

책 명	헌재판례 16-2(상)
분류번호	95-97호
FILE명	95-97.HWP
페이지	1-618
편집	
1 차	나연(2004.8.17)
2 차	나연(2005.2.11)
3 차	나연(2005.2.23)
4 차	찬(05.3.17)
5 차	찬(05.3.19)

공익법인의설립·운영에관한법률

제14조 제2항 위헌제청

(2004. 7. 15. 2003헌가2 전원재판부)

【판시사항】

대통령령이 정하는 사유가 있는 때에는 주무관청이 공익법인의 이사의 취임승인을 취소할 수 있도록 한 공익법인의설립·운영에관한 법률 제14조 제2항이 포괄위임금지의 원칙에 반하는지 여부(적극)

【결정요지】

공익법인의설립·운영에관한법률 제14조 제2항(이하 이 ‘사건 법률조항’이라 한다)은 공익법인 이사의 취임승인을 취소하는 근거조항으로서 직업수행의 자유를 제한하는 침해행정의 수권규정이므로 위임입법에서의 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 급부행정의 경우보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다. 그런데 이 사건 법률조항 이외에 관련 법조항 전체를 유기적, 체계적으로 보더라도 법인설립목적(학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술·자선에 관한 사업을 목적으로 함)에 어긋나는 행위와 관련하여 주무관청의 감독권이 행사되리라는 점을 예측할 수는 있다고 하더라도 이와 관련하여 구체적으로 어떠한 행위에 대하여 주무관청이 공익법인의 이사의 취임승인을 취소할 것인지는 명확하지 않다. 또한 공익법인의 이사가 금치산자, 파산자, 금고 이상의 형을 받고 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자 등에 해당할 경우에는 결격자로서 당연히 이사의 지위를 박탈당하기는 하지만, 위와 같은 자격의 제한이 반드시 수범자인 이사들이 당해 공익법인의 사업목적과 운영에 관한 전문가들로만 임명될 것을 보장하는 것은 아니므로 취임승인취소사유를 하위법령에 위임함에 있어서 구체성·명확성의 요건을 대폭 완화시킬 수 없다. 따라서 공익법인의 이사의 취임승인취소로 인하여 침해당하는 직업

수행의 자유가 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 침해의 범위가 작고, 공공복리 등 공익상의 목적에 의하여 비교적 넓은 규제가 가능하다고 하더라도 이 사건 법률조항과 같이 포괄적으로 취임승인취소사유를 백지위임하는 것은 허용될 수 없다.

재판관 송인준의 합헌의견

복잡하고 급속히 변화하는 현실에 맞추어 공익법인의 사업목적을 지속적으로 달성하기 위해서는 당해 법인의 이사의 다양한 업무에 관하여 전문적, 기술적 지식이 없는 국회로 하여금 법률에 의하여 제한되는 이사의 업무내용 전부를 입법사항으로 정하도록 하기는 매우 어렵기 때문에 이 사건 법률조항에 의한 위임입법에 있어서의 구체성·명확성의 요구 정도는 완화되어야 한다. 그리고 이 법에서 규정하고 제반 규정을 유기적·체계적으로 종합하여 살펴보면, 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 장차 규정될 공익법인의 이사의 취임승인취소사유에 관한 대통령령의 내용과 범위의 대강을 어렵지 않게 예측할 수 있다.

나아가 주무관청의 이사취임승인절차를 거친 이사의 경우 통상 당해 공익법인의 사업목적이나 업무에 관한 기본적인 지식과 경륜을 폭넓게 갖추고 있다고 보아야 하므로 굳이 법률에 이사취임승인취소사유를 구체적으로 특정하지 않더라도 당해 공익법인의 이사는 그 업무를 수행함에 있어서 제한되거나 금지되는 업무의 대강을 쉽사리 알 수 있을 것이라고 봄이 상당하다. 게다가 그간 우리 헌법재판소가 포괄위임금지원칙에 반하지 않는다고 결정한 사례 중 수범자가 특수한 지위에 있거나, 관련 법률조항의 유기적, 체계적 해석을 통하여 위임에 의하여 장차 규정될 대통령령의 내용과 범위의 대강을 예측할 수 있다고 한 사례들은 적지 않고, 이들 대부분은 이 사건 법률조항의 위임형식과 큰 차이가 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 공익법인의 이사의 취임승인취소사유에 관하여 다소 광범위하게 하위법령에 위임하는 형태를 취하고 있다 하더라도 이를 위임입법의 한계를 일탈한 위헌인 법률조항이라고 할 수

없다.

【심판대상조문】

- 공익법인의설립·운영에관한법률(1975. 12. 31. 법률 제2814호로 제정된 것) 제14조(감독) ① 생략
② 주무관청은 대통령령이 정하는 사유가 있는 때에는 이사의 취임승인을 취소할 수 있다.
③ 생략

【참조조문】

헌법 제75조

【참조판례】

- 헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529, 534
헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 369-371
헌재 1998. 3. 26. 96헌바57, 판례집 10-1, 255, 265-267
헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 794
헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 72

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원
당해사건 서울고등법원 2002누7328 행정처분취소

【주 문】

공익법인의설립·운영에관한법률(1975. 12. 31. 법률 제2814호로 제정된 것) 제14조 제2항은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 재단법인 육영재단은 공익법인의설립·운영에관한법률(1975. 12. 31. 법률 제2814호로 제정된 것, 이하 “법”이라 한다)에 의해 설립된 법인인데, 서울특별시 성동교육청 교육장(이하 “처분청”이라 한다)은 서울특별시 교육감으

로부터 이송받은 민원의 처리를 위해 2001. 7. 23.부터 같은 해 8. 10.까지 육영재단의 업무실태를 조사한 후 육영재단이 미승인 수익사업을 운영하는 등 6가지 사항에 대하여 법령과 정관을 위배하였다고 판단하고 같은 해 8. 27. 육영재단 이사장인 박서영에게 이를 시정할 것을 지시하였다.

(2) 처분청은 2001. 11. 26.부터 위 지시사항의 이행여부를 확인·점검한 후 박서영이 위 6가지 시정사항 중 5가지를 시정하지 않았음을 이유로 법 제14조 제2항 및 같은 법 시행령(이하 “시행령”이라 한다) 제26조에 의해 박서영에 대한 이사취임승인을 취소하였다(이하 “이 사건 처분”이라 한다).

(3) 이에 박서영은 2001. 12. 10. 서울행정법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송(2001구49407)을 제기하였으나 2002. 5. 1. 패소판결을 받고, 이에 불복하여 서울고등법원에 항소(2002누7328)하면서 법 제14조 제2항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 포괄위임금지의 원칙에 위반된다는 이유로 이 사건 법률조항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 법 제14조 제2항의 위헌여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제1조(목적) 이 법은 법인의 설립·운영 등에 관한 민법의 규정을 보완함으로써 법인으로 하여금 그 공익성을 유지하며 건전한 활동을 할 수 있도록 하게 함을 목적으로 한다.

법 제2조(적용범위) 이 법은 재단법인 또는 사단법인으로서 사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금·장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인(이하 “공익법인”이라 한다)에 대하여 적용한다.

법 제14조(감독) ① 주무관청은 공익법인의 업무를 감독한다.

② 주무관청은 대통령령이 정하는 사유가 있는 때에는 이사의 취임승인을 취소할 수 있다.

③ 주무관청은 수익사업을 하는 공익법인에 다음 각호의 사유가 있다고 인정되는 때에는 당해 공익법인에 대하여 그 사업의 시정이나 정지를 명할 수 있다.

1. 수익을 목적사업 이외에 사용할 때

2. 당해 사업을 계속하는 것이 공익법인의 목적에 위배된다고 인정될 때

시행령 제26조(이사취임의 승인취소 사유) ① 법 제14조 제2항의 규정에 의하여 이사취임승인을 취소할 수 있는 사유는 다음 각호와 같다.

1. 법 또는 이 영이나 정관에 위반한 때
2. 임원간의 분쟁, 회계부정, 재산의 부당한 감손, 현저한 부당행위 등으로 인하여 당해 공익법인의 설립목적을 달성할 수 없게 할 우려를 생기게 한 때
3. 목적사업 이외의 사업을 수행하거나 수행하려 한 때

② 제1항의 사유가 있는 경우에도 주무관청이 그 사유를 들어 시정을 요구한 날로부터 1월이 경과하여도 이에 응하지 아니한 경우에 한하여 취임승인을 취소할 수 있다.

다. 육영재단 정관의 주요내용

제1조(목적) 이 법인은 사회 일반의 이익에 공여하기 위하여 공익법인의 설립·운영에관한법률의 규정에 따라 청소년에 대한 투철한 국가관 확립, 과학 지식의 보급 및 문화예술, 체위향상과 전통예절교육 등에 필요한 제반 활동과 시설의 제공으로 건전한 민족사상을 함양 고취하고 과학의 생활화 및 정서의 순화와 체력의 보양, 문화창달, 충효사상 고취 등에 기여하여 청소년의 복지증진에 이바지함과 유아에 대한 보육 및 적당한 환경조성으로 심신의 발육을 조장하는 것을 목적으로 한다.

제4조(사업) ① 이 법인은 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음의 목적사업을 행한다.

1. 불우학생 지원
2. 어린이회관 및 부설 유치원 운영
3. 일반 사회교육시설 운영
4. 어린이 및 청소년 관련 행사지원
5. 어린이 및 청소년 교양지 발간
6. 어린이 및 청소년 관련 국제교류사업 지원

② 제1항의 목적사업 외에 구내에서 극장, 식당, 매점, 오락실, 수영장, 스케이트장, 주차장, 부동산 임대업의 수익사업을 행한다.

③ 제2항의 수익사업을 경영하고자 하는 경우에는 미리 감독청의 승인을 받아야 한다.

제19조(임원의 선임방법) ① 이사와 감사는 이사회에서 선임하여 감독청의 승인을 받아 취임한다.

② 임기전의 임원의 해임은 이사회 결의를 거쳐 감독청의 승인을 받아야 한다.

③ 생략

2. 제청법원의 위헌심판이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판 제청이유

이 사건 법률조항은 공익법인의 이사의 취임승인취소사유를 대통령령에서 정하도록 위임하고 있는바, 이 사건 법률조항만으로는 어떠한 경우에 공익법인의 이사의 취임승인이 취소되는지를 예측하기 어렵고, 공익법인의 이사의 취임승인취소문제가 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 있거나 입법기술상 법률로써 대강의 기준이라도 정하기가 어렵다고 볼 수 없으므로 위 취임승인취소사유에 관하여 법률에서 어떠한 기준도 제시하지 않은 채 막연히 취소사유 전부를 대통령령에서 정하도록 백지위임한 것은 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”는 위임입법의 한계를 정한 헌법 제75조의 취지에 반한다.

나. 처분청의 의견

육영재단은 공익에 공여하기 위하여 설립된 법인이므로, 법인의 공익성을 유지하고 건전한 활동을 지속하기 위하여 일정한 범위 내의 주무관청의 감독이 필요하다. 이에 법은 주무관청에 공익법인의 설립허가권(법 제4조), 이사 취임승인권(법 제5조) 외에도 공익법인에 대한 일반적인 감독권을 부여하면서(법 제14조 제1항) 효율적인 감독권을 행사할 수 있도록 이사의 취임승인취소권(법 제14조 제2항), 사업의 시정이나 정지명령권(법 제14조 제3항)을 부여하고 있다. 그리고 이 사건 법률조항은 위와 같은 공익법인에 대한 전체적인 감독권 중 하나인 이사의 취임승인취소권에 대한 것으로서 공익법인에 대한 감독권의 행사 전부를 포괄적으로 주무관청에 위임한 것이 아니고, 또한 공익법인의 이사라면 관련법률 전체의 취지에 비추어 법과 정관의 규정에 위반하여 법인의 공익성과 건전한 활동을 저해하는 경우가 이사취임승인취소가 되리라는 점을 쉽사리 예측할 수 있으므로 그 취소사유의 구체적 내용을 시행령에 위임하였다고 하더라도 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다.

3. 본안에 대한 판단

가. 입법경위

법인은 전통적으로 공법인(公法人)과 사법인(私法人)으로 나뉘고, 사법인은 다시 영리를 목적으로 하는지 여부에 따라 영리법인과 비영리법인으로 나뉘는데, 비영리법인 중 특히 사회일반의 이익에 공여하기 위하여 학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술, 자선에 관한 사업을 목적으로 하는 법인을 공익법인이라 한다(법 제2조).

오늘날 경제성장과 사회발달에 따라 공익법인의 수가 증가하고, 그 규모도 커져 공익법인이 사회일반의 이익에 공여하는 정도도 증대되었다. 그러나 한편 이러한 공익법인에 대하여는 국가의 면세조치, 공과금면제 등(법 제15조 참조) 여러 가지 혜택이 주어지는 것을 기화로 설립자가 이것을 사적인 목적에 이용함으로써 공익법인을 통한 각종 탈법행위가 이루어져, 오히려 사회에 폐해를 끼치는 사례도 발생하게 되었다. 민법은 비영리법인과 관련하여 설립허가제(민법 제32조), 감독청에 의한 감사 및 감독권(민법 제37조), 설립허가의 취소(민법 제38조) 등을 통해 비영리법인제도의 남용을 규제해 왔으나 이러한 몇 가지 규정만으로는 급변하는 사회 속에서 생겨나는 다양한 형태의 공익법인을 유지·감독하는 것이 사실상 어렵게 되었다. 따라서 비영리법인 중 특히 공익성이 강한 법인에 대해 민법 이외의 특별규정을 마련함으로써 사적자치의 원칙 아래 공익성을 보장하면서 공익법인으로 하여금 그 본래의 목적사업에 충실하게 하여 복지사회 건설에 공헌할 수 있도록 하기 위해 ‘공익법인의설립·운영에관한법률’이 1975. 12. 31. 제정되었고, 여기에는 민법의 특별규정으로 공익법인의 정관 기재사항의 세분화(법 제3조), 설립허가요건의 엄격화(법 제4조), 주무관청의 임원에 대한 취임승인권 및 이사에 대한 취임승인취소권(법 제5조, 제14조 제2항), 주무관청의 감독권, 사업시정 및 정지명령권 강화(법 제14조 제1, 3항), 벌칙조항(법 제19조) 등을 두고 있다.

나. 쟁 점

공익법인에 관한 위 특별규정 중 주무관청의 이사에 대한 취임승인취소권에 관하여 이 사건 법률조항이 “주무관청은 대통령령이 정하는 사유가 있는 때에는 이사의 취임승인을 취소할 수 있다”고만 규정함으로써 이사의 취임승인취소사유를 포괄적으로 대통령령에 위임하였는바, 이것이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부가 이 사건의 쟁점이다.

다. 위임입법의 필요성과 한계

원래 입법권은 국회에 속하는 것이지만 고도로 복잡다양하고 급속히 변화하는 행정환경 하에서 입법권비위임 또는 권한위임금지의 원칙은 더 이상 그

엄격성을 유지할 수 없고, 현대국가에 있어 국민의 권리·의무에 관한 것이라고 하더라도 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능하게 되었다. 현대 행정영역이 복잡·다기하여 상황의 변화에 따라 다양한 방식으로 적절히 대처할 필요성이 요구되는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문이다(헌재 1997. 5. 29. 94헌바22, 판례집 9-1, 529, 534; 헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 369 참조).

그러나 입법권은 법률의 유보가 적용되는 범위 내에서 국회의 배타적인 권한이므로 행정권의 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하기 위하여 위임입법에는 일정한 한계가 있다고 보지 않으면 안된다. 이에 헌법 제75조는 “법률에 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하여 일반적인 위임입법의 근거와 아울러 그 범위 및 한계를 제시하고 있다. 위와 같은 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 할 것이고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 370-371; 헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 72 참조).

라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

공익법인의 사업목적이 장학사업, 학술사업, 자선사업 등 다양하기는 하지만 전체적으로는 공익이라는 범주에 포함될 수 있는 것들이고, 또한 법에서 말하는 공익이라는 개념이 복잡하거나 급속하게 변화하는 성질을 가지고 있

다고 볼 수 없다. 그리고 공익법인의 설립목적에 비추어 허용되는 사업의 범위가 일정하므로 업무집행기관인 이사의 업무제한 범위의 대상을 법률로 정하는 것이 입법기술상 어렵지 않고, 따라서 공익법인의 이사의 취임승인취소사유를 법률로 정하지 않고 별도로 행정부에 백지위임할 필요성이 크다고 보기 어렵다. 오히려 이 사건 법률조항은 공익법인 이사의 취임승인을 취소하는 근거조항으로서 직업수행의 자유를 제한하는 침해행정의 수권규정이므로 위임입법에서의 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 급부행정의 경우보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 공익법인의 이사의 취임승인취소사유에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않았고, 전적으로 대통령령에 그 취소사유를 정하도록 맡겨 버려 이 사건 법률조항만으로는 어떠한 경우에 공익법인의 이사의 취임승인이 취소되는지를 예측할 수 없다. 이 사건 법률조항 이외에 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 보더라도 법인설립목적(학자금, 장학금 또는 연구비의 보조나 지급, 학술·자선에 관한 사업을 목적으로 함)에 어긋나는 행위와 관련하여 주무관청의 감독권이 행사되리라는 점을 예측할 수는 있다고 하더라도 이와 관련하여 구체적으로 어떠한 행위에 대하여 주무관청이 공익법인의 이사의 취임승인을 취소할 것인지는 명확하지 않다. 예컨대 공익법인이라 하더라도 그 설립목적은 달성하기 위하여 불가피하거나 부수적으로 수반되는 수익사업을 운영하거나 또는 수혜자에 대한 의무부담행위, 반대급부행위 등을 요구할 수도 있는데 이사가 위와 같은 업무에 관여한 경우에도 행정부의 자의적인 법규제정에 따라 직업수행의 자유가 침해될 수 있고, 이사가 공익법인의 설립, 운영 목적과 관련 없는 다른 행위로 인한 일정한 형 이상의 확정판결, 징계처분을 받았을 경우, 기타 비도덕적인 행위를 한 경우 등도 취임승인취소사유로 정할 수도 있으므로 공익법인의 이사는 업무를 수행함에 있어서 법률에 의한 제한의 정도와 범위를 예측할 수 없다.

비록 공익법인의 이사가 금치산자, 파산자, 금고 이상의 형을 받고 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자 등에 해당할 경우에는 결격자로서 당연히 이사의 지위를 박탈당하기는 하지만(법 제5조 제6항), 위와 같은 자격의 제한이 반드시 수범자인 이사들이 당해 공익법인의 사업목적과 운영에 관한 전문가들로만 임명될 것을 보장하는 것은 아니므로 취임승인취소사유를 하위법령에 위임함에 있어서 구체성·명확성의 요건을 대폭 완화시킬 수 없다. 또한 공익법인의 이사의 취임승인취소로

인하여 침해당하는 직업수행의 자유가 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 침해의 범위가 작고, 공공복리 등 공익상의 목적에 의하여 비교적 넓은 규제가 가능하다고 하더라도 이 사건 법률조항과 같이 포괄적으로 취업승인취소 사유를 백지위임하는 것은 허용될 수 없다.

결국 공익법인의 이사취임승인취소사유는 그 전제되는 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 있다거나 입법기술상 법률로써 대강의 기준이라도 정하기가 어렵다고 볼 수 없는 반면에 침해행정의 일부분을 구성하는 요소인 점, 그리고 이 사건 법률조항의 수범자들을 일반 국민과 달리 전문적인 자격과 지식을 가진 자들로서 다르게 취급해야할 근거를 찾기 어려운 점을 고려하면, 법률 자체에서 공익법인의 이사의 취임승인취소사유의 대강을 정한 후 나머지 세부적인 취소사유나 절차를 대통령령에 위임하는 것이 마땅함에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 아무런 기준을 제시하지 않고 대통령령에 취소사유를 규정하도록 백지위임한 것은 헌법 제75조가 정한 포괄위임금지의 원칙을 위반한 것이라고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 사건 법률조항은 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 송인준의 반대의견

나는 그간 포괄위임금지원칙 내지 본질적 사항의 위임 여부가 문제된 여러 사건에서 기본적으로 중요한 사항이나 본질적 내용은 국민의 대표기관인 의회에서 법률로 정하여야 한다는 입장을 견지하여 왔다. 그러나 이러한 기본적인 입장에서 살펴봐도 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위배된다는 다수의견에 찬동할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 이 사건 법률조항에 의한 위임입법에 있어서의 구체성·명확성의 요구 정도는 완화되어야 한다. 왜냐하면, 공익법인은 그 종류가 장학사업에서 자선사업에 이르기까지 매우 다양하고, 숫자도 많을 뿐만 아니라 추구하는 목표도 전체적으로는 공익이라는 범주에 포함될 수 있지만 세부적으로는 학비보조와 같은 단순한 장학사업에서 학술사업, 자선사업, 구호사업 등 목표가 서로 다르고, 주무관청도 공익법인의 종류에 따라 여러 곳으로 나뉘어져 있으

며, 복잡하고 급속히 변화하는 현실에 맞추어 공익법인의 사업목적은 지속적으로 달성하기 위해서는 당해 법인의 이사의 다양한 업무에 관하여 전문적, 기술적 지식이 없는 국회로 하여금 법률에 의하여 제한되는 이사의 업무내용 전부를 입법사항으로 정하도록 하기는 매우 어렵기 때문이다. 따라서 공익법인의 자율성을 존중하면서도 소속 이사의 다양한 업무를 신속하고, 적절하게 규제하기 위하여 이사취임승인취소사유에 관하여 행정부에 폭넓은 법규명령 제정권을 위임하더라도 헌법 제75조가 요구하는 포괄위임금지원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.

둘째, 포괄위임금지위반의 판단기준인 구체성, 명확성의 정도는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단해야 한다. 그런데 이 법에서 규정하고 있는 사회일반의 이익에 공여하고자 하는 법률제정의 목적(법 제1조), 공익법인의 수익사업의 제한(법 제4조 제3항) 및 이에 대한 주무관청의 시정명령권과 정지명령권(법 제14조 제3항), 공익법인의 기본재산의 보전 및 재산관리에 관한 선관주의의무(법 제11조 제3항, 제4항), 공익법인이 법률이나 정관에 위반한 행위를 할 경우 주무관청의 설립허가취소권(법 제16조 제1항 제2 내지 7호) 등 이 법의 제반 규정을 유기적, 체계적으로 종합하여 살펴보면, 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 장차 규정될 공익법인의 이사의 취임승인취소사유에 관한 대통령령의 내용과 범위의 대강은, 법률이나 정관에서 정한 규정을 위반하거나 공익법인의 설립 목적을 벗어나 그 목적을 달성할 수 없거나 없게 될 우려를 생기게 하는 경우 등이 될 것이라고 어렵지 않게 예측할 수 있다. 더구나 이 사건 법률조항의 규제대상은 국민일반의 권리·의무가 아니라 공익법인의 설립 및 운영에 관한 여러 가지 규제 중 ‘공익법인의 이사’의 직업수행의 자유라는 특정한 부분이고, 법률의 위임내용은 이사의 취임승인을 ‘취소’할 경우 그 ‘취소사유’라는 극히 제한된 사항에 관한 것이라는 점에서 기본권제한에 있어서 핵심적인 제한내용은 법률 자체에서 구체적으로 명확하게 규정되어 있다고 볼 수 있으므로, 위임입법에 의한 하위법령의 규정내용과 범위는 축소될 수밖에 없고, 반면에 이에 대한 예측가능성은 더욱 높아진다고 할 것이다.

셋째, 위임입법의 경우 법률 자체의 구체성·명확성의 정도뿐만 아니라 수범자의 범위에 따라 개별적으로 구체성·명확성의 준수 여부가 달라져야 한다. 즉 이 사건 법률조항의 수범자는 일반국민이 아니라 공익법인의 이사라는

점을 고려하지 않으면 안 된다. 앞서 언급한 바와 같이 이 사건 법률조항을 포함하여 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하면, 일반국민이라도 법률 그 자체의 해석만으로 하위법령에 위임될 규정내용과 범위를 어렵지 않게 예측할 수 있다고 할 것인데, 하물며 주무관청으로부터 공익법인의 이사로 취임승인을 받은 자라면 더 이상 말할 필요가 없다. 주무관청의 이사취임승인 절차를 거친 이사의 경우 통상 당해 공익법인의 사업목적이나 업무에 관한 기본적인 지식과 경륜을 폭넓게 갖추고 있다고 보아도 될 것이기 때문이다. 그렇다면 굳이 법률에 이사취임승인취소사유를 구체적으로 특정하지 않더라도 당해 공익법인의 이사는 그 업무를 수행함에 있어서 제한되거나 금지되는 업무의 대강을 쉽사리 알 수 있을 것이라고 봄이 상당하다.

넷째, 그간 우리 헌법재판소가 포괄위임금지원칙에 반하지 않는다고 결정한 사례들에 비추어 보아도 이 사건 법률조항이 위임법법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다. 헌법재판소는 이미, 어업허가를 받았거나 어업신고를 한 자는 수산업법 제52조 제1항 제4호, 제79조 제1항 제2호에서 말하는 어선·어구의 제한 또는 금지의 내용을 예측할 수 있는 지위에 있고(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15 등, 판례집 6-1, 576, 577, 588-590 참조), 위생접객업자라면 영업질서유지를 위하여 필요한 사항이 관련 법률조항을 유기적, 체계적으로 종합하면, 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 지켜야 할 사항이라는 점을 확정할 수 있으며(헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-1, 187, 195 참조), 도시계획구역 안에서 “대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아놓는 행위”라 함은 사회통념상 도시계획사업에 지장을 줄 수 없을 정도로 이동이 용이하거나 가벼운 물건을 쌓아 놓는 행위 및 이동이 용이하지 아니하거나 가볍지 아니한 물건이라도 이를 짧은 기간 쌓아 놓는 행위는 허용되지만, 사회통념상 그 정도를 넘어서는 물건이나 기간은 제한의 대상이 될 것이라는 사실을 충분히 예측할 수 있다고(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 61 참조) 판시한 바 있다. 위 판례들 이외에도 수범자가 특수한 지위에 있거나, 관련 법률조항의 유기적, 체계적 해석을 통하여 위임에 의하여 장차 규정될 대통령령의 내용과 범위의 대강을 예측할 수 있다고 한 사례들은 적지 않고, 이들 대부분은 이 사건 법률조항의 위임형식과 큰 차이가 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항이 공익법인의 이사의 취임승인취소사유에 관하여 다소 광범위하게 하위법령에 위임하는 형태를 취하고 있다 하더라도 이

를 위임입법의 한계를 일탈한 위헌인 법률조항이라고 할 수 없으므로, 나는 다수의견에 반대하는 합헌의견을 밝힌다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일(주심)
송인준 전호숙 이상경

먹는물관리법 제28조 제1항 위헌소원

(2004. 7. 15. 2002헌바42 전원재판부)

【판시사항】

1. 부담금의 정당화 요건
2. 먹는샘물 수입판매업자에 대한 수질개선부담금 부과가 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 먹는샘물 평균판매가격의 100분의 20의 범위 안에서 수질개선 부담금을 부과하도록 하는 것이 비례성원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하며, 어떤 공적 과제에 관한 재정조달을 조세로 할 것인지 아니면 부담금으로 할 것인지에 관하여 입법자의 자유로운 선택권을 허용하여서는 안 된다. 부담금 납부의무자는 재정조달 대상인 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 ‘특별히 밀접한 관련성’을 가져야 하며, 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 징수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사될 것이 요구된다.

다만, 부담금이 재정조달목적뿐 아니라 정책실현목적도 함께 가지는 경우에는 위 요건들 중 일부가 완화된다.

2. 우리나라의 자연환경, 수자원의 현황, 국민의 소득수준 등의 여러 요소와 사정을 종합적으로 고려할 때 음용수에 관하여 국가가 수돗물 우선정책을 추진하는 것은 합리적인 정책형성권 행사로서 존중되어야 할 것인데, 수돗물과 대체적·경쟁적 관계에 있는 수입 먹는샘물이 음용수로 사용되는 것이 증가하면 그만큼 수돗물 우선정책은 위축되게 되고, 나아가 수입 먹는샘물을 선택할 경제적 능력이 부족한 저소득층 국민들로 하여금 질 낮은 수돗물을 마시지 않을 수 없게 하는 결과를 초래할 것이다. 그러므로 먹는샘물 수입판매업자에게 수질개선부담금을 부과하는 것은 수돗물 우선정책에 반하는 수입

먹는샘물의 보급 및 소비를 억제하도록 간접적으로 유도함으로써 궁극적으로는 수돗물의 질을 개선하고 이를 국민에게 저렴하게 공급하려는 정당한 국가정책이 원활하게 실현될 수 있게 하기 위한 것으로서, 부과에 합리적인 이유가 있으므로 평등원칙에 위배되는 것이라 볼 수 없다.

3. 먹는물관리법(1997. 8. 28. 법률 제5394호로 개정된 것) 제28조 제1항 중 먹는샘물 수입판매업자에 관한 부분은 먹는물의 수질에 관한 국가의 일원화되고 합리적인 관리를 재정적으로 뒷받침하는 한편, 수돗물 우선정책이 원활하게 실현될 수 있게 하여 궁극적으로는 국민이 질 좋은 수돗물을 저렴하게 공급받을 수 있도록 함을 목적으로 하며, 이러한 입법목적은 정당하다.

한편, 먹는샘물은 수돗물과 마찬가지로 음용수로 사용된다는 점에서 수돗물과 대체적·경쟁적 관계에 있어서 먹는샘물이 음용수로 보편화되면 그만큼 수돗물 우선정책이 위축되는바, 먹는샘물을 수입하여 판매함으로써 수돗물 우선정책에 특별한 위험을 야기하는 수입판매업자에 대하여 수질개선부담금을 부과하기로 한 것은 부과대상자의 선정의 측면에서 적정하다.

이 사건 법률조항은 단지 부담금의 부과 및 그것의 가격에의 반영을 통해 먹는샘물의 수입판매 및 소비를 간접적으로 규제하는 데 그치고 있을 뿐, 이를 원천적으로 봉쇄하고 있지는 않다. 한편, 수질개선부담금은 먹는샘물의 보급 및 소비를 억제함으로써 수돗물 우선정책의 원활한 실현을 가능하게 하고 아울러 먹는물의 수질개선에 소요되는 재정을 마련하기 위한 것인바, 입법자는 이러한 공익목적과 국민의 사익을 적절히 형량하여 합리적이라고 판단되는 부과율을 책정할 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 먹는샘물 수입판매업자에 대한 구체적인 부과율을 평균판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하도록 위임하고 있고, 그에 기하여 법시행령 제8조는 이를 1천분의 75(7.5%)로 정하고 있는바, 이러한 부과율 자체가 현저히 불합리하거나 위헌이라고 볼 정도로 지나치게 높다고 할 수 없다. 더구나 부담금관리기본법 제7조에 의하면 기획예산처장관은 매년 부담금의 부과실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용종합보고서를 작성하여 국회에 제출하도록 되어 있어, 수질개선부담금 징수의 타당

성이나 적정성은 매년 입법자의 지속적인 심사 하에 놓여 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 먹는샘물 수입판매업자의 직업의 자유와 재산권, 국민의 행복추구권을 필요 이상으로 지나치게 제약함으로써 헌법에 위반되는 것이라고는 볼 수 없다.

재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대이견

준조세적 성격을 가진 부담금은 자칫 공과금 부담의 형평성을 훼손하고 국회의 재정통제권을 무력화시킬 수 있기 때문에, 납부의무자가 특정한 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 특별히 밀접한 관련성이 있는 경우에 예외적으로 최소한의 범위 내에서 허용되어야 하며, 그 위헌성은 엄격하게 심사되어야 한다.

그런데 먹는샘물 수입판매업자는 국내 지하수 자원을 이용하거나 훼손하지 않는 점에서 공공의 지하수자원의 보호라는 과제에 대하여 특별히 밀접한 관련성을 가진다고 할 수 없다. 또한 수입 먹는샘물 이외의 먹는물, 그 중에서도 특히 수도물의 수질개선의 과제는 국가나 지방자치단체의 일반적 과제에 속하므로 이에 대해 먹는샘물 수입판매업자들에게 특별한 재정책임을 인정하기는 어렵다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 합리적 이유 없이 수입판매업자에 대하여 조세외적 부담금을 추가로 부담시킴으로써 공과금 부담의 형평성을 훼손한다고 할 것이므로 평등원칙에 위배된다.

다음으로, 수입 먹는샘물에 관한 수질개선사업이란 사실상 수질검사 및 유통관리에 국한될 수밖에 없다. 나아가 관계법령의 규정을 보면, 수입 먹는샘물 자체의 수질개선사업에 소요되는 재정은 매우 미미할 것으로 보이고, 실제로 먹는샘물 수입판매업자에게서 거둔 이 사건 부담금은 환경개선특별회계에 편입되어 그 세입의 일부를 이루지만 동 특별회계의 세입 중 정작 수입 먹는샘물과 관련하여 별도로 지출되는 금액은 거의 전무한 실정이다. 그럼에도 불구하고 먹는샘물 수입판매업자들은 이 사건 법률조항에 의하여 매분기마다 평균판매가액의 최고 100분의

20의 비율 범위 내에서 수질개선부담금을 고정적으로 납부하도록 되어 있는바, 이는 먹는샘물 수입판매업자들의 기업활동의 자유나 재산권을 필요 이상으로 지나치게 제약하는 것으로, 비례성의 원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

먹는물관리법(1997. 8. 28. 법률 제5394호로 개정된 것) 제28조(수질개선부담금의 부과·징수) ① 환경부장관은 공공의 지하수자원을 보호하고 먹는물의 수질개선에 기여하게 하기 위하여 먹는샘물 제조업자 및 먹는샘물 수입판매업자 기타 제9조의 규정에 의한 샘물개발허가를 받은 자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 수질개선부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 부과·징수할 수 있다. 다만, 먹는샘물의 제조업자·수입판매업자에 대하여는 먹는샘물의 평균판매가격의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 부담금을 부과·징수하고, 기타 제9조의 규정에 의한 샘물개발허가를 받은 자에 대하여는 샘물을 사용한 제품의 판매가격에서 샘물이 차지하는 원가의 100분의 20의 범위안에서 대통령령이 정하는 바에 따라 부담금을 부과·징수한다.

②~⑦ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제38조, 제54조 제1항, 제59조

예산회계법 제7조(기금의 설치) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 기금은 세입세출예산에 의하지 아니하고 운용할 수 있다.

③~⑦ 생략

예산회계법 제9조(회계구분) ① 생략

② 특별회계는 국가에서 특정한 사업을 운영할 때, 특정한 자금을 보유하여 운용할 때, 기타 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 처리할 필요가 있을 때에 법률로 설치한다.

예산회계법 제18조(세입세출의 정의 및 예산총계주의원칙) ① 생략

② 세입세출은 모두 예산에 계상하여야 한다. 다만, 국가가 현물로 출자하는 경우 및 외국차관을 도입하여 전대하는 경우에는 이를 세입세출예산외로 처리할 수 있다.

③ 생략

기금관리기본법 제5조(기금운용계획안의 수립) ① 기획예산처장관은 다음 연도의 기금운용계획안 작성지침을 제11조의2의 규정에 의한 기금정책심의회와 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어 매년 3월 31일까지 기금관리주체에게 통보하여야 한다.

② 기금관리주체는 제1항의 규정에 의한 기금운용계획안 작성지침에 따라 다음 연도의 기금운용계획안을 수립하여 매년 5월 31일까지 기획예산처장관에게 제출하여야 한다.

③ 기획예산처장관은 제2항의 기금운용계획안에 대하여 기금관리주체와 협의하여 조정한다.

후 기금운용계획안을 마련하여 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어야 한다.

④ 제2항 및 제3항에 규정된 기금관리주체 중 중앙관서의 장이 아닌 기금관리주체는 소관중앙관서의 장을 거쳐야 한다.

부담금관리기본법 제2조(정의) 이 법에서 “부담금”이라 함은 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권한이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무를 말한다.

부담금관리기본법 제3조(부담금설치의 제한) 부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.

부담금관리기본법 제4조(부담금 부과요건 등) 부담금부과의 근거가 되는 법률에는 부담금의 부과 및 징수주체·설치목적·부과요건·산정기준·산정방법·부과요율 등(이하 “부과요건등”이라 한다)이 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. 다만, 부과요건등의 세부적인 내용은 당해 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다.

부담금관리기본법 제5조(부담금부과의 원칙) 부담금은 설치목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없는 한 동일한 부과대상에 대하여 이중의 부담금이 부과되어서는 아니된다.

부담금관리기본법 제7조(부담금운용종합보고서의 국회제출 등) ① 부담금을 규정하고 있는 법률의 소관 중앙행정기관의 장(이하 “부담금의 소관 중앙행정기관의 장”이라 한다)은 매년 전년도 부담금의 부과실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용보고서를 작성하여 기획예산처장관에게 제출하여야 한다.

② 기획예산처장관은 제1항의 규정에 의하여 부담금운용보고서를 제출받은 때에는 이를 기초로 부담금운용종합보고서를 작성하여 매년 정기국회 개회일전까지 국회에 제출하여야 한다.

③ 부담금운용보고서 및 부담금운용종합보고서의 작성 및 제출에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

먹는물관리법 제23조(수입신고 등) ① 먹는샘물·수처리제 또는 그 용기를 수입하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 바에 따라 환경부장관에게 신고하여야 한다.

② 환경부장관은 필요하다고 인정하는 때에는 제1항의 규정에 의하여 신고한 먹는샘물등에 대하여 통관절차 완료전에 관계공무원 또는 관계검사기관으로 하여금 필요한 검사를 하게 할 수 있다.

③ 환경부장관은 제28조의 규정에 따른 수질개선부담금을 2회 이상 납부하지 아니한 먹는샘물수입판매업자에 대하여는 제2항의 필요한 검사를 거부할 수 있다.

먹는물관리법 제28조(수질개선부담금의 부과·징수) ①~③ 생략

④ 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 징수한 부담금과 가산금은 환경개선특별회계에 의한 환경개선특별회계의 세입으로 한다.

⑤ 환경부장관은 제4항의 규정에 의한 환경개선특별회계의 세입 중 먹는샘물제조업자 기타 제9조의 규정에 의한 샘물개발허가를 받은 자로서 대통령령이 정하는 자로부터 징수한 부담금 및 가산금의 100분의 50에 상당하는 금액을 당해 취수정이 위치한 시·군 또는 자치구에 교부하여야 한다.

⑥ 환경부장관은 제45조의 규정에 의하여 시·도지사에게 부담금 및 가산금의 징수에 관한 권한을 위임한 경우에는 징수된 부담금 및 가산금의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 징수비용으로 교부할 수 있다.

⑦ 생략

먹는물관리법 제28조의2(수질개선부담금의 용도) 제28조의 규정에 의하여 징수된 수질개선부담금은 다음 각호의 1에 해당하는 용도에 한하여 이를 사용한다. 다만, 제28조 제6항의 규정에 의하여 징수비용으로 교부된 금액은 당해 수질개선부담금의 부과·징수에 소요되는 경비로 사용하여야 한다.

1. 제5조 제1항의 규정에 의한 먹는물의 수질관리시책사업비의 지원
2. 제5조 제2항의 규정에 의한 먹는물의 수질검사실시비용의 지원
3. 기타 공공의 지하수자원을 보호하기 위하여 대통령령이 정하는 용도

먹는물관리법 제29조(기준과 규격) ① 환경부장관은 먹는샘물·수처리제·정수기 또는 그 용기(이하 “먹는샘물등”이라 한다)의 종류·성능·제조방법·보존방법·유통기한·사후관리 등에 관한 기준과 성분에 관한 규격을 정하여 고시할 수 있다.

② 환경부장관은 제1항의 규정에 의하여 기준과 규격이 정하여지지 아니한 먹는샘물등에 대하여는 그 제조업자로 하여금 자가기준과 자가규격을 제출하게 하여 제35조의 규정에 의하여 지정된 검사기관의 검사를 거쳐 이를 그 먹는샘물 등의 기준과 규격으로 인정할 수 있다.

③ 삭제

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 기준과 규격에 맞지 아니한 먹는샘물등은 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입·저장·운반·진열 기타 영업상 사용하지 못한다.

먹는물관리법 제34조(출입·검사·수거 등) ① 환경부장관 또는 시·도지사는 먹는물 관련영업으로 인한 국민건강상의 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 먹는물관련영업자 또는 기타 관계인에 대하여 필요한 보고를 하게 하거나 관계공무원으로 하여금 영업장소·사무소·창고·제조소·저장소·판매소(이하 “사업장”이라 한다) 또는 이와 유사한 장소에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용하는 원재료·제품·용기·포장 또는 제조·영업시설 등을 검사하게 하거나 검사에 필요한 최소량의 원재료, 제품, 용기·포장등을 무상으로 수거하게 할 수 있으며, 필요에 따라 영업관계의 장부나 서류를 열람하게 할 수 있다.

② 생략

먹는물관리법시행령 제8조(수질개선부담금의 부과율) 법 제28조 제1항 단서의 규정에 의한 먹는샘물 제조업자 및 먹는샘물 수입판매업자(이하 “제조업자등”이라 한다)에 대한 수질개선부담금(이하 “부담금”이라 한다)의 부과율은 먹는샘물의 평균판매가격의 1천분의

75로 하고, 기타 법 제9조의 규정에 의하여 샘플개발허가를 받은 자(이하 “기타 샘플개발허가를 받은 자”라 한다)에 대한 부담금의 부과율은 샘플을 사용한 제품의 판매가격에서 샘플이 차지하는 원가의 1천분의 75로 한다.

먹는물관리법시행령 제9조(부담금의 부과대상) ① 제28조 제2항의 규정에 의한 부담금의 부과대상은 다음 각호와 같다.

1. 제조 또는 수입하여 판매한 먹는샘물

2. 제3조 제1항 제2호의 규정에 해당하는 자가 샘플개발허가를 받아 샘플을 원료로 제조하여 판매한 제품

② 제1항의 규정에 의한 부과대상 중 다음 각호의 1에 해당하는 것은 부담금의 부과대상에서 이를 제외한다.

1. 수출하는 것

2. 우리나라에 주재하는 외국군대 또는 주한외국공관에 납품하는 것

③ 제조업자들은 환경부령이 정하는 바에 따라 제2항의 규정에 의하여 부담금의 부과대상에서 제외되는 것에 관한 증빙서류를 매분기별로 환경부장관에게 제출하여야 한다.

먹는물관리법시행령 제9조의2(먹는샘물의 평균판매가격의 산정 등) ① 법 제28조 제1항 단서의 규정에 의한 평균판매가격은 제조업자들이 판매한 먹는샘물의 용량규격별 가격을 평균한 가격(이하 “평균가격”이라 한다)에 용량규격별 판매수량을 곱한 금액으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 평균가격은 먹는샘물 제조업자와 먹는샘물 수입판매업자로 구분하여 전년도에 판매한 먹는샘물의 용량규격별 각 사업자의 평균판매단가(이하 “평균단가”라 한다)를 합산한 금액을 당해 용량규격의 먹는샘물을 판매한 사업자의 수로 나눈 금액으로 한다. 이 경우 소숫점 둘째자리에서 반올림한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 평균가격을 산정함에 있어서 전년도의 평균단가를 기준으로 하여 산정한 평균가격이 전전년도의 평균단가를 기준으로 하여 산정한 평균가격보다 50퍼센트 이상 증가하거나 감소한 경우에는 당해연도 1분기의 평균단가를 기준으로 하여 평균가격을 산정할 수 있다.

④ 제2항의 규정에 의한 평균가격을 산정함에 있어서 전체 사업자 평균가격의 100분의 30을 초과하거나 미달하는 사업자의 평균단가는 이를 제외한다. 다만, 용량규격별 제품의 사업자수가 3이하인 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 제2항의 규정에 의한 평균단가는 다음 각호의 금액으로 하되, 소숫점이하를 버린다. 이 경우 당해 먹는샘물에 대한 수질개선부담금과 부가가치세는 이를 포함하지 아니하며, 제9조 제2항의 규정에 의한 부담금부과 제외대상 먹는샘물과 6월 미만의 기간 동안 판매한 먹는샘물은 평균단가 산정대상에서 이를 제외한다.

1. 제조업자들이 연간 판매한 용량규격별 총판매금액을 당해 용량규격별 총판매량으로 나눈 금액

2. 제조업자들이 다음 각 목의 방식으로 판매하는 경우에는 다음 각 목의 금액

가. 특별소비세법시행령 제2조 제9호의 규정에 의한 제조업자등과 특수한 관계가 있는 판매장의 경영자(이하 “특수관계자”라 한다)에게 무상제공하는 경우(판매용

을 제외한다)와 통상판매가격보다 현저히 낮은 가격으로 판매하는 경우에는 특수관계자가 연간 판매하는 용량규격별 총판매금액을 당해 용량규격별 총판매량으로 나눈 금액, 이 경우 통상판매가격보다 현저히 낮은 가격이라 함은 전년도 용량규격별 평균가격의 100분의 70이하인 가격을 말한다.

나. 수탁가공 등의 방식으로 먹는샘물을 제조·판매함에 있어서 용기 등의 재료나 자금의 일부 또는 전부를 제공받아 판매하는 경우에는 용량규격별로 제공받은 재료비 및 자금을 포함한 연간 용량규격별 총판매금액을 당해 용량규격별 총판매량으로 나눈 금액, 이 경우 재료비는 회수하여 재사용하는 용기의 경우에는 기업회계기준에 의하여 산출한 해당연도의 당해 용기에 대한 총감가상각비를 해당연도의 총판매량으로 나눈 금액으로 하고, 금융기관 등으로부터 리스하여 사용하는 용기의 경우에는 해당연도의 당해 용기의 총리스비용을 당해 용량규격별 총판매량으로 나눈 금액으로 한다.

⑥ 제조업자들은 제5항의 규정에 의하여 산정한 평균단가의 계산서를 다음 연도 1월말까지 환경부장관에게 제출하여야 한다. 이 경우 제3항의 규정에 의하여 평균가격을 산정할 필요가 있는 때에는 환경부장관의 요청에 따라 제조업자들은 그에 필요한 평균단가의 계산서를 4월 15일까지 환경부장관에게 제출하여야 한다.

⑦ 환경부장관은 제2항의 규정에 의한 먹는샘물의 용량규격별 평균가격을 다음 연도 3월 말까지 고시하여야 한다. 다만, 제3항의 규정에 의하여 평균가격을 산정한 경우에는 4월 말까지 먹는샘물의 용량규격별 평균가격을 고시하여야 한다.

먹는물관리법시행령 제9조의3(기타 샘물개발허가를 받은 자의 판매원가 산정 등) ① 법 제28조 제1항 단서의 규정에 의하여 샘물을 사용한 제품의 판매가격에서 샘물이 차지하는 원가는 제품의 원료로 사용된 샘물의 총톤에 샘물 1톤당 원가를 곱한 금액으로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 제품에 사용된 샘물 1톤당 원가는 다음 각호의 규정에 의한 금액을 합하여 환경부장관이 고시하는 금액으로 한다.

1. 샘물 1톤을 채수(採水)하는데 필요한 표준전력비
2. 지방세법 제257조 제1항 제2호 가목의 규정에 의한 지하수 1톤당 지역개발세
3. 샘물 1톤을 정수하는데 필요한 평균정수처리비용

③ 제1항의 규정에 의한 판매된 샘물의 양은 판매된 제품의 양에 전체 제품의 제조에 샘물이 사용되는 평균비율을 곱하여 산정한다. 이 경우 평균비율은 연간 제품의 제조에 사용되는 총샘물의 양을 제품의 총생산량으로 나누어 산출한다.

④ 제2항 제1호의 규정에 의한 표준전력비는 환경부장관이 고시하는 양수장치(揚水裝置)를 기준으로 산정한다.

⑤ 제2항 제3호의 규정에 의한 평균정수처리비용은 각 사업자의 샘물 1톤당 정수처리비용을 합산한 금액을 그 사업자의 수로 나눈 금액으로 하되, 소수점 둘째자리에서 반올림한다. 이 경우 각 사업자의 정수처리비용은 정수처리 약품비, 정수처리시설의 동력비 및 감가상각비, 정수처리 인건비를 합산한 금액을 연간 채수한 지하수의 총톤수로 나눈 금액으로 산정한다.

⑥ 제5항의 규정에 의한 평균정수처리비용을 산정함에 있어서 전체사업자 평균정수처리비용의 100분의 30을 초과하거나 미달하는 사업자의 정수처리비용은 이를 산정대상에서 제외한다.

⑦ 기타 샘플개발허가를 받은 자 중 부담금 부과대상자는 제3항 및 제5항 후단의 규정에 의하여 산정한 계산서를 다음 연도 1월말까지 환경부장관에게 제출하여야 한다.

⑧ 환경부장관은 제2항의 규정에 의한 샘플 1톤당 원가를 다음 해 2월말까지 고시하여야 한다.

먹는물관리법시행령 제13조(부담금의 교부 등) ① 환경부장관은 법 제28조 제6항 및 제45조의 규정에 의하여 부담금 및 가산금의 징수를 시·도지사에게 위임한 경우에는 징수액의 100분의 20에 상당하는 금액을 징수비용으로 교부하여야 한다.

② 법 제28조 제5항의 규정에 의한 시·군 또는 자치구에 교부하기 위한 부담금 및 가산금의 산정은 제1항의 규정에 의한 징수비용을 교부한 후의 금액을 기준으로 한다.

먹는물관리법시행령 제13조의2(수질개선부담금의 용도) 법 제28조의2 제3호에서 “대통령령이 정하는 용도”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 용도를 말한다.

1. 지하수법 제12조의 규정에 의한 지하수보전구역의 지정을 위한 조사의 실시
2. 지하수자원의 개발·이용 및 보전·관리를 위한 기초조사와 복구사업의 실시

먹는물관리법시행규칙 제14조(수입신고 등) ① 먹는샘물·수처리제 또는 그 용기를 수입하고자 하는 자는 법 제23조의 규정에 의하여 별지 제11호서식의 수입신고서에 다음 각호의 서류를 첨부하여 지방환경관서의 장에게 제출하여야 한다.

1. 수입관련서류
2. 수질검사서사본(먹는샘물에 한한다)
3. 제조일자를 입증할 수 있는 서류(제조자가 제품의 제조일자를 표시한 경우는 제외한다)
4. 자가기준 및 자가규격검토서(수처리제에 한한다)
5. 먹는샘물의 원수가 법 제3조 제2호에서 규정하고 있는 수질의 안전성을 계속 유지할 수 있는 자연상태의 깨끗한 물인지를 입증하는 서류

② 지방환경관서의 장은 제1항의 규정에 의한 수입신고를 받은 때에는 별표 5의 검사방법에 따라 검사하여야 한다. 다만, 수질개선부담금을 2회 이상 납부하지 아니한 먹는샘물 수입판매업자에 대하여는 법 제23조 제3항의 규정에 의하여 검사를 거부할 수 있다.

③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535
헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830
헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2(하), 367, 380
헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608
2. 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 831-834

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 프리미엄코포레이션

대표이사 박응준

대리인 법무법인 김신앤드유

담당변호사 정해덕 외 2인

당해사건 서울행정법원 2001구47784, 2002구합8732(병합) 수질개선부담금부과처분취소

【주 문】

먹는물관리법(1997. 8. 28. 법률 제5394호로 개정된 것) 제28조 제1항 중 먹는샘물 수입판매업자에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 먹는샘물 수입판매업을 주된 사업으로 하는 회사로서, 프랑스의 ‘디농’사로부터 ‘에비앙’과 ‘볼빅’이라는 이름의 먹는샘물을 수입·판매하여 왔다.

(2) 서울특별시장은 먹는물관리법 제28조 제1항에 따라 2001. 11. 9. 청구인에게 2001년 3/4분기 수질개선부담금 38,879,340원, 2002. 2. 8. 2001년 4/4분기 수질개선부담금 41,545,600원을 각 부과하였다.

(3) 청구인은 2001. 11. 29.과 2002. 2. 28.에 서울특별시장을 상대로 위 각 수질개선부담금 부과처분에 대한 취소의 소를 제기한 후, 그 소송에서 위 법률조항 중 먹는샘물 수입판매업자에 관한 부분이 헌법에 위반된다면서 위헌 제청을 신청하였으나 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 먹는물관리법(1997. 8. 28. 법률 제5394호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제28조 제1항 중 먹는샘물 수입판매업자에 관한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 이 사건 법률조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제28조(수질개선부담금의 부과·징수) ① 환경부장관은 공공의 지하수 자원을 보호하고 먹는물의 수질개선에 기여하게 하기 위하여 먹는샘물 제조

업자 및 먹는샘물 수입판매업자 기타 제9조의 규정에 의한 샘물개발허가를 받은 자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 수질개선부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 부과·징수할 수 있다. 다만, 먹는샘물의 제조업자·수입판매업자에 대하여는 먹는샘물의 평균판매가격의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 부담금을 부과·징수하고, 기타 제9조의 규정에 의한 샘물개발허가를 받은 자에 대하여는 샘물을 사용한 제품의 판매가격에서 샘물이 차지하는 원가의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 바에 따라 부담금을 부과·징수한다.

②~⑦ (생략)

법시행령 제8조(수질개선부담금의 부과율) 법 제28조 제1항 단서의 규정에 의한 먹는샘물 제조업자 및 먹는샘물 수입판매업자(이하 “제조업자등”이라 한다)에 대한 수질개선부담금(이하 “부담금”이라 한다)의 부과율은 먹는샘물의 평균판매가격의 1천분의 75로 하고, 기타 법 제9조의 규정에 의하여 샘물개발허가를 받은 자(이하 “기타 샘물개발허가를 받은 자”라 한다)에 대한 부담금의 부과율은 샘물을 사용한 제품의 판매가격에서 샘물이 차지하는 원가의 1천분의 75로 한다.

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견가. 청구인의 주장 요지

(1) 수질개선부담금은 지하수자원 보호 및 먹는물의 수질개선이라는 특정한 행정과제에 대하여 특별하고 긴밀한 관계에 있는 특정집단에 대하여만 부과되는 조세외적 부담금이라 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 수입판매업자에 대하여 제조업자와 동일하게 수질개선부담금을 부과하도록 규정하고 있다. 그러나 제조업자등은 우리나라의 지하수자원의 고갈을 초래하고 환경오염을 유발할 우려가 있음에 반하여, 수입판매업자는 전혀 그러한 우려 없이 단순히 외국의 먹는샘물 완제품을 수입하여 판매하는 것에 불과하다. 따라서 양자는 서로 성질을 달리함에도 이 사건 조항은 합리적 이유 없이 ‘같지 아니한 것을 같게’ 취급하고 있으므로 평등의 원칙에 반한다.

(2) 이 사건 법률조항에 의하여 수입판매업자에게 판매가격의 100분의 20 범위 안에서 수질개선부담금을 부과하는 것은 그 목적의 정당성이 인정될 수 없을 뿐만 아니라 방법의 적절성, 최소침해성의 원칙에 반하는 등 과잉금지원칙에 위반하여 국민의 직업선택의 자유 및 재산권을 침해한다.

(3) 수질개선부담금은 상대적으로 판매가격이 높은 수입 먹는샘물의 가격

을 더욱 인상시키고, 이는 결국 소비자의 부담으로 전가되어 국민의 행복추구 권을 침해한다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청 기각이유 요지

이 사건 법률조항은 국가환경정책의 일환으로 수질개선부담금을 부과함으로써 먹는샘물용으로 지하수가 과도하게 개발되는 것을 규제하는 한편, 우리나라가 채택하고 있는 수돗물우선정책, 즉 국가가 수돗물의 질을 개선하여 저렴하게 공급한다는 정책과 관련하여 수돗물과 대체관계에 있는 먹는샘물의 개발 및 소비를 상대적으로 억제함과 아울러 징수된 수질개선부담금으로 먹는물, 특히 수돗물의 수질개선이라는 환경정책을 재정적으로 뒷받침하고자 하는 데에 그 입법목적이 있다. 한편, 수입판매업자와 제조업자는 모두 국가의 수돗물우선정책에 직접적이고도 상반되는 이해관계를 가지면서 그에 특별한 위험을 야기하는 집단이고, 따라서 수질개선부담금을 지울 수 있을 만한 특별한 관계에 있다고 할 것이다. 그러므로 수입판매업자에게 제조업자와 마찬가지로 수질개선부담금을 부과하는 것은 목적의 정당성과 방법의 적정성 등이 인정되는바, 평등권, 직업선택의 자유, 재산권 등이 침해되는 것으로 볼 수 없다.

다. 환경부장관의 의견

서울행정법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 부담금의 개념과 그 정당화 요건

가. 부담금의 개념

2001. 12. 31. 법률 제6589호로 제정된 부담금관리기본법은 제2조에서 부담금을 “중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권이 부여된 자가 부담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무”로 정의하고 있다.

“재화 또는 용역의 제공과 관계없이”라고 규정한 데에서 알 수 있듯이, 부담금은 국가 등이 제공하는 특정한 급부에 대한 반대급부로서 부과되는 것이 아니다. 물론 부담금과 관련된 공적 과제의 수행으로부터 납부의무자 중 일부 또는 전부가 이익을 얻을 수도 있지만, 부담금의 산정에는 그러한 이익과의 엄밀한 등가관계가 관철되고 있지 않으며, 이러한 의미에서 여전히 반대급부적 성격은 부인된다. 그리고 이처럼 반대급부적 성격이 없이 공법상 강제로

부과·징수되는 점에서는 부담금과 조세는 매우 유사하다. 다만, 조세는 국가 등의 일반적 과제의 수행을 위한 것으로서 담세능력이 있는 일반국민에 대해 부과되지만, 부담금은 특별한 과제의 수행을 위한 것으로서 당해 공익사업과 일정한 관련성이 있는 특정 부류의 사람들에 대해서만 부과되는 점에서 양자는 차이가 있다.

나. 부담금의 유형

부담금은 그 부과목적과 기능에 따라 ① 순수하게 재정조달 목적만 가지는 것(이하 ‘재정조달목적 부담금’이라 한다)과 ② 재정조달 목적뿐 아니라 부담금의 부과 자체로 추구되는 특정한 사회·경제정책 실현 목적을 가지는 것(이하 ‘정책실현목적 부담금’이라 한다)으로 양분해 볼 수 있다.

전자의 경우에는 추구되는 공적 과제가 부담금 수입의 지출 단계에서 비로소 실현된다고 한다면, 후자의 경우에는 추구되는 공적 과제의 전부 혹은 일부가 부담금의 부과 단계에서 이미 실현된다고 할 것이다. 가령 부담금이라는 경제적 부담을 지우는 것 자체가 국민의 행위를 일정한 정책적 방향으로 유도하는 수단이 되는 경우(유도적 부담금) 또는 특정한 공법적 의무를 이행하지 않은 사람과 그것을 이행한 사람 사이 혹은 공공의 출연(出捐)으로부터 특별한 이익을 얻은 사람과 그 외의 사람 사이에 발생하는 형평성 문제를 조정하는 수단이 되는 경우(조정적 부담금), 그 부담금은 후자의 예에 속한다고 할 수 있다.

다. 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화 요건

(1) 이 유형의 부담금은 재정조달을 위하여 특정한 반대급부 없이 부과되는 점에서 조세와 매우 유사한바, 그 헌법적 정당화 여부를 논함에 있어서는 다음과 같은 사정들을 고려하여야 할 것이다.

(가) 헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.”라고 함으로써 조세의 납부를 국민의 기본의무로서 규정하고 있다. 한편, 조세는 특정한 반대급부 없이 강제로 국민에게 재산을 출연할 부담을 지우는 것인바, 헌법은 국민의 재산을 보호하고 법적 안정성과 예측가능성을 보장하기 위하여 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라고 규정함으로써 행정의 자의적인 조세부과를 엄격히 통제하고 있다. 헌법이 여러 공과금 중 조세에 관하여 위와 같이 특별히 명시적 규정을 두고 있는 것은 국가 또는 지방자치단체의 공적 과제 수행에 필요한 재정의 조달이 일차적으로 조세에 의해 이루어질 것을 예정하였기 때문이라 할 것이다.

그런데 만일 실질적으로는 국가 등의 일반적 과세에 관한 재정조달을 목표로 하여 조세의 성격을 띠는 것임에도 단지 국민의 조세저항이나 이중과세의 문제를 회피하기 위한 수단으로 부담금이라는 형식을 남용한다면, 조세를 중심으로 재정을 조달한다는 헌법상의 기본적 재정질서가 교란될 위험이 있을 뿐만 아니라, 조세에 관한 헌법상의 특별한 통제장치가 무력화될 우려가 있다.

(나) 헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유없이 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있는바, 조세법률관계에 있어서도 과세는 개인의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535). 그리고 이러한 조세평등주의의 근본취지는 넓게는 국민들 사이에 전체적인 공과금 부담의 형평성을 기하는 데까지 확장된다 할 것이다.

그런데 이미 납세의무를 지고 있는 국민들 중 일부 특정 집단에 대해서만 부담금이라는 조세외적 공과금을 추가적으로 부담시킬 경우, 조세평등주의에 의해 추구되는 공과금 부담의 형평성은 자칫 훼손될 위험이 있다.

(다) 헌법 제54조 제1항은 “국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.”고 하여 국회의 예산심의·확정권을 규정하고 있다. 국회는 예산심의를 통하여 예산의 전체 규모가 적정한지, 예산이 효율적으로 운용되는지, 예산편성이 국민의 담세능력과 형평성에 부합하는지 등을 감시한다. 한편 예산회계법 제18조 제2항 본문은 “세입세출은 모두 예산에 계상하여야 한다.”라고 규정하여 예산총계주의원칙을 선언하고 있다. 이는 국가재정의 모든 수지를 예산에 반영함으로써 그 전체를 분명하게 함과 동시에 국회와 국민에 의한 재정상의 감독을 용이하게 하자는 데 그 의의가 있다.

그런데 대체로 일반회계예산에 편입되는 조세와는 달리, 각종 부담금 수입은 기금이나 특별회계예산에 편입되기 때문에 재정에 대한 국회의 민주적 통제기능을 상대적으로 약화시킬 우려가 있다. 즉, 정부가 관리·운영하는 각종 기금들은 모두 예산 외로 운용되고 있어서(예산회계법 제7조 제2항 참조) 국회의 예산심의·확정권 행사의 대상에서 벗어나 있을 뿐 아니라(기금관리기본법 제5조 참조), 정부의 모든 재정활동을 빠짐 없이 예산에 포함시키려는 예산총계주의원칙에도 중대한 예외를 이룬다. 한편, 특별회계는 국가에서 특

정한 사업을 운영할 때, 특정한 자금을 보유하여 운용할 때, 기타 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 처리할 필요가 있을 때에 법률로 설치하도록 되어 있는바(예산회계법 제9조 제2항), 그 수가 과다할 경우 정부의 재정구조를 복잡하게 만들어 재정운용의 투명성을 떨어뜨릴 수 있다. 무엇보다도, 기금이나 특별회계는 소위 '칸막이식 재정운용'을 통해 국가재정 전체의 관점에서 볼 때 우선순위가 떨어지는 사업이 추진되게 하거나 그 사업 운영이 방만하게 이루어지게 하는 등 재정운용의 비효율성을 초래하고, 그로써 국민에게 꼭 필요한 이상으로 공과금 부담을 지우는 결과를 가져올 염려가 있다.

(2) 이상의 사정들을 고려할 때, 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화에 있어서는 다음과 같은 요청들이 충족되어야 할 것으로 판단된다.

(가) 첫째, 부담금은 조세에 대한 관계에서 어디까지나 예외적으로만 인정되어야 하며, 어떤 공적 과제에 관한 재정조달을 조세로 할 것인지 아니면 부담금으로 할 것인지에 관하여 입법자의 자유로운 선택권을 허용하여서는 안 된다. 즉, 국가 등의 일반적 재정수입에 포함시켜 일반적 과제를 수행하는 데 사용할 목적이라면 반드시 조세의 형식으로 해야 하지, 거기에 부담금의 형식을 남용해서는 안 되는 것이다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830 참조).

(나) 둘째, 부담금 납부의무자는 재정조달 대상인 공적 과제에 대하여 일반 국민에 비해 '특별히 밀접한 관련성'을 가져야 한다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830; 헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2(하), 367, 380 등 참조). 당해 과제에 관하여 납부의무자 집단에게 특별한 재정책임이 인정되고 주로 그 부담금 수입이 납부의무자 집단에게 유용하게 사용될 때 위와 같은 관련성이 있다고 볼 것이다.

(다) 셋째, 이상과 같은 부담금의 예외적 성격과 특히 부담금이 제정에 대한 국회의 민주적 통제체계로부터 이탈하는 수단으로 남용될 위험성을 감안할 때, 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 정수의 타당성이나 적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사될 것이 요구된다고 하여야 한다.

라. 정책실현목적 부담금의 헌법적 정당화 요건

정책실현목적 부담금의 경우 재정조달목적은 오히려 부차적이고 그보다는 부과 자체를 통해 일정한 사회적·경제적 정책을 실현하려는 목적이 더 주된 경우가 많다. 이 때문에, 재정조달목적 부담금의 정당화 여부를 논함에 있어

서 고려되었던 사정들 중 일부는 정책실현목적 부담금의 경우에 똑같이 적용될 수 없다.

(1) 첫째로, 헌법이 예정하고 있는 기본적 재정질서에 터잡아 부담금에 대한 조세의 우선적 지위가 인정되는 것은 어디까지나 그 부과목적이 재정조달에 있는 경우라 할 것이며, 특정한 정책 실현에 목적을 둔 모든 경우에도 같다고 볼 것은 아니다. 공과금은 그 개념상 원래 국가 또는 지방자치단체의 재정수입을 목적으로 하는 것인데, 재정수입의 목적보다는 주로 특정한 경제적·사회적 정책을 실현할 목적에서 공과금을 부담시킬 수가 있는가 하는 것은 기본적 재정질서가 어떠한가와는 별개로 헌법적 쟁점이 되고 있으며, 그러한 한에서 공과금으로서의 조세와 부담금은 똑같은 문제상황에 처해 있기 때문이다.

(2) 둘째로, 조세평등주의는 담세능력에 따른 과세의 원칙을 예외 없이 절대적으로 관철시킬 것을 의미하지는 않으며, 합리적 이유가 있는 경우라면 납세자간의 차별취급도 예외적으로 허용될 수 있다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마 55, 판례집 11-2, 593, 608 참조). 마찬가지로, 부담금도 그 납부의무자에게 추가적인 공과금을 부담시킬 만한 합리적 이유가 있으면 공과금 부담의 형평성에 반하지 않는다. 그리고 바로 그러한 합리적 이유로서, 재정조달목적 부담금의 경우에는 납부의무자가 재정조달의 대상인 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 특별히 밀접한 관련성을 가질 것이 요구되는 것이다. 그런데 정책실현목적 부담금의 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 부담금의 부과가 상당한 사회적·경제적 정책목적을 실현하는 데 적절한 수단이라는 사실이 곧 합리적 이유를 구성할 여지가 많다. 그러므로 이 경우에는 ‘재정조달 대상인 공적 과제와 납부의무자 집단 사이에 존재하는 관련성’ 자체보다는 오히려 ‘재정조달 이전 단계에서 추구되는 특정 사회적·경제적 정책목적과 부담금의 부과 사이에 존재하는 상관관계’에 더 주목하게 된다. 따라서 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화에 있어서는 중요하게 고려되는 ‘재정조달 대상 공적 과제에 대한 납부의무자 집단의 특별한 재정책임 여부’ 내지 ‘납부의무자 집단에 대한 부담금의 유용한 사용 여부’ 등은 정책실현목적 부담금의 헌법적 정당화에 있어서는 그다지 결정적인 의미를 가지지 않는다고 할 것이다.

마. 기 타

부담금을 부과함에 있어서도 평등원칙이나 비례성원칙과 같은 기본권제한 입법의 한계가 준수되어야 한다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819,

830 참조). 그런데 이러한 평등원칙 및 비례성원칙의 준수 여부를 판단함에 있어 위에서 살펴본 내용들은 매우 중요한 고려사항이 된다고 할 것이다.

4. 수질개선부담금제도의 개요

가. 수질개선부담금의 도입 경위

1974. 8. 14. 개정된 식품위생법시행령(대통령령 제7224호) 제9조 제31호에서 처음으로 ‘보존음료수 제조업’을 허가업종에 포함시킨 이래 먹는샘물은 전량을 수출하거나 주한외국인에 판매하는 조건으로만 제조가 허가되었다. 그러다가 86년 아시안 게임과 88년 올림픽을 계기로 먹는샘물 국내시장이 음성적으로나마 본격적으로 형성되면서 먹는샘물의 국내시판 허용이 당국에 의해 긍정적으로 검토되기에 이르렀다. 그러나 1989년 수도물 중금속 파동, 1991년 낙동강 페놀 오염 사건 등이 잇달아 발생하자, 먹는샘물의 국내시판 허용은 수도물에 대한 국민의 불신을 가중시킬 수 있다는 이유로 유보되었고, 이후 당국의 방침은 국내시판의 허용과 그 유보 사이에서 오락가락하였다. 그러던 중 1994. 3. 8. 먹는샘물의 국내시판 금지는 국민의 행복추구권 및 직업의 자유를 과도하게 침해한다는 대법원 판결(대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결, 공94, 1195)이 나오고, 1994년 초 다시 낙동강 유기용제 오염 사건 등이 발생함에 따라 먹는샘물 판매량은 급증하였다. 이를 계기로 정부는 1994. 5. 종전에 보건사회부가 담당하던 먹는샘물 관리업무를 환경부로 이관하고 여러 부처에 흩어져 있던 수질관리업무를 환경부로 일원화하였으며, 1995. 1. 5. 마침내 먹는물관리법(법률 제4908호)의 제정을 통하여 먹는샘물의 국내시판을 법적으로 허용하는 한편, 무분별한 지하수 개발 방지와 먹는물에 대한 합리적인 수질관리를 도모하기에 이르렀다.

수질개선부담금은 1995년 먹는물관리법의 제정과 동시에 처음으로 도입된 제도이며, 공공의 지하수자원을 보호하고 먹는물의 수질개선에 기여하게 함을 부과목적으로서 표방하고 있다.

나. 수질개선부담금의 납부의무자 및 부과대상

수질개선부담금의 납부의무자는 먹는샘물 제조업자, 먹는샘물 수입판매업자 기타 샘물개발허가를 받은 자이며(법 제28조 제1항), 수질개선부담금 부과 대상은 이들이 ‘제조 또는 수입하여 판매한 먹는샘물’과 ‘샘물을 원료로 제조하여 판매한 제품’이다(법시행령 제9조 제1항). 단, ‘수출하는 것’과 ‘우리나라에 주재하는 외국군대 또는 주한외국공관에 납품하는 것’은 수질개선부담금 부과 대상에서 제외된다(법시행령 제9조 제2항).

다. 부담금의 산정방법

(1) 먹는샘물의 제조업자·수입판매업자에 대하여는 먹는샘물의 평균판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 부담금이 부과되고, 기타 샘물개발허가를 받은 자에 대하여는 샘물을 사용한 제품의 판매가격에서 샘물이 차지하는 원가의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 바에 따라 부담금이 부과된다(법 제28조 제1항 단서).

(2) 먹는샘물의 제조업자·수입판매업자의 경우 부담금산정의 기준이 되는 평균판매가액이란 제조업자등이 판매한 먹는샘물의 용량규격별 가격을 평균한 가격(이하 '평균가격'이라 한다)에 용량규격별 판매수량을 곱한 금액을 말한다(법시행령 제9조의2 제1항).

평균가격은 먹는샘물 제조업자에 관한 것과 먹는샘물 수입판매업자에 관한 것을 따로 따로 산정하는데, 구체적으로는 전년도에 판매한 먹는샘물의 용량규격별 각 사업자의 평균판매단가(혹은 평균단가)를 합산한 금액을 당해 용량규격의 먹는샘물을 판매한 사업자의 수로 나누어 산정한다(법시행령 제9조의2 제2항). 이 때에 전체 사업자 평균가격의 100분의 30을 초과하거나 미달하는 사업자의 평균단가는 평균가격의 산정에 있어서 제외된다(법시행령 제9조의2 제4항 본문).

한편, 기타 샘물개발허가를 받은 자의 경우 부담금산정의 기준이 되는 판매원가는 샘물을 채수하는 데 필요한 표준전력비, 지역개발세, 평균정수처리비용 등을 바탕으로 하여 산정된다(법시행령 제9조의3).

(3) 구체적인 부담금 부과율은 먹는샘물 제조업자 및 먹는샘물 수입판매업자의 경우에는 평균판매가액의 1천분의 75(7.5%)이고, 기타 샘물개발허가를 받은 자의 경우에는 샘물을 사용한 제품의 판매가격에서 샘물이 차지하는 원가의 1천분의 75(7.5%)이다(법시행령 제8조).

라. 수질개선부담금의 용도 등

(1) 환경개선특별회계에 편입

부담금 및 그 체납시 징수되는 가산금은 환경개선특별회계에 편입된다(법 제28조 제4항).

(2) 징수금 일부의 지방자치단체에의 교부

환경부장관이 시·도지사에게 부담금 및 가산금의 부과·징수를 위임한 경우에는 징수액의 100분의 20을 징수비용으로 교부하여야 한다(법 제28조 제6항, 법시행령 제13조 제1항). 또한 먹는샘물제조업자 및 샘물개발허가를 받은

자로부터 징수한 부담금 및 가산금에서 위 징수비용을 교부한 나머지 금액의 100분의 50은 당해 취수정이 위치한 시·군 또는 자치구에 교부하여야 한다(법 제28조 제5항, 범시행령 제13조 제2항).

(3) 수질개선부담금의 용도에 대한 제한

수질개선부담금에서 징수비용으로 교부된 금액은 당해 수질개선부담금의 부과·징수에 소요되는 경비로 사용하여야 하고, 그 외는 다음의 용도에 한하여 이를 사용해야 한다(법 제28조의2).

① 환경부장관은 먹는물의 수질기준을 정하여 이를 보급하는 등 먹는물의 수질관리를 위하여 필요한 시책을 마련하여야 하는바, 그러한 수질관리시책 사업비를 지원하는 용도

② 환경부장관 또는 시·도지사는 먹는물에 대한 수질검사를 실시하여야 하는바, 그러한 수질검사실시비용을 지원하는 용도

③ 기타 공공의 지하수자원을 보호하기 위하여 대통령령이 정하는 용도(이에 해당하는 용도로서, 범시행령 제13조의2는 구체적으로 ‘지하수법 제12조의 규정에 의한 지하수보전구역의 지정을 위한 조사의 실시’ 및 ‘지하수자원의 개발·이용 및 보전·관리를 위한 기초조사와 복구사업의 실시’를 들고 있다.)

마. 수질개선부담금의 법적 성격

부담금관리기본법은 제3조에서 “부담금은 별표에 규정된 법률의 규정에 의하지 아니하고는 이를 설치할 수 없다.”라고 규정하고, 별표 제44호에서 “먹는물관리법 제28조의 규정에 의한 수질개선부담금”을 동법에서 말하는 부담금 중 하나로서 열거하고 있다. 그러나 어떤 공과금이 조세인지 아니면 부담금인지는 단순히 법률에서 그것을 무엇으로 성격 규정하고 있는냐를 기준으로 할 것이 아니라, 그 실질적인 내용을 결정적인 기준으로 삼아야 한다.

살피건대, 수질개선부담금은 공공의 지하수 자원을 보호하고 먹는물의 수질개선에 기여하게 한다는 특정한 공적 과제를 위하여 반대급부 없이 부과되며, 그 지출 용도가 매우 제한적으로 설정되어 있고(법 제28조의2), 위 행정과제와의 관련성을 매개로 특정 부류의 사람들에 대해서만 부과되는 점에서 그 이념과 기능이 조세의 그것과 실질적으로 구별되므로 부담금에 해당한다.

5. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 평등원칙 위반 여부

(1) 이 사건 법률조항이 먹는샘물 수입판매업자에게 수질개선부담금을 부

과하는 것은, 수돗물과 마찬가지로 음용수로 사용된다는 점에서 수돗물과 대체적·경제적 관계 있는 수입 먹는샘물이 음용수로 증가함으로써 수돗물을 음용수로 이용하는 사람의 수가 감소하게 되어 상수도 보급확대, 시설개량 및 수돗물 수질개선에 관한 정부의 정책 유인이 감소되어 장기적으로는 먹는물의 일종인 수돗물의 수질 저하가 야기되는 것을 방지하기 위하여 수돗물과 대체관계에 있는 수입 먹는샘물의 보급 및 소비를 상대적으로 억제하고 징수된 부담금으로 수돗물 수질개선이라는 환경정책 실현을 위한 재원을 마련함으로써 국가가 수돗물의 질을 개선하여 저렴하게 공급하는 수돗물 우선정책을 달성하는데 밀접한 관련이 있으므로 그 내용상으로는 환경에 관한 부담금이고, 그 기능상으로는 정책실행목적의 유도적 부담금이라 할 것이다.

따라서, 먹는샘물 수입판매업자에게 추가적으로 수질개선부담금을 부과하는 것에 합리적 이유가 있는지 여부를 판단하는데 있어서는 특별한 사정이 없는 한 부담금의 부과가 정당한 사회적·경제적 정책목적을 실현하는 데 적절한 수단인지 여부를 살펴보는 것으로 충분하고, 달리 납부의무자에게 재정조달의 대상인 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 특별한 재정책임이 인정되는지 여부 혹은 그러한 부담금의 수입이 납부의무자의 집단이익을 위하여 사용되는지 여부 등은 살펴볼 필요가 없다 할 것이다.

(2) 먹는샘물 수입판매업자도 다른 일반국민과 마찬가지로 국가에 대하여 납세의무를 부담하고 있음에도 이 사건 법률조항은 일반국민은 부담하지 않는 수질개선부담금이라는 조세외적 공과금을 먹는샘물 수입판매업자에게 부담시키고 있는데, 이러한 선별적 부담금 부과에 합리적 이유가 있는지 살펴본다.

살피건대, 우리 재판소는 1998. 12. 24. 선고한 98헌가1 결정에서 구 먹는물 관리법(1995. 1. 5. 법률 제4908호로 제정되고 1997. 8. 28. 법률 제5394호로 개정되기 전의 것) 제28조 제1항 중 먹는샘물 제조업자에 관한 부분의 위헌 여부를 심사하면서 다음과 같이 판시한 바 있다.

“음용수에 관하여 수돗물 우선정책을 추진할 것인지, 수돗물과 먹는샘물 간에 자유경쟁관계를 유지할 것인지, 혹은 먹는샘물 우선정책을 채택할 것인지는 중요한 정책의 과제로서 국가의 정책형성권에 맡겨져 있다 할 것이므로, 국가는 합리적이라고 판단되는 음용수 정책을 선택하여 시행할 수 있는 것이다. 현재 우리나라는 국가가 수돗물의 질을 개선하여 저렴하게 공급한다는 수돗물 우선정책을 택하고 있는바, 우리나라의 자연환경, 수자원의 현황, 국민의

소득수준 등의 여러 요소와 사정을 종합적으로 고려하여 수돗물 우선정책을 선택한 국가의 판단이 명백히 자의적이거나 불합리하다고 보이지 아니한다면 원칙적으로 존중되어야 하는 것이다. 먹는샘물은 수돗물과 마찬가지로 음용수로 사용된다는 점에서 수돗물과 대체적·경쟁적 관계에 있어서, 먹는샘물이 음용수로 보편화되면 그만큼 수돗물 정책이 위축되는 관계에 있다. 국가의 수돗물 우선정책과 병행하여 민간기업이 먹는샘물의 개발과 보급에 대거 참여한다면 음용수에 대한 투자가 중복되어 국가자원 배분의 효율성 면에서도 바람직하지 아니하다. ... 수돗물은 가격 면에서 먹는샘물에 비하여 현저히 저렴하다. 그리하여 국민의 대다수가 수돗물을 음용수로 이용하고 있는 상황에서 ... 수돗물 우선정책이 포기되거나 제대로 실현되지 아니한다면 수돗물을 이용하는 대다수 국민의 먹는물 비용부담을 증가시키게 되고, 특히 먹는샘물을 선택할 경제적 능력이 부족한 저소득층 국민들은 질 낮은 수돗물을 마시지 아니할 수 없는 결과를 초래하게 된다.”

이러한 판시는 먹는샘물의 수입판매업자에 관한 이 사건 법률조항의 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다 할 것이다. 즉, 우리나라의 자연환경, 수자원의 현황, 국민의 소득수준 등의 여러 요소와 사정을 종합적으로 고려할 때 음용수에 관하여 국가가 수돗물 우선정책을 추진하는 것은 합리적인 정책형성권 행사로서 존중되어야 할 것인데, 수돗물과 대체적·경쟁적 관계에 있는 수입 먹는샘물이 음용수로 사용되는 것이 증가하면 그만큼 수돗물 우선정책은 위축되게 되고, 이는 자원배분의 효율성 면에서도 바람직하지 않고, 나아가 수입 먹는샘물을 선택할 경제적 능력이 부족한 저소득층 국민들로 하여금 질 낮은 수돗물을 마시지 않을 수 없게 하는 결과를 초래할 것이므로, 먹는샘물 수입판매업자에게 수질개선부담금을 부과하는 것은 수돗물 우선정책에 반하는 수입 먹는샘물의 보급 및 소비를 억제하도록 간접적으로 유도함으로써 궁극적으로는 수돗물의 질을 개선하고 이를 국민에게 저렴하게 공급하려는 정당한 국가정책이 원활하게 실현될 수 있게 하기 위한 적절한 수단이라 할 것이다.

입법자는 이와 같은 사정들을 종합적으로 고려하여 먹는샘물의 수입판매업자에게 수질개선부담금을 선별적으로 부과한 것이므로 거기에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이어서 평등원칙에 위배되는 것이라 볼 수 없다.

(3) 국내 지하수자원을 개발·이용하는 먹는샘물 제조업자와는 달리 외국의 먹는샘물 완제품을 수입하여 판매하는 수입판매업자는 우리나라의 지하수

자원을 고갈시키거나 환경오염을 유발할 우려가 없음에도 먹는샘물 제조업자와 똑같은 비율의 수질개선부담금을 부과하는 것은 ‘다른 것을 갈게’ 취급하는 것으로서 평등원칙에 반하는 것인지 여부에 관하여 살펴본다.

먹는샘물은 수입된 것이거나 국내에서 제조된 것이거나 상관없이 모두 음용수로 사용되는 면에서는 수도물과 대체적·경쟁적 관계에 있기 때문에 먹는샘물이 음용수로 사용되는 것이 증가하면 그만큼 수도물 우선정책은 위축될 뿐만 아니라, 수도물은 가격면에서 먹는샘물에 비하여 현저히 저렴하므로 국민의 대다수가 수도물을 음용수로 이용하고 있는 상황에서 수도물 우선정책이 포기되거나 제대로 실현되지 아니한다면 수도물을 이용하는 대다수 국민의 먹는물 비용부담을 증가시키게 되고, 특히 먹는샘물을 선택할 경제적 능력이 부족한 저소득층 국민들은 질 낮은 수도물을 마시지 아니할 수 없는 결과를 초래하게 되므로, 결국 먹는샘물 수입판매업자와 먹는샘물 제조업자는 모두 국가의 수도물 우선 정책에 직접적이고도 상반되는 이해관계를 가지면서 그에 특별한 위험을 야기하는 집단으로서 수질개선부담금을 부과할만한 특별한 관계에 있다는 점에서 동일하다고 할 것이다.

또한, 이 사건 법률조항 자체는 먹는샘물 수입판매업자와 먹는샘물 제조업자에 대하여 먹는샘물의 평균판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 부담금을 부과·징수한다고 규정하고 있을 뿐 양자에게 동일한 부과율로 부담금을 부과·징수하도록 규정하고 있지는 않으므로, 먹는샘물 수입판매업자와 먹는샘물 제조업자를 갈게 취급하였다고 볼 수 없다. 이 사건 법률조항의 위임을 받은 법시행령 제8조에서 먹는샘물 수입판매업자와 먹는샘물 제조업자에 대한 수질개선부담금의 부과율을 동일하게 규정하고 있다고 하더라도 이것은 대통령령의 위헌여부의 문제일 뿐 이 사건 법률조항 자체의 위헌문제는 아니라고 할 것이다.

따라서, 이 사건 법률조항이 먹는샘물 수입판매업자와 먹는샘물 제조업자에 대하여 먹는샘물의 평균판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 부담금을 부과·징수하도록 한 것은 ‘다른 것을 갈게’ 취급한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로, 평등원칙에 위배된다고 할 수 없다.

나. 비례성원칙 위반 여부

(1) 이 사건 법률조항에 의한 수질개선부담금은 직접적으로는 먹는샘물 수입판매업자의 직업의 자유와 재산권을, 간접적으로는 수입된 먹는샘물을 소비하고자 하는 국민의 행복추구권을 제한하는 의미가 있다. 그런데 이러한 제

한은 헌법 제37조 제2항에 따라 비례성의 원칙에 부합할 것이 요구된다.

(2) 살피건대, 이 사건 법률조항은 먹는물의 수질에 관한 국가의 일원화되고 합리적인 관리를 재정적으로 뒷받침하는 한편, 수도물 우선정책이 원활하게 실현될 수 있게 하여 궁극적으로는 국민이 질 좋은 수도물을 저렴하게 공급받을 수 있도록 함을 목적으로 한다고 할 것인바, 이러한 입법목적은 정당하다.

(3) 다음으로, 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 이 사건 법률조항이 선택한 방법, 즉 먹는샘물 수입판매업자에게 평균판매가액을 기준으로 수질개선부담금을 부과하는 것이 과연 적정한지에 관하여 본다.

헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 함으로써 국민의 환경권과 국가의 환경보전 노력의무를 규정하고 있다. 또한 헌법 제119조 제2항은 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 헌법 제120조 제2항은 “국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 규정들은 환경 및 경제에 관한 국가적 규제와 조정을 뒷받침하는 헌법적 근거가 된다. 그리하여 국가는 국민, 특히 저소득층 국민에게 질 좋은 수도물을 저렴하게 공급할 수 있기 위한 정책 및 음용수에 관한 국가자원배분의 효율성을 제고할 수 있기 위한 정책을 실현하는데 적합한 방향으로 국민의 경제활동을 유도함과 아울러 그러한 정책의 실현에 소요되는 재원을 마련하기 위하여 수질개선부담금과 같은 환경부담금을 부과·징수하는 방법을 선택할 수 있는 것이다.

한편, 먹는샘물은 수도물과 마찬가지로 음용수로 사용된다는 점에서 수도물과 대체적·경쟁적 관계에 있어서 먹는샘물이 음용수로 보편화되면 그만큼 수도물 우선정책이 위축되는데, 먹는샘물을 수입하여 판매함으로써 수도물 우선정책에 특별한 위험을 야기하는 수입판매업자에 대하여 수질개선부담금을 부과하기로 한 것은 부과대상자의 선정의 측면에서 적정하다고 할 수 있다.

또한 이 사건 법률조항에 따라 징수한 수질개선부담금은 조세와는 달리 국가의 일반세입으로 들어가지 않고, 환경개선특별회계의 세입으로 편입된다.

이 회계의 세입은 환경개선특별회계법 제4조에 따라 수도물 수질개선과 같은 국가환경개선사업, 지방자치단체의 환경개선사업 지원 등의 용도로 사용된다.

그렇다면 이 사건 법률조항에 의한 수질개선부담금제도는 규제의 형식, 규제를 받는 대상자의 선정, 징수된 부담금의 사용 등 어느 면에서 보아도 먹는 물의 수질개선 및 수도물 우선정책의 실현이라는 입법목적 달성을 위하여 선택한 적절한 수단이라고 인정된다.

(4) 끝으로, 먹는샘물의 평균판매가액을 기준으로 최고 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 부담금을 부과·징수하도록 한 것이 입법목적 달성에 필요한 정도를 벗어난 과잉징수인지 여부를 본다.

이 사건 법률조항은 단지 부담금의 부과 및 그것의 가격에의 반영을 통해 먹는샘물의 수입판매 및 소비를 간접적으로 규제하는 데 그치고 있을 뿐, 이를 원천적으로 봉쇄하고 있지는 않다. 한편, 수질개선부담금은 먹는샘물의 보급 및 소비를 억제함으로써 수도물 우선정책의 원활한 실현을 가능하게 하고 아울러 먹는물의 수질개선에 소요되는 재정을 마련하기 위한 것인바, 입법자는 이러한 공익목적과 국민의 사익을 적절히 형량하여 합리적이라고 판단되는 부과율을 책정할 수 있다 할 것이고, 그렇게 책정된 부과율은 현저히 자의적이거나 불합리하지 않은 한 존중되어야 한다.

실제로 이 사건 법률조항은 먹는샘물 수입판매업자에 대한 구체적인 부과율을 평균판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하도록 위임하고 있고, 그에 기하여 법시행령 제8조는 이를 1천분의 75(7.5%)로 정하고 있다. 그런데 이러한 부과율 자체가 현저히 불합리하거나 위헌이라고 볼 정도로 지나치게 높다고 단정하기는 어렵다.

또한 부담금관리기본법 제7조에 의하면 기획예산처장관은 매년 부담금의 부과실적 및 사용명세 등이 포함된 부담금운용종합보고서를 작성하여 국회에 제출하도록 되어 있다. 이에 의하여 수질개선부담금 징수의 타당성이나 적정성은 매년 입법자의 지속적인 심사 하에 놓여 있다.

이러한 점들을 감안할 때, 먹는샘물의 수입판매 및 소비 자체는 허용하면서 단지 평균판매가액의 최고 100분의 20의 한도에서 부담금을 부과하도록 한 이 사건 법률조항을 두고 헌법재판소가 관여할 정도로 현저히 자의적이거나 과도한 비율의 부담금을 책정한 것이라고 볼 수 없다.

(5) 그렇다면 이 사건 법률조항은 먹는샘물 수입판매업자의 직업의 자유와 재산권, 국민의 행복추구권을 필요 이상으로 지나치게 제약함으로써 헌법에

위반되는 것이라고는 볼 수 없다.

6. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

7. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대의견 우리는 다음과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

가. 준조세적 성격을 가진 부담금은 자칫 공과금 부담의 형평성을 훼손하고 국회의 재정통제권을 무력화시킬 수 있기 때문에, 납부의무자가 특정한 공적 과제에 대하여 일반국민에 비해 특별히 밀접한 관련성이 있는 경우에 예외적으로 최소한의 범위 내에서 허용되어야 하며, 그 위헌성은 엄격하게 심사되어야 한다.

다만 부담금이 재정조달 목적뿐 아니라 정책실현 목적도 함께 가지는 경우에는 그 정당화 요건은 부분적으로 완화된다고 할 것인바, 다수의견은 먹는샘물 수입판매업자에 대해 부과되는 이 사건 부담금의 경우 재정조달 목적 이외에 원활한 수도물 우선정책의 실현 목적도 있는 것으로 파악하고 있다. 그러나 우리는 이 사건 부담금이 정책실현 목적은 인정하기 어렵고 오로지 재정조달에 주된 목적이 있는 것으로 본다.

즉, 2001. 12. 31.에 제정된 부담금관리기본법에 의하면, 부담금의 설치목적은 부담금 부과에 근거가 되는 법률에 명확하게 규정되어야 하고(제4조), 부담금의 부과는 그러한 설치목적의 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 공정하고 투명하게 이루어지도록 되어 있다(제5조). 이는 부담금의 설치목적이 모호하거나 지나치게 광범위하여 불명확할 경우 부과목적과 부과요건 사이의 합리적 연관성을 파악하기 어려워지고 그 결과 행정청의 자의가 개입될 여지가 커지기 때문으로서, 부담금의 예외적 성격 등으로부터 당연히 도출되는 내재적 한계를 반영한 것이라고 할 것이다.

이러한 관점에서 볼 때, 수질개선부담금의 근거가 되는 이 사건 법률조항은 단지 “공공의 지하수자원을 보호하고 먹는물의 수질개선에 기여하게 하기 위하여”라고 설치목적의 밝히고 있으므로, 이러한 범문에 명시된 목적과 전혀 동떨어진 것은 부담금을 부과하는 적법한 목적으로 볼 수 없다.

또한 우리 재판소 98헌가1 결정에서는 “먹는샘물과 수도물 사이의 대체적

관계” 및 “국가의 수도물 우선정책” 등을 주요하게 고려하고 있기는 하나, 이는 국내의 지하수 자원으로 먹는샘물을 제조하는 경우를 전제로 한 논의로서, 그 의미는 어디까지나 ‘공공의 지하수 자원 보호 및 먹는물의 수질개선’이라는 부담금 설치목적의 연장선상에서 제한적으로 파악되어야 한다. 그러므로 위 결정에서 먹는샘물과 수도물이 대체적 관계에 있다고 한 것은 한정된 국내 수자원을 어디에 배분하고 어떤 형태로 소비할 것인가 하는 구체적 관점에서 볼 때 그렇다는 의미이지, 단순히 소비의 측면에서 대체제 관계에 있음을 뜻하는 것으로 풀이할 것은 아니다. 또한 수도물 우선정책도 우리나라의 자연환경, 수자원의 현황, 국민의 소득수준 등의 여러 요소와 사정을 종합적으로 고려할 때, 국내 수자원을 효율적으로 관리하는 방안으로서 그 타당성이 인정된다고 한 것이지, 그와 무관하게 단순히 국민에게 먹는샘물 대신에 수도물을 마시도록 강권하는 차원에서 그 타당성이 있다고 본 것은 아니라고 할 것이다.

이렇게 볼 때에, 외국산 먹는샘물은 국내 지하수 자원을 개발·이용한 것이 아닌 탓에 국내 수자원의 배분이라는 측면에서는 수도물과 대체적 관계에 놓여 있지 않으며, 그 수입·판매는 국내 수자원을 효율적으로 관리하기 위한 방안으로서의 수도물 우선정책과 정면으로 상충되지도 않는다.

이에 대해 환경부장관은 수도물을 음용수로 이용하는 사람의 수가 감소할 경우 상수도 보급 확대, 시설개량 및 수도물 수질개선에 관한 정부의 정책 유인이 감소되어 장기적으로 수도물의 수질 저하와 중소도시 및 농어촌지역의 상수도 공급비용의 상승으로 이어질 것이라고 주장한다.

그러나 모든 국민이 양질의 물을 공급받을 수 있도록 수도에 관한 종합적인 계획을 수립하고 합리적인 시책을 강구하며 수도사업자에 대한 기술 및 재정지원에 노력하는 것은 국가가 해야 하는 무조건적인 책무이다(수도법 제 2조 제1항 참조). 따라서 수도물을 먹는물로 이용하는 사람의 수가 일부 감소된다고 하여 정부의 정책 유인이 감소한다는 것은 설득력이 떨어지고, 더구나 과거의 경험에 비추어 보면 먹는샘물의 소비가 수도물의 수질 저하로 이어졌다기보다는 오히려 수도물의 수질문제가 먹는샘물의 소비 증가를 야기한 측면이 더욱 강하다고 볼 수 있어 위와 같은 주장은 선뜻 받아들일 수 없다.

무릇 물은 생명 유지를 위한 필수품이며, 품질이 보장된 맑은 물을 마시고자 하는 것은 빈부와 상관없이 누구나 회구하는 바로서 인간의 가장 원초적인 생존의 욕구에 뿌리를 두고 있다. 먹는샘물이 비록 수도물에 비해 상대적

으로 고가품이라고는 하나, 그 효용은 어디까지나 일상생활상의 필요를 충족하는 데 있을 뿐, 남에게 드러내어 자신의 지위를 과시하는 데 있는 것도 아닙니다. 그러므로 오히려 정부가 확고한 의지로 수돗물의 수질을 제대로 관리해 나간다면, 단지 맑은 물을 소비하고자 하는 소박한 욕구 때문에 굳이 수돗물보다 몇 천배나 비싼(한 통계자료에 의하면 국산 먹는샘물의 경우에는 1,430배, 외국산 먹는샘물의 경우에는 3,068배 가량 비싸다고 한다) 먹는샘물을 사 먹을 필요가 없어질 것이다.

우리는 위와 같은 이유로, 수돗물 우선정책의 원활한 실현을 위해 수입판매업자에 대해 수질개선부담금을 부과한다는 논리가 타당하지 않다고 본다.

나아가, 외국산 먹는샘물의 완제품을 수입·판매하는 데에 대해 부담금을 부과한다고 하더라도 그것만으로 곧바로 국내 지하수 자원의 보호나 먹는물의 수질개선의 효과가 나타나는 것은 아니고, 이러한 효과는 오로지 그 부담금 수입을 지출하는 단계에서 비로소 기대할 수 있다. 이렇게 볼 때, 이 사건 부담금은 그 부과 자체로 추구되는 정당한 사회적·경제적 정책 실현 목적은 없고, 다만 ‘공공의 지하수자원을 보호하고 먹는물의 수질을 개선하는 데 소요되는 비용을 충당한다’는 재정조달 목적의 관점에서 그것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지만 문제될 뿐이라고 보아야 한다.

나. 그러나 이 사건 부담금은 아래와 같은 사유로 재정조달목적 부담금으로서 정당화되기 어렵다.

(1) 이 사건 법률조항에서 재정조달의 대상인 공적 과제는 ‘공공의 지하수 자원의 보호’와 ‘먹는물의 수질개선’ 두 가지이다.

이 중에서 먼저 공공의 지하수자원의 보호라는 과제에 관하여 보면, 먹는샘물 수입판매업자는 그에 대하여 특별히 밀접한 관련성을 가진다고 할 수 없다. 이들은 국내 지하수 자원을 이용하거나 훼손하지 않는 점에서 국내 지하수 자원 보호와 관련하여 이들에게 특별한 재정책임은 지을 근거가 없으며, 또한 지하수 자원 보호사업을 위한 재정지출이 이들에게만 특별히 유용한 것도 아니기 때문이다. 그러므로 공공의 지하수 자원의 보호에 필요한 재정을 조달한다는 목적에 관한 한, 일반국민과 달리 유독 먹는샘물 수입판매업자에게 이 사건 부담금을 추가적으로 부담시킬 합리적인 이유가 없다.

다음으로, 수입 먹는샘물 이외의 먹는물, 그 중에서도 특히 수돗물의 수질개선의 과제는 1995년 먹는물관리법의 제정에 의해 먹는샘물의 수입판매가 처음으로 허용되기 훨씬 이전부터 국가나 지방자치단체가 부담하고 있던 일

반적 과제에 속한다. 즉, 1961. 12. 31. 법률 제939호로 제정된 수도법 제6조에서 이미 수도사업 공영의 원칙을 선언하였고, 1993. 12. 27. 법률 제4627호로 개정된 수도법 제2조 제1항에서 모든 국민이 양질의 물을 공급받을 수 있도록 수도에 관한 종합적인 계획을 수립하고 합리적인 시책을 강구하여야 할 국가의 책무를 규정한 이래 오늘에 이르고 있다. 그러므로 수입 먹는샘물 이외의 먹는물의 수질개선에 관한 한, 특별한 공적 과제로 접근할 사안이 아니라 전체 국민에 관련되어 있는 일반적 과제로 인식되어야 하므로, 먹는샘물 수입판매업자들에게 특별한 재정책임을 인정하기는 어렵다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 합리적 이유 없이 수입판매업자에 대하여 조세외적 부담금을 추가로 부담시킴으로써 공과금 부담의 형평성을 훼손한다고 할 것이므로 평등원칙에 위배된다.

(2) 나아가, 먹는샘물 수입판매업자에게 평균판매가액의 100분의 20의 범위 안에서 대통령령이 정하는 율에 따라 산정된 수질개선부담금을 부과할 수 있도록 한 것도 비례성원칙에 부합하지 않는다고 본다.

수입 먹는샘물은 그 이외의 먹는물에 비하여 수질개선사업의 범위가 훨씬 제한적이라고 보아야 한다. 가령 국산 먹는샘물의 경우에는 수질개선사업이 그 원수(原水)의 수질개선에 관한 것을 포함할 여지가 있는 데 반하여, 외국산 먹는샘물의 경우에는 이미 완제품의 형태로 수입되기 때문에 그 수질개선사업은 사실상 수질검사 및 유통관리에 국한될 수밖에 없다.

그런데 관계법령의 규정을 보면, 수질검사나 유통관리에는 재정적 소요가 그다지 크지 않다. 즉, 먹는샘물을 수입하고자 하는 자는 수입신고시에 수질검사서사본 등을 제출할 것을 요구받고 있다(법 제23조 제1항, 법시행규칙 제14조 제1항 참조). 환경부장관은 신고된 먹는샘물에 대하여 통관절차 완료 전에 관계공무원 등으로 하여금 필요한 검사를 하게 할 수 있으나(법 제23조 제2항), 구체적으로는 정밀검사를 실시하여 적합 판정을 받은 동일회사 동일제품에 대하여는, 그것이 국내에서 유통중 검사에서 부적합 판정을 받거나 하는 등의 사정이 없는 한, 6개월 동안은 현품의 색상·색깔·맛·냄새 등에 의한 관능검사만으로 족한 것으로 되어 있다(법시행규칙 제14조 제2항, 별표5 제1호 참조). 게다가 1회 정밀검사 비용도 대략 20여 만 원 정도에 불과한 것으로 추산된다. 또한 적합 판정을 받은 제품은 환경부장관이 고시한 보존방법, 유통기한 등을 따를 것이 요구되는 외에는(법 제29조 참조), 특별한 사정이 없는 한, 달리 검사의 대상이 되지 않는다(법 제34조 제1항 참조).

그리하여 수입 먹는샘물 자체의 수질개선사업에 소요되는 재정은 매우 미미할 것으로 보이고, 실제로 먹는샘물 수입판매업자에게서 거둔 이 사건 부담금은 환경개선특별회계에 편입되어 그 세입의 일부를 이루지만 동 특별회계의 세입 중 정작 수입 먹는샘물과 관련하여 별도로 지출되는 금액은 거의 전무한 실정이다.

그럼에도 불구하고 먹는샘물 수입판매업자들은 이 사건 법률조항에 의하여 매분기마다 평균판매가액의 최고 100분의 20의 비율 범위 내에서 수질개선부담금을 고정적으로 납부하도록 되어 있는바, 이는 먹는샘물 수입판매업자들의 기업활동의 자유나 재산권을 필요 이상으로 지나치게 제약하는 것으로, 비례성의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

다. 이상과 같은 이유로, 이 사건 법률조항에 대하여는 평등원칙 및 비례성 원칙 위반을 인정할 수 있으므로 위헌임을 선언하여야 한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일
송인준(주심) 주선희 전효숙 이상경

산림법 제90조의3 제1항 등 위헌소원

(2004. 7. 15. 2002헌바47 전원재판부)

【판시사항】

1. 광업권자가 석재를 채취하는 경우에도 국유림의 경우 토석매매 계약을 체결하도록 하는 구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제90조의3 제1항 중 계약체결에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

2. 기존 광업권자의 경우 산림청장이 따로 고시하는 광구에 한하여 위 계약체결을 한 것으로 보도록 규정하고 있는 법 부칙 제6조 제1항 중 계약체결에 관한 부분이 포괄위임입법금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 위 부칙조항이 명확성 원칙에 위반되는지 여부(소극)

4. 위 부칙조항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 광업권이 미치는 범위는 어디까지나 광물을 채굴·취득하기 위한 한도내에서만 인정되는 것일 뿐, 암석에 광물이 포함되어 있음을 기화로 그와 같은 광물이 포함되어 있는 광석을 석재용으로 판매하기 위하여 채취하는 것은 광업권 설정의 목적을 벗어나는 것으로서 광업권의 범위에 속하지 아니한다. 광업권자라고 하더라도 광물이 함유되어 있는 광석을 석재로 사용·판매하기 위하여 채취하고자 하는 경우에는 광업권으로서 보호받아야 할 범위를 벗어나는 것이므로, 그 채취가 국유림에서 행해지는 것이라면 마땅히 법 제87조 제1항에 따라 토석의 매매계약을 체결하여야 할 것이고, 법 제90조의3 제1항 중 계약체결에 관한 부분은 이러한 당연한 법리를 재확인한 것에 불과하다.

따라서 위 법률조항은 청구인의 재산권인 광업권을 제한하는 것을 내용으로 하는 조항으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 밖에 다른 기

본권에 대한 제한을 내용으로 하고 있지도 아니하므로, 위 법률조항이 헌법상의 재산권 보장, 기본권의 본질적 내용 침해금지, 소급입법에 의한 재산권박탈 금지의 원칙 등에 위반된다고 볼 수 없다.

2. 법 부칙 제6조 제1항 중 계약체결에 관한 부분은 산림청장에 대하여 계약체결의제(擬制)의 대상이 되는 광구를 구체적으로 지정할 수 있는 권한을 부여하고 그 지정된 광구를 고시하도록 하는 규정으로 해석해야 할 것이고, 이와 달리 산림청장으로 하여금 ‘고시’라는 입법형식을 통하여 계약체결의제의 대상이 되는 광구에 관한 기준을 정립하도록 입법위임을 하고 있는 것으로 볼 수 없다.

따라서 위 법률조항이 입법위임을 내용으로 하고 있는 것임을 전제로 하여 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다는 주장은 받아들이기 어렵다.

3. 위 법률조항이 법치국가원리에서 파생되는 명확성원칙을 충족시키는지 여부가 문제되는바, 법률이 행정부에 대한 수권을 내용으로 하는 것이라면 수권의 목적, 내용 및 범위를 명확하게 규정함으로써 행정청의 자의적인 법적용을 배제할 수 있는 객관적인 기준을 제시하고, 국민으로 하여금 행정청의 행위를 어느 정도 예견할 수 있도록 하여야 한다.

이 사건의 경우 법 제1조의 입법목적과 법 제90조의2 제6항이 규정하고 있는 기준 나아가 법시행령 제79조 제2항을 아울러 참작하여 보면, 위 법률조항의 취지는 산림청장이 계약체결의제의 대상이 되는 광구를 지정함에 있어 채석으로 인한 산림파괴 및 자연환경의 훼손·오염의 방지, 문화재 및 중요 시설의 보호 등 공익의 보호를 염두에 두고, 기존 광구의 위치, 채광 광물이나 석재의 종류, 채취량, 채취작업으로 인하여 주변지역에 미치게 될 영향 등을 종합적으로 고려하여 계약체결의제의 혜택을 부여할 것인지의 여부를 결정하도록 한 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 비록 위 법률조항이 광구의 지정·고시에 관한 기준을 세부적이고 구체적으로 규정하고 있지 않다고 하더라도, 헌법상 명확성원칙에 위배되지 아니하고, 나아가 헌법상 권력분립의 원리 및 법치주의의 원리에도 위배되지 아니한다.

4. 청구인의 주장과 같이 산림청장이 고시하는 광구에 포함되는지

여부에 따라 기존 광업권자의 보호에 차별이 발생하는 것은 사실이나, 위 법률조항이 법집행자인 산림청장이 광구의 지정에 대하여 아무런 기준 없이 자의적으로 법적용을 할 수 있을 정도의 광범위한 재량권을 부여하고 있는 것이 아닌 이상, 위 법률조항의 집행에 따라 현실적으로 발생하는 차별은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 것이므로 위 법률조항이 평등의 원칙에 위반되는 것으로도 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 제90조의3(광구 안에서의 채석)
 ① 광업법의 규정에 의한 장석 또는 규석을 채광하기 위하여 채광계획인가를 받은 광업권자 또는 조광권자가 그 인가를 받은 광구 안에서 당해 광물이 함유되어 있는 광석을 석재로 사용 또는 판매하기 위하여 채취하고자 하는 경우에는 다음 각호의 구분에 따라 계약을 체결하거나 허가를 받아야 한다.

- 1. 국유림 : 제87조의 규정에 의한 산림청장과의 토석의 매매계약
- 2. 공유림 및 사유림 : 제90조의2 제1항의 규정에 의한 채석허가

② 생략

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 부칙 제6조(채광계획인가를 받은 자의 채석허가에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 광업법의 규정에 의하여 장석 또는 규석을 채광하기 위한 채광계획인가를 받아 당해 광물이 포함되어 있는 광석을 석재로 사용 또는 판매하기 위하여 채취하고 있는 자에 대하여는 산림청장이 따로 고시하는 광구에 한하여 그 인가기간의 범위 안에서 제90조의3 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하거나 채석허가를 받은 것으로 본다.

② 생략

【참조조문】

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 산림자원의 증식과 입업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 입업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 제5조(권한의 위임·위탁) ① 산림청장은 이 법에 규정된 그 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 서울특별시·직할시·도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 문화재관리국장 또는 영림서장에게 위임할 수 있으며, 위임받은 시·도지사 또는 영림서장은 위임권자의 승인을 얻어 그 권한의 일부를 시장·군수·자치구의 구청장(이하 “시장·군수”라 한다) 또는 영림서관리소장

에게 재위임할 수 있다.

② 생략

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 제87조(토석의 매각) ① 산림청장은 대통령령이 정하는 바에 따라 국유림안의 석재·니탄·점토 등의 토석을 매각하거나 무상양여 등의 처분을 할 수 있다.

② 생략

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 제90조의2(채석허가 등) ① 산림안에서 제2조 제1항 제2호 나목의 토석 중 건축용석재(쇄골재를 포함한다)·석공예 또는 토목용으로 사용할 가치가 있는 암석(이하 “석재”라 한다)을 굴취·채취하고자 하는 자는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장·군수의 채석허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 농림수산부령이 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장·군수에게 신고하여야 한다.

②~③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자로서 대통령이 정하는 일정규모이상의 면적에 대하여 허가를 받고자 하는 자는 제2항 단서의 규정에 의한 전문조사기관에 채석의 타당성에 관한 평가를 의뢰하여야 한다.

⑤ 생략

⑥ 시장·군수는 제1항의 규정에 의한 허가를 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 하여서는 아니된다.

1. 허가를 신청받은 지역이 국토 및 자연의 보전, 문화재 및 국가의 중요한 시설의 보호 기타 공익상 허가를 하여서는 아니될 지역으로서 대통령이 정하는 지역
2. 제4항의 규정에 의한 전문조사기관의 평가결과 채석의 타당성이 없다고 판단된 경우

⑦~⑧ 생략

【참조판례】

2. 헌재 2001. 6. 28. 99헌바34, 판례집 13-1, 1255, 1261
3. 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16
4. 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 17

【당 사 자】

청 구 인 오귀선

대리인 변호사 김 훈

당해사건 대구고등법원 2001누2066 국유림내토석반출기간연장불허가처분취소

【주 문】

구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것) 제90조의3 제1항(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 삭제되었음) 및 부칙 제6조 제1항 중 각 계약체결에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1984. 11. 7. 장석의 채광에 관한 광업권을 취득하고 채광계획인가를 받아 경북 문경군(현재는 문경시로 변경되었음) 가은읍 일대에서 원경광업소를 운영하면서, 장석이 함유된 광석을 분쇄하여 장석만을 따로 채취하지 아니하고 광석을 채굴한 그대로 건축용 석재로 반출, 판매하여 왔다. 그런데 1994. 12. 22. 산림법 제90조의3이 신설되어 광업권자가 광물이 함유된 광석을 석재로 사용·판매하기 위하여 채취하고자 하는 경우에는 토석매매계약을 체결하거나 채석허가를 받도록 하는 명문의 규정을 두면서, 청구인과 같은 기존 광업권자들에 대하여는 같은 법 부칙 제6조에 의하여 산림청장이 고시하는 광구에 한하여 위 규정에 의한 매매계약을 체결하거나 채석허가를 받은 것으로 의제하고, 그렇지 않은 광구에 대하여는 앞서의 매매계약을 체결하거나 채석허가를 받도록 하였다.

(2) 산림청장은 1995. 6. 28. 산림청고시 제1995-16호로 사유림인 경기도 파주군 및 용인군에 소재한 3곳을 위 산림법 부칙 제6조에 따라 고시하면서 청구인의 위 광구는 이에 포함시키지 않았다. 이에 청구인은 1995. 11. 2. 위 광구 내의 석재(화강암)를 채취, 판매하기 위하여 영주국유림관리소장과 토석매매계약을 체결하고 석재를 채취하여 오던 중, 위 계약에서 정한 채취 및 반출기간이 종료되기 직전인 2000. 9. 22. 부득이한 사유로 매수한 토석을 모두 반출하지 못하였다며 위 관리소장에게 토석반출기간의 연장을 신청하였으나, 위 관리소장은 2000. 10. 30. 청구인에게 반출기간을 연장할 만한 부득이한 사유가 없다는 이유로 이를 불허하는 통보를 하였다.

(3) 이에 청구인은 2000. 11. 18. 대구지방법원에 위 불허처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나(2000구8951), 대구지방법원은 2001. 8. 16. 위 산림법 제90조의3 제1항 및 부칙 제6조의 규정에 비추어 청구인이 석재를 판매 목적으로 채취하기 위해서는 위 관리소장과 위 계약을 체결하여야 하고,

위 계약상의 토석반출기간이 만료됨에 따라 위 관리소장이 반출기간연장신청을 불허한 위 처분에는 재량권을 일탈한 위법이 없다는 이유로 청구인에게 패소판결을 선고하였다. 청구인은 이에 불복하여 대구고등법원에 항소하고(2001누2066), 그 소송계속중 위 산림법 제90조의3 제1항 및 부칙 제6조에 대하여 위헌제청신청(2001아29)을 하였으나 2002. 5. 3. 위 신청이 기각되자, 같은 달 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 산림법(1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제90조의3 제1항(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 삭제되었음) 및 부칙 제6조 제1항 중 각 계약체결에 관한 부분이 헌법에 위반되는지 여부이고(청구인은 법 제90조의3 제1항 및 부칙 제6조의 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 청구인은 부칙 제6조 제2항의 독자적인 위헌성에 관한 아무런 주장을 하고 있지 아니하고, 국유림에 대한 토석의 매매계약의 경우와 공유림 및 사유림에 대한 채석허가의 경우는 그 위헌 여부를 판단함에 있어 반드시 같은 기준에 의하여 판단된다고 보기 어려운데 이 사건은 토석의 매매계약이 문제된 경우이므로, 이 사건 심판의 대상을 위와 같이 한정하기로 한다), 그 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

법 제90조의3(광구 안에서의 채석) ① 광업법의 규정에 의한 장식 또는 규석을 채광하기 위하여 채광계획인가를 받은 광업권자 또는 조광권자가 그 인가를 받은 광구 안에서 당해 광물이 함유되어 있는 광석을 석재로 사용 또는 판매하기 위하여 채취하고자 하는 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 계약을 체결하거나 허가를 받아야 한다.

1. 국유림 : 제87조의 규정에 의한 산림청장과의 토석의 매매계약
2. 공유림 및 사유림 : 제90조의2 제1항의 규정에 의한 채석허가

② 생략

법 부칙 제6조(채광계획인가를 받은 자의 채석허가에 관한 경과조치) ① 이 법 시행당시 광업법의 규정에 의하여 장식 또는 규석을 채광하기 위한 채광계획인가를 받아 당해 광물이 포함되어 있는 광석을 석재로 사용 또는 판매하기 위하여 채취하고 있는 자에 대하여는 산림청장이 따로 고시하는 광구에 한하여 그 인가기간의 범위 안에서 제90조의3 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하거나 채석허가를 받은 것으로 본다.

② 생략

(2) 관련조항

법 제1조(목적) 이 법은 산림자원의 증식과 임업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

법 제5조(권한의 위임·위탁) ① 산림청장은 이 법에 규정된 그 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 서울특별시장·직할시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다)·문화재관리국장 또는 영림서장에게 위임할 수 있으며, 위임받은 시·도지사 또는 영림서장은 위임권자의 승인을 얻어 그 권한의 일부를 시장·군수·자치구의 구청장(이하 “시장·군수”라 한다) 또는 영림서관리소장에게 재위임할 수 있다.

② 생략

법 제87조(토석의 매각) ① 산림청장은 대통령령이 정하는 바에 따라 국유림 안의 석재·이탄·점토 등의 토석을 매각하거나 무상양여 등의 처분을 할 수 있다.

② 생략

법 제90조의2(채석허가 등) ① 산림 안에서 제2조 제1항 제2호 나목의 토석 중 건축용석재(쇄골재를 포함한다)·석공예 또는 토목용으로 사용할 가치가 있는 암석(이하 “석재”라 한다)을 굴취·채취하고자 하는 자는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장·군수의 채석허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다. 다만, 농림수산부령이 정하는 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장·군수에게 신고하여야 한다.

②, ③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 허가를 받고자 하는 자로서 대통령령이 정하는 일정규모이상의 면적에 대하여 허가를 받고자 하는 자는 제2항 단서의 규정에 의한 전문조사기관에 채석의 타당성에 관한 평가를 의뢰하여야 한다.

⑤ 생략

⑥ 시장·군수는 제1항의 규정에 의한 허가를 함에 있어서 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 허가를 하여서는 아니된다.

1. 허가를 신청받은 지역이 국토 및 자연의 보전, 문화재 및 국가의 중요한

시설의 보호 기타 공익상 허가를 하여서는 아니될 지역으로서 대통령령이 정하는 지역

2. 제4항의 규정에 의한 전문조사기관의 평가결과 채석의 타당성이 없다고 판단된 경우

⑦, ⑧ 생략

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 광업권자는 광구에서 채굴한 광물은 물론 그 광물이 포함되어 있는 광석에 대하여도 이를 채굴하여 판매할 권리를 가지고 있다고 보아야 할 것인데, 법 제90조의3 제1항은 이미 장식 또는 규석의 채광계획인가를 받은 기존의 광업권자에게 다시 토석매매계약 체결이나 채석허가를 받도록 강제함으로써 그와 같은 토석매매계약이나 채석허가를 받지 못하게 될 경우 정당한 보상 없이 재산권인 광업권을 침해당하게 되는 결과를 초래하므로, 위 조항은 재산권 보장에 관한 헌법 제23조 제1항, 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다고 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항, 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지하고 있는 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

(2) 법 부칙 제6조는 기존 광업권자를 보호하기 위한 경과조치를 규정하면서 산림청장이 따로 고시하는 광구에 한하여 그 인가기간의 범위 안에서 계약을 체결하거나 채석허가를 받은 것으로 의제하고, 위 고시에서 제외된 광구에 대하여는 법 시행 후 3월 이내에 계약을 체결하거나 허가를 받도록 규정하고 있는바, 고시 대상 및 범위를 정함에 있어 산림청장의 자의적 기준에 의하도록 포괄적으로 위임함으로써 헌법상의 위임입법의 한계를 규정하고 있는 헌법 제75조 및 제95조에 위배될 뿐만 아니라, 위 고시 광구에 포함되는지의 여부에 따라 기존 광업권자의 광업권이 차별적으로 보호되는 결과가 되므로 경제적 영역에서의 차별을 금지한 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에도 위반된다.

나. 대구고등법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 광업법에 의하여 등록한 광업권자는 그 광구내의 광물을 채굴하여 판매할 권리는 가지나, 그와 같은 광물이 포함되어 있는 광석을 석재용으로 판매하기 위하여 채취하는 것은 위 광업권의 범위에 속하지 아니하므로, 위와 같은 광석을 채취하기 위해서는 개별법인 산림법에 의하여 새로 토석매매계약을 체결하거나 채취허가를 받아야 할 것인바, 위와 같은 취지의 법 제90조

의3 제1항의 규정이 청구인의 광업권을 침해하였다고 할 수 없으므로, 위 규정이 헌법상의 재산권 보장, 기본권의 본질적 내용 침해금지, 소급입법에 의한 재산권박탈 금지 원칙 등에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 법 부칙 제6조에 의한 산림청장의 고시에 따라 기존 광업권자들간에 매매계약체결이나 채석허가의 의제 여부가 달라질 수 있으나, 채석으로 인한 산림파괴, 자연환경의 훼손, 환경오염의 방지 등 공익을 보호하기 위해서는 기존 광구의 위치, 채광 광물이나 석재의 종류, 채취량, 채취작업으로 인하여 주변지역에 미치게 될 영향 등을 종합적으로 고려하여 새로 토석매매계약을 체결하거나 채석허가를 받도록 할 것인지의 여부를 결정하여야 하고, 그 결정은 산림사업의 시행자인 산림청장의 재량에 맡겨두는 것이 보다 적합하다고 보고 이를 반영하여 법 부칙 제6조의 규정이 산림청장의 고시에 의하여 정하도록 한 것이라고 봄이 상당하므로, 위 법률조항이 포괄적 위임입법 금지 원칙이나 평등의 원칙에 반한다고 볼 수도 없다.

다. 산림청장의 의견

(1) 광업권자라고 하더라도 광물로서 채굴 등을 하지 않고 일반석재로 사용하기 위하여 채굴하는 데에는 법 제90조의2 제1항의 허가가 필요하므로, 법 제90조의2 제1항 이외에 별도로 법 제90조의3 제1항을 신설할 필요가 없었으나, 법률해석을 둘러싸고 정부부처 간의 견해차이가 있어 이를 명확히 하기 위하여 신설하게 된 것이다.

따라서 법 제90조의3 제1항이 없어도 법 제90조의2 제1항에 의하여 광업권자가 광물채굴을 빙자하여 건축용 등의 석재로 사용하기 위하여 암석을 채굴하는 데에는 관할관청의 허가를 받아야 하는 것이었으므로, 불필요한 중복규정에 불과한 법 제90조의3 제1항의 신설로 청구인의 재산권이 침해되거나 소급입법에 의한 재산권의 박탈이 있다고 할 수 없다.

(2) 법 부칙 제6조에 의한 산림청장의 고시는 법 제90조의2 제1항의 허가요건 및 기간 등에 관하여 규정하고 있는 동조 제2항 내지 제8항, 특히 동조 제6항이 구체적으로 정하고 있는 불허가요건과 채석으로 인한 산림파괴, 자연환경의 훼손, 환경오염의 방지 등 공익요건을 고려하여 고시하라는 취지로 보아야 하고, 달리 그 이상의 기준을 정하는 것도 입법기술상 어렵다고 할 것이므로, 법 부칙 제6조가 포괄위임입법금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 법 부칙 제6조에 의한 산림청장의 고시에 따라 고시지역에서는 토석의 매매계약체결이나 채석허가가 의제되고 고시되지 않은 지역에서는 새로이 계

약을 체결하거나 허가를 받아야 하지만, 고시지역의 지정 여부는 위에서 본 바와 같이 법 제90조의2 제1항의 허가요건 및 기간 등에 관하여 규정하고 있는 동조 제2항 내지 제8항 등을 참작하여 결정하게 되므로, 법 부칙 제6조가 평등의 원칙에 위반되는 것으로는 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 법 제90조의3 제1항의 입법경위

(1) 법 제90조의3 제1항은 산림법이 1994. 12. 22. 법률 제4816호로 개정되면서 신설되었는데, 위 개정 이전의 산림법은 제87조 제1항에서 “산림청장은 대통령령이 정하는 바에 따라 국유림 안의 석재·이탄·점토 등의 토석을 매각하거나 무상양여 등의 처분을 할 수 있다.”라고 규정하고, 제90조의2 제1항에서 “산림 안에서 제2조 제1항 제2호 나목의 토석 중 건축용석재(쇄골재를 포함한다)·석공예 또는 토목용으로 사용할 가치가 있는 암석(이하 “석재”라 한다)을 굴취·채취하고자 하는 자는 농림수산부령이 정하는 바에 따라 시장·군수의 채석허가를 받아야 한다.”라고 규정하고 있었다.

(2) 그런데 당시 경북 문경군 일원의 원경광산, 봉암광산을 비롯한 여러 광산에서 장식채광권을 이용하여 화강암을 채취, 판매하는 바람에 심각한 자연 훼손이 초래되고, 주변지역 주민의 집단민원이 발생하였으며, 그밖에도 광업권에 근거한 채광(장석, 규석 등)을 내세워 사실상 석재(화강암, 규암 등)를 채취하는 광산이 다수 있었다.

이에 대하여 산림청은 비록 광업권이 설정되었다 하더라도 광물이 포함된 광석을 석재로 사용하기 위하여 채취하는 경우에는 위 산림법 제87조 제1항에 의한 토석매매계약(국유림의 경우) 또는 산림법 제90조의2 제1항에 의한 채석허가(공유림 및 사유림의 경우)가 필요하므로, 토석매매계약·채석허가 없이 행하는 화강암의 채취·판매는 불법이라는 견해를 가지고 있었으나, 동력자원부(현재는 산업자원부로 변경되었음)는 광업법상 광물의 용도제한 규정이 없으므로 광업권자는 위와 같은 별도의 토석매매계약이나 채석허가 없이도 광물이 포함된 광석을 석재용으로 사용하기 위하여 채취할 수 있고 이는 정당한 채광행위에 해당한다는 견해를 가지고 있었다.

(3) 이에 따라 정부부처 간의 위와 같은 견해차이로 인한 문제점을 해소하기 위하여 광구 안에서의 채석의 경우에도 별도의 토석매매계약(국유림의 경우)이나 채석허가(공유림 및 사유림의 경우)를 요하도록 명문으로 규정하는 법 제90조의3 제1항을 신설하면서 당시 현실적으로 광물채광을 빙자한 석재

의 채취·판매가 문제되었던 장식과 규석에 관해서만 이를 규정하게 된 것이다(2002. 12. 30. 법률 제6841호로 산지관리법이 제정되면서, 채석허가 및 광구 안에서의 채석 등에 관한 규정은 산림법에서 삭제되고 산지관리법에 규정되어 있다).

나. 법 제90조의3 제1항의 해석론

산림 안에서의 채석의 경우 토석매매계약을 체결하거나 채석허가를 받도록 규정하고 있는 법 제87조 제1항 및 법 제90조의2 제1항 외에 다시 광구 안에서의 채석을 규율하는 제90조의3 제1항이 신설됨에 따라, 법 제90조의3 제1항을 위 법 제87조 제1항 및 법 제90조의2 제1항과 관련하여 어떻게 해석할 것인지가 문제되는바, 앞에서 본 입장의 차이에 따라 대체로 다음과 같은 두 가지 해석론이 가능하다.

즉, 법 제90조의3 제1항이 신설되기 전에도 법 제87조 제1항 및 제90조의2 제1항에 의하여 광업권자라고 하더라도 광물이 포함된 광석을 석재로 사용하기 위하여 채취하는 경우에는 토석매매계약을 체결하거나 채석허가를 받아야 하는 것이었으므로, 결국 법 제90조의3 제1항은 불필요한 중복규정에 불과하다는 견해와 광업권자의 경우에는 별도의 매매계약체결이나 채석허가 없이 광석을 석재용으로 판매하여도 법 제87조 제1항 및 제90조의2 제1항에 위반된 것으로는 볼 수 없으나, 법 제90조의3 제1항의 신설로 비로소 장식·규석의 경우에 한하여 채광계획인가를 받은 광업권자가 광구 안에서 당해 광물이 함유된 광석을 석재로 사용하기 위하여 채취하는 경우에는 산림법상의 매매계약을 체결하거나 채석허가를 받도록 되었다는 견해가 그것이다.

대법원은 광업권자가 채광계획의 인가를 받아 광물이 함유되어 있는 암석을 건축용·석공예 또는 토목용으로 사용하기 위하여 채굴하는 경우에는 법 제90조의3의 규정과 관계없이 모든 광물에 관하여 법 제90조의2 제1항에 의한 채석허가를 별도로 받아야 하는 것으로 봄으로써 전자의 견해를 취하고 있다[대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1981 판결(공1999. 9. 1.(89), 1843)].

다. 심판대상조항의 위헌 여부

(1) 법 제90조의3 제1항 중 계약체결에 관한 부분의 위헌 여부

광업법 제5조 제1항에 의하면 광업권은 광구에서 등록을 한 광물과 이와 동일광상 중에 부존하는 다른 광물을 채굴 및 취득하는 권리이고, 대법원은 광업권은 물권으로서 광구에서 등록된 광물을 지중으로부터 독점적이고도 배타적으로 채굴·취득할 수 있는 권리라고 하고 있다[대법원 1996. 4. 26. 선고

94다57336 판결(공1996. 6. 15. (12), 1679)].

여기에 앞에서 본 대법원 99도1981 판결의 취지를 보태어 보면, 광업권이 미치는 범위는 어디까지나 광물을 채굴·취득하기 위한 한도 내에서만 인정되는 것일 뿐, 암석에 광물이 포함되어 있음을 기화로 그와 같은 광물이 포함되어 있는 광석을 석채용으로 판매하기 위하여 채취하는 것은 광업권 설정의 목적을 벗어나는 것으로서 광업권의 범위에 속하지 아니한다고 보아야 할 것이다.

광업권자가 광물을 채굴·취득하기 위한 수단으로서 광석을 채취하는 경우라면 이는 당연히 광업권의 범위 내에 속한다. 따라서 이러한 경우에는 위 법률조항에 의하더라도 국유림의 경우 별도로 토석매매계약의 체결이 요구되지 아니한다.

광업권자라고 하더라도 광물이 함유되어 있는 광석을 석채로 사용·판매하기 위하여 채취하고자 하는 경우에는 광업권으로서 보호받아야 할 범위를 벗어나는 것이므로, 그 채취가 국유림에서 행해지는 것이라면 마땅히 법 제87조 제1항에 따라 토석의 매매계약을 체결하여야 할 것이고, 위 법률조항은 이러한 당연한 법리를 규정한 것에 불과한 것이다. 다만, 위와 같은 경우 별도의 토석매매계약의 체결이 필요한지 여부를 둘러싸고 정부부처간에 이견이 있었으므로 이 점을 명백하게 하기 위하여 위 법률조항을 새로이 두게 된 것임은 이미 앞에서 본 바와 같다.

따라서 위 법률조항은 청구인의 재산권인 광업권을 제한하는 것을 내용으로 하는 조항으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 밖에 다른 기본권에 대한 제한을 내용으로 하고 있지도 아니하므로, 위 법률조항이 헌법상의 재산권 보장, 기본권의 본질적 내용 침해금지, 소급입법에 의한 재산권박탈 금지의 원칙 등에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 법 부칙 제6조 제1항 중 계약체결에 관한 부분의 위헌 여부

(가) 포괄위임입법금지의 원칙 위반 여부

청구인은 위 법률조항이 기존 광업권자를 보호하기 위한 경과조치를 규정하면서 고시 대상 및 범위를 정함에 있어 산림청장의 자의적 기준에 의하도록 포괄적으로 위임함으로써 헌법상의 위임입법의 한계를 규정하고 있는 헌법 제75조 및 제95조에 위배된다고 주장한다. 즉 청구인은 위 법률조항이 입법위임을 하고 있는 것임을 전제로 하여 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다는 주장을 하고 있으므로, 과연 위 법률조항이 입법위임을 내용으로 하고

있는 것인지 여부에 관하여 살펴본다.

위 법률조항은 “이 법 시행당시 광업법의 규정에 의하여 장식 또는 규석을 채광하기 위한 채광계획인가를 받아 당해 광물이 포함되어 있는 광석을 석재로 사용 또는 판매하기 위하여 채취하고 있는 자에 대하여는 산림청장이 따로 고시하는 광구에 한하여 그 인가기간의 범위 안에서 제90조의3 제1항의 규정에 의한 계약을 체결하거나 …… 것으로 본다.”라고 규정하고 있다.

위 법률조항의 규정내용을 자세히 살펴보면, 위 법률조항은 산림청장에 대하여 계약체결의제(擬制)의 대상이 되는 광구를 구체적으로 지정할 수 있는 권한을 부여하고 그 지정된 광구를 고시하도록 하는 규정으로 해석해야 할 것이고, 이와 달리 산림청장으로 하여금 ‘고시’라는 입법형식을 통하여 계약체결의제의 대상이 되는 광구에 관한 기준을 정립하도록 입법위임을 하고 있는 것으로 보기는 어렵다.

실제로 산림청장이 법 부칙 제6조 제1항의 규정에 의하여 1995. 6. 28. 산림청고시 제1995-16호로 고시한 내용을 보더라도 구체적으로 광구 3곳을 지정하여 고시하고 있음을 알 수 있다.

따라서 위 법률조항은 단순한 수권조항에 불과한 것으로서, 위 법률조항이 입법위임을 내용으로 하고 있는 것임을 전제로 하여 포괄위임입법금지의 원칙에 위배된다는 주장은 받아들이기 어렵다(헌재 2001. 6. 28. 99헌바34, 판례집 13-1, 1255, 1261 참조).

(나) 명확성원칙 위반 여부

산림청장에게 계약체결의제의 대상이 되는 광구를 지정·고시할 권한을 부여하고 있는 수권조항인 위 법률조항이 법치국가원리에서 파생되는 명확성원칙을 충족시키는지 여부를 본다.

1) 모든 법률은 법치국가적 법적 안정성의 관점에서 행정과 사법에 의한 법적용의 기준으로서 명확해야 한다. 법률이 행정부에 대한 수권을 내용으로 하는 것이라면 수권의 목적, 내용 및 범위를 명확하게 규정함으로써 행정청의 자의적인 법적용을 배제할 수 있는 객관적인 기준을 제시하고, 국민으로 하여금 행정청의 행위를 어느 정도 예견할 수 있도록 하여야 할 것이다.

명확성원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부당적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성원칙이 더욱 엄격하게 요

구되고, 특히 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용된다고 할 수 있다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

위 법률조항은 일정한 경우 계약체결의제의 혜택을 부여하는 수익적 성격을 갖고 있는 규정이므로 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않고 상대적으로 완화된 기준이 적용된다고 할 수 있을 것이다.

2) 이 사건의 경우 과연 위 법률조항의 문구만으로 산림청장이 지정·고시할 광구의 객관적 기준을 제시하고 있다고 볼 수 있는지, 나아가 산림청장의 위 법률조항에 근거한 광구의 지정이 어떠한 것인지를 예견할 수 있는지 여부를 법의 입법목적 및 법의 다른 규정들과의 상관관계를 고려하여 살펴보기로 한다.

법 제1조는 “이 법은 산림자원의 증식과 임업에 관한 기본적 사항을 정하여 산림의 보호·육성, 임업생산력의 향상 및 산림의 공익기능의 증진을 도모함으로써 국토의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 하여 산림법의 입법목적을 규정하고 있다.

그리고 법 제90조의2 제6항은 채석허가를 불허하는 기준으로서 ‘국토 및 자연의 보전, 문화재 및 국가의 중요한 시설의 보호 기타 공익상 허가를 하여서는 아니될 지역인 경우’, ‘일정규모 이상의 면적에 대하여 허가를 받고자 할 때 전문조사기관의 평가결과 채석의 타당성이 없다고 판단된 경우’ 등을 제시하고 있는바, 이러한 기준은 국유림의 경우에 토석의 매매계약의 체결 여부를 가름하는 기준으로도 인용될 수 있는 것들이라고 할 것이다. 한편, 법 제87조 제1항은 토석의 매각 내지 매매계약체결에 관한 기준을 직접 제시하고 있지 않으나, 그 위임에 의한 법시행령 제79조 제2항은 토석의 매각 내지 매매계약체결을 제한하는 기준을 자세하게 규정하고 있는바, 그 제한의 기준은 대체로 위 법 제90조의2 제6항이 규정하고 있는 바와 같은 국토 및 자연의 보전, 문화재 및 국가의 중요한 시설의 보호 등이다.

위와 같은 법 제1조의 입법목적과 법 제90조의2 제6항이 규정하고 있는 기준 나아가 법시행령 제79조 제2항을 아울러 참작하여 보면, 위 법률조항의 취지는 산림청장이 계약체결의제의 대상이 되는 광구를 지정함에 있어 채석으로 인한 산림파괴 및 자연환경의 훼손·오염의 방지, 문화재 및 중요 시설의 보호 등 공익의 보호를 염두에 두고, 기존 광구의 위치, 채광 광물이나 석재의

종류, 채취량, 채취작업으로 인하여 주변지역에 미치게 될 영향 등을 종합적으로 고려하여 계약체결의제의 혜택을 부여할 것인지의 여부를 결정하도록 한 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 비록 위 법률조항이 광구의 지정·고시에 관한 기준을 세부적이고 구체적으로 규정하고 있지 않다고 하더라도, 법집행자인 산림청장이 광구의 지정에 대하여 아무런 기준없이 자의적으로 법적용을 할 수 있을 정도로 산림청장에게 지나치게 광범위한 재량권을 부여하고 있다고 볼 수 없고, 나아가 산림청장의 위 법률조항에 근거한 광구의 지정이 어떠한 것인지를 어느 정도 예측할 수 있다고 할 것이다.

3) 따라서 행정부에 대한 수권을 내용으로 하는 위 법률조항은 헌법상 명확성원칙에 위배되지 아니하고, 나아가 헌법상 권력분립의 원리 및 법치주의의 원리에도 위배되지 아니한다.

(다) 평등의 원칙 위반 여부

청구인은 위 법률조항에 따라 고시된 광구에 포함되는지 여부에 따라 기존의 광업권자가 차별적으로 보호되는 결과가 되므로, 위 법률조항이 헌법 제11조 제1항이 정한 평등의 원칙에 위반된다고 주장한다.

그런데 헌법 제11조 제1항이 정하고 있는 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라, 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니된다는 것을 의미하는 것이다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 17).

앞에서도 본 바와 같이 광업권자라고 하더라도 광물이 함유되어 있는 광석을 석재로 사용·판매하기 위하여 채취하고자 한다면 이는 광업권으로서 보호받아야 할 범위를 벗어나는 것이므로 그 채취가 국유림에서 행해지는 것이라면 마땅히 법 제87조 제1항에 따라 토석매매계약을 체결하여야 한다고 보아야 할 것이나, 이 문제를 둘러싸고 국가기관간에 의견의 대립이 있었고 이에 따라 광업권자의 경우는 국유림의 경우에도 별도의 토석매매계약의 체결 없이 광물이 함유되어 있는 광석을 석재로 사용·판매하기 위하여 채취하는 행위가 사실상 행해지고 있었다.

이에 따라 법 제90조의3 제1항이 신설되어 국유림에서 광물이 함유되어 있는 광석을 석재로 사용·판매하기 위하여 채취하는 경우에는 토석매매계약을 체결하여야 함을 확실히 규정하면서, 그 동안 결과적으로 광업권자의 경우 계

약체결 없이 행하는 석재채취가 사실상 어느 정도 용인되어 온 현실을 고려하여, 위 법률조항에서는 기존 광업권자의 경우 산림청장이 따로 고시하는 광구에 한하여는 계약체결의제의 혜택을 부여하기에 이른 것이다.

이에 따라 위 고시 광구에 포함되는지 여부에 따라 기존 광업권자의 보호에 차별이 발생하게 되나, 이는 위에서 본 바와 같은 현실을 고려한 것일 뿐만 아니라, 위 법률조항이 법집행자인 산림청장이 광구의 지정에 대하여 아무런 기준 없이 자의적으로 법적용을 할 수 있을 정도의 광범위한 재량권을 부여하고 있는 것이 아닌 이상, 위 법률조항의 집행에 따라 현실적으로 발생하는 차별은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 것이므로 위 법률조항이 평등의 원칙에 위반되는 것으로도 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 심판대상조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성 김효종(주심) 김경일
송인준 전효숙 이상경

구 상속세법 부칙 제3조 위헌소원

(2004. 7. 15. 2002헌바63 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법상 소급입법 과세금지원칙의 법적 근거 및 내용
2. 구 상속세법 부칙 제3조 중 “제8조의2 … 제4항 제3호의 개정 규정은 이 법 시행 후 … 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자 지분을 취득하는 것부터 적용한다.”부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 소급과세입법에 해당되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 헌법상 재산권보장규정에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 우리 헌법 제38조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의무를 진다고 규정하는 한편, 헌법 제59조는 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다고 규정하여, 조세법률주의를 선언하고 있는데, 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거에 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하며, 이러한 소급입법 과세금지원칙은 조세법률관계에 있어서 법적 안정성을 보장하고 납세자의 신뢰이익의 보호에 기여한다.
2. 이 사건 법률조항은 개정 상속세법 시행일 이후에 출연재산으로 100분의 5를 초과하여 새롭게 취득하는 내국법인의 주식에 대하여 적용되므로, 과세요건 완성 전의 사실이나 법률관계를 규율 대상으로 하는 것이 아니어서 진정소급과세입법에 해당되지 아니하며, 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율 대상으로 하는 부진정소급효 과세입법에도 해당되지 아니한다.
3. 청구인은 개정전 상속세법 제8조의 제1항 제1호 단서 및 같은

법조 제4항에 의거하여 공익법인에 이미 출연된 재산을 사용하여 내국법인의 주식을 100분의 20까지 취득하는 경우에 증여세 면제혜택을 받을 것이라는 기대 내지 신뢰를 가졌다고 볼 수 있으나, 공익사업에 출연한 재산은 일정한 조건하에서 증여세가 잠정적으로 면제되므로 공익사업 영위자의 증여세 면제혜택에 대한 기대 내지 신뢰 이익은 그리 크지 않으며, 조세감면에 대한 추가적인 개정입법도 충분히 예상할 수 있으므로 법률의 존속에 대한 신뢰이익의 보호가치는 크다고 할 수 없는 반면에, 출연재산을 변칙적인 탈세나 부의 증식 내지 세습수단으로 악용하는 것을 방지하기 위하여 개정 상속세법 시행 이전에 출연한 재산을 이용하여 내국법인의 주식을 취득하는 것을 100분의 5이하로 제한해야 할 필요성이 더 크고, 조세회피나 부의 세습을 시도하는 것을 방지함으로써 얻게 되는 공적 이익이 더 막중하다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 헌법상 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다.

4. 공익사업 영위자가 증여세 면제 제도를 신뢰하였다고 하더라도 이는 당시의 법제도에 대한 기대이익에 불과할 뿐, 이를 공익사업 영위자의 기득권으로서 헌법 제23조 제1항 제1문이 보장하는 재산권이라고 할 수 없고, 기대가 충족되지 못하였다고 하여 재산권이 박탈된 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항이나, 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지하는 헌법 제13조 제2항에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 후, 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 부칙 제3조(공익사업에 초과출연한 주식의 상속세과세가액산입에 관한 적용례) 제8조의2 제1항 제1호 및 제4항 제3호의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공익사업에 주식 또는 출자지분을 출연하거나 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용한다. 다만, 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 5를 초과하는지의 여부를 판정함에 있어서는 이 법 시행 전에 공익사업에 출연한 주식 또는 출자지분과 공익사업을 영위하는 자가 이 법 시행 전부터 소유하고 있는 주식 또는 출자지분을 포함한다.

【참조조문】

구 상속세법(1991. 11. 30. 법률 제4410호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로

개정되기 전의 것) 제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 제기하는 재산의 가액은 상속세 과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인·피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업·자선사업·학술사업 기타 공익사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연(주식 또는 출자지분 외의 재산을 출연받은 후 그 출연받은 금액으로 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 소유하게 되는 경우를 포함한다)하는 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 초과부분을 제외한다.
2. 기타 대통령령이 정하는 재산

②~③ 생략

④ 제1항 제1호의 규정에 의하여 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산을 출연받은 자가 그 출연받은 재산을 출연목적 이외에 사용하거나 대통령령이 정하는 기간 내에 그 출연목적에 사용하지 아니하는 경우 및 당해 공익사업이 제1항 제1호의 규정에 의하여 운영되지 아니하는 경우에는 대통령령이 정하는 가액을 그 출연받은 자에게 증여한 것으로 보고 즉시 증여세를 부과한다.

⑤~⑥ 생략

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 후 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 제기하는 재산의 가액은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인·피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업·자선사업·학술사업 기타 공익사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 주식 또는 출자지분(이하 이 조에서 “주식”이라 한다)을 출연하는 경우로서 출연하는 주식(출연 전 5년 이내에 다른 공익사업에 출연한 주식을 포함한다)과 출연당시 당해 공익사업을 영위하는 자가 소유하는 주식을 합하여 당해 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 5를 초과하는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 초과부분을 제외한다.
2. 기타 대통령령이 정하는 재산

②~③ 생략

④ 제1항 제1호의 규정에 의하여 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산을 출연받은 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 가액을 그 출연받은 자가 증여받은 것으로 보아 즉시 증여세를 부과한다.

1. 출연받은 재산을 출연목적 외에 사용하거나 대통령령이 정하는 기간 내에 그 출연목적에 사용하지 아니하는 경우
2. 제1항 제1호 본문의 규정에 의하여 운영되지 아니하는 경우

헌재 2004. 7. 15. 2002헌바63

3. 출연받은 재산(당해 재산을 수익사업용 또는 수익용으로 운용하여 얻은 소득을 포함한다)을 내국법인의 주식을 취득하는데 사용한 경우로서 그 취득한 주식과 취득당시에 소유하고 있는 주식 및 당해 출연자로부터 재산을 출연받은 다른 공익사업을 영위하는 자가 소유하고 있는 주식을 합하여 당해 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 5를 초과하는 경우

⑤~⑧ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680
헌재 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 115
헌재 2003. 6. 26. 2000헌바82, 판례집 15-1, 678, 687
2. 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459
헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 195
3. 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461
헌재 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175, 195

【당 사 자】

청 구 인 재단법인 놀원문화재단
대표자 이사장 신명수
대리인 변호사 한기춘

당해사건 부산고등법원 2001누3822 증여세부과처분취소

【주 문】

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 후, 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 부칙 제3조 중 “제8조의2 … 제4항 제3호의 개정규정은 이 법 시행 후 … 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용한다.”부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 청구의 신덕균이 1977년경 기본재산 2,242,532,136원을 출연하여 학술·교육부문의 유공자 시상과 장학금 지급 및 연구비 보조 등을 목적

으로 설립한 공익법인으로서, 1993. 10. 13. 이사회 의 결의를 거쳐 부산시 남구 및 수영구의 지역종합유선방송국인 주식회사 동남케이블비전(이하 ‘동남비전’이라 한다)의 설립에 발기인으로 참여하여 그 자본금 40억 원의 15%에 해당하는 6억 원을 출연하기로 하고, 그 출연재산은 청구인 보유의 기본재산인 동방유량(주)의 주식 113,126주 중 30,000주(당시 1주당 시가 20,000원)를 매각한 대금 6억 원으로 조달하기로 하였다. 이어서 청구인은 1993. 10. 16. 주무관청인 부산시 교육청 교육감에게 위와 같은 내용의 출자 및 기본재산 전환허가신청을 하여 같은 해 10. 22. 그 허가를 받는 등의 절차를 거친 후, 같은 해 10. 30. 당시 공보처장관(현재 문화관광부장관)에게 종합유선방송국 허가신청을 하였으며, 그 후 청문회와 공보처의 선정 발표 등을 거쳐, 1994. 3. 11. 동남비전의 설립등기를 마침으로써 동남비전의 총발행주식 80만주 총액 40억 원(1주당 가액 5천 원)의 15%에 해당하는 12만주를 취득하였다.

(2) 그런데 부산진세무서장은 2000. 2. 16. 청구인이 위와 같은 경위로 1994. 3. 11. 동남비전의 발행주식 총수의 100분의 5를 초과하여 취득하였으므로, 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 것) 제8조의2 제1항 제1호, 같은 조 제4항 제3호 및 같은 법 부칙 제3조에 의하여 그 초과취득부분인 8만주(10%)를 취득하는 데에 사용한 출연재산 4억 원(8만주×5천 원)을 증여받은 것으로 간주하여 위 4억 원을 증여세 과세가액으로 하여 청구인에게 2000년도 수시분 증여세 133,000,000원을 부과하는 내용의 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

(3) 이에 청구인은 부산지방법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 내용의 증여세부과처분취소소송(2001구1185)을 제기하여, 위 법원으로부터 2001. 9. 13. 청구기각의 판결을 선고받자, 부산고등법원에 항소하는 한편(2001누3822), 그 소송계속중에 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 것) 부칙 제3조 중 ‘법 제8조의2 제1항 제1호 및 제4항 제3호의 개정규정은 … 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용한다.’는 부분이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였다(2002아23). 그런데 부산고등법원은 2002. 6. 21. 위 당해소송에 관하여 청구인의 항소를 기각함과 동시에 위헌법률심판제청신청도 기각하였다.

(4) 이에 청구인은 2002. 7. 2. 부산고등법원의 위헌법률심판제청신청기각의 결정문을 송달받고, 위 구 상속세법조항이 소급입법에 의하여 청구인의 재산권을 박탈하고 있으므로 헌법에 위반된다고 주장하면서 2002. 7. 10. 이 사건

헌법소원심판을 청구하였다.

나. 이 사건의 심판 대상

(1) 청구인은 당해사건에서 기 출연재산을 사용하여 신 주식을 취득하였다는 이유로 증여세를 부과하였으므로, 구 상속세법 부칙 제3조 중에서 이 법 시행 후 “최초로 공익사업에 주식 또는 출자지분을 출연”하는 경우에 해당하는 제8조의2 “제1항 제1호”부분은 당해사건에 관련되지 아니하므로 이 사건의 심판대상에서 제외하는 것이 타당하다.

그러므로 이 사건의 심판대상은 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 후, 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘개정 상속세법’이라 한다) 부칙 제3조 중 “제8조의2 … 제4항 제3호의 개정규정은 이 법 시행 후 … 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용한다.”부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 위헌인지 여부이며, 위 법 부칙 제3조의 전체 내용은 다음과 같다.

부칙 제3조(공익사업에 초과출연한 주식의 상속세과세가액산입에 관한 적용례) 제8조의2 제1항 제1호 및 제4항 제3호의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공익사업에 주식 또는 출자지분을 출연하거나 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용한다.

(2) 참조 법조문

(가) 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)

제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 계기하는 재산의 가액은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인·피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업·자선사업·학술사업 기타공익사업에 출연한 재산
2. 기타 대통령령이 정하는 재산

④ 제1항 제1호의 규정에 의하여 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산을 출연받은 자가 그 출연받은 재산을 출연목적 이외에 사용하거나 그 출연목적에 사용하지 아니한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 재산을 그 출연받은 자에게 증여한 것으로 보고 즉시 증여세를 부과한다.

(나) 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 후, 1991. 11. 30. 법률 제4410호로 개정되고, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것)

제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 제기하는 재산의 가액은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인·피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업·자선사업·학술사업 기타 공익사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연(주식 또는 출자지분 외의 재산을 출연받은 후 그 출연받은 금액으로 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 소유하게 되는 경우를 포함한다)하는 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 초과부분을 제외한다.

2. 기타 대통령령이 정하는 재산

④ 제1항 제1호의 규정에 의하여 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산을 출연받은 자가 그 출연받은 재산을 출연목적 이외에 사용하거나 대통령령이 정하는 기간내에 그 출연목적에 사용하지 아니하는 경우 및 당해 공익사업이 제1항 제1호의 규정에 의하여 운영되지 아니하는 경우에는 대통령령이 정하는 가액을 그 출연받은 자에게 증여한 것으로 보고 즉시 증여세를 부과한다.

(다) 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정된 후, 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것)

제8조의2(상속세과세가액 불산입) ① 다음 각 호에 제기하는 재산의 가액은 상속세 과세가액에 산입하지 아니한다. 다만, 그 재산에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 상속인, 피상속인 또는 그 친족에게 귀속되는 경우에는 예외로 한다.

1. 대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업, 자선사업, 학술사업 기타 공익사업(이하 “공익사업”이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 주식 또는 출자지분(이하 이 조에서 “주식”이라 한다)을 출연하는 경우로서 출연하는 주식(출연 전 5년 이내에 다른 공익사업에 출연한 주식을 포함한다)과 출연당시 당해 공익사업을 영위하는 자가 소유하는 주식을 합하여 당해 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 5를 초과하는 경우 대통령령이 정하는 바에

따라 계산한 초과부분을 제외한다.

2. 기타 대통령령이 정하는 재산

④ 제1항 제1호의 규정에 의하여 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산을 출연받은 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 가액을 그 출연받은 자가 증여받은 것으로 보아 즉시 증여세를 부과한다.

1. 출연받은 재산을 출연목적 외에 사용하거나 대통령령이 정하는 기간내에 그 출연목적에 사용하지 아니하는 경우
2. 제1항 제1호 본문의 규정에 의하여 운영되지 아니하는 경우
3. 출연받은 재산(당해 재산을 수익사업용 또는 수익용으로 운용하여 얻은 소득을 포함한다)을 내국법인의 주식을 취득하는데 사용한 경우로서 그 취득한 주식과 취득 당시에 소유하고 있는 주식 및 당해 출연자로부터 재산을 출연받은 다른 공익사업을 영위하는 자가 소유하고 있는 주식을 합하여 당해 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 5를 초과하는 경우

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 1994년 1월 1일부터 시행한다.

제3조(공익사업에 초과출연한 주식의 상속세과세가액산입에 관한 적용례) 제8조의2 제1항 제1호 및 제4항 제3호의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 공익사업에 주식 또는 출자지분을 출연하거나 공익사업을 영위하는 자가 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용한다. 다만, 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 5를 초과하는지의 여부를 판정함에 있어서는 이 법 시행 전에 공익사업에 출연한 주식 또는 출자지분과 공익사업을 영위하는 자가 이 법 시행 전부터 소유하고 있는 주식 또는 출자지분을 포함한다.

2. 청구인의 주장과 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 이 사건 법률조항이 기본적인 출연행위의 시기나 주식취득을 위한 사전행위가 개시된 시기를 전혀 고려함이 없이 무조건 주식취득시기만을 기준으로 하여 개정신법을 적용토록 한 것은 국민의 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항과 소급입법에 의하여 재산권의 박탈을 금지한 헌법 제13조 제2항에 위배된다.

(2) 증여세는 기본적으로 출연행위와 관련이 있는 것이지 출연재산을 가지고 다시 다른 재산을 취득하는 것과는 무관하므로, 공익법인에 대한 출연행위

를 통한 증여가 이루어진 시기에 상관없이 증여 후에 이루어진 '주식 취득시기'만을 기준으로 하여 개정신법의 규정을 적용하는 것은 위헌이다.

(3) 청구인이 개정전 구 상속세법 시행 당시에 동남비전 설립을 위하여 여러 준비절차에 착수하였음에도 불구하고 실제 동남비전의 주식취득행위 자체가 개정된 상속세법 시행 후에 있었다는 사실만으로, 개정 전의 구 상속세법의 규정을 신뢰하고 이 규정에 따라 절차를 밟아온 청구인에게 개정신법인 이 사건 법률조항을 적용한다면, 이는 기존에 형성된 청구인의 재산권, 즉 동남비전 설립에 관련된 권리 내지는 기대이익을 소급적으로 박탈하는 결과를 초래하며, 이는 소급입법에 의하여 청구인의 재산권을 박탈하는 것이 된다.

(4) 그러므로 이 사건 법률조항을 '법 시행후 최초로 주식 이외의 재산을 출연받은 후 그 출연금액으로 주식을 취득하는 것부터 적용한다'라고 해석함으로써 개정신법의 적용시기를 재산의 출연시기와 결부시키지 않은 이상, 이 사건 법률조항은 헌법 제23조 제1항 및 헌법 제13조 제2항에 위반된다.

나. 부산고등법원의 위헌제청신청기각결정 이유의 요지

(1) 구 상속세법 제8조의2는 한편으로는 공익사업의 장려를, 다른 한편으로는 공익사업을 빙자한 변칙적인 재산출연을 통하여 탈세나 부의 증식수단으로 악용되는 것을 방지하기 위하여 공익법인에의 출연재산에 대한 상속세 과세가액 산입여부에 관한 기준을 정하고 있는데, 이는 양자 간의 균형을 맞추어 상속세 과세가액 불산입규정의 취지를 잠탈하려는 시도를 용납하지 않겠다는 취지입과 동시에 공익사업을 영위하는 자가 과도하게 법정보유비율 이상으로 내국법인의 주식을 취득하는 것은 그 사업목적에 어긋나며 결국 편법에 의한 기업지배를 조장할 우려가 있다는 점에서 이를 억지하겠다는 취지에서 입법된 것이다.

(2) 이 사건 법률조항은, 공익사업의 배려 및 그 악용방지 간의 균형을 도모하려는 상속세 과세가액 불산입규정과 증여의제규정의 취지에 비추어, 법 시행 이후 최초로 내국법인의 주식 자체를 출연하는 경우는 물론 출연재산을 재원으로 하여 내국법인의 주식을 취득하는 경우에도 모두 적용하는 것으로 규정하고 있는데, 이는 출연재산으로 내국법인의 주식을 법정보유비율 이상으로 취득하려는 공익사업자의 재산권을 소급적으로 침해하지 않는다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견 요지

(1) 일반적으로 조세법령이 납세의무자에게 불리하게 개정된 경우에 있어

서 납세의무가 성립하기 전의 원인행위시에 유효하였던 종전규정에서 이미 장래에 그 원인행위에 기초한 과세요건의 충족이 있는 경우에도, 특별히 비과세 내지 면제한다거나 과세를 유예한다는 내용을 명시적으로 규정하고 있지 않는 한, 설사 납세의무자가 종전규정에 의한 조세감면 등을 신뢰하였다 하더라도 이는 단순한 기대에 불과할 뿐, 기득권에 갈음하는 것으로서 마땅히 보호되어야 할 정도의 것으로 볼 수 없다(대법원 2001. 5. 29. 선고 98두13713 판결 참조)는 점에서 이 사건 법률조항이 소급입법에 의하여 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항이 개정 상속법 시행 후 주식을 취득하는 것부터 적용토록 한 것은, 과거에 출연받은 재산 또는 출연받은 재산의 운용에 의해 증가된 재산 및 개정시행 후 출연받은 재산 등 공익법인이 보유하고 있는 재산으로 내국법인 주식의 일정지분을 초과 취득하는 것을 방지하기 위한 정책적 목적에 따른 것으로, 납세의무 성립 전에 시행중인 법규정에 의하여 20% 이내 주식을 취득한 경우 상속세 및 증여세 면제혜택을 받을 수 있다는 신뢰를 기득권으로 보호할 것인지 여부는 광범위한 입법재량행위에 해당한다. 따라서 “개정법 시행 후 출연받은 재산으로 주식을 취득하는 것부터 적용한다”라고 적용례를 두지 아니하였다하여 소급입법이라고 주장하는 것은 타당하지 아니하다.

