게 유해한 비디오물의 유통을 감행하는 경우 사후적인 제재만으로는 이 사건 규정을 통해 달성하려는 청소년 보호라는 입법목적은 달성할 수 없게 될 것이므로 이 사건 규정이 등급을 부여 받은 비디오물에 대해서만 유통을 허용하는 것은 그 입법목적 달성을 위한 최소한의 조치라고 하였다.

(4) 법익 균형성

한편, 이 사건 규정을 통해 보호하려는 공익과 이 사건 규정으로 인해 제한 당하는 사익 사이에 적절한 균형이 이루어지고 있는가와 관련하여 헌법재판소는, 비디오물 등급분류는 그 목적이 비디오물의 유통을 금지하고자 하는 것이 아니라 그 내용에 맞는 연령에 대해서만 유통을 하도록 하려는 것으로서 미성숙한 청소년들을 보호하려는 것인바, 비디오물에 대한 등급분류를 받으려면 그만큼 유통시점이 늦추어질 것이고, 18세 이용가 등급분류를 받게 되면 전체관람가 등급을 받은 경우에 비하여 유통에 있어 훨씬 많은 제약은 받게 될 것이지만, 등급분류를 받지 않고 지나치게 선정적이거나 폭력적인 비디오물이 유통됨으로써 청소년들이 입게 되는 악영향에 비추어 보면, 비디오물을 유통하는 자들이 유통시점이 늦추어 짐으로 인해, 또는 어떤 등급을 부여받느냐에 따라 이용 연령이 제한됨으로 인해 입게 되는 불이익은 수용할 수 없을 정도로 과도한 것이라고는 할 수 없다고 하였다. 헌법재판소는 이 사건 규정이 법익 균형성 요건도 충족하고 있다고 본 것이다.

(5) 소결

이상과 같은 이유를 들어 헌법재판소는 비디오물에 대해 그 유통 전에 등급분류를 받도록 하고, 등급을 부여받지 않은 경우 그 유통을 금지하는 것에 대해 목적의 정당성은 물론, 수단의 적합성이나 침해의 최소성, 법익 균형성 요건도 모두 갖추고 있으므로 헌법에 위반되지 않는다고 하였다.

4. 이 결정의 의의

헌법재판소는 이 사건 결정에서 비디오물에 대한 등급분류는 영상물등급 위원회가 표현물의 공개, 유통 여부를 사전적으로 결정하는 절차가 아니라 이용 연령을 분류하는 절차에 불과하므로 헌법상 금지되는 사전검열과는 다르다는 점을 분명히 하였다. 비디오물에 대한 등급분류는 해당 연령에게는 접근이나 이용이 자유롭게 허용된다는 점에서 표현물에 대한 공개나 유통이 그 누구에게도 불허되는 사전검열과는 다르다는 것을 밝힌 것이다.

한편, 헌법재판소는 이 사건에서 비디오물에 대한 등급분류의 여러 등급 중, 등급보류 부분은 심판대상에서 제외하여 비디오물 등급보류가 사전검열에 해당하는지, 나아가 과잉금지원칙에 해당하는지에 대해서는 판단하지 않았다. 다만 영화에 대한 등급보류에 대해서는 2000헌가9 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청 사건에서 사전검열에 해당한다고 하여 위헌결정을 한 바 있는데(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134), 위 위헌결정으로 인해 영화의 등급보류제도는 폐지되었고, 현재는 제한상영가 제도가 이를 대체하고 있다. 앞으로 비디오물 등급보류에 대해 헌법재판소가 어떠한 입장을 취할지 관심 있게 지켜볼 일이다.

도시 및 주거환경정비법 제84조 위헌확인 등

- 주택재건축조합의 임원 및 정비사업전문관리업자에 대한
공무원 의제-

(헌재 2007. 10. 25. 2006헌마30, 2007헌바12·14·38(병합),
판례집 19-2, 493)

김 현 영*

【판시사항】

1. ‘도시 및 주거환경정비법’(2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정되고, 공포 후 6개월 후 시행된 것, 이하 ‘도시정비법’이라 한다) 제84조 중 조합의 임원과 정비사업전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)를 형법 제129조 제1항의 적용에 있어서 공무원으로 보는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 형벌과 책임간의 비례성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항의 소급적용 여부(소극)

【심판대상】

도시정비법 제84조(벌칙적용에 있어서의 공무원 의제) 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 조합의 임원과 정비사업전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원을 말한다)·직원은 이를 공무원으로 본다.

* 헌법연구관보

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

가. 2006헌마30 사건

청구인은 주식회사 미래파워의 대표이사이다. 미래파워는 2002. 11. 2. 인천 남구 주안동에 있는 안국·우전·신청운아파트 재건축추진위원회와 재건축 행정용역계약을 체결하고 위 재건축추진위원회의 행정업무를 대행하면서, 2003. 9. 2. 도시정비법 부칙 제13조에 따라 정비사업전문관리업 등록을 하였다.

청구인은 재건축사업의 시공사로 선정된 건설사의 부사장으로부터 2005. 3. 30.과 2005. 5. 13.에 합계 11억원의 뇌물을 수수하였다는 사유로, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 혐의로 수사를 받던 중 기소중지 및 지명수배 되었다. 이에 청구인은 도시정비법 제84조가 청구인의 직업선택의 자유, 평등권 등을 침해한다는 이유로 2006. 1. 9. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 2007헌바12 사건

성림연립재건축주택조합은 주택건설촉진법에 따라 서울 양천구 신월동 142의 14 일대의 주택 재건축을 위하여 2003. 6. 4. 양천구청장으로부터 설립인가를 받고, 2003. 7. 23. 도시정비법 부칙 제10조에 따라 법인설립등기를 마쳤다.

청구인은 위 재건축조합의 조합장으로 재직하던 중, 2003. 6. 18. 시공사로 선정된 건설사의 대표로부터 2004. 2. 18.부터 2004. 6. 22.까지 4차례에 걸쳐 합계 1억원의 뇌물을 수수하였다는 사유로, 서울고등법원에서 2006. 12. 29. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄 등으로 징역 5년 및 추징금 1억원을 선고받고(2006노1833), 2007. 4. 27. 확정되었다.

청구인은 항소심 계속 중 도시정비법 제84조에서 규정하고 있는 “조합”에 “주택재건축조합”이 포함되는 것으로 해석하면 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청(2006초기329)을 하였다가 기각되자, 2007. 2. 1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 2007헌바14 사건

잠실시영아파트 재건축정비사업조합은 서울 송파구 신천동 17의 9필지에 있는 잠실시영아파트를 재건축하기 위하여 2001. 1. 15. 주택건설촉진법에 의한 재건축조합 설립인가를 받고, 2003. 7. 30. 도시정비법 부칙 제10조에 따라 법인설립등기를 마쳤다.

청구인은 위 재건축정비사업조합의 조합장으로 근무하던 중, 2004. 2.경부터 2004. 8.경까지 재건축 공사업자로부터 함께 5억 6천만원의 뇌물을 수수하였다는 사유로 서울고등법원에서 2007. 1. 26. 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)죄 등으로 징역 8년과 추징금 4억 5,250만원을 선고받고(2006노2301(분리), 2006노299(병합), 2006노1068(병합)), 2007. 5. 10. 확정되었다.

청구인은 항소심 계속 중 도시정비법 제84조가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청(2007초기10)을 하였다가 기각되자, 2007. 2. 20. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

라. 2007헌바38 사건

잠실2단지 아파트 재건축정비사업조합은 서울 송파구 잠실동 22의 7필지에 있는 아파트의 재건축을 위하여 2001. 1. 19. 주택건설촉진법에 따라 재건축조합 설립인가를 받고, 2005. 2. 1. 도시정비법 부칙 제10조에 따라 법인설립등기를 마쳤다.

청구인은 위 재건축정비사업조합의 조합장으로 근무하던 중, 2005. 2. 6. 및 2005. 3. 16.경 공사현장식당 운영권과 관련하여 1억 5천만원의 뇌물을 수수하였다는 사유로 서울고등법원에서 2007. 2. 2. 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)죄 등으로 징역 6년 및 추징금 2억원을 선고받고(2006노2301-1(분리), 2006노299(병합), 2006노1068(병합)), 2007. 5. 10. 확정되었다.

청구인은 항소심 계속 중 도시정비법 제84조가 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청신청(2007초기9)을 하였다가 기각되자, 2007. 5. 2. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장요지와 법원의 제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 2006헌마30 사건

도시정비법이 정비사업전문관리업 제도를 도입한 이유는 조합원을 보호하고, 건설한 사업추진을 도모하기 위한 것이지 어떠한 공익사업을 하거나 국가적 기능을 수행하기 위한 것이 아니다. 도시정비법 제84조가 사기업체로서 사적인 계약에 의한 용역업무를 수행하고 그 대가를 받는 정비사업전문관리업체의 직원을 공무원으로 의제하여 뇌물죄로 엄벌하는 것은 직업선택의 자유, 평등권을 침해함은 물론 사적자치의 원칙, 시장경제의 원칙 및 죄형법정주의 정신에도 어긋난다.

(2) 2007헌바12,14,38 사건

주택재건축조합은 일정한 주택의 소유자들이 낡은 주택을 헐고 새 주택을 건축하기 위하여 설립한 사적 단체로서, 그 성격과 업무가 지역주택조합이나 직장주택조합의 그것과 실질적으로 동일하다. 종전에는 주택재건축조합도 다른 주택조합과 마찬가지로 모두 주택건설촉진법에 의하여 규율되었고 조합 임원이 뇌물죄의 주체로 의제되지 않았다.

그런데 도시정비법이 제정되면서 주택재건축사업을 주택재개발사업과 함께 도시정비사업으로 규율하면서 주택재건축조합의 임원도 뇌물죄의 주체로 의제하였다. 지역주택조합이나 직장주택조합의 임원은 여전히 뇌물죄의 주체로 의제되지 아니한다. 도시정비법 제84조는 사익추구의 성격이 강한 주택재건축사업을 추진하는 조합의 임원을 합리적 근거도 없이 공무원으로 의제하여 뇌물죄로 엄벌하는 것이어서 헌법상 평등의 원칙, 직업선택의 자유 및 과잉금지원칙에 위반된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각이유(2007헌바12,14,38 사건)

종래 재건축사업과 관련한 각종 비리와 조합원간의 분쟁이 빈번하게 발생하자, 도시정비법을 제정하여 주택재건축사업을 주택재개발사업과 마찬가지로 공공성을 강화하고 재건축사업에 관한 비리를 엄단하기 위하여 주택재건축조합의 임원도 뇌물죄의 주체로 의제하였다. 도시정비법에 따르면 재건축사업과 재개발사업은 모두 노후·불량건축물을 효율적으로 개량하여 도시환

경을 개선하고 주거생활의 질을 높이는 도시정비사업의 일종으로 규정하여 재건축사업의 공공적 성격을 재개발사업과 비슷하게 규율하고 있다. 입법자는 도시정비법의 제정으로 공공적 성격이 강화된 주택재건축사업을 추진하는 조합의 임원에 대하여 직무집행의 공정성을 담보하고자 뇌물죄의 주체로 의제하여 재건축사업에 관한 비리를 엄하게 처벌하고자 한 것이므로, 그것이 헌법 제11조 제1항이 규정하는 실질적 평등의 원칙에 반한다거나 헌법 제37조가 규정하는 과잉금지 원칙에 반하여 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

도시정비법이 적용되는 정비사업은 다수의 토지 등 소유자들이 시행하는 대규모 개발사업이고, 그 사업이 투명·신속·공정하게 집행되도록 이끌어 주는 협력업체가 바로 정비사업전문관리업자이다. 정비사업조합의 임원과 정비사업전문관리업자가 결탁하여 부정을 저지르면 도시정비사업이 부당하게 추진되고 그 피해는 고스란히 조합원들에게 돌아가게 간다. 그래서 조합의 임원들 및 정비사업전문관리업자를 뇌물죄의 주체로 의제하고 있는 것이다.

재개발사업과 재건축사업은 모두 공공성을 가지는 사업으로 공공성의 정도에 있어서 차이가 있지만, 모두 도시정비법의 적용을 받는 정비사업이다. 주택법에 의한 주택사업과는 본질적으로 다르므로 평등원칙의 비교대상이 될 수 없다.

【결정요지】

1. 주택재건축사업의 공정한 수행은 주택재건축사업의 공공성을 제대로 달성하기 위하여 필요하고, 주택재건축사업과 관련된 비리는 다수의 조합원들의 재산권에 적지 않은 피해를 주고 우리의 사회·경제에 미치는 영향도 매우 크기 때문에 주택재건축사업의 공정성을 확보하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 정당하다고 인정되고, 주택재건축사업을 추진하는 자들의 금품수수 행위를 공무원의 뇌물죄의 예에 따라 엄하게 처벌하는 것은 그러한 입법목적을 실행하기 위한 적절한 방법이다. 주택재건축사업의 적정환

시행을 통하여 주거환경을 개선하고 도시기능을 회복·개선한다는 공공의 이익이 매우 크고, 이 사건 법률조항은 주택재건축사업 그 자체를 규제하는 것이 아니라 주택재건축사업과 관련된 비리를 엄하게 처벌하려는 것이며, 주택재건축사업과 관련된 비리는 재건축조합 및 조합원의 피해로 직결되고 지역사회 및 국가 전체에 미치는 병폐도 크다는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하게 처벌하도록 하여 형벌체계상의 균형을 잃었다거나 범죄와 형벌에 관한 입법형성권의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 기본권의 과잉제한을 금지하는 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 보기 어렵다.

2. 도시정비법은 주택재건축사업의 공공적 성격을 강화하여 도시재개발사업과 함께 도시정비사업으로서 규율하고 있으므로, 주택재건축조합의 임원을 여전히 사적인 경제활동의 영역에 속해 있는 지역주택조합이나 직장주택조합의 임원과 달리 뇌물죄의 주체로 의제한다고 하여 불합리한 차별이라고 볼 수 없다.

3. 이 사건 법률조항은 주택재건축조합이나 정비사업전문관리업자의 임원이 뇌물수수 등 위법행위를 한 경우에 그 위법행위의 처벌에 관해서만 공무원으로 의제할 뿐이고, 그들의 직업선택이나 정당한 직업수행을 제한하는 것이 아니므로, 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업 선택·수행의 자유를 제한한다고 볼 수 없다.

4. 청구인들이 관여한 주택재건축사업이나 그 관리업무는 도시정비법이 제정되기 전부터 추진되어 왔지만, 도시정비법이 시행된 후에 그 법 제13조에 따라 정비사업전문관리업자로 등록하거나 제10조에 따라 주택재건축정비사업조합으로 법인등기를 마침으로써 도시정비법의 규율을 받게 되었고, 청구인들은 모두 이 사건 법률조항이 시행된 후에 주택재건축사업이나 그 관리업무와 관련하여 금품을 수수하였으므로, 이 사건 법률조항이 소급하여 청구인들을 형사처벌하는 것이라고 볼 수 없다.

【해설】

1. 적법요건의 검토

가. 2006헌마30 사건

(1) 자기관련성

기본권침해의 자기관련성이란 심판대상규정에 의하여 청구인들의 기본권이 '침해될 가능성'이 있는가에 관한 것이고, 헌법소원은 주관적 기본권보장과 객관적 헌법보장 기능을 함께 가지고 있으므로 권리귀속에 대한 소명만으로써 자기관련성을 구비한 여부를 판단할 수 있다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 724).

청구인은 도시정비법상 법인인 정비사업전문관리업자의 임원이며, 정비사업전문관리업자의 업무와 관련하여 뇌물을 수수하였다는 이유 등으로 이 사건 법률조항에 의거하여 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)으로 사전구속영장을 발부받고 수사를 하던 중 기소중지되었다고 주장하고 있으므로, 일응 권리귀속에 대한 소명을 한 것으로 인정할 수 있어 자기관련성이 인정된다.

(2) 현재성

헌법소원 청구인은 공권력 작용과 현재 관련이 있어야 하며, 청구인이 장차 언젠가는 특정 법률의 규정으로 인하여 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 단순히 장래 잠재적으로 나타날 수도 있는 것에 불과하여 권리침해의 현재성을 구비하였다고 할 수 없다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 130 참조). 다만 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성이 인정된다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669 참조).

심판청구 당시 위 청구인은 기소중지 상태에 있었으므로 이 사건 법률조항으로 인하여 기본권침해를 현실적으로 받은 것은 아니나, 위 청구인은 장차 소재가 파악되는 대로 수사가 재개되어 검찰에 의하여 기소될 개연성이 크다는 것이 현재 시점에서 충분히 예상되는바, 효율적인 권리구제를 위하여 기소중지 상태에서 청구한 이 사건 심판청구는 현재관련성이 인정된다.

(3) 직접성

기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 혹은 기타 입

법작용 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다. 그러나 국민에게 일정한 행위의무 또는 행위금지 의무를 부과하는 법규정을 정한 후 이를 위반한 경우 제재수단으로서 형벌 또는 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에, 그 형벌이나 행정벌의 부과를 위 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다. 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요가 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 행위금지 의무를 직접 부담하는 것이 되기 때문이다(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 95).

이 사건 법률조항이 정비사업전문관리업자의 임원을 형법 제129조 제1항의 적용에 있어 공무원으로 의제하고 있기 때문에 위 청구인은 배임수제죄가 아닌 뇌물죄로 가중처벌 되는바, 이 사건 법률조항은 그 집행을 위한 매개행위를 기다릴 필요가 없이 당해 수범자인 위 청구인의 기본권을 직접 침해하는 것이 된다.

(4) 청구기간

청구기간을 준수하였는지 여부는 이미 기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제될 수 있는 것인데, 아직 기본권의 침해는 없으나 장래 확실히 기본권침해가 예측되므로 미리 앞당겨 현재의 법적 관련성을 인정하는 경우에는 청구기간 도과의 문제가 발생할 여지가 없다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 781 참조).

이 사건의 경우와 같이 위 청구인에게 현재성의 예외를 인정하는 한 청구기간의 준수여부는 문제되지 않는다.

(5) 소결

이 부분 심판청구는 적법요건을 모두 구비한 것으로 판단된다.

나. 2007헌바12,14,38 사건

(1) 한정위헌을 구하는 청구인지 여부(2007헌바12 사건)

청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하면서 도시정비법에 따른 주택재건축사업이 종전의 주택건설촉진법의 규율을 받던

재건축사업과 달리 공공성을 가지게 되었다고 해석하는 것은 잘못이라며, 그 청구취지로 『도시 및 주거환경정비법』 제84조의 “조합”에 “주택재건축 조합”이 포함되는 것으로 해석하는 한도 내에서 헌법 제11조 제1항에 위반한다.』고 기재하여 명시적으로 한정위헌청구의 취지를 적시하고 있다(이러한 주장은 위헌법률심판제청신청의 이유에서도 동일하다).

헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제2항이 “법률의 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 때에는”이라고 규정함으로써 심판의 대상을 “법률”에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 ‘…하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구는 헌법재판소법 제68조 제2항의 청구로 적절치 아니하지만, 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라, 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해되는 경우에는 헌법재판소법 제68조 제2항의 적법한 청구로 받아들여진다고 하였다(헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 161).

도시정비법은 법률 시행 당시 구 주택건설촉진법의 재건축 관련규정에 의하여 이미 행하여진 재건축사업의 계속 진행을 보장하기 위하여 구 주택건설촉진법에 의한 처분·절차 그 밖의 행위를 도시정비법의 규정에 의하여 행하여진 것으로 본다는 일반적 경과조항을 마련하였고(부칙 제3조¹⁾), 구 주택건설촉진법에 의하여 조합설립의 인가를 받은 조합은 등기함으로써 도시정비법에 의한 법인인 조합으로 간주되도록 하였는바(부칙 제10조 제1항²⁾), 그 조합의 임원은 그 때부터 공무원으로 의제된다고 할 것이다.³⁾ 한편, 위 청구인의 주장취지를 자세히 살펴보면 폐지되기 전의 주택건설촉진법은 재

1) **부칙 제3조** (일반적 경과조치) 이 법 시행 당시 도시재개발법·도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법 및 주택건설촉진법의 재건축 관련규정(이하 “중전법률”이라 한다)에 의하여 행하여진 처분·절차 그 밖의 행위는 이 법의 규정에 의하여 행하여진 것으로 본다.

2) **부칙 제10조** (조합의 설립에 관한 경과조치) ①중전법률에 의하여 조합 설립의 인가를 받은 조합은 본칙 제18조제2항의 규정에 의하여 주된 사무소의 소재지에 등기함으로써 이 법에 의한 법인으로 설립된 것으로 본다. 다만, 중전법률에 의하여 설립된 법인이 아닌 조합(중전법률에 의하여 준공인가를 받은 조합을 제외한다)은 이 법 시행일부터 1월 이내에 등기하여야 한다.

3) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2006도1146 판결[공2006. 7. 1. (253), 1217] 및 서울고등법원 2006. 8. 9. 선고 2005노2302 판결 참조.

건축조합의 임원을 공무원으로 의제하여 처벌하는 규정을 두고 있지 않았는데 이를 도시정비법으로 통합하면서 이 사건 법률조항이 사익성이 강한 재건축조합의 임원을 공공성이 강한 재개발조합의 임원과 동일하게 공무원으로 의제하고 있는 것이 헌법 제11조 제1항에 반한다는 취지로 선택할 수 있는바, 이는 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라, 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우라고 보여 진다.

(2) 재판의 전제성

위 사건들은 위헌제청신청시 당해 사건이 서울고등법원에 계속 중이었고, 이 사건 법률조항은 청구인들에 대한 기소사실의 근거가 된 조항이며 당해 사건의 재판에 적용되는 법률조항이고, 만일 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되면 청구인들은 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)죄가 아닌 배임수재죄로 처벌받을 수 있으므로 청구인들에 대한 선고형이 달라질 여지가 있어 그 위헌 여부에 따라 당해 사건의 재판의 주문이 달라지는 경우에 해당하므로 재판의 전제성이 인정된다.

(3) 청구기간 등

청구인들은 위헌제청신청 기각결정을 통지받은 날로부터 30일이 경과하지 아니한 때에 헌법소원심판을 청구하였으므로 청구기간을 준수하였으며, 각자 변호사를 선임하였는바 위 사건들에 대한 심판청구는 적법하다.

2. 주택재건축사업에 대한 법적규율

가. 도시정비법의 제정경위 및 의의

우리나라에서 노후불량주거지의 본격적인 생성계기는 일제 강점기, 6·25 동란 및 경제개발시기의 농촌인구 유입 등에서 그 원인을 찾을 수 있다. 초기의 노후·불량주택은 그 당시 우리나라의 주거형태인 단독주택이 주를 이루었으며, 이에 대하여 1950년대 후반부터 각종의 제도적 방안⁴⁾이 마련되어 시행되어 왔으나, 주택재정비 사업의 제도적 틀이 갖추어지기 시작한 것은

4) 대표적인 예로 철거 및 이주단지조성, 시민아파트 건설, AID차관재개발, 위탁재개발 등을 들 수 있다.

도시재개발법, 주택건설촉진법상 재건축관련규정 및 ‘도시저소득주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법’에 의한 주택재개발·재건축 및 주거환경개선사업의 도입이었다.⁵⁾ 즉, 1970년대 이후 산업화·도시화과정에서 대량으로 공급된 주택들이 1980년대 후반에 접어들면서 노후화됨에 따라 이들을 체계적이고 효율적으로 정비할 필요성이 커졌고, 더불어 대도시의 시가지 일부 지역이 기반시설의 부족 등으로 그 기능을 상실하게 되어 다시 정비하여야 할 필요성이 생김에 따라 도시를 재정비하는 수단으로 도시재개발법에 의한 재개발사업이 가장 빈번하게 활용되었고, 이후 주택건설촉진법에 재건축사업이 도입되었으며, 그 밖에 ‘도시저소득주민의 주거환경개선을 위한 임시조치법’에 의하여 주거환경개선사업이 추진되었다. 이러한 도시정비를 위한 개별 법률들은 정비기반시설의 부족 여부, 주택의 노후화 정도, 저소득주민의 집중도 등에 따라 그 요건이 충족되면 개입하는 형태로 규정되어 있었기 때문에 결과적으로 도시기능의 회복이라는 유사한 기능의 사업들이 각각 명칭을 달리한 채 혼란스럽게 시행되고 있었다.

특히, 1990년대 들어와 주택난 해소를 위한 정부의 주택공급 확대정책에 따라 건축규제 완화 및 주택건설촉진법 개정 등의 조치가 잇따라 발표되자 주택재개발·재건축사업이 활성화 되었고 이는 도시기능의 회복이나 주거환경의 개선보다는 주택공급의 확대에 치중함으로써 획일적인 고층·고밀 아파트단지 개발로 인한 과밀·혼잡의 유발, 도시기반시설의 부족, 주변 환경과의 부조화 및 자연경관의 훼손 등 주거환경을 총체적으로 악화시킴으로써 기존도시를 파괴하는 지경에까지 이르렀으며,⁶⁾ 기존 저밀도 아파트를 고밀도의 아파트로 재건축함으로써 막대한 개발이익이 발생하자 이러한 개발이익을 노린 투기세력 및 건설업체의 부조리로 인해 주택재건축사업은 중대한 사회적 문제로 대두되었다. 이에 국가는 일정한 행정적 관여를 통해서 주택재건축사업의 공공성을 담보하여 도시환경 개선 및 주거환경의 질을 높이고자 도시정비법을 제정·시행하여 일관성 있고 체계적인 단일·통합법을 마련하게 된 것이다.

한편, 도시정비법이 시행되기 이전에는 주택재개발사업은 도시기능을 회

5) 최영찬 “도시및주거환경정비법 해설”, 법제 548호(2003. 8.), 71면.

6) 김영환 “재개발·재건축에 대한 공공규제의 방향 설정에 관한 연구”, 국토계획 제 31권 제5호(통권 85호; 1996. 10.) 88면 참조.

복하고 공공복리의 증진을 위하여 다소 강제적인 방법으로 시행되는 공공사업으로서 원래 국가나 지방자치단체가 해야 하는 것을 위탁받아 시행하는 것과 다름이 없는 반면, 주택재건축사업은 해당 구역 주민들의 동의 아래 시행되어 사적 자치의 영역이 넓고 공공성이 상대적으로 약하다는 근본적인 차이 때문에, 양자는 조합원가입의 강제성, 토지수용권의 부여, 국가 또는 지방자치단체의 보조 및 용자, 조합원에 대한 부과금·청산금 등의 강제징수 기타 사업시행방법 등에 있어서 많은 차이점을 가지고 있었다.⁷⁾ 이러한 차이점 때문에 양자가 실제에 있어서는 거의 동일한 기능을 수행하여 왔음에도 불구하고 주택재개발사업은 주로 공법(公法)의 영역에서 그리고 주택재건축사업은 주로 사법(私法)의 영역에서 다루어져 왔다. 그러나 이제는 주택재개발과 재건축 양자가 모두 도시정비법이라는 동일한 법률에 의하여 규율되게 되었고 또 도시정비법에 의해 주택재건축사업의 공공성이 특히 강화되어 원칙적으로 주택재개발과 동일한 법리가 적용되도록 함으로써⁸⁾ 양자를 모두 공법의 영역에서 다룰 수 있게 되었다.

나. 도시정비법상 주택재건축사업 및 주택재건축정비사업조합

(1) 주택재건축사업의 공공성⁹⁾

- 7) 헌법재판소도 도시재개발조합의 임원을 형법상 뇌물죄의 벌칙 적용에 있어서 공무원으로 의제하는 구 도시재개발법 제69조의 위헌법률심판사건에서 “재개발조합과(주택건설촉진법상의) 주택조합은 사업절차가 겉보기에 비슷해 보이나 사업의 공공성, 조합원 가입의 강제성, 토지수용권 부여, 국가 또는 지방자치단체의 보조 및 용자, 조합원에 대한 부과금·청산금 등에 대한 강제징수 기타 사업시행방법에서 차이가 있으므로 서로 달리 취급한다고 하여 이를 불합리한 차별이라고 할 수 없고, 재개발조합 임원을 공무원으로 의제하며 공무원에게 요구되는 청렴성과 불가매수성을 요구함으로써, 재개발사업의 정상적인 운영과 조합업무의 공정성을 보장하려는 데에 그 목적이 있는 이 심판대상 법률조항은 결국 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 취급하는 이른바 실질적인 평등의 이념에 부합된다고 할 것이다.”라고 판시하여 재개발조합과 재건축조합의 성격을 달리 본 바 있다(헌재 1997. 4. 24. 96헌가3, 판례집 9-1, 416, 431).
- 8) 김용규, “도시및주거환경정비법상의 정비사업조합”, 부산법조논집 창간호(2006), 74면 참조.
- 9) 대법원도 도시정비법 제84조가 헌법상 과잉금지 원칙에 위반되는지 여부에 대한 판결에서 “...주택재건축사업의 내용 및 목적, 그 시행절차 등을 고려할 때, 주택재건축사업은 사적 개발사업이라는 측면이 없는 것은 아니지만 노후·불량한 건축물을 정비하여 주거환경을 개선한다는 공익적 측면이 강하다고 할 것이다.”라고 판시하여 주택재건축사업의 공공성을 인정한 바 있다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007도694판결[공2007.6.1.(275),834]).

주택재건축사업이라 함은 정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위하여 시행하는 사업으로서(도시정비법 제2조 제2호 (다)목) 도시·주거환경 정비기본계획의 수립(도시정비법 제3조), 정비계획의 수립 및 정비구역의 지정·고시(도시정비법 제4조), 조합 설립추진위원회의 구성 및 인가(도시정비법 제13조), 조합의 설립 및 인가(도시정비법 제16조), 사업시행인가(도시정비법 제28조), 관리처분계획의 수립 및 인가(도시정비법 제48조), 이전고시(도시정비법 제54조), 청산(도시정비법 제57조) 등의 절차를 거쳐서 이루어진다.

주택재건축의 문제를 어떻게 다룰 것인가 하는 것은 전적으로 입법정책의 문제라 할 것인데, 재산권 행사의 측면으로 다룰 경우에는 적극적인 공적 규제는 불가하고, 주택공급의 측면에서 다룰 경우에는 공적 규제가 제한되며, 도시정비의 측면에서 다룰 경우에는 공적 규제의 가능범위가 넓어진다 하겠다.

주택재건축제도 도입 전에는 주택재건축은 전적으로 사적 자치에 맡기고 행정주체는 철거허가(또는 신고)나 건축허가, 준공인가 등 단지 소극적으로만 관여하는 입법태도를 취하였다. ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’¹⁰⁾에서도 구분소유자들 중 반대하는 자가 있더라도 다수결에 의해 노후화된 주택을 재건축할 수 있도록 규정하여¹¹⁾ 소유자들 상호간의 사법적 관계에 관하여만 규율하였다.

구 주택건설촉진법¹²⁾에서는 공공주체의 관여를 허용하였으나(예컨대, 안전진단 등) 그 범위나 정도는 상당히 미약하였다. 즉 공공주체는 주로 소극적으로만 관여하고 대부분 사적 자치에 맡기고 있었고, 따라서 여전히 사법적 영역에서 주로 다루어졌다.

10) ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’에서는 재건축의 시행요건으로서 “상당한 기간이 경과되어 건물이 훼손 또는 일부 멸실되거나 그 밖의 사정에 의하여 과다한 수선복구비나 관리비용이 소요되는 경우 또는 부근 토지이용의 이용상황의 변화나 그 밖의 사정에 의하여 건물을 재건축하면 그에 소요되는 비용에 비하여 현저한 효용의 증가가 있게 되는 경우”에 한하여 시행할 수 있도록 규정하였다(동법 제47조).

11) ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’ 제48조, 제49조

12) 구 주택건설촉진법은 재건축조합을 “기존 노후불량주택을 철거한 후 그 대지 위에 새로운 주택을 건설하기 위해 기존 주택의 소유자가 설립한 조합”으로 정의하였다(동법 제3조 제9호).

그러나 현행 도시정비법은 조합이 원칙적인 시행자이나, 예외적으로 일정한 경우에는 행정주체(시장·군수)가 직접 주택재개발·재건축사업을 시행하거나, 행정주체(시장·군수)가 토지등소유자로서 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자(“지정개발자”) 또는 주택공사 등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있도록 하여(도시정비법 제8조 제4항) 공적주체의 관여를 허용하고 있는 점, 정비구역 안에서 건축물의 건축, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할 등의 행위를 하고자 하는 경우에는 시장·군수의 허가를 받도록 하고(도시정비법 제5조), 재건축사업을 통해 건설되는 주택의 경우 일정비율 이상을 임대주택으로 건설하도록(도시정비법 제4조의2, 제30조의2)하는 등 각종 의무를 부과하고 있는 점, 정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가, 이전고시, 청산금 부과·징수 등 적극적 질서형성을 위한 각종 행정처분이 허용되고 있는 점 등 노후·불량주택의 정비, 도시기능의 회복, 주거환경의 개선에 초점을 두고 공적규율을 강화하였다.

(2) 주택재건축정비사업조합

① 개념

주택재건축정비사업조합(이하 “재건축조합”이라 한다)이란 도시정비법에서 정한 절차에 따라 정비구역 안에서 주택재건축사업의 시행을 목적으로 토지등소유자들이 설립한 단체를 말하며, 조합은 그 명칭 중에 “정비사업조합”이라는 문자를 반드시 사용하여야 한다(도시정비법 제18조 제3항). 이러한 재건축조합은 주택재건축사업의 원칙적인 시행자가 된다(도시정비법 제8조 제2항).

도시정비법 시행 이전에는 재개발조합, 재건축조합 등이 각각 다른 법에 의하여 규율을 받았고 그 법적 성격 또한 상이하였으나, 도시정비법의 시행으로 인하여 조합의 명칭도 정비사업조합으로 통일되었고 주택재개발정비사업조합(이하 “재개발조합”이라 한다)과 재건축조합 양자의 법적 성격 또한 차이가 없게 된 것이다.

② 법적 성격(법인성·행정주체성)

도시정비법 시행 전에는 재개발조합은 종래 도시재개발법상 법인격이 인

정되었으나, 재건축조합은 법인격이 인정되지 않았으며 대법원은 재건축조합의 법적 성격을 권리능력 없는 사단으로 보고 있었다.¹³⁾ 그러나 도시정비법의 시행으로 재건축조합은 명칭은 조합이지만 도시정비법 제18조 제1항에 의하여 법인격이 인정되게 되었다.

한편, 도시정비는 원래 행정주체의 임무라고 보아야 하며, 행정주체가 자신의 기관을 통해 그 임무를 수행할 수도 있지만 제반 사정을 고려한 입법 정책에 기하여 그 임무의 기능을 민간에게 맡길 수도 있다. 특히 주택의 정비는 개인이 자신의 주거의 질을 높이기 위한 사적인 정비를 통해 이루어질 수도 있으므로 행정주체로서는 이러한 사인의 사적 개선행위를 이용하여 도시정비기능을 수행하고자 하는 욕구를 느끼기에 충분하다. 이러한 점에서 재개발조합과 재건축조합이 도시정비라고 하는 행정주체의 임무의 기능을 수행한다는 점에서는 차이가 없다. 다만, 양자가 가지는 공공성의 강약의 차이에 의해 그 부여받는 임무의 기능에 차이가 있을 뿐이다.

이러한 관점에서 현행 도시정비법은 재개발조합이나 재건축조합을 모두 정비사업조합으로 규정한 다음 행정주체가 수행하여야 할 도시정비기능을 맡기고 있다. 즉, 현행법상 정비사업조합은 도시정비법에 의하여 그 설립 목적과 절차가 규율되며, 조합원들에 대하여 각종의 권한을 행사하고 의무를 강제할 수 있으며(도시정비법 제13조 이하), 사업시행과 관련하여 여러 가지 특례가 인정되며, 정비사업의 시행에 관하여 자료제출 등의 의무를 지며 구체적인 사업시행과 관련하여 건설교통부장관의 감독을 받는다(도시정비법 제75조 이하). 이와 같이 재건축조합의 설립목적 및 취급업무의 성질, 권한 및 의무, 정비사업의 성질 및 내용, 관리처분계획의 수립절차 및 그 내용 등을 살펴보면, 재건축조합은 조합원에 대한 법률관계에서 적어도 특수한 존립 목적을 부여받은 특수한 행정주체로서의 지위를 가진다. 따라서 주택재개발·재건축에 있어서 조합은 국가를 대신하여 국가가 수행할 공적 기능을 수행하고 있는 것인 이상, 쾌적한 주거환경을 조성할 국가의 의무를 실현하는 기능을 수행하고 있다고 할 것이고, 그러한 의무를 실현시키는 적합한 공적 규율을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

13) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결은 주택건설촉진법에 의하여 설립된 재건축조합은 민법상의 비법인사단에 해당한다고 판시한 바 있다.

③ 참고 대법원 판례

대법원은 “주택재건축조합은 법에 의하여 그 설립 목적과 절차가 규율되고, 조합원들에 대하여 각종의 권한을 행사하고 의무를 강제할 수 있으며, 사업시행과 관련하여 여러 가지 특례가 인정되며, 행정청의 감독을 받고, 국가 등으로부터 각종 지원을 받을 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 보면 주택재건축조합은 조합원에 대한 법률관계에서는 특수한 존립목적을 부여받은 특수한 행정주체로서 국가의 감독 하에 그 존립 목적인 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있는 범위 내에서는 공법상의 권리의무 관계에서 있는 사단법인이라고 할 것이어서 주택재개발조합과 그 성격이 다르지 않고, 그 수행하는 사업의 공공성의 유무에 있어서도 본질적인 차이가 없다”고 판시하여 주택재건축조합의 법인성·행정주체성을 인정한 바 있다(2007. 4. 27. 선고 2007도694판결).

다. 도시정비법상 정비사업전문관리업제도

(1) 도입취지

도시정비법 시행 전에는 공동사업주체인 시공사가 조합에 대한 컨설팅 업무를 함께 수행함으로써 조합임원과 시공사가 유착될 소지가 다분히 있었고, 이 경우 공사비 증액, 불평등한 계약체결 등의 비리 및 부조리가 발생하여 그 문제점이 상당하였다.¹⁴⁾ 즉, 조합과 시공사간의 유착이 결국 각종 비리의 온상이 되고 분양가를 인상시키는 요인이 되고 있다는 전제하에 도시정비법은 재건축사업을 실질적으로 주도하던 시공사를 사업시행자에서 배제하여 그 유착의 고리를 끊고, 조합의 비전문성을 보완하고 사업추진의 효율성을 도모하기 위하여 행정, 법률, 설계, 시공, 감리 등의 분야에서 전문지식을 갖춘 인력의 도움을 받을 수 있도록 정비사업전문관리업제도를 새롭게 도입하였다.

14) 즉, 재개발·재건축사업의 사업계획 작성, 사업비 조달을 전적으로 시공사에게 의존하거나, 다른 법에 의해 등록된 용역업체(공인중개사 사무소, 설계사무소 등)가 컨설팅 명목으로 재개발·재건축사업에 참여하여 각종 위법·탈법행위를 행하였으며, 행정지도 및 처벌이 어려워 정비사업이 중단될 경우 모든 피해가 조합원의 몫으로 남게 되는 등의 문제들이 만연하였다.[정경숙, 강정규, “정비사업전문관리업의 활성화 방안에 관한 연구”, 한국마케팅학회 학술발표대회논문집(2005. 11.), 400면 참조]

(2) 정비사업전문관리업자의 개념 및 역할

정비사업전문관리업자란 정비사업의 시행을 위하여 필요한 사항을 추진위원회 또는 조합으로부터 위탁받거나 이와 관련된 자문을 수행하기 위하여 일정한 자본·기술인력¹⁵⁾ 등을 갖추어 시·도지사에게 등록한 개인 또는 법인(도시정비법 제69조 제1항)을 말하며, 행정, 법률, 설계, 시공, 감리 등의 분야에 대한 전문지식을 활용하여 조합의 비전문성을 보완함으로써 시행착오로 야기되는 재정적 손실을 예방하고 사업기간 단축으로 사업비 절감 등 조합원에게 이익을 가져다주는 외에 조합에 대한 시공사의 영향력을 최소화하여 원활한 정비사업을 추진할 수 있도록 하는 조합의 조력자 역할을 담당한다.

(3) 정비사업전문관리업자의 수행업무 및 업무의 공공성

정비사업전문관리업자는 ①조합설립의 동의 및 정비사업의 동의에 관한 업무의 대행, ②조합 설립인가의 신청에 관한 업무의 대행, ③사업성 검토 및 정비사업의 시행계획서의 작성, ④설계자 및 시공자 선정에 관한 업무의 지원, ⑤사업시행인가의 신청에 관한 업무의 대행, ⑥분양 및 관리처분계획의 수립에 관한 업무의 대행, ⑦설계도서의 검토 및 공사비 변동내역의 검토, ⑧그 밖에 조합의 업무 중 조합이 요청하는 것에 관하여 조합설립추진위원회 또는 조합으로부터 업무를 위탁받거나 이와 관련된 자문을 제공한다(도시정비법 제69조 제1항).

한편, 조합과 시공사가 대등 당사자로서의 지위를 가지게 됨에 따라 정비사업전문관리업자는 시공사와 상대방에 서서 조합을 위하여 업무를 수행해야 하므로 동일한 정비사업에 관하여 건축물철거·정비사업설계·시공·회계감사 등의 업무를 병행할 수 없다(도시정비법 제70조). 또한 시공사가 정비사업전문관리업자가 되거나 자회사인 정비사업전문관리업자를 통하여 편법으로 이러한 금지사항을 회피하는 것을 방지하기 위하여 정비사업전문관

15) 자본금 10억원(법인인 경우에는 5억원) 이상과 건축사·감정평가사·공인회계사·변호사·법무사·세무사 등의 인력을 5인 이상 갖추어야 한다. 이 경우 정비사업전문관리업자가 감정평가법인·회계법인·법무법인 등과 정비사업의 공동수행을 위한 업무협약을 체결하는 경우에는 그 인력기준이 완화된다(도시정비법 시행령 별표 4 참조).

리업자와 ①정비사업전문관리업자가 법인인 경우에는 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제2조 제3호의 규정에 의한 계열사의 관계에 있는 자 내지 ② 상호출자한 관계에 있는 자는 당해 정비사업전문관리업자와 같은 자로 보아 위의 업무병행금지의 적용을 받도록 하였다(도시정비법 시행령 제65조 제1항).

위와 같은 정비사업전문관리업자의 업무내용 및 범위를 종합해보면, 정비사업전문관리업자는 주택재건축사업 전반에 관하여 자문하고, 위탁받은 사항을 추진위원회 또는 조합과 합의하여 결정하여야 하며, 유관부서와 긴밀히 협조하여 추진위원회 또는 조합에 불이익이 발생하지 않도록 사전조치를 취해야 함을 알 수 있다. 즉, 재건축사업의 공공성에 비추어 정비사업전문관리업자도 추진위원회 또는 조합으로부터 위탁받은 업무를 수행하는 범위 내에서 국가의 감독 하에 정비사업의 시행이라는 특정한 공공사무를 행하고 있다고 볼 수 있다.

라. 조합·정비사업전문관리업자 임원의 공무원의제 규정의 정당성

앞서 본 바와 같이 행정주체로부터 도시정비기능의 일부를 위탁받아 시행하는 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 경우 그 임원은 행정주체가 그 스스로 위 기능을 수행할 경우의 공무원과 유사한 입장에 놓이게 된다.

헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”라고 규정하고 있는바, 여기서의 공무원이란 국가 또는 지방자치단체와 공법상 근무관계를 맺고 있는 모든 사람을 의미하는 협의의 공무원, 즉 각종 공무원법상의 공무원을 말하는 것이 아니라, 공무를 담당하는 일체의 자를 의미하는 최광의의 공무원을 의미하므로 여기에는 공무원의 신분을 가지지 않지만 공무를 위탁받아 이에 종사하는 모든 사람이 포함된다.¹⁶⁾ 그리고 공무원이 국민에 대하여 책임을 진다고 하는 것은 원칙적으로 윤리적·정치적 책임을 의미하는 것이라고 보아야 할 것이다.¹⁷⁾ 따라서 행정주체의 임무인 도시정비기능의 일부를 담당하는 자인 재건축조합 및 정비사

16) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2005, 155면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 228면; 김기범, 한국헌법, 교문사, 1973, 270면; 문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987, 324면 등.

17) 권영성, 전제서, 229면 등.

업전문관리업자의 임원은 그들이 도시정비기능을 수행하는 범위 내에서는 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 윤리적 책임을 진다고 볼 수 있을 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 더 나아가 뇌물죄의 적용에 있어서의 조합 및 정비사업전문관리업자의 임원을 공무원으로 의제하고 있으며, 공무원으로 의제되는 조합 및 정비사업전문관리업자의 임원은 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상 가중처벌의 대상이 된다(동법 제2조 제2항). 이와 같이 윤리적 책임을 넘어 벌칙적용에 있어 공무원으로 의제하는 것은 단지 조합의 임원 등이 공무를 담당하고 있어 국민에 대해 윤리적 책임을 진다는 점만으로는 정당화될 수 없고, 또 다른 정당화 근거를 요구하는바 이는 주택재개발·재건축이 가지는 강한 공공성에서 찾아야 할 것이다.

즉, 여기서 문제되는 공무원의 개념은 공무원법상 또는 책임법상의 공무원이 아니라 형법상 공무원 개념인바,¹⁸⁾ 형법상의 공무원은 원래 사법상의 고용관계에 불과한 개인이지만 직무집행의 공정성을 보장하기 위하여 일정한 위법행위를 형법상 공무원에 관련되는 범죄행위로 보고 있다.¹⁹⁾ 이는 형법의 입장에서 정의되는 공무원 개념으로서 여기서는 공행정수행 그 자체가 핵심적인바,²⁰⁾ 앞서 본 주택정비사업은 강한 공공성을 가지는 한편 정비조합의 임원 등은 조합원들의 재산권에 대하여 중대한 영향을 미치는 것이므로 정비조합의 임원 등에게는 도시정비기능을 수행하는 범위 내에서는 공무원에 버금가는 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되므로, 그 임원 등이 직무와 관련하여 금품을 수수하는 등의 비리를 저질렀을 경우에는 이를 혐의의 공무원으로 의제하여 엄중하게 처벌함으로써 주택재개발·재건축사업의 정상적인 운영과 조합 업무의 공정성 보장을 도모하는 것이 요구되는 것이다.

헌법재판소도 재개발조합과 관련하여 “재개발조합이 …… 여러 가지 공공

18) 형법 기타 법령의 규정에 의한 벌칙의 적용에 있어서 공무원으로 간주되는 이른바 ‘준공무원’이라고 표현되기도 한다. 김동희, 행정법Ⅱ, 박영사, 2001, 115면; 박운흔, 행정법(하), 박영사, 178면 등.

19) 이는 벌칙 적용에 있어 공무원으로 의제된다는 의미, 즉 형법상의 공무원이라는 의미인 것이지, 이로써 당연히 직업공무원법상의 공무원으로 의제되거나 그러한 신분을 가지게 된다는 것을 의미하는 것이 아니다.