(3) 구 상속세법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 제14082호로 개정된 것) 제3조의2 제12항에서는 출연받은 재산을 내국법인의 주식을 취득하는 데 사용함으로써 그 취득한 주식과 취득당시에 소유하고 있는 주식 및 당해 출연자로부터 재산을 출연받은 다른 공익사업을 영위하는 자가 소유하고 있는 주식을 합하여 당해 내국법인의 발행주식총액 또는 출자지분총액의 5%를 초과하는 경우, 그 초과부분의 계산은 상법 제354조의 규정에 의한 주주명부 폐쇄일의 직전일 또는 권리행사기준일(주식회사 외의 회사의 경우에는 사업연도 말일) 현재의 주주명부 또는 사원명부를 기준으로 하되, 의결권 없는 주식을 제외하도록 규정하여, 공익사업에 사용할 재원을 마련하기 위한 순수한 투자목적의 의결권 없는 주식 및 출자지분의 취득을 허용하고 있고, 청구인이 법 시행일 후인 1994. 3. 취득한 주식을 주주명부 폐쇄일의 직전일인 1994. 말까지 매각한 경우에는 증여세 과세를 피할 수 있는 방안도 마련하여 두고 있어서, 재산의 출연시기를 고려하지 아니하고 개정 상속법 시행 후 최초로 주식을 취득하는 것부터 증여세를 과세토록 한 이 사건 법률조항이 국민의 재산권보

장과 소급입법에 의한 재산권침해 금지를 규정한 헌법규정에 위배된다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 상속세 과세가액 불산입규정 및 증여의제규정에 대한 입법연혁

(1) 국가 또는 지방자치단체를 대신하여 민간이 수행하는 공익사업에 재산을 출연하는 것을 유도하고, 공익사업 영위자가 공익사업을 원활하게 수행하도록 지원하기 위하여, 입법자는 1952. 11. 30. 법률 제261호로 개정된 구 상속세법 제8조의1 제1항 제1호에서 공익사업 출연재산에 대한 상속세 과세가액 불산입규정을 최초로 도입한 후, 1990. 12. 31. 이전까지 공익사업에 출연하는 재산 전체에 대하여 상속세 과세가액 불산입 혜택을 재산 출연자에게 부여하였다.

(2) 그런데 재벌 등 고액재산가가 상속재산을 출연한 공익법인을 통하여 내국법인을 지배하는 등 상속세 과세가액 불산입제도를 변칙적인 조세회피나 부의 세습수단으로 악용하는 사례가 발생하였으므로, 이러한 변칙적인 조세회피나 부의 세습을 방지하는 한편, 공익사업을 영위하는 자가 출연받은 재산을 공익사업에 성실히 사용하지 아니하는 행위에 대해서도 제재해야 할 필요성이 커졌다.

이에 입법자는 1990. 12. 31. 상속세법 개정시 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연하는 경우, 그 초과분은 상속세 과세가액 불산입 규정의 적용을 배제하여 재산출연자에게 상속세를 부과하고(제8조의2 제1항 제1호 단서), 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산을 출연받은 자가 그 출연받은 재산을 출연목적 이외에 사용하거나 내국법인 발행주식총액의 100분의 20을 초과하여 취득하는데 사용한 재산에 대하여 증여세를 부과하도록(제8조의2 제4항) 규정하였다.

(3) 그 후 입법자는 1993. 12. 31. 상속세법 개정시, 재벌 등이 내국법인의 주식을 출연하여 문화재단 등을 설립하고 그 공익법인을 지주회사화하여 계열사법인을 지배하는 사례에 대한 과세를 한층 더 강화하기 위하여, 제8조의2 제1항 제1호에서 정한 재산출연자의 상속세 과세가액 불산입 한도기준을 내국법인 발행주식 총수의 100분의 20에서 100분의 5로 감축함과 동시에, 같은 법조 제4항 제3호의 규정을 신설하여 공익사업 영위자가 그 출연받은 재산으로 내국법인의 발행주식 총수의 100분의 5를 초과하여 취득하는 경우 초과부분을 취득하는 데 사용한 출연재산가액을 증여받은 것으로 보아 증여세를 부

과하도록 규정하였다.

나. 이 사건의 경과

(1) 청구인이 동남비전의 발기인으로 참여한 1993. 10.경 시행되던 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제8조의2 제1항 제1호 및 제4항은 공익법인이 주식 또는 출자지분 외의 재산을 출연받은 후 그 출연받은 금액으로 취득하는 내국법인 발행주식총수의 100분의 20까지는 증여세를 부과하지 않도록 규정하고 있었다. 이러한 법적 상황에서 청구인은 동남비전 주식을 15%(12만주) 취득하는 것으로 하여 1993. 10. 30. 공보처장관에게 허가신청서를 제출하였다.

(2) 그런데 동남비전 법인 설립 절차가 진행되던 중인 1993. 12. 31. 상속세법이 개정되면서 공익사업 영위자가 출연받은 재산으로 내국법인 발행주식총수의 100분의 5를 초과하여 취득하는 경우 초과부분을 취득하는 데 사용한 재산가액을 증여받은 것으로 보아 증여세를 부과하는 규정(제8조의2 제4항 제3호)이 신설되었고, 개정법 부칙 제3조에서는 공익사업을 영위하는 자가 “법 시행일 이후 주식 또는 출자지분을 취득하는 분부터 적용한다”라고 규정하였다.

(3) 그 후 청구인은 1994. 3. 11. 동남비전에 대한 법인설립등기 절차를 거쳐 출자금 6억 원을 납입하고 동법인의 주식 100분의 15를 취득·보유하게 되었다. 이에 따라 청구인은 공익사업 영위자로서 1994. 3. 11. 동남비전의 발행주식 총수의 100분의 15를 취득하였으므로, 개정 상속세법에 의거하여 100분의 5를 초과하여 취득한 부분인 8만주(10%)를 취득하는 데에 사용한 출연재산 4억 원(8만주×5천 원)을 증여받은 것으로 간주하여 관할세무서가 부과한 증여세를 납부하게 되었다.

다. 이 사건의 법률상 쟁점

개정 상속세법 제8조의2 제4항 제3호는 최초에는 내국법인의 주식이 아닌 다른 재산을 출연하였으나 공익사업 영위자가 나중에 위 출연재산을 취득재원으로 하여 내국법인의 주식을 100분의 5 이상으로 취득하는 경우에 이 비율을 초과하는 주식 취득분에 대해서는 증여받은 것으로 의제하여 증여세를 부과하도록 규정하였다.

그런데 이 사건 법률조항은 개정 상속세법 제8조의2 제4항 제3호를 개정법 시행 이후에 적용하도록 하는 경과규정을 두고 있어서, 개정법 시행일 이후에 공익사업을 영위하는 자가 출연받은 재산을 사용하여 내국법인의 주식을 취

득하는 경우에는 100분의 5를 초과하는 지분에 대해서 증여세를 납부하도록 하였다.

그러므로 개정 상속세법 제8조의2 제4항 제3호의 규정을 개정 상속세법 시행 후 공익사업을 영위하는 자가 기 출연재산으로 주식 또는 출자지분을 취득하는 것부터 적용하도록 규정한 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부가 문제된다.

라. 이 사건 법률조항과 헌법상 소급입법 과세금지원칙

(1) 헌법상 소급입법 과세금지원칙

우리 헌법 제38조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의무를 진다고 규정하는 한편, 헌법 제59조는 조세의 종목과 세율은 법률로 정한다고 규정하여, 조세법률주의를 선언하고 있다. 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거에 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하는 것이다. 이러한 소급입법 과세금지원칙은 조세법률관계에 있어서 법적 안정성을 보장하고 납세자의 신뢰이익의 보호에 기여한다. 우리 재판소는 새로운 입법으로 과거에 소급하여 과세하거나 또는 이미 납세의무가 존재하는 경우에도 소급하여 증과세하는 것은 소급입법 과세금지원칙에 위반된다는 일관된 태도를 취하여 왔다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680; 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 115; 2003. 6. 26. 2000헌바82, 판례집 15-1, 678, 687).

그런데 소급입법은 신법이 이미 종료된 사실관계에 작용하는지 아니면 현재 진행중인 사실관계에 작용하는지에 따라 “진정소급입법”과 “부진정소급입법”으로 구분되고, 전자는 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이며 특단의 사정이 있는 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되지만 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 교량과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 457-459; 1999. 7. 22. 97헌바76 등, 판례집 11-2, 175, 195 참조).

(2) 이 사건 법률조항이 소급과세입법에 해당되는지 여부

이 사건 법률조항은 개정 상속세법 시행일 이전에 기 출연재산으로 100분의 5를 초과하여 이미 취득한 내국법인의 주식에는 적용되지 않으며, 법 시행일 이후에 기 출연재산 및 신규 출연재산으로 100분의 5를 초과하여 새롭게 취득하는 내국법인의 주식에 대하여 적용된다.

다시 말해서 이 사건 법률조항은 공익사업 영위자가 개정 상속세법 시행 전에 이미 취득한 주식 중에서 100분의 5 이상을 초과하는 주식에 사용된 출연재산가액에 대해서 소급적으로 증여세를 부과하려는 것이 아니라, 개정 상속세법 시행 이후에 공익사업 영위자가 취득하는 100분의 5 이상의 초과 주식에 해당하는 출연재산가액에 대해서 증여세를 부과하려는 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 과세요건 완성 전의 사실이나 법률관계를 규율대상으로 하는 것이 아니어서 진정소급과세입법에 해당된다고 할 수 없으며, 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율대상으로 하는 것도 아니어서 부진정소급효 과세입법에도 해당되지 아니한다.

마. 이 사건 법률조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부

(1) 조세법영역과 헌법상 신뢰보호원칙

무릇 법률의 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화 할 수 없다면 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 그러나 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 의하여 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호할 필요성이 인정되어야 한다(헌재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910; 2003. 6. 26. 2000헌바82, 판례집 15-1, 678, 688 참조).

더구나 조세법의 영역에 있어서는 국가가 조세·재정정책을 탄력적·합리적으로 운용할 필요성이 매우 큰 만큼, 조세에 대한 법규·제도는 신축적으로 변할 수밖에 없다는 점에서 납세의무자로서는 구법질서에 의거한 신뢰를 바탕으로 적극적으로 새로운 법률관계를 형성하였다고 하는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 세율 등 현재의 세법이 변함없이 유지되리라고 기대하거나 신뢰할 수는 없다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-683; 2003. 6. 26. 2000헌바82, 판례집 15-1, 678, 689 참조).

그런데 신뢰보호원칙의 위배 여부를 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 한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461; 1999. 7. 22. 97헌바76 등, 판례집 11-2, 175, 195 참조).

(2) 이 사건 법률조항이 헌법상 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부

(가) 청구인의 신뢰이익

(1) 앞서 살핀 사실관계에서 보듯이 이 사건에서 청구인은 개정 전 상속세법 제8조의 제1항 제1호 단서 및 같은 법조 제4항에 의거하여 공익법인에 이미 출연된 재산을 사용하여 내국법인의 주식을 100분의 20까지 취득하는 경우에 증여세 면제혜택을 받을 것이라는 기대 내지 신뢰를 가졌다고 볼 수 있다. 따라서 청구인의 이러한 신뢰를 헌법상 권리로서 보호할 가치가 있느냐가 문제될 수 있다.

그러나 살피건대 공익사업에 출연한 재산은 상속세 과세가액에 산입하지 아니한 재산으로서 일정한 조건하에서 증여세가 잠정적으로 면제되므로, 입법자가 정하는 조건이 변경되는 경우에는 증여세를 납부하여야 할 상황이 발생할 수도 있다. 그러므로 공익사업 영위자의 증여세 면제혜택에 대한 기대 내지 신뢰 이익은 증여세의 공제나 비과세의 경우에 가지는 증여세 면제혜택에 대한 기대 내지 신뢰이익의 경우보다 그 비중이 더 크다고 볼 수 없다.

(2) 나아가 입법자는 새로운 인식을 수용하고 변화한 현실에 적절하게 대처해야 하기 때문에, 국민은 현재의 법적 상태가 항상 지속되리라는 것을 원칙적으로 신뢰할 수는 없다. 특히 복잡다양한 경제현상을 규율대상으로 하여 신속적인 개정이 요구되는 조세법분야에 있어서 증여세 면제 제도는 잠정적인 것으로서 장래의 개정이 쉽사리 예측가능하다고 보아야 할 것이다.

구 상속세법은 1990. 12. 31. 이전에 공익사업에 출연한 내국법인의 주식 전체에 대해서 증여세 면제혜택을 부여하였으나, 1991. 1. 1. 이후부터는 내국법인 주식의 100분20 이내의 부분으로 증여세 면제혜택을 축소하였으므로, 공익사업 영위자가 가지는 조세감면에 대한 기대와 신뢰는 본래부터 영구적인 것이 아니라 법의 개정에 따라 신속적·잠정적인 것이라 할 것이며, 청구인과 같은 공익사업 영위자는 이러한 사정을 충분히 예상할 수 있었다고 할 것이다.

그렇다면 청구인에게 인정될 수 있는 법률의 존속에 대한 신뢰가 존재한다고 하더라도 신뢰의 보호가치는 크다고 할 수 없다.

(3) 그 뿐 아니라 개정 상속세법 제8조의2 제4항 제3호 및 이 사건 법률조

항에 따라 공익사업자가 종전에 받고 있던 증여세면제특혜가 축소되었다 하더라도, 이는 일반적인 증여세 납세자와 비교하여 볼 때 동일한 증여세 납부의무를 지게 되었을 뿐 특별히 불리한 부담을 갖게 된 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인이 받은 신뢰이익의 침해 정도도 그리 중하지 않다고 할 것이다.

(나) 공익의 비중과 정도

원래 정부나 지방자치단체가 재정지출을 통하여 수행해야 하지만 역력이 없거나 능력이 미치지 못하는 분야에서 공익법인이 학교, 자산, 학술, 장학사업 등의 사업을 대신 운영하고 있다. 이에 따라 정부는 민간부문이 공익사업에 적극적으로 참여하도록 하기 위해 세제상의 유인정책을 펴서, 공익사업에 상속재산을 출연하는 경우 상속세를 면제하며, 공익사업 영위자에게는 출연받은 재산을 공익사업에 사용할 것을 전제로 증여세를 면제하고 있었다. 그러나 차별 등 고액재산가가 보유주식을 출연하여 공익법인을 설립하고, 자녀 등과 특수관계에 있는 자가 공익법인의 이사로 취임하여 그 법인을 통하여 내국법인을 지배하는 등 상속세 납부의 부담없이 기업을 상속받는 등 조세회피에 악용하는 사례가 발생하였다. 이에 출연재산을 변칙적인 탈세나 부의 증식 내지 세습수단으로 악용하는 것을 방지하기 위하여 공익법인이 출연받은 재산을 공익사업에 성실히 사용하지 아니하는 경우에는 이에 대해서 과세해야 할 필요성이 커졌다.

이에 따라 개정 상속세법 제8조의2 제1항 제1호는 재산출연자의 상속세 과세가액 불산입 한도기준을 내국법인 발행주식 총수의 100분의 20에서 100분의 5로 감축하고, 같은 법조 제4항 제3호는 공익사업 영위자가 출연받은 재산으로 내국법인의 발생주식 총수의 100분의 5를 초과하여 취득하는 데 사용한 출연재산가액에 대하여 증여세를 부과하도록 한 것이 그 입법배경이라고 할 수 있다.

이처럼 개정상속법 제8조의2 제1항 제1호와 제4항 제3호는 상속세 및 증여세 면세혜택의 축소를 통하여 조세회피 및 부의 세습수단으로 악용되는 것을 방지하는 입법목적은 추구하였는데, 이러한 입법목적은 달성함으로써 얻게 되는 공익의 증진 효과는 상당히 크고, 그 비중도 높다고 할 것이다.

(다) 법익의 비교형량

앞서 살핀 바와 같이 공익사업에 출연한 재산은 증여세가 잠정적으로 면제되므로, 청구인이 가지는 조세감면혜택이 지속되리라는 기대 내지 신뢰 이익

은 그리 크지 않으며, 내국법인의 주식 5%를 초과 취득한 것 이외에도 다른 재산이용 방법이 존재하므로 청구인의 신뢰이익의 침해정도도 중하지 않을 뿐만 아니라, 조세감면에 대한 추가적인 개정입법도 충분히 예상할 수 있으므로, 법률의 존속에 대한 신뢰이익의 보호가치는 크다고 할 수 없다.

이에 반해서 개정 상속세법 시행 이전에 출연한 재산을 이용하여 내국법인의 주식을 취득하는 것을 100분의 5 이하로 제한해야 할 필요성이 크고, 조세 회피나 부의 세습을 시도하는 것을 방지함으로써 얻게 되는 공적 이익은 막중하다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 기존에 출연한 재산을 이용하여 내국법인의 주식을 100분의 5 이상으로 취득함에 있어서 받게 되는 청구인의 신뢰이익의 침해보다는 입법목적이 추구하는 공적 이익이 보다 더 크다고 할 것이다.

(라) 소결론

법률이 개정되는 경우에는 기존 법질서와 사이에 크든 작든 어느 정도의 이해관계의 충돌이 불가피하기 마련이며 특히 조세법규는 그 때 그 때의 시급한 정책적인 필요에 의하여 신속한 개정이 이루어질 수밖에 없다는 점을 고려하건대, 정책적·잠재적인 조세우대조치인 공익사업 출연재산에 대한 증여세 면제제도를 시행함에 있어 그 면제비율을 축소 조정함으로써 인하여 초래하는 신뢰의 손상은 공익적 목적에 의하여 헌법상 정당화된다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다.

바. 이 사건 법률조항이 헌법상 재산권보장규정에 위배되는지 여부

이 사건에서 공익사업 영위자가 개정전 상속세법 규정에 의하여 가지는 출연재산에 대한 증여세 면제혜택에 대한 기대를 그의 기득재산권이라고까지 할 수는 없다. 설령 공익사업 영위자가 증여세 면제 제도를 신뢰하였다고 하더라도 이는 당시의 법제도에 대한 기대이익에 불과할 뿐, 이를 공익사업 영위자의 기득권으로서 헌법 제23조 제1항 제1문이 보장하는 재산권이라고 할 수는 없으며, 더 나아가 그 기대가 충족되지 못하였다고 하여 재산권이 박탈된 것이라고 할 수 없다.

그러므로 이 사건 법률조항은 재산권을 보장하는 헌법 제23조 제1항이나, 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지하는 헌법 제13조 제2항에 위배되지 아니한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않으므로 관여 재판관 전원의

헌재 2004. 7. 15. 2002헌바63

일치된 의견에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일
송인준(주심) 전효숙 이상경

건설산업기본법 제83조 제1호 위헌소원

(2004. 7. 15. 2003헌바35·37(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 건설업자가 부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 경우 건설업 등록을 필요적으로 말소하도록 규정한 건설산업기본법 제83조 단서 중 제1호 부분이 법률의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 위 법률조항이 직업의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 위 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 건설업 등록의무를 규정한 건설산업기본법(이하 ‘법’이라 한다) 제9조, 등록기준을 규정한 법 제10조 및 법시행령 제13조, 건설업의 등록말소사유 등을 규정한 법 제83조 제1호 내지 제10호의 규정과의 체계적인 연관관계에서 법 제9조의 등록제의 목적 및 등록기준의 준수를 관철하고자 하는 건설산업기본법 제83조 단서 중 제1호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 취지를 고려하여 이 사건 법률조항의 의미를 전반적으로 살펴볼 때 법 제83조 단서 중 제1호에서의 ‘부정한 방법’이란, 실제로는 기술능력·자본금·시설·장비 등에 관하여 법령이 정한 건설업 등록요건을 갖추지 못하였음에도 자본금의 납입을 가장하거나 허위신고를 통하여 기술능력이나 시설, 장비 등의 보유를 가장하는 수단을 사용함으로써 등록요건을 충족시킨 것처럼 위장하여 등록하는 방법을 말하는 것으로 그 내용이 충분히 구체화되고 제한된다고 판단된다.

따라서 이 사건 법률조항에 규정된 ‘부정한 방법’의 개념이 약간의 모호함에도 불구하고 법률해석을 통하여 충분히 구체화될 수 있고, 이로써 행정청과 법원의 자의적인 법적용을 배제하는 객관적인 기준을 제공하고 있으므로 이 사건 조항은 법률의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

2. 이 사건 법률조항은 ‘부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 경우에 대하여’ 건설업의 등록을 말소하도록 규정함으로써 건설업을 자유롭게 직업으로 삼을 수 있는 자유, 즉 청구인들의 직업선택의 자유를 제한하고 있는데, 법률이 정한 인적·물적 시설을 갖추고 등록한 자만이 건설업을 영위할 수 있는 건설업등록제도의 근간을 유지하고, 무자격자에 의한 부실공사를 방지하여 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것이 이 사건 법률조항의 입법목적이다. 이러한 입법목적이 헌법상 허용되는 정당한 목적임에는 의문의 여지가 없으며, 부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 자의 등록을 말소하는 것은 위 입법 목적을 달성하는데 크게 기여한다는 점에서 이 사건 법률조항의 수단으로서의 적정성도 인정된다.

부정한 방법에 의한 건설업등록행위가 국민의 생명과 재산에 미치는 위험의 정도와 그 위험방지의 중요성·긴급성을 고려할 때 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명하는 수단을 선택해서는 그 목적의 효율적인 달성을 기대하기 어려울 것이므로, 건설업자에게 부정한 방법에 의한 등록행위를 금지하고 이를 위반한 경우 필요적으로 건설업등록을 말소하도록 하는 조치는 입법목적의 달성을 위하여 반드시 필요한 최소한의 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 그 제한의 목적이 정당할 뿐 아니라 목적달성을 위한 방법이 적정하고 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 직업의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

3. 법 제83조는 필요적 등록말소사유로서 부정한 방법으로 건설업 등록을 한 때(제1호), 명의대여행위금지를 위반한 때(제5호), 영업정지처분을 위반한 때(제7호)의 세 가지 유형을 규정하고 있는데, 이러한 사유들은 등록제를 침탈하거나 형해화함으로써 그 근간을 흔드는 중대한 위반이거나 건설공사의 적정한 시공을 담보하기 위하여 불가피한 경우에 해당하는 것으로 판단된다.

이에 대하여 법 제83조에서 임의적 등록말소사유로 규정하고 있는 사유들은 건설업자가 적법하게 등록을 한 후 사업을 수행하는 과정에서 법이 정한 요건에 미달하거나(제2호), 업무수행을 하면서 사후적으로 발생하는 사유로서 보완이나 시정의 여지가 있거나(제8호) 또

는 개별적인 시공에 있어서 비록 하자가 발생하였으나 건설업자의 전반적인 시공능력에 대한 근본적인 의문이 제기되지는 않는 경우(제9호) 등에 관한 것으로서, 건설업등록제도의 근본취지에 정면으로 반하는 사유는 아니라고 할 것이다.

그렇다면 등록제를 규정하는 법 제9조, 제10조의 의미와 목적 및 법 제83조의 취지에 비추어 볼 때, 등록제의 취지에 정면으로 배치되는 행위인 ‘부정한 방법으로 등록을 한 경우’를 법 제83조 제9호 등 임의적 등록말소사유와 달리 필요적 등록말소사유로 규정한 것은 본질적으로 다른 것을 달리 규정한 것으로서, 차별대우를 정당화하는 합리적인 이유에 기인한다고 판단되므로 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제83조(건설업의 등록말소등) 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설업자가 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당해건설업자(제9호의 경우 중 하도급한 때에는 그 수급인을 포함한다)의 건설업의 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제5호 또는 제7호에 해당하는 때에는 건설업의 등록을 말소하여야 한다.

1. 부정한 방법으로 제9조의 규정에 의한 건설업의 등록을 한 때
- 2.~10. 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 건설공사의 조사·설계·시공·감리·유지관리·기술관리 등에 관한 기본적인 사항과 건설업의 등록, 건설공사의 도급등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 한다.

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제3조(기본이념) 이 법은 건설산업을 설계, 감리, 시공, 사업관리, 유지관리 등 각 분야에 걸쳐 국제경쟁력을 갖추도록 균형있게 발전시켜 나감으로써 국민경제와 국민의 생활안전에 기여함을 기본이념으로 한다.

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제9조(건설업의 등록 등) ① 건설업을 영위하고자 하는 자는 일반건설업은 건설교통부장관에게, 전문건설업은 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 대통령령이 정하는 업종별로 등록을 하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 건설공사를 업으로 하고자 하는 경

우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의하여 건설업의 등록을 하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관 또는 시·도지사에게 등록신청을 하여야 한다.

③ 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 5할 이상을 출자한 법인 또는 영리를 목적으로 하지 아니하는 법인은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 제1항의 규정에 의한 건설업의 등록을 신청할 수 없다.

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제10조(건설업의 등록기준) 제9조 제1항의 규정에 의한 일반건설업 또는 전문건설업의 등록기준이 되는 기술능력·자본금(개인인 경우에는 자산평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비와 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제83조(건설업의 등록말소등) 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설업자가 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당해 건설업자(제9호의 경우 중 하도급한 때에는 그 수급인을 포함한다)의 건설업의 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제5호 또는 제7호에 해당하는 때에는 건설업의 등록을 말소하여야 한다.

1. 부정한 방법으로 제9조의 규정에 의한 건설업의 등록을 한 때
2. 제10조의 규정에 의한 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 때
3. 삭제
4. 삭제
5. 제21조의 규정에 위반한 때
6. 삭제
7. 제82조 또는 이 조의 규정에 의한 영업정지처분에 위반한 때
8. 건설업의 등록을 한 후 1년이 경과할 때까지 영업을 개시하지 아니하거나 계속하여 1년 이상 휴업한 때
9. 고의 또는 과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 함으로써 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 발생하게 한 때
10. 다른 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체의 기관으로부터 등록말소의 요구가 있는 때

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제96조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조 제1항의 규정에 의한 등록을 하지 아니하거나 부정한 방법으로 등록을 하고 건설업을 영위한 자
2. 삭제
3. 제17조의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 부정한 방법으로 신고를 하고 건설업을 영위한 자
4. 제21조의 규정에 위반한 건설업자 및 그 상대방
5. 제29조 제1항의 규정에 위반하여 하도급한 자

6. 삭제

7. 정당한 사유없이 제82조 또는 제83조의 규정에 의한 영업정지처분에 위반한 자
건설산업기본법시행령(1999. 8. 6. 대통령령 제16512호로 개정된 것) 제13조(건설업의
등록기준) ① 법 제10조의 규정에 의한 일반건설업 또는 전문건설업의 등록기준은 다음
각 호와 같다.

1. 별표 2의 규정에 의한 기술능력·자본금(개인인 경우에는 건설업에 제공되는 자산
의 평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비를 갖추는 것
2. 일반건설업의 등록을 신청하는 경우에는 다음 각 목의 1에 해당하는 자격을 갖추
는 것이며
가. 삭제
나. 토목건축공사업의 경우에는 다른 업종의 건설업을 영위한 기간(외국에서 이와
유사하다고 건설교통부장관이 인정하는 건설업을 영위한 기간을 포함한다)이 2
년 6월 이상인 자
다. 산업설비공사업의 경우에는 다른 업종의 건설업 또는 관련되는 산업설비제조업
을 영위한 기간(외국에서 이와 유사하다고 건설교통부장관이 인정하는 건설업
또는 산업설비제조업을 영위한 기간을 포함한다)이 2년 6월 이상인 자
3. 국가를당사자로하는계약에관한법령에 의하여 부정당업자로 입찰참가자격이 제한된
경우에는 그 기간이 경과되었을 것
4. 법 제83조 제1호·제5호·제7호 또는 제9호 외의 사유로 건설업의 등록이 말소된
경우에는 등록말소 후 1년 6월이 경과되었을 것
5. 건설업영업정지처분을 받은 경우에는 그 기간이 경과되었을 것
6. 일반건설업의 등록을 신청하고자 하는 자가 법인인 경우에는 임원 중 1인, 개인인
경우에는 본인 또는 지배인으로 등기된 자 중 1인이 건설업(산업설비공사업의 등록
을 신청하는 경우에는 관련되는 산업설비제조업을 포함한다)에서 7년 이상 또는 건
설교통부령이 정하는 건설관련분야에서 10년 이상 관리책임자로 종사한 자일 것

② 생략

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 광동개발 주식회사(2003헌바35)
대표이사 백성용
대리인 변호사 이주영 외 1인
2. 주식회사 에이스종합건설(2003헌바37)
대표이사 정창하
대리인 법무법인 정우종합법률사무소
담당변호사 이남열

- 당해사건 1. 부산고등법원 2002누3126 건설업등록말소처분취소(2003헌바35)
2. 부산고등법원 2002누3119 건설업등록말소처분취소(2003헌바37)

【주 문】

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것) 제83조 단서 중 제1호 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌바35

(가) 청구인은 1996. 8. 26. 자본금 5억 3천만 원으로 설립되어 토목공사업 등록을 하고 사업을 하던 중, 1999. 8. 3. 자본금을 10억 3천만 원으로 증자하여 건축사업면허를 추가로 얻어 토목건축공사업 등록을 한 후 각종 토목·건축공사 등의 사업을 영위하여 왔다. 경상남도지사는 2001. 11. 21. 청구인이 부정한 방법(자본금 납입가장)으로 위 토목건축공사업 등록을 하였다는 이유로 건설산업기본법 제83조 제1호에 따라 위 건설업 등록을 말소하는 처분을 하였다.

(나) 이에 청구인은 창원지방법원에 위 처분의 취소를 구하는 소송(2001구4570)을 제기하였으나 패소판결을 받고, 부산고등법원에 항소하여(2002누3126) 소송계속 중 건설산업기본법 제83조 제1호가 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 규정이라는 주장으로 위 법률조항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청을 하였다(2003아4). 그러나 위 법원이 2003. 5. 23. 청구인의 위 신청을 기각하자, 2003. 6. 5. 청구인은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌바37

(가) 청구인은 1996. 7. 9. 자본금 5억 5천만 원으로 설립되어 토목공사업 등록을 하고 사업을 하던 중, 1999. 4. 20. 자본금을 10억 원으로 증자하여 건축공사면허를 추가로 얻어 토목건축공사업 등록을 한 후 각종 토목·건축공사 등의 사업을 영위하여 왔다. 경상남도지사는 2001. 11. 21. 청구인이 부정한 방법(자본금 납입가장)으로 위 토목건축공사업(이하 ‘건설업’이라 한다)

등록을 하였다는 이유로 건설산업기본법 제83조 제1호에 따라 위 건설업 등록을 말소하는 처분을 하였다.

(나) 이에 청구인은 창원지방법원에 위 처분의 취소를 구하는 건설업등록 말소처분취소소송(2001구4563)을 제기하였으나 패소판결을 받고, 부산고등법원에 항소하여 항소사건(2002누3119) 계속중 위 법률조항에 대하여 위헌심판 제청신청을 하였다(2003아3). 그러나 위 법원이 2003. 5. 23. 청구인의 위 신청을 기각하자, 2003. 6. 11. 청구인은 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 건설산업기본법 제83조 제1호를 심판의 대상으로 삼고 있으나, 청구인들이 이 사건 심판청구를 통하여 다투고자 하는 바는, ‘건설산업기본법 제83조 단서에서 제1호의 경우에 해당하는 때에는 건설업의 등록을 필요적으로 말소하도록 규정하고 있는 것’의 위헌여부이다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 건설산업기본법 제83조 단서 중 제1호 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상규정

건설산업기본법(1999. 4. 15. 법률 제5965호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제83조(건설업의 등록말소등) 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설업자가 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당해건설업자(제9호의 경우 중 하도급한 때에는 그 수급인을 포함한다)의 건설업의 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제5호 또는 제7호에 해당하는 때에는 건설업의 등록을 말소하여야 한다.

1. 부정한 방법으로 제9조의 규정에 의한 건설업의 등록을 한 때

2. 내지 10. 생략

(2) 관련규정

건설산업기본법 제9조(건설업의 등록 등) ① 건설업을 영위하고자 하는 자는 일반건설업은 건설교통부장관에게, 전문건설업은 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 대통령령이 정하는 업종별로 등록을 하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 건설공사를 업으로 하고자 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 및 ③ 생략

제10조(건설업의 등록기준) 제9조 제1항의 규정에 의한 일반건설업 또는 전문건설업의 등록기준이 되는 기술능력·자본금(개인인 경우에는 자산평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비와 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

건설산업기본법시행령(1999. 8. 6. 대통령령 제16512호로 개정된 것, 이하 '시행령'이라 한다) 제13조 (건설업의 등록기준) ① 법 제10조의 규정에 의한 일반건설업 또는 전문건설업의 등록기준은 다음 각호와 같다.

1. 별표 2의 규정에 의한 기술능력·자본금(개인인 경우에는 건설업에 제공되는 자산의 평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비를 갖출 것
제2호 내지 제6호 생략

② 생략

별표 2 건설업의 면허기준(제13조 관련) 중 토목건축공사사업의 법인 자본금에 관한 부분은 다음과 같다.

토목건축공사사업-법인 : 10억 원 이상(1998년 6월 30일까지는 공제조합출자증권이 500좌 이상, 1998년 7월 1일부터 1999년 6월 30일까지는 공제조합출자증권이 400좌 이상, 1999년 7월 1일부터 2000년 6월 30일까지는 200좌 이상 포함되어야 한다)

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

(1) 법 제83조 단서규정의 입법목적은 건설회사가 시공능력을 제대로 갖추지 못한 경우 부실시공이 될 가능성이 많으므로, 이로 인한 피해가 발생할 경우에 대비하여 이를 엄격히 규제하고자 하는 것인데, 위 단서규정을 적용함에 있어서는 단순히 자본금의 충실여부만이 아니라, 기술력, 영업실적 등 제반 사정을 참작하여 시공능력이 있는지 여부 등 종합적인 기준으로 등록말소의 처분을 할 것인지를 결정할 여지가 있어야 함에도, 위 단서규정에 해당하기만 하면 이러한 여지없이 무조건 등록을 말소하도록 한 것은 법의 입법취지에 부합하지 않는다.

(2) 법 제83조 제1호에 해당할 경우 등록말소라는 가장 엄한 처분을 받게 되어 있음에도, 어떠한 경우를 '부정한 방법으로 제9조의 규정에 의한 건설업의 등록을 한 때'로 볼 것인지를 구체적으로 명시하지 않았고, 이와 같은 용어의 불명확성으로 인하여 같은 조 제2호와의 관계상, 사안에 따라서는 위 제1호의 부정한 방법으로 볼 것인지, 위 제2호의 건설업의 등록기준 미달로 볼

것인지의 판단 여부가 행정청의 자의적 판단에 좌우되어 불합리한 결과를 초래할 우려가 있다.

(3) 행정처분과 관련된 형사사건에서의 형의 경중에 관계없이 무조건 등록을 말소하도록 한 법 제83조 제1호는 기본권제한 입법의 기본원칙인 침해의 최소성원칙에 반한다.

(4) 법 제83조 제9호의 사유는 이미 현실적으로 손해 또는 공공의 위험이 발생한 경우로서 손해 내지 공공의 위험이 예상될 수 있는 위 제1호의 경우보다 훨씬 더 엄하게 규율해야 할 사유임에도 필요적인 등록말소사유로 규정하고 있지 않은 반면, 위 제1호에 해당하는 경우에는 정상참작의 여지없이 반드시 건설업면허를 취소하도록 한 것은 형평의 원칙에 반한다.

(5) 법 제83조 제1호에 근거한 이 사건 처분으로 인하여 발생하는 손실은 청구인들뿐만 아니라, 현재 진행중인 공사를 중도에 중단함으로써 상당 기간 거리의 흉물로 남게 될 공사현장, 그로 인하여 국민들이 입게 될 불편 등과 자본력과 기술력을 겸비한 청구인들이 도산함으로써 발생하는 실업문제 등의 사회적 비용을 감안하면, 이러한 입법이 달성하고자 하는 공익보다는 침해되는 사익이 너무 커 법익균형의 원칙에도 반한다.

나. 법원의 위헌제청신청기간 이유(2003헌바35, 2003헌바37)

(1) 법 제83조 제1호는 시행령 제13조 제1항 제1호의 별표2에서 규정하는 건설업 면허기준을 위반하여 건설업 등록을 하였을 경우의 행정처분의 내용과 종류를 규정한 것으로, 실제로는 기술능력·자본금·시설 및 장비 등에 관하여 위 별표2에서 규정한 건설업 면허기준을 갖추지 못하였음에도 이에 관한 면허기준을 충족한 것처럼 보이도록 하기 위하여 자본금의 납입가장 등 비정상적인 수단을 사용하는 경우인데 반하여, 법 제83조 제2호의 건설업의 등록기준 미달이란 건설업 등록시에는 면허기준을 충족하였으나 그 이후 사정의 변경으로 면허기준에 미달되게 된 경우라고 해석되므로, 청구인 주장처럼 어떠한 경우를 부정한 방법으로 볼 것인지에 대한 예측가능성이 없다거나, 법적용이 행정청의 자의적인 판단에 맡겨져 있다고 볼 수 없다. 또한, 법 제83조 제9호는 적법하게 건설업 등록을 한 업체가 건설공사를 잘못된 경우 이를 규제하는 것인 반면, 법 제83조 제1호는 건설업 등록시의 면허기준 위반을 사유로 하는 것으로, 이를 동일하게 보아 그 규제의 형평성을 논할 수 없다.

(2) 법 제83조 제1호는 등록시의 건설 면허기준 위반을 그 이후의 면허기준 위반이나 부실시공에 비하여 엄한 행정처분을 하도록 법률로 규정한 것으로

서 그 입법목적이 정당하고, 그 입법목적과 수단간에는 그 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성의 측면에서 재산권보장, 직업의 자유 및 과잉금지 원칙에 위반되거나 기본권의 본질적 내용을 제한한다고 볼 수 없다.

다. 경상남도지사 및 건설교통부장관의 의견(2003헌바35, 2003헌바37)

(1) 이 사건 법률조항은 부정한 방법으로 건설업을 등록하는 행위를 근절함으로써 법률이 정한 인적·물적인 시설을 갖추고 등록한 자만이 건설업을 영위할 수 있는 건설업등록제도의 근간을 유지하고, 부실공사를 방지하여 국민의 생명과 재산을 보호하려는 것으로, 그 입법목적이 정당하다.

(2) 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 부정한 방법으로 등록한 자의 건설업등록을 말소하는 것은 이러한 불법행위를 근절하는데 상당한 효과를 가질 것이므로, 입법수단의 적정성도 인정된다.

(3) 자본금을 제대로 확보하지 못한 상태에서 부정한 방법으로 등록한 자가 건설업을 영위할 경우, 공사 도중 부도의 가능성을 배제할 수 없어 선의의 제3자에게 피해를 줄 우려가 있고, 건설공사가 부실화되어 결과적으로 대형 건설사고로 이어져 국민의 생명과 재산에 돌이킬 수 없는 손해를 가져올 우려가 있으므로 건설업자에게 부정등록행위를 금지하고 이에 위반한 경우 필요적으로 건설업등록을 말소하도록 하는 조치는 반드시 필요하다.

(4) 이 사건 법률조항으로 인하여 건설업자가 더 이상 건설업을 영위하지 못하는 등 손해를 입는다 하더라도 법이 정하는 등록요건에 미달한 경우 발생할 수 있는 중대한 공익에 대한 위험성에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성원칙에도 부합한다.

(5) 법 제83조 제1호의 ‘부정한 방법’이란 법이 정한 건설업 등록요건을 갖추지 못하였음에도 이에 관한 등록요건을 충족한 것처럼 보이도록 하기 위하여 자본금의 납입가장 등 비정상적인 수단을 사용하는 경우를 말하고, 법 제83조 제2호의 ‘건설업의 등록기준 미달’이란 건설업 등록시에는 등록기준을 충족하였으나, 그 후 사정의 변경으로 등록기준에 미달하게 된 경우를 말하는 것으로 행정청이 이 두 가지의 경우를 구분하지 못함으로써 불합리한 처분을 할 염려는 전혀 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 모호하여 명확성의 원칙에 반한다는 청구인들의 주장은 이유없다.

3. 판 단

가. 건설업에 대한 법적 규율

(1) 건설업이란 인간이 살아가기 위한 필수적 전제조건인 ‘의·식·주’ 중

‘주(住)’의 건축과정 및 도로, 항만, 교량 등 사회간접자본의 확충에 있어 가장 중요한 시공행위를 담당하는 분야로서 국민생활의 기초적인 수요는 물론 산업경제의 발달 및 공공의 복지증진에 중대한 영향을 미치는 산업이다. 건설업은 그 특성상 건설공사의 수주단계에서부터 건설업자 간의 과열경쟁을 야기하여 그 비용을 증대시키고, 이러한 비용을 회수하기 위하여 저급한 원자재를 사용하게 되는 결과 부실공사로 이어지는 악순환을 초래할 위험을 안고 있으므로, 건설공사의 조사·설계에서부터 시공·유지관리단계에 이르기까지의 건설공사의 일련의 과정에 대한 법적 규제가 요구된다. 따라서 건설공사의 조사·설계·시공·감리·유지관리·기술관리 등에 관한 기본적인 사항과 건설업의 등록, 건설공사의 도급 등에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모할 목적으로 건설산업기본법이 제정되었다(법 제1조). 법은 건설산업을 설계, 감리, 시공, 사업관리, 유지관리등 각 분야에 걸쳐 국제경쟁력을 갖추도록 균형있게 발전시켜 나갈 것으로써 국민경제와 국민의 생활안전에 기여함을 기본이념으로 하고 있다(법 제3조).

(2) 법은 제9조에서 건설업을 영위하고자 하는 사람에게 건설업의 등록의무를 부과하고(제1항), 건설업의 등록을 하고자 하는 사람에게 건설교통부장관 또는 시·도지사에게 등록신청을 하도록 규정하면서(제2항), 제10조에서 등록기준이 되는 기술능력·자본금·시설 및 장비와 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하였고, 시행령 제13조는 법 제10조의 위임에 의하여 건설업의 등록기준을 구체적으로 규정하고 있다. 이로써 법은 건설공사의 적정한 시공을 담보할 목적으로 일정한 기술능력·자본금·시설 및 장비를 갖춘 업체에 한하여 건설업등록을 허용하고 있는 것이다.

한편, 법 제96조는 등록의무의 이행을 강제하고 등록기준의 준수를 관철하기 위하여 제1호에서 ‘제9조 제1항의 규정에 의한 등록을 하지 아니하거나 부정한 방법으로 등록을 하고 건설업을 영위한 자’에 대하여 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한, 법 제83조는 법이 정하는 일정한 요건에 해당하는 경우에는 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설업의 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있도록 하면서, 다만 단서규정에서 ‘부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 때’(제1호), ‘건설업자가 명의대여행위를 한 때’(제5호), ‘영업정지처분에 위반한 때’(제7호)에는 건설업의 등록을 말소하도록 규정하고 있다.

나. 법률의 명확성원칙의 위반여부

청구인들은, 이 사건 법률조항이 ‘부정한 방법’이라는 불명확한 용어를 사용함으로써 ‘어떠한 경우가 부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 때에 해당하느’에 관하여 구체적으로 규정하지 않았고, 이로 인하여 등록말소의 처분 여부가 행정청의 자의적인 판단에 달려있으므로 법률의 명확성원칙에 위반된다고 주장한다.

(1) 법률의 명확성원칙의 내용

법률이란 그 구성요건을 충족시키는 모든 사람과 모든 개별적인 경우에 대하여 적용되는 일반·추상적 규범으로서 그 본질상 규율하고자 하는 생활관계에서 발생가능한 모든 법적 상황에 대하여 구체적이고 서술적인 방식으로 법률의 내용을 규정하는 것은 불가능하며, 어느 정도 추상적이고 개괄적인 개념 또는 변화하는 사회현상을 수용할 수 있는 개방적인 개념을 사용하는 것이 불가피하다. 너무 구체적으로 규정된 법률은 현대의 복잡한 생활관계에서 발생하는 다양한 요구에 부응하는 것을 불가능하게 하는 경직성의 위험이 있는 반면, 너무 불명확한 법률은 국민인 수범자로 하여금 자신의 행위에 따른 법적 결과를 예측할 수 없게 함으로써 개인의 자유행사를 제한하는 효과를 가져오는 것이다.

그러므로 법률의 명확성원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 개괄조항이나 불확정 법개념의 사용을 금지하는 것이 아니다. 행정부가 다양한 과제를 이행하고 각 개별적 경우의 특수한 상황을 고려하며 현실의 변화에 적절하게 대처할 수 있도록 하기 위하여 입법자는 불확정 법개념을 사용할 수 있으나 이로 인한 법률의 불명확성은 법률해석의 방법을 통하여 해소될 수 있어야 한다. 따라서 법률이 불확정 개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 행정청과 법원의 자의적인 적용을 배제하는 객관적인 기준을 얻는 것이 가능하다면 법률의 명확성원칙에 부합하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항이 법률의 명확성원칙에 위반되는지의 여부

법 제83조 제1호는 ‘부정한 방법’이란 불확정 개념을 사용하고 있으나, 우선 문리적 해석의 관점에서 볼 때 ‘부정한 방법’의 의미가 보편적으로 ‘정당하지 않은 또는 허용되지 않은 방법을 사용한 경우’를 뜻하는 것으로 판단된다. 또한 건설업 등록의무를 규정한 법 제9조, 등록기준을 규정한 법 제10조 및 법 시행령 제13조, 건설업의 등록말소사유 등을 규정한 법 제83조 제1호 내지 제10호의 규정과의 체계적인 연관관계에서 법 제9조의 등록제의 목적 및 등록

기준의 준수를 관철하고자 하는 이 사건 법률조항의 취지를 고려하여 이 사건 법률조항의 의미를 전반적으로 살펴볼 때 ‘부정한 방법으로 등록을 한 때’란, 등록기준을 충족시킬 수 없기 때문에 정당한 방법으로는 등록을 할 수 없음에도 등록을 한 경우를 말하는 것으로 이해된다. 즉 법 제83조 제1호에서의 ‘부정한 방법’이란, 실제로는 기술능력·자본금·시설·장비 등에 관하여 법령이 정한 건설업 등록요건을 갖추지 못하였음에도 자본금의 납입을 가장하거나 허위신고를 통하여 기술능력이나 시설, 장비 등의 보유를 가장하는 수단을 사용함으로써 등록요건을 충족시킨 것처럼 위장하여 등록하는 방법을 말하는 것으로 그 내용이 충분히 구체화되고 제한된다고 판단된다.

이에 대하여 법 제83조 제2호에 규정된 ‘건설업의 등록기준에 미달하게 된 때’란, 위와 같은 문리적·체계적·목적적 법률해석방법에 의할 때, ‘건설업 등록시에는 등록기준을 충족시켜 정상적인 방법으로 등록하였으나 그 후 상황의 변화로 인하여 법령이 정한 등록기준에 미달하게 된 경우’를 말하는 것임을 어렵지 않게 확인할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 규정된 ‘부정한 방법’의 개념이 약간의 모호함에도 불구하고 법률해석을 통하여 충분히 구체화될 수 있고, 이로써 행정청과 법원의 자의적인 법적용을 배제하는 객관적인 기준을 제공하고 있으므로 이 사건 조항은 법률의 명확성원칙에 위반되지 않는다.

다. 직업의 자유에 대한 침해여부

(1) 직업선택의 자유에 대한 제한

이 사건 법률조항은 ‘부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 경우에 대하여’ 건설업의 등록을 말소하도록 규정함으로써 건설업을 자유롭게 직업으로 삼을 수 있는 자유, 즉 청구인들의 직업선택의 자유를 제한하고 있다.

등록기준을 법으로 정하고 일정한 등록기준을 충족시켜야 등록을 허용하는 건설업의 등록제(법 제9조, 제10조)는 ‘건설업’이란 직업의 정상적인 수행을 담보하기 위하여 요구되는 최소한의 요건을 규정하는 소위 ‘주관적 사유에 의한 직업허가규정’에 속하는 것으로서 직업선택의 자유를 제한하는 규정이다. 이와 마찬가지로, 등록자격을 갖추지 못한 자가 등록을 하여 건설업을 영위하는 경우에 대하여 등록을 사후적으로 박탈하는 이 사건 법률조항도 등록요건을 갖춘 자에게만 건설업이란 직업의 선택을 가능하게 하고자 하는 등록제도를 관철하기 위한 부수적 조항으로서 직업행사의 방법을 규율하고자 하는 것이 아니라, 기술능력·자본금·시설·장비 등의 요건의 구속을 받지 않고 건

설업을 직업으로서 자유롭게 선택하는 자유, 즉 직업선택의 자유에 대한 제한을 의미하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법목적

법은 제9조 및 제10조에서 일정한 기술능력·자본금·시설 및 장비를 갖춘 업체에 한하여 건설업등록을 허용하고 있는데, 그 주된 취지는 적정한 시공을 담보할 수 있는 최소한의 요건을 갖춘 건설업자로 하여금 공사를 하게 함으로써 부실공사를 방지하고 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것이다. 법이 정하는 최소한의 등록요건도 갖추지 못한 건설업자가 주택, 상가, 백화점 등 일반이용시설과 도로, 교량, 댐 등 국가기간시설을 건설할 경우, 이러한 건설공사는 국민의 건강과 생명, 재산에 대한 중대한 위협이 될 수 있으므로 일정한 등록기준을 충족시키는 자만이 건설업을 영위할 수 있도록 건설업 등록제도를 도입한 것이다.

그런데 법이 정하는 등록기준을 충족시키지 못하는 자가 자본금의 납입가장, 기술자의 허위보유 등 부정한 방법으로 건설업을 등록하는 경우, 이는 건설업 등록제도의 취지를 형해화하는 것이자 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모하고자 하는 법의 목적에 반하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 부정한 방법으로 건설업을 등록하는 경우를 필요적 등록말소사유로 규정함으로써 법률이 정한 인적·물적 시설을 갖추고 등록한 자만이 건설업을 영위할 수 있는 건설업등록제도의 근간을 유지하고, 무자격자에 의한 부실공사를 방지하여 국민의 생명과 재산을 보호하고자 하는 것이다.

(3) 비례의 원칙에 대한 위반여부

직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니라, 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이나 이 경우에도 개인의 자유가 공익실현을 위해서도 과도하게 제한되어서는 아니되며 개인의 기본권은 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한되어야 한다는 비례의 원칙(헌법 제37조 제2항)을 준수해야 한다.

(가) 위에서 확인한 입법목적이 헌법상 허용되는 정당한 목적임에는 의문의 여지가 없으며, 부정한 방법으로 건설업의 등록을 한 자의 등록을 말소하는 것은 위 입법 목적을 달성하는데 크게 기여한다는 점에서 이 사건 법률조항의 수단으로서의 적정성도 인정된다.

(나) 입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요

적 규정을 둔다면 이는 비례의 원칙의 한 요소인 “최소침해성의 원칙”에 위배된다는 점에서 부정한 방법으로 건설업 등록을 한 경우에 대하여 행정청에 의한 재량행사의 여지없이 필요적으로 등록을 말소하도록 규정하는 이 사건 법률조항이 최소침해성의 원칙에 부합하는지의 문제가 제기된다.

법이 정한 최소한의 등록요건을 갖추지 못하였음에도 부정한 방법으로 등록을 함으로써 건설업을 영위하는 자에 대하여 필요적으로 그 등록을 말소케 하는 것은 건설업등록제도의 목적을 실현하기 위하여 불가피하다. 자본금을 제대로 확보하지 못하는 등 등록기준을 갖추지 못한 자가 부정한 방법으로 등록하여 건설업을 영위할 경우, 공사 도중 부도의 가능성을 배제할 수 없어 선의의 제3자에게 피해를 줄 우려가 있고, 자본금·장비·기술·시설 등의 부족으로 인하여 건설공사가 부실화되어 결과적으로 대형건설사고로 이어져 국민의 생명을 위협하고 큰 재산적 손실을 초래할 수 있다. 그러므로 부정한 방법에 의한 건설업등록행위가 국민의 생명과 재산에 미치는 위협의 정도와 그 위협방지의 중요성·긴급성을 고려할 때 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명하는 수단을 선택해서는 그 목적의 효율적인 달성을 기대하기 어려울 것이므로, 건설업자에게 부정한 방법에 의한 등록행위를 금지하고 이를 위반한 경우 필요적으로 건설업등록을 말소하도록 하는 조치는 입법목적의 달성을 위하여 반드시 필요한 최소한의 것이다.

또한 등록이 말소된 후에도 5년이 경과하면 다시 건설업등록을 할 수 있도록(법 제13조 제1항 제3호) 하여 등록말소처분의 효력을 제한하고 있을 뿐 아니라, 등록말소처분을 받기 전에 도급계약을 체결하였거나 관계법령에 의하여 허가·인가를 받아 착공한 건설공사에 대하여는 이를 계속 시공할 수 있도록 하여(법 제14조 제1항) 건설업자의 직업의 자유에 대한 제한을 최소화하는 조치를 마련하고 있다는 점에서도 이 사건 법률조항은 최소침해성의 원칙에 위반되지 않는다.

더욱이 부정한 방법으로 등록을 한 자는 처음부터 등록의 요건을 갖추지 못하여 등록을 할 수 없는 자에 해당하므로 무자격자의 등록을 사후적으로 박탈하는 것은 사실상 무자격자의 원래의 법적 지위를 확인하는 조치에 지나지 않는 것으로, 법이 도입한 등록제에 의하여 직업의 자유가 제한되는 것 외에 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 직업의 자유가 추가적으로 제한된다고 볼 수 없다. 이러한 측면에서도 이 사건 법률조항은 최소침해성의 원칙에 부합하는 것이다.

(다) 나아가 입법을 통하여 달성하려는 공익은 그의 중요함에 있어서 기본권제한의 정도와 적절한 비례관계를 유지하여야 한다. 그런데 이 사건 법률조항에 의하여 실현하고자 하는 공익은 부실공사로부터 국민의 생명과 재산을 보호하고 등록제를 통하여 건설산업의 건전한 발전을 도모하고자 하는 중대한 법익인 반면, 이 사건 법률조항으로 인하여 건설업자가 입는 피해는 더 이상 건설업을 영위하지 못하는 등의 손해를 입는다는 것인데 부정한 방법으로 등록을 하여 건설업을 영위한 자의 경우 이 사건 법률조항으로 인하여 추가적으로 발생하는 기본권의 제한이 없을 뿐만 아니라 헌법상 기본권에 의하여 보호받을만한 이익도 사실상 거의 없다는 점을 감안한다면, 기본권제한의 정도는 매우 경미하다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 직업의 자유에 대한 제한을 통하여 실현하고자 하는 공익의 비중과 이 사건 법률조항에 의하여 발생하는 직업의 자유에 대한 제한의 정도를 전반적으로 비교衡量하였을 때 법익균형성의 요건 또한 충족되었다.

(라) 그렇다면 이 사건 법률조항은 그 제한의 목적이 정당할 뿐 아니라 목적달성을 위한 방법이 적정하고 피해의 최소화 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로 과잉금지원칙에 위배하여 청구인들의 직업의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

라. 재산권의 침해여부

이 사건의 경우와 같이 부정한 방법으로 건설업등록을 함으로써 건설업을 영위한 경우에 청구인들은 자신의 불법적인 건설업 등록이 언제라도 다시 말소될 수 있다는 것을 예측해야 하므로 청구인들의 법적 지위의 존속과 관련하여 보호받을만한 신뢰이익이 처음부터 존재하지 않는다. 따라서 청구인들이 폐업으로 인하여 입는 재산상의 손실은 헌법상 보호되는 재산권의 범위에 속하지 않는다고 할 것이다.

마. 평등권의 위반여부

청구인들은 ‘법 제83조 제9호의 사유는 제1호의 경우보다 훨씬 더 엄하게 규율해야 할 사유임에도 필요적 등록말소사유로 규정하고 있지 않은 반면, 제1호의 사유의 경우에는 반드시 등록말소를 하도록 규정한 것은 평등원칙에 위반된다’고 주장한다.

(1) 법 제83조는 각 호에서 건설업에 대한 필요적 등록말소사유 외에도 임의적 등록말소사유를 규정하고 있는데, ‘부정한 방법으로 등록을 한 경우’가

임의적 등록말소사유보다 그 위반의 성격에 있어서 경한 사유임에도 이를 필요적 등록말소사유로 정하고 있다면 이는 이 사건 법률조항을 위반한 건설업자를 자의적으로 차별취급하는 것이라 할 것이다.

헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면 입법자는 자의적으로 행동하고 이로써 평등권을 침해하게 된다고 할 것이다. 두개의 사실관계가 ‘본질적으로 동일인가’의 판단은 일반적으로 당해 범규정의 의미와 목적에 달려 있으므로, 법 제83조의 각 호가 정하는 사유들이 본질적으로 동일인가, 즉 위 사유들 중 무엇이 본질적으로 동일하게 경한 위반사유 또는 중대한 위반사유인가 하는 것은 건설공사의 적정한 시공을 담보하여 국민의 생명과 재산을 보호하고 등록제도를 유지·실현하고자 하는 법 제83조의 목적에 의하여 판단된다.

(2) 법 제83조는 필요적 등록말소사유로서 부정한 방법으로 건설업 등록을 한 때(제1호), 명의대여행위금지를 위반한 때(제5호), 영업정지처분을 위반한 때(제7호)의 세 가지 유형을 규정하고 있다. 먼저 제1호의 사유는 등록 자체에 원시적 하자가 있는 것으로 등록 자체에 효력을 미치는 중대한 사유이고, 제5호의 명의대여행위금지를 위반한 경우는 원시적 하자가 있는 등록은 아니지만 등록제의 근간을 흔드는 중대한 위반사유이자 나아가 국민의 생명과 재산에 구체적으로 위험을 야기하는 사유라 할 것이며, 제7호는 등록말소처분보다는 경한 영업정지처분을 받은 자가 그 처분을 따르지 않은 경우로 달리 제재방법을 찾을 수 없는 중대한 사유라 할 것이다. 결국 제1호, 제5호 및 제7호의 사유는 등록제를 침탈하거나 형해화함으로써 그 근간을 흔드는 중대한 위반이거나 건설공사의 적정한 시공을 담보하기 위하여 불가피한 경우에 해당하는 것으로 판단된다.

(3) 또한 법 제83조는 임의적 등록말소사유로서 건설업의 등록기준에 미달하게 된 때(제2호), 건설업등록을 한 후 1년이 경과할 때까지 영업을 개시하지 아니하거나 계속하여 1년 이상 휴업한 때(제8호), 고의 또는 과실로 건설공사의 시공을 조잡하게 함으로써 시설물의 구조상 주요부분에 중대한 손괴를 야기하여 공중의 위험을 야기하게 한 때(제9호) 및 다른 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체의 기관으로부터 등록말소의 요구가 있는 때(제10호)

등 네 가지 사유를 정하고 있다. 살피건대, 이러한 사유들은 건설업자가 적법하게 등록을 한 후 사업을 수행하는 과정에서 법이 정한 요건에 미달하거나(제2호), 업무수행을 하면서 사후적으로 발생하는 사유로서 보완이나 시정의 여지가 있거나(제8호) 또는 개별적인 시공에 있어서 비록 하자가 발생하였으나 건설업자의 전반적인 시공능력에 대한 근본적인 의문이 제기되지 않는 경우(제9호) 등에 관한 것으로서, 건설업등록제도의 근본취지에 정면으로 반하는 사유는 아니라고 할 것이다.

물론 제9호의 경우 건설업자의 부실시공이 설사 일회적이라 하더라도 이로 인하여 일반 국민의 생명과 재산에 대한 구체적인 위험이 발생한다는 점에서, 입법자가 이러한 경우를 필요적 등록말소사유로 규정할 수도 있으나, 단지 ‘일회적인’ 부실시공의 경우를 임의적 등록말소사유로 규정했다고 하여 이를 자의적이거나 법 제83조의 입법목적에 반하는 고려에 기인한다고 할 수 없다.

(4) 그렇다면 등록제를 규정하는 법 제9조, 제10조의 의미와 목적 및 법 제83조의 취지에 비추어 볼 때, 등록제의 취지에 정면으로 배치되는 행위인 ‘부정한 방법으로 등록을 한 경우’를 법 제83조 제9호 등 임의적 등록말소사유와 달리 필요적 등록말소사유로 규정한 것은 본질적으로 다른 것을 달리 규정한 것으로서, 차별대우를 정당화하는 합리적인 이유에 기인한다고 판단되므로 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

4. 결 론

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

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일
송인준(주심) 전효숙 이상경

구 국세기본법 제21조 제1항 제1호 등 위헌소원

(2004. 7. 15. 2003헌바45·56·82(병합) 전원재판부)

【판시사항】

법인세와 부가가치세의 납세의무 성립시기를 실질적인 소득활동이나 거래가 이루어진 때로 하는 예외조항을 두지 않고 일률적으로 과세기간 종료시로 규정한 구 국세기본법 제21조 제1항 제1호 등이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

법인세나 부가가치세에 있어서 기간과세의 원칙은 과세의 편의 및 기술적 필요뿐만 아니라 납세의무의 성립시기를 명확히 함과 아울러 납세의무자 간의 평등대우를 목적으로 하는 제도로서, 기업의 갱생도모라는 회사정리제도의 목적을 고려한다 해도 법인세와 부가가치세의 과세표준 및 납부세액 산정방법에 비추어 볼 때 실질적인 거래시를 납세의무 성립시기로 하는 것은 과세기술상 거의 불가능할 뿐 아니라, 회사정리절차는 청산을 목적으로 하는 파산절차와는 달리 계속적인 영업활동을 전제로 기업의 갱생을 주목적으로 하므로 회사정리법은 정리절차상 조세채권의 우월성을 인정하지 않고 일반채권과 원칙적으로 평등하게 취급하여 정리회사에 대한 조세채권이 회사정리 개시결정 전에 법률에 의한 과세요건이 충족되어 있으면 그 부과분이 정리절차 개시 후에 있는 경우라도 그 조세채권은 정리채권이 되고, 정리회사에 대한 조세채권은 회사정리법 제157조에 따라 지체없이 신고하지 아니하면 실권 소멸토록 하고 있는데, 여기서 더 나아가 그 성립시기에 관한 원칙에마저 예외를 인정하지 않았다 하여 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어난 자의적 입법이라고 할 수도 없다. 나아가, 일반적인 납세의무의 성립시기의 문제와 수시부과제도는 그 취지를 서로 달리하는 것이기 때문에 어떠한 경우에 수시부과제도를 인정할 것인가는 조세정책과 관련하여 입법자의 입법

형성의 자유영역이지 회사정리절차에 이와 같은 제도에 관한 입법을 하지 아니하였다고 하여 그것이 곧바로 평등권의 침해라고 할 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 회사정리 등의 특수한 경우 법인세나 부가가치세의 납세의무 성립시기를 실질적인 소득활동이나 거래가 이루어진 때로 하는 예외조항을 두지 않고 일률적으로 과세기간 종료시로 정하였다고 하더라도 그것만으로 이 사건 법률조항이 입법재량의 한계를 현저히 벗어난 불합리한 조항이라거나 평등의 원칙에 위반한 조항이라고 볼 수는 없다.

【심판대상조문】

구 국세기본법(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정되기 전의 것) 제21조(납세의무의 성립시기) ① 국세를 납부할 의무는 다음 각 호의 시기에 성립한다.

1. 소득세·법인세 또는 토지초과이득세에 있어서는 과세기간이 종료하는 때. 다만, 청산소득에 대한 법인세에 있어서는 당해 법인이 해산 또는 합병을 하는 때
- 2.~6. 생략
7. 부가가치세에 있어서는 과세기간이 종료하는 때. 다만, 수입제화의 경우에는 세관장에게 수입신고를 하는 때
- 8.~11. 생략

② 생략

구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 5581호로 전문개정되기 전의 것) 제2조(과세소득의 범위) ① 법인세는 다음 각 호에 계기하는 소득에 대하여 이를 부과한다.

1. 각 사업연도의 소득
2. 생략

② 생략

구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 5581호로 전문개정되기 전의 것) 제5조(사업연도) ① 이 법에서 규정하는 “사업연도”라 함은 법령 또는 법인의 정관·규칙 등에서 정하는 1회 계기간을 말한다. 다만, 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.

②~⑥ 생략

부가가치세법 제3조(과세기간) ① 사업자에 대한 부가가치세의 과세기간은 다음과 같다.

- 제1기 : 1월 1일부터 6월 30일까지
- 제2기 : 7월 1일부터 12월 31일까지

②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제10조

회사정리법 제102조(정리채권) 회사에 대하여 정리절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권은 이를 정리채권으로 한다.

회사정리법 제208조(공익채권) 다음에 규정된 청구권은 공익채권으로 한다.

1. 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 공동이익을 위하여 하는 재판상의 비용
2. 정리절차개시 후의 회사의 사업의 경영과 재산의 관리 및 처분에 관한 비용
3. 정리계획수행에 관한 비용 그러나 정리절차종료 후에 생긴 것은 제외한다.
4. 제284조와 제286조의 규정에 의하여 지급하여야 할 보수, 비용과 보상금
5. 회사의 업무와 재산에 관하여 관리인이 권한에 의하여 한 자금의 차입 기타의 행위로 인하여 생긴 청구권
6. 사무관리 또는 부당이득으로 정리절차개시 후 회사에 대하여 생긴 청구권
7. 제103조 제1항의 규정에 의하여 관리인이 채무의 이행을 하는 경우에 상대방이 가진 청구권
8. 계속적 공급의무를 부담하는 쌍무계약의 상대방이 정리절차 개시신청 후 정리절차개시 전까지의 사이에 한 공급으로 생긴 청구권
9. 정리채권 중 원천징수하는 조세·부가가치세·특별소비세·주세·교통세 및 본세의 부과·징수의 예에 따라 부과·징수하는 교육세·농어촌특별세와 특별 징수의 무자가 징수하여 납부하여야 할 지방세로서 정리절차개시 당시 아직 납부기한이 경과하거나 도래하지 아니한 것
10. 회사의 근로자의 급료·퇴직금 및 재해보상금
11. 정리절차 개시전의 원인으로 생긴 회사의 근로자의 임치금과 신원보증금의 반환청구권
12. 회사 또는 보전관리인이 정리절차 개시신청 후 그 개시 전에 법원의 허가를 얻어 자금의 차입, 자재의 구입, 기타 회사사업의 계속에 불가결한 행위를 함으로 인하여 생긴 청구권
13. 회사를 위하여 지출하여야 할 부득이한 비용으로 제1호 내지 제12호에 제기한 이외의 것

회사정리법 제209조(공익채권의 변제) ① 공익채권은 정리절차에 의하지 아니하고 수시로 변제한다.

② 공익채권은 정리채권과 정리담보권에 우선하여 변제한다.

회사정리법 제241조(정리채권 등의 면책 등) 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 회사는 모든 정리채권과 정리담보권에 관하여 그 책임을 면하며 주주의 권리와 회사의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다. 그러나 제121조 제1항 제5호에 제기하는 청구권은 그러하지 아니하다.

【참조판례】

- 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608
- 헌재 2000. 2. 24. 98헌바94등, 판례집 12-1, 188, 227
- 헌재 1996. 8. 29. 95헌가15, 판례집 8-2, 1, 10-11
- 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 493
- 대법원 1985. 1. 22. 선고 83누279 판결(공1985상, 369)
- 대법원 2002. 9. 4. 선고 2001두7268 판결(공2002하, 2360)

【당 사 자】

청 구 인 정리회사 주식회사 삼립개발의 관리인

- 1. 서정범무법인
담당변호사 김병옥 외 2인
- 2. 오종효
대리인 서정범무법인
담당변호사 김병옥 외 2인

당해사건 춘천지방법원 2002구합1708 법인세 및 부가가치세, 근로소득세 부과 처분취소(2003헌바45)
청주지방법원 2002구합1361 부가가치세부과처분취소(2003헌바56)
대전지방법원 2002구합2248 부가가치세부과처분취소(2003헌바82)

【주 문】

구 국세기본법(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제1호 본문 중 법인세 부분 및 제7호 본문, 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호, 제5조 제1항, 부가가치세법 제3조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
 - 가. 사건의 개요
 - (1) 2003헌바45 사건

(가) 주식회사 삼립개발은 1982. 3. 25. 종합관광휴양업, 휴양콘도미니엄업 등을 목적으로 설립된 회사로서, 공주시 웅진동 산 15의 4에서 ‘계룡산금강하일라리조트콘도’라는 명칭으로 사업장등록을 하고 영업을 하던 중, 1997. 5. 15. 운영자금 부족으로 은행당좌거래정지처분을 받고, 1997. 12. 10. 춘천지방법원으로부터 회사정리절차 개시결정을, 1998. 9. 21. 위 법원으로부터 회사정리계획 인가결정을 각 받았다.

(나) 중부지방국세청장은 2001. 3. 5.부터 2001. 5. 31.까지 정리회사 주식회사 삼립개발(이하 ‘정리회사’라 한다)에 대한 특별세무조사를 실시하였고, 그 결과 콘도미니엄 분양 매출누락분에 관하여 속초세무서장은 2001. 11. 9. 정리회사에 대하여 1997년 사업연도 법인세 1,367,906,690원, 1997년 제2기분 부가가치세 96,540,410원의 각 부과처분을 하였다.

(다) 청구인 서정법무법인은 2001. 5. 16., 청구인 오중효는 2001. 10. 22. 각 춘천지방법원으로부터 정리회사의 관리인으로 각 선임되어, 속초세무서장을 상대로 위 법인세와 부가가치세 채권은 정리채권으로서 속초세무서장이 정리채권 신고기간 내에 신고하지 아니하여 그 권리가 소멸하였다는 등의 이유로 춘천지방법원 2002구합1708호로 위 각 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 같은 소송계속 중 위 법인세 및 부가가치세 부과액의 근거규정인 구 국세기본법 제21조 제1항 제1호, 제7호, 구 법인세법 제2조 제1항 제1호, 제5조 제1항, 부가가치세법 제3조 제1항에 대한 위헌제청신청(2003아40)을 하였으나, 위 법원이 2003. 6. 12. 위 제청신청을 기각하자, 같은 해 7. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌바56 사건

중부지방국세청장의 위 (1)의 (나)항 특별세무조사 실시 결과에 따라 충주세무서장이 2001. 11. 12. 정리회사에 대하여 1997년 2기분 부가가치세 12,713,720원의 부과처분을 하자, 정리회사의 관리인으로 선임된 청구인들은 충주세무서장을 상대로 위 부가가치세 채권은 정리채권으로서 충주세무서장이 신고기간 내에 신고하지 않아 권리가 소멸하였음을 등을 주장하며 청주지방법원 2002구합1361호로 위 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기하고 같은 소송계속 중 위 부가가치세 부과액의 근거규정인 구 국세기본법 제21조 제1항 제7호, 부가가치세법 제3조 제1항에 대한 위헌제청신청(2003아26)을 하였으나, 위 법원이 2003. 7. 10. 위 제청신청을 기각하자, 같은 달 30. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(3) 2003헌바82 사건

충부지방국세청장의 위 (1)의 (나)항 특별세무조사 실시 결과에 따라 공주 세무서장이 2001. 12. 1. 정리회사에 대하여 1997년 제2기분 부가가치세 94,639,580원을 부과하는 처분을 하자, 정리회사의 관리인으로 선임된 청구인들은 공주세무서장을 상대로 위 부가가치세 채권은 정리채권으로서 공주세무서장이 신고기간 내에 신고하지 않아 권리가 소멸하였음 등을 주장하며 대전지방법원 2002구합2248호로 위 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고 같은 소송계속 중 위 부가가치세 부과에 근거규정인 구 국세기본법 제21조 제1항 제7호, 부가가치세법 제3조 제1항에 대한 위헌제청신청(2003아71)을 하였으나, 위 법원이 2003. 9. 3. 위 제청신청을 기각하자, 같은 해 10. 2. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 이 사건 과세요건 완성시의 구 국세기본법(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제1호 본문 중 법인세 부분 및 제7호 본문, 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제2조 제1항 제1호, 제5조 제1항, 부가가치세법 제3조 제1항(이하 위 조항들을 합하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

구 국세기본법(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정되기 전의 것)

제21조(납세의무의 성립시기) ① 국세를 납부할 의무는 다음 각 호의 시기에 성립한다.

1. 소득세·법인세 또는 토지초과이득세에 있어서는 과세기간이 종료하는

때. 단서 생략

7. 부가가치세에 있어서는 과세기간이 종료하는 때. 단서 생략

구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것)

제2조(과세소득의 범위) ① 법인세는 다음 각 호에 계기하는 소득에 대하여 이를 부과한다.

1. 각 사업연도의 소득

제5조(사업연도) ① 이 법에서 규정하는 “사업연도”라 함은 법령 또는 법인의 정관·규칙 등에서 정하는 1회계기간을 말한다. 다만, 그 기간은 1년을 초과하지 못한다.

부가가치세법

제3조(과세기간) ① 사업자에 대한 부가가치세의 과세기간은 다음과 같다.

제1기 : 1월 1일부터 6월 30일까지

제2기 : 7월 1일부터 12월 31일까지

(2) 관련조항

회사정리법

제102조(정리채권) 회사에 대하여 정리절차개시 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권은 이를 정리채권으로 한다.

제208조(공익채권) 다음에 규정된 청구권은 공익채권으로 한다.

1. 생략

2. 정리절차개시 후의 회사의 사업의 경영과 재산의 관리 및 처분에 관한 비용

3.~8. 생략

9. 정리채권 중 원천징수하는 조세·부가가치세·특별소비세·주세·교통세 및 본세의 부과·징수의 예에 따라 부과·징수하는 교육세·농어촌특별세와 특별 징수 의무자가 징수하여 납부하여야 할 지방세로서 정리절차개시 당시 아직 납부기한이 경과하거나 도래하지 아니한 것

10.~13. 생략

제209조(공익채권의 변제) ① 공익채권은 정리절차에 의하지 아니하고 수시로 변제한다.

② 공익채권은 정리채권과 정리담보권에 우선하여 변제한다.

제241조(정리채권 등의 면책 등) 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 회사는 모든 정리채권과 정리담보권에 관하여 그 책임을 면하며 주주의 권리와 회사의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다. 그러나 제121조 제1항 제5호에 계기하는 청구권은 그러하지 아니하다.

2. 청구인들의 주장

조세채권은 그 기초가 되는 과세요건사실이나 행위의 완성이 있다면 과세관청이나 납세의무자의 특별한 행위의 필요없이 자동적으로 성립하는 것으로서 이러한 행위의 완성의 실질과 회사정리제도를 고려하여 일정한 경우에는 실질적인 소득활동이나 거래가 이루어진 시기에 법인세채권, 부가가치세채권이 성립한다고 하여야 할 것임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 조세채권

성립의 실질과 관계없는 형식적인 납세의무 성립시기만을 기준으로 일률적으로 법인세, 부가가치세채권의 성립시기를 정하고 있어 회사정리절차 개시결정이 사업연도 중에 있을 경우 회사정리절차 개시 전에 이루어진 법인세부과의 대상이 되는 소득, 부가가치세부과의 대상이 되는 재화나 용역의 공급 등 실질적 거래를 전혀 무시하는 결과를 초래하게 되어 회사정리절차 개시결정이 우연한 사정에 의하여 사업연도 종료시점, 과세기간 종료시점 이전에 이루어진 조세채무자를 회사정리절차 개시결정이 사업연도 종료일, 과세기간 종료일 이후에 이루어진 조세채무자보다 합리적 근거없이 불리하게 차등 취급하는 것이어서 헌법상 평등의 원칙과 실질과세의 원칙에 위반된다.

3. 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
별지와 같다.

4. 본안에 관한 판단

가. 조세채권의 회사정리법상의 지위

(1) 원칙적인 평등성

정리절차에서의 조세채권은, 우월적 지위가 인정되는 파산절차에서와는 달리 원칙적으로 일반채권과 평등하게 취급된다. 즉, 정리절차 개시 전의 원인으로 생긴 조세채권은 일반채권과 마찬가지로 회사정리법 제102조에 따라 정리채권이 된다. 이는 회사정리법 제102조의 해석상 당연한 것으로서 이설이 전혀 없고, 판례(대법원 1973. 9. 25. 선고 73다241 판결)도 같은 취지이다. 정리절차 개시 전의 원인으로 생긴 조세채권이 정리채권이 되려면 지체없이 그 액, 원인과 담보권의 내용을 법원에 신고하여야 하고(회사정리법 제157조 제1항), 신고를 하지 아니한 경우에는 일반채권과 마찬가지로 실권한다(같은 법 제241조).

(2) 정리채권과 공익채권

채권자가 정리절차 개시결정 전에 회사에 대하여 가지고 있는 채권을 정리채권이라고 하고, 이와 달리 공익채권은 원칙적으로 개시결정 이후의 원인에 기하여 생긴 채권을 말한다. 정리채권은 정리절차에 의해서만 변제가 가능하고 그 외의 변제는 원칙적으로 금지되나, 공익채권은 정리절차에 의하지 않고도 수시로 변제되는 것(같은 법 제209조)이 두 채권의 가장 큰 차이이다.

나. 이 사건의 쟁점

정리회사에 대한 조세채권이 회사정리법상의 정리채권이 되는가 또는 공익채권이 되는가는 회사정리법 제102조에 따라 당해 조세채권의 성립시기가 회

사정리절차 개시결정 전인지 또는 후인지에 따라 결정되는바, 정리회사에 대한 조세채권이 정리절차 개시결정 전에 성립되었으면 그 부과처분이 정리절차 개시 후에 있는 경우라도 그 조세채권은 정리채권이 되고 그 이후에 성립되면 공익채권이 된다.

이와 같이 조세채권이 정리채권이 되는가의 여부는 전적으로 회사정리절차 개시결정일과 맞물려 조세채권의 성립시기에 달려 있는데, 이와 관련하여 구 국세기본법 제21조 제1항 제1호, 구 법인세법 제2조 제1항 제1호 및 제5조 제1항은 법인세채권에 관하여, 구 국세기본법 제21조 제1항 제7호, 부가가치세법 제3조 제1항은 부가가치세채권에 관하여 납세의무의 성립시기와 사업연도, 과세기간을 규정하여 조세채권의 성립시기를 정하고 있다.

이에 따라 회사정리개시결정이 사업연도 중간에 있게 되면 당해 사업연도 법인세채권은 회사정리절차개시결정 이후에 성립된 채권이 되어 정리채권에 해당되지 아니하고, 부가가치세에 있어서도 회사정리개시결정이 과세기간 중에 있게 되면 당해 과세기간에 대한 부가가치세채권은 정리채권에 해당되지 아니한다.

청구인이 다투고자 하는 바는 이 사건 법률조항이 법인세와 부가가치세 채무의 성립시기에 관하여 회사정리절차개시 등 특별한 사정이 있는 경우 실질적인 소득활동시 또는 실질적인 재화나 용역의 공급시 납세의무가 성립되는 것으로 하지 않고 일률적으로 과세기간 종료시로 정하여 그에 따라 정리채권 여부를 판단하는 것은 평등의 원칙에 반하여 위헌이라는 것이다. 이는 결국 회사정리제도의 특수성을 고려하여 법인세와 부가가치세의 납세의무 성립시기에 관한 특별규정을 두지 않은 입법의 불비를 다투는 것이라고 볼 수 있다.

다. 이 사건 법률조항의 연혁, 입법취지 등

조세채무(납세의무)는 각 세법이 규정하고 있는 과세요건을 구성하는 사실을 충족하는 때에 성립한다. 즉, 일정한 시점에 있어서 어떤 사람에게 과세물건이 귀속하게 되면 세법이 정한 바에 따라 이를 화폐 또는 수량으로 측정하여 과세표준을 산정하고, 이에다 세율을 적용할 수 있는 상태에 이르러서 그 사람에게 법률상 당연히 납세의무가 성립한다. 따라서 납세의무는 그 성립을 위한 과세관청이나 납세의무자의 특별한 행위가 필요없이 자동적으로 발생하는 것이다. 이와 같이 과세요건의 충족에 의하여 성립한 납세의무를 추상적 조세채무라고 한다. 조세채무는 법이 정한 요건에 따라 법률상 당연히 성립하며 과세관청이나 납세의무자의 특별한 행위가 필요없을 뿐 아니라 납세의무

자가 과세요건 충족사실을 인식할 필요도 없다(대법원 1985. 1. 22. 선고 83누 279 판결).

한편, 납세의무의 성립시기는 과세요건의 충족시기의 문제로서, 이에 관하여 국세기본법 제21조는 각 세목에 따른 납세의무의 성립시기를 규정하고 있는바, 이에 따르면 원칙적으로 법인세와 부가가치세는 과세기간이 종료하는 때 납세의무가 성립된다. 법인세 납세의무 성립시기를 과세기간 종료시로 하는 국세기본법 규정은 1974. 12. 21. 국세기본법 제정시부터 존재하였으며 그 후 몇 번의 개정을 거치기는 하였으나 기본적인 내용에는 변함이 없었고, 법인세의 사업연도에 관한 법인세법 규정은 1967. 11. 29. 법인세법 전문개정시 신설된 이래 역시 몇 번의 형식적인 개정을 거쳤으나 기본적 내용에는 변함이 없다. 한편, 부가가치세 납세의무 성립시기에 관한 국세기본법 규정은 부가가치세법이 제정된 1976. 12. 22. 신설되어 지금까지 개정된 바가 없다. 부가가치세법상 과세기간에 관한 규정 역시 부가가치세법 제정이래 개정된 바 없다.

과세기간이란 과세표준의 계산에 기초가 되는 기간으로서, 법인세와 부가가치세에 관하여 과세기간 종료시를 납세의무 성립시기로 정한 취지를 살펴보면 다음과 같다.

(1) 법인세와 사업연도

법인기업은 일정한 기간을 나누어 그 기간의 수익, 비용을 계산하고 손익을 확정하고 있는데 통상 이를 영업연도라고 부른다. 사업연도란 영업연도나 이에 준하는 기간으로서 법령 또는 법인의 정관 등에서 정하는 1회계기간을 가리킨다. 이와 같이 법인세의 과세기간인 사업연도는 원칙적으로 납세의무자가 스스로 선택한 기간에 의한다. 다만 그 기간은 1년을 초과할 수 없는데, 이는 기간의 길이에 대해 제한을 두지 않을 경우 기간손익계산의 취지가 흐려지기 때문이다.

법인세의 과세기간, 즉 사업연도는 법인세 과세표준과 세액을 산정함에 있어서 기초가 되는 시간적 단위로서, 각 사업연도의 소득에서 이월결손금, 비과세소득, 소득공제액을 공제한 금액이 법인세 과세표준이 되고, 각 사업연도의 소득은 그 사업연도에 속하는 익금의 총액에서 그 사업연도에 속하는 손금의 총액을 공제한 금액으로 한다(법인세법 제13조, 제14조). 이와 같이 법인세는 과세의 편의 또는 기술적인 필요에 의하여 기간과세의 원칙을 채택하고, 인위적으로 획정한 기간을 단위로 하여 과세표준과 세액을 산정하도록 하고

있다. 따라서 과세기간인 사업연도 종료 당시에 과세요건이 완성하고 그 때 조세채무가 성립한다.

파산의 경우 법인세에 관한 사업연도가 파산등기일을 기준으로 하여 분리되는 것(법인세법 제8조 제1항)과는 달리 회사정리의 경우에는 사업연도에 관하여 아무런 특별규정이 없다. 이는 파산회사는 청산을 전제로 하는 것이지만 정리회사는 계속적인 영업활동을 전제로 하는 것이라는 점에서 차이가 있기 때문이다.

(2) 부가가치세와 과세기간

법인세의 경우는 납세자의 특성 및 편의에 따라 1년의 범위 안에서 과세기간을 정하게 하고 있으나, 부가가치세의 과세기간은 법인·개인 구분없이 1년을 상·하반기로 구분하여 제1기와 제2기 과세기간으로 구분하고 있다. 부가가치세는 물세(物稅)로서 소득세나 법인세의 경우와는 달리 납세의무자의 인적사항을 전혀 고려할 필요가 없기 때문에 개인인 납세의무자의 소득세법에 의한 과세기간 또는 법인인 납세의무자의 법인세법에 의한 사업연도에 관계없이 모든 사업자에 대하여 역년에 의하여 1년을 2과세기간으로 나누어 매 6월마다를 1과세기간으로 하는 것이다.

부가가치세는 그 조세의 부담을 거래 상대방에게 전가시켜 궁극적으로 최종 소비자가 그 부담을 지도록 하는 점에서 일반소비세에 속하므로 사업자가 구매자로부터 지급받은 매출세액은 미래에 과세관청에 납부할 금액을 예수금조로 받아 보관하는 것에 불과하다 할 것인바, 현행 세제상 부가가치세는 생산요소인 급료·임대료·이자·이윤을 각각 계산하여 합계한 부가가치를 과세표준으로 하지 아니하고, 예수금조로 받은 매출세액에서 가지급금으로 지급한 매입세액을 공제한 나머지를 납부세액으로 산정하는 전단계세액공제방법에 의하여 간접적으로 부가가치세를 계산함으로써 공급한 재화 또는 용역의 가액의 총액을 그 과세표준으로 하고 있으므로 그에 따른 과세기간의 설정이 요구된다. 이와 같이 과세기간을 설정한 입법취지는 조세명확주의의 취지에 따라 과세권자와 납세의무자 간의 채권채무관계의 성립시기를 명확히 함과 동시에 조세평등주의의 요청에 의하여 각 세목의 특성에 따른 과세요건의 충족정도에 따라 납세자를 동등하게 대우함으로써 헌법상의 요청인 조세명확주의와 조세평등주의에 그 사상적 기반을 둔 것으로서 차별적 취급배제를 위한 규정인 것이다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 조세평등주의 위반 여부

(가) 평등원칙과 조세평등주의

헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있고, 이와 같은 평등의 원칙이 세법영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 합리적인 이유없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608; 2000. 2. 24. 98헌바94등, 판례집 12-1, 188, 227 등 참조).

조세채권의 우월성은 법률에 의하여 일반적으로 승인되어 있으나(국세기본법 제35조 제1항 등 참조) 이 원칙을 관철시킨다면 조세채무의 중압 때문에 회사의 갱생이 불가능한 경우가 많으므로 회사정리법은 조세채권의 우월성을 배제하여 일반채권과 원칙적으로 평등하게 취급하고 있는바, 정리회사의 법인세나 부가가치세의 납세의무 성립시기는 정부의 재정운영이라는 공공의 이익과 직접적으로 관련된 조세채권 확보의 필요성과 기업의 갱생 도모라는 회사정리제도의 취지 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 수 있다 할 것이고, 다만 그것이 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니될 것이다.

(나) 이 사건 법률조항의 경우

1) 청구인들은 이 사건 법률조항이 이 사건 회사정리절차라는 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 실질적인 소득이 발생한 시점, 재화나 용역의 공급이 실질적으로 이루어진 시점에 법인세와 부가가치세의 납세의무가 성립하도록 하지 아니하고 일률적으로 과세기간 종료시를 납세의무의 성립시기로 정하여 정리채권 여부를 판단하는 것은 회사정리절차개시결정이라는 우연한 사정에 의해 과세기간 종료시점 전에 개시결정이 이루어진 조세채무자를 개시결정이 과세기간 종료시점 또는 그 이후에 이루어진 조세채무자에 비하여 불합리하게 차별하는 것으로서 조세평등주의에 반한다고 주장한다.

그러나, 법인세나 부가가치세에 있어서 기간과세의 원칙은 앞서 본 바와 같이 과세의 편의 및 기술적 필요뿐만 아니라 납세의무의 성립시기를 명확히 함과 아울러 납세의무자 간의 평등대우를 목적으로 하는 제도이고, 법인세의

경우 앞서 살펴본 바와 같이 각 사업연도의 소득에서 이월결손금, 비과세소득, 소득공제액을 공제한 금액이 과세표준이 되고, 각 사업연도의 소득은 그 사업연도에 속하는 익금의 총액에서 그 사업연도에 속하는 손금의 총액을 공제한 금액으로 하는바, 각종 준비금 및 충당금 등과 같이 과세표준을 구성하는 일부 손익항목은 거래시기마다 확정되는 것이 아니라 사업연도가 종료된 시점에서 구체적으로 그 금액의 확정이 가능하므로 거래시기마다 조세채무가 성립하는 것으로 보는 경우 과세요건인 과세소득을 산정할 수 없다.

부가가치세의 경우 역시, 과세기간 동안 사업자의 매출액에 소정의 세율을 적용하여 계산한 세액에서 사업자가 전단계에서 매입한 중간재 및 자본재 구입액에 포함된 세액을 공제한 금액을 납부세액으로 하고 있으므로, 부가가치세의 과세표준 산정에 있어서 과세기간이 반드시 필요하고 부가가치세 과세표준은 그 과세기간이 경과하여야만 이를 산정할 수 있기 때문에 재화나 용역의 공급 그 자체만으로는 부가가치세 과세표준을 산정할 수 없다. 또한 부가가치세 납세의무자는 미래에 납부할 금액을 구매자로부터 예수금조로 받아 보관하는 지위에 있는 자에 불과하고, 나아가 회사정리법 제208조 제9호는 부가가치세로서 회사정리절차 개시결정 당시 성립되어 정리채권에 해당된다고 하여도 아직 납부기한이 경과하거나 도래하지 아니한 것은 여전히 공익채권으로 한다고 규정함으로써 원래 정리채권인 부가가치세채권조차도 공익채권이 되는 경우가 있으며, 정리채권에 해당하는 부가가치세채권 중에서도 납부기한이 경과한 부가가치세채권에 대하여서만 일반 정리채권과 같이 국세징수권자가 회사정리법 제157조에 의하여 법원에 신고하여 정리절차에 따른 납부를 받도록 되어 있다.

주식회사는 산업과 경제발전에 크게 기여하는 사회적 가치를 가지고 있으므로 재정적 궁핍으로 사업에 차질이 생긴 경우 곧바로 파산절차 등에 따라 이를 해체하게 되면 주주나 종업원은 물론 채권자 등에게 반드시 유리한 것도 아니거니와 사회경제적 손실 또한 크게 따르게 되므로, 회사정리제도는 주식회사의 재정상태가 악화되어 파탄에 직면한 경우 그 사회적 기능에 따른 공익상의 필요에서 법원의 감독 아래 채권자, 주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정해가면서 그 사업을 유지·갱생하도록 마련한 제도인 것이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌가15, 판례집 8-2, 1, 10-11; 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 493 참조). 그러나 이러한 회사정리제도의 목적을 고려한다 해도 위와 같은 법인세와 부가가치세의 과세표준 및 납부세액 산정방법에 비추

어 볼 때 실질적인 거래시를 납세의무 성립시기로 하는 것은 과세기술상 거의 불가능할 뿐 아니라, 회사정리절차는 청산을 목적으로 하는 파산절차와는 달리 계속적인 영업활동을 전제로 기업의 갱생을 주목적으로 하므로 회사정리법은 정리절차상 조세채권의 우월성을 인정하지 않고 일반채권과 원칙적으로 평등하게 취급하여 정리회사에 대한 조세채권이 회사정리 개시결정 전에 법률에 의한 과세요건이 충족되어 있으면 그 부과처분이 정리절차 개시 후에 있는 경우라도 그 조세채권은 정리채권이 되고, 정리회사에 대한 조세채권은 회사정리법 제157조에 따라 지체없이, 즉 정리계획안 수립에 장애가 되지 않는 시기로서 늦어도 통상 정리계획안 심리기일 이전인 제2회 관계인 집회일 전까지 신고하지 아니하면 실권 소멸토록 하고 있는데(대법원 2002. 9. 4. 선고 2001두7268 판결), 여기서 더 나아가 그 성립시기에 관한 원칙에마저 예외를 인정하지 않았다 하여 입법자의 합리적인 재량의 범위를 벗어난 자의적 입법이라고 할 수도 없거니와 청산을 목적으로 하는 파산절차와 기업의 존속을 목적으로 하는 정리절차는 그 목적을 달리하는 상이한 제도이므로 그들 사이에 조세채권의 성립시기를 달리 정하였다 하더라도 이는 서로 상이한 목적과 제도로서 다른 것을 다르게 취급한 것이고 그렇게 취급할 합리적 이유도 존재하므로 이를 평등의 원칙에 반하는 것이라 할 수는 없는 것이다.

또한 청구인들은 이 사건의 경우와 같이 사업연도 중에 정리절차개시결정이 있는 경우에는 당해 과세기간의 조세채권이 정리채권으로 취급받지 못하는데 반하여 우연히 정리절차개시결정이 당해 과세기간 종료일 또는 종료일 이후에 이루어진 경우에는 그 기간의 조세채권이 정리채권으로 취급되므로 이는 청구인들의 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다. 그러므로 살피건대, 청구인들이 적절히 지적하는 바와 같이 그와 같은 차이가 생기는 것은 정리절차개시일이 우연히 당해 과세기간 종료일 또는 그 이후에 발생하였다는 사실에 의하여 회사정리법 제102조와 이 사건 법률조항을 적용한 결과로서 발생하는 것이지 이 사건 법률조항에 의하여 발생한 것이 아니므로 이 사건 법률조항은 평등의 원칙과는 관계가 없는 것이다. 또한 정리절차개시일이 과세기간종료일 이후에 납세의무가 성립한 경우와의 사이에 불평등을 야기한다고 주장하나 이 경우에도 그 과세기간에 이은 다음 과세기간에 당해 조세채권은 과세기간 중에 회사정리절차가 개시된 것이 되어 정리채권이 되지 아니하므로 과세기간만을 달리 할 뿐 결과에 있어서는 동일하므로 평등의 원칙과는 관계가 없게 되는 것이다.

요컨대 청구인들이 주장하고자 하는 바는 정리회사의 경우에는 정리절차가 개시되면 정리절차개시일 이전에 성립한 조세채권은 물론 그 이전에 과세기간이 경과한 부분에 대한 법인세, 부가가치세 부분도 모두 정리채권이 되어야 한다는 취지인바, 이는 달리 표현하면 정리절차개시일을 과세종료일로 의제하여 수시부과의 처분을 하여야 한다는 것이다. 그러나 이는 뒤에서 보는 바와 같이 어떠한 경우에 기간과세제도의 예외로서 수시부과제도에 의할 것인가는 입법형성의 자유영역에 속하는 문제로서 평등의 원칙과는 별개의 문제이고 이는 청구인들이 위와 같은 예외규정을 두지 아니한 입법불비를 타하는 주장에 불과하다.

2) 청구인들은 각 세목별로 납세의무의 성립시기를 일률적으로 정하고 있는 국세기본법 제21조 제1항은 이 사건 회사정리절차와 같이 특별한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 수시부과제도에 의하여 규율됨이 조세평등의 원칙에 부합할 수 있다고 주장하나, 법인세법 제69조에 의한 수시부과처분제도는 법인세포탈의 우려가 있다고 인정되는 경우 과세기간 종료 전이든, 신고기한 도래 전이든 불구하고 납세의무자에게 부여한 과세기간 또는 신고기간이라는 기간이익을 박탈하여 미리 정부가 과세표준을 결정하는 것으로서, 일반적인 납세의무의 성립시기의 문제와 수시부과제도는 그 취지를 서로 달리하는 것이기 때문에 어떠한 경우에 이를 인정할 것인가는 조세정책과 관련하여 입법자의 입법형성의 자유영역이지 회사정리절차에 이와 같은 제도에 관한 입법을 하지 아니하였다고 하여 그것이 곧바로 평등권의 침해라고 할 수는 없는 것이다.

3) 이상 살펴본 바와 같이, 청구인들은 특수한 사정이 있는 경우 실질적인 소득활동이나 거래가 이루어진 때 납세의무가 성립한 것으로 보아야 한다고 주장하나 이것은 앞서 본 바와 같이 거의 실현 불가능한 주장이라 할 것이다.

(다) 소결

결국 이 사건 법률조항이 회사정리 등의 특수한 경우 법인세나 부가가치세의 납세의무 성립시기를 실질적인 소득활동이나 거래가 이루어진 때로 하는 예외조항을 두지 않고 일률적으로 과세기간 종료시로 정하였다고 하더라도 그것만으로도 이 사건 법률조항이 입법재량의 한계를 현저히 벗어난 불합리한 조항이라거나 평등의 원칙에 위반한 조항이라고 볼 수는 없다.

(2) 실질과세 원칙의 문제

청구인들은 조세채권의 성립시기와 관련하여서도 실질과세의 원칙이 적용

되므로 조세채권의 정리채권 여부를 판단함에 있어 형식적인 납세의무 성립 시기만을 기준으로 정리채권 여부를 정하는 것은 실질과세의 원칙에 반한다고 주장한다.

그러나, 실질과세의 원칙이라 함은 조세부과에 있어서 형식과 실질이 다른 경우에 형식보다는 실질을 중시하여 조세법률관계를 규율하여야 한다는 원칙으로서, 과세물건의 귀속과 과세표준의 계산에 관하여 적용되는 원칙이므로 (국세기본법 제14조) 납세의무의 성립시기와는 관련이 있다고 보기 어렵다.

5. 결 론

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

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
전호숙 이상경(주심)

[별 지]

가. 법원의 위헌제청신청 기각이유

국세의 대부분의 세목이 기간과세를 하고 있고 그 과세시기도 달리하고 있는바, 이는 국가가 재정수요를 충족하기 위하여 일년 중 어느 한 시기에 집중하여 세금을 징수하는 것이 아니라 매월단위로 납부하게 하거나 상반기, 하반기에 납부하게 하거나 1년 단위로 납부하되 그 기간 중간에 예정납부하는 제도를 두어 납세자에게는 한꺼번에 납부해야 할 때 발생하는 자금의 부담을 덜어주고 국가의 입장에서는 재정수요가 고른 시점에 충족되게 집행할 수 있도록 하고 경기의 조절기능 등을 하도록 하기 위함인데, 이러한 기간과세 때문에 세법에서는 납세의무의 성립시기와 확정시기를 엄격하게 규정하고 있고, 한편 그러한 규정에 의하여 조세채권과 기타 채권의 충돌시 우선 순위를 정할 수 있도록 하고 있는 것이므로, 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

나. 국세청장의 의견

(1) 납세의무성립시기와 과세기간 및 사업연도의 결정은 규정될 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 결정할 입법정책의 문제인바, 세목별 납세

의무 성립시기를 국세기본법에 규정한 것은 과세권자와 납세의무자 간의 채권·채무관계 성립시기를 명확히 함과 동시에 각 세목의 특성에 따른 과세요건의 충족 정도에 따라 납세자를 동등하게 대우함으로써 헌법상의 평등의 원칙에 어긋남이 없도록 하기 위한 것으로서, 복잡·다양화되어 가는 현대사회에서 사업연도 또는 과세기간 중 과세대상이 되는 거래가 무수히 발생하여 실질적인 거래시마다 조세채무가 성립되는 것으로 보아 법인세채권 또는 부가가치세채권을 확정하는 것은 실무상 불가능할 뿐 아니라 이를 강제하는 경우 납세자 및 과세관청의 불편만 가중하게 되므로, 이 사건 법률조항이 합리적 이유없이 자의적 차별을 하고 있다고 볼 수는 없다.

(2) 실질과세의 원칙은 거래의 사실상 귀속자와 과세표준 계산에 관한 원칙으로서 납세의무 성립시기는 실질과세의 원칙과 별개의 개념으로 직접적 관련이 없다.

다. 재정경제부장관의 의견

국세청장의 의견과 대체로 같다.

민법 부칙 제3항 위헌소원

(2004. 7. 15. 2003헌바103 전원재판부)

【판시사항】

1. 민법 부칙 제3항 중 “1998년 5월 27일부터” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에 대한 재판의 전제성을 부정한 예
2. 청구인이 위헌법률심판 제청신청시 심판대상조항을 잘못 지정한 경우 그 조항에 대한 재판의 전제성을 부정한 예

【결정요지】

1. 이 사건의 경우 청구인들이 한정승인신고를 한 날은 2003. 3. 17.로서 민법 부칙 제3항이 한정승인의 시한으로 규정한 이 법 시행일(2002. 1. 14.)부터 3월이 경과하였음은 역수상 명백하므로 이 사건 심판청구가 인용됨으로써 청구인들이 심판의 대상으로 삼은 이 사건 법률조항(“1998년 5월 27일부터”라는 부분)이 위헌으로 선언된다 하더라도 청구인들의 위 한정승인신고는 그 효력이 없을 뿐만 아니라 더 이상 민법 부칙 제3항에 의한 적법한 한정승인신고를 할 수 없게 되었으므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건에 관한 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없다.

2. 개정 민법 시행 전에 이미 구 민법에 의하여 단순승인의 효력이 발생한 경우에는 상속인이 개정 민법 시행 이후 상속채무가 상속 재산을 초과하는 사실을 알게 되었다 하더라도, 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 개정 민법이 영향을 미치지 아니한다고, 민법 부칙 제2항이 규정하고 있어서 민법 제1019조 제3항에 의한 한정승인이 이러한 경우에 과연 가능할 것인지 여부가 해석상 문제될 수 있지만, 이는 법원의 법률해석과 사실인정에 따라 결론이 나는 것이이지 이 사건 법률조항(“1998년 5월 27일부터”라는 부분)의 위헌 여부에 따라 결론이 나는 것이 아니다. 아울러 민법 부칙 제3항은 1998. 8.

27. 헌법재판소가 96헌가22등 사건에서 한 구 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정에 응하여 규정한 것으로 1998. 5. 27.부터 이 법 시행 전까지 사이에 상속이 개시된 경우에 단순승인도, 한정승인도, 모두 하지 아니한 상속인들 및 중대한 과실 없이 상속채무초과의 사실을 알지 못하여 단순승인을 한 상속인들의 상속관계가 법률상 미결정의 보류상태에 놓이게 된 자를 대상으로 한 것이므로, 개정 민법 제1019조 제3항의 본격적인 소급적용을 요청하는 청구인들은 이 부칙 조항의 적용대상이 원래 될 수 없는 사람들이었고 청구인들의 문제는 민법 부칙 제2항과 관련하여 그 해결의 당부가 논의되어야 할 것이다. 따라서 이 사건 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하였다.

【심판대상조문】

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 부칙 제3항(한정승인에 관한 경과조치) 1998년 5월 27일부터 이 법 시행 전까지 상속개시가 있음을 안 자 중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하다가 이 법 시행 전에 그 사실을 알고도 한정승인신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월 내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해기간 내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

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

②~⑤ 생략

【참조판례】

헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58

【당 사 자】

청 구 인 장순희 외 3인

대리인 변호사 김동국 외 2인

당해사건 서울지방법원 서부지원 2002가단49005 구상금

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 1996. 5. 21. 사망한 청구 외 나금암의 배우자 및 직계비속으로서 공동상속인들이다.

그런데 청구외 장명수의 신용보증기금에 대한 구상금채무를 위 망인이 연대보증하였다는 이유로 신용보증기금은 2002. 11. 20.에 청구인들을 비롯한 7인을 상대로 구상금청구소송(서울지방법원 서부지원 2002가단49005)을 제기하였고 청구인들은 그 무렵 그 소장을 송달받은 뒤 2003. 3. 17. 인천지방법원 부천지원에 상속한정승인신고(2003느73)를 하였다.

청구인들은 위 소송계속중 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 부칙 제3항 중 “1998년 5월 27일부터”부분에 대하여 위헌법률심판 제청신청(2003카기2199)을 하였으나 기각되자 2003. 12. 3. 이 소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

심판대상법률은 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 부칙 제3항 중 “1998년 5월 27일부터” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이다.

위 민법 부칙 제3항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

민법 부칙 ③ (한정승인에 관한 경과조치) 1998년 5월 27일부터 이 법 시행 전까지 상속개시가 있음을 안 자 중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 제1019조 제1항의 기간 내에 알지 못하다가 이 법 시행 전에 그 사실을 알고도 한정승인신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월 내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해기간 내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.

관련 법률조항

민법 제1019조(승인, 포기의 기간) ① 상속인은 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있다. 그러나 그 기간은 이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 증대한 과실 없이 제1항의 기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날로부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다.

민법 부칙 ① (시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

② (이 법의 효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.

구 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 민법’이라 한다) 제1026조 (법정단순승인) 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.

2. 상속이나 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때

2. 청구인들의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인들 주장의 요지

위헌결정의 일종인 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22 등 결정의 취지에 따라 개정입법을 함에 있어, 이 사건 법률조항은 1998. 5. 26. 이전에 상속개시 있음을 안 상속인과 1998. 5. 27. 이후에 상속개시 있음을 안 상속인을 구별하여 차별하고 있다. 이러한 차별에는 어떠한 합리적인 이유도 발견할 수 없고 오히려 이 사건 법률조항으로 인하여 헌법재판소의 헌법불합치결정으로 폐지된 구 민법 제1026조 제2호의 적용을 강제하는 결과가 되므로 이 사건 법률조항은 평등권, 재산권 및 재판청구권을 침해하고 있다.

나. 서울지방법원 서부지원의 위헌제청신청 기각이유

헌법재판소의 헌법불합치결정이 있는 구 민법 제1026조 제2항의 위헌성을 제거하여 새로운 입법을 함에 있어서 이 사건 법률조항은 1998. 5. 27.부터 개정민법 시행 전까지 상속개시 있음을 안 자에 한하여 일정한 요건 하에 한정승인을 할 수 있게 함으로써 상속인들이 구제받을 수 있는 수단을 일정 범위 내에서 마련하였고 이는 상속인과 상속채권자 등 이해관계인의 이익과 법적 안정성 등을 고려한 것이라고 보이므로 이 사건 법률조항은 평등권, 재산권 및 재판청구권을 보장한 헌법 제11조, 제23조 및 제27조에 위배되지 아니한다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 법률이 헌법

에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제가 되어야 하는데 이 때 재판의 전제가 된다고 하는 것은 그 법률이 당해사건 재판에서 적용되는 법률이어야 하고 그 법률의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라져야 한다는 것을 뜻한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

나. 그런데 이 사건의 경우 청구인들이 한정승인신고를 한 날은 2003. 3. 17.로서 민법 부칙 제3항이 한정승인의 시한으로 규정한 이 법 시행일(2002. 1. 14.)부터 3월이 경과하였음은 역수상 명백하므로 이 사건 심판청구가 인용됨으로써 청구인들이 심판의 대상으로 삼은 이 사건 법률조항(“1998년 5월 27일부터”라는 부분)이 위헌으로 선언된다 하더라도 청구인들의 위 한정승인신고는 그 효력이 없을 뿐만 아니라 더 이상 민법 부칙 제3항에 의한 적법한 한정승인신고를 할 수 없게 되었으므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건에 관한 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 할 수 없다.

다. 그리고 개정 민법 시행 전에 이미 구 민법에 의하여 단순승인의 효력이 발생한 경우에는 상속인이 개정 민법 시행 이후 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알게 되었다 하더라도, 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 개정 민법이 영향을 미치지 아니한다고 민법 부칙 제2항이 규정하고 있어서 민법 제1019조 제3항에 의한 한정승인이 이러한 경우에 과연 가능할 것인지 여부가 해석상 문제될 수 있다.

그런데 민법 부칙 제3항은 개정 민법 시행일 전에 상속채무 초과사실을 알게 된 상속인을 일정 범위에서 보호하는 경과규정을 두면서도 개정 민법 시행일 이후 상속채무 초과사실을 알게 된 상속인의 보호에 대하여는 전혀 침묵하고 있다.

만일 이 경우에 민법 제1019조 제3항이 적용될 수 없다고 본다면 이는 보다 보호의 필요성이 큰 상속인을 보호대상에서 배제하여 불합리하다고 볼 수도 있다. 그리고 위와 같은 경우에 대하여 민법 제1019조 제3항의 소급 적용을 일률적으로 배제하는 것은, 상속인이 귀책사유 없이 상속채무 초과사실을 알지 못하여 상속에 관한 의사결정을 할 수 없었던 상태에서 상속채무에 관한 책임을 부담하는 것은 헌법에 위반된다는 취지의 헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22등 결정의 내용에 부합되지 아니하므로, 민법 부칙 제2항의 적용범위를 합리적으로 해석하여 개정 민법 시행 이후 상속채무 초과사실을 알

게 된 상속인에 대하여는 개정 민법 시행 전에 이미 단순승인의 효력이 발생하였다 하더라도 민법 제1019조 제3항을 적용하여 상속채무 초과사실을 안 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다고 해석할 수도 있다. 청구인들이 한정승인이 적법한 것인지 여부가 주문에 영향을 미치는 한 요소가 되는 당해사건에서, 한정승인의 적법 여부는 결국 민법 제1019조 제3항과 민법 부칙 제2항의 관계를 위에서 예시한 바와 같이 법원이 해석하는가 또는 다른 내용으로 해석하는가 여하에 달려있다. 일의적인 해석만이 가능한 것이 아닌 이러한 법률의 경우에는 법원의 최종적 해석이 제시하는 바에 따라 이 법률조항의 의미가 고정될 것이고 그렇게 되면 그때 이러한 의미를 가진 이 법률조항이 과연 합헌인지 아니면 위헌인지의 문제를 헌법재판소에서 따지게 될 것이다.

그렇다면 개정 민법 시행일 이후 비로소 상속채무 초과사실을 알게 되었다고 주장하는 청구인들이 당해사건에서 원용하는 한정승인의 적법 여부는 민법 제1019조 제3항이 이 경우에 적용될 수 있는지 여부 및 만일 적용된다면 그 소정 요건을 갖추었는지 여부에 관한 법원의 법률해석과 사실인정에 따라 결론이 나는 것이지 이 사건 법률조항(“1998년 5월 27일부터”라는 부분)의 위헌 여부에 따라 결론이 나는 것이 아니다.

라. 개정 민법 부칙 제3항은 당해사건에 적용될 법률이 아니다. 1998. 8. 27. 헌법재판소가 96헌가22등 사건에서 구 민법 제1026조 제2호(1958. 2. 22. 법률 제471호)에 관하여 헌법불합치를 선고하면서 이 조항의 적용중지를 명하고 나아가 이 조항이 1999. 12. 31.까지 개정되지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다고 선고하였기 때문에 1998. 5. 27.부터 이 법 시행전까지 사이에 상속이 개시된 경우에 단순승인도, 한정승인도, 모두 하지 아니한 상속인들 및 중대한 과실 없이 상속채무초과의 사실을 알지 못하여 단순승인을 한 상속인들의 상속관계가 법률상 미결정의 보류상태에 놓이게 되었는데 이것은 헌법재판소의 위헌(헌법불합치)결정으로 인하여 불가피하게 발생한 사태이어서 개정 민법이 당연히 어떤 내용으로든 적용되어 이 미결정의 보류상태를 종결시켜야만 할 입법책임이 있는 분야이었고 이것은 동시에 헌법재판소의 위헌결정이 명하는 바이었다고 할 것이다. 이러한 입법책임과 헌법재판의 명하는 바에 응하여 등장한 것이 개정 민법 부칙 제3항이다. 그러므로 이 부칙 조항은 엄밀한 의미에 있어서는 법률의 소급적용에 관한 규정이 아니다. 바꾸어 말하면 개정 입법의 규율이 미리 예정되어 있던 분야인 것이다.

이렇게 보면 민법 제1019조 제3항의 본격적인 소급적용을 요청하는 청구인들은 이 부칙조항의 적용대상이 원래 될 수 없는 사람들이었고 청구인들의 문제는 개정 민법 부칙 제2항과 관련하여 그 해결의 당부가 논의되어야 할 것이다.

마. 따라서 이 사건 심판청구는 어느 모로 보나 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 결 론

그렇다면 청구인들의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성(주심) 김효종 김경일
송인준 전호숙 이상경

대덕연구단지관리법시행령 제8조 제1항 제5호 [별표 5] 제1의 파 위헌확인

(2004. 7. 15. 2001헌마646 전원재판부)

【판시사항】

1. 대덕연구단지 내 녹지구역에서 LPG충전소의 설치를 금지하는 대덕연구단지관리법시행령 제8조 제1항 제5호 [별표 5] 제1의 파 중 “주유소에 한한다”부분(이하 ‘이 사건 시행령 규정’이라 한다)이 LPG충전소 영업을 하려는 국민의 직업수행의 자유를 과도하게 제한하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

2. 위험물저장시설인 주유소와 LPG충전소 중에서 주유소는 허용하면서 LPG충전소를 금지하는 이 사건 시행령 규정이 LPG충전소 영업을 하려는 국민을 합리적 이유없이 자의적으로 차별하여 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 시행령 규정은 대덕연구단지의 쾌적한 연구환경의 유지·보전뿐만 아니라 주민들의 생명과 신체의 안전을 위하여 폭발의 위험성이 큰 LPG나 고압가스 등의 위험물저장시설을 금지하는 것으로 입법목적이 정당하고, 특히 LPG는 가연성 가스로서 공기나 산소와 혼합하여 폭발성 혼합가스가 되며, 상온 및 상압에서 쉽게 기화될 뿐만 아니라 인화점이 낮고 공기보다 무거워 소량 누출시에도 화재 및 폭발의 위험성이 크고 폭발사고의 경우 인명과 재산에 광범위하고 막대한 피해를 야기할 수 있는 점에 비추어 볼 때 LPG충전소의 설치금지 불가피하며, LPG충전소 영업을 금지됨으로 인하여 청구인이 입게 될 직업행사의 자유의 침해보다는 이를 금지함으로써 얻게될 연구단지 주민의 생명·신체의 안전과 쾌적한 주거환경의 유지·보전이라는 공익이 훨씬 크다고 할 것이고, 그와 같은 제한이 직업의 자유의 본질적 부분을 침해하는 것도 아니어서 헌법에 위반

된다고 볼 수 없다.

2. 주유소와 LPG충전소는 ‘위험물저장시설’이라는 점에서 공통점이 있으나, LPG는 석유보다 위험성이 훨씬 크다. LPG는 상온·상압에서 쉽게 기화되고, 인화점이 낮으며 공기보다 무거워 누출되어도 쉽게 확인되지 않아 화재 및 폭발의 위험성이 매우 크다. 이에 반하여 석유는 액체상태로 저장되고 공급되기 때문에 적은 양이 누출되는 경우에도 쉽게 확인이 가능하고 LPG에 비하여 인화점이 높으며 무엇보다도 점화원이 없이는 자체적으로 폭발의 위험성이 상존하지는 않는다. 위와 같은 점을 종합해 보면, LPG는 석유에 비하여 화재 및 폭발의 위험성이 훨씬 커서 주택 및 근린생활시설이 들어설 지역에 LPG충전소의 설치금지는 불가피하다할 것이고 석유와 LPG의 위와 같은 차이를 고려하여 연구단지내 녹지구역에 LPG충전소의 설치를 금지한 것은 위와 같은 합리적 이유에 근거한 것이므로 이 사건 시행령 규정이 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

【심판대상조항】

대덕연구단지관리법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16760호로 개정된 것) 제8조(건축행위 규제 등) ① 법 제6조 제1항의 규정에 의하여 건축이 허용되는 건축물의 종류 중 일부 제한하는 건축물의 종류는 다음과 같다.

- 1.~4. 생략
5. 녹지구역 : 별표 5에서 정하는 바에 의한다.
6. 생략

② 생략

[별표 5] 녹지구역안에서의 건축물의 건축금지 및 제한

1. 건축할 수 있는 건축물의 종류
 - 가.~타. 생략
 - 파. 위험물 저장 및 처리시설 (주유소에 한한다)
 - 하.~서. 생략
2. 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항, 제75조

헌법재판소법 제68조 제1항

대덕연구단지관리법(1999. 12. 31. 법률 제6090호로 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 침

단과학기술에 관련된 교육·연구기관을 집중배치·육성하기 위하여 조성한 대덕연구단지의 효율적인 관리와 연구결과의 실용화 촉진에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 지속적인 과학기술의 발전을 통하여 균형있는 지역개발과 건전한 국민경제의 육성에 이바지함을 목적으로 한다.

대덕연구단지관리법(1999. 12. 31. 법률 제6090호로 개정된 것) 제4조(연구단지관리계획의 수립 등) ① 생략

② 연구단지관리계획에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 연구단지의 관리기본방향
2. 연구단지의 위치 및 면적
3. 연구단지안의 토지용도의 구분 및 관리에 관한 계획
4. 용수·에너지·통신·교통·유통시설 등 연구단지의 기반시설의 설치
5. 녹지 및 연구환경의 보전에 관한 사항
6. 연구결과의 실용화 촉진에 관한 사항

③ 생략

대덕연구단지관리법(1999. 12. 31. 법률 제6090호로 개정된 것) 제5조(토지용도의 구분 등) ① 제4조 제2항 제3호의 규정에 의한 연구단지안의 토지용도의 구분은 다음 각호와 같다.

1. 주거구역 : 연구단지안에 거주하는 자의 주거와 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 곳
2. 상업구역 : 연구단지안의 상업 및 업무기능을 담당하게 하기 위하여 필요한 곳
3. 녹지구역 : 연구단지안의 쾌적한 연구환경을 조성하기 위하여 녹지의 보전이 필요한 곳
4. 교육·연구 및 실용화시설관련구역 : 교육·연구 및 연구결과의 실용화와 관련된 시설·건축물을 집중배치함으로써 입주기관 간의 정보교류와 연구기기의 공동활용 등을 통하여 교육·연구의 효율성을 높이고 연구결과의 실용화를 촉진하기 위하여 필요한 곳

②~③ 생략

대덕연구단지관리법(1999. 12. 31. 법률 제6090호로 개정된 것) 제6조(건축행위의 규제 등) ① 과학기술부장관은 제5조 제1항 각호의 구역에 대하여 쾌적한 연구환경을 유지·보전하고 연구환경을 훼손하는 업소 등의 설치를 제한하기 위하여 건설교통부장관 및 관할지방자치단체의 장과 협의하여 건축법 제45조 제1항의 규정에 의하여 도시계획법에 의하여 지정된 용도지역 안에서의 건축이 허용되는 건축물의 종류를 대통령령이 정하는 바에 따라 일부 제한할 수 있다.

② 생략

【당 사 자】

청 구 인 김진용

대리인 변호사 김정수 외 1인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 대덕연구단지 부지인 대전시 유성구 화암동 65의 3에서 주유소를 경영하는 자인데, 대덕연구단지 종사자 중에서 자동차용 액화석유가스(LPG)를 연료로 하는 차량이용자가 약 2,000 대에 이르러 액화석유가스 수요가 많아 위 주유소를 자동차용 액화석유가스충전소로 전환하고자 소관청인 유성구청에 건축물용도변경이 가능한지 문의하였다. 이에 대하여 유성구청장은 2001. 9. 6.경 액화석유가스충전소 허가요건과 관련한 법률에는 아무런 장애가 없으나 대덕연구단지관리법시행령 제8조 제1항 제5호 [별표 5] 제1의 파가 주유소 이외의 위험물저장 및 처리시설의 건축을 금지하고 있어 주유소에서 가스충전소로의 건축물용도변경이 어렵다는 회신을 받았다. 이에 청구인은 2001. 9. 18. 위 시행령 규정이 청구인의 직업의 자유 및 평등권을 침해한다는 이유로 위 시행령 규정의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 대덕연구단지관리법시행령 제8조 제1항 제5호 [별표 5] 제1의 파 중 “주유소에 한한다”부분(이하 ‘이 사건 시행령 규정’이라 한다)의 위헌 여부이고 그 내용 및 관련법령은 다음과 같다.

[심판의 대상]

대덕연구단지관리법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16760호 개정된 것) 제8조(건축행위 규제 등) ① 법 제6조 제1항의 규정에 의하여 건축이 허용되는 건축물의 종류 중 일부 제한하는 건축물의 종류는 다음과 같다.

1. 전용주거구역 : 별표 1에서 규정하는 바에 의한다.
2. 일반주거구역 : 별표 2에서 규정하는 바에 의한다.
3. 준주거구역 : 별표 3에서 규정하는 바에 의한다.
4. 상업구역 : 별표 4에서 규정하는 바에 의한다.

- 5. 녹지구역 : 별표 5에서 규정하는 바에 의한다.
- 6. 교육·연구 및 실용화관련시설구역 : 별표 6에서 규정하는 바에 의한다.

[별표 5] 녹지구역안에서의 건축물의 건축금지 및 제한

1. 건축할 수 있는 건축물의 종류

- 가. 단독주택(토지소유자 본인의 주거용 건축물에 한한다)
- 나. 공동주택(입주기관의 장이 당해기관의 종사자임을 확인한 자의 주거를 위한 연립주택 및 다세대주택에 한한다)
- 다. <삭제>
- 라. 제1종근린생활시설 및 제2종근린생활시설(양 시설 모두 당해 용도에 쓰이는 바닥면적의 합계가 1천제곱미터 이하인 것에 한하며, 제2종 근린생활시설 중 안마시술소 및 단란주점을 제외한다)
- 마. 근린공공시설
- 바. 문화 및 집회시설(종교집회장·전시장·식물원·수족관 기타 이와 유사한 것에 한한다)
- 사. 교육연구 및 복지시설(연수원·생활권수련시설·자연권수련시설, 아동관련 시설·노인복지시설 기타 이와 유사한 것에 한한다)
- 아. 의료시설(병원 중 정신병원·요양소·격리병원 및 장례식장을 제외한다)
- 자. <삭제>
- 차. 운동시설
- 카. <삭제>
- 타. 창고시설
- 파. 위험물저장 및 처리시설(주유소에 한한다)
- 하. 자동차관련시설(주차장·세차장 및 운전학원에 한한다)
- 거. 동물 및 식물관련시설(축사·버섯재배사·종묘배양시설, 화초 및 분재 등의 온실 기타 이와 유사한 것에 한한다)
- 너. <삭제>
- 더. 공공용시설(발전소를 제외하며, 교도소 및 감화원 기타 이와 유사한 용도에 쓰이는 시설은 중·개축의 경우에 한한다)
- 러. <삭제>
- 머. 관광휴게시설(유원지 또는 관광지에 부수되는 시설을 제외한다)
- 버. 및 서. <삭제>

2. 가목 내지 서목의 규정에 의한 건축물 외의 건축물은 이를 건축할 수 없다.

[관련법령]

대덕연구단지관리법(1999. 12. 31. 법률 제6090호로 개정된 것)

제6조(건축행위의 규제 등) ① 과학기술부장관은 제5조 제1항 각호의 구역에 대하여 쾌적한 연구환경을 유지·보전하고 연구환경을 훼손하는 업소 등의 설치를 제한하기 위하여 건설교통부장관 및 관할지방자치단체의 장과 협의하여 건축법 제45조 제1항의 규정에 의하여 도시계획법에 의하여 지정된 용도지역안에서의 건축이 허용되는 건축물의 종류를 대통령령이 정하는 바에 따라 일부 제한할 수 있다.

제5조(토지용도의 구분 등) ① 제4조 제2항 제3호의 규정에 의한 연구단지안의 토지용도의 구분은 다음 각 호와 같다.

1. 주거구역 : 연구단지안에 거주하는 자의 주거와 건전한 생활환경의 보호를 위하여 필요한 곳
2. 상업구역 : 연구단지안의 상업 및 업무기능을 담당하게 하기 위하여 필요한 곳
3. 녹지구역 : 연구단지안의 쾌적한 연구환경을 조성하기 위하여 녹지의 보전이 필요한 곳
4. 교육·연구 및 실용화시설관련구역 : 교육·연구 및 연구결과의 실용화와 관련된 시설·건축물을 집중배치함으로써 입주기관 간의 정보교류와 연구기기의 공동활용 등을 통하여 교육·연구의 효율성을 높이고 연구결과의 실용화를 촉진하기 위하여 필요한 곳

제4조(연구단지관리계획의 수립 등) ① 과학기술부장관은 관할지방자치단체의 장의 의견을 듣고 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 연구단지의 쾌적한 연구환경의 유지 및 관리에 관한 기본적인 사항과 연구결과의 실용화 촉진에 관한 사항을 정한 계획(이하 “연구단지관리계획”이라 한다)을 수립·고시하여야 한다. 수립·고시된 연구단지관리계획을 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다.

② 연구단지관리계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 연구단지의 관리기본방향
2. 연구단지의 위치 및 면적
3. 연구단지안의 토지용도의 구분 및 관리에 관한 계획

4. 용수·에너지·통신·교통·유통시설 등 연구단지의 기반시설의 설치
5. 녹지 및 연구환경의 보전에 관한 사항
6. 연구결과의 실용화 촉진에 관한 사항

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 이 사건 시행령 규정은 주유소를 제외한 업종에 대하여 직업수행의 자유를 제한하고 있을 뿐만 아니라 직업선택의 자유도 제한하고 있다. 이 사건 시행령 규정은 주유소를 제외한 위험물저장 및 처리시설 일체를 아무런 기준 없이 그 위험성 자체만으로 제한하고 있는바, 자동차용 액화석유가스(LPG) 충전소의 운영을 희망하는 기본권 주체의 개인적인 능력 내지 자격과는 하등의 관계가 없고 그러한 기본권 주체가 그 조건 충족에 아무런 영향도 미칠 수 없는 객관적인 사유로 인한 기본권 제한이므로 명백하고 현존하는 위험이 없다면 직업선택의 자유를 제한할 수 없다는 법리가 적용되어야 한다. 그런데 액화석유가스충전소 설치가 녹지의 환경보전과 쾌적한 자연환경의 조성에 위해가 될 수 있는 요소를 사전에 방지하여 대덕연구단지의 효율적인 관리와 균형있는 지역개발이라는 공익에 명백하고 현존하는 위험이라고 볼 수 없어 이 사건 시행령 규정은 기본권 제한의 헌법상 범위를 넘어서는 것으로 위헌이다.

(2) 대덕연구단지안에서 위험물저장 및 처리시설의 설치를 제한하는 경우에도 입법자는 입법목적에 부합하도록 필요한 최소한도의 범위내에만 제한하여야 한다. 그런데 이 사건 시행령 규정은 주유소를 제외한 일체의 위험물 저장 및 처리시설의 건축을 금지함으로써 지나치고 광범위하게 제한하여 기본권 제한의 헌법상 원칙인 비례원칙에 어긋난다. 대덕연구단지 종사자 중에서 LPG차량 운전자들은 연구단지로부터 약 8킬로미터나 떨어진 곳까지 가서 LPG를 충전해야 하는바, 연구단지내에 충전소가 생긴다면 연구단지 종사자들의 이익에 부합함으로써 공익에 기여하는 측면이 있다.

(3) 주유소와 다른 여타의 위험물 저장 시설 중 하나인 LPG충전소를 특별히 구분하여할 하등의 이유와 기준이 없으며 특히 주유소와 LPG충전소의 위험성은 상대적인 것임에도 이 사건 규정은 주유소를 제외한 위험물저장 및 처리시설의 설치를 금지하고 있다. 이는 합리적인 이유없이 LPG충전소를 운영하려는 사람을 부당하게 차별 취급하는 것으로 평등 원칙에 위반된다. 더욱이 도시계획법상 개발제한구역(그린벨트) 안에서도 LPG 충전소를 설치할 수 있는 점과 비교하더라도 이 사건 시행령 규정은 평등원칙에 위배된다.

(4) 이 사건 시행령 규정은 법률의 위임없이 청구인의 직업선택의 자유(LPG충전소 영업)를 박탈한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

나. 과학기술부장관의 의견 요지

(1) 대덕연구단지는 국가산업단지의 하나로 1973. 11.부터 조성되기 시작하여 연구기관의 집중배치·육성을 통한 산·학·연 공동연구 촉진과 더불어 첨단과학기술의 효율적 개발을 통한 국가과학기술 발전을 선도함으로써 국가 경제발전에 지대한 공헌을 하여왔다. 현재 대덕연구단지에는 70여 개의 교육연구기관과 240여 개의 기술중심의 벤처등록기업(17개 보육기관과 358개 벤처보육업체), 1만 5천여 명의 연구자와 지원인력(박사급 4천여 명)이 상주하고 있으며, 한국과학기술원, 원자력연구소, 전자통신연구원, 생명공학연구원, 기계·표준연구원 등 정부출연연구소와 대학을 중심으로 고급과학기술인력의 양성·공급과 CDMA, 디지털TV, 한국표준형원전설계 및 자원, 에너지, 우주, 표준 등 공공기술개발 뿐만 아니라 산업계가 필요로 하는 기초·원천기술 개발을 주도해 왔고, 현재 연구결과의 실용화 촉진을 통한 벤처기업의 메카로서 대덕밸리의 중심지로 기반을 확고히 하여 국부창출의 전진기지로 부상하고 있으며, 정보통신·생명공학·우주·나노·환경 기술 등 미래 전략기술개발의 중심지로서 그 역할을 변화시켜가고 있다.

(2) 이러한 대덕연구단지의 쾌적한 교육·연구환경의 유지·보전과 연구결과의 실용화 촉진 및 연구단지의 효율적인 운영관리를 위하여 대덕연구단지관리법(1993. 12. 31. 법률 제4693호) 및 같은 법 시행령(1994. 9. 26. 대통령령 제14389호로 제정된 것)을 제정·시행하고 있는바, 대덕연구단지관리법 및 동법 시행령은 대덕연구단지 조성목적의 특수성을 반영하여 쾌적하고 안전한 연구환경의 보존·유지의 필요성에 따라 입법된 것이다. 대덕연구단지의 조성과정에서 매입·활용이 가능한 부지를 연구시설용지로 개발, 교육연구기관 및 벤처기업들이 입주하였고 교육·연구 및 실용화 시설보호구역내에 첨단실험장비와 고급인력이 상주하고 있으므로 동일한 녹지구역내에 안전관리상 위험이 큰 위험물 취급 및 저장시설을 엄격히 제한할 필요가 있다.

(3) 대덕연구단지관리법 및 동법 시행령 제정시 각 부처의 의견을 반영, 별표상 전용 및 일반주거구역과 교육연구 및 실용화시설보호구역에는 위험물저장 및 처리시설의 건축이 허용되지 않았으며, 준주거구역, 상업구역, 녹지구역에는 건축법시행령 [별표 1] 건축물의 용도분류 15. 위험물취급 및 처리시설 중 주유소만을 허용하고, 폭발, 화재 등 위험성이 높은 액화석유가스충전소

및 액화가스 취급소, 위험물제조, 저장 취급소와 유독물판매소의 건축을 허용하지 않았다. 청구인의 주장 중 그린벨트내에서는 LPG 충전소를 할 수 있다는 내용은 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령(2000. 12. 30. 대통령령 제17092호로 개정된 것)에 반영되어 제한적으로 설치가 가능하도록 규정하고 있으나, 동법 시행령은 대덕연구단지관리법과 같은 특별법시행령으로서 대덕연구단지에서 우선 적용할 수 없는 것이다.

(4) 이와 같은 내용을 종합하여 볼 때 대덕연구단지관리법시행령이 대덕연구단지 녹지구역내에 위험물취급 및 저장시설 중 주유소만을 허용한 것은 국가산업단지로서 대덕연구단지의 특성상 연구환경보존과 고가정밀연구시설 및 고급과학기술인력의 안전을 위한 것으로써 과잉금지의 원칙을 어긴 자의적 제한이라고 볼 수 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

도시계획법상 용도지역은 도시의 건전한 발전과 공공의 복리증진을 위하여 도시계획구역안에 있는 토지를 이용목적에 따라 주거·상업·공업·녹지구역으로 구분하고, 용도지역별 지정목적을 달성하기 위하여 도시계획법령이 정한 범위안에서 건축물의 용도 등을 제한하고 있는바, 이 사건과 관련된 지역은 대덕연구단지관리법시행령의 효력이 미치는 범위내에 있고, 동 시행령에서 정한 범위내 토지를 용도별로 구분하여 각 용도별 건축행위 등을 별도로 제한하고 있는 것은 대덕연구단지관리법령이 정한 연구단지내 주민의 안전 및 쾌적한 도시환경조성 등 공익을 위하여 녹지구역에 주유소와 다른 위험물 저장시설 및 처리시설의 설치를 제한하는 것이므로 도시계획법에 위배된다고 볼 수 없다.

라. 유성구청장의 의견

의견 없음

3. 판 단

가. 쟁 점

이 사건 쟁점은, 첫째, 이 사건 시행령 규정이 대덕연구단지내 녹지구역에서 주유소를 제외한 위험물저장 및 처리시설의 건축을 금지하는 것이 LPG충전소 영업을 하려는 청구인의 직업의 자유를 침해하는지 여부이고, 둘째, 이 사건 시행령 규정이 동일한 위험물저장시설인 주유소와 LPG충전소 중에서 주유소만 허용하고 합리적 이유없이 LPG충전소를 금지함으로써 평등원칙에 위배되는지 여부이며 셋째, 이 사건 시행령 규정이 법률의 위임없이 LPG충전

소 건축을 제한함으로써 기본권 제한의 법률유보원칙을 위반하였는지 여부이다. 이하에서는 우선 문제의 핵심인 LPG의 위험성 및 이 사건 시행령 규정의 입법목적을 살펴본 연후에 위 쟁점에 대하여 순차 살펴본다.

나. 액화석유가스의 성질

액화석유가스(Liquefied Petroleum Gas, 이하 'LPG'라고 한다)는 프로판과 부탄이 주성분인 가연성 가스를 말한다. LPG는 다음과 같은 특성이 있는 것으로 알려져 있다. (i) 기화 및 액화가 쉽다. 즉, 프로판은 약 7kg/cm², 부탄은 약 2kg/cm²정도로 가압시키면 액화된다. 액화된 프로판은 대기중으로 방출시키면 기화되나, 부탄의 경우는 겨울철 영하의 온도에서는 기화되기 어렵다. (ii) LPG는 공기보다 무겁고 물보다 가볍다. 즉, 프로판은 가스상태일 때 공기보다 약 1.55배, 부탄은 약 2.08배정도 무겁고, 액체일 경우에는 물보다 프로판은 약 0.51배, 부탄은 약 0.58배 가볍다. 따라서 사용 중 대기중으로 누출되면 낮은 부분에 체류하게 되어 점화원에 의한 화재 및 폭발위험성이 있다. (iii) LPG는 폭발 및 인화성이 있다. LPG는 공기나 산소와 혼합하여 폭발성 혼합가스가 되며 특정한 상황에서 폭발할 수 있다. 프로판의 경우 공기중 폭발범위는 2.1%~9.5%, 부탄의 경우는 1.8%~8.4%로서 폭발하한계가 낮고 상온, 상압하에서는 기체로 인화점이 낮아 소량 누출시에도 인화하여 화재 및 폭발의 위험성이 있다. (iv) LPG는 전기절연성이 높고, 유동, 여과, 분무시 정전기를 발생하는 성질이 있으며, 이러한 정전기가 축적될 수 있는 조건에서는 방전스파크에 의해 인화폭발의 위험이 있다. (v) LPG는 무색 무취다. 가스가 누출되었을 때 확인이 어려워 냄새로 쉽게 알 수 있도록 하기 위하여 공업용 및 연구용을 제외한 일반 가정용 연료와 자동차용의 가스에는 부취제를 첨가하여 충전하도록 법령에서 규정하고 있다.

다. 대덕연구단지관리법 및 이 사건 시행령 규정의 입법목적

대덕연구단지관리법은 첨단과학기술에 관련된 교육·연구기관을 집중배치·육성하기 위하여 조성한 대덕연구단지의 효율적인 관리와 연구결과의 실용화 촉진에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 지속적인 과학기술의 발전을 통하여 균형있는 지역개발과 건전한 국민경제의 육성에 이바지함을 목적으로 제정되었다(법 제1조).

입법자는 위와 같은 연구단지의 조성목적을 살리기 위하여 과학기술부장관으로 하여금 관할지방자치단체의 장의 의견을 듣고 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 연구단지의 쾌적한 연구환경의 유지 및 관리에 관한 기본적인 사항

을 정한 계획을 수립·고시하도록(법 제4조 제1항)하는 한편, 연구단지의 토지용도를 주거구역, 상업구역, 녹지구역, 교육·연구 및 실용화관련구역으로 나누어 지정하도록 하고(법 제5조 제1항) 각 구역에 대하여 쾌적한 연구환경을 유지·보전하고 연구환경을 훼손하는 업소 등의 설치를 제한하기 위하여 건설교통부장관 및 관할지방자치단체의 장과 협의하여 건축법 제45조 제1항의 규정에 의하여 도시계획법에 의하여 지정된 용도지역 안에서의 건축이 허용되는 건축물의 종류를 대통령령이 정하는 바에 따라 일부 제한할 수 있도록 하고 있다(법 제6조 제1항).

이에 따라 이 사건 시행령은 녹지구역 안에서 건축할 수 있는 건축물로 주택, 근린생활시설, 근린공공시설, 문화 및 집회시설, 교육연구 및 복지시설, 의료시설 등 연구단지내 주민이 거주하고 생활하는데 필요한 비교적 광범위한 생활시설을 나열하면서 주유소를 제외한 위험물저장 및 처리시설은 원칙적으로 전부 금지하고 있다.

살피건대 이 사건 시행령 규정이 연구단지내 녹지구역에서 폭발의 위험성이 있는 LPG나 고압가스 등의 위험물저장 및 처리시설을 원칙적으로 금지하는 것은 연구분위기 저해 시설물의 설치제한을 통한 쾌적한 연구환경의 유지·보전뿐만 아니라 녹지구역이 주택 및 근린생활시설 등 주민의 생활시설이 건축될 수 있는 지역이어서 주민의 생명과 신체의 안전을 위한 것인바, 이와 같은 시행령 규정의 입법목적은 정당하다고 할 것이다.

라. 직업의 자유 침해 여부

(1) 청구인은 이 사건 시행령 규정이 직업수행의 자유뿐만 아니라 직업선택의 자유까지 제한한다고 주장한다. 그러나 이 사건 시행령 규정은 청구인의 LPG충전소 영업이라는 직업의 ‘선택’ 자체를 제한하고 있는 것은 아니다. 청구인은 다른 법령에 제한이 없는 한 LPG충전소 영업을 선택할 수 있고 다만 이 사건 규정에 의하여 연구단지내 녹지구역에서 LPG충전소 영업을 할 수 없다는 장소적 제약, 즉 영업지 제한이라는 직업행사의 자유를 제한받고 있다.

(2) 쾌적한 연구환경의 유지·보전 및 주민의 생명·신체의 안전이라는 공익을 달성하기 위하여는 연구단지 안에 위와 같은 목적달성에 장애가 되는 시설이나 건축물의 설치는 제한될 필요가 있다 할 것이고 특히 위험물저장 및 처리시설의 설치는 더욱 신중을 요한다고 할 것이다. 위험물저장 및 처리시설 중에서도 이 사건에서 문제된 LPG는 가연성 가스로서 공기나 산소와

혼합하여 폭발성 혼합가스가 되며 상온 및 상압하에서 쉽게 기화될 뿐만 아니라 인화점이 낮고 공기보다 무거운 소량 누출시에도 점화원에 의한 화재 및 폭발의 위험성이 크며 폭발사고의 경우 인명과 재산에 광범위하고 막대한 피해가 발생하는 것으로 알려져 있다. 이러한 LPG의 인화 및 폭발위험성과 폭발사고로 인한 피해의 중대성을 고려할 때 입법자가 주민들의 안전과 쾌적한 주거환경 보존을 위해 주민들의 생활영역에서 LPG충전소의 설치를 제한하거나 금지하는 것은 정당하다고 할 것이다. 다만 입법자는 위와 같은 목적 달성을 위하여 위험물저장 및 처리시설을 제한하더라도 위험성의 정도, 피해 규모 등을 고려하여 기본권 침해가 최소화 될 수 있도록 하여야 한다. 그런데 위에서 본 바와 같이 LPG는 화재 및 폭발의 위험성이 매우 크고 그 피해규모 또한 막대하다고 할 것인바, LPG충전소의 용기 및 저장능력을 낮추거나 관리 감독을 철저히 하는 등의 방법으로 그 위험성을 줄일 수 있다고 하더라도 주민의 안전에 대한 위험을 완전히 해소하기는 어렵다고 할 것이다.

살피건대 연구단지내 녹지구역은 주택은 물론 근린생활시설, 공공시설, 교육·연구 및 종교시설 등 주민들이 거주하고 생활하도록 계획되어진 지역이어서 주민들의 생명·신체의 안전에 위해를 가져올 수 있는 LPG충전소와 같은 위험물저장시설의 설치금지는 불가피하다고 할 것이고 LPG충전소 영업이 금지됨으로 인하여 청구인이 입게 될 직업행사의 자유의 침해보다는 이를 금지함으로써 얻게될 주민의 생명·신체의 안전과 쾌적한 주거환경이라는 공익이 훨씬 크다고 할 것이다.

(3) 그렇다면 이 사건 시행령 규정이 비록 LPG충전소 영업지를 제한함으로써 청구인의 직업행사의 자유를 제한하고 있기는 하지만 대덕연구단지 주민의 생명·신체의 안전과 쾌적한 주거 및 연구 환경을 조성하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고 위와 같은 목적 달성을 위하여 위험물저장 및 처리시설의 제한이 불가피하며 그와 같은 제한이 청구인의 직업의 자유의 본질적 부분을 침해하는 것도 아니라고 할 것이므로 이 사건 시행령 규정은 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 입법적 한계를 벗어났다고 볼 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다.

마. 평등원칙 위배 여부

(1) 주유소와 LPG충전소는 각각 위험물인 석유와 LPG를 저장하는 ‘위험물 저장시설’이라는 점에서 공통점이 있다. 그런데 이 사건 시행령 규정은 연구단지내 녹지구역에서 건축할 수 있는 위험물저장 및 처리시설로서 주유소만

허용하고 LPG충전소 설치를 금지함으로써 결과적으로 LPG충전소 영업을 하려는 자를 차별하고 있다. 여기서 입법자가 주유소와 LPG충전소를 달리 취급하고 있는 것에 합리적 이유가 있는지가 문제된다.

(2) 위에서 본 바와 같이 LPG는 석유(휘발유, 등유 및 경유를 포함한다)와 비교할 때 위험성이 훨씬 크다. LPG는 액체상태로 보관되지만 상온·상압에서 쉽게 기화되고 인화점이 낮으며 공기보다 무겁다. 따라서 누출되어도 쉽게 확인되지 않고 점화원에 의한 화재 및 폭발의 위험성이 매우 크다. LPG의 위와 같은 고도의 위험성은 입법자로 하여금 원칙적으로 LPG충전소 영업을 허가대상으로 하고 시설기준 및 기술기준을 엄격히 규정하여 충전소의 설립을 제한하고 있다. 또한 LPG의 안전한 취급을 위하여 충전소에는 반드시 일정한 자격을 갖춘 안전관리자를 두도록 규정하고, 공인된 기관(한국가스안전공사)으로 하여금 정기적으로는 물론 수시로 시설물에 대하여 안전검사를 받도록 강제하고 있다. 이에 반하여 석유는 독성물질로서 호흡하거나 접촉하는 경우 인체에 나쁜 영향을 미치고 화재 및 폭발의 위험성이 있기는 하나 LPG에 비하여 그 위험성이 크다고 할 수는 없다. 특히 액체상태로 저장되고 공급되기 때문에 소량 누출시에도 쉽게 확인이 가능하고 LPG에 비하여 인화점이 높다. 무엇보다도 점화원이 없이는 자체적으로 폭발의 위험성이 상존하지는 않는다. 이와 같은 석유의 상대적으로 낮은 위험성은 입법자로 하여금 주유소 설립을 원칙적으로 등록제로 규정하여 일정한 요건을 갖추면 허용하고, 안전관리자를 두거나 안전검사를 받을 것을 강제하고 있지도 않다.

이상을 종합해 보면, LPG는 석유에 비하여 화재 및 폭발의 위험성이 훨씬 커서 인구가 밀집된 지역이나 주택 및 근린생활시설이 들어설 지역에는 충전소의 설치금지가 불가피하다 할 것이고 이 사건 시행령 규정이 석유와 LPG의 위와 같은 차이를 고려하여 연구단지내 녹지구역에 LPG충전소의 설치를 금지한 것은 위와 같은 합리적 이유에 근거한 것이므로 이 사건 시행령 규정이 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(3) 한편, 청구인은 개발제한구역의 지정및관리에관한특별조치법시행령이 개발제한구역에서 주유소뿐만 아니라 자동차용 액화석유가스충전소를 설치할 수 있도록 규정하고 있는 것과 비교하여 이 사건 시행령 규정이 개발제한구역과 용도가 같은 연구단지내 녹지구역에서 LPG충전소의 설치를 금지하는 것은 평등원칙에 위배된다는 취지의 주장을 한다. 그러나 개발제한구역은 도시의 무질서한 확산을 방지하고 도시주변의 자연환경을 보전하여 도시민의

건전한 생활환경을 확보함을 목적으로 하는 전국도를 대상으로 하는 일반규범에 의하여 지정된 것임에 반하여 이 사건 시행령 소정의 연구단지내 녹지구역은 연구단지의 조성목적에 따른 특정지역을 대상으로 하는 특별규범에 의하여 지정된 것이어서 각기 그 지정의 목적, 절차, 범위가 다르고 행위제한의 형태나 범위 또한 서로 다르다. 또한 이 사건 녹지구역이 개발제한구역으로 지정된 것도 아니고 게다가 개발제한구역에서의 LPG충전소 설치가 무제한 허용되는 것도 아니다.

그렇다면, 개발제한구역과 이 사건 녹지구역은 그 지정의 입법취지가 다를 뿐만 아니라 용도나 성질이 같다고 볼 수도 없어 ‘같은 것’을 다르게 취급함으로써 생기는 평등의 문제는 발생되지 않는다고 할 것이다. 개발제한구역과 이 사건 녹지구역이 법적으로 동일한 평가를 받는 것을 전제로 한 청구인의 이 부분 평등원칙 위배의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요없이 이유 없다.

바. 기본권 제한의 법률유보원칙 위배 여부

우리 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 “법률로써” 제한할 수 있다고 기본권의 법률유보를 규정하는 한편, 제75조는 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하여 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 시행령으로 제한할 수 있도록 하고 있다. 여기서 이 사건 시행령 규정의 모법인 대덕연구단지관리법이 연구단지내 녹지구역에 위험물저장 및 처리시설의 설치금지를 구체적으로 범위를 정하여 위임하였는지 여부와 대통령령에 정해질 내용을 일반 국민이 예측할 수 있을 정도로 ‘구체적으로’ 위임하였는지 여부가 문제된다. 포괄위임인지 아닌지 여부는 당해 규정뿐만 아니라 입법목적 및 전체 법규정을 유기적·체계적으로 종합하여 살펴보아야 한다.

살피건대, 대덕연구단지관리법 제6조 제1항은 “과학기술부장관은 제5조 제1항 각 호의 구역에 대하여 쾌적한 연구환경을 유지·보전하고 연구환경을 훼손하는 업소 등의 설치를 제한하기 위하여 도시계획법에 의하여 지정된 용도지역 안에서의 건축이 허용되는 건축물의 종류를 대통령령이 정하는 바에 따라 일부 제한할 수 있다”고 규정하여 그 근거를 두고 있음이 명백하고 한편, 국토의계획및이용에관한법률(구 도시계획법) 시행령에 의한 녹지구역에서도 LPG충전소는 제한된 영역에서만 허용하고 있으며(동법시행령은 녹지구역을 보존녹지, 생산녹지, 자연녹지로 구분하면서 보존녹지와 자연녹지에 대

하여만 LPG충전소 설치를 허용하고 있다. 그러나 액화석유가스관리및사업법에 의하여 LPG충전소는 허가사항이므로 녹지지역이라고 하더라도 자유롭게 허용된다고 볼 수 없다) 이 사건 연구단지가 비교적 한정된 공간이고 그 제한된 공간에 주거, 상업, 녹지, 연구구역으로 나뉘으로써 각 구역이 직접 접해 있으며 특히 녹지구역은 '녹지의 보전'을 위한 곳으로 LPG충전소와 같은 위험물저장 및 처리시설의 설치가 제한될 것이란 점은 어렵지 않게 예측할 수 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 시행령 규정이 기본권 제한의 법률유보 원칙 내지 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 시행령 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
전호숙 이상경(주심)

국유지양여신청거부처분 위헌확인

(2004. 7. 15. 2002헌마676 전원재판부)

【판시사항】

피청구인 서산시장이 가분배된 토지에 관한 무상분배 절차를 이행 완료하지 아니하는 부작위의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판이 보충성의 요건을 갖춘 것인지 여부(소극)

【결정요지】

이 사건의 경우, 청구인들은 피청구인 서산시장이 이 사건 토지를 청구인들에게 무상분배하는 절차를 이행완료하지 아니하는 부작위의 위헌확인을 구하고 있는바, 이에 대하여는 우선 청구인들이 피청구인의 그와 같은 부작위가 위법하다고 하여 행정심판법 제4조에 의한 의무이행심판이나, 행정소송법 제4조에 의한 부작위위법확인소송을 제기할 수 있을 것이다. 따라서 청구인들이 이 사건 헌법소원심판에서 피청구인이 하였다는 이 사건 토지에 대한 가분배조치가 그 효력이 있음을 전제로 하여 이 사건 토지의 분배절차를 이행하지 아니하는 부작위의 위헌확인을 구하는 것은, 그 이유의 당부가 어떠한 행정소송으로 다룰 사항을 이 사건 헌법소원심판에 이른 것이라 볼 것이므로, 이 사건 심판청구는 결국 헌법소원심판의 대상이 되는 것이 아니다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

행정심판법 제4조(행정심판의 종류) 행정심판은 다음의 세 가지로 구분한다.

1. 취소심판 : 행정청의 위법 또는 부당한 처분의 취소 또는 변경을 하는 심판
2. 무효등확인심판 : 행정청의 처분의 효력 유무 또는 존재 여부에 대한 확인을 하는 심판
3. 의무이행심판 : 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분이나 부작위에 대하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판

행정소송법 제4조(항고소송) 항고소송은 다음과 같이 구분한다.

1. 취소소송 : 행정청의 위법한 처분 등을 취소 또는 변경하는 소송
2. 무효등확인소송 : 행정청의 처분 등의 효력 유무 또는 존재여부를 확인하는 소송
3. 부작위위법확인소송 : 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송

구 자활지도사업에관한임시조치법(1982. 12. 31. 법률 제3619호로 폐지된 것) 제6조(토지의 분배 등) 사업시행으로 생긴 분배대상이 되는 토지 기타 권리는 전조 제2항 및 제3항의 경우와 공공필요에 의하여 유보하는 부분을 제외하고는 대통령령이 정하는 바에 의하여 근로구호의 대상자에게 우선적으로 무상분배할 수 있다.

【참조판례】

- 헌재 2001. 10. 25. 2001헌마113, 판례집 13-2, 554, 563-564
헌재 2001. 12. 20. 2001헌마245, 판례집 13-2, 915, 918-919
헌재 2002. 4. 25. 2001헌마760
헌재 2002. 7. 16. 2002헌마456

【당 사 자】

청 구 인(선정당사자) 황원섭 외 11인
대리인 변호사 장기욱
피청구인 서산시장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 충남 서산시 인지면 모월리 446 337필지, 같은 면 야당리 569 93필지, 같은 면 산동리 728 71필지, 같은 시 양대동 751 273필지 등 소위 ‘서산자활정착사업장’ 농지 774필지 약 250정보(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 경작하고 있는 257세대의 대표자(선정당사자)들이다.

그런데 청구인들은 피청구인 서산시장이 청구인들에게 위 토지를 무상분배하여 주겠다고 약속하였음에도 현재까지 그 이행을 하지 않고 있다고 주장하고, 청구인들이 2002. 8. 14.과 2002. 9. 25. 2차례에 걸쳐 피청구인에게 ‘서산자활정착사업장 토지 및 가옥 분배위원회’를 재가동하거나 관계자 연석회의를

개최하여 양여절차를 밟는 등 이 사건 토지에 대한 분배조치를 완료하도록 요구하였음에도 불구하고, 피청구인 서산시장은 2002. 8. 22. 및 2002. 10. 2. 이 사건 사업주체에 관하여 소관사항이 아니라는 등 핵심사항을 회피하고 연석회의 마저 거부하는 위법·부당한 거부처분을 통보하였다고 하여, 청구인들은 헌법소원심판을 통하여 피청구인의 위와 같은 부작위가 위헌임을 확인하고자 이 사건 심판청구를 하기에 이르렀다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 피청구인 서산시장이 이 사건 토지를 청구인들에게 무상분배하는 절차를 이행완료하지 아니하는 부작위가 헌법에 위반되는지 여부이다.

2. 청구인들의 주장과 피청구인의 답변

가. 청구인들의 주장

이 사건 토지는 국가(당시 전매청 소관)가 염전을 조성하고자 바다를 매립하다가 중도 포기한 공유수면구역을 매립·개간한 것인데, 당시 5·16 군사혁명정부의 사회명랑화사업 수행차원에서 전국의 부랑아·윤락녀·우범자·전과자 등으로 ‘서산개척단’을 결성하여, 1961. 11. 14.부터 위 서산시 인지면 모월 3구 ‘형설촌’에 그 단원들을 수용하고 그들의 노동으로 매립공사를 완성하고 1962. 10. 1. 매립공사가 준공되었으며, 1962. 10. 30. 토지(잡종지)로 신규등록한 것이었다.

이 사건 토지는 위와 같이 토지로 신규등록되었으나, 점진적으로 농경지로 조성되기까지는 그 후 20여 년이 소요되었고, 당시 서산군수는 그 지역의 유력한 기관장과 관련 실무부서장 및 개척단 대표 등으로 구성된 ‘서산자활정착사업장 농지 및 주택 분배위원회’의 5차에 걸친 심의를 거쳐 개척단 1세대 당 1정보의 농지를, 난민과 영세민에게 각 1정보가 채 안되는 토지를 가분배한 바 있었다(1차 1968. 8. 26. 184.5ha; 2차 1968. 9. 18. 17.5ha; 3차 1969. 4. 18. 25.5ha; 4차 1971. 5. 13. 27.5ha; 5차 1971. 12. 28. 8.5ha 총 263.5ha). 그런데 위 가분배는 현장의 모든 토지가 아직 숙답화되지 못하였기 때문에 향후 지번, 지적 등을 정확히 하여 정규의 분배를 하기 위한 전 단계 조치였으며, 소유권의 분배(분양)가 아니라던가 무상분배여부가 미결의 상황에서의 조건부 분배에 불과하다던가 하는 문제가 아니었다. 그리고 i) 수용·노동에 동원된 개척단원에 대한 당국자들의 언약, ii) PL 480-II 미국 무상지원 양곡살포에 의한 농경지 조성사업 관련 한·미간 협정, iii) 보건사회부의 1966. 3. 21. 훈

령 “66 PL 480-II 구호양곡에 의한 자조근로사업 실시요령”, iv) 충청남도의 1968. 3. 20.자 ‘무상가분배’ 지시 및 1968. 6. 30.자 독촉 공문, v) 자활지도사업에관한임시조치법(1968. 7. 23. 법률 제2039호) 제6조, vi) 1970. 3. 26. 제17차 경제장관회의 의결 의안번호 100 자조근로간척사업 운영개선에 의하면, 이 사건 토지를 조성한 개척단원(난민, 영세민 포함)에게 무상으로 분배하려 한 것은 부정할 수 없는 명확한 사실이다.

1960년대 말부터 1970년대 당시의 국유재산법 제22조 제2항(잡종재산의 무상대부), 제29조 제4항 제1호(잡종재산의 지자체 공용을 위한 양여), 동법시행령 제19조(무상대부절차), 제28조(양여절차)의 규정에 의하여, 지방자치단체(초기 충청남도, 그 후 서산군)는 이 사건 국유잡종재산을 자활정착사업의 공용재산으로 전환(양여)하여, 소유권을 이전받아 농경지 조성이 완료된 때 무상분배함으로써 동 사업을 완수할 수 있었음에도 불구하고, 당국(충청남도·서산군·인지면)의 무능과 해태로, 또한 홍성세무서의 부당한 거부로 인하여 이 사건 토지를 적기에 개척단원들에게 무상분배하는 절차를 완료하지 못한 채 오늘에 이르고 있다.

따라서 피청구인의 위와 같은 부작위는 청구인들의 재산권, 행복추구권 및 청원권을 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다.

나. 피청구인의 답변

(1) 피청구인 서산시장에게 국유재산을 매각할 권한이 없는 이상 이 사건 토지를 분배해야 할 작위의무도 없다고 할 것이므로 이를 전제로 한 이 사건 심판청구는 부적법하다.

설사 청구인들이 주장하는 작위의무가 있다고 하더라도, 청구인들은 2차례 진정민원(행정처분 신청)에 대한 피청구인의 거부처분에 대하여 취소소송 또는 부작위위법확인소송 등 행정소송을 제기하는 등의 구제절차를 밟은 뒤에 헌법소원심판을 청구하여야 함에도 불구하고, 청구인들은 이러한 구제절차를 거치지 아니하였으므로 이 사건 심판청구는 보충성요건 결여로 부적법하다.

피청구인에게 이 사건 토지를 분배할 작위의무는 존재하지 아니하지만 설사 존재한다고 하더라도 이 사건 토지를 무상분배할 의무가 아닌 이상, 이미 1992년 국무회의의 특별유상매각결정에 따라 유상매각이 있는 바이므로, 피청구인에게는 청구인들이 주장하는 공권력 불행사가 존재하지 아니하므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

설사 자활지도사업에관한임시조치법에 의하여 피청구인 등에게 무상으로

이 사건 토지를 분배할 의무가 있다고 하더라도, 적어도 위 법률이 폐지된 1982. 12. 31. 이후 헌법재판소가 구성된 1988. 9. 19.로부터 180일이 경과하여 2002. 10. 23. 청구된 이 사건 헌법소원심판은 청구기간이 도과된 것으로 부적법하다.

(2) 헌법 제89조, 국유재산법 제12조, 국유재산법시행령 제7조에 의하면, 국유재산처분의 기본계획은 국무회의의 심의를 거쳐야 하는 헌법사항이고, 국유재산의 매각은 당해연도 국유재산관리계획을 근거로 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻도록 규정되어 있다. 또한 국유재산관리계획(재정경제부 1992. 2.) 제9조에 따르면, 이 사건 토지 중 약 40%는 위 관리계획의 변경 없이는 매각이 불가능한 토지로 해석되고 국유재산관리계획상 처분의 기준에 관한 사항의 변경 또한 국무회의의 심의와 대통령의 승인이 있어야 한다. 따라서 이 사건 토지의 무상분배 또는 특별매각은 피청구인의 권한 밖의 사항이므로 이를 전제로 한 청구인들의 주장은 부당하다.

그렇다면 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하므로 각하하여야 할 것이고, 설사 적법하다고 할지라도 기각되어야 마땅하다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 공권력의 행사인 행정처분에 대하여 청구할 수 있는 것이나, 그것이 법원의 재판을 거쳐 확정된 행정처분인 경우에는 당해 행정처분을 심판대상으로 삼았던 법원의 재판이 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체가 취소되는 경우에 한하여 가능한 것이고, 이와 달리 법원의 재판이 취소될 수 없는 경우에는 당해 행정처분 역시 헌법소원심판의 대상이 되지 아니하고(헌재 1998. 5. 28. 91헌마98 등, 판례집 10-1, 660; 2001. 6. 28. 98헌마485, 판례집 13-1, 1379, 1391 참조), 나아가 법원의 재판관할하에 있어 행정소송으로 다룰 수 있는 것은 헌법소원심판의 대상이 되지 아니한다(헌재 2001. 10. 25. 2001헌마113 재판관 김영일, 재판관 권 성의 별개의견; 2001. 12. 20. 2001헌마245; 2002. 4. 25. 2001헌마760; 2002. 7. 16. 2002헌마456 참조).

이 사건의 경우, 청구인들은 피청구인 서산시장이 이 사건 토지를 청구인들

에게 무상분배하는 절차를 이행완료하지 아니하는 부작위의 위헌확인을 구하고 있는바, 이에 대하여는 우선 청구인들이 피청구인의 그와 같은 부작위가 위법하다고 하여 행정심판법 제4조에 의한 의무이행심판이나, 행정소송법 제4조에 의한 부작위위법확인소송을 제기할 수 있을 것이다.

한편, 청구인들의 청구취지에 의하면, 궁극적으로 이 사건 토지에 대한 무상분배절차의 이행청구라는 것, 다시 말하면 행정청에게 특정한 의무이행을 구하는 청구라는 것으로 볼 수 있다. 그러나 현행 행정소송법상 구제절차의 체계에 입각하면, 행정청에게 특정한 의무이행을 명하는 이행소송형태는 인정되지 아니하고, 다만, 그 부작위의 위법확인을 구하는 소송만이 인정되고 그 기속력에 의하여 권리구제를 도모하는 구조로 되어 있으므로, 청구인들의 청구취지를 위와 같이 주장 그대로 본다고 하더라도, 청구인들은 그 구제절차로서 피청구인의 위 부작위의 '위법'확인을 구할 수 있고, 이는 결국 법원의 관할하에 있어 행정소송으로 다룰 수 있는 사항이라고 할 것이다.

그렇다면 청구인들이 이 사건 헌법소원심판에서 피청구인이 하였다는 위가분배조치가 그 효력이 있음을 전제로 하여 이 사건 토지의 분배절차를 이행하지 아니하는 부작위의 위헌확인을 구하는 것은, 그 이유의 당부가 어떠한 행정소송으로 다룰 사항을 이 사건 헌법소원심판에 이른 것이라 볼 것이다 (실제로 이 사건 토지는 국유재산이므로 피청구인에게 그 처분권한이 있다고 볼 만한 법적 근거가 없는데, 피청구인에게 청구인들이 구하는 작위의무위반을 인정하여 그 부작위가 위헌임을 확인할 만한 특별한 사유도 발견되지 아니한다).

그러므로 이 사건 심판청구는 결국 헌법소원심판의 대상이 되는 것이 아니므로 부적법함을 면하지 못한다고 할 것이다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권 성 김효종 김경일
송인준 주선희 전효숙 이상경

현재 2004. 7. 15. 2002헌마676

[별지 1] 청구인(선정당사자) 명단 : 생략

[별지 2] 선정자 명단 : 생략

병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청

(2004. 8. 26. 2002헌가1 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법상 보장되는 양심의 내용
2. 양심의 자유로부터 대체복무를 요구할 권리가 도출되는지 여부(소극)
3. 양심실현의 자유에 대한 침해 여부의 심사에 일반적인 비례의 원칙이 적용되는지 여부(소극)
4. 대체복무제도의 도입을 통하여 병역의무에 대한 예외를 허용하면 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 없다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하거나 명백히 잘못된 것인지 여부(소극)
5. 양심보호조치 등에 관한 입법자에 대한 권고

【결정요지】

1. 일반적으로 민주적 다수는 법질서와 사회질서를 그의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 그들이 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 양심상의 갈등을 일으키는 것은 예외에 속한다. 양심의 자유에서 현실적으로 문제가 되는 것은 국가의 법질서나 사회의 도덕률에서 벗어나려는 소수의 양심이다. 따라서 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 내용의 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다.
2. 양심의 자유는 단지 국가에 대하여 가능하면 개인의 양심을 고려하고 보호할 것을 요구하는 권리일 뿐, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하거나 법적 의무를 대신하는 대체의무의 제공을 요구할 수 있는 권리가 아니다. 따라서 양심의 자유로부터 대체복무를 요구할 권리도 도출되지 않는다. 우리 헌법은 병역의무와 관련하여 양심의 자유의 일방적인 우위를 인정하는 어떠한 규범적 표현도 하고 있지 않다. 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부할 권리는 단지 헌법 스스로 이에 관하여 명문으로 규정하는 경우에 한하여 인정될 수 있다.

3. 양심의 자유의 경우 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다. 양심상의 결정이 법익교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 '양심'이 아니다. 따라서 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 '양심의 자유'와 '공익' 중 양자택일 즉, 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 '강요받는가 아니면 강요받지 않는가'의 문제가 있을 뿐이다.

4. 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 '국가안보'라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 한국의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황이라 할 것인바, 대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 하는데, 이러한 선행조건들이 충족되지 않은 현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다.

5. 입법자는 헌법 제19조의 양심의 자유에 의하여 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면, 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여

지가 있는가를 살펴보아야 한다. 그러므로 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역 거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지, 우리 사회가 이제는 양심적 병역거부자에 대하여 이해와 관용을 보일 정도로 성숙한 사회가 되었는지에 관하여 진지하게 검토하여야 할 것이며, 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도, 법적용기관이 양심우호적 법 적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 것인지에 관하여 숙고하여야 한다.

재판관 김경일, 재판관 전효숙의 반대이견

1. 일반적으로 적용되는 법률에 있어 그 법률이 명령하는 것과 일치될 수 없는 양심의 문제는 법질서에 대해 예외를 인정할지 여부의 형태로 나타난다. 그러나 다수가 공유하는 생각과 다르다는 이유만으로 소수가 선택한 가치가 이상하거나 열등한 것이라고 전제할 수는 없으므로 이 경우 ‘혜택부여’의 관점에서 심사기준을 완화할 것이 아니며, 그 합헌성 여부 심사는 일반적인 기본권제한 원리에 따라 이루어져야 한다. 한편, 헌법 제39조에 의하여 입법자에게 국방에 관한 넓은 입법형성권이 인정된다 하더라도, 병역에 대한 예외인정으로 인한 형평과 부정적 파급효과 등 문제를 해결하면서 양심적 병역거부자들의 양심보호를 실현할 수 있는 대안을 모색하는 것은 징집대상자 범위나 구성의 합리성과 같이 본질적으로 매우 광범위한 입법형성권이 인정되는 국방의 전형적 영역에 속하지 않으므로 그에 대한 입법자의 재량이 광범위하다고는 볼 수 없다.

2. 양심적 병역거부가 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망과 결단을 기반으로 하고 있음을 부인할 수는 없으며, 평화에 대한 이상은 인류가 오랫동안 추구하고 존중해온 것이다. 그런 의미에서 양심적 병역 거부자들의 병역거부를 군복무의 고역을 피하기 위한 것이거나 국가공동체에 대한 기본의무는 이행하지 않으면서 무임승차 식으로 보호만 바라는 것으로 볼 수는 없다. 그들은 공동체의 일원으로서 납세 등 각종의무를 성실히 수행해야함을 부정하지 않고, 징총병역의무는 도저히 이행할 수 없으나 그 대신 다른 봉사방법을 마련해달라고 간청하고 있다. 그

럼에도 불구하고 병역기피의 형사처벌로 인하여 이들이 감수하여야 하는 불이익은 심대하다. 특히 병역거부에 대한 종교와 신념을 가족들이 공유하고 있는 많은 경우 부자가 대를 이어 또는 형제들이 차례로 처벌받게 되고 이에 따라 다른 가족 구성원에게 더 큰 불행을 안겨준다.

3. 우리 군의 전체 병력수에 비추어 양심적 병역거부자들이 현역집중 병역에 종사하는지 여부가 국방력에 미치는 영향은 전투력의 감소를 논할 정도라고 볼 수 없고, 이들이 반세기 동안 형사처벌 및 유·무형의 막대한 불이익을 겪으면서도 꾸준히 입영이나 집총을 거부하여 온 점에 의하면 형사처벌이 이들 또는 잠재적인 양심적 병역거부자들의 의무이행을 확보하기 위해 필요한 수단이라고 보기는 어렵다.

4. 국방의 의무는 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 집총병력형성의무에 한정되는 것이 아니므로 양심적 병역거부자들에게 현역복무의 기간과 부담 등을 고려하여 이와 유사하거나 보다 높은 정도의 의무를 부과한다면 국방의무이행의 형평성회복이 가능하다. 또한 많은 다른 나라들의 경험에서 보듯이 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 않은 자를 가려내는 것이 가능하며, 현역복무와 이를 대체하는 복무의 등가성을 확보하여 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면 병역기피 문제도 효과적으로 해결할 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리 병역제도와 이 사건 법률조항을 살펴보면, 입법자가 이러한 사정을 감안하여 양심적 병역거부자들에 대하여 어떠한 최소한의 고려라도 한 흔적을 찾아볼 수 없다.

재판관 권 성의 별개의견

이 사건 청구인의 신념은 종교상의 신념이므로 종교의 자유가 문제되는데, 집총거부를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없으므로 입법자의 판단이 명백히 잘못되었다고 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항이 종교의 자유를 침해한다고 할 수 없다. 종교에 바탕하지 않은 양심이 내심에 머무르지 않는 경우 비판의 대상이 되며, 비판의 기준은 보편타당성이다. 보편타당성의 내용은 윤리의 핵심 명제인 인(仁)과 의(義), 두가지로 집약되며 적어도 보편타

당성의 획득가능성과 형성의 진지함을 가진 양심이라야 헌법상 보호를 받으며, 보편타당성이 없을 때에는 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 불의한 침략전쟁을 방어하기 위하여 집중하는 것을 거부하는 것은 인(仁), 의(義), 예(禮), 지(智)가 의심스러운 행위로서 보편타당성을 가진 양심의 소리라고 인정하기 어렵다. 국가안전보장상의 필요성은 헌법유보사항이며 이 사건 법률규정은 청구인에게 외형적인 복종을 요구할 뿐이고 입영기피의 정당한 사유에 대한 의회의 재량범위를 넘었다고 볼 수도 없어 양심의 자유의 본질을 침해한다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항이 양심의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

민간대체복무의 검토 등 의회의 입법개선의 필요여부에 대한 의회의 연구가 필요하다는 다수의견의 권고는 권력분립의 원칙상 적절치 않고 오히려 오해의 소지가 있으므로 이는 바람직하지 않다.

재판관 이상경의 별개의견

헌법 제39조 제1항은 기본권 제한을 명시함으로써 기본권보다 국방력의 유지라는 헌법적 가치를 우위에 놓았다고 볼 수 있고 입법자는 국방력의 유지를 위하여 매우 광범위한 입법재량을 가지고 있으므로, 헌법 제37조 제2항 및 과잉금지원칙이라는 심사기준은 적용될 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 위헌이라고 판단되기 위해서는 입법자의 입법권한 행사가 정의의 수인한계를 넘어서거나 자의적으로 이루어져 입법재량의 한계를 넘어서었다는 점이 밝혀져야 한다. 양심을 이유로 한 병역거부자의 양심이라는 것 자체가 일관성 및 보편성을 결한 이율배반적인 희망사항에 불과한 것이어서 헌법의 보호대상인 양심에 포함될 수 있는지 자체가 문제될 수 있고 적어도 이를 우리 공동체를 규율하는 정의의 한 기준으로 수용하기 어렵다 할 것이므로 양심을 이유로 한 병역거부자에 대한 형벌의 부과가 정의의 외형적 한계를 넘어서었다고 볼 수 없다. 또한 병역의무의 불이행에 대한 제재가 완화되어도 필요한 국방력이 유지될 수 있는지 여부 등 미래의 상황에 대한 전망이 불투명한 상태이므로 양심적 병역거부자에 대한 형벌이 자의적 입법이라고 할 수

없다.

정당한 입법의 방향에 관하여 확신을 가질 수 없는 상황에서 이 사건 심판대상과 관련이 없는 대체복무제에 대하여 입법자에게 입법에 관한 사항에 대하여 권고하는 것은 사법적 판단의 한계를 넘어서는 것으로서 바람직하지 않다.

【심판대상조문】

병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정된 것) 제88조(입영의 기피) ① 현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유없이 입영 또는 소집기일부터 다음 각 호의 기간이 경과하여도 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 제53조 제2항의 규정에 의하여 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유없이 지정된 일시의 점검에 불참한 때에는 6월 이하의 징역이나 200만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다.

1. 현역입영은 5일
- 2.~4. 생략

② 생략

【참조조문】

헌법 제19조, 제20조 제1항, 제39조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245
헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174
헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351
3. 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159
4. 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410

【당 사 자】

제 청 법 원 서울남부지방법원

제청신청인 이○수

대리인 법무법인 새한양(담당변호사 오종권) 외 7인

당 해 사 건 서울남부지방법원 2001고단5819 병역법위반

【주 문】

병역법 제88조 제1항 제1호(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정된 것)는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

당해사건의 피고인 겸 제청신청인은 현역입영대상자로서 현역병으로 입영하라는 병무청장의 현역입영통지서를 받고도 입영일로부터 5일이 지나도록 이에 응하지 아니하여 병역법 제88조 제1항 제1호 위반으로 서울지방법원 남부지원에 공소제기되어 재판계속 중이다.

이에 제청신청인은 위 공소사실에 적용된 병역법 제88조 제1항 제1호가 종교적 양심에 따른 입영거부자들의 양심의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 위 법원에 위헌제청신청(2002초기54)을 하였고, 이를 받아들인 법원은 2002. 1. 29. 위 규정에 대하여 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 병역법 제88조 제1항 제1호(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)로 그 내용은 다음과 같다.

병역법 제88조(입영의 기피) ① 현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유없이 입영 또는 소집기일부터 다음 각 호의 기간이 경과하여도 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 제53조 제2항의 규정에 의하여 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유없이 지정된 일시의 점검에 불참한 때에는 6월 이하의 징역이나 200만 원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다.

1. 현역입영은 5일

⋮

2. 제청법원의 위헌제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유

(1) 사상이나 양심 또는 종교적 교리를 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 이른바 양심적·종교적 병역거부(이하 ‘양심적 병역거부’라 한다)의 경우에는 헌법상 국민의 기본적 의무인 병역의무와 자유민주적 기본질서의 핵심

적 기본권인 사상·양심의 자유 및 종교의 자유 사이에 충돌을 일으키므로 그 본질적 내용들을 훼손하지 않는 범위 내에서 양자를 조화·병존시킬 필요가 있다.

그러나 현행 병역법은 양심상의 결정을 이유로 입영을 거부하는 이른바 양심적 병역거부에 대해서도 예외없이 형사처벌을 하고 있는바, 이는 양심적 병역거부를 하는 자(이하 '양심적 병역거부자'라고 한다)의 사상과 양심의 자유 및 종교의 자유, 나아가 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권 등을 침해할 가능성이 크다.

(2) 독일이나 미국과 같은 대부분의 선진국과 동유럽국가들은 양심적 병역거부를 할 수 있는 권리를 헌법상 또는 법률상의 권리로 인정하고 있고, 국제연합인권위원회 등 국제기구에서도 이에 대한 인정을 회원국에 권고 또는 의무화하고 있으나, 우리나라는 양심적 병역거부를 할 권리(이하 '양심적 병역거부권'이라고 한다)를 인정하지 않고 형사처벌을 하고 있는 실정이므로 헌법적인 검토가 필요하다.

나. 제청신청인의 위헌제청신청이유

(1) 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 보장하고, 제37조 제1항은 헌법에 열거되지 않은 국민의 자유와 권리는 경시되지 않는다고 규정하고 있는바, 진·선·미를 추구하면서 유한한 인생을 살아감에 있어서, 종교와 양심은 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하는 데 없어서는 안될 요소인데, 종교적 양심에 따른 병역거부 등을 형벌로 제약하는 것은 이들 조항에 대한 위배에 해당한다.

(2) 헌법 제11조가 종교 등을 사유로 하는 차별취급을 금지하고 있는데도 진실한 종교적 양심에 따라 병역을 거부하는 자에 대하여 강제로 징집을 실시하거나 형사처벌을 과하는 것은 평등원칙에 어긋난다. 여성이나 일정한 질병 및 심신장애를 가진 자를 병역의무자에서 제외하는 것처럼 양심적 병역거부자를 병역의무자에서 제외하는 것은 대체복무를 부과하는 한, 합리적 차별의 범주 안에 있다고 할 수 있고, 양심적 병역거부자들이 겪은 과거의 불이익을 고려할 때, 적극적 평등실현조치의 관점에서라도 이를 고려해야 한다.

(3) 양심의 자유와 종교의 자유는 정신적인 강제로부터의 해방을 위한 필수적 전제조건이며, 사상의 다원성을 그 뿌리로 하는 자유민주적 기본질서의 불가결한 활력소인바, 형벌을 부과하여 병역을 강제하는 것은 양심이나 종교에 대한 본질적인 부담을 주는 것인 반면, 징병의 강제를 통한 국가의 이익은 양

심적 병역거부자들에게 대한 강제징집을 하지 않더라도 충족될 수 있으므로 이러한 경우에는 국가의 법질서가 양보하는 것이 바람직함에도 불구하고 형벌을 통해 이들의 징집을 강제하는 것은 양심의 자유 등을 침해하는 것이다.

(4) 종교의 자유 중 신앙실현의 자유가 헌법 제37조 제2항이 정하는 한계 내에서 제한될 수 있다고 하더라도, 이 때 제한의 필요성여부에 대한 판단기준은 명백하고 현존하는 위협의 법리나 과잉금지의 원칙일 것인데, 양심적 병역거부자들은 극소수의 인원내에 불과하여 국방상 명백하고 현존하는 위협으로 이어지지 아니하며 대체복무의 기회를 주지 않고 곧바로 형벌을 가하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이다.

(5) 대체복무제도를 인정할 경우 평등권위반이나 병역기피자 양산 등의 문제가 발생할 수 있으나, 이것은 복무기간, 고역의 정도, 합숙생활 등에서 현역복무에 상응하는 대체복무제도를 실시하면 문제가 없고, 양심적 병역거부자들이 징병인원의 0.2% 정도인 점과 현대전이 과학전으로 바뀌고 있는 양상 등에 비추어 볼 때, 대체복무제의 실시는 국방에 위해가 되기보다는 오히려 적절한 인력사용방법의 하나가 될 것이다.

다. 서울지방법검찰청 남부지청장의 의견

(1) 병역의무의 이행은 국민의 평화적 생존권과 행복추구권을 보장하기 위해 필수 불가결한 것인데, 양심적 병역거부권을 인정하게 되면, 스스로 병역을 이행하고자 하는 사람들이 줄어들어 국가의 존립에 중대한 위협을 가져올 것이므로 이를 인정하지 않는 것이 행복추구권을 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 객관적으로 현역복무가 불가능함이 드러나는 신체장애자와 객관적인 검증이 불가능한 양심적 병역거부자를 갈래 취급할 수는 없고, 오히려 양심적 병역거부자에게 병역의무부과의 예외규정을 두면, 대다수 국민들의 평등권을 침해할 우려가 있으므로 특정 종교를 이유로 그 신자들에게만 병역의무를 강제하는 것이 아닌 한, 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 양심상 병역거부를 양심실현의 자유에 포함시켜 본다고 하더라도, 이는 헌법 제37조 제2항에 의하여 그 제한이 가능한 권리로서 그 대외적인 표현이나 실현은 개인의 국가에 대한 기본적 의무에 의하여 제한되므로, 개인은 그 양심에 반할지라도 병역의무를 거부할 수 없으며, 따라서 양심의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

(4) 종교적 신념에 의한 양심적 병역거부자는 전쟁행위를 거부하는 것인바, 우리나라와 같은 특수한 안보상황에서 군사교육을 포함한 병역의무를 강제할

다고 하더라도, 군사교육 자체가 곧 전쟁행위를 강제하는 것은 아니므로, 이것이 개인의 종교의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

라. 국방부장관의 의견

(1) 양심적 병역거부는 양심의 자유나 종교의 자유에서 당연히 도출되는 헌법상의 권리가 아니라, 입법자의 입법에 의하여 비로소 인정되는 법률상의 권리에 지나지 않고, 가사 양심적 병역거부권을 양심실현의 자유로 본다고 하더라도, 이것은 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능한 권리인바, 우리나라에 적대적인 무력집단의 전쟁야욕을 억제하고 국가적 정당방위차원에서 징집된 자에게 징집을 명하는 것은 타인의 생명권을 침해하는 것이 아니므로 전쟁을 거부하는 신념을 가진 자에게 국가가 평시에 병역의무를 요구하는 것은 신념에 위협을 주는 양심의 자유의 본질적인 침해라고 할 수 없다.

(2) 양심적 병역거부자가 주장하는 대체복무는 기초군사훈련과 8주간의 예비군훈련 그리고 전시동원소집의무까지도 면제해 달라는 것으로 이는 현행 병역법상의 보충역제도와도 그 성격이 다른 사실상의 병역면제를 의미하고, 징병제를 채택하고 있는 나라에서 대체복무를 선택가능하도록 하는 것은 징병제의 본질인 획일성과 평등성에 반하며, 다른 종교신봉자들은 물론 병역의 무이행자나 군대 내의 잠재적 병역거부자들을 차별하는 결과를 야기한다.

(3) 우리나라와 같이 복무여건이 열악한 현실에서 대체복무를 인정하게 되면, 병역거부자가 급증할 우려가 있고, 더구나 양심적 병역거부자를 가려내기 위한 심사절차의 엄격성이 확보되기 어려운 상황에서 징병제의 획일성과 통일성이 손상되어 징병제가 와해될 우려가 있으며, 나아가 현역복무와 동등한 고역의 정도를 가진 업무를 군대 밖에서 찾는 것도 쉽지 않은 일이어서 대체복무제도를 국가안전보장과 조화로운 제도로 볼 수 없고, 현행 현역복무기간이 2년 내지 2년 4월임을 감안하면, 병역의무의 실효성확보를 위해 입영불응죄의 법정최고형을 3년으로 하고, 1년 6월 이상의 실형이 선고된 경우에는 제2국민역에 편입하여 더 이상 병역의무를 이행하지 않아도 되도록 한 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

마. 병무청장의 의견

국방부장관의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 양심의 자유의 헌법적 의미 및 보장내용

(1) 헌법은 제19조에서 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 하여 양

심의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 이로써 국가의 법질서와 개인의 내적·윤리적 결정인 양심이 서로 충돌하는 경우 헌법은 국가로 하여금 개인의 양심을 보호할 것을 규정하고 있다. 소수의 국민이 양심의 자유를 주장하여 다수에 의하여 결정된 법질서에 대하여 복종을 거부한다면, 국가의 법질서와 개인의 양심 사이의 충돌은 항상 발생할 수 있다.

헌법상 보호되는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심을 말한다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263; 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 203; 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 363). 즉, ‘양심상의 결정’이란 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.

인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서 양심의 자유의 기능은 개인적 인격의 정체성과 동질성을 유지하는 데 있다.

(2) ‘양심의 자유’가 보장하고자 하는 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 것이다. 양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다.

일반적으로 민주적 다수는 법질서와 사회질서를 그의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 그들이 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 양심상의 갈등을 일으키는 것은 예외에 속한다. 양심의 자유에서 현실적으로 문제가 되는 것은 사회적 다수의 양심이 아니라, 국가의 법질서나 사회의 도덕률에서 벗어나려는 소수의 양심이다. 따라서 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 내용의 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다.

(3) 헌법 제19조의 양심의 자유는 크게 양심형성의 내부영역과 형성된 양심을 실현하는 외부영역으로 나누어 볼 수 있으므로, 그 구체적인 보장내용에 있어서도 내심의 자유인 ‘양심형성의 자유’와 양심적 결정을 외부로 표현하고

실현하는 ‘양심실현의 자유’로 구분된다. 양심형성의 자유란 외부로부터의 부당한 간섭이나 강제를 받지 않고 개인의 내심영역에서 양심을 형성하고 양심상의 결정을 내리는 자유를 말하고, 양심실현의 자유란 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(양심표명의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(작위에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다.

양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한, 절대적으로 보호되는 기본권이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라 할 것이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159, 166 참조).

나. 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 기본권

헌법은 제39조에서 국민의 의무로서 국방의 의무를 규정하고 있고, 헌법상의 국방의무를 구체화하는 병역법 제3조는 대한민국 국민인 남자에게 병역의무를 부과하고 있다. 이 사건 법률조항은 병역의무의 이행을 강제하기 위하여 현역입영대상자들이 정당한 사유없이 입영기일로부터 5일이 경과하여도 입영하지 아니하는 경우 이들을 처벌하도록 규정함으로써 병역기피자에 대하여 형사처벌이라는 제재를 가하고 있다. 이 사건 법률조항은 ‘정당한 사유없이’ 입영을 기피하는 경우만을 처벌하도록 하고 있으나, 양심상의 결정을 내세워 병역의무를 거부하는 것은 여기서의 ‘정당한 사유’에 해당하지 않으므로(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 판결 참조), 양심적 병역거부자들도 일반 병역기피자들과 마찬가지로 이 사건 법률조항에 의한 형사처벌을 받게 된다.

자신의 종교관·가치관·세계관 등에 따라 전쟁과 그에 따른 인간의 살상에 반대하는 진지한 양심이 형성되었다면, ‘병역의무를 이행할 수 없다.’는 결정은 양심상의 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 강력하고 진지한 윤리적 결정인 것이며, 병역의 의무를 이행해야 하는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기상황에 해당한다. 이와 같이 상반된 내용의 2개의 명령 즉, ‘양심의 명령’과 ‘법질서의 명령’이 충돌하는 경우에 개인에게 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여하고자 하는 것이 바로 양심의 자유가 보장하고자 하는 대표적인 영역이다.

이 사건 법률조항은 형사처벌이라는 제재를 통하여 양심적 병역거부자에게

양심에 반하는 행동을 강요하고 있으므로, ‘국가에 의하여 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니 할 자유’, ‘양심에 반하는 법적 의무를 이행하지 아니 할 자유’ 즉, 부작위에 의한 양심실현의 자유를 제한하는 규정이다.

한편, 헌법 제20조 제1항은 종교의 자유를 따로 보장하고 있으므로 양심적 병역거부가 종교의 교리나 종교적 신념에 따라 이루어진 것이라면, 이 사건 법률조항에 의하여 양심적 병역거부자의 종교의 자유도 함께 제한된다. 그러나 양심의 자유는 종교적 신념에 기초한 양심뿐만 아니라 비종교적인 양심도 포함하는 포괄적인 기본권이므로, 이하에서는 양심의 자유를 중심으로 살펴보기로 한다.

다. 이 사건 법률조항의 입법목적

헌법은 제5조 제2항에서 ‘국가의 안전보장’과 국토방위를 국군의 신성한 의무라고 규정하면서 제39조 제1항에서 국가안전보장을 실현하기 위한 중요한 수단으로서 국방의 의무를 명문으로 인정하고 있다. 또한 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유는 국가안전보장을 위하여 제한될 수 있다는 것을 밝히면서 제76조 제1항에서 국가의 안전보장을 위하여 대통령에게 국가긴급권을 부여하고 있고, 제91조에서 대통령의 자문기관으로서 국가안전보장회의를 두도록 규정하는 등 ‘국가의 안전보장’을 중대한 헌법적 법익으로 규정하고 있다.

‘국가의 안전보장’은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적인 전제조건으로서 헌법이 이를 명문으로 규정하는가와 관계없이 헌법상 인정되는 중대한 법익이며, 국방의 의무는 국가의 안전보장을 실현하기 위하여 헌법이 채택한 하나의 중요한 수단이다. 이 사건 법률조항은 국민의 의무인 ‘국방의 의무’의 이행을 관철하고 강제함으로써 징병제를 근간으로 하는 병역제도 하에서 병역자원의 확보와 병역부담의 형평을 기하고 궁극적으로 국가의 안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것이다.

라. 양심실현의 자유의 보장문제

(1) 헌법적 질서의 일부분으로서 양심실현의 자유

(가) 양심의 자유가 개인의 내면세계에서 이루어지는 양심형성의 자유뿐만 아니라 외부세계에서 양심을 실현할 자유를 함께 보장하므로, 양심의 자유는 법질서나 타인의 법익과 충돌할 수 있고 이로써 필연적으로 제한을 받는다. 양심의 자유를 의도적으로 제한하는 법률이 아니라 할지라도, 국민 모두에 대

하여 적용되는 법률은 국민 누군가의 양심과 충돌할 가능성을 항상 내재하고 있다.

양심의 자유는 헌법상의 기본권에 의하여 보호되는 자유로서 실정법적 질서의 한 부분이다. 기본권적 자유는 법적 자유이며, 법적 자유는 절대적 또는 무제한적으로 보장될 수 없다. 국가의 존립과 법질서는 국가공동체의 모든 구성원이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건이다. 기본권의 행사가 국가공동체 내에서의 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 모든 기본권의 원칙적인 한계이며, 양심의 자유도 헌법적 질서 내에 자리잡음으로써 모든 헌법적 법의를 구속하는 이러한 한계가 이미 설정되었다.

따라서 양심의 자유가 보장된다는 것은, 곧 개인이 양심상의 이유로 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리를 부여받는다든가 하는 것을 의미하지는 않는다. 모든 개인이 양심의 자유를 주장하여 합헌적인 법률에 대한 복종을 거부할 가능성이 있으며, 개인의 양심이란 지극히 주관적인 현상으로서 비이성적·비윤리적·반사회적인 양심을 포함하여 모든 내용의 양심이 양심의 자유에 의하여 보호된다는 점을 고려한다면, ‘국가의 법질서는 개인의 양심에 반하지 않는 한 유효하다.’는 사고는 법질서의 해체, 나아가 국가공동체의 해체를 의미한다. 그러나 어떠한 기본권적 자유도 국가와 법질서를 해체하는 근거가 될 수 없고, 그러한 의미로 해석될 수 없다.

(나) 따라서 이 사건의 경우 헌법 제19조의 양심의 자유는 개인에게 병역의무의 이행을 거부할 권리를 부여하지 않는다. 양심의 자유는 단지 국가에 대하여 가능하면 개인의 양심을 고려하고 보호할 것을 요구하는 권리일 뿐, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하거나 법적 의무를 대신하는 대체의무의 제공을 요구할 수 있는 권리가 아니다. 따라서 양심의 자유로부터 대체복무를 요구할 권리도 도출되지 않는다. 우리 헌법은 병역의무와 관련하여 양심의 자유의 일방적인 우위를 인정하는 어떠한 규범적 표현도 하고 있지 않다. 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부할 권리는 단지 헌법 스스로 이에 관하여 명문으로 규정하는 경우에 한하여 인정될 수 있다.

(2) 국방의 의무와 양심실현의 자유의 경우 법익교량의 특수성

양심실현의 자유의 보장 문제는 ‘양심의 자유’와 양심의 자유에 대한 제한을 통하여 실현하고자 하는 ‘헌법적 법익’ 및 ‘국가의 법질서’ 사이의 조화의 문제이며, 양 법익간의 법익형량의 문제이다.

그러나 양심실현의 자유의 경우 법익교량과정은 특수한 형태를 띠게 된다. 수단의 적합성, 최소침해성의 여부 등의 심사를 통하여 어느 정도까지 기본권이 공익상의 이유로 양보해야 하는가를 밝히는 비례원칙의 일반적 심사과정은 양심의 자유에 있어서는 그대로 적용되지 않는다. 양심의 자유의 경우 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다. 양심상의 결정이 법익교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 '양심'이 아니다. 이 사건의 경우 종교적 양심상의 이유로 병역의무를 거부하는 자에게 병역의무의 절반을 면제해 주거나 아니면 유사시에만 병역의무를 부과한다는 조건 하에서 병역의무를 면제해 주는 것은 병역거부자의 양심을 존중하는 해결책이 될 수 없다.

따라서 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 '양심의 자유'와 '공익' 중 양자택일 즉, 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 '강요받는가 아니면 강요받지 않는가'의 문제가 있을 뿐이다.

마. 이 사건 법률조항이 양심실현의 자유를 침해하는지의 여부

(1) 개인이 법률에 의하여 양심실현의 자유를 침해당했다고 주장하는 경우는 법률이 국민 누구에게나 적용되는 법적 의무를 부과하면서 자신의 고유한 윤리적 갈등상황을 특별히 배려해 주지 않는다는 것 즉, 개인의 양심상의 갈등상황을 고려하는 의무면제규정이나 대체의무규정과 같은 특례규정을 두고 있지 않다는 것을 문제삼는 경우이다.

국가가 양심실현의 자유를 보장하는가의 문제는 범공동체가 개인의 양심을 존중하는 방법을 통하여 양심상의 갈등을 덜어줄 가능성을 가지고 있는가의 여부에 관한 문제이다. 결국 양심실현의 자유의 보장문제는 '국가가 민주적 공동체의 다수결정과 달리 생각하고 달리 행동하고자 하는 소수의 국민을 어떻게 배려하는가'의 문제, 소수에 대한 국가적·사회적 관용의 문제이며, '국가가 자신의 존립과 법질서를 유지하면서도 또한 개인의 양심도 보호하는 대안을 제시할 수 있는가'의 문제이다.

양심의 자유는 일차적으로 입법자에 대한 요청으로서 가능하면 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과하는 기본권이다. 법적 의무와 개인의 양심이 충돌하는 경우 법적 의무의 부과를 통하여 달성하고자 하는 공익의 실현과 법질서를 위태롭게 함이 없이 법적 의무를 대체

하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등이 제거될 수 있다면, 입법자는 이와 같은 방법을 통하여 개인의 양심과 국가 법질서의 충돌가능성을 최소화해야 할 의무가 있다.

(2) 따라서 이 사건 법률조항이 양심의 자유를 침해하는지의 문제는 ‘입법자가 양심의 자유를 고려하는 예외규정을 두더라도 병역의무의 부과를 통하여 실현하려는 공익을 달성할 수 있는지’의 여부를 판단하는 문제이다. 입법자가 공익이나 법질서를 저해함이 없이 대안을 제시할 수 있음에도 대안을 제시하지 않는다면, 이는 일반적으로 양심의 자유에 대한 희생은 강요하는 것이 되어 위헌이라 할 수 있다.

그런데 양심의 자유를 주장하는 자에 대하여 아무런 대체의무의 부과없이 국민 모두에게 적용되는 의무로부터 면제하는 것은 헌법상 허용되지 않는 특권을 부여하는 것과 같다. 그러므로 양심의 자유가 국민의 의무로부터의 예외를 요청한다면, 국가적 관용과 예외의 허용이 소수의 특권이 되지 않도록 국가는 가능하면 다른 대체의무의 부과를 통하여 이러한 불평등적 요소를 상쇄해야 한다.

병역의무와 관련하여 의무부과의 불평등적 요소를 가능하면 제거하면서도 개인의 양심을 고려하는 수단 즉, 양심과 병역의무라는 상충하는 법익을 이상적으로 조화시키는 방안으로서 대체적 민간복무제(이하 ‘대체복무제’라 한다)가 고려된다.

대체복무제란 양심적 병역거부자로 하여금 국가기관, 공공단체, 사회복지시설 등에서 공익적 업무에 종사케 함으로써 군복무를 갈음하는 제도를 말하는데, 현재 실제로 다수의 국가에서 헌법상 또는 법률상의 근거에 의하여 이 제도를 도입하여 병역의무와 양심 간의 갈등상황을 해결하고 있다.

(3) 그렇다면 이 사건 법률조항의 위헌여부는 ‘입법자가 대체복무제도의 도입을 통하여 병역의무에 대한 예외를 허용하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있는지’에 관한 판단의 문제로 귀결된다.

입법자는 대체복무제를 도입할 것인지를 판단함에 있어서 국가의 전반적인 안보상황, 국가의 전투력, 병력수요, 징집대상인 인적 자원의 양과 질, 대체복무제의 도입시 예상되는 전투력의 변화, 한국의 안보상황에서 병역의무가 지니는 의미와 중요성, 병역의무이행의 평등한 분담에 관한 국민적·사회적 요구, 군복무의 현실적 여건 등을 종합적으로 고려해야 하는데, 현재 우리의 안보상황에서 대체복무제를 도입하더라도 국가안보란 중대한 공익의 달성에 아

무런 지장이 없는지에 관하여는 다음과 같은 상이한 평가와 판단이 가능하다.

(가) 한편으로는 다음과 같은 낙관적인 예상이 가능하다.

우선 양심적 병역거부자가 전체 징병인원에서 차지하는 비중은 미미할 뿐만 아니라, 오늘날의 국방력은 전투력에 의존하는 것만도 아니고, 현대전은 정보전·과학전의 양상을 띠므로 인적 병력자원이 차지하는 중요성은 상대적으로 낮아졌다.

병역의무에 대하여 예외를 인정할 경우 병역의무의 형평문제가 제기된다고 하나, 양심의 보호와 형평의 문제를 동시에 해결할 수 있는 대안으로서 대체복무제의 도입은 현실적으로 가능하며, 다수의 국가에서 이미 오래 전부터 시행되고 있다.

복무기간, 고역의 정도 등을 종합하여 대체복무의 부담이 현역복무와 등가관계가 성립되도록 대체복무제도를 운영한다면, 국방의무의 평등한 이행을 확보할 수 있고, 이 제도를 악용하려는 병역기피의 문제도 해결할 수 있다. 또한 대체복무제를 도입한 많은 다른 나라들의 경험에서 확인할 수 있듯이, 병역거부가 양심상의 결정에 근거한 것인지에 대한 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자를 가려내는 것이 가능하므로, 대체복무제도라는 대안을 채택하더라도 국방력의 유지에는 아무런 손상이 없다.

(나) 그러나 다른 한편으로는 다음과 같은 부정적인 예상도 가능하다.

우리나라는 휴전상태에 있는 세계 유일의 분단국으로서 그간의 군비경쟁을 통하여 축적한 막강한 군사력을 바탕으로 남북이 아직도 적대적 대치상태에 있다. 이와 같이 고유한 안보상황에서 병역의무 및 병역부담의 평등원칙은 다른 나라와 비교할 수 없는 중대한 의미를 가진다. 국방의 개념, 현대전의 양상에 변화가 생긴 것은 사실이나, 국방력에 있어서 인적 병력자원이 차지하는 비중은 여전히 무시할 수 없을 뿐만 아니라, 작금의 출산율 감소로 인한 병력자원의 자연감소도 감안하여야 한다.

우리나라 현역복무의 힘든 여건을 감안하면, 대체복무를 통하여 부담의 등가성을 확보하는 것이 용이하지 않으며, 부담의 등가성을 실현하려는 나머지 대체복무가 양심실현에 대한 징벌적 수단으로 전락할 위험도 있다.

또한 비록 현 단계에서 양심적 병역거부자가 전체 징병인원에서 차지하는 비중이 크지 않다 하더라도 형벌을 통하여 일반적으로 병역기피를 억제하였던 예방효과는 대체복무제의 도입으로 인하여 급격히 무너질 가능성도 배제

할 수 없다. 병역비리와 병역기피풍조가 줄기차게 이어져 왔었다는 우리 사회의 지난 경험에 비추어 볼 때, 제도적 대책만으로 대체복무제를 악용하려는 의도적 병역기피를 완전히 차단할 수 있으리라는 전망을 하는 것은 너무 낙관적이다. 병역부담평등에 대한 사회적 요구가 강력하고 절대적인 우리 사회에서 병역의무에 대한 예외를 허용함으로써 의무이행의 형평성문제가 사회적으로 야기된다면, 대체복무제의 도입은 사회적 통합을 결정적으로 저해함으로써 국가전체의 역량에 심각한 손상을 가할 수 있으며, 나아가 국민개병제에 바탕을 둔 전체 병역제도의 근간을 흔들 수도 있다.

(4) 이 사건과 같이 기본권을 제한하는 법률의 위헌성여부가 미래에 나타날 법률 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체할 수 있는가 하는 문제가 제기된다.

(가) 입법자에게 인정되는 예측판단권은 법률을 통하여 달성하고자 하는 공익의 비중 및 침해되는 법익의 의미, 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도에 따라 다르다. 달성하고자 하는 공익의 비중이 클수록, 개인이 기본권의 행사를 통하여 타인과 국가공동체에 영향을 미칠수록 즉, 기본권행사의 사회적 연관성이 클수록, 입법자에게는 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하게 된다. 이러한 한계까지는 공익을 어떠한 방법으로 실현하고자 하는가의 판단은 입법자의 형성권에 맡겨져야 한다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 432-433 참조).

(나) 이 사건으로 돌아와 보건대, 비록 양심의 자유가 개인의 인격발현과 인간 존엄성실현에 있어서 매우 중요한 기본권이기는 하나, 양심의 자유의 본질이 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리가 아니라 국가공동체가 감당할 수 있는 범위 내에서 개인의 양심상 갈등상황을 고려하여 양심을 보호해 줄 것을 국가로부터 요구하는 권리이자 그에 대응하는 국가의 의무라는 점을 감안한다면, 입법자가 양심의 자유로부터 파생하는 양심보호의무를 이행할 것인지의 여부 및 그 방법에 있어서 광범위한 형성권을 가진다고 할 것이다.

한편, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중

대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 뿐만 아니라, 병역의무의 이행을 거부함으로써 양심을 실현하고자 하는 경우는 누구에게나 부과되는 병역의무에 대한 예외를 요구하는 경우이므로 병역의무의 공평한 부담의 관점에서 볼 때, 타인과 사회공동체 전반에 미치는 파급효과가 크다고 할 수 있고, 이로써 기본권행사의 강한 사회적 연관성이 인정된다.

따라서 이러한 관점에서 볼 때, ‘국가가 대체복무제를 채택하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있기 때문에 이를 채택하지 않은 것은 양심의 자유에 반하는가.’에 대한 판단은 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가.’하는 명백성의 통제에 그칠 수밖에 없다.

(5) 국가안보상의 중요정책에 관하여 결정하는 것은 원칙적으로 입법자의 과제이다. 국가의 안보상황에 대한 입법자의 판단은 존중되어야 하며, 입법자는 이러한 현실판단을 근거로 헌법상 부과된 국방의 의무를 법률로써 구체화함에 있어서 광범위한 형성의 자유를 가진다.

한국의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황이라 할 것인바, 대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 하는데, 이러한 선행조건들이 충족되지 않은 현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다.

병역의무와 양심의 자유가 충돌하는 경우 입법자는 법익형량과정에서 국가가 감당할 수 있는 범위 내에서 가능하면 양심의 자유를 고려해야 할 의무가 있으나, 법익형량의 결과가 국가안보란 공익을 위태롭게 하지 않고서는 양심의 자유를 실현할 수 없다는 판단에 이르렀기 때문에 병역의무를 대체하는 대체복무의 가능성을 제공하지 않았다면, 이러한 입법자의 결정은 국가안보라는 공익의 중대함에 비추어 정당화될 수 있는 것으로서 입법자의 ‘양심의

자유를 보호해야 할 의무’에 대한 위반이라고 할 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 양심적 병역거부자의 양심의 자유나 종교의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

바. 평등원칙의 위반여부

이 사건 법률조항은 일반 병역기피자들과 본질적으로 다른 이유에서 병역거부에 이른 양심적 병역거부자를 일반 병역기피자들과 같이 취급하여 처벌하는 것이어서 평등원칙에 위배되는 것이 아닌지 문제될 수 있으나, 이는 결국 ‘양심적 병역거부자에게 병역의무에 대한 예외를 인정하지 않은 것이 위헌인지’의 판단으로 귀착되므로, 이미 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항의 적용에 대한 예외를 양심적 병역거부자에게 부여하지 않았다 하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

제청신청인은 종교적 양심에 따라 병역을 거부하는 자를 처벌하는 것이 헌법 제11조에 반하여 종교를 사유로 차별취급을 하는 것이라고 주장하나, 이 사건 법률조항은 병역거부가 양심에 근거한 것이든 아니든, 그 양심이 종교적 양심이든, 비종교적 양심이든 가리지 않고 동일적으로 규제하는 것일 뿐, 종교를 사유로 차별을 가하는 것이 아니다.

제청신청인은 나아가 양심적 병역거부자가 병역의무를 이행하는 것이 불가능한 것은 심신에 장애나 질병이 있는 사람의 경우와 다르지 않다거나, 보충역 및 예술, 체육 분야에 특기를 가진 사람이 공익근무요원으로 복무하는 것과 비교하여 평등원칙위반을 주장하나, 제청신청인이 그 비교대상으로 삼고 있는 사람들과 양심적 병역거부자 사이에는 병역복무의 관점에서 볼 때 본질적인 차이점이 있으므로, 그에 상응하여 다른 취급을 한다 하여 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

사. 입법자에 대한 권고

(1) 양심적 병역거부의 문제는 이제 우리나라에서도 국가공동체의 주요한 현안이 되었다. 이미 오래 전부터 여호와의 증인을 중심으로 종교적 양심을 이유로 병역을 거부하는 현상이 존재하였고, 최근에는 이러한 현상이 불교신자, 평화주의자들에게까지 확산되는 것을 엿볼 수 있다. 병역기피자는 이 사건 법률조항에 의하여 형사처벌을 받는 것은 물론이고, 공무원, 임·직원으로서의 취업을 제한받고 각종 관허업의 허가·인가·면허 등을 받을 수 없으며(병역법 제76조), 형사처벌을 받은 후에도 공무원임용자격이 상당한 기간 동안 박탈되는 등(국가공무원법 제33조 등) 사회적으로 막대한 불이익을 받게

된다.

양심적 병역거부자의 수는 비록 아직 소수에 불과하나, 입법자는 이 사건 법률조항의 시행으로 인하여 양심갈등의 상황이 집단적으로 발생한다는 것을 그 동안 충분히 인식하고 확인할 수 있었으므로, 이제는 양심적 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그대로 방치할 것이 아니라, 이들을 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 나름대로의 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단된다.

국제적으로도 이미 1967년부터 유럽공동체, 국제연합의 차원에서 양심적 병역거부를 인정하여야 한다는 결의를 반복하기에 이르렀고, 1997년 국제연합의 조사에 의할 때, 징병제를 실시하는 93개국 중 양심적 병역거부를 전혀 인정하고 있지 않는 국가는 약 절반에 불과할 정도로 이미 많은 국가에서 입법을 통하여 이 문제를 해결하고 있다.

(2) 입법자는 헌법 제19조의 양심의 자유에 의하여 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면, 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여지가 있는가를 살펴보아야 한다.

그러므로 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지, 우리 사회가 이제는 양심적 병역거부자에 대하여 이해와 관용을 보일 정도로 성숙한 사회가 되었는지에 관하여 진지하게 검토하여야 할 것이며, 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도, 법 적용기관이 양심우호적 법 적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 것인지에 관하여 숙고하여야 한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 아래 5. 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 반대의견과 아래 6. 재판관 권 성의 별개의견 및 아래 7. 재판관 이상경의 별개의견이 있는 외에는 관여재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 반대이견

우리는 국방의 헌법적 의의와 중요성, 우리나라가 처한 정치적, 사회적 현실에 대하여는 다수의견과 인식을 같이 함에도 불구하고, 입법자가 양심적 병역거부자들의 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치 간의 갈등을 해소하기 위한 대안을 모색하여야 할 단계에 이르렀음에도 필요하고도 가능한 최소한의 노력을 하지 아니하였다고 생각하여 다수의견과는 다른 결론에 이르렀으므로 다음과 같이 위헌의견을 밝힌다.

가. 양심의 자유의 의의

(1) 오늘날 주요 민주주의국가에서 양심의 자유는 정신적 자유권 중에서도 근원적인 기본권으로 간주되고 있다. 양심의 자유는 개인이 자기정체성을 확립하고 주변세계 안에서의 위치와 행동방향을 찾아 자신의 진지하고도 강력한 마음의 소리에 따라 살아갈 수 있음을 의미하므로 인간의 존엄성과 불가분의 관계에 있고, 가치상대주의와 세계관적 중립성을 토대로 공동체 내에서 다양한 의사가 자유롭게 형성되고 나누어지는 것을 가능하게 하므로 민주주의를 구현하기 위한 전제가 되며, 이것이 없이는 학문·예술의 자유, 정치활동의 자유 등이 실질적으로 보장되기 어렵기 때문이다.

우리 헌법도 제19조에서 양심의 자유를 보장하는 규정을 독립적으로 두고 있다. 양심을 형성하게 되는 근원은 세계관·인생관·주의·신념이라고 부를 만한 것이나 신앙일 수도 있으며, 그밖에 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치관·윤리적 판단일 수도 있다. 이 사건과 같이 종교적 양심이 문제되는 경우에는 종교의 자유에 의한 보호가 중첩되기도 한다. 그러나 어떠한 근원에 의해 형성된 것이든 양심은 그에 따라 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 정도의 진지성이 있어야 하며 그와 같이 강력하고도 진지한 양심인지에 대한 판단은 개별적으로 이루어져야 한다.

(2) 한편, 양심의 내용에 대한 외부인의 평가에 따라 양심인지 여부가 좌우될 수 없고 그 가치의 고하가 가려져서도 아니 된다. 강력하고도 진지한 마음의 소리가기만 하면 양심으로 보아야 하며 사회와 국가 또는 인류에 유익한 것인지 등은 보호대상이 되는 양심인지 여부를 가릴 때 고려되지 않는다. 다만 내용에 대한 평가는 양심실현을 자유로이 허용할 경우 국가안전보장이나 사회질서 또는 공공복리에 어떠한 영향을 미칠 것인가의 측면에서 이루어질 수 있다. 그러한 점에서 내면에 머무르는 양심은 절대적 자유로 인정되며 제

한이 허용되지 않는 데 반해 표명여부나 작위·부작위 등에 의해 양심을 실현하는 경우에는 다른 대부분의 자유권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 의해 제한될 수 있다고 보아야 한다.

물론 어떠한 행동이 제한이 가능한 양심에 따른 것이라 하여 가볍게 취급할 수는 없다. 사람은 내면의 세계만으로 살아가는 것이 아니라, 주변세계와 관련을 맺고 살아가는 것이며, 마음과 행동은 서로 연결되어 있으므로 행동이 내면과 일치하여야 그 마음이 보전될 수 있기 때문이다. 다만 내심에 따른 행동은 ‘다른 사람의 기본권이나 사회질서에 피해를 줄 가능성’이 있다는 점에서 내심의 생각에 머무른 것에 비하여 사회적 관련성이 크므로 상대적으로 제한될 수 있을 뿐이다.

(3) 양심의 자유의 제한을 의도하지 않는 일반적으로 적용되는 법률에 있어 그 법률이 명령하는 것과 일치될 수 없는 양심의 문제는 법질서에 대해 예외를 인정할지 여부의 형태로 나타난다. 이 때 ‘예외 또는 면제’를 일종의 특례로 보고 이에 의한 양심의 자유의 실현은 권리로서 보장되지 않는 것으로 보기 쉽다.

그러나 다수가 공유하는 생각과 다르다는 이유만으로 소수가 선택한 가치가 이상하거나 열등한 것이라고 전제할 수는 없고 양심은 어디까지나 기본권으로 보호되는 것이다. 그러므로 위와 같은 경우에도 다수결원리가 전적으로 우선하여야 함을 전제로 하여 ‘혜택을 부여할 것인가’의 관점에서 심사기준을 완화할 것은 아니다. 이 경우 법률의 합헌성 여부 심사는 다른 기본권침해의 판단과 마찬가지로 일반적인 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권제한 원리에 따라 이루어져야 한다.

나. 헌법가치의 갈등과 입법자의 의무

(1) 일반적으로 우열을 가리기 어려운 헌법가치들이 갈등관계에 있을 때 입법자는 각 헌법가치들이 공존하면서 최적의 상태로 실현되어 조화를 이룰 수 있는 방안을 찾아야 한다. 기본권과 여타의 헌법가치 사이에 충돌이나 갈등이 있는 경우에도 입법자는 일방적으로 다른 헌법가치만을 실현하려고 할 것이 아니라 충돌이나 갈등상황을 피할 수 있는 대안을 모색하여야 하며 대안마련이 불가능하여 기본권을 제한할 수밖에 없는 경우에도 그 목적에 비례하는 범위 내의 제한에 그치지 않으면 안된다. 헌법 제37조 제2항의 기본권제한원리는 이러한 내용을 포함하고 있다.

따라서 만일 대안의 마련이 필요하고 가능함에도 불구하고 입법자가 이를

위해 최소한의 노력조차 하지 않았다면, 입법자는 위와 같은 기본권제한원리를 준수하였다고 할 수 없다.

(2) 한편, 헌법 제39조는 모든 국민에게 국방의 의무를 부과함과 동시에 국가안보의 현실적 여건과 국가존립에 필요한 국방력의 정도를 종합적으로 고려하여 국방의무를 구체화할 권한과 책임을 원칙적으로 입법자에게 부여하고 있다. 특히 국방관련제도 중에서도 징집대상자의 범위는 급변하는 국내의 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 ‘최적의 전투력’을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 하는 사항으로서 본질적으로 입법자에게 광범위한 입법형성권이 부여되어 있다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 710 참조). 그러나 ‘국방’에 간접적·추상적으로라도 관계된다 하여 언제나 이와 같은 입법형성권이 인정되는 것은 아니다.

뒤에서 살펴보는 바와 같이 양심적 병역거부자들이 계속되는 처벌 및 불이익을 감수하면서도 오랜 기간 병역을 거부하여온 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 그들의 집총병력형성의무 이행확보 보다는 주로 양심적 병역거부의 인정에 따른 형평문제와 부정적 파급효과를 해결하는 기능을 수행해왔다고 할 수 있다. 이러한 상황에서 우리가 갈등의 해결을 국방력이 약화되거나 병역부담의 평등이 훼손되어도 양심을 보호하는 편을 선택하는 것에 두자는 것이 결코 아니다. 예외인정으로 인한 형평문제와 부정적 파급효과의 문제를 해결하면서 동시에 양심적 병역거부자들의 양심보호를 실현할 수 있는 대안을 찾는 것이다. 이러한 대안의 모색은 징집대상자 범위나 구성의 합리성과 같이 본질적으로 매우 광범위한 입법형성권이 인정되는 국방의 전형적 영역에 속하는 것은 아니다. 따라서 이 사건 법률조항과 관련된 대안의 모색이 국방과 관련되어 있다는 것만으로 그에 대한 입법자의 재량이 위와 같이 광범위하다고는 볼 수 없다.

(3) 양심적 병역거부는 여호와의 증인 신도를 중심으로 반세기 동안 줄곧 문제가 되어 왔고, 이들이 징역형에 의한 처벌을 비롯하여 많은 불이익을 내내 감수하면서도 양심을 고수하려 하였다. 그리하여 이들이 가진 양심이 결코 포기될 수 없는 진지하고도 강력한 마음의 명령이라는 사실이 더 이상 논란되기 어려운 상황이므로, 헌법상 병역의무와의 갈등상황은 심각한 상태라 아니 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항의 위헌여부는 국방의 의무를 전제로 입영대상자들에게 일반적으로 적용되는 이 사건 법률조항에 대해 양심실현의 자유를 이

유로 한 예외를 인정하더라도 국방에 지장이 없는지, 대안으로 논의되는 대체 복무제가 부정적 파급효과를 방지하고 평등문제를 해소할 적절한 대안인지 여부와 이러한 사항들이 모두 인정됨에도 불구하고 입법자가 이를 위한 최소한의 노력도 기울이지 않았는지 여부에 의하여 결정될 것이다.

다. 양심적 병역거부에 대한 올바른 이해

(1) 양심적 병역거부자들의 이념이 객관적으로 정의에 부합하는지, 사상적·인격적 완성도를 갖추고 있는지 여부는 판단대상이 되지 않는다. 그러나 양심적 병역거부가 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망과 결단을 기반으로 하고 있음을 부인할 수는 없다. 개인 차원에서든 국가 차원에서든 사유를 불문하고 일체의 살상을 거부하는 사상은 역사상 꾸준히 나타났으며, 비폭력, 불살생, 평화주의 등으로 나타나는 평화에 대한 이상은 그 실현가능성 여부에 불구하고 인류가 오랫동안 추구하고 존중해온 것이다. 우리 헌법 역시 전문에서 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함”을 선언하여 이러한 이념의 일단을 표현하고 있다. 세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정해왔고 국제기구들에서도 끊임없이 각종 결의와 결정을 통해 그 보호필요성을 확인해온 것은 이 문제가 위와 같은 인류 보편의 이상과 연계되어 있음을 시사한다.

그런 의미에서 양심적 병역거부자들의 병역거부를 군복무의 고역을 피하기 위한 것이거나 국가공동체에 대한 기본의무는 이행하지 않으면서 무임승차식으로 보호만 바라는 것으로 볼 수는 없다. 그들은 공동체의 일원으로서 납세 등 각종의무를 성실히 수행해야함을 부정하지 않고, 집총병역의무는 도저히 이행할 수 없으나 그 대신 병역의무 못지않게 어려운 다른 봉사방법을 마련해달라고 간청하고 있다.

이를 ‘양심적’ 병역거부라 칭하는 것에 대하여 그렇다면 “군대에 간 사람은 비양심적이고 거부하는 사람은 양심적인가”라는 의문도 제기된다. 그러나 여기서 양심적이란 도덕적으로 정당하다는 평가를 포함하는 것이 아니라 단지 개인이 그 자신의 거역할 수 없는 마음의 명령으로 인해 병역거부에 이르렀다는 것을 의미할 뿐인 것이므로 국방의 의무의 신성함과, 나라와 가족을 지키기 위하여 기꺼이 병역의무를 이행하는 대다수 국민들의 정신과 노고를 평가절하 하는 의미로 받아들일 것이 아니다.

(2) 이와 같이 양심적 병역거부가 국가공동체에 대한 의무를 회피하기 위하여 이루어지는 것이 아님에도 불구하고 병역기피의 형사처벌로 인하여 이

들이 감수하여야 하는 불이익은 심대하다.

우선 양심적 병역거부자들은 대부분 최소 1년 6월 이상의 징역형을 선고 받으며 형집행이 종료된 이후에도 일정기간 공무원으로 임용될 수 없다(국가공무원법 제33조 제1항 제3호, 지방공무원법 제31조 제3호). 또한 병역기 피자로 간주되어 공무원 또는 일반 기업의 임·직원으로 근무하고 있었던 경우에는 해직되어 직장을 잃게 되므로(병역법 제76조 제1항, 제93조 제1항) 석방된 후 새로운 일자리를 찾아야 하고 이전에 취득하였던 각종 관허업의 특허·허가·인가·면허 등도 모두 상실한다(같은 법 제76조 제2항). 이러한 법적인 불이익과는 별도로 이후 사회생활에서 징역형을 선고받은 전과자로서 받는 여러 가지 유·무형의 냉대와 취업곤란을 포함한 불이익 역시 감수하여야 한다.

특히 병역거부에 대한 종교와 신념을 가족들이 공유하고 있는 많은 경우 부자가 대를 이어 또는 형제들이 차례로 처벌받게 되고 이에 따라 다른 가족 구성원에게 더 큰 불행을 안겨준다. 실제로 아버지가 과거 양심적 병역거부로 4년의 수감생활을 한 이후 두 아들이 같은 이유로 수감생활을 하고 셋째 아들도 같은 이유로 처벌을 받을 것이 예정되어 있는 경우도 있고 네 형제가 모두 양심적 병역거부자로서 차례로 2년 또는 1년 6월의 징역형으로 처벌받은 경우도 있다.

실로 섬뜩하기까지 하는 이러한 사례는 무엇을 의미하는 것일까. 형벌과 사회생활에서의 막대한 피해를 감수하면서도 보존하려는 이들의 양심의 무게는 과연 어느 정도일까. 우리는 혹 이들의 질실한 양심을 가볍게 치부하거나 편견을 가지고 있는 것은 아닌가.

라. 대체복무제의 필요성과 가능성

우리는 양심의 자유가 정신적 자유권 중에서도 기본적인 중요한 권리이며 양심실현의 자유도 경시되어서는 안된다는 점, 양심적 병역거부를 둘러싼 현행법과 양심과의 갈등의 심각성, 이를 둘러싼 국내외의 축적된 논의와 경험, 이 문제에 관한 입법자의 재량정도에 비추어 볼 때, 입법자에게 대안의 마련 등으로 양심의 자유와 병역의무의 평등한 이행 등의 갈등관계를 해소하여 조화를 도모할 수 있는 방안을 모색할 의무가 생겼으며 현실적으로 그 이행도 충분히 가능하다고 본다.

(1) 우선 양심적 병역거부자들이 현역집중병역에 종사하는지 여부 그 자체가 전체 국방력에 미치는 영향에 대해 살펴본다.

병무청이 제출한 자료에 의하면, 형사처벌을 감수한 양심적 병역거부자는 1992년부터 2000년까지는 매년 약 400명, 2001년부터 2003년까지는 매년 약 600명으로 나타난다. 이들의 대부분은 여호와의 증인 신도들이다. 또 2001년부터 2003년까지 사이에 불교신자 또는 평화주의 등에 의한 병역거부자로서 입영을 거부하여 재판을 받았거나 받고 있는 사람의 수는 모두 10명 미만으로 나타난다. 한편, 현역병으로 병역처분이 되는 인원은 매년 약 30만 내지 35만 명이고, 2003. 1. 1.을 기준으로 제1국민역에 편입된 인원은 약 35만 명이며, 신체검사결과 단기적으로 부족한 병력을 충당할 대상인 보충역으로 병역처분이 되는 인원은 매년 약 4만 명, 공익근무요원으로 입영하는 인원은 매년 약 3만 명으로 나타난다. 따라서 수(數)의 면에서 양심적 병역거부자가 차지하는 비율은 병력이나 전투력의 감소를 논할 정도라고 볼 수 없다.

또한 이들이 병역법이나 균형법 제정이래 반세기 동안 형사처벌 및 이에 뒤따르는 유·무형의 막대한 불이익을 겪으면서도 꾸준히 입영이나 징총을 거부하여왔다는 사실은 형사처벌이 양심적 병역거부에 관한 한, 특별예방효과나 일반예방효과를 기대할 수 없음을 실증적으로 뒷받침해준다. 그렇다면 양심적 병역거부자들에 대한 형사처벌이 이들 또는 장래의 잠재적인 양심적 병역거부자들의 의무이행을 확보하기 위해 필요한 수단이라고 보기는 어렵다.

(2) 그러므로 입법자가 양심적 병역거부자에 대한 예외인정과 관련하여 우려할 것이 있다면 병역의무의 형평문제일 것이다. 이들에 대한 예외를 인정하면, 국방의무의 평등한 이행확보가 어려울 수 있고, 그 파급효과로 전체적인 병역제도가 신뢰를 잃고 양심적 병역거부를 방자한 병역기피자들이 증가하여 국민개병제를 바탕으로 한 전체 병역제도의 실효성이 훼손될 수 있다는 우려가 있기 때문이다. 일반적인 병역기피풍조를 방지한다는 의미에서의 일반예방적 차원에서 양심적 병역거부자들에 대하여 이 사건 법률조항과 같은 형사처벌이 필요하다는 주장 역시 위와 같은 우려를 배경으로 하고 있다.

우리의 안보상황, 병역의무이행이 개인에게 요구하는 부담의 막대함, 병역비리문제, 병영시설과 군대문화 등 군 복지에 관련된 문제 등으로부터 비롯된 평등한 병역의무이행에 대한 강한 요구와 좀처럼 끊이지 않는 병역기피풍조가 우리사회에 확산되어 있음을 고려할 때, 향후 위와 같은 문제들이 심각한 양상으로 나타날 수 있다는 우려에는 상당한 이유가 있는 것이 사실이다.

그러나 이는 무엇보다도 병역의무의 평등한 이행, 병역기피증가 등의 문제에 직면하여 입법자가 이론적, 현실적으로 해결해나갈 방법을 찾아내기가 대

단히 어려울 것이라는 예측을 전제로 하는 것인데, 이러한 예측은 대안에 대한 진지하고도 충분한 검토를 거쳐 나온 것이 아니다. 양심보호와 형평문제를 동시에 해결할 수 있는 대안은 이론적으로 가능하며, 이미 상당한 기간 동안 세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정하면서도 이러한 문제들을 효과적으로 해결하여 징병제를 유지해오고 있다는 사실은 그것이 실제로도 가능하다는 사실을 강력히 시사한다.

(가) 우선 국방의무의 평등한 이행을 확보하는 문제에 관하여 살펴본다.

모든 국민이 국가의 구성원으로서 평등하게 국토방위에 참여할 의무를 부담하는 것은 우리 국방제도의 핵심이며 국가공동체를 유지하고 국민을 하나로 결집시켜온 중요한 요소이다. 이러한 점에서 양심적 병역거부자에 대하여 병역의무를 면제할 경우 필연적으로 수반될 국방의무이행의 불평등은 심각한 의미를 지니며, 이는 또 다른 헌법위반문제를 제기할 것이다.

그러나 국방의 의무는 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 집총병력형성의무에 한정되는 것이 아니므로(헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 860-861 참조) 국방의무이행의 형평성은 반드시 이 사건 법률조항에 의한 의무이행의 강제와 처벌에 의하여만 달성될 수 있는 것은 아니다. 그러므로 그들에게 현역복무이행의 기간과 부담 등을 총체적으로 고려하여 이와 유사하거나 그보다 높은 정도의 의무를 부과한다면, 국방의무이행의 형평성회복이 가능하며, 부당한 특혜를 준다는 논란도 불식할 수 있다.

그 의무의 내용에 대해서는 다양한 방안을 강구할 수 있다. 예를 들어 독일, 덴마크, 프랑스, 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 브라질, 대만 등 세계의 많은 나라들은 상당한 기간 동안 양심적 병역거부자들로 하여금 군에서의 비전투복무 또는 민간에서의 대체복무에 종사하도록 함으로써 병역의무이행의 형평성문제를 해결하고 징병제를 별 문제없이 유지하여 왔다. 이들 국가는 대체로 구제활동, 환자수송, 소방업무, 장애인을 위한 봉사, 환경미화, 농업, 난민보호, 청소년보호센터 근무, 문화유산의 유지 및 보호, 감옥 및 갯생기관 근무 등을 민간에서의 대체복무로 이용하고 있다.

현행법에서도 조금만 제도를 변경하면 충분히 대안이 될만한 것들을 찾아볼 수 있다. 예를 들어 입법지는 입영을 거부하지 않으나 집총을 거부하는 양심적 병역거부자들을 위하여 이들이 집총 또는 전투와 직접적 관련이 없는 업무를 담당할 수 있도록 제도적 장치를 마련할 수도 있고, 현행 보충역제도를 일부 변경하여 양심적 병역거부자들에게 적용되도록 할 수도 있다.

특히 양심적 병역거부자들로 하여금 국가·공공단체 또는 사회복지시설의 공익목적에 필요한 지원업무를 수행하도록 하거나 전문적인 지식과 능력을 가진 자들의 경우 이를 활용하여 공익을 위해 복무하도록 한다면, 현역집중복무를 강요하여 형사처벌을 받게 하는 것보다 넓은 의미의 안보에 실질적으로 더 유익한 효과를 거둘 수 있는 점을 유의하여야 한다. 병역법이 신체검사결과 현역병근무가 가능한 자들임에도 불구하고 공익목적 지원업무나 문화창달과 국위선양을 위한 예술·체육분야 및 개발도상국가 지원업무에 종사하는 공익근무요원제도(제26조 제1항)를 둔 것이나 보충역에 편입되어 공중보건의사나 국제협력의사, 공익법무관 등으로 복무할 수 있는 제도를 둔 것 역시 바로 이러한 점을 고려한 것으로 볼 수 있다.

다만, 현재 보충역의 경우 최대 60일(통상 30일)의 범위에서 군사교육을 받아야 하고(병역법 제55조 제1항, 시행령 제108조) 복무를 마친 이후에도 전시·사변 또는 동원령이 선포되면 부대편성이나 작전수요를 위한 병력동원소집의 대상이 되며, 이를 위해 연간 30일 이내의 병력동원소집훈련을 받아야 하므로(병역법 제44조, 제49조) 양심적 병역거부자들에게 이와 같은 의무들을 부과하지 않는다면, 의무의 등가성의 면에서 문제가 될 수 있다. 그러나 군사훈련 대신 일정한 기간 외국의 대체복무제도에서 볼 수 있는 체력훈련을 하도록 하고 복무기간을 병력동원소집훈련기간을 감안하여 현역복무기간보다 길게 정한다면, 이러한 문제 역시 해결이 가능하다.

(나) 다음으로 병역기피자들의 증가로 국민개병제를 바탕으로 한 전체 병역제도에 미칠 부정적인 파급효과에 대해 살펴본다.

병무행정의 공정성확보를 위한 끊임없는 노력에도 불구하고 병역비리와 병역기피풍조가 근절되지 않는 현재의 상황은 양심적 병역거부를 인정하는 것이 곧 또 다른 형태의 병역비리 또는 기피의 요인을 제공하게 될 것이라는 예측에 강력한 근거를 제공하고 있고, 이에 국민의 상당수가 공감을 표시하고 있는 것도 사실이다.

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 대체복무제를 운영하고 있는 많은 다른 나라들의 경험에서 보듯이 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 않은 자를 가려내는 것이 가능하다.

무엇보다 현역복무와 이를 대체하는 복무의 등가성을 확보하여 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면, 이 문제를 효과적으로 해결할 수 있다. 양심적 병역거부를 빙자하여 현역집중복무를 기피하려 한다면, 이는 대체적인 업무에

복무하는 것이 개인적으로 이익이 된다고 판단하기 때문일 것이므로 대체복무의 부담과 어려움이 커질수록 병역기피자는 줄어들 수밖에 없다. 결국 부담의 등가성확보가 국방의무의 형평성보장과 함께 병역기피문제를 해결하는 궁극적인 방법이 될 수 있다. 더불어 병영시설 등 군에 대한 처우와 복지의 개선이 이러한 조치들과 함께 병행되어야 함은 물론인데, 실제로 대체복무를 실시한 나라에서는 군의 복지도 아울러 개선되는 효과를 거두었다고 한다.

물론 대체복무의 기간이나 고역의 정도가 과도하여 양심적 병역거부자라 하더라도 도저히 이를 선택하기 어렵게 함으로써 대체복무제도가 유명무실하게 되거나 또 다른 헌법위반문제가 발생할 수도 있으나, 이는 대체복무내용 자체의 비합리성문제로 귀결되는 것뿐이지, 이로부터 현역집총복무를 대신하여 다른 유형의 복무를 선택할 수 있도록 하는 것 자체가 비합리적이거나 이 사건 법률조항에 의한 현역집총복무의 일률적 강제가 합리적이라는 결론이 도출될 수 있는 것은 아니다.

이와 같이 병역의무의 형평과 병역기피의 급증 등 양심적 병역거부자들의 현역입영면제로부터 발생할 수 있는 문제에 대응해 나아갈 방법이 존재한다면, 그 시행과정에서 해결해야 할 현실적인 어려움이 있다 하더라도 양심에 따라 병역을 기피한 자들에게 현역집총복무를 강요하기 위하여 징역형으로 처벌할 필요성이 반드시 있다고 보기는 어렵다.

(3) 양심적 병역거부는 국제법규 측면에서도 인정할 필요성이 높다.

1966년 국제연합(UN)에서 채택한 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)’ 제18조는 사상, 양심 그리고 종교의 자유를 보장하고 있고, 1993년 국제연합인권이사회(Human Rights Committee)는 사상, 양심 그리고 종교의 자유에 관한 일반의견 제22호(General Comment No. 22)에서 “치명적인 무력을 사용할 의무는 양심의 자유와 자신의 종교 혹은 믿음을 표현하는 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로 양심적 병역거부권이 위 제18조 규정에서 도출될 수 있는 것으로 본다.”고 하였다.

국제연합인권위원회(Commission of Human Rights)도 반복된 결의를 통하여 같은 입장을 밝혔다. 예를 들면 위 위원회는 1987년 결의 제46호에서 “일반적인 양심적 병역거부권을 인정한다.”고 명시하였고, 1993년 결의 제84호에서 양심적 병역거부자들에 대한 처벌금지와 함께 “대체복무는 비전투 또는 민간복무의 형태로서 공공의 이익을 위한 것이어야 하고 형벌적인 성격을 가

저서는 안된다.”고 하였다. 또한 1998년 결의 제77호에서 양심적 병역거부권을 재차 확인하면서 군복무 중인 자에게도 인정됨을 선언하고, 대체복무제도의 도입과 함께 양심적 병역거부자의 주장에 대하여 판단할 독립적이고 공정한 결정기관의 설립, 이들에 대한 구금 및 반복적 형벌부과 금지, 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등에서의 차별금지, 양심적 병역거부로 인하여 박해를 피해 자국을 떠난 사람들을 난민으로서 보호할 것 등을 각 국에 요청하였다.

우리나라는 1990년에 위 규약에 제18조에 대한 아무런 유보 없이 가입하였고, 1991년에 국제연합회원국이 되었으며, 2004년의 결의를 포함하여 양심적 병역거부권을 인정하여야 한다는 인권위원회의 최근 결의들에 직접 동참하기도 하였다. 양심적 병역거부권을 이미 많은 나라에서 인정하고 있고 우리나라와 같이 양심적 병역거부로 많은 사람이 처벌된 국가는 드물다는 사실 뿐 아니라, 우리의 법률과 관행이 위와 같은 국제법규와도 도저히 조화될 수 없음에 비추어 보더라도 더 이상 이 문제를 외면하거나 미룰 수 없으며 대안을 적극적으로 모색할 필요성이 있다.

(4) 그럼에도 불구하고 우리 병역제도와 이 사건 법률조항을 살펴보면, 입법자가 이러한 사정을 감안하여 양심적 병역거부자들에 대하여 어떠한 최소한의 고려라도 한 흔적을 찾아볼 수 없다.

현행 병역법상 인정되는 보충역의 경우, 신체등위의 판정과 전문적인 지식 및 능력을 기준으로 분류가 되므로 양심상의 사유로 인한 보충역은 존재하지 않으며, 양심적 병역거부자 중 신체등위 등의 기준에 따라 보충역으로 분류된 자라 하더라도 병역법상 60일 이내의 ‘군사교육’을 받아야 하고 복무후에도 병력동원소집훈련을 받아야 하므로 집총을 거부하는 양심적 병역거부자들로서는 받아들이기 어렵다.

현역병의 경우 국방부나 관할 군부대장의 재량에 의하여 집총훈련으로부터 면제하고 의무병과 같은 업무에 복무시킬 가능성도 있지만, 국방부나 관할 군부대장에게 과연 이와 같은 재량이 있는지 의문이며 일관되고 통일적인 체계와 규율을 필요로 하는 군사조직에서 이러한 개별적인 재량행사를 인정하는 것이 바람직한지도 의문이다. 또한 재판기관이 이 사건 법률조항을 적용할 때 양심적 병역거부자들의 상황을 고려하여 탄력적으로 적용하는 것이 현행법상 가능하다 하더라도 이는 양심보호조치로서 마련되어 있는 것은 아니고 한편 지금까지 이들에 대하여 이루어져 왔던 현역집총복무의 강제와 처벌의 관행

에 비추어 볼 때, 어느 날 갑자기 또는 집행 또는 재판기관이 이들을 고려한 조치를 취할 것으로 기대하기는 어렵다(대법원 2004. 7. 15. 2004도2965 판결 참조).

무엇보다도 입법적 해결 없이 개별집행 또는 재판기관의 재량과 판단에 맡기기만 해서는 공정하고 객관적이며 일관된 조치를 기대할 수 없다. 이와 같은 방식은 또 다른 병역비리나 불평등의 논란을 낳을 것이며 양심보호의 측면에서도 미흡할 수밖에 없어 근본적 해결책이 될 수가 없다. 양심적 병역거부를 인정하는 국가들에서 이를 위한 상세한 입법을 하고 있는 것이나, 국제연합인권위원회의 결의에서 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한지 여부를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 의사결정기관을 마련하여야 한다고 명시한 것(1993년 제84호 결의, 1998년 제77호 결의)은 이 점에서 주목할 만하다.

그러므로 현행법상 법적용기관에 의한 양심보호조치를 가능케 하는 요소들이 존재하거나 국가법체계 전체의 관점에서 최소한의 조정적 조치가 마련되어 있다고 볼 여지는 없다고 본다.

마. 결 론

다수결을 기본으로 하는 민주주의 의사결정구조에서 다수와 달리 생각하는 이른바 ‘소수자’들의 소리에 귀를 기울이고 이를 반영하는 것은 우리 헌법의 기본 이념인 개인의 불가침의 기본적 인권보장과 민주적 기본질서확립에 있어 핵심적인 요소이다. 더불어, 사회의 다수와 구별되는 소수자인 양심적 병역거부자들의 신념을 존중하고 가능한 한 수용하는 것은 우리 사회를 보다 성숙되고 발전된 방향으로 나아가게 하는 길이 될 것으로 믿는다.

우리는 이상에서 살펴본 바와 같이 입법자가 이 사건 법률조항에 의해 구체화된 병역의무의 이행을 강제하면서 사회적 소수자인 양심적 병역거부자들의 양심의 자유와의 심각하고도 오랜 갈등관계를 해소하여 조화를 도모할 최소한의 노력도 하지 않고 있다고 판단하므로 이들에게도 일률적으로 입영을 강제하고 형사처벌을 하는 범위에서는 이 사건 법률조항이 위헌임을 면치 못한다고 생각한다.

6. 재판관 권 성의 별개의견

나는 주문 기재의 병역법 제88조 제1항 제1호가 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견의 결론에는 찬성하지만 그 이유의 구성에 있어서는 일부 달리 생각하는 바가 있어 다음과 같이 그 내용을 밝힌다.

가. 이 사건 법률규정의 위헌 여부에 접근하는 길은 두가지로 생각할 수 있다. 첫째는 소위 민간대체복무의 가능성을 입법하지 않은 부작위의 위헌성을 논증하고 이로부터, 민간대체복무로의 전환 가능성을 봉쇄한 채 입영기피를 처벌하는 이 사건 법률규정 또한 위헌임을 면할 수 없다는 결론을 도출하는 방식이고 둘째는 이른바 집총을 거부하라는 양심의 명령에 따르기 위하여 입영을 기피하는 것은 입영기피의 '정당한 사유'에 해당하지 않는다는 법원의 누적된 해석을 전제로 하여 그와 같은 해석이 제공하는 의미를 갖는 이 사건 법률규정이 양심의 자유 등을 침해하여 위헌이라고 논증하는 방식이다.

(1) 우선 첫째 방식이 적절한 것인지에 대하여 본다.

이 사건 법률규정은 입영기피자에 대한 처벌조항일 뿐이고 현역입영의무 자체가 이 사건 법률조항에 의하여 부과되는 것이 아니다. 현역입영의무는 병역법 제3조(병역의무), 제5조(병역의 종류), 제16조(현역병입영) 그리고 시행령 제21조(현역병입영통지서의 송달등)에 의하여 부과된다. 그러므로 현역입영의무는 현역입영통지서의 송달과 동시에 발생하고 그 입영의무를 불이행한 때 그 처벌을 위하여 적용되는 것이 이 사건 법률규정이다. 따라서 민간대체복무 허용규정의 존재를 가정한다면 이 규정은 현역입영의무의 발생전에, 즉 입영통지서의 발송전에, 당사자의 신청, 심사와 판정 등을 거쳐 그 적용이 있게 되어야 한다. 왜냐하면 현역병과 민간인은 그 신분이 서로 상이하고 또한 현역병의 복무내용(병역법 제18조 참조)과 민간대체복무의 내용은 본질적으로 서로 상이하게 될 것이므로 현역으로 입영한 사람에게, 그리하여 현역병으로 복무할 사람에게, 민간대체복무를 시킬 수는 없기 때문이다. 만일 현역입영의무 발생후에 민간대체복무로의 전환을 허용하는 규정을 두어야 한다는 것이라면 이는 이미 성립한 입영의무를 사후적으로 소멸시키는 것이므로 이것은 민간대체복무를 허용하여야 할 사유를 '입영에 불응할 정당한 사유'로 인정하는 것과 실제로는 동일하고 이렇게 되면 이것은 위에서 본 둘째의 접근방식에 해당한다. 현역으로 일단 입영한 뒤에 민간대체복무로의 전환을 허용하는 규정을 만일 두어야 한다는 것이라면 이 규정은 입영 자체에 불응한 자를 처벌하는 이 사건 법률규정과는 아무런 관계가 없게 되므로 이는 논의의 문제가 된다.

이러한 관점에서 본다면 민간대체복무를 허용하는 규정을 두기로 만일 한다면 이 규정은 그 성질상 현역입영의무 발생 이전의 병역의무부과의 단계에서 그에 대한 예외적인 조치로 규정하여야 할 성질의 것이다. 따라서 민간대

체복무를 허용하는 입법을 하지 않은 것의 위헌성이 설혹 인정된다고 하더라도 그 위헌성은 일률적인 병역의무부과에 관한 규정(즉 병역법 제3조, 제5조 또는 제16조)의 위헌성을 결과할 수는 있어도 이미 성립된 현역입영의무불이행에 대한 처벌규정(즉 이 사건 법률규정)의 위헌성을 도출할 수는 없다.

그렇다면 위에서 본 첫째의 접근방식으로 이 사건 법률규정의 위헌성 여부를 논증하는 것(때), 즉 민간대체복무의 허용가능성을 입법하지 않은 부작위의 위헌성 여부로 이 사건 법률규정의 위헌성 여부를 논증하는 것은(완), 이 사건 법률규정에 대하여 그와 논리적으로 인과관계가 없는 사항을 들어 논란하는 것이어서 적절치 아니하다. 이 점을 먼저 지적하는 재판관 이상경의 별개의견을 나는 지지하고 이 점을 간과한 다수의견에 반대한다.

(2) 다음으로 위에서 본 둘째의 접근방식에 대하여 본다.

법원의 누적된 판례에 의하면 “이른바 집총을 거부하라는 양심의 명령에 따르기 위하여 입영을 기피하는 것”은 이 사건 법률규정 소정의 입영기피의 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다는 것이므로 이 사건 법률규정은 이러한 의미를 이미 확정적으로 가지고 있는 것으로 취급하여야 한다. 그런데 이러한 의미의 이 사건 법률규정이 과연 청구인의 종교의 자유나 양심의 자유를 침해하는 것인지에 대하여는, 즉 위에서 말한 둘째의 접근방식에 대하여는, 아래와 같이 부정적인 의견을 갖고 있는바 이에 대하여는 항을 바꾸어 검토한다.

나. 종교의 자유에 대한 침해 여부

(1) 양심과 종교의 구별

양심은 인간으로 하여금 윤리적, 도덕적으로 사유, 판단하고 그렇게 행동하도록 시키는 인간의 마음을 가리킨다. 그러므로 양심은 인간의 내부에 존재하면서 인간을 윤리적, 도덕적 존재로 만드는 주체이고 이것은 인간의 존엄성을 지탱하는 기축(基軸)이 된다. 한편 신(神)과 피안(彼岸)에 대한 내적 확신¹⁾을 의미하는 종교는 인간의 의식이 전하는 신의 가르침으로서 신의 소리이다. 그러므로 양심을 인간의 마음 스스로의 소리라고 한다면 종교는 인간의 의식이 전하는 신의 소리라고 할 수 있다. 궁극적으로 양자가 일치하는 존재라고 볼

1) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2003, 신3판, 378, 388, 389면; 권영성, 헌법학개론, 법문사, 신판(98년판) 329면; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2004, 제16전정신판, 652면; 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2002, 보정판, 305면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 제4판, 343면

것인지 여부는 보다 높은 차원의 별개의 문제이고 일응 현상계의 문제로서는 양자가 위와 같이 그 범주를 달리 하여 구별되는 것으로 파악하는 것이 합리적인 논의의 출발점이 된다. 이러한 구별은 양심의 자유, 종교의 자유 그리고 학문과 예술의 자유를 따로 구별하여 규정하고 있는 우리 헌법의 취지에도 부합한다.²⁾

양심의 소산(所産)으로서의 신념과 종교의 소산(所産)으로서의 신념은 많은 경우 결과에 있어서 일치하는 것을 볼 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 양자를 동일한 것으로 볼 것은 아니다. 왜냐하면 양자는 분명 그 출신이 다르기 때문이다.

이 사건에 있어서 청구인이 주장하는 바를 사실관계에 비추어 분석하여 보면 이는 청구인이 신앙하는 여호와의 증인이라는 종교에서 비롯된 종교상의 신념에 해당한다(청구인 제출의 위헌법률심판제청신청서 제1면 1. 사건의 개요란에 의하면 청구인은 여호와의 증인으로서의 신앙생활을 통하여 형성된 투철한 종교적 양심에 따라 소집에 응하지 아니하였다고 주장한다). 청구인의 주장은 그 내저(內低)에 있어서 분명히 신의 소리, 신의 가르침을 그 출발점으로 하고 있는 것이다.

다수의견은 이 사건에 있어서의 문제를 종교상의 문제인 동시에 양심상의 문제로 파악하고 보다 포괄적인 논의를 위하여 양심의 자유를 중심으로 검토를 한다고 설시한다. 그러나 앞에서 설명한 바와 같이 양심의 소산과 종교의 소산이 비록 동일한 외형을 보이고 있다 하더라도 그 내저에 있어서 그 기초하는 바의 연원(淵源)이 다른 이상 양자를 같이 볼 것은 아니다.

(2) 이러한 관점에서 과연 이 사건 법률조항이 종교의 자유를 침해하는가 하는 문제에 관하여 먼저 본다.

(가) 우선 청구인이 집총을 거부하는 것이 종교상의 신념 내지 종교의 교리로서 과연 올바른 것인지 여부는 따질 일이 못된다. 무소불능(無所不能), 무소부지(無所不知)의 완전한 존재임을 전제로 하는 신의 가르침에 대하여 유한의 불완전한 존재인 인간이 그 내용의 당부를 따진다는 것은 적절치 않기 때문이다. 이 문제에 대한 국가불개입의 원칙은 역사의 교훈을 받아들인 인류의 지혜를 반영한다. 이러한 의미에 있어서는 헌법상의 종교의 자유는 절

2) 허 영, 앞의 책, 378면; 김철수, 앞의 책, 665면; 계획열, 앞의 책, 319면; 권영성, 앞의 책, 334면.

대적인 자유에 속한다.

(나) 그러므로 헌법재판에 있어서 우리가 할 수 있는 일은 종교상의 신념 내지 종교 교리의 내용이 정당한 것인지 여부를 따지는 일은 아니고 오로지 그로 인한 사회적 파장이 헌법질서에 미치는 영향을 현실적으로 수용가능한지 여부를 판단하는 것에 한정된다. 이 문제를 바꾸어 말하면 종교의 교리 내지 종교상의 신념을 표명하는 행위(교리나 신념을 실현하기 위한 행위까지를 포함하는 의미로 사용한다)는 사회적 파장을 결과하는 행위이므로 이는 법률에 의한 규제의 대상이 되고 이러한 규제는 기본권제한의 문제가 되어 헌법 제37조 제2항이 적용되게 된다.

헌법 제37조 제2항 소정의 국가안전보장상의 필요와 헌법 제39조 소정의 국방의 의무와의 관계에 대하여는 뒤에서 양심의 자유를 논의할 때 검토하는 바와 같다.

(다) 이러한 논리의 맥락에 따라 이 사건 법률조항이 청구인의 종교의 자유를 침해하는지 여부를 검토하여 보면 침략전쟁을 부인하는 우리 헌법(제5조 제1항) 아래에서 국가의 안전보장과 국토방위를 위한 집총까지를 거부하는 것은 그 사회적 파장을 우리 헌법질서에서 수용하기 어렵다.

우리나라의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 징총거부를 허용하고 그 대안을 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 징총거부를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없기 때문이다.

징총거부를 허용하기 위해서는 최소한 남북한 사이에서만이라도 평화공존 관계가 정착되어야 하고 장기적으로는 부국강병이 필요 없는 국제적 안전보장질서가 조성중에 있어야 하는데 현 단계는 그러한 여건의 충족을 낙관하기 어려운 상황이므로 종교상의 이유에 의한 징총거부를 입영기피의 정당한 사유의 하나로 삼지 아니한 입법자의 판단(및 법원의 누적된 해석)이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 소위 종교상의 신념에 따른 징총거부를 입영기피의 정당한 사유의 하나로 보지 않는 것은 국가안전보장상의 필요에 따른 것이므로 청구인의 종교의 자유를 침해하는 것이 아니고 따라서 헌법에 위반되지 않는다.

다. 양심 자유의 문제

청구인의 징총거부가 신의 소리에 응한 것이 아니고 그 자신의 양심의 소

리에 응한 것이라고 가정할 때의 문제를 마저 검토한다.

(1) 종교상의 신념이나 교리가 신의 소리라고 한다면 양심의 소리는 인간의 소리로서 이것은 인간의 존엄성에 부합하는 윤리적 결단의 표명이다.

신의 소리에 대하여 인간이 그 내용의 당부를 따질 수는 없고 단지 그 사회적 파장의 현실적 수용가능 여부가 기본권제한의 문제로서 헌법적 판단의 대상이 된다는 점은 앞에서 이미 언급한 바이다.

이에 반하여 양심의 소리는 인간의 소리이므로 그 내용의 당부 즉, 그 정당성 유무를 당연히 따질 수 있는 것이다. 물론 양심의 소리가 내심에 머물러 있는 단계라면 그 표명을 강요할 수 없다는 의미에서 절대적 자유로 보장되어 비판에서 제외되지만 일단 표명되어 공개되면 비판에서 면제될 수 없다. 표명된 양심은 이미 자기만의 것이 아니고 자타(自他)가 사회적으로 관계하는 객관적 존재가 되므로 비판의 대상이 된다. 종교의 소리가 신의 또 다른 이름으로 비판되는 것 이외에 인간의 소리로는 비판될 수 없다고 하는 것과는 다르다.

(2) 양심의 소리를 표현하는 방법에는 제한이 없다. 언어적 표현 이외에 행동에 의한 표현도 가능하다. 또한 표현은 점수적 궁리(漸修的 窮理)의 발현일 수도 있고 돈오적 즉발(頓悟的 卽發)일 수도 있을 것이다.

결국 양심실현의 행위는 양심 표현의 한 태양으로서 자타(自他)가 사회적으로 관계를 맺는 객관적 존재가 되므로 양심실현의 자유는 비판의 대상이 될 수 있다.

(3) 비판의 기준은 무엇인가. 그것은 보편타당성이다.

양심의 소리는 인간의 존엄성에 부합하는 윤리적 결단의 소산이므로 인간의 존엄성에 부합하여야 하고 따라서 인간의 이성이 수궁할 수 있는 보편타당성이 있어야 한다. 최소한으로 말한다면 비록 현재는 보편타당성이 인정되지 않는다고 하더라도 그 획득의 가능성은 열려 있어야 한다.

보편타당성의 획득계기는 무엇인가.

학문이나 사상과 달리 양심은 윤리적 결단의 본체이므로 그 보편타당성의 내용은 윤리의 핵심 명제인 인(仁)과 의(義), 이 두가지로 집약된다.

시대와 사람에 따라 접근방식과 표현에 다소의 차이는 있지만 결국은 모든 사람의 본성이 지향하는 선(善)의 구체적인 표지가 인(仁)과 의(義), 이 두가지라는 것을 부인할 수는 없기 때문이다.

인(仁)과 의(義), 이 두가지는 인간을 존엄하게 만들고 인간을 윤리적 존재

로 만드는 소이연이다. 그러므로 인(仁)하고 의(義)로운 행위는 보편타당성을 획득하고 그렇지 못한 행위는 보편타당성을 획득할 가능성이 없다고 보아야 한다. [仁和義의 이 사건에서의 의미는 뒤의 (6)부분 참조]

양심의 소리가 보편타당성이 있는 것이면 그 양심의 소리는 절대적으로 보호되어야 한다. 절대적 보호의 대상이라는 점에서 헌법 제37조 제2항이 적용될 수 없다. 그러므로 양심의 소리가 보편타당성이 있는 것이라면 그 사회적 파장이 비록 현재의 실정법질서에서 곧바로 수용하기 어려운 것이라 하더라도 헌법 제37조 제2항을 적용하여 이를 규제할 수는 없다. 이러한 의미에서 보편타당성은 양심의 자유의 내재적 한계가 된다고 말하여도 좋을 것이다.

그러나 양심의 소리가 보편타당성이 없는 경우에는 문제가 다르다. 우선 이 경우에 그 사회적 파장이 별로 문제될 것이 없는 것이라면 비록 그 내용이 부당한 것이라 하더라도 이를 헌법 제37조 제2항을 적용하여 규제할 수는 없다. 이러한 범위의 것은 관용의 대상이 된다고 말하여도 좋을 것이다.

반면 보편타당성이 없는 양심의 소리가 결과하는 사회적 파장이 헌법질서에서 수용하기 어려운 것이라면 헌법 제37조 제2항을 적용하여 법률로 이를 제한할 수 있다.

이렇게 되면 양심의 소리는 다음과 같이 단계별로 구별되어 헌법상의 보호를 받는다. 첫째로 내심적 존재인 경우에는 절대적으로 보호된다. 즉, 헌법 제37조 제2항이 적용될 여지가 없다. 둘째 표현된 양심의 소리가 보편타당성이 있을 때에는 역시 절대적으로 보호된다. 그러므로 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여서도 이를 제한할 수 없다. 즉, 헌법 제37조 제2항이 적용되지 않는다. 셋째 표현된 양심의 소리가 보편타당성이 없을 때에는 헌법 제37조 제2항이 적용된다. 그 결과 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 때에는 이를 제한할 수 있고 그러한 필요가 인정되지 않으면 이를 제한할 수 없게 된다.

양심의 자유에 대한 헌법적 보호를 위와 같이 단계별로 파악하는 것이 양심의 자유의 중요성에 걸맞게 이를 보다 두텁게 보호하는 방법이 된다. 왜냐하면 종래의 견해에 따르면 대체로 내심적 단계에 머무르는 양심만을 절대적으로 보호하는 결과가 되었는데 위에서 본 단계적 보호의 견해에 의하면 내심적 존재인 양심 이외에도 표현된 양심으로서 보편타당성이 있는 것 또한 절대적 보호를 받기 때문이다.

또한 다수의견이 취하는 바와 같이 양심의 자유가 국가에 대하여 소수자의

양심에 대한 관용을 촉구하고 관용을 위한 배려의무를 부과하는 정도의 것이 라면 양심의 자유를 보호한다는 것이 실제로는 별 내용과 의미가 없는 것이 되고만다. 이는 양심의 자유를 가장 중요한 기본권이라고 내세우는 것과는 균형이 맞지 않는다.

그러므로 보편타당성의 유무를 기준으로 하여 양심의 자유에 대한 보호의 두께를 결정하는 것이 합당하다.

보편타당성의 판단은 두 곳에서 행하여진다. 하나는 법원과 헌법재판소이고 다른 하나는 학문의 시장이다. 양자의 판단은 상호존중적이어야 하되 사실상 상호침투적일 수밖에 없다.

(4) 양심의 자유, 사상의 자유 및 학문의 자유 등은 그 뿌리를 모두 인간 내심의 정신적 작용에 두고 있다는 점에서 공통되므로 양심의 자유에 관하여 위에서 논의한 바는 대체로 학문의 자유나 사상의 자유에 대하여도 그대로 타당할 수 있을 것이다.

설명의 방편으로 갈릴레오의 지동설에 대한 중세의 종교재판을 오늘의 헌법재판으로 변안하여 본다면 지동설은 윤리와 도덕의 범주에 속하지 아니하므로 우선 양심의 소리는 아니고 그렇다고 신의 소리를 전하는 것도 아니므로 종교의 문제도 아니다. 이것은 자연과학이라는 학문 및 이에 기초한 철학적 사상의 범주에 속한다. 그렇다면 지동설의 표명은 학문 및 사상의 자유에 속하고, 그 내용이 보편타당하거나 그러한 가능성이 열려 있으면 이는 절대적으로 보호를 받아야 한다. 중세의 종교재판은 지동설과 천동설을 종교의 문제로 본 데서 잘못되었고, 지동설의 보편타당성을 이성으로 검증하지 않고 추상적 독단으로 이를 배격한 데서 또한 잘못되었으며, 피고인을 위협하여 지동설의 부인을 강요한 점에서 더욱 잘못되었다. 당시의 사회일반의 과학에 대한 이해와 재판관들의 소양에 비추어 볼 때, 지동설의 보편타당성을 검증, 확인한다는 것은 사실 매우 어려운 일이 아닐 수 없었다. 이로부터 다음과 같은 역사적 교훈이 도출된다. 양심, 학문, 사상 등의 문제에 관하여 보편타당성을 검증할 때에는 장래에 전개될 수 있는 인간 이성(理性)의 계몽 및 학문의 발전과 사회의 진화를 감안하여, 이를 부정함에 있어서 신중을 요하고 설혹 이를 부정할 경우에도 그것이 장차 보편타당성을 획득하게 될 가능성을 고려하여 그 제재에 있어서는 가능한 한 관대한 입장을 취할 필요가 있다는 것이다. 이 점은 법원의 재판에 있어서 고려될 수 있는 사항의 하나일 것이다.

(5) 헌법상 절대적으로 보호되는 양심의 소리는 위에서 본 것처럼 그 내용

에 보편타당성이 있는 것 내지는 보편타당성의 획득 가능성이 열려 있는 것에 한정된다. 또한 당연한 것이긴 하지만 그 형성과정에서의 진지함이 인정되어야만 한다. 결국 그 형성과정의 진지함과 내용의 보편타당성, 이 두가지가 양심의 소리에 대한 헌법적 보호의 요건이 되는 셈이다.

형성 과정에 문제가 있는 것, 예컨대 정신질환으로 인하여 생긴 것 등은 보호의 대상에서 제외되어야 할 것이다. 또한 형성의 진지함은 양심의 자유와 일반적 행동의 자유와를 구별짓는 한 단서가 된다. 자기 정체성의 표현을 의미하는 고도의 결단, 지행합일의 의미를 갖는 고도의 결단, 희생을 수인하는 결단, 이러한 진지한 결단에 연유하는 것이라야 양심의 표현에 속하고 불연이면 일반적 행동의 자유에 속하는 것으로 보아야 한다.

(6) 이 사건에 돌이켜 보면 부당하고 불의한 침략전쟁을 방어하기 위하여 집중하는 것을 거부하는 것은 인간의 존엄성에 부합하는 윤리적 결단으로 평가될 가능성이 매우 희박하다. 국토와 헌법을 수호하고 자기와 자기의 가족 그리고 자기의 사랑하는 이를 살상하는 침략에 대항하여, 그리고 대항할 준비를 위하여, 집중을 하는 것은 인간의 양심이 명하는 바라 하여 그렇게 하지 못할 경우 이를 크게 부끄럽게 생각하는 것이 동서고금의 보통 사람들의 자연스러운 인식임을 충분히 인정할 수 있다. 나아가 이러한 인식은 우리의 이성이 합리적으로 사유할 때 그 타당성을 충분히 인정할 수 있는 바이다.

자기의 부모, 형제, 처자가 살상되는 것을 보고도 가만히 있는다면 이는 측은지심(惻隱之心)이 없어 인(仁)하지 못한 것이 아닌가 의심되고, 이러한 살상을 보고도 분기하지 않는다면 이는 수오지심(羞惡之心)이 없어 의롭지 못한 것이 아닌가 의심되고, 다른 사람의 수고와 희생의 결과로 얻어지는 안전을 누리기만 하는 것은 사양지심(辭讓之心)이 없는 것이니 이는 예(禮)에 어긋나는 것이 아닌가 의심되며, 충분히 있을 수 있는 침략의 위험이 목전의 것이 아니라 하여 이를 외면한다면 이는 지혜롭지 못한 것이 아닌가 의심된다.

인(仁), 의(義), 예(禮), 지(智)가 이처럼 의심스러운 행위는 그 보편타당성을 인정받기 어렵다.

그러므로 침략전쟁을 방어하거나 방어를 준비하기 위하여 필요한 집중을 거부한다는 것은 보편타당성을 가진 양심의 소리라고 인정하기 어렵다.

울곡 이이가 외적의 침략에 대항하기 위하여 임진왜란의 발발 10년전인 1583년에 10만 양병을 주장한 것은³⁾ 울곡이 양심이 없었거나 호전적이었기 때문은 아니었고 오늘날 국민개병의 기치 아래 많은 청년이 군에 입대하여

희생을 견디며 집총을 하는 것도 그들이 양심이 없거나 호전적이어서 그러한 것은 물론 아니다. 무자비한 인종청소를 자행하는 집단을 진압하기 위하여 U.N.이 평화유지군을 투입하는 것도 양심이 없거나 전쟁을 즐겨서 그러는 것이 물론 아니다.

그러므로 방어용의 집총까지를 거부하는 것을 보편타당한 양심의 소리라고 할 수는 도저히 없다. 미래를 헤아려 보더라도 적어도 상당한 기간 결론은 동일할 것이다.

그렇다면 집총거부행위는 비록 그것이 양심의 소리에 기초한 것이라 하더라도, 침략전쟁을 수행하기 위하여 요구된 집총이 아닌 한, 보편타당성이 없기 때문에 헌법상의 보호가 제한될 수 있는 것이고 따라서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로 이를 제한할 수 있는 것이다.

(7) 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장상의 필요와 헌법 제39조의 국방의무의 관계

양심의 자유에 대한 단계적 보호를 위에서 논하면서 보편타당성이 없는 양심의 소리는 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 때에는 법률로 이를 제한할 수 있다고 하였다. 그런데 이 사건에서는 국가안전보장상의 필요가 쟁점이 되고 질서유지 및 공공복리상의 필요라는 문제는 일단은 쟁점에서 제외된다. 그러므로 여기서는 헌법 제37조 제2항 중 국가안전보장이라는 사항에 한정하여 논의를 진행한다.

헌법 제37조 제2항에 의하여 양심의 소리를 제한하려면 우선 국가안전보장을 위한 필요성이 인정되고 이어 그 제한의 내용이 법률로 규정되어야 한다. 기본권제한의 통상의 경우라면 기본권제한의 내용이 법률로 규정되어야 할 뿐만 아니라 국가안전보장상의 필요성이라는 것까지도, 명시적이든 묵시적이든, 함께 법률로 규정되어야 할 것이다. 그런데 헌법 제39조가 규정하는 국방의 의무 내지 병역의 의무라는 것은 본질에 있어 국가안전보장상의 필요에 응한 것이고 한편 모든 종류의 의무의 이행은 본질에 있어 불가피하게 권리의 제한을 수반하는 것이다. 그러므로 헌법이 제39조에서 모든 국민에게 병역의무를 부과하고 있는 것은 국가의 안전보장을 위하여 병역의무를 부과하는 것이 필요하다는 것, 그리고 병역의무의 이행에 수반되는 기본권의 제한이 불

3) 한국정신문화연구원, 국역 울곡전서[Ⅶ] 권34 부록[2], 1988, 109면.

가피하게 필요하다는 것을 헌법 스스로 인정하는 의미를 갖는 것이다. 바꾸어 말하면 병역의무의 부과 및 그로 인하여 야기되는 기본권의 제한에 관한 한, 국가안전보장상의 필요성이라는 것은 법률에 규정할 것도 없이 이미 헌법 자체에서 그 필요성을 인정하여 이를 규정하고 있는 것(헌법유보)이다. 다시 말하면 국가안전보장상의 필요성이라는 것은 이미 헌법에서 이를 인정하고 있으므로 새삼 그 유무를 다시 논의할 일은 아니라는 것이다.

그렇다면 보편타당성이 없는 양심의 소리에 대하여 헌법 제37조 제2항을 적용함에 있어서 남은 문제는 그 제한의 내용이, 즉 이 사건의 경우로 말한다면 양심상의 집총거부를 입영기피의 정당한 사유의 하나로 삼지 않은 것이, 양심의 자유의 본질적인 내용을 침해하는가 그렇지 않은가 하는 것이다.

양심의 자유의 본질은 우선 양심의 자유로운 형성과 그 자유로운 표현(적극적이든, 소극적이든)에 국가가 간섭하지 않는 데 있다. 그런데 이 사건 법률규정은 양심의 자유로운 형성과 표현에 간섭하는 내용의 규정이 아니다. 다만, 청구인이 주장하는 내용의 양심의 소리를 적극적으로 국가가 수용하지 않는 것 뿐이다. 이 규정이 청구인을 처벌하는 것은 청구인의 양심표현을 어느 정도 간접적으로 억제하는 효과가 물론 있을 것이지만 이러한 간접적 억제가 양심의 자유의 본질에 영향을 미치는 것은 아니다. 왜냐하면 그 처벌은 양심의 내용이나 표현을 문제삼아서 그러는 것이 아니라 그 외부적으로 드러난 행위가 국민 일반에게 부과되는 다른 차원의 법률상 의무에 객관적으로 위반되기 때문이다. 바꾸어 말하면 이 규정은 청구인에게 외형적인 복종을 요구할 뿐 청구인에게 그 양심의 소리를 포기하도록 강요하거나 복종의 당위성에 관한 내적확신까지를 강요하는 것이 아니기 때문이다.⁴⁾ 그러므로 이 규정은 양심의 자유의 본질을 침해한다고 할 수 없고 따라서 이를 위헌이라고는 할 수 없다.

입영기피의 정당한 사유가 무엇인가를 포함한 병역의무의 전반적 내용은 국방의 필요를 합목적적으로 달성하면서 한편으로는 기본권이 합리적으로 보장되도록 배려하는 차원에서, 의회가 재량으로 결정하여야 할 사항이다. 이렇게 볼 때 양심상의 집총거부를 입영기피의 정당한 사유의 하나로 삼지 않은 이 사건 법률조항이, 앞의 ‘나. (2) (다)’에서 본 바와 같은 이유로, 의회의 재량권한을 현저히 이탈하거나 남용한 것이라고는 볼 수 없는 이상 이러한 측

4) 허 영, 앞의 책, 387, 388

면에서도 이 규정이 양심의 자유의 본질적인 내용을 침해한다고 할 수 없다.

또 하나 남은 문제는 집총거부에 대한 법률상의 제재가 징역이라는 형벌로 일원화되어 있는 것이 과잉의 것이 아닌가 하는 것인데 이것 또한 입법재량의 문제로서 현저한 재량일탈을 인정하기 어려우므로 위헌은 아니라고 할 것이다.

(8) 결론컨대 청구인의 집총거부가 그 자신의 양심의 소리에 응한 것이라고 가정하더라도 이 양심의 소리는 보편타당성이 없으면서 반면 이를 수용하여서는 아니 될 국가안전보장상의 필요가 있으므로 비록 이 사건 법률조항의 의미하는 바가 청구인의 양심상의 집총거부를 입영기피의 정당한 사유의 하나로 삼고 있지 않다고 하더라도 이를 양심의 자유에 대한 침해라고 할 수는 없다.

라. 의회에 대한 권고의 문제

민간단체복무의 검토 등 입법개선의 필요여부에 대한 의회의 연구가 필요하다는 다수의견의 권고는 권력분립의 원칙상 적절치 않고 오히려 오해의 소지가 있으므로 이는 바람직하지 않다고 생각한다.

7. 재판관 이상경의 별개의견

가. 나는 다수의견의 결론에는 찬성하지만, 이에 이르게 된 이유에 관하여는 견해를 달리하는 부분이 있으므로, 다음과 같은 별개의견을 밝힌다.

나. 국방의무를 규정한 헌법 제39조 제1항의 법적 성격

헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 규정하고, 제2항은 “누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 따라서 헌법은 스스로 국방의 의무를 모든 국민의 의무로 규정하고 있고, 여기에는 병역의 의무가 그 중핵적 요소라고 해석된다.

위 헌법 제39조 제1항은 국민에 대하여 의무를 부과하는 규정형식을 취하고 있어 제약을 받게 되는 기본권을 구체적으로 명시하고 있지는 않지만, 국방의 의무를 이행하기 위해서 개인의 자유가 제약받는다 것이 당연히 전제되어 있으므로, 위 규정은 신체의 자유를 비롯한 관련 기본권을 제한하는 규정이다. 그리고 헌법 스스로 기본권을 제한한다는 점에서 위 규정은 관련 기본권에 대한 헌법적 한계를 설정하고 있다고 할 수 있다.

다. 헌법적 가치의 상충을 규율하는 법률에 대한 위헌심사기준

(1) 국방의무의 구체적 내용을 법률로써 정하도록 하고 있는 헌법 제39조

제1항은 헌법이 그 자신의 존립기반인 국가를 외부에서 가해지는 침해로부터 보위함으로써 헌법이 그 자신을 방어하기 위하여 그가 보호하여야 할 국민의 기본권을 그 방어목적에 필요한 범위 내에서 스스로 제한할 수 있음을 유보한 것이며(중요사항 헌법유보설) 그 유보된 내용(내재적 내용)을 국민의 대의 기관인 국회가 형성토록 한 것이고(의회유보설), 따라서 같은 조항에 의한 법률인 병역법은 헌법적 가치 실현을 위한 헌법의 내재적 내용을 실현한 것이다. 그러므로 이러한 성질을 가지는 이 사건 법률조항은, 헌법이 규정한 국민의 국방의무를 구체적으로 형성하는 한편, 그 국방의무와 관련된 신체의 자유는 물론 이 사건에서 특히 문제되고 있는 양심의 자유와 같은 기본권에 대한 제한의 내용을 구체화하는 법률규정이다. 따라서 이 사건 법률조항이 국민의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있기는 하나, 이는 법률이 기본권을 제한하는 내용을 창설한 것이 아니라 헌법의 규정을 실현하기 위하여 헌법 스스로 예정하고 있는 기본권의 제한 또는 한계에 관한 헌법 내재적 내용을 구체화한 헌법적 효력을 가지는 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항에 의한 기본권 제한은, 국방의무를 통하여 실현하려는 국가보위를 위한 국방력의 유지라는 헌법적 가치와 개인의 기본권이라는 헌법적 가치가 상충되는 곳에서 두 헌법적 가치의 실정법적인 경계를 설정하는 것으로서, 헌법 제37조 제2항이 예정하고 있는, 법률 스스로 설정한 입법목적의 실현을 위하여 법률에 의하여 기본권을 제한하는 경우와는 구별하여야 한다.

(2) 우리 헌법은 위와 같은 헌법적 가치 사이의 상충 문제에 대한 해결기준을 명시적으로 제시하고 있지는 아니하다. 반대의견은 이와 관련하여 헌법 제37조 제2항이 정한 기본권 제한의 요건을 심사기준으로 삼아 이 사건 법률조항이 비례의 원칙 또는 과잉금지원칙에 위배되는지 여부를 판단하고 있다.

그러나 과잉금지원칙은 헌법적 가치인 기본권과 법률적 가치인 입법목적 및 이를 위한 수단이 서로 저촉되는 경우 헌법적 가치인 기본권을 우위에 놓는 판단 형식이다. 즉, 법률에 의한 기본권의 제한이 정당화되기 위해서는 먼저 그 입법목적의 정당성이 입증되어야 하고, 이를 달성하기 위한 수단인 입법적 조치의 적정성이 인정되어야 하며, 그로 인한 기본권 침해는 최소한에 그쳐야 할 뿐만 아니라, 실현하려는 공익이 침해되는 사익보다 커야 한다는 등 기본권의 최대한 보장을 위하여 이를 제한하는 입법 또는 공익이 희생될 수 있음을 전제로 하는 억제적인 소극적 심사기준이라는 것이다. 반면, 헌법

적 가치 상충에 대한 해결방안의 한 예라고 할 수 있는 실제적 조화의 원칙은, 상충하는 두 기본권(헌법적 가치)이 모두 존중되어 최대의 효력을 발생할 수 있는 상보적인 최적화를 적극적으로 추구한다는 점에 두 심사기준의 본질적인 차이가 있다.

따라서 서로 비교할 수 없는 등위의 헌법적 가치들의 상충 문제를 해결함에 있어서 헌법 제37조 제2항 및 과잉금지원칙이라는 심사기준을 적용하는 것은, 헌법제정자의 의지와 헌법이 지향하는 가치에 반하여 어느 일방의 헌법적 가치를 훼손시킬 위험성을 내포하고 있어 이를 그대로 받아들일 수 없다.

(3) 헌법적 가치 사이의 상충을 해결하는 기준을 모색함에 있어서는 먼저 그와 같은 가치 상충의 해결이 사법적 심사의 대상이라기보다는 헌법적 가치를 수호하기 위한 입법적 형성의 과제라는 점을 분명히 인식할 필요가 있다. 헌법 스스로 서로 저촉될 수 있는 가치를 헌법질서 내에 수용하면서 그 상충 관계를 해결할 만한 명확한 기준을 제시하지 아니한 것은, 입법자가 상충하는 가치를 둘러싼 이익상황을 정확히 진단하고 범공동체 구성원들의 가치적 지향점이 담겨 있는 정치적 의사를 수렴하여 상충하는 각 가치가 갖는 타당영역 사이의 경계를 법률로 설정하라는 뜻이라고 해석된다. 이와 같은 헌법적 요청은 헌법이 구체적 사항의 형성을 법률에 유보한 경우에 더욱 명확히 드러난다.

입법자는 이와 같이 헌법적 가치가 상충하는 영역에서 합리적인 경계를 설정할 법정립 권한을 갖게 되고, 이에 따라 입법자에게는 입법의 기초가 되는 인식적 사실의 파악(객관적 판단)에 있어서는 일정한 진단의 여지(Prognose-spielraum)가, 입법의 방식·내용·형식의 결정(주관적 판단)에 있어서는 일정한 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)가 원칙적으로 귀속된다. 이는 입법자의 권한 행사에 있어서는 넓은 의미에서의 입법재량이 부여된다는 것을 뜻한다. 특히 헌법 스스로 일정한 공익 실현을 위하여 기본권을 제한하는 명시적 규정을 두고 있는 경우에는 헌법이 그 기본권 제한의 기초가 된 헌법적 가치(공익)를 기본권보다 우위에 두겠다는 헌법제정자의 의지가 반영된 것으로 해석되므로, 이 경우 입법자는 헌법이 요구하는 공익의 실현에 있어서 보다 광범위한 입법재량을 갖게 된다.

그러나 입법자에게 입법재량이 부여되어 있다고 하여 국민이 누릴 수 있는 자유와 권리, 특히 양심의 자유가 국가가 법질서 유지와의 상관관계 아래 은혜적으로 용인한 범위에 국한되는 명목상의 것으로 전락한다고 볼 수는 없다.

입법자의 입법재량도 일정한 한계를 갖게 마련이다. 입법자가 구체적으로 입법적 형성을 한 경우에 사법적 심사의 범위는 입법자의 입법재량 행사가 그 한계를 일탈하였는지 여부에 국한되고, 그 심사에 있어서의 기준은 입법권한의 행사가 정의의 외형적 한계를 넘어서 정의와의 모순을 감내할 수 없는 정도의 것인지, 즉, 정의의 수인 한계를 넘어섰는지 여부 내지는 입법권이 자의적으로 행사되어서는 아니 된다는 자의금지의 원칙을 기준으로 삼아야 한다.

이와 같은 심사기준의 차이는 심사의 논증 구조에 있어서 뿐만 아니라, 위헌성에 대한 입증책임 또는 논증책임의 분배에 있어서 실질적인 차이를 가져올 수 있다. 과잉금지원칙에 의하면 기본권을 제한하는 법률이 과도한 침해가 아니라는 점(특히 실현하려는 공익이 더 크다는 점)이 입증되지 않는 이상 위헌으로 판단되게 되는데 반하여, 입법재량이 인정된다면, 입법자가 입법재량을 행사함에 있어서 그 한계를 넘었다는 점, 즉, 자의적으로 입법권을 행사하였다는 점이 입증되지 않는 이상 그 법률은 합헌으로 판단된다. 예컨대, 입법의 기초가 될 만한 과거 또는 장래의 사실이 입증 곤란에 빠진 경우 두 심사기준은 다른 결론을 이끌어 낼 가능성이 존재한다.

(4) 이와 같은 심사기준 등에 관한 헌법해석은 종래 우리 헌법재판소가 취해 온 입장과 일치한다. 즉, 헌법재판소는 1992. 4. 28. 90헌바27등 사건에 대한 결정에서, 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 근로자의 근로3권과 관련하여 기본권의 주체에 관한 제한을 두고 있는 같은 조 제2항에 따라 국가공무원법 제66조 제1항, 제2항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 “사실상의 노무”에 종사하는 공무원으로 한정된 것에 대하여, 위 법률조항은 입법권자가 근로3권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 헌법 제33조 제2항이 입법권자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이 아니며, 따라서 헌법에 위반하는 것이라고 할 수는 없다고 판시한 바 있다. 위 결정은 헌법 스스로 기본권을 제한한 경우에 입법자의 형성적 재량을 인정하였을 뿐만 아니라, 위 법률조항이 헌법 제33조 제2항의 법률유보에 내재하고 있는 목적에 어긋나는지 여부 및 헌법상 근로자에 대한 근로3권의 보장을 통하여 실현되어야 할 가치질서와, 합리적인 직업공무원제도의 유지·발전을 통하여 달성되어야 할 주권자인 전체국민의 공공복리의 목적이 적절히 조화를 이루고 있는지 여부 등을 합리성 판단의 범위 내에서 심사하였을 뿐, 헌법 제37조 제2항 및 과잉금지원칙에 의한 엄격한 심사는 하지 아니하였다.

또, 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정은, 국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법 내재적으로 제한하는 헌법 제29조 제2항에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이하는 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다고 판시한 바 있는데, 이 또한 헌법 스스로 기본권을 제한하고 있는 경우에 그 기본권 침해 여부의 심사는 일반의 법률에 의한 기본권 제한과는 같을 수 없다는 점을 명확히 한 것이다.

(5) 따라서 반대의견이 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 심사함에 있어서 헌법 제37조 제2항 및 과잉금지원칙을 기준으로 삼은 것은, 헌법 스스로 기본권을 제한하고 있는 헌법 제39조가 지니고 있는 중요사항 헌법유보 및 의회유보원칙이라는 특수성을 간과하여 잘못된 심사기준을 선택한 것일 뿐만 아니라, 종래 우리 헌법재판소가 취해 온 심사기준 및 심사방식과도 배치되는 것이어서 이를 그대로 수용할 수 없다.

라. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 다수의견이 지적하는 바와 같이 이 사건 법률조항은 현역입영대상자들이 정당한 사유 없이 입영기일로부터 5일이 경과하여도 입영하지 아니하는 경우 이들을 처벌하는 규정으로서, 양심적 병역거부자의 양심실현의 자유를 제약함으로써 헌법 제19조가 정하고 있는 양심의 자유를 제약하고 있다.

이와 같이 양심적 병역거부자에 대하여 형벌적 제재로써 병역의무를 강요하는 국면에서, 헌법 제39조 제1항을 비롯한 헌법 제5조 제2항 등이 정하고 있는 국방의 의무가 실현하고자 하는 헌법적 가치, 즉, 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명과 안전의 수호 또는 좀더 구체적으로 보아 국방력의 유지라는 헌법적 가치와 국민의 기본권인 양심의 자유라는 헌법적 가치가 서로 충돌하고 있다.

여기서 헌법 제39조 제1항은 기본권 제한을 명시함으로써 기본권보다 국방력의 유지라는 헌법적 가치를 우위에 놓았다고 볼 수 있으므로, 입법자는 국방력의 유지라는 헌법적 가치의 실현을 위하여 매우 광범위한 입법재량을 갖고 있다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 위헌이라고 판단되기 위해서는 이 사건 법률조항이 정의의 수인 한계를 넘어서는 것이라는 점 내지는 입법기초사실의 인정 및 정책수단의 선택이 명백히 자의적으로 인정되었다는 점 등이 입증되어 입법재량의 한계를 넘어서었다는 점이 밝혀져야 할 것이다.

(2) 먼저 이 사건 법률조항이 정의의 수인 한계를 넘어서는 것인지 여부에 관하여 본다.

우선 이 사건 법률조항에 의하여 이른바 양심적 병역거부자에 대하여 형사 처벌을 과하는 것이 정의의 수인한계를 넘어서서 양심의 자유를 침해하는 것인지 여부에 관하여 본다.

양심의 자유는 다른 기본권과 근본적 차이가 있다. 생명, 재산권, 표현, 집회, 직업의 자유 등은 기본권 주체의 개인적·주관적인 내적 상황과 관계없이 보장되고 또한 국가권력에 의하여 침해 될 수 있는 특징이 있다. 그러므로 어떤 법규정이 한 개인의 위와 같은 기본권을 침해한다면 이 법규정이 다른 개인에 적용되는 경우 또한 그 개인의 기본권을 침해하게 된다. 이에 반하여 양심의 자유는 본질상 지극히 주관적이기 때문에 양심상의 결과와 국가법질서의 충돌로 말미암아 발생할 수 있는 양심의 자유에 대한 침해는 필연적으로 개인적이며 이로써 법규정이 한 개인의 양심의 자유를 침해하였다고 하여 다른 개인의 양심의 자유를 침해하는 일반적 효과가 발생하는 것이 아니다. 따라서 입법자에게 법률의 제정시 이와 같이 개인적이고도 일반화할 수 없는 양심상의 갈등의 여지가 발생할 수 있는 모든 사안에 대하여 사전에 예방적으로 양심의 자유를 고려하는 일반조항을 둘 것을 요구할 수는 없는 것이고, 이와 같은, 조감할 수 없는 무수한 개별적 양심갈등 발생의 가능성에 비추어 법적 의무를 대체하는 다른 대안을 제공해야 할 입법자의 의무는 원칙적으로 부과할 수가 없고 위와 같은 규정의 미입법으로 양심의 자유에 대한 침해가 나타난다고 하더라도 이로 인하여 그 법률이 위헌적 법률이 되는 것이 아니다(Vgl. Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S. 286f).

이와 같은 양심의 자유의 본질적 특성에 비추어 볼 때 입법자가 이 사건 법률조항을 제정함에 있어서 양심보호의 일반적 규정을 규정하지 아니하였다고 하더라도 그것이 곧 바로 정의의 외형적 한계를 일탈하여 정의의 관점에서 수인할 수 없는 정도의 위헌적 법률이라고 단정할 수는 없는 것이다.

다음으로 이 사건 법률조항이 정의의 이념을 내용으로 하는 양심을 가진 자를 형사처벌함으로써 정의와 모순되는 것인지에 관하여 본다.

즉, 이 사건 법률조항에 의하여 처벌되는 양심적 병역거부자는 이른바 양심범으로서 우리가 살고 있는 이 공동체가 나아가야 할 정의로운 가치를 지향하고 이를 소극적인 방법으로 실현하고자 하는 것임에도, 이를 억압하고 제재를 가하는 실정법률인 이 사건 법률조항은 정의와 모순·갈등을 빚게 되는 것으로서 도저히 감내할 수 없는 것인지가 문제될 수 있다는 것이다.

그런데 양심 가운데서도 특히 헌법이 보호하려는 양심은 ‘어떤 일의 옳고 그름을 판단하고 그에 따라 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리’로서, 진지하고 절박한 구체적인 양심이지 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아님은 물론, 그 가치 판단의 일관성 내지 보편성을 충족시키는 양심이어야 할 것이다.

이 사건 법률조항과 관련되어 문제되는 이른바 양심적 병역거부자는 종교를 신봉하여 그 교리에 따른 양심의 명령 때문에 입영을 거부하고 있다고 주장하고 있는바, 이와 같은 병역거부자의 양심은, 단순한 병역기피를 목적으로 하고 있지 않는 한 전쟁을 비롯한 모든 폭력행위를 금하고 있다고 보아야 할 것이다. 이러한 양심이 과연 그 가치 판단의 일관성 내지 보편성을 충족시키는 양심에 해당하는지 여부는, 이와 같은 비폭력을 존중하는 양심을 가진 자에 대하여 타인으로부터 자신의 생명·신체·재산에 대한 위해가 가해질 경우 그가 과연 무력의 행사가 필연적으로 동반될 수밖에 없는 공권력에 의한 보호를 전적으로 포기할 것인지 여부에 달려 있다고 할 수 있다. 특히 우리 헌법은 침략적 전쟁을 부인하고 있어(헌법 제5조 제1항) 대한민국의 국방력의 유지는 이러한 자기방어적인 성격을 지닐 수밖에 없다는 점에서 병역의무의 거부는 이러한 자기방어의 포기과 연결될 수밖에 없다는 점에 유의할 필요가 있다.

만일 위와 같은 병역거부자가 공권력의 무력 행사에 의한 자기방어적인 보호까지도 전적으로 포기하였다면, 그의 양심과 사상의 일관성과 보편성이 인정될 수 있고 또 존중받을 가치를 충분히 지녔다고 할 수 있겠지만, 이 국가의 영역 내에서 자신의 생명과 재산을 유지하고 있다는 것 자체가 결국 국가 공권력의 무력에 의한 보호, 즉 제도화된 폭력에 의한 보호를 받고 있다는 명백한 증거라고 할 수 있다. 또 이른바 양심적 병역거부자가 이러한 공권력의 무력에 의한 보호를 거부하였다는 자료는 어디에서도 찾아보기 어렵다. 이렇듯 국가 공권력의 주요부분을 구성하는 무력의 형성·유지에 기여하는 병역의무의 이행에는 반대하면서도 그 공권력에 의한 자신의 생명·신체·재산에 대한 보호는 향유하겠다고 한다면, 이른바 양심적 병역거부자가 갖고 있다는 양심이라는 것은 서로 모순되는 가치를 동시에 요구하는 이율배반적인 것이라 하지 않을 수 없고, 비폭력을 지향한다는 병역거부자의 양심이라는 것은 과연 그 실체가 무엇인지, 일관성 및 보편성을 지닌 진지한 가치체계로 수용될 수 있을 것인지에 관하여 심각한 회의가 들지 않을 수 없다. 이와 같은 회

의는 병역거부자들이 징역형과 그에 결부되는 직업생활상의 장애, 사회적 냉대라는 큰 불이익에도 불구하고 양심을 주창하였다는 점만으로, 그리고 다른 나라에서 양심적 병역거부가 널리 인정되고 국제적으로 그 수용이 요구된다는 점만으로 제거될 수 없는 근본적인 성격의 것이다. 오히려 우리의 마음 속 깊은 곳에서 우러나오는 양심은 이른바 양심적 병역거부자에 대한 동정적인 사회적 분위기와 여론에도 불구하고 우리 공동체의 장래를 위하여 이 문제에 관하여 보다 진지하게 고뇌할 것을 명하고 있다. 그런데 적어도 제청신청인을 비롯한 양심을 이유로 한 병역거부자들의 현시점의 주장에서 이 문제에 대한 명확한 인식과 해명은 물론 진지한 고민조차 찾아보기 어렵다는 점에서, 그들이 갖고 있는 양심이라는 것을 일관성 및 보편성을 지닌 진지한 가치체계를 가진 양심으로 받아들이기는 어렵다고 판단된다.

그렇다면 양심을 이유로 한 병역거부자의 양심이라는 것 자체가 일관성 및 보편성을 결한 이율배반적인 희망사항에 불과한 것이어서 헌법의 보호대상인 양심에 포함될 수 있는지 자체가 문제될 수 있을 뿐만 아니라, 적어도 이를 우리 공동체를 규율하는 정의의 한 기준으로 수용하기 어렵다 할 것이므로, 양심을 이유로 한 병역거부자에 대한 형벌의 부과가, 진지한 양심범에 대한 박해로서 입법권한의 행사가 정의의 외형적 한계를 넘어서 정의와의 모순을 감내할 수 없는 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.

(3) 다음으로 이 사건 법률조항이 명백히 자의적인 입법조치였는지 여부에 관하여 본다.

먼저 국가가 병역의무 불이행에 대하여 형벌적 제재를 가하는 것이 헌법에 의하여 설정된 입법목적, 즉, 국방력의 유지 나아가 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명과 안전의 수호 등의 달성에 적합한 것인지 여부가 문제된다. 비록 이 사건 법률조항에 의한 형벌적 제재가 양심의 명령을 거부할 수 없어 병역의무의 이행을 거부하고 형사처벌을 선택하는 자로 하여금 징중복무에 응하도록 하는 효과가 없다고 하더라도, 적어도 그 형벌적 제재의 일반예방적 효과로 인하여 진지성을 결한 양심을 구실로 한, 다른 사람에 의한 병역기피의 확산을 억제할 수 있다는 점에서 형벌적 제재의 목적적합성은 쉽게 수긍될 수 있다. 특히 병역법에 규정된 형벌은 자연범이 아닌 법정범을 대상으로 하고 있다는 점을 고려한다면, 오히려 이와 같은 일반예방적 효과는 이 사건 법률조항이 정한 형벌의 중핵적 기능이라고 할 수 있을 것이다.

그렇다면 핵심쟁점은 그와 같은 형벌적 제재는 타인에 대하여 물질적 해악

을 가한 바 없는 양심범에 대한 제재로는 과도한 것이어서 다른 수단으로 대체되어야 하는가의 점에 있다고 할 수 있다.

제청신청인은 대체적 민간복무제(이하 ‘대체복무제’라 한다)에 의한 양심과 병역의무 간의 충돌문제 해결을 주장하고 있다. 그러나 이 사건 위헌법률심판 제청의 대상인 이 사건 법률조항은 병역의무 자체를 규정하고 있지 아니하고, 병역법 제3조, 제5조 등의 조항이 규정한 병역의무를 전제로 하여 그 의무를 위반한 경우의 제재를 규정하고 있을 따름이다. 따라서 병역의무 자체의 변경을 초래하는 대체복무제는 병역의무를 명하는 위 조항들이 심판대상이 되어 있지 않은 이 사건 위헌법률심판절차에 있어서 이 사건 법률조항의 위헌성 판단과 별다른 관련이 없는 것으로 보이므로, 이에 관한 판단은 이 사건 심판 범위에 속할 수 없다(이와 같은 혼란은 양심적 병역거부권을 문제 삼고 있으면서도 이 사건 법률조항에 대해서만 위헌법률심판제청을 한 제청법원의 결정에서 비롯된 것으로 보인다). 만일, 대체복무제가 완화된 제재의 한 유형으로 고려되어야 한다는 취지에서 주장된 것이라면, 대체복무제는 앞서 본 바와 같이 의무 자체의 변경을 가져 올 수는 있어도 의무 위반에 대한 제재라고 보기는 어렵고, 국가가 스스로 병역의무에 수정을 가함이 없이 이를 부과한 이상 이를 위반한 행위는 위법하다는 부정적 가치평가와 비난을 가함으로써 국민들에 대하여 규범적인 당부의 판단기준을 명확히 제시하여야 할 것임에도, 이에 대한 법률 효과로 가치중립적인 봉사활동이라든지 대체복무만을 귀속시킨다면 국가 스스로 정의와 규범의 수호자로서의 지위를 방기한 모순된 행동을 하는 것이다. 따라서 대체복무제를 완화된 제재의 한 유형으로 보는 관점에도 동의하기 어렵다.

그러면 나아가 제재수단이 과도한 것인지 여부에 관하여 본다. 형벌은 공법상 의무불이행에 대한 제재 중 가장 강력하고 가혹한 것이라고 할 수 있다. 특히 이 사건 법률조항은 3년 이하의 유기징역형을 규정하고 있어 그로 인한 기본권 침해의 정도가 상당하다. 공법상 의무불이행에 대한 제재로서는 위와 같은 행정형벌 외에도 과태료와 같은 행정질서벌을 상정할 수 있으므로, 과연 병역의무 위반에 대한 제재로서 형벌을 선택하였어야만 하는가, 형벌을 선택한다면 보다 완화된 형의 종류를 규정할 수는 없었는가라는 의문을 가질 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항의 적용대상인 현역의 복무는 2년 내지 2년 4월의 범위 내에서 과하여 질 수 있고(병역법 제18조), 그 복무기간은 일정한 국방상 필요한 경우 1년의 기간 이내에서 연장될 수 있으며(같은 법 제19조),

이와 같은 현역 복무는 강제징집의 형태로 이루어져 개인의 자유가 상당 정도 제한된다는 점을 고려한다면, 이 사건 법률조항이 정한 유기징역형과 의무 위반은 일용 균형을 이루고 있다고 보인다.

물론 국방력 유지의 필요성이 현저히 감소되어 형벌이라는 강력한 제재가 필요하지 않은 상황에 놓여 있다면, 새로운 완화된 제재수단의 창설도 고려할 수 있을 것이다. 물론 이러한 제재수단의 완화는 그와 같은 새로운 제도가 시행되었음에도 국방력의 유지에 문제가 없을 것이라는 미래의 상황에 대한 진단을 전제로 한다.

이와 관련하여 제청신청인은, 대체복무제를 인정할 경우 병역기피자 양산 등의 문제가 발생할 수 있으나, 이것은 복무기간, 고역의 정도, 합숙생활 등에서 현역복무에 상응하는 대체복무제를 실시하면 문제가 없고, 양심적 병역거부자들이 징병인원의 0.2% 정도인 점과 현대전이 과학전으로 바뀌고 있는 양상 등에 비추어 볼 때, 대체복무제의 실시는 국방에 위해가 되기보다는 오히려 적절한 인력사용방법의 하나가 될 것이라고 주장하고 있다.

반대로 국방부장관과 병무청장은, 우리나라와 같이 복무여건이 열악한 현실에서 대체복무를 인정하게 되면, 병역거부자가 급증할 우려가 있고, 더구나 양심적 병역거부자를 가려내기 위한 심사절차의 엄격성이 확보되기 어려운 상황에서 징병제의 확실성과 통일성이 손상되어 징병제가 와해될 우려가 있으며, 나아가 현역복무와 동등한 고역의 정도를 가진 업무를 군대 밖에서 찾는 것도 쉽지 않은 일이어서 대체복무제를 국가안전보장과 조화로운 제도로 볼 수 없다고 주장하고 있다.

이와 같이 병역의무 및 제재수단의 완화가 가져올 결과에 대하여는 각자 취하고 있는 입장에 따라 서로 상이한 전망을 내 놓고 있는 상태인데다가, 특히, 출산을 저하로 인한 징집가능 인원이 점차 감소 추세에 있다는 점, 제재 등의 완화는 양심을 빙자한 병역거부의 동기를 새로이 부여할 수 있다는 점, 영향력 있는 종교단체가 교리의 발전 등을 이유로 징총거부를 선언하거나 징총거부를 교리로 선택한 종교단체가 새로이 설립되어 그 교세가 급격히 확대된다면, 양심을 이유로 한 병역거부자가 감당할 수 없을 정도로 증가할 가능성도 배제할 수 없다는 점, 현대전이 과학전화된다고 하여 병력의 규모가 갖는 중대성이 반드시 감소하는 것은 아니고, 적대세력의 병력의 규모와의 상대적 균형 역시 고려되어야 한다는 점 등을 함께 고려해 보면, 현재 양심적 병역거부자의 비율이 낮다는 사정 등만으로 장차 국방력 유지에 영향이 없다고

단정하기는 어렵다고 판단된다.

그러므로 이와 같이 병역의무의 불이행에 대한 제재가 완화되어도 필요한 국방력이 유지될 수 있는지 여부에 관한 미래의 상황에 대한 전망이 불투명한 상태에서 입법자가 상정 가능한 어느 상황을 입법의 기초로 삼아 이에 상응하는 입법적 형성을 하였다면, 이를 들어 입법재량의 범위를 벗어난 자의적인 입법이라고 비난할 수 없다. 이에 의하면, 이 사건 법률조항을 위헌이라고 판단하기 위해서는 이 사건 법률조항이 정한 제재가 완화되더라도 국방력 유지에 지장이 없음에도 입법자가 입법재량의 범위를 벗어나 자의적인 입법을 하였다는 점이 충분히 입증되어야 할 것인데, 앞서 본 바와 같이 직권으로 제반사정을 살펴보더라도, 이와 관련한 장래 사실에 대한 전망은 불투명한 반면, 자의적인 입법이라는 점에 대한 자료는 찾아보기 어렵다.

따라서 이른바 양심적 병역거부자에 대하여도 3년 이하의 징역이라는 형벌의 제재를 가하는 이 사건 법률조항이 과도한 형벌을 규정한 명백히 자의적인 입법이라고 할 수 없다.

(4) 소결론

그렇다면 이 사건 법률조항은 어느 모로 보나 입법재량의 한계를 넘어선 위헌인 규정이라고 할 수 없다.

마. 다수의견은 여기서 한 걸음 더 나아가 양심적 병역거부 문제에 대한 입법자에게 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지, 우리 사회가 이제는 양심적 병역거부자에 대하여 이해와 관용을 보일 정도로 성숙한 사회가 되었는지에 관하여 진지하게 검토하여야 할 것이며, 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도, 법적용기관이 양심우호적 법적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 것인지에 관하여 숙고할 것을 권고하고 있다.

그러나 앞서 본 바와 같이 현단계에서 문제되는 양심적 병역거부가 서로 모순되는 가치를 동시에 추구하는 이율배반적인 측면을 갖고 있어 그 양심이라는 것이 과연 헌법적 보호를 받을 가치가 있는지, 우리 사회에서 수용할 수 있는 정의의 원칙에 부합하는 것인지에 관한 회의가 충분히 제거되지 아니한 상황에서, 이러한 법철학적, 정치사상적인 문제에 대한 납득할 만한 해답을 제시함이 없이, 일정 병역거부자들을 진지한 양심주창자라고 규정하고, 나아

가 사회단체의 의견표명, 국제적 추세 등을 고려하여 이들에 대한 배려에 관한 검토를 권고하는 입장에는 찬성할 수 없다. 더구나 제도 변경에 따른 국방력 유지 가능성에 대한 전망 또한 불투명한 상태에서, 헌법적 가치의 실현을 위하여 입법사실의 인정과 정책수단의 선택에 광범위한 권한을 가진 입법자에 대하여 위와 같은 권고를 하는 것은 자칫 사법권한에 의한 입법권한에 대한 간섭 또는 침해로 비추어질 위험성마저 내포하고 있다고 생각된다. 이와 같이 아직도 정당한 입법의 방향에 관하여 확신을 가질 수 없는 상황에서 이 사건 심판대상과 관련이 없는 위와 같은 문제에 대하여 입법자에게 입법에 관한 사항에 대하여 권고하는 것은 사법적 판단의 한계를 넘어서는 것으로서 바람직하지 않다는 점을 지적해 둔다.

바. 결 론

이상과 같이 이 사건 법률조항이 합헌이라는 점에서는 다수의견과 결론을 같이 하나, 이를 뒷받침하는 이유에 있어서는 견해를 달리 하므로 이에 별개의견을 밝히는 바다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권 성 김효종 김경일
송인준 주선희 전효숙 이상경

[별 지] 제청신청인 대리인 명단 : 생략

국적법 제12조 제1항 단서 위헌소원

(2004. 8. 26. 2002헌바13 전원재판부)

【판시사항】

1. 어떤 사항에 관하여 법률조항 자체에서 직접 규정하지 않고 그 구체적 내용을 대통령령에 위임한 경우, 대통령령의 위헌 여부가 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 판단범위에 속하는지 여부(소극)
2. 병역과 관련하여 이중국적자의 국적선택의 자유를 제한할 수 있는 사유를 대통령령으로 정하도록 한 국적법 제12조 제1항 단서가 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상은 형식적 의미의 법률이고, 법률의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반되더라도 그 대통령령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 바로 수권법률까지 위헌으로 되는 것이 아니므로, 어떤 사항에 관하여 법률조항 자체에서 직접 규정하지 않고 그 구체적 내용을 대통령령에 위임한 경우, 그 법률조항의 위헌 여부는 그 위임을 받은 대통령령의 내용까지 포함한 규범상태의 위헌 여부와는 구별되어야 하므로 그 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 그 위임이 합헌적인 것인지만 문제된다.
2. 국적법 제12조 제1항 단서는 “다만, 병역의무의 이행과 관련하여 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자는 그 사유가 소멸된 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 병역에 관한 헌법 및 병역법조항, 이중국적자의 국적선택제도에 관한 국적법조항 등을 전체적으로 조감하여 보면 위 국적법조항은 이중국적자라 하더라도 대한민국 국민인 이상 병역의무를 이행하여야 한다는 것을 대전제로 하고서, 국적선택제도를 통한 병역의무 면탈을 차단하려는 데에 그 입법취지가 있다 할 것이고, 위 법률조항은

“병역의무의 이행과 관련하여...”라고 규정함으로써 위임의 내용을 구체적으로 한정하고 있으며, 병역기피의 목적으로 대한민국 국적을 상실하였거나 이탈하였던 자에 대하여는 국적회복을 허가하지 못하도록 하고 있는 국적법 제9조 제2항 제3호의 규정은 위 조항에 의한 위임의 방향과 내용을 한 번 더 확인하여 주고 있으므로, 위 법률조항의 위임에 의하여 대통령령으로 규정될 사항은 병역의무를 이행하지 않은 이중국적자의 국적선택 제한과 그 해소에 관한 보다 구체적인 사항, 또는 이중국적자에 특유한 문제인 병역의무 이중부담의 조정에 관한 사항 등이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다 할 것이어서, 위 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

【심판대상조문】

국적법 제12조(이중국적자의 국적선택의무) ① 출생 기타 이 법의 규정에 의하여 만 20세가 되기 전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자(이하 “이중국적자”라 한다)는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 제13조 및 제14조의 규정에 의하여 하나의 국적을 선택하여야 한다. 다만, 병역의무의 이행과 관련하여 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자는 그 사유가 소멸된 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하여야 한다.

② 생략

【참조조문】

국적법 제14조(대한민국 국적의 이탈절차) ① 이중국적자로서 외국 국적을 선택하고자 하는 자는 제12조 제1항에 규정된 기간 내에 법무부장관에게 대한민국의 국적을 이탈한다는 뜻을 신고할 수 있다. 다만, 동조동항 단서에 규정된 자는 그 사유가 소멸된 후에 신고할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 국적이탈의 신고를 한 자는 그 신고를 한 때에 대한민국의 국적을 상실한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신고절차 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국적법시행령 제16조(이중국적자의 의의 등) ①~② 생략

③ 법 제12조 제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자”라 함은 이중국적자 중 대한민국의 호적에 입적되어 있는 남자로서 병역법의 규정에 의하여 제1국민역에 편입된 후 병역을 필하지 아니하거나 면제받지 아니한 자를 말한다.

④ 법 제12조 제1항 단서에서 “그 사유가 소멸된 때”라 함은 병역법의 규정에 의하여 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때를 말한다. 다만, 만 20세가 되기 전에 다음 각 호의 1에 해당하게 된 자는 만 20세가 되는 때에 그 사유가 소멸된 것으로 본다.

1. 현역·상근예비역 또는 보충역으로서 복무를 마치거나 마친 것으로 보는 때
2. 병역면제처분을 받은 때
3. 제2국민역에 편입된 때

병역법 제8조(제1국민역에의 편입) ① 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.

② 삭제

【참조판례】

1. 헌재 1992. 10. 31. 92헌바42, 판례집 4, 708, 710
헌재 1999. 2. 25. 97헌바63, 판례집 11-1, 140, 150

【당 사 자】

청 구 인 손○배

대리인 법무법인 두우

담당변호사 백윤기 외 2인

당해사건 서울행정법원 2001구13798 국적이탈신고서반려처분취소

【주 문】

국적법 제12조 제1항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1981. 9. 20. 미합중국 플로리다주에서 대한민국 국적을 가진 부모 사이의 아들로 출생함으로써 대한민국과 미합중국의 국적을 모두 취득한 이중국적자이다.

청구인은 2001. 3. 27. 국적법에 따라 국적이탈신고를 하였으나, 법무부장관은 같은 날 동법 제12조, 동법시행령 제16조 제3항, 제4항에 근거하여, 위 신고 당시 18세 이상으로 제1국민역에 편입된 청구인이 대한민국의 병역을 필하거나 면제받은 사실이 없다는 이유로 위 신고를 반려하는 처분을 하였다.

이에 청구인은 2001. 4. 14. 서울행정법원에 위 처분의 취소를 구하는 소송(2001구13798)을 제기하였고, 그 소송계속 중 국적법 제12조 제1항 단서에 대

하여 위헌여부심판의 제청신청(2001아1150)을 하였으나 기각되자, 2002. 2. 1. 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 국적법 제12조 제1항 단서(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)가 헌법에 위반되는지의 여부로서 이 사건 법률조항과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

국적법 제12조(이중국적자의 국적선택의무) ① 출생 기타 이 법의 규정에 의하여 만 20세가 되기 전에 대한민국의 국적과 외국 국적을 함께 가지게 된 자(이하 “이중국적자”라 한다)는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 제13조 및 제14조의 규정에 의하여 하나의 국적을 선택하여야 한다. 다만, 병역의무의 이행과 관련하여 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자는 그 사유가 소멸된 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 국적을 선택하지 아니한 자는 그 기간이 경과한 때에 대한민국의 국적을 상실한다.

제14조(대한민국 국적의 이탈절차) ① 이중국적자로서 외국 국적을 선택하고자 하는 자는 제12조 제1항에 규정된 기간내에 법무부장관에게 대한민국의 국적을 이탈한다는 뜻을 신고할 수 있다. 다만, 동조동항 단서에 규정된 자는 그 사유가 소멸된 후에 신고할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 국적이탈의 신고를 한 자는 그 신고를 한 때에 대한민국의 국적을 상실한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신고절차 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국적법시행령 제16조(이중국적자의 의의 등) ③ 법 제12조 제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자”라 함은 이중국적자 중 대한민국의 호적에 입적되어 있는 남자로서 병역법의 규정에 의하여 제1국민역에 편입된 후 병역을 필하지 아니하거나 면제받지 아니한 자를 말한다.

④ 법 제12조 제1항 단서에서 “그 사유가 소멸된 때”라 함은 병역법의 규정에 의하여 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때를 말한다. 다만, 만 20세가 되기 전에 다음 각 호의 1에 해당하게 된 자는 만 20세가 되는 때에 그 사유가 소멸된 것으로 본다.

1. 현역·상근예비역 또는 보충역으로서 복무를 마치거나 마친 것으로 보

는 때

2. 병역면제처분을 받은 때

3. 제2국민역에 편입된 때

병역법 제8조(제1국민역에의 편입) ① 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항과 병역법 제8조 제1항 등 관련 법규정에 의하면, 남자인 이중국적자가 제1국민역에 편입되는 만 18세가 되기 전에 국적을 선택하지 아니한 경우에는 병역의무를 이행 또는 면제받거나 제2국민역 편입처분을 받기 전까지는 국적선택 내지 이탈을 할 수 없다.

(2) 국적선택 내지 이탈의 자유는 헌법상 보장되는 거주·이전의 자유의 한 내용으로서 보호되는바, 이 사건 법률조항의 입법목적이 정당하다 하더라도 이를 위하여 독자적인 법률행위를 할 수 없는 만18세 미만의 어린 나이에 자신의 운명에 지대한 영향을 미치는 정치적 공동체인 국가를 선택하도록 강요하고, 그 때를 놓친 경우에는 병역의무를 이행 또는 면제받거나 제2국민역 편입처분을 받지 못하는 한 국적선택에 관한 기본권을 행사하지 못하도록 제한하는 것은 위헌이다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청 기각이유

이중국적자는 이 사건 법률조항으로 인하여 국적선택의 자유가 완전히 박탈되는 것이 아니라 일정한 범위 내에서 제한을 받을 뿐이고 병역을 필하거나 면제받은 때에는 자유롭게 국적을 이탈할 수 있으며, 또 병역을 필하지 않았거나 면제받지 않았다 하더라도 18세가 되어 제1국민역에 편입되기 전이라면 스스로 또는 법정대리인을 통하여 자유롭게 국적을 이탈할 수 있는 점 및 헌법이나 병역법에 근거한 병역의무의 이행을 충분히 확보함으로써 실현되는 국가안전보장 또는 국가방위라는 공익의 중요성 및 이러한 병역의무의 이행과 관련하여 이중국적자로 하여금 아무런 제한 없이 국적을 이탈할 수 있게 할 경우 발생할 수 있는 공익상의 폐해 등을 고려하여 보면, 이 사건 법률조항 등이 제1국민역에 편입된 이중국적자에게 병역을 필하거나 면제받을 때까지는 국적이탈을 할 수 없도록 제한한 것이 헌법상 비례의 원칙에 반하여 위헌이라고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 병역의무자인 이중국적자가 병역을 면탈할 목적으로 대한민국 국적을 포기하거나 국적선택의무를 고의로 회피하여 대한민국 국적을 벗어나는 것을 막는 데에 그 취지가 있다.

(2) 국적이탈의 자유는 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함되는 것이지만, 개인의 국적선택에 관하여는 나라마다 그들의 국내법에서 많은 제약을 두고 있는 것이 현실이므로 국적은 아직도 자유롭게 선택할 수 있는 권리에는 이르지 못하고 있다.

(3) 이중국적자는 이 사건 법률조항에 의하여 국적선택의 자유가 완전히 박탈되는 것이 아니라 18세가 되어 제1국민역에 편입되기 전이나, 제1국민역에 편입되었다더라도 병역의무를 이행하거나 면제받은 때에는 자유롭게 국적을 이탈할 수 있으며, 병역의무의 이행을 확보함으로써 실현되는 국가방위라는 공익의 중요성과 이중국적자로 하여금 아무런 제한없이 국적을 이탈할 수 있게 할 경우 발생할 수 있는 공익상의 폐해 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 반하여 국적선택의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 내용과 쟁점의 정리

(1) 국적법 제12조 제1항 본문에 의하면 만 20세가 되기 전에 이중국적자가 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 이중국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하도록 하고 있지만, 이 사건 법률조항은 “병역의무의 이행과 관련하여 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 자는 그 사유가 소멸된 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하여야 한다.”고 함으로써 병역과 관련하여 국적선택에 대한 일정한 제한을 추가적으로 더 규정할 것을 예정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 그러한 사항에 관하여 완결적으로 규율하고 있는 것이 아니라 일정한 사항을 대통령령에 위임하고 있다. 병역의무의 이행과 관련하여 일정한 사유에 해당하는 자는 그 사유가 소멸된 때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택하여야 한다는 부분은 스스로 규율하고 있지만, 그 사유의 내용은 대통령령에 위임하고 있는 것이다.

(2) 당해사건 법원과 청구인은 남자인 이중국적자는 18세가 되어 제1국민역에 편입되면 병역을 필하거나 병역의무를 면제받지 않는 한 국적을 이탈할 수 없는 제한을 받는다고 하면서, 이러한 법적 상태의 위헌 여부에 관하여 각

기 의견을 개진하고 있다.

그런데 그와 같은 법적 상황은 이 사건 법률조항만에 의하여 곧바로 형성되는 것이 아니라, 이 사건 법률조항의 위임에 근거한 국적법시행령 제16조 제3항, 제4항이 함께 어우러져야만 비로소 그러한 법적 상황이 형성된다. 국적법시행령 제16조 제3항은 ‘이중국적자 중 대한민국의 호적에 입적되어 있는 남자로서 제1국민역에 편입된 후 병역을 필하지 아니하거나 면제받지 아니한 자’라고 하여 국적선택 제한의 대상자를 구체화하고 있으며, 같은 조 제4항은 ‘현역·상근예비역 또는 보충역으로서 복무를 마치거나 마친 것으로 보는 때’, ‘병역면제처분을 받은 때’, ‘제2국민역에 편입된 때’를 국적선택 제한의 소멸사유로 구체화하고 있다. 이와 같이 이 시행령조항들은 이 사건 법률조항을 보충하여 이중국적자의 국적선택의 자유를 제한하는 사유를 구체화하고 있다. 한편, 18세부터 대한민국 남자를 제1국민역에 편입시키고 있는 병역법 제8조 제1항은 위 시행령조항과 연결됨으로써 자유롭게 국적선택을 할 수 있는 연령상한으로서 18세를 설정하는 기능을 하고 있다.

(3) 이 사건과 같은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 대상은 형식적 의미의 법률이므로, 명령이나 규칙을 대상으로 한 위 조항의 헌법소원 청구는 부적법하다(헌재 1992. 10. 31. 92헌바42, 판례집 4, 708, 710; 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 27).

또한 법률조항 자체에서 직접 규정하지 않고 구체적 내용을 대통령령에 위임한 경우, 비록 그 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반되더라도 그 대통령령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 바로 수권법률까지 위헌으로 되는 것이 아니다(헌재 1999. 2. 25. 97헌바63, 판례집 11-1, 140, 150; 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 447).

(4) 그렇다면 이 사건 법률조항의 위헌 여부는, 이 사건 법률조항의 위임을 받은 대통령령인 국적법시행령 제16조 제3항, 제4항의 내용을 포함한 규범상태, 즉 ‘남자인 이중국적자는 18세가 되어 제1국민역에 편입되게 되면 병역을 필하거나 병역의무를 면제받지 않는 한 국적을 이탈할 수 없는 제한을 받는 것’의 위헌 여부와는 구별되어야 한다. 이 사건 법률조항은 병역과 관련한 이중국적자의 국적선택 제한을 직접 규율하고 있지 않으며, 그 구체적 내용을 대통령령에 위임하는 것일 뿐이므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 그 위임이 합헌적인 것인지만 문제된다.

나. 포괄위임금지원칙 위반 여부

(1) 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다.

그러므로 법률이 어떤 사항에 관한 규율을 대통령령에 위임함에 있어서는, 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 법률에 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 하는데, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 590-591; 2000. 12. 14. 98헌바104, 판례집 12-2, 387, 394).

(2) 민주국가에서 병역의무는 납세의무와 더불어 국가라는 정치적 공동체의 존립·유지를 위하여 국가 구성원인 국민에게 그 부담이 돌아갈 수밖에 없는 것으로서, 병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치라 할 수 있는바, 우리 헌법 제5조 제2항, 제39조는 국방과 병역의무가 지닌 이러한 헌법적 가치성을 분명히 밝히고 있다.

이러한 헌법적 가치설정에 따라 병역법은 대한민국 국민인 남자라면 누구나 병역의무를 부담토록 하고 있으며(제3조), 이에 따라 대한민국 국민인 남자는 18세에 제1국민역에 편입됨으로써(제8조 제1항) 실질적인 병역의무자가 되고, 병역의무의 충실한 이행을 담보하고 병역의무의 기피를 차단하기 위한 병역법상의 여러 가지 규제와 관리의 대상이 된다. 그런데 이중국적자 또한 대한민국 국민이기 때문에 남자인 한 병역법에 의한 병역의무 부담으로부터 자유로울 수 없다.

한편, 이중국적에 관하여 현행법은 선천적 이중국적은 일정 기간 허용하고, 후천적 이중국적은 원칙적으로 불허하며(국적법 제10조, 제15조 제1항), 이중국적 상태의 해소를 위하여 국적선택제도를 두고 있다. 국적선택제도는 일정 시점까지는 이중국적을 법적으로 허용하는 한편, 그 시점까지는 반드시 하나의 국적을 선택토록 함으로써 이중국적을 강제로 정리하기 위한 것이다(제12조 내지 제14조).

위에서 본바와 같은 병역에 관한 헌법 및 병역법조항, 이중국적자의 국적선택제도에 관한 국적법조항 등을 전체적으로 조감하여 보면 이 사건 법률조항의 의미와 입법취지를 헤아릴 수 있다. 즉, 이 사건 법률조항은 이중국적자라 하더라도 대한민국 국민인 이상 병역의무를 이행하여야 한다는 것을 대전제로 하고서, 국적선택제도를 통한 병역의무 면탈을 차단하려는 데에 그 입법취지가 있는 것이다. 이중국적자가 생활의 근거를 한국에 두면서 한국인으로서는 누릴 각종 혜택을 누리다가 정작 국민으로서 의무를 다하여야 할 때에는 한국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용된다면 병역부담평등의 원칙(헌법 제11조, 헌법 제39조)은 심각하게 훼손된다. 이중국적자의 기회주의적 병역면탈을 일정하게나마 규제하지 않는다면 병역정의에 대한 일반국민의 불신을 키우고, 병역부담에 관한 국민적 일체감이 저해되어 국방이라는 국민의 총체적 역량에 손상을 미치게 되는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항의 입법취지가 이러할진대, 대통령령에 위임될 사항의 대강도 예측할 수 없는 것이 아니다. 이 사건 법률조항은 스스로 아무런 기준의 제시없이 대통령령에 위임하고 있는 것이 아니라 “병역의무의 이행과 관련하여……”라고 규정함으로써 위임의 내용을 구체적으로 한정하고 있다. 즉, 병역의무의 충실한 이행을 담보하고 국적선택 제도를 활용한 병역의무 기피를 차단하기 위한 제한에 관하여 대통령령에서 규정할 것임을 분명히 밝히고 있는 것이다.

병역기피의 목적으로 대한민국 국적을 상실하였거나 이탈하였던 자에 대하여는 국적회복을 허가하지 못하도록 하고 있는 국적법 제9조 제2항 제3호의 규정은 이 사건 법률조항에 의한 위임의 방향과 내용을 한 번 더 확인하여 주고 있다.

그리하여 이 사건 법률조항의 위임에 의하여 대통령령으로 규정될 사항은 병역의무를 이행하지 않은 이중국적자의 국적선택 제한과 그 해소에 관한 보다 구체적인 사항, 또는 이중국적자에 특유한 문제인 병역의무 이중부담의 조정에 관한 사항 등이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 대통령령에 위임될 사항의 범위와 한계의 대강을 규정하고 있다고 할 것이어서 포괄위임금지원칙에 위배된다고 보기 어렵다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원

헌재 2004. 8. 26. 2002헌바13

의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일(주심)
송인준 전효숙 이상경

공직선거및선거부정방지법 제222조 제1항 등 위헌소원

(2004. 8. 26. 2003헌바20 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 대한 헌법소원에 있어서 재판의 전제성의 의미
2. 대통령선거에 관한 소송에 있어서 인지증액을 규정한 공직선거및 선거부정방지법 제229조가 청구인의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
3. 대통령선거에 관한 소송에 있어서 인지증액을 규정한 공직선거 및 선거부정방지법 제229조가 청구인의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따른 헌법소원이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어 있어야 한다. 그리고 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다.
2. 대통령선거에 관한 소송은 전국 유권자들의 이해관계가 걸려있고, 선거무효 소송이던 당선무효 소송이던 그 절차나 권리관계가 복잡잡하리라는 점을 쉽사리 추단할 수 있으며, 국가원수이자 행정부 수반인 대통령 지위의 법적 불안정성을 제거하기 위하여 신속한 재판이 강하게 요구되므로 대통령선거소송의 경우 다른 비재산권에 관한 소송보다 많은 인지액을 첨부하도록 차등을 두고 있다고 하더라도 이는 대통령선거에 관한 소송에 내재하고 있는 위와 같은 특수성을 반영하여 설정된 것으로서 차별의 목적 및 근거에 합리성이 있다.