20) 홍정선, 행정법원론(하), 박영사, 2005, 245면.

성을 가지고 있을 뿐만 아니라 조합원들의 재산권에 대하여 중대한 영향을 미치기 때문에 재개발사업의 시행자는 국가 또는 지방자치단체가 해야 하는 공공사업을 위탁받아 시행하는 것과 다름없으므로 재개발조합의 조합장인 임원에게는 공무원에 버금가는 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되고, 따라서 그 임원이 직무와 관련하여 금품을 수수하는 등의 비리를 저질렀을 경우에는 이를 공무원으로 보아 엄중하게 처벌함으로써 재개발사업의 정상적인 운영과 조합 업무의 공정성 보장을 도모하는 데에 그 목적이 있는 것"이라고 하여 위 규정을 합헌으로 선고한 바 있다(헌재 1997. 4. 24, 96헌가3, 판례집 9-1, 416, 429 참조). 위 결정은 주택재개발법 하에서의 재개발조합에 관한 것이나, 현행 도시정비법에 있어 재건축조합의 경우에도 같다고 보아야 할 것이다.

종래에는 재개발사업은 도시재개발법에 의해서 진행되었으나 재건축사업은 주택건설사업촉진법에 의해 진행되었다는 점에서 적용 법규상의 차이를 보여주었으나, 도시정비법이 제정됨으로 인하여 주택재개발·재건축사업은 그 공법적 통제란 관점에서 상당히 접근하였다. 특히, 구역지정을 해야 한다는 점, 관리처분계획을 수립하고 이진고시를 해야 한다는 점, 추가부담금을 청산금부과처분으로 징수해야 한다는 점 등에서는 양자의 차이는 소멸되었다. 따라서 재개발·재건축은 양자가 모두 공공성을 지닌다는 점에서는 동일하다.

물론 현행법상 양자는 매도청구소송과 토지수용, 안전진단, 사업시행관련 동의를 방식 등에서 차이가 있기는 하다. 즉, 재개발의 경우에는 사업시행자에게 토지수용권이 주어지지만 재건축의 경우에는 토지수용권이 없는 대신 반대자에 대하여 매도청구를 할 수 있는 점, 안전진단은 재건축의 경우에만 요구되는 점, 사업시행 관련 동의를 방식이 다른 점, 정비구역이 아닌 구역에서도 재건축사업을 시행할 수 있다는 점 등이 다르다. 이러한 차이는 재건축사업이 재개발사업과 마찬가지로 그 공공성으로 인해 정비사업으로 편입되기는 하였으나 재개발사업에 비해 그 공공성이 상대적으로 약하다는데 기인한다. 재건축사업은 재개발사업에 비하여 비교적 온건한 방법이고, 또 재건축조합의 결성을 통해 진행되는 재건축사업은 대상지역이 불량주거지가 아니고 토지소유자와 건축물 소유자가 대체로 재건축사업에 자발적으로 합

의한다는 특징이 있다는 점에서, 재개발사업에 비해 그 공공성이 상대적으로 약하다고 볼 수 있다. 이와 같이 주택재건축의 경우에는 그것이 사적 개발행위로서 공공성의 정도가 주택재개발의 경우보다 비록 약하다고 하더라도, 주택법에 의한 주택조합의 경우처럼 여전히 사적 개발사업으로서의 성격이 강하면서 공공성이 미약한 경우와는 달리, 도시정비법에 의해 전통적인 도시정비수법인 주택재개발과 마찬가지로 도시정비기능을 위한 제도의 하나로 정식 편입됨으로써 공공성이 크게 강화되었고, 일정한 경우 행정주체로서의 지위를 가지는 등 앞서 본 정비조합으로서의 성격이 재개발조합과 재건축조합의 경우가 서로 다르지 않으며, 주택재개발사업과 주택재건축사업은 그 수행하는 주택정비사업으로서의 공공성이 동질적인 것이라는 점에서 보면, 그 조합 및 정비사업전문관리업자의 임원에게 공무원에 버금가는 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성을 요구하는 근거에 있어서는 본질적인 차이가 없다고 할 것이다.

결국, 주택재건축의 공공성이 크게 강화된 현행 도시정비법 상으로는 재개발에 관한 위 헌법재판소의 합헌취지는 주택재건축에 관하여도 동일하게 적용된다고 본다.

3. 본안의 검토

가. 형벌과 책임간의 비례성원칙 위반 여부

청구인들은 재건축조합의 임원에 대하여는 형법상 배임수재 등의 제재만으로 충분함에도 이 사건 법률조항이 유독 재건축조합의 임원이나 조합장에 대하여만 공무원에 준하여 현격하게 엄한 중형을 선고하도록 하고 있는 것은 과잉금지원칙을 침해한다고 주장한다.²¹⁾

(1) 범죄의 처벌에 관한 문제, 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시

21) 헌법재판소는 지방공사의 직원을 수뢰죄의 적용을 받는 공무원으로 의제하고 있는 지방공기업법 제83조 위헌소원(2001헌바4) 및 정부관리기업체 간부직원을 공무원으로 의제하여 뇌물죄로 처벌할 수 있도록 하고 있는 특정범죄가중처벌등에 관한법률 제4조 제1항 및 제2항 위헌소원(2000헌바75) 사건에서 위 조항들이 청구인들을 공무원으로 의제하여 형법상 수뢰죄로 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 반하지 않는다고 판시한 바 있다.

의 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. 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 안 된다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678, 688 참조).

(2) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

도시정비법상 조합이 원칙적인 시행자이나, 예외적으로 일정한 경우에는 행정주체(시장·군수)가 직접 주택재개발·재건축사업을 시행하거나, 행정주체(시장·군수)가 토지등소유자로서 대통령령이 정하는 요건을 갖춘 자(“지정개발자”) 또는 주택공사 등을 사업시행자로 지정하여 정비사업을 시행하게 할 수 있도록 하여(도시정비법 제8조 제4항) 공적주체의 관여를 허용하고 있는 점, 정비구역 안에서 건축물의 건축, 토지의 형질변경, 토석의 채취, 토지분할 등의 행위를 하고자 하는 경우에는 시장·군수의 허가를 받도록 하고(도시정비법 제5조), 재건축사업을 통해 건설되는 주택의 경우 일정비율 이상을 임대주택으로 건설하도록(도시정비법 제4조의2, 제30조의2)하는 등 각종 의무를 부과하고 있는 점, 정비구역지정, 사업시행인가, 관리처분계획인가, 이전고시, 청산금 부과·징수 등 적극적 질서형성을 위한 각종 행정처분이 허용되고 있는 점 등에 비추어 재건축사업은 공공성을 지니고 있을 뿐만 아니라 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원은 그 조합원들의 재산권에 대하여 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문에 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원에게는 도시정비기능을 수행하는 범위 내에서는 공무원에 버금가는 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되고, 따라서 그 임원이 직무와 관련하여 금품을 수수하는 등의 비리를 저질렀을 경우에는 이를 공무원으로 보아 엄중하게 처벌함으로써 재건축사업의 정상적인 운영과 조합업무의 공정성 보장을 도모할 필요성이 있으므로 이 사건 법률조항이 형법

상의 뇌물죄의 적용에 있어서 도시정비법상 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원을 공무원으로 의제하는 것은 그 입법목적의 정당성이 인정될 뿐 아니라, 이러한 입법 목적을 실행하기 위한 수단 측면에 있어서도 적절한 방법이라고 할 것이다.

(3) 침해의 최소성 및 법익균형성

이 사건 법률조항에 의하여 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원은 형법상 뇌물죄와 관련된 형사처벌에 있어서 보다 더 엄격한 대우를 받게 되는 것은 사실이나, 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원의 청렴성과 그 직무의 불가매수성을 보호하여 재건축사업의 원활한 시행 및 도시기능의 회복이라는 공익을 달성하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적, 그리고 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원의 직무 관련 금품수수 행위가 그 지역사회 및 국가 전체에 미치는 병폐의 심각성 등을 고려할 때, 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원의 금품수수 관련 행위를 형법상 뇌물죄에 의하여 처벌한다 하더라도 이를 지나치게 가혹하여 위 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉처벌에 해당한다고는 할 수 없으며, 이로 인하여 신체의 자유 등 기본권이 다소 제한된다고 하더라도 그 제한의 정도가 이 사건 법률조항에 의하여 보장되는 공익에 비하여 결코 중하다고는 볼 수 없다.

따라서, 이 사건 법률조항에 의한 공무원 의제 및 이에 따른 처벌은 침해의 최소성 원칙이나 법익균형성의 원칙을 충족한다고 할 것이다.

(4) 소결론

따라서, 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이다.

나. 평등권 침해여부

재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원을 형법상 뇌물죄의 적용에 있어서 공무원으로 의제하는 것이, 과연 다른 직종의 임원과 비교하여 자의적이고 불공평한 것인지 문제된다.

(1) 합리적 근거에 의한 차별

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 있는바, 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 뜻하므로, 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것이다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 503; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 627).

그런데, 앞에서 살펴본 바와 같이 재건축사업의 공공적 성격 및 이에서 도출되는 그 인적 구성원의 청렴성, 직무의 불가매수성이라는 측면에서, 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원이 직무와 관련하여 금품수수 등의 수재행위를 하였을 경우 별도의 배임행위가 있었는지 여부를 불문하고 형사제재를 가함으로써 그 업무와 관련된 각종 비리와 부정의 소지를 없애고 정비사업의 투명성·공정성을 확보할 필요가 있으므로, 이와 같은 입법목적에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 재건축조합 및 정비사업전문관리업자의 임원의 직무와 관련한 수재행위 등에 대하여 일반 사인(私人)과 달리 공무원의 수뢰죄와 동일하게 처벌한다고 하더라도 거기에는 합리적 근거가 있다고 할 것이다.

(2) 주택법에 의한 주택조합(지역주택조합, 직장주택조합)²²⁾의 임원과
의 비교

청구인들은 특히, 주택법상의 주택조합 중 지역주택조합 및 직장주택조합(이하 ‘주택조합’이라 한다)은 그 업무의 내용·성격 등이 재건축조합과 유사함에도 주택법 제102조에서는 감리업무를 행하는 자만을 공무원으로 간주하는 규정을 두고 있을 뿐 주택조합의 임원을 공무원으로 의제하는 조항을 두고 있지 아니하다는 점에서 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위반된다고

22) 주택법상 주택조합의 유형으로는 지역주택조합, 직장주택조합, 임대주택조합, 리모델링주택조합(주택법 제2조 제9호)이 있으나, 이 사건의 경우 청구인들이 비교집단으로 주장하는 것은 지역주택조합 및 직장주택조합에 한하므로 이 부분으로 논의의 한정을 한다.

주장하므로, 이에 관하여 살펴보기로 한다.

도시정비법이 제정되기 전에는 재건축조합도 주택건설촉진법에 의하여 규율되었으므로, 주택건설촉진법에 의한 주택조합(지역조합, 직장조합, 재건축조합)의 사업절차 및 사업시행방법은 모두 동일하였다.²³⁾ 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 재건축사업의 경우에는 그것이 사적 개발행위로서 공공성의 정도가 주택재개발의 경우보다 약하기는 하지만, 사업성 위주로 사업이 추진되어 난개발 및 투기를 조장하는 등 많은 사회적 문제들이 야기됨에 따라 도시정비법은 도시정비기능을 위한 제도의 하나로 정식 편입함으로써 공공성을 크게 강화하였다.

주택법상 주택조합은, 먼저 조합의 설립에 있어서 관할 시장·군수·구청장의 인가를 받는 등 지방자치단체의 관여가 있는 점(주택법 제32조 제2항), 건설교통부장관 또는 시장·군수·구청장은 주택공급에 관한 질서를 유지하기 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 필요한 사항을 확인할 수 있는 점(주택법 제34조 제1항), 시장·군수·구청장은 주택조합 또는 그 구성원이 주택법에 의한 명령이나 처분에 위반한 때에는 주택조합의 설립인가를 취소할 수 있게 한 점(주택법 제34조 제2항), 주택조합은 ‘주식회사의 외부감사에 관한 법률’ 제3조의 규정에 의한 감사인의 회계감사를 받아야 하며, 그 감사결과를 관할 시장·군수·구청장에게 보고하고 조합원이 열람할 수 있도록 해야 하는 점(주택법 제34조 제3항, 동법 시행령 제42조) 등에서 도시정비법상의 재건축조합과 어느 정도 비슷한 측면이 없지 않다고 할 것이다.

23) 주택건설종합계획 등 기본적 계획단계에서 건설교통부장관 또는 시장(서울특별시 시장 및 광역시장 포함)·군수가 입안, 결정하고(주택건설촉진법 제4조, 제20조 등), 주택조합의 설립에 관하여는 관할시장 등의 인가를 받고(같은 법 제44조 내용을 변경하고 해산할 때도 같다), 구체적인 사업시행계획에 관하여는 건설교통부장관의 인가 내지 승인이 필요하며(같은 법 제33조), 사업의 시행에 관하여 건설교통부장관 또는 시장 등이 공사의 중지 기타 필요한 조치를 명하는 등의 감독권을 행사하게 되어 있었다(같은 법 제48조). 한편 주택조합은 오로지 사업 시행에 동의하는 자로 구성되고 조합원의 강제가입에 의하여 이루어진 것이 아니므로 조합원들이 공통된 목표를 추구하기 위하여 임의로 만든 단체의 성격이 강하고, 국가 또는 지방자치단체 등의 사업비 지원 등을 받지 못할 뿐만 아니라 토지수용권이 없어 협의매수의 방법이 아니면 주택사업을 강제로 시행할 수 없고 주거안정대책이나 행정대집행의 방법이 마련되어 있지 않았다(헌재 1997. 4. 24, 96헌가3, 판례집 9-1, 416, 429 참조).

그러나, 주택조합의 근거법인 주택법은 국민의 주거안정과 주거수준의 향상을 목적으로 하며(동법 제1조), 토지의 합리적인 이용이나 가치의 증진, 도시의 기능이나 공공복리의 증진 등의 목적은 포함되어 있지 아니하고 도시계획과도 무관하다. 또한, 재건축조합이 설립에 의하여 등기를 하고 공익법인으로 규정되는 것과는 달리 주택조합은 민법상 비법인사단²⁴⁾인 점, 재건축조합은 주택단지 안의 각 동별 구분소유자 및 의결권의 각 2/3이상의 동의와 주택단지 안의 전체 구분소유자 및 의결권의 각 4/5이상의 동의를 얻어야 하는 반면(도시정비법 제16조 제2항) 주택조합은 무주택 세대주 및 18평 이하 소유자로 구성된 조합원 20인 이상의 동의를 요하는 점(주택법 시행령 제37조 제3항, 제38조 제1항 제1호 및 제2호), 재건축조합은 독립적인 사업주체로서 사업을 진행할 수 있는 반면(도시정비법 제8조 제2항), 주택조합은 사업주체의 범주에 포함되어 있지 않아 시공사인 등록업체와 공동으로만 사업을 진행할 수 있는 점(주택법 제10조) 등에 비추어 보면, 주택법상의 주택조합과 도시정비법상의 재건축조합은 그 공공성의 유무에 있어 차이가 있으며, 주택조합이 시행하는 사업은 조합원들이 자율적으로 결정하고 법령에 의한 강제나 특례 등이 거의 없어 사적 개발사업으로서의 성격이 강하고 그 설립 및 인적 구성, 사업시행절차 등 다른 여러 가지 측면에서도 근본적인 차이가 있음을 알 수 있다.

이와 같은 사정 외에도, 특히 앞에서 살핀 바와 같이 법정형의 종류와 범위의 선택은 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야라는 점을 고려할 때, 입법자가 도시정비법의 입법목적, 재건축조합의 정비사업과 그 공공성 등을 감안하여 입법정책적 차원에서 형법 제129조 내지 제132조의 적용과 관련하여 재건축조합과 주택조합의 임원을 서로 달리 취급한다 하더라도 이를 반드시 불합리한 차별이라고 보기는 어렵다.

(3) 소결론

24) 주택법 제32조에 의하여 시장·군수·구청장의 인가를 받은 주택조합은 법인으로서 설립등기를 할 수 있도록 하는 법률적 근거가 마련되어 있지 않다. 따라서 그 부동산의 등기에 관하여는 사단법인에 관한 민법규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고 유추적용한다.

따라서, 이 사건 법률조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.

다. 직업선택의 자유 침해 주장에 대한 판단

그 밖에 청구인들은 수많은 종류의 직업 중 유일하게 정비사업전문관리업자 및 조합의 임원만을 공무원으로 의제하는 이 사건 법률조항은 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하나, 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하고, 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있음을 그 내용으로 하는 것인바(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363, 374 참조), 이 사건 법률조항은 이미 재건축조합 내지 정비사업전문관리업자의 임원을 직업으로 수행하고 있는 자가 뇌물수수 등 위법한 행위를 한 경우에 그 처벌에 있어서 공무원으로 의제하고 있는 것일 뿐 청구인들의 직업선택이나 정당한 직업수행을 제약하는 것이 아니므로 이 사건 법률조항 자체에 의하여서는 청구인들의 기본권(직업선택의 자유)이 제한된다고 볼 수 없다.

라. 시장경제질서 등 위반 주장에 대한 판단

청구인은 이 사건 법률조항은 정비사업전문관리업자가 조합이 위임한 업무를 처리하는 과정에서 그 지위를 이용하여 부정한 청탁 또는 부정한 행위의 대가로 금품을 수수하는 행위를 규율하기 위한 것이므로, 정비사업전문관리업자와 시공사간의 사적인 거래, 민법상 계약에 따른 대가의 지급과 수령을 뇌물죄로 의율하는 것은 헌법상 사적자치의 원칙, 시장경제질서 및 죄형법정주의 정신에 어긋난다고 주장하나, 정비사업전문관리업자와 시공사간의 뇌물수수 행위가 이 사건 법률조항의 적용대상에 포함된다고 하더라도 이는 정비사업전문관리업자의 업무의 불가매수성과 공공성을 보장하기 위한 것이므로 앞서 본 바와 같이 형벌과 책임간의 비례성이 구비되는 한 이를 사적자치의 원칙, 시장경제질서 및 죄형법정주의 정신에 어긋난다고 할 수 없다.

마. 이 사건 법률조항의 소급적용 여부

청구인들이 관여한 주택재건축사업이나 그 관리업무는 도시정비법이 제정되기 전부터 추진되어 왔지만, 도시정비법이 시행된 후에 그 법 제13조에 따

라 정비사업전문관리업자로 등록하거나 제10조에 따라 주택재건축정비사업 조합으로 법인등기를 마침으로써 도시정비법의 규율을 받게 되었고, 청구인들은 모두 이 사건 법률조항이 시행된 후에 주택재건축사업이나 그 관리업무와 관련하여 금품을 수수하였으므로, 이 사건 법률조항이 소급하여 청구인들을 형사처벌하는 것이라고 볼 수 없다.

4. 이 사건 결정의 의의

이 결정은 종래 사법적 영역에서 다루어진 주택재건축사업이 2002. 12. 30. 법률 제6852호로 제정된 도시정비법상 주택재개발사업과 함께 도시정비사업으로 규정되면서 주택재건축사업의 공공적 성격이 강화되었음을 확인하고, 정비사업전문관리업자의 대표자(법인인 경우에는 임원)와 주택재건축조합의 임원에게 고도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되므로 이들을 뇌물죄의 주체인 공무원으로 의제하는 이 사건 법률조항이 합헌임을 확인하였다는 점에 그 의의가 있다.

보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 위헌제청

- 양벌조항으로서 개인인 영업주 처벌규정의 위헌 여부-
(헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10, 판례집 19-1, 520)

정 강 찬*

【관시사항】

영업주에 대한 양벌규정인 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조 중 제5조에 의한 개인인 영업주에 대한 처벌 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부(적극)

【심판대상】

보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제6조 (양벌규정) 법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제2조 내지 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 예에 따라 처벌한다.

【관련조항】

보건범죄단속에 관한 특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제5조 (부정의료업자의 처벌) 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과의료행위

* 서울고등법원 판사, 전 헌법연구관

를, 한의사가 아닌 자가 한방의료행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금을 병과한다.

의료법

제25조 (무면허의료행위등 금지)

①의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. (이하생략)

【결정요지】

1. 재판관 이강국, 재판관 김종대, 재판관 민형기, 재판관 목영준의 위헌의견

‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 국민 누구나 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 스스로의 책임에 따라 자신의 행동을 결정할 것을 보장하고 있는 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다.

이 사건 법률조항은 영업주가 고용한 종업원이 그 업무와 관련하여 무면허의료행위를 한 경우에, 영업주가 그와 같은 종업원의 범죄행위에 가담했다거나 종업원의 지도, 감독을 소홀히 했다는 등 영업주 자신의 비난받을 만한 행위가 있었는지 여부와는 전혀 관계없이 종업원의 범죄행위가 있으면 자동적으로 영업주도 동일하게 처벌하도록 규정하고 있다.

그렇다고 이 사건 법률조항을 그 문언상 명백한 의미와 달리 “종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우”라는 요건을 추가하여 해석할 수도 없다. 그것은 문리해석의 범위를 넘어서는 것으로서 허용될 수 없기 때문이다.

따라서 이 사건 법률조항은 법정형에 나아가 판단할 것 없이 다른 사람의 범죄에 대해 그 책임 유무를 묻지 않고 형벌을 부과함으로써 형사법의 기본원리인 책임주의에 반하므로 결국 법치국가의 원리와 헌법 제10조의 취지에 위반하여 헌법에 위반된다.

2. 재판관 이공현, 재판관 조대현, 재판관 김희옥, 재판관 송두환의 위헌의견

일정한 범죄에 대해 형벌을 부과하는 법률조항이 정당화되기 위해서는 범죄에 대한 귀책사유를 의미하는 책임이 인정되어야 하고, 그 법정형 또한 책임의 정도에 비례하도록 규정되어야 한다.

이 사건 법률조항은, 종업원의 무면허의료행위에 대한 영업주의 관여나 선임감독상의 과실 등과 같은 책임을 구성요건으로 규정하지 않은 채 종업원의 일정한 범죄행위가 인정되면 그 종업원을 처벌하는 동시에 자동적으로 영업주도 처벌하는 것으로 규정하고 있어, 종업원의 범죄에 아무런 귀책사유가 없는 영업주에 대해서도 처벌할 수 있는 것처럼 규정하고 있다.

뿐만 아니라 이 사건 법률조항을 종업원에 대한 선임감독상의 과실 있는 영업주를 처벌하는 규정으로 보는 경우라 해도 과실밖에 없는 영업주를 고의의 본범(종업원)과 동일한 법정형으로 처벌하는 것은 각자의 책임에 비례하는 형벌의 부과라고 보기 어렵다. 무면허의료행위가 아무리 중대한 불법이라고 본다 하더라도, ‘종업원에 대한 선임감독상 등의 과실’에 대해 무려 ‘무기 또는 2년 이상의 징역형’이라는 형벌을 가하는 것은 그 책임에 비해 지나치게 무거운 법정형이라고 하지 않을 수 없기 때문이다.

따라서 이 사건 법률조항은 종업원의 범죄행위에 대해 아무런 책임이 없는 영업주에 대해서까지 처벌할 수 있는 가능성을 열어놓고 있을 뿐만 아니라 책임의 정도에 비해 지나치게 무거운 법정형을 규정함으로써 형벌에 관한 책임원칙에 반한다.

3. 결론

이 사건 법률조항이 위헌이라는 의견이 8인으로서 위헌심판의 정족수를 넘으므로 이 사건 법률조항에 대하여 위헌을 선언하기로 결정한다.

※ 반대의견(재판관 이동흡의 합헌의견)

양벌규정에 의한 영업주의 처벌근거로는 책임주의 원칙과 관련하여 여러 해석이 가능하나 대법원 판례는 일관되게 영업주의 종업원에 대한 선임감독

상의 주의의무위반 즉 과실책임을 근거로 영업주의 책임을 묻고 있다. 일반적으로 어떤 법률에 대한 여러 갈래의 해석이 가능할 때에는 원칙적으로 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적 법률해석을 하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 그 문언에 의하더라도 구성요건에 해당하는 영업주의 범위는 자신의 '업무'에 관하여 종업원의 '위반행위'가 있는 경우에 한정되는 것으로서, 대법원 판례에서 말하는 '영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실'이란 것이 영업주의 '업무'와 종업원의 '위반행위'를 연결해 주는 주관적 구성요건 요소로서 추단될 수 있는 것이고, 그렇다면 이 사건 법률조항의 문언상 '영업주의 종업원에 대한 선임감독상의 과실'이 명시되어 있지 않더라도 그와 같은 과실이 있는 경우에만 처벌하는 것으로 해석하는 것은 문언해석의 범위 내에 있는 것으로서 합헌적 법률해석에 따라 허용된다고 판단된다.

따라서 대법원의 합헌적 법률해석을 전제로 판단해 보면 이 사건 법률조항은 형벌에 관한 책임주의 원칙에 위반되지 아니한다.

양벌규정인 이 사건 법률조항에 있어서도 직접행위자의 처벌규정과 관련하여 영업주에 대한 처벌조항의 법정형의 종류와 하한을 어떻게 정할 것인가는 기본적으로 입법재량에 속한다고 할 것인바, 이 사건 법률조항이 국민건강에 대한 위해의 측면에서 보호법익에 대한 침해가 중대할 뿐 아니라 종업원의 위반행위가 이익의 귀속주체인 영업주의 목인 또는 방지와 관련되는 등 영업주라는 지위에 대한 비난가능성이 크다는 점 등에 비추어 종업원의 행위에 대한 영업주의 선임감독상 과실의 죄책은 직접 행위자와 동등하게 평가될 수도 있는 것이므로 이 사건 법률조항에서 종업원에 대한 처벌규정을 전제로 하여 양벌규정으로 그 영업주에게도 종업원과 동일한 법정형을 규정하였다고 하여 입법재량의 한계를 벗어났다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 책임과 형벌의 비례성 원칙에도 위반되지 아니한다.

【사건의 개요】

당해 사건의 피고인(영업주) 및 공동피고인(사용인)은 2004. 12. 29. 서울 서부지방법원에 보건범죄단속에 관한 특별조치법위반(부정의료업자)으로 기소되었고, 그 공소사실의 요지는 공동피고인에 대하여는 피고인이 운영하는

기공소의 직원으로서 치과의사면허 없이 위 기공소에서 일정기간 치과치료를 해주고 그 대가를 교부받아 무면허 치과의료행위를 업으로 하였다는 것이고, 피고인에 대하여는 위 기공소를 운영함에 있어서 그 사용인인 상피고인이 위와 같이 치과의료행위를 업으로 하였다는 것이다.

당해 사건의 1심에서, 공동피고인은 징역 1년 6월 및 벌금 100만원에 집행유예 3년의 형을 선고받아 그 판결이 확정되었고 피고인은 공동피고인의 치과의료행위가 객관적 외형상 치과기공업무의 범주에 포함되지 않는다는 이유로 무죄판결을 받았다.

피고인에 대한 무죄판결에 대하여 검사가 항소하여 당해 사건의 소송계속 중, 제정법원은 2005. 6. 16. 직권으로 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제6조의 양벌규정 중 개인인 업주에 관하여 벌금형 외에 무기 또는 2년 이상의 징역형까지 부과하도록 한 규정이 형벌과 책임 간의 비례성의 원칙에 위반된다며 그 위헌 여부의 심판을 제청하였다.

【해 설】

심판대상조항의 특성과 검토의 순서

심판대상조항은 사용인의 위반행위에 대하여 영업주까지 처벌하도록 규정하고 있는 이른바 양벌규정의 일종이다. 행정형벌 분야 등에서 광범위하게 존재하는 양벌규정에 대하여 순과실설, 과실추정설, 무과실책임설 등 그 처벌근거와 법적성격 및 입법론적인 타당성 등에 관하여 많은 논의가 있어 왔고, 그에 대한 대법원 관례도 상당수 축적되어 왔다. 더군다나 심판대상조항은 영업주에 대하여는 벌금형으로 처벌하도록 규정하고 있는 통상의 양벌규정과 달리 영업주에 대하여도 직접행위자에 대한 처벌규정에 있는 징역형을 부과하도록 규정하고 있다는 특성이 있다.

따라서 심판대상조항에 대하여는 책임 없으면 형벌 없다는 협의의 책임의 원칙(자기책임주의)과 책임에 상응하는 형벌이 부과되어야 한다(책임과 형벌의 비례성 원칙)는 광의의 책임의 원칙 모두의 관점에서 위헌 여부가 검토되어야 할 것이다.

이하에서는 우선 심판대상조항의 연혁과 함께 양벌규정 일반에 관한 학계 및 실무상의 논의와 대법원 관례를 소개하고자 한다. 그러므로써 심판대상

조항의 위헌 논의에 앞선 판단의 기초를 제공하고 아울러 이 사건 결정의 의미를 곱씹을 수 있을 것으로 보이기 때문이다.

심판대상조항의 연혁 및 양벌규정 일반에 대한 검토

가. 심판대상조항의 연혁

보건범죄단속에 관한 특별조치법은 무면허의료행위로 인한 사망 및 이를 은폐하기 위한 토막살인사건, 부정식품, 부정의약품으로 인한 사회적 파장이 일자 이를 일벌백계하고자 청와대의 독려 하에 1969. 7. 9. 정부안으로 국회에 제출되어 불과 하루만에 본회의 의결을 거쳐 같은 해 8. 4. 법률 제2137호로 제정·공포되었다.¹⁾

심판대상조항의 본조에 해당하는 동법 제5조의 법정형이 보건사회위원회 통과 당시에는 무기 또는 5년 이상의 징역형과 10만원 이상 100만원 이하의 벌금형의 병과형이었으나 법제사법위원회의 심의를 거치며 징역형 부분이 무기 또는 2년 이상으로 감경된데 반하여,²⁾ 심판대상조항은 당초의 법률안에서 각 본조의 “벌금형”만을 병과하도록 규정되었던 것이 국회에서 특별한 논의 없이 특례법의 취지 상 개인에 대한 체형을 추가하는 것으로 하여 “각 본조의 예에 따라 처벌한다”로 수정되었다.³⁾

나. 양벌규정의 연혁

양벌규정은 법인이나 개인사업주의 구성원이 법규위반행위를 한 경우 그 법인이나 사업주만이 처벌되는 전가벌형식으로 등장하였다가 사업주가 법인인 경우에는 구성원의 법규위반행위에 대해 법인의 이사 기타 법인의 업무 집행직원이 대신 처벌을 받는 대표자 대벌형식이 나타난 후, 현재의 양벌규정 형식이 나타났다고 한다.⁴⁾

1) 제70회 국회 보건사회위원회 회의록 제3호, 제4호, 법제사법위원회 제6차회의록 참조

2) 국회법제사법위원회 전문위원 한문수의 소위원회심사보고서 참조

3) 보건사회위원회 및 법제사법위원회 심사보고서 참조

4) 田中利行, “法人處罰と兩罰規定,” 中山研一外 3人, 「現代刑法講座」第1卷, 1980, 272면 이하 참조; 박기석, 양벌규정의 문제점과 법인범죄의 새로운 구성, 刑事政策 제10호, 1998, 103쪽에서 재인용

다. 양벌규정의 유형과 법적 성격

우리 형법은 영업주 본인에 대한 일반적인 처벌규정을 두고 있지 않으나, 행정상의 특별형법은 거의 예외 없이 행위자 외에 영업주 본인을 처벌하는 양벌규정을 가지고 있으며 다음과 같이 3가지 유형으로 나눌 수 있다.

(1) 제1유형

영업주의 공범책임을 근거로 하여 처벌하는 형태로서, 근로기준법 제116조 후단과 같이 “...영업주가 위반의 계획을 알고 그 방지에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우, 위반행위를 알고 그 시정에 필요한 조치를 하지 아니하는 경우 또는 위반을 교사한 경우에는 사업주도 행위자로서 처벌한다”는 규정이 대표적이다. 이 경우에는 특별한 헌법적 문제가 발생하지 않는다.

(2) 제2유형

① 영업주의 과실책임을 근거로 영업주의 면책규정을 명문화한 형태로서, 선원법 제148조 제1항 단서, 하천법 제85조 단서, 항공법 제140조 단서, 구 공중위생법 제45조 단서, 관세법 제197조, 구 자동차운수사업법 제74조, 구 건축법 제57조 등은 업무주가 종업원의 업무집행에 대한 선임감독을 태만히 하지 않았음을 증명한 경우에 영업주의 책임을 면제한다.

② 면책조항이 있는 제2유형의 양벌규정에 대하여는 과실추정규정으로 보고 과실이 없음에 대한 입증책임이 피고인에게는 전환된다고 보는 것이 일반적인 학설⁵⁾과 대법원 판례의 입장이다.

판례는 『관세법 제197조(면책규정)에 의하면 피고인과 같은 법인이 동법 제196조에 의하여 처벌받게 되는 경우에도 본인으로서 그 직원 또는 임원의 위반행위를 방지하는 방도가 없었음을 증명한 때에는 면책을 받게 되어 있는바 이는 법인에게 무과실책임은 아니라 하더라도 입증책임을 부과함으로써 업무주체에 대한 과실의 추정을 강하게 하려는데 그 목적이 있다 할 것이므로 업무부장이 법인의 대표자 또는 이사에게 알리지도 않은 채 문제의 위반행위를 혼자 범하였다는 사실만으로써는 같은 법조에 규정한 면책사유가 있는 때에 해당하지 않는다.』(대판 1991. 11. 12, 91 도 801 판결)고 판

5) 김우진, 행정형벌법규와 양벌규정, 형사판례연구, 1998, 380-381쪽 참조

시하고 있다.

(3) 제3유형

① 심판대상조항과 같이 아무런 면책사유도 규정하지 않은 경우로서 대부분의 양벌규정이 이러한 형태를 취하고 있는바, “법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 ○○조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형(심판대상조항은 본조의 징역형 포함)을 과한다”⁶⁾라고 규정하는 유형이다. 공직선거및선거부정방지법 제260조, 식품위생법 제79조, 도로교통법 제81조, 수산업법 100조 등의 양벌규정도 이 경우에 해당된다. 이러한 유형의 양벌규정이 오늘날 대중을 이루고 있으며, 이 사건 결정이 있기 전까지 종전에 면책을 인정하는 제2유형은 제3유형으로 개정되고 있는 추세였다(현행 건축법 제81조나 현행 공중위생법 제45조, 자동차관리법 제100조 등의 양벌규정이 그와같이 개정된 예이다).

② 사업주 처벌의 근거와 법적성격

㉠ 학설

이와같이 면책조항이 없는 대부분의 양벌규정에 있어서 영업주 처벌의 근거와 그 법적성격에 대하여 다음과 같은 학설들이 있다.

(i) 무과실책임설

양벌규정은 타인인 종업원의 행위에 의한 책임을 행정규제의 목적달성을 위해 사업주에게 전가시키는 것으로서 사업주에게는 고의는 물론 과실의 존재도 필요하지 않다고 하는 것으로서 그 이면에는 사업주의 사업수행과정에서 행해진 위법행위는 통상 사업주의 이익을 위해서 행해지는 것이고, 이러한 행위에 대한 이익, 불이익은 사업주에게 귀속시키는 것이 적절하다고 하는 사고가 깔려 있다고 한다.⁷⁾

6) 박기석, 전제 논문 102쪽

7) 법인의 범죄능력을 부정하여 양벌규정을 통한 법인의 처벌을 무과실책임으로 이해하는 입장이다. 이재상, 「형법총론」, 88~89면 ; 배종대, 「형법총론」, 205면: 이 입장에서는 양벌규정이 범죄능력 없는 법인에게 책임을 전제로 하는 형벌을 과하여 무과실책임을 인정하는 것은 책임주의에 부합하지 않는다고 한다. 양벌규정은 진정한 범죄와 형벌을 규정한 것이라기보다는 행정단속의 목적을 위한 정책적 고려에서 나온 규정으로서 법인에 대한 제재는 과태료 등 행정제재로 전환해야 한다고

또한 『무릇 법인 등 업무주에 대한 동시처벌은 대부분의 행정상 특별입법에 해당되는 부수형법이 추구하는 행정목적의 달성하기 위하여 과하는 질서벌적 성격의 특별형법이라 할 수 있다. 물론 업무주가 직접 위반행위를 하거나 배후에서 조종 내지 교사·묵인·방치하는 경우가 많고, 이와 같은 경우에는 업무주도 정범 또는 공범으로 처벌될 수 있다. 그러나 실제로 업무주에 대하여 책임을 묻는 것은 쉽지 않고 그 입증도 어렵다. 그래서 업무주도 함께 처벌하는 것은 업무주의 개입에 관한 입증이 어려운 경우에도 행정상 제재를 부과함으로써 행정목적의 달하려고 하는 것이 입법자의 의도 속에 숨어 있다고 추단된다. 그 처벌의 근거를 선임·감독상의 과실이 있는 것이라고 표현하든, 그러한 과실이 추정된다거나 의제된다고 표현하든 간에 이론상의 문제라 할 것이다. 굳이 말한다면 제3유형의 경우에도 처벌 자체는 무과실 책임에 의하여 면책을 인정하지 아니하지만 업무주 처벌의 근거는 선임·감독상의 과실에 기한다고 볼 것이다.』라고 보아 처벌상의 근거와 법적성격을 분리하여 보는 견해도 있다.』⁸⁾

이에 대하여는 책임주의에 반한다는 비판이 있다.

(ii) 과실책임설

책임주의와의 조화를 이루기 위한 견해로서 다시 다음과 같이 나뉜다.

㉠ 순과실설

면책조항이 없는 경우에는 다시 위와 같은 사업주의 과실의 존재를 일반의 과실사건의 경우와 마찬가지로 공소를 제기하는 측에서 입증하여야 한다고 하는 견해이다.

㉡ 과실추정설(통설)⁹⁾

위와 같은 과실의 존재를 추정하는 것이고, 사업주 측에서 부존재를 증명하지 않는 한 사업주는 책임을 면할 수 없다고 하는 견해이다.

㉢ 과실의제설

주장한다.

8) 김대휘, 양벌규정의 해석, 형사판례의 연구1, 지송 이재상교수 화갑기념논문집 간행위원회, 1999, 114쪽 참조.

입증책임을 전환하는 제2유형의 경우에도 그 입증의 정도를 엄격히 함으로써 실무상으로 제3유형과 결과에 차이를 보이고 있지 않는 것 같다고 한다.

9) 大コンメンタル 형법 제1권, 117쪽; 김익상, "양벌규정," 「검찰」 50호, 230쪽; 임대섭, "양벌규정소고," 「검찰」 55호, 90면; 김우진 전계논문 381쪽에서 재인용

위와 같은 과실의 존재를 법이 의제한 것이라는 견해이다.

(iii) 기타의 견해

일설에 의하면 면책규정이 있는 경우의 판례해석과 비교를 통해 생각해보면 어느 학설로도 해석이 가능하다고 한다¹⁰⁾.

첫째, 판례가 면책규정이 존재하는 경우에서조차 강한 과실추정이 인정되고 입증책임이 전환된다고 보는 점에서는 면책규정이 없는 경우에는 무과실책임이라고 볼 수 있고,

둘째, 면책규정이 있는 경우를 오히려 가벌성의 범위를 확장한 것이라고 보고 이 경우에는 판례가 말한 것처럼 강한 과실의 추정과 입증책임이 전환되고 일반 양벌규정의 경우에는 일반이론에 따라 과실책임의 입장이라고 볼 수 있는 여지도 있다. 또 면책규정이 삭제되는 추세를 책임주의의 강화라는 형법일반이론에로의 귀속이라고 보면 이 입장이 타당하다고 할 수 있으며,

셋째, 면책규정의 성격을 논함에 있어서 '과실의 강한 추정' 이라는 표현을 쓰는 것을 볼 때 일반 양벌규정은 과실추정설을 취함이라고 볼 수 있다고 한다.

㊤ 판례의 입장(과실추정설)

면책 규정이 없는 경우에도 사업주 처벌의 양벌규정은 전가책임이 아니고 법인이나 개인에게 피용자에 대한 선임 감독상의 책임을 지도록 함으로써 행정규제의 실효성을 달성하기 위한 것으로 일반적으로 선임감독에 있어서의 과실책임을 의미하여 강력한 과실추정규정으로서 영업주가 그와 같은 주의의무를 다하였음을 입증하지 못하는 한 처벌을 받는다고 보는 것이 대부분 사건에 있어서 대법원 판례의 입장이다[대법원 1982. 6. 22. 선고 82도777 판결, 공 1982. 9. 1.(687), 722쪽; 대법원 1987. 11. 10. 선고 87도1213 판결, 대법원판례집 35(3)형, 747쪽, 공 1988. 1. 1.(815), 120쪽; 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1395 판결, 공 1992. 10. 15.(930), 2803쪽; 대법원 2002. 1. 25. 선고 2001도5595 판결; 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도7673 판결 등 참조].¹¹⁾

심판대상조항에 대하여도 대법원 판례는 『보건범죄단속에 관한 특별조치법 제6조와 같은 양벌규정에 있어서 사업주가 개인인 때에는, 그 개인의 대

10) 박기석, 양벌규정에 관한 판례분석, 강의중교수정년기념논문집, 2002. 2., 교학연구사, 429-430쪽 참조

11) 박기석, 전제 논문427-432쪽 참조

리인, 사용인 기타 종업원의 위반행위가 있는 경우에 그 사업주에게 그 행위자의 선임, 감독 기타 위반행위를 방지하기 위하여 필요한 주의를 다하지 아니한 과실이 있다고 추정하고 이를 처벌하는 것이라고 볼 것이므로 그 사업주는 이러한 주의를 다 하였음을 증명하지 아니하는 한 그 형사책임을 면할 수 없다고 볼 것이다.

이 사건에 있어서 원심판결을 기록에 의하여 검토하여 보면 원심이 위와 같은 취지에서, 피고인 2가 피고인 1을 새한병원 내과과장으로 채용함에 있어 무면허진료행위를 방지하기 위한 충분한 주의를 다하였다고 인정할 자료가 없으므로 상피고인의 무면허 사실을 몰랐다고 하더라도 위 양벌규정에 의한 처벌을 면할 수 없다고 한 조처는 정당하고』(대법원 1982. 6. 22. 선고 82도777 판결, 공1982. 9. 1. 722)라고 판시하였다.

다만 도로교통법상의 양벌규정에 대해 다음과 같이 질서법적인 성격을 갖는다고 하면서 무과실책임을 인정한 판례가 있다. 『도로교통법 제81조의 양벌규정은 도로에서 발생하는 모든 교통상의 위해를 방지, 제거하여 교통의 안전과 원활을 도모하기 위하여 도로교통법에 위반하는 행위자 외에 그 행위자와 위 법 소정의 관계에 있는 고용자 등을 아울러 처벌하는 이른바 질서법의 성격을 갖는 규정이므로 비록 행위자에 대한 감독책임을 다하였거나 또는 행위자의 위반사실을 몰랐다고 하더라도 이의 적용이 배제된다고 할 수 없다』(대법원 1982. 9. 14, 82 도 1439 판결)

결국 대법원판례의 입장은 위 도로교통법 사건을 제외하면 면책 규정의 유무를 불문하고 양벌규정에 대하여 법률상 추정규정으로 보고 있다고 할 것이다.¹²⁾

12) 이에 대하여 판례가 그 성격을 강력한 과실추정규정으로 실시하더라도 법률상 추정이란 무죄추정의 원칙에 비추어 법률에서 명문의 규정이 있을 경우에만 예외적으로 허용되는 것이기 때문 이는 경험칙에 따른 강력한 사실상 추정을 의미하는 것으로 보아야 할 것이라는 견해도 있을 수 있으나, 양벌규정(심판대상조항 포함)에 대한 대법원판례의 실시와 아래에서 보는 사실상 추정에 관한 대법원의 실시는 그 의미가 다르다. 즉, 아래에서 보는 '이적목적'에 대한 사실상 추정은 그 전제사실로서 이적성에 대한 인식과 이적행위에 대한 미필적 인식을 요하며 그와 같은 경우에 재판상 법관의 심증형성과정에서 경험칙에 의하여 이적목적이 추인된다는 의미이고, 그와 같이 해석 하는 데는 법률규정상의 근거도 요하지 않는다. 그러나, 심판대상조항을 포함한 양벌규정에 있어서는 처벌규정에 대하여 '과실이 있다고 추정하여 처벌하는 것이며 피고인이 그 주의의무를 다하였음을 입증하여야 한다'고 해석하는 바, 이는 문리적으로도 법률상 추정으로 해석하는 것이라고

책임주의 및 형벌과 책임의 비례성 위반 여부

(1) 법정형에 대한 입법형성권의 범위와 한계

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, 행정형법 등이 있고, 특수한 영역의 범죄에 탄력적으로 대응하거나 특히 사회문제가 되고 있는 특정 범죄에 대하여 효율적·기능적으로 대처하기 위

볼 수밖에 없다. 처벌 규정 자체에서 과실을 추정하여 처벌하는 것이 사실상 추정일 수 있는가? 사실상 추정이란 재판과정에서의 경험칙을 적용하는 심증형성의 과정에 불과한 것인데 법률상 처벌 규정에 대하여 사실상 추정이라는 표현은 그 규정에 경험칙이 내재되어 있다는 입법배경 내지 정당화 근거로서는 가능한 설명일 수는 있으나 규정의 법적성격으로서는 부적당하다고 할 수밖에 없다.

또한 법률상 추정은 명문의 규정이 있어야 한다는 일반이론은 기본권보장 차원에서 무죄추정의 원칙에 대한 예외인 법률상 추정의 범위에 대한 제한을 가하기 위한 것인바, 양벌규정 중 면책의 단서 조항이 있는 경우와 마찬가지로 심판대상조항과 같이 아무런 면책규정을 두지 않아 문리해석상 무과실책임규정으로 볼 여지가 클 경우에 그보다는 책임주의에 부합하는 법률상 추정규정으로 보는 것은 명문규정에 근거한 것과 같은 평가를 받을 수 있고, 제5조에 의한 사용자의 처벌에 따라 영업주를 처벌하는 제6조 자체가 이미 명문의 규정이라고 볼 수 있다. 실제로 법률 명문 규정이 없어도 대법원 1986. 1. 28. 85도2379 판결에서 ‘사회보호법 제5조 제1항 제1호 소정의 보호감호 대상자는 재범의 위험성이 법률상 추정되므로 따로이 재범의 위험성 유무를 심리 판단할 필요가 없다’는 취지로 판시한 바 있다.

대법원 관례는 다음과 같이 국가보안법 제7조 제5항의 ‘이적목적’에 대하여 사실상 추정을 하고 있다. 『국가보안법 제7조 제5항에서의 목적은 제1항, 제3항 또는 제4항의 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지의 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건은 충족되는 것이며, 객관적으로 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하는 등 이적성이 있는 내용이 담겨있는 표현물을 그와 같은 인식을 하면서도 이를 반포·판매·취득·소지 등의 행위를 하였다면 그 행위자에게는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식은 있는 것으로 추정되는 것이고, 따라서 오로지 학문적인 연구나 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적목적의 없었다고 보여지는 자료가 나타나지 않는 한 초과주관적 위법요소인 그 이적목적의 요건은 충족된다고 보아야 할 것이라고 함은 이 법원의 확립된 견해이다』 [대법원 1999. 12. 7. 선고 93도4398, 공 2000. 1. 15.(93), 241]

하여 형사특별법의 제정 필요성이 인정된다. 즉 입법권자는 유동적이고 가변적인 현대사회의 다양한 현상에 시의적절 하게 대응하기 위하여 그 제정이 필요하거나 이를 정당화할 특별한 사안이 있는 경우에는 기존의 일반 형사법에 대한 특별규정으로 특정 범죄에 대하여 예외적으로 허용되는 특별법을 제정할 수 있다¹³⁾.

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 분야이다¹⁴⁾.

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 구현하도록 하여야 하며, ③ 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 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 헌법규정이나 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 한다¹⁵⁾.

13) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 231 참조

14) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 547; 헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 196-197 참조

15) 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2, 242, 252-253 참조

(2) 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제5조에 대한 선례

이 사건 양벌규정의 전제가 되는 위반행위자에 대한 처벌규정인 ‘보건범죄단속에 관한 특별조치법’ 제5조에 대한 위헌소원 사건(2001. 11. 29. 2000헌바37, 판례집 13-2, 637쪽)에서 재판부는 다음과 같이 판시한 바 있다¹⁶⁾.

『이 사건 법률조항은 (생략) 의료법 규정에 비하여 (생략) 가중하고 있다. 이는 국민의 생명과 건강에 직결되는 의료행위의 중요성에 비추어 의사가 아닌 자가 영리를 목적으로 업으로 하는 것이라는 비난가능성과 무면허 의료업자에 대한 일반예방적 효과를 달성하려는 형사정책적 고려에서 입법자가 국민보건의 향상을 위하여 필요 최소한의 범위 내에서 형벌을 가중한 것이어서 입법형성의 범위 내의 것이라고 할 것이다. 또한 이 사건 법률조항은 그 법정형이 징역형의 경우 무기 또는 2년 이상이어서, 법률상 감경사유가 없어도 집행유예를 선고할 수 있으므로 법관의 형벌의 종류 및 형량을 선택할 권한을 제한하고 있다고 할 수 없다고 하겠다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 무기 또는 2년 이상의 징역형과 100만원 이상 1천만원 이하의 벌금형을 병과 하도록 규정하고 있는 점만으로는 그것이 곧 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되어 다른 범죄자 특히 의료법상 무면허의료행위자와의 관계에 있어서 헌법 제11조가 보장하는 평등의 원리에 반한다고 할 수 없고, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지 원칙에 위배된다고 할 수도 없을 뿐만 아니라, 나아가 그 법정형이 지나치게 가혹하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 국가의 기본권보호의무를 보장한 헌법 제10조에 위반되는 것이라고 볼 수도 없다고 할 것이다.』

심판대상조항과 같은 양벌규정에 있어서도 직접행위자의 처벌규정과 관련하여 영업주에 대한 처벌조항의 법정형의 종류와 하한을 어떻게 정할 것인가는 기본적으로 입법재량에 속한다고 할 것이다.

16) 그 밖에도 헌재 1996. 12. 26. 93헌바65; 헌재 2003. 2. 27. 2002헌바23; 헌재 2007. 3. 29. 2003헌바15; 헌재 2007. 4. 26. 2003헌바71; 헌재 2005. 11. 24. 2003헌바95; 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바9; 헌재 2005. 9. 29. 2005헌바29 사건에서 합헌을 선고한 바 있다.

(3) 합헌론

① 무면허의료행위를 영리 목적으로 업으로 행한 자 이외에 영업주를 그와 동일한 징역형 및 벌금형으로 처벌토록 하는 것은 종업원의 그와 같은 위반행위가 이익의 귀속주체인 영업주의 묵인 또는 방치로 인하여 발생 또는 강화될 가능성이 높아 영업주에 대한 비난가능성이 높음에도 불구하고 공범으로서의 입증가능성은 오히려 낮을 수 있다는 점을 감안하여¹⁷⁾, 국민보건이라는 중대한 법익에 위협을 초래할 행위에 대한 예방 및 처벌의 실효성을 제고¹⁸⁾하기 위하여 영업주의 선임감독상의 주의의무위반에 대하여 강력한 처벌을 하려는 입법자의 의지를 반영한 것이라고 할 것이며, ② 심판대상조항은 종업원의 모든 위반행위에 대하여 영업주를 행위자와 동일하게 처벌하는 것이 아니고 영업주의 “업무에 관하여” 종업원이 의무위반행위를 한 것에 대하여만 처벌하도록 규정하고 있고, 판례상 강력한 과실추정규정으로서는 기능을 하지만 영업주가 선임감독 상의 주의의무를 다하였음을 입증할 경우에는 처벌할 수 없도록 함으로써 처벌의 필요성과 책임주의 원칙 간에 조화를 도모하고 있는 점, ③ 법정형 그 자체로 별도의 작량감경 없이도 집행유예가 가능하고 작량감경을 할 경우 선고유예도 가능한 점, 영업주에게 집행유예 또는 선고유예의 결정사유가 존재하여 집행유예 또는 선고유예를 선고하지 못하게 되더라도 이는 집행유예 또는 선고유예 제도 자체에 내재하는 요건에 기인한 것일 뿐 심판대상조항에 대한 책임과 형벌의 비례성을 판단함에 있어서 고려할 점은 아니라고 판단되는 점 ④ 영업주에게 선임감독상의 과실을 근거로 책임을 묻지만 국민건강에 대한 위해 등의 법익 침해적 중대성과 영업주라는 지위를 고려하면 그와 같은 피용자의 행위에 대한 선임감독상의 과실의 죄책은 직접 행위자와 동등하게 평가할 수도 있다는 점 등을 종합하면, 심판대상조항이 비록 종업원인 위반행위자에 대한 선임감독상의 과실책임을 처벌근거로 하지만 영업주에게도 고의범인 위반행위자와 동일한 무기 또는 2년 이상의 징역 및 100만원 이상 1천만원 이하 벌금의 법정형을 규정하는 것이 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항의 과잉

17) 김대휘, 전계 논문 113, 114쪽 참조

18) 이상철, 양벌규정 연구, 법제 491호, 1998. 11., 49, 50쪽 참조

입법금지 원칙이나 기본권의 본질적 내용 침해금지 원칙에 위배되는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 자의적으로 행사된 경우에 해당한다고 할 수도 없고, 나아가 그 법정형이 지나치게 가혹하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 국가의 기본권보호의무를 보장한 헌법 제10조에 위반된 것이라고 볼 수도 없다.

(4) 위헌론

양벌규정에 있어서 처벌의 실효성 및 일반예방적효과를 제고하려는 입법 목적에 따라 영업주도 함께 처벌하는 것 자체에 대하여는 그 타당성을 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 다음과 같은 점에서 심판대상조항은 책임주의 및 책임과 형벌의 비례성 원칙에 위반된다고 보여진다.

(가) 법 조항의 문언과 법 목적에 따른 합헌적 해석의 한계

심판대상조항은 ‘법인의 대표자 또는 법인이나 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제2조 내지 제5조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 법인 또는 개인에 대하여도 각본조의 예에 따라 처벌한다.’고 규정하여 선임감독상의 과실을 요건으로 규정하지 않고 있다. 문언상으로는 명백히 무과실책임을 규정한 것이라고 보여진다. 앞서 본 바와 같이 대법원 판례는 도로교통법 위반 사건에서 이를 무과실책임이라고 실시한 예도 있다.

또한 앞서 본 양벌규정 일반의 입법취지와 위하적 효과에 의하여 일반에 방효과를 달성하려고 한 보건범죄단속에 관한 특별조치법의 제정 배경 및 입법취지와 아울러 문언을 살펴보면 업무주가 직접 위반행위를 하거나 배후에서 조종 내지 교사·묵인·방치하는 경우가 많고, 이와 같은 경우에는 업무주도 정범 또는 공범으로 처벌될 수 있으나 실제로 업무주에 대하여 책임을 묻는 것은 쉽지 않고 그 입증도 어려워 업무주의 개입에 관한 입증이 어려운 경우에도 행정상 제재를 부과함으로써 행정목적에 달하려고 하는 것이 입법자의 의도라고 보여지며, 그 처벌의 근거를 선임·감독상의 과실이 있는 것이라고 표현하든, 그러한 과실이 추정된다거나 의제된다고 표현하든 간에 이는 이론상의 문제일 뿐 처벌 자체는 무과실책임에 의하여 면책을 인정하지 아니하겠다는 것으로 보여진다.¹⁹⁾

이러한 법 목적은 대법원 판례가 설시상으로는 책임주의와의 조화를 꾀하기 위하여 과실추정규정으로 보면서도 선임감독상의 과실이 없음이 입증되었다고 인정한 사례를 찾아보기 힘들만큼 영업주의 책임을 넓게 인정하고 있다는 점²⁰⁾에서도 뒷받침된다고 할 것이다.

그렇다면 법률은 원칙적으로 가능한 범위 안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다고 할 것이며 심판대상 조항 또한 책임주의와의 조화를 이루기 위하여 이를 법률상 추정규정이나 일반 과실범 처벌규정으로 보는 것은 실질적 의미의 입법작용으로서 입법자의 입법권을 침해하게 되어 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.
21)22)

19) 김대휘, 전계 논문, 26-27쪽 참조.

20) 판례는 업무의 범위를 객관적 외형적인 기준에 따라 판단한다.

또한 판례는 종업원의 행위가 법인의 이익을 위한 것이 아니라 자신의 개인적 이익을 위해 행위한 경우라도 법인은 형사책임을 져야 한다고 본다(대법원 1977. 5. 24 선고, 77도412 판결; 본 사건의 개요는 다방에서 주방종업원들이 주인 몰래 레플러 커피를 적게 넣고도 적량을 넣은 것과 같은 진한 색과 맛을 내기 위해 판매용커피를 끓일 때마다 담배 1개피씩을 넣어서 끓여 판매한 것이다.) 본 사건에 대한 원심(서울형사지방법원 1976. 12. 30 선고, 76노10857 판결)의 판단은 종업원 등의 식품위생법위반행위는 인정되지만 그 위반사실을 영업주는 알지 못하였고 그들이 피고인으로부터 공급받은 커피원료를 일부씩 절취매각하고 이를 은폐하기 위해서 나온 행위로서 영업주의 이익을 위하여 그 사업목적수행을 위한 행위로 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고하였다. 그러나 대법원은 종업원의 행위가 법인이나 영업주의 이익을 위한 것이 아니라 하더라도 법인이나 영업주의 업무에 관한 것이면 법인이나 영업주는 처벌된다고 보았다. 즉 객관적으로 보아 업무의 범위내이면 처벌이 가능하다는 것이다.

또 판례는 그 종업원은 영업주의 사업경과과정에 있어서 직접 또는 간접으로 영업주의 감독통제 아래 그 사업에 종사하는 자를 일컫는 것이므로 영업주 스스로 고용한 자가 아니고 타인의 고용인으로서 타인으로부터 보수를 받고 있다 하더라도 객관적 외형상으로 영업주의 업무를 처리하고 영업주의 종업원을 통하여 간접적으로 감독통제를 받는 자라면 위에 포함된다고 보고 있다(대법원 87. 11. 10. 선고, 87도1213 판결).

최근의 판례도 "위 규정에서 말하는 법인의 업무라 함은 객관적 외형상으로 보아 법인의 업무에 해당하는 행위이면 족하고 그 행위가 법인의 내부 결재를 밟지 아니하였다거나 그 행위의 동기가 직원 기타 제3자의 이익을 위한 것이라고 하여도 무방하다고 할 것이다"라고 판시하고 있다(대법원 2002. 1. 25 선고, 2001 도 5595).

21) 구 사회보호법(1989. 3. 25. 법률 제4089호로 개정되기 전의 것)은 현재 1989. 7. 14. 88헌가5, 8, 89헌가44(병합)(판례집 제1권, 69) 결정에 의하여 위헌선언된 바 있다.

위 선례에서는 다음과 같이 보안처분은 헌법 제12조 제1항의 죄형법정주의의 취지에 비추어 상당한 개연성으로서의 재범의 위험성을 요함에도 불구하고 제5조

따라서 무과실책임을 규정하고 있는 심판대상조항은 책임주의에 위반된다.

(나) 법률상 추정규정으로 보는 대법원 판례의 문제점

가사 대부분의 대법원 판례와 같이 심판대상조항을 법률상 추정규정으로 보는 합헌적 해석이 합헌적 해석의 한계 범위 내에 있어 가능하다고 하더라도 이 역시 무죄추정의 원칙과 책임주의의 원칙에 반한다고 보여진다.²³⁾ 다

제1항과 제20조 제1항 단서를 종합하면, 제법의 위험성을 명문의 요건으로 규정하고 있는 제5조 제2항과 달리 제5조 제1항에 규정된 요건만 충족되면 제법의 위험성 유무를 불문하고 반드시 보호감호에 처하도록 함이 입법자의 의지이며 합헌 해석의 원칙도 문외적 한계와 입법자의 명백한 의지와 입법 목적에 따른 한계를 가지며 이를 벗어나면 실질적 의미의 입법작용으로서 입법자의 입법권을 침해하게 되어 허용되지 않는다고 보았다.

『(3) 법 제5조 제1항의 합헌적 해석의 가능성 여부
 법무부장관은 법 제5조 제1항의 규정취지는 제법의 위험성 없이도 동조항의 요건에 해당하면 반드시 보호감호를 선고하도록 한 것으로는 볼 수 없고, 동조항의 요건에 해당되면 일응 제법의 위험성이 의제된다는 것에 불과하므로 법원은 동조항의 요건에 해당된다고 하더라도 제법의 위험성이 인정되지 아니한 때에는 감호청구를 기각할 수 있다고 하는 합헌적 해석이 가능한 것이라고 주장한다.

법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니 된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다.

따라서, 법률 또는 법률의 위 조항은 원칙적으로 가능한 범위 안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위 내이어야 한다는 문외적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법목적에 따른 한계가 바로 그것이다.

왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다. 그런데 법 제5조 제1항은 제법의 위험성을 보호감호의 명문의 요건으로 하지 않는 보호감호를 규정하고 있고, 법 제20조 제1항 다만 이하 부분은 법원에 게 법 제5조 제1항 각호의 요건에 해당하는 한 보호감호를 선고하도록 규정하고 있다.

이에 반하여, 법 제5조 제2항은 제법의 위험성을 보호감호의 법정요건으로 명문화하고 있고, 법 제20조 제1항 본문에서는 이유 없다고 인정할 때에는 판결로써 청구기각을 선고하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 법 제5조 제1항의 요건에 해당되는 경우에는 법원으로 하여금 감호청구의 이유 유무 즉, 제법의 위험성의 유무를 불문하고 반드시 감호의 선고를 하도록 강제한 것임이 위 법률의 조항의 문외적 한계는 물론 입법권자의 의지임을 알 수 있으므로 위 조항에 대한 합헌적 해석은 문외적 한계를 벗어난 것이라 할 것이다.』

22) 그런 의미에서 앞서 본 도로교통법 제81조의 무과실책임을 인정한 대법원 판례를 이해할 여지도 있어 보인다.

23) 양벌규정을 법률상 추정규정으로 보는 것이 합리적 해석 범위에 있다고 하더라도 헌법적 관점에서 다음과 같은 비판론이 가능해 보인다.

① 무죄추정의 원칙에 반한다.

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하고 있고, 이는 형사소송에 있어서 증거법상으로 검사가 범죄성립에 대한 입증책임은 지는 것을 핵심적인 내용으로 하여 법률상 추정 규정 내지 입증책임의 전환규정은 위 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보는 것이 통설의 입장이다. 무죄추정의 원칙 위반 여부가 문제가 되었던 다수의 우리 재판소 판례 중에서 이와 같은 내용을 전제로 실시한 예도 있다. 『무죄추정의 원칙은 증거법에 국한된 원칙이 아니라 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리로서 인신의 구속 자체를 제한하는 원리로 작용한다.』(헌재 2003. 11. 27., 2002헌마193, 판례집 제15권 2집 하, 311, 320-321). 비교법적으로 보았을 때에 법률상 추정규정에 대하여 영국에서는 특별한 제한이 없어 보이나, 미국에서는 자기무죄금지원칙, 배심에 의한 신속한 공개재판의 원칙 등에 의한 제한이 있고, 독일에서는 책임주의 원칙에 비추어 원칙적으로 금지되는 것으로 보고 있다(BVerfGE 9, 167 결정 참조).

무죄추정원칙 위반을 인정한 우리 재판소 선례들은 재판에 이르기 전 또는 유죄 판결이 확정되기 전에 국가기관 등의 처분이나 구속기간의 연장 등의 예외를 인정한 법률 규정이 위 원칙에 위반하고 아울러 더 나아가 신체의 자유나 직업선택의 자유 또는 영장주의나 적법절차를 위반하였다 점에서 기본권침해성 내지 위헌성을 인정한 것인바, 심판대상조항은 무죄추정의 원칙의 본질적인 내용인 형사소송에 있어서 검사의 입증책임에 대한 원칙에 대한 예외로서 그에 의하여 유무죄에 직접적인 영향을 미친다는 점에서 앞서 본 선례들에서 다른 법률규정보다 그 결과의 중대성 및 영속성은 더 하다고 할 것이다. 따라서 법률상 추정 규정의 허용가능성에 대하여는 매우 엄격한 심사가 이루어져야 할 것인 바,

(i) 다른 추정규정들과 비교해 보면

‘환경범죄의 단속에 관한 특별조치법’ 제11조와 ‘마약류 불법거래방지에 관한 특별법’ 제17조는 예외적으로 검사의 증거책임은 완화 또는 전환할 필요성은 충분히 인정될 여지가 있으며 다만 필요 최소한의 범위 내에서 인정되어야 한다는 관점에서 ‘상당한 개연성이 인정되는 경우에 한하여’ 법률상 추정을 인정한 것은 헌법 제37조 제2항의 취지에 비추어 보아도 무죄추정 원칙의 본질적인 내용을 침해하고 있다고 보여지지 아니한다는 견해(김정환, 형사소송에서의 추정 이론, 인권과 정의, 2005. 3., 68- 69쪽 참조)가 있는데 반하여, 심판대상조항은 그 보호법익의 중대성에 비추어 피용자 등의 행위에 대하여 영업주의 과실을 추정할 필요가 있다고 볼 수 있을지 모르나, 필요최소한의 요건을 갖추었다고 보기 어렵다. 피용자가 업무에 관하여 위반행위를 하였다고 하더라도 이는 객관적 외형적인 기준에 따른 판단에 불과할 뿐만 아니라 대법원 판례(대법원 1977. 5. 24 선고, 77도412 판결; 대법원 2002. 1. 25 선고, 2001도5595 판결)에 의하면 피용자 자신의 이익만을 위하여 행한 경우까지 포함된다고 보고 있는 등 광범위하게 그 과실책임을 인정하고 있는 점에 비추어 피용자의 위반행위가 있다는 점이 과실의 ‘상당한 개연성이 인정되는 경우에 한하여’라는 필요최소한의 요건에 준하는 정도라고 보여지지 않고, 상해의 동시범 처벌(형법 제263조)에 대하여도 위헌의 견해(배종대/이상돈, 전거서 501면 참조)가 유력한데, 이 조항조차도 적어도 그와 같은 독립된 폭행행위(폭행치상의 경우) 또는 상해행위 및 그에 대한 고의는 인정되어 최소한 미수죄로는 처벌이 가능한 것(과실상해는 제외)을 전제로 하고 있어 단지 사용자의 업무관련 위반행위만 있으면 영업주의 과실이 추정되는 심판대상조항과도 다르다.

(ii) 물론 행위자인 사용자의 행위의 가벌성이 인정되는 이상 그에 대하여 선임감독상의 책임을 다하였다는 점은 영업주가 부담하도록 하는 것이 공평의 원칙에 부합하며, 국민보건에 중대한 영향을 미치는 범죄에 대하여 그 영업주를 처벌함으로써 달성하려는 공중의 이익 및 일반예방목적이 강조될 수는 있을 것이나, 영업주에 대한 처벌은 일반 공범이론에 따라 얼마든지 가능하며, 업무상 지휘감독관계를 고려한 경험칙(사실상 추정이론)이 적용된다면 법관의 자유심증에 의한 유죄의 확신을 얻어내는 것이 반드시 곤란하다고만 볼 수도 없다.

더군다나 다른 양벌조항들이 모두 본조의 벌금형만으로 처벌하고 있는 것과 달리, 심판대상조항은 무기 또는 2년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있는 점을 감안하면 이에 대하여 무죄추정의 원칙에 대한 예외를 인정하기 위해서는 훨씬 엄격한 요건을 요한다고 할 것이며, 심판대상조항으로 인하여 제한되거나 침범당하는 당해 피고인의 신체의 자유와 무죄추정의 원칙에 의하여 보호되는 형사사법상 절차적 이익은 그으로써 달성하려는 공익보다 크다고 볼 것이다.

이와 같은 점을 종합하면 심판대상조항은 직접위반행위자가 아닌 영업주에 대하여도 동일하게 무기 또는 2년 이상의 유기징역의 중형을 법정형으로 하면서도 무과실책임의 외관을 띤 양벌규정의 형식으로 규정하고 있고, 이에 대하여 합헌적 해석을 시도하고 있는 대법원 판례의 해석에 따를 경우에는 그 선임감독상의 과실이 법률상 추정되어 피고인에게 그 입증책임을 부담하게 하는바, 이 또한 단속의 필요성만을 강조하여 침해의 최소성과 법익균형성을 상실하여 무죄추정의 원칙의 본질적 내용을 침해한다고 보여진다.

같은 취지의 다음과 같은 비판론을 소개한다(박기석, 전계논문 431, 432쪽 참조, 다만 이 견해는 순과실설에 입각한 합헌적 해석론이다).

『형식적으로는 과실책임이라 하지만 강한 과실의 추정과 입증책임을 전가로 거의 무과실책임에 가까운 책임을 지우고 있다. 특히 입증책임을 전가하는 것은 매우 위험한 태도라 아니할 수 없다. 입증책임을 전가는 피고인에게 입증책임을 전가하여야 할 실질적 이유가 있고 명시적 규정이 있을 때에만 가능하다고 보아야 한다. 다시 말해 범죄사실의 입증책임을 검사가 진다는 것은 형사소송법의 대원칙이라고 할 수 있다. 법인의 형사책임이라고 다를 바가 없다.

결국 양벌규정이라는 간접적이고 애매한 규정의 맹점을 기화로 명백한 이유 없이 입증책임을 전가하고 있다고 하겠다. 법인의 형사책임을 명백히 인정하고 있다면 그에 따르는 제이론도 특단의 사정이 없는 한 원칙에 입각하여야 할 것이다.

결국 문제의 근원은 양벌규정이라는 규정의 모호함에서 비롯되는 것이지만, 규정이 정비될 때까지는 일반원칙에 충실한 해석이 필요할 것이다. 그렇다면 법인의 형사책임을 인정하고 있는 양벌규정의 기본내용을 바탕으로 법인의 처벌에 따르는 여러 사유의 입증도 검사가 지는 것으로 해석해야지 피고인에게 입증책임을 전가할 이유는 없다고 할 것이다.』

② 책임주의 관점에서의 비판론

책임주의와 무죄추정의 원칙은 전자가 실체법적인 것이라면 후자는 절차법적인 것으로서 상관관계가 있다고 보여진다[독일 기본법에는 무죄추정의 원칙에 관한 명문의 규정이 없고, 유럽인권규약과 유엔인권규약이 법률적 서열을 가질 뿐이며, 개별 주의 헌법에 명문화되어 있을 뿐인데, 독일 연방헌법재판소는 일관되게 무죄추정원칙이 법치국가원리의 구체적 표현이라고 판시하고 있고, 학설은 인간존엄성(기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항), 법치국가원리(기본법 제20조 제3항), 일반적으로 승인된 국제법규(기본법 제25조), 비례원칙, 죄형법정주의(기본법 제103조 제2항), 책임원칙 등에서 동원칙을 도출하고 있다].

독일연방헌법재판소는 법률상 추정규정이 원칙적으로는 형사실체법상의 책임주의

만, 이 사건 결정에 있어서 위헌의 다수의견은 이 사건 조항이 문언과 입법자의 의도에 비추어 무과실책임을 규정한 것으로 보았거나(재판관 이강국 등의 1. 위헌의견), 그와 같이 무과실책임처럼 규정된 측면과 책임과 형벌의 비례성 원칙 위반의 측면을 종합하여 위헌의 판단을 하였을 뿐(재판관 이공현 등 2. 위헌의견)이므로 이에 대한 상론은 피하고자 한다.

(다) 책임과 형벌의 비례성 측면에서

영업주에 대한 처벌의 근거가 선임감독상의 과실책임에 있다면, 주로 고의범인 위반행위자²⁴⁾와 과실범(과실추정설에 따를 경우)으로서 처벌하는 영업주 사이에는 기본적으로 그 비난가능성에서 차이가 있음이 일반적인 경우라고 할 것²⁵⁾임에도 불구하고 동일한 무기 또는 징역 2년 이상의 징역형을 법정형으로 규정하고 있는 것은 일반예방적 목적만을 강조한 것으로 실질적 범치국가의 이념을 실현하기 위한 형벌개별화의 원칙에도 부합하지 아니하여 그 책임에 상응하는 형벌이라고 볼 수도 없다.²⁶⁾

에 반하는 것이라고 이해하면서도, 모든 법률상의 추정규정이 범치국가에 반하는 것은 아니라고 관시하고 있다. 즉 특정한 법률상 추정규정이 범치국가원리 및 책임주의에 반하는 지의 여부는 개별사례에서 문제되는 법률상 추정의 구성요건이 어떻게 규정되어 있는가에 따라 달라진다고 이해한다.

따라서 무죄추정원칙의 예외의 합헌성 심사에서 검토된 내용은 책임주의 관점에서 동일하게 적용될 수 있다고 보여지며, 추가로 책임주의 관점에서 양벌규정 및 대법원 판례를 비판하는 학설을 소개하면 다음과 같다.

『본조의 경미한 벌금형만으로 처벌할 수 있는 법인에 대한 양벌조항에 대하여도 다음과 같이 법인에 대한 책임주의 원칙이 관철되지 못하고 있다는 비판적 견해가 강하다.

즉, 무과실책임설의 입장에서 영업주 범죄의 성립 근거나 요건을 엄격히 정하지 않고 다만 형사정책적 필요성에 따라 영업주로부터 일정한 재산적 이익을 박탈하면 족하다는 뜻을 표현하고 있다는 견해가 있고(이재상, 『형법총론』, 88~89면 참조), 또한 양벌규정은 영업주에 대한 형사책임을 영업주의 입장에서 적극적으로 규정하여 엄격한 요건 하에 형벌을 부과하는 것이 아니라 행위자인 피용자의 범죄와 형벌을 규정한 벌칙규정(이른바 본조)을 상세히 두고 피용자를 처벌한 후에 이를 전제로 영업주를 처벌하는 입법방식을 취함으로써, 영업주의 범죄 성립요건을 엄격히 따지지 않고 피용자 처벌에 부수하여 자동적으로 영업주의 처벌로 이어질 위험이 있다(이형국, 『형법총론』, 110면 참조). 더군다나 대법원판례가 법인에 대해 무과실면책을 인정하는 경우를 찾아보기 힘든 것도 이와 같은 염려를 뒷받침하고 있다. 결국 영업주는 타인의 범죄성립 여부에 따라 처벌 여부가 판가름된다는 점에서 양벌규정은 책임주의 원칙을 관철하지 못하고 있다고 할 수 있다(박기석, 양벌규정의 문제점과 법인범죄의 새로운 구성, 104-105쪽 참조)』.

24) 대법원 판례는 위반행위자가 과실범인 경우도 포함하고 있다.

25) 심판대상조항 등 이 사건 특례법을 제외한 나머지 양벌규정이 본조의 벌금형만으로 처벌하는 것이 이를 반증한다고 할 것이다.

영업주가 종업원 등의 위반행위를 조장하거나 묵인, 방치하는 행위를 하여 공동정범 또는 교사범이나 방조범의 범리에 따라 처벌될 경우에만 비로소 그 행위자와 동일한 영업주의 법정형이 책임과 형벌의 비례성 원칙에 적합하다는 평가를 받을 수 있을 것이다.

심판대상조항의 제정 당시 정부안에서는 벌금형만을 규정하고 있었으나 법률안 제출 당일 보건사회위원회의 심사과정에서 징역형을 포함한 본조의 예에 의하여 처벌하도록 수정된 입법연혁 등도 주시할 필요가 있다.

4. 여론

법원의 위헌제청결정의 이유에 따르면 책임원칙 외에도 개인인 사업주와 법인인 사업주 간의 평등성 여부가 문제가 될 수 있으나, 재판부는 이를 심판범위에서 제외한 것으로 보인다.

또한 그 파급효과를 고려한다면 위헌조항에 대한 헌법불합치선언 여부도 검토될 수 있을 것이나,²⁷⁾ 형벌규정에 대한 위헌결정은 소급효가 인정되지는 점에서 헌법불합치결정을 하는 것은 법문에 반하고, 과거 형벌규정에 대하여 헌법불합치선언을 한 유일한 사건은 단순위헌선언을 할 경우 위헌성이 없는 부분까지도 공백상태가 된다는 것을 감안하여 극히 예외적으로만 인정된 것으로, 단순위헌결정에 따라 이미 처벌받은 수많은 사람들이 재심청구를 할 수는 있으나, 이는 위헌으로 선고된 형벌규정에 의하여 처벌받은 자들에 대한 당연한 권리구제절차일 뿐만 아니라, 재심절차에 이르게 되면 보건범죄

- 26) 헌재 2006. 12. 28. 2005헌바85, 판례집 제18권 2집, 621 소수의견 참조;
범죄행위의 유형이 아주 다양한 경우 그 다양한 행위 중에서 특히 죄질이 흉악한 범죄를 무겁게 처벌해야 한다는 것은 책임주의의 원칙상 당연히 요청된다. 그러나 이 경우 다양한 행위 유형을 하나의 구성요건으로 포섭하면서 법정형의 하한을 무겁게 책정하여 죄질이 가벼운 행위까지를 모두 엄히 처벌하는 것은 책임주의에 반하는 것이다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 584).
특정 범죄의 구성요건은 예상되는 모든 범위의 행위유형을 포함할 수 있어야 하고, 상정되는 행위유형이 다양하고 그 경중의 폭이 넓으면 넓을수록 그에 대한 법정형의 폭을 넓게 하여 법관이 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고할 수 있도록 설정되어야 한다.
- 27) 헌법재판소는 2003헌가1 학교보건법 제19조 등 위헌제청 사건에서, 학교 정화구역 내에서의 극장시설 및 영업을 금지하고 있는 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호 중 ‘극장’부분 가운데 초·중등교육법 제2조에 규정한 각 학교에 관한 부분에 대해 헌법불합치 결정을 하였다. 학교보건법은 제6조 제1항을 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 500만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있었다.

단속법 제5조의 공동정범 기타 공범으로 공소장변경을 함으로써 책임주의에 부합하는 재판을 받게 될 것이며, 단순위헌으로 하더라도 향후의 범죄 또는 현재 재판 중인 범죄도 그와 같이 공동정범 기타 공범으로서 기소 또는 공소장변경을 하여 재판하면 되므로 보건범죄단속에 관한 법적 공백상태가 발생하지 않는다는 점을 고려한다면 지극히 당연한 결정으로 보인다.

【이 사건 결정의 의미】

이 결정전에도 헌법재판소가 특별법상 가중처벌조항의 법정형이 과중하여 위헌이라는 결정을 한 예는 다수 있었으나, 이 사건은 위반행위자의 영업주를 양벌규정에 의하여 위반행위자와 동일한 징역형의 법정형으로 처벌하도록 하는 규정에 대하여 ‘책임 없으면 형벌 없다’는 형벌조항에 관한 책임원칙을 천명한 첫 위헌결정이다. 언론에서도 이 사건 결정이 향후 여러 유형의 양벌규정에 대해 미치는 영향에 예의주시한 바 있는데(서울경제신문, 한국경제신문, 서울신문, 중앙일보, 한겨레신문 2007. 12. 10.자), 실제로 정부는 종업원의 과실을 이유로 무조건 기업주를 처벌해 온 양벌규정을 개선하고 경미한 행정법규 위반에 대해서는 과태료 처분을 하는 식으로 행정형벌을 정비해 연간 전과자를 10만명이상 줄일 계획을 세워, 양벌규정을 두고 있는 모두 424개의 법률 중 모두 392개 법률의 개정을 추진하여 왔고, 특히 2008. 9. 1.부터 성매매 알선 등 처벌법, 성폭력범죄처벌법, 교통사고처리특례법, 보건범죄단속에관한특별조치법 등 8개 법률의 양벌규정을 완화하는 내용을 뼈대로 하는 개정안을 입법예고하는 등 양벌규정 개선 작업을 벌이고 있다(연합뉴스 2008. 9. 3.자).

군형법 제53조 제1항 위헌제청

- 법정형으로 사형만을 규정한 상관살해죄의 위헌 여부-
(헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13, 판례집 19-2, 535)

최창호*

【판시사항】

상관을 살해한 경우 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 군형법 제53조 제1항이 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되는지 여부

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 군형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정된 것) 제53조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

군형법 제53조(상관살해와 예비, 음모)

- ① 상관을 살해한 자는 사형에 처한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

제청신청인¹⁾은 상관살해죄 등²⁾으로 기소되어 2005. 11. 23. 3군사령부

* 법무부 국가송무과장, 전 헌법연구관

1) 이 사건에 대한 위헌결정이 있고 나서, 2007. 12. 3. 대법원에서 제청신청인에 대한 사건을 파기환송하였고, 2008. 5. 7. 고등군사법원에서 사형이 선고되고, 같은 달 15. 상고기간이 도과되어 사형이 확정되었다.

2) 제청신청인에게 적용된 죄명은 군형법상 상관살해, 상관살해미수, 초병살해미수, 살인, 살인미수, 폭발물파열전투용시설손괴, 군용물손괴이다.

보통군사법원에서 사형을 선고받고(2005고단11호) 항소하였으나, 2006. 4. 21. 국방부 고등군사법원에서 항소기각판결을 선고받았고(2005노265호), 상고하여 대법원 재판(2006도2783호) 계속 중 상관살해죄에 관한 균형법 제53조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였는바, 대법원은 2006. 8. 31. 위신청을 받아들여 위헌심판제청결정을 하였다.³⁾

2. 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

균형법 제53조 제1항의 범죄구성요건에는 전시와 평시의 구분은 물론 행위유형에 관한 아무런 제한도 없이 경중의 차이가 있는 모든 행위유형이 다 포함될 수 있도록 폭넓게 개방되어 있을 뿐만 아니라, ‘상관’의 정의에 관한 균형법 제2조 제1호에 의하면, “명령복종관계에 있는 자 사이에서 명령권을 가진 자를 말하고, 명령복종관계가 없는 자 사이에서는 상계급자와 상서열자를 상관에 준한다”고 규정하고 있어서 그 행위의 객체도 상서열자까지를 망라하여 균형법 제53조 제1항이 광범위하게 적용될 수 있는 길을 열어놓고 있는 반면에, 법정형으로는 유일하게 사형만을 규정함으로써 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있다. 이러한 처벌조항은 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 갖고 있다고 보기 어렵고, 이에 따라 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하려는 국가의 의무 및 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙 위반의 의심이 있다.

또한, 균형법 제53조 제1항이 사안의 경중에 차이가 있는 다양한 행위유형에 따른 양형조건을 무시한 채 일률적으로 사형만을 선고하도록 하는 것은, 상관살해죄보다 더 중하다고 볼 수 있는 내란목적살인죄에 관한 형법 제88조가 법정형으로 사형, 무기징역 또는 무기금고를, 반란죄 중 반란행위로서 살해를 한 경우에 관한 균형법 제5조 제2호가 법정형으로 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고를 각 규정하고 있는 것에 비추어 보더라도 형벌체계의 정당성과 균형을 상실한 것으로서, 헌법 제11조의 평등의 원칙 위반의 의심이 있다.

3) 제청신청인은 형법 제41조 제1호에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 대법원이 기각하였다.

나. 국방부장관의 의견

(1) 재판의 전제성

이 사건 법률조항이 위헌으로 인정된다고 하더라도 공소사실 자체가 증거에 의하여 인정되고 기록에 나타난 양형조건에 비추어 사형선고를 피하기 어렵기 때문에 법원에 심리 중인 이 사건 재판의 결론과 주문에 영향을 줄 수 없으므로 재판의 전제성이 없다.

(2) 본안에 관한 의견

(가) 이 사건 법률조항은 살인에 대한 책임의 정도로서 형법의 목적을 달성함과 아울러 위계에 따른 상명하복을 본질로 하는 군조직에서 상관의 신체에 대한 위해를 방지하고자 하는 목적에서 규정된 조항이다. 군조직 하에 서의 상관에 대한 살인은 일반적인 살인과는 달리 일반인의 생명에 대한 침해 시에 발생하지 않는 군대 내 명령체계 및 지휘체계를 문란하게 할 우려가 농후하고, 유사 시 군의 전투력에 직접적인 영향을 주어 국가방위라는 특수사명 달성에 악영향을 초래할 가능성이 있으므로 사형이라는 형벌은 적절한 것이다. 사형을 선고받은 청구인의 입장에서도 상관살해죄가 생명침해와 더불어 중요한 국가적 법익을 침해하는 범죄라는 점에서 청구인에게 가해지는 처벌이 최소한도를 넘는 것이 아니고, 이러한 공익이 청구인이 받게되는 불이익과 비교하여 균형을 상실하는 것이 아니다.

(나) 법정형의 종류와 형량은 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격에 대한 고려뿐만 아니라 그 나라의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 고려 등 여러 가지 면을 종합적으로 고려하여 입법부가 결정하는 것으로 기본적으로 국가의 입법정책에 속하는 문제이므로, 그 내용이 형벌의 목적과 기능에 본질적으로 배치되지 않는 한 이를 쉽사리 헌법에 위배된다고 단정할 수 없다.

(다) 내란목적살인죄에 관한 형법 제88조가 법정형으로 사형, 무기징역 또는 무기금고를, 반란죄 중 반란행위로서 살해한 경우에 관한 군형법 제53조 제2호가 법정형으로 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역이나 금고를 규정하고 있는 것과 이 사건 법률조항을 평면적으로 비교하여서는 아니 된다. 군형법상 상관에 대한 폭행치사상죄(제52조 제1항 제1호, 제2호), 초병살해죄(제59

조)가 선택적으로 사형을 규정하고 있는 것에 비추어 상관살해죄를 절대적 사형으로 규정한 것은 체계적으로 정당한 것이다.

【결정요지】

법정형의 종류와 범위를 정하는 것이 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이라고 하더라도, 형벌은 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성이 지켜져야 하는바, 군대 내 명령체계유지 및 국가방위라는 이유만으로 가해자와 상관 사이에 명령복종관계가 있는지 여부를 불문하고 전시와 평시를 구분하지 아니한 채 다양한 동기와 행위태양의 범죄를 동일하게 평가하여 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은, 범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가의 이념에 어긋나고, 형벌체계상 정당성을 상실한 것이다.

재판관 조대현의 헌법불합치의견

이 사건 법률조항은 군대의 지휘계통과 명령계통을 확립하여 국가방위라는 특수사명의 달성에 이바지하려는 것이므로 그 입법목적은 정당하다고 할 것이나, 피살자가 명령권을 가진 상관인 경우와 명령복종관계가 없는 상계급자나 상서열자인 경우를 구분하지 않고, 상관 살해가 적전에서 이루어진 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하지도 아니한 채, 모두 “상관 살해”에 포괄시켜 사형으로 처벌하도록 규정하고 있는바, 이는 입법목적의 달성에 필요한 정도를 구분하지 않고 획일적으로 최고형으로 처벌하도록 하는 것이어서, 범죄의 책임과 형벌은 비례되어야 한다는 원칙에 맞지 아니하고, 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 원칙에 어긋난다.

재판관 김종대의 각하의견

제청법원의 제청이유 요지는 상관살해죄 자체가 위헌이라는 것이 아니고 법정형이 사형밖에 없어 사형선고를 피할 수 없다는 데 있다. 그러나 제청법원이 원심법원의 사형선고가 정당하다고 판단한다면 위헌제청한 법률이 위

헌으로 결정되더라도 적용될 법률조항만을 달리하여 여전히 사형선고를 유지할 것이고, 사형선고가 부당하다고 판단한다면 법률의 위헌제청 없이도 원심판결을 파기하고 사형이 선고되지 않도록 할 수 있으므로 이 사건 위헌제청은 심판의 이익이 없어 부적법하므로 각하하여야 할 것이다.

【해설】

1. 군형법의 입법연혁⁴⁾

(1) 1945. 8. 15. 해방 이후 미군정령 제28호에 의하여 1946. 1. 15. 조선경비대가 창설되고 같은 해 6. 15. 미군정청법령 제86호 제4조에 의하여 조선경비법이 공포·시행되었다. 위법은 전4편 및 부록(최고양형표)으로 구성되었는데 실체법과 절차법이 함께 규정되어 있었으며 미육군전시법을 속성 번역한 것이었다. 그 후 군정 법률로서 1948. 7. 5. 국방경비법과 해안경비법을 제정·공포하였는데 이 또한 1928.에 개정된 미전시법 등을 그대로 번역한 것이었다. 대한민국정부 수립 이후 1948. 7. 17. 제정공포된 대한민국헌법 제100조에 의하여 국방경비법 등은 우리나라의군형사법으로 계속 적용되었다. 1961. 5. 16. 군사혁명 이후 국가재건최고회의에 의하여 법령 정비사업이 시작되어 1962. 1. 20. 법률 제1003호로 군형법이 제정·공포되었다(국방경비법 폐지).

(2) 군형법은 군의 기강을 확립하여 군인이 국방임무를 보다 효율적이고 충실하게 수행하게 하기 위하여 일반형법에 대한 특별법으로서 군인에게만 적용할 군의 범죄에 관한 사항을 규정하기 위하여 제정된 것으로, 이 사건 법률조항은 제정 이후 개정된 바 없다.

(3) 또한 상관살해죄로 처벌 받은 사례는, 육군의 경우 전산화가 시작된 1991. 이후 현재까지 본 사건 외에는 사례가 없고, 공군의 경우 1964.부터 현재까지 1건(1992. 상관살해미수, 징역 3년 선고)이 있고, 해군의 경우 1978.부터 현재까지 3건(1978. 5. 상관살해, 무기징역 선고 ; 1988. 11. 상관살해, 15년 선고 ; 1991. 9. 상관살해 15년 선고)이 있다.

4) 국방부, 군형법해설, 1965, 27쪽 이하.

2. 상관살해죄 관련 각국의 입법례

(1) 미국

미국의 군형법(Uniform Code of Military Justice)에는 상관에 대한 폭행(assault), 불복종 및 직무 중 모욕(contempt)에 관하여는 규정하고 있으나,⁵⁾ 상관살해죄에 관한 별도의 명문 규정은 없다. 따라서 상관살해의 경우에는 군형법이 아닌 형법전의 살인죄에 의하여 처벌된다.

(2) 영국

영국 군형사법(Army Act, 1956)은 제70조 민간범죄(civil offences) 규정에 의하여 살인행위가 처벌되는데, 군형법에 독자적 구성요건을 규정하고 있는 것은 아니다.⁶⁾

(3) 독일

독일 군형법 제19조에서 제29조까지 하급자에 의한 상관에 대한 범죄를 규정하고 있는바, 상관에 대한 위협(제23조)·협박(제24조)·폭력적 공격(제25조)에 관한 조항은 있으나 상관살해에 관한 조항은 존재하지 않는다. 독일 군형법 제3조 제1항은 이 법에서 달리 정하지 않은 경우 일반 형법을 적용할 것을 정하고 있다.

(4) 프랑스

프랑스 군형법전(Code de justice militaire)에 상관에 대한 폭력행위와 모욕행위에 관한 처벌규정은 있으나, 상관살해죄에 관한 조문은 없다. 상관살해의 경우에도 군형법이 아닌 형법전의 살인죄에 의하여 처벌하게 된다.⁷⁾

(5) 일본

일본에는 군사법원이 따로 설치되어 있지 아니하고,⁸⁾ 자위대법에도 상관

5) 미국 군형법 제90조 : 상관 폭행 및 고의적 명령 불복종죄
다음의 각호에 해당되는 죄를 범한 자는 군사법원의 판결에 따라 전시와 비전시를 구분하여 처벌한다. 전시의 경우는 군사법원의 판결에 따라 사형 또는 다른 처벌을 명할 수 있고, 비전시의 경우는 사형을 제외한 모든 처벌을 내릴 수 있다.

(1) 입무 수행 중에 상관에게 폭행을 하거나 또는 상관에 대해 무기를 뽑거나 겨냥한 경우 또는 어떠한 폭력적 행위를 상관에게 가한 경우, 또는

(2) 상관의 적법한 명령에 고의적으로 불복종하는 경우

6) 국방부, 군형법해설, 1965, 271쪽.

7) 프랑스는 사형제를 폐지하였으므로 무기징역이 법정 최고형에 해당한다.

8) 일본 헌법 제76조 제2항은 “특별재판소는 이를 설치할 수 없다”라고 규정하고 있다.

살해에 관한 특별한 규정이 없다.⁹⁾

3. 이 사건 관련 문제

가. 상관의 개념

군형법 제2조 제1호에 의하면 “上官이라 함은 命令服從關係에 있는 者間에 命令權을 가진 者를 말한다. 命令服從關係가 없는 者間에서의 上階級者와 上序列者는 上官에 準한다”라고 규정하고 있다. 명령복종의 관계에 있는 자 사이에서 명령권을 가진 자를 ‘순정상관’이라 하고, 명령복종의 관계가 없는 자 사이에서 상급자와 상서열자를 ‘준상관’이라 한다. 명령권만 가지면 상관이고 계급 서열은 문제가 되지 아니한다. 군의 조직 직무상 하급자가 명령권을 가질 수도 있기 때문이다.¹⁰⁾ 상서열자란 동계급자간에 있어서 序位가 앞선 자를 말하며, 군인의 서열은 군인사법이 정하고 있다.

병 사이에도 상하관이 있는가에 대하여 군형법은 아무런 제한 규정을 두고 있지 아니하므로 이를 긍정할 수밖에 없다.¹¹⁾ 제정법원도 그 행위의 객체를 상서열자까지 망라하는 이 사건 법률조항에 문제가 있다는 것을 지적하고 있다.¹²⁾

군형법상 상관의 개념은 그 존재이유에 비하여 너무 무제한적인 개념이라서, 신병은 무려 60만 명의 상관 밑에 있다는 결론에 도달하게 된다.