3. 또한 차별에 의하여 입게 되는 청구인의 불이익이 실제적 기본권에 관한 것이 아니라 제소권의 제한이라는 절차법에 있어서의 불이익이므로 차별의 수단이나 정도에 대하여는 다른 기본권에 비하여 보다 폭넓은 입법자의 형성의 자유가 인정된다고 할 것이다. 따라서 대통령선거 소송에서 10배에 이르는 인지액의 차등을 두고 있다고 하더라도 인지제도의 목적과 대통령선거소송의 특수성에 비추어 위 차별이 입법형성의 재량권을 일탈할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다. 그리고 대통령선거에 관한 소송에서 인지액을 증액함으로써 얻게 되는 남소의 방지를 통한 사법자원의 효율적 분배, 법적 안정성 등의 공익상의 법익이 재판청구권의 제한으로 잃게 되는 청구인의 이익보다 훨씬 크다고 할 것이고, 위와 같은 제한이 헌법상 보장된 청구인의 재판청구권의 본질적인 요소를 침해하였다고 할 정도의 입법재량의 일탈이 있다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제222조(선거소송)

① 대통령선거 및 국회의원선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 선거일부터 30일 이내에 당해 선거구 선거관리위원회위원장을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다.

②~③ 생략

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제229조(인지첨부에 관한 특례) 선거에 관한 소송에 있어서는 민사소송등인지법의 규정에 불구하고 소송서류에 첨부하여야 할 인지는 민사소송등인지법에 규정된 금액의 10배로 한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

【참조판례】

2. 헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 258, 271

헌재 1994. 2. 24. 93헌바10, 판례집 6-1, 79, 85

【당 사 자】

청 구 인 김안립

국선대리인 변호사 임종길
당해사건 대법원 2002수29 선거인명부무효확인 등

【주 문】

1. 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제 229조 중 대통령선거에 관한 소송 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 위 공직선거및선거부정방지법 제222조 제1항 중 “대통령선거……에 있어서……대법원에 소를 제기할 수 있다”는 부분에 대한 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2002. 12. 19. 실시된 제16대 대통령선거에 참여한 선거인인 바, 자신이 소속된 선거구의 선거업무를 관장하던 해운대구선거관리위원회는 공직선거및선거부정방지법(이하 “공선법”이라 한다) 제157조 제1항에 따라 선거인의 신분을 확인하고 선거인명부에 서명 또는 날인을 받은 후 투표용지를 교부하여야 함에도 불구하고 청구인에게 ‘동그라미’를 표시하게 한 후 투표용지를 교부하여 투표하게 하였으므로 위 대통령선거절차에 하자가 있고, 위 하자 있는 대통령선거에서 후보자 노무현이 당선된 것은 무효라고 주장하면서, 대법원 2002수29호로 선거인명부무효확인 등 청구소송을 제기하였다.

(2) 그런데 대법원이 2003. 1. 6. 청구인에게 인지 1,900,000원과 송달료 49,000원을 납부하라는 보정명령을 내리자, 청구인은 공선법 제222조 제1항이 대통령선거에 관한 관할을 대법원의 전속관할로 하여 다른 소송과 달리 단심제(單審制)를 규정하고, 또한 공선법 제229조가 위 소송제기시 첩부해야 되는 인지액을 민사소송등인지법이 규정한 금액의 10배로 정한 것은 헌법상 보장된 청구인의 평등권과 재판받을 권리 등을 침해한다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청을 하였다.

(3) 대법원이 2003. 1. 27. 청구인의 위헌여부심판의 제청신청을 이유 없다고 기각하고, 소송비용 미보정을 이유로 선거인명부무효확인 등 청구소송을 각하하자 청구인은 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

- 나. 심판의 대상

청구인은 대법원에 대한 위헌여부심판의 제청신청 및 이 사건 심판청구서

에 공선법 제222조 제1항, 제229조 전부에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 이 사건 기록을 살펴보면 청구인의 청구취지는 ‘대통령선거’에 있어서의 쟁송에 관한 공선법 규정을 다투는 것이 명백하므로, 이 사건 심판대상을 공선법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제222조 제1항 중 ‘대통령선거에 있어서 재판관할을 대법원으로 규정한’ 부분과 위 공선법 제229조 중 ‘대통령선거에 관한 소송에 있어서 인지를 민사소송등인지법에 규정된 금액의 10배로 정한’ 부분에 대한 위헌 여부로 한정함이 상당하다.

이 사건 심판대상 규정과 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

공선법 제222조(선거소송) ① 대통령선거 및 국회의원선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 선거일부터 30일 이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다.

②, ③ 생략

공선법 제229조(인지첨부에 관한 특례) 선거에 관한 소송에 있어서는 민사소송등인지법의 규정에 불구하고 소송서류에 첨부하여야 할 인지는 민사소송등인지법에 규정된 금액의 10배로 한다.

민사소송등인지법 제2조(소장) ①~③ 생략

④ 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것과 비재산권을 목적으로 하는 소송의 소가는 대법원규칙으로 정한다.

⑤ 생략

민사소송등인지법 제3조(항소장, 상고상) 항소장에는 제2조 규정액의 1.5배액의 인지를, 상고상(대법원에 제출하는 소장을 포함한다)에는 제2조 규정액의 2배액의 인지를 붙여야 한다.

민사소송등인지규칙 제17조(행정소송) 행정소송의 소가는 다음 각호에 규정된 가액 또는 기준에 의한다.

1.~3. 생략

4. 제1호 내지 제3호에 규정된 것 이외의 소송은 비재산권을 목적으로 하는 소송으로 본다.

민사소송등인지규칙 제18조의2(소가를 산출할 수 없는 재산권상의 소 등) 재산권상의 소로서 그 소가를 산출할 수 없는 것과 비재산권을 목적으로 하는 소송의 소가는 2,000만 100원으로 한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 공선법 제222조 제1항은 대통령선거에 관한 소송을 대법원에만 제기할 수 있도록 규정하고 있는바, 제소권자인 선거인은 전국에 산재해 있는데 반하여 관할법원인 대법원은 서울에만 소재하고 있으므로 제소권자(청구인의 경우 부산에 주소를 두고 있음)가 소송을 제기하기 위하여 원격지인 서울까지 왕래함으로써 인하여 시간적으로나 경제적으로 불편이 크고 불법행위가 이루어진 장소와의 지역적 관련성 등을 종합하여 볼 때, 위와 같은 단심제 규정은 청구인의 재판청구권과 평등권을 침해한 것이다.

(2) 대통령선거에 관한 소송에서 민사소송등인지법에 규정된 인지액의 10배의 금액을 인지로 첨부하여야 한다는 공선법 제229조는 제소권자인 일반 선거인에게 다른 소송에 비하여 지나치게 과도한 비용을 요구하는 것으로서 재판청구권과 평등권을 침해한 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견

선거소송제도는 각 나라의 선거제도와 사법체계 등에 따라 법률에 의해 결정될 사항이므로 공선법 제222조 제1항과 제229조가 청구인의 재판청구권이 나 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 공선법 제222조 제1항의 위헌 여부

헌법재판소법 제68조 제2항에 대한 헌법소원에 있어서는 일반 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어 있어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58).

공선법 제222조 제1항은 대통령선거무효 소송을 대법원의 전속관할로 두고 있고, 이에 청구인이 위 조항에 따라 대법원에 대통령선거무효 소송을 제기하였는바, 대법원은 최고법원으로서 당해사건의 재판에 관한 사실인정 및 법률 적용에 관한 최종심이므로 위 조항의 위헌 여부, 즉 대법원 이외의 하급심 법원에도 대통령선거무효 소송의 관할을 인정해야 하는지 여부에 따라 대법원에서의 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 볼 수 없다.

따라서 청구인의 이 사건 헌법소원심판청구 중 공선법 제222조 제1항에 관

한 부분은 부적법하다.

나. 공선법 제229조의 위헌 여부

(1) 쟁 점

인지제도의 목적은 수익자부담의 원칙에 따라 국가 또는 공공단체가 특정 개인을 위하여 행하는 역무에 대한 반대급부로서의 수수료의 성질을 가짐과 아울러 불필요하고 성공가능성이 없는 소송을 방지하고 남소에 따른 법원의 과중한 업무부담에서 오는 법원업무의 양질성과 효율성 저하를 방지하는 데에 있다(헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 258, 271).

그런데 공선법이 선거에 관한 소송절차에 대하여 대부분 행정소송법을 준용하면서 인지액에 관하여만 예외적으로 공선법 제229조에서 일반 행정소송의 10배로 정하고 있는바, 이것이 선거소송에 관한 제소의 기회를 부여함에 있어서 인지액을 납부할 수 없는 무자격자와 자격자를 불합리하게 차별함으로써 평등의 원칙에 위배되는 것은 아닌지 그리고 선거소송의 특수성을 감안하더라도 지나치게 고액의 인지액을 붙이게 함으로써 인지를 침부할 능력이 없거나 부족한 자에 대하여 법원에 의한 권리구제의 길을 차단함으로써 재판 청구권을 침해하는 것은 아닌지가 이 사건의 쟁점이다.

(2) 입법경위

일반적으로 소장에 침부하는 인지액은 소송목적의 가액을 기준으로 정해지고(민사소송등인지법 제2조 제1항), 소송목적의 가액은 각 소의 종류에 따라 민사소송등인지규칙 제12조 내지 제18조의2에 따로 정해 두고 있는데, 그 원칙은 원고가 청구취지로서 구하는 범위 내에서 원고의 입장에서 보아 전부 승소할 경우에 직접 받게 될 경제적 이익을 객관적으로 평가한 것이다. 그런데 대통령선거에 관한 소송은 민사소송등인지법에서 정한 금액의 10배의 인지액을 침부하도록 하고 있다. 선거소송에 있어서 위와 같은 인지증액규정은 1970. 12. 22. 법률 제2241호로 개정된 국회의원선거법에서 주로 남소를 방지하기 위하여 처음 등장하였고, 대통령선거법은 1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정되면서 국회의원선거법과 균형을 맞추어 남소를 방지하기 위하여 같은 내용의 규정을 두게 되었다. 그 후 지방자치단체의장선거법(1988. 4. 6. 법률 제4005호로 제정)과 지방자치단체의장선거법(1990. 12. 31. 법률 제4312호로 제정) 제정시 같은 내용의 규정이 포함되었는데, 이후 위 4건의 법률이 공선법으로 통합되면서 폐지되고, 인지증액규정은 공선법 제229조에 남게 되었다.

(3) 평등권 침해 여부에 관한 판단

헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다(헌재 1994. 2. 24. 93헌바10, 판례집 6-1, 79, 85 참조). 또한 차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 차별의 기준이 있기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위해서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다.

민사소송등인지법에 따르면, 일반적으로 소송물가액이 높으면 그 권리관계가 복잡하고 이로 인하여 소송당사자에게 미치는 영향이 크며 이에 따라 소송도 장기간에 걸쳐 신중하게 진행되는 것이 보통이고, 소송을 통하여 제소자가 잠재적으로 확보하게 될 이익도 또한 그만큼 비례하여 커지는 것이므로, 인지액도 이에 비례하여 증액된다. 그러나 비재산권을 목적으로 하는 소송은 그 가액을 특정할 수 없고, 또한 소송의 종류에 따라 재판에 소요되는 비용, 사건의 난이도, 영향력 등이 천차만별이어서 모든 경우를 예상하여 이에 대한 인지액을 따로 정하는 것은 불가능하므로 결국 비재산권을 목적으로 하는 소송을 일률적으로 파악하여 단일한 인지액을 정할 것인지 아니면 이를 가급적이면 세분하여 그 구체적, 개별적 소송의 종류에 따라 인지액을 달리 정할 것인지, 인지액을 달리 정한다면 구체적으로 인지액을 과연 어떠한 방법에 의하여 얼마 정도로 할 것인지는 남소방지를 통한 사법자원의 효율적인 활용과 국가의 비용징수 보장이라는 인지제도의 취지에 부합함과 동시에 국민의 절차적 기본권의 보장을 본질적으로 침해하지 않아야 한다는 요건을 모두 충족시켜야 하는 매우 어려운 문제이고, 이는 그 나라의 인지제도의 연혁, 외국의 입법례, 국민의 경제력, 개별소송의 특성 등 여러 가지 요소를 고려하여 정하여야 한다.

그런데 이 사건 대통령선거에 관한 소송은 전국 유권자들의 이해관계가 걸려있고, 선거무효 소송이든 당선무효 소송이든 그 절차나 권리관계가 복잡하리라는 점을 쉽사리 추단할 수 있으며, 국가원수이자 행정부 수반인 대통령 지위의 법적 불안정성을 제거하기 위하여 신속한 재판이 강하게 요구되므로

대통령선거소송의 경우 다른 비재산권에 관한 소송보다 많은 인지액을 첨부하도록 차등을 두고 있다고 하더라도 이는 대통령선거에 관한 소송에 내재하고 있는 위와 같은 특수성을 반영하여 설정된 것으로서 차별의 목적 및 근거에 합리성이 있다. 또한 이 사건의 경우 차별에 의하여 입게 되는 청구인의 불이익이 실제적 기본권에 관한 것이 아니라 제소권의 제한이라는 절차법에 있어서의 불이익이므로 차별의 수단이나 정도에 대하여는 다른 기본권에 비하여 보다 폭넓은 입법자의 형성의 자유가 인정된다고 할 것이다. 따라서 대통령선거 소송에서 10배에 이르는 인지액의 차등을 두고 있다고 하더라도 앞서 본 인지제도의 목적과 대통령선거소송의 특수성에 비추어 위 차별이 입법형성의 재량권을 일탈할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다. 나아가 위 차별의 결과로 발생하는 청구인의 절차적 기본권의 침해가 그로 인하여 달성하고자 하는 사법자원의 효율적인 활용과 국가의 비용정수 보장이라는 공익에 비하여 크지도 않은 것으로 보인다.

그렇다면, 공선법 제229조가 대통령선거에 관한 소송의 경우 다른 소송보다 다소 많은 인지액을 첨부하도록 규정하고 있다고 하더라도 이것이 자력이 약한 청구인을 불합리하게 차별하여 청구인의 평등권을 침해한 것이라고 할 수 없다.

(4) 재판청구권 침해 여부에 관한 판단

국민의 권리구제를 위한 소송제도를 설치하면서 개개의 소송수행에 필요한 경비를 소송제도를 이용하는 당사자의 부담으로 하는 수익자부담의 원칙을 채택하고 형식적으로 법원의 문을 누구에게나 개방한다고 하더라도 자력이 부족한 자에 대하여도 소송을 제기함에 있어서 미리 고액의 인지를 붙일 것을 예외 없이 요구하고 인지를 붙이지 아니하는 경우 소장을 각하하도록 한다면, 그러한 규정은 그 비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 제소의 기회를 형식상 보장하고 있을 뿐 실질적으로는 그 기회를 이용하기 심히 어렵게 되어 결국 자력이 부족한 당사자에게 소송에 의한 권리구제의 기회를 불합리하게 제한하는 것이 된다.

그런데, 각양각색의 소송은 그 종류에 따라 소요되는 재판비용, 시간, 사건의 난이도, 결과의 중요성 등이 다르므로 구체적인 인지액은 국민의 기본권보장에 충실하면서도 남소방지를 통한 사법자원의 효율적인 분배를 보장하는 방법으로 정해져야 할 것인바, 위와 같은 원리에 충실하다면 그 구체적인 인지액의 내용은 그 나라의 인지제도의 연혁, 외국의 입법례, 국민의 경제력, 개

별소송의 특성 등 여러 가지 요소를 고려하여 정하여야 하고, 이는 결국 앞에서 언급한 바와 같이 입법자의 형성의 자유에 속한다.

그리고 재산권에 관한 소송은 물론이고, 비재산권에 관한 소송이라 하더라도 입법기술이 허용하는 한 소송의 종류에 따라 가급적이면 세분하여 인지액을 정하는 것이 합리적이라는 점을 고려하면, 대통령선거에 관한 소송이 갖는 특성에 비추어 일반 소송에 비하여 고액의 인지를 첩부하도록 하는 것이 오히려 사법자원의 효율적 활용을 위하여 마련하고 있는 인지제도의 목적에 더 부합한다고 할 것이다.

이 사건의 경우, 선거인, 정당, 후보자가 대통령선거소송을 제기할 수 있지만 대통령선거는 5년마다 전국적으로 동시에 실시되고, 공선법이 선거소송에 있어서 선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 선거의 전부나 일부 또는 당선 무효를 판정하도록 하고 있는 점에 비추어 보면(공선법 제224조), 선거인 개인이 홀로 제소하는 경우는 극히 드물고(가사 제기하는 경우가 있다고 하더라도 개인의 기표행위 등 투표절차에 있어서의 단순한 하자가 선거의 결과에 영향을 미치는 경우는 더욱 드물다고 하겠다) 대부분 선거인 중 일부 집단, 정당 또는 후보자가 제기하리라는 점을 경험칙상 능히 예견할 수 있다. 한편, 대통령선거에 관한 소송에서 청구인이 실제 납부하여야 할 인지액이 1,900,000원이고, 이는 통상적인 금전지급청구의 소에 있어서의 청구금액으로 환산하면 200,000,000원에 못 미치는 금액인바, 대통령선거에 관한 선거소송이 전국 유권자들의 이해관계에 영향을 미치므로 그 절차나 권리관계가 복잡하리라는 점, 국가원수이자 행정부 수반인 대통령 지위의 법적 불안정성을 제거하기 위하여 신속한 재판이 강하게 요구되는 점 등에 비추어 보면 대통령선거에 관한 소송에서 인지액을 증액함으로써 얻게 되는 남소의 방지를 통한 사법자원의 효율적 분배, 법적 안정성 등의 공익상의 법익이 재판청구권의 제한으로 잃게 되는 청구인의 이익보다 훨씬 크다고 할 것이고, 위와 같은 제한이 헌법상 보장된 청구인의 재판청구권의 본질적인 요소를 침해하였다고 할 정도의 입법재량의 일탈이 있다고 할 수 없다.

또한 민사소송법은 법원이 소송비용을 지출할 자력이 부족한 자에 대하여는 그 신청과 소명에 의하여 패소할 것이 명백한 경우를 제외하고는 각 심급에서 소송상의 구조를 할 수 있게 하고(민사소송법 제128조 참조), 이에 따라 소송상의 구조를 받는 자는 인지대 등 재판비용의 납입이 유예되므로(민사소

송법 제129조 제1항 참조), 소장의 인지액이 소송을 제기하고자 하는 당사자의 구체적 사정이나 개별적인 경제력에 비추어 자력으로는 부담하기 어려울 정도로 고액인 경우에는 그 당사자가 패소할 것이 명백하여 소송의 실질적 이익이 없다고 인정되지 않는 한 소장에 인지를 붙이지 아니하고도 재판을 받을 수 있는 길을 열어 두고 있고, 이는 대통령선거에 관한 소송에서도 동일하다. 위와 같은 소송구조 제도가 마련되어 있는 현행 소송제도하에서 공선법 제229조는 자력이 부족한 당사자에 대하여 소송의 기회를 제대로 이용할 수 없을 정도로 어렵게 하거나 사실상 차단하는 규정이라고 볼 수는 없다.

따라서 공선법 제229조가 청구인의 재판청구권을 침해하는 위헌규정이라고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 공선법 제229조 중 대통령선거에 관한 소송 부분은 헌법에 위반되지 아니하고, 공선법 제222조 제1항 중 “대통령선거……에 있어서……대법원에 소를 제기할 수 있다”는 부분에 대한 헌법소원심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일(주심)
송인준 전효숙 이상경

구 상속세법 제9조 제4항 제1호 위헌소원

(2004. 8. 26. 2003헌바26 전원재판부)

【판시사항】

1. 개정 전 조항에 대한 헌법불합치결정의 효력이 개정 후 구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항에 미치는지 여부(소극)

이를 위헌으로 보는 경우 그 위헌성이 같은 법 제9조 제4항(이하 이 사건 '심판대상조항'이라 한다)의 위헌을 초래하는지 여부(소극)

2. 이 사건 심판대상 조항이 헌법상 조세법률주의와 포괄위임금지 원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 법률에 의하여 행정입법에 위임된 사항에 관한 행정입법자의 법규 형성권한

【결정요지】

1. 구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항이 불명확을 이유로 위헌이라고 하더라도 제1항의 이와 같은 불명확성이 같은 조 제4항의 이른바 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”의 결정에 무슨 영향을 미칠 상관관계를 갖지 아니하므로 제1항의 불명확성 자체는 그와 별도의 절차에 의하여 독자적으로 이루어지는 제4항의 평가액 결정에 아무런 영향도 미칠 수 없다.

같은 법 제9조 제4항이 같은 조 제1항과의 비교를 명하고 있으나, 형식상 같은 법 제9조 제1항과 종전에 헌법불합치결정된 개정전 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항은 그 내용에 부분적인 차이가 있어 양자를 완전히 동일한 내용으로 볼 수 없어 헌법재판소 2001. 6. 28. 선고 99헌바54의 헌법불합치결정의 효력이 개정 후의 구 상속세법 제9조 제1항에 그대로 미치는 것은 아니다.

나아가 위 헌법불합치결정은 입법개정시까지 그 조항을 계속 적용

하도록 명하고 있으므로 실령 위 헌법불합치결정의 효력이 법 제9조 제1항에 대하여 미치는 것이라고 보더라도 위 결정 상의 계속 적용 명령의 효력으로 이 조항 또한 유효하게 적용될 수 밖에 없다.

2. 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 조세부과에 관련된 모든 법규를 예외 없이 형식적인 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 불합리하기 때문에 경제현실의 변화나 발전된 평가기술의 수준을 적시에 반영하는 입법이 요청되는 조세관련사항에 대하여는 국회 제정의 형식적 법률에 비하여 보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 그 규정을 위임하는 것이 허용되어야 하는바, 저당권이 설정된 상속재산의 경우 채권담보액을 기준으로 그 가액을 평가한다고 하더라도 채권담보액과 시가와의 비례적 관계가 경제적 여건의 변화에 따라 달라질 수 있고 부동산가액의 평가방법 또한 기술적 진보에 따라 다양하게 변할 수 있는 것이므로 이러한 사항은 법률이 직접 이를 규정하는 것보다는 행정입법에 이를 위임하는 것이 필요하고 합리적이기도 하다. 저당권이 설정된 상속재산에 대한 가액 평가를 대통령령에 위임한 것은, 상속재산에 관하여 저당권이 설정된 경우에는 통상 당해 재산의 객관적인 교환가치의 범위 안에서 피담보채권액이 정하여지므로 그 채권액이 시가에 비교적 근접하게 상속재산의 가액을 반영한다고 볼 수 있어, 구 상속세법 제9조 제1항에 의한 평가액(상속개시 당시의 실지거래가액, 감정평가가액 또는 과세관청이 상당한 방법으로 평가한 가액)을 상회하는 피담보채무액이 있는 경우에는 실제가액을 상한으로 하여 이 피담보채무액을 과세표준액으로 삼아서 과세표준액이 가능한 한 시가에 근접되게 함으로써 실질과세의 원칙을 최대한 관철하려고 하는 것으로써, 그 필요성과 합리성을 충분히 인정할 수 있으며 대통령령에 정해질 내용의 대강을 예측할 수 있도록 위임되었다 할 것이다.

3. 대통령령에 규정될 내용의 대강에 대하여 예측가능성이 있다 하더라도 실제 규정될 상세한 내용은 상이한 여러 형태로 나타날 수 있어 대통령령에 의하여 선택된 평가방법에 따라 구체적으로 평가된 가액 사이의 편차가 나타날 수도 있다. 그런데 이와 같은 결과는 법률에 의하여 행정입법에 위임된 사항에 관하여는 행정입법자도 그

위임의 범위에서 법규를 형성할 수 있다는 위임입법의 법리에서 비롯된 당연한 귀결이다.

재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의
반대의견

1. 심판대상 법률조항의 조세법률주의 위반 여부

가. 조세법률주의(과세요건 법정주의와 명확주의)

헌법재판소는 2001. 6. 28. 99헌바54 사건에서 헌법불합치결정이 선고된 구 상속세법 제9조 제1항은 정하고 있는 시가주의의 내용이 명확하지 않아 과세요건 명확주의에 반하여 조세법률주의에 위반된다고 판시한 바 있다. 따라서 이 사건 심판대상 조항은 이 사건 법률만으로는 도저히 그 의미를 명확히 알 수 없어 이미 위헌성이 확인된 “상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액”을 비교기준으로 삼아 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”과 비교하도록 함으로써, 명확한 비교를 불가능하게 하고 있으므로 그 자체로 조세법률주의에 위반된다 할 것이다.

2. 포괄위임금지원칙 위반

상속세의 본질적 요소로서의 과세요건인 상속재산의 평가방법은 조세법률주의의 원칙상 당연히 법률로서 정하여야 하는데 새로운 과세요건인 시가를 알 수 없는 경우에 적용될 보충적 평가방법이 구 상속세법 시행령에 규정되어 있어 이미 조세법률주의에 위반될 뿐만 아니라(위시행령이 집행명령이라는 점도 의문이다. 위 조항은 위임명령이다.) 위임입법의 한계로서의 예측가능성은 입법취지와 법률자체로부터 그 유무를 판단하여야 하므로 아무런 법적근거도 없는 위시행령을 예측가능성의 판단자료로 끌어다 쓸 수는 없다. 저당권이 설정된 재산에 대하여는 피담보채무액, 채권최고액, 저당권을 설정하기 위하여 감정평가사가 평가한 평가액, 일본의 경우처럼 국세청 산하의 평가위원회가 평가한 가액 등 다양한 평가방법과 상속개시당시, 평가시, 중간시 등 평가시기 존재하므로, 평가의 방법과 평가시기에 따라 상속재산의 평가액이 달라

지므로 과세표준의 기본사항인 상속재산의 평가방법이나 시기에 관하여 대강의 평가기준만이라도 법률에 규정되어야 조세법률주의를 준수하였다 할 것인데, 이에 관한 규정을 전혀 두지 아니함으로써 상속세법 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 도저히 예측할 수 없다 할 것이다.

【심판대상조문】

구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제9조(상속재산의 가액 평가) ①~③ 생략

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 상속재산은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 제1항의 규정에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.

1. 저당권 또는 질권이 설정된 재산
- 2.~4. 생략

⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제38조, 제59조, 제75조

구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제9조(상속재산의 가액 평가) ① 상속재산의 가액 및 상속재산의 가액 중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시당시의 현황에 의한다. 다만, 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의하며, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액은 증여 당시의 현황에 의한다.

②~⑤ 생략

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제9조(상속재산의 가액 평가) ① 상속재산의 가액, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액 및 상속재산의 가액 중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시당시의 현황에 의한다. 다만, 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의한다.

②~⑤ 생략

구 상속세법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 14082호로 개정되고 1994. 12. 31. 대통령령 제14469호로 개정되기 전의 것) 제5조의2(담보제공된 재산가액의 평가) 법 제9조 제4항에서 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”이라 함은 다음의 금액을 말한다.

1.~2. 생략

3. 근저당권이 설정된 재산으로서 당해 근저당권을 설정하기 위하여 지가공시및토지등
의평가에관한법률에 의한 감정평가업자가 감정한 가액(2인 이상의 감정가액이 있을

때에는 최고의 가액)이 있는 경우에는 그 가액
4.~6. 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 2001. 6. 28. 99헌바54, 판례집 13-1, 1271
- 2. 헌재 1997. 10. 30. 96헌바92등, 판례집 9-2, 478, 494
헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 635
헌재 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 445

【당 사 자】

청 구 인 김○선 외 3인
대리인 변호사 신현석
당해사건 서울고등법원 2001누18185 상속세부과처분취소

【주 문】

구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제9조 제4항 제1호 중 “저당권이 설정된 재산” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 1994. 4. 16. 사망한 망 유○규의 공동상속인인바, 상속재산 협의분할에 의하여 청구인 유○호가 상속부동산 가운데 별지 상속부동산목록 순번 1 기재 부동산(이하 “과천동 소재 부동산”이라 한다)을, 청구인 김○선이 같은 목록 순번 2(이하 “호계동 소재 부동산”이라 한다), 순번 3(이하 “염곡동 소재 부동산”이라 한다), 순번 4, 5 기재 부동산을, 청구인 유○훈이 같은 목록 순번 6 기재 부동산을, 청구인 유○영이 같은 목록 순번 7 기재 부동산을 각 상속 취득하였다.

(2) 서초세무서장은 청구인들의 상속부동산 중 위 과천동, 호계동, 염곡동 소재 각 부동산에 관하여는 구 상속세법 제9조 제4항 제1호 소정의 근저당권이 설정되어 있다는 이유로 동법 시행령 제5조의2 제3호를 적용하여 1996. 12. 6.(그 이전 3차례의 부과 및 경정처분이 있었다) 782,978,590원의 상속세부

과처분을 하였다.

(3) 청구인들은 서울고등법원에 위 부과처분에 대한 취소소송이 계류중인 2002. 8. 19. 위 법률조항호에 대한 위헌심판제청신청을 하였으나, 위 법원이 2003. 4. 8. 기각결정(2002아130)을 하자, 같은 해 4. 30. 위 법률조항이 헌법 제23조 제1항, 제10조, 제11조 제1항, 제38조, 제59조, 제75조 등에 위반된다고 하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 이 사건 상속개시 당시 시행중이던 구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것, 이하 “이 사건 법률”이라 한다) 제9조 제4항 제1호 “저당권 또는 질권이 설정된 재산” 규정에 대하여 위헌심판제청신청을 하고 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다. 그런데 청구인들에게 문제가 되는 것은 근거당권이 설정된 상속재산의 과세표준이다. 그러므로 이 사건 심판대상을 위 법 제9조 제4항 제1호 중 질권을 제외한 “저당권이 설정된 재산” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부로 한정한다. 이 사건 법률조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

구 상속세법(1994. 12. 22. 법률 제4805호로 개정되기 전의 것) 제9조(상속재산의 가액평가) ① 상속재산의 가액 및 상속재산의 가액 중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시당시의 현황에 의한다. 다만, 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의하며, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액은 증여 당시의 현황에 의한다.

② 삭제

③ 삭제

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 상속재산은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 제1항의 규정에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.

1. 저당권 또는 질권이 설정된 재산

이하 생략

구 상속세법시행령(1993. 12. 31. 대통령령 14082호로 개정되고 1994. 12. 31. 대통령령 제14469호로 개정되기 전의 것)

제5조(상속재산의 평가방법) ① 법 제9조 제1항의 규정에 의한 상속개시 당시의 현황에 의한 가액은 그 당시의 시가에 의하되 시가를 산정하기 어려울 때에는 제2항 내지 제6항의 규정에 의한 방법에 의한다.

제5조의2(담보제공된 재산가액의 평가) 법 제9조 제4항에서 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”이라 함은 다음의 금액을 말한다.

1. 저당권(공동저당권 및 근저당권을 제외한다)이 설정된 재산의 가액은 당해 재산이 담보하는 채권액
 2. 생략
 3. 근저당권이 설정된 재산으로서 당해 근저당권을 설정하기 위하여 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가업자가 감정한 가액(2인 이상의 감정가액이 있을 때에는 최고의 가액)이 있는 경우에는 그 가액
 4. 이하 생략
2. 청구인들의 주장요지와 관계인들의 의견 요지
- 가. 청구인들의 주장요지

헌법재판소는 2001헌가5 사건에서 사실상 임대차계약을 체결하거나 임차권이 등기된 상속재산의 평가방법을 정하고 있는 이 사건 법률 제9조 제4항 제4호에 대하여, “법에서는 임대차 계약의 내용과 태양에 따라 다른 대가의 평가기준에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하고, 법의 다른 조항이나 다른 세법들의 규정들을 보아도 위와 같은 평가기준을 제시하는데 도움을 줄 수 있는 내용이 전혀 없어 위임된 하위 법규에 규정될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 곤란하므로” 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정에 위반된다고 하여 위헌결정을 선고하였다.

그런데 이 사건에서 청구인들이 위헌임을 주장하는 이 사건 법률 제9조 제4항 제1호는 위 제4호와 비교하여 저당권 또는 질권이 설정된 재산에 관한 것이라는 점에서만 차이가 있을 뿐이고 하위 법규에 대가의 평가기준을 제시하지 않고 포괄위임하고 있는 것은 완전히 동일하므로 헌법재판소가 2001헌가5호 사건의 판시 이유에서 포괄위임이라고 지적한 이유는 이 사건에서도 그대로 적용되어 이 사건 법률 제9조 제4항 제1호는 위헌이라 할 것이다.

또한 이 사건 법률 제9조 제4항 및 시행령 제5조의2 제3호는 근저당권 설정을 위한 감정시기에 관하여 아무런 제한을 두지 아니하여 상속개시일로부터 아무리 오래 전에 예컨대 수년 전 또는 수십년 전에 감정평가가 이루어졌고 그 사이에 당해 부동산의 가액이 크게 하락된 경우에도 전혀 예외를 인정하지 아니하고 종전의 감정가액을 그대로 상속재산의 평가액으로 원용할 수 있다는 결론에 이르게 되어 매우 불합리하다. 상속개시 시점으로부터 얼마 전에 감정평가가 이루어졌는가에 관계없이 그 감정가액으로 상속재산의 가액을

평가하는 것은 과거 우리나라 부동산 시가가 줄곧 상승세에 있었을 당시에는 납세자의 기본권을 침해할 우려가 거의 없고 오히려 납세자에게 유리하게 작용하였을 것이나 근래, 특히 IMF시기에 나타난 바와 같이 부동산의 시가가 각 시기 또는 지역에 따라서는 하락되는 사정하에서는 그 비합리성이 더욱 두드러지는데, 이러한 점은 이 사건 법률 제9조 제4항 제1호가 그 평가방법을 대통령령에 포괄적으로 위임한 데서 비롯되는 것이다.

나. 법원의 제정신청 기각이유

이 사건 법률 제9조 제4항 제1호는 상속재산의 가액 평가에 관하여 시가주의 원칙을 정한 같은 조 제1항의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지에서 규정된 것으로서 통상 당해 재산의 객관적인 교환가치의 범위 안에서 피담보채권액이 정해지는 것이고 또 담보권을 설정하는 과정에서 당해 재산의 객관적 교환가치에 대한 감정평가가 이루어지는 경우 그 감정평가액에 의하여 시가에 가장 근접한 상속 부동산의 가액을 이끌어 낼 수 있으므로, 대통령령에서 정할 내용은 상속세법의 시가주의 원칙상 보충적 평가방법보다 시가에 근접한 가액을 산정하는 방법으로서 설정된 담보권 등의 특성에 의하여 그 상속재산가액의 파악이 가능한 방법이 될 것임을 쉽게 예측할 수 있다 할 것이다.

청구인들이 언급한 2001헌가5 위헌결정의 대상이 된 같은 항 제4호의 사실상 임대차 계약이 체결되거나 임차권이登記된 재산의 경우에는 임대차 계약에는 임대보증금만을 받는 경우와 월정임대료를 받는 경우가 있는 등 임대차 계약의 내용과 태양이 각기 달라 월정임대료를 계산율에 의하여 환산하여야 하는 등 평가방법이 단순하지 않아 대통령령에 규정될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기 어려운 점이 있었으나, 이 사건 법률조항의 경우 상대적으로 평가방법이 단순하고 위와 같은 규정취지에 비추어 대통령령에 정해질 내용의 대강을 예측할 수 있으므로 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하였다고 할 수 없다.

또한 이 사건 법률 시행령 제5조의2 제3호에 의한 근저당권 설정시의 감정평가액이 시가 보다 크게 평가되었다는 점을 납세의무자가 이의한 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 아니하고 시가가 그 상속재산의 가액이 된다고 해석되므로 이 사건 법률조항에 의하여 상속재산이 불합리하게 과다하게 평가될 염려가 없다. 따라서 이 사건 조항이 실질과세 원칙, 헌법상의 재산권 보장, 행복추구권, 평등권 및 평등한 납세의무의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

다. 재정경제부장관의 의견 요지

아래의 내용 이외에는 법원의 제청신청 기각이유와 같다.

이 사건 법률 제9조 제4항과 같은 담보권 설정의 상속재산의 평가규정이 신설되기 전에는 상속부동산 가액을 토지의 경우 개별공시지가, 건물의 경우 지방세과세표준액 등에 의한 보충적 방법으로만 평가하는 것이 실무관행이었다. 그러다보니 위 보충적 평가방법이 시가를 제대로 반영하지 못하여 상속부동산이 이미 담보로 제공되어 있는 경우 담보채무가 당해 재산의 평가액을 초과하는 경우가 있고 이 초과하는 채무는 다른 상속재산가액에서 공제하게 되어 결과적으로 상속세의 부담을 부당하게 감소시키는 결과가 되고, 근저당권이 설정되지 않은 상속재산의 평가시보다 유리한 결과도 발생할 수 있어 이를 방지하기 위하여 법 제9조 제4항을 신설하게 된 것이다.

또한 감정시점과 상속개시 시점 사이의 기간 중 평가대상 토지의 시가 하락이나 토지상황의 변화가 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 당해 감정가액을 시가로 볼 수 있고, 채권자가 담보가치 하락을 이유로 추가담보를 요구하였거나 담보제공 부동산을 재감정하여 채권 회수 시도 없이 상속개시일까지 채권관계가 지속된 점을 감안하면 감정시기에 관한 제한이 없다 하더라도 시가보다 높은 감정가액을 기준으로 과세될 위험은 없다 할 것이다.

청구인은 지가가 1992년을 정점으로 하락하였다고 주장하나 그 감소폭은 극히 미미하고, 지가가 미미하게 하락한 것을 이유로 감정가액이 보충적 평가액에 비해 지나치게 높다고 보는 것은 타당하지 아니하며, 통상 개별공시지가가 시가의 70~80% 정도인 점을 감안하면 감정가액이 시가보다 높다고도 할 수 없다.

라. 국세청장의 의견 요지

아래의 내용 이외에는 법원의 제청신청 기각이유 및 재정경제부장관의 의견요지와 같다.

이 사건의 경우 근저당권 설정시 평가받은 감정가액이 상속개시일보다 길게는 3년 6개월, 짧게는 7개월 전에 이루어진 것이나 지가가 지속적으로 상승하는 추세에 있는 우리나라 현실에서 설정 당시의 지가보다 상속개시일의 지가가 하락하였다고 단정할 수 없으며, 과세기준으로 삼은 감정가액의 65~83%에서 이 사건 상속개시일 현재의 기준시가와 일치하고, 시가의 70-80%선에서 현행 개별공시지가가 고시되고 있음에 비추어 감정가액을 상속개시일의 시가로 채택하는 경우에도 무리가 없으므로 이 사건 법률조항에 의하여 재산

권이 부당히 침해되었다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률 제9조 제1항이 위헌인지 여부 및 그 위헌성이 이 사건 법률 제9조 제4항의 위헌까지를 결과하는지 여부

(1) 이 사건 법률 제9조 제4항(이하 단순히 법 제9조 제4항이라고 부른다)은 “저당권 또는 질권이 설정된 상속재산은 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 제1항의 규정에 의하여 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다.”라고 규정하여 법 제9조 제4항에 의한 평가액을 이 사건 법률 제9조 제1항(이하 단순히 법 제9조 제1항이라고 부른다)에 의한 평가액과 비교하여 보다 큰 금액을 과세표준으로 선택할 것을 명하고 있다. 그런데 법 제9조 제1항의 전신인, 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의, 구 상속세법 제9조 제1항(이하 개정 전 법 제9조 제1항이라고 부른다)에 대하여 헌법재판소가 과세요건의 불명확을 이유로 2001. 6. 28. 헌법불합치의 위헌결정을 선고(99헌바54, 판례집 13-1, 1271) 한 바가 있다. 그러므로 법 제9조 제1항도, 개정 전 법 제9조 제1항과 마찬가지로, 위헌으로 보아야 하고 그렇다면 법 제9조 제1항과의 비교를 그 규정내용으로 삼고 있는 법 제9조 제4항까지도 위헌이 되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

우선 법 제9조 제1항이 불명확을 이유로 위헌이라고 하더라도 제1항의 이와 같은 불명확성이 동조 제4항의 이른바 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”의 결정에 무슨 영향을 미칠 상관관계를 갖지 아니하므로 제1항의 불명확성 자체는 그와 별도의 절차에 의하여 독자적으로 이루어지는 제4항의 평가액 결정에 아무런 영향도 미칠 수 없는 것이고 그렇다면 이 범위 내에서 위 의문은 이유 없는 것이 된다.

(2) 그러나 이 밖에도 법 제9조 제4항에는 동조 제1항과의 비교를 명하는 부분이 있는데 이 비교의 문제 때문에 제1항의 위헌이 제4항의 위헌으로까지 번지는 것은 아닌지 하는 의문이 남게 되므로 이 점에 대하여 마저 검토한다.

(가) 개정 전 법 제9조 제1항의 내용은 다음과 같다.

“상속재산의 가액, 상속재산의 가액에 가산할 증여의 가액 및 상속재산의 가액 중에서 공제할 공과 또는 채무는 상속개시 당시의 현황에 의한다. 다만, 실종선고로 인한 상속의 경우에는 실종선고일 당시의 현황에 의한다.”

이를 법 제9조 제1항과 비교하여 보면 개정 전에는 상속재산에 가산할 ‘증여’의 가액 평가를 상속개시 당시의 현황을 기준으로 하던 것이 개정 후에는

증여 당시의 현황을 기준으로 하는 것으로 바뀌었고 한편 그 밖의 통상의 상속재산의 가액평가에 대하여는 신, 구법 모두 상속개시 당시의 현황을 기준으로 삼도록 하고 있어 개정 전후에 차이가 없다. 결국 상속개시 당시를 기준으로 하여 평가할 상속재산의 범위에 차이(증여재산의 평가는 증여 당시를 기준으로 하므로 여기서 제외된다는 차이)가 생긴 것이다.

그렇다면 형식상 법 제9조 제1항과 개정 전 법 제9조 제1항은 그 내용에 부분적인 차이가 있어 양자를 완전히 동일한 내용으로 볼 수는 없다. 그러므로 앞에서 본 2001. 6. 28. 선고 99헌바54의 위헌결정의 효력이 법 제9조 제1항에 그대로 미치는 것은 아니다.

나아가 2001. 6. 28. 선고 99헌바54의 위헌결정은 개정 전의 법 제9조 제1항에 대하여 헌법불합치를 선고하면서도 입법개정시까지 그 조항을 계속 적용하도록 명하고 있으므로 가사 위 위헌결정의 효력이 법 제9조 제1항에 대하여 당연히 미치는 것이라고 보더라도 위 결정 상의 계속적용명령의 효력으로 이 조항 또한 의연히 유효하게 적용될 수밖에 없다.

또한 법 제9조 제1항 자체에 대하여는 별도의 위헌결정이 선고된 바가 없음을 주지하는 바이다.

이러한 점을 종합하여 보면 법 제9조 제1항은 이 사건에서 이를 위헌으로 볼 수는 없고 따라서 그 의미를 헌법합치적 해석에 의하여 파악하지 않으면 안되며, 한걸음 더 나아가 법 제9조 제1항에 근거하여 소위 보충적 평가방법을 규정한 것으로 이해되는 구법시행령(1994. 12. 31. 대통령령 제14469호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제5조의2 또한 당연히 합헌이라고 보아야 한다.

그렇다면 법 제9조 제1항의 “현황에 의한다”는 규정은 시가주의를 선언하는 의미를 갖는 것이고 이것 자체에 무슨 위헌의 요소가 있을 수는 없다. 99헌바54의 위헌결정도 “이 사건 법률조항¹⁾만으로도 상속재산의 가액은 상속개시당시의 시가에 의하여 평가되어야 한다는 ‘시가주의의 원칙’에 대한(선언규정으로 보는) 해석은 가능하다”라고 설시하여 이 점을 분명히 하고 있다(판례집 13-1, 1294 참조).

문제는 시가를 파악하는 방법인데 특별한 사정이 없는 이상 세무공무원이 현장조사 내지 시장조사(자료조사를 포함한다)를 통하여 이를 조사, 파악하는 것이 원칙이고 이는 세법에서 특별히 규정할 필요가 없는 당연한 일이다. 그

1) 개정 전의 법 제9조 제1항을 의미한다.

러나 현장조사나 시장조사는 시간, 인력 및 비용의 소모가 크고 상속개시 당시라고 하는 과거시점으로 회귀하여 소급조사를 하여야 한다는 어려움 때문에 조사자에 따라 큰 차이가 나거나 조사자의 자의가 개입될 우려가 있다. 그러므로 이러한 우려가 없는 통일적인 시가파악의 행정지침이 필요하고 이에 응하여 등장한 것이 구법시행령 제5조 제1항 내지 제6항이 규정하는 보충적 평가방법이다.

그러므로 보충적 평가방법을 규정하는 위 구법시행령 조항들은 집행명령에 해당하고 이 방법에 의하여 평가된 상속재산의 가액은 시가를 초과할 수 없다는 본래적이고 내재적인 한계를 갖는다. 따라서 보충적 평가방법에 의한 상속재산의 가액이 시가를 초과하는 경우 상속인은 이를 주장·입증하여 보충적 평가방법의 적용을 거부할 수 있는 것이다(대법원 1995. 6. 30. 94누8402, 공1995, 2654 참조). 이렇게 보는 것이 법 제9조 제1항의 헌법합치적 해석이다. 구법시행령 제5조 제1항은 상속개시 당시의 시가를 확인하기 어려운 경우에 대비한 보충적 평가방법을 규정한 집행명령으로서 모법에 저촉된다거나 위임근거가 없는 무효의 규정이라고 볼 수 없다는 취지의 대법원판시(대법원 1984. 11. 27. 84누322, 공1985, 88 및 1986. 6. 10. 84누72, 공1986, 875 참조)도 바로 이러한 이치를 확인하는 것이다.

(나) 이상에서 설명한 바와 같이 법 제9조 제1항은 위헌이 아니기 때문에 법 제9조 제4항의 내용 중 동조 제1항과의 비교를 명하는 부분은 아무런 위헌의 요소를 지니지 않는다.

다만, 법 제9조 제4항이 법 제9조 제1항과 비교하여 큰 것을 선택하도록 명하고 있는 것은, 상속재산의 가액평가에 관하여 시가주의원칙을 정한 법 제9조 제1항의 규정을 보충하여 시가에 보다 근접한 가액을 산정하려는 취지에서 규정된 것으로서, 어떤 재산에 관하여 근저당권을 설정하는 경우 그 피담보채권최고액은 통상 그 재산의 실제가액범위 내에서 결정되는 것으로 볼 수 있어서 근저당권의 피담보채권액이 다른 방법으로 산정한 가액보다 클 때에는 그 채권최고액을 실제가액으로 봄이 일반적으로 거래의 실정에 부합한다는 데에 그 타당성의 근거가 있는 것이다. 따라서 만일 예외적으로 당해 재산의 실제가액보다 큰 금액을 피담보채권최고액으로 하여 근저당권이 설정된 경우에는, 납세의무자가 그와 같은 예외적인 사정을 입증하여 위 규정의 적용으로부터 벗어날 수 있다(대법원 1993. 3. 23. 91누2137, 판례집 41(1)특, 547 참조). 이렇게 보는 것이 헌법에 합치되는 해석이다.

이 경우 제1항에 의하여 평가된 가액으로는 상속개시 당시의 실지거래가액, 감정평가액 또는 과세관청이 상당한 방법으로 평가한 가액(구법시행령 제5조의2가 정한 보충적 평가방법이 이에 해당하기는 하나, 만일 시행령에 규정되지 않았더라면, 과세관청은 어떤 형태로든 내부적으로 가액 평가 기준을 갖고 있거나 각 과세처분 시 상당한 방법으로 상속개시 당시의 현황에 따른 가액 평가를 하였을 것이다) 등을 상정할 수 있는데, 그 중 어느 것도 제4항의 평가액과 비교대상이 될 수 있을 것이지만, 그것들 모두 앞서 본 바와 같이 시가를 초과할 수 없다는 한계의 규율을 받기 때문에 양자 중 어느 것이 크든 지 간에 그 큰 쪽이 시가를 넘는 것이라면, 또는 양자 모두 시가를 넘는 경우라면, 상속인은 앞에서 본 바와 같이 이를 주장·입증하여 그 적용을 배제할 수 있어 문제가 없다.

(3) 만일 법 제9조 제1항이 위헌이라고 한다면 이 때에는 법 제9조 제4항의 평가액은 그 비교의 대상이 존재하지 않게 되고 그 결과 그 평가액이 비록 실제의 시가를 초과하는 경우에도 그 평가액을 과세표준으로 그대로 받아들여야 하는데 이것은 실질과세의 원칙에 어긋나는 것이 아닌가 하는 의문이 또한 있을 수 있다.

(가) 우선 법 제9조 제1항이 가사 위헌이라고 하더라도 앞에서 본 바와 같이 위헌결정의 내용이 헌법불합치를 선언하면서 계쟁조항의 계속 적용을 명령하는 것이기 때문에 법 제9조 제1항 및 구법시행령 제5조의2는 의연 유효하게 적용된다. 따라서 보충적 방법에 의한 평가액이 존재하지 않는 경우라는 것은 있을 수 없다. 그렇다면 비교의 대상이 존재하지 않는 것을 전제로 하는 위 의문은 이유가 없다.

(나) 그러나 비교의 대상이 설혹 존재하지 않는다고 보더라도 역시 위 의문은 이유가 없다. 상속세는 상속에 의하여 취득한 재산을 과세물건으로 하고 그 가액을 과세표준으로 하여 부과되는 조세이며(구 상속세법 제1조, 제2조 및 제4조) 실질과세는 모든 조세법을 관철하는 기본원칙이므로 가사 법 제9조 제1항이 위헌이어서 법 제9조 제4항의 평가액과 비교할 대상이 존재하지 않는다고 하더라도 법 제9조 제4항 자체가, 그 평가액은 상속재산의 실제 취득가액 즉 시가를 초과할 수 없다는, 내재적 한계의 규율을 당연히 받는다고 보아야만 한다. 이렇게 보는 것이 앞서 본 바와 같은 이 조항의 입법취지에 부합하고 법률의 헌법합치적 해석의 원칙에도 부합한다. 그렇다면 제1항과의 비교는 없어도 그만인 사항이기 때문에 그러한 비교대상의 부존재는 이 조항

의 합헌성에 아무런 영향을 줄 수 없는 것이다.

(4) 그렇다면 법 제9조 제1항의 위헌성 때문에 법 제9조 제4항 역시 위헌이 된다는 의심은 이유가 없는 것이다.

나. 이 사건 법률조항이 헌법상 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 위배 되는지 여부

(1) 헌법상 조세법률주의와 포괄위임금지원칙

청구인들은 이 사건 법률조항이 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 어긋 난다고 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

헌법 제38조 및 제59조는 조세법률주의를 규정하고 있다. 그러나 복잡다기 하게 전개되는 사회현상에서 빚어지는 모든 조세문제를 국회가 전문적 지식 과 최신의 평가기술을 동원하여 이를 적시에 적절하게 규율하는 조세입법을 한다는 것은 사실상 불가능하다. 그러므로 경제현실의 변화나 발전된 평가기술의 수준을 적시에 반영하는 입법이 요청되는 조세관련사항에 대하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 그 규정을 위임하는 것이 허용된다(헌재 1997. 10. 30. 96헌바92등, 판례집 9-2, 478, 494 참조).

그리하여 헌법 제75조도 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위 임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘구체적으로 범위를 정하여’라고 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 규정되어 있어서 누구든지 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미 하고 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 할 것이다. 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항에 내재된 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확인할 수 있다면 이를 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로는 볼 수 없다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 635; 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 445).

(2) 위임내용에 대한 예측가능성의 존부

(가) 상속세의 과세물건은 통상적으로는 상속 또는 유증에 의하여 취득한 재산이고 그 과세표준은 상속재산의 가액인데 이 가액은 상속개시 당시의 현황에 의한다(법 제9조 제1항). 여기에서 ‘상속개시 당시의 현황에 의한 가액’이라 말하는 것은 원칙적으로 상속개시 당시의 교환가치인 시가를 의미하는

데 이 시가라는 것은 객관적인 교환가치를 뜻하고 교환가치는 통상 불특정 다수인간의 자유로운 거래에서 성립·인정되는 가액을 말한다(대법원 1988. 6. 28. 88누582, 공1988, 1163; 구 상속세법기본통칙 38……9). 여기서 시가라고 하는 개념은, 객관적이고 합리적인 방법으로 평가되어 시가에 같음하는 기능을 하는 가액도 포함하는 것이다.

(나) 그런데 상속세는 피상속인의 사망이라는 예측할 수 없는 사실에 의하여 납세의무가 발생하므로 상속개시일 현재의 기존 매매실례나 감정사례 등에 의하여 상속재산에 대한 객관적인 시가를 바로 확인할 수 없는 경우가 많고 원래 시가를 확인하는 것 자체가 또한 쉬운 일이 아니다.

그런데 상속재산에 관하여 저당권이 설정된 경우에는 통상 당해 재산의 객관적인 교환가치의 범위 안에서 피담보채권액이 정하여지므로 그 채권액이 시가에 비교적 근접하게 상속재산의 가액을 반영한다고 볼 수 있다. 그러므로 법 제9조 제1항에 의한 평가액을 상회하는 피담보채권액이 있는 경우에는 이 피담보채권액을 과세표준으로 삼아서 과세표준이 가능한 한 시가에 근접되게 하고 이로써 실질과세의 원칙을 최대한 관철하는 것이 필요하다. 이러한 필요에 부응하고자 하는 것이 바로 이 사건 법률조항의 취지인 것이다.

마찬가지로 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가업자가 감정한 가액을 기준으로 하여 근저당권의 채권최고액이 정하여진 경우라고 한다면 이 때의 감정가액은 저당권의 피담보채권액에 못지 않게 시가에 근접한 가액을 반영한다고 볼 수 있으므로 이러한 감정가액에 의하여 시가에 근접한 가액을 추적하고자 하는 것 또한 누구든지 예상할 수 있는 것이다.

그렇다면 저당권이 설정된 부동산의 경우에는 법 제9조 제1항의 평가액에 의하는 것보다도 피담보채권액 또는 공신력 있는 감정평가액을 기준으로 하는 것이 시가에 보다 근접한 가액을 찾는 다른 하나의 방법이 되리라는 것은 누구든지 예상할 수 있는 것에 속한다고 보아야 할 것이고 이러한 기준이나 한계는 이 사건 법률조항에 이미 내재하는 것이라고 보아야 할 것이다. 법 제9조 제4항 소정의 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”의 하나로 구법 시행령 제5조의2 제1호가 “저당권(공동저당권 및 근저당권을 제외한다)이 설정된 재산의 가액은 당해 재산이 담보하는 채권액”이라고 규정하고 제3호가 “근저당권이 설정된 재산으로서 당해 근저당권을 설정하기 위하여 지가공시 및토지등의평가에관한법률에 의한 감정평가업자가 감정한 가액(2인 이상의 감정가액이 있을 때에는 최고의 가액)이 있는 경우에는 그 가액”이라고 규정

한 것은 이 사건 법률조항에 내재한 위에서 본 기준과 한계를 규범화한 것에 지나지 않는다.

물론 대통령령에 규정될 내용의 대강에 대하여 예측가능성이 있다 하더라도 실제 규정될 상세한 내용은 상이한 여러 형태로 나타날 수 있어 대통령령에 의하여 선택된 평가방법에 따라 구체적으로 평가된 가액 사이의 편차가 나타날 수도 있다. 그런데 이와 같은 결과는 법률에 의하여 행정입법에 위임된 사항에 관하여는 행정입법자도 그 위임의 범위에서 법규를 형성할 수 있다는 위임입법의 범리에서 비롯된 당연한 귀결일 뿐만 아니라 이 사건 법률조항은, 상속재산의 실제가액을 상한으로 하여 가액평가방법에 대한 선택가능성의 범위를 대통령령에 위임하였을 따름이므로, 규율 내용이 갖는 편차의 범위가 전혀 예측 불가능하다고 볼 수는 없고 나아가 상속재산의 가액이 과다하게 평가됨으로써 납세의무자에 대한 부당한 권리 침해가 초래될 위험성도 거의 없다고 할 수 있다. 이와 같이 실제가액을 상한으로 하고 있다는 점에서 납세의무자의 예측가능성을 침해하는 과세관청의 자의적 집행은 충분히 배제될 수 있다고 판단된다.

(다) 한편, 헌법재판소는 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것) 제9조 제4항 제4호의 '사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산'이라는 규정에 대하여 "임대차계약의 내용과 태양이 각기 다르므로 그 내용과 태양에 따라 평가가 달라져야 할 것인데 임대차계약의 내용과 태양에 따라 다른 대강의 평가기준 조차 법률에 규정하지 아니하여 하위법규에 규정될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 곤란하므로 헌법에 위반된다"라고 판시한 바가 있다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바78, 판례집 10-1, 394, 405). 그러나 담보물권인 저당권이 파악하는 재산의 담보가치 자체는 일차적으로는 재산의 교환가치 즉 시가와 같은 것으로 파악하는 것이 그 본질임에 반하여 용익물권인 임차권이 파악하는 재산의 용익적 가치는 재산의 교환가치와는 일응 별도로, 그 형태와 규모 및 이용방법에 따라, 다양하게 달리 평가될 수 있는 요소를 갖는 점에서 서로 다르고, 또한 저당권은 그 권리의 내용과 설정방식이 법률에 규정되어 있어 획일적이고 등기를 통하여 그 존재와 피담보채권액(내지 채권최고액) 등이 반드시 대외적으로 공시됨에 반하여 임차권은 사적자치의 원칙이 적용되어 그 내용과 형태 및 설정방식 등이 다양하고 등기에 의하여 반드시 공시되는 것은 아니라는 점에서 서로 다르다. 그렇기 때문에 임차권의 경우에는 시가파악에 연계할 수 있는 그 권리의 요

소가 실로 다양할 수 있는 것이고 그 결과, 과연 시행령에서 그 중 어느 요소에 의거하여 어떤 방법으로 시가를 추적할 것인지를 예측하기가 쉽지 않고 이 점에서 저당권의 경우와는 많이 다르다. 그러므로 위 선례는 이 사건에 원용할 것이 되지 못한다.

(3) 위임의 필요성 유무

복잡다기하게 전개되는 사회현상에서 빚어지는 모든 조세문제를 국회가 전문적 지식과 최선의 평가기술을 활용하여 이를 적시에 적절하게 규율하는 조세입법을 한다는 것은 사실상 불가능하므로 경제현실의 변화나 발전된 평가기술의 수준을 적시에 반영하는 입법이 요청되는 조세관련사항에 대하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 그 규정을 위임하는 것이 허용되어야 한다는 점은 이미 앞에서 본 바와 같다.

그런데 저당권이 설정된 상속재산의 경우 채권담보액을 기준으로 그 가액을 평가한다고 하더라도 채권담보액과 시가와와 상관비율이 경제적 여건의 변화에 따라 달라질 수 있고 부동산가액의 평가방법 또한 관련기술의 진보에 따라 다양하게 변할 수 있는 것이므로 이러한 사항은 법률이 직접 이를 규정하는 것보다는 행정입법에 이를 위임하는 것이 필요하고 합리적이기도 하다. 그러므로 저당권이 설정된 상속재산에 대한 가액평가방법에 대한 규정을 이 사건 법률조항이 대통령령에 위임한 것은 그 필요성과 합리성을 충분히 인정할 수 있다.

(4) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항이 저당권이 설정된 재산의 가액평가를 대통령령에 위임하면서 구체적인 기준이나 범위를 제시한 바가 없다고 하더라도 상속재산의 피담보채권액이나 감정가액 등이 대통령령에서 정할 평가방법의 기준이 되리라는 것을 객관적으로 충분히 예측할 수 있고 이와 같은 구체적인 기준을 하위법령에 위임하여야 할 필요성과 합리성도 존재하므로 이 사건 법률조항은 헌법상의 조세법률주의 및 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.

다. 기 타

특별한 사정으로 상속개시 당시의 시가를 초과하는 과다한 피담보채권액이 과거 저당권설정시에 책정된 경우라든지 저당권설정 당시보다 상속개시 당시에 시가감정액이 하락된 경우에도 과세표준을 피담보채권액이나 감정가액에 의하도록 하는 것은 실질과세의 원칙에 물론 어긋날 수 있다. 그러나 이미 앞

에서 본 바와 같이 법 제9조 제4항 본문은 실질과세의 원칙상 상속개시 당시의 시가를 상한으로 하여 적용된다고 해석하여야 하므로 이러한 사정은 상속인이 이를 주장·입증하여 그 부담에서 벗어날 수 있는 것이어서 이러한 사정은 이 규정의 위헌 여부와는 관계가 없다(대법원 2000. 6. 23. 97누1679, 공2000, 1774; 2001. 10. 30. 99두4860, 공2001, 2610 참조).

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 아래 5.와 같은 위헌의 반대 의견을 개진한 재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경을 제외한 나머지 관여 재판관의 의견이 일치된다.

5. 재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 반대 의견

우리는 이 사건 법률조항이 과세요건 법정주의 및 명확주의를 내용으로 하는 조세법률주의와 포괄위임금지원칙에 위반되어 위헌이라고 보므로 다음과 같이 위헌의견을 개진하는 바이다.

가. 조세법률주의(과세요건 법정주의와 명확주의)

(1) 국민의 기본적의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여는 원칙적으로 의회가 제정한 법률에 명확히 규정되어야 한다.

과세표준이 납세의무의 존부와 범위를 정하는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용인 점은 의문의 여지가 없으며 상속세의 경우 상속재산의 과세표준은 상속재산의 평가에 의하여 결정되므로 그 평가방법 또한 상속세의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 법 제9조 제1항의 상속개시당시의 현황에 의하여 평가한 가액과 이 사건 법률조항에 의하여 대통령령에 정하는 바에 따라 평가한 가액 중 큰 금액을 그 재산의 가액으로 한다고 규정하고 있다. 우리 재판소는 2001. 6. 28. 99헌바54 사건에서 법 제9조 제1항의 “상속재산의 가액은 … 상속개시 당시의 현황에 의한다”는 부분에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서, 『상속재산의 가액은 상속개시 당시의 현황에 의한다고만 규정하고 있을 뿐 그 평가방법에 관한 내용은 법의 어느 법률조항에도 규정되어 있지 않고 심지어 그 내용을 대통령령 등 하위 법규에 위임하지 않고 있음에도 불구하고 법 시행령은 위임의 근거도 없이 가액평가에 관한 구체적 세부적 내용을 규정하고 있는바, 물론 상속세법의 입법목적이나 다른 법률규정들의 내

용에 비추어 법 제9조 제1항만으로도 … 시가주의의 원칙에 대한 해석은 가능하다 하겠으나 시가산정이 어려울 경우의 평가방법에 관하여는 아무런 내용이 없어 … 상속세 납부의무자로서는 법률의 위임에도 근거하지 아니한 시행령 및 기본통칙의 관련규정에 의하여야만 비로소 자신이 납부하여야 할 상속세액의 산출근거가 되는 상속재산의 평가방법을 알 수 있고 법 제9조 제1항의 규정에 의하여는 이를 전혀 알 수 없게 되어 있으므로 결국 이는 과세요건 법정주의에 반한다』고 판시하였다.

(2) 그리하여 우리는, 위 헌법불합치결정에서 밝힌 바에 따라 이 사건 법률 제9조 제1항이 시가주의원칙을 정한 것이라고 보더라도, 시가를 알 수 없는 경우의 상속재산 평가방법에 관하여는 이 사건 법률로써는 도저히 알 수 없으므로 과세요건 법정주의에 반하고, 관련 조항과의 체계나 내용을 종합하여 보아도 시가주의의 내용이 명확하지 않아 과세요건 명확주의에 반하여 조세법률주의에 위반된다고 본다.

그렇다면 위와 같은 이 사건 법률조항의 입법취지상 그 비교기준이 되는 “상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액”은 조세법률주의에 위반되는 위헌성이 있고, 이 사건 법률조항이 위 법률조항을 비교기준으로 택하여 하나의 법조문으로 합체된 이상 이 사건 조항 전부가 위헌이라고 볼 수 밖에 없는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항의 입법취지의 문제점

위와 같이 이 사건 법률조항의 입법취지를 저당권이 설정된 상속재산의 경우에 “상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액”보다 크게 평가되도록 하려는 것이라고 하더라도, 상속세법의 입법목적이나 국제기본법상의 실질과세의 원칙, 과세형평의 이념에 비추어 상속재산에 대한 과세는 시가 또는 시가에 근접한 가액으로 평가하여 부과함이 원칙이라는 점을 아울러 고려하면, 시가를 그 상한으로 한다고 해석할 수는 있다 할 것이다.

그러나 상속재산의 시가를 알 수 없는 경우에는 이 사건 법률에 의하여서는 상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액이 어떠한 가액인지를 도저히 알 수 없으므로, 어떻게 해야 그보다 크게 평가되도록 한다는 이 사건 법률의 입법취지를 실현하는 것인지 도저히 알 수 없게 되며, 이 사건 법률조항을 아무리 합헌적으로 해석한다 하더라도 그 방법을 알 수 없어 과세요건 명확주의에 위반된다 할 것이다.

이점에 관하여 합헌의견에서는 구법 시행령 제5조 제1항은 상속개시 당시

의 시가를 산정하기 어려운 경우에 대비한 보충적인 평가방법을 규정한 집행 명령으로서 모법에 저촉된다거나 위임근거가 없는 무효의 규정이라고 볼 수 없다(대법원 1984. 11. 27. 선고 84누322판결 및 대법원 1986. 6. 10. 선고 84누 72판결 참조)고 하면서, 이 사건 법률조항의 취지는 상속재산에 관하여 저당권이 설정된 경우에는 통상 당해 재산의 객관적인 교환가치의 범위 안에서 피담보채권액이 정하여지므로 그 채권액이 시가에 비교적 근접하게 상속재산의 가액을 반영한다고 볼 수 있으므로 보충적 평가방법에 의하여 시가에 비하여 불합리하게 낮게 평가된 과세표준액보다는 그것을 상회하는 피담보채무액이 있는 경우에는 이 피담보채무액을 과세표준액으로 삼아서 과세표준액이 가능한 한 시가에 근접되게 함으로써 실질과세의 원칙을 최대한 관철하려고 하는 것이라고 한다.

그러나 합헌의견에서도 실시한 바와 같이 과세물건의 가액평가는 세액계산의 기초가 되는 것이므로, 상속재산의 가액평가 방법은 상속세 납부의무의 존부 및 범위를 결정하는 매우 중요하고 본질적인 요소로서 과세요건을 구성하는 것이라 할 것이다.

그렇다면 구법 시행령이 상속재산의 시가를 알 수 없는 경우에 그 평가방법에 관하여 정하고 있는 것은 국민의 권리·의무에 관한 사항을 정한 것으로서 단순히 상속세 부과 징수에 관하여 필요한 세칙을 규정한 집행명령(헌재 2001. 2. 22. 2000헌바604, 판례집 13-1, 431, 438 참조)에 불과하다고 볼 수 없으므로 이를 집행명령으로 파악하여 법률의 위임도 필요하지 않은 것이라고 볼 수는 없다.

다수의견은 시가의 개념을 객관적 교환가치를 뜻하고 객관적 교환가치는 통상 불특정 다수인 간의 자유로운 거래에서 성립·인정되는 가액이라고 정의하면서도 통상 불특정 다수인 간의 자유로운 거래에 성립·인정되는 가액과는 관계가 없는 보충적 평가방법인 배율방법 또는 지방세법상의 과세표준액을 시가라고 의제하는 자체모순을 범하고 있고 이와 같은 잘못된 시행령 제5조 제1항을 위임명령이 아닌 집행명령으로 잘못 해석함에 기인한 것이다.

따라서 구법 시행령이 보충적 평가방법을 정하고 있는 것은 위 헌법불합치 결정에서 본 바와 같이 법률의 위임도 없이 상속세 과세요건을 구성하는 상속재산 평가방법을 정하고 있는 것이어서 조세법률주의에 위반되므로 위 보충적 평가방법으로 예측가능성의 기준을 삼을 수 없고, 위 보충적 평가방법은 이 사건 법률만 가지고는 그 존재 및 내용에 대하여 도저히 파악할 수 없으

며, 위 보충적 평가방법을 알 수 없는 이상은 이 사건 법률조항을 아무리 체계적으로 해석한다 하더라도 “상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액”보다 큰 가액으로 평가되도록 한다는 것에 대하여도 도저히 그 범위를 파악할 수 없게 되는 것이다.

(4) 소 결

따라서 이 사건 법률조항은 저당권이 설정된 상속재산의 평가에 관하여 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액”과 “상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액”을 비교할 것을 명하면서, 위와 같이 이미 과세요건 범정주의와 명확주의에 위반된다는 이유로 그 위헌성이 확인된 “상속개시 당시의 현황에 의하여 평가한 가액”을 비교기준으로 삼아 이 사건 법률의 규정이나 그 체계적 해석에 의하더라도 도저히 비교할 수 없도록 하고 있으므로 그 자체로 과세요건 범정주의 및 과세요건 명확주의를 내용으로 하는 조세범률주의에 위반된다 할 것이다.

이상의 이유만으로 이 사건 법률조항은 위헌이라 할 것이나, 합헌의견에서 이 사건 법률조항이 헌법상 포괄위임금지에 위반되지 않는다고 보므로 포괄위임금지원칙에도 위반된다는 점을 밝히고자 한다.

나. (1) 헌법 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다.

위임입법의 근거와 한계에 관하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.

이와 같이 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 대통령령 등 하위 법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조), 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로

검토하여야 한다. 따라서 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강을 예측할 수 없는 경우라면 위임입법의 한계를 일탈하였다고 보아야 할 것이다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59 참조).

또한 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30; 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 101 참조).

그러나 위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상의 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므로 국민의 기본 의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관하여는 원칙적으로 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 371 참조).

(2) 예측가능성의 존부(위임입법의 한계로서의 포괄금지의 원칙)

상속세의 과세요건인 상속재산의 평가방법은 상속세 과세요건의 기본적인 사항이므로 상속세법에 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 할 것이고 이러한 예측가능성의 유무는 상속세법의 법률조항과 동법의 입법취지를 종합적으로 관찰할 때 합리적으로 그 대강을 예측할 수 있어야 할 것이다.

그런데 이 사건 법률조항은 제9조 제1항의 상속개시 당시의 시가와 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액 중 큰 금액을 상속가액으로 한다고 규정

하고 있는 바, 저당권이 설정된 재산에 대하여 그 평가방법으로 생각할 수 있는 것은 피담보채무액, 채권최고액, 저당권을 설정하기 위하여 감정평가사가 평가한 평가액, 일본의 경우처럼 국세청 산하의 평가위원회가 평가한 가액 등 다양한 평가방법과 평가시기에 관하여서도 상속개시당시, 평가시, 중간시 등이 존재하므로 평가의 방법과 평가시기에 따라 상속재산의 평가액이 달라지므로 과세표준의 기본사항인 상속재산의 평가방법이나 시기에 관하여 대강의 평가기준만이라도 법률에 규정되어야 조세법률주의를 준수하였다 할 것인데 이에 관한 규정을 전혀 두지 아니함으로써 상속세법 자체로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 도저히 예측할 수 없다 할 것이다.

다수의견은 이 사건 법률조항의 입법취지가 상속개시당시의 시가를 확인할 수 없는 경우에 상속재산의 평가방법을 되도록 상속당시의 시가에 근접하게 하여 상속세의 포탈을 방지하게 하기 위한 것이고 따라서 이와 같은 입법취지에 비추어 보면 이 사건 법률조항은 그 평가가액의 상한은 법 제9조 제1항의 시가와 같거나 적고 하한으로는 시행령 제5조 제1항의 보충적 평가방법에 의한 경우보다 큰 금액으로 평가하도록 규정한 조항이므로 그 범위내에서 예측되는 평가방법은 피담보채무액(저당권의 경우) 또한 감정평가액(근저당권의 경우)이 될 것이라는 것은 이 사건 법률조항에 당연히 내포된 것이고 따라서 예측가능성이 있다고 한다.

그런데 상속세의 본질적 요소로서의 과세요건인 상속재산의 평가방법은 조세법률주의의 원칙상 당연히 법률로서 정하여야 하는데 새로운 과세요건인 시가를 알 수 없는 경우에 적용될 보충적 평가방법이 위 시행령에 규정되어 있어 이미 조세법률주의에 위반될 뿐만 아니라(다수의견과 같이 위 시행령이 집행명령이라는 점도 의문임은 이미 실시한 바와 같다. 우리는 위 조항은 위임명령으로 본다.) 위임입법의 한계로서의 예측가능성은 입법취지와 법률자체로부터 그 유무를 판단하여야 함에도 아무런 법적근거도 없는 위 시행령은 예측가능성의 판단자료로 끌어다 쓸 수는 없음에도 이를 근거로 이 사건 법률조항의 예측가능성을 판단하는 잘못을 범하고 있다. 다시 말하면 어떤 법률조항의 위임입법의 한계로서의 예측가능성의 판단자료로서 이미 누차 우리재판소가 제시한 법률자체와 입법취지의 만약 다수의견과 같이 시행령을 근거로 한다면 시행령에 법률에 규정될 내용이 규정되어 있기만 하면 언제나 그 법률조항은 예측가능성이 있다는 논리가 되어 이는 위임입법의 한계를 무너뜨리는 모순이 생기게 된다.

따라서 위 시행령을 근거로 이 사건 법률조항이 예측가능하다는 논리는 도저히 채용할 것이 못된다.

(3) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항 중 “대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액 부분은 이 사건 법률조항과 이 사건 법률의 입법취지, 관련규정 및 해당권의 고유한 성질 등을 모두 고려하더라도 대통령령에 정해질 기본적 사항에 대하여 예측이 불가능하므로 헌법상 요구되는” 구체적으로 범위를 정하여 위임할 것으로 보기 어려워 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 헌법에 위반된다 할 것이다.

다. 기 타

다수의견은 복잡다기하게 전개되는 사회현상에서 빚어지는 조세문제를 국회가 전문적 지식과 최신의 평가기술을 활용하여 적시에 적절하게 규율하는 조세입법을 한다는 것은 사실상 불가능하므로 행정입법에 위임할 필요가 있는 경우가 있고 이 사건 저당권이 설정된 상속재산의 평가방법이 이 경우에 해당하므로 저당권이 설정된 상속재산에 대한 가액평가방법에 대한 규정이 이 사건 법률조항이 대통령령에 위임한 것은 그 필요성과 합리성을 충분히 인정할 수 있다고 한다. 우리도 위 견해에는 전적으로 동의한다. 우리가 문제로 삼는 것은 위임입법의 필요성과 합리성을 부정하는 것이 아니라 납세의무와 같은 침해적 국가행위에는 법률유보의 원칙이 적용되어야 하고 따라서 납세의무에 관한 본질적 사항은 구체적이고 명확하게 법률에 규정되어야 하며 이를 포괄적으로 위임해서는 아니되며 위임의 필요성과 합리성이 있는 경우에도 위 원칙은 준수되어야 한다는 조세법률주의의 한계를 이 사건 법률조항이 위배하였다는 것이다.

라. 결 론

이상과 같은 이유로 합헌의견과는 달리 이 사건 법률조항은 헌법 제59조의 조세법률주의 및 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반된다고 보므로 위헌의견을 밝히는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
전호숙 이상경(주심)

[별 지]

상속인	상속부동산	담보권 설정 내역
김○선	안양시 호계동 대지 (2)	<u>1992. 2. 15. 근저당권 설정(채권최고액 1억 6000만 원), 1991. 3. 감정가(9억 300만 원)</u>
	서울시 염곡동 소재 부동산 (3)	<u>1993. 9. 24. 근저당권 설정(채권최고액 2억 7300만 원), 1993. 9. 감정가(4억 4600만 원)</u>
	서울 마포구 망원동 전 (4)	담보권 설정 없음
	부천시 소재 대지와 건물 (5)	담보권 설정 없음
유○영	고양시 관산동 소재 부동산 (7)	담보권 설정 없음
유○호	과천시 과천동 소재 부동산 (1)	<u>1990. 10. 31. 근저당권 설정(채권최고액 5억 원), 감정가(8억 1800만 원)</u>
유○훈	아산시 용화동 소재 부동산 (6)	담보권 설정 없음

한국고속철도건설공단법 제24조 등 위헌소원

(2004. 8. 26. 2003헌바28 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법상 보장된 단체교섭권을 제한하기 위한 요건
2. 건설교통부장관의 승인을 얻어야만 한국고속철도건설공단의 조직, 인사, 보수 및 회계에 관한 규정이 효력을 갖도록 한 구 한국고속철도건설공단법 제31조가 헌법상 보장된 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제33조 제1항이 보장하는 단체교섭권은 어떠한 제약도 허용되지 아니하는 절대적인 권리가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능하며, 그 제한은 노동기본권의 보장과 공익상의 필요를 구체적인 경우마다 비교형량하여 양자가 서로 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정된다.

2. 한국고속철도건설공단(이하 '공단'이라 한다)은 이윤추구를 목적으로 하는 사기업이 아니라 우리나라의 철도 교통망의 확충을 위한 고속철도를 효율적으로 건설함으로써 국민의 교통편의를 증진하기 위하여 설립된 공법인으로서, 국민의 세금으로 충당되는 정부의 출연으로 사업비와 운영비를 조달하며, 사업계획의 수립, 예산의 편성과 결산, 조직 및 인사 등에 있어서 국가의 엄격한 지도·감독을 받는다.

따라서 구 한국고속철도건설공단법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되어 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 폐지되기 전의 것, 이하 '구 공단법'이라 한다) 제31조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)는 공단 이사장의 권한 행사 및 공단 운영에 대한 적절한 규제를 통하여 국가사업을 대행하는 공법인의 원활한 사업추진을 도모하고, 국민의

세금인 정부출연금과 연계되는 인사·예산·보수 등에서 방만한 운영이 발생하지 않도록 공단에 대한 건설교통부장관의 지도·감독 권한을 확보하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하며, 공단이 회계, 인사 및 보수에 관한 사항을 정하거나 변경함에 있어 공단의 공익성에 반하거나 예산 미확보 등 집행의 어려움을 이유로 건설교통부장관이 승인하지 않은 경우에 당해 내부규정의 효력이 발생하지 않도록 하는 것은 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

공단의 단체협약 중 보수, 인사에 관한 사항은 단체협약 당사자 사이의 단순한 단체협약이라는 의미를 넘어 국고 부담의 증가를 초래함으로써 결과적으로 공단의 사업계획과 예산의 변경을 수반할 수 밖에 없으므로 보수, 인사에 관한 사항을 단체협약으로 정하거나 이를 변경하는 경우에도 건설교통부장관의 승인을 얻도록 하는 것은 불가피한 제한이며, 인사 및 보수 등에 관한 규정을 건설교통부장관이 승인하지 않는 경우에는 장관의 불승인 처분에 대하여 행정소송으로 다룰 수 있으므로, 건설교통부장관의 자의적인 불승인에 대하여 이를 시정할 방법이 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항으로 인한 단체교섭권에 대한 제한의 정도가 공단의 공익성에 비추어 타당한 범위 내로서 과도한 제한으로 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 단체교섭권을 침해하여 헌법을 위반하였다고 볼 수 없다.

재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 반대이견

우리 헌법이 제33조에서 공무원 및 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 근로3권과 관련하여 특별한 규정을 두고 있는 취지에 비추어 볼 때 이들을 제외한 근로자에 대한 근로3권의 제한은 그 제한이 헌법적으로 정당화되려면 보다 엄격한 요건을 충족시켜야 한다.

단체교섭권의 본질은 사용자와 근로자의 공동결정인 단체협약의 체결 및 그 이행을 통한 근로조건의 향상이라 할 것이고, 이와 관련하여 헌법상 근로3권의 실질적 실현을 위하여 마련된 노동조합및노동관계조정법은 단체협약 중 ‘근로조건’ 기타 근로자의 대우에 관한 규정에 대하여 규범적 효력을 인정하고 있는바, 고도의 공익성을 띤 사업을 행하는

공단의 인사, 보수 등에 관한 사항에 대한 규제는 사실상 공단 임원에 대한 인사권 및 공단에 대한 관리·감독권 등을 통하여 이루어질 수 있고, 공단의 노사 간에 발생하는 분쟁 역시 기본적으로는 현행 노사관계법이 마련하고 있는 제도로 해결하는 것이 바람직함에도 불구하고, 공단 노사 간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 단체협약 조항의 효력 유무를 노사관계의 제3자인 건설교통부장관의 승인 여부에 맡기는 것은 근로자의 단체협약체결권을 형해화시킨 것으로 헌법상 과잉금지원칙에 위배하여 단체교섭권을 침해한 것이다.

【심판대상조문】

구 한국고속철도건설공단법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되어 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 폐지되기 전의 것) 제31조(공단의 회계규정 등) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

【참조조문】

헌법 제33조

국민건강보험법 제27조(규정 등) 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이 사회의 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 46

【당 사 자】

청 구 인 진경만 외 8인

대리인 변호사 박 훈 외 4인

당해사건 대법원 2000다69563 임금

【주 문】

구 한국고속철도건설공단법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되어 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 폐지되기 전의 것) 제31조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 한국고속철도건설공단 소속 직원들로서 위 공단 노동조합원들이다. 한국고속철도건설공단(이하 ‘공단’이라 한다)은 2000. 8. 10. 위 공단 노동조합과 위 공단 직원들의 승진에 관하여 “5급으로 3년, 6급으로 2년 간 근속하고도 승진을 하지 못한 조합원은 각각의 근속기간을 충족하는 달의 다음 달 초일에 자동승진한다. 단, 시행시기는 2000. 10. 1.로 한다.”로 한다는 내용의 단체협약(이하 ‘이 사건 단체협약’이라 한다)을 체결하였다. 그러나 공단은 개정된 인사규정에 대하여 주무장관인 건설교통부장관의 승인을 얻지 못하였다는 이유로 위 단체협약을 이행하지 아니하였다.

(2) 이에 청구인들은 서울지방법원에 위 공단을 상대로 위 단체협약의 내용에 따라 5급에서 4급으로 승진한 것을 전제로 한 임금청구소송을 제기하여 승소하였으나(2001가단130541), 항소심에서는 구 한국고속철도건설공단법 제31조의 규정상 공단의 인사와 보수에 관하여 건설교통부장관의 승인을 받아야 하는데, 이 사건 단체협약에 기하여 개정된 인사규정은 승인을 얻지 못하여 그 효력이 발생하지 않았다는 이유로 청구인들의 청구를 기각하였다(서울지방법원 2002나4664). 청구인들은 상고하여 그 소송계속 중 구 한국고속철도건설공단법 제24조, 제26조, 제31조, 제32조에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 대법원이 2003. 4. 11. 본안을 기각함과 동시에 위 제청신청을 기각하자 같은 해 5. 2. 위 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 한국고속철도건설공단법(1997. 12. 13. 법률 제 5454호로 개정되어 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘구 공단법’이라 한다) 제31조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이며(청구인은 법률 제24조, 제26조, 제32조도 심판의 대상으로 삼고 있으나, 당해 소송에 적용된 것은 공단의 인사와 보수에 관하여 건설교통부장관의 승인을 얻도록 하고 있는 제31조이므로, 제31조를 제외한 나머지 조항들은 관련조항으로 본다), 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제31조(공단의 회계규정 등) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하

는 경우에도 또한 같다.

[관련조항]

제24조(자금의 차입 등) ① 공단은 제7조의 규정에 의한 사업의 수행을 위하여 필요한 경우에는 건설교통부장관의 승인을 얻어 자금을 차입(외국으로부터의 자금의 차입 및 물자의 도입을 포함한다. 이하 같다.)할 수 있다.

② 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 자금의 차입을 승인하고자 하는 경우에는 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의하여야 한다.

제26조(사업계획 등의 승인) 공단은 대통령령이 정하는 바에 따라 매 사업연도의 사업계획 및 예산안을 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

제32조(지도·감독) ① 건설교통부장관은 공단을 지도·감독하며, 필요하다고 인정하는 경우에는 그 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나 소속공무원으로 하여금 공단의 장부·서류·시설 기타 물건을 검사하게 할 수 있다.

② 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 보고 또는 검사의 결과 위법 또는 부당한 사실이 있음을 발견한 때에는 공단에 대하여 그 시정을 명할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 공단의 조직, 회계, 인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하거나 이를 변경함에 대하여 건설교통부장관의 승인을 얻도록 규정하고 있다. 그러나 위 법률조항 중 “건설교통부장관의 승인” 부분을 노동조합과 공단 사이의 단체협약에 적용하여 건설교통부장관의 승인 없이는 단체협약이 무효라고 해석하는 것은 이 사건 공단 노동조합처럼 특수법인에 근무하고 있는 근로자들을 조직 대상으로 하고 있는 노동조합은 항상 주무관청의 단체협약에 대한 승인 여부에 따라 노사 쌍방간에 합의된 단체협약의 효력이 좌우되는 결과가 된다. 그러나 이는 헌법 제33조 제1항에서 보장하고 있는 단체교섭권을 본질적으로 침해하는 것이며, 단체협약체결권에 있어 사기업체 노동조합에 비하여 공단 노동조합을 합리적인 이유 없이 차별하는 것으로서 평등권을 침해하여 위헌이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

한국고속철도건설공단의 성격과 설립목적, 자금의 조달, 임원의 임명권자, 공단직원의 신분 등에 관한 구 공단법의 규정들을 종합적으로 고려하면, 법 제24조, 제26조, 제31조, 제32조의 규정들은 자금의 차입이나 사업계획의 수립, 공단의 조직, 회계, 인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하거나 이를 변경함에 대하여 건설교통부장관의 승인을 얻게 함으로써 위 공단 이사장의 권한 행사 및 공단 운영에 대한 적절한 규제를 통하여 공단의 설립목적에 부합하는 공익을 도모하도록 하기 위한 조항들일 뿐 위 공단 근로자들의 노동3권을 특별히 제한하기 위한 규정들이 아니라 할 것이고, 건설교통부장관의 불승인 처분에 대한 재송의 수단이 봉쇄되어 있지 않은 점을 함께 참작할 때, 위 조항들은 헌법에 의하여 보장된 국민의 평등권과 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 침해한 위헌 규정이라고 할 수 없다.

다. 한국고속철도건설공단이사장의 의견

이 사건 공단은 이윤추구를 목적으로 하는 사기업이 아니라 우리나라의 철도 교통망의 확충을 위한 고속철도를 효율적으로 건설함으로써 국민의 교통편의를 증진하기 위하여 설립된 법인으로서, 공단의 성격, 설립목적, 자금의 조달, 임원의 임명권자 및 조직과 운영에 있어서 국가의 관여와 감독을 고려할 때, 공단의 회계, 인사 및 보수 등에 관한 정함이나 그 변경에는 공단법 제31조가 정하고 있듯이 건설교통부장관의 승인이 반드시 필요하다.

따라서 공단의 회계, 인사 및 보수 등에 관한 규정에 대하여 건설교통부장관이 승인하지 않는 경우에는 당해 내부규정은 효력이 발생하지 않도록 해야 하며, 이는 당해 내부규정이 공단 노동조합과 체결한 단체협약에 의하여 변경된 경우에도 마찬가지이다. 이러한 점에서 공단 근로자의 단체교섭권이 제한되는 결과가 되더라도 이는 공공복리를 위한 것으로 헌법 제37조 제2항에 의한 정당한 기본권 제한이며, 또한 인사 및 보수 등을 제외한 나머지 사항에 대해서는 단체협약에 따라 내부규정이 유효하게 변경될 수 있고, 인사 및 보수에 관한 규정을 건설교통부장관이 승인하지 않는 경우에도 장관의 불승인 처분에 대하여 행정소송으로 다툴 수 있으므로, 노동3권을 본질적으로 침해하는 것으로 볼 수 없다.

라. 건설교통부장관의 의견

한국고속철도건설공단이사장의 의견과 대체로 같다.

3. 판 단

가. 쟁 점

이 사건 법률조항은 공단이 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하거나 이를 변경하는 경우에는 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 공단이 이윤추구를 목적으로 하는 사기업이 아니라 우리나라의 고속철도를 건설한다는 정부의 사회적·경제적 목표를 달성하기 위하여 설립된 공법인이므로(구 공단법 제1조), 국가가 공단 이사장의 권한행사 및 공단 운영을 통제하기 위하여 마련한 것으로서 단순한 내부절차규정이 아닌 효력규정으로 판단된다.

그러므로 이 사건 법률조항에 따라 공단이 건설교통부장관의 승인을 얻지 않은 채 보수나 인사 등에 관한 사항을 변경하는 경우에는 그 효력이 없으며, 이러한 법리는 공단이 노동조합과의 사이에 체결한 단체협약에 근거하여 보수나 인사 등에 관한 사항을 변경하는 경우에도 마찬가지이다(대법원 2002. 4. 11. 선고 2002다69563 판결, 당해 사건의 판결임). 그러나 공단 이사장과 노동조합 간의 단체협약에 근거하여 보수나 인사 등에 관한 사항을 변경하는 경우에도 건설교통부장관의 승인이 필요하다고 해석하는 경우, 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약의 이행 여부가 노사관계에 있어서는 제3자적 지위에 있는 건설교통부장관의 승인에 의하여 최종적으로 결정되어 단체협약의 효력이 제한되는 효과가 발생한다.

따라서 이 사건에서의 쟁점은 이 사건 법률조항의 ‘조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 사항’에 공단 이사장과 노동조합 간의 단체협약에 의하여 결정된 사항까지 포함시켜 해석함으로써 건설교통부장관의 승인 여부에 따라 단체협약의 효력이 제한되는 것이 공단 근로자들의 근로3권, 그 중에서도 단체교섭권을 부당하게 침해하는지 여부이다.

나. 헌법상 근로3권의 보장과 단체교섭권의 의의

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여, 근로자가 근로조건의 향상을 위하여 단결하고, 사용자와 집단적으로 교섭하며 나아가 그 교섭이 원만하게 이루어지지 아니할 경우에 단체행동을 할 수 있는 권리를 헌법상 부여하고 있다.

헌법 제33조 제1항이 보장하는 근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고, 이를 바탕으로 사용자와

근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하며, 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유를 보장하는 자유권적 성격과 사회·경제적으로 열등한 지위에 있는 근로자로 하여금 근로자단체의 힘을 배경으로 그 지위를 보완·강화함으로써 근로자가 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 교섭할 수 있도록 해주는 기능을 부여하는 사회권적 성격도 함께 지닌 기본권이다.

헌법 제33조 제1항이 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건을 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42면 참조).

단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 노동조건 기타 노사관계의 제반사항에 관하여 합의에 의하여 서면으로 체결하는 협정으로서(노동조합및노동관계조정법 제31조 제1항 참조), 개별적 노사관계 및 집단적 노사관계에 관한 기준을 설정함으로써 일정기간 노사관계를 안정시키는 기능을 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 218 참조).

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건 공단의 특성 및 공단 근로자의 단체교섭권의 제한

(가) 이 사건 공단의 특성

1) 공단의 성격 및 설립 목적

공단은 우리나라의 고속철도 교통망의 확충이라고 하는 정부의 사회적·경제적 목표를 달성하기 위하여 설립된 공법인으로서 국가를 대항하여 고도의 공익적 사업을 수행하며, 특별법(구 공단법)에 의하여 설립되고 자본금이 없는 이른바 ‘무자본 특수법인’이다.

2) 자금의 조달

공단의 운영 및 사업에 소요되는 자금은 국민의 세금으로 마련된 정부의 출연으로 조달되는바(제19조), 구체적으로 건설비의 45%는 국고에서 지원하고, 나머지 55%는 자체 차입하며, 인건비 및 기관운영비는 전액 국고에서 국회의결을 거쳐 지원된다. 공단이 사업수행을 위하여 자금을 차입함에는 건설교통부장관의 승인을 얻어야 하는데(제24조), 경부고속철도건설사업은 총 18

조 4,358억 원이 투자되는 대형 국책사업으로서 8조 2,961억 원은 국고로 지원하고, 10조 1,397억 원은 공단이 차입금으로 조달하였다. 그런데 공단이 자금을 차입하는 경우 건설교통부장관이 사업목적에의 부합여부, 이자율 등을 면밀히 검토하여 관계부처와의 협의를 거쳐 승인하게 되며 공단의 차입금은 궁극적으로 국가채무로 귀결된다.

한편, 고속철도 건설이 완성된 후 공단의 자산과 부채를 철도청(현 한국철도시설공단)이 포괄 승계하게 되며(제18조), 정부는 공단의 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 공단에 국유재산을 무상으로 대부하거나 사용·수익하게 할 수 있다(제16조).

3) 임원의 임명권자

공단의 임원 중 이사장은 대통령이, 감사는 건설교통부장관이 각 임면하며, 부이사장 및 이사는 건설교통부장관의 승인을 얻어 이사장이 임면한다(제8조). 공단의 임원 및 직원은 형법상 뇌물죄 등의 적용에 있어서 공무원으로 간주되고 있다(제36조).

4) 조직, 운영에 있어 국가의 관여와 감독

공단은 사업계획 및 예산·결산, 자금 차입 등 공단의 관리 및 운영 전반에 관하여 국가의 엄격한 관리·감독을 받는다. 즉, 매 사업연도의 사업계획 및 예산안은 대통령령이 정하는 바에 따라 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 하며(제26조), 매 사업연도의 세입, 세출결산서를 작성하여 다음 사업연도 2월 말일까지 건설교통부장관에게 제출하여야 한다(제27조). 또한 공단의 조직, 회계, 인사 및 보수 등에 관한 사항을 정함에 있어 건설교통부장관의 승인을 받아야 한다(이 사건 법률조항).

그 밖에 공단 임원의 임면·각종 승인 제도만으로 통제하기 어려운 부문에 대한 세부적 감사기능을 위하여 건설교통부장관은 공단의 업무, 회계 및 재산에 관한 사항을 보고하게 하거나 검사할 수 있고, 보고 또는 검사의 결과 위법 또는 부당한 사실이 있을 때에는 그 시정을 명할 수 있다(제32조).

이상의 특성을 종합해 볼 때 공단의 근로자들은 정부조직에 종사하면서 공무원 관련법규의 적용을 받는 공무원은 아니나, 이 사건 공단이 고도의 공익적 비영리 사업을 수행하며 정부의 출연금으로 운영되는 정부출연기관으로서 업무나 예산에 대한 정부의 감독과 통제가 보다 엄격한 점에서, 공공성과 기업성을 겸유하는 공기업(정부투자기관 내지 출자기관) 근로자와 공무원의 중간 영역에 위치한다고 볼 것이다.

(나) 공단 근로자의 단체교섭권의 제한

우리 헌법 제33조 제2항에서 공무원의 법률이 정하는 자에게만 근로3권이 보장된다고 규정한다. 이에 따라 공무원의 단체교섭권은 법률이 정하는 경우에만 인정되며, 개별 법률에서 이를 제한적으로 인정하고 있다. 예를 들어 교원의노동조합설립및운영등에관한법률 제7조 제1항은 “……단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.”고 정하고 있다.

그러나 이 사건 공단 근로자의 경우 공무원이 아니므로 헌법상 이들의 단체교섭권을 제한하는 규정이 없으며, 원칙적으로 민간부문의 노동관계와 마찬가지로 노동조합및노동관계조정법의 적용을 받는다.

하지만 현실적으로는 정부투자기관의 경우 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 예산의 통제로 인하여 노동조합과 기관장 간의 임금협상이 제한되며, 이 사건 공단과 같은 정부출연·위탁기관인 국민건강보험공단, 산업재해보상보험공단, 국립공원관리공단, 장애인고용촉진공단, 한국국제교류재단, 한국산업안전공단, 한국컨테이너부두공단 등은 모두 법률에서 이 사건 법률조항과 같이 공단의 인사와 보수에 관한 규정은 주무장관의 승인을 받아야 함을 규정하고 있다(별지 참조). 이에 따라 단체협약이 성립하더라도 주무장관의 승인 여부에 따라, 그리고 기타 특별법의 존재나 예산상의 제약 등으로 인해 근로조건을 개선하는 내용의 단체협약의 효력을 발휘할 수 없게 되는 경우가 생긴다.

(2) 이 사건 법률조항이 단체교섭권을 침해하는지 여부

(가) 심사기준

헌법 제33조 제1항이 보장하는 단체교섭권은 어떠한 제약도 허용되지 아니하는 절대적인 권리가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능하며, 그 제한은 노동기본권의 보장과 공익상의 필요를 구체적인 경우마다 비교형량하여 양자가 서로 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정된다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 46 참조). 이 사건 법률조항이 이와 같은 심사 기준 아래에서 헌법에 위반되는지 여부를 살펴본다.

(나) 목적의 정당성

앞에서 본 바와 같이 공단은 이윤추구를 목적으로 하는 사기업이 아니라

우리나라 철도 교통망의 확충을 위한 고속철도를 효율적으로 건설함으로써 국민의 교통편의를 증진하고, 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 설립된 법인으로서(법 제1조, 제3조), 공단은 자체수입이 없어 인건비 및 기관운영비를 전액 국고에서 지원 받으며, 국고지원은 국회의결을 거쳐 결정된다. 그러므로 이 사건 법률조항은 공단 이사장의 권한 행사 및 공단 운영에 대한 적절한 규제를 통하여 국가사업을 대행하는 공법인의 원활한 사업추진을 도모하고, 국민의 세금인 정부출연금과 연계되는 인사·예산·보수 등에서 방만한 운영이 발생하지 않도록 공단에 대한 건설교통부장관의 지도·감독 권한을 확보하기 위한 것으로서 그 목적은 정당하다.

(다) 수단의 적정성

건설교통부장관의 승인 없이 공단의 회계, 인사 및 보수 등에 관한 사항을 변경할 수 있다고 하는 경우, 국가예산이 확보되지 않은 경우에는 내부규정을 변경하더라도 사실상 이행할 수 없으므로, 공법인으로서의 성격이 훼손되는 한편 국가의 세금으로 운영하는 기관인 공단에 대한 정부의 감독권이 유명무실하게 된다. 그러므로 공단이 회계, 인사 및 보수에 관한 사항을 정하거나 변경함에 있어 공단의 공익성에 반하거나 예산 미확보 등 집행의 어려움이 이유로 건설교통부장관이 승인하지 않은 경우에 당해 내부규정의 효력이 발생하지 않도록 하는 것은 입법목적 달성을 위한 적정한 수단이다.

(라) 최소침해성 및 법익균형성

1) 공단 노동조합이 단체교섭권을 행사하여 인사 및 보수 등에 관한 단체협약을 체결하고 이에 근거하여 공단의 인사 및 보수 등의 사항을 변경하는 경우에도 건설교통부장관이 이를 승인하지 아니하면 효력이 없으므로, 노동조합으로서의 최종적인 결정권이 없는, 즉 대표권이 제약되는 협상주체인 공단 이사장과 협상할 수밖에 없게 되어 단체협약체결권이 제한된다.

그러므로 공단 노동조합의 단체교섭권을 덜 제한하는 방법으로서, 공단 이사장과 주무관청의 사전 협의를 전제로 하여 보수와 인사에 관한 사항이라도 단체협약에 의한 것이면 별도의 승인 없이 이를 인정하는 방법도 생각할 수 있다. 그러나 노사 간의 협상이 협상 테이블에 앉아 끊임없이 서로의 제안을 교환하며 투쟁과 조정의 과정을 거쳐 공동의 의사결정을 행하는 것임을 생각할 때 협상의제에 대한 사전의 기준을 마련하기란 현실적으로 어렵다. 또한 주무관청이 단체협약에 앞서 보수, 인사에 관한 상한 기준을 마련하여 공단이에 구속된다면 이는 결국 정부가 공단에 대하여 임금가이드라인을 제시하

는 것이 되므로 역시 단체교섭권을 제한하는 것이 되어 덜 제한적인 수단이 라고 볼 수 없다.

2) 헌법이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 창의와 자유를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서, 노동관계 당사자인 사용자와 근로자가 상반된 이해관계로 말미암은 계급적 대립, 적대의 관계로 나아가지 않고……분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 궁극적으로 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모함에 있다 (헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등 반대의견, 판례집 8-2, 729, 770).

그러나 공단의 경우 국민의 세금으로 운영되며 정부의 출연금 및 국가채무로 귀결되는 차입금에 의하여 국가사업을 대행하는 것이므로 시장경제의 원리가 지배한다고 볼 수 없다. 즉, 공단의 경우 사기업에서와 같은 사용자와 근로자의 상반된 이해관계가 존재하지 않는다. 공단의 이사장은 정부에서 임명되어 공단에 대하여 주인의식을 가지기 어려우며, 사기업의 사장 혹은 회장이 영속적인 지위에서 계속적인 노사관계에 임하는 것에 비하여 언제나 교체 가능성이 있다. 또한 사기업에서 임금의 인상과 같은 비용의 증가는 사용자의 손실로 귀결되어 영업수익의 증대로 이를 보전하지 않으면 극단적으로 기업의 파산까지 초래될 수 있는 반면, 공단에서는 운영비용이 증가되어도 사업의 완성시까지 정부의 출연금으로 이를 보전하므로 파산이란 있을 수 없다.

이와 같이 공단의 단체협약 중 보수, 인사에 관한 사항은 단체협약 당사자 사이의 단순한 단체협약이라는 의미를 넘어 국고 부담의 증가를 초래함으로써 결과적으로 공단의 사업계획과 예산의 변경을 수반할 수밖에 없는데, 만약 공단 이사장이 아무런 통제를 받지 않고 임금이나 퇴직금을 인상하는 내용의 단체협약을 체결하고 이것이 그대로 이행된다면 사업계획 및 예산의 통제를 위한 법 제26조, 제27조 규정의 의미가 반감되고 국가는 정부출연금의 사용에 관한 감독·규제가 불가능해진다. 또한 이미 편성된 예산의 범위를 벗어나는 단체협약으로 인하여 운영비가 증가하여 사업비를 삭감하게 되면 이는 극단적으로 공익사업의 부실로 이어질 수 있어 또 다른 공익이 침해되는 결과가 될 수 있다. 그러므로 보수, 인사에 관한 사항을 단체협약으로 정하거나 이를 변경하는 경우에도 건설교통부장관의 승인을 얻도록 하는 것은 불가피한 제한이라고 할 것이다.

3) 공단 노조는 공단 이사장과의 단체협약 체결에 있어서 단체협약의 내용 중 보수, 인사에 관한 사항에 대해서는 주무장관의 승인을 조건으로 합의를

하거나 불승인의 경우 보충협약을 할 수 있도록 함으로써 보수, 인사에 관한 단체협약의 내용이 제한되는 효과를 극복할 수 있다.

이 사건 단체협약 부칙 제4조 제1항에는 “사회적, 경제적 여건의 변화 또는 협약에 누락되었거나 법률의 개정 등으로 인하여 수정되어야 할 사항에 대하여는 본 협약의 유효기간 중이라도 보충협약을 체결할 수 있다.”고 규정되어 있고, 같은 조 제2항에는 “보충협약은 본 협약과 동일한 효력을 가지며, 노사 쌍방 중 어느 일방이 보충협약을 위한 교섭을 요구하면 다른 일방은 14일 이내에 이에 응하여야 한다.”고 규정되어 있다. 그러므로 공단 노조로서는 이 사건 단체협약 중 자동승진 조항에 대하여 건설교통부장관의 승인을 얻지 못하였을 때, 위 부칙에 의하여 공단 이사장에 대하여 보충협약 체결을 위한 단체교섭을 요구할 수 있었다.

4) 마지막으로 이 사건 법률조항으로 인하여 인사 및 보수에 관한 단체교섭권이 제한된다고 하더라도 보수 인사에 관한 사항에 관하여 주무장관의 승인을 받으면 효력이 있으며, 인사 및 보수 등에 관한 규정을 건설교통부장관이 승인하지 않는 경우에도 장관의 불승인 처분에 대하여 행정소송으로 다툴 수 있으므로, 건설교통부장관의 자의적인 불승인에 대하여 이를 시정할 방법이 있다. 또한 인사 및 보수 등을 제외한 나머지 사항에 대하여는 건설교통부장관의 승인 없이도 단체협약에 따라 내부규정이 유효하게 변경될 수 있어 단체교섭권이 유명무실하게 되었다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.

(3) 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항의 해석으로 말미암아 단체교섭권이 간접적으로 제한됨으로써 공단의 노동조합이 다른 사기업의 노동조합에 비하여 차별을 받고 있다고 주장한다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 공단은 이윤추구를 목적으로 하는 것이 아니라 공공의 목적을 가진 공법인으로서의 특수성을 가지며, 공단의 자금은 정부의 출연에 의하여 조달되고, 인사 및 보수 등에 관한 사항은 정부정책 및 예산운용과 직접적으로 관련되어 있다. 그러므로 공단은 사기업과는 본질적으로 다른 것으로서 이를 다르게 취급하였다고 하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

한편, 이 사건 공단이 사기업과 본질적으로 다르지 않다고 하더라도, 헌법 제11조의 평등의 원칙에 있어서 평등이라 함은 일체의 차별적 대우를 부정하

는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없이 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 의미하는바(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75), 공단 소속 근로자들이 회계, 인사, 보수 등에 관한 단체협약 사항에 대하여 건설교통부장관의 승인을 받아야 하는 것은, 앞에서 본 공단의 특수한 성격에 비추어 이와 같은 차별을 합리화할 정당한 목적과 합리적 근거가 있다고 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들을 비롯한 공단의 근로자들이 평등권을 침해받고 있다고 볼 수 없다.

(4) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항으로 인하여 간접적으로 단체협약의 효력이 제약됨으로써 단체교섭권이 제한되나, 이 사건 공단의 성격 및 설립목적의 공공성, 업무 및 예산에 대한 정부의 관여와 감독의 필요성에 비추어 그 제한의 목적이 정당하고, 수단이 적정하며, 단체교섭권에 대한 제한의 정도가 공단의 공익성에 비추어 타당한 범위 내로서 본질적인 내용의 침해로 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 단체교섭권을 침해하거나 다른 사기업에 비하여 공단 근로자들을 차별함으로써 헌법을 위반하였다고 볼 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유에서 이 사건 법률 조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 아래와 같은 반대의견을 제외한 나머지 관여재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 이 사건 법률조항과 단체교섭권의 제한

(1) 근로자는 단결하여 그 대표자를 통하여 근로조건 기타 대우와 노사관계상의 룰에 관하여 사용자 또는 사용자단체와 집단적으로 교섭할 수 있는데, 이러한 근로자의 권리를 단체교섭권이라 한다. 다수의견이 실시하고 있는 바와 같이, 헌법 제33조 제1항이 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 기본권으로 보장하는 취지는 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위함이다.

이러한 근로3권을 실현함에 있어서는 근로자의 권리행사의 실질적 조건을

형성하고 유지하기 위한 국가의 적극적인 활동이 필요하다. 즉, 국가는 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사 간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 43-45 참조).

구체적으로 단체협약과 관련하여 국가는 근로자의 보호와 노사관계의 안정이라는 노동정책상의 이유에서 단체협약에 대하여는 특별한 법적 효력을 부여하고 있는바, 그것이 바로 단체협약의 규범적 효력이다. 즉, 단체협약 중 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 하며, 무효로 된 부분 또는 근로계약에 규정되지 아니한 사항은 단체협약에 정한 기준에 의하게 된다(노동조합및노동관계조정법 제33조 제1항, 제2항 참조).

(2) 이 사건 법률조항은 공단의 인사, 보수 등에 관한 사항은 건설교통부장관의 승인을 얻도록 하고 있는데, 법원은 이 조항을 근거로 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사 및 보수에 관한 사항도 건설교통부장관의 승인을 얻어야만 중국적으로 효력을 갖는 것으로 해석하여 노동조합의 단체교섭권에 제한을 가하고 있다.

살피건대, 다수의견이 지적하는 바와 같이, 고도의 공익성을 띤 고속철도 교통망의 확충사업을 행하는 공단의 운영에 적절한 규제를 통하여 고속철도 건설사업의 원활한 추진과 재정안정을 도모하려는 이 사건 법률조항의 목적은 정당하고, 인사 및 보수 등에 관한 공단의 단체협약에 관하여 주무장관의 승인을 요하도록 하는 것이 그와 같은 목적을 달성하는 데에 효과는 있다고 볼 수 있다. 그러나 우리 헌법이 제33조 제2항, 제3항에서 공무원인 근로자 및 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 근로3권과 관련하여 특별한 규정을 두고 있는 취지에 비추어 볼 때, 이들을 제외한 근로자의 근로3권의 제한은 그 제한이 헌법적으로 정당화되려면 보다 엄격한 요건을 충족시켜야 한다고 보아야 할 것인바(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 773-774 참조), 노사 간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 인사 및 보수 등에 관한 단체협약 조항의 효력 유무를 전적으로 건설교통부장관의 승인 여부에 맡기는 것은 다음에서 보는 바와 같이 과잉금지원칙에 위배하여 단체교섭권을 과도하게 제한하는 것으로 헌법에 위반된다고 볼 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌성

(1) 먼저, 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사, 보수 등에 관한 규정을 노사관계의 제3자인 정부의 승인을 얻어야 효력을 발생하도록 하는 것은 그 자체로 단체교섭권을 형해화시킨 것으로 헌법상 단체교섭권에 대한 본질적 침해에 가까운 매우 중대한 침해라는 점을 지적하지 않을 수 없다.

다수의견도 실시하고 있는 바와 같이, 헌법이 제33조에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42면). 단체협약을 전제하지 않은 단체교섭은 아무 의의가 없으며, 단체교섭권은 단체협약체결권과 분리하여 독립적으로 존재할 수 없기 때문이다.

이렇듯 단체교섭권의 본질은 사용자와 근로자의 공동결정인 단체협약의 체결 및 그 이행을 통한 ‘근로조건’의 향상이라 할 것이고, 근로자의 인사, 보수 등에 관한 단체협약체결은 단체교섭권의 중핵적인 부분에 해당한다고 볼 것인데, 헌법상 근로3권의 실질적 실현을 위하여 마련된 노동조합및노동관계조정법이 단체협약 중 ‘근로조건’ 기타 근로자의 대우에 관한 규정에 대하여 규범적 효력을 인정하고 있음에도 불구하고, 노사 간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 인사 및 보수 등에 관한 단체협약 조항의 효력 유무를 노사관계에 있어서 제3자인 건설교통부장관의 승인 여부에 맡기는 것은 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 형해화시킨 것으로 헌법상 단체교섭권을 중대하게 침해한 것이라 하지 않을 수 없다.

사실, 소위 공공부문 중 비공무원 부문에 종사하는 근로자들에 대하여는 공무원, 방위산업체 등과는 달리 현행 헌법상 근로3권을 개별적으로 제한하는 규정이 없으므로 헌법 제37조 제2항에 의하여 이들의 근로3권을 제한할 때에는 무엇보다 이들의 근로3권을 제한하겠다는 입법자의 의사가 법문상 명백히 드러나야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 법문상 그와 같은 입법자의 의사가 명확히 나타나 있다고 보기 힘들다. 즉, 양당사자 간의 합의를 요하는 단체협약을 사용자가 일방적으로 정하는 공단의 내부 규정과 동일하게 취급하는 것 자체가 노동관계법의 해석상 불합리한 측면이 있다. 공단 근로자의 단체교섭권을 제한하겠다는 입법자의 의사가 명백하지 않은 상태에서 위와 같은 해석을 통하여 공단 근로자의 기본권에 대하여 중대한 제한을 가하는 것은 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 될 수도 있다(헌재 1989. 7. 14.

88헌가5등, 판례집 1, 69, 86-87; 2002. 11. 28. 98헌바101등, 판례집 14-2, 609, 619 참조). 결국 이 사건 법률조항은 공단의 조직, 회계, 인사 및 보수에 관한 사항에 대하여는 정부의 통제를 받아야 한다는 것으로 공단과 정부의 관계를 규정한 것이지, 근로자와의 관계에까지 확장시켜 적용될 수 있는 성질의 조항이 아니라고 봄이 상당하다[참고로 당해사건의 1심은 이와 같은 입장에서 “주무장관의 승인여부가 노사 간에 유효하게 체결된 단체협약의 효력에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.”고 판단하였다(서울지방법원 2001. 12. 18. 선고 2001가단130541 판결)].

(2) 무엇보다 공단의 특수성을 감안하여 국가의 입장에서 공단의 인사, 보수 등에 관한 사항에 대하여 이를 감독, 규제할 필요가 있다하더라도, 이는 사실상 공단 임원에 대한 인사권 및 공단에 대한 관리·감독권 등을 통하여 이루어질 수 있는 것이다. 앞에서 상세히 살펴본 바와 같이, 공단의 이사장은 건설교통부장관의 제청으로 대통령이 임명하며, 공단은 예산·결산 등 공단 관리 및 운영전반에 관하여 국가의 엄격한 관리·감독을 받고 있다(한국고속철도건설공단법 제8조, 제26조, 제27조, 제31조, 제32조 참조). 이러한 인사권, 관리·감독권의 행사를 통하여 국가는 고속철도건설사업의 원활한 운영과 공단의 재정안정을 충분히 도모할 수 있는 것이다. 그 일례로 정부는 정부출연·위탁기관 등에 대하여 보통 임금인상 가이드라인이나 예산지침 등을 통하여 임금결정을 통제하는데, 정부의 인사권, 각종 관리·감독권을 감안할 때 개별 기관에서 이러한 정부지침을 이행치 않기로 사실상 거의 불가능한 실정이라고 한다. 이와같이 막강한 규제권한을 갖는 정부에게 노사 간에 자율적으로 체결된 단체협약상 주요 근로조건에 관한 조항의 효력을 무력화시킬 수 있는 권한까지 부여하는 것은 그 보호하려는 공익에 비해 근로자들의 단체교섭권을 필요 이상으로 지나치게 제한한 것이라고 할 것이다.

(3) 헌법해석은 현실과 관련을 맺고 또 현실에 뿌리를 두어야 한다는 점에서 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단함에 있어 공단 업무의 고도의 공익성이나 재정문제 등은 결코 경시될 수 없는 중요한 요소임에 틀림없다. 그러나 근로3권에 관한 헌법규정은 노동관계법의 기본방향을 제시함과 동시에 노동현실을 규정하고 있는 규범이라는 점 역시 간과되어서는 안된다. 현실을 지나치게 강조하는 견해는 궁극적으로 실정 헌법에 반하는 현실을 정당화할 위험성을 내포하고 있음에 유의할 필요가 있다(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 775 참조). 이와 관련하여 우리 헌법이 공무원 이외의 근로

자에 대하여는 단체교섭권을 원칙적으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 공단의 노사 간에 발생하는 분쟁 역시 기본적으로는 현행 노사관계법이 마련하고 있는 제도로 해결하는 것이 바람직하다.

노동조합은 사용자에 대하여 근로조건 기타 노사관계 제반 사항에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있으나, 사용자가 노동조합이 교섭을 요구한 모든 사항에 대하여 교섭의무를 지는 것이 아니며 더욱이 사용자에게 노조측의 요구를 그대로 수용할 의무라든가 단체협약을 체결할 의무까지 있는 것은 아니다. 구체적으로 공단의 법적 성격이나 공단을 규율하는 관계법령과의 정합성이라는 측면에서 공단의 교섭사항 범위에 일정한 한계가 존재할 수 있으며, 구체적인 단체교섭 및 단체협약의 체결 과정, 나아가 이와 관련된 노동쟁의의 발생과 그에 대한 조정과정에서 고도의 공익성을 띤 공단 업무의 성격, 그리고 인사 및 예산상의 특수성은 고려될 수밖에 없을 것이다. 즉, 공단의 단체교섭을 둘러싸고 발생하는 노사간의 분쟁 역시 우리 법이 마련하고 있는 행정적 내지 사법적 구제절차 즉, 노동위원회 및 법원에 의한 구제절차를 통하여 합리적으로 조정, 결정될 수 있는 것이다.

비록 노동조합의 부당한 요구에 대하여 사용자가 담합하는 경우와 같은 특수한 상황이 발생할 수도 있으나, 이러한 상황은 기본적으로 위에서 언급한 바와 같은 공단에 대한 인사권 내지 관리·감독권의 행사를 통하여 통제되어야 할 문제라 할 것이다. 국가가 이와 같은 문제까지 헌법이 보장하고 있는 단체교섭권의 제한이라는 방법을 통하여 해결하고자 한다면 이는 근로자의 단체교섭권에 비해 지나치게 공익을 중시하는 것이라 아니할 수 없다.

(4) 다수의견은 노동조합이 공단 이사장과의 단체협약을 체결함에 있어서 단체협약의 내용 중 인사, 보수 등에 관한 사항에 대해서는 주무장관의 승인을 조건으로 합의의 하거나 불승인의 경우 보충협약을 할 수 있도록 함으로써 단체협약의 내용이 제한되는 효과를 극복할 수 있다고 주장하나, 사실상 이는 이 사건 법률조항의 적용으로 인해 제한된 단체교섭권의 회복에는 별다른 의미가 없는 조치이다. 왜냐하면, 주무장관의 승인을 조건으로 합의의 한다는 것은 단체협약의 효력 발생을 위해서는 결국 건설교통부장관의 승인이 있어야만 한다는 점에서 종국적으로 다를 바가 없으며, 보충협약을 체결한다 할지라도 특별한 사정이 없는 한 원안보다 근로자측에 유리한 내용의 단체협약이 체결될 가능성은 극히 희박하기 때문이다.

(5) 헌법상 근로3권 보장의 취지에 비추어 간과될 수 없는 또 다른 문제점

은, 노사간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 단체협약 조항의 효력 유무를 제3자의 승인 여부에 맡기는 것은 노사 간의 자율적인 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 노사분쟁을 평화적으로 해결하여 궁극적으로 산업평화를 이룩한다는 근로3권 보장의 취지에 반하는 결과를 야기한다는 것이다.

사기업의 노사관계에 있어서는 노사가 대등한 위치에서 공동의 의사결정을 하나, 공단의 경우 근로조건의 핵심인 인사 및 보수에 관한 사항에 대하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 이를 이행할 수 있게 되므로, 협상의 당사자인 공단의 이사장은 사실상 정부의 대리인에 불과하고 실질적인 권한이 없게 된다. 그렇다 하여 사용자가 아닌 주무장관을 상대로 노동조합이 단체교섭을 요구할 수도 없는 실정이므로 여기서 교섭구조의 불일치가 생기고, 당사자 측면에서 대등한 지위가 보장되지 않는다. 그리하여 노동조합이 사실상 결정권이 없는 공단 이사장을 상대로 하여 성실하고도 진지하게 교섭에 임하리라는 것을 기대하기는 어렵게 되고, 이로 말미암아 근로3권의 헌법적 목적을 실현하기 위한 절차로서의 단체협약제도의 기능은 크게 저해되어 오히려 산업평화가 위협받을 수 있는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 46-47 참조).

다. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 단체협약상의 인사, 보수 등에 관한 사항도 건설교통부장관의 승인을 얻도록 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종(주심) 김경일
송인준 전호숙 이상경

[별 지]

국민건강보험법(국민건강보험공단) 제27조(규정 등) 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이사회 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정한다.

산업재해보상보험법시행령(산업재해보상보험공단) 제20조(공단규정의 승인) 공단은 다음 각 호의 사항에 관한 규정을 제정하거나 개정하고자 할 때에는 노동부장관의 승인을 얻어야 한다. <개정 2000. 6. 27.>

1. 공단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 임직원의 인사·보수 및 복무에 관한 사항
3. 공단의 회계 및 재산·물품관리에 관한 사항
4. 기타 공단운영·보험사업 및 근로복지사업에 관하여 중요한 사항

자연공원법(국립공원관리공단) 제64조(공단의 규정) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 규정을 정하는 때에는 미리 환경부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

장애인고용촉진및직업재활법시행령(한국장애인고용촉진공단) 제50조(내부규정의 승인) 공단은 다음 각 호의 사항에 관한 내부규정을 제정하거나 개정하고자 하는 때에는 노동부장관의 승인을 얻어야 한다.

1. 공단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 회계·재산 및 물품관리에 관한 사항
3. 임·직원의 보수 및 복무에 관한 사항
4. 제70조 제1항의 규정에 의하여 공단에 위탁된 사업에 관한 사항
5. 기타 공단운영에 관한 중요한 사항

한국국세교류재단법시행령 제11조(내부규정의 승인) 재단은 다음 각 호의 사항에 관한 내부규정을 제정하거나 개정하고자 하는 때에는 외무부장관의 승인을 얻어야 한다.

1. 재단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 임·직원의 보수 및 복무에 관한 사항
3. 기금의 운용 및 관리에 관한 사항
4. 회계·재산 및 물품관리에 관한 사항

한국산업안전공단법시행령 제15조(내부규정의 승인) 공단은 다음 사항에 관한 내부규정을 제정하거나 개정하고자 할 때에는 노동부장관의 승인을 얻어야 한다.

1. 공단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 임직원의 보수 및 복무에 관한 사항
3. 회계·재산 및 물품관리에 관한 사항
4. 기타 공단운영에 관한 중요한 사항

한국컨테이너부두공단법 제33조(공단의 회계규정 등) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하여 해양수산부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

국민건강보험법 제27조 위헌소원

(2004. 8. 26. 2003헌바58·65(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법상 보장된 단체교섭권을 제한하기 위한 요건
2. 보건복지부장관의 승인을 얻어야만 국민건강보험공단의 인사, 보수 등에 관한 규정이 효력을 갖도록 한 국민건강보험법 제27조가 헌법상 단체교섭권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제33조 제1항이 보장하는 단체교섭권은 어떠한 제약도 허용되지 아니하는 절대적인 권리가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능하며, 그 제한은 노동기본권의 보장과 공익상의 필요를 구체적인 경우마다 비교형량하여 양자가 서로 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정된다.

2. 국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제27조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)는 공단 이사장의 권한 행사 및 공단 운영에 대한 적절한 규제를 통하여 국가사업을 대행하는 공법인의 원활한 사업추진을 도모하고, 국고와 연계되는 인사·보수 등에서 방만한 운영이 발생하지 않도록 공단에 대한 보건복지부장관의 지도·감독 권한을 확보하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하며, 공단이 인사 및 보수 등에 관한 사항을 정함에 있어 공단의 공익성에 반하거나 예산 미확보 등 집행의 어려움을 이유로 보건복지부장관이 승인하지 않은 경우에 당해 내부규정의 효력이 발생하지 않도록 하는 것은 이러한 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다. 나아가 공단의 단체협약 중 보수, 인사 등에 관한 사항은 단체협약 당사자 사이의 단순한 단체협약이라는 의미를 넘어 국고 부담의 증가를 초래함으로써 결과적으로 공단의 사업계획과 예산의 변경을 수반할 수

밖에 없으므로 보수, 인사 등에 관한 사항을 단체협약으로 정하는 경우에도 보건복지부장관의 승인을 얻도록 하는 것은 불가피한 제한이며, 단체협약상 인사, 보수 등에 관한 규정을 보건복지부장관이 승인하지 않는 경우에는 행정소송으로 다툴 수 있으므로 보건복지부장관의 자의적인 불승인에 대하여는 이를 시정할 방법이 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항으로 인한 단체교섭권에 대한 제한의 정도는 공단의 공익성에 비추어 볼 때 타당한 범위 내로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 반대의견

1. 우리 헌법이 제33조에서 공무원 및 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 근로3권과 관련하여 특별한 규정을 두고 있는 취지에 비추어 볼 때 이들을 제외한 근로자에 대한 근로3권의 제한은 그 제한이 헌법적으로 정당화되려면 보다 엄격한 요건을 충족시켜야 한다.

2. 단체교섭권의 본질은 사용자와 근로자의 공동결정인 단체협약의 체결 및 그 이행을 통한 근로조건의 향상이라 할 것이고, 이와 관련하여 헌법상 근로3권의 실질적 실현을 위하여 마련된 노동조합및노동관계조정법은 단체협약 중 ‘근로조건’ 기타 근로자의 대우에 관한 규정에 대하여 규범적 효력을 인정하고 있는바, 고도의 공익성을 띤 사업을 행하는 공단의 인사, 보수 등에 관한 사항에 대한 규제는 사실상 공단 임원에 대한 인사권 및 공단에 대한 관리·감독권 등을 통하여 이루어질 수 있고, 공단의 노사간에 발생하는 분쟁 역시 기본적으로는 현행 노사관계법이 마련하고 있는 제도로 해결하는 것이 바람직함에도 불구하고, 공단 노사 간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 단체협약 조항의 효력 유무를 노사관계의 제3자인 보건복지부장관의 승인 여부에 맡기는 것은 근로자의 단체협약체결권을 형해화시킨 것으로 헌법상 과잉금지원칙에 위배하여 단체교섭권을 침해한 것이다.

【심판대상조문】

국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제27조(규정 등) 공단의 조

직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이사회의 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제33조

노동조합및노동관계조정법 제33조(기준의 효력) ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

국민건강보험법 제1조(목적) 이 법은 국민의 질병·부상에 대한 예방·진단·치료·재활과 출산·사망 및 건강증진에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 한다.

국민건강보험법 제13조(업무 등) ① 공단은 다음 각 호의 업무를 관장한다.

1. 가입자 및 피부양자의 자격관리
2. 보험료 기타 이 법에 의한 징수금의 부과·징수
3. 보험급여의 관리
4. 가입자 및 피부양자의 건강의 유지·증진을 위하여 필요한 예방사업
5. 보험급여비용의 지급
6. 자산의 관리·운영 및 증식사업
7. 의료시설의 운영
8. 건강보험에 관한 교육훈련 및 홍보
9. 건강보험에 관한 조사연구 및 국제협력
10. 이 법 또는 다른 법령에 의하여 위탁받은 업무
11. 기타 건강보험과 관련하여 보건복지부장관이 필요하다고 인정한 업무

②~④ 생략

국민건강보험법 제14조(법인격 등) ① 공단은 법인으로 한다.

② 공단은 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

국민건강보험법 제19조(임원) ① 공단에 임원으로서 이사장 1인, 이사 17인 및 감사 1인을 둔다.

② 이사장은 보건복지부장관의 제청에 의하여 대통령이 임명한다.

③ 이사중 8인은 노동조합·사용자단체·농어업인단체·소비자단체가 각각 2인씩 추천한 자를, 5인은 공단의 이사장이 추천한 자를, 4인은 대통령이 정하는 관계공무원을 보건복지부장관이 임명한다.

④ 감사는 보건복지부장관이 임명한다.

⑤ 이사장, 이사중 5인 및 감사는 상임으로 한다. 다만, 비상임임원은 정관이 정하는 바에 의하여 실비변상을 받을 수 있다.

⑥ 임원의 임기는 3년으로 한다. 다만, 공무원인 임원의 임기는 그 재임기간으로 한다.

국민건강보험법 제26조(벌칙적용에 있어서의 공무원의 의제) 공단의 임원 및 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

국민건강보험법 제34조(예산) 공단은 매 회계연도의 예산안을 그 내용의 성질별로 구분 편성하여 보건복지부장관의 승인을 얻어야 한다. 예산을 변경할 때에도 또한 같다.

국민건강보험법 제35조(차입금) 공단은 현금의 지출에 부족이 생긴 때에는 차입을 할 수 있다. 다만, 1년 이상의 장기차입을 할 경우에는 보건복지부장관의 승인을 얻어야 한다.

국민건강보험법 제36조(준비금) ① 공단은 매 회계연도의 결산상 잉여금 중에서 그 연도의 보험급여에 소요된 비용의 100분의 5 이상에 상당하는 액을 그 연도에 소요된 비용의 100분의 50에 이를 때까지 준비금으로 적립하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 준비금은 보험급여에 소요되는 비용의 부족에 충당하거나 현금의 지출에 부족이 생긴 때 외에는 이를 사용할 수 없으며, 현금의 지출에 준비금을 사용한 때에는 당해 회계연도 중에 이를 보전하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 준비금의 관리·운영방법 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부장관이 정한다.

국민건강보험법 제37조(결산) ① 공단은 회계연도마다 결산보고서 및 사업보고서를 작성하여 다음해 2월말까지 보건복지부장관에게 보고하여야 한다.

② 공단은 제1항의 규정에 의하여 결산보고서 및 사업보고서를 보건복지부장관에게 보고한 때에는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 그 내용을 공고하여야 한다.

국민건강보험법 제87조(공단 등에 대한 감독) 보건복지부장관은 공단 및 심사평가원에 대하여 그 사업에 관한 보고를 명하거나 사업 또는 재산상황을 검사하여 정관 또는 규정의 변경 기타 필요한 처분을 명하는 등 감독상 필요한 조치를 할 수 있다.

국민건강보험법 제92조(국가부담) 국가는 매년도 예산에서 공단에 대하여 건강보험사업의 운영에 필요한 비용을 부담할 수 있다.

국민건강보험재정건전화특별법(2002. 1. 19. 법률 제6620호로 제정된 것) 제1조(목적) 이 법은 건강보험의 재정적자를 조기에 해소하고 재정수지의 균형을 이루도록 함으로써 건강보험제도의 발전과 국민건강 증진 도모를 그 목적으로 한다.

국민건강보험재정건전화특별법(2002. 1. 19. 법률 제6620호로 제정된 것) 제15조(보험제정에 대한 정부지원) ① 국가는 매년 당해연도 지역가입자에 대한 보험급여비용과 지역가입자의 건강보험사업에 대한 운영비(이하 “지역보험급여비용 등”이라 한다)의 100분의 40에 상당하는 금액을 국고에서 지역보험급여비용 등에 충당하기 위하여 공단에 지원한다.

② 보건복지부장관은 지역보험급여비용 등의 100분의 10에 상당하는 금액을 국민건강증진법에 의한 국민건강증진기금에서 공단에 지원한다.

③ 공단은 제2항의 규정에 의하여 지원된 재원을 직장가입자·피부양자 및 지역가입자 중 65세 이상의 노인에게 대한 보험급여에 사용하여야 한다.

국민건강보험재정건전화특별법(2002. 1. 19. 법률 제6620호로 제정된 것) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제14조의 규정은 2002년 7월 1일부터 시행

헌재 2004. 8. 26. 2003헌바58·65(병합)

한다.

국민건강보험재정건전확립특별법(2002. 1. 19. 법률 제6620호로 제정된 것) 부칙 제2조(유효기간) 이 법은 2006년 12월 31일까지 효력을 가진다.

교원의노동조합설립및운영등에관한법률 제7조(단체협약의 효력) ① 제6조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 46

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 진영미 외 8인(2003헌바58)
대리인 법무법인 시민종합법률사무소
담당변호사 김남준 외 3인
2. 박승철 외 35인(2003헌바65)
대리인 법무법인 덕수
담당변호사 도재형 외 2인
- 당해사건 1. 서울고등법원 2002나58107 임금 등(2003헌바58)
2. 서울고등법원 2002나71681 임금(2003헌바65)

【주 문】

국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제27조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌바58

(가) 청구인들은 청구의 국민건강보험공단(이하 ‘공단’이라 한다)의 직원들이자 국민건강보험공단직장노동조합(이하 ‘직장노동조합’이라 한다)의 조합원들이다. 공단과 직장노동조합은 2001. 5. 16. 단체협약을 체결하였는데 이 단

체협약의 제27조 제2항 내지 제4항은 장기 근속자의 대우(승진)에 관한 사항을 규정하고 있다.

(나) 청구인들은 서울지방법원 서부지원에 단체협약상 예정되어 있는 승진 일을 기준으로 한 지위 확인 및 임금차액의 지급을 구하는 소송(2002가합1512)을 제기하였으나, 위 법원은, “공단의 조직·인사·보수 등에 관한 규정에 대하여는 이사회 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정하도록 하고 있는 국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제27조는 단순한 내부절차규정이 아닌 효력규정이라고 판단되고, 공단의 조직·인사 규정 등에 있어서 보건복지부 장관의 승인은 법률행위의 법률상 효력을 완성시키는 보충적 행정행위라 할 것이므로, 결국 지출이 수반되는 행위는 예산에 편성되어 보건복지부장관의 승인을 얻어야 그 효력이 생긴다고 봄이 상당하며, 이는 이 사건과 같이 단체협약으로 직원을 승급시키는 조항을 둔 경우에도 마찬가지인바, 이 사건 단체협약상의 근속승진 조항은 이러한 보건복지부장관의 승인을 얻지 못함으로써 효력이 발생하지 못하게 되었다.”는 이유로 이를 기각하였다.

이에 청구인들은 서울고등법원에 항소(2002나58107)를 제기하고, 그 소송 계속 중 공단과 직장노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사·보수에 관한 규정의 경우에도 위 국민건강보험법 제27조를 적용하는 것은 헌법상 보장된 청구인들의 단체교섭권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 이 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2003. 7. 9. 당해사건과 함께 기각되었다.

(다) 청구인들은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 2003. 7. 31. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌바65

(가) 청구인들은 공단의 직원들이자 직장노동조합의 조합원들이다. 공단과 직장노동조합은 2000. 11. 6. 단체협약을 체결하였는데, 이 단체협약의 제28조 제3항 내지 제4항은 장기 근속자의 대우(승진)에 관한 사항을 규정하고 있다.

(나) 청구인들은 서울지방법원 서부지원에 단체협약상 예정되어 있는 승진 일을 기준으로 한 임금의 지급을 구하는 소송(2002가단8219)을 제기하였으나, 위 법원 역시 위 (1)의 (나)항과 같은 이유로 이를 기각하였다.

이에 청구인들은 서울고등법원에 항소(2002나71681)를 제기하고, 그 소송 계속 중 공단과 직장노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사·보수에 관

한 규정의 경우에도 위 국민건강보험법 제27조를 적용하는 것은 헌법상 보장된 단체교섭권, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 이 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2003. 7. 9. 당해사건과 함께 기각되었다.

(다) 청구인들은 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 2003. 8. 18. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제27조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

국민건강보험법 제27조(규정 등) 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이사회 의 결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정한다.

국민건강보험재정건전화특별법 제15조 ① 국가는 매년 당해연도 지역가입자에 대한 보험급여비용과 지역가입자의 건강보험사업에 대한 운영비(이하 “지역보험급여비용등”이라 한다)의 100분의 40에 상당하는 금액을 국고에서 지역보험급여비용등에 충당하기 위하여 공단에 지원한다.

노동조합및노동관계조정법 제33조(기준의 효력) ① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.

② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.

2. 청구인들의 주장과 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 요지
가. 청구인들의 주장(2003헌바58·65)

(1) 이 사건 법률조항을 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사·보수에 관한 규정에도 적용하여 이러한 경우에도 보건복지부장관의 승인을 얻지 못하면 효력이 발생하지 않게 된다고 해석하게 되면, 공단과 직장노동조합 사이에 체결된 단체협약의 효력 유무가 노사관계에 있어서는 제3자적 지위에 있는 보건복지부장관의 승인에 의하여 최종적으로 결정되게 되는데, 이는 청구인들의 단체교섭권을 침해화시키는 것으로 헌법상 과잉금지원칙에 반한다.

(2) 공단 소속이 아닌 일반적인 근로자들은 자신들이 결성한 노동조합과 사용자가 단체협약을 체결하면 이로써 곧 협약당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 및 그 구성원에 대하여 효력이 미치게 되나, 공단 소속 근로

자인 경우에는 단체협약상 인사·보수에 관한 사항에 관하여는 제3자인 보건복지부장관이 승인하지 않으면 그 효력이 없게 되는바 이러한 차별에 합리적인 이유를 발견하기 어렵다. 또한 공단과 노동조합의 단체협약의 체결에 있어 노동조합의 인준조항은 무효가 된다는 판례가 확립되어 있는데, 이 사건 법률조항에 의하면 사용자인 공단의 인준조항은 유효한 결과가 되어 단체교섭에 있어 공단과 노동조합을 차별하는 결과가 되며, 이러한 차별에 합리적인 이유를 발견할 수 없다.

나. 위헌제청신청 기각이유(2003헌바58·65)

공단은 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 하는 건강보험사업을 수행하기 위하여 설립된 비영리 특수 공법인으로서 고도의 공익적 사업을 국가로부터 위임받아 수행하고 있고, 지역보험급여비용 등의 상당액을 국고에서 지원받고 있으며, 공단의 임원임명권은 대통령과 보건복지부장관에게 있고, 공단의 임원은 형법상의 뇌물죄 등의 적용에 있어서 공무원으로 보고 있다. 또한, 공단의 예산·결산 등 공단 관리 및 운영전반에 관하여는 국가의 엄격한 관리·감독을 받고 있는 등, 관련 법률들에 의하여 특수한 지위를 부여받고 있다.

위와 같이 공단이 수행하고 있는 업무의 고도의 공익성 및 이에 따른 국가의 예산 지원 등 공단의 특수한 성격에 비추어 볼 때, 인사·보수 등 공단의 운영에 있어 어느 정도 국가의 관여가 필요한 것으로 보이고, 이에 따라 이 사건 법률조항에서는 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정을 정함에 있어 보건복지부장관의 승인을 거치도록 함으로써 국가에서 공단 이사장의 권한 행사 및 공단 운영을 통제할 수 있는 근거를 두고 있는 것이다.

따라서 보건복지부장관의 승인 절차로 인하여 공단 소속 근로자들의 단체교섭권에 어느 정도 제약이 생기게 되나, 이는 위와 같은 공단의 특수한 성격에 비추어 공공복리를 위한 최소한의 불가피한 조치인 것으로 판단되며, 이를 두고 공단 소속 근로자들의 단체교섭권을 침해화시키는 것으로 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이라고 보기 어렵다. 또한, 이와 같이 단체협약상 인사·보수 등에 관한 사항에 관하여 추가적인 승인절차를 요구하여 공단 소속 근로자를 일반 근로자와 달리 취급한다 하여도, 이는 위에서 본 공단의 특수한 성격에 비추어 정당한 목적과 합리적 근거가 있는 것으로 헌법에 반하지 아니한다.

다. 보건복지부장관 및 국민건강보험공단이사장의 의견

(1) 적법요건에 관한 의견(2003헌바58)

청구인들은 이 사건 법률조항을 공단과 직장노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사·보수에 관한 규정에도 적용하여 이러한 경우에도 보건복지부장관의 승인을 얻지 못하면 효력이 발생하지 않게 된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 주장을 하고 있는바, 이는 법률의 해석·적용에 관한 것으로 부적법하다.

(2) 본안에 관한 의견(2003헌바58·65)

법원의 위헌제청신청기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 적법요건에 관한 판단

청구인들은 이 사건 법률조항을 공단과 직장노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사·보수에 관한 규정에도 적용하여 이러한 경우에도 보건복지부장관의 승인을 얻지 못하면 효력이 발생하지 않게 된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 주장을 하고 있다. 살피건대, 이 사건에서 당해 법원은 이 사건 법률조항을 바로 위와 같은 의미로 해석하여 당해 사건에 적용하였고, 청구인들 역시 법원의 이러한 해석에 입각하여 이 사건 법률조항의 위헌성을 다투고 있는 것이므로, 이 사건은 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 것으로 보아 그 당부를 판단함이 상당하다. 따라서 적법요건에 관한 관계기관의 주장은 이유 없다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 쟁 점

이 사건 법률조항은 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이사회 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정한다고 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 공단이 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 하는 건강보험사업을 수행하기 위하여 설립된 공법인으로서 고도의 공익적 사업을 국가로부터 위임받아 수행하고 있으며, 운영비 내지 지역보험급여비용 등의 상당액을 국고 내지 국민건강증진기금 등에서 지원받고 있으므로, 국가가 공단 이사장의 권한행사 및 공단 운영을 통제하기 위하여 마련한 것으로서 단순한 내부절차규정이 아닌 효력규정으로 판단된다.

그러므로 이 사건 법률조항에 따라 공단이 보건복지부장관의 승인을 얻지 않은 채 보수나 인사 등에 관한 사항을 변경하는 경우에는 그 효력이 없으며, 이러한 법리는 공단이 노동조합과 사이에 체결한 단체협약에 근거하여 보수

나 인사 등에 관한 사항을 변경하는 경우에도 마찬가지이다(대법원 2002. 4. 11. 선고 2002다69563 판결). 그러나 공단 이사장과 노동조합 간의 단체협약에 근거하여 보수와 인사등에 관한 사항을 변경하는 경우에도 보건복지부장관의 승인이 필요하다고 해석하는 경우, 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약의 이행 여부가 노사관계에 있어서는 제3자적 지위에 있는 보건복지부장관의 승인에 의하여 최종적으로 결정되어 단체협약의 효력이 제한되는 효과가 발생한다.

따라서 이 사건에서의 쟁점은 이 사건 법률조항의 ‘인사, 보수 등에 관한 규정’에 공단 이사장과 노동조합 간의 단체협약에 의하여 결정된 사항까지 포함시켜 해석함으로써 보건복지부장관의 승인 여부에 따라 단체협약의 효력이 제한되는 것이 공단 근로자들의 근로3권, 그 중에서도 단체교섭권을 부당하게 침해하는지 여부이다.

(2) 헌법상 근로3권의 보장과 단체교섭권의 의의

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여, 근로자가 근로조건의 향상을 위하여 단결하고, 사용자와 집단적으로 교섭하며 나아가 그 교섭이 원만하게 이루어지지 아니할 경우에 단체행동을 할 수 있는 권리를 헌법상 부여하고 있다.

헌법 제33조 제1항이 보장하는 근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고, 이를 바탕으로 사용자와 근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하며, 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유를 보장하는 자유권적 성격과 사회·경제적으로 열등한 지위에 있는 근로자로 하여금 근로자단체의 힘을 배경으로 그 지위를 보완·강화함으로써 근로자가 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 교섭할 수 있도록 해주는 기능을 부여하는 사회권적 성격도 함께 지닌 기본권이다.

헌법 제33조 제1항이 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적

인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42 참조).

단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 노동조건 기타 노사관계의 제반사항에 관하여 합의에 의하여 서면으로 체결하는 협정으로서(노동조합및노동관계조정법 제31조 제1항 참조), 개별적 노사관계 및 집단적 노사관계에 관한 기준을 설정함으로써 일정기간 노사관계를 안정시키는 기능을 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 218 참조).

(3) 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(가) 이 사건 공단의 성격과 공단 근로자의 단체교섭권 제한

1) 이 사건 공단의 성격

가) 공단의 성격 및 설립목적

공단은 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 하는 건강보험사업을 수행하기 위하여 설립된 비영리 특수 공법인으로서 공익적 사업을 국가로부터 위임받아 수행하고 있다(국민건강보험법 제1조, 제14조).

나) 공단의 업무

공단은 건강보험가입자 및 피부양자의 자격관리, 보험료 기타 이 법에 의한 징수금의 부과·징수, 보험급여비용의 지급 등 건강보험사업과 직접적으로 관련된 업무 이외에도 자산의 관리·운영 및 증식사업, 의료시설의 운영 등과 같은 업무도 관장한다(국민건강보험법 제13조 제1항 참조).

다) 임 원

국민건강보험공단의 이사장은 보건복지부장관의 제청에 의하여 대통령이 임명하며, 이사 17인 중 8인은 노동조합·사용자단체·농어업인단체·소비자단체가 각각 2인씩 추천한 자를, 5인은 공단의 이사장이 추천한 자를, 4인은 대통령이 정하는 관계공무원을 보건복지부장관이 임명한다(국민건강보험법 제19조).

공단의 임원은 형법상의 뇌물죄 등의 적용에 있어서 공무원으로 간주되고 있다(국민건강보험법 제26조).

라) 재원의 조달

국가는 매년도 예산에서 공단에 대하여 건강보험사업의 운영에 필요한 비용을 부담할 수 있다(국민건강보험법 제92조).

이와 관련하여 건강보험의 재정적자를 조기에 해소하고 재정수지의 균형을 이루기 위하여 마련된 국민건강보험재정건전화특별법(2002. 1. 19. 법률 제

6620호로 제정)에 따르면, 국가는 매년 당해연도 지역가입자에 대한 보험급여 비용과 지역가입자의 건강보험사업에 대한 운영비(이하 “지역보험급여비용 등”이라 한다)의 100분의 40에 상당하는 금액을 국고에서 지역보험급여비용 등에 충당하기 위하여 공단에 지원하고, 보건복지부장관은 지역보험급여비용 등의 100분의 10에 상당하는 금액을 국민건강증진법에 의한 국민건강증진기금에서 공단에 지원하도록 하고 있다(국민건강보험재정건전화특별법 제15조). 다만 이 법은 2006. 12. 31.까지 한시적으로 시행된다(국민건강보험재정건전화특별법 부칙 제2조 참조).

한편 공단은 현금의 지출에 부족이 생긴 때에는 차입을 할 수 있으나, 1년 이상의 장기차입을 할 경우에는 보건복지부장관의 승인을 얻어야 한다(국민건강보험법 제35조 참조).

마) 공단 운영에 있어 국가의 관여와 감독

공단은 예산·결산 등 공단 관리 및 운영전반에 관하여 국가의 엄격한 관리·감독을 받고 있다.

먼저, 공단은 매 회계연도의 예산안을 그 내용의 성질별로 구분 편성하여 보건복지부장관의 승인을 얻어야 하며(국민건강보험법 제34조), 회계연도마다 결산보고서 및 사업보고서를 작성하여 보건복지부장관에게 보고하여야 한다(제37조). 또한 공단의 조직·인사·보수 및 회계에 관한 규정은 이사회의 의결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 얻어 정한다(이 사건 법률조항).

그밖에 공단 임원의 임면·각종 승인 제도만으로 통제하기 어려운 부문에 대한 세부적 감사기능을 위하여 보건복지부장관은 공단에 대하여 그 사업에 관한 보고를 명하거나 사업 또는 재산상황을 검사하여 정관 또는 규정의 변경 기타 필요한 처분을 명하는 등 감독상 필요한 조치를 할 수 있다(국민건강보험법 제87조 참조).

바) 소 결

이상의 특성을 종합해 볼 때, 공단의 근로자들은 정부조직에 종사하면서 공무원 관련법규의 적용을 받는 공무원은 아니나, 공단이 고도의 공익적 사업을 국가로부터 위탁받아 수행하는 특수 공법인으로서 업무나 예산에 대한 정부의 감독과 통제가 비교적 엄격한 점에서, 공공성과 기업성을 겸유하는 공기업(정부투자기관 내지 출자기관) 근로자와 공무원의 중간 영역에 위치한다고 볼 것이다.

2) 공단 근로자의 단체교섭권의 제한

우리 헌법 제33조 제2항에서 공무원은 법률이 정하는 자에게만 근로3권이 보장된다고 규정한다. 이에 따라 공무원의 단체교섭권은 법률이 정하는 경우에만 인정되며, 개별 법률에서 이를 제한적으로 인정하고 있다. 예를 들어 교원의노동조합설립및운영등에관한법률 제7조 제1항은 “……단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다”고 정하고 있다.

그러나 이 사건 공단 근로자의 경우 공무원이 아니므로 헌법상 이들의 단체교섭권을 제한하는 규정이 없으며, 원칙적으로 민간부문의 노동관계와 마찬가지로 노동조합및노동관계조정법의 적용을 받는다.

하지만 현실적으로 정부투자기관의 경우 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 예산의 통제로 인하여 노동조합과 기관장 간의 임금협상이 제한되며, 이 사건 공단과 같은 정부출연·위탁기관인 국민건강보험공단, 산업재해보상보험공단, 국립공원관리공단, 장애인고용촉진공단, 한국국제교류재단, 한국산업안전공단, 한국컨테이너부두공단 등은 모두 법률에서 이 사건 법률조항과 같이 공단의 인사와 보수에 관한 규정은 주무장관의 승인을 받아야 함을 규정하고 있다(별지2 참조). 이에 따라 단체협약이 성립하더라도 주무장관의 승인 여부에 따라, 그리고 기타 특별법의 존재나 예산상의 제약 등으로 인해 근로조건을 개선하는 내용의 단체협약의 효력을 발휘할 수 없게 되는 경우가 생긴다.

(나) 단체교섭권의 침해여부

1) 심사기준

헌법 제33조 제1항이 보장하는 단체교섭권은 어떠한 제약도 허용되지 아니하는 절대적인 권리가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능하며, 그 제한은 노동기본권의 보장과 공익상의 필요를 구체적인 경우마다 비교형량하여 양자가 서로 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정된다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 46 참조). 이 사건 법률조항이 이와 같은 심사 기준 아래에서 헌법에 위반되는지 여부를 살펴본다.

2) 목적의 정당성

앞에서 본 바와 같이 공단은 이윤추구를 목적으로 하는 사기업이 아니라 국민보건을 향상시키고 사회보장을 증진함을 목적으로 하는 건강보험사업을

수행하기 위하여 설립된 공법인으로서(국민건강보험법 제1조) 비록 자체 사업수입이 있기는 하나 매년 국가로부터 지역보험급여비용 등의 100분의 40에 상당하는 금액을 지원받고 있다(국민건강보험재정건전화특별법 제15조).

따라서 이 사건 법률조항은 공단 이사장의 권한 행사 및 공단 운영에 대한 적절한 규제를 통하여 국가로부터 건강보험사업을 위탁받아 행하는 공법인의 원활한 사업추진을 도모하고 국고와 연결되는 인사, 보수 등과 관련하여 방만한 운영이 발생하지 않도록 공단에 대한 보건복지부장관의 지도, 감독 권한을 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다.

3) 수단의 적합성

보건복지부장관의 승인 없이 공단의 인사 및 보수 등에 관한 사항을 변경할 수 있도록 하면 충분한 예산이 확보되지 않은 경우에는 사실상 이행할 수 없는 경우가 발생할 수도 있고, 이러한 경우 공법인으로서 공단의 기능이 저해될 가능성이 있는 한편 국가의 지원 하에 운영되는 공단에 대한 정부의 감독권이 유명무실하게 된다.

그러므로 공단이 인사 및 보수에 관한 사항을 정하거나 변경함에 있어 공단의 공익성에 반한다거나 예산이 확보되지 않아 집행이 어렵다는 등의 이유로 보건복지부장관이 이를 승인하지 않은 경우에 당해 규정의 효력이 발생하지 않도록 하는 것은 위와같은 입법목적에 달성하기 위한 적절한 수단이다.

4) 최소침해성 및 범익균형성

가) 이 사건 법률조항에 의하면 공단 노동조합이 단체교섭권을 행사하여 인사 및 보수 등에 관한 단체협약을 체결하고 이에 근거하여 공단의 인사 및 보수 등의 사항을 변경하는 경우에도 보건복지부장관이 이를 승인하지 아니하면 효력이 없으므로, 노동조합으로서의 최종적인 결정권이 없는, 즉 사실상 대표권이 제약되는 협상주체인 공단 이사장과 협상할 수밖에 없게 되어 단체협약체결권이 제한된다.

여기서 공단 노동조합의 단체교섭권을 덜 제한하는 방법으로서, 공단 이사장과 주무관청의 사전협의를 전제로 하여 단체협약상 보수 및 인사에 관한 규정은 별도의 승인 없이 그 효력을 인정하는 방법도 생각할 수 있다. 그러나 노사간의 협상이 협상 테이블에 앉아 끊임없이 서로의 제안을 교환하며 투쟁과 조정의 과정을 거쳐 공동의 의사결정을 행하는 것임을 생각할 때 협상의 제에 대한 사전의 기준을 마련하기란 현실적으로 어렵다. 또한 주무관청이 단체협약에 앞서 보수, 인사에 관한 상한 기준을 마련하고 공단이 이에 구속된

다면 이는 결국 정부가 공단에 대하여 임금가이드라인을 제시하는 것이 되므로 역시 단체교섭권을 제한하는 것이 되어 이 사건 법률조항에 의한 제한보다 덜 제한적인 수단이라고 볼 수도 없다.

나) 헌법이 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 창의와 자유를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서, 노동관계 당사자인 사용자와 근로자가 상반된 이해관계로 말미암은 계급적 대립, 적대의 관계로 나아가지 않고 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 궁극적으로 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모함에 있다(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 770 참조).

그러나 공단의 경우 현재 국가로부터 보험제정에 관한 지원을 받고 고도의 공익성을 띠는 건강보험사업을 행하는 것이므로 원칙적으로 시장경제의 원리가 지배한다고 볼 수 없다. 즉, 공단의 경우 사기업에서와 같은 사용자와 근로자의 상반된 이해관계가 존재하지 않는다. 공단의 이사장은 정부에서 임명되어 회사(공단)에 대하여 주인의식을 가지기 어렵고, 사기업의 사용자가 비교적 영속적인 지위에서 계속적인 노사관계에 임하는 것에 비하여 공단의 이사장은 언제나 교체가능성이 있다. 또한 사기업에서 임금의 인상과 같은 비용의 증가는 사용자의 손실로 귀결되어 영업수익의 증대로 이를 보전하지 않으면 극단적으로는 파산까지 초래될 수 있는 반면, 공단의 경우 재정적자시 이를 해소하기 위해 정부가 적극적으로 개입하고 있다(국민건강보험공단법 제92조, 국민건강보험재정건전화특별법 참조). 구체적으로 앞의 “2003년도 국민건강보험공단 경영현황”에 의하면, 2003년도의 경우 공단의 재정 중 정부지원금이 차지하는 비중은 약 20%에 이르며, 그 액은 당해 연도 당기순이익을 초과한다.

이와 같이 공단의 단체협약 중 보수, 인사에 관한 사항은 단체협약 당사자 사이의 단순한 단체협약이라는 의미를 넘어 국고 부담의 증가를 초래함으로써 결과적으로 공단의 사업계획과 예산의 변경을 수반할 수밖에 없는데, 만약 공단 이사장이 아무런 통제를 받지 않고 임금이나 퇴직금을 인상하는 내용의 단체협약을 체결하고 이것이 그대로 이행된다면 사업계획 및 예산의 통제를 위한 제반 법규정(국민건강보험법 제34조, 제37조 참조)의 의미가 반감되고 공단에 대한 국가의 감독·규제도 전반적으로 불가능해진다.

또한 이미 편성된 예산의 범위를 벗어나는 단체협약으로 인하여 운영비가 증가하여 사업비를 삭감하게 되면 이는 극단적으로 공익사업의 부실로 이어

질 수 있어 또 다른 공익이 침해되는 결과가 될 수 있다. 그러므로 보수, 인사에 관한 사항을 단체협약으로 정하거나 이를 변경하는 경우에도 보건복지부장관의 승인을 얻도록 하는 것은 불가피한 제한이라고 할 것이다.

다) 공단 노동조합은 공단 이사장과의 단체협약 체결에 있어서 단체협약의 내용 중 보수, 인사에 관한 사항에 대해서는 주무장관의 승인을 조건으로 합의 하거나 불승인의 경우 보충협약을 할 수 있도록 함으로써 보수, 인사에 관한 단체협약의 내용이 제한되는 효과를 극복할 수 있다.

예컨대, 이 사건 단체협약 부칙 제7조도 “본 협약의 유효기간 중이라도 법률의 개정 등 사정변경 사항이 발생한 경우와 새로이 규정할 사항이 발생한 경우에는 본 협약의 개정을 위한 재교섭을 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이 사건 직장노동조합으로서는 이 사건 단체협약 중 장기근속자의 승진에 관한 조항이 보건복지부장관의 승인을 얻지 못하였을 때 위 부칙에 의하여 공단 이사장에 대하여 보충협약 체결을 위한 단체교섭을 요구할 수 있다.

라) 이 사건 법률조항으로 인하여 인사 및 보수에 관한 단체교섭권이 제한되는 측면이 있음을 부정할 수 없지만, 인사 및 보수에 관한 사항에 관하여 주무장관의 승인을 받으면 당해 단체협약은 온전히 효력을 발생하게 되며, 인사 및 보수에 관한 규정을 보건복지부장관이 승인하지 않는 경우에도 장관의 불승인 처분에 대하여 행정소송으로 다툴 수 있으므로 보건복지부장관의 자의적인 불승인에 대하여 이를 시정할 방법이 있다. 또한 조직, 인사, 보수 및 회계에 관한 사항을 제외한 나머지 사항에 대하여는 보건복지부장관의 승인 없이도 단체협약의 효력이 직접적으로 발생하므로, 이 사건 법률조항으로 인하여 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.

(다) 평등권 침해 여부

청구인들은 이 사건 법률조항의 해석으로 말미암아 단체교섭권이 간접적으로 제한됨으로써 공단의 노동조합이 다른 사기업의 노동조합에 비하여 차별을 받고 있다고 주장한다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 공단은 이윤추구를 목적으로 하는 것이 아니라 공공의 목적을 가진 공법인으로서의 특수성을 가지며, 공단의 예산·결산 등 공단 관리 및 운영전반에 관하여 국가의 엄격한 관리·감독을 받고 있다. 또한 공단은 매년 국가로부터 지역보험급여비용등의 100분의 40에 상당하는 금액을 지원받고 있으며 공단의 재정적자시 이를 해소하기 위해 정부가 적극적으로 개입하고 있다. 그러므로 공단은 사기업과는 본질적으로 다른 것으로

서 이를 다르게 취급하였다고 하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

한편, 이 사건 공단이 사기업과 본질적으로 다르지 않다고 하더라도, 헌법 제11조의 평등의 원칙에 있어서 평등이라 함은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없이 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 의미하는바(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75), 공단 소속 근로자들이 회계, 인사, 보수 등에 관한 단체협약 사항에 대하여 보건복지부장관의 승인을 받아야 하는 것은, 앞에서 본 공단의 특수한 성격에 비추어 이와 같은 차별을 합리화할 정당한 목적과 합리적 근거가 있다고 할 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들을 비롯한 공단의 근로자들이 평등권을 침해받고 있다고 볼 수 없다.

(라) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항으로 인하여 간접적으로 단체협약의 효력이 제약됨으로써 단체교섭권이 제한되나, 이 사건 공단의 성격 및 설립목적의 공공성, 업무 및 예산에 대한 정부의 관여와 감독의 필요성에 비추어 그 제한의 목적이 정당하고, 수단이 적절하며, 단체교섭권에 대한 제한의 정도가 공단의 공익성에 비추어 타당한 범위 내에서 본질적인 내용의 침해로 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 단체교섭권을 침해하거나 다른 사기업에 비하여 공단 근로자들을 차별함으로써 헌법을 위반하였다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 의견이 일치된다.

5. 재판관 김영일, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 이 사건 법률조항과 단체교섭권의 제한

(1) 근로자는 단결하여 그 대표자를 통하여 근로조건 기타 대우와 노사관계상의 룰에 관하여 사용자 또는 사용자단체와 집단적으로 교섭할 수 있는데, 이러한 근로자의 권리를 단체교섭권이라 한다. 다수의견이 실시하고 있는 바와 같이, 헌법 제33조 제1항이 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을

기본권으로 보장하는 취지는 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위함이다.

이러한 근로3권을 실현함에 있어서는 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지하기 위한 국가의 적극적인 활동이 필요하다. 즉, 국가는 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사 간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 43-45 참조).

구체적으로 단체협약과 관련하여 국가는 근로자의 보호와 노사관계의 안정이라는 노동정책상의 이유에서 단체협약에 대하여는 특별한 법적 효력을 부여하고 있는바, 그것이 바로 단체협약의 규범적 효력이다. 즉, 단체협약 중 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 하며, 무효로 된 부분 또는 근로계약에 규정되지 아니한 사항은 단체협약에 정한 기준에 의하게 된다(노동조합및노동관계조정법 제33조 제1항, 제2항 참조).

(2) 이 사건 법률조항은 공단의 인사, 보수 등에 관한 규정은 이사회 의 결을 거쳐 보건복지부장관의 승인을 받도록 하고 있는데, 법원은 이 조항을 근거로 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사 및 보수에 관한 규정도 보건복지부장관의 승인을 얻어야만 종국적으로 효력을 갖는 것으로 해석하여 노동조합의 단체교섭권에 제한을 가하고 있다.

살피건대, 다수의견이 지적하는 바와 같이, 고도의 공익성을 띤 건강보험사업을 행하는 공단의 운영에 적절한 규제를 통하여 건강보험사업의 원활한 추진과 재정안정을 도모하려는 이 사건 법률조항의 목적은 정당하고, 인사 및 보수 등에 관한 공단의 단체협약에 관하여 주무장관의 승인을 요하도록 하는 것이 그와 같은 목적을 달성하는 데에 효과는 있다고 볼 수 있다. 그러나 우리 헌법이 제33조 제2항, 제3항에서 공무원인 근로자 및 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 근로3권과 관련하여 특별한 규정을 두고 있는 취지에 비추어 볼 때, 이들을 제외한 근로자의 근로3권의 제한은 그 제한이 헌법적으로 정당화되려면 보다 엄격한 요건을 충족시켜야 한다고 보아야 할 것인바(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 773-774 참조), 노사 간의 자율적

인 단체교섭을 통하여 체결된 인사 및 보수 등에 관한 단체협약 조항의 효력 유무를 전적으로 보건복지부장관의 승인 여부에 맡기는 것은 다음에서 보는 바와 같이 과잉금지원칙에 위배하여 단체교섭권을 과도하게 제한하는 것으로 헌법에 위반된다고 볼 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌성

(1) 먼저, 공단과 노동조합 사이에 체결된 단체협약상의 인사, 보수 등에 관한 규정을 노사관계의 제3자인 정부의 승인을 얻어야 효력을 발생하도록 하는 것은 그 자체로 단체교섭권을 형해화시킨 것으로 헌법상 단체교섭권에 대한 본질적 침해에 가까운 매우 중대한 침해라는 점을 지적하지 않을 수 없다.

다수의견도 실시하고 있는 바와 같이, 헌법이 제33조에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42면). 단체협약을 전제하지 않은 단체교섭은 아무 의의가 없으며, 단체교섭권은 단체협약체결권과 분리하여 독립적으로 존재할 수 없기 때문이다.

이렇듯 단체교섭권의 본질은 사용자와 근로자의 공동결정인 단체협약의 체결 및 그 이행을 통한 ‘근로조건’의 향상이라 할 것이고, 근로자의 인사, 보수 등에 관한 단체협약체결은 단체교섭권의 중핵적인 부분에 해당한다고 볼 것인데, 헌법상 근로3권의 실질적 실현을 위하여 마련된 노동조합및노동관계조정법이 단체협약 중 ‘근로조건’ 기타 근로자의 대우에 관한 규정에 대하여 규범적 효력을 인정하고 있음에도 불구하고, 노사 간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 인사 및 보수 등에 관한 단체협약 조항의 효력 유무를 노사관계에 있어서 제3자인 보건복지부장관의 승인 여부에 맡기는 것은 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 형해화시킨 것으로 헌법상 단체교섭권을 중대하게 침해한 것이라 하지 않을 수 없다.

사실, 소위 공공부문 중 비공무원 부문에 종사하는 근로자들에 대하여는 공무원, 방위산업체 등과는 달리 현행 헌법상 근로3권을 개별적으로 제한하는 규정이 없으므로 헌법 제37조 제2항에 의하여 이들의 근로3권을 제한할 때에는 무엇보다 이들의 근로3권을 제한하겠다는 입법자의 의사가 범문상 명백히 드러나야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 범문상 그와 같은 입법자의 의사가 명확히 나타나있다고 보기 힘들다. 즉, 취업규칙과 달리 양당사자 간의 합의를 요하는 단체협약을 이 사건 법률조항상 “공단의……규정”의 범주에 포섭

시키는 것 자체가 노동관계법의 해석상 불합리한 측면이 있다. 공단 근로자의 단체교섭권을 제한하겠다는 입법자의 의사가 명백하지 않은 상태에서 위와 같은 해석을 통하여 공단 근로자의 기본권에 대하여 중대한 제한을 가하는 것은 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 될 수도 있다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 86-87; 2002. 11. 28. 98헌바101등, 판례집 14-2, 609, 619 참조). 결국 이 사건 법률조항은 공단의 조직, 인사, 보수 및 회계에 관한 사항에 대하여는 정부의 통제를 받아야 한다는 것으로 공단과 정부의 관계를 규정한 것이지, 근로자와의 관계에까지 확장시켜 적용될 수 있는 성질의 조항이 아니라고 봄이 상당하다.

(2) 무엇보다 공단의 특수성을 감안하여 국가의 입장에서 공단의 인사, 보수 등에 관한 사항에 대하여 이를 감독, 규제할 필요가 있다하더라도, 이는 사실상 공단 임원에 대한 인사권 및 공단에 대한 관리·감독권 등을 통하여 이루어질 수 있는 것이다.

앞에서 상세히 살펴본 바와 같이, 공단의 이사장은 보건복지부장관의 제청에 의해 대통령이 임명하며, 공단은 예산·결산 등 공단 관리 및 운영 전반에 관하여 국가의 엄격한 관리·감독을 받고 있다(국민건강보험법 제19조, 제34조 내지 제37조 참조). 이러한 인사권, 관리·감독권의 행사를 통하여 국가는 건강보험사업의 원활한 운영과 공단의 재정안정을 충분히 도모할 수 있는 것이다. 그 일례로 정부는 정부출연·위탁기관 등에 대하여 보통 임금인상 가이드라인이나 예산지침 등을 통하여 임금결정을 통제하는데, 정부의 인사권, 각종 관리·감독권을 감안할 때 개별 기관에서 이러한 정부지침을 이행치 않거나 사실상 거의 불가능한 실정이라고 한다. 이와같이 막강한 규제권한을 갖는 정부에게 노사간에 자율적으로 체결된 단체협약상 주요 근로조건에 관한 조항의 효력을 무력화시킬 수 있는 권한까지 부여하는 것은 그 보호하려는 공익에 비해 근로자들의 단체교섭권을 필요 이상으로 지나치게 제한한 것이라고 할 것이다.

(3) 헌법해석은 현실과 관련을 맺고 또 현실에 뿌리를 두어야 한다는 점에서 이 사건 법률조항의 위헌여부를 판단함에 있어 공단 업무의 고도의 공익성이나 재정문제 등은 결코 경시될 수 없는 중요한 요소임에 틀림없다. 그러나 근로3권에 관한 헌법규정은 노동관계법의 기본방향을 제시함과 동시에 노동현실을 규정하고 있는 규범이라는 점 역시 간과되어서는 안된다. 현실을 지나치게 강조하는 견해는 궁극적으로 실정 헌법에 반하는 현실을 정당화할 위

협성을 내포하고 있음에 유의할 필요가 있다(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 775 참조). 이와 관련하여 우리 헌법이 공무원 이외의 근로자에 대하여는 단체교섭권을 원칙적으로 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 공단의 노사 간에 발생하는 분쟁 역시 기본적으로는 현행 노사관계법이 마련하고 있는 제도로 해결하는 것이 바람직하다.

노동조합은 사용자에 대하여 근로조건 기타 노사관계 제반 사항에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있으나, 사용자가 노동조합이 교섭을 요구한 모든 사항에 대하여 교섭의무를 지는 것이 아니며 더욱이 사용자에게 노조측의 요구를 그대로 수용할 의무라든가 단체협약을 체결할 의무까지 있는 것은 아니다. 구체적으로 공단의 법적 성격이나 공단을 규율하는 관계법령과의 정합성이라는 측면에서 공단의 교섭사항 범위에 일정한 한계가 존재할 수 있으며, 구체적인 단체교섭 및 단체협약의 체결 과정, 나아가 이와 관련된 노동쟁의의 발생과 그에 대한 조정과정에서 고도의 공익성을 띤 공단 업무의 성격, 그리고 인사 및 예산상의 특수성은 고려될 수밖에 없을 것이다. 즉, 공단의 단체교섭을 둘러싸고 발생하는 노사 간의 분쟁 역시 우리 법이 마련하고 있는 행정적 내지 사법적 구제절차, 즉 노동위원회 및 법원에 의한 구제절차를 통하여 합리적으로 조정, 결정될 수 있는 것이다.

비록 노동조합의 부당한 요구에 대하여 사용자가 담합하는 경우와 같은 특수한 상황이 발생할 수도 있으나, 이러한 상황은 기본적으로 위에서 언급한 바와 같은 공단에 대한 인사권 내지 관리·감독권의 행사를 통하여 통제되어야 할 문제라 할 것이다. 국가가 이와 같은 문제까지 헌법이 보장하고 있는 단체교섭권의 제한이라는 방법을 통하여 해결하고자 한다면 이는 근로자의 단체교섭권에 비해 지나치게 공익을 중시하는 것이라 아니할 수 없다.

(4) 다수의견은 노동조합이 공단 이사장과의 단체협약을 체결함에 있어서 단체협약의 내용 중 인사, 보수 등에 관한 사항에 대해서는 주무장관의 승인을 조건으로 합의를 하거나 불승인의 경우 보충협약을 할 수 있도록 함으로써 단체협약의 내용이 제한되는 효과를 극복할 수 있다고 주장하나, 사실상 이는 이 사건 법률조항의 적용으로 인해 제한된 단체교섭권의 회복에는 별다른 의미가 없는 조치이다. 왜냐하면, 주무장관의 승인을 조건으로 합의를 한다는 것은 단체협약의 효력 발생을 위해서는 결국 보건복지부장관의 승인이 있어야만 한다는 점에서 종국적으로 다를 바가 없으며, 보충협약을 체결한다 할지라도 특별한 사정이 없는 한 원안보다 근로자측에 유리한 내용의 단체협

약이 체결될 가능성은 극히 희박하기 때문이다.

(5) 헌법상 근로3권 보장의 취지에 비추어 간과될 수 없는 또 다른 문제점은, 노사 간의 자율적인 단체교섭을 통하여 체결된 단체협약 조항의 효력 유무를 제3자의 승인 여부에 맡기는 것은 노사 간의 자율적인 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 노사분쟁을 평화적으로 해결하여 궁극적으로 산업평화를 이룩한다는 근로3권 보장의 취지에 반하는 결과를 야기한다는 것이다.

사기업의 노사관계에 있어서는 노사가 대등한 위치에서 공동의 의사결정을 하나, 공단의 경우 근로조건의 핵심인 인사 및 보수에 관한 사항에 대하여 보건복지부장관의 승인을 얻어야 이를 이행할 수 있게 되므로, 협상의 당사자인 공단의 이사장은 사실상 정부의 대리인에 불과하고 실질적인 권한이 없게 된다. 그렇다 하여 사용자가 아닌 주무장관을 상대로 노동조합이 단체교섭을 요구할 수도 없는 실정이므로 여기서 교섭구조의 불일치가 생기고, 당사자 측면에서 대등한 지위가 보장되지 않는다. 그리하여 노동조합이 사실상 결정권한이 없는 공단 이사장을 상대로 하여 성실하고도 진지하게 교섭에 임하리라는 것을 기대하기는 어렵게 되고, 이로 말미암아 근로3권의 헌법적 목적을 실현하기 위한 절차로서의 단체협약제도의 기능은 크게 저해되어 오히려 산업평화가 위협받을 수 있는 것이다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 46-47 참조).

(6) 덧붙여 지적할 것은, 이 사건 공단은 비록 고도의 공익성을 띤 사업을 수행하는 비영리 공법인이기는 하지만, 소위 정부업무위탁기관으로서 정부로부터 특정 업무를 위탁받아 수행하면서 일정한 수입을 거두고 있는 기관이라는 점이다. 이러한 위탁기관은 특정한 사업을 독점적으로 운영함으로써 일정한 수입이 보장되며, 원칙적으로 정부의 예산을 통하여 기관의 소요경비를 지원받는 것은 아니다. 다수의견이 지적하고 있는 바와 같이 비록 현재 공단이 국민건강보험재정건전화특별법에 의하여 정부로부터 일정한 재정지원을 받고 있기는 하지만, 이 역시 한시적인 것이다(같은 법 제1조, 제15조, 부칙 제1조, 제2조 참조). 또한 공단은 건강보험사업과 직접적으로 관련된 업무 이외에도 자산의 관리·운영 및 증식사업, 의료시설의 운영 등과 같은 업무도 관장하고 있다(국민건강보험법 제13조 제1항 제6호 참조). 따라서 이 사건 공단은 정부가 출연금 예산으로 기관의 운영비와 사업비의 거의 대부분을 지원하는 기관에 비하여는 상대적으로 노사관계의 자율성을 보다 폭넓게 인정할 필요가 있다.

다. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 단체협약상의 인사, 보수 등에 관한 규정도 보건복지부장관의 승인을 얻도록 하는 범위 내에서 헌법에 위반된다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효중 김경일 송인준
전효숙(주심) 이상경

[별지 1] 청구인 목록(2003헌바58·65 사건) 생략

[별지 2]

한국고속철도건설공단법(한국고속철도건설공단)

제31조(공단의 회계규정 등) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 사항을 정하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

산업재해보상보험법시행령(산업재해보상보험공단)

제20조(공단규정의 승인) 공단은 다음 각 호의 사항에 관한 규정을 제정하거나 개정하고자 할 때에는 노동부장관의 승인을 얻어야 한다. <개정 2000. 6. 27.>

1. 공단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 임직원의 인사·보수 및 복무에 관한 사항
3. 공단의 회계 및 재산·물품관리에 관한 사항
4. 기타 공단운영·보험사업 및 근로복지사업에 관하여 중요한 사항

자연공원법(국립공원관리공단) 제64조(공단의 규정) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수 등에 관한 규정을 정하는 때에는 미리 환경부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

장애인고용촉진및직업재활법시행령(한국장애인고용촉진공단)

제50조(내부규정의 승인) 공단은 다음 각 호의 사항에 관한 내부규정을 제정하거나 개정하고자 하는 때에는 노동부장관의 승인을 얻어야 한다.

1. 공단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 회계·재산 및 물품관리에 관한 사항

3. 임·직원의 보수 및 복무에 관한 사항
4. 제70조 제1항의 규정에 의하여 공단에 위탁된 사업에 관한 사항
5. 기타 공단운영에 관한 중요한 사항

한국국제교류재단법시행령 제11조(내부규정의 승인) 재단은 다음 각 호의 사항에 관한 내부규정을 제정하거나 개정하고자 하는 때에는 외부부장관의 승인을 얻어야 한다.

1. 재단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 임·직원의 보수 및 복무에 관한 사항
3. 기금의 운용 및 관리에 관한 사항
4. 회계·재산 및 물품관리에 관한 사항

한국산업안전공단법시행령 제15조(내부규정의 승인) 공단은 다음 사항에 관한 내부규정을 제정하거나 개정하고자 할 때에는 노동부장관의 승인을 얻어야 한다.

1. 공단의 조직 및 정원에 관한 사항
2. 임직원의 보수 및 복무에 관한 사항
3. 회계·재산 및 물품관리에 관한 사항
4. 기타 공단운영에 관한 중요한 사항

한국컨테이너부두공단법 제33조(공단의 회계규정 등) 공단은 그 조직·회계·인사 및 보수등에 관한 사항을 정하여 해양수산부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

행정심판법 제26조의2 위헌소원

(2004. 8. 26. 2003헌바81·89(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 행정심판위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항은 이를 공개하지 아니한다고 규정하고 있는 행정심판법 제26조의2가 정보공개청구권의 본질적 내용을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 조항이 위임입법의 명확성원칙에 위반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 행정심판위원회에서는 위원회의 최종 의사 형성에 관하여 토의가 이루어지는데 자유롭고 활발하며 공정한 심리·의결이 보장되기 위해서는 심리·의결 과정에서 누가 어떤 발언을 하였는지가 외부에 공개되지 않도록 보장할 필요가 있으므로 행정심판법 제26조의2(이하 '이 사건 조항'이라 한다)가 위원의 발언 내용을 비공개대상으로 하는 것은 입법목적에 합리적인 정당성이 있다.

행정심판회의록을 당해 재결이 확정되었다는 이유만으로 공개하기 시작하면 장래 있게 될 행정심판에서 위원회의 위원은 자신들의 발언도 재결확정 후에는 공개될 것을 우려하여 공정하고 자유로운 토론 및 심리·의결이 방해받을 수 있게 되기 때문에 위원의 발언 내용은 행정심판위원회 재결이 확정 후에도 비공개상태를 유지할 필요가 있고, 위원의 발언내용을 선별하여 그 중 일부를 부분공개하는 형태의 입법을 채택하기도 어렵다.

결국, 이 사건 조항상의 비공개제도 외에 달리 청구인의 알 권리를 덜 제한하는 입법수단이 존재한다고 할 수 없으므로, 이 사건 조항은 피해의 최소성 원칙을 구비하고 있고, 그밖에 이 사건 조항은 기본권 침해에 있어서 방법의 적정성 및 법익균형성도 갖추고 있으므로, 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권 제한의 한계를 벗어나

청구인의 정보공개청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 조항이 “공개할 경우 행정심판위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항”을 비공개대상으로 규정하면서 구체적인 비공개대상의 지정은 대통령령에게 위임하고 있는바, 이 사건 조항의 입법목적 및 위임 기준 그리고 관련 법률조항을 종합하여 판단하면, 이 사건 조항으로부터 대통령령으로 정하여질 비공개대상 정보가 무엇인가 하는 대강의 내용을 충분히 예측할 수 있으므로, 이 사건 조항은 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되지 않는다.

【심판대상조문】

행정심판법 제26조의2(발언 내용 등의 비공개) 위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항은 이를 공개하지 아니한다.

【참조조문】

행정심판법시행령 제23조의2(비공개정보) 법 제26조의2에서 “대통령령이 정하는 사항”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항을 말한다.

1. 위원회(소위원회를 포함한다)의 회의에서 위원이 발언한 내용이 기재된 문서
2. 심리 중에 있는 심판청구사건의 의결에 참여할 위원의 명단
3. 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있다고 인정되는 사항으로서 총리령이 정하는 사항

【참조판례】

1. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188-189
헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 246-247
2. 헌재 2001. 1. 18. 98헌마75등, 판례집 13-1, 1, 18
헌재 1996. 6. 26. 93헌마2, 판례집 8-1, 525, 533

【당 사 자】

청 구 인 김○호

국선대리인 변호사 안창삼(2003헌바81), 정지석(2003헌바89)

당해사건 서울행정법원 2003구합16457 정보공개거부처분취소(2003헌바81)

창원지방법원 2003구합1736 행정심판회의록비공개처분취소
(2003헌바89)

【주 문】

행정심판법 제26조의2는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌바81 사건

(가) 청구인은 2001. 12. 24. 경상남도지사에게 1970. 7. 생산된 양산군 공유 재산(귀농정착개간사업토지) 도지사 양여승인서 사본의 공개를 청구하였으나, 2002. 1. 11. 위 문서가 공문서보존기간종별책정기준등에관한규칙(1979. 6. 15. 총리령 제223호)에 의하여 문서보존기간이 10년으로 현재 보존되어 있지 않으며 그 생산 여부를 알 수 없다는 이유로 공개거부처분을 받았다.

(나) 청구인은 2002. 1. 30. 행정자치부장관에게 위 정보공개거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였으나, 행정자치부장관으로부터 2002. 5. 24. 국무총리행정심판위원회의 의결내용에 따라 청구를 기각한다는 내용의 재결을 받게 되자 서울행정법원 2002구합22219호로 그 재결의 취소를 구하는 소송을 제기하고, 이와는 별도로 위 재결의 위법, 부당함을 확인하기 위하여 2003. 4. 28. 법제처장에게 위 행정심판에 관한 국무총리행정심판위원회 회의록의 공개를 청구하였는데, 법제처장은 2003. 5. 27. 위 회의록이 행정심판법 제26조의2, 같은 법 시행령 제23조의2 제1호에서 비공개정보로 정하고 있는 사항이라는 이유로 비공개결정처분을 하였다.

(다) 이에 청구인은 2003. 6. 3. 서울행정법원에 법제처장을 상대로 위 비공개처분의 취소를 구하는 소(2003구합16457호)를 제기하여 소송계속 중 행정심판법 제26조의2에 대하여 위헌제청신청(2003아1109)을 하였으나, 2003. 9. 16. 위 법원이 위 위헌제청신청 및 청구를 모두 기각하자, 2003. 10. 1. 행정심판법 제26조의2의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌바89 사건

(가) 청구인은 2002. 6. 3. 양산시장에게 1961년 양산시 웅상면의 귀농정착개간사업용지 매수 조서원안 등 8개 항목의 귀농정착 관련 문서의 공개를 청

구하였으나 2002. 6. 17. 공개거부처분을 받고, 다시 2003. 3. 24. 양산시장에게 양산시 웅상면의 귀농정착 사업용지 매수 계약 체결 보고문서의 공개를 청구하였으나 2003. 4. 4. 역시 공개거부처분을 받았다.

(나) 이에 청구인은 경상남도지사에게 위 각 처분의 취소 및 정보공개이행을 구하는 행정심판을 청구하였으나, 경상남도지사로부터 2003. 6. 2. 경상남도행정심판위원회의 의결내용에 따라 “2002. 6. 17.자 처분의 취소 및 정보공개이행을 구하는 청구는 각하하고, 2003. 4. 4.자 처분의 취소 및 정보공개이행을 구하는 청구는 기각한다”는 내용의 재결을 받았다.

(다) 청구인은 위 행정심판에서 경상남도행정심판위원회가 불공정한 심리, 의결을 하였는지를 확인하고자 2003. 6. 11. 경상남도지사에게 위 행정심판에 관한 경상남도행정심판위원회 회의록 사본의 공개를 청구하였으나, 경상남도지사는 2003. 6. 17. 위 회의록이 공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제1호 및 행정심판법 제26조의2, 같은 법 시행령 제23조의2 제1호에 의거 비공개대상정보라는 이유로 비공개결정 처분을 하였다.

(라) 이에 청구인은 창원지방법원에 위 비공개결정 처분의 취소를 구하는 소(2003구합1736호)를 제기하여 소송계속 중 행정심판법 제26조의2에 대하여 위헌제청신청(2003아145)을 하였으나, 2003. 10. 16. 위 법원이 이를 기각하자, 2003. 10. 23. 행정심판법 제26조의2의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 행정심판법 제26조의2(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상 조문

행정심판법 제26조의2(발언 내용 등의 비공개) 위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항은 이를 공개하지 아니한다.

(2) 관련조문

행정심판법시행령 제23조의2(비공개정보) 법 제26조의2에서 “대통령령이 정하는 사항”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 사항을 말한다.

1. 위원회(소위원회를 포함한다)의 회의에서 위원이 발언한 내용이 기재된 문서
2. 심리 중에 있는 심판청구사건의 의결에 참여할 위원의 명단

3. 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있다고 인정되는 사항으로서 총리령이 정하는 사항

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장(2003헌바81, 89 공통)

정보공개청구권은 알 권리의 한 내용으로서 헌법상 보장되는 기본권인데, 정보공개청구권에 관한 기본 법률인 공공기관의정보공개에관한법률¹⁾ 제3조는 공공기관의 정보공개 의무를 명시하고 있고, 동법 제6조 제1항은 모든 국민에게 정보공개청구권이 있음을 명백히 하고 있다.

다만, 공공기관의정보공개에관한법률은 제7조 제1항 각 호의 1에서 비공개 대상 정보를 규정하고 있고 그 중 제1호는 다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보를 비공개대상으로 들고 있으나, 같은 조 제2항에서 공공기관은 동조 제1항 각 호에 해당하는 정보가 그 기간의 경과 등으로 인하여 비공개의 필요성이 없어진 경우에는 당해 정보를 공개대상으로 하여야 한다고 규정하고 있다.

행정심판의 회의록도 공개대상정보가 되어야만 심리 의결에 참가한 행정심판위원들이 자신들의 심리의결내용이 공개될 것을 의식하여 외부 및 위원들 상호간의 압력이나 청탁을 배제하고 보다 객관성 있고 공정한 심리의결을 하게 될 것이고, 특히 재결이 있는 후에는 심리의결 내용이 공개되더라도 더 이상 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 없어 비공개의 필요성이 있다고 할 수 없는바, 행정소송법 제25조 제1항에서도 행정소송 계속 중 당사자의 공개 신청이 있으면 심판회의록을 제출하도록 규정하고 있다. 행정심판이 행정처분의 합법성 및 합목적성까지 심사하는 준사법절차라는 점을 고려한다고 하더라도 그에 대한 정보공개를 통하여 오히려 그 절차의 공정성이 담보될 수 있는 것이다.

그럼에도 불구하고, 이 사건 조항인 행정심판법 제26조의2는 막연히 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있다는 불명확한 이유로 재결이 내려지기 전후를 가리지 않고 심판회의록을 비공개대상정보로 규정한 것은 헌법상 보장된 알 권리의 한 내용인 정보공개청구권을 본질적으로 침해하고 있

1) 공공기관의정보공개에관한법률(1996. 12. 31. 법률 제5242호로 제정된 것)은 이 사건 헌법소원 제기 후인 2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전문개정되어 개정법이 2004. 7. 30. 시행되었는데, 청구인의 주장 및 법원의 각 위헌제청기각결정, 기타 이해관계인의 의견은 모두 개정 전의 법률을 기준으로 한 것이다.

으므로 헌법에 위반된다.

나. 위헌제청기각 이유의 요지(2003헌바81, 89 공통)

현대 사회에서 알 권리의 한 내용으로서 일반국민이 공공기관에 대하여 그 관리·보유 중인 정보를 공개해 달라고 요청할 수 있는 정보공개청구권은 국민민주권주의를 취하는 우리 헌법 하에서 국민의 선거에 의해 구성된 정부가 취득·보유하는 모든 정보는 국민의 것이고 그 모두가 국민에게 원칙적으로 공개되어야 한다는 국민민주권주의를 이념으로 하는 헌법의 기본적 요청으로서 헌법에 직접 근거를 갖는 청구권적 기본권이라 할 것이나, 이러한 정보공개청구권도 다른 청구권적 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 바와 같이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한 법률로써 제한할 수 있다고 할 것이다.

정보공개청구권에 관한 기본 법률인 공공기관의정보공개에관한법률 제3조에서는 공공기관이 보유·관리하는 정보는 위 법률이 정하는 바에 따라 공개하여야 한다고 규정하여 공공기관의 정보공개 의무를 명시함과 동시에, 제6조 제1항으로 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다고 규정하여 모든 국민에게 정보공개청구권이 있음을 천명하고 있다. 한편, 위 법률 제7조 제1항에서는 공공기관이 국민의 공개청구에도 불구하고 비공개할 수 있는 정보를 열거하고 있고, 제1호로 다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보를 들고 있는바, 이에 따라 행정심판법 제26조의2에서는 위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항으로서 대통령령이 정하는 사항은 이를 공개하지 아니하도록 규정하고 있으며, 행정심판법시행령 제23조의2에서는 비공개정보의 내용으로 제1호로 위원회의 회의에서 위원이 발언한 내용이 기재된 문서, 제2호로 심리 중에 있는 심판청구사건의 의결에 참여할 위원의 명단, 제3호로 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있다고 인정되는 사항으로서 총리령이 정하는 사항을 규정하고 있다.

행정심판은 심판의 대상이 되는 행정처분의 합법성뿐만 아니라 합목적성까지 심리하여 위법 부당하다고 의결한 경우에는 당해 처분을 취소하거나 변경하는 준 사법적 절차이므로 그 심판절차 및 내용에 있어서 공정성이 고도로 요구된다고 할 것이다.

그런데, 심판회의록은 행정심판위원회의 심판위원들이 심판의 대상이 되는 처분의 위법, 부당성 여부에 대한 의견들을 논의한 내용이 기재된 문서로서 이른바 의사결정과정 정보에 해당하고 이를 심판절차 종결 후에라도 공개할 경우에는 심판위원들의 자유로운 의견 표명을 방해할 소지가 많아 행정심판 사건 처리 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래할 수 있고, 공공기관의 정보공개에관한법을 제7조 제1항 제5호에서 의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 정보를 비공개대상정보로 규정한 취지에 비추어 보면, 이 사건 법률조항은 행정심판업무의 공정성 보장이라는 공공복리를 위하여 헌법에서 허용하고 있는 기본권 제한을 구체화한 것으로서 정보공개청구권의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니다.

다. 법제처장의 의견요지(2003헌바81)

법원의 위 기각 결정의 이유와 대체로 같다.

라. 경상남도지사의 의견요지(2003헌바89)

행정심판회의록은 알 권리를 보장하고 심판절차의 투명성을 확보한다는 측면이 있으나, 이를 공개하는 경우 심사·결정 과정에서 발언한 위원 개인의 의사 표명이 외부에 공개됨으로 해서 심리적인 압박을 느껴 자유로운 심사분위기를 해쳐 공정성 확보에 지장을 가져올 것이며 위원들의 의견개진 자체 등으로 위원회 회의의 진행 곤란과 나아가 위원회 구성 자체를 어렵게 만드는 결과를 초래하여 더 큰 공익이 침해되는 문제가 발생할 수 있으므로 그 비공개는 질서유지 내지 공공복리를 위하여 필요하다.

3. 판 단

가. 정보공개청구권의 침해 여부

(1) 이 사건 조항은 행정심판위원회에서 위원이 발언한 내용 기타 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항을 비공개대상으로 규정하면서 구체적인 비공개대상의 지정은 대통령령에 위임하고 있는 바, 위원회에서 위원이 발언한 내용을 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항의 대표적인 경우로 규정하고 있는 것으로 보인다.

청구인이 당해사건에서 정보공개대상이 되어야 한다고 주장하고 있는 행정심판회의록은 위원회에서 위원이 발언한 내용이 기재된 문서인바, 이 사건 조항이 위와 같이 위원회에서 위원이 발언한 내용을 비공개대상정보로 규정함

으로써 헌법상 보장된 알 권리의 한 내용인 정보공개청구권의 본질적 내용을 침해하고 있는지 여부에 대하여 살핀다.

(2) 정보공개청구권의 의의 및 제한

헌법재판소는 공공기관의정보공개에관한법률이 제정되기 이전에 이미, 정부가 보유하고 있는 정보에 대하여 정당한 이해관계가 있는 자가 그 공개를 요구할 수 있는 권리를 알 권리로 인정하면서 이러한 알 권리는 표현의 자유에 당연히 포함되는 기본권임을 선언하였다(헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 188-189). 어떤 문제가 있을 때 그에 관련된 정보에 접근하지 못하면 문제의 내용을 제대로 알기 어렵고, 제대로 내용을 알지 못하면 자기의 의견을 제대로 표현하기 어렵기 때문에 알 권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있고 정보의 공개청구권은 알 권리의 당연한 내용이 되는 것이다. 그리하여 알 권리는 헌법 제21조에 의하여 직접 보장될 수 있다고 헌법재판소가 선언한 것인데, 알 권리는 그 밖에도 국민주권주의(헌법 제1조), 인간의 존엄과 가치(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)와도 관련이 있다고 해석되고 있다(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 246-247).

따라서 공공기관이 보유·관리하는 정보는 원칙적으로 모든 국민에게 공개되어야 하나(공공기관의정보공개에관한법률 제5조 제1항), 이러한 알 권리에 대하여도 헌법 제21조 제4항에 의한 한계가 있을 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 바와 같이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우는 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한 법률로써 제한할 수 있는 것이다.

(3) 기본권 침해 여부

(가) 행정심판위원회는 심판청구서 및 답변서를 검토하고(행정심판법 제22조), 증거조사(동법 제27조, 제28조)를 거치는 등 구술 또는 서면으로 심리(동법 제26조 제2항)를 마친 다음 그 심판청구에 대하여 재결할 내용을 의결하게 된다(동법 제31조 제1항).

위원회에서는 위원회의 최종 의사 형성에 관하여 토의가 이루어지는데 자유롭고 활발한 심리·의결이 보장되기 위해서는 위원회가 종료된 후라도 심리·의결 과정에서 누가 어떤 발언을 하였는지가 외부에 공개되지 않는다는 것이 보장될 필요성이 있다. 위원회에서 위원이 발언한 내용이 공개된다면, 위원이나 출석자는 장차 발언 내용이 공개될 것에 대하여 상당한 부담을 가지게 되고 심리적 압박을 받아 위원회 심리·의결과정에서 자유로운 의사 표

명을 할 수 없고, 심지어는 당사자나 외부의 의사에 영합하는 발언을 하거나 침묵으로 일관할 우려마저 있기 때문이다.

다른 한편으로, 위원회 내부에서는 다양한 의견들이 나올 수 있으나, 위와 같이 정제되지 아니하고 충분히 검토되지 않은 의견이 그대로 외부에 제공될 경우 국민에게 무용한 혼란 및 오해를 초래하거나, 행정심판위원회 재결의 정당한 권위 및 공정성에 대한 신뢰를 해칠 우려도 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 행정심판위원회에서 위원의 발언 내용을 비공개대상으로 하는 것은 입법목적에 합리적인 정당성이 있다고 할 것이다.

(나) 비공개대상정보에 대하여는 이를 공개하지 않는 것이 위와 같은 입법 목적의 달성을 위하여 필요하고 효과적인 방법이라 할 것이므로, 이 사건 조항은 기본권 침해에 있어서 방법의 적정성을 구비하였다.

(다) 피해의 최소성과 관련하여, 청구인은 공공기관의정보공개에관한법률 제9조 제2항은 동조 제1항 각 호의 1에 해당하는 비공개대상정보라고 하더라도 기간의 경과 등으로 비공개의 필요성이 없어진 경우에는 당해정보를 공개 대상으로 하여야 한다고 규정하고 있는바, 일단 행정심판위원회의 재결이 있는 후에는 위원들의 발언 내용이 공개된다고 하더라도 더 이상 심리·의결에 영향을 미칠 염려가 없는 것이 명백하여 비공개의 필요성이 없어진 경우에 해당함에도 불구하고 이 사건 법률조항이 위원회의 재결 전후를 불문하고 위원회에서 위원이 발언한 내용을 비공개대상으로 삼고 있는 것은 부당하다고 비판한다.

살피건대, 이 사건 조항은 위원회에서 위원이 발언한 내용을 공개할 경우 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항의 대표적인 예로 들고 있는바, 여기서 위원회의 심리·의결의 공정성은 단순히 현재 진행 중인 당해 행정심판에 관한 것만을 의미하는 것이 아니다. 행정심판회의록을 당해 재결이 확정되었다는 이유만으로 공개하기 시작하면 장래 있게 될 행정심판에서 위원회의 위원들은 자신들의 발언도 재결확정 후에는 공개될 것을 우려하여 공정하고 자유로운 토론 및 심리·의결이 방해받을 수 있게 되기 때문이다. 따라서 이 사건 조항이 들고 있는 위원회의 심리·의결의 공정성은 현재 진행 중인 행정심판뿐만 아니라 장래의 행정심판도 포함하는 것이다.

헌법 제107조 제3항은 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있고, 그 절차는 법률로 정하되 사법절차가 준용되어야 한다고 규정하고 있다. 사법절차의 경우 심리와 판결은 공개하는 것을 원칙으로 하면서도(헌법 제109조 제1

항, 법원조직법 제57조 제1항 본문) 심판의 합의는 공개하지 아니하도록 하여 (법원조직법 제65조) 재판의 독립성을 보장하고 있다. 헌법재판소의 재판에서도 심판의 변론과 결정의 선고는 공개하나 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다(헌법재판소법 제34조 제1항).

이와 같이 사법절차에서 합의 또는 평의에 관하여는 당해 재판절차가 종료되더라도 비공개원칙을 유지하는바, 사법절차가 준용되는 행정심판제도에 있어서도 위원회에서 위원들이 발언한 내용은 재결서에 기재되는 부분을 제외하고는 재결이 종료된 이후라 하더라도 위원회의 심리·의결의 공정성을 위하여 비공개상태를 유지할 필요가 있다고 할 것이므로, 공공기관의정보공개에관한법률 제9조 제2항 소정의 정보 비공개의 필요성이 없어진 경우에 해당한다고 할 수 없다.

한편, 신설된 공공기관의정보공개에관한법률(2004. 1. 29. 법률 제7127호로 전문개정된 것) 제14조는 “공개청구한 정보가 제9조 제1항 각 호의 1에 해당하는 부분과 공개가 가능한 부분이 혼합되어 있는 경우로서 공개청구의 취지에 어긋나지 아니하는 범위 안에서 두 부분을 분리할 수 있는 때에는 제9조 제1항 각 호의 1에 해당하는 부분을 제외하고 공개하여야 한다.”고 규정하여 부분공개제도를 두고 있으나, 이 사건 조항이 비공개대상으로 정하고 있는 것은 전체 행정심판기록이 아니라 그 중 위원들이 발언한 내용에 국한된 것으로, 위원들의 발언을 사안 및 내용에 따라 또는 그 발언을 한 위원이 누구인지에 따라 구분하여 그 중 일부를 위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 없다는 이유로 공개대상으로 정할 수는 없으므로, 이 사건 조항이 행정심판위원회에서 위원이 발언한 내용 전부를 비공개대상으로 규정하고 있다고 하여 피해의 최소화 원칙을 준수하지 못한 것이라고 할 수도 없다.

또한, 공공기관의정보공개에관한법률 제20조 제1항에 따르면 청구인이 정보공개와 관련하여 공공기관의 처분 또는 부작위로 인하여 법률상 이익의 침해를 받은 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있으므로 이 사건 조항에 따른 비공개로 인하여 법률상 이익을 침해받은 자를 위한 구제절차도 마련되어 있고, 행정소송법 제25조는 법원의 결정으로 재결을 행한 행정청으로부터 행정심판에 관한 기록을 제출받는 길을 열어두고 있으므로 비록 당사자에게는 위원회 위원의 발언 내용이 공개되지 않더라도 법원의 재판절차를 통하여 위원회 재결의 공정성 및 정당성에 관한 사후 심사가 위원의 발언 내용까지 고려하여 이루어질 수 있다.

결국, 이 사건 조항상의 비공개제도 외에 달리 청구인의 알 권리를 덜 제한하는 입법수단이 존재한다고 할 수 없으므로, 이 사건 조항은 피해의 최소성 원칙을 구비하고 있다.

(라) 이 사건 조항이 정보공개청구권의 제한을 통하여 실현하고자 하는 행정심판 위원회의 심리·의결의 공정성이라는 공익의 비중과 위 조항에 의하여 발생하는 정보공개청구권의 침해의 정도를 비교형량하여 보면 위 공익이 더 크다고 할 것이므로 법익균형성도 충족된다.

(4) 소 결

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권 제한의 한계를 벗어나 청구인의 알 권리를 침해하였다고 볼 수 없다.

나. 위임입법의 명확성원칙 위반 여부

이 사건 조항이 “공개할 경우 행정심판위원회의 심리·의결의 공정성을 해할 우려가 있는 사항”을 비공개대상으로 규정하면서 구체적인 비공개대상의 지정은 대통령령에게 위임하고 있는 것이 헌법 제75조가 요구하는 위임입법의 명확성을 구비한 것인지 여부에 관하여 살핀다.

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 반드시 구체적 개별적으로 행하여질 것을 요구하고 있는데(헌재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1, 18), 여기서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 법률에 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있음을 의미한다. 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적 체계적으로 종합하여 판단하여야 하고 위임된 사항의 성질에 따라 구체적 개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 533 참조).

정보공개청구권에 관한 기본 법률인 공공기관의정보공개에관한법률 제2조 제1호는 “정보”라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항을 말한다고 규정하고, 제9조 제1항은 비공개대상정보로 제1호에서 다른 법률 또는 법률이 위임한 명령(국회규

칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례에 한한다)에 의하여 비밀 또는 비공개 사항으로 규정된 정보를, 제2호 내지 제8호에서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 비공개함이 상당한 정보들을 열거하고 있다. 그 중 제5호는 “……의사결정과정 또는 내부 검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보”를 비공개대상정보로 규정하고 있는바, 이 사건 조항은 형식적으로 위 법률 위 제9조 제1항 제1호와 관련이 있으나 실질적으로는 제5호와도 관련되어 있다고 할 것이므로, 제5호와의 유기적 관계도 고려하여 이 사건 조항을 해석하여야 할 것이다.

위 제5호의 취지는 행정내부에서의 자유롭고도 솔직한 의견의 교환을 확보하고, 내부검토탄계의 미성숙한 정보가 외부에 제공되어 주민에게 무용한 혼란이나 오해를 초래하는 것이나 일부의 자에게만 부당한 이익이나 불이익을 주는 것을 회피하며, 공공기관이 수행하고 있는 다양한 업무의 집행과정에서 작성 또는 취득한 정보 중 공개되면 당해 업무에 많은 영향을 미치거나 공정하고 효율적인 업무의 운영이 현저히 곤란하게 될 우려가 있는 정보를 보호하기 위한 것인데, 그 “의사결정과정 또는 내부검토탄계에 있는 사항”에는 내부에서 심의중인 안건 또는 미확인자료, 공공기관 내부의 회의 및 의견교환의 기록 등 행정 내부의 자유로운 의견교환에 방해를 줄 수 있거나 국민의 오해나 혼란을 초래할 수 있는 자료 그리고 조사 또는 시험연구결과, 각종 개발계획 또는 검토안 등 특정인에게 부당한 이익 또는 불이익을 주는 정보가 해당된다고 해석되고 있다.

한편, 수권의 목적으로부터 수권의 내용이 구체화될 수 있고 이로써 수권의 범위가 어느 정도 예측될 수 있기 때문에, 수권의 목적, 즉 당해 법률조항의 입법목적 또한 중요한 의미를 가지는데, 이 사건 조항은 행정심판위원회의 심리·의결의 공정성 확보가 입법목적임을 밝힘과 동시에 그 공정성을 해할 우려가 있는 사항을 비공개대상의 위임 기준으로 제시하고 있고, 나아가 위원회에서 위원이 발언한 내용을 그 비공개대상의 대표적 사례로 들고 있다.

위와 같은 이 사건 조항의 입법목적 및 위임 기준 그리고 관련 법률조항을 종합하여 판단하면, 이 사건 조항으로부터 대통령령으로 정하여질 비공개대상정보가 무엇인가 하는 대강의 내용을 충분히 예측할 수 있으므로, 이 사건 조항은 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되지 않는다.

헌재 2004. 8. 26. 2003헌바81·89(병합)

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효중(주심) 김경일
송인준 전효숙 이상경

국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원

(2004. 8. 26. 2003헌바85·102(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 국가보안법 제7조 제1항의 구성요건 개념이 불명확한지 여부(소극)
2. 국가보안법 제7조 제5항이 양심 또는 사상의 자유를 침해하는지 여부(소극)
3. 위 조항들이 죄형법정주의나 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 구법과 달리 현행 국가보안법 제7조 제1항에는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가되었는바, 그중 “자유민주적 기본질서” 및 “위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 부분은 헌법재판소의 기존 결정의 판시취지에 따라 이를 합법적, 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있다. 또한, 위와 같은 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다.

국가보안법 제7조 제1항에서 사용되는 “구성원”, “활동”, “동조”, “국가변란을 선전·선동한 자” 등의 개념도 위와 같은 주관적 구성요건과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있으므로 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거되고, 국가보안법 제7조는 형법상의 내란죄 등 규정의 존재와는 별도로 그 독자적 존재의의가 있는 것이어서 표현의 자유에 대한 필요 최소한도의 제한원칙에 반하는 것이 아니다.

2. 국가보안법 제7조 제5항에서 이적표현물 소지행위를 처벌하는 것은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적으로 소지행위에 이른 경우로 제한하고 있으며 이러

한 목적을 가진 소지행위는 그 표현물의 이적내용에 대한 전파가능성을 배제하기 어렵고 소지행위 자체도 역시 제작·수입행위 등과 같이 국가의 존립·안전에 대한 위험성이 있다고 할 것이다. 한편, 이러한 위험성을 갖지 아니한 행위 즉, 단순한 학문연구나 순수 예술활동의 목적으로 이적표현물을 소지·보관하는 경우에는 국가보안법 제7조 제5항이 적용되지 않으므로(대법원 93. 2. 9. 선고 92도1711 판결, 94. 9. 9. 선고 94도135 판결 등 참조) 국가보안법 제7조 제5항에서 이적표현물의 소지행위를 처벌하는 것이 양심 또는 사상의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 아니라고 할 것이다.

3. 국가보안법 제7조 제1항, 제5항은 관계법률의 체계적 해석으로 구체화 될 수 있으며 법문의 용어가 지나치게 추상적이기 때문에 죄형법정주의에 위반한다고 할 수도 없을 뿐만 아니라 국가의 존립·안전을 위하여 비례의 원칙 범위내에서 양심, 사상, 학문, 예술, 언론, 출판의 자유를 제한하는 것으로서 그 본질적 내용을 침해하거나 이를 지나치게 제한하는 것이라고는 인정되지 아니하므로 헌법에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조(찬양·고무 등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

②~④ 생략

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

⑥~⑦ 생략

【참조판례】

1. 1996. 10. 4. 선고 95헌가2, 판례집 8-2, 292-296
1997. 1. 16. 선고 92헌바6등, 판례집 9-1, 1-44
1999. 4. 29. 선고 98헌바66
2002. 4. 25. 선고 99헌바27·51(병합), 판례집 14-1, 279-288
1990. 4. 2. 선고 89헌가113

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 김○곤(2003헌바85)
2. 김○찬(2003헌바102)
대리인 법무법인 동화
담당변호사 조영선 외 1인
- 당해사건 1. 서울중앙지방법원 2003고단7098 국가보안법위반 등(2003헌바85)
2. 서울중앙지방법원 2003고단7097 국가보안법위반 등(2003헌바102)

【주 문】

국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인 김○곤, 같은 김○찬은 2003. 8. 6. 서울중앙지방법원에 국가보안법 제7조 제5항, 제1항 등을 위반하였다는 이유로 기소되어 1심 재판에서 모두 유죄를 선고받고 항소하여 재판계속중인바, 국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것, 이하 “법” 또는 “국가보안법”이라 한다) 제7조 제1항 및 제5항이 청구인의 기본권을 침해하고 있다고 주장하며 위 법원에 위헌제청신청을 하였으나, 청구인 김○곤에 대한 위헌제청사건은 2003. 9. 26. 기각되었으며, 청구인 김○찬에 대한 위헌제청사건은 2003. 10. 23. 기각되었는바, 청구인 김○곤은 2003. 10. 10.에, 청구인 김○찬은 2003. 12. 1.에 각 헌법소원심판을 청구하였다.

- 나. 심판대상

이 사건의 심판대상은 청구인들에게 적용된 국가보안법 제7조 제1항, 제5항이 헌법에 위반되는지 여부이며 관계규정의 내용은 다음과 같다.

제7조(찬양·고무 등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동

한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

② 폐지

③, ④ 생략

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

⑥~⑦ 생략

2. 청구인들의 주장

가. 개인의 사상이나 생각을 담은 ‘표현물’을 이유로 형사처벌을 규정한 국가보안법 제7조 제5항, 제1항은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 및 사상·양심의 자유를 규정한 헌법 제19조에 위반한다.

나. 표현행위를 처벌하기 위해서는 ‘명백하고도 현존하는 위협’ 즉, 구체적이고 현실적으로 가능한 위협이 있는 표현행위라는 특별한 사정이 있어야 함에도 불구하고 국가보안법은 이러한 요건을 갖추지 못하여 언론·출판·학문·예술의 자유(헌법 제21조, 제22조)를 침해하고 있다.

다. 국가보안법 제7조는 그 구성요건에서 “찬양, 고무, 선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자”를 규정하고 있는데, 이는 범문의 용어가 지나치게 불명확하고 광범위하며 추상적이므로 죄형법정주의에 위배된다.

라. 해당 조항은 처벌대상을 확정할 수 없고, 실제 ‘백지형법’의 역할을 하고 있으며, 법원은 이적표현물의 제작·소지 등이 입증되면 바로 ‘국가변란을 선전·선동할 목적’이 있는 것으로 사실상 추정하고 있어 무죄추정의 원칙(헌법 제27조 제4항)에 위반된다.

마. 이적표현물의 ‘소지’행위는 개인이 자신의 생각을 관념속에 두는 것과 같이 아무런 위험성이 없음에도 이러한 행위를 7년 이하의 징역형에 처하도록 하는 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위반하는 것이다.

바. 국가보안법은 2000. 6. 15. 남북정상회담을 비롯한 남과 북의 정치, 경제, 문화적 교류의 증대를 비롯한 남북관계의 변화와 발전, 그리고 국가보안법이 폐지되더라도 국가체제를 위협하는 행위에 대하여는 현행 형법 등에 의해 규율될 수 있는 점 등을 고려하면 국가보안법은 폐지되어야 한다.

3. 법원의 위헌제청신청기각이유 및 이해관계인의 의견

별지와 같다.

4. 판 단

우리 재판소는 위 조항들에 대하여 1996. 10. 4. 선고 95헌가2 결정(판례집 8-2, 292-296), 1997. 1. 16. 선고 92헌바6등 결정(판례집 9-1, 1-44), 1999. 4. 29. 선고 98헌바66 결정 및 2002. 4. 25. 선고 99헌바27·51(병합) 결정(판례집 14-1, 279-288) 등에서 이미 합헌의 견해를 밝힌바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「국가보안법 제7조 제1항을 구법 제7조 제1항과 대비하여 보면 두 가지 점에서 뚜렷한 변경이 있었다. 그 하나는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건을 추가한 점이고, 다른 하나는 구법 제7조 제1항 후단의 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”라는 부분을 삭제한 대신 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 부분을 삽입한 점이다.

국가보안법 제7조 제1항에 위와 같은 주관적 구성요건이 추가된 것은 입법자가 구법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 우리 재판소의 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정의 취지를 받아들인 것으로 보이는데, 구법규정보다는 그 구성요건이 훨씬 명확히 규정되었다고 보여지며, 그래도 남는 용어의 추상성은 법적용·집행자의 합리적 해석에 맡겨도 된다.

즉, 국가보안법 제7조 제1항의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 구성요건 중 “자유민주적 기본질서”란 무엇을 말하는가에 관하여는 앞서 본 우리 재판소의 결정내용이나 학설, 판례에 의하여 그 개념정립이 되어 있고, “위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 부분도 우리 재판소의 위 결정들의 판시취지에 따라 이를 합법적(특히 이 법의 입법목적을 규정한 법 제1조 제1항과 그 해석준칙을 규정한 같은 조 제2항의 규정취지에 따라), 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있다고 본다. 이러한 관점에서 풀이하면, 법 제7조 제1항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 한다.

국가보안법 제7조 제1항에는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었으며, 현행법은 제2조 “반국가단체”의 정의규정에서 이 법의 적용대상이 되는 반국가단체의 범위를 축소하였고, 나아가 제1조 제2항에서 “이 법을 해석 적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대 해

석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다”고 규정함으로써 법집행자의 합헌적인 법해석과 적용을 이끌어 내는데 중대한 역할을 할 수 있도록 하였다.

그리고, 국가보안법 제7조 제1항 후단에 새로이 신설된 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 구성요건 중 “변란”이라는 개념은 1948. 12. 1. 법률 제10호로 공포, 시행되었던 구법에서부터 계속 사용되어온 용어이고, 국가보안법 제2조의 “반국가단체”의 정의규정에서도 사용되고 있는 용어로서 이미 관례에 의하여 그 개념이 상당한 정도로 정립되어 있어 개념의 불명확성은 제거되었다고 볼 수 있고, 또 국가보안법 제7조 제1항에서도 “구성원”, “활동”, “동조” 등의 개념이 사용되고 있으나 구법규정과는 달리 이들 개념은 모두 같은 항 앞머리의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고, 이 주관적 구성요건을 우리 재판소의 위 견해와 같이 제한 해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거되고, 국가보안법 제7조는 형법상의 내란죄 등 규정의 존재와는 별도로 그 독자적 존재의의가 있는 것이어서 표현의 자유에 대한 필요최소한도의 제한원칙에 반하는 것이 아니다.

또한, 법 제7조 제5항은 같은 조 제1항을 전제로 하는 조항들로서 위에서 본 바와 같이 제1항에서 그 위헌성이 제거된 이상 이들 조항도 그 구법규정이 띠고 있던 위헌성은 제거된 것으로 보여지고 달리 이 조항들 그 자체에 어떤 독립적인 위헌적 요소가 있다고도 볼 수 없다. 그렇다면, 이 사건 법률조항은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 이를 필요이상으로 지나치게 제한할 위헌성이 있다고 할 수 없고 또 죄형법정주의에 위배된다고 할 수도 없다.」

위 결정의 판시 이유는 이 사건 심판에서도 그대로 타당하고 위 결정의 선고 이후에 그 판단을 변경할 만한 사정변경이 있다고 볼 수도 없으므로 따라서 위 견해를 그대로 유지하기로 한다.

청구인이 주장하는 무죄추정의 원칙은 형사재판 또는 수사에 있어서 증거평가를 마친 후 유죄의 확신이 없는 경우에 적용되는 판단 법칙이므로 국가보안법 제7조의 구성요건을 판단하면서 객관적 사실관계에 기초하여 주관적 구성요건을 인정하는 것은 무죄추정의 원칙과 아무런 관련이 없다.

더 나아가, 청구인은 국가보안법 제7조 제5항의 구성요건 중 표현물의 ‘소지’행위는 개인이 자신의 생각을 관념속에 두는 것과 같이 아무런 위헌성이

없음에도 이러한 행위를 처벌하는 규정은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙에 위반한다고 주장하고 있다.

국가보안법 제7조 제5항에서 이적표현물 소지행위를 처벌하는 것은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적으로 소지행위에 이른 경우로 제한하고 있으며 일정한 목적을 가진 소지행위는 그 표현물의 이적내용에 대한 전파가능성을 배제하기 어렵고 소지행위 자체도 역시 제작·수입행위 등과 같이 국가의 존립·안전에 대한 위험성이 있다고 할 것이다. 한편, 이러한 위험성을 갖지 아니한 행위 즉, 단순한 학문연구나 순수 예술활동의 목적으로 이적표현물을 소지·보관하는 경우에는 국가보안법 제7조 제5항이 적용되지 않으므로(대법원 93. 2. 9. 선고 92도1711 판결, 94. 9. 9. 선고 94도135 판결 등 참조) 국가보안법 제7조 제5항에서 이적표현물의 소지행위를 처벌하는 것이 양심 또는 사상의 자유를 본질적으로 침해하는 것은 아니라고 할 것이다.

요컨대, 이 사건 법률조항들은 관계법률의 체계적 해석으로 구체화 될 수 있고 법문의 용어가 지나치게 추상적이기 때문에 죄형법정주의에 위반한다고 할 수도 없을 뿐만 아니라 국가의 존립·안전을 위하여 비례의 원칙 범위내에서 양심, 사상, 학문, 예술, 언론, 출판의 자유를 제한하는 것으로서 그 본질적 내용을 침해하거나 이를 지나치게 제한하는 것이라고는 인정되지 아니하므로 청구인의 주장은 모두 이유없다.

5. 결 론

국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효중 김경일 송인준
전호숙 이상경(주심)

[별 지] 법원의 위헌제청신청기각이유 및 이해관계인의 의견

가. 법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 북한이 우리의 자유민주적 기본질서를 전복할 것을 포기하였다는 명백한 징후가 보이지 아니하고 있으며 막강한 군사력으로 자유민주적 기본질서

에 위협이 되고 있는 상황에서 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하여 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보할 목적으로 만들어진 국가보안법은 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 국가보안법의 규정을 그 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한, 제7조 소정의 각 범죄의 구성요건 개념들이 애매모호하고 광범위하여 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없고, 국가보안법 제7조 제5항 및 제1항의 ‘표현물의 제작·소지 등’이 입증되면 바로 국가변란을 선전·선동할 목적이 사실상 추정된다고 할 수도 없으므로 무죄추정의 원칙이나, 명확성의 원칙, 유추해석의 금지원칙 등에 위반된다고 할 수도 없다.

(3) 헌법 제37조 제2항에 따라 국가의 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 범위내에서 이를 제한할 수 있으므로 그 입법목적과 적용한계를 위와 같이 제한적으로 해석하는 한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 양심의 자유, 언론·출판의 자유, 학문·예술의 자유 등을 침해하는 위헌의 규정이라고 볼 수 없다(대법원 1999. 12. 28. 선고 99도4027 판결, 1998. 7. 28. 선고 98도1395 판결, 1997. 7. 25. 선고97도1386 판결, 1997. 7. 16. 선고 97도985 판결 등도 같은 취지임)

나. 서울중앙지방검찰청의 의견

(1) 남북한 사이의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 해소되지 않고 있음이 현실인 이상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것은 헌법에 규정한 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 동법 제7조 제1항, 제5항에 관하여는 헌법재판소의 한정합헌 결정취지에 따라 “국가 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 요건을 추가함으로써 ‘개념의 다의성과 적용범위의 광범성 요소’를 제거하였으므로 죄형법정주의에 위배되지 아니하며, 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하지도 않는다.

다. 법원행정처의 의견

서울중앙지방검찰청의 의견에 추가하여 다음과 같은 의견을 제출하였다.

(1) 무죄추정의 원칙은 증명의 단계에서 의심스러울 때는 형사피의자나 형사피고인에게 유리하도록 결정하는 원칙으로서 법관이 증거를 어떻게 평가해야 하느냐에 관한 원칙이 아니라 증거평가를 마친 후 유죄의 확신이 없는 경

우에 적용되는 판단 법칙이고, 국가보안법 제7조 제5항의 주관적 구성요건을 판단하면서 여러 가지의 객관적 사실관계에 기초하는 것은 모든 형사범죄의 주관적 구성요건을 인정함에 있어 공통된 것이며 무죄추정의 규정과는 아무런 관련성이 없다.

(2) 국가보안법은 헌법 제37조 제2항에 따른 것으로서 헌법에 보장된 개인의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 한도내에서는 위헌이라고 볼 수 없다.

(3) 국가보안법 제7조 제5항 중 ‘소지’행위를 처벌하는 것은 일정한 목적을 지닌 행위만을 처벌하는 것으로서 ‘제작·복사·운반·반포·취득’ 등의 행위와 비교하여 그 위험성이 다르다고 볼 수 없으며 형법 제244조에서도 “음란한 물건의 소지행위”를 처벌하고 있으므로 과도하게 기본권을 제한하는 규정이라고 볼 수 없다.

새마을금고법 제66조 제2항 제6호 등 위헌소원

(2004. 8. 26. 2004헌바14 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 대통령령이 심판의 대상이 되는지 여부(소극)
2. 처벌법규 위임의 한계
3. 새마을금고의 임원이 동일인에 대하여 대출한도를 초과하는 대출을 하는 것을 처벌하는 규정을 두면서, 대출한도를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 새마을금고법 제66조 제2항 제6호의 “제26조의 규정에 의한 명령” 중에서 “대출의 한도” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로써 심판신청을 하는 것이므로, 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 법률인 것이지 대통령령은 그 대상이 될 수 없다고 할 것이다.
2. 법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고 있는 점에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 둘째, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정해야 한다.
3. 금융시장이 복잡 다양하면서도 부단히 변동되고 있음에 비추어, 금융의 절차·방법에 관한 규정도 그에 맞추어 시기 적절하게 효과

적으로 대처할 수 있어야 하나 국회가 금융시장의 변화를 모두 예측할 수도 없고, 그러한 변화에 대응하여 그 때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 않다는 점에서 이 사건 법률조항에서 대출한도 제한에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 명령에 위임하는 것은 어느 정도 불가피한 면이 있음을 인정할 수 있다.

또한 새마을금고법의 관련 규정 및 은행법 등 관련 법률을 종합하면, 새마을금고가 동일인에 대한 대출을 함에 있어서는 새마을금고의 자기자본(출자금총액과 적립금합계액)의 일정 비율의 제한이 있음을 예측할 수 있고, 더구나 이 사건 법률조항의 수범자는 “금고 또는 연합회의 임·직원 또는 청산인”으로서, 새마을금고의 업무를 직접 담당하고 있는 자이거나, 업무에 대해 상당한 정도의 지식을 가진 자로서 업무와 밀접한 관련을 가진 자이므로, 이렇게 제한된 수범자의 특성을 아울러 고려한다면 이 사건 법률조항이 수범자들로 하여금 처벌대상행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 포괄적이라고 할 수 없다.

그러므로 법 제26조 제3항에서 “대출의 한도”라는 구체적 범위를 정하여 이를 대통령으로 정하도록 위임하면서 그 상한을 정하지 않았다고 하더라도, 위와 같이 대출한도에 관한 제한의 필요성 및 일정 정도의 위임의 불가피성이라는 측면, 그리고 수범자의 예측가능성이라는 측면에서 보아 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

재판관 김영일의 반대의견

이 사건 대출의 한도는 다수의견이 실시하는 바와 같이 긴급한 개정의 필요성이나 입법기술상의 문제에 비추어 보더라도 대출의 한도 혹은 그 대강의 기준을 법률에서 규정하지 못할 이유를 찾아보기 어려움에도 불구하고, 법률에서 규정하여야 할 내용을 시행령에서 정하도록 위임함으로써 수범자의 예측가능성을 침해하고 죄형법정주의의 이념에 어긋나는 결과를 가져오고 있으므로 헌법에 위반된다. 또한 이 사건 법률조항 중 ‘법 제26조 제3항에 의한 명령’ 부분과 이 사건 시행령조항은 서로 결합하여 단일한 형벌조항의 구성요건부분을 이루고 있으므로 이 사건 시행령조항에 대하여도 본안 판단을 해 주어야 할 것인바, 위 시행령 조

항은 법 제26조 제3항의 위임범위를 벗어나 위임입법의 한계를 일탈하였을 뿐 아니라 독자적으로 새로운 범죄구성요건을 창설한 것으로서 처벌규정인 이 사건 법률조항에 포함되는 범위에서 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

구 새마을금고법(1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정되고, 2001. 7. 24. 법률 제6493호로 개정되기 전의 것) 제66조(벌칙) ① 생략

② 금고 또는 연합회의 임·직원 또는 청산인이 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~5. 생략

6. 금고 또는 연합회로 하여금 제26조 제3항(제54조 제4항에서 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 명령, 동조 제5항 또는 제31조(제56조 제4항에서 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 위반하게 한 때

7.~9. 생략

③ 생략

새마을금고법시행령(1998. 2. 24. 대통령령 제15684호로 개정된 것) 제23조(대출한도) 금고의 동일인에 대한 대출은 연합회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 당해 금고의 출자금 총액과 적립금의 합계액의 100분의 10을 초과할 수 없다.

【참조조문】

헌법 제75조

신용협동조합법 제42조(동일인에 대한 대출 등의 한도) 조합은 동일인에 대하여 금융감독위원회가 정하는 기준에 따라 중앙회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 조합의 자기자본의 100분의 20 또는 자산총액의 100분의 1 중 큰 금액의 범위 안에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출 등을 할 수 없다. 이 경우 본인의 계산으로 다른 사람의 명의로 하여 행하는 대출 등은 이를 그 본인의 대출 등으로 본다.

【참조판례】

- 헌재 1997. 10. 30. 95헌바7, 판례집 9-2, 437, 447
헌재 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 27-28
- 헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585
헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 322-323

【당 사 자】

청 구 인 임○석

대리인 변호사 황성필
당해사건 대전지방법원 2003재고단2 새마을금고법위반

【주 문】

1. 새마을금고법시행령(1998. 2. 24. 대통령령 제15684호로 개정된 것) 제23조에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 구 새마을금고법(1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정되고, 2001. 7. 24. 법률 제6493호로 개정되기 전의 것) 제66조 제2항 제6호의 “제26조 제3항의 규정에 의한 명령” 중에서 “대출의 한도” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 ○○새마을금고 이사장으로 재직 중이던 1998. 10. 30.경 주식회사 ○○산업으로부터 금 5억 원의 대출신청을 받고, 새마을금고 연합회장의 승인 없이 위 새마을금고의 대출한도인 3억 원을 초과하여 위 회사에 5억 원을 대출하였다는 이유로 새마을금고법 제66조 제2항 제1호 위반죄로 기소되어 제1심에서 징역 1년을 선고받았으며, 이 판결은 2001. 11. 13. 대법원에서 확정되었다.

(2) 한편 청구인은 위 사건 항소심 계속 중 위 새마을금고법 제66조 제2항 제1호에 대하여 위헌제청을 신청하였으나 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 청구하여 헌법재판소에서 위 새마을금고법 조항에 대한 한정위헌결정(2001헌바39)이 선고되었다. 청구인이 재심을 청구하자 검찰은 위 공소사실에 대하여 새마을금고법 제66조 제2항 제6호를 위반한 것이라며 공소장을 변경하였다. 이에 청구인은 위 재심사건 소송계속 중 구 새마을금고법(1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정되고, 2001. 7. 24. 법률 제6493호로 개정되기 전의 것) 제66조 제2항 제6호는 헌법 제12조의 죄형법정주의, 포괄 위입법금지 원칙에 위반된다고 주장하면서 위헌제청신청을 하였으나 기각되자 2004. 2. 5. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

- 나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 구 새마을금고법(1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정되고, 2001. 7. 24. 법률 제6493호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제

66조 제2항 제6호 중 “제26조 제3항의 규정에 의한 명령”, 그 중에서도 “대출의 한도” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 및 같은 법 시행령(1998. 2. 24. 대통령령 제15684호로 개정된 것) 제23조(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 심판대상 조문 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법 제66조(벌칙) ② 금고 또는 연합회의 임·직원 또는 청산인이 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~5. 생략

6. 금고 또는 연합회로 하여금 제26조 제3항(제54조 제4항에서 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 명령, 동조 제5항 또는 제31조(제56조 제4항에서 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 위반하게 한 때

7.~9. 생략

법 제26조(사업의 종류 등) ③ 제1항 제1호의 신용사업에 관련되는 소요자금의 차입한도, 대출의 한도, 여유자금의 운용 및 제1항 제6호의 위탁사업의 범위, 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

새마을금고법시행령 제23조(대출한도) 금고의 동일인에 대한 대출은 연합회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 당해 금고의 출자금 총액과 적립금의 합계액의 100분의 10을 초과할 수 없다.

※ 다른 법률의 대출한도에 관한 규정 : 별지

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 법 제66조 제2항 제6호와 제26조 제3항의 규정을 종합하면 금고 임·직원이 금고로 하여금 대출한도 위반을 하도록 하는 경우 처벌을 한다는 것인데, 제26조 제3항에서는 대출한도에 대한 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 위임하고 있다. 따라서 이는 사실상 시행령에서 처벌의 구성요건을 규정할 수 있도록 포괄적으로 위임한 것으로서 헌법 제12조의 죄형법정주의 및 포괄 위임입법금지의 원칙에 위배된다.

(2) 같은 법 시행령 제23조는 연합회장의 승인이라는 포괄적 예외조항을 두고 있는바, 이는 연합회장의 승인이 있으면 대출한도를 초과하여 대출을 하더라도 불가벌이고, 승인이 없으면 처벌이 된다는 자의적이고 불명확한 규정으로서 모법의 위임범위를 초과하였으므로, 위헌위법인 규정이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

법 제26조 제3항은 새마을금고가 대출을 할 때에는 공익적 요청에 의하여 그 대출에 한도가 있다는 점을 명시적으로 규정한 것이고, 그 한도의 구체적인 범위는 그때 그때의 사정에 따라 유동적인 금융시장의 변화에 효과적으로 대처하기 위하여 이를 시행령에 위임한 것이며, 이에 따라 그 시행령 제23조에서는 원칙적으로 대출한도는 당해 금고의 출자금 총액과 적립금의 합계액의 10분의 1을 초과할 수 없다고 구체적으로 이를 규정하면서, 다만 예외적으로 연합회장의 승인이 있는 경우에는 위 한도를 초과하여 대출할 수 있도록 하였는바, 위 각 규정의 취지와 내용 및 그 밖의 위 법에서 감독기관인 새마을금고 연합회장의 승인사항으로 규정된 다른 조항에서의 규정 내용과 비교해 볼 때, 이는 각 규정의 내용이 모두 명백하고 적법하게 위임받은 범위 내에서 위임입법이 이루어졌으므로, 청구인이 주장하는 바와 같은 위헌적인 요소가 있다고 할 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견

(1) 이 사건 법률조항은 공공성이 강한 협동조합인 새마을금고의 경영원칙상 금고는 모든 회원에게 균등한 신용제공을 원칙으로 하고, 특정 회원에게 편중대출 또는 특혜대출을 하지 않도록 하는 것이다. 즉, 동일인에 대한 대출 한도는 출자금총액과 적립금 합계액의 100분의 10 이내이어야 하나, 금고의 대출 활성화를 통한 경영건전화 및 회원의 편익을 위하여 출자금과 적립금 합계액이 적은 금고의 경우 또는 출자금 총액과 합계액의 100분의 10을 초과하여 대출을 실행하고자 하는 금고에 한하여 예외적으로 연합회장의 승인을 얻어 대출을 실행할 수 있도록 하고 있는 것이다.

(2) 새마을금고법 제26조 제3항은 “제1항 제1호의 신용사업에 관련되는 소요자금의 차입한도, 대출의 한도, 여유자금의 운용 및 제1항 제6호의 위탁사업의 범위, 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정”하고 있고, 같은 법 시행령 제23조의 규정은 “금고의 동일인에 대한 대출은 연합회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 당해금고의 출자금총액과 적립금의 합계액의 100분이 10을 초과하지 못하도록 규정”하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 행정입법의 대상을 구체적으로 정한 다음 이를 대통령령으로 정하도록 위임하고, 이러한 위임을 받은 시행령조항이 금고의 동일인에 대한 대출은 연합회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 당해 금고의 출자금총액과 적립금 합계액의 100분의 10을 초과할 수 없다고 규정함으로써 당해 금고의 출자금총액과 적립금 합계액의 100분의 10을 초과한 경우를 범죄의 구성요건으로 삼은 것

은 모법인 구 새마을금고법이 예상하고 의도한 위입의 범위 내에 속하는 것이어서 결국 범죄와 형벌을 법률로 규정하도록 한 죄형법정주의·포괄위입입법금지주의 이념에 부합하는 것으로 헌법에 위반되지 않는다.

3. 판 단

가. 이 사건 시행령 조항에 대한 심판청구 부분에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판청구는 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에 당사자가 위헌제청신청을 하였음에도 불구하고 법원이 이를 배척하였을 경우에 법원의 제청에 갈음하여 당사자가 직접 헌법재판소에 헌법소원의 형태로써 심판신청을 하는 것이므로, 그 심판의 대상은 재판의 전제가 되는 법률인 것이지 대통령령은 그 대상이 될 수 없다고 할 것이다(헌재 1997. 10. 30. 95헌바7, 판례집 9-2, 437, 447; 1999. 1. 28. 97헌바90, 판례집 11-1, 19, 27-28 참조).

그런데 이 사건 심판청구 중 새마을금고법시행령 제23조에 관한 부분은 그 심판대상이 될 수 없는 대통령령에 대한 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 부적법하다.

나. 이 사건 법률조항에 대한 심판청구 부분에 대한 판단

(1) 이 사건 법률조항의 내용 및 쟁점의 정리

(가) 이 사건 법률조항의 연혁

새마을금고는 처음 신용협동조합법의 적용을 받았는데, 신용협동조합법(1972. 8. 17. 법률 제2338호)은 제32조 제1항에서 대출의 한도를 규정하고, 별칙조항인 제96조 제1항 제1호에서 ‘이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반하여 자금을 사용 또는 대부하거나……한 때에는……에 처한다’고 하여 포괄적인 처벌규정을 두고 있었다(법 제96조 제1항 제1호). 그 후 1982년 마을금고에만 적용되는 새마을금고법이 별도로 제정되어 새마을금고법(1982. 12. 31. 법률 제3622호) 제38조 제1항 제6호에서 새마을금고의 임원이 대출의 한도를 초과한 대출을 하는 것을 처벌하는 규정을 두면서 제16조 제3항에서 대출의 한도는 대통령령으로 정하도록 위임하였으며(제16조 제3항), 1989년 개정으로 이 사건 법률조항에서 이를 규율하게 되었고, 이 조항은 벌금의 액수가 조정되는 것 외에 현재까지 동일하게 유지되고 있다.

(나) 이 사건 법률조항 및 관련 규정의 내용

이 사건 법률조항은 금고 또는 연합회의 임직원이 금고 또는 연합회로 하여금 법 제26조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반하게 한 때에는 3년 이하의

징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는 처벌조항이다.

한편 법 제26조 제3항에서는 “제1항 제1호의 신용사업에 관련되는 소모자금의 차입한도, 대출의 한도, 여유자금의 운용 및 제1항 제6호의 위탁사업의 범위, 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 하여 새마을금고의 대출한도 등 신용사업과 관련된 다양한 규율대상에 관하여 구체적인 내용을 시행령으로 규정할 것을 위임하고 있다. 이에 법시행령 제23조는 위 법률조항에 의하여 위임받은 입법권한을 행사하여 ‘대출의 한도’에 관한 구체적인 것을 정함에 있어서 “금고의 동일인에 대한 대출은 연합회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 당해 금고의 출자금 총액과 적립금 합계액의 100분의 10을 초과할 수 없다.”라고 규정하여, 동일인에 대한 대출의 한도를 정하면서 다만 감독기관인 연합회장의 승인을 받으면 위 한도를 초과하는 대출을 할 수 있도록 규정하고 있다.

따라서 위 조항들을 종합하면 이 사건 법률조항에서 처벌 사항으로 정하여 금하고자 하는 실질적인 내용은, 금고 또는 연합회의 임직원이 동일인에 대하여 ‘대통령령으로 정하는 대출한도를 초과하여 대출을 하는 것’이라고 할 것이다.

(다) 쟁점의 정리

이 사건의 쟁점은 새마을금고의 임원이 대출한도를 초과하는 대출을 하는 것을 처벌하면서 대출한도에 대한 정함이 없이 대통령령에 위임하고 있는 이 사건 법률조항이, 사실상 시행령에서 처벌의 구성요건을 규정할 수 있도록 포괄적으로 위임하여 죄형법정주의 내지 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부이다.

(2) 죄형법정주의 내지 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

(가) 처벌법규의 위임의 한계

현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여도 모두 입법부에서 제정하는 법률만으로 규정하는 것은 불가능하다 할 것이므로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없고, 이에 따라 우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 그 근거와 한계를 제시함으로써 헌법상의 권력분립주의, 의회주의, 법치주의의 기본원리를 유지하고 있다.

이러한 위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만, 우리 재판소가 밝히고 있는 바와 같이 법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 둘째, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585 참조).

위와 같은 범죄와 형벌에 관한 사항에 대한 위임입법의 한계와 관련된 요구는 죄형법정주의의 명확성의 원칙의 요구와 경합된다고 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 322-323).

(나) 법 제26조 제3항의 “대출한도” 부분이 포괄위임에 해당하는지 여부

1) 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는가?

새마을금고는 국민의 자주적인 협동조직을 바탕으로 우리나라 고유의 상부상조정신에 입각하여 자금의 조성 및 이용과 회원의 경제적, 사회적, 문화적 지위의 향상 및 지역사회개발을 목적으로 설립된 비영리법인이다(법 제1조, 제2조 제1항). 새마을금고의 공익적 성격과 관련하여 법 제3조에서 새마을금고에 대한 국가와 지방자치단체의 협력의무를 규정하는 동시에, 행정자치부장관이 주무부장관으로서 개별 새마을금고의 감독·규제를 행하고 있다[법 제6조(설립인가), 제11조 제6항(정관변경인가), 제46조 제3항(연합회의 인가 및 그 취소), 제51조 제2항(연합회의 정관변경 인가), 제56조(사업계획 등의 보고 및 승인), 제59조(감독), 제61조의2(경영지도), 제61조의3(검사), 제62조(새마을금고 설립인가의 취소)].

한편 새마을금고는 법 제1조의 목적을 달성하기 위하여 회원으로부터의 예탁금·적금의 수납, 회원에 대한 자금의 대출을 포함한 신용사업(법 제26조 제1항 제1호 가, 나목)을 행한다. 그런데 새마을금고는 은행법상의 금융기관이 아닌 지역주민의 협동조직의 성격을 가진 조합으로서(법 제5조, 제8조 제1

항) 본래 회원 중심의 운영을 하다가 대출수요의 부족으로 점차 비회원에 대하여도 신용사업을 확대한 것이다. 따라서 가) 공공성이 강한 협동조합인 새마을금고의 경영원칙상 모든 회원에게 균등한 신용제공을 원칙으로 하므로 특정 회원에게 대출이 편중되지 않도록 하고, 나) 선량한 다수의 예금자의 권리를 안정적으로 보장할 수 있도록 금고의 부실을 막기 위하여, 금고 임직원이 자의적으로 동일인에게 지나치게 많은 금액을 대출해 주는 것을 제한할 필요성이 인정된다. 이에 따라 법 제26조 제3항에서는 신용사업과 관련하여 대출한도를 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 새마을금고 임직원의 대출한도에 관한 업무지침으로서의 성격을 가지는 법 제26조 제3항의 준수를 확보하기 위하여 이 사건 법률조항에서 처벌조항을 두는 것이다.

그러나 금융시장이 복잡 다양하면서도 무단히 변동되고 있음에 비추어, 금융의 절차·방법에 관한 규정도 그에 맞추어 시기 적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 하나 국회가 금융시장의 변화를 모두 예측할 수도 없고, 그러한 변화에 대응하여 그 때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 않다는 점에서 이 사건 대출한도 제한에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 명령에 위임하는 것은 어느 정도 불가피한 면이 있음을 인정할 수 있다.

2) 법률에서 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 범죄의 구성요건을 구체적으로 정하고 있는가?

가) 신용협동조합법 제42조에서는 “조합은 동일인에 대하여 금융감독위원회가 정하는 기준에 따라 중앙회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 조합의 자기자본의 100분의 20 또는 자산총액의 100분의 1 중 큰 금액의 범위 안에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출 등을 할 수 없다.”고 규정하고 있으므로, 법률에서 ‘……의 범위 안에서’ 식으로 대강의 기준을 정한 다음 대출한도의 구체적 범위를 대통령령으로 위임하는 것이 입법기술상으로 불가능하지는 않다.

그러나 대출의 한도에 대하여 법률에서 대강의 한도를 마련하는 것이 처벌 구성요건에 대한 수범자의 예측가능성을 보장한다는 측면에서 그리 큰 의미가 있다고 보기 어렵다. 왜냐하면 법률에서 마련한 대강의 기준이 시행령에서 정해질 기준에 비하여 지나치게 좁은 범위라면 대출의 한도를 사회적·경제적 상황에 따라 탄력적으로 정하기 위하여 하위법령에 위임하는 취지가 몰각되므로 현실적으로는 범위를 넓게 정할 수밖에 없는데(별지 참조), 이와 같은 대강의 기준만으로는 수범자가 시행령을 보지 않고서는 구성요건의 구체적

내용을 알 수 없기 때문이다.

더구나 이 사건 새마을금고의 경우 은행법상의 금융기관과 달리 지역주민의 협동조직으로서의 성격에서 출발한 것으로서, 현재 전국적으로 약 1,700여 개의 개별 새마을금고는 각 지역마다 그 규모 및 재정상황이 각양각색이다. 따라서 새마을금고의 대출한도에 관하여 다양한 새마을금고의 사회적·경제적 상황에 따라 탄력적으로 정할 수 있도록 정책적 판단의 여지를 극대화할 필요성이 있다.

나) 앞에서 본 바와 같이 새마을금고는 공익적 성격이 강하며, 새마을금고의 사업에는 신용사업 외에도 문화복지후생사업, 회원에 대한 교육사업 및 지역개발사업이 있고, 이들 사업은 금고의 출자금총액과 적립금합계액의 100분의 30을 초과하지 아니하는 범위 안에서 정관으로 정한다(법 제26조 제1항 제2호 내지 제4호, 제2항). 또한 새마을금고는 금융기관은 아니나, 비회원에 대한 신용사업을 행하는 범위 내에서는 금융기관으로서의 성격을 가지는데, 금융기관의 대출한도는 대개 자기자본의 일정비율에서 정해진다(별지 참조). 따라서 이와 같은 내용을 종합하면, 새마을금고가 동일인에 대한 대출을 함에 있어서는 새마을금고의 자기자본(출자금총액과 적립금합계액)의 일정 비율의 제한이 있음을 예측할 수 있다.

더구나 이 사건 법률조항의 수범자는 “금고 또는 연합회의 임·직원 또는 청산인”으로서, 새마을금고의 업무를 직접 담당하고 있는 자이거나, 업무에 대해 상당한 정도의 지식을 가진 자로서 업무와 밀접한 관련을 가진 자라고 할 것이고, 따라서 새마을금고의 동일인에 대한 대출한도는 다른 금융기관과 마찬가지로 새마을금고의 ‘자기자본의 일정 비율’이 될 것임은 충분히 예측할 수 있다고 할 것이다(법 제31조 참조). 따라서 이렇게 제한된 수범자의 특성을 아울러 고려한다면 법률에서 요구되는 명확성, 구체성의 정도는 일반 국민을 대상으로 하는 처벌법률에 비하여 완화된다고 볼 것이고, 이러한 점에서도 이 사건 법률조항이 수범자들로 하여금 처벌대상행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 포괄적이라고 할 수 없다.

(다) 소 결

그러므로 법 제26조 제3항에서 “대출의 한도”라는 구체적 범위를 정하여 이를 대통령으로 정하도록 위임하면서 그 상한을 정하지 않았다고 하더라도, 대출한도에 관한 제한의 필요성 및 일정정도의 위임의 불가피성이라는 측면, 그리고 수범자의 예측가능성이라는 측면에서 보아 위임입법의 한계를 벗어난

것이라고 할 수 없다.

4. 결 론

이상과 같은 이유에서 이 사건 법률 조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 김영일의 아래와 같은 반대의견을 제외한 나머지 관여재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 김영일의 반대의견

다수의견은 심판의 대상 중 이 사건 시행령에 대하여는 각하결정을 하면서 이 사건 법률조항은 포괄위임법금지 내지 죄형법정주의의 원칙에 위배되지 아니한다고 하는 합헌결정을 하였다. 그러나 이러한 다수의견은 청구인의 범죄사실에 적용될 형벌조항의 구성요건부분이 헌법에 위반되는지 여부가 쟁점인 이 사건에서 그 구성요건규정을 제대로 판단한 것으로 볼 수 없으며, 나는 법 제26조 제3항의 규정에 의한 명령 중 ‘대출의 한도’에 관한 명령인 이 사건 시행령조항은 모법의 위임범위를 초과하여 시행령에서 독자적으로 감독기관의 승인사항을 정한 것이므로 직접 규범통제의 대상으로 삼아야 한다는 견해를 가지고 있으므로 다음과 같이 다수의견에 반대한다.

가. 이 사건 심판의 대상

이 사건 법률조항은 금고 또는 연합회의 임직원이 금고 또는 연합회로 하여금 법 제26조 제3항의 규정에 의한 명령에 위반하게 한 때에 형사처벌을 규정하는 조항이며, 법 제26조 제3항에서는 새마을금고의 대출한도 등 신용사업과 관련된 다양한 규율대상에 관하여 구체적인 내용을 시행령으로 규정할 것을 위임하고 있다.

따라서 위 조항들을 종합하면 이 사건 법률조항에서 처벌사항으로 정하여 금지하고자 하는 실질은, 금고 또는 연합회의 임직원이 동일인에 대하여 ‘대통령령으로 정하는 대출한도를 초과하여 대출을 하는 것’이라고 할 것이다. 그런데 법 제26조 제3항의 규정만 보아서는 처벌조항을 통하여 금지하고자 하는 실질을 알 수 없고, 시행령 조항을 보아야만 알 수 있으므로, 이 사건 법률조항 중 ‘법 제26조 제3항에 의한 명령’부분과 이 사건 시행령조항은 서로 결합하여 단일한 형벌조항의 구성요건부분을 이루고 있는 것으로 이해된다.

이와 같이 하나의 구성요건을 법률조항과 시행령조항에서 나누어 규정한 경우에 그러한 구성요건규정을 판단함에는 그 법률조항과 시행령조항을 전부 판단하여야 하며, 그 일부조항만을 판단하여서는 그 구성요건규정내용을 제대로 판단한 것이라 볼 수 없다. 따라서 법률조항과 병렬적으로 결합하여 새

로운 범죄구성요건을 창설한 이 사건 시행령조항은 그러한 한도에서 직접 규범통제의 대상으로 삼아야 하며, 이 경우 당해 시행령조항에 대한 위헌여부의 판단을 불가피하게 겸하게 된 것으로 헌법재판소의 위헌법률심사권의 범위를 넘는 판단으로 볼 수는 없는 것이다.

또한 이 사건에서 청구인이 당해법원에 위헌제청신청을 할 당시부터 이 사건 시행령조항의 위헌성을 주장하고 있고, 당해 법원도 위헌제청신청기각결정(이유¹⁾)에서 이 사건 시행령조항부분에 대해서도 판단을 한 것으로 볼 수 있는 이상, 다수의견과 같이 이 사건 시행령조항이 법률조항이 아니라는 이유로 각하결정을 하는 것은 지나치게 형식적인 판단이라고 아니할 수 없다.

그러므로 이 사건 시행령조항에 대하여 각하결정을 할 것이 아니라, 본안심판의 대상에 포함시켜 판단을 하여야 하며, 이 사건 시행령에 ‘대출의 한도’에 관한 내용의 규정을 위입하고 있는 법 제26조 제3항이 정당하고 적법하게 입법권을 위입하였다고 하더라도 이 사건 시행령조항이 위헌이라면, 헌법재판소로서는 그 판단을 하는 것이 청구인의 헌법소원에 대한 답을 제대로 하는 것이 된다.

이하에서는 이 사건 법률조항의 포괄위입법금지의 원칙 위배 여부 및 이 사건 시행령조항이 위입의 범위를 일탈하여 위법·위헌인지 여부에 대하여 본다.

나. 이 사건 법률조항이 처벌법규의 위입의 한계를 준수하였는지 여부

(1) 우리 헌법은 제12조 제1항 후단과 제13조 제1항 전단에서 죄형법정주의의 원칙을 천명하고 있는데, 죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및

1) “법 제26조 제3항은 새마을금고가 대출을 할 때에는 공익적 요청에 의하여 그 대출에 한도가 있다는 점을 명시적으로 규정한 것이고, 그 한도의 구체적인 범위는 그때 그때의 사정에 따라 유동적인 금융시장의 변화에 효과적으로 대처하기 위하여 이를 시행령에 위입한 것이며, 이에 따라 그 시행령 제23조에서는 원칙적으로 대출한도는 당해 금고의 출자금총액과 적립금의 합계액의 10분의 1을 초과할 수 없다고 구체적으로 이를 규정하면서, 다만, 예외적으로 연합회장의 승인이 있는 경우에는 위 한도를 초과하여 대출할 수 있도록 하였는바, 위 각 규정의 취지와 내용 및 그 밖의 위 법에서 감독기관인 새마을금고 연합회장의 승인사항으로 규정된 다른 조항에서의 규정내용과 비교해 볼 때, 이는 각 규정의 내용이 모두 명백하고 적법하게 위입받은 범위 내에서 위입입법이 이루어졌으므로, 청구인이 주장하는 바와 같은 위헌적인 요소가 있다고 할 수 없다.”

국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙을 의미한다. 그런데 아무리 권력분립이나 법치주의가 민주정치의 원리라 하더라도 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없기 때문에 합리적인 이유가 있으면 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것이 허용된다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58).

헌법 제75조와 제95조는 이러한 위임입법의 근거와 그 범위 및 한계를 제시하고 있는데, 이러한 위임의 한계로서 헌법상 제시되고 있는 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구나 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 범조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니라 관련 범조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라지고(헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 71-72), 특히 형사처벌을 동반하는 처벌법규의 위임은 중대한 기본권의 침해를 가져오므로 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341; 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 323; 2000. 7. 20. 99헌가15, 판례집 12-2, 37, 46).

(2) 이 사건 법률조항은 대출의 한도 등 새마을금고의 신용사업과 관련된 내용을 규정하는 대통령령에 위반하는 행위를 처벌하는 규정이고, 대출의 한도는 법 제26조 제3항에서 이 사건 시행령에 위임하고 있으므로 처벌법규의 구성요건에 해당하는 대출한도의 위임은 그 위임입법의 한계가 엄격히 준수되어야 한다. 그런데 법 제26조 제3항은 대출의 한도를 정하는 기준이나 그 상한에 대한 아무런 언급 없이 대출의 한도를 이 사건 시행령조항에 위임하고 있기 때문에 위 규정만 가지고는 이 사건 시행령조항에 규정될 대출의 한

도에 대하여 대강이라도 예측하는 것이 불가능하고, 이것은 새마을금고법의 목적규정과 다른 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하더라도 마찬가지이다.

(3) 다수의견은 금융시장이 복잡·다양하면서도 부단히 변동되고 있음에 비추어, 금융의 절차·방법에 관한 규정도 그에 맞추어 시기적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 하나, 국회가 금융시장의 변화를 모두 예측할 수도 없고, 그러한 변화에 대응하여 그 때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 않다는 점에서, 이 사건 대출한도제한에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 명령에 위임하는 것은 어느 정도 불가피한 면이 있음을 인정할 수 있다고 한다.

그러나 다수의견도 지적하듯이 일반적으로 금융기관의 대출의 한도는 자기자본의 일정비율로 정해지고 있기 때문에 자기자본의 비율로 대출의 한도를 법률에서 정하거나 그 대강을 법률에서 정하고 시행령에 위임하여도 경제사정의 변화나 흐름에 유연하게 대처할 수 있다. 신용협동조합법 제42조에서 “조합은 동일인에 대하여 금융감독위원회가 정하는 기준에 따라 중앙회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 조합의 자기자본의 100분의 20 또는 자산총액의 100분의 1 중 큰 금액의 범위 안에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출 등을 할 수 없다.”고 규정하고 있는 바와 같이 은행법을 비롯한 여타의 법률을 보면, 법률 자체에서 동일인에 대한 대출한도를 정하고 있거나, 법률이 대출한도의 대강의 기준을 정한 다음 그 범위 내에서 구체적인 한도를 시행령에 위임하고 있다(별지 참조).

한편 이 사건 시행령조항에서 정하고 있는 대출의 한도인 출자금의 총액과 적립금의 합계액의 10%는 1982년 새마을금고법의 제정 이후 단 한 차례도 개정되지 않았다.

그렇다면 이 대출의 한도는 다수의견에서 실시하는 바와 같이 긴급한 개정의 필요성이나 입법기술상의 문제에 비추어 보더라도 대출의 한도 혹은 그 대강의 기준을 법률에서 규정하지 못할 이유를 찾아보기 어려움에도 불구하고, 법률에서 규정하여야 할 내용을 시행령에서 정하도록 위임함으로써 수법자의 예측가능성을 침해하고 죄형법정주의의 이념에 어긋나는 결과를 가져오고 있다.

(4) 그러므로 법 제26조 제3항이 대출의 한도에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 이 사건 시행령에 위임하고 있는 것은 죄형법정주

의 내지 포괄위임금지규정에 위반된다.

다. 이 사건 시행령조항의 위헌성

이 사건 시행령조항은 법 제26조 제3항의 위임 즉, ‘대출의 한도’를 정할 위임의 범위를 넘어 이 사건 법률조항에 의하여 처벌의 대상이 되는 승인사항으로서의 대출의 한도를 정함으로써 법 제26조 제3항의 위임범위를 벗어나 위임입법의 한계를 일탈한 것이다. 즉, 법 제26조 제3항은 “제1항 제1호의 신용사업에 관련되는 소요자금의 차입한도, 대출의 한도, 여유자금의 운용 및 제1항 제6호의 위탁사업의 범위, 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있는데, 이는 그 문언구조상 새마을금고의 신용사업과 관련하여 차입한도, 대출한도 기타 신용사업과 관련하여 필요한 사항들을 대통령령으로 정하라는 의미이지, 대출한도와 관련하여 필요한 사항, 예를 들어 대출한도를 넘는 초과대출이 승인사항임을 대통령령에서 정할 것을 위임한 것이라 볼 것은 아니다. 또한 감독기관의 승인사항에 대하여 승인을 얻지 아니한 경우에는 법 제66조 제2항 제1호에 의하여 처벌대상이므로, 이 사건 시행령은 독자적으로 새로운 범죄구성요건을 창설한 것이라 할 것이다.

한편 2001헌바39 사건의 별개의 한정위헌의견에서는 이 사건 시행령조항에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

『이 사건 시행령조항은 법 제26조 제3항의 위임 즉, 대출의 한도를 정할 위임의 범위를 넘어 법 제66조 제2항 제1호에 의하여 처벌의 대상이 되는 승인사항으로서의 대출의 한도를 정함으로써 법 제26조 제3항의 위임범위를 벗어나 위임입법의 한계를 일탈하였다.』²⁾

따라서 이 사건 시행령조항은 위임입법의 한계를 일탈하였을 뿐 아니라, 독자적으로 범죄의 구성요건을 정함으로써 죄형법정주의의 원칙에도 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이나, 이 사건 시행령조항이 대출한도를 넘는 대출과 관련된 금고입원 등의 징계책임, 민사책임과 관련되는 범위에서는 그 위임의 범위를 일탈하였다고 단정하기는 어렵고, 이 사건 법률조항에 의하여 처벌의 대상이 되는 범위에서 그 적용을 배제함으로써 그 위헌성을 제거할 수 있는 것이므로 그러한 범위에서 한정위헌결정을 함이 상당하다고 판단된다.

2) 그런데 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부에 관하여는, 위임규정인 법 제26조 제3항과의 관계에서만 판단해야 하므로, 이 사건 헌법소원에서 이 사건 시행령조항이 법 제26조 제3항의 범위를 벗어나 위임입법의 한계를 일탈하였다고 보아야 한다.

라. 결 론

그렇다면 이 사건의 주문은,

“1. 구 새마을금고법(1997. 12. 17. 법률 제5462호로 개정되고, 2001. 7. 24. 법률 제6493호로 개정되기 전의 것) 제66조 제2항 제6호의 ‘제26조 제3항의 규정에 의한 명령’ 중에서 ‘대출의 한도’부분은 헌법에 위반된다.

2. 새마을금고법시행령 제23조는 같은 구 새마을금고법 제66조 제2항 제6호의 ‘제26조 제3항의 규정에 의한 명령’에 포함되는 범위에서 헌법에 위반된다.”

라고 함이 옳다고 할 것이므로, 이상과 같은 이유로 다수의견의 주문과 이유에 반대하는 의견을 밝히는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종(주심) 김경일
송인준 전효숙 이상경

[별 지]

<대출한도에 관한 규정례>

상호저축은행법 제12조(동일인 등에 대한 대출 등의 한도) ① 상호저축은행은 동일인에 대하여 자기자본의 100분의 20이내에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출등을 할 수 없다.

신용협동조합법(2003. 7. 30. 법률 제6957호로 개정된 것) 제42조(동일인에 대한 대출 등의 한도) 조합은 동일인에 대하여 금융감독위원회가 정하는 기준에 따라 중앙회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 조합의 자기자본의 100분의 20 또는 자산총액의 100분의 1중 큰 금액의 범위 안에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출등을 할 수 없다. 이 경우 본인의 계산으로 다른 사람의 명의로 하여 행하는 대출 등은 이를 그 본인의 대출 등으로 본다.

제78조의2(조합이 아닌 자의 사업이용) ① 중앙회는 조합의 이용에 지장이 없는 범위 안에서 조합이 아닌 자에게 제78조 제1항 제5호 나목(조합이 제42조의 규정에 의한 동일인에 대한 대출한도로 인하여 대출하지 못하는 부분에 한한다) 및 동항 제6호의 사업을 이용하게 할 수 있다. 이 경우 제78조 제1항

제5호 나목 중 “조합”과 동항 제6호 중 “조합 및 조합원”은 “조합이 아닌 자”로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 대출을 함에 있어서 대출규모 및 동일인 대출한도 등에 대하여는 대통령령으로 정한다.

은행법 제35조(동일차주 등에 대한 신용공여의 한도) ③ 금융기관은 동일한 개인이나 법인 각각에 대하여 당해 금융기관의 자기자본의 100분의 20을 초과하는 신용공여를 할 수 없다. 다만, 제1항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 동일한 개인이나 법인 또는 동일차주 각각에 대한 금융기관의 신용공여가 당해 금융기관의 자기자본의 100분의 10을 초과하는 거액 신용공여의 총합계액은 당해 금융기관의 자기자본의 5배를 초과할 수 없다. 다만, 제1항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

장기신용은행법(2002. 12. 30. 법률 제6836호로 개정된 것) 제16조(동일인에 대한 대출한도) ① 장기신용은행은 동일인에 대하여 장기신용은행의 자기자본의 100분의 25를 초과하여 내국통화에 의한 대출을 하지 못한다.

② 대통령령이 정하는 관계에 있는 기업은 제1항의 규정의 적용에 있어서 이를 동일인으로 본다.

금융지주회사법 제45조(신용공여한도) ① 동일차주(은행법 제35조 제1항의 규정에 의한 동일차주를 말한다)에 대한 금융지주회사(다른 금융지주회사에 의하여 지배받는 금융지주회사를 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 및 자회사등(이하 이 조에서 “금융지주회사 등”이라 한다)의 신용공여의 합계액은 금융지주회사등의 자기자본의 순합계액의 100분의 25를 초과할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제44회사법시험제1차시험출제방향 및 기준에관한심의사항 취소

(2004. 8. 26. 2002헌마107 전원재판부)

【판시사항】

1. 사법시험 출제업무를 담당하는 시험위원이 문제의 유형, 문제의 내용 등 시험문제의 구체적 내용을 자유롭게 정할 수 있는지 여부(적극)
2. 사법시험관리위원회가 사법시험 제1차 시험에 정답개수형 문제를 출제하기로 한 심의·의결이 시험출제위원을 법적으로 구속하는 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 행정행위로서 시험출제업무를 담당하는 시험위원은 법령규정의 허용범위 내에서 어떠한 내용의 문제를 출제할 것인가, 어떤 유형의 문제를 출제할 것인가, 특정 문제유형을 어느 정도 출제할 것인가 등 시험문제의 구체적인 내용을 자유롭게 정할 수 있다고 할 것이다. 입법자가 사법시험 제1차 시험의 시험방법에 대하여 출제담당시험위원에게 요구하는 것은 논술형이나 면접이 아닌 선택형 또는 선택형과 일부 기입형을 요구하고 있을 뿐이고, 그 외 시험방법에 관한 구체적인 내용, 즉 시험의 난이도, 문항수, 문제유형, 출제비율, 배점비율, 시험시간, 출제범위 등은 시험위원들의 재량에 맡겨져 있다고 할 것이다.

2. 사법시험관리위원회가 정답개수형 문제를 출제하기로 한 심의·의결은 장차 시험출제의 권한을 갖고 있는 시험위원들에 대한 권고사항을 채택한 것으로 법적 효력이 없는 사실상의 내부적인 준비행위에 불과하고 설사 그 내용이 공고의 형식으로 게시되었다고 하더라도 이는 법무부장관이 행정정보의 공개차원에서 알려준 것에 불과하거나 앞으로 시험위원들에게 그와 같이 권고될 수도 있으니

그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과하다. 따라서 이 사건 심의·의결은 행정심판이나 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이거나 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항

헌법재판소법 제68조 제1항

사법시험법 제8조(시험방법) ① 제1차시험은 선택형으로 실시하는 것을 원칙으로 하되, 기업형을 혼용할 수 있다.

② 제2차시험은 논술형으로 실시한다.

③ 제3차시험은 면접시험으로 하되, 다음 각 호의 사항을 평정한다.

1. 법조인으로서의 국가관·사명감 등 윤리의식
2. 전문지식과 응용능력
3. 의사발표의 정확성과 논리성
4. 예의·품행 및 성실성
5. 창의력·의지력 그 밖의 발전가능성

사법시험법 제13조(시험위원) ① 시험위원은 제1차·제2차 및 제3차시험의 시험위원으로 구분하여 시험 때마다 법무부장관이 임명 또는 위촉하되, 그 수는 대통령령으로 정한다.

② 시험위원은 시험의 출제와 채점을 함에 있어 특수한 학설에 치우침이 없이 주로 일반적인 법학지식에 대한 이해와 그 응용능력을 시험함에 유의하여야 한다.

사법시험법 제14조(사법시험관리위원회의 설치 및 구성) ① 시험을 실시하기 위하여 법무부에 사법시험관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장과 부위원장 2인을 포함하여 13인의 위원으로 구성하되, 위원장은 법무부장관이 되고, 부위원장은 다음에 해당하는 위원 중에서 법무부장관이 각 호별로 1인을 지명한다.

1. 법무부차관, 판사, 검사, 변호사
2. 법학교수(대학에서 법률학을 가르치는 부교수 이상의 직에 있는 자를 말한다. 이하 같다), 비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체(이하 “비영리민간단체”라 한다)에서 추천한 자, 변호사나 법학 교수가 아닌 자로서 사법시험에 관한 경험과 덕망이 있는 자

③ 위원장을 제외한 위원은 법무부장관이 임명 또는 위촉하되, 법무부차관, 판사 2인, 검사 1인, 변호사 2인, 법학교수 3인, 비영리민간단체에서 추천하는 자 1인 및 변호사나 법학교수가 아닌 자로서 사법시험에 관한 경험과 덕망이 있는 자 2인의 위원으로 구성한다.

④ 위원장을 제외한 위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 법무부차관, 판사, 검사, 법학교수의 직에 있는 자로서 위원으로 임명 또는 위촉된 자가 그 직을 사임하는 경우에는 해임

또는 해촉된 것으로 본다.

⑤ 위원장은 위원회의 업무를 통할하고 위원회를 대표한다.

⑥ 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 위원장이 지정하는 부위원장이 위원장의 직무를 대행한다.

사법시험법 제15조(위원회의 기능) 위원회는 다음 각호의 사항을 심의한다.

1. 시험문제의 출제방향 및 기준에 관한 사항
2. 채점기준 등의 결정에 관한 사항
3. 시험합격자의 결정에 관한 사항
4. 시험과목 및 시험시행방법 등의 개선에 관한 사항
5. 선발예정인원에 대한 심의의견에 관한 사항
6. 출제범위를 정하여 실시하는 시험과목과 그 출제범위의 변경에 관한 사항
7. 제1차 시험 중 다른 시험으로 대체하는 과목에 있어서의 다른 시험의 종류와 합격에 필요한 점수의 변경에 관한 사항
8. 시험 면제자의 결정에 관한 사항
9. 그 밖에 시험에 관하여 법무부장관이 부의하는 사항

사법시험법 제16조(위원회의 소집과 정족수) ① 위원회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정할 때에 이를 소집한다.

② 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 결정한다.

【당 사 자】

청 구 인 장형식

대리인 변호사 권두섭

피청구인 사법시험관리위원회

대표자 위원장 법무부장관 강금실

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2002. 1. 8. 제44회 사법시험 제1차시험의 응시원서를 접수하고 2002. 3. 1. 시행될 시험을 준비하고 있는 자이다. 피청구인(사법시험관리위원

회위원장 법무부장관)은 사법시험 제1차시험의 문제유형이 단순하고 문제수준이 낮다는 등의 문제점이 있다는 비판에 따라 2001. 9. 18. 사법시험관리위원회 제2차회의를 개최하여 문제수준 향상 및 문제유형의 다양화를 추진하기로 하되 수험생들의 혼란방지를 위하여 새로운 문제유형의 출제비율을 최소화하기로 하는 내용의 '제44회 사법시험 제1차시험의 출제방향 및 기준'을 심의하고 의결하였는바, 그 내용인 즉, 제1차시험의 문제유형은

— 법학과목의 경우 정답조합형·정답개수형 등 새로운 문제유형 10%~15% 출제.

— 단, 어학과목은 현행 문제유형(단순택일형) 유지

등을 정하고 2001. 9. 19.경 법무부 인터넷 홈페이지에 그 내용을 게시하였다.

이에 청구인은 정답개수형 문제는 수험생 간에 변별력을 가릴 수 없어 사법시험을 운에 맡기는 것이어서 청구인의 평등권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등을 침해한다는 이유로 사법시험관리위원회의 위 심의사항 중 '정답개수형 문제유형의 채택심의'를 취소해 달라고 2002. 2. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 사법시험관리위원회가 2001. 9. 18. 제2차 회의에서 확정된 제44회 사법시험 제1차 시험의 출제방향 및 기준에 관한 심의사항 중 '정답개수형 문제유형의 채택에 관한 심의·의결'(이하 '이 사건 심의·의결'이라고 한다)의 위헌여부이고 관련법령은 다음과 같다.

[관련법령]

제8조(시험방법) ① 제1차시험은 선택형으로 실시하는 것을 원칙으로 하되, 기입형을 혼용할 수 있다.

② 제2차시험은 논술형으로 실시한다.

③ 제3차시험은 면접시험으로 하되, 다음 각 호의 사항을 평정한다.

1. 내지 5. 생략

제13조(시험위원) ① 시험위원은 제1차·제2차 및 제3차시험의 시험위원으로 구분하여 시험때마다 법무부장관이 임명 또는 위촉하되, 그 수는 대통령령으로 정한다.

② 시험위원은 시험의 출제와 채점을 함에 있어 특수한 학설에 치우침이 없이 주로 일반적인 법학지식에 대한 이해와 그 응용능력을 시험함에 유의하

여야 한다.

제14조(사법시험관리위원회의 설치 및 구성) ① 시험을 실시하기 위하여 법무부에 사법시험관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 위원장과 부위원장 2인을 포함하여 13인의 위원으로 구성하되, 위원장은 법무부장관이 되고, 부위원장은 다음에 해당하는 위원 중에서 법무부장관이 각 호별로 1인을 지명한다.

1. 법무부차관, 판사, 검사, 변호사

2. 법학교수(대학에서 법률학을 가르치는 부교수 이상의 직에 있는 자를 말한다. 이하 같다), 비영리민간단체지원법 제2조의 규정에 의한 비영리민간단체(이하 “비영리민간단체”라 한다)에서 추천한 자, 변호사나 법학교수가 아닌 자로서 사법시험에 관한 경험과 덕망이 있는 자

③ 위원장을 제외한 위원은 법무부장관이 임명 또는 위촉하되, 법무부차관, 판사 2인, 검사 1인, 변호사 2인, 법학교수 3인, 비영리민간단체에서 추천하는 자 1인 및 변호사나 법학교수가 아닌 자로서 사법시험에 관한 경험과 덕망이 있는 자 2인의 위원으로 구성한다.

④ 위원장을 제외한 위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 법무부차관, 판사, 검사, 법학교수의 직에 있는 자로서 위원으로 임명 또는 위촉된 자가 그 직을 사임하는 경우에는 해임 또는 해촉된 것으로 본다.

⑤ 위원장은 위원회의 업무를 통할하고 위원회를 대표한다.

⑥ 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 위원장이 지정하는 부위원장이 위원장의 직무를 대행한다.

제15조(위원회의 기능) 위원회는 다음 각호의 사항을 심의한다.

1. 시험문제의 출제방향 및 기준에 관한 사항

2. 채점기준 등의 결정에 관한 사항

3. 시험합격자의 결정에 관한 사항

4. 시험과목 및 시험시행방법 등의 개선에 관한 사항

5. 선발예정인원에 대한 심의의견에 관한 사항

6. 출제범위를 정하여 실시하는 시험과목과 그 출제범위의 변경에 관한 사항

7. 제1차 시험중 다른 시험으로 대체하는 과목에 있어서의 다른 시험의 종류와 합격에 필요한 점수의 변경에 관한 사항

8. 시험 면제자의 결정에 관한 사항

9. 그 밖에 시험에 관하여 법무부장관이 부의하는 사항 [시행일 2002. 1. 1.] 제16조(위원회의 소집과 정족수) ① 위원회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정할 때에 이를 소집한다.

② 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장 요지

(1) 적법요건에 대하여

(가) 이 사건 심의·의결은 사법시험법의 직접적인 위임(동법 제15조, 제16조)에 따라 수임기관인 사법시험관리위원회가 사법시험법을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것으로서 사법시험법과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 이른바 규범구체화 행정규칙 내지 행정규칙의 형식을 갖는 법규명령에 해당하고, 시험출제 업무에 있어서 시험위원은 법령규정의 허용범위 내에서 재량권을 가지므로 이 사건 심의·의결은 시험위원을 구속한다고 할 것이므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사이다.

(나) 가사 이 사건 심의·의결이 사실상의 준비행위로서 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 하더라도 그 내용이 국민의 기본권에 직접 영향을 끼치는 내용이고 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상되어 그로 인하여 직접적으로 기본권 침해를 받게되는 청구인에게는 사실상의 규범작용으로 인한 위헌성이 이미 발생하였다고 보아야 하고 이 경우 헌법소원 외에 달리 구제방법이 없다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 판례집 4, 659, 668).

(다) 이 사건 심의·의결이 내부적 효력을 갖는 행정규칙 내지 행정계획안 일지라도 행정행위인 시험문제출제 업무에 종사하는 시험위원은 준공무원으로서 ‘정답개수형 문제출제’라는 일의적으로 확정된 사항에 대해서는 당연히 지속된다고 할 것이므로 정답개수형 문제가 출제될 것은 틀림없이 예상되는바, 헌법소원의 대상이 된다.

(2) 본안에 대하여

(가) 사법시험관리위원회가 채택하기로 심의한 정답개수형 문제는 옳은 것 또는 틀린 것의 개수만을 묻기 때문에 문제의 지문을 모두 정확히 아는 수험생, 지문 중 두 개를 모르는 수험생, 나아가 지문 중 네 개를 모르는 수험생 등이 같은 점수를 받을 수 있어 각각 달리 점수를 줘야 할 수험생들에게 같은

점수를 줌으로써 수험생들 사이에서 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 취급해야 함에도 “다른 것을 같게” 취급하게 되어 헌법 제11조 제1항이 보장하고 있는 청구인의 평등권을 침해한다.

(나) 이와 같은 변별력 없는 정답개수형 문제가 사법시험 제1차 시험에 출제됨으로써 청구인의 당락에 영향을 미칠 경우 범조인이 되고자 하는 청구인의 직업선택의 자유를 정당한 이유없이 제한하는 것이어서 헌법 제15조에 위반될 뿐만 아니라 변별력 없는 문제로 인해 청구인의 운명이 실력보다는 운(運)에 맡겨지게 되어 청구인의 미래에 대한 자기결정권이 침해되어 헌법 제10조에 위반된다.

나. 피청구인의 답변 요지

(가) 사법시험법의 제규정, 이 사건 심의·의결의 내용 및 그 내용이 게시된 경위 등에 비추어 볼 때 이 사건 심의·의결은 제44회 사법시험의 출제방향과 기준을 내부적으로 정한 것이고 일종의 대외적 효력이 없는 행정규칙 내지 행정계획안의 성격을 갖는 것으로서 제44회 사법시험에 대비한 사실상의 준비행위에 불과하여 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 공권력의 행사에 해당하지 아니한다.

(나) 이 사건 심의·의결의 내용은 ‘새로운 유형의 문제를 출제하겠다’는 것이지 ‘정답개수형 문제를 출제하겠다’는 것은 아니고 새로운 유형의 문제로서 정답개수형 문제를 출제할 것인지 여부는 전적으로 시험위원의 재량사항이다. 그렇다면 이 사건 심판청구 당시 장래에 정답개수형 문제의 출제가 확실히 예상된다고 할 수 없으므로 본 건 심판청구는 현재성 요건을 결하였다.

(다) 정답개수형 문제가 출제되어 청구인의 기본권이 침해된다고 하더라도 이는 ‘시험위원의 출제행위’라는 별개의 집행행위에 의하여 이루어지는 것이고 이 사건 심의·의결이 직접적으로 청구인의 기본권을 침해하는 것은 아니므로 기본권 침해의 직접성 요건을 결하였다.

(라) 헌법소원제도는 국민의 기본권 침해를 구제하기 위한 제도이므로 청구인에게 권리보호이익이 있어야 한다. 그런데 청구인은 이 사건 심판 계속 중이던 2002. 3. 1. 제44회 사법시험 제1차시험에 응시하였고 위 시험에서는 정답개수형 문제가 출제되지 않았는바, 그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구의 주관적 목적은 이미 달성되었다고 할 것이므로 이 사건 심판청구는 권리보호의 이익을 결여하여 부적법하다.

(마) 피청구인은 1999. 9. 19. 이 사건 심의·의결을 법무부 인터넷 홈페이지

지 ‘알림마당’ 코너에 게시하였고 이후 청구인은 2001. 9. 25. 피청구인에게 “정답개수형 문제는 변별력이 없다”는 취지의 민원을 제기하였다. 그렇다면 청구인은 적어도 2001. 9. 25.경에는 이 사건 심의·의결에 의한 청구인의 기본권 침해의 사실관계를 특정할 수 있을 정도로 인식하였다고 할 것인바, 이때로부터 90일이 훨씬 경과한 2002. 2. 7.에서야 제기한 이 사건 심판청구는 청구기간을 도과하여 부적법하다.

3. 판 단

이 사건 사법시험관리위원회의 ‘사법시험출제방향 및 기준에 관한 심의·의결’이 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사인지 여부에 대하여 본다.

사법시험법은 법무부장관을 시험의 관장·실시기관으로 규정하고 시험일시·시험장소·시험방법·시험과목·응시자격·선발예정인원 및 출원절차 등 시험의 실시계획을 공고하도록(법 제3조) 하는 한편, 법무부에 사법시험관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 두고 시험문제의 출제방향 및 기준에 관한 사항, 채점기준 등의 결정에 관한 사항, 시험합격자의 결정에 관한 사항, 시험과목 및 시험시행방법 등의 개선에 관한 사항, 선발예정인원에 대한 심의의견에 관한 사항 등을 심의하도록 하고 있다. 그러나 위 심의사항을 위원회의 전권의결사항으로 규정하지 않고 위원회의 심의·의결(사항)이 법무부장관이나 시험위원을 구속한다는 규정을 두고 있는바, 입법자는 사법시험관리위원회를 사법시험의 관장·실시기관인 법무부장관의 자문기관으로, 위원회의 심의·의결을 자문기관의 의결 정도로 성격짓고 있다고 할 것이다.

한편 사법시험 제1차 시험에 관하여 사법시험법은 법무부장관이 임명 또는 위촉하는 시험위원이 출제하고 시험위원은 시험을 출제함에 있어 특수한 학설에 치우침이 없이 주로 일반적인 법학지식에 대한 이해와 그 응용능력을 시험함에 유의하여야 한다고 규정하고(제13조), 특히 시험방법과 관련하여서는 선택형으로 실시하는 것을 원칙으로 하되 기입형을 혼용할 수 있다(제8조 제1항)고 규정하고 있을 뿐, 제1차 시험의 시험방법과 관련하여 사법시험법, 동법 시행령 및 시행규칙에 아무런 제한을 두고 있지 않다.

따라서 행정행위로서 시험출제업무를 담당하는 시험위원은 법령규정의 허용범위 내에서 어떠한 내용의 문제를 출제할 것인가, 어떤 유형의 문제를 출제할 것인가, 특정 문제유형을 어느 정도 출제할 것인가 등 시험문제의 구체적인 내용을 자유롭게 정할 수 있다고 할 것이다.

종합해 보면, 입법자가 사법시험 제1차 시험의 시험방법에 대하여 출제담당시험위원회에 요구하는 것은 논술형이나 면접이 아닌 선택형 또는 선택형과 일부 기입형을 요구하고 있을 뿐이고, 그 외 시험방법에 관한 구체적인 내용, 즉 시험의 난이도, 문항수, 문제유형, 출제비율, 배점비율, 시험시간, 출제범위 등(이하 '문제유형 등'이라고 한다)은 시험위원들의 재량에 맡겨져 있다고 할 것이다.

그 결과, 시험방법에 관한 구체적인 내용이 시험관리위원회에 의하여 심의·의결된다고 하더라도 그것은 시험주관기관 내부의 시험출제를 위한 사전준비행위 내지 사실행위에 불과하고 시험주관기관인 법무부장관을 구속하거나 시험위원을 구속하는 것도 아니다. 또한 그것이 대외적으로 공표되었다고 하더라도 그 자체로 국민의 기본권에 어떤 영향을 미치는 공권력의 행사라고 할 수 없다.

가사 사법시험위원회가 문제유형 등을 심의·의결하고 법무부장관이 시험위원들에게 이를 제시하여 준수할 것을 요구한다고 하더라도 이는 시험을 관장·실시하는 법무부장관의 시험위원들에 대한 참고 내지 고려해 달라는 권고로서 행정상의 내부적 사실행위에 불과하지 법적 구속력이 있다고 할 수 없고(시험위원들이 따르지 않더라도 시험출제행위의 법률상 효력에는 아무런 영향이 없다고 할 것이다) 나아가 시험위원들이 법무부장관이 제시한 기준에 따라 시험을 출제한다고 하더라도 이는 시험위원들이 시험문제출제라는 행정행위에 대한 재량권을 행사한 결과이지 이 사건 심의·의결이 시험위원을 구속하는 법적 효력에 근거한 것이거나 법령에 의해서 뒷받침된 결과로 볼 수 없다.

그렇다면, 사법시험관리위원회가 정답개수형 문제를 출제하기로 한 심의·의결은 장차 시험출제의 권한을 갖고 있는 시험위원들에 대한 권고사항을 채택한 것으로 법적 효력이 없는 사실상의 내부적인 준비행위에 불과하고 설사 그 내용이 공고의 형식으로 게시되었다고 하더라도 이는 법무부장관이 행정정보의 공개차원에서 알려준 것에 불과하거나 앞으로 시험위원들에게 그와 같이 권고될 수도 있으니 그에 대비하라는 일종의 사전안내에 불과한바, 이 사건 심의·의결은 행정심판이나 행정쟁송의 대상이 될 수 있는 행정처분이나 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심의·의결은 헌법소원심판청구의 대상이 되는 공권력의

행사가 아니어서 이 사건 심판청구는 부적법하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
전호숙 이상경(주심)

평생교육법 제20조 제2항 위헌확인 등

(2004. 8. 26. 2003헌마337 전원재판부)

【판시사항】

1. 학력인정학교 형태의 평생교육시설(이하 ‘학력인정시설’이라 한다)의 설치자에게 교사 및 교지를 소유할 의무를 부과하는 것이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 학력인정시설의 지정기준을 대통령령에 위임하고 있는 평생교육법 제20조 제2항 및 제3항이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 구 사회교육법령에 의해 교지·교사를 임대하여 학력인정시설을 지정받은 설치자에 대하여는 설치자 변경신청의 경우에도 종전의 시설기준이 적용되도록 규정하여야 함에도 이러한 입법을 하지 않은 부진정입법부작위가 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 평생교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제20조 제2항 및 제3항, 같은법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16750호로 전문개정된 것) 제10조 제1항, 고등학교이하각급 학교설립·운영규정(1997. 9. 23. 대통령령 제15483호로 제정된 것) 제7조(이하 총칭하여 ‘이 사건 소유요건규정’이라 한다)의 입법취지는 교육시설의 부실 또는 교육환경의 불안정을 방지하고 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하는데 있는바, 그 입법목적의 정당성이 인정되며, 학력인정시설의 설치자로 하여금 교사·교지에 대한 소유의무를 부과하는 것은 위 입법목적으로 달성하기 위한 적절한 방법이다. 그리고 이 사건 소유요건규정을 충족하지 못한 청구인이 직업선택의 자유를 제한받게 된다 하더라도, 이는 교육시설의 부실을 방지하여 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하고 궁극적으로 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현한다는 공동체

이익을 능가할 정도로 심각하다고 보이지 아니하므로 법익의 균형성도 구비되어 있다고 볼 것이다. 따라서 이 사건 소유요건규정은 과잉금지원칙에 위배하여 직업선택의 자유를 제한한다고 볼 수 없다.

2. 학력인정시설은 정규 학교교육을 받지 못한 사람들에게 각급 학교에 준하는 교육을 제공하고 그 교육과정을 이수한 때에는 그에 상응하는 학력을 부여하는데 목적이 있으므로, 법 제20조 제2항 및 제3항에서 대통령령에 위임하고 있는 학력인정시설의 지정기준과 관련하여 중·고등학교졸업 이하의 학력이 인정되는 학교형태의 평생교육시설로 지정받기 위해서는 초·중등교육법 및 사립학교법에 의하여 설립되는 중·고등학교에 준하는 설립·운영기준이 적용될 것임은 충분히 예측할 수 있다. 따라서 위 규정은 위임입법의 명확성을 구비하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

3. 설치자가 구 사회교육법령에 의하여 교사·교지를 임대하여 학력인정시설을 지정받았으나 그 설치자변경시에는 이 사건 소유요건규정을 적용하여 새로운 설치자에 대하여 교사·교지를 소유할 의무를 부과하더라도 이는 신뢰보호원칙에 위반되지 않으므로, 구 사회교육법령에 의하여 교사·교지를 임대한 학력인정시설의 설치자 변경시에 이 사건 소유요건규정의 적용을 배제하는 경과규정을 두어야 할 헌법상 또는 법률상 의무를 인정하기 어렵다. 따라서 이러한 경과규정을 두지 않은 부진정입법부작위가 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 반대의견

법 제20조 제2항 및 제3항은 학력인정시설의 지정기준·절차 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하면서, 그 자체로 위임의 구체적인 기준이나 범위를 한정하고 있지 아니하여 위 규정의 문언 자체로 볼 때 어떠한 범위에서 무엇을 기준으로 학력인정시설의 지정기준을 정할 것인지를 법률에서는 전혀 제시하지 아니하고 있다. 그리고 평생교육법에 의한 학력인정시설에 대하여 학력인정을 이유로 반드시 중·고등학교와 동일한 정도의 설립기준이 적용되어야 한다는 논리가 필연적으로 성립되는 것은 아니며, 평생교육법 관련조항을 유기

적·체계적으로 살펴보아도 대통령령에 위임되고 있는 학력인정시설의 지정기준의 대강을 짐작할 수 있게 하는 아무런 단서를 찾아볼 수 없다.

【심판대상조문】

평생교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 전문개정된 것) 제20조(학교형태의 평생교육 시설) ① 생략

② 교육감은 제1항의 규정에 의한 학교형태의 평생교육시설 중 일정기준 이상의 요건을 갖춘 평생교육시설에 대하여는 이를 고등학교졸업 이하의 학력이 인정되는 시설로 지정할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의한 학력인정시설의 지정기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 생략

평생교육법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16750호로 전문개정된 것) 제10조(학력인정 시설의 지정기준) ① 법 제20조 제2항 및 동조 제3항의 규정에 의한 학력인정시설의 지정기준은 제2항 내지 제5항에서 정한 경우를 제외하고는 다음 각 호의 사항이 각각 중학교 또는 고등학교에 준하는 각종학교의 설립·운영기준과 동등 이상이 되는 것으로 한다.

1. 수업연한·학기·수업일수 및 수업시간수
2. 교육과정
3. 학생정원·학급수 및 학급편성
4. 입학자격
5. 교원자격·정원
6. 수료·졸업
7. 시설·설비
8. 교과서·교재

②~⑤ 생략

고등학교이하각급학교설립·운영규정(1997. 9. 23. 대통령령 제15483호로 제정된 것) 제7조(사립학교 교사 및 교지의 소유주체 등) 사립의 각급학교의 교사 및 교지는 당해 학교를 설립·경영하는 자(이하 “설립주체”라 한다)의 소유이어야 하며, 교지안에는 설립주체의 자가 소유하는 건축물을 둘 수 없다.

고등학교이하각급학교설립·운영규정(1997. 9. 23. 대통령령 제15483호로 제정된 것) 부칙 제3조(기존의 학교법인 및 각급학교 등에 관한 경과조치) ① 이 영 시행당시 설립된 학교법인 및 각급학교와 종전의 설립인가기준에 의하여 학교설립계획승인을 얻고 학교설립인가를 받지 아니한 설립주체에 대하여는 이 영의 규정을 적용하되, 이 영에 의한 기준 중 교지·교사 및 수익용기본재산에 관하여는 종전의 학교시설·설비기준령 및 학교법인의 학교경영재산기준령이 정하는 바에 의한다.

② 이 영 시행당시의 학교법인 또는 각급학교의 시설·설비 등(제1항 단서의 규정에 의

한 교지·교사 및 수익용기본재산을 제외한다)이 이 영에 의한 기준에 미달되는 때에는 이 영 시행일부터 5년 이내에 이 영의 기준에 적합하도록 보완하여야 한다.

【참조조문】

헌법 제13조 제2항, 제15조, 제75조

헌법재판소법 제68조 제1항

구 사회교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호 평생교육법으로 전문개정되기 전의 것) 제10조(이수자의 학력 등 인정) ① 생략

② 대통령이 정하는 사회교육과정을 이수한 자에 대하여는 대통령이 정하는 바에 의하여 그에 상응한 학교를 졸업한 자와 동등 이상의 학력이 있는 것으로 인정할 수 있다.

구 사회교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호 평생교육법으로 전문개정되기 전의 것) 제21조 ① 사회교육시설을 설치하고자 하는 자는 대통령이 정하는 바에 의하여 그 목적을 실현하기 위하여 필요한 시설·설비를 갖추어야 한다.

② 제1항에 의한 사회교육시설의 설치자는 대통령이 정하는 바에 의하여 관할시·도교육위원회에 등록하여야 한다.

③ 사회교육시설의 설치자가 그 시설을 폐쇄하고자 할 때에는 대통령이 정하는 바에 의하여 관할시·도교육위원회에 신고하여야 한다.

구 사회교육법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16750호 평생교육법시행령으로 전문개정되기 전의 것) 제7조(사회교육이수자의 학력인정) ① 중학교 또는 고등학교를 졸업하지 아니한 자로서 교육부장관이 지정하는 사회교육시설에서 중학교 또는 고등학교 교육과정에 상응하는 교육과정을 이수한 자에 대하여는 그에 상응하는 학교를 졸업한 자와 동등한 학력을 인정한다.

② 제1항의 규정에 의한 사회교육시설의 시설기준, 교육과정, 교원의 정수와 자격기준, 입학자격 및 시설의 운영 등에 관하여 필요한 사항은 교육법 제149조의 규정에 의한 각종 학교에 준하여 교육부장관이 정한다.

구 사회교육법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16750호 평생교육법시행령으로 전문개정되기 전의 것) 제14조(사회교육시설의 설치등록 등) ①~⑤ 생략

⑥ 사회교육시설의 설치자의 지위를 승계하고자하는 자는 제1항 제8호의 규정에 의한 서류를 갖추어 시·도교육위원회에 신고하여야 한다.

사회교육법시행규정(1995. 10. 9. 교육부 훈령 제523호로 개정된 것) 제5조(학력인정 사회교육시설의 지정사항 변경) 학력 인정 사회교육시설의 지정을 받은 자가 …… 설립자를 변경하고자 할 때에는 학력인정 사회교육시설 지정사항 변경신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 시·도 교육감에게 신청하여 승인을 받아야 한다.

3. 설립자를 변경하고자 할 경우에는 인수계약서, ……

사회교육법시행규정(1995. 10. 9. 교육부 훈령 제523호로 개정된 것) 제14조(사회교육시설의 설치등록 등) ② 영 제14조 제3항의 규정에 의하여 등록신청을 하고자 하는 자는 사회교육시설등록신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 신청하여야 한다.

3. 사회교육시설의 재산이 다른 사람의 소유인 경우에는 그 재산의 사용에 관한 전세 또는 임대차계약서 사본 및 소유주의 인감증명서
- ⑤ 영 제14조 제6항의 규정에 의하여 사회교육시설의 설치자의 지위를 승계하고자 하는 자는 사회교육시설설치자지위승계서에 제10조 제3호의 서류를 첨부하여 시·도교육감에 신고하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 268, 277
2. 헌재 1995. 11. 30. 93헌마32, 판례집 7-2, 141, 164
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164
헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11

【당 사 자】

청 구 인 김선필
대리인 변호사 이영모
피청구인 대구광역시 교육감

【주 문】

1. 피청구인의 2003. 5. 14.자 학력인정평생교육시설 설치자명의변경신청서 반려처분 및 고등학교이하각급학교설립·운영규정(1997. 9. 23. 대통령령 제 15483호로 제정된 것) 부칙 제3조 제2항에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 윤덕기는 구 사회교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호 평생교육법으로 전문개정되기 전의 것, 이하 ‘구 사회교육법’이라 한다)의 규정에 따라 등록·지정된 학력인정 사회교육시설(평생교육법에 의하여 ‘학력인정학교 형태의 평생교육시설’(이하 ‘학력인정시설’이라 한다)로 되었다)인 경진정보과학고등학교(이하 ‘이 사건 교육시설’이라 한다)의 설치자로서, 2000. 6.경 그 설치자의 지위를 청구인에게 인계하였고, 청구인은 같은 해 7. 14. 피청구인에게

그러한 내용의 설치자 명의변경신청을 하였다.

(2) 피청구인은 2000. 7. 19. 평생교육법 제20조, 같은법시행령 제10조 제1항에 의하여 준용되는 고등학교이하각급학교설립·운영규정 제7조가 이 사건 교육시설과 같은 학력인정시설의 지정기준의 하나로 그 교사 및 교지가 설치·운영자의 소유이어야 한다고 규정하고 있으므로 이 사건 교육시설의 교사 및 교지의 소유자가 아닌 청구인에 대한 설치자변경은 허용할 수 없다는 사유를 들어 위 신청서를 반려하였다.

(3) 청구인은 대구지방법원에 피청구인을 상대로 학교설치자변경신청서 반려처분취소를 구하는 소를 제기하였으며(대구지방법원 2000구7507), 대구지방법원은 2001. 7. 12. 원고승소의 판결을 선고하였다. 피청구인은 위 판결에 불복하여 대구고등법원에 항소를 제기하였으며(대구고등법원 2002누1551), 대구고등법원은 2001. 11. 9. 원심판결을 취소하고 소를 각하하는 판결을 선고하였다. 청구인은 위 판결에 불복하여 대법원에 상고를 제기하였으며(대법원 2001두9929), 대법원은 2003. 4. 11. 상고를 기각하였다.

(4) 위 소송과는 별도로 청구인은 대구지방법원에 위 윤덕기를 상대로 설립자명의변경절차이행청구소송을 제기하여(대구지방법원 2000가합24447) 2001. 9. 4. 원고승소판결을 받았으며, 위 판결은 같은 달 26. 확정되었다. 그리고 청구인은 위 대구지방법원 2000가합24447 판결에 기하여 2003. 5. 7. 다시 피청구인에게 평생교육시설 설치자명의변경신청을 하였으나, 피청구인은 같은 달 14. 위 2000. 7. 19.자 설치자명의변경신청반려처분과 같은 이유로 위 신청을 반려하였다.

(5) 이에 청구인은 위 피청구인의 2003. 5. 14.자 반려처분 및 그 처분의 근거가 된 평생교육법 제20조 제2항 등에 의해 재산권, 직업선택의 자유 등이 침해되었다고 주장하면서 2003. 5. 20. 이 사건 헌법소원심판청구를 제기하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ① 평생교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제20조 제2항, 제3항, 같은법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16750호로 전문개정된 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제10조 제1항, 고등학교이하각급학교설립·운영규정(1997. 9. 23. 대통령령 제15483호로 제정된 것, 이하 ‘학교설립규정’이라 한다) 제7조, 부칙 제3조 및 ② 피청구인의 2003. 5. 14.자 학력인정평생교육시설 설치자명의변경신청서 반려처분(이하

‘이 사건 반려처분’이라 한다)의 위헌 여부이다. 위 법률조항의 내용은 다음과 같으며, 관련조문의 내용은 별지와 같다.

평생교육법(1999. 8. 31. 법률 제6003호로 전문개정된 것)

제20조(학교형태의 평생교육시설) ① 학교형태의 평생교육시설을 설치·운영하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 시설·설비를 갖추어 교육감에게 등록하여야 한다.

② 교육감은 제1항의 규정에 의한 학교형태의 평생교육시설 중 일정기준 이상의 요건을 갖춘 평생교육시설에 대하여는 이를 고등학교졸업 이하의 학력이 인정되는 시설로 지정할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의한 학력인정시설의 지정기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 생략

평생교육법시행령(2000. 3. 13. 대통령령 제16750호로 전문개정된 것)

제10조(학력인정시설의 지정기준) ① 법 제20조 제2항 및 동조 제3항의 규정에 의한 학력인정시설의 지정기준은 제2항 내지 제5항에서 정한 경우를 제외하고는 다음 각 호의 사항이 각각 중학교 또는 고등학교에 준하는 각종학교의 설립·운영기준과 동등 이상이 되는 것으로 한다.

1. 수업연한·학기·수업일수 및 수업시간수
2. 교육과정
3. 학생정원·학급수 및 학급편성
4. 입학자격
5. 교원자격·정원
6. 수료·졸업
7. 시설·설비
8. 교과서·교재

② 제1항 제1호의 학기는 관할관청의 승인을 얻어 매학년도를 3학기로 나누어 운영할 수 있다. 이 경우 수업연한은 1년의 범위 내에서 단축할 수 있다.

③ 제1항 제5호의 교원 중 교감은 두지 아니할 수 있다.

④ 제1항 제7호의 시설·설비 중 체육장의 기준면적은 350제곱미터 이상으로 하되, 이에 상응하는 규모의 옥내 체육장으로 갈음할 수 있다. 다만, 고등학교이하각급학교설립·운영규정 제5조 제3항 제1호 또는 제2호에 해당하는 경우에는 체육장을 두지 아니할 수 있다.

⑤ 생략

고등학교이하각급학교설립·운영규정(1997. 9. 23. 대통령령 제15483호로 제정된 것) 제7조(사립학교 교사 및 교지의 소유주체 등) 사립의 각급학교의 교사 및 교지는 당해 학교를 설립·경영하는 자(이하 “설립주체”라 한다)의 소유이어야 하며, 교지안에는 설립주체 외의 자가 소유하는 건축물을 둘 수 없다.

부칙 제3조(기존의 학교법인 및 각급학교 등에 관한 경과조치) ① 이 영 시행당시 설립된 학교법인 및 각급학교와 종전의 설립인가기준에 의하여 학교설립계획승인을 얻고 학교설립인가를 받지 아니한 설립주체에 대하여는 이 영의 규정을 적용하되, 이 영에 의한 기준 중 교지·교사 및 수익용기본재산에 관하여는 종전의 학교시설·설비기준령 및 학교법인의학교경영재산기준령이 정하는 바에 의한다.

② 이 영 시행당시의 학교법인 또는 각급학교의 시설·설비 등(제1항 단서의 규정에 의한 교지·교사 및 수익용기본재산을 제외한다)이 이 영에 의한 기준에 미달되는 때에는 이 영 시행일부부터 5년 이내에 이 영의 기준에 적합하도록 보완하여야 한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

(1) 구 사회교육법령 시행당시는 학력인정시설의 설치자가 교지·교사의 소유권자가 아니라 이를 타인으로부터 임대한 경우에도 설치자 명의변경이 가능하였으나 개정 평생교육법 시행 이후에는 교지·교사의 소유권자가 아닌 청구인에게는 설치자 명의변경을 해줄 수 없다는 것이 대법원의 해석인바, 이는 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계를 벗어나서 헌법 제10조 행복추구권 속에 포함된 일반적 행동의 자유권(계약자유권), 헌법 제15조의 직업선택의 자유, 헌법 제23조 제1항의 재산권, 헌법 제119조 제1항의 경제적 자유를 침해한다.

(2) 학교설립규정 부칙 제3조는 기존의 각급학교 등이 종전대로 존속하는 경우 교사·교지에 관한 시설기준을 ‘학교시설·설비기준령’에 의한다는 것일 뿐 설치자 변경신청의 경우에만 종전의 시설기준이 적용되어야 한다는 것은 아니므로 이 경우에는 당연히 새로운 학교설립규정의 시설기준 중 설치자와 관련된 규정이 적용되어야 한다고 보는 것은, 위 부칙조항에서 종전의 이해관계자의 기본권을 보장하여야 하는데도 그와 같은 입법을 하지 아니한 부

진정입법부작위에 해당하므로 헌법에 위반된다.

그리고 개정 평생교육법이 구체적으로 위임한 바도 없는 학교설립규정 부칙 제3조에 의하여 설치자 명의변경을 불허하는 것은 헌법 제75조에 위반되며, 법 제20조 제2항 및 제3항이 위 부칙 제3조의 근거규정이란 이 포괄 위임입법금지에 위반된다.

또한 구 사회교육법령 당시 교사·교사를 임대하였던 학력인정시설의 설치자가 위 부칙 제3조로 인하여 설치자 명의변경을 할 수 없다면 이는 헌법 제13조 제2항이 규정한 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에도 위배된다.

나. 피청구인의 의견

(1) 이 사건에서 설치자변경신청서가 반려된 때인 2000. 7. 19. 청구인에 대한 기본권침해사유가 발생하였고 또한 청구인이 이를 알았다고 볼 것인데, 이 사건 심판청구는 청구기간이 도과하여 제기된 것으로서 부적법하다.

(2) 개정 평생교육법에서 학력인정시설의 교사·교지가 설립자의 소유이어야 한다는 규정을 둔 취지는 학력인정시설의 교사·교지가 설치자소유가 아닌 경우에 임대차관계의 변경·소멸로 인하여 교육시설이 부실하게 되거나 교육환경이 불안정하게 되는 것을 방지하고, 가정형편이 어렵거나 배움의 시기를 놓친 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하기 위하여 학력인정시설의 지정기준을 종전보다 강화하였다.

(3) 개정 평생교육법은 기존 학력인정시설 설치자의 권리를 원천적으로 박탈하는 것이 아니라 학교설립규정 부칙 제3조에 의하여 종전대로 학력인정시설이 존속하는 한 기존 설치자의 권리를 인정하여 운영을 계속적으로 보장하고 있다. 그리고, 개정평생교육법으로 인하여 이 사건 교육시설과 같이 교사·교지에 대한 소유권이 없는 자에 대해서는 설치자명의변경이 불가능하더라도, 이러한 제한은 위 개정법령의 입법취지를 고려해 볼 때 심히 불합리하거나 사회적 형평에 반하지 아니하는 합리적인 제한이므로 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 이 사건 반려처분에 대한 심판청구 부분

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있어서 애당초 법원의 재판관할하에 있는 사건에 대하여는 헌법소원심판을 청구할 수 없도록 하고

있다.

그런데 이 사건 반려처분은 그 내용 및 성격에 있어서 피청구인의 2000. 7. 19.자 반려처분과 동일하다고 할 수 있으며, 위 2000. 7. 19.자 반려처분에 대하여 대법원 2003. 4. 11. 선고 2001두9929 판결은 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당된다고 판시한 바 있다. 그리고 실제로 청구인은 2003. 5. 21. 대구지방법원에 이 사건 반려처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다(대구지방법원 2003구합3163). 따라서 이 사건 반려처분은 법원의 재판관할하에 있는 사건으로서 헌법소원의 대상이 아니므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 심판대상 법률조항들에 대한 심판청구 부분

(1) 기본권침해의 직접성

법령 또는 법령조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 그 법령 또는 법령조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하고, 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위를 기다리지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 129-130).

그러나 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104).

이 사건에서는 피청구인의 이 사건 반려처분이라는 구체적인 집행행위로 인해 청구인의 기본권이 침해된 것이며 법 제20조 제2항 및 제3항, 시행령 제10조 제1항, 학교설립규정 제7조에 의해 직접 침해된 것이 아니라고 볼 여지가 있다. 그러나, 법 제20조 제2항 및 제3항은 학교형태의 평생교육시설 중 일정기준 이상의 요건을 갖춘 평생교육시설을 학력인정시설로 지정할 수 있고 학력인정시설의 지정기준 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 시행령 제10조 제1항에 의하여 준용되는 학교설립규정 제7조는 사립학교의 교사·교지는 설립자의 소유이어야 한다고 규정함으로써 학력인정시설의 설치자에게 교사·교지를 소유할 의무를 부과하고 있다. 그리고 학교설립규정 부칙 제3조 제1항은 기존의 학교법인 및 각급학교 등에 관

한 경과조치를 두면서 설치자 명의변경의 경우에 대하여 학교설립규정 제7조의 적용을 배제하는 규정을 두고 있지 않다.

그렇다면 이 사건 반려처분이라는 구체적인 집행행위가 매개되어 있다고 하더라도, 이러한 집행행위를 거치지 않고서도 법 제20조 제2항 및 제3항, 시행령 제10조 제1항, 학교설립규정 제7조 및 부칙 제3조 제1항의 내용이 이미 청구인과 같은 학력인정시설의 설치자 명의변경을 하려는 자에게 법적인 의무를 부과하고 있으므로 위 법률조항들이 청구인의 기본권을 직접 침해하는 효과를 발생시킨다고 볼 수 있다.

(2) 기본권침해의 현재성·자기관련성

(가) 법 제20조 제2항 및 제3항, 시행령 제10조 제1항, 학교설립규정 제7조 및 부칙 제3조 제1항에 의하여 청구인은 이 사건 교육시설의 설치자로 명의변경을 하지 못하고 있으므로 기본권침해의 현재성 및 자기관련성을 인정할 수 있다.

(나) 학교설립규정 부칙 제3조 제2항은 이 영 시행당시의 학교법인 또는 각 급학교의 시설·설비 등(제1항 단서의 규정에 의한 교지·교사 및 수익용기본재산을 제외한다)이 이 영에 의한 기준에 미달되는 때에는 이 영 시행일부터 5년 이내에 이 영의 기준에 적합하도록 보완하여야 한다고 규정하고 있는데, 이는 종전의 규정에 의한 학력인정시설의 설치자에게 교지, 교사 및 수익용기본재산을 제외한 나머지 시설, 설비 등을 위 규정의 기준에 적합하도록 보완할 의무를 부과하는 것일 뿐이다. 따라서 이 조항은 청구인에게 적용될 규정이 아니므로 이 부분에 대한 심판청구는 자기관련성이 없어 부적법하다.

(3) 청구기간의 준수 여부

법령에 대한 헌법소원심판은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다.

이 사건에서 청구인은 2000. 7. 14. 피청구인에게 이 사건 교육시설에 대한 설치자 명의변경신청을 하였고 피청구인은 같은달 19. 법 제20조, 시행령 제10조 제1항 및 학교설립규정 제7조가 이 사건 교육시설과 같은 학력인정시설 지정기준의 하나로 그 교사 및 교지가 설치·운영자의 소유이어야 한다고 규

정하고 있으므로, 이 사건 교육시설의 교사 및 교지의 소유자가 아닌 청구인에 의한 설치자변경은 허용할 수 없다는 이유로 위 신청서를 반려한 바 있다. 따라서 일응 피청구인이 설치자변경신청서를 반려한 때인 2000. 7. 19. 청구인에 대한 기본권침해사유가 발생하였고 청구인도 그 때 이를 알았다고 볼 여지가 있다.

그러나, 청구인이 피청구인을 상대로 대구지방법원에 제기한 2000. 7. 19.자 학교설치자변경신청서반려처분취소소송에서 위 법원은 학교설립규정이 시행되기 이전에 이미 설립된 이 사건 교육시설의 설치자변경신청에 대하여는 학교설립규정 부칙 제3조 제1항에 의하여 학교설립규정 제7조가 적용될 수 없다고 하여 원고승소판결을 내린 반면, 대법원은 이러한 제1심판결과는 정반대로 설치자변경신청의 경우 학교설립규정 부칙 제3조 제1항에 의하여 학교설립규정 제7조의 적용이 배제되는 것으로 해석될 수 없고 당연히 적용되어야 하므로 피청구인의 반려처분이 정당하다는 취지로 판시하였다. 그러므로 위 대법원의 판결에 의하여 구 사회교육법령에 따라 등록·지정된 학력인정시설의 설치자변경신청시에도 설치자에 의한 교사·교지소유규정이 적용된다는 것이 확정됨으로써 비로소 청구인에 대한 기본권침해사유가 발생하였고 청구인도 이 때 알았다고 할 것이다. 이 사건 헌법소원심판청구는 위 대법원 판결의 선고일인 2003. 4. 11.로부터 90일 이내인 2003. 5. 20. 제기되었으므로 청구기간을 준수하였다.

(4) 소결론

이 사건 반려처분 및 학교설립규정 부칙 제3조 제2항에 대한 심판청구는 부적법하며, 법 제20조 제2항 및 제3항, 시행령 제10조 제1항, 학교설립규정 제7조 및 부칙 제3조 제1항에 대한 심판청구는 적법하므로 본안에 관한 판단에 나아가기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 학력인정시설의 설치기준의 변경 및 그 취지

(1) 이 사건 교육시설의 법적 성격

평생교육법은 평생교육시설의 종류를 학교형태의 평생교육시설(법 제20조), 사내대학형태의 평생교육시설(법 제21조), 원격대학형태의 평생교육시설(법 제22조), 사업장부설 평생교육시설(법 제25조), 언론기관부설 평생교육시설(법 제26조), 지식·인력개발사업관련 평생교육시설(법 제27조) 등으로 세분하여 규정하고 있다.

학교형태의 평생교육시설이라 함은 교육과정 및 시설·설비 등이 중학교 또는 고등학교와 유사한 시설로서 경제적 이유 등 개인사정으로 중·고등학교에 진학하지 못한 근로청소년, 성인 등을 대상으로 하는 평생교육시설을 말하며, 교육감에게 등록된 학교형태의 평생교육시설 중 일정 기준 이상의 요건을 갖춘 경우 중·고등학교 졸업자와 동등한 학력이 인정되는 시설로 지정된 것을 학력인정 학교형태의 평생교육시설이라 한다.

구 사회교육법에 의하여 설치된 학력인정 사회교육시설인 이 사건 교육시설은 법 제20조에 의한 학력인정 학교형태의 평생교육시설로 존속한다(법 부칙 제2조).

(2) 구 사회교육법에 의한 학력인정시설의 설치기준

구 사회교육법상 사회교육시설은 등록을 하여야 하고(구 사회교육법 제21조 제2항 및 같은법시행령 제14조), 특히 학력인정 사회교육시설의 경우 시·도교육감에게 지정신청을 하여 지정을 받도록 하였는데(구 사회교육법 제10조 제2항, 같은법시행령 제7조 제1항, 같은조 제2항, 구사회교육법시행규정 제3조 및 제4조), 그 시설의 소유와 관련하여 그 재산이 다른 사람의 소유인 경우에는 그 재산의 사용에 관한 전세 또는 임대차계약서 사본 및 소유주의 인감증명서를 첨부하도록 규정하고 있었을 뿐 그 시설이 반드시 설치자의 소유임을 요하지 아니하였다.

(3) 평생교육법에 의한 학력인정시설의 설치기준 및 그 입법취지

(가) 평생교육법에 의하면 학교형태의 평생교육시설은 교육감에게 등록하여야 하고, 또한 학력인정 학교형태의 평생교육시설은 교육감의 지정을 받아야 하는 것은 구 사회교육법과 동일하나, 시행령 제10조 제1항은 학력인정시설의 지정기준에 관하여 중학교 또는 고등학교에 준하는 각종학교의 설립·운영기준과 동등 이상이 되도록 규정하고 있다. 이에 따라 준용되는 학교설립규정 제7조에 의하면 교사 및 교지는 당해 학교를 설립·경영하는 자의 소유이어야 하고, 교지 안에는 설립주체 외의 자가 소유하는 건축물을 둘 수 없으므로 학력인정시설의 경우 교사 및 교지가 설치자의 소유이어야만 학력인정시설로의 지정이 가능하도록 변경되었다.

학력인정시설의 설치자변경신청은 ‘종전 설치자에 갈음하는 새로운 설치자에 대한 학교형태의 평생교육시설의 등록 및 학력인정시설의 지정 신청’이라는 실질을 가지고 있으므로 평생교육법하에서 학력인정시설의 설치자를 변경하기 위하여는 새로운 설치자가 그 교사 및 교지의 소유권자이어야 한다는

요건을 갖추어야 한다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2001두9929 판결).

(나) 법 제20조 제2항에 의하면 학력인정시설의 교육과정을 이수한 자는 중·고등학교 졸업자와 동등한 학력이 인정되므로 학력인정시설은 정규학교는 아니지만 가정형편이 어렵거나 배우의 시기를 놓친 학습자들에게는 사실상 이러한 정규학교와 다름없는 역할을 하고 있다. 법 제20조 제2항 및 제3항의 위임을 받은 시행령 제10조 제1항에서 학교설립규정 제7조가 준용되도록 함으로써 학력인정시설의 설치자로 하여금 교사·교지를 소유하도록 규정하고 있는 취지는 학력인정시설의 교사·교지가 설치자의 소유가 아닌 임대인 경우의 임대차관계의 변경·소멸로 인하여 학교가 폐쇄되거나 타인의 시설이기 때문에 설치자가 학생들의 쾌적한 교육환경 조성을 위한 시설비 투자를 억제하는 결과를 초래하는 등으로 교육환경이 불안정하게 되거나 교육시설이 부실하게 되는 것을 방지하여 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하는데 있다.

나. 이 사건 심판대상 법률조항들의 위헌 여부

(1) 법 제20조 제2항 및 제3항, 시행령 제10조 제1항, 학교설립규정 제7조(이하 총칭하여 ‘이 사건 소유요건규정’이라 한다)에 관한 심판청구부분

(가) 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부

1) 우리 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하여 직업의 자유를 국민의 기본권의 하나로 보장하고 있다. 그런데 이러한 직업의 자유도 헌법 제37조 제2항에 의하여 ‘국가안전보장·질서유지·공공복리’를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한할 수 있는바, 그 경우 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되거나 권리의 본질적인 내용을 침해하여서는 아니된다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 268, 277 참조).

이 사건 소유요건규정은 학력인정시설의 설치자에게 교사·교지를 소유하도록 규정하여 이러한 요건을 갖추지 못한 사람은 학력인정의 설치자가 될 수 없도록 함으로써 헌법 제15조가 보장하고 있는 직업선택의 자유를 제한하고 있는바, 이 사건 소유요건규정에 의한 직업선택의 자유의 제한이 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 살펴본다.

2) 우선 위에서 본 바와 같이 이 사건 소유요건규정의 입법취지는 학력인정시설의 교사·교지가 설치자의 소유가 아닌 경우에 임대차관계의 변경·소멸로 인하여 교육시설이 부실하게 되거나 교육환경이 불안정하게 되는 것을

방지하고 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하는데 있으므로, 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

교사·교지는 학력인정시설의 가장 기본적인 물적 시설이라고 할 수 있으며 교사·교지에 대한 지속적이고 안정적인 사용권의 확보는 학력인정시설의 존립에 관계되는 중요한 사항이라 할 것인바, 학력인정시설의 설치자로 하여금 교사·교지에 대한 소유의무를 부과하는 것은 위 입법목적으로 달성하기 위한 적절한 방법이며, 달리 침해를 최소화하면서 위와 같은 입법 목적을 달성하기에 적절한 방법을 찾기도 어렵다.

참고로 평생교육법은 평생교육시설 중 학력인정시설 이외에 전문대학 또는 대학졸업자와 동등한 학력·학위가 인정되는 사내대학형태의 평생교육시설 및 원격대학형태의 평생교육시설에 대해서도 일정기준 이상의 교사를 확보하여야 하고 이는 설치자의 소유이어야 한다는 규정을 두고 있는데(시행령 제 18조 제1항, 제32조 제1항), 이는 이 사건 소유요건규정과 동일한 취지에서 학력이 인정되는 평생교육시설의 경우에는 교육여건의 부실을 방지하여 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하는 것이 중요하기 때문이라 할 것이다.

그리고 이 사건 소유요건규정을 충족하지 못한 청구인이 학력인정시설의 설치자라는 직업을 선택할 수 없음으로써 직업선택의 자유를 제한받게 된다 하더라도, 그로 인하여 청구인이 입는 불이익은 교육시설의 부실을 방지하여 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하고 궁극적으로 국가 전체적으로 평생교육을 성공적으로 실현한다는 공동체이익을 능가할 정도로 심각하다고 보이지 아니하므로, 위와 같은 충돌하는 법익 상호간의 균형성도 구비되어 있다고 볼 것이다.

따라서 이 사건 소유요건규정은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 직업선택의 자유를 제한한다고 볼 수 없다.

3) 한편 청구인은 이 사건 소유요건규정에 의하여 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유로서의 계약의 자유 및 헌법 제119조 제1항에 의한 계약자유원칙에 위배된다고 주장하나, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 소유요건규정은 기본권제한의 한계를 준수하고 있으므로 달리 청구인의 계약의 자유를 침해한다고 보기 어렵다.

(나) 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부

1) 법 제20조 제2항 및 제3항에서 학력인정시설의 지정기준 등에 관하여

필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 한 후, 시행령 제10조 제1항과 이에 의해 준용되는 학교설립규정 제7조에서 학력인정시설의 설치자에게 교사 및 교지의 소유의무를 부과하고 있는 것이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

2) 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 141, 164).

위임의 명확성의 정도 내지 예측가능성을 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164). 특히 이러한 위임의 명확성의 요구 정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라져서, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 분야에서는 다른 분야에 비하여 상대적으로 입법위임의 명확성·구체성이 완화되어 요구된다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11 참조).

3) 법 제20조 제2항 및 제3항은 학력인정시설의 지정기준을 대통령령에 위임하면서 그 자체로 위임의 구체적 기준이나 범위를 한정하고 있지는 아니하다. 그러나 학력인정시설의 설립 및 운영과 관련하여서는 교사·교지 등을 비롯한 시설·설비에 관한 사항, 수업연한 및 수업일수 등 수업에 관한 사항, 교육과정, 학생정원 및 학급수 등 학생에 관한 사항, 교원에 관한 사항 등 다양한 내용이 규율되어야 하므로 법률보다는 행정입법에 의한 탄력적 규율이 보다 합리적이라 할 것이고, 위임의 명확성 역시 완화하여 요구할 필요가 있다.

한편 평생교육법 제2조에 의하면 평생교육은 학교교육을 제외한 모든 형태의 조직적인 교육활동을 말하는데, 그 중 학교형태의 평생교육시설은 교육과정 및 시설·설비 등이 중학교 또는 고등학교와 유사한 평생교육시설이라 할 것이다. 이러한 학교형태의 평생교육시설이 일정기준 이상의 요건을 갖춘 경우에는 중·고등학교졸업 이하의 학력이 인정되는 시설로 지정될 수 있으며, 이와 같은 학력인정 학교형태의 평생교육시설은 정규 학교교육을 받지 못한

사람들에게 각급 학교에 준하는 교육을 제공하고 그 교육과정을 이수한 때에는 그에 상응하는 학력을 부여하는데 목적이 있다.

그렇다면 법 제20조 제2항 및 제3항에서 대통령령에 위임하고 있는 학력인정시설의 지정기준과 관련하여 중·고등학교졸업 이하의 학력이 인정되는 학교형태의 평생교육시설로 지정받기 위해서는 초·중등교육법 및 사립학교법에 의하여 설립되는 중·고등학교에 준하는 설립·운영기준이 적용될 것임은 충분히 예측할 수 있다. 실제로 법 제20조 제2항 및 제3항의 위임을 받은 시행령 제10조 제1항은 학력인정시설의 지정기준은 각각 중학교 또는 고등학교에 준하는 각종학교의 설립·운영기준과 동등 이상이 되는 것으로 한다고 규정하여 ‘고등학교이하각급학교설립·운영규정’을 준용하고 있다.

그리고 학력인정시설에 있어서 교사와 교지는 가장 기본적인 물적 시설로서 학력인정시설을 설립하려면 이에 대한 지속적이고 안정적인 사용권을 확보하고 있을 것이 필수적으로 요청되므로 법률에 의해 대통령령에 위임된 학력인정시설의 지정기준 중 교사·교지와 관련하여서는 이러한 목적을 충족할 수 있는 기준으로 규율될 것임은 능히 예측된다.

따라서 법 제20조 제2항 및 제3항은 위임조항의 내재적 위임의 범위와 한계를 객관적으로 확정할 수 있는 경우에 해당하여 위임입법의 명확성을 구비하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

(다) 그 밖의 청구인의 주장에 대한 판단

청구인은 이 사건 교육시설과 같은 학력인정시설은 1997. 12. 13. 제정된 초·중등교육법 제4조 제3항, 1998. 2. 24. 제정된 같은법시행령 제5조에 의하여 학교의 설립자변경신청이 가능한 교육시설이며, 학교설립규정 부칙 제3조는 1997. 9. 23. 제정되었으므로 이 사건에서는 위 부칙 제3조보다 후에 개정·신설된 초·중등교육법령이 효력면에서 우선하는 것으로 해석하여야 한다고 주장한다. 그러나 초·중등교육법은 사립학교에 적용되는 것으로서 이 사건 교육시설과 같은 학력인정시설은 그 적용대상이 아니다. 뿐만 아니라 초·중등교육법 제4조 제3항 및 같은법 시행령 제5조는 사립학교의 설립자변경을 허용하는 규정인바, 학력인정시설의 경우에도 평생교육법이나 학교설립규정 부칙 제3조에 의해 설립자변경이 금지되는 것은 아니므로 학교설립규정 부칙 제3조 대신 초·중등교육법령이 적용되어야 한다는 청구인의 주장은 이유없다.