나. 작량감경제도

이 사건 법률조항이 법정형으로 사형만을 규정하고 있기 때문에, 작량감경제도가 이 사건 판단에 영향을 미칠 수 있으므로 이에 대하여 살펴본다.

법률상의 특별한 감경사유가 없는 경우에도 법원은 정상에 특히 참작할 사유가 있는 때에 그 형을 감경할 수 있다.¹³⁾ 법률상 형을 가중·감경할 경

9) 국방부, 군형법해설, 1965, 271쪽.

10) 조두현·김성훈, 군법개설, 일신사, 1982, 88쪽.

11) 조두현·김성훈, 군법개설, 일신사, 1982, 89쪽. 이에 대하여는 ‘관’이라는 용어는 ‘병’에 반대하여 사용하는 것이고, 병 사이에는 상하가 있을 수 없다는 견해가 있을 수 있다.

12) 위헌법률심판제정 결정서 9쪽

13) 형법 제53조(작량감경) “범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있다.”

우에도 작량감경을 할 수 있다. 참작할 만한 사유에 관하여는 형법 제51조가 적용되며, 작량감경도 법률상의 감경에 관한 형법 제55조¹⁴⁾의 범위에서만 허용된다.

법률상 감경사유가 수개 있는 때에는 거듭 감경할 수 있으나, 작량감경의 경우에는 작량감경사유가 수개 있는 경우에도 거듭 감경할 수 없다. 그러나 법률상 감경을 한 후에 다시 작량감경을 할 수는 있다.

따라서 법정형이 사형으로 규정되어 있다고 하더라도 작량감경하면 징역 10년까지 선고할 수 있다.

다. 일반 형법의 적용

군형법 제4조(타법적용례)에 의하면, 군형법 제1조의 규정에 의한 피적용자가 범한 죄에 관하여 군형법에 특별한 규정이 없는 때에는 타법령의 정하는 바에 의한다고 규정하고 있다. 따라서 군형법의 규정이 없는 경우 일반 형법의 적용을 받는다.

4. 법정형의 내용에 대한 입법권의 범위와 한계

헌법재판소는 형벌법규에 대한 입법권의 범위와 한계에 관하여 “어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방 효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는

14) 형법 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다.

1. 사형을 감경할 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고로 한다.
2. 무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 7년 이상의 징역 또는 금고로 한다.

비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니라”고 일관되게 판시하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 229; 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487; 헌재 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404; 헌재 1999. 5. 27. 96헌바16, 판례집 11-1, 529, 538-539; 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622-629 등 참조).

5. 책임과 형벌 간의 비례 원칙

우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치 국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230).

입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다.

법정형의 종류와 범위를 정하는 것은 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이지만, 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 형벌을 가중하는 경우에도 마찬가지로(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24 판례집 4, 225, 230) 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이 명백하다면, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 반하여 위헌적인 법률이 될 것이

다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 570, 582).

헌법재판소는 이러한 이유에서, ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의3 제2항 제1호에 대한 헌법소원사건(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225-254), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제11조 제1항 위헌소원사건(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242-257), ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’ 제3조 제2항 중 협박죄 부분에 대한 위헌제청사건(헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12, 판례집 16-2하, 446-460), ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조 제4항 제1호 등 위헌제청사건(헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5, 판례집 18-1상 491-502) 등에서 해당 법률조항에 대한 위헌을 선언한 바 있다.

6. 비례의 원칙 위반 여부¹⁵⁾

이 사건 법률조항은 상관을 살해한 경우 전시와 평시를 구분하지 아니한 채 그 동기와 행위태양이 어떠한가를 묻지 아니하고 그 죄질을 동일하게 평가하여 법정형으로 사형만을 규정하고 있는바, 상관을 살해한 책임이 아무리 중대하다고 하더라도 전시와 평시를 구분하지 아니한 채 다양한 동기와 행위태양의 범죄를 동일하게 평가하여 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 것이 과연 정당화될 수 있는가 하는 점이 문제가 된다.

(가) 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라질 수밖에 없다(헌재 1997. 3. 27. 95헌바50, 판례집 9-1, 290, 298-299).

우리 형법은 사람의 생명을 박탈한 고의적인 살인범을 고살과 모살의 구분없이 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역형으로 규정하여 구체적 사건을 재판하는 법관에게 범행의 정상과 범죄인의 죄질을 참작한 후 탄력적으로 형을 선택하여 선고하고 작량감경할 사유가 있는 경우에는 집행유예의 선고가 가능하도록 폭넓은 법정형을 정하고 있고, 존속살인의 경우에도 사형, 무기

15) 비례의 원칙에 위반된다고 결론을 내렸으므로 평등의 원칙 위배 여부에 대하여는 더 나아가 판단하지 아니하였다.

또는 7년 이상의 징역형에 처하도록 하고 있으며, 균형법상 초병살해의 경우에도 사형 또는 무기징역에 처하도록 하고 있는 점을 비교 교량해 보면 평시에 일어난 군대 내 상관살해를 그 동기와 행위태양을 묻지 아니하고 무조건 사형으로 다스리는 것은 형벌체계상의 정당성을 잃은 것으로서 범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌이고, 형사정책적인 관점에서 보거나 작금의 세계적인 입법추세에 비추어 보더라도 적절한 형벌의 제정이라고 보기 어렵다.

(나) 이 사건 법률조항은 일반예방적 차원에만 치중한 전근대적인 중형위주의 가혹한 응보형주의에 따른 입법규정은 될 수 있지만 범죄인의 교육개선과 사회복귀를 기본으로 하는 우리 헌법의 기본취지에 일치한다고 보기 어렵고, 군대 내 명령체계유지 및 국가방위라는 이유만으로 전시인지 평시인지를 구분하지 않고, 가해자와 상관 사이에 명령복종관계가 있는지 여부를 불문하고, 상관을 살해하기만 하면 사형에 처하도록 규정하고 있는 것은 형벌이 죄질과 책임에 상응하는 적절한 비례성을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 비록 법관이 작량감경을 할 수 있다고는 하지만, 법정형 자체가 죄질과 책임에 상응하는 적절한 비례성을 갖추지 못하고 있다면, 작량감경제도의 존재만으로 그러한 흠결이 치유되는 것이라 보기 곤란하다.

(다) 상관폭행, 상관상해 등 다른 균형법 조항이 적전인 경우와 기타의 경우로 구분하여 법정형을 따로 규정하고 있는 것을 보면 상관살해 역시 적전인 경우와 기타의 경우, 또는 전시와 평시로 구분할 수 있을 것이고, 적어도 적전이 아니거나 평시의 경우 그 동기와 살해에 이르게 된 정황, 살해방식 등을 고려하여 합리적 양형이 가능하도록 규정되어야 할 것이다. 다른 나라의 입법례를 살펴보더라도 이 사건 법률조항과 같이 상관살해에 대하여 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 법제가 없을 뿐만 아니라 균형법상 상관살해에 대하여 일반 살해죄에 비하여 가중하여 처벌하는 규정을 둔 국가조차 찾기 어려운바, 비록 남북한 대치상태가 존재하는 특수상황이 있다 하더라도 군의 기강과 전력은 법정형의 위하적인 효과만으로 기대하기는 어렵다는 점을 고려할 때 그러한 법제를 더 이상 유지시킬 실익이 적다고 할 것이다. 또한, 법정형을 사형으로 한정된 것이 지니는 강력한 심리적 위하효과를 부정할 수는 없겠으나, 그것이 구체적인 정황에서 상관살해행위를 어느

정도 배제시키는 일반예방 효과를 지니는지 여부가 불분명하며, 범행동기와 죄질에 무관하게 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 것은 형벌이 죄질과 책임에 상응하는 적절한 비례성을 갖추고 있다고 보기 어렵고, 인간의 존엄과 가치를 존중하고 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다.

7. 재판관 조대현의 헌법불합치 의견

이 사건 법률조항은 군인이 상관을 살해한 경우를 별도의 구성요건으로 규정하고 형벌의 종류도 사형만 규정하고 있다. 군대는 국가를 방위하는 사명을 담당하는 조직으로서, 그 사명을 달성하기 위하여 전쟁과 같이 생명·신체에 위험한 행위까지 수행하여야 하므로, 지휘체계의 확립이 절대적으로 중요하다. 이 사건 법률조항은 군대의 지휘계통과 명령계통을 확립하여 국가방위라는 특수사명의 달성에 이바지하려는 것이므로 그 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

이러한 입법 목적을 달성하기 위하여 이 사건 법률조항과 같은 특별구성요건을 별도로 마련할 필요도 있다고 할 것이다. 그러나 그 필요성의 정도는 지휘명령권을 가지는 상관의 경우와 지휘명령권이 없는 상급자나 상서열자의 경우가 다르고, 전쟁 중인 경우와 그렇지 않은 경우가 다르다고 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 피살자가 명령권을 가진 상관인 경우와 명령복종관계가 없는 상계급자나 상서열자인 경우를 구분하지 않고, 상관살해가 적전에서 이루어진 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하지도 아니한 채, 모두 “상관 살해”에 포괄시켜 사형으로 처벌하도록 규정하고 있다. 이는 입법목적의 달성에 필요한 정도를 구분하지 않고 획일적으로 최고형으로 처벌하도록 하는 것이어서, 범죄의 책임과 형벌은 비례되어야 한다는 원칙에 맞지 아니하고, 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다는 원칙에 어긋난다.

그러나 이 사건 법률조항이 적전에서 지휘명령권을 가진 상관을 살해한 경우에 적용되는 경우에는 헌법에 위반된다고 보기 어렵다. 결국 이 사건 법률조항은 합헌적인 부분과 위헌적인 부분을 아울러 내포하고 있다고 할 것이고, 그 구분은 국회의 몫이므로, 전체적으로 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고 개선입법을 촉구함이 상당하다.

8. 재판관 김종대의 각하의견

나는 이 사건 위헌제청이 심판의 이익이 없어 부적법하다고 보므로 아래와 같이 각하의견을 밝힌다.

가. 심판의 이익의 필요성

일반 소송사건에서 법원의 재판을 받기 위해서는 소의 이익이 인정되어야 하는 것과 마찬가지로 헌법재판에 있어서도 헌법재판을 받기 위해서는 심판의 이익이 인정되어야 한다. 소의 이익 또는 심판의 이익은 문제되는 다툼의 해결에 그 재판이 기여할 수 있어야 함을 의미하는 것으로, 재판 제도를 무의미하고 무용하게 이용하는 것을 방지하기 위한 것이다.

소의 이익이나 심판의 이익은 모든 재판에서 당연히 요청되는 것으로, 비록 법률이 적법한 재판을 위한 요건으로 명시하지 않은 경우에도, 재판의 본질에 내재된 적법요건이다. 따라서 심판의 이익이 인정되지 않는 재판을 구하는 청구나 신청 등은 부적법함을 면할 수 없다.

헌법재판소법 제41조에 의한 법원의 위헌법률심판 제청에 있어서도, 헌법재판소의 심판과 관계없이 당해 사건에서 문제되고 있는 다툼을 해결할 수 있다면, 헌법재판소로서는 그러한 법률의 위헌 여부를 심판할 이익이 없다고 할 것이다.

그런데 이 사건 위헌제청은, 아래에서 보는 바와 같이 제청법원의 제청이유와 관련 법률조항들을 살펴볼 때 심판의 이익을 인정할 수 없다.

나. 이 사건 위헌제청에 대한 심판의 이익

(1) 제청법원의 제청이유와 심판의 대상

제청법원은 “상관을 살해한 자는 사형에 처한다.”고 규정한 군형법 제53조 제1항이 헌법에 위반되는 것으로 보는 이유를, ‘그 경중에 차이가 있는 상관 살해의 다양한 행위유형에 대해 법정형을 사형만으로 규정하여 법관의 양형선택과 판단을 극도로 제한하고 있고, 다양한 행위유형에 따른 양형조건을 무시한 채 일률적으로 사형만을 선고하도록 하는 것은 형법의 내란목적 살인죄나 군형법의 반란죄 중 반란행위로서의 살해를 한 경우의 법정형과 비교해 볼 때 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것’이라고 주장하고 있

다.

이러한 제청법원의 주장이유를 정리하면, 제청법원은 피고인을 상관살해죄로 처벌하는 것 즉 균형법 제53조 제1항의 구성요건(“상관을 살해한 자”)이 헌법에 위반된다는 것이 아니라, 단지 그 법정형을 사형만으로만 정해 놓은 양형의 가능성에 위헌요소가 있다는 것이다.

그렇다면 결국 제청법원이 위헌 여부의 심판을 구하고 있는 대상은 균형법 제53조 제1항 전체가 아니라 균형법 제53조 제1항 중 법정형을 정하고 있는 “사형에 처한다” 부분(이하 “이 사건 법정형 조항”이라 한다)으로 보아야 한다. 그리고 이 사건 법정형 조항에 대해 위헌법률심판을 제청한 이유는, ‘상관 살해의 다양한 행위유형에 따른 양형조건을 무시한 채 사형만을 선고하도록 하고 있는 것이 부당하다’는 것이다(따라서 균형법 제53조 제1항의 법정형이 “사형 또는 무기징역에 처한다”로 되어 있었다면 위헌제청을 하지 않았을 것이다).

(2) 심판의 이익의 흠결

제청법원은 이 사건 법정형 조항이 상관 살해의 다양한 행위유형에 따른 양형조건을 무시한 채 사형만을 선고하도록 한 것이 부당하다는 이유에서 이 사건 법정형 조항에 대해 위헌법률심판을 제청하였으므로 제청의 이익이 있는지의 유무도 위헌제청한 법 조항의 유일한 법정형인 사형의 선고가 정당하다고 판단할 때와 그렇지 않다고 판단할 때로 나누어 살펴보기로 한다.

(가) 제청법원이 원심의 사형선고가 정당하다고 판단한 경우

만약 제청법원이 증거에 의해 인정된 공소사실의 내용과 양형의 조건들을 모두 고려하여 원심의 사형선고가 정당하다고 판단한다면, 제청법원 역시 상고기각을 통해 사형 선고의 정당함을 확인할 것이므로, 이 사건 법정형 조항이 사형만을 규정하고 있다는 것은 당해 사건에 있어서 형의 선고에 관한 법원의 판단에 아무런 영향을 미치지 못한다. 왜냐하면 이 사건 법정형 조항이 사형 이외에 다른 형벌을 규정하였다고 하더라도 당해 사건의 법원은 어차피 사형을 선택할 것이기 때문이다.

한편 제청법원은, 당해 사건에서 공소사실과 양형조건을 모두 참작할 때 원심의 사형선고 자체는 정당한 것으로 보더라도 이 사건 법정형 조항이 위

헌 결정되면 적어도 적용되는 법률조항이 달라질 수 있으므로 재판의 전제성이 인정된다는 취지로 주장하고 있다.

그러나 제청법원의 위와 같은 주장은 재판의 전제성에 관한 형식 논리에 얽매인 것으로, 피고인이 위헌법률심판제청을 신청한 이 사건에서는 다음과 같은 이유에서 심판의 이익을 인정하기가 어렵다.

당해 사건에서 피고인이 위헌법률심판의 제청을 신청한 이유는 사형선고를 면하기 위해서임이 분명하고, 제청법원 스스로도 법정형이 사형으로만 규정되어 있어 사형선고를 피하기 위해 위헌제청을 하였음에도, 기껏 적용법조만을 달리하여 다른 법률조항에 따라 사형을 선고하게 된다면, 사형을 법정형으로 규정한 법률조항의 위헌 여부에 대한 헌법재판이 당해 사건의 피고인이나 법원에 대해 미치는 실질적인 의미는 아무것도 없다고 할 것이다. 사형이 선고되는 마당에 적용법조가 변경된 들 이론상의 형식적인 논리의 완결성 이외에 구체적 사건의 해결에 어떠한 이익이 있는지, 헌법재판이 그러한 수단으로 이용되어도 좋은지 묻지 않을 수 없다.

(나) 제청법원이 원심의 사형선고가 부당하다고 판단한 경우

만약 제청법원이 원심의 사형선고가 부당하다고 판단한 나머지 이를 파기하기 위하여 이 사건 위헌제청을 하였다 하더라도, 이 또한 심판의 이익을 인정할 수 없기는 마찬가지이다.

형사소송법 제383조 제4호, 제391조에 의하면 사형, 무기, 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건의 경우에는 양형부당을 이유로 한 상고가 허용되고 그것이 이유 있을 때에는 원심판결을 파기할 수 있다.

그런데 이 사건 법정형 조항이 사형만을 규정하고 있다고 해서 제청법원의 주장대로 반드시 사형만을 선고해야 하는 것은 아니다. 법원은 형법 제53조, 제55조의 규정에 따른 작량감경을 통해 ‘무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고’의 형 가운데 하나를 얼마든지 선택하여 선고할 수 있다.

따라서 이 사건 법정형 조항이 사형을 법정형으로 규정하고 있더라도 원심의 사형선고가 부당하다고 판단되면, 제청법원으로서 이 사건 법정형 조항에 대한 위헌 여부의 심판 없이도 형법 및 형사소송법의 규정에 따라 얼마든지, 사형을 선고한 원심판결을 파기하고 사형 이외의 형이 선고되도록 할 수 있다(제청법원의 이 사건 위헌제청의 이유가, 당해 사건에서 작량감경

을 하더라도 선고할 수 없는 '10년 미만'의 징역이나 금고형을 선고할 수 없다는 것으로는 보이지 않는다).

그러므로 제청법원이 사형선고를 피하기 위해서였다 하더라도 사형을 법정형으로 규정하고 있는 이 사건 법정형 조항에 대해 위헌법률심판을 제청할 이익은 없는 것이다.

(3) 소결

이상에서 본 바와 같이 제청법원이 위헌법률심판을 제청한 이유에 비추어 볼 때 이 사건 제청은 심판의 이익이 인정되지 않는다.

다만 제청법원이 사형제도 자체의 위헌성을 주장하며 이 사건 제청을 하였다면 심판의 이익이 있다고 볼 수 있었을 것이다. 사형제도 자체가 위헌으로 결정되면 제청법원으로서도 반드시 원심판결을 파기할 수밖에 없게 되고, 피고인의 입장에서도 사형을 선고받을 가능성이 없어지기 때문이다.

다. 결론

제청법원이 원심법원의 사형선고가 정당하다고 판단한다면 제청한 법률이 위헌으로 결정되더라도 적용될 법률조항만을 달리하여 여전히 사형선고를 유지할 것이고, 사형선고가 부당하다고 판단한다면 법률의 위헌제청 없이도 원심판결을 파기하고 사형이 선고되지 않도록 할 수 있다.

그러므로 이 사건 위헌제청은 심판의 이익이 없어 부적법하므로 각하하여야 할 것이다.

9. 이 사건 결정의 의의

군형법에 대해서는 군사정권이 들어서 이후 권력유지의 핵심인 군대를 강화할 목적으로 제정된 법률이기 때문에 절대적인 지휘체계의 확립 등 상명하복을 강조하는 한편 기타 군사상 범죄에 있어서도 일반 범죄에 비해 가중하여 처벌하고 있다는 점이 지적되어 왔다. 다만 남북분단의 현실상 여전히 북한의 군사적 위협이 상존하고 있으며 21세기에 들어 격동하는 국제정세를 감안하건대 군의 사기진작과 규율 유지를 위해 엄격한 군형법이 요구됨은 물론이다. 그러나 민간 분야뿐만 아니라 군부대 내에도 인권의 보장과 민주

화를 요청하는 시대적인 요구에 따라 군형법도 변화를 수용할 필요가 있다. 이번 헌법재판소의 결정은 그러한 국민의 요구를 담아내는 한편 군사분야에서도 기본권이 보장됨을 확인한 것이라고 할 것이다.

한편, 군형법에는 본건 상관살해죄 외에도 반란수괴(제5조 제1호), 반란목적군용물탈취(제6조), 군용시설제공이적(제11조 제1항), 군용시설등파괴(제12조), 불법전투개시(제18조), 불법전투계속(제19조), 항복(제22조), 술대도피(제23조), 적진도주(제33조) 등의 범죄에 대하여 절대적 법정형으로 사형만을 규정하고 있고, 적전(敵前)의 경우와 기타의 경우로 나누어 직무유기(제24조 제1호) 등의 범죄에 대하여 절대적 법정형으로 사형만을 규정하고 있는 경우가 있다. 이들 규정의 경우에도 위헌논란이 있을 수 있으므로, 장차 군형법의 개정이 있을 경우 이번 헌법재판소의 결정의 취지가 반영되기를 기대한다.¹⁶⁾

16) 참고로 주문의 형식과 관련하여, 이 사건 법률조항의 위헌성을 긍정할 때, 이미 이 조항이 적용되어 사형집행이 된 범죄자가 있을 수 있고, 소급적으로 형벌조항이 무효가 됨으로써 나타나는 유가족들의 국가에 대한 불만과 손해배상청구 등 법적 상황은 하나의 법적 혼란 상태(이미 사형집행이 된 자의 유가족에게 미치는)를 초래할 수 있으므로, 이를 완화하는 차원에서 적용중지를 명하는 불합치결정을 고려할 필요도 있다는 견해도 연구관 사이에 논의된 바 있다.

〈별지〉 상관에 대한 죄의 형량 비교표

적용법조 (군형법)	죄명	법정형
제48조	상관에 대한 폭행, 협박	적전 : 1년 이상 10년 이하 징역 기타 : 5년 이하 징역
제49조	상관에 대한 집단폭행, 협박	적전 : 수괴는 무기 또는 10년 이상 징역, 기타의 자는 3년 이상의 징역 기타 : 수괴는 무기 또는 5년 이상 징역, 기 타의 자는 10년 이하의 징역
제50조	상관에 대한 특수폭행, 협박	적전 : 사형·무기 또는 5년 이상 징역 기타 : 무기 또는 2년 이상 징역
제51조	상관에 대한 집단특수폭행, 협박	적전 : 수괴는 사형, 기타의 자는 무기 또는 10년 이상의 징역 기타 : 수괴는 무기 또는 10년 이상의 징역, 기타의 자는 2년 이상 10년 이하의 징역
제52조 제1항	상관에 대한 폭행치사	적전 : 사형·무기 또는 10년 이상의 징역 기타 : 사형·무기 또는 5년 이상의 징역
제52조 제2항	상관에 대한 폭행치상	적전 : 무기 또는 3년 이상의 징역 기타 : 1년 이상의 징역
제52조의2	상관에 대한 상해	적전 : 무기 또는 3년 이상의 징역 기타 : 1년 이상의 징역
제52조의3	상관에 대한 중상해	적전 : 사형·무기 또는 10년 이상의 징역 기타 : 사형·무기 또는 3년 이상의 징역
제52조의4	상관에 대한 상해치사	적전 : 사형·무기 또는 10년 이상의 징역 기타 : 사형·무기 또는 5년 이상의 징역
제53조 제1항	상관에 대한 살해	사형

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제96조 제2항 등 위헌소원

- 도시계획시설사업 실시계획인가의 사업인정 의제,
수용토지보상액 산정과토지수용자의 재산권 -
(헌재 2007. 11. 29. 2006헌바79, 판례집 19-2, 576)

유 미 라*

【판시사항】

1. 도시계획시설사업의 실시계획 인가를 사업인정으로 의제하는 구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(이하, ‘국토계획법’이라 한다) 제96조 제2항 본문이 적법절차원칙 및 헌법 제23조 제3항에 위배되는지 여부(소극)
2. 사업인정 이전에 관련 절차를 거쳤으나 협의가 성립되지 아니한 경우 토지조서 및 물건조서의 내용에 변동이 없는 때에는 다시 협의 등 절차를 거치지 않도록 규정한 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(이하, ‘공익사업법’이라 한다) 제26조 제2항이 청구인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 토지수용위원회에 관한 규정인 공익사업법 제51조, 제52조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 구 공익사업법 제49조, 제52조 제4항, 제9항 및 토지수용위원회의 심리에 있어서 이해관계인들의 출석에 의한 진술을 제한하는 공익사업법 제32조 제2항이 적법절차의 원칙에 위배되고, 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)
4. 공시지가를 기준으로 수용된 토지에 대한 보상액을 산정하도록 하는

* 헌법연구관

공익사업법 제70조 제2항, 제4항, 구 공익사업법 제70조 제1항, 제5항 및 구 ‘부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률’(이하, ‘부동산평가법’이라 한다) 제9조 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은 (1) 구 국토계획법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고, 2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정되기 전의 것) 제96조 제2항 본문, (2) 공익사업법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제26조 제2항, 제32조 제2항, 제51조, 제52조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 제70조 제2항, 제4항, (3) 구 공익사업법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것) 제49조, 제70조 제5항, (4) 구 공익사업법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2005. 12. 29. 법률 제7796호로 개정되기 전의 것) 제52조 제4항, (5) 구 공익사업법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2005. 12. 29. 법률 제7773호로 개정되기 전의 것) 제52조 제9항, (6) 구 공익사업법(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 개정되고, 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항, (7) 구 부동산평가법(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 전부 개정되고, 2007. 4. 27. 법률 제8409호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 규정의 내용은 다음과 같다.

구 ‘국토의 계획 및 이용에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 제정되고, 2007. 1. 19. 법률 제8250호로 개정되기 전의 것)

제96조(공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률의 준용) ② 제1항의 규정에 의하여 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률을 준용함에 있어서 제91조의 규정에 의한 실시계획의 고시가 있는 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제20조 제1항 및 제22조의 규정에 의한 사업인정 및 그 고시가 있는 것으로 본다. 다만, 재결신청은 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제23조제1항 및 제28조제1항의 규정에 불구하고 실시계획에서 정한 도시계획시설사업의 시행기간 이내에 하여야 한다.

‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것)

제26조 (협의 등 절차의 준용) ② 사업인정 이전에 제14조 내지 제16조 및 제68조의 규정에 의한 절차를 거쳤으나 협의가 성립되지 아니하여 제20조의 규정에 의한 사업인정을 받은 사업으로서 토지조서 및 물건조서의 내용에 변동이 없는 때에는 제1항의 규정에 불구하고 제14조 내지 제16조의 규정에 의한 절차를 거치지 아니할 수 있다. 다만, 사업시행자 또는 토지소유자 및 관계인이 제16조의 규정에 의한 협의를 요구하는 때에는 협의하여야 한다.

제32조 (심리) ② 토지수용위원회는 심리를 함에 있어서 필요하다고 인정하는 때에는 사업시행자·토지소유자 및 관계인을 출석시켜 그 의견을 진술하게 할 수 있다.

제51조 (관할) ① 중앙토지수용위원회는 다음 각호의 사업의 재결에 관한 사항을 관장한다.

1. 국가 또는 시·도가 사업시행자인 사업
2. 수용 또는 사용할 토지가 2 이상의 시·도에 걸쳐 있는 사업

② 지방토지수용위원회는 제1항 각호외의 사업의 재결에 관한 사항을 관장한다.

제52조 (중앙토지수용위원회) ① 중앙토지수용위원회는 위원장 1인을 포함한 20인 이내의 위원으로 구성하되, 위원중 대통령령이 정하는 수의 위원은 상임으로 한다.

② 중앙토지수용위원회의 위원장은 건설교통부 장관이 되며, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 위원장이 지명하는 위원이 그 직무를 대행한다.

③ 중앙토지수용위원회의 위원장은 위원회를 대표하며, 위원회의 업무를 통할한다.

⑤ 중앙토지수용위원회의 비상임위원은 토지 수용에 관한 학식과 경험이 풍부한 자중에서 건설교통부 장관이 위촉한다.

⑥ 중앙토지수용위원회의 회의는 위원장이 소집하며, 위원장 및 상임위원 1인과 위원장이 회의마다 지정하는 위원 7인으로 구성한다.

⑦ 중앙토지수용위원회의 회의는 제6항의 규정에 의한 구성원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

⑧ 중앙토지수용위원회의 사무를 처리하기 위하여 사무기구를 둔다.

제70조 (취득하는 토지의 보상) ② 토지에 대한 보상액은 가격시점에 있어서의 현실적인 이용상황과 일반적인 이용방법에 의한 객관적 상황을 고려하여 산정하되, 일시적인 이용상황과 토지소유자 또는 관계인이 갖는 주관적 가치 및 특별한 용도에 사용할 것을 전제로 한 경우 등은 이를 고려하지 아니한다.

④ 사업인정후의 취득에 있어서 제1항의 규정에 의한 공시지가는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로서, 당해 토지에 관한 협의의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 한다.

구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것)

제49조 (설치) 토지등의 수용과 사용에 관한 재결을 하기 위하여 건설교통부에 중앙토지수용위원회를, 시·도에 지방토지수용위원회를 둔다.

제70조 (취득하는 토지의 보상) ⑤ 취득하는 토지와 이에 관한 소유권의 권리에 대한 구체적인 보상액 산정 및 평가방법은 투자비용·예상수익 및 거래가격 등을 고려하여 건설교통부령으로 정한다.

구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2005. 12. 29. 법률 제7796호로 개정되기 전의 것)

제52조 (중앙토지수용위원회) ④ 중앙토지수용위원회의 상임위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 건설교통부장관의 제청으로 대통령이 임명한다.

1. 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있었던 자
2. 대학에서 법률학 또는 행정학을 가르치는 부교수 이상의 직에 5년 이상 있었던 자
3. 행정기관의 3급 이상의 공무원으로 2년 이상 있었던 자

구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되고, 2005. 12. 29. 법률 제7773호로 개정되기 전의 것)

제52조 (중앙토지수용위원회) ⑨ 중앙토지수용위원회의 상임위원의 직급 및 사무기구의 조직에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 개정되고, 2007. 10. 17. 법률 제8665호로 개정되기 전의 것)

제70조 (취득하는 토지의 보상) ① 협의 또는 재결에 의하여 취득하는 토지에 대하여는 부동산가격공시및감정평가에관한법률에 의한 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 그 공시기준일부터 가격시점까지의 관계 법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공익사업으로 인한 지가의 영향을 받지 아니하는 지역의 대통령령이 정하는 지가변동률, 생산자물가상승률(한국은행법 제86조의 규정에 의하여 한국은행이 조사·발표하는 생산자물가지수에 의하여 산정된 비율을 말한다) 그 밖에 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하여야 한다.

구 ‘부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률’(2005. 1. 14. 법률 제7335호로 전부 개정되고, 2007. 4. 27. 법률 제8409호로 개정되기 전의 것)

제9조 (표준지공시지가의 적용) ① 국가·지방자치단체, 정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관 그 밖에 대통령령이 정하는 공공단체가 다음 각호의 목적을 위하여 토지의 가격을 산정하는 경우에는 당해 토지와 유사한 이용가치를 지닌다고 인정되는 하나 또는 둘 이상의 표준지공시지가를 기준으로 하여 당해 토지의 가격과 표준지공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 한다. 다만, 필요하다고 인정하는 때에는 산정된 지가를 다음 각호의 목적에 따라 가감조정하여 적용할 수 있다.

1. 공공용지의 매수 및 토지의 수용·사용에 대한 보상

【사건의 개요】

1. 심판청구에 이르게 된 경위

(1) 청구인은 광주 동구 광산동 11의 1 대지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)의 소유자인바, 문화관광부 장관은 2005. 1. 13. 이 사건 토지를 포함한 광주 동구 광산동 13 일원(이하 ‘이 사건 사업신청지’라고 한다)에 국립아시아문화전당을 건립하고자 광주광역시에 도시계획시설결정 및 지적승인 신청을 하였고, 이에 광주광역시장은 2005. 4. 1.광주광역시 고시 제2005-34호 광주도시관리계획(지구·시설)변경결정 및 지형도면고시로 이 사건 사업신청지에 광주 도시계획시설인 국립아시아문화전당을 건립하는 도시관리계획결정을

하였다.

(2) 문화관광부장관은 위 도시계획시설의 사업자로서, 2005. 5. 31. 광주광역시에게 도시계획시설사업 실시계획인가 신청을 하였고, 이에 광주광역시장은 도시계획시설 실시계획인가를 위한 주민열람공고, 토지소유자 및 이해관계인에 대한 통지, 실시계획인가를 위한 관련부서 협의를 거쳐, 2005. 7. 21. 광주광역시 고시 제2005-76호로 이 사건 사업신청지에 대하여 광주도시계획시설(국립아시아문화전당) 실시계획인가고시를 하였다.

(3) 이어서 문화부장관은 같은 해 8. 24. 중앙토지수용위원회(이하 '중토위'라고 한다)에 이 사건 사업신청지 중 협의취득이 이루어지지 아니한 토지에 대하여 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률' 제28조에 따라 수용재결을 신청하였고, 중토위는 2005. 12. 21. 수용재결을 하였고, 그 재결서 정본이 2006. 1. 2. 청구인에게 송달되었다.

(4) 이에 청구인은 2006. 2. 24. 서울행정법원에 위 수용재결의 무효확인등 소송을 제기하였고, 위 소송 계속 중 구 '국토계획법' 제96조 제2항 등의 규정이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나, 2006. 7. 28. 전부 기각되자, 같은 해 9. 20. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 구 국토계획법 제96조 제2항 본문에 대한 주장

국토계획법 제95조의 규정에 의한 수용 및 사용에 관하여는 공익사업법을 준용한다고 규정되어 있으므로, 도시계획시설사업 실시계획인가고시가 공익사업법 제20조의 사업인정 및 고시로서 동일하게 유효한 법률행위가 되기 위해서는 물론, 재산권보장 및 적법절차원리 등을 침해하지 않기 위해서 공익사업법에서 정하는 바에 따라 먼저 사업인정절차를 이행하여야 하는데 이러한 절차를 이행하지 않았음에도 이를 이행한 것으로 의제하는 국토계획법 제96조 제2항 본문은 재산권을 침해하고, 실질적으로 사업의 시행자가 도시계획시설사업 실시계획 인가고시권자이므로 자기 사업에 대한 사업인정을

스스로 행하는 것이 되어 적법절차의 원칙 등에 위배된다.

(2) 공익사업법 제26조 제2항, 제51조, 제52조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 제32조 제2항 및 구 공익사업법 제49조, 제52조 제4항, 제9항

공익사업법 제70조에 의해 산정된 보상금은 당사자 간의 협이가 성립될 수 있는 합리적인 매매가능금액이 될 수 없음에도, 법 제26조 제2항은 그러한 경우에도 협의를 한 것으로 볼 수 있도록 강제함으로써 재산권, 시장경제 원리 등을 침해하고 있다.

또한 헌법상 보장된 재산권에 대한 중대한 침해를 받았을 때에는 정당한 재판을 받을 권리가 있는데 중앙토지수용위원회의 수용재결은 청구인의 재산권을 침해하는 재판임에도 법 제49조, 제51조, 제52조에 의하면 그 판단의 주체인 재결청의 독립성, 전문성이 보장되어 있지 아니하여 법원에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있는 헌법에 위반되고, 법 제32조 제2항은 수용재결함에 있어서 토지소유자에게 위원회에 출석토록 하여 직접 변론할 기회를 제공하지 아니하여 재판청구권을 침해한다.

(3) 공익사업법 제70조 제2항, 제4항, 구 공익사업법 제70조 제1항, 제5항 및 구 부동산평가법 제9조 제1항 제1호에 대한 주장

수용된 토지에 대한 보상액은 당사자 간에 합의가 이루어질 수 있는 합리적인 매매가능금액, 즉 인근에서 대체토지를 취득할 수 있는 정상적인 거래가격이어야 함에도 공익사업법 제70조 제1항에서 규정한 보상액산정기준인 공시지가는 당사자 간에 협이가 성립할 수 없는 합리적인 매매가능금액이 아니므로 헌법 제23조 제3항이 보장한 정당보상원칙에 위배되고, 공익사업 지구 내에 편입되었다는 이유만으로 합리적인 매매가능금액이 아닌 금액으로 수용을 강제하는 반면, 사업시행자에게는 상대적으로 토지소유자가 당연히 가져야 할 ‘정당보상금액에서 공시지가 기준에 의한 보상금의 차액’을 공제한 금액 등을 향유토록 함으로써, 합리적인 이유 없이 토지소유자를 차별하는 것이 되어 평등원칙에 위배되며, 공공용지의 매수 및 토지의 수용, 사용에 대한 보상에 대하여 표준지공시지가를 기준으로 산정하도록 함으로써 시장경제원리상 합리적인 매매가능금액에 해당하는 보상을 받을 수 없으므로 재산권, 시장경제의 원리, 사적자치의 원칙, 신의성실의 원칙 및 계약자유

의 원칙 등에 위배된다.

나. 법원의 제청신청기각이유

(1) 구 국토계획법 제96조 제2항에 대한 위헌제청신청기각이유

공익사업법 제21조 및 같은 법 시행령 제11조는 사업시행자로부터 사업인정신청이 있는 경우에 사업인정에 관하여 이해관계 있는 자의 의견을 듣기 위하여 사업인정 신청서 및 관계서류를 공고하여 일반인이 열람할 수 있도록 하고 있고, 토지소유자 및 이해관계인에게 의견서를 제출할 수 있다는 뜻을 통지하도록 함으로써 사업인정 전에 토지소유자 및 이해관계인들의 의견을 수렴하는 절차를 규정하고 있는데, 국토계획법 제90조 역시 도시계획시설사업 실시계획인가신청이 있는 경우에 도시계획시설사업과 관련한 토지소유자 및 이해관계인들의 의견을 수렴하는 절차를 거치도록 규정하고 있으므로, 실시계획인가 이후 사업시행자로 하여금 공익사업법상의 사업인정절차를 다시 반복하지 아니하도록 하기 위하여 국토계획법 제96조 제2항에서 도시계획시설사업 실시계획인가 고시가 있는 때에는 공익사업법 소정의 사업인정 및 고시가 있는 것으로 규정한 것이므로 적법절차원칙이나 재산권 보호규정에 위배되지 아니한다.

(2) 공익사업법 제26조 제2항, 제51조, 제52조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 제32조 제2항 및 구 공익사업법 제49조, 제52조 제4항, 제9항

토지수용위원회의 수용재결이 사법절차가 아니라고 하더라도 수용재결에 의하여 재산권을 침해받은 토지소유자는 이에 대하여 행정소송을 제기하여 법원에 의한 재판받을 권리가 보장된 이상, 위 조항들이 헌법에 위배된다거나, 공익사업법상 토지소유자 등의 권리보호 규정의 미비로 헌법상의 원칙을 위배되었다고 볼 수 없다.

(3) 공익사업법 제70조 제2항, 제4항, 구 공익사업법 제70조 제1항, 제5항 및 구 부동산평가법 제9조 제1항 제1호

공익사업법은 협의 또는 수용한 토지 등에 대해 손실의 보상에 관한 사항을 규정하고, 수용재결은 공익성이 있는 사업에 한하여 인정하되, 재산권 박탈에 따른 정당한 보상을 하도록 되어 있으며, 절차적으로는 이의신청, 행정

소송의 제기 등 사후통제수단이 보장되어 피수용자가 권익을 보호받도록 되어 있다.

또한 ‘정당한 보상’이라 함은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이라 할 것이나, 투기적인 거래에 의하여 형성되는 가격은 정상적인 재산가치로는 볼 수 없으므로 이를 배제한다고 하여 완전보상의 원칙에 어긋나는 것은 아니다. 또한 표준지공시지가는 부동산평가법의 제 규정들에 의하면, 공시기준일 당시 토지가 갖는 객관적 가치를 평가함에 있어 적절한 것으로 보이고, 나아가 공시기준일 부터 재결시까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획 또는 당해 지역과 관계없는 인근토지의 지가변동률, 도매물가상승률에 의하여 시점수정을 하여 보상액을 산정함으로써 개발이익을 배제하고 있는 것이며, 표준지공시지가가 공시기준일의 적정가격을 반영하지 못하고 있다면, 이는 부동산평가법상의 이익신절차에 의하여 시정하거나, 공익사업법 제68조 제3항 소정의 기타 사항 참작에 의한 보정방법으로 조정할 수도 있는 것이므로 표준지공시지가를 기준으로 보상액을 산정하도록 하고 있는 공익사업법 제70조 및 부동산평가법 제9조 제1항 제1호가 헌법 제23조 제3항에 위배되는 것이라고 볼 수 없다.

다. 문화관광부장관 및 건설교통부장관의 의견

법원의 위헌제청신청기각이유와 대체로 같다.

【결정요지】

1. 도시계획시설사업 자체에 있어서도 공공필요성 요건은 충족되고, 국토계획법상 이해관계인의 의견청취, 관계행정기관과의 협의 등 공공필요에 대한 판단을 할 수 있는 적절한 절차가 규정되어 있으므로 도시계획시설 실시인가를 사업인정으로 의제하는 구 국토계획법 제96조 제2항 본문은 적법절차원칙 및 헌법 제23조 제3항에 위반되지 않는다.

2. 공익사업법 제26조 제2항은 공익사업을 신속하게 추진하기 위하여 이미 거쳤던 절차를 반복하지 않도록 한 것으로서 토지조서 등에 변동이 있는 경우에는 다시 협의 등의 절차를 거쳐야 하므로 재산권을 침해하지 않는다.

3. 토지수용위원회로 하여금 재결에 관한 사항을 관장하도록 한 것은 법률관계를 신속하게 확정하여 시간과 비용을 절약하도록 한 것이고, 심리에 있어서 토지수용위원회가 필요하다고 인정하는 경우에만 토지소유자 등이 출석하여 의견을 진술하도록 하였다고 해도 이해관계인은 열람기간 중에 관계서류를 열람하여 재결에 있어서 의견을 제시할 수 있으며, 수용재결에 대하여 행정소송을 제기할 수 있으므로, 토지수용위원회의 관할 등에 관한 공익사업법 상의 제규정 및 공익사업법 제32조 제2항이 적법절차에 위배된다거나 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 공시지가를 기준으로 하되 그 공시기준일 부터 가격시점까지의 시점보정을 지가상승률 등에 의하여 행하도록 규정한 것은 공시지가가 공시기준일 당시의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이고, 표준지와 지가산정 대상토지 사이에 가격의 유사성을 인정할 수 있도록 표준지의 선정이 적정하며, 공시기준일 이후 수용시까지의 시가변동을 산출하는 시점보정의 방법이 적정한 것으로 보이므로, 청구인의 재산권 등을 침해하였다고 볼 수 없다.

또한 당해 토지의 협의 성립 또는 재결 당시 공시된 공시지가 중 당해 사업인정고시일에 가장 가까운 시점에 공시된 공시지가로 하도록 규정한 것은 시점보정의 기준이 되는 공시지가에 개발이익이 포함되는 것을 방지하기 위한 것으로서 개발이익이 배제된 손실보상액을 산정하는 적정한 수단에 해당되므로 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

【해설】

1. 사업인정제도¹⁾와 구 국토계획법 제96조 제2항 본문에 대한 판단

가. 사업인정의 의의

토지수용은 특정한 공익사업을 위하여 타인의 토지 등에 대한 재산권을 상대방의 의사에 반하여 강제적으로 취득하는 제도이기 때문에 수용자와 피수용자의 상반되는 이해를 조정할 필요가 있고 따라서 이는 법률의 근거에

1) 김동희, 제12판 행정법 II, 박영사, 2006년, 375면-406면; 박평준, 전게서, 144면-164면.

의하여 일정한 절차를 밟아 행해져야 하며 토지수용의 근거 및 절차를 정하는 법률에는 일반법으로서 공익사업법이 있으며, 특별법으로서는 각 개별법이 있다.

공익사업법이 정한 수용의 절차는 사업인정, 토지조서·물건조서의 작성, 협의 및 재결·화해의 4단계로 나누어지는데, 사업인정은 토지수용에 있어서 제1단계의 절차로서 가장 기본이 되는 절차이다.²⁾

토지 등을 수용·사용할 수 있는 사업은 먼저 공익사업법 제4조 각 호의 1에 해당하여야 함은 물론이고, 그것이 공공의 이익을 위한 사업이어야 하는바, 이러한 수용·사용의 요건을 갖춘 경우라 하더라도 즉시 토지 등을 수용·사용할 수 있는 것은 아니며, 사업자가 토지를 수용·사용하고자 할 때에는 건설교통부장관의 사업인정을 받아야 한다(공익사업법 제20조). 즉, 수용·사용의 요건을 갖춘 사업이라도 국가기관에 의한 사업인정을 받음으로써 비로소 토지 등의 수용·사용이 가능하게 된다.

여기서 사업인정이란 특정한 사업이 토지수용을 할 수 있는 공익사업에 해당함을 인정하여 사업시행자에게 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 특정한 재산권의 수용권을 설정하는 행정행위이며, 공익사업을 토지 등을 수용 또는 사용할 사업으로 결정하는 것을 말한다.

공익사업법 제20조의 규정에 의한 사업인정은 공용수용절차를 개시하는 제1차적 단계이다. 사업인정을 받음으로써 수용할 목적물의 범위가 확정되고 수용권으로 하여금 목적물에 관한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공익상의 권리로서의 효력을 발생한다.

사업인정의 법적성질에 관하여 확인행위설, 설권적 형성행위설의 대립이 있는데, 사업인정을 함에 있어서 관계기관과 협의하고 이해관계인의 의견을 청취하는 등의 절차는 사업인정을 단순한 확인행위로 보기 어렵고, 공용수용의 본질은 특정한 공익사업을 위하여 타인의 재산권을 강제적으로 취득하는데 있으므로 설권적 형성행위설이 타당하다.³⁾

2) 김동희, 전계서, 383-384면; 박평준, 전계서, 144면

3) 박평준, 전계서, 148면; 최영, 사업인정의제사업에 관한 연구, 고려대학교, 2001년, 6-10면; 대법원 1983. 9. 27. 83누324; 대법원 1988. 12. 27. 87누1141; 대법원 1994. 11. 11. 93누19375

나. 사업인정의 절차

사업인정은 ① 사업시행자의 사업인정신청(제출서류: 사업계획신청서, 사업계획서, 사업예정지 및 사업계획을 표시한 도면, 토지소유자 또는 관계인과의 협의의 내용을 기재한 서류, 수용 또는 사용할 토지의 세목을 기재한 서류 등) ② 관계기관 협의 및 이해관계인의 의견청취(공고 열람) ③ 사업인정의 고시의 절차를 거치게 된다.⁴⁾

사업인정은 공익사업법상 행정기관인 건설교통부장관이 행하도록 되어 있는데, 국토계획법 등 공익사업법 이외의 각 특별법에서는 사업인정권을 건설교통부장관이 아닌 자에게 부여하거나 또는 어느 특정한 행정행위로써 사업인정에 갈음하는 경우도 있다. 건설교통부장관이 사업인정을 하고자할 때에는 관계 중앙행정기관의장 및 그 토지를 관할하는 서울특별시 등과 협의를 하여야 하며, 또한 사업인정에 관하여 이해관계가 있는 자의 의견을 들어야 하는데(법 제21조), 건설교통부장관이 사업신청서를 수리하고 사업인정에 관하여 이해관계가 있는 자의 의견을 듣고자 하는 때에는 사업인정신청서 및 관계서류의 사본을 토지 등을 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 송부하여야 하고, 그 서류를 송부 받은 시장 등은 지체 없이 시·군 또는 구의 게시판에 공고하고, 그 서류를 일반인에게 열람하게 하며, 공고의 내용과 공고기간 안에 이해관계인은 그에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻을 토지소유자와 관계인에게 통지해야 한다.

또한 건설교통부장관이 사업인정을 하고자 할 때에는 사업인정을 하기 앞서 그 사업을 위하여 공용수용을 할 만한 공익적인 가치가 있는가에 대하여 중앙토지수용위원회의의견을 들어야 한다.

건설교통부장관은 사업인정의 신청을 받고 위와 같은 협의·의견청취 등 일련의 절차를 거친 후, 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익적인 가치가 있는지의 여부를 판단하여 그만한 가치가 있다고 인정할 때에는 사업인정을 행하게 된다. 사업인정을 한 때에는 지체 없이 그 뜻을 사업시행자, 토지소유자, 관할 서울특별시·광역시 또는 도지사에게 통지하고, 사업시행자의 성명 또는 명칭·사업의 종류·사업지역 및 수용 또는 사용할 토지의 세목을 관보에 고시하여야 한다(법 제22조 제1항). 그리고 사업인정의 사실을

4) 박평준, 전계서, 148면-151면

통지받은 시·도지사는 관계 시장·군수 및 구청장에게 이를 통지하여야 한다(법 제22조 제2항).

다. 사업인정의 효과

사업인정은 고시한 날로부터 효력을 발생한다(법 제22조 제3항). 사업인정 고시의 효과는 수용할 목적물의 범위를 확정하고, 수용의 목적을 쉽게 달성하기 위하여 사업시행자는 일정한 절차를 거칠 것을 조건으로 목적물을 수용할 수 있는 권한을 부여받게 된다. 사업인정을 하는 경우에는 수용할 토지의 세목을 함께 고시하여야 하는 바, 그 토지의 세목에 포함된 토지에 한하여 공용수용의 목적물이 되며, 공용수용에 따른 보상액은 사업인정 당시의 공시지가를 기준으로 하여 그 때로부터 재결시까지의 시점수정을 하여 산정하게 되므로 사업인정고시일은 보상액을 고정시키는 효과를 갖게 된다(법 제70조 제4항). 그 외에 수용의 절차에 참여할 수 있는 관계인이 한정되며(법 제2조 제5호 단서), 공용수용의 목적물인 토지를 현존상태대로 보전하여야 하는 등의 의무가 발생하고(법 제25조, 제96조), 공용수용의 절차를 진행하기위하여 공용수용의 목적물을 측량 또는 조사할 수 있으며(법 제27조 제1항), 다음 단계로의 절차를 진행시킬 수 있는 효과가 발생한다.

라. 구 국토계획법 제96조 제2항 본문의 위헌 여부

(1) 국토계획법상 도시계획시설사업의 실시계획 인가절차

도시계획시설사업의 실시계획 인가는 도시계획시설결정이라는 도시관리계획 결정절차를 거친 후 도시계획시설사업자의 지정, 사업시행자의 당해 지자체 장에 대한 의견청취 및 실시계획의 작성, 실시계획인가신청, 공고·열람, 실시계획의 인가·고시의 절차를 거치게 된다.

도시계획시설사업이란 국토계획법 상의 기반시설(법 제2조 제6호)중 도시관리계획으로 결정된 시설을 말하며, 도시관리계획이란 특별시·광역시·시 또는 군의 개발 정비 및 보전을 위하여 수립하는 토지이용·교통·환경·경관·안전·산업·정보통신·보건·후생·안보·문화 등에 관한 기반시설의 설치·정비 또는 개량에 관한 계획 등을 말한다(법 제2조 제2호, 제4호, 제7호). 특별시 및 광역시의 도시관리계획은 입안과 결정을 모두 특별시장 또는

광역시장이 행하고, 시 및 군의 도시관리계획은 시장 또는 군수가 입안하고 도지사가 결정한다(법 제24조 제1항, 제2항, 제29조 제1항). 그러나, 법 제24조 제5항의 경우에는 건설교통부장관이, 제25조 제6항의 경우에는 도지사가 도시관리계획을 각 입안하고, 법 제29조 제2항에 규정된 도시관리계획은 건설교통부장관이 결정한다.

입안권자는 도시관리계획을 입안함에 있어, 인구, 경제, 환경 등 도시관리계획의 수립 또는 변경에 관하여 필요한 사항을 조사하고(법 제13조 제1항, 제27조 제1항, 시행령 제11조 제1항, 제2항, 제3항), 주민의 의견을 들어야 하며, 그 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 이를 도시관리계획안에 반영하여야 한다(법 제28조 제1항). 입안권자가 주민의 의견을 청취하고자 하는 때에는 도시관리계획안의 주요내용을 공고하고 일반이 열람할 수 있도록 해야 한다(시행령 제22조 제2항). 공고된 도시관리계획안의 내용에 대하여 의견이 있는 자는 열람기일 내에 특별시장 광역시장 시장 또는 군수에게 의견서를 제출할 수 있다. 또한 법 제28조 제5항에 규정된 사항에 대하여는 지방의회의 의견을 들어야 한다.

도시관리계획은 광역도시계획 및 도시기본계획에 부합되어야 하므로(법 제25조 제1항), 건설교통부장관이나 특별시장·광역시장 또는 도지사가 도시관리계획을 입안하고자 하는 때에는 관계 행정기관의 장과 협의할 수 있다(법 제35조 제2항). 특별시장·광역시장 또는 도지사가 건설교통부장관에게 도시관리계획의 결정을 신청하거나, 시장 또는 군수가 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 도시계획관리결정을 신청하는 때에는 도시관리계획도서 및 계획설명서에 주민의견청취결과, 지방의회의 의견청취결과, 관계 행정기관의 장과의 협의에 필요한 서류, 중앙도시계획위원회 또는 특별시·광역시·도 도시계획위원회의 심의에 필요한 서류 등을 첨부하여 제출하여야 한다(시행령 제23조). 건설교통부장관이 도시관리계획을 결정하는 때에는 관계중앙행정기관의 장과 미리 협의하여야 하며, 특별시장·광역시장 또는 도지사가 도시관리계획을 결정하는 때에는 관계 행정기관의 장과 미리 협의해야 한다(법 제30조 제1항).

건설교통부장관이 도시관리계획을 결정하는 때에는 중앙도시계획위원회⁵⁾

5) 국토계획법상 중앙도시계획위원회, 지방도시계획위원회의 구성에 관하여 법 제106

의 심의를 거쳐야 하며, 특별시장·광역시장 또는 도지사가 도시관리계획을 결정하는 때에는 특별시·광역시 또는 도 도시계획위원회의 심의를 거쳐야 한다(법 제30조 제3항). 도시관리계획을 결정한 때에는 이를 고시하고, 관계서류를 일반이 열람할 수 있도록 하여야 한다(법 제30조 제6항).

기반시설이나 도시계획사업에 관한 도시관리계획이 결정되면 이를 구체화하기 위한 사업의 시행이 뒤따르게 되는데, 이와 같이 도시관리계획을 시행하기 위한 사업을 도시계획사업이라 하며, 도시계획시설사업은 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하는 사업으로서 도시계획사업에 해당한다(법 제2조 제10호, 제11호).

기반시설은 도시관리계획에 의하여 설치하여야 하므로 기반시설을 설치하고자 하는 때에는 도시계획시설결정을 한 후 실시계획인가절차를 거쳐 도시계획시설사업을 시행하여야 한다. 건설교통부장관, 도지사, 특별시장·광역시장·시장 또는 군수는 도시계획시설사업을 시행할 수 있고, 그 밖의 자는 건설교통부장관·도지사·특별시장·광역시장·시장 또는 군수로부터 사업시행자 지정을 받아야 한다. 시행자지정을 받은 자는 실시계획을 작성하고자 할 때 특별시장·광역시장·시장 또는 군수의 의견을 들어야 한다. 실시계획을 작성한 때에는 건설교통부장관이 지정한 시행자는 건설교통부장관의 인가를, 그 밖의 시행자는 특별시장·광역시장 또는 도지사의 인가를 받아야 한다. 인가권자는 직접 실시계획을 작성하거나 실시계획을 인가하고자 하는 때에는 인가신청의 요지 등을 공고하고, 관계서류의 사본을 일반이 열람할 수 있도록 하여야 한다(법 제90조 제1항, 제3항). 도시계획시설사업의 시행지구 안의 토지 건축물 등의 소유자 및 이해관계인은 열람기간 내에 인가권자나 도시계획시설사업의 시행자에게 의견서를 제출할 수 있으며, 인가권자나 사업시행자는 제출된 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 이를 실시계획에 반영해야 한다(법 제90조 제2항). 건설교통부장관 또는 특별시장·광역시장 또는 도지사는 실시계획을 작성하거나 인가한 때에는 이를 고시하여야 한다(법 제91조).

실시계획인가는 시행자에게 도시계획시설사업을 실시할 수 있는 권한을 설정하여 주는 처분(강학상의 특허)⁶⁾이다. 도시계획시설사업의 시행자는 당

조 내지 제116조.

해 도시계획시설사업에 필요한 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는데, 실시계획의 고시를 공익사업법에 의한 사업인정의 고시로 본다(국토계획법 제96조 제2항 본문). 즉 실시계획의 고시에 의하여 수용권이 설정되고, 수용대상물건의 범위가 확정되며, 시행자는 수용대상물건에 대한 현재 및 장래의 권리자에게 대항할 수 있는 일종의 공법상의 권리를 가지게 된다.⁷⁾ 실시계획의 고시에 의하여 수용대상의 범위가 확정되어야 하므로 실시계획을 고시하는 때에는 수용 또는 사용할 토지 건축물의 지면·지목과 소유권 외의 권리명세를 고시하여야 한다. 실시계획의 고시에 이러한 토지세목을 누락시킨 경우 이는 절차의 흠으로서 취소사유가 된다.⁸⁾

(2) 적법절차원칙 위반 여부

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있겠으나, 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익(私益), 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량 하여 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것이다(헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18; 헌재 2005. 12. 22, 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 796)

도시계획시설사업의 실시계획 인가 및 고시의 절차를 살펴보도록 한다. 도시계획시설사업의 실시계획 인가는 앞에서 살펴본 바와 같이 도시계획시설결정이라는 도시관리계획 결정절차를 거친 후에 다시 일련의 절차를 거치게 되는데, 도시관리계획결정절차에 있어서도 도시관리계획안의 주요내용을 공고하고 일반이 열람할 수 있도록 해서 주민의 의견을 청취해야 하며(법제28조 제1항), 공고된 도시관리계획안의 내용에 대하여 의견이 있는 자는 열람기일내에 특별시장 광역시장 시장 또는 군수에게 의견서를 제출할 수 있다. 또한 도시계획시설사업의 실시계획을 인가하는 때에도 인가권자는 인

6) 정태용, 국토계획법, 한국법제연구원, 2005년, 597면.

7) 정태용, 전거서, 599면; 대법원 1994. 5. 24. 선고 93누24230; 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누4889.

8) 정태용, 전거서 599면; 대법 1988. 12. 27. 선고 87누1141

가신청의 요지 등을 공고하고, 관계서류의 사본을 일반이 열람할 수 있도록 하여야 하고(법 제90조 제1항, 제3항), 도시계획시설사업의 시행지구 안의 토지 건축물 등의 소유자 및 이해관계인은 열람기간 내에 인가권자나 도시계획시설사업의 시행자에게 의견서를 제출할 수 있으며, 인가권자나 사업시행자는 제출된 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 이를 실시계획에 반영해야 한다(법 제90조 제2항).

또한 사업인정을 의제하는 규정의 입법목적은 앞서 살펴본 바와 같이 도시계획시설사업에 있어서 사업인정절차에 소요되는 시간을 단축하고 이해관계인의 의견청취, 관계행정기관과의 협의 등 중복되는 행정절차 등을 생략하여 신속하게 도시계획시설사업을 시행하려는 것이고 도시계획시설사업 실시계획 인가시 토지소유자 등의 의견을 청취하고 관계 행정기관과의 협의를 거치는 등 제반절차를 이행하게 된다. 따라서 도시계획시설사업 실시계획 인가 이후 이를 중복하여 거치지 아니하도록 하기 위하여 사업인정을 의제하는 것은 도시계획시설사업의 절차 진행에 대한 효율과 신속성을 해하지 않으면서도 토지소유자 등의 권리를 보장할 수 있는 적절하고도 불가피한 입법조치라고 할 것이며, 유사한 절차를 중복하여 거치지 않고 신속하고 효율적인 사업진행이라는 공익은 청구인이 침해받는 사익보다 훨씬 중대하다.

따라서 국토계획법에서도 도시계획시설사업의 실시계획인가시 당해 사업과 관련된 토지소유자 및 이해관계인의 의견을 듣기 위하여 사업인정 신청 관계서류를 공고하여 이를 일반인이 열람할 수 있도록 하고 있고, 동 열람기간 내 의견서를 제출할 수 있도록 하는 등 의견수렴절차를 거치게 되어 있는 점을 감안하면 사업인정 의제를 규정한 국토계획법 제96조 제2항 본문이 적법절차의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

또한 청구인은 실질적으로 사업의 시행자가 도시계획시설사업 실시계획 인가고시권자이므로 자기 사업에 대한 사업인정을 스스로 행하는 것이 되어 적법절차의 원칙에 위배된다고 주장하나, 당해 사건에 있어서 사업 시행자는 문화관광부장관이고, 인가고시권자는 광주광역시장이므로 양자 간의 사실상 관계는 어떠한 법적인 효과를 발생하지 않으므로 청구인의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유 없다.

(3) 재산권 침해 여부

청구인은 당해 사업이 공공필요가 있는지 여부를 판단하는 사업인정절차를 거치지 않고 도시계획시설인가고시를 사업인정으로 의제하는 것이 재산권을 침해한다는 취지로 주장하나, 사업인정제도의 취지가 특정한 사업이 토지수용을 할 수 있는 공익사업에 해당함을 인정하는 것이라고 하더라도 공공필요 유무에 대한 판단이 반드시 사업인정의 절차를 통해서만 행해질 이유는 없다 할 것이다. 특정사업에서 공공필요 유무를 판단할 수 있는 절차를 거쳤음에도 다시 사업인정의 절차를 거치도록 하는 것이 중복적인 행정절차를 강요하는 것일 때에는 사업인정을 의제하는 것이 오히려 공익사업의 신속성을 도모하고 토지소유자 등 이해관계인의 이익에도 부합된다 할 것이다.

도시계획시설사업은 명시적으로 도로 등 교통시설, 학교·운동장·문화시설 등 공공·문화체육시설과 같은 도시계획시설을 설치·정비 또는 개량하여 공공복리의 증진과 국민의 삶의 질을 향상하게 함을 목적(국토계획법 제1조, 제2조 제2호, 제6호, 제7호, 제10호)으로 하고 있으므로, 도시계획시설사업 자체에 있어서 공공필요성의 요건은 충족된다 할 것이다.

더 나아가 앞서 살펴본 바와 같이 도시계획시설사업의 실시계획인가를 위해서는 우선 도시관리계획 입안단계에서부터 계획공고, 열람, 주민·지방의회의 의견청취, 도시계획위원회의 심의 및 관계행정기관과의 협의 등을 거치고, 실시계획을 인가하기 위해서는 당해 사업과 관련된 토지소유자 및 이해관계인의 의견을 듣기 위하여 사업인정 신청 관계서류를 공고하여 이를 일반인이 열람할 수 있도록 하고 있으며 동 열람기간 내 의견서를 제출할 수 있도록 하는 등 사업인정 절차를 거치지 않고서도 공공필요에 대한 판단을 할 수 있는 적절한 절차가 규정되어 있다는 점에서 사업인정 의제를 규정한 국토계획법 제96조 제2항 본문이 헌법 제23조 제3항에 위반된다고 할 수 없다.

2. 공익사업법 제26조 제2항에 대한 판단⁹⁾

9) 재판의 전제성과 관련하여 이 법률조항에 의해 사업시행자가 토지조서 등의 변동이 없다는 이유로 협의 등의 절차를 다시 거치지 않았는지에 대해서는 당해 사건의 판결문이나 청구이유서상 명백하지 않으나 이를 전제로 한 것으로 보인다.

위 법률조항의 입법목적은 협의가 성립되지 않아 협의취득을 하지 못하고, 공용수용의 절차에 들어가 사업인정을 받았다면, 토지조서와 물건조서에 변동사항이 없는 경우에는 협의의 가능성이 없으므로 다시 협의 등의 절차를 거치는 것이 무의미하며, 이미 거쳤던 절차를 반복하지 않게 함으로써 공익사업을 신속하게 추진하고자 함에 있다 할 것이므로 입법목적은 정당하며, 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라 하겠다.

토지조서와 물건조서에 변동이 있는 경우에는 사업인정 전에 협의 등의 절차를 거쳤다고 하더라도 다시 절차를 거쳐야 하며, 토지소유자 등이 원하는 경우에도 역시 절차를 생략할 수 없으므로 피해의 최소화 원칙에도 반하지 않는다.

또한 위 조항으로 인해 청구인은 협의가 이루어지지 않았다고 해도 사업인정 후에 다시 사업시행자와 협의 등을 할 수 있는 사익을 잃게 되는 반면, 신속한 공익사업의 추진, 무의미한 절차의 반복 방지라는 공익은 사익보다 중대하다고 할 수 있어 법익균형성 요건도 충족하므로 공익사업법 제26조 제2항은 헌법에 위반되지 않는다.

3. 공익사업법 제51조, 제52조 제1항, 제2항, 제3항, 제5항, 제6항, 제7항, 제8항, 제32조 제2항 및 구 공익사업법 제49조, 제52조 제4항, 제9항에 대한 판단에 대한 판단

가. 재결의 의의 및 법적성질

재결은 협의의 불성립 또는 협의의 불능 시에 사업시행자의 신청에 의하여 관할 토지수용위원회가 사업시행자에게 부여된 수용권의 구체적인 내용을 결정하고 그 실행을 완성시키는 공용수용의 마지막 절차이며, 사업시행자가 보상금을 지급할 것을 조건으로 하여 토지 등에 대한 권리를 취득하고, 피수용자는 그 권리를 상실하게 되는 것을 결정하는 형성적 행정처분이다¹⁰⁾.

나. 토지수용위원회의 법적성질

10) 김동희, 제12판 행정법, 박영사, 2006년, 388면; 박평준, 전게서, 176면; 대법원 1993. 1. 19. 91누8050; 대법원 1993. 4. 27. 92누15789.

토지수용위원회는 그 소관사항에 관하여 재결이라는 형식의 행정처분을 행하는 합의제 행정관청에 해당한다. 11)

국민의 재산권은 재결에 의하여 강제적 방법으로 수용된다는 중대성을 지니고 있으므로 재결기관의 독립성·중립성 및 전문성이 반드시 보장되어야 한다. 이에 따라 법은 위원회 구성의 중립성과 위원의 전문성을 확보하기 위하여 위원의 자격과 신분보장에 관한 사항을 직접 정하며(법 제52조, 제54조, 제55조, 제56조¹²⁾), 위원의 제척·기피·회피제도를 규정하고 있다(법 제

11) 박평준, 전개서, 177면; 석중현, 제8판 일반행정법(下), 삼영사, 2001, 549면.

12) 제52조 (중앙토지수용위원회) ①중앙토지수용위원회는 위원장 1인을 포함한 20인 이내의 위원으로 구성하되, 위원중 대통령령이 정하는 수의 위원은 상임으로 한다.

②중앙토지수용위원회의 위원장은 건설교통부장관이 되며, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 위원장이 지명하는 위원이 그 직무를 대행한다.

③중앙토지수용위원회의 위원장은 위원회를 대표하며, 위원회의 업무를 통할한다.

④중앙토지수용위원회의 상임위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자중에서 건설교통부장관의 제청으로 대통령이 임명한다.<개정 2005.12.29>

1. 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있었던 자
2. 대학에서 법률학 또는 행정학을 가르치는 부교수 이상의 직에 5년 이상 있었던 자
3. 행정기관의 3급공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 2년 이상 있었던 자

⑤중앙토지수용위원회의 비상임위원은 토지 수용에 관한 학식과 경험이 풍부한 자중에서 건설교통부장관이 위촉한다.

⑥중앙토지수용위원회의 회의는 위원장이 소집하며, 위원장 및 상임위원 1인과 위원장이 회의마다 지정하는 위원 7인으로 구성한다.

⑦중앙토지수용위원회의 회의는 제6항의 규정에 의한 구성원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

⑧중앙토지수용위원회의 사무를 처리하기 위하여 사무기구를 둔다.

⑨중앙토지수용위원회의 상임위원의 계급 등 및 사무기구의 조직에 관한 사항은 대통령령으로 정한다. <개정 2005.12.29>

제54조 (위원의 결격사유) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 토지수용위원회의 위원이 될 수 없다.

1. 금치산자·한정치산자 또는 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
2. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자
3. 금고 이상의 형의 집행유예 선고를 받고 그 유예기간중에 있는 자
4. 벌금형의 선고를 받고 2년이 경과되지 아니한 자

②위원이 제1항 각호의 1에 해당하게 된 때에는 당연히 퇴직된다.

제55조 (임기) 토지수용위원회의 상임위원 및 위촉위원의 임기는 각각 3년으로 하며, 연임할 수 있다.

제56조 (신분보장) 위촉위원은 당해 토지수용위원회의 의결로 다음 각호의 1에 해

57조¹³⁾).

다. 재판청구권 침해 여부

(1) 재판청구권의 내용

재판이라 함은 당사자 간에 권리 의무에 관한 구체적인 분쟁이 발생한 경우에 당사자의 청구에 따라 독립적 지위에 있는 법원이 사실을 확인하여 당사자가 주장하는 권리 의무의 존부를 중국적으로 확정하는 작용을 말한다¹⁴⁾.

헌법 제27조 제1항 전단의 '헌법과 법률이 정한 법관에 의하여' 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 '법률에 의한 재판'을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판을 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장한다는 취지로서 법관이 법대로가 아닌 자의와 전단에 의한 재판을 하는 것을 배제한다는 의미라고 할 것이다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 186).

재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 하는 것임에 비추어 보

당하는 사유가 있다고 인정된 경우를 제외하고는 재임중 그 의사에 반하여 해임되지 아니한다.

1. 신체 또는 정신상의 장애로 인하여 그 직무를 수행할 수 없는 때
 2. 직무상의 의무에 위반한 때
- 13) 제57조 (위원의 제척·기피·회피) ①토지수용위원회의 위원으로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 당해 토지수용위원회의 회의에 참석할 수 없다.
1. 사업시행자·토지소유자 또는 관계인
 2. 사업시행자·토지소유자 또는 관계인의 배우자·친족 또는 대리인
 3. 사업시행자·토지소유자 및 관계인이 법인인 경우에는 당해 법인의 임원 또는 그 직무를 행하는 자
- ②사업시행자·토지소유자 및 관계인은 위원에게 심리·의결의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 그 사유를 적어 기피신청을 할 수 있다. 이 경우 토지수용위원회의 위원장은 기피신청에 대하여 위원회의 의결을 거치지 아니하고 기피 여부를 결정한다.
- ③위원이 제1항 또는 제2항의 사유에 해당하는 때에는 스스로 그 사건의 심리·의결에서 회피할 수 있다.
- ④제1항 내지 제3항의 규정은 사건의 심리·의결에 관한 사무에 관여하는 위원이 아닌 직원에 관하여 이를 준용한다.
- 14) 권영성, 전계서, 제594면.

면, 재판청구권은 헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 않는 한 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 함을 그 핵심적 내용으로 한다고 보아야 한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349-350; 헌재 2004. 12. 16, 2003헌바105, 판례집 16-2하, 505, 512).

(2) 판단

공용수용의 재결은 공익사업을 위하여 사업시행자에게 보상금을 지급하는 조건으로 타인의 토지소유권 등을 취득하게 하고, 반면 토지소유자 및 관계인에게는 목적물에 대한 권리를 상실시키게 하는 형성적 행정행위¹⁵⁾로서, 수용재결의 확정에 확정판결과 같은 효력을 인정한 이유는 수용재결이 토지수용과 관련한 공공사업을 신속히 수행하여야 할 특수성을 살리고 간편한 절차로 분쟁을 신속히 해결하여 이해관계자의 권리관계를 조속히 안정시킬 필요에 의한 것이지 수용재결이 재판에 해당하는 것은 아니다.

또한 사업시행자, 토지소유자 또는 관계인은 수용재결에 대하여 불복이 있는 때에는 이의신청을 거치지 아니하고 행정소송을 제기할 수 있으므로(법 제85조 제1항), 법관이 아닌 위원들로 구성된 토지수용위원회가 수용재결을 행하고, 토지수용위원회가 필요하다고 인정하는 경우에만 토지소유자 등이 심리에 출석하여 진술할 수 있다는 이유만으로 재판청구권이 침해되었다고 보기는 어렵다.

따라서 공익사업법 제49조, 제51조, 제52조 및 제32조 제2항은 청구인의 재판청구권을 침해하지 않는다.¹⁶⁾

라. 적법절차원칙 위배 여부

사업인정 후 토지의 수용에 대한 보상 문제 등 사업시행자와 토지소유자·관계인과의 의견이 대립되는 경우, 공평·중립인 제3자적 입장에서 이해관계를 조정하는 것이 필요하게 되어 설치된 토지수용위원회는 건설교통부에 두는 중앙토지수용위원회와 서울특별시·광역시 및 도에 두는 지방토지수용

15) 박평준, 전거서, 254면.

16) 여기서 헌법 제107조 제3항의 위헌 여부를 판단해야 하는지 문제되는데, 수용재결의 성질을 형성적 행정행위로 보는 이상, 재판의 전심절차로서 행정심판에 적용되는 헌법 제107조 제3항의 위헌 여부를 별도로 판단할 필요는 없어 보인다.

위원회가 있다. 여기에서 건설교통부나 서울특별시·광역시 및 각 도에 둔다는 것은 건설교통부장관 또는 서울특별시장·광역시장 및 도지사의 소속 또는 예측이나 자문기관이 아니고, 사무를 행하는 위원회의 위치를 그곳에 둔다는 것이다.¹⁷⁾ 또한 앞서 살펴본 바와 같이 공익사업법은 토지수용위원회의 재결사항(법 제50조), 구성위원의 자격 및 임명(법 제52조, 제53조), 위원의 결격사유와 임기, 신분보장(법 제55조, 제56조) 등에 대하여 규정하고 있고, 위원의 공정성이 의심되는 경우에는 제척·기피·회피제도(법 제57조)를 두고 있고, 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있었던 자나 토지수용에 관한 학식과 경험이 풍부한 자 등이 위원이 되므로 토지수용위원회는 독립성과 전문성이 인정된다 할 것이다. 또한 수용재결에 있어서 사업시행자와 토지소유자·관계인간의 의견 차이를 신속하게 조정하여 법률관계를 확정하고, 시간과 비용을 절약하며, 토지수용에 관한 행정기관의 전문적인 지식을 활용하기 위하여 토지수용위원회가 재결에 관한 사항을 관장하도록 한 것이고, 수용재결에 대하여 행정소송이 인정되고 있으므로 그 내용의 실제적 정당성도 인정된다 할 것이다.

또한 토지수용위원회의 재결에 있어서 토지수용위원회는 재결신청서를 접수한 때에는 지체없이 이를 공고하고, 공고한 날부터 14일 이상 관계서류의 사본을 일반이 열람할 수 있도록 하여야 하며, 열람기간 중에 토지소유자 또는 관계인은 의견을 제시할 수 있으므로(법 제31조 제1항, 제2항) 심리에 있어서 필요하다고 인정하는 때에만 토지소유자 등이 출석하여 의견을 진술하게 했다고 하여 이를 절차적 적법절차의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없다. 심리에 있어서 필요하다고 인정하는 경우에만 토지소유자 등이 출석하여 의견을 진술하도록 한 것은 구술심리를 택할 경우 재결의 효율성 및 신속성이 저해될 것을 방지하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 필요한 경우에만 구술심리로 진행하는 것은 입법목적 달성을 위한 적절한 방법이므로 그 내용의 정당성 또한 인정된다.

4. 공익사업법 제70조 제2항, 제4항, 구 공익사업법 제70조 제1항, 제5항 및 구 부동산평가법 제9조 제1항 제1호에 대한 판단

17) 박평준, 전제서, 178면.

가. 취득토지 보상 일반¹⁸⁾

공익사업법은 협의에 의한 경우에는 협의성립 당시의 가격을, 재결에 의한 경우에는 수용 재결 당시의 가격을 손실보상액으로 하되¹⁹⁾ 사업인정고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 표준지 공시지가²⁰⁾ 중 사업인정 고시일에 가장 가까운 시점의 공시지가를 기준으로²¹⁾ 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등 제반 가격형성요인을 가격시점을 기준으로 표준지의 그것과 비교한 비준치를 공시지가에 곱하고(지역요인, 개별요인, 기타요인에 의한 사정보정) 공시지가 기준일 부터 가격시점까지의 지가변동율(관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획이나 당해 공익사업의 시행으로 인한 지가변동이 없는 지역에 대한 것), 생산자물가상승률을 곱하여(시점수정) 평가하도록 규정하고 있다.²²⁾ 그러므로 취득대상토지에 대한 평가방법을 산식으로 표시하면 아래와 같다.²³⁾

취득토지의 손실보상액 = 표준지의 공시지가 × 지가변동률 × 생산자물가상승률 × 지역요인 비준치 × 개별요인 비준치 × 기타요인 비준치

이처럼 토지취득 보상액을 산정함에 있어, 사업인정 고시일에 근접한 시점의 공시지가를 기준으로 한 것, 당해 공익사업으로 인한 지가 변동이 없는 지역의 지가변동률을 적용하도록 한 것, 당해 공익사업의 시행을 직접 목적으로 용도지역이나 용도지구가 변경된 경우에는 변경 전의 용도지역이나 용도지구를 기준으로 평가하도록 한 것²⁴⁾ 등은 모두 당해 공익사업의 시행으

18) 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721; 행정구제법, 사법연수원(2006); 이선영, 신토지수용과보상법론, 리북스 도서출판(2006); 석종현, 손실보상법론, 삼영사(2005); 박평준, 공익사업용지취득보상법, 고시연구사(2003); 추명식, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률의 문제점과 개선방안, 동아대학교 석사학위논문(2003) 등 참조.

19) 공익사업법 제67조 제1항.

20) 개별공시지가를 기준으로 보상액을 산정하는 것이 아니라 표준지 공시지가를 기준으로 보상액을 산정하며, 관계 법령에 따라 보상액을 산정한 결과 그 보상액이 당해 토지의 개별공시지가를 기준으로 하여 산정한 지가보다 저렴하게 되었다고 하여 그 산정이 위법하게 되는 것이 아니다. 대법원 1993. 6. 8. 선고 92누18931 판결[공1993. 8. 15.(950), 2029], 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두10106 판결[공2002. 5. 15.(154). 1025]

21) 공익사업법 제70조 제4항.

22) 공익사업법 제70조 제1항.

23) 사법연수원(2006), 전거서, 325면.

24) 공익사업법 시행규칙 제23조 제2항.

로 인하여 발생하는 개발이익을 보상액 평가에서 배제하기 위함이다.²⁵⁾ 또한, 보상금액 산정시에 인근 유사토지의 정상거래가격이나 보상선례를 반드시 참작하여야 하는 것은 아니지만, 인근 유사토지가 거래된 사례나 보상이 된 사례가 있고, 그 가격이 정상적인 것으로서 적정한 보상액 평가에 영향을 미칠 수 있는 것임이 입증된 경우에는 이를 참작할 수 있다.²⁶⁾

나. 공익사업법 제70조 제2항, 제4항, 구 공익사업법 제70조 제1항, 제5항 및 구 부동산평가법 제9조 제1항 제1호에 대한 판단

(1) 입법 연혁

공익사업법은 토지수용법과 공공용지의취득및손실보상에관한특별법으로 이원화되어 있는 공익사업 용지의 취득과 손실보상에 관한 제도가 2003년 1월 1일부터 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률로 통합되면서 새롭게 제정되었다. 공익사업법 제70조는 2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정될 때부터 현재까지 실질적인 내용은 동일하며 단지 지가공시및토지등의평가에관한법률이 부동산가격공시및감정평가에관한법률로 법령이 바뀐에 따라 2005. 1. 14. 법률 제7335호로 개정된 바 있다.

표준지공시지가를 기준으로 손실보상액을 산정하도록 한 것은 1989. 4. 1. 법률 제4120호로 지가공시및토지등의평가에관한법률이 제정되면서부터이다. 지가공시및토지등의평가에관한법률은 2005. 1. 14. 법률 제7335호로 전면개정되어 법령이 부동산평가법으로 변경되었는데 부동산평가법 제9조 제1항 제1호는 공공용지의 매수 등에 대한 표준지공시지가 기준을 규정하고 있는 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조 제1항 제1호와 실질적인 내용은 동일하다.

공익사업법 제70조가 신설되기 전에 토지의 수용에 대하여 규정하고 있었

25) 그러나 당해 공익사업과 관계없는 다른 사업의 시행으로 인한 개발이익은 이를 배제하지 아니한 가격으로 평가한다(대법원 1989. 3. 14. 선고 88누1844[공1989. 5. 1.(847), 622], 대법원 1999. 1. 15. 선고 98두8896[공1999. 2. 15.(76), 302], 대법원 1999. 10. 22. 선고 98두7770[1999. 12. 1.(95), 2427] 등 참조).

26) 대법원 1994. 1. 25. 선고 93누11524[공1994. 3. 15.(964), 838], 대법원 2001. 4. 24. 선고 99두5085[공2001. 6. 15.(132), 1250], 대법원 2002. 3. 29. 선고 2000두10106 판결[공2002. 5. 15.(154), 1025], 대법원 2002. 4. 12. 2001두9783 판결[공2002. 6. 1.(155), 1136].

던 토지수용법은 제46조에서 수용토지의 보상액에 대하여 규정하고 있었으며 우리 재판소는 이 사건 법률조항과 유사한 내용을 규정하고 있었던 토지수용법 제46조 제2항에 대하여 여러 차례 합헌 판단을 내린 적이 있다.²⁷⁾

(2) 선례에 대한 사정 변경의 가능성과 적용 여부 판단

헌법재판소는 1995. 4. 20. 선고 93헌바20등(판례집 7-1, 519) 결정, 1999. 12. 23. 선고 98헌바13등(판례집 11-2, 721)결정 및 2001. 4. 26. 선고 2000헌바31결정(판례집 13-1, 932)에서 공시지가를 기준으로 수용된 토지에 대한 보상액을 산정하는 것이 헌법에 위반되지 않는다고 선고하였는바, 그 판시 이유의 요지는 다음과 같다.

「헌법 제23조 제3항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 완전보상을 의미하는바, 구 토지수용법 제46조 제2항 및 지가공시법 제10조 제1항 제1호가 토지수용으로 인한 손실보상액의 산정을 공시지가를 기준으로 하되 개발이익을 배제하고, 공시기준일 부터 재결시까지의 시점보정을 인근토지의 가격변동률과 도매물가 상승률 등에 의하여 행하도록 규정한 것은 위 각 법률의 규정에 의한 공시지가가 공시기준일 당시의 표준지의 객관적 가치를 정당하게 반영하는 것이고, 표준지와 지가산정 대상토지 사이에 가격의 유사성을 인정할 수 있도록 표준지의 선정이 적정하며, 공시기준일 이후 수용시까지의 시가변동을 산출하는 시점보정의 방법이 적정한 것으로 보이므로, 헌법 제23조 제3항이 규정한 정당보상의 원칙에 위배되는 것이 아니며, 또한 위 헌법 조항의 법률유보를 넘어섰거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.」

한편 98헌바13등 결정에서는, 위 결정요지에 추가하여, 손실보상액 산정의 기준이 되는 공시지가는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로 규정한 조항에 대해서도 헌법에 위반되지 않는다고 아래와 같이 판단하였다.

「토지수용법 제46조 제3항은 공시지가의 기준시점에 관한 조항인바, 손실보상액 산정의 기준이 되는 공시지가는 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가로써, 당해 토지의 협의성립 또는 재결 당시 공시된

27) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178; 헌재 1991. 2. 11. 90헌바17, 판례집 3, 51; 헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721.

공시지가 중 당해 사업인정의 고시일에 가장 근접한 시점에 공시된 공시지가로 하도록 규정한 것은, 시점보정의 기준이 되는 공시지가에 개발이익이 포함되는 것을 방지하기 위한 것으로서 개발이익이 배제된 손실보상액을 산정하는 적정한 수단에 해당된다.」

이 사건 심판대상인 구 공익사업법 조항 등은 위 헌법재판소의 선례들의 심판대상인 구 토지수용법 제46조와 그 범명 및 ‘지가공시및토지등의평가에 관한법률에 의한 공시지가’가 법률의 범명 변경에 따라 ‘부동산가격공시및감정평가에관한법률에 의한 공시지가’로 변경되었다는 점과 열거된 고려사항 중 ‘도매물가상승률’이 명칭 변경에 따라 ‘생산자물가상승률’로 변경됐다는 점을 제외하고는 그 내용이 동일하고, 구 부동산평가법 제9조 제1항 제1호도 지가공시및토지등의평가에관한법률 제10조 제1항 제1호와 그 범명이 변경되었을 뿐 내용은 동일한바, 이 사건에 있어서 위 선례들과 그 판단을 달리 하여야 할 특별한 사정변경의 가능성은 보이지 않으므로 공익사업법 제70조 제1항, 제2항, 제4항, 제5항 및 부동산평가법 제9조 제1항 제1호는 청구인의 재산권을 침해하거나 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상 원칙에 위배되지 않는다.

5. 이 사건 결정의 의의

이 결정은 사업계획의 인가에 있어서 사업인정에서와 같이 이해관계인들의 의견수렴절차를 거치는 경우 개별법률에서의 사업인정 의제가 헌법에 위반되지 않고, 수용재결의 절차 및 사업인정고시일전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가를 기준으로 수용된 토지에 대한 보상액을 산정하는 것이 헌법에 위반되지 않음을 다시 확인한데 그 의의가 있다 할 것이다.

경고 및 관계자 경고 처분취소

- PD수첩 사건 -

(헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290, 판례집 19-2, 611)

이 명 응*

【판시사항】

1. 방송위원회가 2004. 3. 9. 문화방송의 PD수첩 ‘친일파는 살아있다 2’ 방송에 대하여 청구인 주식회사 문화방송과 당시 PD수첩 제작책임자인 최○용에게 한 ‘경고 및 관계자 경고’(이하 ‘이 사건 경고’라 한다)에 대하여 제작책임자인 청구인의 심판청구를 부적법하다고 본 사례
2. 이 사건 경고가 법률유보의 원칙에 위배하여 청구인 주식회사 문화방송의 방송의 자유를 제한하였다고 본 사례

【심판대상】

방송위원회가 2004. 3. 9. 청구인들에게 한 이 사건 경고가 기본권을 침해하였는지 여부

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

(1) 청구인 주식회사 문화방송은 방송사업 및 문화서비스업 등을 목적으로 설립되어 시사고발프로그램인 ‘PD수첩’을 제작·방송하는 회사이고, 청구인 최○용은 위 회사 소속 프로듀서로서 2004. 2. 당시 PD수첩의 제작책임자이다.

* 헌법연구관

(2) 청구인들은 2004. 2. 17.분 PD수첩에서 ‘친일파는 살아있다 2’라는 제목의 텔레비전 프로그램을 방송하였는데, 그 내용에는 ‘일제하 친일 반민족 행위 진상규명특별법안’의 국회 본회의 상정이 미루어지고 있는 이유를 다루면서 부친들이 일제시대 면장을 지낸 국회 법제사법위원회 최○희, 김○균 의원이 위 법안을 반대하거나 그 주요내용의 삭제를 주장하고 있다는 것이 포함되었다.

(3) 공직선거법 제8조의2는 선거방송의 공정성을 위하여 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 120일부터 선거일 후 30일까지 방송위원회로 하여금 선거방송심의위원회를 설치하여 운영하도록 하고 있다. 2004. 4. 15. 실시되는 제17대 국회의원 선거를 앞두고 당시 선거방송심의위원회가 설치되어 있었다.

(4) 위 방송에 대하여 최○희 의원과 김○균 의원은 선거방송심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)에 그 시정을 요구하였고, 이에 대하여 심의위원회는 위 방송이 “그 내용의 구성에 있어 특정한 입후보예정자에게 유리하거나 불리하도록 한 것이며 해당 입후보자가 출마할 지역구내 타 후보와의 형평성을 지키지 아니한 것”이라며 2004. 3. 5. 청구인들에 대하여 ‘경고 및 관계자 경고’를 하는 심의결정을 하여 피청구인에게 통보하였고, 피청구인은 2004. 3. 9. 청구인들에게 이 사건 경고를 하였다.

(5) 청구인들은 2004. 3. 31. 서울행정법원에 위 경고의 취소를 구하는 소를 제기하는(2004구합9821. 행정처분이 아니라는 이유로 2004. 10. 12. 각하됨) 한편, 같은 해 4. 9. “피청구인이 2004. 3. 9. 청구인들에 대하여 한 이 사건 경고처분은 청구인들의 언론의 자유를 침해하여 위헌임을 확인한다.”는 결정을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장

심의위원회는 방송위원회 내부의 심의기관에 불과하고 심의위원회의 심의를 거친 제재조치를 명할 권한은 방송위원회에 부여되어 있으므로 방송위원회가 피청구인 적격을 가지고 있다.

청구인들은 행정소송을 제기하여 각하판결을 받았으나 항소하더라도 권리가 구제될 가능성이 없어 항소하지 않은 것이므로 보충성의 원칙에 위반되

지 않는다.

이 사건 경고는 방송사업자들이 방영하는 방송의 공정성을 촉진하는 역할을 담당하고 있는 피청구인의 방송사업자에 대한 고권적 지위에서 나온 것이고, 경고가 방송사업자의 선거방송의 공정성을 확보하는 규제수단으로 주로 활용되어 왔으며, 방송사업자가 경고를 받으면 방송평가에서 불리한 평가를 받게 되거나 재추천을 받지 못할 수 있는 불이익이 있고, 청구인 최○용 역시 불공정한 언론인으로 취급되어 재직하는 회사에 불이익을 주는 사람으로 낙인찍히는 결과가 된다. 그러므로 이 사건 경고는 단순한 권고적·비권력적 행위가 아니라 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사이다.

이 사건 경고는 청구인들의 언론의 자유를 제한하는 것임에도 국회가 입법한 법률이 아니라 피청구인이 만든 내부규정인 ‘방송심의회 관한 규정’ 및 ‘선거방송심의회위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’에 따라 이루어졌으므로 헌법 제37조 제2항의 법률유보의 원칙에 위배된다.

청구인들의 방송은 ‘일제하 친일반민족행위 진상규명 특별법안’의 심사과정을 그대로 알리고 일부 국회의원들의 잘못된 역사관과 직무수행을 비판한 것으로 선거의 공정성을 해하거나 공익에 반한다고 볼 수 없어 경고의 대상이 되지 않는 것이다. 그럼에도 피청구인은 이 사건 경고를 행하여 방송사업자이며 방송에 종사하는 자인 청구인들에 대하여 공인의 활동에 대한 평가와 최소한의 비판마저도 제한함으로써 헌법 제21조 제1항의 언론의 자유를 침해하였다.

나. 피청구인의 답변

심의회위원회는 방송위원회의 지휘·감독을 받지 아니하고 선거방송의 공정성 여부에 대하여 중립적·독립적으로 직무를 수행하는 합의제 행정기관이다. 따라서 아무런 실질적인 처분권한 없이 심의회위원회의 의결사항을 통보할 뿐인 방송위원회를 피청구인으로 한 이 사건 심판청구는 피청구인 직격이 없는 자를 대상으로 한 부적법한 청구이다.

청구인들은 이 사건 경고에 대하여 행정소송을 제기하였는바, 위 행정소송이 각하되거나 기각될 것이 예견된다고 하여 사전구제절차인 행정소송을

모두 거치지 않고 이 사건 헌법소원을 청구하는 것은 보충성의 원칙을 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에 위배된다.

이 사건 경고는 의무부과나 강제수단을 예정하고 있지 않는 비권력적 행정지도로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없다.

청구인들의 방송은 일부 국회의원들 부친의 친일행적에 대한 구체적이고 객관적인 사실의 적시 없이 추상적이고 일반적인 소견을 근거로 방송함으로써 선거방송의 공정성과 중립성을 위반하였으나, 위반의 정도가 경미하여 향후 선거방송과 관련하여 청구인들의 임의적 협력을 기대하는 비권력적 권고로서 이 사건 경고를 행한 것이므로, 이 사건 경고가 청구인들의 언론의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

【결정요지】

1. 청구인 최○용은 이 사건 경고로 인하여 불공정한 언론인으로 취급되어 재직하는 회사에 불이익을 주는 사람으로 낙인찍히는 결과가 된다는 취지로 주장하나, 그러한 청구인의 불이익은 단지 간접적, 사실적인 것에 불과하며, 이를 청구인의 기본권을 직접 제한하는 법적 불이익에 해당한다고 볼 수 없어 자기관련성이 인정될 수 없다.

2. 이 사건 경고가 피청구인(방송위원회)이 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한 경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 볼 때, 그러한 제재는 방송의 자유를 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거를 지녀야 한다. 2006. 1. 24. 개정되기 전의 구 ‘선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’(이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제11조 제2항은 “심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 주의 또는 경고를 정할 수 있다”고 하였다. 그런데 이 사건 규칙에 의한 그러한 ‘주의 또는 경고’는 2006. 10. 27. 개정되기 전 구 방송법 제100조 제1항에 나열된 제재조치에 포함되지 아니한 것이었으며, 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 ‘제재조치’의 범위를 벗어난 것이었다. 따라서 이 사건 규칙 제11조 제2항에 근거한 이 사건 경고는 기본권제한에서 요구되는 법률유보원칙에 위배된 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 청구인 ○○방송의 방송

의 자유를 침해하므로 이를 취소한다.

재판관 민형기, 재판관 목영준의 별개의견

이 사건 경고 자체는 공권력의 행사라고 볼 수 없으나 피청구인이 제정한 방송평가에 관한 규칙이 기본권을 제한하는 것이므로 소송경제상 이들을 일련의 행위로 파악하여 그 전부를 기본권침해의 가능성 있는 공권력의 행사라고 봄이 상당하므로, 이를 바탕으로 본안판단에 나가기로 한다.

재판관 조대현의 반대의견 및 별개의견

1. 이 사건 경고는 공직선거법 제8조의2에 따라 방송 내용을 사후에 심사하여 위법하다고 판단한 것이므로 청구인들의 언론의 자유를 직접 제한하는 것이라고 보아야 한다. 그러므로 청구인들의 심판청구는 모두 적법하다.