(2) 학교설립규정 부칙 제3조 제1항(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라 한다)에

관한 심판청구부분

청구인은 이 사건 부칙조항에서 기존에 구 사회교육법령 당시 교지·교사를 임대하여 학력인정시설을 지정받은 설치자에 대해서는 설치자 변경신청의 경우에도 종전의 시설기준이 적용되도록 규정하여야 함에도 그와 같은 입법을 하지 아니한 것은 부진정입법부작위에 해당하며, 위 부칙조항에 의하여 설치자 명의변경을 할 수 없다면 이는 헌법 제13조 제2항이 규정한 소급입법에 의한 재산권박탈금지원칙에 위배된다고 주장한다.

이 사건 부칙조항은 기존의 학교법인 및 각급학교 등에 관한 경과조치를 규정한 것으로서, 위 부칙조항에 의해 기존의 구 사회교육법령에 의해 교사·교지를 임대하여 학력인정시설의 지정을 받은 설치자는 교사·교지 소유요건을 충족하지 않더라도 설치자로서의 지위를 유지할 수 있다.

이처럼 이 사건 부칙조항은 이 사건 소유요건규정의 시행 이후에 학력인정시설을 설치하는 자에 대하여 교사·교지의 소유요건이 적용되도록 하고 있는 것이지 그 시행일 이전에 이미 설립된 학력인정시설의 설치자에 대하여도 그 요건이 적용되도록 하고 있는 것은 아니며, 학력인정시설의 설치자변경은 종전 설치자에 갈음하는 새로운 설치자에 대한 학교형태의 평생교육시설의 등록 및 학력인정시설의 지정이라는 실질을 가지고 있다고 볼 것이므로, 구 사회교육법령에 의해 설치자가 교사 및 교지를 임대하여 학력인정시설을 지정받았다 하더라도 설치자변경에 의하여 새로운 설치자가 되려는 자에게 이 사건 소유요건규정이 적용되도록 한 것을 두고 헌법 제13조 제2항이 금지한 소급입법에 의한 재산권 박탈이라고 할 수는 없다.

다만 구 사회교육법령에 의해 설치자가 교사·교지를 임대하여 학력인정시설을 지정받은 때에는 이후 설치자를 변경하는 경우에도 종전의 시설기준이 적용될 것으로 신뢰하였는데, 새로운 설치자에게 이 사건 소유요건규정이 적용되도록 함으로써 교사·교지의 소유요건을 충족하지 못하면 설치자변경을 할 수 없도록 하는 것은, 구 사회교육법령에 의하여 학력인정시설을 설치한 자 및 이로부터 설치자명의를 이전받고자 하는 자의 기존 법질서에 대한 신뢰를 침해하는 것은 아닌지 여부가 문제될 수 있다. 이러한 신뢰보호원칙의 위반 여부는 구 사회교육법령에서 허용되었던 설치자변경에 대한 기존 설치자 및 이로부터 명의변경을 받고자 하는 자의 신뢰를 보호할 필요성 및 법적 안정성의 요청과 설치자변경으로 인한 새로운 설치자에게 이 사건 소유요건규정을 적용함으로써 달성하고자 하는 공익을 비교형량하여 판단하여야 할

것이다.

먼저 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다고 할 것인데, 일반적으로 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이기 때문에 원칙적으로 법률의 개정은 예측할 수 있다고 보아야 한다. 따라서, 설치자가 교사·교지를 임대하여 학력인정시설을 지정받은 경우에 설치자의 변경시에도 종전의 시설기준이 적용될 것이라는 기대와 신뢰는 절대적인 것이라고는 볼 수 없다. 더욱이 교육시설의 종류와 설립기준 등을 정함에 있어서는 입법자의 입법형성권의 범위가 넓기 때문에 국민들은 이러한 영역에 관한 법률이 제반 사정에 따라 언제든지 변경될 수 있다는 것을 충분히 예측할 수 있다고 보아야 한다.

또한 설치자가 구 사회교육법령에 의하여 교사·교지를 임대하여 학력인정시설을 지정받았으나 그 설치자변경시에는 이 사건 소유요건규정을 적용하여 새로운 설치자에 대하여 교사·교지를 소유할 의무를 부과하더라도 이에 의해 설치자변경 자체가 법률상 금지되는 것이 아니며, 단지 기존의 설치자의 입장에서는 엄격해진 시설기준을 충족하는 새로운 설치자를 찾기 어려움으로 인해 설치자변경이 제한되는 사실상의 불이익이 있을 뿐이다. 반면 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 소유요건규정은 교육시설의 부실 또는 교육환경의 불안정을 방지하고 학습자들의 학습권을 지속적으로 안전하게 보호하는데 그 목적이 있으며, 설치자변경은 종전 설치자에 갈음하는 새로운 설치자에 대한 학력인정시설의 지정이므로 설치자변경의 경우를 이 사건 소유요건규정의 시행 후에 새로이 학력인정시설을 설치하는 경우와 달리 보아야할 특별한 이유가 없어서 위 입법목적은 설치자변경의 경우에도 마찬가지로 해당한다. 따라서 이 사건 소유요건규정의 적용으로 인하여 달성하려는 공익은 이로 인하여 받을 기존의 설치자의 불이익에 비하여 훨씬 더 크므로 신뢰보호원칙에 위반되지 아니한다.

그렇다면 구 사회교육법령에 의해 교사·교지를 임대하여 학력인정시설을 지정받은 설치자의 변경시에 이 사건 소유요건규정의 적용을 배제하는 경과규정을 두어야할 헌법상 또는 법률상 의무를 인정하기 어려우므로 이러한 경과규정을 두지 않은 부진정입법부작위가 헌법에 위반된다는 청구인의 주장은 이유없다.

5. 결 론

이 사건 반려처분 및 학교설립규정 부칙 제3조 제2항에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 청구인의 나머지 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 송인준의 반대의견

우리는, 법 제20조 제2항 및 제3항은 구체적으로 범위를 정하지 아니한 채 입법사항을 포괄적으로 대통령령에 위임한 것이어서 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지원칙에 위배된다고 생각하므로 이에 반대의견을 개진한다.

법 제20조 제2항 및 제3항은 학력인정시설의 지정기준·절차 등에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하면서, 그 자체로 위임의 구체적인 기준이나 범위를 한정하고 있지 아니하다. 그리하여 위 규정의 문언 자체로 볼 때 어떠한 범위에서 무엇을 기준으로 학력인정시설의 지정기준을 정할 것인지를 법률에서는 전혀 제시하지 아니하고 있다.

다수의견은 학력인정시설이 정규 학교교육을 받지 못한 사람들에게 그 교육과정을 이수한 경우 그에 상응하는 학력을 부여하는데 목적이 있으므로 법 제20조 제2항 및 제3항에서 대통령령에 위임하고 있는 학력인정시설의 지정기준과 관련하여 초·중등교육법 및 사립학교법에 의하여 설립되는 중·고등학교에 준하는 설립·운영기준이 적용될 것이 충분히 예측된다고 한다. 그러나 구 사회교육법하에서는 학력인정 사회교육시설에 대하여 중·고등학교졸업 이하의 학력을 인정하면서도 중·고등학교 설립기준과는 달리 그 설치자가 교지·교사를 소유하지 않고 임대하는 것을 허용하였다는 점에서 볼 때, 평생교육법에 의한 학력인정시설에 대하여 학력인정을 이유로 반드시 중·고등학교와 동일한 정도의 설립기준이 적용되어야 한다는 논리가 필연적으로 성립되는 것은 아니라고 할 것이며, 따라서 학력인정시설의 지정기준과 관련하여 중·고등학교에 준하는 설립·운영기준이 적용될 것이 충분히 예측된다는 다수의견의 견해는 납득하기 어렵다. 나아가 평생교육법상 “평생교육” 및 “평생교육시설”에 대한 정의조항(법 제2조 제1호, 제3호), 평생교육의 이념조항(법 제4조) 및 관련 법조항을 유기적·체계적으로 살펴보아도 대통령령에 위임되고 있는 학력인정시설의 지정기준의 대강을 짐작할 수 있게 하는 아무런 단서를 찾아볼 수 없다.

또한 법 제20조 제2항 및 제3항의 위임을 받은 시행령 제10조 제1항에 의

하여 준용되는 학교설립규정 제7조는 학력인정시설의 설치자에게 교사 및 교지를 소유할 것으로 요구하고 있어 이러한 요건을 충족하지 못한 사람은 학력인정시설의 설치자가 될 수 없도록 직업선택의 자유를 제한하고 있다. 그렇다면 이는 기본권의 제한과 관련된 중요하고도 본질적인 사항이어서 마땅히 법률로 정하는 것이 원칙이고 하위법규에 그 입법을 위임할 수 없는 문제이다. 그럼에도 불구하고 법 제20조 제2항 및 제3항은 교육감이 일정 기준 이상의 요건을 갖춘 학교형태의 평생교육시설을 학력인정시설로 지정할 수 있다고만 규정할 뿐, 학력인정시설의 지정기준 일체를 하위법규인 대통령령에 백지위임하고 있는 것이다.

나아가 학력인정시설의 설립과 관련하여 수업에 관한 사항, 교육과정, 학생 정원 및 학급 수 등 학생에 관한 사항, 교원에 관한 사항, 시설·설비에 관한 사항 등 다양한 내용이 규율되어야 하나, 그 중 교사와 교지는 학력인정시설의 설립시 반드시 갖추어야 하는 가장 기본적인 시설이라 할 수 있고 이에 대한 안정적인 사용권이 확보되어 있을 것은 학력인정시설의 존립을 위해 무엇보다도 중요하다는 점에서 굳이 법률보다 행정입법에 의한 탄력적인 규율이 필요한 사항이라고 볼 수도 없다.

따라서 법 제20조 제2항 및 제3항은 대통령령에 정하여질 학력인정시설의 지정기준을 짐작하게 하는 어떠한 기준도 제시하고 있지 않으므로 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위배된다. 그리고 이와 같이 법 제20조 제2항 및 제3항이 헌법에 위반되므로 그에 근거하여 학력인정시설의 지정기준을 정하고 있는 하위법규인 시행령 제10조 제1항 또한 헌법에 위반된다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
전효숙(주심) 이상경

[별 지] 관련조문 : 생략

국민건강증진법시행규칙 제7조 위헌확인

(2004. 8. 26. 2003헌마457 전원재판부)

【판시사항】

1. 흡연권과 혐연권의 우열
2. 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우 제한될 수 있는 기본권
3. 흡연권을 법률로써 제한할 수 있는지 여부(적극)
4. 국민건강증진법시행규칙 제7조가 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
5. 국민건강증진법시행규칙 제7조가 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다.
2. 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.
3. 흡연은 국민의 건강을 해치고 공기를 오염시켜 환경을 해친다는 점에서 국민 공동의 공공복리에 관계되므로, 공공복리를 위하여 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항에 따라 흡연행위를 법률로써 제한할 수 있다.
4. 금연구역의 지정에 관하여 규정하고 있는 국민건강증진법시행규칙 제7조는 국민의 건강을 보호하기 위한 것으로서 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 일정한 내용의 금연구역을 설정하는 방법의 적정성도 인정할 수 있으며, 달성하려는 공익이 제한되는 사익보다 커 법익균형성도 인정되고, 금연구역 지정의 대상과 요건을 고려할 때

최소침해성도 인정되므로, 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

5. 국민건강증진법시행규칙 제7조는 흡연자들의 권리를 보다 제한하고 있으나, 국민의 건강과 혐연권을 보장하기 위하여 흡연권을 제한하는 것으로서 차별에 합리적인 이유가 있으므로 평등원칙에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

국민건강증진법시행규칙 제7조(금연구역의 지정기준 및 방법) ① 공중이용시설 중 청소년·환자 또는 어린이에게 흡연으로 인한 피해가 발생할 수 있는 다음 각 호의 시설 소유자 등은 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하여야 한다.

1. 제6조 제6호의 규정에 의한 학교 중 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 교사
 2. 제6조 제8호의 규정에 의한 의료기관, 보건소·보건료원·보건지소
 3. 제6조 제16호의 규정에 의한 보육시설
- ② 제1항의 규정에 의한 시설 외의 공중이용시설의 소유자 등은 당해 시설 중 이용자에게 흡연의 피해를 줄 수 있는 다음 각 호에 해당하는 구역을 금연구역으로 지정하여야 한다.
1. 제6조 제1호의 규정에 의한 건축물의 사무실·회의장·강당 및 로비
 2. 제6조 제2호의 규정에 의한 공연장의 객석, 관람객 대기실 및 사무실
 3. 제6조 제3호의 규정에 의한 학원의 강의실, 학생 대기실 및 휴게실
 4. 제6조 제4호의 규정에 의한 지하도에 있는 상점가 중 상품의 판매에 제공되는 매장 및 통로
 5. 제6조 제5호의 규정에 의한 관광숙박업소의 현관 및 로비
 6. 제6조 제6호의 규정에 의한 학교 중 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 강의실, 휴게실, 강당, 구내식당 및 회의장
 7. 제6조 제7호의 규정에 의한 체육시설의 관람석 및 통로
 8. 제6조 제9호의 규정에 의한 사회복지시설의 거실, 작업실, 휴게실, 식당 및 사무실
 9. 제6조 제10호의 규정에 의한 교통관련시설 및 교통수단 중 공항·여객선터미널·역사 등의 승객 대기실 및 승강장, 국내선항공기, 선실, 철도의 차량내부 및 통로, 전철의 지하역사·승강장 및 차량, 지하보도 및 16인승 이상의 승합자동차
 10. 제6조 제11호의 규정에 의한 목욕장의 탈의실 및 목욕탕 내부
 11. 제6조 제12호의 규정에 의한 게임 및 멀티미디어문화콘텐츠설비제공업소의 영업장 내부 중 2분의 1 이상의 구역
 12. 제6조 제13호의 규정에 의한 휴게음식점 및 일반음식점영업소의 영업장 내부 중 2분의 1 이상의 구역
 13. 제6조 제14호의 규정에 의한 만화대여업소의 영업장 내부 중 2분의 1 이상의 구역

14. 제6조 제15호의 규정에 의한 청사의 사무실 및 민원인 대기실
15. 제1호 내지 제14호의 시설에 설치된 승강기의 내부, 복도, 화장실 그 밖에 다수인이 이용하는 구역
- ③ 제1항의 규정에 따라 소유자 등이 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정한 경우에는 당해 시설의 전체가 금연구역이라는 사실을 알리는 표지를 설치 또는 부착하여야 한다.
- ④ 제2항의 규정에 따라 소유자 등이 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정한 경우에는 금연구역 또는 흡연구역으로 지정된 장소에 이를 알리는 표지를 설치 또는 부착하여야 한다.
- ⑤ 제3항 및 제4항의 규정에 의한 금연구역과 흡연구역의 표시 및 흡연구역의 시설기준은 별표 3과 같다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제17조, 제36조 제3항, 제37조 제2항

【당 사 자】

청 구 인 허선강

국선대리인 변호사 이상원

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 국민건강증진법 제9조 제6항, 제4항은 공중이 이용하는 시설 중 시설의 소유자·점유자 또는 관리자(이하 위 소유자·점유자·관리자를 통칭하여 ‘시설관리자’라고 한다)가 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하여야 하는 시설을 보건복지부령에 의하여 정하도록 규정하고 있고, 이에 기하여 보건복지부령인 국민건강증진법시행규칙 제7조는 각 해당시설을 구체적으로 규정하고 있으며, 국민건강증진법 제9조 제5항은 시설이용자가 이와 같이 지정된 금연구역에서 흡연하는 것을 금지하고 있다.

(2) 청구인은 2003. 7. 11. 국민건강증진법시행규칙 제7조가 청구인의 기본

권을 침해한다는 이유로 위 조문이 위헌임을 확인하여 달라는 이 사건 심판 청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 국민건강증진법시행규칙 제7조(이하 '이 사건 조문'이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 조문의 내용은 다음과 같다.

제7조(금연구역의 지정기준 및 방법) ① 공중이용시설 중 청소년·환자 또는 어린이에게 흡연으로 인한 피해가 발생할 수 있는 다음 각 호의 시설 소유자 등은 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하여야 한다.

1. 제6조 제6호의 규정에 의한 학교 중 초·중등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 교사
2. 제6조 제8호의 규정에 의한 의료기관, 보건소·보건의료원·보건지소
3. 제6조 제16호의 규정에 의한 보육시설

② 제1항의 규정에 의한 시설 외의 공중이용시설의 소유자 등은 당해 시설 중 이용자에게 흡연의 피해를 줄 수 있는 다음 각 호에 해당하는 구역을 금연구역으로 지정하여야 한다.

1. 제6조 제1호의 규정에 의한 건축물의 사무실·회의장·강당 및 로비
2. 제6조 제2호의 규정에 의한 공연장의 객석, 관람객 대기실 및 사무실
3. 제6조 제3호의 규정에 의한 학원의 강의실, 학생 대기실 및 휴게실
4. 제6조 제4호의 규정에 의한 지하도에 있는 상점가 중 상품의 판매에 제공되는 매장 및 통로
5. 제6조 제5호의 규정에 의한 관광숙박업소의 현관 및 로비
6. 제6조 제6호의 규정에 의한 학교 중 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교의 강의실, 휴게실, 강당, 구내식당 및 회의장
7. 제6조 제7호의 규정에 의한 체육시설의 관람석 및 통로
8. 제6조 제9호의 규정에 의한 사회복지시설의 거실, 작업실, 휴게실, 식당 및 사무실
9. 제6조 제10호의 규정에 의한 교통관련시설 및 교통수단 중 공항·여객선터미널·역사 등의 승객 대기실 및 승강장, 국내선항공기, 전실, 철도의 차량내부 및 통로, 전철의 지하역사·승강장 및 차량, 지하보도 및 16인승 이상의 승합자동차
10. 제6조 제11호의 규정에 의한 목욕장의 탈의실 및 목욕탕 내부

11. 제6조 제12호의 규정에 의한 게임 및 멀티미디어문화컨텐츠설비제공업소의 영업장 내부 중 2분의 1 이상의 구역
12. 제6조 제13호의 규정에 의한 휴게음식점 및 일반음식점영업소의 영업장 내부 중 2분의 1 이상의 구역
13. 제6조 제14호의 규정에 의한 만화대여업소의 영업장 내부 중 2분의 1 이상의 구역
14. 제6조 제15호의 규정에 의한 청사의 사무실 및 민원인 대기실
15. 제1호 내지 제14호의 시설에 설치된 승강기의 내부, 복도, 화장실 그 밖에 다수인이 이용하는 구역

③ 제1항의 규정에 따라 소유자 등이 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정한 경우에는 당해 시설의 전체가 금연구역이라는 사실을 알리는 표지를 설치 또는 부착하여야 한다.

④ 제2항의 규정에 따라 소유자 등이 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정한 경우에는 금연구역 또는 흡연구역으로 지정된 장소에 이를 알리는 표지를 설치 또는 부착하여야 한다.

⑤ 제3항 및 제4항의 규정에 의한 금연구역과 흡연구역의 표시 및 흡연구역의 시설기준은 별표 3과 같다.

(별표 3 생략)

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

흡연은 건강에 해로운 점도 있지만 정신적 스트레스를 해소하여 주고 창의력 신장에 기여하며 국가와 지방자치단체의 재정수입의 중요한 세원이 되는 등 순기능이 많이 있고 오랜 역사와 전통을 지닌 인간생활에 없어서는 안 될 관습인바, 납세를 통하여 국가의 재정에 기여하고 있는 흡연자들을 위하여 흡연구역을 증설하고 편의시설을 제공하는 등 이들의 권익을 옹호하여야 한다.

그런데도 도리어 흡연장소를 제한하고 비흡연자들의 권익만을 위한 이 사건 조문은 헌법 제9조(전통문화의 계승·발전), 제10조(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권), 제12조(신체의 자유), 제17조(사생활의 자유), 제34조 제1항(인간다운 생활권)에 위반된다.

나. 보건복지부장관의 의견

담배의 유해성은 이미 과학적으로 입증되었고, 금연정책은 세계적으로 보편화된 정책이다. 이 사건 조문은 간접흡연의 폐해를 방지하여 국민의 건강증

진을 도모함을 목적으로 흡연자의 권리를 제한하는 것으로서 공공복리를 위한 합리적인 제한이며, 청구인 주장의 헌법규정에 위반되지 아니한다.

3. 판 단

가. 흡연권

(1) 흡연권의 헌법적 근거

흡연자들이 자유롭게 흡연할 권리를 흡연권이라고 한다면, 이러한 흡연권은 인간의 존엄과 행복추구권을 규정한 헌법 제10조와 사생활의 자유를 규정한 헌법 제17조에 의하여 뒷받침된다.

우선 헌법 제17조가 근거가 될 수 있다는 점에 관하여 보건대, 사생활의 자유란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리를 말하는바(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 202), 흡연을 하는 행위는 이와 같은 사생활의 영역에 포함된다고 할 것이므로, 흡연권은 헌법 제17조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다.

또 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위하여서는 누구나 자유로이 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 하므로, 자유로운 흡연에의 결정 및 흡연행위를 포함하는 흡연권은 헌법 제10조에서도 그 근거를 찾을 수 있다.

(2) 그 밖의 헌법적 근거에 관한 청구인 주장에 관하여

(가) 청구인은 이 사건 조문이 위 헌법규정 외에도 헌법 제9조, 제12조, 제34조 제1항에 위반된다고 한다.

(나) 그러나 흡연을 전통문화라고 할 수는 없으므로 헌법 제9조에 의하여 흡연권이 보장된다고 할 수는 없다.

또 헌법 제12조가 규정한 신체의 자유는 적법절차에 의하지 않고는 국가의 공권력으로부터 '신체적 완전성'과 '신체활동의 임의성'을 제한당하지 않을 권리를 의미하는 것으로서 주로 형사절차에 관한 권리이지 흡연을 할 자유와는 별다른 관련이 없다.

나아가 헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활권은 자유권적 기본권이 아닌 사회권적 기본권의 일종으로서, 헌법적 권리로서는 인간의 존엄에 상응하는 '최소한의 물질적인 생활'의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하므로(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 30-31; 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 646-647; 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집

15-1, 581, 600-601 참조), 자유로이 흡연을 할 흡연권은 이에 포섭되지 아니한다.

(다) 그러므로 흡연권에 관련된 이 사건 조문은 헌법 제9조, 제12조, 제34조 제1항과는 무관하고, 따라서 이 점에 관한 청구인의 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유 없다. 이하에서는 위 헌법조항을 고려하지 아니하고 판단한다.

나. 흡연권의 제한 가능성

(1) 기본권의 충돌

위와 같이 흡연자들의 흡연권이 인정되듯이, 비흡연자들에게도 흡연을 하지 아니할 권리 내지 흡연으로부터 자유로울 권리가 인정된다(이하 이를 ‘혐연권’이라고 한다).

혐연권은 흡연권과 마찬가지로 헌법 제17조, 헌법 제10조에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 나아가 흡연이 흡연자는 물론 간접흡연에 노출되는 비흡연자들의 건강과 생명도 위협한다는 면에서 혐연권은 헌법이 보장하는 건강권과 생명권에 기하여서도 인정된다.

흡연자가 비흡연자에게 아무런 영향을 미치지 않는 방법으로 흡연을 하는 경우에는 기본권의 충돌이 일어나지 않는다. 그러나 흡연자와 비흡연자가 함께 생활하는 공간에서의 흡연행위는 필연적으로 흡연자의 기본권과 비흡연자의 기본권이 충돌하는 상황이 초래된다.

그런데 흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.

(2) 공공복리를 위한 제한

흡연은 비흡연자들 개개인의 기본권을 침해할 뿐만 아니라 흡연자 자신을 포함한 국민의 건강을 해치고 공기를 오염시켜 환경을 해친다는 점에서 개개인의 사익을 넘어서는 국민 공동의 공공복리에 관계된다. 따라서 공공복리를 위하여 개인의 자유와 권리를 제한할 수 있도록 한 헌법 제37조 제2항에 따라 흡연행위를 법률로써 제한할 수 있다.

나아가 국민은 헌법 제36조 제3항이 규정한 보건권에 기하여 국가로 하여

금 흡연을 규제하도록 요구할 권리가 있으므로, 흡연에 대한 제한은 국가의 의무라고까지 할 수 있다.

(3) 이 사건 조문의 흡연권 제한

이 사건 조문은 위와 같은 근거에서 청구인을 포함한 흡연자의 흡연권을 일정부분 제한하고 있다.

다. 과잉금지원칙의 위반여부

입법작용에 의하여 국민의 기본권을 제한함에 있어서는, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적 달성을 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 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 과잉금지원칙 내지 비례원칙이 지켜져야 한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 878-879 참조).

이 사건 조문은 국민의 건강을 보호하기 위한 것으로서(국민건강증진법 제 1조 및 국민건강증진법시행규칙 제1조 참조) 목적의 정당성을 인정할 수 있고, 흡연자와 비흡연자가 생활을 공유하는 곳에서 일정한 내용의 금연구역을 설정하는 것은 위 목적의 달성을 위하여 효과적이고 적절하여 방법의 적정성도 인정할 수 있다. 또한 이 사건 조문으로 달성하려고 하는 공익(국민의 건강)이 제한되는 사익(흡연권)보다 크기 때문에 법익균형성도 인정된다.

나아가 이 사건 조문이 일부 시설에 대하여는 시설 전체를 금연구역으로 지정하도록 하였지만, 이러한 시설은 세포와 신체조직이 아직 성숙하는 단계에 있는 어린이나 청소년들의 경우 담배로 인한 폐해가 심각하다는 점을 고려하여 규정한 보육시설과 초·중등교육법에 규정된 학교의 교사 및 치료를 위하여 절대적인 안정과 건강한 환경이 요구되는 의료기관, 보건소·보건의료원·보건지소에 한하고 있다는 점, 시설의 일부를 금연구역으로 지정하여야 하는 시설도 모두 여러 공중이 회합하는 장소로서 금연구역을 지정할 필요성이 큰 시설이라는 점, 이 사건 조문은 ‘청소년·환자 또는 어린이에게 흡연으로 인한 피해가 발생할 수 있는 다음 각 호의 시설’ 또는 ‘이용자에게 흡연의 피해를 줄 수 있는 다음 각 호에 해당하는 구역’을 금연구역지정의 요건으로 함으로써, 형식적으로 이 사건 조문의 각 호에 규정된 시설에 해당하더

라도 실제로 피해를 주지 않는 곳에서는 금연구역지정의 의무를 부과하지 않고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 흡연자들의 흡연권을 최소한도로 침해하고 있다고 할 수 있다.

그렇다면 이 사건 조문은 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다.

라. 평등권의 침해여부

이 사건 조문이 비흡연자들의 이익을 도모하는 반면 흡연자들의 권리는 제한하고 있어 흡연자들의 평등권을 침해하였다고 할 것인지에 관하여 본다.

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 조문은 국민의 건강과 혐연권을 보장하기 위하여 흡연권을 제한하는 것으로서 그 제한에 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 헌법소원심판청구는 이유없어 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권 성 김효종 김경일
주선희 전호숙 이상경

혈액제제조사위원회 역학조사 위헌확인

(2004. 8. 26. 2003헌마505 전원재판부)

【판시사항】

청구인을 비롯한 혈우병 환자의 HIV 집단감염사건과 관련하여 구 국립보건원(2003. 12. 18. 질병관리본부로 개편됨)이 위촉한 위원으로 구성된 혈액제제에이즈감염조사위원회(이하 '이 사건 조사위원회'라 한다)가 염기서열조사분석을 실시하지 않고 역학조사를 실행한 것(이하 '이 사건 역학조사'라 한다)에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원의 적법 여부(소극)

【결정요지】

이 사건 역학조사는, 1990년대 초 국내 혈우환자의 집단적 HIV 감염이 문제되어 구 국립보건원에서 혈액제제 안전성 조사위원회를 구성하여 역학조사를 한 것에 이어, 그 당시 혈우환자의 HIV 검사결과 국내 혈액응고제제에 의한 감염이라고 주장하는 국내학자의 외국잡지에 실린 논문이 2002. 9.경 신문에 보도되면서 사회문제가 되자 피청구인이 구성한 이 사건 조사위원회에 의하여 2002. 9.부터 2004. 2.의 기간 동안 실시된 것으로서, 이는 국산 혈액제제 투여로 인한 혈우병 환자의 에이즈 감염 사실 여부와 감염경로 혹은 감염원을 규명하기 위한 조사활동이다. 위와 같은 이 사건 역학조사의 경위, 이 사건 조사위원회의 구성 및 조사활동방법 등을 고려해 볼 때 이 사건 역학조사는 피청구인이 우월적인 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위에 해당한다고 보기 어렵다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 105

헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485

헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486

【당 사 자】

청 구 인 장○식

대리인 변호사 전현희 외 2인

피청구인 질병관리본부장

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 혈우병 환자로서 1986년부터 1992년까지 청구의 주식회사 녹십자가 제조한 제9인자혈액제제인 쉐나인을 투여받고 인간면역결핍바이러스(Human Immunodeficiency Virus, 이하 ‘HIV’라고 한다)에 감염되었고, 이 무렵 청구인 이외에도 다수의 혈우병 환자들이 위 쉐나인을 투여받고 HIV에 감염된 바 있다고 주장한다.

(2) 이러한 HIV 집단감염사건과 관련하여, 구 국립보건원(2003. 12. 18. 대통령령 제18163호로 보건복지부와 그 소속기관직제가 개정되면서 질병관리본부로 개편됨)은 1994년에 이어 2002년 9월 제2차로 혈액제제에이즈감염조사위원회(이하 ‘이 사건 조사위원회’라 한다)를 구성하여 역학조사를 시행하였다.

청구인은 이 사건 조사위원회가 이러한 역학조사를 함에 있어 이 사건의 감염원인에 관한 진실을 규명할 수 있는 유일하고도 정확한 방법인 감염원과 혈우병 환자들의 염기서열에 대한 조사분석연구를 시행하지 않았으며, 위와 같은 부실한 역학조사로 인하여 헌법상 보장된 행복추구권, 알 권리, 평등권, 보건권 등이 침해되었다고 주장하며 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 2002. 9. 피청구인이 위촉한 위원으로 구성된 이 사

건 조사위원회가 청구인을 비롯한 혈우병 환자들의 집단 HIV감염사건과 관련하여 염기서열조사분석연구를 시행하지 아니한 채 역학조사를 실행한 것(이하 '이 사건 역학조사'라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

HIV에 오염된 제9인자혈액제제의 투여로 인해 청구인에게 불치의 질병이 발병하였음이 분명하며, 이 사건의 감염원인에 관한 진실을 규명할 수 있는 유일하고도 정확한 방법이라고 할 수 있는 감염원과 혈우병 환자들의 염기서열에 대한 조사분석연구를 하여야 함에도 피청구인은 이를 실시하지 아니한 부실한 역학조사를 실시하였다. 이로 인해 청구인은 그 감염경로조차 알 수 없게 되어 손해배상청구를 통한 피해를 보전받을 기회를 박탈당하게 되었다. 또한 피청구인은 청구인과 관련된 역학조사에서 현저한 하자를 내포한 역학조사를 실시하여 다른 적절한 역학조사를 받은 국민들에 비하여 청구인을 합리적 이유없이 차별함으로써 헌법상 재산권 및 평등권 등을 침해하였다.

나. 피청구인의 의견

(1) 이 사건 조사위원회는 보건복지부장관 소속기관인 피청구인이 혈우병 환자의 에이즈감염과 혈액제제의 연관성을 규명하기 위하여 학계 전문가등으로 구성된 임시 자문위원회에 해당하므로 공권력을 행사 또는 불행사할 수 있는 행정청에 해당하지 아니한다. 따라서 위 조사위원회의 결정은 행정작용에 해당한다고 볼 수 없고 헌법소원의 대상인 공권력의 행사 또는 불행사에 해당하지 않으므로 각하되어야 한다.

(2) 이 사건 조사위원회는 적절한 조사방법에 대하여 논의하고 일차적으로 혈우 HIV 감염자의 모든 의무기록 검토와 면접조사, 그리고 확보되어 있는 염기서열자료를 활용하여 환자들의 감염시점, 감염경로를 추정하기로 하였고, 추가로 염기서열에 대한 연구사업이 필요한지는 일차결과가 나온 후 논의하기로 하는 등 충분한 조사를 다하였다는 점에서 하자있는 역학조사로 인해 청구인의 기본권을 침해하였다는 주장은 근거가 없다.

3. 판 단

이 사건 심판청구가 적법한지에 관하여 본다.

가. 이 사건 역학조사의 경위

1992년 국내 혈액응고제제를 사용하고 있는 B형 혈우병 환자 11명에서 집단적으로 HIV 감염이 발견되어 국내 혈액응고제제의 안전성에 관한 민원이

제기됨에 따라 당시 보건사회부에서는 구 국립보건원에 혈액제제 안전성 조사위원회를 구성하여 관련 학계와 함께 이에 대한 조사를 시행한 바 있는데, 1994년 그 조사 결과 감염원인은 수혈에 의한 것은 아닌 것으로 추정되며 혈액제제에 의한 것으로 추정되나 원인제품의 규명은 현재로서는 불가능하다는 결론이 내려졌다.

그 후 울산의대 교수가 2001년 외국잡지에 1990년대 초 혈우병 환자의 HIV 검사결과 국내 혈액응고제제에 의한 감염이라고 발표한 내용을 2002. 9. 일간 신문에서 인용·보도하여 사회적인 문제가 되자, 국산 혈액제제 투여로 인한 혈우병 환자의 에이즈 감염 사실 여부와 감염경로 혹은 감염원을 규명하기 위하여 2002. 9. 이 사건 조사위원회가 구성되었다.

이 사건 조사위원회는 의료계, 약학계, 소비자 및 관련단체의 전문인사 15명을 위원으로 구성되었으며, 2002. 9. 15. 1차 회의를 개최한 이후 2004. 2. 4. 회의를 끝으로 연구결과 최종보고서를 제출하였다. 이 사건 조사위원회에서는 1987-1995년 기간 동안 국내 혈우병 환자에서 발생한 25명의 HIV 감염사례에 대해 역학적, 분자생물학적 연관성 조사를 통해 당시의 감염원 및 감염경로를 규명하기 위해 약 1년 여에 걸쳐 조사활동을 하였다.

나. 이 사건 역학조사가 공권력의 행사에 해당하는지 여부

(1) 우선 이 사건 역학조사가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지에 관하여 본다.

항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라는 것이 법원의 확립된 판례이다(대법원 1999. 10. 22. 98두18435, 공1999하, 1523 참조). 그렇다면 이 사건 역학조사는 청구인의 권리를 제한하거나 의무의 부담을 명하는 것과 같이 청구인의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키는 행위가 아니어서 이를 두고 행정처분이라고 할 수 없고, 그것은 이 사건 조사위원회가 국내 혈우병 환자의 HIV 감염과 관련하여 감염원 및 감염경로 등을 규명하기 위한 조사활동을 한 것으로서 행정상의 사실행위에 불과하다고 할 것이다.

(2) 다음으로 이 사건 역학조사가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사

에 해당하는지에 대하여 살펴본다.

(가) 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 권리구제수단이므로, 공권력의 행사를 대상으로 하는 헌법소원에 있어서는 적어도 기본권침해의 원인이 되는 행위가 공권력의 행사에 해당하여야 할 것인바, 행정상 사실행위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사이기 위해서는 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위에 해당하여야 한다(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 105; 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485 참조).

그리고 일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사 관여 정도, 그 사실행위의 목적경위, 법령에 의한 명령강제수단의 발동 여부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485- 486).

(나) 청구인은 이 사건 조사위원회가 우월적 지위에서 일방적으로 이 사건 역학조사를 실시하고 청구인을 비롯한 이 사건 혈우병 환자들의 역학조사 참여가 원천적으로 봉쇄되어 있는 상태에서 당사자인 환자들과 그 보호자들은 조사의 시행 여부나 그 취지조차 전혀 모르면서 비전문가에 의해 실시되는 조사의 객체로서 이용당할 뿐이어서 이 사건 역학조사가 권력적 사실행위에 해당한다고 주장한다.

그런데 이 사건 역학조사는, 1990년대 초 국내 혈우병 환자의 집단적 HIV 감염이 문제되어 구 국립보건원에서 혈액제제 안전성 조사위원회를 구성하여 역학조사를 한 것에 이어, 그 당시 혈우병 환자의 HIV 검사결과 국내 혈액응고제에 의한 감염이라고 주장하는 국내학자의 외국잡지에 실린 논문이 2002. 9.경 신문에 보도되면서 사회문제가 되자 피청구인이 구성한 이 사건 조사위원회에 의하여 2002. 9.부터 2004. 2.의 기간 동안 실시된 것으로서, 이는 국산 혈액제제 투여로 인한 혈우병 환자의 에이즈 감염 사실 여부와 감염 경로 혹은 감염원을 규명하기 위한 조사활동이다. 위와 같은 이 사건 역학조사의 경위, 이 사건 역학조사위원회의 구성 및 조사활동방법 등을 고려해 볼 때 이 사건 역학조사는 피청구인이 우월적인 지위에서 일방적으로 강제하는 권력적 사실행위에 해당한다고 보기 어렵다.

나아가 헌법소원의 심판대상인 ‘공권력의 행사’는 국민의 권리와 의무에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시켜야 하고 청구인의 법적 지위를 그에게 불

리하게 변화시키기에 적합해야 하며, 공권력의 행사가 법률효과를 발생시키지 않는다면 청구인에게 아무런 부담을 가할 수 없으므로 청구인은 기본권의 침해를 주장할 수 없다. 그런데 이 사건 역학조사는 국산 혈액제제 투여로 인한 혈우병 환자의 에이즈 감염 사실 여부를 밝히기 위한 사실행위로서 직접적으로 청구인의 권리의무에 법률효과를 발생시킨다고 볼 여지가 없다.

따라서 이 사건 역학조사는 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 공권력의 행사에 해당하지 않으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

4. 결 론

이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 주선희
전호숙(주심) 이상경

무혐의처분취소

(2004. 8. 26. 2004헌마80 전원재판부)

【판시사항】

1. 공정거래위원회가 그 보완요청에 응하지 못한 것을 이유로 공정거래위원회규칙에 따라 심사불개시결정을 한 것이 자의적인지 여부(소극)
2. 광고 후 광고 내용과 다른 행위를 한 사안에 대하여 심사불개시결정을 한 처분에 잘못이 있는지 여부(소극)
3. 정비사업소라는 명칭의 사용이 기만적이거나 허위의 명칭이 아니라고 판단한 공정거래위원회의 무혐의처분이 자의적인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 공정거래위원회가 신고인에게 조사의 단서가 되는 사실에 관한 특정을 보완하도록 요청하고 그 보완요청에 응하지 못한 것을 이유로 공정거래위원회규칙에 따라 심사불개시결정을 한 것이 자의적이라고 하기는 어렵다.
2. 광고 당시 광고의 내용이 사실과 다름이 없다면 가사 광고 후 광고 내용과 다른 행위가 있더라도 이를 들어 광고행위가 부당하다고 할 수는 없어 표시·광고의공정화에관한법률에 위반된다고 할 수 없고, 따라서 이러한 취지에서 심사불개시결정을 한 공정거래위원회의 처분에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다.
3. 위탁사업소와 구분되는 직영사업소를 표시하기 위하여 정비사업소라는 명칭을 사용한 것이 아닐 뿐더러, 정비사업소라는 명칭이 반드시 직영사업소로 오인할 기만적이거나 허위의 명칭이라고 할 수는 없어, 이러한 취지에서 정비사업소라는 명칭을 사용한 행위가 표시·광고의공정화에관한법률 제3조 제1항 제1호, 제2호에 규정된 허위·과장·기만적인 표시·광고에 해당하지 않는다는 이유로 무혐의처분을 한 공정거래위원회의 처분이 자의적이라고 할 수는 없다.

【참조조문】

표시·광고의공정화에관한법률 제3조(부당한 표시·광고행위의 금지) ① 사업자 등은 소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 다음 각 호의 행위를 하거나 다른 사업자 등으로 하여금 이를 행하게 하여서는 아니된다.

1. 허위·과장의 표시·광고
2. 기만적인 표시·광고
- 3.~4. 생략

② 생략

【당 사 자】

청 구 인 이재욱(변호사)
피청구인 공정거래위원회

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2001. 1. 12. 쌍용자동차주식회사(이하 ‘쌍용자동차’라고 한다)로부터 서울 50터2481 체어맨 CM600S 자동차(이하 ‘이 사건 자동차’라고 한다)를 매수하는 계약을 체결하고, 2001. 2. 8.경 이를 인도받았다.

(2) 청구인은 그 후 이 사건 자동차에 관하여 쌍용자동차 성동정비사업소에 수리를 의뢰한 바 있는데, 그 수리기간은 2003. 5. 31.부터 2003. 6. 30.까지였다.

(3) 청구인은 2003. 7. 8.경 피청구인에게 위 성동정비사업소를 운영하는 성동자동차서비스주식회사(이하 ‘성동자동차서비스’라고 한다)와 쌍용자동차를 상대로, ① 쌍용자동차가 1차량 1전담서비스센터를 배치하여 보증기간 내에 발생하는 보증수리문제를 전담 처리할 뿐만 아니라 보증수리할 내용이 발생할 경우 고객을 직접 방문하여 차량을 인도받아 수리를 종료한 후 반환하겠다고 광고하였으나 이러한 서비스를 제공하지 않은 부당한 광고행위, ② 쌍용자동차가 쌍용자동차의 서비스업체뿐만 아니라 대우자동차의 모든 서비스업체에

서도 보증수리서비스를 받을 수 있다고 광고하였으나 청구인이 이 사건 자동차를 구입한 직후 대우자동차의 서비스업체에 의한 보증수리업무를 전면 중단한 부당한 광고행위, ③ 쌍용자동차와 성동자동차서비스가 공모하여 성동자동차서비스의 사업소에 ‘쌍용자동차 성동정비사업소’라고 표시를 함으로써 쌍용자동차의 직영사업소인 듯이 기망하는 부당한 표시·광고행위가 공정거래에 관한 제반법률에 위반되므로 의법조치하여 달라는 취지의 고발장을 제출하였다.

(4) 피청구인은 위 고발을 표시·광고의공정화에관한법률(이하 ‘표시광고법’이라고 한다) 제16조 제2항, 독점규제및공정거래에관한법률(이하 ‘공정거래법’이라고 한다) 제49조 제2항에 기한 신고로 접수하여, 위 ①, ②의 점에 관하여는 심사불개시결정을, 위 ③의 점에 관하여는 무혐의결정을 하고, 2004. 1. 8. 청구인에게 서면으로 표시광고법을 위반한 부당한 표시행위라고 보기 어렵다는 민원회신을 하였다. 위 민원회신에는 공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙(이하 ‘공정거래위원회규칙’이라고 한다) 제51조의2 제2항에 의하여 의무적으로 결과통지를 하여야 하는 ③에 관한 판단만이 명시적으로 기재되어 있지만, 위 ①, ②에 관하여는 청구인의 문의에 응하여 구두로 그 결과를 통지하여 주었다(이하 위 결정을 ‘이 사건 결정’이라고 한다).

(5) 이에 청구인은 피청구인의 자의에 의한 이 사건 결정과 이에 따른 고발권의 불행사로 청구인의 평등권과 재판절차진술권이 침해되었다고 주장하면서 2004. 1. 27. 이 사건 결정의 취소를 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 이 사건 결정의 취소를 구하면서 고발권의 불행사의 취소도 아울러 구하고 있다.

표시광고법 제16조 제3항, 공정거래법 제71조에 의하면, 부당한 표시·광고행위에 대한 형사처벌에 관하여 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있고, 한편 공정거래위원회가 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 위 고발이 의무적으로 된다.

그런데 공권력의 행사인 이 사건 결정은 논리필연적으로 공권력의 불행사인 고발권의 불행사를 수반하여 이를 내포하고 있는 것이므로, 이 사건 결정에 대하여 헌법소원심판을 청구함으로써 족하고 이와 별도로 고발권의 불행

사에 대하여 헌법소원심판청구를 함은 부적법하다(헌재 1996. 11. 28. 93헌마 229, 판례집 8-2, 610, 617-618).

한편 만일 이 사건 결정이 취소되더라도 피청구인이 언제나 고발을 하여야 하는 것은 아니고 고발권의 행사에 재량의 여지가 남아 있는바, 이 경우의 고발권의 불행사는 별도로 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 있다고 할 것이지만(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 178-179), 이러한 고발권의 불행사는 아직 존재하지 아니하므로 이에 대하여 헌법소원심판청구를 함도 부적법하다.

위와 같은 법리 위에서 이 사건 심판청구의 진의를 풀이하면, 이 사건 결정은 그 논리필연적으로 고발권의 불행사를 수반하고 이로 인하여 청구인의 기본권이 침해되었다는 취지이므로, 이 사건 결정을 심판대상으로 삼으면 족하고 이와 별도로 고발권의 불행사를 심판대상으로 삼을 필요는 없다.

따라서 이 사건 심판대상을 이 사건 결정의 위헌여부에 한정한다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 결정이유

가. 청구인 주장의 요지

전담서비스맨제도에 관한 부당광고행위(위 신고내용 ①)는 표시광고법 제3조 제1항 제1호, 제2호 및 공정거래법 제23조 제1항 제3호, 제8호에 해당하고, 보증수리업체에 관한 부당광고행위(위 신고내용 ②)는 표시광고법 제3조 제1항 제1호, 제2호 및 공정거래법 제23조 제1항 제3호, 제8호에 해당하며, 정비사업소의 부당한 명칭 사용(위 신고내용 ③)은 표시광고법 제3조 제1항 제1호, 제2호 및 공정거래법 제23조 제1항 제2호, 제3호, 제5호, 제7호, 제8호에 해당한다.

그럼에도 불구하고 피청구인이 이에 관한 조사를 제대로 하지 아니하고 이 사건 결정을 한 것은 청구인의 기본권을 침해한 것이다.

나. 이 사건 결정의 이유

이 사건 결정은, 위 신고내용 ①에 관하여는 청구인이 주장하는 내용의 광고물이 존재하지 않고 청구인의 주장이 부정확하여 사건화하기 힘들다는 점을 이유로, 위 신고내용 ②에 관하여는 광고행위시에 장래의 정비서비스변경에 대하여 정확한 정보를 고지하였는지 여부는 표시광고법의 대상이라 보기 힘들다는 점을 이유로, 위 신고내용 ③에 관하여는 성동자동차서비스가 쌍용자동차의 직영정비업소가 아니라 위탁정비사업소임은 인정되지만, '쌍용자동차 성동정비사업소'라고 표시한 부분은 양 회사 사이의 운영협약서에 의한 것

으로서 100% 쌍용자동차만을 수리하는 공장이라는 차원에서 고객편의를 위한 표시이고 소비자의 오인성이 없으므로 부당한 표시행위라고 보기 어렵다는 점을 이유로 하였다.

3. 본안에 관한 판단

가. 전담서비스맨제도에 관한 광고행위

(1) 인정자료의 결여

(가) 이 부분 청구인의 주장은 쌍용자동차가 체어맨에 대하여 1차량 1전담 서비스맨을 배치하고 방문보증수리를 하겠다고 한 광고에는 전담서비스맨이 고객을 방문하여 차량을 인도받아 수리한 후 반환하는 서비스(이하 ‘반환수리 서비스’라고 한다)를 포함하는 내용이 포함되었다는 것이고, 쌍용자동차는 그와 같은 광고를 하지 않았다고 한다.

(나) 피청구인은 2003. 7. 19. 위 신고내용과 관련된 광고지 사본을 2003. 7. 31.까지 제출할 것을 요청하였으나, 청구인은 2003. 7. 24.경 이를 소지하고 있지 않아 제출하지 못한다는 회신을 하였을 뿐 광고지를 제출하지 못하였다.

다만 청구인이 인터넷으로 검색하여 제출할 당시 신문기사내용에 의하면, 쌍용자동차가 체어맨 전담서비스요원제를 도입하여 전국 직영정비공장에 체어맨 정비만을 담당하는 전용작업장을 따로 설치하고 요원 50명을 선발하여 독일 벤츠사에 특별연수를 실시했다는 내용의 보도가 있었던 사실을 인정할 수 있는바, 이에 의하면 쌍용자동차가 체어맨 전담서비스요원제를 광고한 사실을 추인할 수 있다.

(다) 이에 대하여 쌍용자동차는 1997. 10. 출시된 체어맨에 대하여 ‘A/S전담제’를 실시하여 정비사업소 내에 체어맨 전용 작업공간 및 전담 작업팀을 운영하고 있고 이를 ‘전문서비스맨의 배치’라고도 표현하였을 뿐이며, 차량에 보증수리를 할 문제가 발생하였을 때 고객을 방문하여 차량을 인도받아 수리한 후 반환하는 반환수리서비스는 제공하고 있지 않고, 다만 2000. 8. 21.부터 고객을 방문하여 차량을 점검하고 와이퍼블레이드교환 등 간단한 조치를 취하는 ‘방문점검서비스’를 시행하여 오고 있다고 한다.

한편 청구인은 쌍용자동차 교대영업소의 전담서비스맨으로부터 방문점검 서비스를 받은 일은 있으나 반환수리서비스를 받지 못하였다는 취지로 주장한다.

이에 대하여 쌍용자동차는, 전담A/S요원이 통상적으로는 정비사업소 내에 배치되어 있는데, 쌍용자동차의 직영영업소가 아닌 일부 영업소가 당해 영업

소에서 판매한 모든 차종의 차량에 대하여 전담A/S요원을 자체적으로 두고 있었고, 교대영업소도 이와 같은 A/S요원을 두고 이 요원이 청구인에 대한 서비스를 맡은 사실은 있었으나, 이는 쌍용자동차와는 무관하게 이루어졌다는 취지로 석명하였다.

그러므로 이 부분의 쟁점은 반환수리서비스를 포함하는 전담서비스맨 또는 전담A/S요원을 배치한다는 취지의 광고가 있었는가, 그리고 그 광고는 쌍용자동차에 의하여 이루어졌는가 하는 점이다.

(라) 그런데 청구인이 제출한 신문기사내용은 반환수리서비스와는 무관한 것이고 달리 반환수리서비스에 관한 광고행위를 인정할 자료가 제출되어 있지 아니하여, 위 쟁점에 대한 판단을 위하여서는 추가적인 자료가 필요하다.

(2) 피청구인의 처분

피청구인은 사실확인을 위하여 청구인에게 광고지를 제출하라는 보완요청을 하였으나 청구인이 이를 보완하지 못하자, “무기명, 가명 또는 내용이 분명하지 아니한 신고로서 심사관이 보완요청을 할 수 없는 경우 기간을 정한 보완요청을 받고도 이에 응하지 아니한 경우 또는 보완내용이 분명하지 아니하거나 허위로 기재된 경우”에 심사불개시결정을 할 수 있도록 한 공정거래위원회규칙 제12조 제14호에 따라 이 부분에 대하여 심사불개시결정을 한 것으로 보인다.

(3) 판 단

(가) 위 쟁점에 관하여 피청구인으로서의 표시광고법이 부여한 조사권한을 발동하여 관련 광고가 존재하는지 여부를 확정할 수 있는 여지가 없지는 않았다.

그러나 피청구인은 범위반행위를 신고한 신고인에게 조사의 단서가 되는 사실에 관한 특정을 보완하도록 요청할 수 있다고 할 것이고, 청구인에게 한 광고지 제출의 보완요청도 이러한 면에서 적법하였으며, 따라서 이러한 보완요청에 응하지 못한 것을 이유로 공정거래위원회규칙에 따라 심사불개시결정을 한 것이 자의적이라고 하기는 어렵다.

(나) 덧붙여 피청구인이 표시광고법과 별도로 공정거래법을 적용법률로 삼지 않은 점에 관하여 본다.

표시광고법이 1999. 2. 5. 법률 제5814호로 제정되기 전에는 표시광고행위가 공정거래법에 의하여 규율되고 있었으나, 표시광고법 제정 후에는 표시광고행위는 표시광고법에 의하여 규율하고 공정거래법은 그 외의 불공정거래

행위에 대하여 규율하는 것으로 변경되어, 공정거래법 제23조 제2항에 기하여 불공정거래행위의 유형을 정한 독점규제및공정거래에관한법률시행령 제36조 제1항도 표시광고행위를 불공정거래행위의 유형으로 열거하고 있지 아니하다.

그러므로 표시광고행위를 내용으로 하는 청구인의 신고에 대하여 피청구인이 표시광고법만을 적용법률로 삼은 데에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다 (이 부분 판단은 이하 다른 항목에도 같다).

나. 보증수리업체에 관한 광고행위

이 부분 청구인의 주장은, 청구인이 이 사건 자동차를 구입할 당시에는 쌍용자동차가 쌍용자동차의 서비스업체뿐만 아니라 대우자동차의 모든 서비스업체에서도 보증수리서비스를 받을 수 있다고 광고하였는데, 이 사건 자동차를 구입한 직후 대우자동차의 서비스업체에 의한 보증수리업무를 전면 중단하였으니, 위 광고는 부당한 광고라는 취지이다.

이에 관하여 피청구인은 “기타 공정거래법, 표시·광고법, 하도급법, 약관법, 방문판매법 또는 전자상거래소비자보호법 적용대상이 아니라고 인정되는 경우” 심사불개시결정을 할 수 있도록 한 공정거래위원회규칙 제12조 제20호에 따라 심사불개시결정을 한 것으로 보인다.

살피건대, 피고인이 자동차를 구입한 2001년 이후 현재까지의 표시광고법에 따르면 광고행위의 위법여부는 광고당시를 기준으로 판단하므로, 광고 당시 광고의 내용이 사실과 다름이 없다면, 가사 광고 후 광고내용과 다른 행위가 있더라도 이를 들어 광고행위가 부당하다고 할 수는 없다. 그러므로 청구인의 주장사실에 의하더라도 위 사실이 표시광고법위반에 해당한다고 할 수 없고, 따라서 이러한 취지에서 심사불개시결정을 한 피청구인의 처분에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다.

다. 정비사업소의 명칭 사용

(1) 기초사실

성동자동차서비스가 쌍용자동차와는 별개의 법인인 사실, 성동자동차서비스의 정비사업소는 쌍용자동차의 직영사업소가 아니라 위탁사업소인 사실, 그룹에도 그 사업소의 간판, 문서, 직원복장 등에 ‘쌍용자동차 성동정비사업소’라고 표시한 사실은 이를 인정할 수 있다.

(2) 청구인의 주장과 피청구인의 처분

청구인은 위와 같은 표시가 성동자동차서비스를 쌍용자동차의 직영사업소

인 것으로 오인할 수 있는 허위 및 기만적인 표시행위라고 하면서, 쌍용자동차가 발간한 서비스안내서에도 ‘성동정비사업소’라고 기재되어 있는데 이도 허위 및 기만적인 광고행위라는 취지로 주장한다. 이에 대하여 피청구인은 소비자 오인성이 없어 표시광고법위반행위로 인정되지 아니한다는 이유로 무혐의결정을 하였는바, 이는 공정거래위원회규칙 제51조의2, 제47조 제1항에 따른 것으로 보인다.

(3) 판 단

(가) 청구인이 이 사건 자동차를 구입할 당시 받은 체어맨 ‘취급설명서’와 쌍용자동차가 대우자동차주식회사로부터 분리된 2001. 11.경 배포된 ‘서비스안내서’에는 정비업체를 다음과 같이 구분하고 있는데, 성동자동차서비스는 취급설명서에는 정비센터로, 서비스안내서에는 정비사업소로 분류되어 있다.

대우기준 (취급설명서)	정비사업소	정비센터	정비코너	바로코너	지정정비공장
내용	소형 또는 종합정비 20 스톨 이상 자사차만	소형 또는 종합정비 20 스톨 이상 자사차만	일반정비공장내 일부 스톨 임대	부분정비업 자사차만	소형 또는 종합정비 타사차가능
쌍용기준 (서비스안내서)	정비사업소		운영형태 없음	서비스 프라자	지정정비공장
※ 스톨(stall)은 자동차 1대를 수리할 수 있는 작업장 단위를 말함. ※ 지정정비공장은 전문정비공장이라고도 한다고 함.					

(나) 먼저 위 취급설명서에서 성동자동차서비스를 정비센터로 표시한 점에 관하여 보건대, 이 부분은 청구인이 지적하지 않은 부분일뿐더러, 그 내용을 보더라도 직영사업소로 오인할 가능성이 적기 때문에 위법함이 없다.

(다) 다음 청구인이 수리를 맡긴 2003. 5. 31.경 이후의 ‘쌍용자동차 성동정비사업소’라는 표시와 위 서비스안내서의 ‘정비사업소’라는 부분에 관하여 본다.

쌍용자동차는, 정비사업소의 표시는 직영사업소를 위탁사업소와 구분하기 위한 표시가 아닐뿐더러, 직영사업소와 위탁사업소를 구분하는 표시나 광고를 한 사실이 없으며, 직영사업소와 위탁사업소 사이에는 서비스에 있어 아무런 차이가 없다고 하면서, 정비사업소는 직영·위탁 구분 없이 100% 쌍용자

동차만을 수리하는 곳이라고 석명하고 있다.

정비사업소라는 명칭에서 직영사업소라는 어감을 일부 느끼는 것이 전혀 불가능한 일이라고 할 수는 없지만, 위 취급설명서와 서비스안내서의 구분에 의하면, 위탁사업소와 구분되는 직영사업소를 표시하기 위하여 정비사업소라는 명칭을 사용한 것이 아닐 뿐더러, 정비사업소라는 명칭이 반드시 직영사업소로 오인할 기만적이거나 허위의 명칭이라고 할 수는 없다.

그러므로 정비사업소라는 명칭의 사용이 위법함에 이르렀다고까지는 할 수 없어, 이러한 취지에서 이 부분에 관하여 무혐의처분을 한 피청구인의 처분이 자의적이라고 할 수는 없다.

4. 결 론

결국, 청구인의 주장과 달리 쌍용자동차가 위법한 표시나 광고행위를 하였다고 인정할 특별한 증거가 없는 이 사건에 있어서 피청구인이 현저히 정의와 형평에 반하여 조사를 종결하였다거나 이 사건 결정이 헌법재판소가 관여할 만큼의 자의적인 처분이라고는 할 수 없어, 이로 말미암아 청구인의 평등권이나 재판절차진술권이 침해되었다고 할 수 없다.

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권 성 김효종 김경일
송인준 전호숙 이상경

경범죄처벌법 제1조 제42호 위헌제청

(2004. 9. 23. 2002헌가17·18(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 범죄의 피의자로 입건된 사람들에게 경찰공무원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문채취에 불응하는 경우 형사처벌을 통하여 지문채취를 강제하는 구 경범죄처벌법 제1조 제42호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 영장주의의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

2. 범죄의 피의자로 입건된 사람들로 하여금 경찰공무원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문채취에 불응하는 경우 벌금, 과료, 구류의 형사처벌을 받도록 하고 있는 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 수사기관이 직접 물리적 강제력을 행사하여 피의자에게 강제로 지문을 찍도록 하는 것을 허용하는 규정이 아니며 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강요하고 있으므로 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를 결정한다는 점에서 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 경우와는 질적으로 차이가 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 강요는 영장주의에 의하여야 할 강제처분이라 할 수 없다. 또한 수사상 필요에 의하여 수사기관이 직접강제에 의하여 지문을 채취하려 하는 경우에는 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 하므로 영장주의원칙은 여전히 유지되고 있다고 할 수 있다.

2. 이 사건 법률조항은 피의자의 신원확인을 원활하게 하고 수사활동에 지장이 없도록 하기 위한 것으로, 수사상 피의자의 신원확인은 피의자를 특정하고 범죄경력을 조회함으로써 타인의 인적 사항 도용과 범죄 및 전과사실의 은폐 등을 차단하고 형사사법제도를 적

정하게 운영하기 위해 필수적이라는 점에서 그 목적은 정당하고, 지문채취는 신원확인을 위한 경제적이고 간편하면서도 확실성이 높은 적절한 방법이다. 또한 이 사건 법률조항은 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강제하고 그것도 보충적으로만 적용하도록 하고 있어 피의자에 대한 피해를 최소화하기 위한 고려를 하고 있으며, 지문채취 그 자체가 피의자에게 주는 피해는 그리 크지 않은 반면 일단 채취된 지문은 피의자의 신원을 확인하는 효과적인 수단이 될 뿐 아니라 수사절차에서 범인을 검거하는 데에 중요한 역할을 한다. 한편, 이 사건 법률조항에 규정되어 있는 법정형은 형법상의 제재로서는 최소한에 해당되므로 지나치게 가혹하여 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 필요한 정도를 일탈하였다고 볼 수도 없다.

【심판대상조문】

경범죄처벌법(2002. 1. 14. 법률 제6593호로 개정되기 전의 것) 제1조(경범죄의 종류) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

1.~41. 생략

42. (지문채취불응) 범죄의 피의자로 입건된 사람에 대하여 경찰공무원이나 검사가 지문조사 외의 다른 방법으로 그 신원을 확인할 수 없어 지문을 채취하려고 할 때 정당한 이유없이 이를 거부한 사람

43.~54. 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항·제3항

형의실효등에관한법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~3. 생략

4. “수사자료표”라 함은 수사기관이 피의자의 지문을 채취하고 피의자의 인적 사항과 죄명 등을 기재한 표(전산입력되어 관리되거나 자기테이프, 마이크로필름 그 밖에 이와 유사한 매체에 기록·저장된 표를 포함한다)로서 경찰청에서 관리하는 것을 말한다.

5.~9. 생략

형의실효등에관한법률 제5조(수사자료표) ① 사법경찰관은 피의자에 대한 수사자료표를 작성하여 경찰청에 송부하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 즉결심판대상자

2. 사법경찰관이 수리한 고소 또는 고발사건 중 불기소처분사유에 해당하는 사건의 피의자

② 수사자료표를 작성할 사법경찰관의 범위는 대통령령으로 정한다.

형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) ① 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.

② 생략

지문을채취할형사피의자의범위에관한규칙 제2조(지문을 채취할 피의자의 범위) ① 영 제2조 제2항의 규정에 의하여 수사자료표를 작성함에 있어서 지문을 채취할 피의자의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 형법 위반 피의자

2. 별표에 정하여진 법률 위반 피의자

② 피의자가 제1항 각 호의 1에 해당하지 아니하는 경우에도 피의자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 당해 피의자의 지문을 채취한다.

1. 피의자가 그 신원을 증명하는 자료를 제시하지 아니하거나 제시하지 못하는 때

2. 피의자가 제시한 자료에 의하여 피의자의 신원을 확인하기 어려운 때

3. 피의자를 구속하는 때

4. 수사상 특히 필요하다고 인정하여 피의자의 동의를 얻은 때

③ 제1항의 규정에 불고하고 고소 또는 고발사건 중 다음 각 호의 1의 불기소처분사유에 해당하는 피의자에 대하여는 수사자료표작성과 지문채취를 하지 아니한다. 다만, 피의자가 제2항 제1호, 제2호 또는 제4호의1에 해당하는 때에는 그러하지 아니하다.

1. 혐의없음

2. 공소권없음

3. 죄가안됨

4. 각하

5. 참고인증지

【참조판례】

1. 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등, 판례집 9-1, 313, 320-321

헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 258

2. 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819

헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877

【당 사 자】

제 청 법 원 서울북부지방법원(2002헌가17)

서울서부지방법원(2002헌가18)

제청신청인 유○재

대리인 변호사 김영기 외 3인

유○경

대리인 법무법인 한결

담당변호사 차병직 외 1인

당 해 사 건 서울북부지방법원 2002고단1144 경범죄처벌법위반

서울서부지방법원 2001고단1775 경범죄처벌법위반

【주 문】

경범죄처벌법(2002. 1. 14. 법률 제6593호로 개정되기 전의 것) 제1조 제42호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 2002헌가17 사건의 개요

(1) 제청신청인 유○재는 2002. 2. 18. 11:00경부터 17:00경까지 서울 광화문 열린시민공원에서 개최된 ‘부시미국대통령 방한반대 시국농성돌입 및 기자회견’ 집회에 참석하였고, 위 지역관할 서울지방경찰청 북부경찰서장은 위 집회가 옥외집회 및 시위가 금지된 장소에서 신고없이 개최된 것이라는 이유로 3차례에 걸쳐 해산명령을 발하였으나 제청신청인 유○재를 비롯한 집회참가자들이 불응하자 위 집회를 해산하고 참가자들을 연행하였다.

(2) 서울지방경찰청 북부경찰서로 연행된 제청신청인 유○재는 집회및시위에관한법률위반혐의로 피의자로서 조사를 받던 중 인적 사항 및 범죄사실의 신문에 대하여 묵비로 일관하였고 주민등록증 등 인적 사항을 확인할 수 있는 다른 증명서를 가지고 있지 않았으며 담당경찰관으로부터 신원을 확인하기 위한 십지문채취를 요구받았으나 이를 거부하였다. 이에 북부경찰서장은 같은 달 20. 제청신청인 유○재에 대하여 경범죄처벌법 제1조 제42호에 해당한다는 이유로 서울북부지방법원에 즉결심판을 청구하였고, 위 법원은 같은 날 제청신청인 유○재에 대하여 구류 3일, 유치명령 3일을 선고하였으며, 제청신청인 유○재는 이에 불복하여 같은 달 25. 같은 법원에 정식재판을 청구하여 재판계속 중이다.

(3) 같은 해 4. 16. 제청신청인 유○재는 위 경범죄처벌법 제1조 제42호가 헌법 제12조에 의한 영장주의 및 진술거부권 등을 침해한다고 주장하면서 위 법원에 위헌제청신청을 하였고(2002초기237), 이를 받아들인 위 법원은 같은 해 9. 9. 위 규정에 대하여 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

나. 2001헌가18 사건의 개요

(1) 제청신청인 유○경은 2001. 6. 14. 21:50경 서울 ○○구 소재 ○○군부대 앞길에서 “환경오염 시키는 미군은 철수하라.”는 등의 구호를 외치며 시위를 하다가 불법시위에 참가하였다는 이유로 서울지방경찰청 은평경찰서로 연행되어 집회및시위에관한법률위반혐의로 피의자로서 조사를 받던 중 인적 사항 및 범죄사실의 신문에 대하여 묵비로 일관하였고 주민등록증 등 인적 사항을 확인할 수 있는 다른 증명서를 가지고 있지 않았으며 담당경찰관으로부터 신원을 확인하기 위한 십지문채취를 요구받았으나 이를 거부하였다. 이에 따라 같은 달 16. 은평경찰서장은 제청신청인 유○경에 대하여 경범죄처벌법 제1조 제42호에 위반되었다는 이유로 서울서부지방법원에 즉결심판을 청구하였고, 위 법원은 같은 날 제청신청인 유○경에 대하여 무죄를 선고하였으며, 은평경찰서장은 이에 불복하여 같은 달 19. 같은 법원에 정식재판을 청구하여 재판계속 중이다.

(2) 이에 제청신청인 유○경은 위 경범죄처벌법 제1조 제42호가 기본권을 침해한다고 주장하면서 위 법원에 위헌제청신청을 하였고(2002초기64), 이를 받아들인 위 법원은 같은 해 9. 14. 위 규정에 대하여 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

다. 심판의 대상

따라서 이 사건들의 심판의 대상은 경범죄처벌법(2002. 1. 14. 법률 제6593호로 개정되기 전의 것, 신법은 2002. 7. 1.부터 시행) 제1조 제42호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부이며, 그 내용 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

경범죄처벌법 제1조(경범죄의 종류) 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

42. (지문채취불응) 범죄의 피의자로 입건된 사람에 대하여 경찰공무원이나 검사가 지문조사 외의 다른 방법으로 그 신원을 확인할 수 없어 지문을 채취하려고 할 때 정당한 이유없이 이를 거부한 사람

형의실효등에관한법률 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다

음과 같다.

4. ‘수사자료표’라 함은 수사기관이 피의자의 지문을 채취하고 피의자의 인적 사항과 죄명 등을 기재한 표(전산입력되어 관리되거나 자기테이프, 마이크로필름 그 밖에 이와 유사한 매체에 기록·저장된 표를 포함한다)로서 경찰청에서 관리하는 것을 말한다.

2. 제청법원들의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견

가. 제청법원들의 위헌제청이유요지

(1) 형사절차에 있어서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 하는 경우에 중립적인 법관이 구체적인 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야 한다는 것이다. 이 사건 법률조항에 의하면, 수사기관이 피의자로 입건된 자에 대하여 신원을 확인하기 위한 방법으로 지문을 채취하려고 할 때, 피의자가 이를 거부하는 경우에 지문채취에 응하지 않는 자는 형사처벌을 받게 되므로 이는 지문채취를 간접강제하는 것이고, 따라서 피의자의 신체의 자유를 침해하는 강제처분의 성격을 가지므로 영장주의에 의하여 규제받아야 할 영역으로 보인다. 특히 수사기관으로서 주변의 탐문수사에 의하여 신원을 밝히거나 형사소송법 제215조의 검증영장 또는 같은 법 제216조의 체포나 구속 등에 부수한 절차에 의하여 지문을 채취할 수 있음에도 불구하고 지문채취에 불응하는 것을 또 하나의 피의사실로 만들어 벌금, 구류, 과료 등의 불이익을 가하는 형벌법규를 설정하는 것은 수사의 편의성만을 생각한 것으로 헌법이 예정한 영장주의를 회피하여 형해화시킬 위험이 있다. 따라서 헌법 제12조 제3항에 위반된다.

(2) 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차원칙은 피고인이나 피의자의 신체의 자유를 제한하기 위해서는 형식적인 절차뿐 아니라, 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 법률에 의하여야 한다는 것이다. 피의자가 수사기관에 스스로 자신의 범죄를 밝혀야할 의무가 부과될 수 없는 이상 피의자가 여하간의 이유로 자신의 신원을 밝히지 않는 경우에 그 연장선상에서 지문채취에 불응하는 것에 대하여 이 사건 법률조항으로 형사처벌하는 것은 피의자에게 수사기관에서 스스로 범죄를 밝혀야할 의무를 부과하는 것이고, 수사기관이 강제처분 등에 의하여 신원을 밝힐 수 있음에도 불구하고 지문채취에 응하지 않는 피의자를 형사처벌하는 것은 지나치게 수사기관의 편의만을 위한 조치로서 수사의 목적달성을 위하여 반드시 부합하는 적합한 조치라고 보기 어렵다. 따라서 헌법 제12조 제1항 후문에 위반된다.

나. 법무부장관의 의견요지

(1) 일정한 범죄가 발생한 경우 범죄혐의자나 피해자 기타 사건관련자들에게 대한 신원확인 없이는 당해 범죄의 해결은 불가능하며 범죄자에 대한 처벌도 불가능하므로 형사사법절차에서 신원확인은 필수적인 절차이다. 강제로 지문을 채취하는 것은 피의자의 신체의 자유를 침해하는 점에서 강제처분에 해당한다. 그러나 이를 위해 반드시 영장을 발부받아야 한다면, 그 기간 동안 사실상 수사를 중단하여야 하므로 수사의 신속성과 효율성을 저해함으로써 범죄의 예방과 진압에 지장을 초래할 수 있다. 또한 신원이 확인되면 즉시 석방될 수 있는 경미한 범죄혐의자까지도 지문채취를 위해 긴급체포 등을 활용하여 영장을 발부받기까지 유치하고 있어야 하므로 오히려 인권을 침해할 염려도 있다. 게다가 신원확인을 위한 지문채취영장을 청구하면 법원이 이를 거부할 가능성이 거의 없고 지문채취 자체의 신체의 자유에 대한 침해가 비교적 경미하다는 점에서 반드시 사전영장을 요한다고 볼 필요는 없다.

또한 이미 지문을 채취하여 신원확인 등의 목적을 달성하였으므로 법원의 심사에 의한 사후통제가 의미를 가지기 어려운 점과 침해의 정도가 비교적 경미하다는 점에서 사후영장 역시 필요하다고 볼 수 없다.

(2) 지문채취를 위한 법률을 지문채취에 불응하는 피의자의 손을 잡아 강제로 손가락을 펴서 그 지문을 찍도록 하는 직접강제의 방식과 이 사건 법률조항과 같이 형벌을 통하여 간접적으로 강제하는 방식 중 어떠한 형태로 만들어갈 것인지의 문제는 입법정책의 문제로서 수사의 신속성과 효율성, 기본권침해의 정도, 지문채취의 강제방법에 관한 국민적 정서 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

간접강제 역시 피의자의 자유의지를 제한하기는 하나 직접강제보다 그 침해가 덜하다고 할 수 있고, 이 사건 법률조항은 지문조사 외의 다른 방법으로는 신원을 확인할 수 없는 경우에 정당한 이유없이 지문채취에 응하지 않은 경우에만 처벌하도록 하고 있으며 그 처벌도 10만 원 이하의 벌금, 구류, 과료에 한정하고 있어 보충성과 비례성의 원칙도 갖추고 있다. 따라서 그 합리성과 정당성을 갖추고 있으므로 헌법상 적법절차의 원칙에 위반되지 않는다.

다. 경찰청장의 의견요지

(1) 지문채취는 피의자의 범죄·전과사실 은폐 및 타인의 인적 사항 도용 등을 차단함으로써 형사사법제도를 적정하게 운영하고 선량한 국민이 전과자가 되는 것을 예방하기 위한 공익적 목적을 가지는 것이다.

(2) 현대범죄의 경우에 신속한 초기대응이 매우 중요한데, 피의자의 신원을 파악하지 못한 경우에는 공범·전과수사 등을 더 이상 진행할 수 없고, 영장을 발부받아 지문을 채취하는 경우에는 시간지연 등으로 범죄를 조속히 진압할 수 없다.

특히 불특정 다수가 모이는 시위현장에서 한꺼번에 많은 피의자들이 연행되는 경우에는 탐문수사에 의한 신원확인이 사실상 불가능하며 경미한 범죄에 대하여 지문채취에 불응할 때마다 영장을 신청하는 것은 피의자를 형사절차에서 신속히 해방시키는 데에도 장애가 될 수 있다. 우리나라의 경우 수사자료표의 지문감식을 통하여 연평균 2,000여명의 인적 사항을 도용한 피의자를 밝혀내고 있다.

(3) 수사기관의 검증과 같은 강제처분은 형벌권을 실현하기 위하여 불가피한 범위 내에서 엄격히 제한되어야 하는데, 피의자의 신원확인을 위한 지문채취는 형의실효등에관한법률상의 법정요건에 해당하는 모든 피의자를 대상으로 하고 있으므로 이를 엄격히 제한되어야 할 강제처분의 대상으로 보기는 어렵다.

따라서 헌법상의 적법절차원칙이나 영장주의원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 수사기관의 피의자 지문채취

(1) 지문은 손가락 끝마디 안쪽에 피부가 움기한 선 또는 점으로 형성된 각종 문형 및 그 인상을 말한다[지문규칙(경찰청 훈령 2000. 4. 1. 훈령 제301호로 개정된 것) 제2조 제1호]. 사법경찰관은 즉결심판대상자와 고소·고발사건 중 불기소처분사유에 해당하는 사건의 피의자를 제외한 모든 피의자에 대하여 수사자료표를 작성하여 경찰청에 송부하여야 하며 그 작성을 위해 지문을 채취한다(형의실효등에관한법률 제2조 제4호, 제5조 제1항).

원칙적으로 형법위반 피의자와 집회및시위에관한법률, 국민투표법, 공직선거및선거부정방지법 등 41개 법률위반 피의자들의 수사자료표를 작성하는 경우에는 지문을 채취하며(지문을채취할형사피의자의범위에관한규칙 제2조 제1항), 다만, 고소 또는 고발사건 중 혐의없음, 공소권없음 등 불기소처분사유에 해당하는 피의자에 대하여는 수사자료표작성과 지문채취를 하지 아니한다. 지문을 채취해야 할 법률위반이 아니더라도 피의자가 그 신원을 증명하는 자료를 제시하지 아니하거나 제시하지 못하는 경우와 피의자가 제시한 자료에

의하여 피의자의 신원을 확인하기 어려운 경우 피의자를 구속하는 때 및 수사상 특히 필요하다고 인정하여 피의자의 동의를 얻은 때에는 당해 피의자의 지문을 채취하며, 이 중 구속을 제외한 다른 사유의 경우에는 지문채취가 면제되는 불기소처분사유가 있더라도 지문을 채취한다(같은 규칙 제2조 제2항, 제3항).

검사는 직접 사건을 인지하거나 고소·고발사건을 직접 수사하는 경우 지문을 채취하고 수사자료표를 작성한다. 다만, 고소·고발사건의 경우 혐의없음 등의 불기소에 해당하는 경우에는 지문을 채취하지 아니한다. 고소·고발사건 중 사법경찰관으로부터 지문을 채취하지 아니하고 불기소의견, 참고인 중지 의견 또는 기소중지 의견으로 송치받은 사건이나 불기소처분에 대하여 제기수사·공소제기 또는 주문변경명령된 사건에 대하여 공소를 제기하거나 기소유예, 공소보류 등의 결정을 하는 경우에도 지문을 채취하고 수사자료표를 작성한다(검찰사건사무규칙 제15조 제2항, 제4항).

(2) 피의자가 위와 같은 사법경찰관 및 검사의 지문채취에 동의하는 경우는 임의수사로서 법률상 특별한 규정없이도 허용된다(형사소송법 제199조 제1항). 그러나 피의자가 지문채취에 응하지 않는 경우 법관이 발부한 영장없이 이를 직접적으로 강제할 수 있는지 여부가 문제된다. 우선 체포 또는 구속되지 않는 피의자에 대하여 법관이 발부한 영장없이 직접 물리력을 사용하여 강제로 지문을 채취할 수 없다는 점에 대해서는 이론이 없는 것으로 보인다.

체포·구속되는 피의자의 경우 직접강제로 지문을 채취하기 위해서는 영장이 반드시 있어야 한다는 의견이 있기도 하나, 다수의견은 체포 또는 구속의 경우 영장없이 직접강제가 가능하다는 입장을 취하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌여부

(1) 영장주의의 위반여부

(가) 헌법은 제12조 제3항에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하여 적법절차의 원칙과 함께 영장주의를 밝히고 있다. 체포·구속 등 강제처분은 피의자나 피고인의 입장에서 보면 심각한 기본권제한에 해당한다. 특히 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 공권력의 행사과정에서 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크다. 이에 헌법은 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 하는 경우에 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한

영장에 의하도록 하는 영장주의를 천명하고 있다. 따라서 영장주의는 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 역할을 통해 수사기관의 강제처분납용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 그 본질로 한다고 할 수 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등, 판례집 9-1, 313, 320-321 참조).

(나) 이 사건 법률조항은 수사기관이 직접 물리적 강제력을 행사하여 피의자에게 강제로 지문을 찍도록 하는 것을 허용하는 규정이 아니며 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강요하고 있을 뿐이다. 물론 이러한 방식 역시 자유의지에 반하여 일정한 행위가 강요된다는 점에서는 헌법에 규정되어 있는 체포·구속·압수·수색 등과 유사하다고 할 수 있으나, 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를 결정한다는 점에서 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 위와 같은 경우와는 질적으로 차이가 있다.

물리적 강제력을 행사하는 경우 뿐 아니라, ‘상대방에게 의무를 부담하게 하는 경우’가 강제처분에 포함된다고 하거나 ‘상대방의 의사에 반하여 실질적으로 법익 또는 기본권을 침해하는 처분’이면 강제처분에 해당된다고 보기도 하며, 이에 따르면 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 간접적인 강요 역시 강제처분으로 볼 수도 있다. 그러나 수사절차에서 발생하는 의무부담 또는 기본권제한의 경우 그 범위가 광범위하여 명확한 기준을 제시해준다고 볼 수 없고, 모든 의무부담 또는 기본권제한을 법관이 발부한 영장에 의하도록 하는 것이 가능하지도 않다. 예를 들면, 음주운전단속을 위하여 이루어지는 호흡측정기에 의한 음주측정을 일일이 사전영장에 의하도록 요구할 수는 없다.

이러한 이유로 우리 재판소는 음주운전단속을 위하여 이루어지는 호흡측정기에 의한 음주측정에 대하여 ‘성질상 강제될 수 있는 것이 아니고 실무상 숨을 호흡측정기에 한두번 불어넣는 방식으로 행하여지는 것이므로 당사자의 자발적 협조가 필수적’이라며 ‘당사자의 협력이 궁극적으로 불가피한 측정방법을 두고 강제처분이라고 할 수 없을 것’이라고 판시하여(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 258) 영장주의가 적용되는 강제처분을 물리적 강제력을 행사하는 경우로 제한하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 강요는 영장주의에 의하여야 할 강제처분이라 할 수 없다.

(다) 피의자가 수사기관의 지문채취에 동의하지 않는 경우 이를 강제하는

방법에는 지문채취에 불응하는 피의자의 손을 잡아 강제로 펴서 지문을 찍도록 하는 것과 이 사건 법률조항과 같이 간접적으로 강제하는 것이 있을 수 있다. 검증영장에 의하거나 또는 체포·구속에 부수되어 이루어지는 직접강제와 이 사건 법률조항에 의한 간접강제가 현행법상 모두 가능하므로 수사기관으로서는 편의상 간접강제에 의한 지문채취를 선택할 수 있으며, 그 결과 영장에 의한 직접강제가 시행되지 않는 상황이 초래될 수는 있다.

그러나 간접적인 심리적 강제방법은 직접강제보다 기본권침해의 정도가 제한적이고, 직접강제에 의하면, 일정한 경우 피의자의 인간으로서의 존엄에 심대한 타격을 가할 수도 있으므로 물리적 강제력에 의하여 입건된 피의자의 지문을 채취하는 것이 간접강제보다 반드시 바람직하다고 볼 수는 없다. 그럼에도 불구하고 수사상 필요에 의하여 수사기관이 직접강제에 의하여 지문을 채취하려 하는 경우에는 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 하므로 영장주의원칙은 여전히 유지되고 있다고 할 수 있다.

게다가 이 사건 법률조항에 의한 처벌은 수사기관에 의하여 직접적으로 이루어지는 것이 아니라 법원에 의한 재판에 의하여 이루어진다. 특히 정당한 이유가 없는 지문채취거부의 경우에만 처벌대상이 되므로 사후에 법관이 지문채취거부의 정당성을 판단하여 당사자를 처벌하지 않을 수도 있고, 이에 따라 수사기관의 지문채취요구의 남용을 억제하는 역할을 하게 된다.

(라) 따라서 이 사건 법률조항이 지문채취거부를 처벌할 수 있도록 하는 것이 비록 피의자에게 지문채취를 강요하는 측면이 있다 하더라도 수사의 편의성만을 위하여 영장주의의 본질을 훼손하고 형해화한다고 할 수는 없다.

(2) 적법절차원칙의 위반여부

(가) 우리 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하여 적법절차의 원칙을 헌법원리의 하나로 수용하고 있다. 이러한 적법절차의 원칙은 법률이 정한 형식적 절차와 실제적 내용이 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 실질적 의미를 지니고 있으며, 형사소송절차와 관련하여서는 형사소송절차의 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리를 천명하고 있는 것으로 이해된다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819 참조).

적법절차의 원칙이 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로 작용하는 경우

특히 형사소송절차에서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정된다는 의미를 가지므로(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877 참조), 결국 이 사건 법률조항의 적법절차원칙위반은 피의자로 입건되어 신문을 받는 자들에게 인적 사항에 대한 자료를 수집하는 수사기관에게 협력할 것을 처벌로서 강제하는 것과 나아가 이를 거부하는 경우 벌금, 과료, 구류의 처벌을 하는 것이 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 위반되는지 여부에 따라 결정되어야 할 것이다.

(나) 이 사건 법률조항은 경찰공무원이나 검사 등 수사기관이 달리 피의자로 입건된 사람의 신원을 확인할 방법이 없을 때 정당한 이유없이 지문채취를 거부할 수 없도록 함으로써 피의자의 신원확인을 원활하게 하고 수사활동에 지장이 없도록 하기 위한 것이다.

수사상 피의자의 신원확인은 피의자를 특정하고 범죄경력을 조회함으로써 타인의 인적 사항 도용과 범죄 및 전과사실의 은폐 등을 차단하고 형사사법 제도를 적정하게 운영하기 위해 필수적이다. 피의자가 특정되지 않으면 수사에 이은 소송 및 집행과정에서 피의자·피고인·수형자를 혼동하기 쉽고 절차의 진행이 원활하게 이루어지지 않는다. 특히 경찰청이 제출한 자료에 의하면, 타인의 인적 사항을 도용한 사건이 한해 1,000건 이상 발생하며 매년 증가하는 추세(1999년 1,184건, 2000년 1,785건, 2001년 1,973건)임을 생각하면 범죄수사의 초기에 신속하게 피의자의 신원을 확인할 필요성이 점차 증가하고 있음을 알 수 있다. 범죄경력의 유무 역시 구속과 기소여부 및 형량을 결정하기 위한 주요한 요소이므로 수사절차에서 반드시 확인되어야 할 것들 중 하나라고 할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 형사사법의 적정운영이라는 공공복리를 위한 것으로서 그 목적은 정당하다고 판단된다.

(다) 지문은 사람의 육체가 형성되는 시기에 결정되어 평생 동안 변하지 않으며 부모형제는 물론 일란성 쌍둥이와도 구별되는 개인별 고유한 특징을 가지고 있어 개인을 특정하고 식별하는 데 매우 유용하다. 특히 피의자가 타인의 인적 사항을 도용하는 경우 지문정보를 활용하면 즉각 신원을 확인할 수 있으므로 수사의 효율성을 높일 수 있다.

이에 반해 통상 신원확인수단으로 이용되는 얼굴사진의 경우 시간 및 장소,

촬영방법에 따라 사진이 달라질 수 있고 얼굴 자체가 노화 또는 성형수술에 의하여 달라질 수 있다는 단점이 있으며 최근에 발달한 유전자감식의 경우 전문적인 지식과 기술이 필요하다는 점에서 한계가 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 의한 지문채취는 신원확인을 위한 경제적이고 간편하면서도 확실성이 높은 적절한 방법이라 할 수 있다.

(라) 피의자가 수사기관의 지문채취에 동의하지 않는 경우 이를 강제하는 방법으로는 지문을 직접 강제로 채취하는 것을 생각해볼 수 있다. 이는 지문채취에 불응하는 피의자의 손을 잡아 강제로 펴서 지문을 찍도록 하는 방법으로서 피의자의 의사에 반하여 일정한 신체활동을 강제하는 것이므로 경우에 따라서는 피의자의 인간으로서의 존엄에 심대한 타격을 가할 수도 있다. 이에 반하여 이 사건 법률조항은 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강요하고 있다. 이러한 방식 역시 자유의지에 반하여 개인에게 일정한 행위를 강요하는 점에서는 차이가 없으나, 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를 결정한다는 점에서 보다 덜 침해적인 방법이라고 할 수 있다.

또한 이 사건 법률조항은 다른 방법으로 신원을 확인할 수 없는 경우에 이루어지는 지문채취에 대한 거부만을 처벌대상으로 하고 있어 피의자가 주민등록증이나 운전면허증 등 신분증을 소지하고 있거나 신문을 거부하지 않는 등 수사기관에게 신원을 확인할 수 있는 다른 수단이 있는 경우에 지문채취를 요구할 수도 없고 이 사건 법률조항에 의한 처벌도 이루어질 수 없다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 지문채취의 실효성을 확보하기 위하여 간접적으로 이를 강제하고 있으며 그것도 보충적으로만 적용하도록 하고 있으므로 피의자에 대한 피해를 최소화하기 위한 고려를 하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(마) 지문채취 그 자체가 피의자에게 주는 피해는 그리 크지 않다. 우선 지문채취는 통상의 신문과정에서 이루어질 수 있는 사생활이나 내심의 생각에 대한 조사와는 질적으로 다르므로 그 자체로 개인의 은밀한 부분에 대한 수사기관의 관여가 이루어진다고 볼 수 없다. 또한 신원확인을 위해서는 오직 한 벌의 지문만이 필요하다는 점에서 반복하여 강요함으로써 피해를 입힐 가능성도 적고, 지문날인은 짧은 시간에 손쉽게 이루어질 수 있으므로 개인의 신체에 해를 입히는 등 다른 피해가 있을 수도 없다.

반면 일단 채취된 지문은 피의자의 신원을 확인하는 효과적인 수단이 될

뿐만 아니라 수사절차에서 범인을 검거하는 데에 중요한 역할을 한다. 범인이 범죄현장에 남긴 지문을 발견하고 채취하여 피의자 또는 관련자들의 지문과 대조하면 일반적으로 매우 해결하기 곤란해 보이는 사건을 간단하게 해결할 수 있는 적극적인 효과를 얻을 수 있고, 피의자의 지문이 현장의 지문과 일치하지 않는 경우 일단 수사대상에서 제외하여 수사대상을 좁히는 소극적인 효과를 얻을 수도 있다.

(바) 이 사건 법률조항을 위반한 자에 대해서는 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료가 처해진다. 가장 중한 처벌인 벌금의 경우에도 그 금액은 5만 원 이상 10만 원 이하에 불과하고(형법 제45조, 경범죄처벌법 제1조) 같은 종류의 재산형으로서 과료는 그 금액이 2천 원 이상 5만 원 이하에 불과하다(형법 제47조). 구류의 경우 1일 이상 30일 미만의 기간 동안 경찰서유치장, 구치소 또는 교도소에서 집행된다(형법 제46조, 즉결심판절차법 제18조 제2항).

물론 무자력자의 경우 10만 원 정도의 금액도 부담이 될 수 있고 모든 사람들에게 30일 미만의 기간 동안 신체의 자유를 제한받는 것은 상당한 불이익이라 할 수 있다. 그러나 구류와 과료는 우리 형벌 체계상 각각 자유형과 재산형에서 가장 가벼운 형에 해당하고, 그 보다 중한 형인 벌금의 경우에도 다액을 10만 원으로 제한하여 부담이 커지는 것을 방지하였으며, 피고인의 자력을 고려한 법관의 판단에 따라서는 5만 원 정도의 적은 금액의 벌금이 부과되는 것도 가능하다.

이와 같이 이 사건 법률조항에 규정되어 있는 법정형은 형법상의 제재로서는 최소한에 해당되므로, 지문채취거부행위에 대한 형벌부과의 합리성을 부정하지 않는 한 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하여 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 필요한 정도를 이탈하였다고 볼 수는 없다.

(사) 그렇다면 이 사건 법률조항이 범죄의 피의자로 입건된 사람들로 하여금 경찰공무원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문 채취에 불응하는 경우 벌금, 과료, 구류의 형사처벌을 받도록 하고 있는 것은 관련 요소들을 합리적으로 고려한 것으로서 헌법상의 적법절차원칙에 위배되지 않는다고 볼 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법상의 영장주의와 적법절차원칙에 위배되지 않으므로 헌법에 위반되지 아니하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주

문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권성 김호종 김경일
송인준 주선희 전효숙 이상경

구 증권거래법 제209조 제7호 위헌제청

(2004. 9. 23. 2002헌가26 전원재판부)

【판시사항】

증권감독위원회의 명령을 위반한 경우 형사처벌하도록 한 구 증권거래법(1998. 1. 8. 법률 제5498호로 개정되기 전의 것) 제215조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)에서 이 사건 법률조항이 준용하는 제209조 제7호 중 제54조에 관한 부분이 죄형법정주의, 포괄위임금지의 원칙에 반하는지 여부(적극)

【결정요지】

위임입법이 필요한 분야라고 하더라도 입법권의 위임은 법치주의의 원칙과 의회민주주의의 원칙, 권력분립의 원칙에 비추어 구체적으로 범위를 정하여 하는 경우만 허용된다. 더구나 처벌규정의 위임은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 처벌법규의 구성요건적 내용을 증권관리위원회가 '대통령령이 정하는 바에 의하여' ……증권회사에 대하여 필요한 명령을 할 수 있다고만 규정하여 그 구체적인 내용을 포괄적·전면적으로 하위명령에 위임하고 있다. 따라서 수권조항에서는 대통령령에 규정될 구성요건적 요소가 어떠한 것일 지를 전혀 예측할 수 없다. 즉 법 제54조는 구체적 구성요건적 요소를 규정할 대통령령에 아무런 제한을 두지 않고, 규정될 내용의 대강을 전혀 정하지 않은 채 곧바로 위임함으로써 실질적인 백지위임을 하고 있다.

또한 증권관리위원회의 명령제정에 있어서의 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호라는 제한적 개념요소를 고려하더라도 법관의 보충해석만으로 그 한계를 정하기가 어렵고, 결국 행정부의 자의적인 입법을 가능케 하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에도 반한다.

【심판대상조문】

구 증권거래법(1998. 1. 8. 법률 제5498호로 개정되기 전의 것) 제209조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1.~6. 생략
7. 제54조……의 규정에 의한 명령에 위반한 자
- 8., 9. 생략

구 증권거래법(1998. 1. 8. 법률 제5498호로 개정되기 전의 것) 제215조(양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제207조의2 내지 제212조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

구 증권거래법(1998. 1. 8. 법률 제5498호로 개정되기 전의 것) 제54조(위원회의 명령권) 위원회는 대통령령이 정하는 바에 의하여 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호를 위하여 증권회사에 대하여 필요한 명령을 할 수 있다.

【참조조문】

헌법 제75조

【참조판례】

- 헌재 1995. 10. 26. 93헌바62, 판례집 7-2, 419, 429
헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 158-159
헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341

【당 사 자】

제청법원 서울고등법원
당해사건 서울고등법원 99노1548 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 등

【주 문】

구 증권거래법(1998. 1. 8. 법률 제5498호로 개정되기 전의 것) 제215조에서 위 조항이 준용하는 제209조 제7호 중 제54조에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 김○산은 ○○증권 주식회사(이하 “○○증권”이라 한다)를 포함한 10개 계열사를 거느린 ○○그룹의 회장인바, 증권관리위원회에서 제정한 재무건전성 준칙에 따라 증권회사는 특수관계인인 계열사에게 금전을 대여하거나 신용을 공여하여서는 아니됨에도 불구하고 ○○증권의 대표이사인 김○종과 공모하여 1997. 6. 10.부터 같은 해 12. 6.까지 ○○증권이 ○○그룹의 계열사인 ○○종합건설 주식회사, ○○건설 주식회사, ○○팩토링 주식회사 등에게 14회에 걸쳐 합계 1,442억 원의 어음지급보증, 예금담보제공 및 직접 단기자금 대역을 하도록 함으로써 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호를 위하여 증권관리위원회에서 제정한 위 명령을 위반하였다는 이유로 기소되었다.

(2) 김○산은 1999. 5. 21. 서울지방법원에서 위 범죄사실로 유죄판결을 선고받고 서울고등법원에 항소하여 그 소송 계속 중 증권관리위원회의 명령위반에 대한 처벌규정인 구 증권거래법 제209조 제7호는 포괄위임금지의 원칙, 죄형법정주의 원칙에 위배된다는 이유로 위 조항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 이 사건 제청에 이르렀다.

나. 심판의 대상

제청법원은 구 증권거래법(1998. 1. 8. 법률 제5498호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라고 한다) 제209조 제7호 중 ‘제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 자’ 부분의 위헌여부에 관하여 위헌여부심판의 제청을 하였다. 그러나 법 제54조는 증권회사만을 수범자로 규정하고 있으므로 법 제209조 제7호 중 ‘제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 자’라는 부분은 증권회사만이 그 적용대상이 된다. 증권회사의 임직원 또는 그 공범으로서 법 제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 경우는 위 조항에 대한 양벌규정인 법 제215조에 의하여 형사처벌을 받게 된다. 그렇다면, 비록 제청법원이 ‘법 제209조 제7호 중 법 제54조의 규정에 의한 명령에 위반한 자’라는 부분의 위헌여부에 관하여 제청을 하였더라도 당해사건에서 적용될 조항은 법 제215조임이 명백하므로, 이 사건의 심판대상은 법 제215조에서 위 조항이 준용하는 제209조 제7호 중 제54조에 관한 부분(즉, ‘법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 법 제209조 제7호 중 법 제54조에 의한 명령을 위반한 때’라는 부분, 이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부라고 할 것이다.

이와 관련된 법률조항의 내용은 다음과 같다.

법 제209조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~6. 생략

7. 제54조……의 규정에 의한 명령에 위반한 자

8., 9. 생략

법 제215조(양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제207조의2 내지 제212조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

법 제54조(위원회의 명령권) 위원회는 대통령령이 정하는 바에 의하여 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호를 위하여 증권회사에 대하여 필요한 명령을 할 수 있다.

법 시행령(1998. 2. 24 대통령령 제15687호로 개정되기 전의 것) 제37조(증권회사에 대한 명령) 위원회는 법 제54조의 규정에 의하여 다음 각 호의 사항에 관하여 필요한 명령을 할 수 있다.

1. 증권회사의 자산운용에 관한 사항

2. 증권회사의 고객으로부터 예탁 받은 금전·유가증권과 위탁증거금 및 신용거래보증금의 보관·관리에 관한 사항

3. 증권회사의 경영 및 업무개선에 관한 사항

4. 법 제202조의 규정에 의한 쟁의 조정기관의 조정안의 이행에 관한 사항

5. 제1호 내지 제4호 이외의 사항으로서 재정경제원장관의 승인을 얻은 사항

증권회사의 재무건전성 준칙 제25조(특수관계인 발행증권 등의 소유한도 등) ①, ②, ④ 생략

③ 증권회사는 특수관계인에게 금전을 대여하거나 신용을 공여하지 못한다. 다만 임원에 대하여 연간 보수범위 내에서 금전을 대여하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 제정법원의 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제정법원의 제청이유

이 사건 법률조항은 범죄의 구성요건을 법 제54조에 의한 증권감독위원회의 명령위반으로 하여 구성요건 전부를 위 명령에 위입하고, 증권감독위원회

가 명령을 발할 수 있는 사항은 법 제54조에 의하여 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호를 위하여 필요한’ 것으로 규정하고 있다.

그런데 ‘과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호’는 그 개념이 지나치게 추상적이고 광범위하여 실제로 증권감독위원회의 활동영역 전부에 미친다고 보이므로, 이 사건 법률조항의 내용만으로는 증권감독위원회가 과연 어떠한 사항에 관하여 명령을 내리고 결과적으로 어떠한 행위가 처벌의 대상이 될지를 예측하기 어렵다. 더구나 법 제54조에서 위임한 대통령령은 증권감독위원회가 명령할 수 있는 사항으로 ‘증권회사의 자산운용에 관한 사항, 증권회사의 고객으로부터 예탁받은 금전·유가증권과 위탁증거금 및 신용거래보증금의 보관·관리에 관한 사항, 증권회사의 경영 및 업무개선에 관한 사항’ 등이다가 심지어 ‘그 이외의 사항으로서 재정경제원장관의 승인을 얻은 사항’까지 포함하고 있어서, 법률뿐만 아니라 대통령령을 보아도 범죄의 구성요건이 대강이나마 어떠한지 짐작할 수 없도록 되어 있다.

그렇다면, 이 사건 법률조항은 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 예측할 수 있는 기준과 범위를 정함이 없이 범죄의 구성요건을 하위법규에 포괄적으로 위임하는 것이어서 죄형법정주의와 위임입법의 한계를 규정한 헌법에 위반된다.

나. 재정경제부장관의 의견

형벌법규의 구성요건은 원칙적으로 국회가 제정한 법률에 정하여져야 하는 것이나 사회현상의 복잡화로 현대국가의 기능이 증대되고 있는 반면 입법부는 전문적·기술적 분야에 한계를 보임에 따라 국민의 권리의무에 관한 사항이라도 합리적인 이유가 있으면 법률에 근거를 두고 하위법규에 위임하는 것이 가능하다.

증권시장은 기업에게는 투자자금의 조달을 가능하게 하고 투자자에게는 건전한 재산형성의 기회를 제공하는 금융과 경제의 심장이며, 증권회사는 기업과 투자자를 연결하는 매개체로서 자원의 재분배를 담당하고 있다. 따라서 증권회사의 재무상태가 부실하게 되면 증권시장의 부실, 나아가 금융시장 전체의 부실로 이어져 기업과 투자자에게 막대한 손실을 초래할 수 있다. 그런데 증권회사의 불건전한 영업행위나 재무부실화를 초래하는 자산운용행위 등은 증권거래의 복잡성으로 무단히 변경되고 있어 그 행위 형태나 규제기준도 상황에 따라 탄력적으로 정할 수 있어야 규제의 실효성을 확보할 수 있으므로

법률에 근거한 하위규범에 처벌법규를 일부 위임한 것은 정당하다.

그리고 이 사건 법률조항은 일반국민을 대상으로 하는 조항이 아니고 증권거래법상 증권업의 허가를 받은 증권회사와 그 임직원 등 전문적이고 높은 수준의 준법정신을 필요로 하는 자를 수범자로 하는 것인바, 위 수범자들은 이 사건 법률조항으로부터 처벌대상이 되는 행위의 내용을 쉽사리 예측할 수 있다.

결국, 이 사건 법률조항은 하위규범에의 위임의 필요성이 인정되고, 이 사건 법률조항으로부터 처벌대상이 되는 행위의 내용을 예측할 수 있으므로 위헌이 아니다.

3. 본안에 대한 판단

가. 위임입법의 필요성

“법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.”라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법 질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙이다. 우리 헌법도 제12조 제1항 후단에 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단에 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”라고 규정하여 죄형법정주의를 천명하였다.

그런데 고도로 복잡다양하고 급속히 변화하는 현대사회에서 국민의 권리·의무에 관한 사항이라도 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없기 때문에 입법권비위임 또는 권한위임금지의 원칙은 더 이상 그 엄격성을 유지할 수 없게 되었다. 전문기술적인 사항이나 급변하는 상황과 연관된 사항에 대하여는 법률의 하위규범인 행정부의 명령을 통하여 신속하고 탄력적인 대응이 가능하기 때문이다. 형벌법규에 대하여도 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에는 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정한다면 이러한 위임입법은 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다(헌재 1995. 10. 26. 93헌바62, 판례집 7-2, 419, 429; 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 158-159등 참조).

나. 위임입법의 한계

그러나 헌법상 국회입법의 원칙에 따라 입법권은 법률의 유보가 적용되는 범위 내에서 국회의 배타적인 권한이므로 위임입법에는 일정한 한계가 있다고 보지 않으면 안된다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 허용한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 다를 바가 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권 행사에 대한 무제한적인 침해할 조래할 위험이 있기 때문이다. 이에 우리 헌법 제75조는 “법률에 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 일반적인 위임입법의 근거와 아울러 그 범위 및 한계를 제시하고 있다.

헌법 제75조는 처벌법규에도 당연히 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권 보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4. 판례집 3, 336, 341 참조).

다. 이 사건 법률조항의 검토

이 사건 법률조항은 대통령이 정한 바에 의하여 증권관리위원회가 내린 명령에 위반한 경우 처벌할 수 있도록 하는 수권규정으로 처벌의 대상이 되는 구성요건적 행위에 대하여 행정입법에 위임하고 있다. 증권거래법은 유가증권의 발행과 매매 기타의 거래를 공정하게 하여 유가증권의 유통을 원활히 하고 투자자를 보호함으로써 국민경제의 발전에 기여함을 목적으로 하는바(법 제1조), 유가증권의 발행과 매매, 기타 거래에서 가장 중요한 역할을 하는 것이 증권회사이다. 왜냐하면 증권회사는 전문가로서 발행시장에서는 발행회사와 투자자 사이에서 발행회사의 자금조달을 돕는 한편 투자자에게는 알맞은 투자대상을 제공함으로써 자원의 효율적 배분을 돕고, 유통시장에서는 투자자 사이의 증권거래를 증대함으로써 증권 유통을 촉진하는 역할을 하며, 투자자의 관점에서 보면 투자자가 증권시장에 참여하기 위해서는 증권

회사를 통할 수밖에 없기 때문이다. 그러나 증권시장은 그 자체가 가지는 사용가치는 없고 그것이 표창하는 권리의 가치에 따라 평가되는 유가증권을 거래의 대상으로 하기 때문에 발행시장, 유통시장 모두 고도로 복잡다양하고 급속히 변화하며 전문화, 세계화되어 있어 이와 관련된 국민의 권리·의무에 관한 사항을 모두 국회에서 정하는 것은 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력의 한계를 벗어난다. 따라서 증권시장에서의 증권회사의 행위를 규제하기 위하여 일정한 사항에 관하여 행정부에 법규제정을 위임할 필요성이 인정된다.

그러나 위임입법이 필요한 분야라고 하더라도 입법권의 위임은 법치주의의 원칙과 의회민주주의의 원칙, 권력분립의 원칙에 비추어 구체적으로 범위를 정하여 하는 경우만 허용된다. 더구나 처벌규정의 위임은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 처벌법규의 구성요건적 내용을 증권관리위원회가 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여’ 증권회사에 대하여 필요한 명령을 할 수 있다고만 규정하여 그 구체적인 내용을 포괄적·전면적으로 하위명령에 위임하고 있다. 따라서 수권조항에서는 대통령령에 규정될 구성요건적 요소가 어떠한 것일 지를 전혀 예측할 수 없다. 즉 법 제54조는 구체적 구성요건적 요소를 규정할 대통령령에 아무런 제한을 두지 않고, 규정될 내용의 대강을 전혀 정하지 않은 채 곧바로 위임함으로써 실질적인 백지위임을 하고 있다. 이는 증권관리위원회가 대통령령으로 정하는 사항의 범위 내에서 ‘과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호를 위하여’ 증권회사에 대하여 명령을 할 수 있다는 점에서 구성요건적 요소의 설정에 있어서 다소 제한적인 요소를 규정하고 있다 하더라도 마찬가지이다. 왜냐하면 법 제54조의 ‘과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호를 위하여’ 부분은 문언 구조상 증권관리위원회가 대통령령의 범위 내에서 명령을 할 경우 명령권 행사의 제한적 요소로서 기능하고 있고, 가사 이를 행정부가 대통령령을 제정할 경우 구성요건설정에 있어서 제한적 요소로서 위임입법의 구체성, 명확성을 담보하기 위한 기준으로 본다고 하더라도 위 내용은 그 개념에 있어서 지나치게 추상적이고 광범위하여 증권거래법의 목적인 ‘공정한 거래, 유가증권유통의 원활, 투자자 보호, 국민경제의 발전에 기여함’ 등과 동어반복에 가까울 정도이고, 실제에 있어서도 증권관리위원회의 모든 활동 영역에 미치는 것으로서 위

와 같은 요소만으로는 대통령령에 어떠한 행위가 처벌의 대상으로 규정될 것인지 예측할 수 없다고 판단되기 때문이다.

한편 증권거래법의 목적, 증권관리위원회의 구성, 역할 등 관련 법률조항을 유기적, 체계적으로 살펴보더라도 어떠한 사항이 구성요건적 내용으로 정해질지를 예견하기 어렵다. 증권관리위원회는 공익 또는 투자자 보호를 위하여 필요한 때에는 유가증권신고의 신고인, 발행인, 인수인, 기타 관계인에 대하여 자료의 제출을 명하거나(법 제19조 제1항), 일정한 경우에 유가증권의 발행·모집, 매출 기타 거래를 정지 또는 금지시킬 수 있고(법 제20조), 공개매수의 경우 공익 또는 투자자 보호를 위하여 필요하다고 인정한 때에는 자료제출을 요구할 수 있으며(법 제27조), 증권관리위원회 산하의 증권감독원은 증권회사의 건전영업질서를 유지하기 위한 부채비율유지의무(법 제39조), 자기계약의 금지(법 제44조), 신용공여한도 설정(법 제49조) 등 각종 규제(법 제5장 제2절)의 준수 여부를 확인하기 위하여 증권회사의 업무와 재산에 관하여 검사를 할 수 있으나, 위와 같은 규제조항은 유가증권의 발행과 매매 기타 거래를 공정하게 하여 유가증권의 유통을 원활히 하고 투자자를 보호하고자 하는 증권거래법의 입법목적을 실현하기 위한 증권관리위원회의 권한을 구체적으로 정한 것으로서 이러한 내용만으로는 증권관리위원회가 증권회사에 대하여 어떠한 내용에 대하여 어떻게 규제를 할지 곧바로 예측하기 어렵다. 왜냐하면, 위와 같은 개별적 규정들이 모두 과도한 투기거래의 방지나 공익 또는 투자자 보호라는 법 제54조의 규제범위 속에 포함되므로 이들 내용만으로는 법 제54조가 규제대상으로 삼고자 하는 나머지 부분을 파악할 수 없기 때문이다. 따라서 사실상 증권거래법의 목적에만 부합하면 행정부는 법 제54조를 근거로 형사처벌대상이 되는 행위를 자의적으로 선정할 수 있게 된다.

실질적인 면에서 살펴보아도, 이 사건 법률조항을 수권조항으로 하는 대통령령은 증권회사의 자산운용에 관한 사항에서부터 경영, 업무개선에 관한 사항을 비롯하여 심지어는 재정경제원장관의 승인을 얻은 사항까지 증권관리위원회가 명령권을 행사할 수 있도록 위임하고 있어 법률상으로는 재정경제원장관도 형사처벌을 위한 구성요건적 행위를 정할 수 있게 되어 있다. 또한 법 제54조는 형사처벌의 근거조항일 뿐만 아니라 각종 행정제재의 근거조항이기도 하기 때문에 그 하위규정은 행정상의 제재로 충분한 경미한 사항뿐만 아니라 법률에서 대강의 범위를 정해 형사처벌을 해야 할 정도로 중요한 사항에 이르기까지 모두 망라되어 있다. 따라서 법 제54조는 실질적인 면에서도

가벼운 위반행위에서 중대한 위반행위에 이르기까지 모두 형사처벌의 대상으로 삼을 수 있으므로 수범자인 증권회사 또는 그 임직원이 과연 어떠한 내용의 행위가 형사처벌의 대상이 될지 곧바로 예측할 수 없다.

나아가 수범자가 증권회사 또는 증권회사의 대표자, 대리인, 사용인 기타 종업원 등 증권시장이나 증권관리위원회의 역할에 대하여 평균인 이상의 전문지식과 경험을 갖추고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항과 같이 백지식 위임의 경우는 대통령령에서 어떠한 내용이 정해질 지 예측할 수 없기는 마찬가지이다.

그리고 이 사건 법률조항의 포괄적 위임은, 증권관리위원회의 명령제정에 있어서의 과도한 투기거래의 방지와 공익 또는 투자자의 보호라는 제한적 개념요소를 고려하더라도 법관의 보충해석만으로 그 한계를 정하기가 어렵고, 결국 행정부의 자의적인 입법을 가능케 하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에도 반한다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 포괄적인 위임입법을 금지한 헌법 제75조 등에 위반되므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효중 김경일(주심)
송인준 주선희 전효숙 이상경

당진군과 평택시간의 권한쟁의

(2004. 9. 23. 2000헌라2 전원재판부)

【판시사항】

1. 가. 이른바 아산만 해역 중에서 일정 해역(이하 '이 사건 해역'이라 한다)에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방(이하 '이 사건 제방'이라 한다)에 대한 자치권한이 청구인에게 속하고, 나. 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소하지 아니한 부작위가 청구인의 위 자치권한을 침해하며, 다. 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 청구인이 말소해달라고 요구하였으나 피청구인이 이를 거부한 행위(처분)가 청구인의 위 자치권한을 침해한 것이라는, 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구가 적법한 것인지 여부(소극)

2. 피청구인의 장래처분에 대하여 헌법재판소법 제61조 제2항에 의거 권한쟁의심판을 청구할 수 있는지 여부(적극)

3. 피청구인 평택시가 이 사건 제방에 대해서 행사할 장래처분이 청구인의 위 자치권한을 침해할 위험성이 있다는, 청구인의 피청구인 평택시에 대한 심판청구가 적법한 것인지 여부(적극)

4. 이 사건 제방에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구는 그 심판청구의 본질을 지방자치권의 침해로 볼 수 없으며, 지방자치단체인 청구인 당진군이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 평택시장을 상대로 다투고 있는 청구라고 할 것이므로, 지방자치단체인 청구인의 이 부분 심판청구는 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판청구라고 할 것이므로 부적법하다.

재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 전호숙, 재판관 이상경의
반대의견

청구인은 이 사건 제방에 대한 지적법상의 토지대장관리권한이 아니라 이 사건 제방에 대한 토지관할권한을 다투고 있는데, 청구인과 피청구인 평택시장 사이에서 피청구인 평택시장의 토지대장 등록행위는 청구인의 토지관할권한을 침해하는 행위가 될 수 있으므로, 청구인은 피청구인 평택시장을 상대로 ① 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 있다는 확인을 구할 수 있고, ② 침해상태의 제거를 위하여 그 등록의 말소를 청구할 수도 있을 것이므로, 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 자치권한 확인청구부분과 토지등록말소청구부분은 적법하다.

2. 피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한침해가 예상되는 경우에 청구인은 원칙적으로 이러한 장래처분이 행사되기를 기다린 이후에 이에 대한 권한쟁의심판청구를 통해서 침해된 권한의 구제를 받을 수 있으므로, 피청구인의 장래처분을 대상으로 하는 심판청구는 원칙적으로 허용되지 아니한다. 그러나 피청구인의 장래처분이 확실하게 예정되어 있고, 피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해 주어야 할 필요성이 매우 큰 예외적인 경우에는 피청구인의 장래처분에 대해서도 헌법재판소법 제61조 제2항에 의거하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

3. 이 사건 제방과 향만 창고시설 등에 대한 피청구인 평택시의 관할권한 행사가 확실하게 예정되어 있으므로, 피청구인 평택시의 장래처분이 확정적으로 존재하고, 피청구인의 장래처분에 의하여 청구인의 이 사건 제방에 대한 관할권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해야 할 필요성이 매우 크다고 할 것이므로, 피청구인 평택시의 장래처분은 헌법재판소법 제61조 제2항에서 규정하고 있는 처분에 해당된다고 할 것이며, 기타의 적법요건도 갖추고 있으므로, 청구인의 피청구인 평택시의 장래처분에 대한 심판청구는 적법하다.

4. 가. 수산업법 제8조 및 제41조 제2항, 공유수면 관리법 제4조 및

제5조, 연안관리법 제8조 등의 개별법률 규정들, 학계의 통설, 대법원의 판례 및 법제처의 의견을 종합하건대, 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이며, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다.

나. 지방자치단체가 관할하는 공유수면의 행정구역 경계에 관하여는 법률로 규정하지 않고 있어서, 공유수면에 대한 행정구역을 구분하는 법률상의 경계는 존재하지 않지만, 지방자치단체 등의 행정기관이 수산업법상의 어업허가 내지 어업면허, 어업단속행위, 공유수면관리법상의 공유수면에 대한 점용 내지 사용허가 등 개별법률들에 의한 행정권한을 행사함에 있어서 있어서 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선을 행정구역 경계선으로 인정해온 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 오랜 기간동안 존재하여 왔고, 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 지방자치단체들과 일반국민들의 법적확신이 존재한다고 할 것이므로, 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선은 행정관습법상 해상경계선으로 인정될 뿐만 아니라 행정판례법상으로도 인정되고 있기 때문에, 불문법상의 해상경계가 된다.

다. 이 사건에서 경기도지사와 충청남도지사가 1966년부터 1973년까지 이 사건 아산만해역에서 당시의 지형도상의 해상경계선을 대강의 기준으로 하여 어업에 관한 행정관할권을 행사하였고, 1983년 이후부터 1992년까지는 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 지형도상의 해상경계선을 엄격한 기준으로 하여 이 사건 아산만해역 중에서 자신에게 속하는 해역에서 어업에 관한 행정관할권한을 독자적으로 행사한 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 상당히 오랜 기간동안 존재하여 왔다고 볼 수 있으며, 이 사건 아산만에 대한 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 충청남도 및 경기도의 지방자치단체들과 이들 지역 주민들의 법적확신이 존재하므로, 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선은 이 사건 아산만 해역에서의 행정구역 경계를 확인하는 행정관습법상의 경계선으로 인정된다. 따라서 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상에 표시된 이 사건 해상경계선을 기준으로 할

때, 이 사건 해역에 대한 관할권한은 청구인에게 귀속된다.

라. 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재하기 때문에, 해역에 관한 관할구역과 그 해역 위에 매립된 토지에 관한 관할구역이 일치하여야 하므로, 지방자치단체가 관할하는 공유수면에 매립된 토지에 대한 관할권한은 당연히 당해 공유수면을 관할하는 지방자치단체에 귀속된다. 위에서 본 바와 같이, 이 사건 해역에 대한 관할권한은 청구인에게 귀속되기 때문에, 이 사건 해역에 건설된 이 사건 제방에 대한 관할권한도 청구인에게 귀속된다.

재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의
반대의견

가. 지방자치법 제4조 제1항은 육지에 대한 구역설정을 상정하여 규정한 것이지 공유수면인 바다를 대상으로 한 것이 아니므로, 위 범조항으로부터 지방자치단체의 구역에 바다가 포함된다고 해석할 수는 없고, 수산업법 제53조 및 내수면어업법 제14조는 자치단체의 구역에서 바다가 제외됨을 전제로 규정하고 있으며, 수산업법 제4조 제1항 및 제8조 제1항도 지방자치단체가 공유수면에 대하여 자치권한을 가지고 있지 않다는 근거가 되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한은 존재하지 아니한다.

나. 국립지리원이 작성한 지형도의 해상에 표시된 경계표시는 도서의 소속을 표시할 뿐 지방자치단체의 관할구역을 판단하는데 아무런 법적 구속력이나 입증력을 가지지 아니한다는 것이 국립지리원의 공식견해이고 정부 모든 부처간에도 다툼이 없다.

다. 바다에 대한 지방자치단체의 해상경계가 국립지리원 간행의 지형도상 해상경계에 따라서 결정되어 왔다는 오랜 관행의 존재도 다수의견이 든 사실만으로 인정키 어려울 뿐만 아니라 그 관행에 관하여 법적 확신에 의하여 관습법이 되었다고 인정하기에 족한 증거는 없다.

라. 지방자치법 제4조 제1항에서 지방자치단체의 구역은 종전에 의한다고 규정한 것은 종전에 행정구역이 확정되어 있을 때 그 확정된 구역을 변경하지 아니하고 그대로 둔다는 것을 의미하므로, 이 사건의 경우

와 같이 바다를 매립하여 생성된 토지는 종전에는 존재하지 아니하였던 새로운 토지가 생겨난 것이므로, 종전에 존재하던 것에 의하여 정하여진 기준이 적용될 여지가 처음부터 없다. 그런데 새로 조성된 육지의 행정구역을 어떻게 정할 것인지에 대하여는 아무런 법률 규정이 없으며, 시·도간 구역의 변경을 법률로 정해야 한다면 구역이 확정되어 있지 아니한 지역을 시·도로 편입하는 것도 법률로 정해야 할 것이다. 그렇다면 이 사건 제방에 대한 행정구역을 법률로 정하기 전에는 이 사건 제방은 어느 자치단체의 구역에 속한다고 확정할 수 없는데, 현재로서는 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 부여되어 있다고 볼 법률상의 근거가 없다.

【참조조문】

헌법 제117조 제1항

헌법재판소법 제61조(청구사유) ① 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있을 때에 한하여 이를 할 수 있다.

지방자치법 제4조(지방자치단체의 명칭과 구역) ① 지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐치·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.

② 제1항의 규정에 의하여 지방자치단체를 폐치·분합하거나 그 명칭 또는 구역을 변경할 때에는 관계지방자치단체의 의회(이하 “지방의회”라 한다)의 의견을 들어야 한다. 다만, 주민투표법 제8조의 규정에 의하여 주민투표를 실시한 경우에는 그러하지 아니하다.

③~⑥ 생략

지방자치법 제9조(지방자치단체의 사무범위) ① 지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.

② 제1항의 규정에 의한 지방자치단체의 사무를 예시하면 다음 각 호와 같다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무
가. 관할구역 안 행정구역의 명칭·위치 및 구역의 조정
나. 조례·규칙의 제정·개폐 및 그 운영·관리
다. 산하행정기관의 조직관리

- 라. 산하행정기관 및 단체의 지도·감독
- 마. 소속공무원의 인사·후생복지 및 교육
- 바. 지방세와 지방세외수입의 부과 및 징수
- 사. 예산의 편성·집행 및 회계감사와 재산관리
- 아. 행정장비관리, 행정전산화 및 행정관리개선
- 자. 공유재산관리
- 차. 호적 및 주민등록관리
- 카. 지방자치단체가 필요로 하는 각종 조사 및 통계의 작성
- 2. 주민의 복지증진에 관한 사무
 - 가. 주민복지에 관한 사업
 - 나. 사회복지시설의 설치·운영 및 관리
 - 다. 생활공공자의 보호 및 지원
 - 라. 노인·아동·심신장애자·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진
 - 마. 보건진료기관의 설치·운영
 - 바. 전염병 및 기타 질병의 예방과 방역
 - 사. 묘지· 화장장 및 납골당의 운영·관리
 - 아. 공중접객업소의 위생개선을 위한 지도
 - 자. 청소, 오물의 수거 및 처리
 - 차. 지방공기업의 설치 및 운영
- 3. 농림·상공업 등 산업진흥에 관한 사무
 - 가. 소유지·보통 농업용수시설의 설치 및 관리
 - 나. 농림·축·수산물의 생산 및 유통지원
 - 다. 농업자재의 관리
 - 라. 복합영농의 운영·지도
 - 마. 농외소득사업의 육성·지도
 - 바. 농가부업의 장려
 - 사. 공유림관리
 - 아. 소규모축산개발 및 낙농진흥사업
 - 자. 가축전염병 예방
 - 차. 지역산업의 육성·지원
 - 카. 소비자보호 및 저축의 장려
 - 타. 중소기업의 육성
 - 파. 지역특화산업의 개발과 육성·지원
 - 하. 우수토산품 개발과 관광민예품 개발
- 4. 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무
 - 가. 지역개발사업
 - 나. 지방 토목·건설사업의 시행

- 다. 도시계획사업의 시행
- 라. 지방도, 시군도의 신설·개수 및 유지
- 마. 주거생활환경개선의 장려 및 지원
- 바. 농촌주택개량 및 취락구조개선
- 사. 자연보호활동
- 아. 지방1급 하천, 지방2급 하천 및 소하천의 관리
- 자. 상수도·하수도의 설치 및 관리
- 차. 간이급수시설의 설치 및 관리
- 카. 도립·군립 및 도시공원, 녹지등 관광·휴양시설의 설치 및 관리
- 타. 지방궤도사업의 경영
- 파. 주차장·교통표지등 교통편의시설의 설치 및 관리
- 하. 재해대책의 수립 및 집행
- 거. 지역경제의 육성 및 지원
- 5. 교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무
 - 가. 유아원·유치원·초등학교·중학교·고등학교 및 이에 준하는 각종 학교의 설치·운영·지도
 - 나. 도서관·운동장·광장·체육관·박물관·공연장·미술관·음악당 등 공공교육·체육·문화시설의 설치 및 관리
 - 다. 지방문화재의 지정·보존 및 관리
 - 라. 지방문화·예술의 진흥
 - 마. 지방문화·예술단체의 육성
- 6. 지역민방위 및 소방에 관한 사무
 - 가. 지역 및 직장민방위조직(의용소방대를 포함한다)의 편성과 운영 및 지도·감독
 - 나. 화재예방 및 소방

수산업법(2000. 1. 28. 법률 제6257호로 개정된 것) 제8조(면허어업) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 어업을 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 자치구의 구청장의 면허를 받아야 한다.

- 1. 정치망어업
일정한 수면을 구획하여 대통령령이 정하는 어구를 정치하여 수산동물을 포획하는 어업
- 2. 해조류양식어업
일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용하거나 수중에 필요한 시설을 하여 해조류를 양식하는 어업
- 3. 패류양식어업
일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용하거나 수중에 필요한 시설을 하여 패류를 양식하는 어업
- 4. 어류등양식어업

일정한 수면을 구획하여 그 수면의 바닥을 이용 또는 수중에 필요한 시설을 하거나 기타의 방법으로 패류외의 수산동물을 양식하는 어업

5. 복합양식어업

제2호 내지 제4호 및 제6호의 양식어업을 제외한 어업으로서 양식어장의 특성등을 고려하여 제2호 내지 제4호의 서로 다른 양식어업 대상품종을 2종이상 복합적으로 양식하는 어업

6. 협동양식어업

일정한 수심범위안의 수면을 구획하여 제2호 내지 제5호의 방법으로 양식하는 어업

7. 마을어업

일정한 수심이내의 수면을 구획하여 패류·해조류 또는 정착성수산동물을 관리·조성하여 포획·채취하는 어업

② 시장·군수 또는 자치구의 구청장은 제1항의 규정에 의한 어업의 면허를 할 때에는 제4조의 규정에 의한 개발계획의 범위안에서 이를 하여야 한다.

③ 제1항 각호의 규정에 의한 어업의 종류와 마을어업 및 협동양식어업의 어장수심의 한계는 대통령령으로 정하며, 다음 각호에 관하여 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

1. 어장의 수심(마을어업 및 협동양식어업의 경우를 제외한다), 어장구역의 한계 및 어장사이의 거리
2. 어장의 시설방법, 양식방법 또는 포획·채취방법
3. 양식물 또는 어획물에 관한 사항
4. 어선·어구 또는 그 사용에 관한 사항
5. 기타 어업의 면허에 관하여 필요한 사항

수산업법(2000. 1. 28. 법률 제6257호로 개정된 것) 제12조(어업의 제한 및 조건) 시장·군수 또는 자치구의 구청장은 어업의 면허를 하는 경우에 어업조정, 수산자원의 번식·보호 기타 공익상 필요하다고 인정할 때에는 그 어업의 면허에 제한 또는 조건을 붙일 수 있다.

공유수면관리법(1999. 2. 8. 법률 제5914호로 전문개정된 것) 제4조(공유수면의 관리) 다음 각 호의 1에 해당하는 공유수면은 해양수산부장관이 관리하고, 기타의 공유수면은 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 관리한다.

1. 국토건설종합계획법 제6조 제2항의 규정에 의하여 지정된 특정지역안의 공유수면
2. 산업입지및개발에관한법률 제6조의 규정에 의하여 지정된 국가산업단지안의 공유수면
3. 기타 대통령령이 정하는 공유수면

연안관리법(1999. 2. 8. 법률 제5913호로 제정된 것) 제8조(연안관리지역계획의 수립 등)

① 시장·군수·구청장은 관할 연안의 효율적인 보전·이용 및 개발을 위하여 필요하다고 인정하는 지역에 대하여 통합계획의 범위안에서 연안관리지역계획을 수립할 수 있다.

② 시·도지사는 관할연안의 효율적인 보전·이용 및 개발을 위하여 필요하다고 인정하는 지역으로서 제9조 제1항의 규정에 의하여 연안관리지역계획이 고시되지 아니한 지역에 대하여 통합계획의 범위안에서 2 이상의 시·군·구(자치구를 말한다)에 걸쳐 연안관

리지역계획을 수립할 수 있다. 다만, 해양수산부장관은 시·도지사가 2 이상의 시·군·구에 대한 연안관리지역계획을 수립하는 것이 곤란하다고 인정하는 경우에는 제5조의 규정에 의한 통합계획의 수립절차에 따라 당해연안관리지역계획을 직접 수립할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 연안관리지역계획(이하 “지역계획”이라 한다)에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 관할 연안의 관리에 관한 정책방향
2. 통합계획의 시행에 관하여 필요한 사항
3. 관할연안의 연안정비사업의 방향
4. 기타 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 필요하다고 인정하는 사항

④ 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 지역계획을 수립하고자 하는 때에는 미리 대통령령이 정하는 바에 따라 공청회를 개최하여 지역주민 및 관계전문가의 의견을 듣고, 관계행정기관의 장과 협의한 후 제23조의 규정에 의한 지역연안관리심의회의 심의를 거쳐 해양수산부장관의 승인을 얻어야 한다.

⑤ 해양수산부장관은 제4항의 규정에 의한 승인을 하고자 하는 경우에는 제22조의 규정에 의한 중앙연안관리심의회의 심의를 거쳐야 한다.

연안관리법(1999. 2. 8. 법률 제5913호로 제정된 것) 제9조(지역계획의 고시등) ① 시장·군수·구청장은 제8조 제1항 및 제4항의 규정에 의하여 지역계획을 수립한 때에는 지체없이 이를 공보에 고시하고, 관계행정기관의 장에게 통보하며, 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 시·도지사는 제8조 제2항 및 제4항의 규정에 의하여 지역계획을 수립한 때에는 지체없이 이를 공보에 고시하고, 관계행정기관의 장 및 시장·군수·구청장에게 통보하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 통보를 받은 시장·군수·구청장은 지체없이 이를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

④ 해양수산부장관은 예산의 범위안에서 지역계획의 수립·시행에 필요한 비용을 보조할 수 있다.

측량법(1961. 12. 31. 법률 제938호로 제정된 것) 제21조(측량성과의 복제) ① 기본측량의 측량성과중지도, 도표, 성과표, 사진 또는 성과를 기록한 문서를 복제하고자 하는 자는 미리 연구소장의 승인을 받아야 한다. 원본을 확대, 축소 또는 일부를 생략하는 경우에도 또한 같다.

② 전항의 규정에 의하여 복제를 한 자는 이를 영리의 목적으로 사용할 수 없다.

측량법(1961. 12. 31. 법률 제938호로 제정된 것) 제23조(측량성과의 수정) 연구소장은 지각, 지모 또는 지물의 변동으로 인하여 기본측량의 측량성과가 현장과 상이하게 되었을 경우에는 지체없이 그 측량성과를 수정하여야 한다.

지도도식규칙(1974. 6. 3. 건설부령 제143호로 개정된 후, 1979. 9. 18. 건설부령 제247호로 재개정된 것) 제9조(도식의 세부기준) ① 이 규칙에 규정된 것 이외에 도식에 관한 세부적인 기준은 지도의 종류별로 지리원장이 정한다. 다만, 지적도에 있어서 세부기준에

표시되지 아니한 기호에 관하여는 조제자가 이를 정할 수 있다.

② 지리원장은 제1항의 규정에 의하여 도식에 관한 세부기준을 정하였을 때에는 이를 지체없이 관보에 고시하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1998. 6. 25. 94헌라1, 판례집 10-1, 739, 751-752
헌재 1999. 7. 22. 98헌라4, 판례집 11-2, 51, 64-65

【당 사 자】

청 구 인 당진군

대표자 군수 민종기

1. 대리인 법무법인 두우
담당변호사 백윤기
2. 대리인 법무법인 신촌
담당변호사 김문희

피청구인 1. 평택시장

2. 평택시

대표자 시장 송명호

위 피청구인들 대리인 변호사 신창언 외 1인

【주 문】

1. 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구를 각하한다.
2. 별지도면 표시 “가, 나, 다, 라, 마, 바, 사, 아, 자, 차, 카, 타, 가” 각 점을 순차적으로 연결한 선내 부분에 해당하는 면적 32,834.8㎡의 제방에 대한 관할권한은 청구인에게 있음을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 해운항만청장이 1992. 7. 25. ‘서해에서 아산방조제 사이에 위치하고 있는 해역’(이하 ‘아산만 해역’이라 한다)중에서 ‘충청남도 당진군 송악면 한진리 앞 해역에서 아산방조제 사이에 위치하고 있는 해역’(이하 ‘이 사건 아산만 해

역'이라 한다)에 항만시설을 건설하는 '아산국가공업단지항만개발사업실시계획'(해운항만청고시 제92-41호)을 먼저 승인하고, 1993. 8. 21. '아산국가공업단지 항만개발사업중 호안 및 기타공사에 대한 실시계획'(해운항만청고시 제93-44호)을 변경 승인한 후, 사업시행자인 인천지방해운항만청장은 아산국가공업단지 항만개발사업 호안 및 기타공사를 제1단계로 실시하였다.

그 후 인천지방해양수산청장은 1997. 12. 17. 이 사건 아산만 해역 중에서 '영웅마위 섬 앞 해역에서부터 서해대교 아래에 이르는 해역'에 제1단계 항만시설용 제방인 호안 및 안벽시설 37,690.9㎡(이하 '제1단계 항만시설용 제방'이라 한다)을 매립·준공하였다.

(2) 그리고 나서 사업시행자인 인천지방해양수산청장은 1998. 2. 6. 피청구인 평택시장에게 제1단계 항만시설용 제방에 대한 신규 토지대장 등록신청을 하였으며, 이에 따라 피청구인 평택시장은 같은 해 3. 23. 제1단계 항만시설용 제방을 지번 "경기도 평택시 포승면 만호리 572", 지목 및 면적 "제방 37,690.9㎡", 사유 "1998년 3월 23일 신규등록(매립준공)", 소유자 "국(해양수산부)"으로 하여 자신의 토지대장에 신규 등록하였다.

(3) 그런데 청구인은 국립지리원이 1977년에 편집하여 1978년에 발행한 지형도상의 해상경계선(별지도면 A와 B사이의 선, 이하 '이 사건 해상경계선'이라 한다)에 의하면, 피청구인 평택시장이 등록한 제1단계 항만시설용 제방 면적 37,690.9㎡ 중에서, 별지도면 표시 "가, 나, 다, 라, 마, 바, 사, 아, 자, 차, 카, 타, 가" 각 점을 순차적으로 연결한 선내 부분에 해당하는 면적 32,834.8㎡의 제방(이하 '이 사건 제방'이라 한다)은 청구인의 관할구역에 속하므로, 피청구인 평택시장에게 이 사건 제방에 대한 토지대장의 등록을 말소해 줄 것을 수차례 요구하였으나, 피청구인 평택시장은 이에 불응하였다.

(4) 그리하여 청구인은 1999. 12. 7. 직권으로 이 사건 제방을 지번 "충청남도 당진군 신평면 매산리 976", 지목 및 면적 "제방 32,834.8㎡", 사유 "1999년 12월 10일 신규등록", 소유자 "국"으로 하여 자신의 토지대장에 등록하였다. 이로써 결국 이 사건 제방은 피청구인 평택시장의 토지대장과 청구인의 토지대장에 이중 등록된 상태가 되었다.

(5) 그 후 청구인은 이러한 이중등록 상태를 시정하고자 2000. 8. 14. 이 사건 제방에 대한 토지대장의 이중등록을 말소해 달라고 피청구인 평택시장에게 요청하였다. 이에 대해 피청구인 평택시장은 같은 해 8. 28. 이 사건 제방은 합법적인 신규등록 신청에 의거하여 신규 등록되었으며, 오히려 청구인이

이중등록한 토지를 말소하는 것이 합당하다며, 청구인의 등록말소요청을 거부하는 회신을 청구인에게 보냈다.

(6) 이에 청구인은 ① 이 사건 제방에 대한 자치권이 청구인에게 속하고, ② 피청구인 평택시장이 이 사건 제방에 대한 토지대장 등록을 말소하지 아니하고 있는 부작위는 위법임을 확인해 달라는 청구취지로, 2000. 9. 7. 헌법재판소에 권한쟁의심판청구를 하였다.

(7) 그 후 청구인은 2001. 6. 2. ① 이 사건 제방은 청구인의 관할구역에 속하고, ② 청구인이 이 사건 제방에 대한 피청구인 평택시장의 토지대장 등록을 말소할 것을 요구한 것에 대해 피청구인 평택시장이 2000. 8. 28. 거부한 처분을 취소해 달라는 청구를 추가하였다.

(8) 그러던 중 피청구인 평택시장은 2002. 5. 1. 제1단계 항만시설용 제방에 이어서 추가로 매립·준공한 항만시설 일부에 “경기도 평택시 포승면 만호리 572-2”라는 지번을 부여하여, “대지면적 10,787m²”로 표기하고, “일반건축물대장”에 “평택항 서부두 다목적 창고”, “일반철골조 창고시설 5,640m²”를 등재하고, 2002. 5. 27. 이에 대한 소유권보전등기(국가-해양수산부)를 이행하였다.

(9) 그 후 청구인은 2002. 6. 21. 평택시를 새로운 피청구인으로 지정하고, ① 피청구인 평택시의 이 사건 제방에 대한 장래처분이 청구인의 자치권한을 침해할 위험성이 있으므로, ② 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 속한다는 것을 확인해 달라는 청구취지를 추가하였다.

나. 이 사건의 심판대상

청구인의 권한쟁의심판청구서(2000. 9. 7.)에서의 청구, 청구취지변경서(2001. 6. 2.)에서의 청구, 그리고 피청구인 및 청구취지 변경신청서(2002. 6. 21.)에서의 청구를 종합하여 이 사건의 심판대상을 다음과 같이 특정한다.

(1) 피청구인 평택시장의 부작위에 대한 심판청구

이 심판청구의 심판대상은 ① 별지도면 표시 “가, 나, 다, 라, 마, 바, 사, 아, 자, 차, 카, 타, 가” 각 점을 순차적으로 연결한 선내 부분에 해당하는 면적 32,834.8m²의 제방(이하 ‘이 사건 제방’이라 한다)에 대한 자치권한이 청구인에게 속하는지 여부와, ② 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소하지 아니한 부작위가 청구인의 위 자치권한을 침해한 것인지 여부이다.

(2) 피청구인 평택시장의 거부행위(처분)에 대한 심판청구

이 심판청구의 심판대상은 ① 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게

속하는지 여부와, ② 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 청구인이 말소해달라고 요구하였으나 피청구인이 이를 거부한 행위(처분)가 청구인의 위 자치권한을 침해한 것인지 여부이다.

(3) 피청구인 평택시의 장래처분에 대한 심판청구

이 심판청구의 심판대상은 ① 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 속하는지 여부와, ② 피청구인 평택시가 이 사건 제방에 대해서 행사할 장래 처분이 청구인의 위 자치권한을 침해할 위험성이 있는지 여부이다.

2. 청구인의 주장, 피청구인의 답변 및 행정자치부장관의 의견

별지 기재와 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 권한쟁의심판청구의 적법성

헌법재판소법 제61조 제1항에 의하면 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 규정하고, 같은 조 제2항에 의하면 권한쟁의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 권한쟁의심판을 청구하려면 청구인과 피청구인 상호간에 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있어야 하고, 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 경우이어야 한다(헌재 1998. 6. 25. 94헌라1, 판례집 10-1, 739, 751-752 참조).

나. 이 사건 심판청구 중 피청구인 평택시장에 대한 심판청구의 적법여부

(1) 피청구인 평택시장에 대한 심판청구의 쟁점

(가) 청구인의 이 사건 심판청구 중 피청구인 평택시장에 대한 심판청구는 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소하지 아니하는 부작위 및 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 청구인이 말소해달라고 요구하였으나, 피청구인이 이를 거부한 행위를 둘러싼 권한분쟁으로서, 청구인은 이 부분 심판청구를 통하여 과연 피청구인 평택시장의 위 부작위 또는 거부행위가 청구인의 자치권한을 침해한 것인지 여부 및 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 있는지 여

부 등을 판단하여 줄 것을 구하고 있다.

(나) 이 부분 심판청구와 관련된 청구인과 피청구인 평택시장 상호간 다툼의 내용을 다시 한번 살펴보면 다음과 같다.

1) 피청구인 평택시장은 ‘아산국가공업단지 항만개발사업 중 호안 및 기타 공사에 대한 실시계획’ 사업시행자인 인천지방해양수산청의 신청에 의하여 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 신규등록하였다. 청구인은 피청구인 평택시장에게 이 사건 제방부분이 자신의 관할구역에 속하므로 그 토지대장의 등록을 말소해 줄 것을 수 차례 요구하였으나, 피청구인 평택시장이 이에 응하지 아니하였다.

2) 이에 청구인의 대표자이자 토지대장 관할청인 당진군수가 직권으로 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록하였으며, 이로써 이 사건 제방은 피청구인 평택시장의 토지대장과 당진군수의 토지대장에 이중등록된 상태가 되었다. 청구인은 이러한 이중등록상태를 시정하고자 이 사건 제방에 대한 토지대장의 이중등록을 말소해 달라고 피청구인 평택시장에게 요청하였으나, 피청구인 평택시장은 청구인의 등록말소요청을 거부하였다.

3) 그 후 청구인은 피청구인 평택시장이 이 사건 제방에 대한 토지대장등록을 말소하지 아니하고 있는 부작위가 위법임을 확인해 줄 것과 청구인의 위 등록말소요청을 거부한 처분을 취소하고 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 속한다는 확인을 구하는 권한쟁의심판을 제기하였다. 한편, 청구인은 이 부분 권한쟁의심판을 제기한 이후 평택시를 새로운 피청구인으로 삼아 피청구인 평택시가 이 사건 제방에 대하여 할 앞으로의 처분이 청구인의 자치권한을 침해할 위험성이 있으므로 피청구인 평택시를 상대로 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 속한다는 것을 확인해 달라는 새로운 청구를 이 사건 심판청구에 추가하였다.

(다) 청구인과 피청구인 평택시장 상호간의 다툼의 내용을 종합하여 살펴건대, 청구인이 피청구인 평택시장을 직접 상대방으로 하여 제기하고 있는 이 부분 권한쟁의심판청구의 본질은 피청구인 평택시장의 행위가 이 사건 제방에 대한 자치권한(관할권한)에 대한 침해라고 하는 청구인의 주장과는 달리 과연 피청구인 평택시장에게 이 사건 제방에 관한 토지대장등록사무를 집행할 정당한 권한이 있는지 여부, 또는 그 권한이 당진군수와 평택시장 가운데 누구에게 있는지에 관한 다툼으로, 이는 결국 이 사건 제방의 토지대장등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼이라고 할 것이다.

(2) 지방자치단체의 사무와 권한쟁의심판청구의 적법성

(가) 지방자치법 제9조 제1항은 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다.”고 규정하였다. 즉, 지방자치단체의 사무는 자치사무(고유사무)와 법령에 의하여 그 단체에 소속된 위임사무이다. 위임사무에는 단체위임사무와 기관위임사무가 있는바, 기관위임사무란 국가 등이 지방자치단체의 장 기타의 기관에 대하여 위임한 사무이다. 기관위임사무는 국가의 사무가 지방자치단체의 장 등에게 위임된 것이므로 그 처리의 효과가 국가에 귀속되는 국가의 사무이다. 지방자치단체의 장 기타의 기관은 기관위임사무를 처리하는 범위 안에서는 지방자치단체의 기관이 아니고, 그 사무를 위임한 국가 등의 기관의 지위에 서게 된다.

(나) 권한쟁의심판이 적법하기 위해서는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한이 존재하여야 한다. 지방자치단체가 권한쟁의심판을 청구하기 위해서는 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 그의 권한 즉, 지방자치단체의 사무에 관한 권한이 침해되거나 침해될 우려가 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 기관위임사무는 지방자치단체의 사무라고 할 수 없고, 지방자치단체의 장은 기관위임사무의 집행권한과 관련된 범위에서는 그 사무를 위임한 국가기관의 지위에 서게 될 뿐 지방자치단체의 기관이 아니다. 따라서 지방자치단체는 기관위임사무의 집행에 관한 권한의 존부 및 범위에 관한 권한분쟁을 이유로 기관위임사무를 집행하는 국가기관 또는 다른 지방자치단체의 장을 상대로 권한쟁의심판청구를 할 수 없다고 할 것이다. 결국 국가사무로서의 성격을 가지고 있는 기관위임사무의 집행권한의 존부 및 범위에 관하여 지방자치단체가 청구한 권한쟁의심판청구는 지방자치단체의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 심판청구로서 그 청구가 부적법하다고 할 것이다(헌재 1999. 7. 22. 98헌라4, 판례집 11-2, 51, 64-65 참조).

(3) 청구인의 심판청구 중 평택시장에 대한 심판청구의 적법성

이 사건 심판청구 가운데 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구의 본질은 이 사건 제방에 대한 토지대장등록사무를 집행할 정당한 권한이 누구에게 있는지에 관한 다툼으로, 이는 결국 이 사건 제방의 토지대장등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관한 다툼이라고 할 것이라고 함은 위에서 본 바와 같다.

그러므로 토지대장 등록관련사무의 성격에 관하여 보기로 한다. 지적법은

토지대장 등 지적공부에의 등록을 국가사무(제3조 제1항)로 규정하고, 지적공부의 등록·비치·보관·보존 등 집행행위를 소관청인 시장(구를 두는 특별시·광역시 및 시에 있어서는 구청장)·군수가 담당하도록 규정하고 있다(제2조 제2호, 제3조 제2항, 제8조 제1항 등 참조). 이와 같이 지적공부에의 등록과 관련된 국가사무가 법률 그 자체에 의해서 시장·군수에게 지정되어 있으므로, 지적공부의 등록·비치·보관·보존 등 등록관련의 집행행위는 기관위임사무에 속하고, 지적공부의 등록사무를 관장하는 소관청인 시장·군수는 그 권한과 관련하여서는 국가기관으로서의 지위를 갖는다고 할 것이다.

결국 지방자치단체인 청구인 당진군이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 다투고 있는 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구는 지방자치단체인 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판청구라고 할 것이고, 따라서 청구인이 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 권한을 침해받은 경우라고 할 수 없다.

(4) 청구인의 지방자치권에 대한 침해가능성여부

(가) 청구인은 피청구인 평택시장의 위 토지대장등록사무의 집행결과에 따른 지방자치권(관할권한)의 침해를 주장하며 이 부분 권한쟁의심판청구를 하고 있는바, 지방자치단체인 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구의 본질을 청구인의 지방자치권침해에 기한 것으로 파악하여 이 부분 심판청구의 적법성을 인정할 수 있을 것인지에 관하여 보기로 한다.

(나) 살피건대, 이 사건 제방과 관련하여 청구인과 피청구인 평택시장 상호간에는 피청구인 평택시장이 국가기관의 지위에서 집행한 토지대장등록 등의 사무처리의 적부를 둘러싼 분쟁이 존재할 뿐 그 토지에 대한 지방자치권 자체에 관한 분쟁은 존재한다고 보기 어렵다. 왜냐하면 토지대장등록사무 등 기관위임사무를 집행하는 국가기관으로서의 피청구인 평택시장은 해당토지의 등록사무를 담당할 뿐 지방자치단체인 청구인 및 피청구인 평택시와 같이 자치권한을 행사하거나 다른 지방자치단체의 자치권한을 침해할 지위에 있지 아니하기 때문이다. 그러므로 이 사건 제방에 대한 지방자치권의 존부 또는 범위에 관한 다툼은 청구인과 피청구인 평택시 상호간에 존재하는 다툼이라고 할 수 있을 뿐 청구인과 피청구인 평택시장 상호간의 다툼이라고 보기 어렵다. 가사 청구인과 피청구인 평택시장 상호간에 청구인의 지방자치권의 침해를 이유로 한 분쟁이 존재한다고 하여도 이는 피청구인 평택시의 장래의 처분 또는 부작위를 매개로 하는 잠재적이며 간접적인 분쟁에 불과하다고 할

것이다.

그렇다면 이 사건 심판청구 가운데 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구는 청구인과 피청구인 평택시장 상호간의 다툼의 본질을 청구인의 자치권한에 대한 침해에 기한 것으로 파악하기는 어려우며, 양 당사자 상호간에 청구인의 지방자치권에 대한 실질적이며 직접적인 다툼이 있는 경우라고도 할 수 없으므로 부적법한 청구라고 할 것이다.

(5) 소 결

살피건대, 이 사건 심판청구 가운데 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구는 그 심판청구의 본질을 지방자치권의 침해로 볼 수는 없으며, 지방자치단체인 청구인 당진군이 국가사무인 지적공부의 등록사무에 관한 권한의 존부 및 범위에 관하여 국가기관의 지위에서 국가로부터 사무를 위임받은 피청구인 평택시장을 상대로 다투고 있는 청구라고 할 것이다. 따라서 지방자치단체인 청구인의 이 부분 심판청구는 청구인의 권한에 속하지 아니하는 사무에 관한 권한쟁의심판청구라고 할 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 부적법하다 할 것이다.

다. 피청구인 평택시에 대한 청구의 적법여부

(1) 피청구인 평택시의 처분이 존재하는지 여부

(가) 권한쟁의심판의 청구요건

헌법재판소법 제61조는 제1항은 “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는” 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 헌법재판소법 제61조 제1항에 의한 권한쟁의심판은 헌법재판소법 제61조 제2항에 의거하여 “피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때”에 한하여 청구할 수 있다.

이에 따라 권한쟁의심판은 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있거만 하면 언제든지 청구할 수 있는 것이 아니라 일정한 청구요건을 갖춘 경우에만 비로소 청구할 수 있다. 이러한 청구요건은 무엇보다 소송의 남발을 방지하고자 하는 것으로 헌법소원이나 구체적 규범통제 등의 헌법소송에서 일반적으로 채택되고 있다.

피청구인의 처분 또는 부작위가 존재하지 아니한 경우에는 권한다툼에 대한 구체적인 사건성숙성이 아직 성립하지 않았으므로, 권한쟁의심판청구는

원칙적으로 허용되지 않는다고 할 것이다.

(나) 피청구인의 장래처분이 헌법재판소법 제61조 제2항의 처분으로서 인정되는지 여부

그런데 피청구인이 아직 행사하지 아니한 장래처분이 헌법재판소법 제61조 제2항에서 규정하는 처분에 포함되는지 여부가 문제된다.

피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한침해가 예상되는 경우에 청구인은 원칙적으로 이러한 장래처분이 행사되기를 기다린 이후에 이에 대한 권한쟁의심판청구를 통해서 침해된 권한의 구제를 받을 수 있으므로, 피청구인의 장래처분을 대상으로 하는 심판청구는 원칙적으로 허용되지 아니한다.

그러나 피청구인의 장래처분이 확실하게 예정되어 있고, 피청구인의 장래처분에 의해서 청구인의 권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해 주어야 할 필요성이 매우 큰 예외적인 경우에는 피청구인의 장래처분에 대해서도 권한쟁의심판을 청구할 수 있다고 할 것이다. 왜냐하면 권한의 존부와 범위에 대한 다툼이 이미 발생한 경우에는 피청구인의 장래처분이 내려지기를 기다렸다가 권한쟁의심판을 청구하게 하는 것보다는 사전에 권한쟁의심판을 청구하여 권한쟁의심판을 통하여 권한다툼을 사전에 해결하는 것이 권한쟁의심판제도의 목적에 더 부합되기 때문이다.

그렇다면 피청구인의 장래처분도 위와 같은 예외적인 경우에는 헌법재판소법 제61조 제2항에서 규정하는 피청구인의 처분으로 인정된다고 할 것이다.

(다) 피청구인 평택시의 장래처분이 권한쟁의심판의 처분으로 인정되는지 여부

피청구인 평택시가 앞으로 행사하게 될 장래처분이 헌법재판소법 제61조 제2항에서 규정하는 처분으로 인정되는지 여부를 살펴본다.

1) 피청구인 평택시의 장래처분이 확실하게 존재하는지 여부

아산/평택항만 건설을 계속하기 위하여 국가는 이 사건 제방을 준공한 이후에, 이에 인접한 공유수면을 매립하였으며, 매립된 토지위에 창고시설 등의 항만시설을 건설하였다. 그런데 평택시장은 창고시설이 건설된 매립토지에 대해서는, 이 사건 제방에 대한 관할권한분쟁이 존재한다는 이유로, 이를 자신의 토지대장에 등록하지 않고 있다. 그러나 평택시장은 2002. 5. 1. 이 매립 토지위에 건설된 창고시설(평택항 서부두 다목적 창고)에 대해서는 이를 일반건축물대장에 등록하였다.

이에 따라 피청구인 평택시는 이 사건 제방과 위 항만 창고시설에 대한 관

할권한을 언제든지 행사할 수 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 제방과 향만 창고시설 등에 대한 피청구인 평택시의 관할권한 행사가 확실하게 예정되어 있으므로, 피청구인 평택시의 장래처분이 확정적으로 존재한다고 할 것이다.

(2) 청구인의 권한을 사전에 보호해야 할 필요성이 존재하는지 여부

이어서 피청구인 평택시의 장래처분에 의해서 청구인의 권한이 침해될 위험성이 있어서 청구인의 권한을 사전에 보호해 주어야 할 필요성이 매우 큰지 여부를 살펴본다.

살피건대 피청구인 평택시는 이 사건 제방에 대한 관할권한 행사를 언제든지 할 수 있기 때문에, 이로 인한 청구인의 권한이 침해될 현저한 위험성이 존재한다. 이러한 상황에서 피청구인이 구체적인 관리권한을 행사하기를 기다렸다가 권한쟁의심판청구를 하도록 하는 것은 청구인에게 기대할 만한 일이라고 볼 수 없다.

따라서 비록 피청구인 평택시의 처분이 아직 존재하지 않더라도, 권한의 존부 및 범위에 대한 다툼이 있으므로, 장래처분에 대한 권한쟁의심판청구를 허용함으로써 이 사건 제방에 대한 관할권한분쟁을 사전에 해결하여 청구인의 권한을 사전에 보호해야 할 필요성이 매우 크다고 할 것이다.

더군다나 청구인이 피청구인의 장래처분에 대해서 권한쟁의심판청구를 한 이상, 피청구인의 처분이 존재하지 않는다고 이를 각하하고, 피청구인이 장래에 구체적인 처분을 내리게 되면, 이에 대해서 다시 권한쟁의심판을 청구하도록 하는 것은 소송절차와 소송비용이 중복되어 소송경제에 반하게 된다.

그렇다면 피청구인 평택시의 장래처분은 헌법재판소법 제61조 제2항에서 규정하고 있는 처분에 해당된다고 할 것이다.

(2) 당사자적격

국가기관으로서의 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록함으로써, 이 사건 제방에 대한 관할권한의 다툼이 당진군과 평택시間に 발생하였으므로, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의가 성립한다. 따라서 청구인 당진군과 피청구인 평택시는 청구인적격과 피청구인적격을 각각 가진다.

(3) 청구인의 헌법상 및 법률상 권한의 존재 가능성 여부

만약 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속한다면, 청구인은 헌법 제117조 제1항 및 지방자치법 제9조에 의거 이 사건 제방에 대한 자치권한을 부여 받는다고 볼 수 있다. 그런데 침해된 청구인의 권한이 존재하느냐 여부는 이

사건 제방이 청구인의 관할구역에 속하는지 여부와 관련되어 있다.

이 사건 제방이 청구인의 관할권한에 속하는지 여부는 본안판단 단계에서 확정될 것이므로, 적법요건단계에서는 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 부여될 수 있는 가능성이 존재하기만 하면 충분하다.

살피건대 이 사건에서 청구인이 이 사건 제방에 대한 헌법상 및 법률상 자치권한을 가질 수 있는 가능성이 충분히 존재한다고 할 것이다.

(4) 청구인의 권한이 침해될 현저한 위험성의 존재 여부

헌법재판소법 제61조 제2항은 청구인의 권한이 침해되었거나 현저한 침해 위험이 있어야 한다고 규정하고 있다. 권한쟁의는 발생이 임박한 처분을 통한 권한침해의 형태로 나타날 수 있다.

이 사건에서 피청구인이 이 사건 제방에 대한 관할권한을 언제든지 행사할 수 있으므로, 피청구인의 장래처분으로 인하여 청구인의 권한이 침해될 현저한 위험성이 존재한다고 할 것이다.

(5) 피청구인 평택시의 장래처분에 대한 심판청구가 청구기간을 준수한 것인지 여부

피청구인의 장래처분에 의한 권한침해 위험성이 발생하는 경우에는 장래처분이 내려지지 않은 상태이므로 청구기간의 제한이 없다고 보아야 한다.

이 사건에서 피청구인의 이 사건 제방에 대한 관할권한 행사가 확실하게 예정되어 있으나, 장래처분이 아직 행사되지 않고 있으므로, 청구기간의 제한이 적용되지 아니한다.

그렇다면 청구인의 피청구인 평택시의 장래처분에 대한 심판청구는 청구기간을 준수하였다고 할 것이다.

(6) 소결론

그러므로 청구인의 피청구인 평택시의 장래처분에 대한 심판청구는 적법하다.

라. 이 사건 심판청구의 적법성 판단에 대한 결론

청구인의 평택시장에 대한 심판청구는 부적법하여 각하되어야 하고 평택시에 대한 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 이 사건의 법률상 쟁점

이 사건에서는 ‘충청남도 당진군 송악면 한진리 앞 해역에서 아산방조제 사이에 위치하고 있는 해역’(이하 ‘이 사건 아산만 해역’이라 한다) 중에서 ‘영웅

바위 섬 앞 해역에서부터 서해대교 아래에 이르는 해역'에 건설된 제1단계 항만시설용 제방 면적 37,690.9㎡ 중에서 별지도면 표시 “가, 나, 다, 라, 마, 바, 사, 아, 자, 차, 카, 타, 가” 각 점을 순차적으로 연결한 선내 부분에 해당하는 면적 32,834.8㎡의 제방(이하 ‘이 사건 제방’이라 한다)에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속되는지 여부가 핵심적인 법률상 쟁점이 된다.

나. 지방자치단체의 관할구역에 대한 자치권한

우리 헌법 제117조 제1항에서 보장하고 있는 지방자치단체의 지방자치권에는 자신의 구역 내에서 자신의 자치권을 행사할 수 있는 권한이 포함된다. 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 지방자치단체의 구성요소이며, 자치권을 행사할 수 있는 장소적 범위를 말하며, 다른 지방자치단체와의 관할범위를 명확하게 구분해준다.

지방자치단체는 지방자치법 제9조 제1항에 따라 자신의 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리할 권한을 가지며, 같은 조 제2항 제1호에서 열거하는 지방자치단체의 구역, 조직 및 행정관리 등에 관한 사무를 처리할 권한을 가진다. 따라서 지방자치단체는 자신의 관할구역 내에서 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제9조 및 기타 개별 법률들이 부여한 자치권한 내지 관할권한을 가진다.

그런데 지방자치단체의 관할구역에 대해서는 지방자치법 제4조 제1항이 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐지·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고 있다. 여기서는 지방자치단체가 관할하는 구역의 범위가 문제되는데, 특히 공유수면인 바다가 지방자치단체의 자치권한이 미치는 관할구역에 포함되는지 여부가 문제된다.

다. 이 사건 해역에 대한 관할권한의 귀속 판단

이 사건 제방에 대한 관할권한의 귀속판단은 ‘영웅바위 섬 앞 해역에서부터 서해대교 아래에 이르는 해역’ 중에서 이 사건 제방이 건설된 해역(이하 ‘이 사건 해역’이라 한다)에 대한 관할권한의 귀속판단 결과에 좌우될 수 있으므로, 이 사건 해역에 대한 관할권한이 어느 지방자치단체에게 귀속되는지를 먼저 살펴본다.