2. 이 사건 규칙 제11조 제2항은 위반 정도가 경미한 경우를 위하여 구체적 타당성을 위하여 법률에서 정한 것보다 경미한 제재조치를 정한 것이므로 법률유보의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다. 그러나 이 사건 방송이 불공정한 선거방송이라고 판단하고 경고한 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2의 본래 취지를 벗어나 선거방송 심사·제재권한을 남용한 것이다. 따라서 이 사건 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2에 의하여 정당화될 수 없고, 청구인들의 언론의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 부당하게 침해하였다.

재판관 이동흡의 반대의견

이 사건 경고는 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에 따라 같은 조 제5항의 규정 내용을 구체화한 이 사건 규칙 제11조에 따른 것이므로 법률적 근거를 지니고 있어 법률유보원칙에 위배되지 않는다. 청구인 주식회사 ○○방송에 대한 이 사건 경고는 선거방송의 공정성을 확보하기 위하여 행해진 것으로서 피청구인의 판단재량의 범위를 벗어난 것이라 볼 수 없고, 방송의 자유에 대한 제약이 과도한 것이 아니므로 비례의 원칙에 위반된 것이 아니다. 따라서 청구인 주식회사 ○○방송의 심판청구는 기각되어야 한다.

【해설】

1. 이 사건 경고의 법적 성격 및 효과

가. 법적 근거 문제

(1) 공직선거법 제8조의2 제1항은 선거방송의 공정성을 위하여 임기만료에 의한 선거의 선거일전 120일부터 선거일 후 30일까지 방송위원회로 하여금 심의위원회(선거방송심의위원회)를 설치하여 운영하도록 하고 있다. 심의위원회는 선거방송의 공정 여부를 조사하고 그 결과 불공정이 인정되는 경우에는 방송법 제100조 제1항 각 호의 규정에 의한 제재조치 등을 정하여 이를 방송위원회에 통보하여야 하며, 방송위원회는 불공정한 선거방송을 한 방송사에 대하여 통보받은 제재조치 등을 지체 없이 명하여야 한다(같은 조 제5항).

(2) 여기서 ‘제재조치 등’이 방송법 제100조 제1항 각 호에 규정한 제재조치와 제2항-제5항이 규정한 내용을 통틀어 의미하는 것인지, 아니면 제1항 각 호의 제재조치 외에 ‘심의위원회가 정한 다른 제재조치’를 포함하는 의미인지가 문제된다. 이 문제를 보는 시각에 따라 다수의견과 소수의견이 나뉘고 있다.

(3) 일견 ‘제재조치 등’이란 표현형식은 문리해석상 ‘방송법 제100조의 제재조치 및 그 밖의 유사한 조치’를 의미한다고 볼 여지가 있다. 그런 점에서 ‘구 선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’(2006. 1. 24. 개정되기 전의 것. 이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제11조는 ‘제재조치 등’이란 제목으로 제1항에서는 방송법 제100조 제1항의 규정에 의한 제재조치를 규정하고, 제2항에서는 “제1항의 규정에도 불구하고 심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 주의 또는 경고를 정할 수 있다.”고 규정한 것으로 볼 수 있는 것이다.

그러나 공직선거법의 ‘제재조치 등’ 개념은 방송법 제100조에 한정되는 것이고 이와 별도로 심의위원회에게 추가적인 제재조치가 인정되는 것은 아니라고 볼 여지가 크다. 그 이유는 다음과 같다.

① 방송법 제100조의 제목 자체가 ‘제재조치 등’이라고 되어 있고, 제재조치는 제1항에 한정되는 것이므로 다른 조항들을 포괄하는 의미에서 그러한

제목이 기재되었다고 보는 것이 자연스럽다는 점,

②만일 공직선거법이 방송법 제100조의 제재조치 외의 다른 제재조치를 할 수 있는 권한을 심의위원회에게 주는 것이라면, 그 권한 범위를 한정하는 내용이 있었어야 할 텐데 아무런 내용이 없는바, 이는 결국 심의위원회가 인정하는 어떠한 제재조치도 재량으로 택할 수 있는 것이 되므로 부당하고,

③방송법 제100조 제1항의 제재조치 위반 시 3천만원 이하의 벌금형에 처하도록 하는 처벌규정이 존재하는데(방송법 제106조 제2항 제2호), 공직선거법이 아무런 처벌규정 문제도 정하지 않고 심의위원회에 여하한 추가적 제재조치를 할 권한을 주었다고 보기 어렵고,

④방송법 제100조 제1항에는 이 사건 경고와 같은 ‘주의 또는 경고’ 조치가 규정되지 않았으나(2006. 10. 27. 개정 전), 개정 후에는 ‘주의 또는 경고’가 명시적으로 삽입되고 있는데, 이는 원래 공직선거법의 ‘제재조치 등’은 방송법 제100조 제1항의 제재조치를 뜻하는 것이고, 그 외에 심의위원회에게 추가적 제재조치 권한을 주지 않았다는 반증이 된다.

그러므로 공직선거법 제8조의2 제5항에서의 ‘제재조치 등’은 그 표현의 모호함에도 불구하고 심의위원회에게 방송법 제100조 제1항의 제재조치와 별도의 추가적 제재조치를 할 권한을 부여한 취지라고 보기는 어렵다.

(4) 그렇다면 이 사건 규칙 제11조 제2항은 법률유보의 원칙에 어긋나는 것인가? 이 점 역시 그 결론에 따라 위헌의견과 합헌의견이 달라지게 된다. 만일 그러한 ‘주의 또는 경고’가 방송법 제100조 제1항이 정한 비교적 엄격한 제재조치보다 완화된 형태의 조치로서 현실적 필요성에서 인정된 것이며, 아무런 처벌규정이 없고, 그 법적 효과도 단지 사실적, 간접적인 것에 불과하다면 그러한 ‘주의 또는 경고’는 기본권을 제한하는 효과가 없으므로, 법률유보원칙의 위배 여부는 별도로 논할 필요가 없다. 그러나 달리 보아 공권력성을 인정한다면 본안에서 보듯이 법률유보원칙 위배 여부가 문제된다(후술).

나. 이 사건 경고의 효과

(1) 위에서 보았듯이 이 사건 경고는 방송법 제100조 제1항의 제재조치가 아니며, 따라서 방송법상의 처벌규정(3천만원 이하 벌금)이 적용되지 않으며,

달리 방송법 내지 다른 규정상 처벌규정을 발견할 수 없다. 피청구인 역시 그런 점에서 이 사건 경고를 발할 때 아무런 후속조치 안내를 한 바 없다.

(2) 청구인은 방송사업자의 경우 그러한 경고는 방송평가에서 불리한 평가를 받게 되고, 방송허가의 갱신절차에 있어서 방송위원회의 재추천을 받지 못하게 될 위험성이 있다고 한다.

(3) 결정 당시의 관련규정을 살펴보면 다음과 같다.

○ 방송법

第31條(放送評價委員會) ①委員會는 放送事業者의 放送프로그램 내용 및 編成과 운영 등에 관하여 종합적으로 評價할 수 있다.

②委員會는 第1項의 評價業務를 효율적으로 수행하기 위하여 放送評價委員會를 둘 수 있다.

③放送評價委員會 委員은 委員會 委員長이 委員會의 同意를 얻어 위촉하며, 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 委員會規則으로 정한다.

第17條(再許可 등) ①放送事業者(放送채널使用事業者는 제외한다) 및 中繼有線放送事業者가 許可有效期間의 만료 후 계속 放送을 행하고자 하는 때에는 放送委員會의 再許可 추천을 받아 情報通信部長官의 再許可를 받아야 한다.

○ 방송평가에 관한 규칙(2005. 12. 9. 방송위원회규칙 제84호로 개정되기 전의 것)

제13조(평가영역) 방송평가 영역은 내용, 편성, 운영으로 구분하며, 각 영역별 평가대상은 다음 각호와 같다.

1. 내용영역에서는 개별 방송프로그램의 내용, 방송프로그램의 질 및 방송 내용과 관련된 운영 등에 대하여 평가한다.

2. 편성영역에서는 대상별 편성비율의 적절성 및 대상별 시간량의 적절성 등에 대하여 평가한다.

3. 운영영역에서는 방송사업자의 운영일반 및 경영의 적절성 등에 대하여 평가한다.

제12조(평가대상 기간) ①방송평가 대상 기간은 매년 1월1일부터 12월31일 까지를 기준으로 한다.

②재허가 추천 또는 재승인 시기 등 부득이한 사유로 특정 연도 전체를

평가대상 기간으로 할 수 없을 경우에는 평가가 가능한 해당 연도의 특정 시기를 대상으로 평가를 실시할 수 있다.

제14조(평가항목 및 평가척도 등) ①평가영역별 평가를 수행하기 위한 세부 평가항목과 평가항목에 대한 배점 및 평가척도는 별표와 같다.

제17조(방송평가결과의 공표) ①위원회는 법 제17조 제3항의 규정에 의하여 방송사업자의 재허가 추천 또는 재승인시 방송평가결과를 공표하여야 하며, 방송의 공익성 증진 및 방송사업의 건전한 발전을 위해 필요할 경우 방송평가결과를 연간 단위로 공표할 수 있다.

②위원회는 제1항의 규정에 의한 방송평가결과 공표시 제15조 제1항의 규정에 의한 평가결과에 따라 권고 등을 할 수 있다.

<별표> 평가항목과 평가항목에 대한 배점 및 평가척도(제14조 제1항 관련)

1. 지상파방송사업자(텔레비전방송)

■ 평가항목 및 배점(만점 1,000점)

내용(350점), 편성(350점), 운영(300점) - 구체적 내용 생략

■ 평가척도

평가항목

평가척도

.....

선거방송 관련규정 등 특별규정 준수 여부

- 방송된 프로그램에 대한 연간 제재결과를 기준으로 주의 1건당 0.3점 감점, 경고 1건당 1점 감점, 경고 및 관계자경고 1건당 2점 감점, 법정제재 1건당 4점 감점, 법정제재 병과조치 1건당 7점 감점

(4) 관련규정에 대한 검토

방송법 제17조 제1항은 방송사업자 및 중계유선방송사업자가 허가유효기간의 만료 후 계속 방송을 행하고자 하는 때에는 방송위원회의 ‘재허가 추천’을 받아 정보통신부장관의 재허가를 받도록 규정하고 있다. 지상파방송사업의 허가기간은 전과법의 규정에 의하면 5년 이내로 되어 있고, 현행 허가기간은 3년이다(전과법 제22조 제1항, 동법시행령 제21조 제1항 제3호). 지상파방송사업의 재허가 절차는 허가절차와 마찬가지로 방송위원회의 방송사업 재허가 추천을 얻은 후, 기술적 검토를 거쳐 이루어진다(방송법 제17조).

지상파방송사업자들은 3년 기한의 허가기간 만료 6개월 전에 재허가 신청서를 방송위원회에 제출하여야 한다. 방송위원회는 허가 및 재허가 심사를 함에 있어 시청자들의 의견을 공개적으로 수렴하여야 한다(방송법 제17조, 동법 시행령 제16조, 동법 시행규칙 제10조). 재허가 심사 시에는 방송법 제10조의 규정에 의한 최초심사기준에 더하여 과거 3년 동안의 실적 전반에 대한 평가와 함께 미래 사업계획에 대한 심사가 이뤄져야 하므로 별도의 심사항목에 대한 검토가 이뤄진다. 심사항목은 방송위원회의 방송평가, 방송위원회의 시정명령의 횟수와 시정명령에 대한 불이행 사례, 시청자위원회의 방송프로그램 평가, 지역사회 발전에 이바지한 정도, 방송발전을 위한 지원계획의 이행 여부, 기타 허가 또는 승인 당시의 방송사업자 준수사항 이행 여부 등 6개 항목이다(방송법 제17조 제3항).

방송평가에 관한 규칙 제14조 제1항, 별표의 ‘평가척도’에 의하면, ‘경고 및 관계자 경고’를 받은 경우 방송평가지 1건당 2점을 감점하도록 규정하였다.

청구인 문화방송의 경우 2004.말로 허가가 종료되어 재갱신 절차를 밟았는데(피청구인 참고서면 2006. 12. 6.자 참조), 2004. 8.경 방송위원회의 지상파방송 재허가 추천을 위한 심사위원회가 열렸고, 2004. 12.경 문화방송에 대한 허가갱신이 이루어졌다. 이 사건 경고는 2004년도 것이어서 당시 추천심사위원회에서는 고려되지 않았다고 한다(위 참고서면. 2003.말까지의 자료를 기준으로 하였음). 만약 이것이 고려된다면 2007.말의 재갱신 절차에서 해당될 것이다.

다. 이 사건 경고의 법적 성격

(1) 이 사건 경고는 위 공직선거법과 방송법에서 규정하고 있는 제재조치에 포함되어 있지 않다. 이 사건 규칙은 제11조 제2항의 경고가 어떠한 법적효과를 가지는지, 상대방에게 어떠한 법적의무를 부과하는지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 이 사건 경고는 방송법 제100조 제1항의 제재조치와 달리 그 자체로서는 상대방에 대하여 어떠한 법적 의무를 부과하거나 강제수단을 예정하고 있는 것은 아니다. 즉 이 사건 경고는 그 자체로 일정한 의무를 부담하거나 법률상의 효과를 직접 발생하게 하는 행

위가 아니라, 불공정한 선거방송을 한 방송사에 대하여 주의 또는 경고를 함으로써 방송사의 일종의 임의적 협력을 기대하고, 이에 따라 추후 선거방송에서 공정성을 유지하고자 한 것이라 볼 수 있다.

그러나 그럼에도 불구하고 당사자(문화방송)에게는 순수하게 ‘임의적 협력’을 기대한 것 이상으로 일정한 제재적 효과를 지니고 있다. 위에서 본 평가항목과 척도에서 경고를 받은 경우 ‘2점’이 차감되므로 이는 방송사업자에 대한 일반적 평가(매년 평가된다)와 이로 인한 재추천 단계에서의 불이익을 뜻한다. 물론 종합적인 평가와 재추천 여부에 있어서 이 사건 경고로 인한 ‘2점’의 차감은 평가척도에 있어서 수십 가지의 항목이 존재하고 총 만점이 1000점인 것을 볼 때 영향력이 강하다고 볼 수 없다. 그러나 그러한 불이익이 지침상으로 명시적으로 존재한다는 점에서 그 불이익은 제재적 효과를 동반하고 있다.

그러한 종류의 불이익을 법적 불이익을 볼 것인지에 대하여 다수의견(법정의견)과 소수의견이 구분되고 있다.

(3) 한편 이 사건 경고의 주체는 합의제 행정기관인 방송위원회이다. 공직선거및선거부정방지법 제8조의2 제5항과 선거방송심의위원회의구성과운영에 관한규칙 제11조에 의하면 선거방송심의위원회가 위반의 정도에 따라 제재조치와 경고를 정할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 선거방송심의위원회가 직접 방송사에 대하여 제재조치나 경고를 명할 수 있는 것은 아니고 선거방송심의위원회가 방송위원회에 통보를 하면 방송위원회가 이를 방송사에 대하여 명하도록 되어 있다(공직선거법 제5항, 선거방송심의위원회의구성과운영에관한규칙 제13조). 선거방송심의위원회가 제재조치와 경고를 결정할 수 있는 권한이 있다고 하여도 이를 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있지 못하므로, 선거방송심의위원회는 내부적인 심의기관에 불과하다고 보이며, 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있는 방송위원회가 이 사건 경고의 주체라고 볼 것이다. 이 사건 경고는 선거방송의 공정성 유지라는 행정목적 실현시킬 목적 하에 이루어진 행위로서, 행정객체에 해당하는 방송사업자와 일반인을 대상으로 한 것이다.

2. 적법요건의 검토

가. 공권력의 주체 내지 피청구인 적격

방송위원회와 심의위원회는 법률의 근거를 지니고 공적 업무를 행하는 행정기관의 성격을 지닌다는 점은 위에서 언급한 바와 같다.

이 사건 경고의 주체는 합의제 행정기관인 방송위원회이다. 공직선거법 제8조의2 제5항과 이 사건 규칙 제11조에 의하면 심의위원회가 위반의 정도에 따라 제재조치와 경고를 정할 수 있도록 규정되어 있다. 그러나 심의위원회가 직접 방송사에 대하여 제재조치나 경고를 명할 수 있는 것은 아니고 심의위원회가 방송위원회에 통보를 하면 방송위원회가 이를 방송사에 대하여 명하도록 되어 있다(공직선거법 제8조의2 제5항, 이 사건 규칙 제13조). 심의위원회가 제재조치와 경고를 결정할 수 있는 권한이 있다고 하여도 이를 대외적으로 의사표시할 권한을 가지고 있지 못하므로, 심의위원회는 내부적인 심의결정기관에 불과하다고 보이며, 대외적으로 의사를 표시할 권한을 가지고 있는 방송위원회가 집행기관으로서 이 사건 경고의 주체라고 볼 것이다. 그렇다면 이 사건에서 피청구인에 해당한다.

나. 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’ 여부

(1) 헌법재판소는 “일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사, 관여정도, 태도, 그 사실행위의 목적, 경위, 법령에 의한 명령, 강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486).”고 판시하여 그 기준을 제시하고 있다.

(3) 이 사건 경고의 경우, 방송평가에서 2점의 감점을 받은 것은 방송에 대한 재허가 추천 여부의 평가에서 영향을 주는 평가자료가 된 것이며, 방송사업의 재허가 추천 여부는 매우 본질적인 문제이므로 이 사건 경고가 방송평가에 그와 같은 불이익을 주고, 그 불이익이 재허가 심사절차에 반영되는 것이라면 사실상 방송사업자에 대한 제재수단으로 작용하는 것이고, 단순한 행정지도의 범위를 넘어서는 것이라고 보았다. 그러므로 이는 규제적, 구속적 성격을 지니고 있으며, 따라서 이 사건 경고는 문화방송의 방송의 자유에

직접적 효과를 미치고 있다. 따라서 이 사건 경고는 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다.

다. 자기관련성 내지 기본권침해 가능성

이 사건 경고는 권력적 사실행위로서 이로 인하여 방송내용에 대하여 사후적 제재를 하고 있다. 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하였다. 같은 규정에 의해 보장되는 언론·출판의 자유에는 방송의 자유가 포함된다. 방송의 자유는 기본적으로 국가의 간섭을 배제하고 방송프로그램에 의한 의견 및 정보를 표현, 전파하는 자유를 의미한다(헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167, 1177 참조; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바49, 판례집 15-2하, 502, 517 참조). 이 사건 경고는 청구인 문화방송의 방송표현 내용에 대하여 제재적 효과를 주는 것이므로 동 청구인의 방송의 자유를 제한하는 것이다.¹⁾

그러나 청구인 최○용은 이 사건 경고로 인하여 불공정한 언론인으로 취급되어 재직하는 회사에 불이익을 주는 사람으로 낙인찍히는 결과가 된다는 취지로 주장하나, 그러한 청구인의 불이익은 단지 간접적, 사실적인 것에 불과하며, 이를 청구인의 기본권을 직접 제한하는 법적 불이익에 해당한다고 볼 수 없어 자기관련성이 부인된다.

라. 보충성 원칙 문제

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 한다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 행정소송의

1) 이러한 결론은 행정법원의 판단과 구분된다. 서울행정법원(2004구합9821)은 같은 청구인들이 제기한 행정소송에 대하여 이 사건 경고의 처분성을 부정하면서 다음과 같이 판시하였다.

“방송평가에관한규칙은 방송평가에 관한 권한을 보유한 피고가 이에 대한 자신의 재량권을 적절하게 행사하기 위하여 그 준칙으로서 방송에 대한 평가항목과 그에 대한 배점 및 평가척도를 마련하여 둔 것에 불과하므로, 그와 같은 재량준칙에 따라 이 사건 경고조치를 받은 원고들이 어떠한 불이익을 입게 된다 하더라도 이는 위 경고 및 관계자 경고 조치 자체로부터 직접 발생하는 법률상 효과라기보다는 경고를 받은 원인이 된 선거방송 관련규정을 준수하지 아니한 사실이 방송평가의 참작사유로 고려되는 사실상 또는 간접적인 효과에 불과하다(대법원 2004. 4. 23. 선고 2003두13687 판결¹⁾ 참조) 할 것이다.”

대상이 되는 행정처분은 공법상의 행위로서 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적으로 법률적인 변동을 일으키는 행위이므로 권유·알선·행정지도 등 비권력적 사실행위는 행정소송의 대상이 되기 어렵다. 그러나 강제격리, 미결수용인 자의 이송, 유치나 예치, 영업소 폐쇄, 단수처분, 대집행의 실행 등 권력적 사실행위는 행정소송의 대상이 된다고 본다. 그런데 권력적 사실행위는 단기간에 종료되므로 대부분의 경우에는 소의 이익을 인정하기 어려운 측면이 있다.

그런 점에서 이 사건 경고는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 없는 경우에 해당한다고 보아 보충성의 예외로 인정된다.

마. 권리보호이익 유무

이 사건에서 특별히 권리보호이익이 없다고 볼 만한 사정이 없다. 2004. 말 문화방송에 대한 제허가 추천절차 및 갱신절차가 이루어졌으나, 이 사건 경고에 따른 벌점이 고려대상이 되지 않았으므로(2003년도까지의 자료만 고려됨), 2004년도에 추천 및 갱신이 이루어졌다는 점만으로 권리보호이익이 없다고 볼 수 없다.

바. 청구기간

청구인들은 피청구인으로부터 이 사건 경고를 받은 2004. 4. 9.로부터 90일 이내인 2004. 4. 9. 이 사건 헌법소원을 제기하였으므로 청구기간을 준수하였다.

3. 본안에 관한 해설(법률유보원칙 위배)

가. 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확

성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권제한을 할 수 있다.(헌재 2005.02.24, 2003헌마289, 판례집 제17권 1집, 261, 269). 참고로 그동안 법률유보원칙 위배로 결정된 사례의 예는 다음과 같다.

<합헌결정례>

○ 헌재 2004.12.16, 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548 (교도소 내 접견, 서신수발 제한)

행형법의 관련 조항들을 살펴보면, 일반 수형자는 교도소장의 허가를 받아 접견·서신수발을 할 수 있으며, 교도소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 허가하여야 한다(행형법 제18조 제1항, 제18조의2 제1항). 즉, 일반 수형자에게 있어서 접견·서신수발도 원칙적으로 교도소장의 허가를 받아서 할 수 있는 허가 사항인 것이다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항에서 금지의 처분을 받은 수형자에 대하여 접견·서신수발을 금지하고 예외적으로 허가할 수 있도록 규정한 것은 일반 수형자에 비하여 접견·서신수발이 더 제한된다는 의미이지 법률의 근거 없이 새로운 기본권제한을 하는 것으로는 볼 수 없다.

구체적으로 법률의 근거를 살펴보아도, 행형법 제18조의2 제6항은 “서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고, 제18조 제4항은 “접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있다. 따라서 행형법 제18조의2 제6항을 서신의 제한에 관한 위임규정으로 볼 수 있는 반면, 접견에 관한 제18조 제4항은 다소 포괄적인 것이 사실이다. 그러나 여기서 “기타 접견에 관하여 필요한 사항”이 위 행형법 제18조 제2항이 정하고 있는 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”의 구체화를 의미한다고 해석하는 것이 행형법의 다른 규정들과의 체계적인 해석과 위 법률조항의 문리적 해석에 반한다고 보기 어렵다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항은 행형법 제18조 제4항 및 제18조의2 제6항의 위임을 받아 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”를 구체화한 규정으로 볼 수 있으므로, 위 시행령조항이 기본권제한의 법률유보원칙에 위반되어 위헌이라고는 볼 수 없다.

○ 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 685-686 (지문날인제

도)

주민등록증 발급대상자로 하여금 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 이 사건 시행령조항이 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다.

주민등록법 제17조의8 제1항 및 제3항은 주민등록이 된 자 중 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증을 발급하도록 하면서 그 발급은 발급대상자의 신청에 의하도록 하고 있고, 같은 조 제2항 본문은 "주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다."라고 하여 주민등록증의 수록사항의 하나로 지문을 규정하고 있으며, 같은 조 제5항은 "주민등록증 및 그 발급신청서의 서식과 그 발급절차는 대통령령으로 정한다."라고 규정하고 있다.··· 이 사건 시행령조항에서는 주민등록법 제17조의8 제5항의 위임규정에 근거하여 주민등록증발급신청서의 서식을 정하면서 보다 정확한 신원확인이 가능하도록 하기 위하여 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 것이므로, 이를 두고 법률에 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위배되는 것으로 볼 수는 없다.

<위헌결정례>

○ 현재 1999.05.27, 98헌바70, 판례집 제11권 1집, 633 (TV방송수신료)

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적인고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전방송수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

○ 현재 2005.02.24, 2003헌마289, 판례집 제17권 1집, 261(집필금지)

행형법은 제10장 ‘분류와 처우’의 장에서 수용자에 대한 징벌을 규정하고 있다. 제46조 제1항에서 징벌사유를 규정하고 제2항에서 징벌의 종류를 열거하면서 동항 제5호에서 ‘금치’를 그러한 징벌의 일종으로 규정하고 있다. 행형법이 위와 같이 징벌의 종류와 요건만을 정하고 있을 뿐 징벌의 부과 기준은 법무부령(수용자규율및징벌에관한규칙)으로, 징벌의 효과 및 집행방법은 대통령령(행형법시행령)으로 정하고 있는바, 금치의 경우에도 위와 같이 이를 징벌의 일종으로 인정하는 규정이 있을 뿐 금치의 구체적인 효과나 집행방법에 관하여 명시하는 규정이나 이에 관하여 하위명령에서 규정할 것을 위임하는 명문규정을 행형법상 찾아보기 어렵다. 그런데 이 사건 시행령조항은 금치처분을 받은 수형자에 대하여 징벌실 수용과 더불어 집필을 전면 금지하고 있다. … 금치대상자의 표현의 자유, 직업수행의 자유, 행복추구권 등 일련의 기본권에 대한 제한을 초래한다는 점에서 법률유보 원칙의 준수 여부가 문제되는 것이다. … 이 사건 시행령조항은 법률유보의 원칙에 위반되는 것으로 보아야 한다.

나. 법률유보의 개념은 행정법적 측면과 헌법적 측면에서 서로 다르게 논의된다. 행정법적 측면에서 법률유보의 개념은 행정이 특정의 사례에 있어서 그것이 법률적인 규정을 통한 수권근거가 있을 때에만 활동할 수 있다는 것을 의미한다. 그런데 헌법적 측면에서는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률유보원칙은 기본권의 제한의 근거 유무로서 다룬다. 전자를 ‘일반적 법률유보’라고 하고 후자를 ‘기본권적 법률유보’로 구분해 볼 수 있다.

행정규칙이나 가벼운 행정적 제재는 법률적 근거 없이도 유효할 수 있다. 이 사건 경고의 경우 별첨 지정토론문이 기재하는 바와 같이 법률상 규정된 제재보다 가벼운 제재를 하위 규칙에서 규정한 경우이므로, 행정법적 측면에서 그러한 제재가 일반적 법률유보원칙에 어긋났다고 보기는 어렵다. 그러나 그러한 제재라도 그것이 기본권제한적 효과를 지니게 된다면, 이는 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률적 근거를 지녀야만 한다(지정토론문은 이 점에 대해서는 별도로 언급하지 않음). 그러므로 행정법에서 논의되는 일반적 법률유보와 기본권적 법률유보는 사안에 따라 그 판단이 불일치할 수 있다.

다. 이 사건 경고가 심의위원회가 방송사업자나 관계자에게 방송표현 내용에 대한 경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 본다면, 그 효과는 방송사업자의 대외적 평가에 영향을 주며, 향후 허가갱신절차에서 재추천 사유에 참작되어 불이익을 입을 수 있다는 것이다. 만일 그러한 평가상의 영향 내지 재추천에서의 잠재적 불이익은 사실적, 간접적이 아닌 법적 불이익이라 볼 수 있으므로 결국 그러한 경고는 표현의 자유를 제한하는 것이고, 따라서 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거를 지녀야 한다.

이런 전제에서 살펴보면, 전술하였듯이 공직선거법 제8조의2 제5항에 따른 위임에 근거하여 제정된 심의위원회의 이 사건 규칙 제11조 제2항은 심의위원회가 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 ‘제재조치’의 범위를 벗어난 것이다. 이 사건 제기 후에 입법에 의하여 그러한 경고에 대한 법률적 근거를 갖춘 것은, 법률유보원칙의 관점에서 볼 때 문제가 있었던 것을 개선한 것이다.

그렇다면 규칙 제11조 제1항의 ‘경고’가 해당자에게 법적 불이익을 주는 것이고, 이는 법률의 근거 없이 제정된 규칙에 의한 것이므로, 이는 결국 기본권(표현의 자유)을 법률에 근거하지 않고 제한한 것에 해당한다. 그렇다면 이 사건 경고는 기본권제한에서 요구되는 법률유보원칙에 위배된다고 볼 것이다.

한편 이렇게 볼 때 이 사건 규칙 제11조 제2항 자체의 위헌성을 지적하여야 할 것인가가 문제된다. 그런데 이 규칙 조항은 이 사건 심판의 대상이 아니다. 한편 이 규칙 조항이 이 사건에서와 같이 매번 기본권제한 효과를 동반할 것이라고 보기도 어려우며, 이 사건에서 심판대상을 동 조항까지 확장할 필요성은 없다. 한편 공권력의 행사를 취소하거나 위헌으로 선언할 때 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라 행할 수 있는 부수적 규범통제의 대상은 적어도 법문언상으로는 법률이나 법률조항이다. 그러므로 위 규칙 조항 자체의 위헌성을 문제 삼을 필요는 없다고 볼 수 있다.

라. 결국 법정의견은 이 사건 경고가 법률유보원칙에 위배된다고 보았고, 그런 한 더 이상 방송의 자유의 과잉 제한 문제에 대해 살펴보지 않았다.

3. 별개의건 부분

가. 재판관 민형기, 재판관 목영준의 별개의건 부분

이 별개의건은 다수의견과 결론은 같이 하나 적법요건에 대한 판단방법을 달리 한 것이다.

별개의건 역시 이 사건 경고가 공직선거법 제8조의2 제5항, 구 방송법 제100조 제1항의 제재조치에 포함되어 있지 않을 뿐 아니라 예정되어 있지도 않았다(이는 2006. 10. 27.자 방송법 개정 시 제100조 제1항 제4호에 ‘주의 또는 경고’를 새로이 추가한 것만을 보아도 명백하다고 함)고 본다. 한편 이 사건 규칙은 위 ‘주의 또는 경고’가 상대방에게 어떠한 법적 의무를 부과하는지, 그 밖에 어떠한 법적 효과를 가지는지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다고 보았다.

그렇다면 결국 이 사건 경고는 상대방에게 그 자체로 일정한 의무를 부담하게 하거나 그 밖의 법률상의 효과를 발생시키는 행위가 아니라, 방송사가 선거방송 심의기준을 위반하였지만 그 정도가 제재조치에 이를 만큼 중하지 않은 경우에 그 방송사에 대하여 주의 또는 경고의 의사표시를 함으로써 장래 이를 시정토록 하는 일종의 임의적 협력을 기대하고자 하는 것에 불과하다고 보게 된다.

그러나 방송위원회의 방송평가의 결과는 피청구인이 재허가 추천을 하는데 기준이 되어 방송사업자인 청구인의 방송의 자유에 직접적으로 효과를 미치므로, 결국 그 기준을 정한 평가규칙은 청구인에 대하여 기본권침해의 가능성이 있는 공권력의 행사에 해당한다. 그러므로 청구인에 대한 기본권 침해의 가능성은 이 사건 경고에 있는 것이 아니라 위 평가규칙에 있다고 한다.

그런데 이 사건 경고의 주체 및 위 규칙의 제정주체가 모두 같은 피청구인이므로 원칙적으로는 이 사건 심판대상을 위 평가규칙에까지 확장한 후, 이 사건 경고에 대한 심판청구를 각하하고 위 평가규칙에 대하여 본안판단을 하여야 할 것이나, 소송경제상 이 사건 경고 및 위 평가규칙을 피청구인이 행한 일련의 행위로 파악하여 그 전부를 기본권침해의 가능성 있는 공권력의 행사라고 봄이 상당하다고 한다.

나. 재판관 조대현의 별개의견 부분

이 별개의견은 이 사건 경고가 공직선거법 제8조와 제8조의2에 근거한 것이며, 공직선거법 제8조의2에 따라 이 사건 방송의 내용을 사후에 심사하고 공직선거법 제8조에 위반된다고 공권적으로 판단하고 제제한 것은 그 자체로 청구인들의 언론의 자유를 직접 제한하는 것이라고 보았다. 따라서 청구인들의 방송내용을 사후심사하여 법률에 위반된다고 공권적으로 판단한 조치만으로도 청구인들의 언론의 자유가 제한된다고 할 것이므로 그러한 판단에 따라 이루어진 제재조치(경고)가 청구인들의 법적지위를 불리하게 하는지 여부는 따질 필요도 없다고 한다.

4. 반대의견 부분

반대의견들은 각 이 사건 경고가 언론의 자유를 침해한다고 보았다. 그런데 그 이유는 각각 다르다.

가. 재판관 조대현의 반대의견 부분

(1) 우선 이 반대의견은 제작책임자에 대한 헌법소원도 적법하다고 본다.

앞서 재판관 조대현은 제재조치(경고)가 청구인들의 법적지위를 불리하게 하는지 여부는 따질 필요도 없이 이 사건 경고가 언론의 자유를 제한하는 것이라고 보았으며, 따라서 청구인 문화방송뿐만 아니라 제작책임자인 청구인도 이 사건 방송의 내용을 사후심사하여 위법하다고 한 제재조치에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다고 본다.

(2) 이 사건 경고가 법률유보에 위배되는 것은 아니라고 판단한다.

공직선거법 제8조의2는 선거방송심의위원회가 선거방송이 불공정하다고 인정하는 경우에는 반드시 제재조치를 결정하도록 하면서, 그 제재조치의 내용을 “방송법 제100조 제1항 각 호의 제재조치 등”이라고 규정하여 방송법 제100조 제1항 각 호의 제재조치로 한정하지 않고 그 밖에 다른 제재조치도 할 수 있는 근거를 마련하였다고 한다. 이는 선거방송이 공정하지 아니한 정도가 경미한 경우에도 방송법 제100조 제1항 각호에 정해진 제재조치를 반드시 결정하도록 하는 것은 구체적 타당성을 기하기 어렵다고 본 것이다.

그러므로 평가규칙 제11조 제2항은 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에

따라 제8조의2 제5항의 취지에 맞게 제정된 것이라고 할 것이어서, 법률에 규정이 없는 “경고”를 정하였다고 하여 기본권제한 법률 유보의 원칙에 위반된다고 보기 어렵다고 한다.

(3) 그런데 이 사건 경고는 비례의 원칙에 위배되어 방송의 자유를 과도하게 제한한다.

우선 입법목적의 선거의 공정성을 위한 입법목적의 정당성과 선거방송 내용의 사후심사라는 수단의 적절성은 인정된다.

한편 위 규칙 제11조 제2항이 규정하고 있는 “주의 또는 경고”는 언론의 자유에 대한 제한 정도를 선거방송의 공정의무를 위반한 정도에 맞추어 필요한 최소한도로 제한하기 위한 것으로서 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 부합되게 하는 것이라고 할 수 있다.

그러나 공직선거법 제8조의2에 의하여 선거방송의 내용을 사후에 심사하고 그것이 불공정하다 하여 공직선거법 제8조에 위반된다고 판단하는 것은 언론의 자유를 제한하는 것이고, 선거방송의 내용이 불공정하다고 판단하면 반드시 제재조치를 하여야 하기 때문에, 공직선거법 제8조의2에 의하여 선거방송이 불공정하다고 판단하고 제재조치를 하기 위해서는 그로 인한 언론의 자유에 대한 제한이 헌법 제37조 제2항에 비추어 정당화될 수 있어야 한다. 그런데 선거의 의미와 선거에 관한 언론활동의 중요성을 고려할 때 선거방송의 공정 여부에 대한 판단이 선거방송심의위원회의 자유재량에 맡겨져 있다고 볼 수 없다. 따라서 공직선거법 제8조와 제8조의2는 선거에 관한 방송이 선거에 관한 정보를 편파적으로 차별하거나 의도적으로 왜곡하거나 허위 정보를 유포하는 등의 방법으로 공직선거에 불공정한 영향력을 미치는 경우에만 적용되어야 하고, 선거방송의 내용이 특정의 후보자에게 유리하거나 불리한 것이라는 사유만으로 불공정하다고 판단하여서는 안 된다.

이 사건 방송은 “국회의원 선거일의 58일 전에 전국적으로 방영되었고, 그 당시 국회의원 선거의 후보자로 되고자 준비하고 있던 김○균·최○희 의원을 비난하는 듯한 표현이 포함되어 있지만, 그 내용이 허위사실이라거나 의도적으로 사실을 왜곡하였다고 볼 자료가 없고, 이 사건 방송의 초점은 특정 법안에 대한 심사가 지연되고 있는 사실에 관한 보도와 논평에 있었다고 보이고 그 과정에서 위와 같이 문제된 내용이 일부 포함되게 된 것임을 고

려하면, 이 사건 방송이 국회의원 선거에 불공정한 영향을 미치는 것이라고 단정하기 어렵다. 그리고 개인에 대한 명예훼손 여부는 공직선거법 제8조와 제8조의2를 적용할 사유가 되지 못한다.

결국 이 사건 방송이 불공정한 선거방송이라고 판단하고 경고한 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2의 본래 취지를 벗어나 선거방송 심사·제재권 한을 남용한 것이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2에 의하여 정당화될 수 없고, 청구인들의 언론의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 부당하게 침해하였다고 봄이 상당하다.

나. 재판관 이동흡의 반대의견 부분

이 반대의견은 문화방송의 심판청구가 적법하기는 하나 이유가 없으므로 기각되어야 한다고 보았다.

가. 법률유보원칙 위배 여부

공직선거법 제8조의2 제5항, 제7항 및 위 규칙 제11조의 문언에 비추어 보면 위 공직선거법 제8조의2 제5항에서 규정한 “방송법 제100조 제1항 각 호의 규정에 의한 제재조치 등”이란 ‘방송법 제100조 제1항 각 호의 규정에 의한 제재조치 및 그 밖의 유사한 조치’를 의미한다고 봄이 상당하고 할 것 인바, 위 규칙 제11조는 공직선거법 제8조의2 제5항의 규정 내용 중 “제재조치 등”을 그대로 조문 제목으로 한 다음 제1항에서 “방송법 제100조 제1항의 규정에 의한 제재조치”와 제2항에서 그 밖에 위반의 정도가 경미할 경우에 명할 수 있는 “주의 또는 경고”에 대해 규정하고 있다. 따라서 위 규칙 제11조(제재조치 등)는 위 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에 따라 제5항의 규정 내용(제재조치 등)을 구체화한 것이라고 보아야 할 것이다.

그리고 위 공직선거법 제8조의2 제5항에서의 “제재조치 등”이라는 문구는 구 방송법 제100조의 조문 제목인 “제재조치 등”과 같은 의미가 아니다. 즉, 구 방송법 제100조는 조문 제목을 “제재조치 등”이라고 한 다음 제1항에서 세 가지의 “제재조치”를 규정하고, 제2항 내지 제5항에서는 결정사항전문 방송의무, 명령이행의무·이행결과보고의무, 의견진술기회 부여, 재심청구, 재심결과통지의무 등에 관하여 규정하고 있는바, 구 방송법 제100조의 조문 제

목인 “제재조치 등”에서의 “등”이란 제1항에서 규정한 “제재조치”를 제외한 나머지, 다시 말해 제2항 내지 제5항에서 규정한 내용을 포괄적으로 지칭하는 것이라 보아야 한다.

한편 이 사건 경고는 공직선거법 제8조의2 제5항에 그 법률적 근거를 두고 있을 뿐만 아니라, 나아가 이 사건 경고가 법률(공직선거법 제8조의2 제5항)에서 명시적으로 규정한 제재보다 더 가벼운 것이라는 점도 법률유보원칙 위반 여부를 판단함에 있어 반드시 고려되어야 한다. 만약 경고 자체가 독립적인 제재조치인 경우라면 이는 국민의 기본권을 제한한다는 점에서 엄격한 법률적 근거를 지녀야 하겠지만, 본래의 무거운 제재조치를 할 수 있는 요건에 해당함에도 그보다 가벼운 조치를 취하는 경우에는 이로써 새롭게 국민의 기본권이 제한되는 것은 아니므로 반드시 엄격한 법률적 근거가 요구되는 것은 아니라고 할 것이다.

나. 기본권침해 여부

(1) 판단의 전제

위 반대의견은 다음과 같은 점을 판단의 기초로 삼고 있다고 보여진다.

(가) 심의위원회의 판단재량의 존중

심의위원회는 문제의 PD수첩이 ‘선거방송의 공정성’을 저해한다고 인정하고, 심의위원회가 택할 수 있는 제재수단 중 가장 약한 경고조치를 심의, 의결 하였으며 피청구인은 이를 집행하였다. 무엇이 공직선거법에서 말하는 ‘선거방송의 공정성’을 해하는지 여부는 이 문제에 대한 전문적 판단능력을 지닌 심의위원회의 판단재량이 존중되는 상태에서 판단될 수 있을 것이다. 그렇다면 그러한 행정기관의 판단이 합리적 이유가 있다면 존중해 주어야 할 것이다.

(나) 규범조화적 해석방법

이 사건에서는 기본권 간에 충돌문제가 존재하는바, 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되고 있는지도 검토되어야 할 것이다(헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95, 판례집 17-2, 392, 401 참조). 헌법은 언론·출판의 자유를 보장하는 동시에 그것이 인간의 존엄성에서 유래하는 개인

의 일반적 인격권이나 명예권 등의 희생을 강요할 수는 없음을 분명히 밝히고 있으므로, 언론의 자유와 인격권(명예권)의 충돌 문제에 있어서는 헌법을 규범조화적으로 해석하여 이들을 합리적으로 해석하여 조화시키기 위한 노력이 있어야 한다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 524).

만일 심의위원회가 경고조치를 심의·의결함에 있어서 청구인 ○○방송의 방송의 자유의 의미나 내용에 대하여 잘못된 관점에 입각해 있다거나, 개인의 명예권만 보호하면서 방송의 자유를 부당하게 희생시킨 것이라면 기본권들 간에 규범조화적 해석을 한 것이라 볼 수 없다. 한편 방송이나 신문의 명예훼손적 표현에 관한 문제에 있어서는 그 피해자가 ‘공적 인물’인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사에 차이가 있을 수 있다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 776).

(다) 공적 인물론

나아가 방송이나 신문의 명예훼손적 표현에 관한 문제에 있어서는 그 피해자가 ‘공적 인물’인지 아니면 사인인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안인지의 여부에 따라 헌법적 심사기준에 차이가 있을 수 있다.

(2) 구체적 내용

(가) 우선 ‘선거방송’인지 여부가 문제된다.

심의위원회는 문제된 ○○수첩 방송이 ‘선거방송의 공정성’을 저해한다고 인정하고, 심의위원회가 택할 수 있는 제재수단인 제재조치 및 제재조치에 유사한 조치 중 가장 약한 조치인 경고를 심의·의결 하였으며 피청구인은 이를 집행하였다. 먼저 그 방송이 공직선거법 제8조의2에서 규정한 ‘선거방송’에 해당되는 것인지가 문제될 수 있으나, ‘선거방송’이란 직접 선거를 대상으로 한 내용이 아니라도 선거에 영향을 줄 수 있는 것을 포함하는 방송이라고 이해될 수 있으며, 위 방송의 경우 제17대 국회의원 선거에 출마할 현직 의원들에 대한 사회적 평가가 관련되어 있고 이는 동 선거에서 그들의 당선에 영향을 줄 수 있는 것이었다고 보이므로, 이를 ‘선거방송’에 해당된다고 전제한 심의위원회 내지 피청구인의 판단이 부적절한 것이었다고 볼 수

없다.

(나) PD수첩 방영분이 ‘선거방송의 공정성’에 위배되는지 여부

위 방송은 방송표현의 자유로 보장되는 영역이지만, 한편 위 국회의원들은 이로 인하여 인격권 내지 명예권이 침해될 수 있다. 피청구인은 이러한 기본권들 간에 구체적인 형량 내지 조화적 해석을 한 바는 없으나, 위 방송이 ‘선거방송의 공정성’을 해할 수 있다고 본 뒤 이로 인한 피해자들의 명예권 침해 가능성을 전제하고 있는 것이다. 이러한 판단이 방송의 자유의 의미와 내용에 대한 그릇된 인식에 기반하고 있다고 볼 수는 없고, 선거방송의 공정성이 훼손되었다는 평가가 합리성을 지닌 것을 고려할 때, 이 사건에서 방송의 자유를 명예권과 비교형량함에 있어서 피청구인이 부당하게 후자만 앞세우고 전자를 희생한 것이라 볼 수도 없다.

한편 이 사건 경고는 그 조치내용이 재허가 추천절차에 있어서 근소한 감점대상이 되는 정도의 것으로서 표현의 자유에 미치는 제한효과는 크지 않은 것이다. 따라서 위 의원들의 명예권을 보호하면서 표현의 자유에 대하여 피청구인이 발할 수 있는 가장 낮은 수준의, 제재조치의 유사조치에 그치고 있는 것이고, 달리 그 조치에 대하여 당시에는 처벌규정도 존재하지 않았다.

한편 위 국회의원들은 ‘공적 인물’에 해당되고, 위 방송내용이 공적 사안이었던 것은 명백하나, 방송내용이 이들 자신에 대한 것이 아니라 그들의 부친들에 관한 것이었고, 그 부친들이 일제하에서 면장을 지내면서 일제에 협력하여 동포를 괴롭힌 자라는 사실왜곡의 여지가 있었다고 인정되며, 청구인 문화방송이 다음 선거에서 이들을 뽑지 않아야 한다는 암시를 준 것으로 볼 소지가 있다는 점에서, 이 사건에서 방송의 자유를 제한할만한 사유가 있고, 그 제약이 과도한 것도 아니었다.

그러므로 이 사건 경고가 표현의 자유를 부당하게 희생하고 명예권만을 우선적으로 보호하고 있는 것이라 볼 수 없다. 그렇다면 기본권들 간의 충돌 문제를 다룸에 있어서 피청구인이 헌법재판소가 관여할 정도로 기본권의 해석·적용을 잘못된 것이라 볼 수 없다.

이 사건 경고는 선거방송의 공정성이라는 중요한 공익을 보장하기 위하여 행해진 것이고, 그러한 공익을 저해하는 방송내용에 대한 경고는 그 입법목적을 달성하기 위한 수단으로서 적정성이 인정되며, 이 사건 경고의 효과는

그 불이행 시에 형사처벌의 대상이 되는 것도 아니고 단지 방송평가에 있어서 근소한 점수의 감점대상이 되는 것에 불과한 것이므로 그 입법목적은 달성하기 위한 수단에 있어서 지나친 것이었다고 볼 수 없다. 한편 이로 인해 제한되는 사익은 방송의 공정성 확보라는 공익보다 더 중한 것이라 볼 수도 없다.