그런데 이 사건 해역에 대한 관할권한의 귀속을 판단하기 위해서는 무엇보다 공유수면인 바다에 대한 지방자치단체의 자치권한 내지 관할권한이 존재하는지 여부가 먼저 판단되어야 한다.

(1) 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재하는지 여부
따라서 공유수면인 바다가 지방자치단체의 관할구역에 포함되기 때문에 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재하는지 여부를 살펴본다.

(가) 학계의 견해

학계의 통설에 의하면, 지방자치단체의 관할구역은 국가의 영토를 지방자치단체별로 분할한 것이고 국가의 영토에는 육지 외에 영해·영공까지도 포함되므로, 지방자치법 제4조 제1항에 규정된 지방자치단체의 관할구역에는 육지 외에 하천·호소 등 수면과 육지에 접속된 바다인 공유수면도 포함된다 고 한다.

(나) 개별 법률들의 규정

1) 지방자치법

지방자치법 제4조 제1항은 지방자치단체의 ‘구역’은 종전에 의한다고 규정하고 있으나, 공유수면이 지방자치단체의 구역에 속한다는 것을 명시적으로 규정한 것은 없다.

그런데 자치사무 중에는 육지에서 발생하는 사항을 관할하는 것 외에 하천·호소·바다에서 발생하는 사항을 관할하는 것도 있다. 예컨대 지방자치법 제9조 제2항 각호에 열거된 “소류지·보 등 농업용수시설의 설치 및 관리”와 “농림·축·수산물의 생산 및 유통지원”은 자치사무의 한 유형으로서 규정되고 있다. 이러한 자치사무는 ‘종전에 의한다’는 지방자치단체의 관할구역에 공유수면이 포함된다는 것을 전제한다고 할 것이므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한이 존재한다고 볼 수 있다.

2) 수산업법

수산업법은 공유수면이 지방자치단체의 구역에 포함되는지에 대해서는 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면이 있음을 전제로 하는 법규정들을 두고 있다. 예컨대 구 수산업법(1971. 1. 22 법률 제2300호로 개정된 것) 제8조는 공공수면에서 도지사의 면허를 받아서 할 수 있는 면허어업을 규정하고, 제12조는 공공수면에서 어선 또는 어구마다 도지사의 허가를 받아서 할 수 있는 허가어업을 규정하여, 어업면허 또는 어업허가권한을 도지사에게 부여하고 있었다. 현행 수산업법(2000. 1. 28. 법률 제 6257호로 개정된 것) 제8조는 특정한 공유수면에서 일정한 어업(정치망어업, 양식어업 등)을 하고자 하는 자는 시장·군수 또는 자치구의 구청장의 면허를 받도록 규정하여, 시장·군수 등 지방자치단체의 장이 관장하는 자치사무

를 법률로 직접 정하고 있다. 같은 법 제41조 제2항은 특정한 공유수면에서 일정한 어업(연안어업)을 하고자 하는 자는 어선 또는 어구마다 시·도지사의 허가를 받도록 규정하고 있다.

3) 공유수면관리법

공유수면관리법(1999. 2. 8. 법률 제5914호로 전문개정된 것)도 공유수면이 지방자치단체의 구역에 포함되는지에 대해서는 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면이 있음을 전제로 하는 법규정들을 두고 있다. 예컨대 공유수면관리법 제4조는 해양수산부장관이 국토건설종합계획법 제6조 제2항의 규정에 의하여 지정된 특정지역안의 공유수면, 산업입지및개발에관한법률 제6조의 규정에 의하여 지정된 국가산업단지안의 공유수면, 기타 대통령령이 정하는 공유수면을 관리하고, 기타의 공유수면은 시장·군수·구청장이 관리하도록 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제5조는 해양수산부장관 또는 시장·군수·구청장이 특정한 행위를 위해서 공유수면에 대한 점용 또는 사용허가를 내줄 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제9조 제1항은 공유수면의 관리청이 점·사용허가를 받은 자로부터 대통령령이 정하는 바에 따라 점용료 또는 사용료를 징수한다고 규정하고 있다.

4) 연안관리법

연안관리법(1999. 2. 8. 법률 제5913호로 제정된 것)도 공유수면이 지방자치단체의 구역에 포함되는지에 대해서는 명시적으로 규정하고 있지 않으나, 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면이 있음을 전제로 한 규정들을 두고 있다. 예컨대 연안관리법 제8조 제1항은 시장·군수·구청장이 관할연안의 효율적인 보전·이용 및 개발을 위하여 연안관리계획을 수립할 수 있도록 규정하고, 같은 법 제9조는 시장·군수·구청장이 이러한 연안관리계획을 고시하도록 규정하고 있으며, 같은 법 제16조 제2항은 시·도지사 등이 지정항만 구역외의 연안에 대한 정비사업을 시행할 수 있다고 규정하고 있다.

5) 항만법

항만법(2000. 1. 28. 법률 제6254호로 개정된 것)도 공유수면이 지방자치단체 구역에 포함되는지에 대해서는 명시적인 규정을 가지고 있지 않으나, 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면이 있음을 전제로 하는 법규정들을 두고 있다. 예컨대 항만법 제22조는 지정항만은 해양수산부장관이 관리하고, 지방항만은 시·도지사가 관리한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제50조는 항만에 대한 비용은 지정항만 및 그 시설에 대해서는 국가가 부담하고 지방항만 및

그 시설에 대해서는 당해 지방자치단체가 부담한다고 규정하고 있다.

6) 골재채취법

골재채취법(1991. 12. 14. 법률 제4428호로 제정된 것)도 공유수면이 지방자치단체 구역에 포함되는지에 대해서는 명시적인 규정을 가지고 있지 않으나, 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면이 있음을 전제로 하는 법규정을 두고 있다. 예컨대 골재채취법 제2조 제1호 및 제22조는 공유수면 등에서 골재를 채취하고자 하는 자는 관할 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받도록 규정하고 있다.

7) 종합 정리

현행법상 지방자치단체에게 공유수면을 관할할 수 있는 자치권한을 직접 부여하는 규정은 존재하지 않으나, 관련된 개별 법률들은 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면이 있음을 전제로 하여 여러 규정들을 두고 있다.

즉, 수산물 생산을 자치사무로 규정하고 있는 지방자치법 제9조 제2항 제3호 나목 뿐만 아니라, 바다에서의 어업에 관한 면허권한을 시장·군수 등에게 부여하고 있는 수산업법 제8조 및 제41조 제2항, 공유수면의 관리와 점·사용 허가권을 규정하고 있는 공유수면관리법 제4조 및 제5조, 지방항만을 관리하도록 하고 있는 항만법 제22조, 연안관리지역계획을 수립하도록 규정하고 있는 연안관리법 제8조, 공유수면에서의 골재채취허가권한을 규정하고 있는 골재채취법 제22조 등은 법률 자체에 의거하여 해양에 관한 관리·감독권한을 시장·군수 등에게 부여하고 있다.

그렇다면 지방자치단체의 공유수면에 대한 관할권한이 개별법률들에서 인정되고 있다고 할 것이다.

(다) 대법원의 판례

대법원은 2002. 12. 24. 선고 2000도1048 판결에서 “현행 지방자치법과 구 지방자치법에 의하면, ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 종전에 의하고…’라고 규정하고 있는데, 여기서 구역이라고 함은 육지 뿐만 아니라 그 구역 내의 하천·호수·수면 등은 물론 그 지역에 접속하는 영해와 그 상공 및 지하도 포함된다고 볼 것이고, 특정지역은 그 지역이 속하는 시·군·구와 같은 기초자치단체의 일부를 형성하는 동시에 그 시·군·구를 포괄하고 있는 광역시·도와 같은 광역자치단체의 구역의 일부를 당연히 형성하는 것”이라고 판시함으로써, 공유수면도 지방자치단체의 구역에 속하므로 지방자치단체의 관할권한이 바다에도 미친다는 것을 확인하였다(이와 같은 취지로 판시한 대법원

2002. 9. 24. 선고 2002도1032 판결{공2002. 11. 15. (166), 2625}; 1978. 4. 25. 선고 78누42 판결; 1970. 4. 28. 선고 70누8 판결 등 참조.

(라) 법제처의 의견

지방자치단체의 구역은 자치권이 미치는 장소적 범위이고 자치권은 자치사무를 수행하기 위한 권한인바, 자치사무 중에는 육지에서 발생하는 사항을 관할하는 것 외에 하천·호소·바다에서 발생하는 사항을 관할하는 것도 있으며(예컨대 수산업법에 의한 어업면허, 공유수면관리법에 의한 점·사용허가 등), 지방자치법 제9조 제2항 각호에 열거된 자치사무의 유형 중 ‘소류지·보 등 농업용수시설의 설치 및 관리’와 ‘농림·축·수산물의 생산 및 유통지원’은 공유수면에 대한 관할권을 전제로 한 것이다.

그밖에 지방자치단체의 관할구역은 국가의 영토를 지방자치단체별로 분할한 것이고 국가의 영토에는 육지외에 영해·영공까지가 포함된다는 점도 지방자치단체의 관할구역에 공유수면이 포함된다고 볼 근거라고 할 것이다.

그러므로 지방자치법 제4조 제1항에 규정된 자치단체의 관할구역에는 육지 외에 하천·호소 등 수면과 육지에 접속하는 바다(공유수면)도 포함되며, 구역의 상공이나 지하도 그 권능이 실질적으로 미치는 범위에 있어서는 자치권의 객체가 된다.

(마) 소결론

학계의 통설, 개별 법률들의 규정들, 대법원의 판례 및 법제처의 의견을 종합하면, 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이며, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다고 할 것이다.

(2) 공유수면에 대한 지방자치단체의 행정구역 경계

위와 같이 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다고 판단되므로, 특정한 공유수면에 대한 관할권한을 확인할 수 있는 공유수면에 대한 행정구역 경계가 존재하는지 여부를 살펴본다.

(가) 공유수면에 대한 법률상의 행정구역 경계 존재 여부

우선 공유수면에 대한 법률상의 행정구역 경계가 존재하는지를 본다.

현행 지방자치단체의 구역제도와 유사한 틀은 1896. 8. 4. 칙령 제36호에 의거해서 “지방제도관제봉급경비개정건”을 반포하여 종전의 23부제를 폐지하고 13도제의 지방행정체계를 마련함으로써 형성되었다. 그러나 여기에서는 13도와 그 관할구역에 두는 군을 열거함에 그쳤다.

지방행정구역의 변경에 관한 법적 절차는 1909. 6. 25. 법률 제29호로 제정된 “지방구역의명칭의변경에관한건”에 의하여 비로소 마련되었다. 이 법에서는 도와 부·군을 폐치분합하거나 명칭 또는 구역을 변경할 때에는 이를 칙령에 의하도록 하고(제1조), 면의 폐치분합 기타 명칭변경은 내부대신이 이를 정한다고 하여 현행의 구역 및 명칭의 변경에 관한 규정과 유사한 내용을 담고 있었다.

그 후 1913. 12. 29.에는 부령(조선총독부령) 제111호로 “도의위치와관할구역및부군의명칭위치관할구역”이 제정·공포되어 부·도 및 군과 그 관할구역에 두는 행정구역을 정하게 되었는데, 이에 따라 대체로 오늘날의 지방행정구역의 명칭 및 체계가 확립되었고, 이는 해방이후까지 그 기본틀을 유지하여왔다. 다만, 위 부령 제111호는 부·도 및 군에 두는 행정구역을 열거하였을 뿐 구체적으로는 그 행정구역의 범위를 특정한 것은 아니었으며, 국토상의 어느 부분이 어느 구역에 속하는지는 사회일반의 관념에 맡겨지고 법령에서 이를 규정한 것은 아니었다. 국토의 특정지점이 특정한 행정구역에 속하는지를 공식적으로 파악할 수 있게 된 것은 토지조사사업(1910년~1918년)과 임야조사사업(1916년~1924년)이 완료된 1920년대 중반으로 보아야 할 것인데, 이 경우에도 그와 같은 사항은 법령에 규정된 것이 아니고 지적관련공부에서 지번의 표시로 행정구역을 명시한 바에 따른 것으로서 지방자치단체의 구역이 법령에 직접 설정된 것은 아니었다.

위 총독부령은 1945. 11. 5. 군정법령 제21호 제11조에 의하여 그 효력을 지속하게 되었고, 건국후에는 1948. 11. 17. 법률 제8호 “지방행정예관한임시조치법”에서 서울시와 14개도의 설치근거를 두고 시·도의 위치와 관할구역은 대통령령으로 정하도록 위임한 바에 따라 1948. 11. 18. 대통령령 제34호로 “지방행정기관의명칭·위치및관할구역에관한건”이 공포되었는데, 여기에서 지방행정기관의 명칭 및 구역에 관하여 새로 정함이 없이 이를 1948. 8. 15. 현제에 따르도록 하였다.

이에 따라 우리나라의 행정구역은 조선시대와 일제시대의 관치적 지방행정구역을 그대로 이어 받았기 때문에 해방 당시에 존재하였던 지방행정구역이 그대로 유지되었다.

1949. 7. 4. 제정된 지방자치법(법률 제32호)에서도 “지방자치단체의 명칭과 구역은 종전의 부를 시로 하는 이외에는 모두 종전에 의하고 이것을 변경하거나 폐치분합할 때에는 법률로써 하여야 한다.”라고 규정하였는데, 이러한

기본틀은 현재까지 이어져 왔다.

현행 지방자치법 제4조 제1항은 “지방자치단체의 행정구역은 종전에 의하고 이를 변경하거나 지방자치단체를 폐지·분합할 때에는 법률로써 정하되, 시·군 및 자치구의 관할구역 경계변경은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 “종전”이란 종전의 법령 내용만을 의미하는 것이 아니고, 지적공부상의 기재 등까지를 포괄하는 의미로 해석되어야 하며, “지방자치단체의 행정구역은 종전에 의한다”는 것은 동법 시행시 존재한 구역을 그대로 답습한다는 것을 의미한다.

지방자치단체의 관할구역 중 육지에 관한 부분은 위와 같은 법령에 의하여 직접 특정되지는 않았더라도 위 법령에서 예컨대, 경기도의 관할구역을 광주군 등으로 한다고 규정하고 그 중 특정 토지가 지적관련공부에서 광주군 ○○면 ○○동(리) ○번지로 특정됨에 따라 그 특정 토지는 경기도의 관할구역으로 특정되게 되었다.

그러나 바다에 관하여는 그것이 토지처럼 번지 등에 의하여 특정된 바가 없고 어느 법령에서도 각 지방자치단체의 관할구역에 속하는 바다를 특정한 바가 없다.

결국 지방자치법이나 그 관계 법령에서는 바다를 관할구역에서 제외하지 않고 있음에도 각 지방자치단체가 관할하는 공유수면의 행정구역 경계에 관하여는 법률로 규정하지 않고 있다.

그리고 수산업법이나 공유수면관리법 등의 개별 법률들도 공유수면에 대한 행정구역 경계를 별도로 표시하지 않고 있다.

그렇다면 공유수면에 대한 행정구역을 직접적으로 확정하는 법률상의 경계는 존재하지 않는다고 할 것이다.

(나) 공유수면에 대한 불문법상 행정구역 경계 존재 여부

공유수면의 행정구역 경계에 대하여 법률상의 규정이 존재하지 않으므로, 공유수면에 대한 행정구역경계가 불문법상으로 존재하는지 여부를 계속해서 살펴본다.

공유수면에 대한 행정구역 경계로는 지형도상의 해상경계선이 존재하는데, 지형도상의 해상경계선이 불문법상의 해상경계로 성립하는지 여부를 본다.

1) 지형도상 해상경계선

가) 지형도상 해상경계선의 내용

① 조선총독부 육지측량부 간행의 지형도상 해상경계선

일제시대의 “일반도측량실시규정”(조선총독부 임시토지조사국 훈령 제1호, 대정3년(1914). 1월 12일 제정)은 지형도상의 행정구역경계의 표시방법에 대해서 규정하고 있었는데, 제239조는 “지(池), 소(沼), 호(湖), 해(海) 등을 횡단하는 때, 대안(對岸) 사이가 가까우면 간단없이 이것을 그리고, 먼 곳에는 수애(水涯)로부터 1cm인 곳에서 이것을 그칠 것”이라고 규정하고, 제240조는 “해협(海峽) 또는 도서(島嶼) 등을 통과할 때에는 도면상에 있어서 그 경로가 판명되도록 적의한 길이로서 이것을 그릴 것”이라고 규정하여, 바다에 대한 경계표시원칙을 규정하고 있었다.

위 규정에 의거하여 일제시대 대정 3년(1914)에 조선총독부 육지측량부가 제작한 지형도에는 도와 군 사이를 구분하는 해상경계선이 표시되어 있었다. 그런데 이러한 도·군 경계를 최초로 확정할 때 산맥, 하류, 갯벌이나 수심이 깊은 수로의 중앙 등을 기준으로 하여 경계선을 설정한 것으로 보이며, 이는 자연조건을 기준으로 경계를 설정한 것이라 할 수 있다. 이러한 도·군 경계에 대한 해상경계선은 해방 이후 간행된 국가지형도에서도 대부분 그대로 표시되었다.

② 국립지리원 간행의 지형도 작성의 법적 근거 및 경계표시원칙

국립지리원의 지형도는 측량법(1961. 12. 31. 법률 제938호로 제정된 것) 제21조 및 제23조, 지도도식규칙(1974. 6. 3. 건설부령 제143호로 개정된 후, 1979. 9. 18. 건설부령 제247호로 재개정된 것) 제9조에 의거하여 국립지리원장이 지도의 종류별로 정하여 고시하는 세부적인 기준인 ‘지형도 도식 적용규정’(1 : 5,000 ; 1 : 25,000 ; 1 : 50,000 ; 1 : 250,000 등)에 따라 제작된다.

그리고 현행 지도 도식규칙 제8조에 의하여 지형·지물이 표시되는 범위 밖(외도곽)의 여백에 지도를 읽기 쉽도록 도엽명, 도식, 기호, 행정구역 색인, 축척 등을 문자나 기호로 표시하고 있다.

예컨대, “1 : 25,000지형도 도식적용규정”(1974. 12. 19. 국립지리원 고시 제3호)에서는 제44조부터 제47조에 걸쳐 경계의 표시원칙, 해상경계, 도서 등의 소속을 표시하는 기호에 대하여 규정하고 있다. 위 규정 제46조에서는 “해상경계가 명확할 경우에는 해안선으로부터 도상 1cm 까지 표시한다.”라고 규정하고, 위 규정 제47조에서는 “도서등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우에는 해당 행정구역과 관련시켜 표시한다.”라고 규정함과 동시에 “도서등의 소속을 표시하는 선은 양 도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 해독될 수 있도록 표시한다.”라고 규정하고 있다.

그리고 “1/50,000지형도 도식적용규정”(1991. 9. 3. 국립지리원 고시 제 91-101호) 제46조는 “해상경계가 명확할 경우에는 해안선으로부터 도상 1cm 까지 표시한다.”라고 규정하고, 위 규정 제47조는 “1. 도서 등의 소속을 명시할 필요가 있는 경우에는 해당 행정구역과 관련시켜 표시한다.” “2. 도서 등의 소속을 표시하는 선은 양도서 사이의 적당한 위치에 각 소속이 해독될 수 있도록 표시한다.”라고 규정하고 있다.

③ 1949년 이후 1977년 사이에 간행된 지형도상 해상경계 표시

지형도상의 해상경계는 해방 이후 1961년에서야 비로소 국방부, 내무부, 문교부가 합동으로 우리나라 전역에 대한 지명정비를 할 때 도서의 행정구역을 구별하기 위하여 획선하였다.

국립지리원은 1963, 1969, 1971, 1974년에 편집 간행된 지형도의 해상에 도·시·군 경계를 부분적으로 끊어서 표시하였다. 그러나 국립지리원은 1977년에 편집 간행된 지형도부터는 해상경계를 끊김 없이 하나의 연결선으로 표시하였다.

④ 1985. 10. 이후 현재까지 간행된 지형도상의 해상경계 표시

그런데 국립지리원은 1985. 10. 25. 지형도상의 각종 기호표시 중 특히 해상, 내수면(담, 호수)의 경계표시는 지도제작도식적용규정에 따라 행정구역과 관련시켜 도서(섬) 등의 소속을 해독하기 위한 기호에 불과할 뿐, 지방자치단체의 행정구역경계의 기준이 될 수 없으며, 따라서 해상에 표시하는 경계기호는 도서(섬)간의 소속만 해독토록 도서간 1cm 정도의 기호로 표시하고 기타의 해상경계 기호는 모두 삭제하였다(국립지리원고시 제44호). 이에 따라 국립지리원은 해상에 도·시·군 경계를 표시하였던 과거와는 달리 최근에는 시·군경계표시를 대부분 생략하고, 도의 경계만을 해상에 부분적으로 끊어서 표시하고 있다. 그렇지만 국립지리원은 하나의 선으로 연결된 해상경계선을 표시한 지형도를 내부자료로 계속 활용하고 있다고 한다.

⑤ 수치지도의 작성

건설교통부는 측량법 제6조 및 같은 법시행령 제3조에 의거하여 1992. 2. 22. 건설교통부령 제500호로 수치지도작성작업규칙을 제정하였다. 국립지리원은 이 규칙에 의거하여 육상경계 뿐만 아니라 해상경계에 대해서도 구체적인 좌표를 설정하여 이를 수치지도상에 표시하였다. 국립지리원은 1977년경에 편집 간행된 지형도를 컴퓨터에 입력하여 수치지도를 작성하고 있다고 한다. 따라서 1977년경에 편집된 지형도상에 하나의 선으로 연결된 해상경계선

이 해상경계의 좌표 기준이 되었다고 볼 수 있다.

나) 지형도상 해상경계선에 대한 평가

① 지형도상 섬의 소속을 표시하는 해상경계선의 평가

국립지리원은 지도제작 도식적용 규정에 따라 지형도상 표기된 섬에 대한 해상 경계선은 행정구역과 관련시켜 섬의 소속을 해독하기 위한 것이라는 견해를 밝히고 있다. 그렇지만 이러한 섬에 대한 해상경계선은 그 자체가 도서에 대한 행정구역을 확정하고 있다고 할 것이므로, 행정구역을 구분하는 경계선의 성격을 갖는다고 할 것이다.

이에 따라 도서의 소속을 표시하는 지형도상의 해상경계표시는 일제시대부터 현재까지 그 자체로 이미 지방자치단체간의 행정구역을 구분하는 경계의 역할을 하고 있다고 볼 수 있다.

그렇다면 지형도상 섬 주위에 표시된 해상경계선은 법적 구속력을 가진다고 보는 것이 타당할 것이다.

② 지형도상 섬을 제외한 해역상의 해상경계선의 평가

과거 1949년 이후 1974년 사이에 간행된 지형도에는 섬을 제외한 해역에서의 도·시·군 간의 경계선이 단락별로 끊어진 선으로 표시되었다.

그런데 1977년경에 편집된 지형도에는 도·시·군 간의 해상경계선이 하나의 연결선으로 표시되어 있었다.

그러나 1985. 10. 이후 현재까지 간행된 지형도상의 해상경계는 섬과 섬 사이 적당한 위치에 띄엄 띄엄 표시되어 있을 뿐, 그 외의 해상에서는 경계표시가 부분적으로 존재하지 아니한다.

국립지리원이 밝히고 있는 바와 같이, 지형도상 섬 주위를 제외한 해역상의 경계선은 법적 구속력을 갖지 아니한다고 볼 것이다.

다) 종합평가

살피건대 지형도상 도서의 소속을 표시하는 해상경계선은 행정구역경계로서 법적 구속력을 가지나, 지형도상 도서를 제외한 해상에 표시된 경계선은 법적구속력을 갖지 못한다고 할 것이다.

그러나 지형도상 도서를 제외한 해상의 경계선이 불법법상의 경계선으로서 인정될 수 있는지 여부가 문제된다.

2) 지형도상 해상경계선과 행정관습법

먼저 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선이 행정관습법상의 경계선으로 인정될 수 있는지 여부를 살펴본다.

가) 행정관습법의 성립요건

관습법이란 국민의 전부 또는 일부 사이에 다년간 계속하여 같은 사실이 관행으로 반복됨으로써 일반국민의 법적 확신을 얻어 성립하는 법규범을 말한다.

관습법의 성립요건에 대한 통설인 법적확신설에 의할 때, 행정관습법이 성립하기 위해서는 특정한 행위를 통한 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 오랜 기간 동안 반복하여 존재하며, 이러한 행정관행에 대한 행정기관과 일반국민들의 법적 확신이 존재해야 한다.

나) 지형도상 해상경계선이 관습법상의 해상경계선으로 인정되는지 여부
아래에서는 지형도상 해상경계선이 행정관습법상의 해상경계선으로 성립될 수 있는지 여부를 살펴본다.

① 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행의 존재 여부

㉔ 수산업법에 의한 어업행정에서 지형도상 해상경계선을 이용한 행정관행
광역시장·도지사 또는 시장·군수 등의 지방자치단체 장이 수산업법 제41조 제2항에 의거한 허가어업이나 수산업법 제8조 제1항에 의거한 면허어업을 주는 경우, 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계를 사용하여 구체적인 관할 공유수면을 명시하는 행정처분을 하여 왔다. 수산청(현, 해양수산부)에서는 국립지리원이 발행한 1/50,000 축척의 지도를 근거로 시·도 경계가 표시된 어장도를 1977년부터 해당기관에 공급하였다.

그리고 수산업법 제41조 제2항 및 제8조 제1항에 의하여 허가어업 내지 면허어업을 받은 어선이 지형도상 해상경계선을 넘어 다른 자치단체의 관할구역 해상에서 조업행위를 할 경우, 관할 행정기관은 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선을 사용하여 수산업법 제94조 제1항 제1호에 의거 행정형벌을 부과하거나 어업면허취소를 하는 등 어업단속을 하여 왔다.

㉕ 공유수면관리법에 의한 공유수면 관리행정에서 지형도를 이용한 행정관행

시장·군수 등 지방자치단체의 장은 공유수면관리법 제4조 및 제5조에 의거 공유수면에 대한 지속적인 관리나 공유수면에 대한 점·사용허가를 하는 경우에 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계를 지속적으로 사용하여 왔다.

㉖ 기타 개별법에서의 지형도를 이용한 행정관행

시장·군수 등의 지방자치단체의 장은 연안관리법, 항만법, 골재채취법 등

의 개별법에 의한 관할권한을 행사함에 있어서도 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계를 사용하여 왔다고 볼 수 있다.

㉔ 종 합

그렇다면 섬을 제외한 해역상의 해상경계선이 법적 구속력을 갖지 아니함에도 불구하고, 지방자치단체 등의 행정기관이 수산업법상의 어업허가 내지 면허나 어업단속행위 등을 하거나, 공유수면에 대한 점용·사용허가권한 등, 그리고 연안관리법 등의 법률들에 의한 관할권한을 행사함에 있어서 지형도상의 해상경계선을 행정구역 경계선으로 인정해온 행정관행이 존재한다고 할 것이다.

㉕ 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행의 존재기간

일제시대에 조선총독부 전라북도지사가 1932년 전라북도 연해에서 어업을 할 수 있는 어업허가장을 발급하였다는 사실이 발견되었는데(전재경/이종길, 어촌사회의 법률관계, 한국법제연구원, 1997, 142-145쪽의 ‘어업허가장’ 사본 참조), 이는 일제시대에도 지방자치단체장이 공유수면에 대해서 관할권한(어업허가권한)을 행사하였다는 것을 보여주며, 지형도상 해상경계선이 해상의 경계를 확인하는 기준이 되었음을 간접적으로 알 수 있다.

해방후 수산업법이 1953. 9. 9. 법률 제295호로 제정된 이후로 현재까지 수산업법에 의한 어업행정에서 지형도상 해상경계선이 사용되어 왔다.

그리고 공유수면관리법이 1961. 12. 19. 법률 제848호로 제정된 이후로 현재까지 공유수면관리법에 의한 공유수면 관리행정에서 지형도상 해상경계선이 사용되어 왔다.

또한 행정자치부, 각 광역자치단체, 각 기초자치단체가 국립지리원이 발행하는 국가지형도에 근거하여 ‘관할행정구역도’를 2년에 1회씩 제작 발행해 오고 있으며, 그 관할행정구역 해면(바다)도 포함되어 전례적으로 자치단체구역과 자치단체간 경계선으로 인정하고 그 경계선에 근거하여 해면의 행정행위를 해오고 있는 실정이다.

그렇다면 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 상당히 오랜 기간동안 존재하여 왔다고 할 것이다.

㉖ 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행에 대한 법적 확신

지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 오랜 기간동안 존재하여 왔으므로, 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대해서 지방자치단체들과 일반 국민들(특히 어업인 등)의 법적 확신이 존재한다고

할 것이다.

다) 소결론

위와 같이 수산업법, 공유수면관리법 등에 의한 행정에서 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 오랜 기간동안 존재하여 왔고, 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 지방자치단체들과 일반국민들의 법적확신이 존재한다고 할 것이다. 따라서 지형도상 해상경계선은 해상에서의 행정구역 경계를 구분하는 관습법의 성립요건을 충족하고 있다.

그렇다면 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선은 행정관습법상 해상경계선으로 인정된다고 할 것이다.

3) 지형도상 해상경계선과 행정 관례법

다음으로 지형도상 해상경계선이 공유수면에 대한 경계를 확인하는 기준으로서 행정관례법상 인정되는지 여부를 살펴본다.

가) 행정관례법의 의의

행정쟁송에 관한 법원의 판결은 추상적인 행정법규를 구체화하여 그 내용을 명확히 하며, 관습법의 존재와 내용을 명확하게 할 뿐만 아니라 성문법과 관습법이 모두 존재하지 아니한 경우에는 행정상의 법의 일반원칙을 적용하여 구체적으로 법을 선언한다. 이러한 판결에 의하여 성립하는 법규범이 관례법이다.

나) 지형도상 해상경계선이 행정 관례법으로 인정되고 있는지 여부

국립지리원이 간행한 지형도상 해상경계선이 해상의 행정구역을 구분하는 관례에서 인정되고 있는지 여부를 살펴본다.

대법원은 2002. 12. 24. 선고 2000도1048 판결에서 “현행 지방자치법과 구 지방자치법에 의하면, ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 중전에 의하고…’라고 규정하고 있는데, 여기서 구역이라고 함은 육지 뿐만 아니라 그 구역 내의 하천·호수·수면 등은 물론 그 지역에 접속하는 영해와 그 상공 및 지하도 포함된다고 볼 것이다”라고 판시한 후, “피고인이 조업한 십이동파도 북동쪽 2.7마일 해상은 연도와 어청도를 직선으로 연결한 선으로 보아 그 아래인 전라북도 쪽에 위치해 있으며, 국립지리원이 발간한 해상경계표시도에서도 위 해상은 전라북도와 충청남도의 해상경계표시선 아래에 위치해 있고, 위 십이동파도 인근에 전라북도가 어장형성을 위하여 어초를 설치하고 관리해온 사실 등을 인정할 수 있다”고 판시하였다.

대법원은 이 판결에서 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선을 단순한 도서의 소속을 나타내는 선이 아니라, 해상의 행정구역을 확인하는 경계선으로 인정하고 있다고 볼 수 있다[이에 대해서는 대법원 2002. 9. 24. 선고 2002도1032 판결(공2002. 11. 15. (166), 2625); 2000. 2. 25. 선고 99도2917 판결; 2002. 8. 13. 선고 2001도2879 판결; 1999. 12. 10. 선고 99도4463 판결 등 참조].

그렇다면 지형도상 해상경계선은 공유수면에 대한 경계를 확인하는 기준으로서 행정판례법상으로도 인정되고 있다고 할 것이다.

4) 공유수면상 경계에 대한 결론

해상경계에 관한 법률규정이 존재하지 아니하지만, 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선은 해상에 관한 행정권한을 행사함에 있어서 사용되고 있어서 행정관습법상 해상경계선으로, 그리고 판례에 의해서도 인정되고 있어서 행정판례법상의 해상경계선으로 성립된다.

그렇다면 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선은 불문법상의 해상경계로 인정된다고 할 것이므로, 공유수면인 해상에서의 경계는 지형도상의 해상경계선을 기준으로 확인되어야 할 것이다.

따라서 지방자치법 제4조 제1항에서 규정하는 종전의 구역경계는 공유수면의 경우 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선에 의하여 확인될 수 있다.

(3) 이 사건 해역에 대한 자치권한의 귀속판단

우리나라에서 그동안 발행된 지형도상의 해상경계선을 기준으로 이 사건 해역에 대한 관할권한이 어느 지방자치단체에게 귀속되는지를 살펴본다.

(가) 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선

1) 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선의 내용

“아산”(축적도 1 : 50,000) 지역에 대해서 일제시대인 1916년에 제작된 지형도부터 1963년, 1968년, 1971년, 1974년, 1975년, 1977년, 1987년 등에 편집, 간행된 지형도들을 살펴볼 때, 이 사건 해역이 속해 있는 이 사건 아산만해역에 표시된 지형도상의 해상경계선은 일제시대부터 현재까지 큰 변동이 없었다.

‘아산’에 대한 그동안 간행된 지형도들의 해상경계를 살펴보면, 일제시대부터 1974년까지 편집된 지형도에는 이 사건 아산만해역에 대한 경계선이 단락별로 부분적으로 표시되어 있었다. 그러나 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000지형도상에는 이 사건 아산만 해역에 대한 경계가 연결된 선

으로 표시되어 있었다. 그런데 1985년에 편집 간행된 지형도부터는 이 사건 아산만 해역에 대한 경계선이 다시금 부분적으로만 표시되고 있다.

2) 이 사건 아산만 해역상 “영웅바위” 섬을 기준으로 한 해상경계선

이 사건 아산만 해역에 대해서 살펴보면, 1916년(대정 5년)에 제작된 지형도에는 해상의 영웅바위(영암) 섬을 기준으로 행정구역 경계가 나누어져 있었으며, 해방 이후의 지형도들에서도 영웅바위(영암) 섬을 기준으로 경기도와 충청남도 간의 도계가 표시되어 있다. 따라서 영웅바위 섬을 기준으로 양 도 간의 경계가 구분되어 있음을 확인할 수 있다.

영웅바위 섬은 그 면적규모가 330㎡이고 암석으로 구성된 무인도인데, 1916년 간행의 지형도부터 현재의 지형도에 이르기까지 일관되게 하나의 행정구역에 속하고 있으므로 이 사건 아산만 해역에서의 해상경계를 확인하는데 중요한 기준이 된다.

3) 이 사건 아산만 해역 중 “영웅바위”섬 앞과 서해대교 사이에 놓여 있는 해역에 대한 해상경계선

‘아산’에 대해 그동안 간행된 지형도들상의 해상경계를 살펴보면, 일제시대부터 1974년까지 편집된 지형도에는 위 해역에 대한 경계표시가 단락별로 부분적으로 표시되어 있었다. 그러나 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 지형도에는 위 해역에 대한 경계가 하나의 연결된 경계선으로 표시되어 있었다.

4) 지형도상 해상경계선에 대한 종합 판단

지형도상 표기된 해상의 경계표시는 지도제작 도식적용 규정에 따라 행정구역과 관련시켜 도(섬) 등의 소속을 해독하기 위한 것이라는 견해에 따르면, 이 사건 아산만 해역상 도서(섬)인 “영웅바위”에 대한 해상경계 표시는 충청남도과 경기도간의 경계로서 법적 구속력을 가진다고 할 것이나, 영웅바위 섬 앞과 서해대교 사이에 위치하는 해역상의 해상경계선은 법적 구속력을 갖지 않는다고 할 것이다.

그렇지만 지형도상의 해상경계선을 근거로 행해진 일련의 행정관행이 존재하는 경우에는, 영웅바위 섬 앞과 서해대교 사이에 위치하는 해역상의 해상경계선도 불문법상 경계로 인정되어 법적 구속력을 갖는다고 할 것이다.

(나) 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선이 행정관습법상 해상경계선으로 인정되는지 여부

앞에서 살펴본 바와 같이 지형도상 해상경계선이 행정관습법상 경계선으로 인정되지만, 구체적인 사건에서 특정한 해상경계선이 행정관습법상의 경계선

으로 인정될 수 있는지에 대해서는 별도의 검토가 필요하다. 따라서 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선이 행정관습법상의 해상경계선으로 인정되는지 여부를 살펴본다.

1) 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 존재한지 여부 및 그 존재기간

가) 1966년부터 1973년 사이에 지방자치단체들이 행정관할권한을 행사한 내용

경기도지사는 1966. 4. 6. 이 사건 아산만해역에서 지형도상의 해상경계선을 기준으로 경기도 쪽 뿐만 아니라 충청남도 쪽에 속하는 지역에 대해서도 부분적으로 어업면허처분을 하였다는 사실이 확인된다(피청구인의 ‘을 제20호증의1 내지 116’). 그러나 위 지역에 대한 어업면허들은 1973. 12. 19. 아산방조제가 준공됨에 따라 모두 취소되었으며, 당시에 존재하던 어업활동에 대한 피해보상이 이루어졌다.

충청남도지사도 1966년부터 1973년까지 이 사건 아산만 해역에서 지형도상의 해상경계선을 기준으로 충청남도 쪽에 속하는 지역에서 어업행정권을 행사하였다는 사실이 확인된다(청구인의 ‘갑 제25호증의1 내지 197’).

그렇다면 경기도와 충청남도가 1966년부터 어업면허가 취소된 1973년까지 이 사건 아산만 해역에서 지형도상의 해상경계선을 기준으로 어업면허와 관련된 어업 행정관할권을 행사하였다고 볼 수 있다. 그러나 위 기간 중에는 이 사건 아산만해역에서 해상경계선을 둘러싼 어업 행정관할권에 대한 다툼이 경기도와 충청남도 사이에 없었다고 보이며, 이에 따라 어업단속행위도 존재하지 않았다고 보인다.

나) 1983년부터 1992년 사이에 지방자치단체들이 행정관할권한을 행사한 내용

① 충청남도지사와 경기도지사는 1983. 2. 21. 이후 이 사건 아산만해역에서 어장이용개발계획을 수립하여 국가(당시 수산청장)의 승인을 받아 어업면허처분을 하였는데, 이 때에는 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상의 하나의 선으로 연결된 해상경계선이 적용된 것으로 보인다.

충청남도지사는 이 사건 아산만해역 중에서 위 해상경계선을 기준으로 충청남도 쪽에 속하는 해역에 김 및 바지락 양식에 관한 12건(총 210ha)의 어업면허처분을 1983. 2. 21.부터 1986. 3. 27.에 걸쳐서 하였다. 그리고 경기도지사

는 이 사건 아산만해역 중에서 위 해상경계선을 기준으로 경기도쪽에 속하는 해역에 김 및 바지락 양식에 관한 4건(총 99.5ha)의 어업면허처분을 1984. 7. 16.에서 1985. 10. 29.에 걸쳐서 하였다.

이와 같은 사실은 수산청/국립수산진흥원이 1985년경에 전국의 연안어장을 조사하여 1988. 12.에 발간한 “연안어장기본조사보고서”에서도 확인되고 있는데, 위 보고서 “충청남도편”, 53-58 쪽과 “인천·경기편”, 241-242 쪽에는 충청남도지사와 경기도지사가 행한 어업면허처분에 의하여 정해진 어업지역이 지형도상에 표시되어 있고, 구체적인 어업내역이 기술되어 있다. 위 보고서에는 도간 해상경계표시가 연결선으로 존재하고 있어서 1977년에 편집된 지형도를 기준으로 작성한 것으로 보인다.

따라서 1983. 2.이후에는 경기도지사와 충청남도지사가 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산(1 : 50,000) 지형도상에 표시되어 있는 도간 해상경계선을 기준으로 하여 자신에게 속하는 해역에서 각자 어업면허처분을 내려서 자신의 어업 관할권을 행사해 왔다고 볼 수 있다.

그렇다면 1983. 2.에서 1992. 9.까지의 기간에는 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 지형도상의 해상경계선이 이 사건 아산만 해역에 대한 행정구역의 경계를 가르는 기준으로 작용하였다고 할 것이다.

② 다음으로 충청남도지사와 경기도지사가 아산만해역에서 수산업법에 의한 어업단속권한을 행사한 내역을 살펴본다.

우선 경기도 화성군 우정면 국화도와 충청남도 당진군 석문면 사이를 지나고 있는 도간 해상경계선은 당진군 육지지역에서 약 3km 떨어져 있고 화성군 육지지역에서는 약 17km가 떨어져 있어서, 양 도 사이에 위치하는 아산만 해역을 살펴보면 당진군소속 어장이 매우 협소하여 당진군소속 어업인들이 경기도로부터 범칙어선 처분을 많이 받았는데, 경기도가 당진군 어업인들을 불법어업으로 적발한 내역은 1972년 이후 총 96건이었다.

위 아산만 해역과는 달리 영웅바위섬을 포함하고 있는 이 사건 아산만 해역에서는 양 도간 해상경계선이 경기도 평택시 쪽으로 치우쳐 있어서 당진군 측 어업인들이 상대적으로 많은 어장을 형성하였으며, 주로 경기도측 어업인들이 충청남도로부터 범칙어선 처분을 받았는데, 충청남도가 경기도 어업인의 불법어업행위를 적발한 내역은 1984년 이후 총 7건이었다.

그렇다면 충청남도와 경기도는 지형도상 해상경계선을 기준으로 자신이 관할하는 아산만해역에서 어업단속권한을 행사하였다고 할 것이다.

③ 이 사건 아산만 해역에서는 1983년 이후 어업활동이 계속되었으나, 1992년 9월경 아산/평택항 건설사업이 실시됨에 따라서 이 사건 아산만 해역에서의 어업활동이 더 이상 불가능하게 되었으므로 국가는 기존 어업권자들에게 어업피해보상금을 지급하였다.

이에 따라 당진군에 거주하는 어업권자들은 위에서 본 어업면허처분(총 12건)에 의거하여 면허받은 어장들에서 독점 배타적으로 어업을 경영하여 오던 중, 1992년 9월에서 11월 사이에 인천지방해양수산청장으로부터 약 100억 원의 어업피해보상금을 받았다. 그리고 평택시에 거주하는 어업권자들도 자신의 어업양식장(총 4건)에 대해서 어업피해보상을 받았다.

다) 이 사건 제방 공사에 대한 계획에서의 해상경계선 사용

해운항만청장은 이 사건 제방을 건설하기 위하여 1993. 8. 21.에 고시한 ‘아산국가공업단지 항만개발사업중 호안 및 기타공사에 대한 실시계획’(해운항만청고시 제93-44호)에서 첨부된 ‘계획평면도(위치도)’상에 해상경계선을 기준으로 사업시행지역의 위치를 ‘경기도 평택군 지역 및 충남 당진군 지역’으로 표시하였는데, 이 사건 제방은 ‘호안 및 도류제’로서 충남 당진군 지역으로 표시되어 있었다.

살피건대 해운항만청장이 위 계획평면도에서 표시한 해상경계선은 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상에 표시된 해상경계선과 일치하는 것으로 보인다. 따라서 해운항만청장은 이 사건 제방을 건설하기 위한 계획에서 이 사건 아산만 해역에 존재한 해상경계선을 기준으로 행정구역을 표시한 것으로 판단된다.

라) 종합 정리

1966년부터 1973년 사이의 기간에는 경기도지사와 충청남도지사가 이 사건 아산만해역에서 지형도상의 해상경계선을 기준으로 하되 이를 크게 의식하지 않고 어업에 관한 행정관할권을 상호간에 행사하였다. 그러나 1983년 이후부터 1992년까지는 경기도지사와 충청남도지사가 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 지형도상의 해상경계선을 기준으로 이 사건 아산만해역 중에서 자신에게 속하는 해역에서 어업에 관한 행정관할권만을 독자적으로 행사하였다.

그렇다면 이 사건 아산만 해역에서 지형도상의 해상경계선을 사용한 행정관행이 상당히 오랜 기간동안 존재하였다고 볼 수 있다.

2) 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행에 대한 법적 확신의 존재 여부
이 사건 아산만 해역에서 지형도상 해상경계선을 사용한 행정관행이 오랜

기간동안 존재하여 왔으므로, 지형도상 해상경계선이 이 사건 아산만 해역에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대해서 충청남도 및 경기도의 지방자치단체들과 이들 지역에 거주하는 주민(특히 어업인 등)들이 법적으로 확신하고, 이에 따라서 어업에 관한 행정처분 등을 하고 일반국민은 이에 따라서 어업 활동 등을 해 왔다고 할 것이다.

3) 소결론

결론적으로 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선을 사용하여 지방자치단체들이 어업행정 등을 하여온 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 상당히 오랜 기간동안 존재하여 왔으며, 이 사건 아산만에 대한 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 충청남도 및 경기도의 지방자치단체들과 이들 지역 주민들의 법적확신이 존재한다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선은 이 사건 아산만 해역에서의 행정구역 경계를 확인하는 행정관습법상의 경계선으로 인정된다고 할 것이다. 특히 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상의 해상경계선은 이 사건 아산만 해역에서의 행정구역 경계를 확인하는 중요한 기준이 된다고 할 것이다.

(다) 지형도상 해상경계선을 기준으로 한 이 사건 해역에 대한 귀속판단

1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도에 근거할 때, 이 사건 아산만 해역상 “영웅바위” 섬에 대한 이 사건 해상경계선은 충청남도와 경기도간의 행정경계로서 법적 구속력을 가지며, 이 사건 아산만 해역상 “영웅바위”섬과 서해대교 사이의 이 사건 해상경계선은 그 법적 구속력이 인정되지 아니한다고 보더라도, 행정관행상으로 오랜 기간 동안 사용되어 왔기 때문에 행정관습법상 경계선으로 인정되어 법적 구속력을 가진다.

그렇다면 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상에 표시된 이 사건 해상경계선은 이 사건 아산만 해역에서의 경계를 확인하는 기준으로 인정된다고 할 것이다.

따라서 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상에 표시된 이 사건 해상경계선을 기준으로 할 때, 이 사건 제방이 건설된 이 사건 해역은 충청남도 당진군에 속한다. 그러므로 이 사건 해역에 대한 관할권한은 청구인에게 귀속된다고 판단된다.

그리고 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도에 의거하

여 이 사건 해역의 위치를 살펴보면, 이 사건 해상경계선은 X383505.46 Y185771.25와 X383498.64 Y185777.65의 좌표 지점을 지나며, 이 좌표지점에서 평택시 육지부 끝까지의 거리는 532m이다.

라. 이 사건 제방에 대한 관할권한의 귀속 판단

(1) 지방자치단체의 관할구역은 법률 및 대통령령에 의해 변경될 수 있기 때문에, 종래 특정한 지방자치단체의 관할구역에 속하던 공유수면이 매립되는 경우, 법률 또는 대통령령에 의한 경계변경이 없는 한, 그 매립지는 당해 지방자치단체의 관할구역에 편입된다.

다시 말해서 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한이 인정되면 공유수면에 새롭게 매립된 토지도 공유수면을 관할하는 지방자치단체에 자동적으로 귀속되므로, 지방자치법 제4조에 의거하여 지방자치단체의 관할구역을 변경하는 법률(시·도간 경계변경)과 대통령령(시·군·구간 경계변경)을 제정할 필요가 없게 된다.

그리고 매립토지 등록에 대한 그동안의 행정관행을 살펴보더라도, 공유수면에 매립된 토지에 대해서 관할구역을 변경하는 법률이나 대통령령을 제정하지 않고, 당해 지방자치단체가 자신이 관할해온 공유수면에 매립된 토지를 자신의 관할구역으로 삼아서 등록을 해 온 것을 알 수 있다.

(2) 위에서 본 바와 같이 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재하기 때문에, 해역에 관한 관할구역과 그 해역 위에 매립된 토지에 관한 관할구역이 일치하여야 하므로, 지방자치단체가 관할하는 공유수면에 매립된 토지에 대한 관할권한은 당연히 당해 공유수면을 관할하는 지방자치단체에 귀속된다.

그렇다면 위에서 본 바와 같이 이 사건 해역에 대한 관할권한이 청구인에게 귀속되므로, 이 사건 해역에 건설된 이 사건 제방에 대한 관할권한도 청구인에게 귀속된다고 할 것이다.

(3) 그러나 이 사건 제방에 대한 육지의 특성을 살펴볼 때, 이 사건 제방은 지리적 여건상 청구인과의 사이에는 바다가 놓여 있고, 따라서 당진군이 이 사건 제방에 대한 행정권을 행사하는 것이 비효율적이고, 이 사건 제방을 이용하는 주민들이 대부분 평택시에 거주하므로 주민의 생활권과 행정권이 일치하지 않을 뿐만 아니라, 앞으로 건설될 항만시설의 관리를 단일한 주체가 종합적으로 하는 것이 효율적이라고 판단되므로, 이 사건 제방에 대한 관할권한을 당진군에 귀속시키는 것이 불합리하다는 견해가 있을 수 있다.

따라서 만약 이 사건 제방에 대한 관할권한이 당진군에 귀속된 결과가 불합리하다고 판단할 경우에는, 국가가 지방자치법 제4조 제1항 및 제2항에 의거한 관할구역 경계변경절차에 의거하여 법률(시·도간 경계변경)과 대통령령(시·군·구간 경계변경)으로 이 사건 제방에 대한 구역경계를 다시 변경할 수 있다고 할 것이다.

또한 피청구인 평택시는, 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속한다고 하더라도 재판에서 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속한다고 선고하는 것은 사회통념에 반하고 행정구역 및 향만의 관리상 비효율을 초래하기 때문에 행정소송법 제28조 제1항에 의한 청구인의 심판청구를 기각하는 사정판결을 선고하여야 한다고 주장하나, 행정소송법 제28조 제1항의 사정판결은 처분의 취소 등을 구하는 소송에서만 허용될 뿐 이 사건과 같이 관할권의 확인을 구하는 소송에서는 허용되지 않는다고 봄이 상당하고(대법원 1996. 3. 22. 선고 95누5509 판결 등 참조), 나아가 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속한다고 결정할 경우에 초래될 향만관리상의 비효율 등이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고는 인정되지 아니하므로 피청구인 평택시의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

5. 결 론

이상과 같이 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 이 사건 제방에 대한 관할권한은 청구인에게 귀속된다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 주문 제1항에 대한 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 아래 6.과 같은 반대의견과 주문 제2항에 대한 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 주문 제1항(평택시장에 대한 청구의 각하)에 대한 재판관 권 성, 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 반대의견

피청구인 평택시장에 대한 청구는 다음의 세가지다.

- ① 이 사건 제방에 대한 자치권한(관할권한)이 청구인에게 있다는 확인
- ② 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소하지 아니하는 부작위가 청구인의 자치권한을 침해하여 위법하다는 확인
- ③ 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소해달라는 청구인의 요구를 피청구인 평택시장이 거부한 행위(처분)가 청구인의 자치권한을 침해

하였음을 이유로 한 거부처분의 취소

다수의견은 이 세가지 청구를 모두 부적법하다는 이유로 각하하고 있다. 그러나 우리는 이 문제에 관하여 다수의견과 일부 달리 생각하는 바가 있어 다음과 같이 그 이유를 밝힌다.

가. 다툼이 있는 권한

다툼이 있는 권한은, 지방자치단체인 군(郡)의 하나인 청구인이 이 사건 제방에 대하여 가지고 있다는 지방자치법상의 관할권한이다. 이 사건 제방에 대한 지적법상의 토지대장관리권한(토지를 토지대장에 등록하여 관리하는 권한)이 기본적으로 국가의 권한임을 당사자들이 다투는 것이 아니다.

청구인은 다만 이 사건 제방에 대한 토지대장관리권한의 귀속을 결정하는 선결적 요소인 행정구역상의 소속과 관련하여 「이 사건 제방은 청구인의 관할권한하에 있는 행정구역에 속한다는 것」을 주장하면서 이를 피청구인 평택시장과의 사이에 다투고 있는 것이다.

국가기관으로서의 피청구인 평택시장이 다툼의 상대방이 되고 있다고 보는 이유는 다음과 같다. 즉, 국가기관인 인천지방해양수산청장이 한 이 사건 제방에 대한 토지대장등록신청을 피청구인 평택시장이 아무런 유보 없이 접수하여 대장에 등록하고 이후 청구인의 계속된 이의를 배척하면서 그 등록을 유지하고 있는 사실이 인정되는데 이것은 국가기관으로서의 피청구인 평택시장이 이 사건 제방에 대한 지방자치법상의 관할권한이 청구인에게 있다는 주장을 부인하면서 이를 다투고 있음을 (이 사건에서는) 전제로 하기 때문이다.

다수의견이 이 사건에서의 계쟁권한을 토지대장관리권한이라고 파악하는 것은 청구인의 주장을 오해한 것이다. 그렇지 않다면 이 사건 권한분쟁의 본질과 실상을 외면한 것이거나, 뒤에서 보는 바와 같이 토지대장상의 토지등록이 지방자치단체의 토지관할권한에 미치는 영향을 과소평가한 것이거나, 지방자치단체의 토지관할권에 관한 부인은 동격의 다른 지방자치단체(예컨대 평택시)에 의하여서만 행하여지는 것이 아니고 피청구인 평택시장과 같은 국가기관에 의하여서도 행하여질 수 있음을 간과한 것이다.

나. 침해 또는 침해할 현저한 위험

토지대장에 토지를 등록하면서 토지 특성의 한 방법으로 소재지의 지번을 기재하는 행정구역의 표시는, 특별한 사정이 없는 한, 당해 토지를 관할하는 지방자치단체를 특정하여 표시하는 의미를 동시에 갖게 된다. 그러므로 토지대장상의 행정구역 표시는 당해 토지를 관할하는 지방자치단체를 식별하는

기준이 되고 이는 더 나아가 당해 지방자치단체의 그 토지에 대한 관할권한을 사실상 추정하는 공시적 요소의 기능을 한다.

그렇다고 하여 토지대장상의 행정구역표시가 지방자치단체의 관할권한을 창설하는 효력까지를 갖는 것은 물론 아니다. 먼저 토지에 대한 지방자치단체의 관할권이 결정 또는 인정되어야 하고 그 결정 또는 인정의 내용에 따라 토지대장의 행정구역기재가 행하여지는 것이다.

이처럼 토지대장상의 행정구역기재는 비록 관할권한의 창설적 효력은 없지만 관할권한을 대외적으로 공시하고 관할권한을 사실상 추르게 하는 중요한 기능을 수행하므로 이것이 잘못될 경우 그 영향은 매우 심각하고 중대하다.

이 사건 제방의 토지대장상의 행정구역표시가 피청구인 평택시로 기재되어 있게 되면 이로써 이 사건 제방은 평택시의 관할권한에 속하는 외관이 설정되고 이것은 동시에 청구인의 관할권한을 부인하는 사실상의 외관을 형성하는 것이다. 이 사건 제방이 청구인의 관할권한하에 있는 것이라고 가정할 경우 이러한 잘못된 외관은 청구인의 관할권한 행사에 중대한 장애가 되므로 이는 관할권한에 대한 명백한 침해가 되고 이러한 침해는 그것이 제거되기까지는 계속 존재하게 된다.

피청구인 평택시가 장차 이 사건 제방에 관하여 관할권한을 행사할 경우 이것이 청구인의 이 사건 제방에 관한 관할권한에 대한 장래의 '침해 위험'으로 파악될 수 있는 것과 별개로, 피청구인 평택시장이 행한, 앞에서 본 바와 같은, 관할권한 귀속의 외관 형성행위는 그것 자체로 청구인의 관할권한에 대한 '현재의 침해'를 구성하는 것이다.

다. 처분 또는 부작위

헌법재판의 대상이 되는 권한의 분쟁은 실로 다양한 형태로 야기될 수 있다. 그러므로 헌법재판소법 제61조의 '처분 또는 부작위'를 너무 좁게 해석한다면 실제 일어날 수 있는 권한분쟁의 상당한 부분을 헌법재판에서 제외시켜 버릴 위험이 있고 이것은 권한쟁의심판을 헌법재판의 한 유형으로 모처럼 도입하여 국가나 지방자치단체의 상호간에 있어서, 나아가 그 기관 상호간에 있어서, 사법통제에 의한 법치가 확보되도록 하려는 헌법과 헌법재판소법의 취지를 몰각하는 것이다.

따라서 권한분쟁의 실체가 존재하고 그것을 사법적 절차에 의하여 해결할 필요가 존재하는 이상 그 분쟁의 원인이 반드시 법률행위이거나 법률적 행위일 때에만 권한쟁의소송을 인정하여야 할 이치는 존재하지 않는다. 오히려 앞

에서 본 바와 같은 헌법의 취지를 살리려면 비법률적 행위 내지 사실적 행위 또는 불법행위가 원인이 되어 발생한 권한분쟁에 대하여도 출소를 인정하는 것이 합당하다. 혹시 권한쟁의소송의 남발을 염려한다면 이것은 기우에 불과하다. 적어도 현재로서는 더욱 그렇다고 말할 수 있다.

이러한 관점에서 본다면 법률상의 작위의무가 인정되는 경우의 부작위만이 헌법재판소법 제61조 제2항 소정의 '부작위'에 해당한다고 해석하는 견해는 행정소송 중 항고소송의 대상이 되는 부작위에 관한 기존의 일부 학설이나 법원의 판례를 새로운 형태의 헌법소송에 무리하게 적용하는 잘못을 범하는 것이다.

이 사건에서 보면 피청구인 평택시장이 문제의 토지등록을 계속 말소하지 않으면서 그 말소요구에 대하여 불가의 회신을 하고 있는 것은 청구인과 피청구인 평택시장 사이의 권한분쟁을 계속 유지, 확인하고 확대시키는 한 원인이 되고 있다. 여기에서 이러한 분쟁에 대한 입법적 해결을 관계기관이 경원하는 작금의 상황을 더하여 보면 이러한 분쟁을 사법절차에 의하여 해결할 당위성이 명백히 인정된다.

따라서 이 사건에서는 피청구인 평택시장의 침해행위 내지 부작위를 인정함에 아무런 무리가 없다고 할 것이다.

설혹 법률상의 작위의무가 있는 경우의 부작위만이 출소의 요건이 된다는 입장을 견지한다고 하더라도 이 사건에서는 그와 같은 법률상의 작위의무를 뒤에 보는 바와 같이 인정할 수 있으므로 결론은 동일하다.

라. 소권의 문제

다수의견의 요지는, 청구인과 피청구인 평택시장은 분쟁의 기초인 토지대장에의 등록 업무에 관하여 지방자치단체로서의 자치권을 가지고 있지 아니하므로 그들 사이에는 분쟁(controversy)이 없어 이 사건 소송은 부적법하다고 한다.

그런데 국가가 어떠한 분쟁형태에 대하여 국민에게 사법적 판단의 요구를 허용할 것인가의 문제는 소권에 관한 문제이다.

소권에 대하여서는 다양한 견해가 존재하지만 그 요체는 국민이 사법기관에 대하여 구체적인 분쟁상태에 응하여 필요한 사법행위를 할 것을 요구하는 권리라고 할 수 있는데 헌법재판소법 제61조 제1항은 국가기관 또는 지방자치단체에 대하여 권한쟁의의 경우에 이러한 소권이 있음을 인정하고 이를 전제로 그 요건 등에 관하여 규정하고 있는 조문이다.

지방자치단체가 자치권의 하나로서 그 행정구역에 속하는 토지에 대한 관할권한을 가지고 있음은 주지하는 바이다. 물론 이 권한이 민법상의 물권이나 채권과 같은 권리는 아니지만 그 침해의 경우에 그 권한의 존부와 범위를 다투는 소권이 위와 같이 인정되는 이상(헌법재판소법 제61조 제1항) 이 토지관할권한은 위 소권의 실제법상 청구권원이 됨이 이론상 분명하다.

이 사건에서는 문제의 토지에 대한 청구인의 토지관할권한의 침해 여부를 위요한 구체적 분쟁상황이 앞서 본 바와 같이 인정되므로 청구인은 그 토지관할권한에 기초한 방해배제청구권을 행사하여 헌법재판소와 같은 사법기관에 대하여 그 토지관할권한의 존재확인 및 침해의 배제나 예방을 청구하여 분쟁의 종국적 해결을 요구할 수 있는 것이다.

이렇게 보는 것이, 지방자치단체에게 (법률의 특별한 예외규정이 없는 이상) 배타적이고 독점적으로 부여되는 토지관할권한의 실제와 일치한다. 독점적이고 배타적인 권한은 이를 방해하는 상대에 대하여 그 제거와 원상회복을 청구할 수 있지 않으면 독점적이고 배타적이라는 것이 의미가 없기 때문이다.

따라서 지방자치단체의 토지관할권한이, 좀더 구체적으로는 이 토지관할권한에 당연히 수반되는 방해제거청구의 권능이, 이 사건에서 청구인의 실제법상 청구권원이 된다.

이렇게 본다면 피청구인 평택시장은 청구인의 방해제거청구권의 행사에 응하여 방해를 제거하여 원상회복시킬 법률상의 작위의무가 있는 것이고 그렇다면 피청구인 평택시장이 청구인의 토지대장등록 말소청구에 불응하는 것은 법률상의 작위의무를 위반한 부작위에 해당하는 것이다.

마. 결 론

그렇다면 청구인과 피청구인 평택시장 사이에서 피청구인 평택시장의 토지대장 등록행위는 청구인의 토지관할권한을 침해하는 행위가 될 수 있으므로 청구인은 피청구인 평택시장을 상대로 ① 이 사건 제방에 대한 자치권한(관할권한)이 청구인에게 있다는 확인을 구할 수 있고 ② 침해상태의 제거를 위하여 그 등록의 말소를 청구할 수도 있을 것이다. 이 경우 그 침해상태가 계속되는 한 청구기간은 언제나 새롭게 진행이 시작되므로 기간도과의 문제는 생기지 않는다.

등록말소의 청구는 헌법재판소법 제66조 제2항 소정의 권한침해행위의 취소청구에 해당함이 분명한 데 반하여 이러한 토지등록말소의 청구가 법원의 항고소송이나 당사자소송으로 허용될 수 있는 것인지 여부는 회의적이므로

이러한 형태의 소송을 권한쟁의심판으로 헌법재판소가 받아들이는 것에 다른 문제는 없다고 보인다.

또한 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소해달라는 청구인의 요구를 거부한 행위(처분)가 청구인의 자치권한을 침해하였음을 이유로 하여 청구인은 그 거부처분의 취소를 청구하고 있는데 이것은 결국 위에서 본 토지등록말소청구 내지 토지등록취소청구의 실질을 갖는 것이므로 이 청구를 허용하는 데는 청구취지의 정리 이상의 문제는 없다.

다만, 침해상태의 제거를 위하여 그 등록의 말소를 청구하는 이외로 다시 말소에 불응하는 행위의 위법확인까지를 구할 확인의 이익은 없을 것이다.

그렇다면 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 청구 중 자치권한 확인청구 부분과 토지등록말소청구부분은 적법요건을 갖추고 있으므로 본안에 들어가 과연 청구인에게 이 사건 제방에 대한 토지관할권한이 있는 것인지 등의 실체에 관하여 심리하여 그 청구의 당부를 판단하여야 할 것이고 그 청구 중 말소에 불응하는 행위의 위법확인청구부분은 확인의 이익이 없어 부적법하므로 각하되어야 할 것이다.

7. 주문 제2항에 대한 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 반대의견

다수의견은 지방자치단체의 관할구역에 바다도 포함되고, 이 사건 제방의 바닥을 이루는 공유수면은 관습법상 청구인의 관할구역에 속하므로 그 위의 매립지인 이 사건 제방에 대한 관리권한 역시 청구인에게 귀속된다는 논리를 펴고 있다.

그러나 우리들은 다음과 같은 이유로 이 사건 심판청구는 기각되어야 한다고 생각하므로 다수의견에 반대하여 우리의 견해를 밝힌다.

가. 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한은 존재하지 아니한다.

(1) 지방자치법 제4조 제1항은 “지방자치단체의 구역은 종전에 의하고 이를 변경할 경우”에는 시·도간은 ‘법률’로, 시·군구간은 ‘대통령령’으로 정하도록 규정하고 있는데, 이 법조항은 연혁적으로 토지조사령 등 지적관계법령에 따라 지적정리가 되었거나 그것이 가능한 육지에 대한 구역설정을 상정하여 규정한 것이지 공유수면인 바다를 대상으로 한 것이 아니며, 그 동안 법령으로 바다에 대한 지방자치단체의 구역을 확정된 바는 없다. 따라서 위 법조항으로부터 곧바로 지방자치단체의 구역에 바다가 포함된다고 해석할 수는 없다.

육지의 관할구역구분을 위한 경계설정을 위하여서는 지번부여를 위한 지적도, 임야도 등 지적공부와 같은 근거가 있어야 하듯이 바다를 지방자치단체의 구역으로 설정하기 위하여서는 해변(海番)을 부여하고 경계를 확정하기 위한 해적도(海籍圖)와 같은 근거공부가 있어야 하는데 이러한 것이 존재한 적도 없고 또한 기술적, 경제적으로 불가능하거나 현저히 곤란하다.

(2) 수산업법 제53조는 시·도사이의 어업조정을 위하여 필요할 때에는 해양수산부장관이 공동조업수역의 지정 등의 방법으로 조업수역을 조정할 수 있고, 시·군 또는 자치구 사이의 어업조정을 위하여 필요할 때에는 시·도지사가 조업수역을 조정할 수 있도록 규정하고 있고 내수면어업법 제14조는 면허 또는 허가를 받거나 신고하는 내수면이 2 이상의 특별시·광역시 또는 도에 걸친 때에는 해당 시·도지사의 협의에 의하여 면허·허가 또는 신고를 수리하여야 하는 기관을 결정하고 면허 또는 허가를 받거나 신고하는 내수면이 2 이상의 시·군·구에 걸친 때에는 해당 시·군·구를 관할하는 시·도지사가 면허 허가 또는 신고를 수리하는 기관을 지정하여야 한다고 규정하고 있다. 위 각 법조항에서 조업수역을 법률이나 대통령령에 의하지 아니하고 해양수산부장관이나 시·도지사가 조정할 수 있도록 규정한 것은 바다는 국가의 소유 관리하에 있고, 지방자치법 제4조의 자치단체의 구역에서 바다가 제외됨을 전제로 한 취지라고 할 것이다. 만약 바다의 관할구역도 반드시 어느 지방자치단체에 속한다고 한다면 굳이 이와 같은 조정절차를 둘 필요가 없을 것이기 때문이다.

(3) 수산업법 제4조 제1항에 의거 근해어업은 해양수산부장관의 허가사항이며 같은 법 제8조 제1항에 의거 정치망 어업과 양식어업은 시장, 군수 또는 구청장의 면허를 받도록 되어 있고, 이러한 시장, 군수, 구청장의 어업면허는 어업면허의관리등에관한규칙(해양수산부령 제00251호) 및 이에 따라 해양수산부장관이 작성하여 시·도지사에게 시달하는 어장이용 개발계획기본지침을 준수하여야 한다(수산업법 제4조 시행령 제2조 어업면허의관리등에관한규칙 제2조)고 규정되어 있다. 위 규정들은 바다에 대한 관리권이 국가에 있음을 전제로 해양수산부장관이 주무국가행정기관으로서 그 권한을 행사해야 함을 정하고 있는 것이므로 지방자치단체의 장이 연안어업 등에 관하여 위와 같은 행정권한을 행사하는 것은 국가의 위임에 의하여 위임사무를 행하는 것이지 지방자치단체의 집행기관으로서 권한을 행사하는 것은 아니라고 해석할 수 있다. 따라서 위 규정들은 지방자치단체가 공유수면에 대하여 자치권한을

가지고 있지 않다는 근거가 된다고 할 것이다.

(4) 다수의견이 경계획정의 기초를 삼고 있는 지도도식규칙(1974. 6. 3. 건설부령 제143호) 및 국립지리원고시 제13호(1974. 12. 10.)에 의하여 국립지리원이 작성한 지형도의 해상에 표시된 경계표시는 도서의 소속을 표시할 뿐 지방자치단체의 관할구역을 판단하는데 아무런 법적구속력이나 입증력을 가지지 아니한다는 것이 위 지리원의 공식견해이고 정부 모든 부처간에도 다툼이 없다. 따라서 이를 기준으로 경계를 확정할 수는 없는 것이고 더 나아가 위 지형도가 그러한 기능을 한다면 공유수면에 대하여 해적도를 작성하고 해변을 부여하여야 하는데 그것이 가능한지도 의문이다. 또한 바다에 대한 지방자치단체의 해상경계가 국립지리원 간행의 지형도상 해상경계에 따라서 결정되어 왔다는 오랜 관행의 존재도 다수의견이 든 사실만으로 인정키 어려울 뿐만 아니라 그 관행에 관하여 법적 확신에 의하여 관습법이 되었다고 인정하기에 족한 증거는 더 더욱 없다. 관습법이란 곧 법률과 동일한 효력을 가지는 것으로 함부로 그 존재를 인정하여서는 아니되고, 몇 번의 선례가 존재한다는 것만으로 족한 것이 아니라 그에 관한 국민의 법적 확신이 존재하여야 하는 것이다. 그럼에도 그러한 관습법의 존재를 인정한 것은 법창설행위에 다름 아니다.

(5) 물론 우리들이 바다에 대한 지방자치단체간의 경계획정의 필요성을 부인하는 것은 아니다. 국가는 국가의 해양정책 목적 및 필요에 따라 조업구역 범위, 해양안전심판원의 관할구역, 해양경찰서의 관할구역 등 다양한 관리구역을 합리적으로 설정할 수 있고, 개별법령 등에 의하여 지방자치단체에게 구역을 정하여 관리권한을 위임할 수도 있을 것이나, 이를 반드시 지방자치단체의 구역으로 확정하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

(6) 결론적으로 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한이 있다고 인정할 법적근거나 사실을 인정할 증거가 없으므로 공유수면에 대한 지방자치단체의 관할권한은 존재하지 아니한다고 보아야 하고, 다만 법령으로 그 관할구역을 정할 수 있을 뿐이라고 할 것이다.

나. 설령 이 사건 제방의 바닥인 공유수면에 대하여 청구인이 관할권한을 가진다고 하더라도 이 사건 제방에 대한 청구인의 관할권한은 인정되지 아니한다.

(1) 지방자치법 제4조 제1항에서 지방자치단체의 구역은 종전에 의한다고 규정한 것은 종전에 행정구역이 확정되어 있을 때 그 확정된 구역을 변경하

지 아니하고 그대로 둔다는 의미이다. 따라서 문리적 해석에 의하더라도 종전에 존재하지 아니하였던 토지가 새로이 생겨난 경우에는(있지도 아니한) 종전에 의할 수가 없는 것이다. 이 사건의 경우와 같이 바다를 매립하여 생성된 토지는 종전에는 존재하지 아니하였던 새로운 토지가 생겨난 것이고 이는 동일성을 유지하면서 바다에서 토지로 형상이 변경된 것이 아니라 종전에 없던 육지(無에서)가 새로 생겨난 것(有로)으로서 종전에 존재하던 것에 의하여 정하여진 기준이 적용될 여지는 처음부터 없는 것이다. 즉 이 문제는 바다의 행정구역을 어떻게 결정할 것인가라는 공유수면상의 행정구역의 획정기준에 관한 것이 아니라 새로 생성된 토지의 관할을 어떻게 결정할 것인가라는 육지의 행정구역획정기준에 관한 것이다. 즉 종전부터 존재하였으나 구역이 확인되지 아니한 미확인 영역을 확인하는 것이 아니라 미소속 토지의 관할구역을 창설적으로 정하는 문제다. 그런데 새로 조성된 육지의 행정구역을 어떻게 정할 것인지에 대하여는 아무런 법률 규정이 없는 것이며, 시·도간 구역의 변경을 법률로 정해야 한다면 구역이 확정되어 있지 아니한 지역을 시·도로 편입하는 것도 법률로 정해야 할 것인지 바다의 관할권한이 그 위에 새로 생긴 토지에도 그대로 미친다고 볼 수는 없는 이치이다. 공유수면 매립에 의해 새로 생긴 토지의 행정구역을 법률로 정할 때에는 바다의 경계획정의 원칙을 적용할 것이 아니라 토지에 대한 행정구역획정의 일반원칙인 사회통념, 지리적 위치, 국토의 효율적 관리, 행정구역의 관리, 항만 관리의 효율성 등을 고려하여 사회적, 공익적 차원에서 국가의 정책에 따라 정하여야 할 것이다.

(2) 따라서 법률로 이 사건 제방에 대한 행정구역을 정하기 전에는 이 사건 제방은 어느 자치단체의 구역에 속한다고 확정할 수 없는데, 현재로서는 이 사건 제방에 대한 자치권한이 청구인에게 부여되어 있다고 볼 법률상의 근거가 없다.

다. 결 론

그렇다면 청구인에게 이 사건제방에 대한 관할권한이 있다고 인정할 법적 근거나 사실을 인정할 증거가 없으므로 청구인의 청구를 기각하여야 한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
주선희 전효숙 이상경(주심)

[별지] 청구인의 주장, 피청구인의 답변 및 행정자치부장관의 의견

1. 청구인의 주장 요지

가. 적법요건에 관하여

(1) 지적법에 의하면 토지의 토지대장 등 지적공부예의 등록은 국가의 사무이며(동법 제3조 제1항), 지적공부의 등록·비치·보관·보존 등 집행행위는 ‘소관청’인 시장·군수가 담당하도록 되어 있어서(동법 제2조 제2호, 제3조 제2항, 제8조 제1항 등), 지적공부 등록사무는 법률상 국가의 사무로 명시됨과 동시에 그 소관청이 시장·군수로 지정되어 있기 때문에 일종의 기관위임 사무에 속하므로, 이 사건에서 피청구인 평택시장은 지적공부의 관리권한을 가진 소관청으로서 국가기관으로서의 지위를 가진다. 따라서 피청구인 평택시장은 이 사건 권한쟁의심판에서 피청구인적격을 가진다(심판청구서 2000. 9. 7. 4쪽; 준비서면 2002. 6. 1. 2-3쪽).

(2) 국립지리원의 지형도상의 해상경계 등을 기준으로 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속하기 때문에, 청구인의 군수가 직권으로 이 사건 제방을 토지대장에 등록하여 이중등록상태가 되었으면, 피청구인은 마땅히 이 사건 토지대장을 말소·폐기하여 그러한 이중등록상태를 해소할 법적 의무가 있다(심판청구서 7-8쪽).

(3) 지적법 제24조 제1항 및 제2항과 같은법시행령(2002. 1. 26. 개정되기 전의 것) 제72조 제1항 제4호 및 제2항에 의거하여 소관청인 피청구인은 소관청의 관할구역에 속하지 않은 토지를 자신의 관할구역내의 것으로 토지대장에 잘못 등록한 것을 정정해야 할 직무상의 의무를 지속적으로 이행하지 않고 있는데, 이는 헌법재판소법 제61조 제2항 및 제66조 제2항에서 규정하는 “부작위”에 해당된다(준비서면 2002. 6. 1. 5쪽).

(4) 이 사건 제방이 계속하여 피청구인의 토지대장에 등록되어 있어서, 이 사건 제방에 대한 청구인의 자치사무 수행이 막대한 지장을 받고 있으므로, 피청구인이 위 지적법조항 및 동법 시행령조항에 의거하여 이 사건 토지대장의 말소·폐기의무를 이행하지 아니한 부작위에 의해서 헌법 및 법률상 부여 받은 청구인의 자치권이 침해되었거나 최소한 침해될 현저한 위험이 있다(심판청구서 8쪽).

(5) 피청구인이 위 지적법조항 및 동법 시행령조항에 의거하여 이 사건 토지대장을 말소·폐기할 의무를 이행하지 않는 부작위가 계속되는 한, 이 사건 토지대장으로 말미암아 청구인의 자치권은 계속적으로 침해되고 있다고

할 것이므로, 이 사건 심판청구는 청구기간의 제한을 받지 않는다(심판청구서 8쪽).

(6) 피청구인이 이 사건 토지대장을 말소·폐기하지 않고 계속해서 유지하고 있는 부작위를 근거지우는 청구인의 이 사건 등록의 말소·폐기청구권은 헌법이 보장하고 있는 지방자치권으로부터 발생한다(준비서면 2000. 12. 1. 4쪽).

(7) 이 사건 등록은 이 사건 제방이 피청구인 소속 지방자치단체의 관할구역에 속함을 전제로 지번을 부여함으로써 청구인의 관할구역을 무시하고 지방자치단체간의 경계를 불분명하게 한 것으로서, 청구인의 자치권한을 ‘법적으로’ 침해한 것이다(준비서면 2000. 12. 1. 5쪽).

(8) 피청구인이 2000. 8. 28.자 회신공문을 통하여 이 사건 제방은 인천지방해양수산청장의 합법적인 신규등록 신청에 의거 신규등록한 것이므로 오히려 청구인측의 토지대장을 말소하는 것이 합당하다는 취지로 이 사건 토지대장 등록의 말소를 거부한 것은 명시적이고 적극적인 견해표명으로서 권한쟁의심판의 대상이 되는 처분이다(청구취지변경신청서 2001. 6. 2. 2-3쪽).

(9) 피청구인이 지적법 제24조 제1항 및 제2항과 같은법시행령(2002. 1. 26. 개정되기 전의 것) 제72조 제1항 제4호 및 제2항에 의거하여 소관청의 관할구역에 속하지 않은 토지를 자신의 관할구역내의 것으로 토지대장에 잘못 등록한 것을 정정해야 할 직무상의 의무의 이행을 2000. 8. 28.자 회신공문을 통하여 명시적으로 거부함으로써 당초의 토지 대장 등록과는 별개의 처분으로써 거부처분이 성립한다. 다시 말해서 헌법 또는 법령에 의해서 부과된 직무상의 의무가 존재하고 그 의무이행의 요구를 거부하면 바로 권한쟁의심판에서의 거부처분이 된다(준비서면 2002. 6. 1. 6-7쪽).

(10) 헌법재판소법 제61조 제2항에서 말하는 처분 또는 부작위의 취소·무효 확인요건으로서 “권한의 침해”는 권한이 법적으로 소멸·축소되는 것만이 아니라 권한행사에 사실상의 장애가 발생한 경우까지 포함하는 것이다. 이 사건 제방이 피청구인의 관할구역에 등재됨으로써 청구인이 자치권에 기하여 이 사건 제방에 대해 지방세부과와 각종의 공법상 규제를 행하는 데 사실상의 장애가 이미 발생하였으므로, 피청구인의 거부처분 또는 부작위로 인하여 청구인의 자치권이 침해되고 있다(준비서면 2002. 6. 1. 7-8쪽).

(11) 부작위에 대한 청구의 경우, 피청구인의 부작위가 계속되는 한 권한침해가 계속되므로 청구기간의 제한 없이 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 그리

고 거부처분에 대한 청구의 경우, 청구인은 피청구인이 송부한 회신공문을 2000. 8. 31. 접수하여 2000. 9. 7.에 권한쟁의심판청구를 하였으므로, 이 사건 거부처분을 알게 된 날로부터 60일 이내에 심판청구를 한 것이어서 이에 대한 심판청구도 그 청구기간을 준수하였다(청구취지변경신청서 2001. 6. 2. 4쪽; 준비서면 2002. 6. 1. 9쪽).

(12) 피청구인 “평택시”에 대한 청구에 관하여

(가) 청구인이 제기한 “피청구인 및 청구취지변경신청서”상의 심판청구(이하 ‘본 심판청구’라 한다)를 기존의 청구(이하 ‘중전 심판청구’라 한다)와 병합하는 것은 주관적·객관적 추가적 병합에 해당된다. 본 심판청구는 중전 심판청구와 관련된 청구를 병합하는 것이고, 중전 심판청구가 소송계속중이며, 중전 심판청구가 적법하여 본 심판청구도 적법하므로, 본 심판청구는 행정소송법 제10조 제2항에서 요구하는 조건들을 모두 충족하고 있으므로 청구의 변경으로서 적법하다(피청구인 및 청구취지변경신청서 2002. 6. 21. 2-4쪽).

(나) 중전 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해한 것을 확인받으려는 청구였으나, 본 심판청구는 청구인이 이 사건 제방에 대해서 자치권을 갖고 있다는 것을 확인받으려는 청구이므로 피청구인의 처분(또는 부작위)은 심판의 목적물이 되지 아니한다. 그런데도 피청구인(평택시)의 장인 평택시장은 청구인의 자치권이 미치는 이 사건 제방을 이미 토지대장에 등재함으로써 지방세 부과권 등 청구인의 위 토지에 대한 자치권을 침해할 현저한 위험이 발생하였으므로 본 확인청구는 권한쟁의심판청구의 요건을 갖추었다(피청구인 및 청구취지변경신청서 2002. 6. 21. 6-7쪽).

(다) 청구인이 제기한 “피청구인 및 청구취지변경신청서”상의 심판청구(이하 ‘본 심판청구’라 한다.)는 과거의 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 권한을 침해한다는 확인을 구하는 것이 아니라, 피청구인이 장래에 청구인의 권한을 침해할 위험이 있다는 이유로 청구인의 권한의 존부를 다투는 것이므로, 피청구인의 처분 또는 부작위가 심판의 목적물이 되지 않는다. 그러므로 피청구인이 아직 계쟁토지에 대한 구체적인 관할권을 행사하지 아니한 현재로서는 청구기간의 제한은 적용되지 아니한다(피청구인 및 청구취지변경신청서 2002. 6. 21. 8쪽).

나. 본안에 관하여

(1) 수산물 생산을 자치사무로 규정하고 있는 지방자치법 제9조 제2항 제3호 나목 뿐만 아니라, 해양에서의 어업에 관한 관리·감독권한을 시장·군수

등에게 부여하고 있는 수산업법 제4조 등의 규정들, 공유수면의 관리청을 규정하고 있는 공유수면관리법 제4조 및 제5조, 항만법 제5조 등, 연안관리법 제5조 등은 국가사무의 기관위임 형식이 아니라 그 법률 자체에 의거하여 해양에 관한 관리·감독권한을 시장·군수에게 부여하고 있는데, 이러한 관리·감독권한은 새로운 유형의 지방자치단체사무라고 볼 수 있다. 이와 같이 위 법률들에 의한 지방자치단체의 사무관할이 해양에까지 미치고 있으므로, 공유수면인 바다에 대한 지방자치단체의 지방자치권이 존재한다(준비서면 2000. 12. 1. 1-3쪽; 준비서면 2002. 6. 1. 10쪽).

(2) 지방자치단체의 (관할)구역에는 자치단체 사무의 (관할)구역인 ‘협의의 구역’과 기관위임사무의 (관할)구역인 ‘광의의 구역’으로 상정할 수 있는데, 양자는 일치한다. 그런데 바다는 광의의 구역에 속하므로 바다는 협의의 구역에도 당연히 속하게 되어 바다에 대하여도 지방자치단체는 자치권을 가진다. 이 사건 해역은 청구인의 광의의 구역에 속하므로 위 해역은 청구인의 협의의 구역에 속하게 되어 위 해역 내부에 있는 이 사건 제방은 청구인의 협의의 구역에 속한다. 따라서 이 사건 제방에 대한 자치권은 청구인에게 속한다(피청구인 및 청구취지변경신청서 2002. 6. 21. 11-12쪽).

(3) 지방자치법 제4조 제1항의 연혁을 살펴보면, 지방자치단체의 명칭과 구역은 대한민국 정부수립 이후 처음부터 현재까지 계속 “종전에 의하고”, 그 변경은 법률 또는 대통령령에 의하도록 되어 있다. 이 법규정에서 “종전에 의하고”라는 것은 일제시대 경계구역에 따른다는 것을 의미하고, 정부수립 이후 현재까지 아산만 해역에 관하여 청구인과 평택시의 경계를 새로이 정한 적이 없으므로 아산만 해역에서의 경계는 “종전의 경계” 즉, 일제시대로부터 전래된 관습법적인 경계에 의해서 결정된다(심판청구서 5-6쪽).

(4) 이러한 관습법적인 경계를 판단함에 있어 결정적인 근거는 우선 측량법 제21조 제1항, 제23조에 의거해서 국립지리원이 작성·간행한 지형도인데, 이에 의하면 아산만 해역은 별지도면에 기재된 A-B 해상경계(이하 ‘이 사건 해상경계’라 한다)를 기준으로 충청남도 및 청구인과 경기도 및 평택시의 관할구역으로 구분되고 있다. 이에 따라 이 사건 제방이 속한 아산만 해역(이하 ‘이 사건 해역’이라 한다)은 원래부터 청구인의 관할구역에 속하였던 것이므로, 이 사건 해역에 매립·준공된 이 사건 제방도 역시 청구인의 관할구역에 속한다(심판청구서 6쪽).

(5) 일제시대 대정 3년인 1914. 1. 12. 임시토지조사국 훈령 제1호로 제정된

“일반도측량실시규정”은 지형도상의 도식에 관하여 설명하고 있는데, 행정구역과 관련된 위 규정 제240조는 “해협 또는 도서사이 등을 통과할 때에는 도면상으로 그 경로가 판명되도록 적의한 길이로써 그릴 것”이라고 규정하고 있다. 따라서 이에 비추어 보면, 대정 3년(1914년)에 간행된 우리나라 최초의 지형도상에 표기된 해상도계선은 당시 행정구역에 근거한 것이다(준비서면 2001. 4. 12. 10쪽).

(6) 일제시대 대정 3년(1914년)에 간행된 우리나라 최초의 지형도상 나타난 이 사건 해역에 대한 해상도계표시를 보면, 현재의 지형도상의 도계표시와 일치하고, 당시 난외주기 부호에 나타난 해상도계표시와 현재 지형도의 범례상 해상도계표시가 일치한다(준비서면 2001. 3. 8. 1-2쪽).

(7) 국립지리원이 제작 간행한 지형도상에 표시된 시·도, 시·군·구계의 선을 일반 국민이 일상적으로 인정해 오고 있고, 국가기관이나 자치단체 등이 이 선에 근거하여 관할권을 행사해 오고 있으므로 위 지형도는 관습법적인 법원을 갖고 있어서 법적 효력을 지닌다(준비서면 2002. 10. 17. 1-2쪽).

(8) 국립지리원이 1977년도에 간행한 1/50,000 지형도에는 해상도계 표시가 육지부와 마찬가지로 전부 연결되어 있어서, 이를 좌표화할 수 있다(준비서면 2001. 3. 8. 1쪽).

(9) 이 사건 해상경계를 기준으로 하여 충청남도지사와 경기도지사가 각자의 관할구역에 속하는 해역안에서 어업면허처분과 어업단속을 해왔으며, 청구인측 관할구역 안의 어업권자들이 어업활동을 해오다가 1992년 아산국가공업단지 개발사업으로 인하여 약 100억 원의 어업피해보상을 경기도측으로부터 받았다(심판청구서 6쪽).

(10) ‘아산항 인근해역 어업면허 처분 내역(1955-1961, 1964-1969, 1970년대, 1980년대)’과 ‘당진군 어장 허가위치도’에 의하면, 청구인은 이 사건 아산만 해역에서 1957년부터 1989년까지 어업면허처분을 한 사실이 있다(준비서면 2001. 6. 22. 2쪽).

(11) 피청구인은 경기도(평택군)가 1960년대 아산만 해역에서 해상경계를 넘어 충청남도(당진군) 관할구역에 어업면허를 하였다는 양식어업권 면허처분 기록을 제출하면서 이를 근거로 해상에서의 지방자치단체 관할구역이 지형도상 경계가 아니며, 법적인 관행이 아니라는 주장을 하고 있으나, 이는 당시 피청구인이 관행적인 해상경계를 확인하지 아니한 채 행정착오에 기인하여 위법한 어업면허처분을 하였다는 자료가 될 수 있을 뿐 이로써 종전의 해

상경계를 외면하는 일반적인 관행이 있었다고 인정할 수는 없다(준비서면 2001. 4. 12. 11-12; 준비서면 2001. 6. 22. 4쪽).

(12) 이 사건 제방에 인접한 속칭 “영웅바위”섬도 옛날부터 청구인에게 소속되었으며, 건설부장관이 수립한 아산국가공업단지 기본계획도와 해운항만청장에 의한 아산국가공업단지내 항만개발사업 변경승인고시에도 평택시와 청구인의 관할구역이 이 사건 해상경계에 의해서 구분되어 있다(심판청구서 7쪽).

(13) 지방자치단체의 관할구역이 관습법, 법률, 대통령령에 의해 결정되기 때문에, 종래 특정한 지방자치단체의 관할구역에 속하던 공유수면이 매립되는 경우, 법률 또는 대통령령에 의한 변경이 없는 한, 그 매립지는 당해 지방자치단체의 관할구역에 편입되는 것이다. 즉, 공유수면 경계가 관습법, 법률, 대통령령에 의해 결정되기 때문에, 그 매립지에 대한 관할구역도 또한 공유수면 경계에 따라서 결정된다(준비서면 2001. 6. 1. 11-12쪽).

(14) 이 사건 제방이 속한 해역이 청구인의 관할구역이라면, 해역에 관한 관할구역과 그 해역의 매립토지에 관한 관할구역은 일치하여야 하므로, 공유수면의 관리와 그 매립이 국가의 권한이라고 하더라도 일단 그 매립이 완료되어 토지가 조성되면 그 토지는 자동적으로 원래 당해 해역의 관할구역에 속하게 되는 것이다(준비서면 2000. 12. 1. 6-7쪽).

(15) 이 사건 제방인 평택시 포승면 만호리 572번지 제방 중 양 주탑 사이 약 270m는 수심이 가장 깊은 곳이며 내항과 외항에 선박이 드나드는 항로로서 토지가 아닌 해면임에도 불구하고 피청구인이 이 부분까지도 이 사건 제방과 연속되는 것으로 등록한 것은 지적법시행령 제26조(경계설정원칙)에 위배되므로 말소되어야 한다. 따라서 이 사건 제방이 평택시 육지부와 연속되었다는 피청구인의 주장은 이유가 없으며, 조성되고 있는 토지용도가 항만시설인 점을 감안할 때 주민생활과 직접적인 관련이 없다(준비서면 2001. 4. 12. 8쪽).

(16) 아산만 해역의 해상경계는 정부수립 후 현재에 이르기까지 청구인과 피청구인 사이에 경계를 새롭게 새로이 정하거나 법령에 의하여 변경된 바가 없다. 따라서 분쟁의 대상이 된 해역의 청구인과 피청구인간 해상경계의 기준은 아산항 건설이 계획된 아산국가산업단지기본계획(건설부 고시 1992-820호, 1992. 12. 31.)의 계획도면에 따라 경계기준을 삼아야 한다. 그런데 위 기본계획의 계획도면에 의하면 아산국가산업단지의 토지이용이 경기측과 충남

측으로 구분되어 있고 충남측 지역이 980㎡로 표시되어 있으므로, 충남측 지역에 위치한 이 사건 제방은 청구인의 관할에 속한다(준비서면 2002. 10. 17. 2쪽).

(17) 피청구인은 아산항이 오직 평택시의 발전을 목적으로 개발중인 것처럼 주장하면서 이 사건 제방이 평택시 외의 관할이 되면 행정상의 혼란이 올 것처럼 주장하고 있으나, 하나의 항만이 하나의 자치단체의 행정구역에 편입되어야만 관리의 효율성을 올릴 수 있다는 주장은 여러 자치단체로 나뉘어져 있으나 항만관리에 별다른 문제가 발생하고 있지 아니한 부산항이나 울산항의 사례를 볼 때 설득력이 없다(준비서면 2003. 5. 12. 3쪽).

(18) 지방자치단체의 관할구역은, 대법원의 판례(2002. 12. 24. 선고 2000도 1048)에서 실시하는 바와 같이, ‘지방자치단체의 명칭과 구역은 종전의 예에 의하여 …’라는 지방자치법의 규정에 따라 연형적인 상황, 자연적 조건, 행정권행사 및 그 사무처리의 실상을 종합적으로 판단하여 결정하는 것이지 미래에 추진할 정책상의 필요에 의하여 결정되는 것이 아니다. 즉, 이 사건 권한쟁의심판은 이 사건 제방이 어느 지방자치단체의 관할에 속하는 것을 확인하는 것이지, 이 사건 제방이 어느 지방자치단체의 관할에 속해야 보다 효율적으로 그 기능을 수행할 수 있는지의 문제를 밝히는 것이 아니다(준비서면 2003. 5. 12. 4쪽).

(19) 피청구인은 이 사건 권한쟁의심판이 계속중인 2002. 5. 1. 새롭게 준공된 항만시설 일부에 “경기도 평택시 포승면 만호리 572-2”라는 지번을 추가로 부여하여, “대지면적 10,787㎡”로 표기하고, “일반건축물대장”에 “평택항 서부두 다목적 창고” “일반철골조 창고시설 5,640㎡”를 등재하고, 이어서 2002. 5. 27. 이에 대한 소유권보전등기(국가-해양수산부)를 이행하여 위 항만시설에 대한 청구인의 자치권한을 침해하고 있다(준비서면 2002. 10. 17. 3쪽).

(20) 중앙분쟁조정위원회가 2001. 7. 6. 제2001-4호로 내린 조정의결에서 공유수면의 경계를 육지의 형태에 종속하여 결정한 이유는 아산방조제 및 담수호 지역의 해상경계선을 뒷받침할만한 어업행위 등의 실질적 관습을 찾아볼 수 없었기 때문이며 육지의 형태를 모든 공유수면매립지의 경계를 확정하는데 절대적인 기준으로 삼았기 때문은 아닌 것이다(준비서면 2003. 5. 12. 5쪽).

(21) 지적법 제37조 제1항은 행정구역의 명칭이 변경된 때에는 지적공부에 등록된 행정구역의 명칭은 당연히 변경된 것으로 본다(준비서면 2003. 5. 12. 5쪽).

항은 지번 설정지역의 일부가 행정구역의 개편으로 다른 지번 설정지역에 속하게 된 때에는 새로이 그 지번을 정하여야 한다고 규정하고 있으므로, 행정구역의 명칭이나 행정구역의 개편은 지적공부의 기재에 의해서가 아니라 지방자치법 등 다른 법령에 의한 절차에 의해 이루어지는 것이고 지적공부는 다만 그 결과를 반영하는 것에 불과하다(준비서면 2001. 4. 12. 5-6쪽).

(22) 피청구인이 행정소송법상의 사정판결에 준하는 사정결정이 내려져야 한다고 주장하는 정책적인 이유들은 향후 대통령령에 의한 경계변경에서 고려되어야 할 사유에 불과하므로, 이 사건 권한쟁의심판에서는 경계분쟁에 대한 결정이 선고되어야 한다(준비서면 2002. 6. 1. 12쪽).

2. 피청구인의 답변 요지

가. 적법요건에 관하여

(1) 이 사건은 이 사건 제방의 위치와 관련된 두 지방자치단체인 청구인과 평택시 사이의 경계분쟁에 관하여 한쪽 당사자인 청구인이 자기의 자치권이 미치는 지역적 범위를 확정해 달라는 심판청구이므로, 지방자치단체의 장인 평택시장이 아니라 대립관계에 있는 상대방 지방자치단체인 평택시를 피청구인으로 삼아야 하는데, 평택시장을 상대로 청구한 이 사건 심판청구는 피청구인적격이 결여되어 부적법하다(준비서면 2001. 6. 30. 3-4쪽).

(2) 청구인은 피청구인에게 이 사건 등록을 말소·폐기할 것을 청구할 수 있는 헌법 내지 법률상의 청구권을 갖지 아니하므로 부작위가 존재하지 아니한다. 피청구인의 1998. 3. 23.자 이 사건 등록으로 인하여 청구인의 권한이 침해받았다면, 그 즉시 청구인의 자치권한에 대한 침해가 발생하여 그 후 현재까지 위법상태가 지속되는데 불과한데, 이는 단순한 일반적인 부작위에 해당되므로, 권한쟁의심판대상으로서의 부작위에 해당되지 아니한다(답변서 2000. 10. 25. 5쪽).

(3) 헌법재판소법 제61조 제2항에서 말하는 부작위는 처분적 효력이 있는 부작위를 말하며 선행된 어떠한 작위적 처분으로 인하여 이미 권한의 침해가 발생하고 그 처분청이 이를 제거하지 않음으로써 그 위법상태가 사실상 지속되고 있는 경우는 해당되지 아니하므로, 피청구인이 이 사건 토지대장을 말소·폐기하지 아니하고 있는 부작위는 헌법재판소법 제61조 제2항에서 말하는 부작위에 해당되지 아니한다(준비서면 2001. 6. 30. 5-6쪽; 준비서면 2002. 12. 20. 10-11쪽).

(4) 피청구인은 이 사건 토지대장을 말소·폐기해야 할 헌법상 내지 법률

상의 의무를 가진다고 볼 수 없으므로, 그 작위의무의 존재를 전제로 한 이 사건 심판청구는 부적법하다(준비서면 2001. 6. 30. 7-8쪽; 준비서면 2002. 12. 20. 12-13쪽).

(5) 청구인이 2001. 6. 2. 자 청구취지변경신청서에서 거부처분취소청구를 추가하였으므로 법리상 “부작위위법확인청구”는 부적법하다(준비서면 2001. 6. 30. 9-10쪽).

(6) 청구인의 어떤 선행처분으로 인하여 청구인의 권한이 이미 침해되어 그 위법상태가 계속되고 있는 중에 위 선행처분의 취소를 구하였으나 피청구인이 이를 거부한 경우에, 청구인의 권한침해는 위 선행처분으로 인하여 발생한 것이지 그 후의 거부처분으로 인하여 발생한 것이 아니므로, 청구인의 이 사건 토지대장 말소·폐기요구에 대한 피청구인의 2000. 8. 28.자 거부처분은 헌법재판소법 제61조 제2항에서 말하는 ‘처분’에 해당되지 아니한다(준비서면 2001. 6. 30. 11-12쪽; 준비서면 2002. 12. 20. 13-14쪽).

(7) 지적법상 지적공부의 관리는 토지의 관할구역을 변경하거나 새로이 설정하는 법적 효과를 갖지 아니하므로, 피청구인의 이 사건 등록으로 인하여 청구인의 권한을 침해당하였다고 하더라도 이것은 사실상의 침해에 불과하고 법적인 침해는 아니다. 이러한 사실상의 침해는 헌법재판소법 제61조 제2항에서 규정하는 ‘침해’에 해당되지 아니한다(답변서 2000. 10. 25. 8쪽).

(8) 이 사건 제방에 대하여 피청구인이 그 소관의 토지대장에 등재하였다는 것만으로는 아직도 현실적인 청구인의 권한(자치권)침해가 있었다고 보기 어렵고, 단지 침해의 (현저한) 위험이 있다고 볼 수 있는데, 현실적인 권한의 침해가 있었음을 전제로 한 청구인의 거부처분취소청구는 허용될 수 없다(준비서면 2002. 12. 20. 14-15쪽).

(9) 청구인이 주장하는 자치권의 침해 또는 현저한 침해의 위험은 이 사건 제방에 대한 피청구인의 토지대장상 신규등록으로 인하여 발생한 것이지, 그 후 피청구인이 이 신규등록된 토지대장을 말소·폐기하지 아니하고 있는 부작위나, 청구인의 말소·폐기요구에 대한 피청구인의 거부처분에 의해서 발생한 것이 아니다(준비서면 2001. 6. 30. 12쪽).

(10) 만약 청구인의 권한이 침해되었다면, 그 권한침해는 피청구인의 이 사건 등록으로 인하여 발생한 것이므로, 이 사건 등록처분을 대상으로 하여 권한쟁의심판을 청구하여야 할 것이다. 이 사건 등록은 1998. 3. 23.에 행해졌고, 이 사건 권한쟁의심판은 2000. 9. 7.에 청구되었으므로, 이 사건 등록에

대한 심판청구는 그 청구기간을 초과하였다(답변서 9쪽, 준비서면 2001. 6. 30. 15쪽).

(11) 헌법재판소법 제40조에 의하여 준용되는 행정소송법 제8조 제2항 및 개정전 민사소송법 제235조의 규정상, 청구의 기초에 변경이 없는 한도 내에서 이 사건 본론의 종결시까지 청구의 선택적 추가적 변경은 가능하다. 따라서 청구인의 거부처분취소청구를 당초의 부작위위법확인청구에 선택적으로 추가한 것으로 본다면, 행정소송법 제14조 제4항의 제소시점 의제규정은 같은 법 제21조, 제37조 및 제42조의 규정들에 의한 소의 종류의 교환적 변경의 경우에만 준용되므로, 청구의 추가적 변경의 경우에 그 추가된 청구의 제소기간 준수여부는 바로 그 추가적 청구의 제소시점을 기준으로 산정해야 한다. 그렇다면 청구인이 주장하는 피청구인의 거부처분은 2000. 8. 28.경에 있었고, 이 거부처분의 취소를 구하는 청구인의 청구취지변경신청서가 헌법재판소에 제출된 시점은 2001. 6. 2.이므로 위 거부처분취소청구는 헌법재판소법 제63조 제1항 소정의 청구기간을 경과한 후에 제기된 것이다(준비서면 2002. 12. 20. 16쪽).

(12) 피청구인 “평택시”에 대한 청구에 관하여

(가) 피청구인 ‘평택시’에 대한 심판청구(이하 ‘본 심판청구’)와 피청구인 ‘평택시장’에 대한 심판청구(이하 ‘중전 심판청구’라 한다)의 관계를 살펴볼 때, 청구인의 본 심판청구는 행정소송법 제10조 제2항 후단(즉, 계속중인 취소소송에 피고 이외의 자를 상대로 한 관련청구소송을 병합하여 제기하는 경우)의 준용에 의한 관련청구소송이고, 가사 그 경우 중전 심판청구가 부적법하다고 하더라도 대법원 1992. 12. 24. 선고 92두3355 판결의 취지에 비추어 청구의 교환적 변경으로 보아야 한다고 (청구인의 청구를) 선택할 수 있다(준비서면 2003. 6. 14. 2쪽).

(나) 그런데 본 심판청구를 중전 심판청구의 관련청구소송(행정소송법 제10조 제2항 후단의 준용)으로 보는 경우에는, 본래의 취소소송이 적법할 것을 요건으로 하므로 본래의 취소소송이 부적법하면 그에 병합된 관련청구소송도 부적법하다는 것이 대법원의 판례이므로, 이 사건에서 중전 심판청구가 부적법하기 때문에 본 심판청구도 부적법하다(준비서면 2003. 6. 14. 3-4쪽).

(다) 행정소송법 제10조 제2항은 관련청구소송의 병합이나 병합제기를 인정하고 있을 뿐 그 관련청구소송의 제소시점을 당초의 취소소송의 제소시점으로 의제하고 있지 않다. 따라서 이 사건 제방이 피청구인 평택시의 토지대장에

신규등록된 것은 1998. 3. 23.이고, 청구의 이 사건 토지대장 말소·폐기요구에 대한 피청구인의 거부처분이 있는 것은 2000. 8. 28.이며, 피청구인 평택시에 대한 본 심판청구가 제기된 것은 2002. 6. 21.이므로 본 심판청구는 청구기간을 도과한 것이 명백하다(준비서면 2003. 6. 14. 3-4쪽).

(라) 다음으로 본 심판청구를 종전 심판청구의 교환적 변경으로 보는 경우에도, 행정소송에서 당초 취소소송을 제기하였다가 나중에 이를 당사자소송으로 변경하는 경우에는 행정소송법 제21조 제4항, 제14조 제4항에 따라 당초의 취소소송이 적법한 기간내에 제기된 때에만 당사자소송의 제소기간도 준수한 것으로 된다는 것이 대법원 판례이므로, 이 사건에서 당초의 부작위위법확인청구나 거부처분취소청구는 모두 청구기간을 도과한 것이 명백하므로 본 심판청구도 청구기간을 도과한 것으로서 부적법하다(준비서면 2003. 6. 14. 4-5쪽).

(마) 만약 청구인의 주장취지가, 피청구인이 장래에 청구인의 권한을 침해할 위험이 있으므로 청구인의 권한의 존부를 다투기 위하여 이 사건 심판청구에 이르렀지만 아직은 그것이 “침해할 현저한 위험이 있는 때”에는 해당되지 않는 것이라면, 헌법재판소법 제61조 제2항에 비추어 이 사건 심판청구는 그 제소요건을 갖추지 못하여 부적법하고, 반대로 비록 현재 구체적인 침해는 없지만 “침해할 현저한 위험”이 있어서 이 사건 심판청구에 이른 것이라고 한다면, 그 “현저한 위험”이 있는 날 또는 그러한 사유를 안 날로부터 청구기간은 진행하는 것이다(준비서면 2003. 6. 14. 5-6쪽).

나. 본안에 관하여

(1) 지방자치단체에게 바다를 직접 관할할 수 있는 권한을 부여하는 규정이 현행법상 존재하지 않는다. 바다는 국가의 해양정책에 따라서 개별 법률(수산업법, 어업자원보호법 등)에 의하여 개별적으로 관리구역이 조정될 뿐인데 각 법률이 정하는 관리구역도 서로 상이하다. 각 개별 법률이 정하는 관리구역을 확대해석하여 지방자치단체의 지방자치권이 바다에 대해서도 행사된다고 볼 수 없다. 그리고 관할구역 구분을 위한 경계식별표지설정과 해변의 부여가 기술상으로 곤란하고 경제적으로 낭비가 된다. 따라서 공유수면인 바다에 대해서는 지방자치단체의 자치권한이 존재하지 아니한다(답변서 16-18쪽).

(2) 지방자치단체의 구역은 헌법 제117조에 의거 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하는 지방자치단체의 목적에 필요한 범위 내에서 한

정되는데, 주민들이 거주하지 아니하는 바다는 지방자치단체의 구역이 될 수 없다. 그리고 전체 지방자치단체의 구역의 합=국가의 영역이라는 등식은 성립할 수 없으므로, 바다에 지방자치단체 상호간의 경계가 존재한다는 주장도 성립될 수 없다(준비서면 2001. 7. 18. 1-5쪽).

(3) 설령 바다에 대한 지방자치권이 인정된다고 하더라도 이 사건 제방이 위치한 해역(이하 ‘이 사건 해역’이라 한다)이 청구인의 관할구역에 속한다고 보기 어렵다. 이 사건 해역에 관한 지방자치단체 상호간의 구역경계는 1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정된 지방자치법이 시행된 시점인 1949. 8. 15.을 기준으로 ‘중전에 의하여’ 결정된다고 할 것이므로, 1949. 8. 15. 이전의 중전 관행에 따라서 이 사건 해역에 대한 관할구역이 결정된다. 그런데 이 사건 해역이 청구인의 관할구역에 속한다는 사실을 입증하기 위하여 청구인이 제출한 자료는 모두 1949. 8. 15. 이후에 형성된 자료로서 간접적인 입증자료에 불과하다(답변서 20-22쪽).

(4) 지도도식규칙(1974. 6. 3. 건설부령 제143호) 및 국립지리원 고시 제13호(1974. 12. 10.)에 의하여 국립지리원이 작성한 지형도의 해상에 표시된 경계표시는 도서의 소속을 표시할 뿐, 지방자치단체의 관할구역을 판단하는데 아무런 구속력이나 입증력을 가지지 아니한다(답변서 25-26쪽; 준비서면 2001. 12. 29. 17-18쪽).

(5) 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계표시는 선분으로 짧게 표시되어 있어서 이를 직선으로 연장하는 경우, 이들 직선이 만나지 아니하고 두 개의 직선이 형성되기 때문에, 이 사건 제방을 특정할 수 없다(준비서면 2001. 3. 6. 1-2쪽).

(6) 충남도지사가 이 사건 해역에 관하여 행한 어업면허처분, 어업피해보상 및 어업단속과 관련하여 일정한 관행이 성립되었다고 하더라도, 이는 수산업법에 따른 어업관행일 뿐, 지방자치단체의 관할구역을 확정하는데 적용되는 관행이라고 할 수 없다(답변서 27-28쪽).

(7) 경기도가 작성한 양식어업권등록부및양식장도면에 의하면 경기도지사가 1966. 4.경부터 이 사건 해역에 대한 양식어업권에 관하여 면허처분을 한 사실이 인정되므로, 1960년대에는 피청구인이 이 사건 해역에 대한 관할권을 행사하고 있었다고 할 것이다(준비서면 2001. 4. 10. 1-2쪽).

(8) 이 사건 해역에 있는 “영웅바위”라는 섬이 청구인의 관할구역에 속한다는 관행이 존재한다고 주장하지만, 영웅바위는 관할경계를 설정하는 기준이

될 수 없으며, 이 사건 제방은 영웅바위로부터 오히려 평택시 방면으로 위치하고 있다(답변서 30-31쪽).

(9) 바다에 대한 지방자치단체의 해상경계가 국립지리원 간행의 지형도상 해상경계에 따라서 결정되어 왔다는 ‘오랜 관행’이 없으며, 그 관행에 관한 ‘법적 확신’도 존재하지 않으므로, 위 지형도상 해상경계는 관습법상 해상경계로 성립될 수 없다(준비서면 2002. 12. 20. 20쪽).

(10) 설령 이 사건 제방이 속한 해역이 청구인의 관할구역에 속한다고 인정되더라도, 이 사건 제방은 청구인의 지방자치권이 미치는 관할구역에 속한다고 볼 수 없다(답변서 33쪽, 준비서면 2001. 12. 29. 36쪽).

(11) 공유수면(바다)상의 행정구역의 조정기준과 새로이 조성된 토지의 귀속기준은 별개의 사안이다. 공유수면관리법 제4조에 의하면 공유수면에 대한 관리권한은 모두 국가에 귀속되어 있는데, 지방자치단체의 장은 해양수산부장관의 권한을 위임받아 국가권한을 행사할 뿐이다. 그리고 공유수면에 새로 생겨난 매립지에 대한 권한과 권리는 공유수면매립법 제38조에 의거하여 별도로 규율되고 있다(답변서 34-35쪽).

(12) 이 사건 쟁점은 ‘바다에 관한 관할권을 어떻게 결정할 것인가’의 문제라기 보다는 ‘새로 생성된 연육매립지에 대한 관할권을 어떻게 설정할 것인가’에 관한 문제이므로, 이 사건 제방의 관할문제는 당해 바다의 관할이 확정됨에 따라서 자동적으로 결정될 문제가 아니다(준비서면 2001. 2. 9.).

(13) 육지와 바다는 각 그 경계확정의 기준원칙을 달리하고 있으므로, 바다의 일부가 매립되어 새로운 매립지가 생기면 이 매립지는 “육지에 대한 경계확정의 기준”에 따라 그 관할구역이 결정되어야 한다(준비서면 2002. 12. 20. 24-25쪽).

(14) 연육매립지에 대한 지방자치단체구역은 먼저 매립지가 연결된 육지, 매립지 주변의 바다, 하천, 산맥 등 지리적 여건 및 주민의 생활편의성, 행정의 능률성 등을 기준으로 결정되고, 지형도상의 해상경계표시는 연육된 매립지의 생성에 따라 수시로 변동하는 것이 지방자치단체구역을 결정하는 관행이다(준비서면 2001. 3. 6. 2-6쪽).

(15) 공유수면이 매립되어 새로 조성된 토지의 행정구역확정에 대하여는 현행법상 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 이러한 토지에 대한 관할구역의 확정은 그 토지의 제반특성을 종합적으로 고려하는 행정구역확정의 일반원칙에 따라야 한다. 그런데 이 사건 제방은 사회통념, 지리적 위치, 국토의

효율적 관리, 행정구역의 관리 및 항만관리의 효율성 등 사회적, 공익적 차원에서 평택시의 관할로 인정함이 타당하다(답변서 35-37쪽, 준비서면, 2002. 12. 20. 25-26쪽).

(16) 이 사건 제방의 축조에 이어서 매립된 토지에 행해진 최근의 국가행정 관행들을 살펴보면, 이 사건 제방이 평택시의 관할구역에 속한다는 것이 입증되고 있으며, 또한 이를 전제로 이미 많은 공법상 및 사법상의 법률관계가 형성되었음을 알 수 있다(준비서면 2002. 12. 20. 26-28쪽).

(17) 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속한다고 하더라도, 이 사건 제방이 청구인의 관할구역에 속한다고 결정하는 것은 사회통념에 반하고 행정구역 및 항만의 관리상 비효율을 초래하기 때문에, 헌법재판소법 제40조 제1항 및 행정소송법 제28조 제1항에 의거하여 청구인의 심판청구를 기각하는 사정결정을 선고하여야 한다(준비서면 2000. 12. 25. 40-42쪽; 준비서면 2001. 12. 29. 38-39쪽).

(18) 평택항에 대한 종합개발 기본계획을 살펴보면, 평택항은 항만과 도시가 하나의 일체성을 이루도록 계획되었고, 그 계획에 따라 일체성을 가지도록 현재 조성되고 있으므로 평택항을 분할하여 관리할 수는 없다. 따라서 평택항의 건설일환으로 축조된 이 사건 토지를 평택시로부터 분리하여 당진군의 관할하에 두는 것은 현행의 조리를 도외시하는 것이다(준비서면 2003. 1. 27. 2-10쪽).

(19) 연육된 매립지가 새로 생기거나, 포락지가 발생하면 바다의 관할경계는 새로운 매립지나 포락지의 형태에 따라 변동하게 되는데, 중앙분쟁조정위원회도 2001. 7. 6. 경기도지사(평택시장)와 충청남도지사(아산시장) 사이의 아산방조제 및 담수호 경계분쟁에 대한 조정의결(제2001-4호)에서 공유수면의 경계는 육지의 형태에 따라 변동한다는 결론을 도출하였다(준비서면 2003. 1. 27. 11쪽).

3. 행정자치부장관의 의견 요지

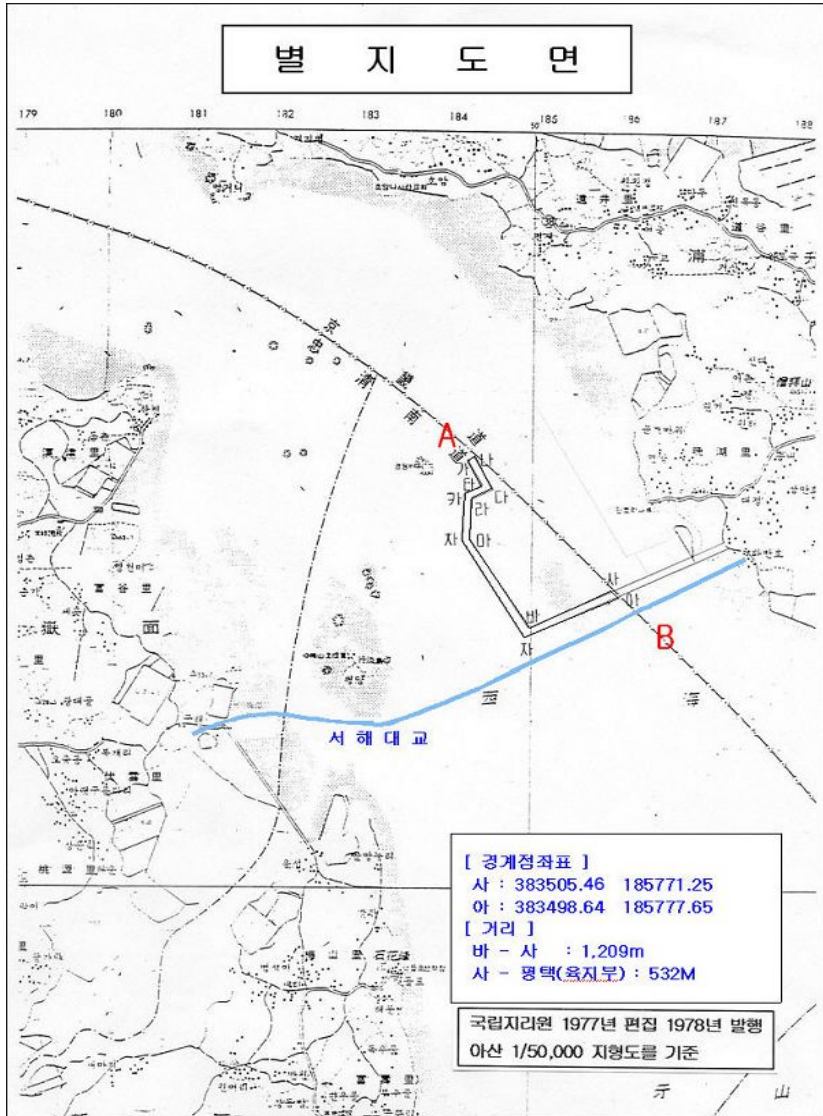
가. 지방자치법 제4조 제1항에 “지방자치단체의 구역은 종전에 의하고 이를 변경할 경우” 시·간은 법률로, 시·군·구간은 대통령령으로 정하도록 되어 있으나, 그동안 법령으로 바다에 대해 자치단체 구역을 획정한 바가 없고, 바다를 자치단체 구역으로 인정할 경우에는 바다에 대한 경계의 변경도 법령의 제정을 통하여야 하나, 현행 지방자치법을 적용하여 변경절차를 이행할 방법이 없어 실정법상 자치단체 구역으로 보기 어려운 점이 있다.

나. 관습적으로 바다의 일정수역을 지방자치단체가 관리한다고 하더라도, 자치단체 구역으로서 자치권에 의하여 관리한 것인지, 국가의 해양·수산정책 목적에 따라 국가영토의 일부로서 지방자치단체가 관리해 온 것인지 분명하지 않다.

다. 국립지리원이 작성·간행한 지형도상의 해상경계표시는 도서(섬)의 소속을 해독하기 위한 기호에 불과한 것으로서 자치단체 구역경계가 아님을 국립지리원이 공식적으로 밝히고 있다.

라. 공유수면(바다)도 자치단체의 구역에 포함될 수 있다는 주장이 있으나, 공유수면(바다)을 지방자치단체의 구역에 포함하여 판단하는 것은 실정법상으로는 현실적으로 곤란할 뿐 아니라 이 사건 분쟁과 관련하여 직접적으로 결정해야 할 문제도 아니다.

마. 따라서 이 사건 분쟁은 해면상 구역조정기준과 관련된 사안이 아니라 새로운 토지의 귀속문제로서, 이에 대한 결정은 국토의 효율적인 이용관리 및 지리적 위치와 여건, 주민의 편의성, 행정의 능률성 등 당해 토지가 가지는 특성과, 지방자치단체의 구역제도가 관할 토지의 소유권이나 재산적 가치의 차원이 아니라 공익적 차원에서 획정·관리운영되고 있는 점 등이 고려되어야 한다.



강남구와 서울특별시간의 권한쟁의

(2004. 9. 23. 2003헌라3 전원재판부)

【판시사항】

자원회수시설(소각장)의 반입수수료 산정방식과 그 시설 주변영향 지역 주민 지원방식을 변경한 서울특별시의 조례개정(2004. 5. 25. 서울특별시 조례 제4192호·제4193호, 이하 '이 사건 조례개정'이라 한다)이 서울특별시 강남구의 폐기물처리시설 설치·운영권한, 종량제 폐기물 규격봉투가격 결정권한 및 예산편성권한을 침해하는지 여부와 위 개정조례의 무효여부(소극)

【결정요지】

이 사건 강남자원회수시설(소각장)은 피청구인 서울특별시가 서울 시비 867억 원을 들여 단독으로 설치한 것이고 따라서 그 운영권한은 폐기물관리법 제5조 제1항에 의하여 피청구인에게 있고, 같은 법 제5조의2 제1항에 의하여 이 사건 시설에의 반입수수료의 결정·부과징수권한 또한 피청구인에게 있다고 할 것이다. 그리고 이 경우 그 구체적인 반입수수료 금액은 같은 조 제3항에 의하여 피청구인 조례로 정하게 된다.

이 소각장의 운영권한은 피청구인에게 있다고 인정되므로 피청구인의 이 사건 조례개정으로 인하여 폐기물관리법 제4조에서 청구인에게 부여한 적정하게 폐기물처리시설을 운영할 수 있는 권한을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

그리고 이 사건 개정조례에 의한 반입수수료의 결정이 헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항에 위배되거나 청구인, 피청구인 및 강남자원회수시설주민지원협의체 사이에 체결된 2001. 12. 21.자 “강남구자원회수시설 가동에 관한 협약”(이하 '이 사건 협약'이라 한다)에 위배하여 위헌적으로 행사되어 부적법하다고 보기 어렵고, 법률의 체계로 보나 업무진행의 순서로 보나 청구인이 행하는 종량제규격봉투의 가격결정과 예산편성보다 피청구인이 행하는 반입수수료의 결정이 개

념상 선행되어야 할 성질의 것이며, 피청구인이 그러한 권한을 행사함에 있어 청구인을 일부러 불리하게 할 부당한 의도를 가지고 있었다고도 보기 어려우므로, 이 사건 개정조례가 청구인의 종량제폐기물 규격봉투가격 결정권한 및 지방재정법에 의한 예산편성권을 침해하였다고 할 수 없다.

또한 이 사건 개정전후의 조례의 내용에 비추어 볼 때 청구인 주장의 이 사건 협약위반 자체가 인정되지 아니하고, 그것이 직접 청구인 주장의 권한침해로 귀결되어 이 사건 개정조례를 위법·무효로 만드는 것은 아니다.

이 사건 개정조례가 무효라는 주장은 청구인의 권한에 대한 침해가 인정됨을 전제로 하는 것인데 그러한 침해가 인정되지 않는 이상 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

재판관 김영일의 각하의견 요지

이 사건 시설은 다수의견도 인정한 바와 같이 폐기물관리법 제5조 제1항에 의한 피청구인의 광역폐기물처리시설의 설치·운영권한에 입각하여 피청구인이 단독으로 설치하여 운영하고 있는 것이므로, 그 폐기물처리시설에의 반입수수료의 결정 및 부과징수는 같은 법 제5조의2 제1항에 의하여 청구인과의 협의 없이도 피청구인이 할 수 있는 것이고, 그에 따라 동조 제3항에 의하여 피청구인의 의회가 이 사건 조례를 개정한 것이다. 따라서 이 사건 개정조례는 위와 같은 피청구인의 적법한 권한행사에 입각하여 행해진 것으로 청구인이 주장하는 위 권한들과는 무관하므로 애당초 권한침해관련성이 없다. 아울러 위 강남구자원회수시설 가동에 관한 협약으로 인하여 권한질서가 변경되거나 그 협약위반으로 청구인의 권한침해 문제도 발생되지 아니한다. 그러므로 이 사건 심판청구는 권한침해관련성이 없어 부적법하므로 각하함이 상당하다.

【심판대상조문】

서울특별시자원회수시설설치촉진및주변지역지원등에관한조례(2004. 5. 25. 서울특별시조례 제4192호로 개정된 것) 제3조(반입수수료의 징수 등) ① 서울특별시장(이하 “시장”이라 한다)은 폐기물관리법 제5조의2의 규정에 의하여 자원회수시설에 생활폐기물을 반입하

는 자로부터 다음 기준에 의한 반입수수료를 매월 징수한다. 다만, 자원회수시설용량의 40% 이상이 가동되는 때에는 반입수수료를 수도권매립지 반입료와 소각재 처리비를 합산한 금액으로 할 수 있다.

$$\text{반입수수료(원/톤)} = \frac{\text{자원회수시설운영비(주민지원기금과감가상각비제외)} - \text{열·전기판매수입}}{\text{폐기물처리량(톤)}}$$

- ② 시장은 자원회수시설이 소재한 자치구 이외의 지역에서 반입하는 폐기물에 대하여는 법 제8조 및 영 제5조의 규정에 의하여 제1항의 규정에 의한 반입수수료의 100분의 10에 해당하는 금액을 반입수수료가산금으로 따로 징수한다.
- ③ 시장은 자원회수시설 소재 자치구 관외의 생활폐기물을 반입하여 처리하고자 할 경우에는 당해 자원회수시설 소재 자치구청장과 협의를 거쳐야 한다.
- ④ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 전기의 판매금액은 한국전력공사의 전기공급규정에서 정한 전기요금 단가에 의한다.
- ⑤ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 지역난방열원의 판매단가는 수도권화력발전소의 지역난방열원 판매단가 및 지역난방열요금의 연동률을 감안하여 시장이 소각열을 공급받는 기관과 협의하여 정한다.

서울특별시자원회수시설주변영향지역주민지원기금조례(2004. 5. 25. 서울특별시 조례 제 4193호로 개정된 것) 제3조(기금의 용도) 기금의 용도는 다음 각 호와 같다.

1. 생략
2. 자원회수시설 주변영향지역내의 주택에 대한 지역난방비 지원(별표 1의 기준에 의해 산정)

[별표 1] 주변영향지역내의 주택에 대한 지역 난방비에 해당하는 지원금 출연 요율

자원회수시설 가동률	75% 초과	75% 이하~ 50% 초과	50% 이하	0%
지원금 출연요율	70%	60%	50%	0%

비 고 : 1. “지역난방비”라 함은 서울특별시 및 한국지역난방공사에서 시행하는 집단 에너지를 공급받고 납부하는 난방비를 말한다.

2. 자원회수시설 가동률은 다음의 산식에 의하여 매분기 산정하여 다음 분기에 적용한다.

$$\text{자원회수시설가동률} = \frac{\text{당해분기의소각량(톤)} \div \text{당해분기의일수(일)}}{\text{시설용량(톤/일)} \times 83\%}$$

【참조조문】

- 헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항
헌법재판소법 제61조(청구사유) ① 생략

② 제1항의 심판청구는 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 이를 할 수 있다.

폐기물관리법 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무) ① 시장·군수·구청장(지방자치단체인 구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 관할구역안의 폐기물의 배출 및 처리상황을 파악하여 폐기물이 적정처리될 수 있도록 폐기물처리시설을 설치·운영하여야 하며, 폐기물의 수집·운반·처리방법의 개선 및 관계인의 자질향상으로 폐기물처리사업을 능률적으로 수행하는 한편, 주민과 사업자의 청소의식 함양과 폐기물발생억제를 위하여 노력하여야 한다.

② 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 시장·군수·구청장에 대하여 제1항의 규정에 의한 책무가 충실하게 이루어지도록 기술적·재정적 지원을 하고, 그 관할구역안의 폐기물처리사업에 대한 조정을 하여야 한다.

③ 국가는 지정폐기물의 배출 및 처리상황을 파악하고, 지정폐기물이 적정하게 처리되도록 필요한 조치를 강구하여야 한다.

④ 국가는 폐기물처리에 대한 기술을 연구·개발·지원하고, 시·도지사 및 시장·군수·구청장에 대하여 제1항 및 제2항의 규정에 의한 책무가 충실하게 이루어지도록 필요한 기술적·재정적 지원을 하며, 특별시·광역시·도(이하 “시·도”라 한다)간의 폐기물처리사업에 대한 조정을 하여야 한다.

폐기물관리법 제5조(폐기물의 광역관리) ① 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 2 이상의 시·도 또는 시·군·구에서 발생하는 폐기물을 광역적으로 처리할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 광역폐기물처리시설(지정폐기물공공처리시설을 포함한다)을 단독 또는 공동으로 설치·운영할 수 있다.

② 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 광역폐기물처리시설의 설치 또는 운영을 환경부령이 정하는 자에게 위탁할 수 있다.

폐기물관리법 제5조의2(폐기물처리시설에의 반입수수료) ① 제4조 제1항 또는 제5조 제1항의 규정에 의하여 폐기물처리시설을 설치·운영하는 기관은 당해 폐기물처리시설에 반입되는 폐기물의 처리를 위하여 필요한 비용(이하 “반입수수료”라 한다)을 폐기물을 반입하는 자로부터 징수할 수 있다.

② 제1항의 경우에 2 이상의 지방자치단체가 공동으로 설치·운영하는 폐기물처리시설에 있어서는 해당 지방자치단체 간에 협의하여 수수료를 결정하여야 한다.

③ 반입수수료의 금액은 징수기관이 국가인 경우에는 환경부령으로, 지방자치단체인 경우에는 조례로 정한다.

지방재정법 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체는 법령 및 조례가 정하는 범위안에서 합리적인 기준에 의하여 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다.

② 지방자치단체는 모든 자료에 의하여 엄정하게 그 재원을 포착하고 경제의 현실에 적응하도록 그 수입을 산정하여 이를 예산에 계상하여야 한다.

③ 지방자치단체의 장은 재정부·융자사업(이하 “투·융자사업”이라 한다)에 관한 예산

을 편성하고자 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사업의 필요성, 사업계획의 타당성 등에 대한 심사를 하여야 한다.

④ 지방자치단체의 장이 예산을 편성할 때에는 제16조 제1항의 규정에 의한 지방재정계획과 제3항의 규정에 의한 투·융자사업에 대한 심사결과를 기초로 하여야 한다.

⑤ 지방자치단체의 매 회계연도의 예산편성기본지침은 행정자치부장관이 관계중앙행정기관의 장의 의견을 들어 작성한 다음 전년도 7월 31일까지 지방자치단체에 시달하여야 한다. 다만, 예산편성기본지침이 시달된 후 지방자치단체의 재정에 영향을 미치는 중요한 국가시책이 수립되거나 변경되는 경우에는 이미 시달된 지침을 변경하여 시달할 수 있다.

서울특별시자원회수시설설치촉진및주변지역지원등에관한조례(2004. 5. 25. 서울특별시조례 제4192호로 개정되기 전의 것) 제3조(반입수수료의 징수 등) ① 서울특별시장(이하 “시장”이라 한다)은 자원회수시설에 생활폐기물을 반입하는 자에게 다음 각 호의 기준에 의한 반입수수료를 징수한다.

1. 자원회수시설 소재 자치구 관내에서 발생한 생활폐기물의 반입수수료 : 수도권매립지 반입료
2. 자원회수시설 소재 자치구 관외에서 발생한 생활폐기물의 반입수수료 : (수도권매립지 반입료+수도권매립지 반입료 20/100~30/100)×1.1

② 시장은 자원회수시설 소재 자치구 관외의 생활폐기물을 반입하여 처리하고자 할 경우에는 당해 자원회수시설 소재 자치구청장과 협의를 거쳐야 한다.

③ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 전기의 판매금액은 한국전력공사의 전기공급규정에서 정한 전기요금 단가에 의한다.

④ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 지역난방열원의 판매단가는 수도권화력발전소의 지역난방열원 판매단가 및 지역난방열요금의 연동률을 감안하여 시장이 정한다.

서울특별시자원회수시설주변영향지역주민지원기금조례(2004. 5. 25. 서울특별시조례 제4193호로 개정되기 전의 것) 제3조(기금의 용도) 기금의 용도는 다음 각 호와 같다.

1. 생략
2. 자원회수시설 주변영향지역 내의 주택에 대한 지역난방비 지원(별표 1의 기준에 의해 산정)

[별표 1] 주변영향지역 내의 주택에 대한 지역 난방비에 해당하는 지원금 출연 요율

구 분	출연요율
자원회수시설 부지경계선으로부터 300미터 이내	50%
자원회수시설 부지경계선으로부터 300미터 초과 주변영향지역 범위 내	30%

※ 지역난방비라 함은 서울특별시 및 한국지역난방공사에서 시행하는 집단에너지공급받고 납부하는 난방비를 말한다.

【당 사 자】

- 청 구 인 서울특별시 강남구
대표자 구청장 권문용
대리인 법무법인 두우
담당변호사 백윤기 외 2인
- 피청구인 서울특별시
대표자 시장 이명박
대리인 법무법인 김신앤드유
담당변호사 정경식 외 3인

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

피청구인이 청구인 관내의 지역에 설치·운영하여 온 강남자원회수시설(이하 ‘이 사건 시설’ 또는 ‘이 소각장’이라 한다)은 폐기물관리법 제2조 제7호의 규정에 의한 중간처리시설로서 생활폐기물을 위생적으로 소각처리하고 소각열을 회수하여 자원화하며 환경오염방지시설을 갖춘 소각처리시설의 하나인데 피청구인은 이 시설의 운영과 관련된 구 서울특별시자원회수시설설치촉진및주변지역지원등에관한조례(2004. 5. 25. 서울특별시 조례 제4192호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 시설설치촉진조례’라고 한다) 및 구 서울특별시자원회수시설주변영향지역주민지원기금조례(2004. 5. 25. 서울특별시조례 제4193호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 주민지원기금조례’라 한다)를 서울특별시의회의 의결로 2004. 5. 4. 개정하고 2004. 5. 25. 이를 각 공포하였다.

청구인은 개정 시설설치촉진조례 및 개정 주민지원기금조례가 아래 ‘나’의 심판대상에 열거된 청구인의 권한을 침해하였다고 주장하면서 그 권한침해의 확인과 위 개정 조례들의 무효확인을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 첫째 개정 시설설치촉진조례 및 개정 주민지원기금조례가 ① 폐기물관리법 제4조에 의하여 부여된 청구인의 ‘관할구역 안의 폐

기물의 배출 및 처리상황을 파악하여 폐기물이 적정하게 처리될 수 있도록 폐기물처리시설을 설치·운영할 권한' ② 폐기물관리법 제5조의2 제1항, 서울특별시강남구폐기물조례 제27조에 의한 청구인의 '반입수수료를 감안하여 종량제폐기물 규격봉투가격을 결정할 권한' 및 ③ 지방재정법에 의하여 청구인에게 부여된 '예산편성권한'을 침해하는지 여부이고 둘째 위와 같은 권한침해로 인하여 위 개정 조례들이 무효로 되는지 여부이다.

이 사건 개정조례 중에서 청구취지와 청구이유에 관계되는 조항 및 관련 조례와 법률의 내용은 다음과 같다.

개정 시설설치촉진조례 제3조(반입수수료의 징수 등)

① 서울특별시장(이하 “시장”이라 한다)은 폐기물관리법 제5조의2의 규정에 의하여 자원회수시설에 생활폐기물을 반입하는 자로부터 다음 기준에 의한 반입수수료를 매월 징수한다. 다만, 자원회수시설용량의 40%이상이 가동되는 때에는 반입수수료를 수도권매립지 반입료와 소각재 처리비를 합산한 금액으로 할 수 있다.

$$\text{반입수수료(원/톤)} = \frac{\text{자원회수시설운영비(주민지원기금과감가상각비제외)} - \text{월·전기판매수입}}{\text{폐기물처리량(톤)}}$$

② 시장은 자원회수시설이 소재한 자치구 이외의 지역에서 반입하는 폐기물에 대하여는 법 제8조 및 영 제5조의 규정에 의하여 제1항의 규정에 의한 반입수수료의 100분의 10에 해당하는 금액을 반입수수료가산금으로 따로 징수한다.

③ 시장은 자원회수시설 소재 자치구 관외의 생활폐기물을 반입하여 처리하고자 할 경우에는 당해 자원회수시설 소재 자치구청장과 협의를 거쳐야 한다.

④ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 전기의 판매금액은 한국전력공사의 전기공급규정에서 정한 전기요금 단가에 의한다.

⑤ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 지역난방열원의 판매단가는 수도권화력발전소의 지역난방열원 판매단가 및 지역난방열요금의 연동률을 감안하여 시장이 소각열을 공급받는 기관과 협의하여 정한다.

구 시설설치촉진조례 제3조(반입수수료의 징수 등) ① 서울특별시장(이하 “시장”이라 한다)은 자원회수시설에 생활폐기물을 반입하는 자에게 다음 각 호의 기준에 의한 반입수수료를 징수한다.

1. 자원회수시설 소재 자치구 관내에서 발생한 생활폐기물의 반입수수료 :

수도권매립지 반입료

2. 자원회수시설 소재 자치구 관외에서 발생한 생활폐기물의 반입수수료 :
(수도권매립지 반입료+수도권매립지 반입료 20/100~30/100)×1.1

② 시장은 자원회수시설 소재 자치구 관외의 생활폐기물을 반입하여 처리하고자 할 경우에는 당해 자원회수시설 소재 자치구청장과 협의를 거쳐야 한다.

③ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 전기의 판매금액은 한국전력공사의 전기공급규정에서 정한 전기요금 단가에 의한다.

④ 생활폐기물 소각에 따라 발생하는 지역난방열원의 판매단가는 수도권화력발전소의 지역난방열원 판매단가 및 지역난방열요금의 연동률을 감안하여 시장이 정한다.

개정 주민지원기금조례 제3조(기금의 용도) 기금의 용도는 다음 각호와 같다.

2. 자원회수시설 주변영향지역 내의 주택에 대한 지역난방비 지원(별표 1의 기준에 의해 산정)

[별표 1] 주변영향지역 내의 주택에 대한 지역 난방비에 해당하는 지원금 출연 요율

자원회수시설 가동률	75% 초과	75% 이하~ 50% 초과	50% 이하	0%
지원금 출연요율	70%	60%	50%	0%

비고 1. “지역난방비”라함은 서울특별시 및 한국지역난방공사에서 시행하는 집단 에너지를 공급받고 납부하는 난방비를 말한다.

2. 자원회수시설 가동률은 다음의 산식에 의하여 매분기 산정하여 다음 분기에 적용한다.

$$\text{자원회수시설가동률} = \frac{\text{당해분기의소각량(톤)} \div \text{당해분기의일수(일)}}{\text{시설용량(톤/일)} \times 83\%}$$

구 주민지원기금조례 제3조(기금의 용도) 기금의 용도는 다음 각호와 같다.

2. 자원회수시설 주변영향지역 내의 주택에 대한 지역난방비 지원(별표 1의 기준에 의해 산정)

[별표 1] 주변영향지역 내의 주택에 대한 지역 난방비에 해당하는 지원금 출연 요율

구 분	출연요율
자원회수시설 부지경계선으로부터 300미터 이내	50%
자원회수시설 부지경계선으로부터 300미터 초과 주변영향 지역 범위 내	30%

※ 지역난방비라 함은 서울특별시 및 한국지역난방공사에서 시행하는 집단 에너지를 공급받고 납부하는 난방비를 말한다.

폐기물관리법 제4조(국가 및 지방자치단체의 책무) ① 시장·군수·구청장(지방자치단체인 구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 관할구역안의 폐기물의 배출 및 처리상황을 파악하여 폐기물이 적정처리될 수 있도록 폐기물처리시설을 설치·운영하여야 하며, 폐기물의 수집·운반·처리방법의 개선 및 관계인의 자질향상으로 폐기물처리사업을 능률적으로 수행하는 한편, 주민과 사업자의 청소의식 함양과 폐기물발생억제를 위하여 노력하여야 한다.

② 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 시장·군수·구청장에 대하여 제1항의 규정에 의한 책무가 충실하게 이루어지도록 기술적·재정적 지원을 하고, 그 관할구역안의 폐기물처리사업에 대한 조정을 하여야 한다.

③ 국가는 지정폐기물의 배출 및 처리상황을 파악하고, 지정폐기물이 적정하게 처리되도록 필요한 조치를 강구하여야 한다.

④ 국가는 폐기물처리에 대한 기술을 연구·개발·지원하고, 시·도지사 및 시장·군수·구청장에 대하여 제1항 및 제2항의 규정에 의한 책무가 충실하게 이루어지도록 필요한 기술적·재정적 지원을 하며, 특별시·광역시·도(이하 “시·도”라 한다)간의 폐기물처리사업에 대한 조정을 하여야 한다.

폐기물관리법 제5조(폐기물의 광역관리) ① 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 2이상의 시·도 또는 시·군·구에서 발생하는 폐기물을 광역적으로 처리할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 광역폐기물처리시설(지정폐기물공공처리시설을 포함한다)을 단독 또는 공동으로 설치·운영할 수 있다.

② 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항의 규정에 의한 광역폐기물처리시설의 설치 또는 운영을 환경부령이 정하는 자에게 위탁할 수 있다.

폐기물관리법 제5조의2(폐기물처리시설에의 반입수수료) ① 제4조 제1항

또는 제5조 제1항의 규정에 의하여 폐기물처리시설을 설치·운영하는 기관은 당해 폐기물처리시설에 반입되는 폐기물의 처리를 위하여 필요한 비용(이하 “반입수수료”라 한다)을 폐기물을 반입하는 자로부터 징수할 수 있다.

② 제1항의 경우에 2 이상의 지방자치단체가 공동으로 설치·운영하는 폐기물처리시설에 있어서는 해당 지방자치단체 간에 협의하여 수수료를 결정하여야 한다.

③ 반입수수료의 금액은 징수기관이 국가인 경우에는 환경부령으로, 지방자치단체인 경우에는 조례로 정한다.

지방재정법 제30조(예산의 편성) ① 지방자치단체는 법령 및 조례가 정하는 범위안에서 합리적인 기준에 의하여 그 경비를 산정하여 예산에 계상하여야 한다.

② 지방자치단체는 모든 자료에 의하여 엄정하게 그 재원을 포착하고 경제의 현실에 적응하도록 그 수입을 산정하여 이를 예산에 계상하여야 한다.

③ 지방자치단체의 장은 재정투·융자사업(이하 “투·융자사업”이라 한다)에 관한 예산을 편성하고자 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 사업의 필요성, 사업계획의 타당성 등에 대한 심사를 하여야 한다.

④ 지방자치단체의 장이 예산을 편성할 때에는 제16조 제1항의 규정에 의한 지방재정계획과 제3항의 규정에 의한 투·융자사업에 대한 심사결과를 기초로 하여야 한다.

⑤ 지방자치단체의 매 회계연도의 예산편성기본지침은 행정자치부장관이 관계중앙행정기관의 장의 의견을 들어 작성한 다음 전년도 7월 31일까지 지방자치단체에 시달하여야 한다. 다만, 예산편성기본지침이 시달된 후 지방자치단체의 재정에 영향을 미치는 중요한 국가시책이 수립되거나 변경되는 경우에는 이미 시달된 지침을 변경하여 시달할 수 있다.

서울특별시강남구폐기물관리조례 제27조(폐기물처리시설에의 반입수수료)

① 구청장은 법 제5조의2 규정에 의한 반입수수료를 납부하는 경우 폐기물을 배출하는 자로 하여금 이를 부담하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 폐기물을 배출하는 자로 하여금 반입수수료를 부담하게 한 경우 종량제폐기물은 규격봉투 가격에 이를 포함하여야 하며 건설폐기물에 대한 처리비는 폐기물처리업자가 징수하여 직접 또는 구청장이 최종처리자에게 납부한다.

2. 청구인의 주장과 피청구인의 답변

가. 청구인의 주장

(1) 구 시설설치촉진조례 제3조(반입수수료의 징수 등) 제1항 제1호에 의하면 청구인 관내에서 발생한 생활폐기물을 이 소각장에 반입할 경우의 수수료는 수도권매립지 반입료 상당액이었는데 개정 시설설치촉진조례 제3조(반입수수료의 징수 등) 제1항에 의하면 반입수수료결정의 기준이

$$\text{반입수수료(원/톤)} = \frac{\text{자원회수시설운영비(주민지원기금과감가상각비제외)} - \text{열·전기판매수입}}{\text{폐기물처리량(톤)}}$$

의 방식으로 바뀌었는바 그 결과 이 개정 조례가 시행되면 반입수수료가 기존의 16,320원/톤의 약 4배인 64,777원/톤으로 인상될 것이고 이에 맞추어 청구인의 반입수수료 예산도 부득이 4배 가량 인상되어야 하는데 이는 청구인에게 부여된 지방재정법 제30조 제1항의 예산편성권을 침해하는 것이다.

또한 반입수수료의 인상에 따라 종량제폐기물 규격봉투가격을 인상하지 않을 수 없는데 이는 폐기물관리법 제5조의2 제1항, 서울특별시강남구폐기물조례 제27조가 청구인에게 부여한 ‘반입수수료를 감안하여 종량제폐기물 규격봉투가격을 결정할 권한’을 침해하는 것이다.

아울러 반입수수료의 인상에 따르는 청구인의 재정적 부담과 종량제폐기물 규격봉투가격의 인상부담을 피하려면 청구인으로서 이 소각장 시설의 가동률을 높이도록 다른 자치구 지역에서 발생한 생활폐기물의 반입을 감내하여야만 한다. 왜냐하면 개정 시설설치촉진조례 제3조(반입수수료의 징수 등) 제1항 단서가 “다만, 자원회수시설용량의 40%이상이 가동되는 때에는 반입수수료를 수도권매립지 반입료와 소각재 처리비를 합산한 금액으로 할 수 있다.”라고 하여 가동률이 높아지면 반입수수료가 인상되지 않거나 인상의 폭이 줄어들 수 있기 때문이다. 그러나 이는 청구인에게 다른 자치구 지역에서 발생한 폐기물의 반입을 허용하도록 강요하는 것이어서 폐기물관리법 제4조에서 청구인에게 부여한 적정하게 폐기물처리시설을 운영할 수 있는 권한을 침해하는 것이다.

(2) 청구인이 다른 자치구와 다른 점은 청구인 관내에 소각시설이 있다는 점 뿐이다. 그런데 이것 때문에 다른 자치구에 비하여 4배나 되는 반입수수료를 청구인이 부담하거나 청구인이 타구지역에서 발생한 생활폐기물의 반입을 허용할 수밖에 없도록 하여 환경오염물질의 배출을 4배나 증가시키는 것은 다른 자치구에 비하여 청구인을 자의적으로 차별하는 것이다. 더구나 소각시설이 그 소재지 인근 주민들에게 편익을 주는 시설이 아니라 환경오염물질을

배출함으로써 불이익을 주는 혐오시설이라는 점까지 고려하여 볼 때 이 사건 개정조례는 더더욱 평등의 원칙에 반한다.

(3) 이 사건 개정조례로 인하여 피청구인이 얻게 되는 이익은 이 소각장 시설에서 발생하는 운영적자를 모면할 수 있게 된다는 점이고 한편 청구인이 입게되는 불이익은 4배나 되는 반입수수료의 부담과 4배 이상 증가되는 환경오염물질로 인한 환경파괴 및 청구인 구민생활의 질적 저하인데 양자를 비교하면 청구인이 입게 되는 불이익이 피청구인이 얻게 되는 이익에 비하여 훨씬 크므로 이 사건 개정조례는 헌법 제37조 제2항 소정의 비례의 원칙에 위반된다.

(4) 청구인, 피청구인 및 강남자원회수시설주민지원협의체는 2001. 12. 21. 이 사건 시설의 효율적 운영과 이 시설로 인한 주변 환경오염의 최소화를 목적으로 “강남구자원회수시설 가동에 관한 협약”(이하 ‘이 사건 협약’이라 한다)을 체결하였는데 그에 의하면 이 시설의 운영적자는 피청구인이 책임지고(협약 제3조 제1항 제8호), 이 시설에 반입하는 폐기물은 청구인의 관할구역에서 발생하는 가연성 생활폐기물로 하고(협약 제2조 제1항) 청구인, 피청구인 및 강남자원회수시설주민협의체의 합의 없이는 타구 쓰레기를 반입하여 처리할 수 없으며 타구 쓰레기를 반입하고자 할 때에는 주변영향지역인 강남구 일원동 711번지 거주 2,934가구에 대한 청구인의 합리적인 주민지원요구를 피청구인이 반드시 수용하도록(협약 제6조 제1항) 되어 있다.

이 협약은 공법상의 계약으로서 피청구인과 청구인 사이의 공법상 법률관계, 즉 공법상의 권리와 의무를 정한 것인데 이 사건 개정조례는 이 공법상의 계약에 의하여 발생한 피청구인의 의무를 위반한 것이므로 위헌적 내지 위법한 권한행사이다.

그렇다면 피청구인은 폐기물처리시설 설치·운영권한 및 반입수수료 금액 결정권한을 헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항 및 이 사건 협약에 위배하여 위헌적으로 행사함으로써 청구인의 폐기물시설 설치·운영권한, 종량제폐기물 규격봉투가격 결정권한 및 예산편성권한을 침해하였고 따라서 이 사건 개정조례는 무효라고 할 것이다.

나. 피청구인의 답변 : [별지]와 같다.

3. 판 단

가. 폐기물관리법 제4조 제1항에 의하면 관할구역 안의 폐기물처리시설의 설치·운영의 책무와 권한은 기초자치단체의 장인 시장·군수·구청장에게

속하고 상급자치단체의 장인 특별시장·광역시장·도지사과 국가에게는 위 기초자치단체의 장의 책무가 충실히 이루어지도록 기술적·재정적 지원을 하고 그 관할구역 안의 폐기물처리사업을 합리적으로 조정할 책무와 권한이 부여되어 있다.

그러나 다른 한편 같은 법 제5조 제1항은 상급자치단체인 시·도지사에게도 2이상의 시·도 또는 시·군·구에서 발생하는 폐기물을 광역적으로 처리할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 광역폐기물처리시설을 단독 또는 공동으로 설치·운영할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 그리고 위 법률조항이 폐기물처리시설의 “설치”와 “운영”을 함께 묶어 규정하고 있는 것을 보면, 특별한 반대규정이 없는 이상, 정당한 권한에 의하여 폐기물처리시설을 설치한 자에게 그 시설의 운영권한이 부여되어 있다고 보아야 한다.

또한 같은 법 제5조의2 제1항은 폐기물처리시설에의 반입수수료의 결정·부과징수권한을 그 처리시설의 설치·운영기관에게 부여하고 있다. 아울러 그 구체적인 반입수수료금액은 그 지방자치단체의 조례로 정하도록 규정하고 있다(같은 조 제3항).

그런데 기록에 의하면 이 사건 시설은 생활폐기물의 소각장인 중간폐기물처리시설로서 피청구인이 양천·노원자원회수시설과 더불어 이를 설치하였는데 그 중 이 사건시설은 서울시비 867억 원, 국고보조비 144억 원 총 1,011억 원을 들여 1994. 12. 시공하여 2000. 12. 시험가동하였고 2001. 12.에 완공하여 현재 SK건설(주)에 위탁하여 운영하고 있다.

그렇다면 이 사건 시설은 피청구인이 단독으로 설치한 것이고 따라서 그 운영권한은 폐기물관리법 제5조 제1항에 의하여 피청구인에게 있고 같은 법 제5조의2 제1항에 의하여 이 사건 시설에의 반입수수료의 결정·부과징수권한 또한 피청구인에게 있다고 할 것이다(이 경우 그 구체적인 반입수수료 금액은 같은 조 제3항에 의하여 피청구인 조례로 정하게 된다).

그런데 청구인은, 반입수수료의 인상에 따르는 청구인의 재정적 부담과 종량제폐기물 규격봉투가격의 인상부담을 피하려면 소각장 시설의 가동률을 높일 수 있도록 다른 자치구 지역에서 발생한 폐기물의 반입을 허용하여야만 하는데 이러한 강요를 하는 것은 폐기물관리법 제4조에서 청구인에게 부여한 적정하게 폐기물처리시설을 운영할 수 있는 권한을 침해하는 것이라고 주장한다. 그러나 이 주장은 이 소각장의 운영권한이 청구인에게 있음을 전제로 하는 것인데 위에서 본 바와 같이 이 소각장의 운영권한은 피청구인에게 있

다고 인정되므로 이와 반대로 그 운영권한이 청구인에게 있음을 전제로 하는 위 주장은 이유가 없다.

청구인은 다시, 폐기물관리법 제5조의2 제1항 및 서울특별시강남구폐기물조례 제27조에 의하여 청구인에게 부여된 ‘반입수수료를 감안하여 종량제폐기물 규격봉투가격을 결정할 권한’ 및 지방재정법에 의하여 청구인에게 부여된 ‘예산편성권’ 등이 이 개정 조례에 의하여 침해되었다고 주장한다.

그러나 이 개정 조례 중의 그 어느 조항도, 청구인이 가진 ‘종량제폐기물 규격봉투가격을 결정할 권한’ 및 ‘지방재정법에 의한 예산편성권한’ 등의 권한 귀속 자체를 침해하는 내용을 갖고 있지 않다. 개정 조례의 시행으로 말미암아 반입수수료가 인상된다고 하더라도 이것이 고스란히 종량제폐기물 규격봉투가격과 청구인의 예산에 전가·반영되고 청구인으로서는 달리 재량이나 선택의 여지가 없는 것이라면, 청구인에게 귀속된 권한이 무의미하게 되어 이를 권한의 침해로 논란할 여지도 있을 것이지만 그와 같은 필연적인 연결관계는 인정되지 아니한다.

반입수수료의 인상이 청구인에게 귀속된 ‘종량제폐기물 규격봉투가격을 결정할 권한’ 및 ‘지방재정법에 의한 예산편성권한’의 행사에 어느 정도의 영향을 미치는 것은 시인할 수 있을 것이다. 그러나 그러한 영향을 미치는 행위 모두를 권한행사에 대한 침해라고 인정할 수는 없다. 그러한 영향을 미치는 행위가 다른 기관의 적법한 권한행사에 해당할 때에는 더욱 그렇다. 이와 같이 한 기관의 적법한 권한행사가 다른 기관의 권한행사에 불리한 영향을 미치는 경우에는 법률의 체계와 업무의 진행순서상 권한행사의 우선순위가 어디에 있는 것인지를 고려하고 아울러 선행한 권한행사에 다른 기관을 일부러 불리하게 할 부당한 의도가 있는지 여부 등을 함께 고려하여야 할 것이다. 이 사건에서 보면 첫째로 피청구인이 행하는 반입수수료의 결정이 청구인의 주장하는 바와 같이 헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항 및 이 사건 협약에 위배하여 위헌적으로 행사되어 부적법하다고 보기 어렵고 둘째로 법률의 체계로 보나 업무진행의 순서로 보나 청구인이 행하는 종량제규격봉투의 가격결정과 예산편성보다 피청구인이 행하는 반입수수료의 결정이 개념상 선행되어야 할 성질의 것이고 셋째로 피청구인이 그러한 권한을 행사함에 있어 청구인을 일부러 불리하게 할 부당한 의도를 가지고 있었다고도 보기 어렵다.

그렇다면 위 주장은 어느모로 보나 이유가 없다.

피청구인이 행하는 반입수수료의 결정이 청구인의 주장하는 바와 같이 헌

법 제11조 제1항, 제37조 제2항 및 이 사건 협약에 위배하여 위헌적으로 행사되어 부적법하다고 보기 어려운 이유는 다음과 같다.

피청구인의 조례개정으로 가사 반입수수료가 대폭 인상된다고 하더라도 이러한 부담이 청구인에게만 과하여지는 것은 아니다. 다른 자치구가 이 소각장에 폐기물을 반입할 경우 오히려 청구인보다 더 많은 수수료인상의 부담을 지게 된다(개정 시설설치촉진조례 제3조 제2항에 의하면 다른 자치구에게는 청구인에게 부과되는 반입수수료 상당액에 100분의 10의 가산금이 부과된다). 환경오염물질의 배출증가로 인한 피해의 부담도 광역적으로 처리되는 폐기물의 성질상 청구인에게만 집중적으로 발생하는 것은 아니다. 정도의 차이는 있더라도 대체로 그 피해가 광역적으로 전파된다고 보는 것이 합리적이다. 그러므로 피청구인의 조례개정행위가 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다음으로 청구인이 입게 되는 불이익이 피청구인이 얻는 이익보다 반드시 더 크다고 보기도 어렵다. 그러므로 피청구인의 행위가 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 어긋난다고 할 수도 없다.

피청구인의 행위가 공법상의 계약을 위배하여 위법하다는 주장에 대하여는 뒤에서 보는 바와 같이 이유 없다고 할 것인바 여기서는 중복하여 설명하지 않는다.

나. 한편 청구인은 이 사건 개정조례가 이 사건 협약을 위반함으로써 청구인의 권한을 침해하였다고 주장하므로 이에 대하여 살펴본다.

기록에 의하면 이 사건 협약은 피청구인, 청구인 및 강남자원회수시설주민지원협의회(이 사건 시설 가동으로 인한 환경영향지역으로 2000. 9. 지정된 강남구 일원동 711번지 거주 2,934가구 주민 대표로 구성된 단체임) 3자가 2001. 12. 21. 이 사건 시설의 설치 및 가동과 관련하여 체결한 것인데 그 목적은 이 사건 시설의 효율적 운영과 이 시설로 인한 주변의 환경오염을 최소화하고 협약 별표와 같은 시험가동 중 발생한 제반문제가 더 이상 일어나지 않도록 노력하며(협약 제1조) 이 사건 시설의 처리대상 폐기물은 청구인 관할 구역에서 발생하는 가연성 생활폐기물로 한다는 것(협약 제2조 제1항)이다. 다만 협약 제6조에서 타구 쓰레기 반입과 관련하여서는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, “시설”(이 사건 시설을 지칭한다)은 “을”(청구인)의 관할구역에서 발생한 쓰레기만을 처리하기로 계획된 시설이며 타구 쓰레기는 절대 반입할 수 없다고 “병”(강남자원회수시설주민지원협의회)과 “을”이 기 합의한바,

“갑”(피청구인)·“을”·“병”의 합의 없이는 타구 쓰레기를 반입할 수 없음. 단, 타구 쓰레기를 반입하고자 할 때에는 2000. 9. 현재 지정되어 있는 주변영향지역 강남구 일원동 711번지 2,934 가구에 대한 “병”의 합리적인 주민지원 요구를 반드시 수용한다. 그리고 이 사건 협약 제3조 제1항 제8호에서 이 사건 시설의 운영시 적자는 “갑”(피청구인)이 책임진다는 것이다.

먼저 이 사건 협약 제2조 제1항 및 제6조 위반 주장 중 ‘타구 쓰레기 반입시 협의부분’에 관한 주장의 당부에 대하여 본다.

개정 시설설치촉진조례 제3조 제3항에 의하면 “시장은 자원회수시설 소재 자치구 관외의 생활폐기물을 반입하여 처리하고자 할 경우에는 당해 자원회수시설 소재 자치구청장과 협의를 거쳐야 한다.”라고 규정하고 있는데 이는 새로운 규정이 아니라 구 시설설치촉진조례 제3조 제2항에 원래 존재하던 동일한 내용을 항의 위치만을 바꾸어 존치한 것이다. 그렇다면 이 사건 개정조례가 이 사건 협약 중 ‘타구 쓰레기 반입시 협의부분’ 규정에 위배되는 내용을 새로 추가한 바는 없는 것이고 따라서 이 사건 협약에 위배된다고 할 수 없다.

다음으로 이 사건 협약 제3조 제1항 제8호의 적자부담조항 위반여부 주장의 당부에 대하여 본다.

피청구인이 반입수수료를 인상하는 것이 이 사건 소각장의 운영적자를 청구인에게 전가하는 효과가 있다고 하더라도 이것이 앞에서 본 바와 같이 종량제폐기물 규격봉투가격결정권한과 예산편성권한을 직접 침해하는 행위에 해당한다고는 우선 볼 수 없다. 나아가 피청구인의 주장에 의하면 이 사건 소각장의 가동률이 제고될 경우 반입수수료 인상의 결과는 발생하지 않는다는 것이고 그러한 취지는 개정 시설설치촉진조례 제3조 제1항 단서에도 반영되어 있다. 더구나 현재로서는 반입수수료의 인상 정도를 확정적으로 가늠하기 어려운 상태에 있다. 그렇다면 이러한 상황하에서 단순한 공법상의 계약위반에 그칠 사유가 바로 청구인에 대한 권한침해로 귀결되어 이 사건 개정조례를 위법·무효로까지 만드는 것은 아니라고 할 것이다.