그러므로 이 사건 경고는 청구인 문화방송의 방송의 자유를 침해하지 않는다.

4. 이 사건 결정의 의의

오늘날 헌법재판소가 헌법상의 기본권보호를 강화함으로써 종전에는 기본권문제로 보지 않았던 분야가 기본권적 문제로 포섭되는 경우가 많아졌다. 이 사건 경고는 법률상의 제재조치보다 약한 것이며, 그 점에서 오히려 당사자에게 유리한 것이기는 하나, 언론의 자유의 보호범위를 건드리는 것이라고 보기 되면, 여전히 기본권제한의 법률적 근거를 필요로 하는 것이라는 점이 주목된다. 이 사건 결정의 다수의견은 우리 헌법체계에서 권력분립과 법치주의, 그리고 민주주의 원리에 따라 국민의 자유에 대한 제한은 국민의 대표자들이 정한 법률에 근거하여서만 행해질 수 있다는 법률유보원칙을 재강조하고 있는 것이다.

공직선거법 제23조 제1항 등 위헌확인

- 기초의원선거 정당추천 사건 -

(헌재 2007. 11. 29. 2006헌마977, 판례집 19-2, 645)

이 명 응*

【판시사항】

1. 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제23조 제1항 별표 3이 기초의원 총정수를 2,922명으로 정하여 종전보다 574명 감축한 것이 자치구·시·군의회 의원(이하 ‘기초의원’이라 한다) 선거에 출마할 예정인 청구인들의 공무담임권이나 평등권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
2. 법 제26조 제2항이 하나의 기초의원 지역구에서 선출할 의원정수를 2인 이상 4인 이하로 정하여 종전의 소선거구제에서 중선거구제로 바꾼 것이 청구인들의 공무담임권이나 평등권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
3. 법 제47조 제1항이 기초의원선거에 정당추천을 허용한 것이 청구인들의 공무담임권을 침해하는지 여부(소극)

【심판대상】

이 사건 심판의 대상은, ① 법 제23조 제1항 중 별표3 부분, ② 법 제26조 제2항 중 ‘하나의 자치구·시·군의원 지역구에서 선출할 지역구 자치구·시·군의원 정수는 2인 이상 4인 이하로 하며’ 부분, ③ 법 제47조 제1항 본문 중 자치구·시·군의원 선거 후보자의 정당추천에 관한 부분이 각각 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다.

* 헌법연구관

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제23조(자치구·시·군의회의 의원정수) ① 시·도별 자치구·시·군의회의 의원의 총정수는 별표 3과 같이 하며, 자치구·시·군의회의 의원정수는 당해 시·도의 총정수 범위 내에서 제24조(선거구획정위원회)의 규정에 따른 당해 시·도의 자치구·시·군의원선거구획정위원회가 자치구·시·군의 인구와 지역대표성을 고려하여 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 기준에 따라 정한다.

[별표 3] 시·도별 자치구·시·군의회의 의원 총정수표(2,922명)

시 도	총정수
서울특별시	419
부산광역시	182
대구광역시	116
인천광역시	112
광주광역시	68
대전광역시	63
울산광역시	50
경기도	417
강원도	169
충청북도	131
충청남도	178
전라북도	197
전라남도	243
경상북도	284
경상남도	259
제주도	34

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7861호로 개정된 것) 제26조(지방의회의원 선거구의 확정)

②자치구·시·군의원지역구는 인구·행정구역·지세·교통 그 밖의 조건을 고려하여 확정하되, 하나의 자치구·시·군의원지역구에서 선출할 지역구 자치구·시·군의원정수는 2인 이상 4인 이하로 하며, 그 자치구·시·군의원지역구의 명칭·구역 및 의원정수는 시·도조례로 정한다.

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7861호로 개정된 것) 제47조(정당의 후보자 추천) ① 정당은 선거에 있어 선거구별로 선거할 정수범위 안에서 그 소속

당원을 후보자(이하 “정당추천후보자”라 한다)로 추천할 수 있다. 다만, 비례대표자치구·시·군의원의 경우에는 그 정수 범위를 초과하여 추천할 수 있다.

【사건의 개요】

1. 사건의 개요

청구인들은 이 사건 심판청구 당시 자치구·시·군의회 의원(이하 ‘기초의원’이라 한다)으로서 2006. 6. 실시될 기초의원 선거에 입후보할 예정이다. 청구인들은 2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 공직선거법(이하 ‘법’이라 한다) 제23조 제1항 별표 3이 기초의원 총정수를 2,922명으로 정하여 종전보다 574명 감축하고, 제26조 제2항이 하나의 기초의원 지역에서 선출할 의원 정수를 2인 이상 4인 이하로 정하여 종전의 소선거구제에서 중선거구제로 바꾸고, 제47조 제1항이 기초의원 선거에 정당추천을 허용한 것은 자신들의 공무담임권, 평등권을 침해하고 지방자치제도의 본질을 훼손하는 것이라고 주장하면서 2005. 10. 6. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 청구인들의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장

(1) 기초의원 정수의 감축 부분

기초의원 정수를 감축한 것은 청구인들의 당선가능성을 종전보다 감소시켜 치열한 경쟁을 벌이게 하므로 청구인들의 공무담임권을 침해한다.

기초의원의 정수를 감축한 이유가 기초의원의 유급화에 따른 재정부담 감소라면, 이는 정수를 감축하는 대신 급여를 더 낮게 책정하면 해결될 수 있으므로, 정수 감축은 적절한 수단이 될 수 없어 과잉금지원칙에 위배된다.

기초의원의 정수를 축소하는 것은 기초의회의 기능을 더욱 부실하게 하여 주민의 자치역량 강화에 역행하고 지방자치의 본질에 반한다.

(2) 중선거구제 부분

중선거구제는 주민의 지지도를 충실히 반영하지 못하게 하여 주민의 대표를 선출하는 선거의 기본원칙에 위반된다. 첫째, 중선거구제를 채택하면서 동시에 정당의 추천을 허용하면 주민의 지지도보다 정당의 추천 여부가 기초의원 선출을 좌우할 가능성이 높다. 둘째, 종전에 소선거구제를 통하여 최소행정단위(읍·면·동)의 대표를 선출할 수 있었던 지역이 대표를 기초의회에 진출시키지 못할 가능성이 있다.

국회의원선거나 광역의원선거 모두 소선거구제임에도 불구하고 유독 기초의원선거에서만 중선거구제를 도입한 것은 기초의회 출마예정자들인 청구인들을 합리적 이유 없이 차별하는 것이다. 기초의회는 다른 선거에 비해서 소선거구제로 해야 할 당위성이 더 크다.

기초의원선거에서 중선거구제를 실시하면 그 지역선거구가 더 넓어져서 후보자들의 노력과 자금이 더 많이 소요되고 당선되기도 훨씬 어려워져 그들의 공무담임권이 침해된다.

(3) 정당추천 부분

기초의원 후보자의 정당추천이 허용되면, 기초의원으로 되기 위하여 정당의 공천을 받거나 무소속 후보로 출마하여 정당추천후보자를 상대로 어려운 경쟁을 하여야 한다. 따라서 청구인들은 정당추천이 허용되지 않는 경우에 비해서 공무담임권을 침해받는다.

기초의원선거에 정당추천제를 도입하면, 기초의원선거가 정당 중심의 선거로 변하게 되어 지역적 관심이 매몰되고, 기초의원이 주민의 의사보다 정당의 의사에 따르기 쉽게 되어, 지방자치의 자율성을 침해하고 지방자치제의 본질을 침해하게 된다.

(4) 국회는 위 심판대상조항들을 개정하면서, 기초의원들이나 국민들의 의견을 수렴하는 절차를 거치지 않고 입법예고도 하지 아니하여, 적법절차의 원칙을 위반하고 입법재량의 한계를 일탈하였다.

나. 관계기관의 의견

이 사건에 대하여 중앙선거관리위원회 위원장은 의견이 없다고 통보하였

고 다른 기관의 의견은 제출되지 않았다.

【결정요지】

1. 기초의원으로 되고자 하는 자의 공무담임권은 법률로 정해진 기초의원 선거제도의 틀 안에서 불합리한 차별을 받지 않도록 보장하는 것일 뿐이고, 기초의원 총정수를 줄이지 못하도록 요구하는 권능까지 내포하는 것은 아니다. 기초의원 총정수를 3,496명에서 2,922명으로 줄였다고 하여 기초의원으로 되고자 하는 청구인들의 공무담임권을 침해할 수 있는 것이라고 할 수 없고, 모든 후보자에게 동일하게 적용되는 것이므로 차별하는 것이라고 볼 수 없으므로, 이 부분 심판청구는 기본권침해 가능성이 없어 부적법하다.

2. 다른 선거에서는 소선거구제를 채택하면서 기초의원 선거에서만 중선거구제를 채택하였다고 하여도, 공무담임권은 소선거구제를 요구할 수 있는 권능을 포함하지 아니하므로, 청구인들의 공무담임권을 침해할 수 있는 것이라 할 수 없다. 중선거구제가 소선거구제보다 후보자의 노력과 비용을 더 많이 들이게 한다고 하더라도, 이는 선거제도의 기본 틀에서 비롯되는 것으로서 모든 후보자들에게 동등하게 적용되는 것이므로 특정 후보자를 불리하게 차별하거나 공무담임권을 제한하는 것이라 볼 수 없다. 그러므로 이 부분 심판청구는 기본권침해 가능성이 없어 부적법하다.

3. 정당이 기초의원 후보자를 추천할 수 있도록 하는 제도의 목적은 유권자들이 선거권을 행사함에 있어 참고할 중요한 사항을 제공하고, 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 정당의 활동을 효과적으로 보장하기 위한 것이다. 정당의 기초의원 후보자 추천제도는 기초의원 선거제도에 관한 기본틀의 하나로서 특정 후보자를 우대하거나 불리하게 하기 위한 것이 아니다. 따라서 법 제47조 제1항 중 정당이 기초의원 후보자를 추천할 수 있도록 규정한 부분은 청구인들의 공무담임권을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없고, 지방자치제도나 지방의회제도의 본질을 훼손하여 헌법에 위반된다고 단정하기는 어렵다.

【해설】

가. 기초의회의원 선거구를 중선거구제로 한 공직선거법 제26조 제2항(이

하 ‘중선거구규정’이라 한다) 부분

(1) 공무담임권의 침해가능성

청구인들은 중선거구규정이 광역의원선거구를 기본으로 하여 2-4인의 기초의원을 선출하도록 한 것은 자신의 생활구역을 넘는 지역민들의 지지를 받아야 당선될 수 있게 된 것이고, 이는 (소선거구일 때보다) 더 많은 자금과 노력을 요구하므로 공무담임권을 침해한다고 주장한다.

헌법은 지방자치단체의 선거에서 어떤 선거구제를 택할 것인지 국회가 규정하도록 하고 있다. 헌법 제118조 제2항은 지방의회의 조직·권한·의원선거 등 사항을 법률로 정하도록 하고 있다. 따라서 기초의회의원 선거에 있어서 ‘소선거구제’를 채택할 것인지 ‘중선거구제’를 채택할 것인지는 기본적으로 입법재량에 속하며, 각 제도는 나름의 장단점을 지니고 있다.¹⁾ 어느 한 제도는 모든 지역구 선거 후보자에게 동등하게 적용되는 것이며, 어느 제도가 후보자들에게 유리한지는 개별 후보자들마다 다를 것이므로 일반적으로 단언하기 곤란하다.

어떤 선거구제를 택할 것인지는 기본적으로 입법재량의 영역이며, 특정 선거구를 택한 것이 후보자의 공무담임의 기회를 제약한다고 보기 어렵다. 국회가 기초의원 선거에서 중선거구제도를 규정하였다고 하더라도, 그러한 제도가 모든 기초의원 후보자에게 동일하게 적용되는 이상, 후보자들의 공직취임의 기회가 소선거구제도일 때보다 더 제한되는 것은 아니다. 시·도의원선거와 기초의원선거는 각 다른 단위의 지방자치단체 구성을 위한 제도이다. 서로 선거구제가 다르다고 해도, 각 선거의 후보자들에게 같은 선거구제가 적용되는 한, 이를 공무담임권의 제한이라 보기 어렵다. 현역 의원인 청구인들이 과거에 소선거구제를 적용받았다고 해도, 현재 이들이 새로운 후보

1) 통상 ‘소선거구제’는 長點으로서 양대 정당의 육성에 기여하며 정부의 안정을 가져올 수 있고, 의원과 선거민과의 유대가 밀접하며, 선거비용이 적게 들고, 보궐선거와 재선거를 하기 쉽고, 短點으로는 사표가 많고 큰 정당에 유리하며, 게리맨더링의 위험성이 높고, 지방적인 소인물의 배틀이 가능하여 지방 보스의 당선을 가져오기 쉽고, 정실과 부정투표의 가능성이 많다.

‘중선거구제’는 長點으로 인물선택의 범위를 확대하고 소선거구제보다 정실이나 배수 등에 의한 부정투표의 위험성이 적지만, 短點으로는 소수당에 유리하고 다수당에 불리하며, 지역의 광역화로 선거비용이 많이 들며, 적격자의 입후보를 어렵게 하는 것이다. 김철수, 헌법학개론 제19전정신판 (박영사, 2007), 252-4쪽 참조.

자로서 다른 후보자들과 같은 조건에서 경쟁하여야 할 것이므로, 달리 볼 여지가 없다.

한편 청구인들은 중선거구제 하에서는 소선거구제일 때보다 당선에 많은 비용과 노력이 든다고 주장하나, 설사 그러한 측면이 있다고 하더라도 후보자들 간에 같은 선거구제가 적용되는 이상, 소선거구제를 기준으로 하여 (소선거구제는 공무담임권을 제한하지 않지만) ‘중선거구제는 공무담임권을 제한한다’고 단정할 수 없다.

(2) 평등권 침해가능성

청구인들은 광역의회의원이나 국회의원선거와는 달리 유독 기초의회의원선거에서만 중선거구제를 채택한 것은 평등권을 침해한다고 주장한다.

그런데 기초의원 후보자들과 다른 광역의회의원이나 국회의원 후보자들은 각각의 선거에 출마하는 것이며 서로 간에는 아무런 경쟁관계에 있지 아니하므로, 그들 상호간에는 선거구제와 관련하여 평등권 침해를 주장할만한 의미 있는 비교집단을 구성하지 않는다.

차별대우는 ‘본질적으로 같은 것’을 차별대우 하는 것만이 헌법적으로 문제된다.²⁾ 공직기회의 차별을 본질로 하는 공무담임권의 제한이 있으려면 차별취급이 이루어진 집단과 그렇지 않은 집단 사이에 ‘비교집단’을 구성하여야 한다. 비교될 수 있으려면 먼저 ‘비교의 관점’이 성립되어야 한다. 이는 상이한 사람들이나 집단들 또는 상황을 포괄하는 ‘공통의 상위개념’(genus proximum)을 전제한다.³⁾

기초의원 후보자와 시·도의원 후보자는 각각 다른 선거의 후보자이므로, 비록 선거구제가 다르더라도 이것이 ‘각자가 추구하는 공직기회의 차별’을 가져온다고 볼 수 없다. 즉 선거구제와 관련하여 이들을 모두 포괄하는 ‘공통의 상위개념’을 인정할 수 없다. 따라서 양자는 서로 비교집단을 구성하지 않는다. 그렇다면 소선거구제가 아닌 중선거구제를 채택하였다는 사정은 ‘기초의원선거 후보자의 공직기회의 차별’과 무관하며, 따라서 공무담임권의 제한이 존재한다고 볼 수 없다.⁴⁾

2) 독일연방헌재판례 E 49, 148, 165.

3) 헌법재판소간, 독일기본권개론, 2000, 136쪽(단락번호 433).

4) 중선거구제는 공무담임권과 밀접한 관련이 있으나, 같은 후보자들 사이에 같은 기

설사 유의미한 비교집단을 구성한다고 하더라도, 청구인들은 차별취급이 아닌 동등한 취급을 원하며 이는 소선거구제를 의미하는데, 앞서 본 것처럼 청구인들에게 소선거구제가 적용된다고 해서 청구인들의 공직취임기회가 더 커지는 것은 아니다. 따라서 청구인들의 법적 지위가 더 유리해 지는 것이 아니다. 그렇다면 청구인들은 평등권 침해를 주장할 자기관련성이 인정될 수 없다.

(3) 헌법규정 위반 주장

한편 청구인들은 자유선거의 원칙, 적법절차 위배를 주장하나, 기본권침해의 가능성 없이 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장은 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못하는 것으로서 받아들일 수 없다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298, 304).

나. 기초의회의원 총 정수를 감축하여 2,922명으로 한 공직선거법 제23조 제1항 중 별표3(이하 ‘별표3’이라 한다) 부분

(1) 쟁점

청구인들은 별표3이 기초의회의원의 총 정수를 종전보다 줄인 것은 공무담임권을 침해한다고 주장한다.

별표3은 기초의회의원 총 정수를 종전보다 574명 줄여 최대 2,922명으로 한정하였다. 이러한 입법은 기초의회의원을 유급제로 전환하면서 예산 문제를 고려하여 이루어진 것이다.⁵⁾ 이로써 기초의회의원 후보자들은 종전과 비교할 때 더 심한 경쟁을 거쳐야 공직에 취임할 수 있게 되었다.⁶⁾ 그런데 그와 같은 경쟁의 심화가 하나의 법적 효과인지 아니면 단순한 사실적 효과인지가 문제된다.

준이 적용되므로, 이를 공무담임권의 제한이라고 보기는 어렵다는 취지이다.

5) 제254회 국회 정치개혁특별위원회회의록 제6호(2005. 6. 24.자) 참조.

6) 참고로, 역대 기초의회선거 당선자는 제1회(1995)가 4541명, 제2회(1998)가 3489명, 제3회(2002)가 3485명, 제4회(2006)가 2892명(지역구 2515명, 비례대표 377명)이었다. 정원수가 점차 줄어들고 있다.

(2) 사실적, 간접적 효과

공직자의 정원수 축소는 일반인에게는 공직취임기회의 가능성을 낮추는 효과를 지니지만, 그 가능성은 보통 추상적인 것이다. 청구인들을 보면, 기초 의회의원 총 정수가 2,922명으로 축소되었다고 해서, 바로 이것이 청구인들의 당락을 직접 좌우할만한 사정이라고 보기 곤란하다. 별표3은 청구인들의 공직취임기회를 직접적으로 제한하고 있는 것이 아니며 단지 경쟁률에 영향을 주는 것이고, 그러한 경쟁률 문제는 모든 새로운 후보자에게 동일하게 적용되는 것이며, 이로 인하여 청구인들이 종전보다(지난번 기초의원선거보다) 더 심한 경쟁을 거쳐야 한다고 하더라도 이는 청구인들의 공직취임권 행사에 미치는 사실적, 간접적 효과에 불과하다

별표3은 청구인들의 공무담임권 행사에 있어서 단지 사실적, 간접적인 영향을 주는 것이며, 이로써 청구인들의 법적 지위를 직접 변경시키는 효과를 지니고 있다고 볼 수 없다.⁷⁾

(3) 차별 내지 공무담임권 제한 문제

기초의원 총 정원이 전 번 선거보다 감축되었다는 사정은 특별한 사유가 없는 한 공직기회의 자의적 차별이라고 볼 수 없다. 총 정원이 줄어들어 종전보다 공직기회가 적어졌다면, ‘비교집단’으로는 종전선거의 후보자와 현재 선거의 후보자가 고려될 여지가 있다(현 선거의 후보자들 사이에는 같은 공직취임의 기회가 있으므로 비교집단이 구성되지 않는다).

그런데 종전 후보자와 현 후보자들 사이에는 의미 있는 비교의 관점이 존재한다고 보기 어렵다. 양자의 여하한 차별은 각각 개별 시험에서의 ‘경쟁률’의 차이일 뿐이며, 이것이 실제로 현재의 후보자의 공직기회에 미치는 영향은 단지 사실적인 것에 불과하다. 또한 종전 후보자들 중에는 이미 공직에 취임한 자도 있고, 탈락된 자도 있는데 이들 중 누군가 현재의 공직후보자와

7) “헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있는바, 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다.”(헌재 1992.9.4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580; 헌재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111)

비교집단을 구성할 수 있는지도 불분명하다. 청구인들이 현역 의원이라고 해도 현재의 새로운 후보자인 한 달리 불만한 사정이 없다.

또한 그러한 정원 축소를 공무담임권의 제한으로 인정하기 시작한다면 모든 형태의 정원 축소는 항상 공무담임권의 제한으로서, 본안에서 왜 정원이 축소되었는지 위헌심사를 하여야 하는데 이는 소송법적으로 받아들이기 어렵고, 헌법상의 기본권(근본적 권리)에 대한 지나친 확장해석이 될 소지가 있다.

물론 정원이 감축되면 종전보다 공무담임의 기회가 감소되는 것으로 볼 수 있지만, 비교집단을 구성할만한 차별취급의 실재를 인정할 수 없다면, 단지 추상적인 수준의 기회 감소만으로 공무담임권의 제한이라고 인정하기는 어렵다.⁸⁾

다만, 공무원의 정수가 현저히 불합리할 정도로 축소되어 일반인의 공직취임의 기회 자체가 사실상 희박하게 되는 효과가 초래된다면, 이를 공무담임권의 제한문제로 볼 여지가 있을 수 있다. 그러나 이 사건에서 기초의원회의원의 정원이 종전보다 축소되었지만 전국적으로 2900여명으로 유지되고 있는 것을 보면, 그러한 예외사유에 해당된다고 보기 곤란할 것이다.

(4) 헌법규정 위반 주장

청구인들은 별표3이 지방자치의 본질을 침해한다고 주장한다. 그러나 기본권침해의 가능성 없이 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장은 위에서처럼 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못한다.

다. 정당이 기초의원선거에 후보자를 추천할 수 있도록 한 공직선거법 제47조 제1항(이하 ‘정당추천규정’이라 한다) 부분

(1) 적법요건 부분

(가) 자기관련성 내지 기본권침해 가능성

8) 다만 정원이 명백히 자의적으로 현저히 축소되어 사실상 공직취임 기회가 극도로 수축된다면 달리 볼 여지가 있다. 그러나 심판대상조항의 경우 그렇게 현저히 축소된 것으로 볼 수 없다는 점은 종전 보고서에서 언급된바 있다.

심판청구 당시 청구인들은 기초의원선거에 입후보할 예정자들로 추정되고, 정당추천규정이 자신들의 공무담임권 등을 침해한다고 주장하고 있는바, 정당추천규정으로 말미암아 청구인들은 앞으로 정당의 추천을 받거나, 무소속후보자로 나서서 정당추천 후보자와 경쟁을 하여야 하는 상태에 처하게 된다. 이는 정당추천제도가 없는 상태에서 무소속 후보자들 간에 경쟁하는 것과 다른 법적인 상황을 초래하며, 후보자는 정당추천을 받거나 아니면 정당추천을 받은 후보자와 매우 어려운 경쟁을 하여야 하게 되었다.⁹⁾ 이러한 제도는 후보자의 공직취임기회에 대한 하나의 법적 제약이라고 볼 수 있으며, 그 효과는 청구인들에게 직접적으로 미치는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁾

처음부터 무소속으로 출마할 의사가 뚜렷한 공직후보자가 있다고 할 때, 새로운 공직선거법이 기초의원선거에 정당공천제를 도입함으로써, 이제는 정당공천을 받은 후보자들의 현저히 불리한 경쟁을 하여야 할 처지에 놓이게 된다. 그러한 법적 상황을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 통상 오늘날의 정당민주주의 하에서 정당공천을 받은 후보자와 무소속 후보자 중에는 정당공천을 받은 후보자가, 선거운동이나 자금, 조직적 지원의 면에서 유리하므로 당선가능성이 현저히 높다는 것은 경험적으로 검증된 사실이다.

입법자가 기초의원선거에 정당공천제를 도입함으로써 무소속 후보자는 공직기회의 실질적 제약을 받게 되었다고 보는 것이 상당하다. 이 점에서 정당공천제는 무소속 후보자에게 승리하기 어려운 경쟁을 하게 하고, 아니면 추가적 비용(정당회비 등)과 노력으로 정당공천을 받을 것인지를 양자택일 하게 하는 효과가 있다. 이러한 효과는 무소속 후보자의 공직기회에 관한 법적 지위의 변경을 초래할만한 것으로서, 공직기회의 차별적 효과에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 공무담임권의 제한이 있는 것이다.

(나) 직접성

9) 그러한 경쟁은 무소속 후보자들 간의 경쟁과는 질적으로 다른 것이다. 정당제도 하에서 “오늘날의 선거가 인물투표로서의 성격보다 정당투표로서의 성격을 강하게 가지는 경향을 보이고 있다는 점”(헌재 2007. 6. 28. 2004헌마644등 결정)을 보면 정당추천을 받은 후보자를 상대로 무소속 후보자가 경쟁하는 것은 매우 어려운 형편이다.

10) 앞서 중선거구제나 정원의 제한은 청구인들의 경쟁에 미치는 효과가 간접적, 사실적인 것으로 보았으나, 정당추천제는 후보자들에게 정당추천을 받거나 아니면 정당추천을 받은 후보자와 힘든 경쟁을 하게 함으로써 후보자에게 미치는 영향이 직접적이고 법적인 것으로 보는 것이다..

법령에 대한 직접적인 헌법소원을 청구하려면 당해 법령 또는 법령의 조항이 집행행위를 거치지 않고 곧바로 권리의 제한, 의무의 부과, 부담의 설정과 같이 ‘직접’ 국민의 기본권을 침해하는 경우이어야 한다.

정당공천규정은 별도의 집행행위를 거치지 않고 기초의원선거에 입후보할 예정인 청구인들의 법적 지위에 영향을 미치므로 기본권침해의 직접성이 인정된다.

(다) 현재성

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 ‘현재’ 침해받은 자가 제기할 수 있다. 다만 기본권침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하는 것이 헌법재판소의 선례이다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 699).

정당추천규정은 다음 기초의원선거부터 시행되기 때문에 위 법률조항들에 의한 기본권제한이 아직 현실화된 것은 아니다. 그러나 청구인들은 다음 기초의원선거에 입후보할 예정이고 그 경우 심판대상에 의한 주장된 기본권침해가 발생한다는 것은 현재 확실히 예측할 수 있다할 것이므로 기본권구제의 실효성을 위하여 현재성 요건의 예외로써 침해의 현재성을 인정할 수 있다.

(라) 청구기간

청구인들이 기초의원선거에 입후보할 때 위 심판대상 법률조항에 의하여 기본권을 제한받게 되므로 이 사건 심판대상은 법령이 시행된 후에 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권을 침해하는 경우이므로 그 사유가 발생한 때로부터 청구기간이 기산된다. 그런데 위에서 본 바와 같이 청구인들에게는 장래 선거가 실시될 것은 대비하여 현재성의 예외로서 심판청구를 한 것이 인정되므로 청구기간 도과의 문제는 발생하지 않는다.

(마) 권리보호이익

청구인들이 출마하려는 제3회 전국동시지방선거(2002. 6. 13.)는 종료되었으나 위 규정들은 현재까지 존재하며 기초의원의 선출제도와 정원에 관한 것으로서 지방자치제도의 중요한 요소에 관련되므로 헌법적 해명의 필요성

이 인정된다. 기초의회의원의 정당공천 규정에 대해서 종전 헌법재판소 결정에서 다루어진 것은 정당의 표명금지에 관한 규정에 대한 것이었으며, 현행 규정과는 형식이 다른 것이었으므로 이 사건에서 헌법적 해명의 필요성이 있다.

(2) 본안 부분

(가) 정당추천규정의 연혁

1988년 국회는 지방의회의원선거법을 제정하면서 광역지방선거에는 정당의 참여를 허용하되 기초지방선거에서는 정당의 참여를 배제하였다. 그러다가 1994년의 ‘공직선거 및 선거부정방지법’은 기초지방선거에서도 정당의 참여를 허용하였다. 그러나 1995년 개정법은 기초지방선거 중 기초자치단체장의 선거에는 정당의 참여를 허용하면서 기초의회의원선거에서는 정당의 참여를 배제하였다.¹¹⁾

헌법재판소는 1999. 11. 25. 99헌바28 결정에서 기초의회의원의 경우 정당표방을 금지하도록 한 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제84조에 대하여, ‘정당표방을 허용하는 경우 정당이 후보자의 당락뿐만 아니라 의정활동 전반에 직간접적으로 영향을 미치고 이로써 지방의회의 본래의 목적과 기능이 형해화 될 수 있다’는 취지에서 동 조항이 합헌이라고 결정하였다(전원일치).

그러나 헌법재판소는 2003. 1. 30. 2001헌가4 결정에서는 종전 결정을 변경하여, ‘정당의 지지 혹은 추천 여부는 유권자들에게 중요한 참고사항이 될 수 있으며, 정당표방을 허용함으로써 얻는 이익이 부정적인 효과보다 크다’는 취지에서 위 조항을 위헌이라고 선언하였다(6:3).

2005. 5. 국회는 기초의회의원에 대한 정당공천을 허용하는 ‘정당추천규정’을 두면서, 기초의회의원에 대하여 중선거구제를 도입하였다.

(나) 정당표방금지에 대한 종전 결정

1) 변경되기 전 합헌결정(헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543)

『1. 모든 선거 중 기초의회의원선거의 후보자만 정당표방을 금지할 것인가의 문제는 헌법상의 정당보호 및 지방자치제의 제도적 보장, 우리의 정치

11) 그러한 참여 배제를 실효성 있게 하기 위하여, 기초의회의원선거에서 후보자가 특정 정당으로부터 지지 또는 추천을 받았음을 표명할 수 없도록 하였다(공직선거 및 선거부정방지법 제84조).

문화와 지방자치에 대한 국민의식 등 제반사정을 헤아려 입법자가 결정해야 될 입법재량의 영역에 속하는 것이다.

2. 우리의 정치현실 및 정당운영의 비민주성, 지연·혈연·학연이 좌우하는 선거풍토와 그 위에 지방자치를 실시한 경험이 일천(日淺)하다는 점을 감안할 때, 기초의회의원선거에 정당추천후보자의 참여를 허용한다면, 정당은 그 후보자의 당락뿐만 아니라 선출된 의원의 의정활동 전반에 걸쳐 직·간접으로 영향을 미치게 되고, 이것은 지역의 특성에 따라 자율적으로 운영되어야 할 기초의회의 결정이 정당의 의사에 따라 그 결론이 바뀌게 됨을 뜻한다. 그 결과 기초의회가 정당의 의사에 따라 움직인다면, 기초의회는 본래의 목적과 기능을 상실하여 형해화(形骸化)한 모습으로 남게 된다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법목적은 기초의회의 구성 및 활동에 정당의 영향을 배제함으로써 지역실정에 맞는 순수한 지방자치를 실현하기 위한 필요불가결한 것으로 그 목적이 정당하다고 할 것이다.

이 입법목적을 달성하기 위하여 기초의회의원선거의 후보자는 정당표방을 할 수 없게 금지하는 수단을 채택한 것은 필요·최소한의 적절하고 효과적인 방법에 해당된다. 이 조항으로 말미암아 후보자는 직접 선거권자에게 자신이 추구하는 정치적 이념이나 정당과 관련된 정보를 줄 수 없고, 선거권자로서는 이러한 정보를 알 기회가 제한된다고 할지라도, 간접적이거나 자신의 정치적 이념 및 정당과 관련된 정보는 정당의 당원경력의 표시를 통하여 알리도록 배려하고 있어(법 제84조 단서) 피해의 최소성도 충족하고 있다. 후보자의 정당표방금지로 인한 지방자치의 제도적 보장이라는 이익은 후보자의 공무담임권 및 선거운동 자유의 침해로 입게 되는 손해보다 이익이 더 크므로 두 법익에 대한 균형성의 요건도 갖춘 것이다.

3. 그 밖의 공직선거와 비교할 때에 기초의회의원선거의 후보자에 한정하여 정당표방금지라는 정치적 생활영역에 있어서의 차별취급을 한 이 조항은 헌법이 추구하는 지방자치의 제도적 보장을 위한 입법목적에 필요불가결한 것으로서, 그 목적달성을 위한 수단 또한 필요·최소한의 부득이한 경우로 인정되므로 평등원칙에 위반되지 않는다.』

『1. 선거에 당하여 정당이나 아니면 인물이나에 대한 선택은 궁극적으로 주권자인 국민의 몫이고, 입법자가 후견인적 시각에서 입법을 통하여 그러한 국민의 선택을 대신하거나 간섭하는 것은 민주주의 이념에 비추어 바람직하지 않기 때문에, 기초의회의원선거에서 정당의 영향을 배제하고 인물 본위의 투표가 이루어지도록 하겠다는 구체적 입법의도는 그 정당성이 의심스럽다.

그리고, 후보자가 정당의 지지·추천을 받았는지 여부를 유권자들이 알았다고 하여 이것이 곧 지방분권 및 지방의 자율성 저해를 가져올 것이라고 보기에 그 인과관계가 지나치게 막연하므로, 법 제84조의 규율내용이 과연 지방분권 및 지방의 자율성 확보라는 목적의 달성에 실효성이 있는지도 매우 의심스럽다.

나아가, 법 제84조가 지방자치 본래의 취지 구현이라는 입법목적의 달성에 기여하는 효과가 매우 불확실하거나 미미한 반면에, 이 조항으로 인해 기본권이 제한되는 정도는 현저하다. 즉, 후보자로서는 심지어 정당의 지지·추천 여부를 물어오는 유권자들에 대해서도 침묵하지 않으면 안 되는 바, 이는 정당을 통해 정계에 입문하려는 기초의회의원 후보자에게 지나치게 가혹하다. 또한, 지방의회의원 선거의 선거기간이 14일로 규정되어 있고 사전선거운동이 금지되는 등 선거의 공정성을 담보하는 각종의 규제들이 마련되어 있어서 실제로 유권자들이 기초의회의원 후보자와 접촉할 수 있는 기회는 그리 많지 않은데다가 이른바 4대 지방선거가 동시에 실시되고 있는 탓으로 유권자들이 후보자들 개개인의 자질과 능력을 일일이 분석·평가하기란 매우 힘든 실정이므로 현실적으로 후보자에 대한 정당의 지지·추천 여부는 유권자들이 선거권을 행사함에 있어서 중요한 참고사항이 될 수밖에 없는데도 불구하고, 무리하게 후보자의 정당표방을 금지하는 경우에는 유권자들은 누가 누구이고 어느 후보가 어떠한 정치적 성향을 가졌는지도 모르는 상태에서 투표를 하거나 아니면 선거에 무관심하게 되어 아예 투표 자체를 포기할 수도 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 정당표방을 금지함으로써 얻는 공익적 성과와 그로부터 초래되는 부정적인 효과 사이에 합리적인 비례관계를 인정하기 어려워, 법익의 균형성을 현저히 잃고 있다고 판단된다.

법 제84조는 불확실한 입법 목적을 실현하기 위하여 그다지 실효성도 없고 불분명한 방법으로 과잉금지원칙에 위배하여 후보자의 정치적 표현의 자유

를 과도하게 침해하고 있다.

2. 법 제84조의 의미와 목적이 정당의 영향을 배제하고 인물 본위의 선거가 이루어지도록 하여 지방분권 및 지방의 자율성을 확립시키겠다는 것이라면, 이는 기초의회의원선거뿐만 아니라 광역의회의원선거, 광역자치단체장선거 및 기초자치단체장선거에서도 함께 통용될 수 있다. 그러나, 기초의회의원선거를 그 외의 지방선거와 다르게 취급을 할 만한 본질적인 차이점이 있는가를 볼 때 그러한 차별성을 발견할 수 없다. 그렇다면, 위 조항은 아무런 합리적 이유 없이 유독 기초의회의원 후보자만을 다른 지방선거의 후보자에 비해 불리하게 차별하고 있으므로 평등원칙에 위배된다.』

※ 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 김경일의 반대 의견

『중앙정부와 지방자치단체 간의 권력을 수직적으로 분배하는 문제는 서로 조화가 이루어져야 하고, 이 조화를 도모하는 과정에서 입법 또는 중앙정부에 의한 지방자치의 본질의 훼손은 어떠한 경우라도 허용되어서는 안 된다.

특히 지역적 한계를 극복하지 못하고 있는 우리나라의 정치현실 및 정당 운영의 비민주성, 지연·혈연·학연이 좌우하는 선거풍토와 그 위에 지방자치를 실시한 경험이 일천(日淺)하다는 것을 감안하지 않고 그 밖의 공직선거와 마찬가지로 기초의회의원선거에도 정당추천후보자의 참여를 허용한다면, 정당은 그 후보자의 당락뿐만 아니라 선출된 의원의 의정활동 전반에 걸쳐 직·간접으로 영향을 미치게 되어, 지역의 특성에 따라 자율적으로 운영되어야 할 기초의회를 형해화할 수 있다.

이 법률조항은 기초의회의 구성 및 활동에 정당의 영향이 배제된 지역실정에 맞는 순수한 지방자치를 실현하는 필요불가결한 조항이다. 이 조항으로 말미암아 후보자는 직접 선거권자에게 자신이 추구하는 정치적 이념이나 정당과 관련된 정보를 줄 수 없고 선거권자로서는 이러한 정보를 알 기회가 제한된다고 할지라도 간접적이거나 자신의 정치적 이념 및 정당과 관련된 정보는 정당의 당원경력표시를 통하여 알리도록 배려하고 있으며(법 제84조 단서), 후보자의 정당표방금지로 인한 지방자치의 제도적 보장이라는 이익은 후보자의 공무담임권 및 선거운동 자유의 침해로 입게 되는 손해보

다 이익이 더 크므로, 이 법률조항은 과잉입법금지의 원칙에 위반되지 아니한다.

그 밖의 공직선거와 비교할 때에 기초회의의원선거의 후보자에 한정하여 정당표방금지라는 정치적 생활영역에 있어서의 차별취급을 한 이 조항은 헌법이 추구하는 지방자치의 제도적 보장을 위한 입법목적에 필요불가결한 것으로서, 그 목적달성을 위한 수단 또한 필요·최소한의 부득이한 경우로 인정되므로 평등원칙 위반도 없다.』

(다) 이 사건에서 정당추천규정의 위헌 여부

1) 위 결정들은 정당의 표방금지 규정에 대한 것이지만, 동 규정은 정당의 후보추천금지를 전제한 것이었으므로, 그 논지는 정당추천규정의 위헌성 여부에 대한 논의에 원용될 수 있다.

헌법재판소는 정당표방금지에 대하여 합헌이라고 하였다가 판례를 변경하여 위헌이라고 판단하였다. 그런데 이 사건에서 문제된 정당추천규정은 그러한 위헌결정의 후속입법에 해당한다. 즉 기초회의의원 선거에서 후보자의 정당표방이 허용되어야 한다는 취지의 헌법재판소 결정에 따라, 정당의 후보자추천이 허용되는 입법이 마련된 것이다. 그렇다면 법적 안정성의 관점에서 볼 때, 판례변경에 이를만한 사유가 없는 한 정당추천규정을 위헌으로 보기는 어려울 것이다.

2) 공무담임권의 침해 여부

청구인들은 정당추천규정으로 인하여 기초회의의원 후보자는 정당 공천을 받거나 그렇지 않으면 무소속 후보로 출마하여 정당공천을 받은 후보자와 경쟁을 하여야 하는데, 이는 공무담임권을 제한하는 것이라 주장한다.

정당추천규정으로 인하여 후보자는 정당추천을 받거나 무소속으로 출마하여 정당추천 후보자와 경쟁하여야 하는 것은 앞에서 본 것처럼, 그러한 규정이 없었던 상태에서 정당의 추천 없이 자유롭게 기초회의의원 후보자가 될 수 있었던 경우와 비교할 때, 청구인들의 공직취임의 기회를 법적으로 더 제약하는 것이라고 볼 수 있으므로, 정당추천규정은 청구인들의 공무담임권을 제한한다.

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 갖

는다.”라고 규정하고 있으므로, 공무담임권의 내용에 관하여는 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 입법적 한계를 넘는 지나친 것이어서는 아니 된다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 225). 공무담임권의 제한의 경우는 그 직무가 가지는 공익실현이라는 특수성으로 인하여 그 직무의 본질에 반하지 아니하고 결과적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정될 것이므로, 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성 여부가 심사대상이 될 것이며 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 될 것이다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557, 판례집 14-2, 541, 551).

기초의회의원 후보자에 대한 정당의 후보자 추천제도의 목적은 유권자들이 선거권을 행사함에 있어서 중요한 참고사항을 제공하고,¹²⁾ 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 정당의 활동을 효과적으로 보장하기 위한 것이다. 오늘날 정당은 무정형적(無定型的)이고 무질서한 개개인의 정치적 의사를 집약·정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하므로,¹³⁾ 헌법은 정당의 활동을 보장하면서 한편으로는 민주주의원칙이 정당 내부에서도 관철되도록 요구하고 있다.¹⁴⁾

12) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 19 참조.

13) 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 547.

14) “정당이라 함은 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 의미한다(정당법 제2조). 정당은 자발적 조직이기는 하나 다른 집단과는 달리 자유로운 지도력을 통하여 무정형적(無定型的)이고 무질서한 개개인의 정치적 의사를 집약·정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하기 때문에 헌법도 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장함과 동시에 그 헌법질서를 존중해 줄 것을 요구하고 있다. 즉, 우리 헌법상 정당설립의 자유와 복수정당제는 보장되며(제8조 제1항), 정당의 목적·조직·활동이 민주적인 한, 정당은 국가의 보호를 받으며 정당운영에 필요한 자금까지도 보조받을 수 있다(같은 조 제2항 내지 제4항). 이렇게 헌법이 보장하고 있는 정당(제도)의 본래적 존재 의의가 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 데 있으며(제8조 제2항 후문), 대의민주주의에서 이러한 참여의 가장 중요한 형태가 선거를 통한 참여임은 의문의 여지가 없다. 그런데 각종 선거에 정당은 후보자의 추천과 후보자를 지원하는 선거운동을 통하여 소기의 목적을 추구하는데, 이 경우 평등권 및 평등선거의 원칙으로부터 나오는 기회균등의 원칙은 후보자는 물론 정당에 대하여서도 보장되

그러므로 현실적으로 후보자에 대한 정당의 추천 여부는 유권자들이 선거권을 행사함에 있어서 중요한 참고사항이 될 수밖에 없으며, 특정 후보자가 정당의 추천을 받았는지에 관한 정보가 유권자들에게 전달되는 것은 유권자들의 알 권리를 보장하는 측면도 지니고 있는 것이다. 그렇다면 위와 같은 입법목적은 공공복리를 위한 것으로서 정당성이 인정된다.

한편 정당추천규정을 통하여 선거권자들에게는 기초의회의원 후보자의 정치적 성향과 지지정당이 알려지게 되고, 정당에게는 전국의 각 지역에까지 자신들의 정치적 영향력을 발휘할 수 있게 된다. 이로써 국민의 정치적 의사가 정당을 통하여 효과적으로 결집되어 반영될 수 있다. 그러므로 정당추천규정은 그 입법목적과 달성수단 간에 합리적 연관성을 지니고 있다.

정당추천규정이 위와 같은 공익적 기능을 수행하는 반면, 이로 인한 청구인들의 공무담임권의 제한 정도는 미비하다. 정당추천규정은 모든 기초의회의원 후보자에게 관련되는 조항이며, 특정한 후보자를 애초부터 우대하기 위한 것이 아니다. 이로 인하여 본래부터 정당의 추천 없이 출마하고자 했던 후보자의 관점에서는 종전보다 경쟁이 더 치열해 질 수 있으나, 그러한 불이익은 추상적인 것에 불과하다. 그렇다면 법익간의 균형성이 침해되고 있지 않다.

3) 지방자치제의 본질 침해 여부

청구인들은 정당추천규정이 중앙 정당의 과도한 영향력 확대에 의하여 지방자치의 자율성을 침해하게 된다고 주장한다.¹⁵⁾

그러나 후보자가 정당의 추천을 받았다고 해서 이것이 곧 지방분권 및 지방의 자율성 저해를 가져올 것이라고 보기에에는 그 인과관계가 막연하다(헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7, 17 참조). 올바른 정당이라면 지역 주민들의 자치적 의사를 존중하고 제대로 반영하기 위하여 노력하여야 하고, 이는 중앙과 지방간의 기능적 권력분립을 오히려 촉진하게 될 것이다.

청구인들의 주장은 우리나라 정당이 지닌 비민주성을 지적하면서 정당추천제도가 특정 정당 소속 기초의회의원들의 정당 예측성을 강화시켜 지역 주민들의 자율성을 해칠 것이라는 사실인식에 기반하고 있다. 그러나 정당

는 것이다.”(헌재 1999. 11. 25, 99헌바28, 판례집 제11권 2집, 543, 546-548).
15) 이는 위 위헌결정의 소수의견 논지와 유사하다.

의 부정적 측면만을 부각시킨 그러한 추상적, 가정적 측면만으로 정당추천규정이 지방자치제의 본질을 침해한다고 단정할 수는 없다. 달리 이 사건에서 정당추천규정이 지방자치제의 본질을 침해한다고 볼만한 사정이 없다.

4) 적법절차의 위배 여부

청구인들은 정당추천규정을 포함한 이 사건 심판대상조항들이 입법예고나 의견수렴절차를 거치지 않고 정당 간에 야합하여 졸속으로 통과된 것이므로 적법절차에 위배된다고 주장한다.

그러나 국회의 모든 입법이 입법예고절차를 거치게 되어 있는 것은 아니며,¹⁶⁾ 해당 입법의 수범자나 일반 국민들의 의견수렴이 필수적인 입법절차도 아니고, 심판대상조항들이 헌법이나 국회법 절차에 위배하여 제정된 법률이라고 볼만한 사정도 없으므로, 이 사건에서 적법절차 위배 주장은 받아들여지지 않는다.

4. 이 사건 결정의 의의

이 사건에서는 통상적인 선거구제도나 정원의 감축만으로는 공직선거 후보자의 기본권을 제한하는 것이라 보기 어렵다는 점을 선언한 점이 주목된다. 나아가 기초자치단체의 지방의원선거에까지 정당이 개입하는 것은 헌법적으로 용인된다는 점을 분명히 하였다. 비록 그러한 제도가 중앙중당으로 하여금 기초자치단체에 직접 관여하게 함으로써 지방자치의 기본이념이 훼손될 우려가 있지만, 적어도 헌법이 정당민주주의를 하나의 제도로서 보장하고 있는 상태에서 그러한 우려만으로 해당 제도가 위헌이라고 단정할 수는 없다고 본 것이다.

16) 국회법 제82조의2 제1항은 위원회가 “심사대상인 법률안에 대하여 그 입법취지·주요내용 등을 국회공보 등에 게재하여 입법예고할 수 있다.”고 규정하고, 제65조 제1항은 위원회가 법률안 심사 등을 위하여 “그 의결로 청문회를 열 수 있다.”고 하나, 모두 제량행위로 규정되고 있다.

의료법 제2조 등 위헌확인

- 복수 면허 의료인의 복수 의료기관의 개설 여부 -
(헌재 2007. 12. 27. 2004헌마1021, 판례집 19-2, 795)

김 국 현*

【판시사항】

1. 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제33조 제2항 단서의 “의료인은 하나의 의료기관 만을 개설할 수 있으며” 부분이 (의사 및 한의사의) 복수면허 의료인의 기본권을 직접 침해하는지 여부에 관하여 직접성을 인정할 수 있는지 여부(적극)
2. 이 사건 법률조항이 청구인들과 같은 복수면허 의료인들의 직업의 자유, 평등권을 침해하는지 여부(적극)
3. 헌법불합치결정을 하되 계속 적용을 명한 사례

【심판대상】

의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것) 제33조(개설) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 다만, 제1호의 의료인은 하나의 의료기관 만을 개설할 수 있으며, 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원을, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사

이하 의료법 제33조 제2항 단서의 “의료인은 하나의 의료기관만을 개설할

* 대법원 재판연구관, 전 헌법연구관

수 있으며”부분을 이 사건 법률조항이라 한다.

【사건의 개요】

1. 심판청구의 경위

청구인들은 의사면허와 한의사면허를 모두 취득한 복수면허 의료인이다.

청구인들은 의사와 한의사의 복수면허를 모두 활용하여 환자들을 진료하는 가칭 ‘동서결합의’라는 독자적인 직업인으로 활동하거나 양의와 한의를 겸업할 수 있는 가칭 ‘동서결합병의원’을 개설할 계획이나, 구 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정되기 전의 것)상으로는 ‘동서결합의’로 활동하거나 양의와 한의를 겸업할 수 있는 ‘동서결합병의원’의 개설이 금지되어 있다는 사실을 알게 되었다.

이에 청구인들은 2004. 12. 30. 구 의료법의 관련 조항들이 청구인들의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였고, 2007. 4. 11. 법률 제8366호로 의료법이 전부 개정되자, 2007. 5. 25. 개정된 법에 따라 심판대상조항을 변경하는 청구취지변경서를 제출하였다.

2. 청구인들 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들 주장의 요지

청구인들은 의사, 한의사의 복수면허 의료인으로서 의사로서의 ‘의료행위’와 한의사로서의 ‘한방의료행위’를 결합한 가칭 ‘동서결합의’로서 가칭 ‘동서결합병의원’을 개설하여 ‘동서결합의료행위’를 할 수 있어야 함에도(실제 상당수의 의료기관에서 양방과 한방의 협진이 이루어지고 있다) 이 사건 심판대상조항으로 말미암아 직업선택의 자유를 침해받고 있고, 평등권을 침해받고 있다.

나. 이해관계인 대한한의사협회장의 의견의 요지

동일한 환자에게 한약과 양약이, 그리고 한방의료와 양방의료가 동시에 투여 또는 시술되었을 경우 인체 내의 반응에 대한 연구결과가 전무하다는 사실, 협진을 위한 기초연구대상으로서의 질환(질병)조차 정하여지지 않은

현실, 양한방 결합의를 양성하는 대학 또한 없는 점 등과 복수면허자라도 어느 한쪽의 의료인으로 활동할 수 있는 점에 비추어, 양한방 의료기관을 인정하지 않는 의료법의 규정은 헌법 제37조 제2항에 의한 정당한 제한이고, 기본권의 본질적인 내용도 침해한다고 보기 어렵다.

다. 이해관계인 보건복지부장관의 의견의 요지

양방과 한방을 결합한 동서결합의학이라는 형태의 의학 분야는 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위를 다루는 것으로서 상황에 따라 국민보건에 위해를 발생시킬 수 있는 가능성을 배제할 수 없다고 할 것이므로 허용되지 않는다.

의료행위는 사람의 신체와 생명을 대상으로 한 것이고, 일정한 전문분야에 관한 자격제도에 대하여는 그 제도를 마련하는 목적을 고려하여 정책적 판단에 따라 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 않는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단을 존중하여야 하며, 양한방 의료행위의 결합이라는 과학적으로 검증되지 않은 시술방법으로 인한 부작용은 인간에게 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가져올 수 있고, 국가로서는 국민의 보건에 대한 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 부담하고 있으므로 이 사건 법률조항으로 인한 기본권제한은 과잉금지 원칙에 어긋나지 않는다.

의료행위는 사람의 생명과 건강을 다루는 것이므로 다른 자격증의 복수소지자와 비교하는 것은 타당하지 않고, 약사가 한약사의 면허를 취득한 경우에도 한약을 조제할 수 있는 범위가 제한되어 있으며, 현재 약사가 한약사의 면허를 취득하는 것이 금지되어 있고, 약사의 행위와 사람의 생명과 건강을 직접적으로 좌우하는 의료행위는 그 차원을 달리하는 것이므로 차별취급에 정당성이 있다.

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 의료인에게 ‘하나의’ 의료기관 만을 개설할 수 있도록 함으로써 의사 및 한의사의 복수면허 의료인이라고 하더라도, 양방 또는 한방 중 그 선택에 따라 어느 ‘하나의’ 의료기관 이외에 다른 의료기관의

개설을 금지한다. 이는 의료기관 개설에 있어서 집행행위 이전에 미리 의료인의 법적 지위를 결정적으로 정하고 있을 뿐만 아니라, ‘하나를 초과하는’ 의료기관을 개설하고자 할 경우 행정청에게 그 개설신고나 허가신청을 반려하거나 거부하도록 하여 행정청의 집행행위를 형식적인 것에 그치게 한다. 따라서 이 사건 법률조항은 집행행위가 예정되어 있음에도 예외적으로 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.

2. 의료인 면허를 취득한 것은 그 면허에 따른 직업선택의 자유를 회복한 것이고, 이렇게 회복된 자유에 대하여 전문분야의 성격과 정책적 판단에 따라 면허를 실현할 수 있는 방법이나 내용을 정할 수는 있지만 이를 다시 전면적으로 금지하는 것은 입법형성의 범위 내라고 보기 어렵다. 환자가 양방과 한방 의료기관에서 순차적, 교차적으로 의료서비스를 받는 경우가 금지되지 않는 현실에서 복수면허 의료인은 양방 및 한방 의료행위 양쪽에 대하여 상대적으로 지식이 많거나 능력이 뛰어나고, 그가 행하는 양방 및 한방 의료행위의 내용과 그것이 인체에 미치는 영향 등에 대하여 더 유용한 정보를 취득하고 이를 분석하여 적절하게 대처할 수 있다고 평가될 수 있다. 양방 및 한방 의료행위가 중첩될 경우 인체에 미치는 영향에 대한 과학적 검증이 없다는 점을 고려한다 하여도 위험영역을 한정하여 규제를 하면 족한 것이지 진단 등과 같이 위험이 없는 영역까지 전면적으로 금지하는 것은 지나치다.

복수면허 의료인이든, 단수면허 의료인이든 ‘하나의’ 의료기관만을 개설할 수 있다는 점에서는 ‘같은’ 대우를 받는다. 그런데 복수면허 의료인은 의과대학과 한의과 대학을 각각 졸업하고, 의사와 한의사 자격 국가고시에 모두 합격하였다. 따라서 단수면허 의료인에 비하여 양방 및 한방의 의료행위에 대하여 상대적으로 지식 및 능력이 뛰어나거나, 그가 행하는 양방 및 한방의 의료행위의 내용과 그것이 인체에 미치는 영향 등에 대하여도 상대적으로 더 유용한 지식과 정보를 취득하고 이를 분석하여 적절하게 대처할 수 있다고 평가될 수 있다. 복수면허 의료인들에게 단수면허 의료인과 같이 하나의 의료기관만을 개설할 수 있다고 한 이 사건 법률조항은 ‘다른 것을 같게’ 대우하는 것으로 합리적인 이유를 찾기 어렵다.

3. 따라서, 이 사건 심판대상 법률조항은 복수면허 의료인인 청구인들의

직업의 자유, 평등권을 침해한다. 다만, 이 조항이 단수면허의 의료인에게도 적용되고, 위헌으로 선언되어 효력을 잃으면 의료인이 직접 의료행위를 수행할 수 있는 장소적 제한마저 풀리게 되어 법적 공백이 발생할 것이 명백하다. 또한 복수면허 의료인이 의사 및 한의사로서 각 직업을 모두 수행할 수 있도록 함에 있어서 어느 범위에서 어떠한 방식에 의할 것인지는 궁극적으로 입법자가 충분한 사회적 합의를 거쳐 형성해야 할 사항에 속한다. 따라서 이 조항에 대하여 2008. 12. 31.을 시한으로 계속 적용을 명하는 헌법불합치를 선언한다.

재판관 이동흡의 각하의견

어느 법률조항에 대하여 다의적인 해석이 가능한 경우 사법기능을 담당하는 기관으로서는 가능하면 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 합헌적 법률해석을 하여야 한다.

복수면허 의료인은 의사이기도 하고 한의사이기도 하다는 점과 의료인에 의하여 직접 의료행위를 수행할 수 있는 장소적 제한을 설정하고자 한 입법의 취지를 고려하여 보면, 이 사건 법률조항은 복수면허 의료인에 관해서는 ‘의사로서 하나의 의료기관, 한의사로서 하나의 의료기관을 개설할 수 있되, (의료인이 직접 의료행위를 수행할 수 있는) 하나의 장소에서 개설하여야 한다.’라고 해석하여야 한다.

이 사건에서, 의료인의 의료기관개설에는 행정청에 개설신고나 허가신청을 하여야 하므로(의료법 제33조 제3항·제4항), 이 사건 법률조항의 기본권 제한에는 행정청의 개설신고반려나 개설허가거부와 같은 집행행위가 예정되어 있다.

이 집행행위에 대해서는 그 취소를 구하는 항고소송이 가능하고, 항고소송에서 법원이 복수면허 의료인에 대해서 앞에서 본 바와 같이 합헌적 법률해석을 할 수 있고, 이 경우에는 집행행위는 취소되어 복수면허 의료인들의 직업의 자유 등 기본권침해 상태는 제거된다.

결국, 이 사건 법률조항은 기본권제한의 집행행위가 예정되어 있고, 다수의견과 달리 합헌적 법률해석이 가능하여 그 내용이 일의적이고 명백하다고 할 수 없으며, 집행행위를 대상으로 한 일반쟁송의 방법에 의한 구제절차와

권리구제의 기대가능성이 존재하므로, 직접 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있는 경우에 해당하지 않는다.

재판관 조대현의 한정위헌의견

의료법 제33조 제2항 단서는 “의료인은 하나의 의료기관을 개설할 수 있다”고 규정하고 있는데, 이는 의료인이 직접 의료행위를 시행하게 하고 의료인이 아닌 자가 의료기관을 관리하는 것을 막기 위하여 의료기관의 개설을 1개의 장소로 제한한 것이라고 봄이 상당하다. 이 조항은 전문적인 면허를 취득한 의료인이 직접 의료행위를 시행하도록 하려는 것으로서, 그 입법목적과 수단이 타당하고, 전문적인 면허제도의 실효성을 확보하기 위하여 의료기관을 여러 장소에 개설하지 못하게 하는 것이 법익비례의 원칙에 위반된다고 보기도 어렵다. 이 사건 법률조항은 위헌이라고 볼 수 없다.

그런데 보건복지부는 이 사건 법률조항 중 “하나의 의료기관”은 한 종류의 의료기관을 의미한다고 해석하는바, 이러한 해석은 의사 면허와 한의사 면허를 모두 취득하여 의료행위와 한방의료행위가 모두 허용된 복수면허자의 직업의 자유를 제한하는 것인데, 그러한 자유 제한을 정당화하는 이유를 찾아보기 어렵다. 따라서 보건복지부의 위와 같은 해석은 복수의 의료인 면허에 의하여 허용된 직업의 자유를 정당한 사유도 없이 제한하는 것으로서 헌법 제15조와 제37조 제2항에 위반된다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항이 합헌적으로 해석될 수 있는 이상 이 사건 법률조항 자체에 위헌성이 있다고 할 수는 없다. 단지 이 사건 법률조항에 대한 보건복지부의 해석 내용이 헌법에 위반될 뿐이다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되거나 합치되지 아니한다고 선언할 수는 없고, 이 사건 법률조항 중 “하나의 의료기관”을 “한 종류의 의료기관”으로 해석하는 것이 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

【解説】

1. 심판대상조항과 관련하여

청구인들은 의료법(2007. 4. 11. 법률 제8366호로 전부 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제2조, 제3조 제4항 내지 제6항, 제27조 제2항, 제33조 제2항이 청구인들의 직업선택의 자유와 평등권을 침해한다고 주장하였고, 당해 조

항의 내용은 아래와 같다.

「제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이란 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행하여 국민보건 향상을 이루고 국민의 건강한 생활 확보에 이바지할 사명을 가진다.

1. 의사는 의료와 보건지도를 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과 의료와 구강 보건지도를 임무로 한다.
3. 한의사는 한방 의료와 한방 보건지도를 임무로 한다.
4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도를 임무로 한다.
5. 간호사는 상병자나 해산부의 요양을 위한 간호 또는 진료 보조 및 대동령령으로 정하는 보건활동을 임무로 한다.

제3조(의료기관) ④ “병원”·“치과병원” 또는 “한방병원”이라 함은 의사·치과의사 또는 한의사가 각각 그 의료를 행하는 곳으로서 입원환자 30인 이상을 수용할 수 있는 시설을 갖추고 주로 입원환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다. 다만, 치과병원의 경우에는 그 입원시설의 제한을 받지 아니한다.

⑤ “요양병원”이라 함은 의사 또는 한의사가 그 의료를 행하는 곳으로서 요양환자 30인 이상을 수용할 수 있는 시설을 갖추고 주로 장기요양을 요하는 입원환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다.

⑥ “의원”·“치과의원” 또는 “한의원”이라 함은 의사·치과의사 또는 한의사가 각각 그 의료를 행하는 곳으로서, 진료에 지장이 없는 시설을 갖추고 주로 외래환자에 대하여 의료를 행할 목적으로 개설하는 의료기관을 말한다.

제27조(무면허 의료행위 등 금지) ② 의료인이 아니면 의사·치과의사·한 의사·조산사 또는 간호사 명칭이나 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.

제33조(개설) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 다만, 제1호의 의료인은 하나의 의료기관 만을 개설할 수 있으며, 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사¹⁾

청구인들은 의사와 한의사의 복수 면허를 가진 자로서, 청구인들이 주장하는 법률조항 중에서 치과의사, 조산사, 간호사, 치과병의원, 조산원 등에 관련된 부분은 청구인들과 아무런 관련성이 없고 청구인들도 그 부분에 관하여 위헌주장을 하는 것도 아니어서, 심판대상에서 배제되었다.

다음으로 법 제2조, 제3조 제4항 내지 제6항, 제27조 제2항에 관하여 본다.

제2조와 제3조 제4항 내지 제6항은 내용상으로 ‘의료인’과 ‘의료기관’의 종류와 개념정의에 관련된 조항으로서 그 자체가 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 내용이 아니어서 기본권제한이나 평등권과는 거리가 멀고, 제27조 제2항도 의료인이 아니면 의료인의 명칭을 사용할 수 없다는 것으로 의료인인 청구인들에 대하여 적용될 조항이 아니므로 이 조항들도 심판대상에서 제외되었다.

법 제33조 제2항 본문은 의료인 등 의료기관을 개설할 수 있는 자격요건을 정한 것으로, 청구인들이 의료기관 개설자격을 한정하고 있는 점을 다루고 있지는 않으므로 이 부분도 심판대상에서 제외되었다.

의사, 한의사나 양·한방 의료기관과 구별되는 독자적인 ‘양한방결합의’, ‘양한방결합의료기관’이 인정되어야 한다는 청구인들의 주장은 새로운 제도의 창설을 구하는 것으로서(진정입법부작위 주장이라 볼 수 있다) 헌법소원을 제기할 수 있는 경우에 해당하지 않으므로¹⁾ 이 부분에 대해서는 따로 판단

1) 헌법재판소는 진정입법부작위에 대한 헌법소원은, 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우이거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 허용된다고 일관되게 판시하고 있다(헌재 1989. 9. 29. 89헌마13, 판례집 1, 294, 296; 헌재 1994. 12. 29. 89헌마2, 판례집 6-2, 395, 405; 헌재 1996. 11. 28. 93헌마258, 판례집 8-2, 636, 643).

의사, 한의사의 복수면허자에게 기존의 의사, 한의사와 구별되는 ‘양한방 결합의’나 기존의 한방병의원과 양방병의원과 구별되는 ‘양한방 결합병원’을 개설할 수 있도록 헌법이 법령에 명시적인 위임을 하였거나, 헌법해석상 의사, 한의사의 복수면허자에게 독자적으로 ‘양한방결합의’라는 의료인이 된다고거나 ‘양한방결합병원’을 개설할 수 있는 구체적인 기본권이 생긴다고는 할 수 없다. 따라서, 청구인들의 이러한 진정입법부작위의 주장은 헌법소원을 제기할 수 있는 경우에 해당하지 않아 부적법하다.

하지 않았다.

2. 의료법의 입장

가. 한방과 양방의 엄격한 분리

1951. 9. 25. ‘국민의료법’에서²⁾ 의료업자를 의사·치과의사·한의사로, 의료기관을 병원·의원·한의원으로 구분한 이래 현 의료법에 이르기까지 의료기관은 병의원, 치과병의원, 한방병의원으로 구분되고, 의사, 치과의사, 한의사는 각각 해당 의료기관에서만 의료행위를 행할 수 있도록 함으로써(의료법 제2조 제1항, 제2항 제1 내지 3호, 제3조 제2 내지 6항, 제5조 등, 양방, 한방, 치과 진료과목이 하나의 의료기관에 공존할 수 없도록 나누어 규정됨) 의료법에 있어서 한방과 양방의 의료체계는 엄격히 분리되어 있다³⁾. 이러한 태도는 면허종별에 따른 의료기관의 설립 및 근무를 통하여 각 특성에 부합하는 의료기관을 육성하려는 취지였다고 한다.⁴⁾⁵⁾

이러한 한방과 양방의 엄격한 분리에 따라, 의사와 한의사의 복수면허자도 한방이든 양방이든 한쪽의 의료기관 만을 선택하여 개설하여야 하고, 선택하여 개설한 의료기관에서는 선택된 면허 범위 내의 의료행위만을 할 수 있다고 한다.⁶⁾

나. 양·한방 협진의 증가

-
- 2) 일본이 조선강점 후 의료분야를 서양의학으로 개편하면서 동의(지금의 한의사)들이 몰락하였다고 한다. 이윤현, ‘양·한방 협진의료정책에 관한 고찰’, 사회복지정책 제11집(2000. 12.)
- 3) 대법원도 1989. 12. 26. 선고 87도840 판결에서 “의사가 한방의료행위를 한 것은 면허된 이외의 의료행위를 한 것으로 ‘무면허의료행위’에 해당한다”고 판시하였다.
- 4) 보건복지부장관도 2007. 5. 21.자 추가의견서에서 이러한 입장을 밝혔다.
- 5) 의료법의 이러한 태도는 양한방의 접근과 교류, 특히 복수면허자의 출현을 예상하지 못한 상태에서 마련된 것으로서, 결과적으로는 그 부분에 대한 규율영역의 공백 내지 법률의 부재 상태를 초래하게 된 것으로 보인다.
- 6) 보건복지부의 입장이고, 이러한 입장에 따라 제도가 운영되고 있다. 즉, 복수면허자도 선택하여 개설한 한방 또는 양방의 의료기관에서 타방의 의료행위를 하게 되면 ‘무면허의료행위’에 해당하게 된다는 것이다. 그러나 의료법 제27조 제1항을 이렇게 해석할 수 있을지는 의문이다. 복수면허자들은 타방의 의료행위에 대하여도 면허가 있기 때문이다. 다만, 이 부분이 문제가 되어 행정처분이 이루어지는 등의 사례는 발견되지 않는다.

의료법상 한방과 양방이 엄격히 분리되어 한의사는 의사라, 의사는 한의사를 고용하지 못하여 한양방간의 영역교류가 금지되어 있으나, 한양방간의 기능보완이나 장점 흡수와, 한방 측의 환자 진단상의 한계(방사선 촬영, CT, MRI 등을 들 수 있을 것 같다)와 양방 측의 환자유치전략 등 현실적인 문제 등으로 한방과 양방의 협진이 진행되어, 1999년 8월경 현재 한방이 주도한 협진 병원이 65개, 양방이 주도한 협진 병원이 11개라는 자료가 있으며,⁷⁾ 이후 협진 병원의 증가로 2003년 9월 현재 150개의 한방병원 중 70.6%가 양한방 협진병원이라고 한다⁸⁾.

척추관절질환과 중풍의 경우 양한방 협진을 이용하든, 이용하지 않든 조사대상자의 80%가 치료에 효과적이었거나 효과적일 것으로 생각하는 것으로 나타난 실태조사도 있다⁹⁾.

아울러, 2006년 6월에는 병원, 한방병원, 치과병원, 협진센터 등을 갖춘 상급¹⁰⁾의 ‘동서신의학병원’이 개설되어 운영 중에 있다.

다. 한방과 양방에 대한 각국의 태도¹¹⁾

중국은 동양의학을 서양의학과 통합하고, 국가가 정책적으로 중서결합을 지지하며, 중의, 서의, 중서의와 중의병원, 서의병원, 중서결합병원이 존재한다.

대만은 동양의학을 서양의학과 독립하여 병존적으로 인정하고, 우리와 같이 양의와 한의의 각 면허를 복수로 가질 수도 있지만, 의료기관 개설시에는 양방이든 한방이든 어느 한 쪽을 선택하게 하고, 다만, 동일 장소에서 양의와 한의가 협력하여 의료행위를 하는 것은 허용하는 형태를 취하고 있다.

7) 서동윤, 한양방 동시 개설 의료기관의 협진현황에 관한 연구, 서울대학교 보건대학원 석사학위논문(1999. 12.)

8) 의료정책연구소, ‘한방병원과 협진하는 의사실태조사연구’, 연구보고서(2004. 1.)

9) 최만규, 이준협, 이태로, 이현실, 임국환, ‘양·한방협진 의료기관 이용자의 인식도 및 태도’, 한국보건정보통계학회지 제30권 제1호(2005)

10) 현 의료법에는 의사는 병원에서, 한의사는 한방병원에서만 의료행위를 할 수 있고, 요양병원을 제외하고는 의사와 한의사가 함께 의료행위를 할 수 있는 의료기관이 예정되어 있지 않으나, 동서신의학병원은 병원과 한방병원을 모두 갖춘 형태를 취함으로써 사실상 의사, 한의사가 동서신의학병원에서 함께(협진의 형태로) 의료행위를 하는 것을 당연시 하고 있다. <http://neo.khmc.or.kr> 참조

11) 문옥륜 등, ‘동북아시아 4개국의 양·한방 의료협진체계 비교’, 보건행정학회지 제13권 제2호(2003. 6.)

일본은 국가제도로는 동양의학을 수용하지 않고(독립자격의 한방의사는 존재하지 않는다) 양의사들의 한방의료행위나 한약 처방을 광범위하게 용인하는 형태를 취하고 있다.

라. 의료법 개정안(양한방 협진체계를 제도화, 복수면허자의 복수진료허용 포함)

정부는 2007. 5. 16. 국회에 병원급 이상 의료기관에서 의사, 치과의사, 한의사의 의료행위가 가능하도록 양한방 협진체계를 제도화하고(개정안 제44조, 제46조)¹²⁾, 양한방 복수면허자가 의원급 의료기관을 개설하는 경우 해당 의료기관에서 면허된 범위의 의료행위가 가능하도록 하는(개정안 제50조 제3항)¹³⁾¹⁴⁾ 내용이 포함된 의료법 개정안을 제출하였다.

2006년 10월 현재 양한방 복수면허자는 약 100명 정도에 이를 것으로 추

12) 개정안 제44조(병원급 의료기관) 제42조 제3호에 따른 병원급 의료기관은 의사, 치과의사 또는 한의사가 주로 입원환자를 대상으로 의료행위를 하는 기관으로서 다음 각 호와 같이 구분한다. 1. 의과병원 2. 치과병원 3. 한방병원 4. 요양병원 5. 종합병원, 이에 따르면, 의과병원 내에 한방과 개설이, 한방병원 내에 의과의 진료과 개설이 각각 가능하게 된다고 한다.

개정안 제46조(종합병원) ① 제44조 제5호에 따른 종합병원은 의사·치과의사 또는 한의사가 주로 입원환자를 대상으로 의료행위를 하는 의료기관으로서 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

현재까지의 의료법은 의사와 한의사가 함께 의료행위를 할 수 있는 의료기관은 허용되지 않았다(의료법 제3조 ③ 종합병원은 의사 및 치과의사가 의료를 행하는 곳으로서).

13) 개정안 제50조(의원급 의료기관의 개설) ③ 제49조 제1항 제1호(의사·치과의사·한의사 또는 조산사)에 해당하는 의료인으로서 2개 이상의 의료인 면허를 소지한 자가 의원급 의료기관을 개설하는 경우에는 해당 의료기관에서 면허된 범위의 의료행위를 할 수 있다.

개정안 제43조(의원급 의료기관과 조산원) ① 제42조 제1호에 따른 의원급 의료기관은 의사·치과의사 또는 한의사가 주로 외래환자를 대상으로 각각 그 의료행위를 하는 의료기관으로서 다음 각 호와 같이 구분한다. 1. 의원 2. 치과의원 3. 한의원

이에 의하면, 의원급 의료기관에서는 원칙적으로 양한방의 분리가 유지되는 듯 하다.

14) 개정안 제55조(의료기관의 명칭) ① 의료기관은 그 명칭을 사용할 때 제43조나 제44조에 따른 의료기관의 구분에 따르는 명칭(이하 “종별명칭”이라 한다)을 사용하여야 한다. ② 의료기관은 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 경우에는 다른 명칭을 사용할 수 있다. 4. 제50조 제3항에 따라 개설한 의원급 의료기관이 면허종별에 따른 종별명칭을 함께 사용하는 경우, 이에 따르면 복수면허자가 개설한 의원급 의료기관은 각 면허종별에 따른 명칭을 함께 사용할 수 있다.

산되고, 양방에서의 의학전문대학원제도의 도입과 한방의 경우 부산대에 한 의학전문대학원이 설립될 예정이어서 향후 복수면허 의료인의 대폭적 증가가 예상된다¹⁵⁾.

3. 적법요건 판단에 대하여

가. 이 사건 법률조항의 의미

이 사건 법률조항은 그 문언상 “의료인은 ‘하나의’ 의료기관 만을 개설할 수 있으며”라고 규정한다¹⁶⁾. 그런데 양방과 한방의 병(의)원은 각각 다른 종류의 의료기관이므로(의료법 제3조 제2항), 양방과 한방의 병(의)원을 의료인이 직접 의료행위를 할 수 있는 같은 장소에 개설한다고 하여도, 양방 병(의)원 하나와 한방 병(의)원 하나, 즉 두 개의 의료기관을 개설하는 것이 된다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하면 청구인들과 같은 의사와 한의사의 복수면허 의료인도 한방이든 양방이든 ‘하나의’ 의료기관만을 개설할 수 있을 뿐이다. 양방 또는 한방 의료기관을 동시에 각각 개설하거나, 기존의 양방 또는 한방 의료기관에 더하여 한방 또는 양방의 의료기관을 추가로 개설하는 것은 ‘하나를 초과하는’ 의료기관을 개설하는 것으로서 허용될 수 없다.

결국 이 사건 법률조항은 청구인들과 같은 복수면허의 의료인이라도 하나의 면허에 따른 하나의 의료기관의 개설만을 허용하고, 나머지 면허에 따른 의료기관의 개설은 금지하는 규범이며, 현재 청구인들을 포함한 복수면허 의료인들과 관계 행정청에게 이러한 내용의 규범으로서 작동하고 있다¹⁷⁾.

15) 보건복지부 장관이 2007. 5. 21. 제출한 추가의견서에 기재되어 있다.

16) 2007. 4. 11. 현행법으로 개정되기 전의 구 의료법의 제30조 제2항 단서는 ‘1개소의 의료기관만’이라고 하였고 대법원은 2003. 10. 23. 선고 2003도256 판결에서, 위 부분과 관련하여, “의료법 제30조 제2항 제1호에서 의사가 개설할 수 있는 의료기관의 수를 1개소로 제한하고 있는 법의 취지는, 의사가 의료행위를 직접 수행할 수 있는 장소적 범위 내에서만 의료기관의 개설을 허용함으로써 의사 아닌 자에 의하여 의료기관이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 방지하기 위한 데에 있다”고 판시하였다.

17) 이 사건 법률조항이 이와 같은 내용의 규범이라고 할 수 있다. 그런데, 이 조항은 의료인 1인은 의사로서 하나의 의료기관을, 한의사로서 하나의 의료기관을 개설할 수 있다고 해석(장소적 제한도 없다)될 수도 있다. 그러나 이러한 해석은 주16)에서 본 대법원 관례에 비추어 타당하지 않다고 보인다. 다음으로 이 사건 조항을 의료인 1인은 의사로서 하나의 의료기관을, 한의사로서 하나의 의료기관을 개설할 수 있으나, 하나의 장소에서 개설하여야 한다고 해석될 수 있다. 소수의견은 이러

나. 직접성의 인정 여부

의료법 제33조 제3항과 제4항은 “의원·한의원을 개설하려는 자는 시장·군수·구청장에게 신고를, 종합병원·병원·한방병원을 개설하려면 시·도지사의 허가를 받아야 한다”고 규정하여, 의료기관의 개설금지에는 행정청의 신고반려처분¹⁸⁾이나 허가거부처분이라는 집행행위가 예정되어 있다.

그런데 이 사건 법률조항은 의료인에게 ‘하나의’ 의료기관 만을 개설할 수 있도록 함으로써 의사 및 한의사의 복수의 면허를 가진 의료인이라고 하더라도, 양방 또는 한방 중 그 선택에 따라 어느 ‘하나의’ 의료기관 이외에 다른 의료기관의 개설을 금지한다. 이는 의료기관 개설에 있어서 집행행위 이전에 미리 의료인의 법적 지위를 결정적으로 정하고 있을 뿐만 아니라, ‘하나를 초과하는’ 의료기관을 개설하고자 할 경우 행정청에게 그 개설신고나 허가신청을 반려하거나 거부하도록 하여 행정청의 집행행위를 형식적인 것에 그치게 하고 있는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 집행행위가 예정되어 있음에도 예외적으로 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다 (헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343-344 참조).

4. 본안 판단에 대하여

가. 제한되는 기본권

이 사건 법률조항은 의사 및 한의사의 복수면허 의료인인 청구인들에게 ‘하나의’ 의료기관 만을 개설할 수 있도록 함으로써, 복수면허 중 그 선택에 따라 한쪽 면허의 의료기관 만을 개설할 수 있을 뿐 나머지 면허에 따른 의료기관의 개설을 금지한다. 이는 복수면허 의료인인 청구인들에게 나머지 면허에 따른 의료인으로서 직업을 선택하여 수행할 수 없게 하는 점에서 직업의 자유에 대한 제한이 된다.

아울러, 청구인들과 같은 복수면허의 의료인들도 단수의 면허를 가진 의

한 해석에 근거한 것이다.

18) 의원, 한의원 개설‘신고’의 법적 성격이 자기완성적 신고로서 이 경우 행정청의 수리가 필요하지 않아 신고서 반려나 처분이 아니라는 등의 논의가 있을 수 있으나, 그렇다고 하면 (집행행위가 없거나 항고소송으로 다툴 수도 없어) 이 사건 법률조항이 복수면허 의료인에 대해서는 하나를 초과하는 의료기관 개설을 금지하는 규범으로 작동하여 그 법적 지위를 결정적으로 정하고 있음이 보다 분명해져 직접성을 인정하기가 수월하다.

료인과 같이 하나의 의료기관 만을 개설할 수 있다면, 단수의 면허를 가진 의료인과의 관계에서 ‘다른 것을 같게’ 대우한 평등의 문제가 발생한다¹⁹⁾.

나. 직업의 자유 침해 여부

면허제도는 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 법률로 전면적으로 금지시켜 놓은 다음 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것이므로(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 308), 면허를 얻었다는 것은 그 면허에 따른 직업을 선택할 자유를 회복하였다는 것이다. 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 입법재량이 인정되어야 하고 이렇게 회복된 직업선택의 자유에 대하여 그 전문분야의 성격에 따라 그 제도의 목적을 고려하여 내용을 정할 수 있으며 그러한 내용을 정한 입법부의 판단은 존중되어야 하지만, 그 내용을 정하는 것은 회복된 자유를 행사함에 있어 방법이나 시기, 절차 등을 조정하는 정도에 그쳐야지 회복된 자유를 다시 전면적으로 금지하는 것은 더 이상 입법형성의 재량을 행사한 것이라 보기 어렵다²⁰⁾. 이 사건 법률조항은 의료기관의 개설을 하나의 면허에 대하여만 허용한 결과 청구인들이 의사 면허와 한의사 면허를 얻음으로써 회복하게 된 의사라는 직업과 한의사라는 직업을 선택할 수 있는 자유를 제한하고, 나머지 면허에 따른 직업의 선택의 자유를 다시 전면적으로 금지하는 것이다. 따라서 더 이상 전문분야의 성격에 따라 그 제도의 목적을 고려하여 내용을 정한 것, 즉 입법형성의 재량을 행사한 것이라 보기 어렵다²¹⁾.

19) 약사, 한약사는 원칙적으로 의사, 한의사의 처방전에 의하여 의약품을 조제하나(약사법 제21조 제4항, 제7항), 의사나 한의사는 환자를 진찰하여 질병을 확인하고 그에 대한 처치와 처방을 하므로, 약사나 한약사를 의사 및 한의사와의 관계에서 평등의 비교집단으로 삼기는 어렵다. 평등의 비교집단으로 삼는다면, 위 이유로 약사가 한약사의 면허를 가지고 같은 장소에서 양약과 한약을 함께 조제할 수 있었다고 하여도 의사, 한의사의 경우와는 달리 합리적인 이유가 있는 차별이라고 보인다.

20) 전문자격제도의 설정에 있어 입법재량이 인정되어 그 내용이 명백히 불합리하고 공경하지 아니한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단이 존중되어야 하므로(헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449, 460) 완화된 심사에 의할 수 있으나, 여기에서는 입법재량을 행사한 것이라고 보기 어려워 엄격심사에 의하여야 한다고 본다.

21) 전문분야의 영역에서 입법형성의 재량을 일탈하였다고 본 헌재 결정례로는 자연인인 약사만이 약국을 개설할 수 있도록 정한 구 약사법(2007. 4. 11. 법률 제8365호로 전부 개정되기 전의 것) 제16조 제1항이 헌법에 합치되지 않는다고 한 헌재

현재 양방과 한방의 의료기관을 엄격하게 분리하여 개설하도록 되어 있다고 하여도, 환자가 그 치료기간 동안 양쪽에서 순차 또는 교차로 의료서비스를 받는 것이 금지되어 있지 않고, 의료수요자인 국민들도 한 장소에 개설된 의료기관에서 양·한방의 통합적인 의료서비스를 받고자 하는 욕구가 현실적으로 존재한다. 현재 양방과 한방의 각 의료기관에서 순차 또는 교차로 의료서비스를 받는 사례가 허다할 뿐만 아니라 증가하는 추세에 있고, 양·한방 의료의 병행이 치료에 보다 효과적이었다는 임상사례²²⁾도 발표되고 있다. 이러한 경우 하나의 면허를 소지한 의사나 한의사는 환자가 받고 있는 한방 또는 양방 의료행위에 대한 지식이나 정보가 상대적으로 미흡하게 되고, 결국 실제 행해진 쌍방의 의료행위의 내용에 대한 정보도 없이 각자의 양방 또는 한방 의료행위를 계속하게 되고 만다. 청구인들과 같은 복수면허 의료인은 양방 및 한방 의료행위 양쪽에 대하여 상대적으로 지식이 많거나 능력이 뛰어나고, 그가 행하는 양방 및 한방 의료행위의 내용과 그것이 인체에 미치는 영향 등에 대하여 더 유용한 정보를 취득하고 이를 분석하여 적절하게 대처할 수 있다고 평가될 수 있다.

그런데 청구인들과 같이 상대적으로 쌍방 의료행위에 대한 지식과 능력이 우수한 사람들에 대하여 어느 한쪽의 의료기관의 개설만을 허용하고 나머지를 금지하는 이 사건 법률조항은 그 제한의 목적과 수단이 정당하고 적절하다고 보기도 어렵다.

현재 의료법 내에서도 동일한 환자에 대하여 의사와 한의사의 동시 또는 순차 진료가 전혀 불가능한 것은 아니다. 요양병원(의료법 제3조 제5항, 제30조 제2항 단서 후단)의 경우에는 의사, 한의사가 같이 있을 수 있고, 같은 환자를 대상으로 양방 및 한방의 의료행위가 동시 또는 순차적으로 이루어질 가능성을 배제할 수 없다.

2002. 9. 19. 2000헌바84(판례집 14-2, 268) 결정이 있다.

22) 두호경, 조병수, '스테로이드 의존성 빈회 재발형 건 증후군의 치료에 있어서 한방 약제인 시령당과 양방약제인 스테로이드의 병용효과에 대한 연구', 경희의학 제12권 제2호(1996. 2.); 이현중 등, '뇌졸중 후 중추성 통증환자에 대한 동서협진이 진통과 재활에 미치는 영향', 대한침구학회지 제20권 제2호(2003. 4.); 정인태 등, '만성두통환자에 대한 동서협진의 임상적 연구', 대한침구학회지 제22권 제3호(2005. 6.); 이건목 등, '요추추간판탈출증의 동서의학적 협진연구', 대한침구학회지 제17권 제2호(2000. 6.); 박혜선 등, '돌발성 난청의 중서의 치료', 동서의학 제81호등 다수,

같은 환자에 대하여 동일한 질병의 치료를 위하여 양방과 한방의 의료행위가 결합되는 것이 과학적으로 검증되지 않아 위험성이 있다고 한다면 그러한 위험영역을 한정하고, 어떠한 요건 하에서 어떠한 질병에 대하여 어떠한 절차를 통하여 결합을 금지할 것인지 등을 규제하면 그것으로 족하다. 양방과 한방 의료행위가 진단 단계에서 함께 이루어진다고 하여 국민의 건강이나 생명에 아무런 영향이 없음을 명백하다²³⁾. 그럼에도 동일인에 의해서 양쪽의 의료행위가 처음부터 시작될 수도 없도록 하는 것은 지나치다고 할 수 있다.

의사와 한의사의 복수면허를 가진 의료인들은 각 면허에 따른 의료행위를 할 자격을 인정받은 것이고, 그러한 자격을 얻기 위하여 의과대학과 한의과대학을 졸업하고 의사 국가고시와 한의사 국가고시의 합격 등 많은 시간과 비용, 노력을 들인 것이다. 그러함에도 그 자격을 선택적으로 행사할 수밖에 없다면, 그로 인한 사익의 침해는 막대하다. 한편 한방과 양방의 병(의)원의 교차적 또는 순차적 진료 등은 제한하지 않으면서, 청구인들과 같이 오히려 상대적으로 쌍방 의료행위에 대한 지식과 능력이 우수하다고 평가될 수 있는 사람들에 대하여 쌍방 의료행위를 제한함으로써 얻는 공익이 사익의 침해보다 더 크다고 단정하기 어렵다.

결국 이 사건 법률조항은 청구인들과 같은 복수면허 의료인에게 양방이든 한방이든 하나의 의료기관 만을 개설하도록 하는 규범으로 작용한다는 점에서 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 직업의 자유를 침해한다.

다. 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항이 의사와 한의사의 복수면허를 가진 의료인이든, 의사 또는 한의사 중 하나의 면허를 가진 의료인이든 ‘하나의’ 의료기관 만을 개설할 수 있다는 점에서는 ‘같은’ 대우를 받는다. 그런데 복수면허를 가진 의료인과 단수면허를 가진 의료인은 의료인이라는 점에서는 같지만, 복수면허 의료인은 복수의 면허를 얻기 위하여 의과 대학과 한의과 대학을 각각 졸업하고, 의사와 한의사 자격을 얻기 위한 각각의 국가고시에 합격하는 등 복수

23) 의료행위에 해당한다고 보이는 MRI 촬영과 한방의료행위라고 보이는 진맥이 함께 이루어진 경우를 상정한다.

의 면허를 얻기 위하여 복수의 절차를 거치게 된다. 따라서 어느 한쪽의 대학과 국가시험에 합격한 단순면허 의료인에 비하여 양방 및 한방의 쌍방 의료행위에 대하여 상대적으로 지식 및 능력이 뛰어나거나, 그가 행하는 양방 및 한방의 의료행위의 내용과 그것이 인체에 미치는 영향 등에 대하여도 상대적으로 더 유용한 지식과 정보를 취득하고 이를 분석하여 적절하게 대처할 수 있다고 평가될 수 있다.

또한 양방과 한방의 병(의)원이 협진이나 환자의 선택에 의한 교차 또는 순차 진료가 금지되어 있지 않고 그 유용성에 대한 임상사례도 발표되고 있는 상황에서, 복수면허를 가진 의료인에 대하여 교차 또는 순차적으로 이루어지는 양방 및 한방 의료행위를 할 수 없게 하거나, 진찰과 같이 국민 건강에 대한 안전성에 문제가 없는 영역에 이르기까지 무차별적으로 양·한방 의료행위의 결합을 금지하여야 할 것은 아니다.

이러한 점에서 복수의 면허를 가진 의료인들을 단수의 면허를 가진 의료인들과 동등하게 취급하는 것은 '다른 것을 같게' 대우하는 것이고, 거기에 합리적인 이유가 있다고 하기 어렵다.

따라서 이 사건 법률조항은 복수면허의 의료인인 청구인들의 평등권을 침해한다.

5. 헌법불합치결정과 잠정적용 명령

이 사건 법률조항은 의사 및 한의사의 복수면허를 가진 의료인인 청구인들의 직업의 자유와 평등권을 침해하여 위헌임을 면할 수 없다.

그런데 이 사건 법률조항은 단수의 면허를 가진 의료인에게도 적용되므로, 위헌으로 선언되어 즉시 효력을 상실할 경우 의료기관의 개설에 있어 의료인이 직접 의료행위를 수행할 수 있는 장소적 제한마저 풀리게 되어 법적 공백이 발생할 것이 명백하다.

의사와 한의사의 복수면허를 가진 의료인이 의사 및 한의사로서 각 직업을 모두 수행할 수 있도록 함에 있어서 어느 범위에서 어떠한 방식에 의할 것인지는 궁극적으로 입법형성의 권한을 가진 입법자가 충분한 사회적 합의를 거쳐 결정해야 할 사항에 속한다.

따라서, 이 사건 법률조항에 대하여 헌법불합치결정이 선고되고, 2008. 12.

31.까지의 개선입법과 그 기간 계속적용이 명하여졌다.

6. 소수의견에 대해

결정요지에서 본 바와 같이 각하의견과 한정위헌의견이 있다. 그러나 이러한 각하의견이나 한정위헌의견도 복수면허 의료인에 대해 각 면허에 따른 각각 의료기관의 개설이 허용되고 다만 장소적으로 한 곳에서 개설되어야 합헌적이라는 데에는 인식을 같이 하고 있다. 다만, 이 사건 법률조항의 의미를 어떻게 해석할 수 있는지에 대해 의견이 갈렸고, 그에 따라 주문에 대한 견해가 달라졌을 뿐이다.

【對象判決의 意義】

복수면허 의료인에 대하여 하나의 면허에 따른 의료기관 만을 개설할 수 있도록 하는 것은 직업의 자유와 평등권을 침해한다고 하여 그들이 각 면허에 따른 의료기관을 개설할 수 있어야 함을 선언하면서도 그 범위와 방식은 입법부가 마련할 것을 촉구한 결정이다. 양방과 한방이 분리되어 있는 현 의료법 체계 내에서 의사 면허와 한의사 면허를 동시에 취득한 의료인은 예상치 못한 영역일 수 있고, 그러한 점에서는 입법의 공백상태라 할 수 있다. 이 결정은 이러한 영역에 있는 복수면허 의료인에 대한 현행의 규제가 위헌임을 최초로 선언하였고 합헌적 규율의 내용을 밝혔다는 점에서 의미가 깊다. 다른 한편, 정치·경제·사회적 상황의 변화나 과학기술의 발달에 따라 기존 법령에 의해서는 규율의 공백이 발생하는 현실에 대해 헌법재판소가 헌법에 의한 심사를 함으로써 그 공백에 대한 규율을 하고 그 방향을 제시할 수 있음을 확인한 점에서도 큰 의미가 있다고 생각된다.

결정색인(2007년)

선고일 및 사건번호(판례집 게재면수)

2007. 3. 29. 2004헌바93(19-1, 199)	1
2007. 3. 29. 2005헌바33(19-1, 211)	15
2007. 3. 29. 2005헌바69(19-1, 258)	51
2007. 3. 29. 2005헌마985 · 1037, 2006헌마11(병합)(19-1, 287)	77
2007. 4. 26. 2003헌마947, 2004헌마4 · 156 · 352 · 1009, 2005헌마414 · 1009 · 1263(병합)(19-1, 514)	107
2007. 5. 31. 2006헌가10(19-1, 558)	135
2007. 5. 31. 2005헌마1159(19-1, 711)	153
2007. 6. 28. 2004헌마643(19-1, 843)	171
2007. 6. 28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합)(19-1, 859)	191
2007. 7. 26. 2005헌라8(19-2, 26)	229
2007. 7. 26. 2003헌마377(19-2, 90)	245
2007. 7. 26. 2006헌마551, 2007헌마88 · 255(병합)(19-2, 164)	261
2007. 8. 30. 2004헌가25(판례집 19-2, 203)	289
2007. 8. 30. 2004헌마670(19-2, 297)	315
2007. 10. 4. 2004헌바36(19-2, 362)	343
2007. 10. 25. 2006헌마30, 2007헌바12 · 14 · 38(병합)(19-2, 493)	363
2007. 11. 29. 2005헌가10(19-2, 520)	391
2007. 11. 29. 2006헌가13(19-2, 535)	415

2007. 11. 29. 2006헌바79(19-2, 576)	433
2007. 11. 29. 2004헌마290(19-2, 611)	461
2007. 11. 29. 2006헌마977(19-2, 645)	487
2007. 12. 27. 2004헌마1021(19-2, 795)	507

헌법재판소 결정해설집 (2007년)

2008年 11月 25日 印刷

2008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)