끝으로 이 사건 시설로 인한 영향지역 주민지원에 관련된 이 사건 협약의 위반주장의 당부에 대하여 본다.

개정 주민지원기금조례 별표 1은 종전 이 사건 시설의 주변영향지역 주민에게 난방비를 균등하게 50%씩 지원하던 것을 그 시설의 가동률에 따라 4단계로 차등 지원하도록 하고 있다. 즉, 이 사건 시설을 전혀 가동하지 않을 때

에는 난방비를 일체 지원하지 않고 가동률이 50% 이하일 경우에는 종전과 같이 난방비의 50%를 지원하고 가동률이 50% 초과-75% 이하일 때에는 난방비의 60%, 가동률이 75%를 초과할 때에는 난방비의 75%를 지원한다는 것이다. 그러므로 개정 주민지원기금조례와 구 주민지원기금조례를 비교하여 보면 이 사건 시설을 전혀 가동하지 않는 경우에는 종전과 달리 그 영향지역 주민에게 난방비를 지원하지 아니하지만 가동하는 경우에는 종전에 비하여 가동률에 따라 최소한 같거나 더 많은 지원을 하게 된다.

그렇다면 이 소각장의 가동이 전무하게 될 특별한 상태를 상정하기 어려운 이상 이 사건 개정조례에 의하여 영향지역 주민지원이 실질적으로 불이익하게 변경된 것은 없다고 할 것이고 그밖에 이 사건 개정조례가 위 협약에 실질적으로 배치되는 것이 있다고 볼 별다른 자료도 없다. 따라서 이 부분 청구인의 주장도 이유가 없다.

결국 이 개정조례가 이 사건 협약을 위반함으로써 청구인의 권한을 침해하였다는 청구인의 주장은 이유가 없다.

다. 그밖에 이 사건 개정조례가 무효라는 주장은 청구인의 권한에 대한 침해가 인정됨을 전제로 하는 것인데 그러한 침해가 인정되지 않는 이상 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이는 이유 없음에 귀착된다.

4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 김영일의 아래 5와 같은 각하의견이 있는 이외에는 다른 관여 재판관 전원의 의견이 일치된다.

5. 재판관 김영일의 각하의견

나는 이 사건 심판청구를 기각한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 이 사건 심판청구를 각하하여야 한다고 보는 바이다.

헌법재판소법 제61조 제2항에 의하면, “... 피청구인의 처분 또는 부작위가 헌법 또는 법률에 의하여 부여받은 청구인의 권한을 침해하였거나 침해할 현저한 위험이 있는 때에 한하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

그런데 폐기물관리법 제4조 제1항에 의하면, 관할구역 안의 폐기물처리시설의 설치·운영의 책무와 권한은 기초자치단체의 장인 시장·군수·구청장에게 부여되어 있지만, 다른 한편 같은 법 제5조 제1항은 상급자치체인 시·도지사에게 2 이상의 시·도 또는 시·군·구에서 발생하는 폐기물을 광

역적으로 처리할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 광역폐기물처리시설을 단독 또는 공동으로 설치·운영할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 그리고 그 경우 같은 법 제5조의2 제1항에서 폐기물처리시설에의 반입수수료의 결정·부과징수권한을 그 처리시설의 설치·운영기관에게 부여하고 있다. 다만, 2 이상의 지방자치단체가 공동으로 설치·운영하는 경우에는 해당 지방자치단체 간에 협의하여 반입수수료를 결정하도록 하고 있다(같은 조 제2항). 아울러 그 구체적인 반입수수료금액은 그 지방자치단체의 조례로 정하도록 규정하고 있다(같은 조 제3항).

그리고 이 사건 시설은 다수의견도 인정한 바와 같이 위 같은 법 제5조 제1항에 의한 피청구인의 광역폐기물처리시설의 설치·운영권한에 입각하여 피청구인이 단독으로 설치하여 운영하고 있는 것이므로, 그 폐기물처리시설에의 반입수수료의 결정 및 부과징수는 같은 법 제5조의2 제1항에 의하여 청구인과의 협의 없이도 피청구인이 할 수 있는 것이고, 그에 따라 동조 제3항에 의하여 피청구인의 의회가 이 사건 조례를 개정한 것이다.

따라서 이 사건 개정조례는 위와 같은 피청구인의 적법한 권한행사에 입각하여 행해진 것으로 청구인이 주장하는 위 권한들과는 무관하므로 애당초 권한침해관련성이 없다. 다시 말하면 이 사건 개정조례에 의한 피청구인의 권한행사는 청구인이 주장하는 폐기물관리법 제4조에 의한 폐기물처리시설의 설치·운영권한이나, 같은 법 제5조의2 제1항, 서울특별시강남구폐기물조례 제27조에 의한 종량제폐기물 규격봉투가격결정권한 및 지방재정법 제30조에 의한 예산편성권한과 별개로 적법하게 행해진 것이지, 이 사건 조례개정과 관련하여 청구인의 위 권한과 피청구인의 권한이 중첩되어 그 범위설정이 문제된 다거나 피청구인의 위 권한행사로 청구인이 주장하는 법률상·조례상의 권한이 박탈되거나 제한받게 되는 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면 피청구인의 위 권한행사에도 불구하고 별도로 청구인은 위 여러 권한행사를 방해받지 않고 할 수 있기 때문이다.

또한 청구인이 주장하는 권한의 침해관련성을 개개 권한별로 살펴보면, 우선 폐기물관리법 제4조에 의한 기초자치단체의 폐기물처리시설의 설치·운영권한과 같은 법 제5조의 광역자치단체의 폐기물처리시설의 설치·운영권한은 각각 다른 사항에 대하여 권한을 부여한 것으로 다수의견도 인정한 바와 같이 이 사건 개정조례는 위 같은 법 제5조 및 제5조의2에 의하여 피청구인의 적법한 권한행사에 입각하여 행해진 것이므로 청구인의 위 법 제4조에 의한

폐기물처리시설 설치·운영권한과는 무관한 것이다. 다음 종량제폐기물 규격 봉투가격결정권한이나 예산편성권한에 대한 침해관련성에 관하여 보면, 이 사건 개정조례에 의하여 반입수수료가 인상되어 사실상 청구인의 추가적인 재정부담이 초래될 수가 있다고 할지라도, 이는 간접적·사실적 결과나 영향 이지 청구인이 주장하는 종량제폐기물 규격봉투가격결정권한이나 예산편성 권한에 대한 직접적인 침해로 볼 수는 없으므로, 그 각 권한침해관련성이 인정되지 아니한다고 할 것이다.

끝으로 이 사건 협약위반을 매개로 한 청구인의 권한침해관련성에 대하여 본다.

우선 위에서 본 바와 같이 이 사건 개정조례가 청구인이 주장하는 제 권한 침해관련성이 없다고 보는 이상 피청구인이 당사자인 이 사건 협약위반이 독자적으로 청구인이 주장하는 권한침해관련성이 인정되지 않는 한 그 역시 권한침해관련성이 인정되지 아니할 것이다. 다음 이 사건 협약위반의 권한침해 관련성에 대하여 보면, 이 사건 협약은 피청구인이 폐기물관리법 제5조에 근거하여 자신의 비용으로 서울특별시 강남구에 중간폐기물처리시설인 이 사건 시설을 설치하고, 그 시설의 효율적 운영과 시설로 인한 환경영향을 최소화하고 그 시설 시험가동 중 발생한 제반문제가 일어나지 않도록 하기 위하여 그 시설 설치구역이자 그 시설 주변영향지역을 관할하는 지방자치단체인 서울특별시 강남구(청구인) 및 그 시설 주변영향지역의 주민대표인 강남자원회수시설주민협의체와 체결한 계약으로서 지방자치단체 상호간 즉, 행정주체 상호간 공무시행에 관한 협정으로서의 측면과 지방자치단체와 주민사이 즉, 행정주체와 사인간의 폐기물처리시설에 관련된 환경협정으로서의 측면을 갖는 강학상 행정계약 내지 공법상 계약이라고 볼 여지가 있다.

그러나 이 사건 협약이 행정주체 상호간의 공무시행에 관한 협정으로서의 측면을 가지고 있다고 하더라도, 이는 피청구인과 청구인이 이 사건 시설에 대한 공동 설치·운영 권한을 가진 대등한 당사자 간의 협의적인 성격을 가진 것이 아니라, 위에서 살펴본 바와 같이 피청구인이 폐기물관리법 제5조의 권한에 입각하여 단독으로 적법하게 설치한 이 사건 시설운영의 효율과 그 시설로 인한 환경영향의 최소화를 위하여 청구인의 협조를 구하는 차원에서 이 사건 협약을 체결하게 된 것이므로 적법한 권한을 가진 대등한 행정주체 간의 권한의 조정과 의무나 비용의 분담을 정하는 전형적인 성격의 행정주체 상호간의 행정계약은 아니다. 그렇다면 이 사건 협약으로 인하여 권한질서가 변경

되거나 그 협약위반으로 청구인의 권한침해문제가 발생하는 것은 아니다.

따라서 이 사건 심판청구는 청구인이 피청구인에 대하여 애당초 권한침해의 관련성이 없어 부적법하므로 각하함이 상당하다고 판단된다.

이상의 이유로 나는 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성(주심) 김경일 송인준
주선회 전호숙 이상경

[별 지]

나. 피청구인의 답변

(1) 대규모 예산을 투입하여 설치한 3개 자원회수시설의 평균가동률은 2002년 기준으로 29% 수준에 머물고 있어 시설의 정상적인 운영에 상당한 어려움이 있을 뿐만 아니라 2003. 11. 현재 금 41,981,769,000원의 운영적자가 누적되고 있는 상황이다. 더구나 청구인의 경우에는 1일당 발생하는 가연성 쓰레기 293톤 중 146톤만을 이 사건 시설에서 소각하고 있을 뿐이고 나머지 약 130톤을 위 시설에서 소각할 수 있음에도 수도권매립지에 할증금을 지불하면서까지 매립하고 있다. 청구인이 관할구역 내에서 발생하는 가연성 쓰레기만이라도 위 강남자원회수시설에서 소각·처리한다면 위 시설의 가동률은 40% 이상으로 증가시킬 수 있어 서울시민 전체의 부담으로 전가되는 시설운영의 적자를 대폭적으로 개선할 수 있을 뿐만 아니라 수도권매립지의 사용기간을 상당기간 늘릴 수 있다.

(2) 피청구인은 폐기물관리법 제5조 제1항에 의하여 1개 또는 복수의 산하 자치구의 폐기물처리를 위하여 폐기물처리시설을 설치·운영할 수 있는 이상 같은 법 제5조의2 제1항에 의하여 당해 자원회수시설에 반입되는 폐기물의 처리를 위하여 필요한 비용(반입수수료)을 폐기물을 반입하는 자로부터 징수할 수 있고 같은 조 제3항에 의하여 그 반입수수료의 금액을 서울특별시 조례로 정할 수 있는 것이다. 그렇다면 피청구인이 반입수수료 산정기준 등을 변경하는 내용으로 조례를 개정한다고 하더라도 이로 인하여 청구인의 '폐기물처리시설을 설치·운영할 권한' 및 '반입수수료를 결정할 권한'이 침해되는 것은 아니다.

(3) 자치구청장 등은 생활폐기물처리를 위한 종량제실시에 따라 종량제 봉투가격을 결정하는 권한을 보유하고 있으나 이는 폐기물관리법 제13조의 규정에 의한 것으로서 자원회수시설에의 폐기물반입에 따른 반입수수료의 징수가 아니므로 청구인의 종량제봉투가격 결정권한 침해 주장은 타당하지 않다. 그리고 피청구인의 이 사건 개정조례로 인하여 만일 청구인의 재정부담이 증가한다고 하더라도 이는 조례 개정 등으로 인한 반사적 효과에 불과할 뿐 청구인의 예산편성권한을 침해하는 것으로 볼 수는 없다.

(4) 이 사건 협약서에 의하여 피청구인이 설치·운영하는 시설에 대한 반입수수료 결정권한이 청구인에게 부여된 것도 아니므로 시설반입수수료를 결정·징수할 권한이 있는 피청구인이 반입수수료 산정기준 등을 변경하는 조례개정을 추진하더라도 위 협약에 위반되는 것은 아니다. 또한 이 사건 시설에 타구 쓰레기를 반입하여 처리하고자 하는 경우, 피청구인은 구 시설설치촉진조례 제3조 제2항(개정 시설설치촉진조례 제3조 제3항)에 의하더라도 해당 자치구청장 및 관련 주민지원협의체와의 협의를 거치도록 되어 있으므로, 이 사건 개정조례로 인하여 이 사건 협약서 상의 협의의무를 위반한 것이 아니다.

따라서 이 사건 개정조례로 인하여 청구인의 위 권한들이 침해되는 것이 아니므로 이 사건 심판청구는 기각 또는 각하되어야 마땅하다.

민사소송법 제263조 위헌소원

(2004. 9. 23. 2002헌바46 전원재판부)

【판시사항】

1. 청구인은 당해사건 법원이 청구인의 증거신청을 받아들이지 않았기 때문에 자신이 원하는 전부승소판결이 아닌 일부승소판결이 내려진 것이라고 주장하는 사안에서, 유일한 증거가 아닌 한 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다고 규정한 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제263조(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 재판의 전제성이 있는지 여부(적극)

2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 재판청구권, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것인지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 당해사건은 손해배상 청구소송이고 당해사건 법원은 피고 조○재의 불법행위를 인정한 후에 원고(청구인) 일부승소의 판결을 선고하였다. 그리고 이러한 사실인정을 함에 있어서 서증 등의 증거조사를 하였고 청구인이 신청한 피고본인신문 등의 증거조사신청은 이를 배척한 것으로 보이는데, 그 근거로 이 사건 법률조항이 적용되었다고 할 수 있다. 또한, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되어 당해사건의 재심사건에서 청구인이 신청한 증거를 모두 받아들여지게 된다면 손해배상의 인용금액이 인상되는 등 재판의 주문이 달라질 가능성을 배제할 수 없고, 설사 그렇지 않더라도 그 재판의 이유를 달리함으로써 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 볼 수 있다. 따라서 재판의 전제성을 인정할 수 있다.

2. 이 사건 법률조항은 민사소송절차의 신속과 심리의 원활한 진행을 위하여 당사자가 신청한 증거 중 심리의 진행이나 진실발견과 무관한 증거에 대하여는 이를 조사하지 않을 수 있도록 함으로써,

신속한 재판실현이라는 소송경제와 실제적 진실에 합치하는 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청에 부합하는 규정으로서 그 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성을 인정할 수 있다. 한편, 이 사건 법률조항의 단서에서는 당사자의 주장에 관한 유일한 증거인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 증거조사의 필요성 여부와 관계없이 이를 반드시 조사하도록 함으로써 법원이 증거조사를 아니할 수 있는 재량의 한계를 규정하고 있다. 그러므로 신속한 재판실현이라는 소송경제와 실제적 진실에 합치하는 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청을 달성함에 있어, 이 사건 법률조항의 내용과 달리 규정하거나 다른 제도를 통하여 기본권침해를 최소화할 수 있는 방안이 있다고도 보이지 아니하므로 피해의 최소성 요건을 갖추었다. 또한, 이 사건 법률조항에 근거한 법원의 소송지휘권 행사로 인한 기본권침해, 즉 심리의 진행이나 실제적 진실발견과 무관한 증거신청이 받아들여지지 않아 그에 대한 증거조사가 행하여지지 않는 불이익은 신속한 재판의 확보 및 공정한 재판실현이라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 상실한 것이 아니다. 따라서 이 사건 법률조항은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙인 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권이나 인간의 존엄과 가치를 침해한 것이라 할 수 없다.

3. 청구인은 이 사건 법률조항이 원·피고 간의 평등원칙에 반한다는 주장을 하고 있으나, 이 사건 법률조항은 원·피고 모두에게 적용되는 것이므로 구체적 사건에서 재판을 진행하는 법원의 소송지휘상에 사실상 차이가 있는지는 별론으로 하고 이 사건 법률조항 자체가 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제263조(증거신청의 채부) 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거는 그러하지 아니하다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제27조, 제107조 제1항

헌법재판소법 제68조 제2항

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

②~⑤ 생략

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제138조(실기한 공격, 방어방법의 각하) ① 당사자의 고의 또는 중대한 과실로 시기에 늦어서 제출한 공격 또는 방어방법은 이로 인하여 소송의 완결을 지연하게 하는 것으로 인정한 때에는 법원은 직권 또는 상대방의 신청에 의하여 결정으로 각하할 수 있다.

② 공격 또는 방어의 취지가 명료하지 아니한 경우에 당사자가 필요한 설명을 하지 아니하거나 설명할 기일에 출석하지 아니한 때에도 제1항과 같다.

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제187조(자유심증주의) 법원은 변론의 전취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장의 진실여부를 판단한다.

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제188조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제260조(준비절차에 있어서의 준용규정) 제125조 내지 제128조, 제130조, 제132조 내지 제140조와 제241조의 규정은 준비절차에 준용한다.

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제264조(증거조사의 장애) 증거조사에 관하여 부정기간의 장애가 있는 때에는 법원은 조사하지 아니할 수 있다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제149조(실기한 공격·방어방법의 각하) ① 당사자가 제146조의 규정을 어기어 고의 또는 중대한 과실로 공격 또는 방어방법을 뒤늦게 제출함으로써 소송의 완결을 지연시키게 하는 것으로 인정할 때에는 법원은 직권으로 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.

② 당사자가 제출한 공격 또는 방어방법의 취지가 분명하지 아니한 경우에, 당사자가 필요한 설명을 하지 아니하거나 설명할 기일에 출석하지 아니한 때에는 법원은 직권으로 또는 상대방의 신청에 따라 결정으로 이를 각하할 수 있다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제202조(자유심증주의) 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 참작하여 자유로운 심증으로 사회정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따라 사실주장이 진실한지 아닌지를 판단한다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제203조(처분권주의) 법원은 당사자가 신청하지 아니한 사항에 대하여는 판결하지 못한다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제286조(준용규정) 변론준비절차에는 제135조 내지 제138조, 제140조, 제142조 내지 제151조, 제225조 내지 제232조, 제268조 및 제278조의 규정을 준용한다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제290조(증거신청의 채택여부) 법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정한 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그러하지 아니하다.

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제291조(증거조사의 장애) 법원은 증거조사를 할 수 있을지, 언제 할 수 있을지 알 수 없는 경우에는 그 증거를 조사하지 아니할 수 있다.

【참조판례】

1. 헌재 2002. 11. 28. 2000헌바70, 판례집 14-2, 626
2. 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484
대법원 1970. 11. 30. 선고 70다2218 판결
대법원 1980. 1. 13. 선고 80다2631 판결
대법원 1976. 1. 27. 선고 75다1703 판결
대법원 1959. 2. 19. 선고 57다873 판결
대법원 1971. 7. 27. 선고 71다1195 판결

【당 사 자】

청 구 인 나○라

국선대리인 변호사 이상원

당해사건 부산고등법원 2001나15026 손해배상(자)

【주 문】

구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것) 제263조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구외 조○재는 1999. 5. 12. 15:20경 부산 27로○○호 소나타 승용차를 운전하여 부산 동래구 안락2동 소재 안남초등학교 앞 도로 좌측을 주공아파트 방향에서 안락교 방향으로 진행하다가 화물차에서 야채를 사기 위하여 도로 상에 서 있던 청구인의 발을 역과하여 청구인으로 하여금 우측측관절부 염좌 등의 상해를 입게 하였다.

청구인은 위 조○재를 상대로 부산지방법원 동부지원 2000가단22616호로 손해배상 청구소송을 제기하여 일부승소 판결을 받고 이에 불복하여 부산고등법원에 2001나15026호로 항소를 제기한 후, 구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정되기 전의 것. 이하 “구법”이라 한다) 제263조(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 인간의 존엄과 가치, 평등권, 정당한 재판받을 권리를 침해하는 위헌의 법률조항이라며 2002카기29호로 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 법원이 2002. 4. 25. 본안사건에 대하여 항소를 기각함과 동시에 이 위헌제청신청도 기각결정하자, 2002. 5. 15. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 구법 제263조이며, 그 내용은 다음과 같다.

제263조(증거신청의 채부) 당사자가 신청한 증거로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거는 그러하지 아니하다.

[한편, 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 민사소송법(이하 “신법”이라 한다)은 제290조(증거신청의 채택여부)에서 “법원은 당사자가 신청한 증거를 필요하지 아니하다고 인정한 때에는 조사하지 아니할 수 있다. 다만, 그것이 당사자가 주장하는 사실에 대한 유일한 증거인 때에는 그러하지 아니하다.”고 하여 유사한 내용으로 규정하고 있다.]

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

우리 민사소송법은 변론주의, 당사자주의를 채택하고 있는데, 법원은 청구인이 신청한 피고본인신문과 현장목격자들의 진술서를 증거로 채택하지 않았다. 이는 이 사건 법률조항이 증거신청에 대하여 법원이 재량으로 채택 여부를 결정할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다.

나. 법원행정처장의 의견요지

청구인의 주장은 결국 당사자가 신청한 증거는 모두 조사하여야 하고 그렇지 않으면 당사자의 재판청구권 등 헌법상 기본권이 침해된다는 것이다. 그러나, 증거신청권을 남용하여 재판지연을 목적으로 또는 오로지 상대방을 괴롭히기 위한 목적에서 증거를 신청하는 경우에도 법원이 반드시 증거조사를 하도록 하는 것은 오히려 상대방의 권리를 침해하고 사법권에 대한 과도한 제

한이 될 수 있다. 뿐만 아니라 그 증거신청이 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거일 경우에는 배척할 수 없도록 제한하고 있음을 고려할 때 이 사건 법률조항은 위헌이라고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견요지

이 사건 법률조항은 당사자가 신청하는 증거조사에 대하여 법원에게 그 채부의 권한을 부여함으로써 법원이 필요하지 않다고 인정하는 증거신청에 대하여는 이를 조사하지 않을 수 있도록 하는 한편, 당사자의 주장사실에 대한 유일한 증거인 경우에는 이를 조사하도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 신속한 재판의 실현이라는 소송경제와 실제적 진실에 합치하는 공정한 재판을 받을 권리의 실현이라는 헌법적 요청을 적절히 조화·조정하고 있으므로 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하거나 재판을 받을 권리의 본질을 침해한다고 볼 수 없고, 평등원칙에도 위반되지 아니한다.

3. 적법요건(재판의 전제성)에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 될 것이 요구된다(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제68조 제2항, 제41조 제1항 참조). 그런데 여기에서 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하려면, 첫째 그 법률이 법원의 재판에 적용되는 것이어야 하고, 둘째 그 법률의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 한다(헌재 2002. 11. 28. 2000헌바70, 판례집 14-2, 626, 630).

먼저 이 사건 법률조항이 당해사건에 적용되는 조항인지 여부를 본다. 당해사건은 손해배상 청구소송이고 당해사건 법원은 피고 조○재의 위와 같은 불법행위를 인정한 후에 원고(청구인) 일부승소의 판결을 선고하였다. 그리고 이러한 사실인정을 함에 있어서 서증 등의 증거조사를 하였고 청구인이 신청한 피고본인신문 등의 증거조사신청은 이를 배척한 것으로 보이는데, 그 근거로 이 사건 법률조항이 적용되었다고 할 수 있다.

다음으로 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우인지 여부를 본다. 청구인은 당해사건 법원이 청구인의 증거신청을 받아들이지 않았기 때문에 자신이 원하는 전부승소판결이 아닌 일부승소판결이 내려진 것이라고 주장하고 있는데, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되어 당해사건의 재

심사건에서 청구인이 신청한 증거를 모두 받아들여지게 된다면 손해배상의 인
용금액이 인상되는 등 재판의 주문이 달라질 가능성을 배제할 수 없고, 설사
그렇지 않더라도 그 재판의 이유를 달리함으로써 재판의 내용과 효력에 관한
법률적 의미가 달라지는 경우라고 볼 수 있다.

따라서 이 사건은 재판의 전제성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

가. 증거신청의 채부에 관한 일반론

(1) 증거, 증거조사, 증거의 신청

분쟁을 해결하는 수단으로서의 재판과정은 사실을 확정하는 과정과 법규를
적용하는 과정으로 나누어 볼 수 있다. 후자에 있어서는 법관이 그에 대한 전
문가이므로 원칙적으로 법규의 존재사실을 증거에 의하여 확정할 필요가 없
으나, 전자 즉 사실을 확정하기 위하여는 이를 위한 자료가 있어야 하는데 이
것이 곧 ‘증거’이다.

‘증거조사’라 함은 법관의 심증형성을 위하여 법정외 절차에 따라 인적·물
적 증거의 내용을 오관의 작용에 의해 지각하는 법원의 소송행위를 말하고,
‘증거의 신청’이란 일정한 사실을 증명하기 위하여 일정한 증거방법을 지정하
여 법원에 그 조사를 청구하는 소송행위를 말한다.

(2) 증거신청의 채부와 재량권

민사소송법상 법원의 재량에 의하여 증거조사를 하지 아니하더라도 무방한
것으로는 다음과 같은 유형이 있다.

예컨대 증명할 사실을 표시하지 아니한 경우와 같이 증거신청 자체가 법정
외 방식에 흠이 있는 경우 또는 시기에 늦은 증거신청(구법 제138조·제260
조, 신법 제149조·제286조)의 경우에는 증거조사를 하지 아니하여도 상관없
다. 그리고 법원은 증인의 행방불명, 목적물의 분실, 증인에 대한 구인장의 집
행불능 등 부정기간의 장애가 있는 경우에도 증거조사를 거부할 수 있다(구
법 제264조, 신법 제291조, 대법원 1962. 3. 18. 선고 61다954 판결; 1973. 12.
11. 선고 73다711 판결 참조).

또한 이 사건 법률조항 본문의 규정과 같이 적법한 증거신청이라도 필요하
지 아니하다고 인정한 것은 조사하지 아니할 수 있다. 즉, 증거방법이 재판단
에 무가치하거나 전혀 부적당한 경우, 그 사실의 존부가 소송의 결과에 영
향이 없는 경우에는 조사하지 아니하여도 된다. 또한 그 사실에 대하여 법관
이 확신을 얻은 경우에도 증거신청을 채택하지 않을 수 있다. 한편, 동일사실

을 증명하기 위한 증거방법이 수 개인 경우에 그 조사범위는 법원이 심리상 필요에 의하여 이를 정할 것이며 유일한 증거가 아닌 이상 법원이 당사자의 증거신청에 대하여 필요없다고 인정한 때에는 동 신청을 각하함으로써 증거 조사를 시행하지 않을 수 있다는 것이 판례의 입장이다(대법원 1955. 1. 27. 선고 54다224 판결).

(3) 유일한 증거

신청한 증거에 대한 채택의 여부는 소송촉진과 소송경제와의 관계에서 매우 중요한 문제로서 이의 판단은 원칙적으로 법원의 직권에 속하는 재량사항이나, 이 사건 법률조항의 단서규정에 의하면 예외적으로 주요사실에 대한 유일한 증거일 때에는 특별한 사정이 없는 한 반드시 조사하도록 되어 있다(대법원 1954. 12. 16. 선고 53다220 판결; 1970. 11. 30. 선고 70다2218 판결 참조). 여기에서 '유일한 증거'라 함은 주요사실에 관하여 그 당사자의 입증책임이 있는 사항에 관한 유일한 증거를 말하는 것으로서(대법원 1980. 1. 13. 선고 80다2631 판결), 그 증거방법을 조사하지 않으면 증명의 방도가 없게 되어 결국 아무런 증거방법도 없는 것으로 귀결되는 경우의 증거를 말한다. 유일한 증거에 대하여 법관의 재량권의 예외를 규정된 근거는, 유일한 증거를 배척하는 경우에는 법관이 선입견을 가지고 있는 것 같은 인상을 줄 뿐만 아니라 결과적으로 한쪽 당사자에게 입증의 길을 막는 것이 되어 쌍방심리의 정신에 반하기 때문이다.

대법원은 입증책임을 부담하는 당사자의 경우 즉 '본증'의 경우에만 유일한 증거를 조사하여야 함을 전제로, 상대방의 주장을 부인하는 당사자가 제출하는 증거는 '반증'이므로 유일한 증거가 될 수 없다고 한다(대법원 1976. 1. 27. 선고 75다1703 판결). 나아가 유일한 증거방법이라도 비용예납의 명령을 받고도 당사자가 증거조사의 실시에도 필요한 비용을 예납하지 않는 등 신청한 당사자의 고의나 태만으로 인하여 증거조사를 할 수 없게 된 경우에는 각하할 수 있다고 하며(대법원 1959. 2. 19. 선고 57다873 판결), 유일한 증거방법인 증인이 정당한 이유없이 출석하지 않은 경우에도 배척할 수 있다고 한다(대법원 1971. 7. 27. 선고 71다1195 판결).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 민사소송에 있어서의 당사자주의와 직권주의

민사소송절차는 법원과 당사자가 참여하여 일정한 법원칙에 따라 역할과 책임을 분담하면서 진행된다. 이 때에 주로 당사자가 역할을 분담하고 책임을

지는 원칙 즉 소송심리의 주도권을 당사자에게 주는 것을 ‘당사자주의’라고 하고, 이와 반대로 주로 법원이 그 임무를 가지는 원칙 즉 소송심리의 주도권을 법원에게 주는 것을 ‘직권주의’라고 한다.

우리 민사소송법은 처분권주의 및 당사자주의 원칙(구법 제188조, 신법 제 203조)에 따라, 계쟁사실의 증명에 필요한 증거는 당사자가 신청하는 것을 조사하는 것으로 그치는 것이 원칙이고 보충적으로 법원이 직권증거조사를 할 수 있도록 하고 있다. 또한 자유심증주의의 원칙(구법 제187조, 신법 제202조)을 채택하여 법원이 증거의 증거가치(증명력)를 자유로이 판단할 수 있도록 하고 있다.

다시 말하여, 민사소송을 내용면과 절차면으로 나누면 소송심리의 내용면에 있어서의 주도권은 당사자에게 주어지고, 절차면에 있어서의 주도권은 법원에 주어졌다고 말할 수 있다. 즉, 민사소송법은 법원에게는 절차의 주재자로서의 역할을 부여하여 이를 신속하게 진행시키는 책임을 지우고 있고, 당사자에게는 판결을 위한 자료를 제공하여 사건의 내용을 명확하게 하는 역할을 맡기고 있는 것이다.

(2) 과잉금지원칙의 위배 여부

이 사건 법률조항은 증거신청의 채부를 법원의 재량에 맡긴다는 취지의 규정이라고 할 수 있는데, 그 재량권의 한계를 위 당사자주의 및 직권주의와의 관계에서 어떻게 조화시킬 것인가가 문제된다고 할 것이다.

(가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

이 사건 법률조항은 직권주의적 요소를 민사소송에 도입한 것으로서, 법원으로 하여금 당사자가 신청하는 모든 증거를 조사하지 아니하고 필요하다고 인정하는 것에 대하여만 증거조사를 할 수 있도록 함으로써 소송절차의 신속·원활한 진행을 도모하고, 소송과 무관하거나 왜곡된 증거가 제출·조사됨으로써 부당한 결론이 도출되는 것을 방지하고자 하는 데에 그 취지가 있다.

신속한 분쟁해결로 소송과 집행에 따르는 사회적 비용을 줄이는 것은 국민 전체에게 그 이익으로 돌아가는 것이다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 502). 그런데 만약 청구인의 주장대로 당사자가 신청하는 모든 증거에 대하여 법원이 이를 조사하여야 한다면, 이해관계가 첨예하게 대립되어 있는 당사자로서는 쟁점과 무관하거나 심지어 위조된 증거를 법원에 제출하여 그 조사를 요구함으로써 소송결과를 왜곡시키려 할 가능성이 높다. 특

히 패소가능성이 있는 당사자의 경우에는 불필요한 증거에 대하여까지 법원에 조사를 요구함으로써 소송을 최대한 지연시키려 할 것이다. 뿐만 아니라 당사자가 신청하는 모든 증거를 조사하여야 한다면 법원은 불필요한 증거조사를 위하여 막대한 인적·물적 낭비를 초래하게 되고, 당사자가 당해 소송과 전혀 무관한 제3자를 증인으로 신청하는 경우에는 그 제3자가 출석 및 진술하게 됨으로써 불이익과 권리침해를 받게 될 수도 있다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 민사소송절차의 신속과 심리의 원활한 진행을 위하여 당사자가 신청한 증거 중 심리의 진행이나 진실발견과 무관한 증거에 대하여는 이를 조사하지 않을 수 있도록 함으로써, 신속한 재판실현이라는 소송경제와 실제적 진실에 합치하는 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청에 부합하는 규정으로서 그 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성을 인정할 수 있다.

(나) 최소침해성 및 법익의 균형성

이 사건 법률조항은 당사자가 신청한 증거에 대하여 필요하다고 인정되는 범위에서 법원이 조사를 하도록 한 것으로서, 그 필요성 여부의 판단은 법관의 자의적 판단에 따르는 것이 아니라 내재적 한계가 있다. 즉, 그 증거가 소송의 쟁점과 무관하거나 쟁점판단에 무가치하거나 부적절한 경우, 그 사실의 존부가 소송결과에 영향이 없는 경우, 법원이 이미 충분한 심증을 얻고 있는 경우, 동일 사실에 대하여 거듭 증거가 신청된 경우, 경험칙 등에 의하여 법원이 이미 알고 있는 경우 등은 증거조사가 불필요한 예로 지적될 수 있을 것이다.

참고로 외국의 입법례를 보면, 일본의 민사소송법 제181조(증거조사를 요하지 아니하는 경우)는 “① 법원은 당사자가 신청한 증거로서 필요가 없다고 인정하는 것은 조사를 요하지 아니한다. ② 증거조사에 관하여 부정기간(不定期期間)의 장애가 있는 경우에 법원은 증거조사를 하지 아니할 수 있다.”고 하여 이 사건 법률조항과 비슷하게 규정하고 있다.

독일의 경우 민사소송법상 명문으로 당사자의 증거신청을 거부할 수 있는 근거규정은 없지만, 해석상 일정한 경우에는 증거조사신청을 거부할 수 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다. 법원이 당사자의 증거조사신청을 거부할 수 있는 경우로는, 첫째 증거방법이 부적법한 경우로서 예컨대 증거신청의 대상을 부정확하게 표시하거나 증거신청에서 주장하고자 하는 근거를 모호하게 표시하는 경우, 둘째 법원이 증명될 사실을 재판에 중요한 것이 아니라고 보

거나 증명의 필요가 없는 것이라고 보는 경우와 같이 증거조사가 불필요한 경우, 셋째 제출된 증거가 이미 조사된 경우, 넷째 소송을 지연시킬 목적으로 신청한 것이 명백한 경우 등을 들고 있다.

한편, 이 사건 법률조항의 단서에서는 당사자의 주장에 관한 유일한 증거인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 증거조사의 필요성 여부와 관계없이 이를 반드시 조사하도록 함으로써 법원이 증거조사를 아니할 수 있는 재량의 한계를 규정하고 있다. 그러므로 신속한 재판실현이라는 소송경제와 실체적 진실에 합치하는 공정한 재판실현이라는 헌법적 요청을 달성함에 있어, 이 사건 법률조항의 내용과 달리 규정하거나 다른 제도를 통하여 기본권침해를 최소화할 수 있는 방안이 있다고도 보이지 아니하므로 피해의 최소성 요건을 갖추었다고 할 것이다. 또한 이 사건 법률조항에 근거한 법원의 소송지휘권 행사로 인한 기본권침해, 즉 심리의 진행이나 실체적 진실발견과 무관한 증거신청이 받아들여지지 않아 그에 대한 증거조사가 행하여지지 않는 불이익은 신속한 재판의 확보 및 공정한 재판실현이라는 공익에 비하여 크다고 할 수 없으므로 법익의 균형성도 상실한 것이 아니다.

(다) 따라서 이 사건 법률조항은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙인 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권이나 인간의 존엄과 가치를 침해한 것이라 할 수 없다.

(3) 평등원칙의 위배 여부

그 밖에 청구인은 이 사건 법률조항이 원·피고 간의 평등원칙에 반한다는 주장을 하고 있으나, 이 사건 법률조항은 원·피고 모두에게 적용되는 것이므로 구체적 사건에서 재판을 진행하는 법원의 소송지휘상에 사실상 차이가 있는지는 별론으로 하고 이 사건 법률조항 자체가 평등의 원칙에 위배된다고는 할 수 없다.

5. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김경일 송인준

주선희(주심) 전효숙 이상경

하수도법 제32조 제5항 위헌소원

(2004. 9. 23. 2002헌바76 전원재판부)

【판시사항】

1. 하수도법 제32조 제2항·제5항이 하수도법상의 원인자부담금 부과 방법과 절차를 조례에 위임한 것이 위헌인지 여부(소극)
2. 조례에 위임할 사항에 있어서 위임입법의 한계

【결정요지】

1. 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고, 지방자치법 제15조는 이를 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”고 규정하고 있다. 즉, 우리 헌법 제117조 제1항은 자치입법권의 수권규정으로 지방자치단체의 조례제정권을 보장하고 있고, 나아가 지방자치법은 개별 법률의 위임이 있는 경우에는 조례로써도 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 것은 가능함을 밝히고 있다.

그런데, 하수도법 제32조 제2항, 제5항은 지방자치단체(공공하수도관리청)에 공공하수도의 개축이나 공사와 관련한 원인자부담금을 부과할 수 있는 권한을 부여하고 있고, 그 방법이나 절차에 관하여 당해 지방자치단체에 별도의 조례제정권을 부여하고 있다. 따라서 이 사건 원인자부담금에 관한 조례는 헌법상의 자치입법권을 근거로 하여 개별 법률에서 구체적으로 위임한 조례제정권에 의거하여 제정된 것으로서 제정형식에는 문제가 없다.

2. 지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다는 점과 조례는 선거를 통하여 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 지역적인 민주적 정

당성까지 갖고 있다는 점을 고려하면, 조례에 위임할 사항은 헌법 제75조 소정의 행정입법에 위임할 사항보다 더 포괄적이어도 헌법에 반하지 않는다고 할 것이다.

【심판대상조문】

- 하수도법(1994. 8. 3. 법률 제4782호로 개정된 것) 제32조(원인자부담금 등) ① 생략
② 공공하수도관리청은 타공사 또는 타행위(공공하수도에 영향을 미치는 공사 외의 행위를 말한다. 이하 같다)로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부 또는 일부를 당해 타공사의 시행자 또는 타행위자에게 부담시키거나 당해 공사를 시행하게 할 수 있다.
③~④ 생략
⑤ 제1항 내지 제4항의 부담금에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

【참조조문】

헌법 제75조, 제117조 제1항
지방자치법 제15조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

【참조판례】

2. 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등(병합), 판례집 7-1, 564, 572

【당 사 자】

청 구 인 명곡지구 토지구획정리조합(대표자 조합장 박인수) 외 4인
대리인 법무법인 우일
담당변호사 이철환
당해사건 울산지방법원 2002구합107 원인자부담금부과처분취소

【주 문】

하수도법(1994. 8. 3. 법률 제4782호로 개정된 것) 제32조 제5항 중 제32조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 양산시 웅상을 평산리, 주남리, 명곡리, 삼호리 일대의 토지 소유자들을 구성원으로 하여 결성된 토지구획정리조합으로서 1995. 5.경부터 1996. 4.경까지 사이에 경상남도지사로부터 조합설립 및 사업시행 인가를 받아 위 일대의 토지들에 대하여 토지구획정리사업을 시행하여 왔다.

(2) 한편, 양산시는 위 토지구획정리사업을 포함한 택지개발사업 등이 예정된 웅상지역 전체의 하수처리를 위하여 1995. 7. 10.경 울산광역시장에게 기존의 회야하수처리장을 증설하여 장차 웅상지역에서 발생할 하수를 처리하여 주도록 협조요청을 하였다. 이에 울산광역시장은 위 웅상지역뿐만 아니라 울산광역시 관내의 웅촌지역 등에서 발생할 하수를 모두 처리할 수 있도록 기존의 회야하수처리장의 처리시설과 그곳까지의 차집관거를 증설하기로 하고 1995. 12. 27. 환경부장관으로부터 회야댐 상류 하수도정비기본계획의 변경승인을 받은 후 같은 해 12. 31. 회야하수처리장에 대한 증설허가를 받아 공사를 시행하였다.

(3) 위 증설공사 시행 도중, 감사원은 울산광역시장에게 회야하수처리장 증설공사 대신에 인근의 온산하수처리장을 통하여 위 각 지역에서 발생한 하수를 처리하는 방안이 하수처리시설의 증설과 관련된 전체 공사비용을 절감할 수 있을 것이라는 의견을 제시하였고, 이에 울산광역시장은 2000. 8.경 회야하수처리장 증설공사를 중단하고, 그 대신 위 토지구획정리사업지역과 온산하수처리장 사이에 유입관로를 개설하는 내용으로 위 하수도공사의 사업계획 및 설계를 변경한 다음, 2000. 11.경 환경부장관으로부터 그 변경인가를 받아 이에 따른 차집관로 및 이송관로공사를 시행하였다.

(4) 한편, 울산광역시장은 2001. 10. 13. 및 같은 달 23. 하수도법 제32조 제2항, 제5항, 울산광역시하수도사용조례 제24조 제2항에 근거하여 청구인들에게 위 변경된 공사에 따른 원인자부담금을 각 부과하는 처분(이하 “이 사건 각 부과처분”이라 한다)을 하였다.

(5) 이에 대하여 청구인들은 이 사건 각 부과처분이 위법하다고 주장하며 울산광역시장을 상대로 울산지방법원에 위 각 부과처분의 취소를 구하는 소송(2002구합107호)을 제기하고, 그 소송 계속 중 하수도법 제32조 제5항에 대하여 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나, 위 법원은 2002. 8. 28. 위 신청을

기각하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 이 사건 부과처분의 근거가 된 울산광역시하수도사용조례 제24조 제2항의 수권규정인 하수도법(1994. 8. 3. 법률 제4782호로 개정된 것, 이하 “법”이라고 한다) 제32조 제5항 중 법 제32조 제2항의 원인자부담금에 관하여 필요한 사항을 당해 지방자치단체의 조례에 의하여 정하도록 한 부분의 위헌 여부(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이고, 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

하수도법 제32조(원인자부담금 등) ①, ③, ④ 생략

② 공공하수도관리청은 타공사 또는 타행위(공공하수도에 영향을 미치는 공사 외의 행위를 말한다. 이하 같다)로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부 또는 일부를 당해 타공사의 시행자 또는 타행위자에게 부담시키거나 당해 공사를 시행하게 할 수 있다.

⑤ 제1항 내지 제4항의 부담금에 관하여 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

울산광역시하수도사용조례(2001. 9. 29. 울산광역시 조례 제505호로 개정된 것) 제24조 ① 법 제32조 규정에 의한 원인자부담금은 공공하수도(하수관거 및 펌프시설·하수종말처리시설)의 신·증설에 필요한 기본 및 실시설계비·환경평가비·용지비(지장물보상비 포함)·공사비(부대공사비 포함)·시공감리비 기타 부대비로 한다. 다만, 하수관거는 개발지역에서 하수종말처리시설까지 유입시키기 위한 하수관거 설치비로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 원인자부담금은 다음 각 호의 기준에 따라 별표 6과 같이 산정한다(별표 생략).

1. 생략

2. 시장은 법 제32조 제2항의 규정에 의한 타공사 또는 타행위로 인하여 필요하게 된 공공하수도에 관한 공사에 요하는 비용의 전부를 당해 타공사의 시행자 또는 타행위자가 부담하게 하여야 함.

가, 나, 다 생략

③ 생략

④ 원인자부담금은 원칙적으로 당해사업 또는 시설물의 착공 후부터 완공 전에 징수하며, 그 납부시기 및 납부방법은 조례시행규칙으로 정한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 원인자부담금은 국민의 권리의 제한에 관한 사항이므로 법률로 정하여야 하고, 그 제한의 내용을 조례에 위임할 수 없다. 따라서 이 사건 부담금에 관한 사항을 지방자치단체의 조례에서 정하도록 한 이 사건 법률조항은 헌법에 근거가 없는 위헌규정이다.

(2) 가사, 국민의 권리의무에 관한 사항을 조례에 위임할 수 있다고 하더라도, 의회 입법주의와 법치주의의 원칙상 조례에 규정될 내용 및 범위의 기본 사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 조례로 규정될 대강의 내용을 예측할 수 있어야 할 것임에도 이 사건 법률조항은 하수배출량의 산출방법, 산출시기, 산출기준에 대하여 막연하고 포괄적인 규정만을 두고 있어 포괄적 위임입법금지원칙에 반하여 위헌이다.

나. 울산광역시장 및 환경부장관의 의견

(1) 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고, 지방자치법 제15조는 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”고 규정하고 있다.

따라서 법률의 위임이 있는 경우에는 조례에 의하여 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 것이 가능하다고 할 것인바, 이 사건 법률조항은 공공하수도의 개축이나 공사와 관련한 원인자부담금의 설정 및 징수방법 등에 관하여 당해 지방자치단체에 조례제정권을 부여하고 있으므로, 조례에 의한 이 사건 원인자부담금의 부과는 헌법 및 법률상의 근거를 갖추고 있어 정당하다.

(2) 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 범조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하므로, 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한

계를 일탈하지 아니한 것이다. 특히 주민의 대표기관인 지방의회 의결로 제정되는 조례는 행정명령과는 달리 법령에 위반되지 않는 한 포괄적인 위임도 가능하다.

그리고 법 제32조 제5항은 공공하수도공사의 비용산출의 기준과 방법, 비용부담의 시기 및 방법 등에 관한 위임입법이므로 기술적, 세부적인 사항을 하위법규에 위임한 것에 불과하므로 포괄위임금지의 원칙에 반하지 않는다.

3. 판 단

(1) 조례에 의한 부담금 부과 근거

울산광역시하수도사용조례는 하수도법과 같은 법 시행령 및 같은 법 시행규칙에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하여 제정되었고, 위 조례 제24조 제1항, 제2항 제2호, 제4항은 법 제32조 제2항의 원인자부담금의 구체적인 부과대상 및 부과한도를 비롯한 부과시기와 방법 등을 정하고 있는바, 청구인들은 조례로써 국민의 권리를 제한하는 것은 허용될 수 없으므로 위 조례 및 조례의 수권규정인 법 제32조 제5항은 위헌 규정이라고 주장한다.

살피건대, 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고, 지방자치법 제15조는 이를 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”고 규정하고 있다. 즉, 우리 헌법 제117조 제1항은 자치입법권의 수권규정으로 지방자치단체의 조례제정권을 보장하고 있고, 나아가 지방자치법은 개별 법률의 위임이 있는 경우에는 조례로써도 주민의 권리를 제한하거나 주민에게 의무를 부과하는 것이 가능함을 밝히고 있다.

그런데, 이 사건 법률조항은 지방자치단체(공공하수도관리청)에 공공하수도의 개축이나 공사와 관련한 원인자부담금을 부과할 수 있는 권한을 부여하고 있고, 그 방법이나 절차에 관하여 당해 지방자치단체에 별도의 조례제정권을 부여하고 있다. 따라서 적어도 이 사건 원인자부담금에 관한 조례는 헌법상의 자치입법권을 근거로 하여 개별 법률에서 구체적으로 위임한 조례제정권에 의거하여 제정된 것으로서 제정형식에는 문제가 없다.

(2) 위임입법의 한계 일탈 여부

헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조가 조례에 관한 일반적인 수권규

정인 사실은 앞서 본 바와 같다. 그런데 헌법은 자치입법권의 허용근거만을 마련해 두고 있을 뿐 조례에의 위임입법은 어떤 범위 내에서 어떤 기준에 의하여 위임할 수 있는지에 관하여 명시적 규정을 두고 있지 않다.

살피건대, 지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위 안에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다는 점과 조례는 선거를 통하여 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 지역적인 민주적 정당성까지 갖고 있다는 점을 고려하면, 조례에 위임할 사항은 헌법 제75조 소정의 행정입법에 위임할 사항보다 더 포괄적이어도 헌법에 반하지 않는다고 할 것이다. 헌법재판소는 이미 “조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다”고 판시한 바도 있다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572).

또한 법 제32조 제5항이 준용하는 법 제32조 제2항은 조례에의 위임과 관련하여 핵심적인 내용이라고 할 수 있는 위임사항(원인자부담금의 부과), 부담금 부과 대상자(공공하수도의 공사를 필요로 하게 한 타공사의 시행자 또는 타행위자) 및 부담금의 범위(공사비의 전부 또는 일부)에 관하여 대강을 규정하고 있고, 나머지 구체적인 공사비의 내용이나 산정방법, 시기, 징수절차 등에 관하여 필요한 사항을 지방자치단체의 조례에 의하여 정하도록 위임하고 있다.

따라서 조례에 있어서 위임범위의 포괄성과 이 사건 법률규정의 내용을 고려해 볼 때, 이 사건 법률규정이 조례에 있어서 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 법 제32조 제5항 중 제32조 제2항에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성 김경일(주심) 송인준
주선희 전호숙 이상경

주택임대차보호법 제8조 제3항 등 위헌소원

(2004. 9. 23. 2003헌바3 전원재판부)

【판시사항】

1. 청구인이, 당해사건에서 1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 주택임대차보호법(이하 “1989. 12. 30. 개정법”이라 한다)에 따른 시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정된 것. 이하 “1990. 2. 19. 개정시행령”이라 한다)이 적용되지 않고 구법시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호로 개정된 것)이 적용되어 패소판결을 받게 된 것은 위 개정법의 포괄위임 및 입법미비 때문이라고 주장하는 경우에 위 개정법의 조항에 대하여 재판의 전제성이 있는지 여부(적극)
2. 1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항에서 소액임차인 및 우선변제를 받을 일정액의 범위와 기준만을 대통령령에 위임한 것이 포괄위임금지원칙에 위반되는 것인지 여부(소극)
3. 1989. 12. 30. 개정법 부칙 제1항에서 소액임차인의 우선변제권 취득시기에 대하여 규정하지 않은 것이 입법미비인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인은, 1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항 및 부칙 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)에 따른 1990. 2. 19. 개정시행령 제3조·제4조가 당해사건에서 적용되지 않은 것은 이 사건 법률조항의 입법미비 또는 포괄위임 때문이라고 주장하고 있다. 그러므로, 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 ‘헌법불합치’ 선언 및 적용중지를 명하는 결정을 선고하고 이에 따라 입법자가 “1989. 12. 30. 개정법에 따른 시행령의 효력발생시기를 동법의 효력발생시기(1989. 12. 30)로 한다”는 내용의 규정을 부칙 등에 두는 개선입법을 하거나, 이 사건 법률조항에 대하여 “주택임대차보호법이 1989. 12. 30. 개정·시행된 후 이에 따른 대통령령이 개정되기 전에 근거당권이 설정된 경우, 소액임차인에 해당하는지 여부를 정하는 기준이 되는 시행령을 위와 같이 개정되기 전의 구법시행령이라고 해석하는 한 위헌”이

라는 취지의 ‘한정위헌’ 결정을 선고하는 경우에는 청구인이 구제받을 수 있는 길이 열리므로, 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 볼 수 있다. 따라서 재판의 전제성이 인정된다.

2. 1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항은 “제1항의 규정에 의하여 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 즉, 이 조항은 대통령령으로 위임할 내용으로 동조 제1항의 규정에 의하여 ‘우선변제를 받을 임차인’ 및 ‘우선변제를 받을 보증금 중 일정액’이라고 특정하고 있다. 뿐만 아니라 그 범위는 종전(구법 제8조 제2항)과 같이 ‘대지의 가액을 포함한 주택가액의 2분의 1의 범위 안’으로 한정하고 있다.

그러므로, 모법조항에서 규정한 바와 같이 ‘대지의 가액을 포함한 주택가액의 2분의 1의 범위 안’에서 구체적으로 어떤 범위까지 ‘우선변제를 받을 임차인’ 및 ‘우선변제를 받을 보증금 중 일정액’을 확대 또는 축소할 것인지는 우리나라의 경제사정과 주택임대차상황, 물가인상 등을 고려하여 대통령령으로 정할 것임을 누구라도 예측할 수 있다고 할 것이어서, 이를 두고 포괄위임금지원칙에 위배된 것이라고 할 수는 없다.

3. 1989. 12. 30. 개정법 부칙 제1항은 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있다. 그러나 한편 동 부칙 제3항은 “이 법 시행 전에 임대주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다.”고 규정하고 있어, 위 개정법 시행 후에 설정된 근저당권에 대하여는 개정법의 규정에 따라 소액임차인에 해당하는지 여부 즉 소액임차인의 우선변제권 취득시기를 가리는 것이 원칙이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항에서 시행령의 시행시기를 명시적으로 규정하지 않았다고 하여 이를 두고 입법의 미비라고 할 수는 없다.

다만, 동 개정법 시행 후 어떤 범위에서 소액임차인에게 우선변제권을 인정해 줄 것인가 하는 점이 문제될 수는 있다. 이에 관하여 대법원은, 이 사건의 3순위 근저당권자와 같이 위 법률의 위임에 따른 구체적인 요건을 정한 새로운 대통령령이 아직 시행되기 전에 근저당권이 설정된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 신법인 1989.

12. 30. 개정법의 취지에 반하지 않는 범위내에서 새로운 대통령령이 시행될 때까지 구법시행령은 여전히 그 효력을 유지한다고 볼 것이고, 1990. 2. 19. 이후부터는 개정시행령에 따라 소액임차인 및 우선변제받을 보증금을 정하면 된다고 해석하고 있는바(대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다84824 판결), 우선변제권 제도는 소액임차인의 주거생활의 안정을 보장하기 위한 사회보장적 고려에서 민법의 일반원칙에 대한 특례(예외)를 인정한 것이므로, 담보물권보다 우선변제권이 인정되는 소액임차인의 범위 및 소액보증금 중 일정액의 범위는 그와 같은 특례법조항뿐만 아니라 그와 관련된 시행령이 유기적으로 결합되어 완전하게 함께 법령으로서 효력을 발생할 수 있을 때 비로소 그 법령이 시행된다고 보는 것이 옳다는 점에서, 대법원의 위와 같은 해석은 합헌적인 것으로 온당하다.

재판관 권 성의 별개의견

이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에는 동의하지만 여기에서 그칠 것이 아니라, 당해사건에서 청구인이 실질적으로 그 위헌성을 다투고 있는 1990. 2. 19. 개정시행령 부칙의 “이 영은 공포한 날부터 시행한다.”라는 규정까지 심판대상을 확장하고 이 부칙조항에 대한 위헌선언을 추가로 선고하여야 한다.

【심판대상조문】

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제8조(보증금 중 일정액의 보호) ① 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.

② 생략

③ 제1항의 규정에 의하여 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다.

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 부칙 제1항(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

【참조조문】

헌법 제13조 제2항, 제75조

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 부칙 제3항(담보물권자에 대한 경과조치) 이 법 시행 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다.

주택임대차보호법시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호로 개정되고, 1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되기 전의 것) 제3조(소액보증금의 범위 등) ① 법 제8조의 규정에 의한 소액보증금의 범위를 서울특별시 및 직할시에서는 500만 원 이하, 기타의 지역에서는 400만 원 이하로 한다.

②~④ 생략

주택임대차보호법시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되고, 1995. 10. 19. 대통령령 제14785호로 개정되기 전의 것) 제3조(보증금 중 일정액의 범위 등) ① 법 제8조의 규정에 의한 보증금 중 일정액의 범위를 서울특별시 및 직할시에서는 700만 원 이하, 기타의 지역에서는 500만 원 이하로 한다.

② 임차인의 보증금 중 일정액이 주택의 가액의 2분의 1을 초과하는 경우에는 주택의 가액의 2분의 1에 해당하는 금액에 한하여 우선 변제권이 있다.

③ 하나의 주택에 임차인이 2인 이상이고 그 각 보증금 중 일정액의 합산액이 주택의 가액의 2분의 1을 초과하는 경우에는 그 각 보증금 중 일정액의 합산액에 대한 각 임차인의 보증금 중 일정액의 비율로 그 주택의 가액의 2분의 1에 해당하는 금액을 분할한 금액을 각 임차인의 보증금 중 일정액으로 본다.

④ 하나의 주택에 임차인이 2인 이상이고, 이들이 그 주택에서 가정공동생활을 하는 경우에는 이들을 1인의 임차인으로 보아 이들의 각 보증금을 합산한다

주택임대차보호법시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되어 1995. 10. 19. 대통령령 제14785호로 개정되기 전의 것) 제4조(우선변제를 받을 임차인의 범위) 법 제8조의 규정에 의한 우선변제를 받을 임차인의 범위는 보증금이 서울특별시 및 직할시에서는 2,000만 원 이하, 기타의 지역에서는 1,500만 원 이하인 임차인으로 한다.

주택임대차보호법시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되어 1995. 10. 19. 대통령령 제14785호로 개정되기 전의 것) 부칙 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

【참조판례】

1. 헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141
2. 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다84824, 공2002. 5. 15. (154), 1010

【당 사 자】

청 구 인 이○창

대리인 변호사 이성섭

당해사건 서울서부지방법원 2002가단5654 배당이의

【주 문】

주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것) 제8조 제3항 및 부칙 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 조흥은행은 청구의 이○상으로부터 그 소유의 서울 서대문구 ○○동 782 대 321㎡ 및 그 지상 건물에 관하여 ① 1986. 7. 21. 채권최고액 2억5천만 원의 1순위 근저당권, ② 1986. 8. 29. 채권최고액 3천만 원의 2순위 근저당권, ③ 1990. 2. 7. 채권최고액 5억 원의 3순위 근저당권을 설정받았는데, 그 후 당해사건 피고인 엘에스에프코리아인베스트먼트컴퍼니리미티드(이하 “당해사건 피고”라 한다)가 조흥은행으로부터 위 각 근저당권을 양수하였다.

청구인은 1999. 8. 28. 위 이○상으로부터 위 건물 중 방 1칸을 보증금 1,500만 원에 임차하여 입주한 후 같은 해 9. 17. 전입신고를 마쳤다.

(2) 당해사건 피고가 위 대지 및 건물에 대하여 2000. 2.경 서울지방법원 서부지원(2004. 2. 1. 서울서부지방법원으로 승격) 2000타경2722호로 임의경매를 신청하자 청구인은 2001. 3. 20. 소액임차인임을 주장하면서 배당요구를 하였는바, 집행법원은 2002. 2. 8. 열린 배당기일에서 실제 배당할 금액 385,907,985원 중 소액임차인인 청구의 오○관에게 500만 원을 배당한 후 나머지 금액 전부를 당해사건 피고에게 배당하였고 청구인에게는 배당하지 않았다.

이에 청구인은 위 법원 2002가단5654호로 배당이의 청구소송을 제기하고 그 계속 중 주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 것. 이하 “1989. 12. 30. 개정법”이라 한다) 제8조 제3항 및 부칙 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)은 입법의 미비 및 헌법 제75조에 위반되어 위헌이라고 주장하며 2002카기1653호로 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 법원이 2002. 12. 18. 본안사건에 대하여 원고청구 기각판결을 함과 동시에 이 위헌제청신청도 기각결정하자, 2003. 1. 14. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상인 이 사건 법률조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다(청구인은 심판청구서에서 이 사건 법률조항 외에 주택임대차보호법시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되고 1995. 10. 19. 대통령령 제14785호로 개정되기 전의 것. 이하 “1990. 2. 19. 개정시행령”이라 한다) 제3조 제1항의 위헌확인도 구하는 것으로 기재하고 있으나, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구의 대상인 ‘법률’은 형식적 의미의 법률 및 그와 동일한 효력을 가진 명령임에 비추어 볼 때 이는 위 시행령조항에 대한 별도의 심판을 구한다기보다는 이 사건 법률조항과 결합하여 이 사건 법률조항의 위헌확인을 구하는 취지라고 보아야 할 것이다(헌재 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 431 참조)).

(1) 심판대상조항

1989. 12. 30. 개정법 제8조(보증금 중 일정액의 보호) ③ 제1항의 규정에 의하여 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다.

부칙 ① (시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

(2) 관련규정

(가) 구 주택임대차보호법(1981. 3. 5. 법률 제3379호로 제정되고 1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정되기 전의 것) 제8조(소액보증금의 보호) ① 임차인은 소액의 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.

② 제1항의 경우에 소액보증금의 범위와 기준은 주택의 가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다.

구 주택임대차보호법시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호로 개정되고 1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되기 전의 것) 제3조(소액보증금의 범위등) ① 법 제8조의 규정에 의한 소액보증금의 범위를 서울특별시 및 직할시에서는 500만 원 이하, 기타의 지역에서는 400만 원 이하로 한다.

(나) 1989. 12. 30. 개정법 제3조의2(보증금의 회수)

① 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자자를 갖춘 임차인은 민사소송법 및 경매법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차주택(대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다. (단서 생략)

제8조(보증금 중 일정액의 보호) ① 임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담

보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다. 이 경우 임차인은 주택에 대한 경매신청의 등기 전에 제3조 제1항의 요건을 갖추어야 한다.

부칙 ③ (담보물권자에 대한 경과조치) 이 법 시행 전에 임차주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다.

⑤ (소액보증금에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 제8조의 규정에 의한 소액보증금에 해당하는 경우에는 종전의 규정에 의한다.

1990. 2. 19. 개정시행령 제3조(보증금 중 일정액의 범위 등) ① 법 제8조의 규정에 의한 보증금 중 일정액의 범위를 서울특별시 및 직할시에서는 700만원 이하, 기타의 지역에서는 500만원 이하로 한다.

제4조(우선변제를 받을 임차인의 범위) 법 제8조의 규정에 의한 우선변제를 받을 임차인의 범위는 보증금이 서울특별시 및 직할시에서는 2,000만원 이하, 기타의 지역에서는 1,500만원 이하인 임차인으로 한다.

부칙 : 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 가. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 소액보증금 및 우선변제를 받을 일정액의 범위와 기준을 대통령령으로 정하도록 하였고(제8조 제3항) 공포일인 1989. 12. 30.부터 시행되었으므로(부칙 제1항), 이에 따른 개정시행령도 즉시 제정되었어야 함에도 1989. 12. 30. 개정법에 따른 시행령이 1990. 2. 19.에야 개정되어 시행되었는바, 그렇다면 이 사건 법률조항은 입법의 미비로 인하여 위헌이다.

헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하고 있는데도 불구하고, 1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항은 소액임차인의 우선변제권의 “취득시기”에 관하여 명확하게 규정하지 않은 채 소액보증금 및 우선변제를 받을 일정액의 범위와 기준만을 대통령령에 위임하였으므로 헌법 제75조에 위반된다.

나. 당해사건 법원의 위헌제청신청 기각결정요지

법규는 개정되기 전까지는 기존 규정이 그대로 효력을 유지하는 것이고, 따라서 1990. 2. 19. 개정시행령이 시행되기 전에는 종전의 시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호로 개정된 것)이 그대로 효력을 유지하는 것이므로 입법의 미비가 있었다고 할 수 없다.

1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항이 소액보증금 및 우선변제를 받을 일정액의 범위를 대통령령에 위임하였으므로 1990. 2. 19. 개정시행령이 시행되기 전

에는 위 1987. 12. 1.자 시행령에 따라, 1990. 2. 19. 개정시행령이 시행된 후에는 이에 따라 소액보증인에 해당하는지 여부를 판단하면 되므로, 위 개정법이 우선변제권의 취득시기를 명확히 규정하지 않은 채 소액보증금 및 우선변제를 받을 일정액의 범위만을 대통령령에 위임하였다고 하여 구체적으로 범위를 정하여 위임을 하지 않은 것이라고 볼 수는 없다.

다. 법원행정처장의 의견요지

법률이 개정되었다고 하여 반드시 대통령령이 개정되어야 하는 것은 아니고 더구나 개정 대통령령이 같은 일자에 시행되어야 할 필연성이 있는 것도 아니며, 보호받는 소액보증금의 범위를 확대할지 여부에 대한 시행령 규정에 관하여 대통령은 경제사정 등을 고려하여 개정할 수 있는 재량을 가지고 있다.

청구인은 소액임차인으로서 보호를 받지 못하였지만 이는 관계법령이 위헌이어서 그러한 결과가 발생한 것이 아니라, 단지 합헌적인 법률조항을 해석한 결과 보호대상에서 배제된 것에 불과하며 따라서 이는 법률해석의 문제일 뿐이다.

3. 적법요건(재판의 전제성)에 대한 판단

가. 이 사건 법률조항이 당해사건에 적용되는 조항인지 여부

당해사건에서 위 3순위 근저당권은 1989. 12. 30. 개정법이 시행되고 그에 따른 시행령이 개정되어 시행된 1990. 2. 19.의 사이인 1990. 2. 7.에 설정된 것이다. 그런데, 위 개정전의 법과 동법시행령에 따르면 서울특별시의 경우 우선변제를 받을 수 있는 임차인의 범위는 전세보증금이 500만 원 이하인 경우이고, 1989. 12. 30. 개정법과 동법시행령(1990. 2. 19. 시행)에 따르면 전세보증금이 2,000만 원 이하인 임차인의 경우에 그 중 700만 원 이하의 범위내에서 우선변제를 받을 수 있다. 당해사건의 판결문에 따르면 위 3순위 근저당권자와의 관계에서 청구인이 소액임차인에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 이 사건 법률조항(및 1987. 12. 1.자 시행령)이 적용되었음을 알 수 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우인지 여부

청구인은 1990. 2. 19. 개정시행령 제3조·제4조가 당해사건에서 적용되지 않은 것이 이 사건 법률조항의 입법미비 또는 포괄위임 때문이라고 주장하고 있다. 그러므로, 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 대하여 ‘헌법불합치’ 선언 및 적용중지를 명하는 결정을 선고하고 이에 따라 입법자가 “1989. 12. 30. 개

정법에 따른 시행령의 효력발생시기를 동법의 효력발생시기(1989. 12. 30)로 한다”는 내용의 규정을 부칙 등에 두는 개선입법을 하거나, 이 사건 법률조항에 대하여 “주택임대차보호법이 1989. 12. 30. 개정·시행된 후 이에 따른 대통령령이 개정되기 전에 근거당권이 설정된 경우, 소액임차인에 해당하는지 여부를 정하는 기준이 되는 시행령을 위와 같이 개정되기 전의 구법시행령이라고 해석하는 한 위헌”이라는 취지의 ‘한정위헌’ 결정을 선고하는 경우에는 청구인이 구제받을 수 있는 길이 열리므로, 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 볼 수 있다. 따라서 재판의 전제성은 인정된다고 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

가. 소액임차인 보호규정의 연혁

(1) 1981. 3. 5. 법률 제3379호로 제정·공포된 주택임대차보호법에서는 주택의 인도와 주민등록을 마친 임차인에게 등기 없이도 제3자에게 임대차를 주장할 수 있는 대항력을 부여하였으나 이를 넘어서 임차인의 보증금반환청구권을 보호하기 위한 우선변제권까지 인정하지는 않았다. 그 후 1983. 12. 30. 법률 제3682호로 주택임대차보호법을 개정하면서 보증금의 액수가 일정액에 미달하는 소액인 경우에는 그 보증금에 관하여 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 수 있다는 소액임차인 보호규정을 신설하면서(제8조), 이에 따른 시행령은 1984. 6. 14. 대통령령 제11441호로 제정되었고 그에 의하면 소액임차인의 인정범위는 서울특별시 및 직할시에서는 300만 원 이하, 기타 지역에서는 200만 원 이하로 규정되었다(제3조 제1항). 이후 전반적인 물가상승과 보증금 액수의 상승 등에 따라 1987. 12. 1. 대통령령 제12283호로 시행령을 개정하여 서울특별시 및 직할시에서는 500만 원 이하, 기타 지역에서는 400만 원 이하로 그 기준을 높였다(제3조 제1항).

(2) 위와 같은 소액임차인의 보호규정에 대하여, 예를 들어 서울특별시에서 500만 원의 보증금을 낸 임차인은 전액을 보호받고 500만 1원의 보증금을 낸 임차인은 전혀 보호를 받지 못하는 부당한 결과가 된다는³⁾ 비판이 있었고,

3) 대법원은 “주택임대차보호법(1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정되기 전의 것) 제8조 및 동법시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항의 각 규정은 ‘우선변제권이 인정되는 소액보증금의 기준’을 정한 것이지 ‘우선변제권의 효력이 미치는 범위’를 정한 것은 아니라고 해석되므로, 구 주택임대차보호법에 있어서 서울특별시 및 직할시의 경우 임대보증금이 500만 원을 넘는 경우에는 그 전체

이러한 문제점을 해결하기 위하여 1989. 12. 30. 법률 제4188호로 개정된 주택임대차보호법에서는 보증금 중 일정액을 다른 담보권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다고 규정하면서, 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 대통령령으로 정하도록 규정하였다(제8조). 이에 따라 1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 시행령이 개정되어 서울특별시 및 직할시에서는 2,000만 원 이하, 기타 지역에서는 1,500만 원 이하인 임차인에 대하여 그 보증금 중 각 700만 원 이하 및 500만 원 이하에 대하여 우선변제권을 인정하는 것으로 규정되었다(제3조·제4조).

(3) 그 후 1995. 10. 19. 대통령령 제14785호 개정시행령에서는 “특별시 및 광역시(군지역을 제외한다)에서는 3,000만 원 이하, 기타의 지역에서는 2,000만 원 이하”인 임차인에 대하여 그 보증금 중 각 “1,200만 원 이하 및 800만 원 이하”에 대하여 우선변제권을 인정하였고(제3조 제1항, 제4조), 2001. 9. 15. 대통령령 제17360호 개정시행령에서는 “1. 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역 : 4천만 원, 2. 광역시(군지역과 인천광역시지역을 제외한다) : 3천 500만 원, 3. 그 밖의 지역 : 3천만 원”인 임차인에 대하여 그 보증금 중 각 “1천 600만 원, 1천 400만 원, 1천 200만 원”에 대하여 우선변제권을 인정하는 것으로 확대되어(제3조 제1항, 제4조) 현재에 이르고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 주택임대차보호법의 입법목적은 주거용 건물에 관하여 민법에 대한 특별을 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장하려는 데 있다. 주택임대차보호법 제8조 제1항 본문은 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다.”고 규정하여, 소액임차인의 경우 그 임차보증금이 비록 소액이라고 하더라도 그에게는 큰 재산이므로 적어도 소액임차인의 경우에는 다른 담보권자의 지위를 해하게 되더라도 그 보증금의 회수를 보장하는 것이 타당하다는 사회보장적 고려에서 나온 것이다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003다66134 판결 참조, 공보불게제).

이 사건 법률조항 중 제8조 제3항은 “제1항의 규정에 의하여 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다.

에 대하여 우선변제권이 인정되지 아니한다.”고 판시하였다(대법원 1993. 9. 14. 선고 92다49539 판결, 공1993. 11. 1. (955), 2754).

이에 따른 ‘우선변제를 받을 임차인의 범위’에 관한 규정이 1990. 2. 19. 개정된 시행령 제4조이고, ‘우선변제를 받을 보증금 중 일정액의 범위’에 관한 규정이 동 개정시행령 제3조라고 할 수 있다. 그리고 이 사건 법률조항 중 부칙 제1항은 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있다. 따라서 청구인의 주장과 같이 위 제8조 제3항이나 부칙 제1항에서 소액임차인의 우선변제권의 취득시기, 즉 1989. 12. 30. 개정법에 따른 개정시행령의 효력발생시기(시행시기)에 대하여 명시적으로 규정하지 않고 그에 대한 위임규정도 두지 않고 있다. 이러한 탓으로 1989. 12. 30. 개정법 시행일로부터 1990. 2. 19. 개정시행령 시행일 전까지 51일 동안 “우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액”의 범위를 특정할 수 없는 공백상태가 발생하게 되었는바, 이 사건 3순 위 근거당권은 이러한 기간 사이에 설정된 것으로 이러한 경우 신·구 시행령 중 어떤 것을 적용할 것이냐 하는 문제가 제기된다.

(2) 먼저 1989. 12. 30. 개정법(특히 제8조 제3항)에서 소액임차인 및 우선변제를 받을 일정액의 범위와 기준만을 대통령령에 위임하였으므로 포괄위임금지원칙에 위반되는 것인지 여부를 살핀다.

(가) 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기에서 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598, 607).

우리 헌법재판소는 예측가능성의 판단방법에 관하여 “법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다. 다만, 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 ‘내용’ 및 ‘범위’의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고, 여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것”이라고 하였다(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141,

164).

(나) 살피건대, 1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항은 “제1항의 규정에 의하여 우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 주택가액(대지의 가액을 포함한다)의 2분의 1의 범위 안에서 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있다. 즉, 이 조항은 대통령령으로 위임할 내용으로 동조 제1항의 규정에 의하여 ‘우선변제를 받을 임차인’ 및 ‘우선변제를 받을 보증금 중 일정액’이라고 특정하고 있다. 뿐만 아니라 그 범위는 종전(구법 제8조 제2항)과 같이 ‘대지의 가액을 포함한 주택가액의 2분의 1의 범위 안’으로 한정하고 있다.

또한, 구법(1983. 12. 30. 법률 제3682호) 및 구법시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호) 당시에 ‘우선변제를 받을 임차인의 범위’ 및 ‘우선변제를 받을 보증금의 범위’가 일치한—예컨대 서울특별시의 경우 500만 원—연유로 앞서 본 바와 같은 문제점이 제기되어 이를 시정하기 위하여 1989. 12. 30. 법률 제 4188호로 임대차보호법을 개정하기에 이르렀으며, 이에 따라 동 개정법 제8조 제3항에서 이 양자를 분리한 것이므로, 동 법률조항의 위임에 따라 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이다. 즉, 모법조항에서 규정한 바와 같이 ‘대지의 가액을 포함한 주택가액의 2분의 1의 범위 안’에서 구체적으로 어떤 범위까지 ‘우선변제를 받을 임차인’ 및 ‘우선변제를 받을 보증금 중 일정액’을 확대 또는 축소할 것인지는 우리나라의 경제사정과 주택임대차상황, 물가인상 등을 고려하여 대통령령으로 정할 것임을 누구라도 예측할 수 있다고 할 것이어서, 이를 두고 포괄위임 금지원칙에 위배된 것이라고 할 수는 없다.

(3) 다음으로 1989. 12. 30. 개정법(특히 부칙 제1항)에서 소액임차인의 우선변제권 취득시기에 대하여 규정하지 않은 것이 입법미비인지 여부를 살핀다.

(가) 1989. 12. 30. 개정법 부칙 제1항은 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있다. 그러나 한편 동 부칙 제3항은 “이 법 시행 전에 임대주택에 대하여 담보물권을 취득한 자에 대하여는 종전의 규정에 의한다.”고 규정하고 있어, 위 개정법 시행 후에 설정된 근저당권에 대하여는 개정법의 규정에 따라 소액임차인에 해당하는지 여부 즉 소액임차인의 우선변제권 취득시기를 가리는 것이 원칙이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항에서 시행령의 시행시기를 명시적으로 규정하지 않았다고 하여 이를 두고 입법의 미비라고 할

수는 없다고 할 것이다.

(나) 다만, 동 개정법 시행 후 어떤 범위에서 소액임차인에게 우선변제권을 인정해 줄 것인가 하는 점이 문제될 수는 있다. 이에 관하여 대법원은, 이 사건의 3순위 근저당권자와 같이 위 법률의 위임에 따른 구체적인 요건을 정한 새로운 대통령령이 아직 시행되기 전에 근저당권이 설정된 경우에는 다른 특별한 사정이 없는 한 신법인 위 개정법의 취지에 반하지 않는 범위내에서 새로운 대통령령이 시행될 때까지 구법시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호)은 여전히 그 효력을 유지한다고 볼 것이고, 1990. 2. 19. 이후부터는 개정시행령에 따라 소액임차인 및 우선변제받을 보증금을 정하면 된다고 해석하고 있다(대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다84824 판결, 공2002. 5. 15. (154), 1010 참조). 이와 같은 해석은, 상위법률이 개정·시행되었으나 그에 따른 시행령이 개정되지 아니한 일종의 공백상태에서 당사자 사이의 법률관계를 어떻게 정리할 것인가에 관하여 민사상 분쟁의 해결방법을 제시한 것이라고 할 수 있다.

또한, 1989. 12. 30. 개정법의 개정과정에 관한 국회 회의록⁴⁾ 및 동 개정법 부칙 제5항의 규정에 의할 때, 이 사건 법률조항의 개정취지가 구법상 ‘우선변제를 받을 소액임차인’의 범위와 ‘우선변제받을 보증금’의 범위의 일치 때문에 발생한 불합리를 개선하기 위하여 이 양자를 분리한 것에 초점이 있을 뿐, 실제로 우선변제받을 보증금의 액수를 인상하려는 데에 그 목적이 있었던 것은 아니었던 것으로 보이는 점에 비추어 볼 때, 그 개정으로 인하여 소액임차인을 보호하고자 하는 주택임대차보호법의 입법목적이 근본적으로 또는 중요한 부분이 바뀐 것으로 볼 수는 없다고 할 것이다. 나아가 1990. 2. 19. 개정시행령을 1989. 12. 30. 개정법 시행일부터 소급적용하는 것은, 적어도 그 당시 담보물권자의 입장에서는 우선변제를 받을 임차인의 범위와 소액보증금 중 일정액의 범위가 특정되지도 않은 상태에서 담보물권을 취득한 자의 지위를 시행령이 개정될 때까지 무한정 불안정하게 하여⁵⁾ 법적안정성을 크게 해칠 뿐만 아니라 소급입법에 의하여 재산권을 박탈해서는 안된다는 헌법 제13조

4) 제147회국회 법제사법위원회 회의록 중 1989. 12. 13.자(제14호) 15-16면 및 1989. 12. 18.자(제16호) 44면 우단 참조.

5) 당해사건 피고는 1990. 2. 7. 이 사건 건물에 3순위 근저당권을 설정받았음에 비하여 청구인은 9년 뒤인 1999. 8. 28. 이 사건 건물 중 방 1칸을 보증금 1,500만 원에 임차하여 입주한 후 같은 해 9. 17. 전입신고를 마쳤다.

제2항에 위반될 여지도 있는 것이다.

무엇보다도 우선변제권 제도는 앞서도 본 바와 같이 소액임차인의 주거 생활의 안정을 보장하기 위한 사회보장적 고려에서 민법의 일반원칙에 대한 특례(예외)를 인정한 것이므로, 이러한 특례는 불가피한 조치로 받아들일 것이므로 가급적 그 예외적 특성을 고려하여 법적인정성을 크게 해치지 않는 범위 안에서 인정하는 것이 바람직하다고 보아야 한다. 즉, 담보물권보다 우선변제권이 인정되는 소액임차인의 범위 및 소액보증금 중 일정액의 범위는 그와 같은 특례법조항뿐만 아니라 그와 관련된 시행령이 유기적으로 결합되어 완전하게 함께 법령으로서 효력을 발생할 수 있을 때 비로소 그 법령이 시행된다고 보는 것이 옳다. 그렇다면, 비록 1989. 12. 30. 개정법이 시행되었다 하더라도 동법에 따른 시행령이 개정되기 전까지는 종전의 구법시행령(1987. 12. 1. 대통령령 제12283호)이 당연히 무효가 되는 것이 아니라 동 개정법의 취지에 반하지 않는 범위내에서는 여전히 그 적용이 있다고 본 대법원의 위와 같은 해석은 합헌적인 것으로 온당하다고 할 것이다.

5. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 권 성의 별개의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관의 의견일치에 따른 것이다.

6. 재판관 권 성의 별개의견

이 사건 심판청구가 적법하고 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에는 동의하지만 여기에서 그칠 것이 아니라 심판대상을 확장하여 “이 영은 공포한 날부터 시행한다.”라고 규정한 1990. 2. 19. 개정시행령 부칙을 심판대상으로 삼고 이 부칙조항에 대하여 위헌을 선고하여야 한다고 생각하므로 아래와 같이 의견을 밝힌다.

가. 1990. 2. 19. 개정시행령 부칙은 이 사건의 심판대상이 된다.

1990. 2. 7. 설정된 제3번 근저당권자에 대한 관계에서 청구인이 우선변제권을 주장할 수 없게 된 이유는 우선변제를 받을 임차인의 범위를 ‘보증금이 2,000만 원(서울특별시 및 직할시) 또는 1,500만 원(기타의 지역) 이하인 임차인’이라고 규정한 1990. 2. 19. 개정시행령 제4조가 위 시행령 부칙에 의하여 1990. 2. 19.부터 시행되었기 때문이다. 그런데 위 시행령의 모범으로서 우선변제를 받을 임차인의 범위 및 우선변제의 대상인 보증금중 일정액의 범위에 관한 규정을 대통령령에 위임한 1989. 12. 30.자 개정 주택임대차보호법 제8조

는 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”라고 규정한 그 부칙 제1항에 의하여 1989. 12. 30.부터 시행되었다.

그러므로 위 시행령 제4조가 모법과 같이 1989. 12. 30.부터 시행되는 것이었다면 청구인은 제3번 근거당권자에 대한 관계에서 우선변제권을 갖게 된다.

결국 시행령의 시행일자를 모법의 시행일자보다 늦게 규정한 시행령 부칙 때문에 청구인이 우선변제를 받지 못하게 된 것이다.

그러므로 이 사건에서는 분쟁의 진원지에 해당하는 시행령 부칙을 심판대상으로 삼아야 한다. 이것이 가능하다고 보는 이유는 다음과 같다.

이 사건 기록에 첨부된 청구인의 위헌심판제청신청서에는 “1990. 2. 19. 개정시행령 제3조 제1항 및 부칙에 대한 위헌명령심사”를 청구하는 내용이 명백히 기재되어 있었다. 그럼에도 불구하고 법원은 이에 대한 판단을 누락하였다. 이로 말미암아 청구인이 이 사건 심판청구서를 제출함에 있어서는 법원의 결정문을 토대로 이를 작성하게 되어 시행령 부칙을 심판대상으로 기재하지 않은 것이라고 볼 여지가 충분하고 또 이렇게 보는 것이 기본권구제를 목표로 하는 헌법소원제도의 취지에 부합한다.

그렇다면 헌법재판소로서는 청구인의 본뜻이 분쟁의 핵심인 시행령 부칙의 위헌 여부에 대한 판단을 구하는 것임을 직시하여 직권으로 심판대상을 확장하면서(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 720 참조) 이 부칙을 심판대상으로 삼는 것이 마땅하다.

헌법재판소법 제68조 제2항의 소원이 비록 법률을 그 대상으로 하는 것이긴 하지만 시행령이 국민의 기본권을 직접 침해하는 것인 때에는 이에 대한 헌법소원이 가능하고(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369 참조) 뒤에 보는 바와 같이 이 시행령 부칙은 청구인의 재산권을 직접 침해하는 것이므로 이 점은 문제될 것이 없다.

나. 1990. 2. 19. 개정시행령 부칙은 헌법에 위반된다.

(1) 1989. 12. 30. 개정법 제8조 제3항이 대통령령에 위임한 것은 두 가지이다. 하나는 우선변제를 받을 임차인의 범위이고 다른 하나는 우선변제를 받을 임차인의 보증금 중 우선변제의 대상이 되는 일정액의 범위이다. 이렇게 우선변제와 관련하여 임차인의 범위와 보증금 중의 일정액의 범위만을 위임하였을 뿐 개정법 제8조 제3항의 시행시기에 대하여는 위임을 한 바가 없다. 그러므로 임차인의 범위(이하에서는 보증금중의 일정액의 범위를 포함하는 의미로 사용한다)를 정한 개정시행령 제4조의 시행시기는 당연히 모법인 개정법

제8조 제3항의 시행시기인 1989. 12. 30.이 되어야 한다. 그러함에도 불구하고 개정시행령 부칙이 이 시행령의 시행시기를 모법과 달리 1990. 2. 19.로 정한 것은 모법에 위반되어 무효라고 할 것이다.

물론 시행령이 법률에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 갖는다(헌법 제107조 제2항).

그러나 법률에 위반된 시행령이 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 경우에는 국민은 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 그 구제를 청구할 수 있는 것이다. 왜냐하면 법원의 시행령에 대한 심사는 시행령의 규율범위가 법률과 헌법이 허용하는 한계 및 범위를 일탈한 것인지 여부만에 한정됨에 반하여 헌법재판소의 시행령에 대한 심사는 그것이 국민의 기본권을 직접 침해하는지 여부를 판단하는 것이므로 양자는 그 심사의 범위와 기준이 같지 않기 때문이다.

헌법재판소의 시행령에 대한 심사는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원에 대하여만 인정할 것은 아니고 동조 제2항의 헌법소원에 대하여도 이를 인정하여야 할 것이다. 그렇게 하지 아니하면 이 사건의 당해사건에서 전개된 바와 같이 국민이 모법에 위배된 시행령 조항의 무효를 주장하였음에도 불구하고 법원이 이를 판단하지 아니할 때에는 그 국민은 구제의 길이 두절되기 때문이다.

이것은 재판에 대한 헌법소원을 인정할 수 없다는 것과는 별개의 문제이다. 법률이 위헌이라는 국민의 주장에 대한 판단을 법원이 누락하거나 잘못 판단한 경우에 이를 시정하기 위하여 마련된 것이 헌법재판소 제68조 제2항의 헌법소원제도이고 여기의 법률에는 국민의 기본권을 직접적으로 침해하는 시행령도 포함되기 때문이다.

이렇게 하는 것이 헌법재판소 제68조 제2항이 “법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정한 취지에도 부합하고 국민의 기본권을 직접 침해하는 명령이나 규칙에 대하여도 법률에 대한 것과 마찬가지로 헌법소원을 허용하는 헌법재판소판례의 정신에도 부합한다.

(2) 1990. 2. 19. 개정시행령 부칙은 청구인의 재산권을 직접 침해한다.

우선변제를 받을 수 있는 임차인의 범위를 정한 시행령 제4조가 그 모법과 같이 1989. 12. 30. 시행되었다면 청구인과 같은 소액임차인은 이 사건의 제3번 근저당권자에 대하여 우선변제권을 가질 수 있었음은 이미 앞에서 본 바

와 같다. 그리고 임차인이 경락대금에서 담보물권자보다 우선변제를 받을 권리는 하나의 재산권임에 틀림이 없다. 그렇다면 청구인이 이 사건 임차권을 취득하는 순간 그와 동시에 법률의 규정에 의하여 당연히 가질 수 있는 우선변제권을 개정시행령 부칙 때문에 갖지 못하게 된 것이므로 이 부칙은 청구인의 재산권을 침해한 것이 된다.

(3) 1990. 2. 19. 제정된 개정시행령을 1989. 12. 30. 개정법 시행일부터 적용하는 것은 소급적용의 문제가 아니다. 적용은 이미 시작되었는데 단지 적용할 내용이 아직 준비되지 아니하여 그 등장을 기다리고 있는 이른바 대기상태도 역시 적용의 한 유형이라고 보아야 하기 때문이다. 따라서 이러한 경우에 시행령의 시행일자를 모법의 그것과 같이 하기 위하여 지나간 과거의 일자로 시행일자를 정하는 것은 소급적용이 아닌 것이다. 이른바 대기상태중에 담보물권을 취득한 자의 지위를 불안정하게 하여 법적안정성을 해칠 염려가 있다는 문제가 있지만 대기상태라는 것 자체가 예정된 변화의 도래를 수인하는 상황이라는 점을 고려하면 이것은 크게 문제될 것이 없을 것이다.

다. 결 론

그러므로 나는 이 사건 법률조항에 대한 합헌결정 이외에 “주택임대차보호법시행령(1990. 2. 19. 대통령령 제12930호로 개정되고 1995. 10. 19. 대통령령 제14785호로 개정되기 전의 것) 부칙은 헌법에 위반된다.”는 내용의 주문을 추가로 선고해야 마땅하다고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일
송인준(주심) 전호숙 이상경

구 지방세법 부칙 제3항 위헌소원

(2004. 9. 23. 2003헌바24 전원재판부)

【판시사항】

결손금소급공제에 의한 법인세 환급으로 법인세액이 달라진 경우 법인세할 주민세의 환부에 관한 규정의 적용시점을 구 지방세법 시행 후 결손금소급공제에 의하여 최초로 환급받은 분부터로 규정하고 있는 구 지방세법 부칙 제3항이 자의적인 입법으로서 평등원칙에 위반되거나 재산권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

결손금소급공제는 어떤 과세기간의 결손금을 그 전 과세연도에서 발생한 이익으로 전보하는 것으로, 전 과세기간의 과세표준 및 세액을 재계산하고 기납부된 세액을 환급하여야 하므로 조세행정을 복잡하게 하고 국가세입을 불안정하게 하는 등의 문제점이 있기 때문에, 결손금소급공제제도를 신설한 구 법인세법(1996. 12. 30 법률 제5192호로 개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것)은 그 적용요건을 엄격하게 규정하고, 그 부칙 제8조에서 위 제도를 최초 시행함에 있어서 소급하여 적용되지 않도록 규정하였다. 이렇게 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급을 제한적·예외적으로 인정하는 취지와 더불어, 법인세할 주민세는 비록 법인세액을 그 과세표준으로 하지만 법인세의 부가세가 아니라 엄연한 독립세로서 그 부과주체, 부과조건, 부과절차 등이 서로 다른 별개의 조세인 점을 고려하면, 결손금소급공제에 따른 법인세 환급이 있었다 하더라도 법인세할 주민세의 환부까지 소급하여 인정하지 않았다 하여 그러한 입법자의 결정이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 자의적 입법이라고 할 수는 없다.

또한, 결손금의 소급공제와 이월공제 사이에 선택의 여지가 있는 중소기업이 자신의 이익 내지 편의를 위하여 1997 사업연도에 발생한 결손금에 관하여 이월공제방법을 택하지 아니하고 소급공제방법

을 택함으로써 이월공제방법을 택한 법인에 비하여 조세편의를 받은 이상, 법인세할 주민세를 환부받지 못한 점을 들어 법인세할 주민세 환부의 소급적용을 인정하지 아니한 구 지방세법 부칙 제3항 중 “제 178조 제2항의 개정규칙은 이 법 시행 후 법인세법 제72조의 규정에 의하여 최초로 환급받는 분부터 적용한다” 부분(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 이월공제방법을 택한 법인과 소급공제방법을 택한 법인 사이에 차별을 야기한다고 볼 수도 없다.

결국, 이 사건 규정이 법인세할 주민세 환부에 관한 규정의 적용시점을 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급이 이루어지기 시작한 시점부터 소급하여 인정하지 않았다 하더라도 그것만으로 입법재량의 한계를 현저히 벗어난 불합리한 조항이라거나 평등의 원칙에 위반한 조항이라고 볼 수 없고, 이 사건 규정이 법인세할 주민세의 환부에 관한 기산점을 소급하여 인정하지 아니한 데에 합리적 이유가 있는 이상 재산권을 침해한다고도 볼 수 없다.

재판관 김영일의 반대의견

공평과세실현이라는 측면에서든 중소기업지원 등과 같은 조세정책 목적의 일관성있고 체계적인 추진이라는 측면에서든 소급공제에 의해 법인세를 환급받은 중소기업에 대해 법인세할 주민세도 환부해 줄 필요성은 청구인처럼 1997 사업연도에 결손금이 발생한 기업이나 위 사업연도 이후에 결손금이 발생한 여타의 중소기업이나 똑같이 인정되며, 이러한 점에서 양자는 본질적으로 다르지 않다. 또한 1997 사업연도에 결손금이 발생한 기업이든 위 사업연도 이후에 결손금이 발생한 기업이든 그 환부로 인해 조세행정이 복잡해지고 국가세입이 불안정해지는 등의 문제점이 야기될 수 있다는 점에서도 양자는 아무런 차이가 없다.

그런데 이 사건 규정을 통해 법인세할 주민세 환부규정의 적용시점을 제한하여 유독 1997 사업연도에 결손금이 발생한 기업만 결손금소급공제에 따른 주민세환부를 받을 수 없게 할 어떠한 불가피한 합리적 이유가 있다고는 인정되지 않는다. 그러므로 이 사건 규정은 입법자의 합리적 재량의 범위를 벗어난 자의적인 규정으로서 헌법 제11조 제1항 평등

의 원칙에 위반된다 할 것이다.

【심판대상조문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 부칙 제3항(주민세 소득할 환부에 관한 적용례) 제178조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 소득세법 제85조의2 및 법인세법 제72조의 규정에 의하여 최초로 환급받는 분부터 적용한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조

구 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제178조(소득할의 계산방법) ① 생략

② 소득세법·법인세법 또는 이 법의 농지세의 규정에 의하여 신고한 소득세·법인세·농지세의 결정·경정 또는 소득세법 제85조의2와 법인세법 제72조의 규정에 의한 환급으로 인하여 세액이 달라진 경우에는 그 결정·경정 또는 환급세액에 따라 소득할의 세액을 환부 또는 추징한다.

구 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 부칙 제1항(시행일) 이 법은 1999년 1월 1일부터 시행한다.

법인세법 제72조(결손금 소급공제에 의한 환급) ① 제25조 제1항 제1호의 규정에 의한 중소기업은 각 사업연도에 제14조 제2항의 규정에 의한 결손금이 발생한 경우 그 결손금에 대하여 직전 사업연도의 소득에 대하여 과세된 법인세액(대통령령이 정하는 법인세액을 말한다)을 한도로 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 환급신청할 수 있다. 이 경우 당해 결손금에 대하여는 제13조 제1호의 규정을 적용함에 있어서 이를 공제받은 금액으로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 법인세액의 환급을 받고자 하는 내국법인은 제60조의 규정에 의한 신고기한내에 대통령령이 정하는 바에 따라 납세지 관할세무서장에게 신청하여야 한다.

③ 납세지 관할세무서장이 제2항의 규정에 의한 신청을 받은 때에는 지체없이 환급세액을 결정하여 국세기본법 제51조 및 제52조의 규정에 의하여 환급하여야 한다.

④ 제1항 내지 제3항의 규정은 당해 내국법인이 제60조의 규정에 의한 신고기한내에 결손금이 발생한 사업연도와 그 직전 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준 및 세액을 각각 신고한 경우에 한하여 이를 적용한다.

⑤ 납세지 관할세무서장은 제3항의 규정에 의하여 법인세를 환급한 후 결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소된 경우에는 환급세액 중 그 감소된 결손금에 상당하는 세액에 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 이자상당액을 가산한 금액을 당해 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서 징수한다.

⑥ 결손금의 소급공제에 의한 환급세액의 계산 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 법인세법(1996. 12. 30. 법률 제5192호로 개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전

- 문개정되기 전의 것) 제38조의2(결손금 소급공제에 의한 환급) ① 대통령령이 정하는 중소기업은 각 사업연도에 제9조 제4항의 결손금이 발생한 경우 그 결손금에 대하여 직전 사업연도의 소득에 부과된 법인세액(대통령령이 정하는 법인세액을 말한다)을 한도로 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 환급신청할 수 있다. 이 경우 당해 결손금에 대하여는 제8조 제1항 제1호의 규정을 적용함에 있어서 이를 공제받은 금액으로 본다.
- ② 제1항의 규정에 의한 법인세액의 환급을 받고자 하는 법인은 제26조의 규정에 의한 신고기한내에 대통령령이 정하는 바에 따라 납세지 관할세무서장에게 신청하여야 한다.
- ③ 납세지 관할세무서장이 제2항의 규정에 의한 신청을 받은 때에는 지체없이 환급세액을 결정하여 국세기본법 제51조 및 제52조의 규정에 의하여 환급하여야 한다.
- ④ 제1항 내지 제3항의 규정은 당해 법인이 제26조의 규정에 의한 신고기한내에 결손금이 발생한 사업연도와 그 직전 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준 및 세액을 각각 신고한 경우에 한하여 적용한다.
- ⑤ 납세지 관할세무서장은 제3항의 규정에 의하여 법인세를 환급한 후 결손금이 발생한 사업연도에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 경정함으로써 결손금이 감소된 경우에는 환급세액중 그 감소된 결손금에 상당하는 세액에 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 이자상당액을 가산한 금액을 당해 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서 징수한다.
- ⑥ 결손금의 소급공제에 의한 환급세액의 계산과 신청절차 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 법인세법(1996. 12. 30. 법률 제5192호로 개정된 것) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 1997년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제31조의2·제41조 제13항 및 제66조의4의 개정규정은 공포한 날부터 시행한다.

구 법인세법(1996. 12. 30. 법률 제5192호로 개정된 것) 부칙 제8조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제38조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 개시하는 사업연도에 발생한 결손금부터 적용한다.

【참조판례】

- 헌재 2001. 1. 18. 98헌바84등, 판례집 13-1, 41, 50
헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608
헌재 2000. 2. 24. 98헌바94등, 판례집 12-1, 188, 227
헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2상, 38, 55
헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 707
헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787

【당 사 자】

청 구 인 ○○코리아 주식회사
대표이사 김○준

대리인 서정 법무법인

담당변호사 전익수 외 2인

당해사건 서울지방법원 2002가합60288 환급금

【주 문】

구 지방세법 부칙(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정될 당시의 부칙) 제3항 중 “제178조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 법인세법 제72조의 규정에 의하여 최초로 환급받는 분부터 적용한다” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 종합무역업 등을 목적으로 설립된 법인으로서 1997. 3.경 1996 사업연도의 사업손익을 정산한 결과 금 38억 원의 순이익이 발생하자 서울 강남세무서장에게 당해 연도분 법인세 금 1,032,070,420원과 이에 따른 농어촌특별세 금 64,576,450원을 신고납부함과 아울러 서울특별시로부터 주민세 징수사무를 위임받은 서울 강남구청장에게 위 법인세할 주민세로서 금 103,207,040원을 납부하였다.

(2) 그 후 청구인은 1998. 4.경에 이르러 1997 사업연도를 결산한 결과 금 52억 여원의 결손금이 발생하였음이 밝혀지자 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제38조의2에 따라 강남세무서장에게 환급 신청을 하여 기납부한 1996 사업연도분 법인세 전액인 위 금 1,032,070,420원을 환급받았다.

(3) 그 후 청구인은 위와 같이 기납부한 주민세의 과세표준인 법인세액이 사후에 변경되었음을 이유로 2001. 2. 8. 강남구청장에게 기납부한 이 사건 법인세할 주민세 금 103,207,040원에 관하여 환급신청을 하였으나 환부대상이 아니므로 환급하여 줄 수 없다는 취지의 통지를 받음에 따라 서울특별시를 상대로 서울지방법원 2002가합60288호로 위 법인세할 주민세의 환급을 구하는 소를 제기하고, 같은 소송 계속 중 법인세할 주민세 환부에 관한 구 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제178조 제2항을 위 법 시행 후 결손금 소급공제에 의하여 환급받은 분부터 적용하도록 규정하고 있는 구 지방세법 부칙 제3항에 대하

여 위헌제청신청(2002카기8832)을 하였으나, 위 법원이 2003. 3. 27. 위 제청신청을 기각하자 같은 해 4. 23. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 지방세법 부칙 제3항 전체에 대하여 위헌소원을 제기하였으나, 당해사건에서 문제된 것은 결손금소급공제에 의한 법인세 환급에 따른 법인세할 주민세의 환부에 관한 것이므로 심판의 대상을 이와 관련된 부분으로 한정함이 상당하다.

따라서, 이 사건 심판의 대상은 구 지방세법 부칙(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정될 당시의 부칙) 제3항 중 “제178조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 법인세법 제72조의 규정에 의하여 최초로 환급받는 분부터 적용한다” 부분(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부와고, 그 내용 및 관련규정은 다음과 같다.

부칙 ③ (주민세 소득할 환부에 관한 적용례) 제178조 제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 소득세법 제85조의2 및 법인세법 제72조의 규정에 의하여 최초로 환급받는 분부터 적용한다.

구 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것)

제178조(소득할의 계산방법) ② 소득세법·법인세법 또는 이 법의 농지세의 규정에 의하여 신고한 소득세·법인세·농지세의 결정·경정 또는 소득세법 제85조의2와 법인세법 제72조의 규정에 의한 환급으로 인하여 세액이 달라진 경우에는 그 결정·경정 또는 환급세액에 따라 소득할의 세액을 환부 또는 추정한다.

부칙(제5615호, 1998. 12. 31.)

① (시행일) 이 법은 1999년 1월 1일부터 시행한다.

법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정된 것) 제72조(결손금 소급공제에 의한 환급) ① 제25조 제1항 제1호의 규정에 의한 중소기업은 각 사업연도에 제14조 제2항의 규정에 의한 결손금이 발생한 경우 그 결손금에 대하여 직전 사업연도의 소득에 대하여 과세된 법인세액(대통령령이 정하는 법인세액을 말한다)을 한도로 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 환급신청할 수 있다. 이 경우 당해 결손금에 대하여는 제13조 제1호의 규정을 적용함에 있어서 이를 공제받은 금액으로 본다.

구 법인세법(1996. 12. 30. 법률 제5192호로 개정되고 1998. 12. 28. 법률 제 5581호로 전면개정되기 전의 것) 제38조의2(결손금 소급공제에 의한 환급) ① 대통령령이 정하는 중소기업은 각 사업연도에 제9조 제4항의 결손금이 발생한 경우 그 결손금에 대하여 직전 사업연도의 소득에 부과된 법인세액(대통령령이 정하는 법인세액을 말한다)을 한도로 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 환급신청할 수 있다. 이 경우 당해 결손금에 대하여는 제8조 제1항 제1호의 규정을 적용함에 있어서 이를 공제받은 금액으로 본다.

부칙 (제5192호, 1996. 12. 30.)

제1조(시행일) 이 법은 1997년 1월 1일부터 시행한다.

제8조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제38조의2의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 개시하는 사업연도에 발생한 결손금부터 적용한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 규정에 의하면 1997 사업연도에 결손금이 발생한 중소기업이 소급공제방법을 택하여 1999. 1. 1. 이전에 기납부한 1996 사업연도분 법인세액을 환급받은 경우 기납부한 법인세할 주민세를 환부받을 수 없는 반면, 이월공제방법을 택하여 결손금을 공제받게 되면 그만큼 법인세할 주민세를 납부하지 않아도 되므로, 소급공제방법을 택한 중소기업과 이월공제방법을 택한 중소기업을 합리적인 이유 없이 차별하여 평등원칙에 위반된다.

(2) 법인세액을 과세표준으로 하는 법인세할 주민세는 법인세의 부가세적인 성격을 가진다 할 것이어서 법인이 구 법인세법 제38조의2에 따라 소급공제방법으로 기납부한 법인세를 환급받은 경우 세무공무원이 그 과세표준이 없어진 법인세할 주민세를 당해 법인에게 환부하지 아니하고 그대로 보유하는 것은 부당이득에 해당한다 할 것임에도 불구하고, 이 사건 규정은 법인세법상의 결손금 소급공제로 인한 법인세할 주민세의 환부를 1999. 1. 1. 이후에 발생한 법인세의 환급분부터 허용한다고 규정함으로써 결손금소급공제의 방법을 택하여 1997 사업연도에 발생한 결손금으로 1996 사업연도에 기납부한 법인세를 환급받은 청구인의 법인세할 주민세를 환부받을 권리를 부당하게 박탈하여 재산권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 결손금소급공제로 인한 법인세할 주민세의 환부를 소급시켜 인정할 것인가의 여부는 입법자의 입법형성 재량의 범위 내에 속한다고 봄이 상당하고,

결손금소급공제를 받을 수 있는 요건을 갖춘 중소기업은 반드시 그 방법을 택하도록 강제되지 아니하고 이월공제방법을 택할 수도 있다는 점에 비추어 볼 때, 청구인 스스로 자신의 이익 내지 편의를 위하여 1997 사업연도에 발생한 결손금에 관하여 이월공제방법을 택하지 아니하고 소급공제방법을 택함으로써 이월공제방법을 택한 법인에 비하여 조세편의를 받은 한편, 법인세할 주민세를 환부받지 못하게 된 이상, 반드시 이월공제방법을 택한 법인과와의 관계에서 이 사건 규정에 의하여 합리적인 이유 없이 차별당하였다고 볼 수 없다.

(2) 법인세와 법인세할 주민세는 그 부과주체, 부과요건 등이 서로 다른 별개의 조세이므로 법인세액이 소급공제로 인하여 환급된다고 하여 그에 따라 법인세할 주민세가 당연히 환부되어야 하는 것은 아니고 결손금소급공제의 방법으로 법인세액을 환급받은 법인이 기납부한 법인세할 주민세를 환부받기 위해서는 별도의 세법상의 근거규정이 필요하다고 할 것인 바, 구 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 것) 제178조 제2항은 결정·경정으로 인한 환부에 대하여만 규정하고 있어 결손금소급공제로 인한 법인세할 주민세를 환부받기 위한 근거규정이 없었으나, 위 조항이 1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되면서 위와 같은 경우를 법인세할 주민세의 환부 대상에 추가함으로써 결손금소급공제를 받은 법인의 당해 법인세할 주민세의 환부청구권을 단순히 확인한 것이 아니라 새로이 창설한 것이라고 봄이 상당하고 이와 같이 창설된 권리를 소급하여 인정할 것인지, 또는 장래를 향하여 인정할 것인지의 여부는 입법자의 입법형성 재량의 범위 내에 속한다 할 것이므로 이 사건 규정이 청구인의 재산을 침해하였다고 볼 수 없다.

다. 서울특별시장의 의견

(1) 적법요건에 관하여

청구인이 법인세할 주민세를 신고납부한 것은 1997. 4. 30.이고 환급금청구소송을 제기한 것은 2002. 9. 25.이므로 지방세법 제30조의5 제2항에 의한 5년의 소멸시효가 완성된 후 소를 제기한 것이 명백하여 이 사건 규정의 위헌여부는 당해소송 재판의 전제가 되지 않는다.

(2) 본안에 관하여

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

라. 행정자치부장관의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 결손금소급공제제도와 법인세할 주민세

(1) 결손금소급공제제도

(가) 의 의

결손금이란 각 사업연도에 속하는 손금의 총액이 그 사업연도에 속하는 익금의 총액을 초과하는 경우에 그 초과하는 금액을 말한다(법인세법 제14조 제2항). 과세의 편의상 법인의 소득금액을 과세기간 단위로 구분하여 과세하고 있기는 하지만, 그 법인의 전 존속기간의 소득은 사업연도단위의 소득금액 또는 결손금의 차가감액(差加減額)이므로 어떤 사업연도에 발생한 결손금으로 그 이전 또는 이후의 사업연도의 소득금액을 보전하는 것이 마땅하다. 다만, 결손금의 발생시기에 관계없이 제한없이 공제하기는 어려우므로 결손금의 발생 전 또는 발생 후의 일정기간 안에서만 공제를 허용하도록 하고 있다.

결손금공제에는 이월공제와 소급공제가 있다. 법인세법은 종래 당기의 결손금을 차후 사업연도에 이월하여 차후 사업연도의 소득에서 공제하는 이월공제방법만을 허용하다가(제13조 제1호) 1996. 12. 30. 법률 제5192호로 개정시 일정 요건을 갖춘 중소기업에 대하여 직전 사업연도의 소득에 대하여 과세된 법인세액을 한도로 1997. 1. 1. 이후 최초로 개시하는 사업연도에 발생한 결손금부터 소급공제에 의한 환급을 받을 수 있도록 규정을 신설함으로써 소급공제제도를 도입하였다.

일반적으로 결손금소급공제제도는 경기의 자동안정장치로서의 기능을 수행한다고 본다. 즉 경기가 하락하여 결손이 생긴 경우 전기에 납부한 법인세를 현금으로 환급하여 줄으로써 당해 법인의 자금조달을 용이하게 하고 재투자를 촉진시켜 경기를 자동적으로 부양시켜 주게 된다.

(나) 적용요건 및 입법취지

결손금소급공제제도는 조세특례제한법시행령 제2조에 규정한 중소기업을 그 대상으로 하되, 그에 해당하는 중소기업이라도 결손금이 발생한 사업연도의 직전사업연도에 한하여 소급공제가 허용되고, 결손금의 소급공제와 세액의 환급은 당해 법인이 신고기한 내에 결손금이 발생한 사업연도와 그 직전 사업연도의 소득에 대한 법인세의 과세표준과 세액을 각각 신고한 경우에 한하여 적용된다(법인세법 제72조 제4항). 결손금의 이월공제제도나 소급공제제도 모두 기간과세제도가 안고 있는 모순을 시정 또는 완화하기 위한 법적 장치이기는 하나, 위와 같이 소급공제의 요건이 엄격히 제한되어 있는 점에 비추어 결손금소급공제제도는 특별히 중소기업에 대한 조세지원을 강화하기 위

한 조세정책적인 목적(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다25590 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두10721 판결 참조)도 아울러 추구한다고 볼 것이다.

즉, 결혼금소급공제제도는 기업의 계속성이나 기업투자의 특성상 요구되는 것이라고 할 수 있으며, 특히 위험자산에 대한 투자촉진이라는 측면에서도 필요한 것이라고 할 수 있다. 우리나라의 중소기업에 대해서 이를 적용한 것은 즉각적인 세액환급을 통하여 중소기업의 자금난을 해소하고, 그와 동시에 모험중소기업에 대한 투자장려의 의미도 지닌 것이라고 할 수 있다.

(2) 법인세할 주민세

(가) 의의 및 법률적 성격

법인세할 주민세라 함은 법인세법의 규정에 의하여 납부하여야 하는 법인세액을 과세표준으로 하는 주민세를 말한다(지방세법 제172조 제4호).

주민세는 지방자치단체가 행정서비스를 제공하기 위하여 필요한 경비의 부담을 널리 주민들에게 분담하도록 하는 조세로서 지방자치단체가 재원조달을 위해 부과하는 지방세의 일종이며, 지방세의 분류 중 징수목적에 따른 분류인 보통세와 목적세 중 보통세에 속하고 과세권자인 지방자치단체의 유형에 따른 분류에는 시·군세에 속한다. 주민세는 지방자치단체로부터 행정서비스를 받고 있다는 것에 착안하여 널리 그 부담을 분담하도록 하는 성격을 가지고 있다는 점에서 소득의 재분배를 주된 기능으로 하는 소득세와는 성격을 달리 한다.

이러한 주민세는 균등할로 소득할로 구분되는데, 균등할은 인두세(人頭稅)의 성격을 가진 조세로서 주민이라고 호칭되는 지방자치단체의 구성원인 회원의 자격으로서 그가 속한 단체에 납부하는 최소한도의 기본회비에 해당한다고 할 수 있으며, 소득할은 소득의 정도에 따라 부담하는 조세로서 소득세할·법인세할·농지세할로 나누어지는데 이는 각각 그 과세표준을 소득세액, 법인세액, 농지세액으로 하고 있어 이들 조세의 부가세적 성격이 있기는 하지만 근원적으로는 주민이라는 데 착안해서 소득의 정도에 따라 지역사회비용을 능력에 맞게 분담시킨다는 데 그 기초를 두고 있다.

(나) 법인세와의 관계

법인세할 주민세의 과세표준이 법인세액이라고 하여 이를 법인세의 부가세로 볼 것은 아니며, 주민세는 엄연한 독립세이다(헌재 2001. 1. 18. 98헌바84 등, 판례집 13-1, 41, 50 참조).

즉, 법인세할 주민세는 비록 법인세액을 그 과세표준으로 하는 것이지만 이

는 지방세로서 국세인 법인세와는 그 부과주체, 과세요건, 부과절차 등에 있어서 서로 다른 별개의 조세이므로, 구 법인세법(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 개정되기 전의 것) 제38조의2에 의한 환급결정이 있었다 하더라도 그에 따라 법인세할 주민세가 당연히 환부되어야 하는 것은 아니다(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다25590 판결 참조).

나. 이 사건 규정의 입법배경 및 이 사건의 쟁점

법인세법상 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급에 관한 규정은 1996. 12. 30. 법률 제5192호로 신설되어 1997. 1. 1. 이후 최초로 개시하는 사업연도에 발생한 결손금부터 소급공제에 의한 환급을 받을 수 있도록 하였다(구 법인세법 제38조의2, 부칙 제8조). 그러나 법인세를 결손금 소급공제에 의해 환급받은 경우 그 법인세를 과세표준으로 하여 납부한 법인세할 주민세를 환부할 수 있는 명문의 규정이 없어 이를 둘러싼 민원이 계속 제기되어 왔다. 이러한 규정이 보완되지 않더라도 법인세가 환급된 경우 주민세도 환급하면 될 것이 아니냐는 주장을 할 수도 있으나, 결손금소급공제에 의한 환급은 당해 세법에 의한 법률적용이 잘못되어 환급하는 것이 아니라 중소기업을 지원하기 위한 정책의 일환으로 환급하는 제도이기 때문에 주민세도 당연히 환부하여야 한다고 보지는 않는다는 유권해석 하에 환부대상에서 제외되는 것으로 운영되었다.

그러나 납세자들이 이러한 해석에 대하여 계속 불만을 제기하고 제도개선을 건의함에 따라 1998. 12. 31. 구 지방세법 개정시 결손금소급공제에 의하여 법인세를 환급받은 경우 법인세할 주민세도 환부받을 수 있는 근거를 마련(제178조 제2항)하여 민원을 해소하도록 하였다. 다만, 이 규정의 적용에 관하여 부칙에서 위 법 시행일인 1999. 1. 1. 이후 결손금 소급공제에 의해 법인세를 최초로 환급받는 분부터 적용하도록 하였다(이 사건 규정).

그 결과 결손금소급공제의 요건을 갖춘 중소기업은 소급공제방법으로 1996년에 납부한 법인세부터 환급받을 수 있으나, 1999. 1. 1. 이전에 소급공제의 방법으로 이미 환급받은 법인세를 과세표준으로 하여 납부한 법인세할 주민세는 환급을 받지 못하게 되었다. 대부분 법인의 사업연도가 1년 단위임을 감안하면, 이 사건 규정에 의해 법인세할 주민세를 환부받지 못하는 문제가 발생하는 것은 1997 사업연도에 결손금이 발생하여 소급공제에 의해 법인세를 환급받은 중소기업의 경우이다.

청구인이 다투고자 하는 바는 1997 사업연도에 결손금이 발생한 중소기업

이 소급공제의 방법을 택하여 1996 사업연도분 법인세액을 환급받았다면 1996 사업연도의 법인세액을 과세표준으로 한 법인세할 주민세도 환부되는 것이 당연하다 할 것임에도 불구하고 이 사건 규정이 법인세할 주민세의 환부 규정의 적용 시점을 제한함으로써 결손금이월공제의 방법을 택한 기업과의 차별을 야기하고 청구인의 환급청구권을 박탈하여 청구인의 평등권과 재산권이 침해되었다는 것이다.

그러므로 과연 이 사건 규정이 조세평등주의에 반하는 것인지, 그리고 청구인이 주장하는 바와 같은 환급청구권이 헌법상 재산권으로서 보호되는 기본권인지 여부에 관해 살펴보기로 한다.

다. 이 사건 규정의 위헌 여부

(1) 조세평등주의 위반 여부

(가) 평등원칙과 조세평등주의

헌법 제11조 제1항은 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등의 원칙을 선언하고 있고, 이와 같은 평등의 원칙이 세법영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다는 원칙이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608; 헌재 2000. 2. 24. 98헌바94등, 판례집 12-1, 188, 227 등 참조).

(나) 심사의 기준

법률에 의하여 특정 납세의무자에게 조세를 부과하도록 한 경우에 그 조세를 환급하고자 하면 과세요건법정주의원칙상 그 납세의무를 소멸시키는 별도의 법률규정이 존재하여야 하는바(헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 판례집 15-2 상, 38, 55 참조), 결손금소급공제에 의해 법인세를 환급받은 경우 법인세할 주민세를 환부 받을 수 있는 규정이 1998. 12. 31. 구 지방세법 제178조 제2항에 신설됨으로써 비로소 법인세할 주민세의 환부에 관한 근거가 마련되었다 할 것이다. 그런데 법인세할 주민세의 환부를 이미 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급이 이루어진 경우에 대해서까지 소급하여 인정할 것인가 여부는 조세의 환부로 인한 조세행정의 혼란과 납세자의 조세부담, 문제가 된 조세의 성격 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제로서 그 결정이 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저

하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

특히 결손금소급공제는 중소기업을 대상으로 특별히 조세정책적 목적에서 인정된 제도로서(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두10721 판결 등) 그에 따른 법인세의 환급은 기업의 입장에서 볼 때 이월공제의 방법에 비하여 조세부담을 감소시키는 효과가 훨씬 크기 때문에 일종의 시혜적 성격을 가진다고 볼 수 있다. 따라서 법인세액을 과세표준으로 하는 법인세할 주민세의 환부 역시 이와 같은 성격을 가지는 것으로서 그 환부에 관한 규정을 정함에 있어 시혜적인 소급입법을 할 것인지의 여부는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다 할 것이다(헌재 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 707 참조).

(다) 구체적 검토

1) 결손금소급공제는 어떤 과세기간의 결손금을 그 전 과세연도에서 발생한 이익으로 전보하는 것으로, 전 과세기간의 과세표준 및 세액을 재계산하고 기납부된 세액을 환급하여야 하므로 조세행정을 복잡하게 하고 국가세입을 불안정하게 하는 등의 문제점이 있기 때문에, 결손금소급공제제도를 신설한 구 법인세법(1996. 12. 30 법률 제5192호로 개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전면개정되기 전의 것)은 그 적용대상을 조세특례제한법시행령 제2조에 규정한 중소기업으로 제한하고, 소급공제기간을 직전 사업연도로 한정하면서 이월결손금의 발생 등 실체적 요건과 과세표준확정신고기한 내에 환급신청을 하는 등의 절차적 요건이 충족되어야 환급을 받을 수 있도록 하여 그 적용요건을 엄격하게 규정하고, 그 부칙 제8조에서 “이 법 시행 후 최초로 개시하는 사업연도에 발생한 결손금부터 적용한다”라고 규정함으로써 위 제도를 최초 시행함에 있어서 소급하여 적용되지 않도록 규정하였다. 이렇게 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급을 제한적·예외적으로 인정하는 취지와 더불어, 법인세할 주민세는 비록 법인세액을 그 과세표준으로 하지만 법인세의 부가세가 아니라 엄연한 독립세로서 그 부과주체, 부과요건, 부과절차 등이 서로 다른 별개의 조세인 점을 고려하면, 결손금소급공제에 따른 법인세 환급이 있었다 하더라도 법인세할 주민세의 환부까지 소급하여 인정하지 않았다 하여 그러한 입법자의 결정이 합리적인 재량의 범위를 벗어난 자의적 입법이라고 할 수는 없다.

2) 청구인은 이 사건 규정이 소급공제방법을 택한 법인과 이월공제방법을 택한 법인을 합리적인 이유 없이 차별한다고 주장하나, 결손금소급공제를 받

을 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 조세법률관계에 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 환부받지 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 근거규정 조차 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.

(라) 소결론

결국, 이 사건 규정이 법인세할 주민세 환부에 관한 규정의 적용시점을 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급이 이루어지기 시작한 시점부터 소급하여 인정하지 않았다 하더라도 그것만으로 입법재량의 한계를 현저히 벗어난 불합리한 조항이라거나 평등의 원칙에 위반한 조항이라고 볼 수는 없다.

(2) 재산권 침해 여부

청구인은 이 사건 규정이 청구인의 법인세할 주민세를 환급받을 권리를 부당하게 박탈함으로써 재산권을 침해하는 규정이라고 주장한다.

살피건대, 법인세할 주민세는 비록 법인세액을 그 과세표준으로 하는 것이지만 이는 지방세로서 국세인 법인세와는 그 부과체, 부과요건, 부과절차 등에 있어서 서로 다른 별개의 조세이므로 법인세액이 소급공제로 인하여 환급되었다 하여 그에 따라 법인세할 주민세가 법률상 원인 없는 부당이득이

되어 환부되어야 한다고는 할 수 없다. 따라서 청구인이 주장하는 바와 같은 환급청구권이 헌법상 당연히 보장된다고 볼 수는 없고, 앞에서 본 바와 같이 이 사건 규정이 법인세할 주민세의 환부에 관한 기산점을 소급하여 인정하지 아니한 데에 합리적 이유가 있는 이상 재산권을 침해한다고도 볼 수 없다.

4. 결 론

따라서 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 김영일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 김영일의 반대의견

나는 다음과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

가. 청구인은 이월공제에 의하느냐 아니면 소급공제에 의하느냐에 따라 주민세 납부총액이 달라질 수 있다는 점을 들어 차별의 존재를 주장하나, 엄밀히 말하면 청구인의 의도가 이를 다투는 데 있다고는 생각되지 않는다. 그보다는 오히려 청구인의 진정한 의도는 똑같은 소급공제방식을 따랐는데도, 누구는 주민세의 환부를 받을 수 있게 하고 누구는 주민세의 환부를 받을 수 없게 함을 다투는 데 있다고 보아야 할 것이다. 즉, 이 사건 규정은 범 시행일 이후인 1999. 1. 1. 이후에 결손금소급공제를 통해 법인세를 환급받는 사람에 대하여는 법인세할 주민세를 환부받을 수 있게 하면서도, 유독 위 시행일 이전에 결손금소급공제를 통해 법인세를 환급받은 사람에 대하여는 법인세할 주민세를 환부받을 수 없게 하여 양자를 차별하고 있는바, 이러한 차별이 과연 합리적 이유가 있는 것인지가 바로 이 사건의 쟁점이라고 할 것이다.

나. 다수의견은 ① 결손금소급공제가 중소기업을 대상으로 특별히 조세정책적 목적에서 인정된 제도로서 그에 따른 법인세의 환급은 기업의 입장에서 볼 때, 이월공제의 방법에 비하여 조세부담을 감소시키는 효과가 훨씬 크므로 일종의 시혜적 성격을 가지고, 따라서 법인세액을 과세표준으로 하는 법인세할 주민세의 환부 역시 시혜적 성격을 가지는 것으로 볼 수 있다는 점, ② 법인세할 주민세의 환부를 이미 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급이 이루어진 경우에 대해서까지 적용하는 것은 시혜적인 소급입법에 해당한다는 점을 전제로 하여 시혜적인 소급입법을 할 것인지의 여부는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되어야 할 것이라고 하고 있다.

그러나 다수의견의 위와 같은 전제에는 다음과 같은 불합리한 점이 있음을

지적하지 않을 수 없다.

첫째, 구 지방세법 제178조 제2항에 의한 법인세할 주민세 환부제도를 시혜적 성격의 것으로 보는 것이 과연 타당한가 하는 것이다. 우선 결손금을 소급 공제하는 것이 이월공제하는 경우보다 조세부담을 감경하는 결과를 가져올 수 있다고 하더라도, 그러한 점만을 가지고 곧 결손금소급공제가 시혜적 제도라고 할 수는 있는가 하는 것이다. 결손금의 공제는 이전의 사업연도에 대해서든 이후의 사업연도에 대해서든 조세평등주의의 관점에서 마땅히 행해져야 하는 것으로 보아야 할 것이다. 만일 특정 사업연도의 결손금을 다른 사업연도의 소득에서 공제할 수 있도록 하는 제도를 전혀 두지 않는다면, 이는 법인의 전 존속기간을 놓고 볼 때, 오히려 담세능력에 따른 공평과세원칙에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다. 따라서 결손금소급공제에 의해 법인세의 환급을 받는다고 하여 이를 시혜적인 것으로 성격규정할 수는 없으며, 마찬가지로 법인세할 주민세의 환부도 조세평등주의의 관점에서 당연히 요청되는 것으로서 시혜적인 것과는 거리가 멀다고 보는 것이 상당하다.

둘째, 구 지방세법 제178조 제2항이 신설된 1998. 12. 31. 이전에 이루어진 법인세 환급에 관하여 동 조항을 적용하는 것이 과연 '시혜적' 소급입법에 해당하는가 하는 점이다. 다수의견이 말하는 바와 같은 소급입법여부에 관한 입법자의 광범위한 재량의 인정은 그러한 소급입법이 어디까지나 시혜적인 성격을 가진 것일 때에 한정되어야 할 것이다. 다시 말하여 구법 하에서도 별다른 헌법적 문제가 없었지만, 피적용자에게 더 유리한 신법이 제정된 경우 이를 소급하여 적용할 것인가에 관하여는 다수의견의 주장처럼 입법자의 광범위한 재량을 인정할 여지가 있다. 그러나 이 사건의 경우 주민세의 환부규정이 없던 구법 하에서는 과세형평성의 훼손이 문제되었고, 이에 대한 반성적 고찰을 통해 구 지방세법 제178조 제2항이 신설되기에 이른 것인바, 이 때에도 위와 같은 광범위한 입법재량을 인정할 수 있는지는 매우 의심스럽다. 이러한 경우에는 광범위한 입법재량을 인정하기보다는 오히려 납세의무자간의 평등한 지위를 인정하여야 할 것이다.

다. 심사의 기준

(1) 헌법에서 특별히 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준이나 차별이 금지되는 영역을 제시하고 있는 경우 또는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 초래되는 경우에는, 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이의 적절한 균형여부가

지 살피는 비례원칙에 의한 심사를 하여야 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조).

그러나 이 사건의 경우 헌법에서 특별히 금하는 차별의 기준이나 영역이 적용되고 있지는 않으며, 비례원칙심사를 할 정도로 관련 기본권에 중대한 제한이 초래되는 경우라고 보기도 어렵다. 그러므로 이 사건에서는 자의금지원칙에 의한 심사로 충분할 것이다. 이 경우 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 아무런 합리적 이유를 찾아볼 수 없는 때에 평등원칙의 위반을 확인하게 된다.

(2) 구체적 검토

결손금소급공제제도 및 그에 따른 법인세의 환급이란 것도 넓게 보면 담세 능력에 상응한 공평과세실현의 정신에 입각한 것이라고 할 때, 소득의 정도에 따라 지역사회비용을 능력에 맞게 분담시킨다는 취지에서 법인세액을 과세표준으로 하여 부과되는 법인세할 주민세에도 역시 그러한 정신이 반영되어야 할 것이다.

또한 입법자가 중소기업지원 등의 조세정책적 목적에서 결손금소급공제에 의한 법인세의 환급제도를 인정하였다면, 그러한 소급공제방식을 채택하더라도 이월공제방식을 채택한 경우에 비해 주민세의 부담에 있어서 더 불리함이 없도록 하는 것이 위와 같은 조세정책적 목적을 일관성있고 체계적으로 추진하는 길이 될 것이다.

이처럼 공평과세실현의 정신이라는 측면에서든 중소기업지원 등과 같은 조세정책 목적의 일관성있고 체계적인 추진이라는 측면에서든 소급공제에 의해 법인세를 환급받은 중소기업에 대해 법인세할 주민세도 환부해 줄 필요성은 청구인처럼 1997 사업연도에 결손금이 발생한 기업이나 위 사업연도 이후에 결손금이 발생한 여타의 중소기업이나 똑같이 인정되며, 이러한 점에서 양자는 본질적으로 다르지 않다. 또한 1997 사업연도에 결손금이 발생한 기업이든 위 사업연도 이후에 결손금이 발생한 기업이든 그 환부로 인해 조세행정이 복잡해지고 국가세입이 불안정해지는 등의 문제점이 야기될 수 있다는 점에서도 양자는 아무런 차이가 없다.

그런데 이 사건 규정을 통해 법인세할 주민세 환부규정의 적용시점을 제한하여 유독 1997 사업연도에 결손금이 발생한 기업만 결손금소급공제에 따른 주민세환부를 받을 수 없게 할 어떠한 불가피한 합리적 이유가 있다고는 인정되지 않는다. 그러므로 이 사건 규정은 입법자의 합리적 재량의 범위를 벗

헌재 2004. 9. 23. 2003헌바24

어난 자의적인 규정으로서 헌법 제11조 제1항 평등의 원칙에 위반된다 할 것이다.

라. 따라서 이 사건 규정에 대하여는 마땅히 평등원칙위반을 이유로 하여 헌법에 위반된다고 선언하여야 할 것이다.

이상과 같은 이유로 나는 다수의견에 반대하는 바이다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김경일 송인준 주선희
전효숙(주심) 이상경

변호인의 조력을 받을 권리 등 침해 위헌확인

(2004. 9. 23. 2000헌마138 전원재판부)

【판시사항】

1. 청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시 이미 이 사건 거부행위의 대상이 된 사실행위(피의자신문)가 종료되었다 하더라도 심판청구의 이익이 있는지 여부(적극)
2. 불구속피의자의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 헌법적 근거 및 별도의 입법형성 없이 직접 도출되는 범위
3. 불구속 피의자가 피의자신문을 받을 때 변호인의 참여를 요구할 권리가 있는지 여부(적극)
4. 피청구인이 2000. 2. 16. 청구인들로부터 청구인들에 대한 피의자신문시 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 달라는 요청을 받았음에도 불구하고 이를 거부한 행위(이하 ‘이 사건 행위’라 한다)가 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌인지 여부(적극)

【결정요지】

1. 청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시 이미 이 사건 행위의 대상이 된 피청구인의 사실행위(피의자신문)가 종료되었고 이로써 청구인이 주장하는 기본권의 침해도 종료되었기 때문에, 이 사건 심판청구가 인용된다 하더라도 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다고 할 수 있다. 그러나 이 사건 심판청구를 통하여 청구인들이 다투고자 하는 것은, 헌법상 보장된 ‘변호인의 조력을 받을 권리’가 신체구속을 당하지 아니한 피의자의 신문에 변호인이 참여할 권리를 함께 포함하는지의 여부이고, 이러한 문제는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’라는 기본권의 보호범위에 관한 근본적인 문제로서 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 가지고 있는 사안이라고 할 수 있다. 따라서 비록 헌법소원의 대상이 된 이 사건 행위로 인하여 빚어진 위헌·위법상태는 이미 종료되었지만 그의 위헌 여부

를 확인할 필요가 있으므로, 이 사건 헌법소원은 심판청구의 이익이 있어 적법하다.

2. 우리 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다. 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제조건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이다.

3. 불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로 부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 형사소송법 제243조는 피의자신문시 의무적으로 참여하여야 하는 자를 규정하고 있을 뿐 적극적으로 위 조항에서 규정한 자 이외의 자의 참여나 입회를 배제하고 있는 것은 아니다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인의 조언과 상담을 원한다면, 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다.

4. 이 사건에서 피청구인은 청구인들이 조언과 상담을 구하기 위하여 한 피의자신문시 변호인참여 요구를 거부하면서 그 사유를 밝

히지도 않았고, 그에 관한 자료도 제출하지도 않았다. 따라서 아무런 이유 없이 피의자신문서 청구인들의 변호인과의 조언과 상담요구를 제한한 이 사건 행위는 평등권침해 여부에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하였으므로 취소되어야 할 것이나, 그 행위로 인하여 초래된 위헌적 상태가 이미 종료되었으므로 이를 취소하는 대신 위 행위가 위헌임을 확인하는 것이다.

재판관 권 성, 재판관 이상경의 별개의견

‘변호인의 조력을 받을 권리’는 신체의 자유와 밀접한 관련이 있는 기본권으로 더 이상 국가의 시혜적인 절차형성에 달려있는 권리가 아니며, 불구속 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법 제10조, 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙, 헌법 제12조 제4항, 헌법 제27조에서 규정하고 있는 공정한 재판을 받을 권리, 헌법 제37조 제1항, 법치국가원리의 한 요소인 공정한 절차의 이념 등으로부터 도출되는 헌법상의 기본권으로, 국가권력에 대한 관계에서 최대한 보장되어야 할 권리이다. 불구속피의자의 진술거부권 등의 행사를 실질적으로 보장하고, 피의자신문과정의 기본권침해 우려를 예방하고, 구속된 피의자 못지 않게 궁박한 상황에 놓여 있는 불구속피의자를 보호하며, 법률전문가의 조력을 필요로 하는 피의자가 방어권을 실질적으로 행사할 수 있도록, 불구속피의자에게도 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 보장하여야 하며, 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용이라 할 것이다.

이 사안에서 청구인들의 피의사실은 방어권행사를 실질적으로 보장받기 위하여 변호인의 적절한 조력을 받을 필요성이 매우 큰 경우이며, 청구인들의 피의자신문에 변호인을 참여시킨다고 하더라도 실체적 진실발견을 방해하거나 증거를 인멸할 위험이 높지 않고, 피해자나 참고인의 생명·신체의 안전 등의 법익을 해칠 가능성이 거의 없는 등, 피청구인이 이 사건 피의자신문에 변호인참여를 제한하여 달성하고자 하는 공익이 청구인들이 제한받는 기본권에 비하여 더 크다고 하기 어려워 기

본권침해를 정당화하기에 부족하다. 따라서 피청구인이 정당한 사유를 제시하지 않고 청구인들이 피의자신문절차에 변호인을 참여시키려는 것을 원천적으로 막은 이 사건 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.

재판관 김영일의 반대의견

변호인참여요구권은 절차적 권리로서 청구권적 기본권의 성격을 가지고 있기 때문에, 그것이 헌법상의 권리로 인정되려면 자유권적 기본권과는 달리 그에 관한 명문의 규정이 있다든가 관련조항들의 유추에 의하여 그러한 권리가 인정된다는 해석이 가능한 경우라야만 한다. 우리 헌법 제12조 제4항의 명문규정은 체포·구속을 당한 경우와 형사피고인의 경우만을 언급하고 있는데, 이러한 법문의 취지는 우리 헌법이 그 입헌 당시에 불구속피의자와 체포·구속된 피의자 및 형사피고인을 개념상 구분하고 그 중 체포·구속된 피의자와 형사피고인에 대하여만 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 불구속피의자에 대하여는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적 차원에서는 보장하지 않는다는 취지를 천명한 것으로 보아야 한다. 나아가 헌법 제12조 제4항이 불구속피의자의 경우에 유추적용될 수 있는지에 관하여 보건대, 불구속피의자가 처하게 되는 법적인 상황은 체포·구속된 피의자나 피고인 등의 법적인 상황과 본질적으로 상이하기 때문에 헌법 제12조 제4항 등을 불구속피의자에 대해서까지 함부로 유추적용할 수는 없다. 또한, 법치국가원리나 적법절차원칙과 같은 추상적 원리로부터 구체적인 헌법적 권리를 도출하기 위하여는 그 최소한의 요건으로 그와 같은 도출이 다른 헌법의 명문규정과 모순되지 않아야 하는데, 헌법 제12조 제4항의 의미는 불구속피의자에 대하여는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적 차원에서 보장하지는 않겠다는 것이므로 위와 같은 도출은 허용되지 아니한다. 결국, 불구속피의자의 피의자신문시 변호인참여요구권이 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수는 없다.

한편, 대한민국이 주한미군 등에 대한 형사재판권을 행사할 경우 적

용되는 한미행정협정 제22조 제9항 (마)호는 ‘자신의 변호를 위하여 자기가 선택하는 변호인을 가질 권리’를 보장하고 있으나, 이는 ‘공소가 제기되는 때’에 적용되는 규정이고, 위 조항에 관련된 한미행정협정의 합의사록에는 ‘변호인의 조력을 받을 권리는 체포 또는 구금되는 때로부터 존재한다.’고 되어 있으므로, 한미행정협정이 모든 불구속피의자에 대하여 변호인참여요구권을 보장하고 있다고 하기도 어렵다. 보다 근본적으로는, 평등권은 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하는 경우에 문제되는 것인데 한미행정협정은 대한민국에 주둔하는 외국군대의 특수성과 외교관계 등을 고려하여 대한민국과 아메리카합중국 사이에 이루어진 협정이고, 주한미군 등에 대한 규율은 이러한 협정에 의하여 하는 반면 청구인들에 대한 규율은 국내법에 의하여 하는 것이어서 양자가 본질적으로 동일하다고 할 수 없다. 그러므로 양자의 본질적 동일성을 전제로 하는 청구인들의 평등권침해 주장은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유없다.

재판관 재판관 송인준, 재판관 주선희의 반대의견

절차적 기본권 또는 청구권적 기본권은 입법자의 구체적 형성 없이는 개별 사건에 직접 적용할 수 없다는 특성을 가지고 있다. 이 사건에서 문제되는 변호인의 참여요구권의 경우에도, 어떠한 경우에 어느 정도로 보장되는지에 관한 입법자의 구체적인 결정이 없이는 변호인의 참여요구권의 내용은 정해지지 않는다. 그런데 입법자는 피의자신문시 변호인의 참여와 관련하여 형사소송법 제243조에서 피의자신문시 참여할 수 있는 자에 변호인을 포함시키지 않았고, 그 외 달리 변호인의 참여를 보장하거나 허용하는 규정을 두고 있지 않다. 그 결과, 입법자는 피의자의 구속 여부를 불구속하고 피의자신문시 변호인을 참여하게 해야 할 수사기관의 의무를 규정하고 있지 않다. 이와 같이 입법자가 불구속 피의자의 신문시 변호인의 참여권을 보장하는 명문의 규정을 두지 않은 것은 효율적 형사소추를 통한 실체적 진실의 발견이라는 중대한 공익의 실현을 위한 것이며, 변호인의 참여권을 인정하지 않는다 하더라도 피의자가

달리 변호인의 조력을 받을 수 있는 충분한 가능성을 가지고 있어 효과적인 변호가 가능하고 이로써 피의자의 방어권과 공정한 절차가 보장될 수 있다고 판단되므로(헌법 제12조 제2항·제7항, 형사소송법 제200조 제2항, 제309조, 제243조, 제312조, 제30조 참조), 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 비례의 원칙에 위반되어 과도하게 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

그러므로 피청구인의 이 사건 행위는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라 할 수 없다. 이 사건의 경우, 검사가 수사의 합목적성을 근거로 변호인의 참여를 허용하지 않은 것은 입법자의 합헌적인 결정에 부합하는 것이고, 그 외 달리 청구인의 방어권 행사나 변호인의 효과적인 변호를 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 등의 구체적 재량행사의 잘못을 찾아 볼 수 없다. 그 밖에 평등권침해 주장에 대한 판단은 재판관 김영일의 반대의견과 같으므로 해당 부분을 원용한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제12조 제1항·제2항·제4항·제5항·제7항, 제27조, 제37조 제1항

형사소송법 제30조(변호인선임권자) ① 피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다.

② 피고인 또는 피의자의 법정대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매와 호주는 독립하여 변호인을 선임할 수 있다.

형사소송법 제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진) 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

형사소송법 제89조(구속된 피고인과의 접견, 수진) 구속된 피고인은 법률의 범위내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다.

형사소송법 제200조(피의자의 출석요구와 진술거부권의 고지) ① 생략

② 전항의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다.

형사소송법 제209조(준용규정) 제71조, 제72조, 제75조, 제81조 제1항 본문, 제3항, 제82조, 제83조, 제85조 내지 제91조, 제93조, 제101조 제1항, 제102조 제1항 본문(보석의 취소에 관한 부분을 제외한다)의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 피의자 구속에 준용한다.

형사소송법 제243조(피의자신문과 참여자) 검사가 피의자를 신문할 때에는 검찰청수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고 사법경찰관이 피의자를 신문할 때에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다.

형사소송법 제309조(강제등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ① 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판 준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

② 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조

1., 2. 생략

3. 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 완전 평등하게 받을 권리를 가진다.

(a) 생략

(b) 변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 것

(c) 생략

(d) 본인의 출석하에 재판을 받으며, 또한 직접 또는 본인이 선임하는 자의 법적 조력을 통하여 변호할 것. 만약 법적 조력을 받지 못하는 경우 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지를 받을 것. 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 및 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 본인이 그 비용을 부담하지 아니하고 법적 조력이 그에게 주어지도록 할 것

(e)~(g) 생략

4.~7. 생략

【참조판례】

1. 헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356
헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675
2. 3. 헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356
헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51
헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853
헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94
헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808
헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245

헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138

- 헌재 1998. 7. 16. 97헌마22, 판례집 10-2, 218
헌재 2002. 1. 31. 2001헌마43, 판례집 14-1, 49
대법원 2003. 11. 11. 2003도402 결정
4. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15
헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263
헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609
대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결

【당 사 자】

청 구 인 최 열 외 1인
대리인 법무법인 지평
담당변호사 조용환
피청구인 서울중앙지방검찰청 검사

【주 문】

피청구인이 2000. 2. 16. 청구인들에 대한 피의자신문시 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 달라는 청구인들의 요청을 거부한 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인 최열은 전국에서 다수의 시민단체들이 모여 2000. 1. 12. 결성한 “2000년 총선시민연대”의 공동대표로서, 청구인 박원순은 위 단체의 상임공동 집행위원장으로 각 활동하였는데, 2000. 4. 실시된 제16대 국회의원 총선거를 앞둔 2000. 1. 24. 위 총선시민연대는 정당들에 대하여 공천을 반대하는 후보자 명단을 공개한 바 있다.

이에 대하여 피청구인은 청구인들의 이러한 행위가 공직선거및선거부정방지법 위반 또는 명예훼손의 혐의가 있다는 이유로 2000. 2. 16. 청구인들을 소환하여 피의자신문을 하였다. 그런데 위 피의자신문에 앞서, 청구인들은 변호인들을 통하여 피청구인에게 청구인들에 대한 피의자신문에 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 줄 것을 구두와 서면으로 요청하였으나, 피청구인

은 이를 거부한 채 청구인들에 대한 피의자신문을 하고 피의자신문조서를 작성하였다. 이에 청구인들은 2000. 2. 24. 피청구인의 거부행위가 변호인의 조력을 받을 권리 등을 침해하였다고 주장하면서, 이의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은, 2000. 2. 16. 청구인들로부터 청구인들에 대한 피의자신문시 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 달라는 요청을 받았음에도 불구하고 이를 거부한 피청구인의 행위(이하 “이 사건 행위”라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지의 여부이고(한편, 청구인들은 변호인의 참여를 거부한 채 피의자신문을 한 피청구인의 행위 또한 심판의 대상으로 삼고 있다고 볼 여지가 없지 않으나, 이 사건 행위를 공권력의 행사로 보아 심판의 대상으로 삼는 이상, 그 이후의 피청구인의 행위는 사실행위로서 거부행위의 위헌·위법상태가 지속되는 것에 불과하므로 이를 별도의 심판대상으로 삼지 아니한다), 관련규정의 내용은 다음과 같다.

형사소송법 제243조(피의자신문과 참여자) 검사가 피의자를 신문함에는 검찰청수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 피청구인의 이 사건 피의자신문 그 자체는 이미 종료되었으나, 헌법상 보장된 ‘변호인의 조력을 받을 권리’에 ‘수사기관의 피의자신문에 변호인이 참여하여 조력할 권리’가 포함되는가의 문제는 헌법적으로 해명의 필요성이 있는 매우 중대한 사안이며 앞으로도 기본권침해행위가 반복될 위험이 있으므로, 이 사건 침해행위의 위헌성을 확인할 필요가 있다.

(2) 비록 개인이 수사기관에 의하여 체포 또는 구속을 당하지 않았다 하더라도, 헌법 제12조 제4항에서 보장하는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 형사사법권의 대상이 될 경우, 예컨대 불구속 수사나 재판을 받는 경우에도 당연히 보장되어야 한다는 것을 그 내용으로 한다.

(3) 수사기관에서 수사를 받게 되는 피의자가 처한 상황은 피의자가 자유로운 심리상태를 유지하면서 수사기관의 신문에 대항하여 자신을 방어하는 것을 사실상 불가능하게 만든다. 수사기관에 불려가 신문을 받는다는 사실 자체가 개인에게는 매우 위압적이고 고통스러운 상황인 것은 물론, 실체법과 절

차법에 대하여 전문지식이 없는 일반인으로서 수사과정과 수사기관의 질문의 의미 등을 잘 알 수 없는 불안한 상태에서 진술을 할 수밖에 없는 실정이고, 설사 피의자가 이에 관하여 알고 있다 하더라도 막상 피의자의 신분으로 신문을 받는 경우에는 정상적인 판단력을 제대로 발휘하기 어렵기 때문에, 피의자는 변호인의 충분한 조력을 받지 않으면 자신을 방어하기 어려운 취약한 상황에 처하게 된다.

(4) 피의자가 수사기관에서 한 진술은 피의자에 대하여 결정적으로 불리한 증거가 된다. 더구나 검사에게 한 진술은 법정에서 피의자가 한 진술의 내용에도 불구하고 증거능력을 가지므로, 검사의 신문을 받는 피의자가 자유로운 상태에서 진술거부권을 포함한 모든 권리를 철저히 보장받는 가운데 진술할 수 있도록 하는 것은 매우 중요하다.

(5) 따라서 수사기관에서 신문을 당하는 피의자의 권리를 보장하고 또한 그 권리가 침해되었다고 피의자가 주장할 경우 이를 검증할 수 있기 위해서는 피의자가 수사를 받을 경우 변호인이 참석하여 위법한 수사가 이루어지지 않도록 감시하고 그 때 그 때 필요하고 적절한 조언을 해 줄 수 있어야 한다.

(6) 한미행정협정에 의하면, 대한민국 수사기관의 수사를 받는 미군이나 군속, 그 가족들은 ‘자신의 변호를 위하여 자기가 선택하는 변호인을 가질 권리’를 보장받고 있다. 우리나라의 수사기관이 국민들에 대하여 피의자로 신문하면서 변호인의 참여권을 보장하지 않는 것은 우리나라 국민을 주한미군 및 그 군속에 비하여 부당하게 차별대우하는 것으로서, 평등권을 침해하는 것이다.

나. 서울지방법검찰청 검사장 및 법무부장관의 의견

(1) 청구인들은 이미 2000. 2. 16. 서울지방법검찰청에서 조사를 마치고 당일 귀가하였으므로, 기본권의 침해가 종료되어 헌법소원심판을 청구할 권리보호의 이익이 없으므로, 이 사건 심판청구는 각하되어야 한다.

(2) 헌법 제12조 제4항이 보장하는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 체포·구속된 피의자나 피고인이 즉시 변호인을 선임하고 변호인과 자유로이 접견·교통하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함과 아울러 변호인의 소송기록 열람 등을 보장하고자 하는 규정이지, 피의자 신문에 변호인의 참여권을 보장하는 것은 아니다. 변호인의 피의자신문 참여권은 헌법상의 문제가 아니라, ‘실체적 진실발견’과 ‘피의자 등의 인권보호’라는 형사절차의 양대 이념을 구현하기 위한 입법정책의 문제이다.

(3) 청구인들은 ‘피의자의 임의성 있는 진술을 위해 피의자신문에 변호인의 참여가 필요하다’고 주장하나, 우리 헌법과 형사소송법은 일련의 규정을 통하여 피의자의 임의로운 진술권과 진술거부권을 충분히 보장하고 있으며, 수사기관이 이를 위반하는 경우 조서의 증거능력이 부정됨은 물론, 불법행위를 구성하여 법률상 책임을 지게 된다.

(4) 청구인들은 ‘피의자신문시 변호인 참여권이 모든 문명국의 공통된 기준이다’라고 주장하나, 일부 국가에서 이러한 권리를 인정하는 것은 사실이지만 모든 국가에서 보편적으로 인정되는 권리는 아니며, 우리나라의 경우 변호인의 참여권을 인정하는 국가에 비하면 구속기간이 극히 단기일 뿐 아니라 변호인의 접견교통권이 무제한으로 허용되고 있다는 특수성에 비추어 이러한 상황에서 피의자신문시 변호인의 참여권까지 허용된다면 중요범죄에 대한 수사가 사실상 곤란해질 우려가 있다.

(5) 한미행정협정과 같은 협정의 합의의사록에 의하여 우리 수사기관이 한국에 주둔하는 미군 등의 범죄를 수사할 때 변호인 참여를 허용하는 것은 외국인으로서의 특수성을 인정하거나 자국에서의 형사절차에 준하는 권리를 보장하기 위하여 특별규정을 둔 것으로서, 그 결과 우리 국민이 미군 등과 다른 처우를 받는다고 하여 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 적법성에 관한 판단

(1) 청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구할 당시 이미 이 사건 행위의 대상이 된 피청구인의 사실행위(피의자신문)가 종료되었고 이로써 청구인이 주장하는 기본권의 침해도 종료되었기 때문에, 이 사건 심판청구가 인용된다 하더라도 청구인의 주관적 권리구제에는 도움이 되지 아니한다고 할 수 있다.

(2) 그러나 이 사건 심판청구를 통하여 청구인들이 다투고자 하는 것은, 헌법상 보장된 ‘변호인의 조력을 받을 권리’가 신체구속을 당하지 아니한 피의자의 신문에 변호인이 참여할 권리를 함께 포함하는지의 여부이고, 이러한 문제는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’라는 기본권의 보호범위에 관한 근본적인 문제로서 위헌 여부의 해명이 헌법적으로 중요한 의미를 가지고 있는 사안이라 할 수 있다. 따라서 비록 헌법소원의 대상이 된 이 사건 행위로 인하여 빚어진 위헌·위법상태는 이미 종료되었지만 그의 위헌 여부를 확인할 필요가 있으므로, 이 사건 헌법소원은 심판청구의 이익이 있어 적법하다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 367; 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675,

688 참조).

나. 본인에 관한 판단

(1) ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 헌법적 근거

헌법은 제12조 제4항에서 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.”고 규정하고, 제12조 제5항 제1문에서 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.”고 하여 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 헌법상 기본권으로서 명시적으로 언급하고 있다. 헌법 제12조 제4항 본문은 ‘변호인’의 조력을 받을 권리에 대하여, 같은 항 단서는 ‘국선변호인’의 조력을 받을 권리에 대하여 각 규정하고 있음은 명백하고, 위 ‘변호인’의 조력을 받은 권리가 수사의 개시에서부터 판결의 확정시까지 존속한다는 점에 관하여는 의문이 없다. 그리고 기소된 피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 국가로 하여금 법률이 정하는 바에 따라 ‘국선변호인’의 조력을 받을 수 있도록 함으로써, 형사피고인의 경우 변호인의 조력을 받을 권리가 단순한 사적 권리일 뿐만 아니라 일정한 경우에는 공적 의무에 해당됨을 천명하고 있다.

그런데 헌법 제12조 제4항 본문은 ‘체포 또는 구속을 당한’ 경우에 변호인의 조력을 받을 수 있다고 규정하고 있다. 그러므로 불구속 피의자·피고인의 경우는 변호인의 조력을 받을 수 있는 범위에서 제외되는지가 문제될 수 있다. 그러나 위 조항이 ‘체포 또는 구속을 당한 경우에만’ 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 취지는 아니다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 우리 헌법의 기본질서 중 하나인 법치국가원리는 법에 따른 국가권력의 행사 및 위법한 국가권력의 행사에 대한 효과적인 권리구제제도의 완비를 요구하고 있다. 형사절차에서 효과적인 권리구제절차는 피의자·피고인을 형사절차의 단순한 객체로 삼는 것을 금지할 뿐만 아니라, 평등원칙을 그 지도이념으로 하여 절차상 무기 대등의 원칙에 따라 권리구제절차가 구성될 것을 요구한다. 이에 따라 헌법과 현행 형사법은 ‘무기 대등의 원칙’을 실현하기 위하여 피의자·피고인으로 하여금 절차의 주체로서 자신의 권리를 적극적으로 행사하게 함으로써 국가권력의 형벌권행사에 대하여 적절하게 방어할 수 있는 여러 가지 수단과 기회를 보장하고 있으며, 그 중 가장 실질적이고 효과적인 수단이 변호인의 조력을 받을 권리이다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권

리의 가장 기초적인 구성부분은 변호인선임권이라고 할 것인데, 이는 구속 여부를 떠나 모든 피의자·피고인에게 인정되어야 함은 법치국가원리, 적법절차원칙에 비추어 당연하다.

둘째, 헌법 제12조 제4항은 본문과 단서로 이루어져 있는데, 일반적으로 단서규정은 본문규정 중 특별히 제외하는 영역을 설정하거나 본문 이외에 특별히 추가하고자 하는 영역을 포함하고자 할 때 사용된다. 그런데 헌법 제12조 제4항 단서는, 국선변호인의 조력을 받을 권리에 관하여는 (구속 여부를 불문하고) 피고인에게만 이를 보장하고 있으므로, 그 본문인 (사선)변호인의 조력을 받을 권리는 (구속 여부를 불문하고) 피의자·피고인 모두에게 인정됨을 전제로 하는 규정이라고 해석해야만 본문과 단서의 관계가 자연스럽고 논리적이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문이 ‘체포 또는 구속을 당한’ 경우 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 규정한 것은 불구속 피의자·피고인에 대한 변호인의 조력을 받을 권리를 배제하기 위해서가 아니라 이를 전제로 하여 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 특별히 더 강조하기 위한 것이라고 보아야 한다.

결국 우리 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다고 할 것이다.

(2) ‘변호인의 조력을 받을 권리’의 보호영역

(가) 변호인의 조력을 받을 권리란 국가권력의 일방적인 형벌권행사에 대항하여 자신에게 부여된 헌법상, 소송법상의 권리를 효율적이고 독립적으로 행사하기 위하여 변호인의 도움을 얻을 피의자·피고인의 권리를 의미한다.

이러한 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점은 변호인선임권에 있고, 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기초적인 구성부분으로서 법률로써도 제한할 수 없다. 그리고 변호인선임권에서 나아가 변호인의 조력을 받을 권리가 구체적으로 어떠한 내용을 포함하는가, 그러한 권리가 헌법의 위 조항상 막바로 도출될 수 있는지 아니면 구체적인 입법형성이 있어야 비로소 부여되는지의 문제는 형사절차에서 변호인의 역할과 기능의 관점에 의하여 결정된다.

형사절차에서의 변호인은 피의자·피고인이 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 스스로 방어하는 것을 지원하는 조력자로서의 역할과 피의자·피고인에게 유리하게 형사절차에 영향을 미치고 피의자·피고인의 권리가 준수되는지를 감시·통제하는 역할을 담당하고 있다. 변호인의 위 역할 중 보다 중요한 것은 조력자로서의 역할이고, 이를 수행하기 위한 구체적인 권리는 입법형성이 있어야 비로소 부여되는 것이 원칙이다. 이에 형사소송법은 변호인을 통하여 수사기록을 포함한 소송기록, 증거물을 열람하고 등사할 수 있는 권리, 증거보전을 청구할 권리 및 기타 증거자료를 수집할 권리, 그리고 이에 대한 검토 결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리 등 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적 내용을 자세하게 규정하고 있다.

그러나 위와 같은 구체적인 권리의 행사는 모두 변호인선임 후 변호인과의 접견을 통한 조언과 상담이 보장되어야만 이루어질 수 있다. 피의자·피고인이 변호인의 조언과 상담을 구할 수 없다면 위와 같은 구체적인 권리의 행사는 불가능하거나 간과될 수 있고, 나아가 잘못 행사되어 결과적으로 변호인의 조력을 받을 권리 자체의 존재의의를 훼손할 수 있기 때문이다. 따라서 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이 되고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제조건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이다.

헌법재판소는 이미 “변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니”라고 밝힌바 있다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 60-61). 이는 구속 피의자에 대한 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 것이기는 하나 불구속 피의자·피고인의 경우도 마찬가지이다. 왜냐하면, 불구속 피의자·피고인의 경우 수사 및 재판과정에서 언제든지 퇴거하여 변호인의 조언과 상담을 얻을 수 있으므로 이를 별도로 허용하는 규정을 둘 필요가 없는 반면에 구속 피의자·피고인의 경우 임의퇴거가 불가능하므로 형사소송법이 변호인과의 자유로운 접견·교통권을 인정하는 규정을 명문화함으로써 이를 보장하고 있는 점에서 차이가 있을 뿐, 우리 헌법이 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적

인 내용으로서 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 구속 여부를 불문하고 보장하고 있기 때문이다.

다시 말하면, 불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여(예컨대, 변호인 사무실에 찾아가) 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 그렇다면, 불구속 피의자가 피의자신문시 조언과 상담을 구하기 위하여 자신의 변호인을 대동하기를 원한다면, 수사기관은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다고 할 것이다.

다만, 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 조언과 상담을 받을 수 있는 권리가 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용으로 형사절차에 직접 적용된다 하더라도, 위 조언과 상담과정이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 경우 등에까지 허용되는 것은 아니다. 왜냐하면, 조언과 상담을 통한 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 ‘적법한’ 조력을 받을 권리를 의미하는 것이지 위법한 조력을 받을 권리까지도 보장하는 것은 아니기 때문이다.

(나) 피청구인은, 형사소송법 제243조에서 피의자신문시 참여하여야 하는 자에 변호인을 포함시키지 않았고, 그 밖에 변호인의 참여를 적극적으로 보장하거나 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로 피의자의 구속 여부를 불문하고 수사기관이 피의자신문시 변호인을 참여하게 해야 할 의무를 부담하는 것은 아니라고 주장한다.

살피건대, 형사소송법 제243조는 “검사가 피의자를 신문함에는 검찰청수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고, 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관리를 참여하게 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 위 조항은 피의자신문시 의무적으로 참여하여야 하는 자를 규정하고 있을 뿐 적극적으로 위 조항에서 규정한 자 이외의 자의 참여나 입회를 배제하고 있는 것은 아니다. 왜냐하면 위 조항의 입법취지는 조서기재의 정확성과 신문절차의 공정성을 담보하기 위하여 수사기관 스스로 준수해야 할 의무를 규정한

것일 뿐 변호인의 조력을 받을 권리를 포함하여 피의자·피고인에 대하여 절차법상의 권리를 제한하기 위한 것이 아니기 때문이다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문서 변호인의 조언과 상담을 원한다면, 앞서 본 바와 같은 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다.

(3) 이 사건 행위의 위헌 여부

이 사건에 관하여 보건대, 피청구인은 청구인들이 조언과 상담을 구하기 위하여 한 피의자신문서 변호인의 참여 요구를 거부하면서 그 사유를 밝히지도 않았고, 그에 관한 자료도 제출하지도 않았다. 따라서 아무런 이유 없이 피의자신문서 청구인들의 변호인과의 조언과 상담요구를 제한한 이 사건 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면, 청구인들의 기본권을 침해한 피청구인의 이 사건 행위는, 청구인들 주장의 평등권 침해 여부에 관하여 나아가 판단할 필요 없이 취소되어야 할 것이나, 그 행위로 인하여 초래된 위헌적 상태가 이미 종료되었으므로 이를 취소하는 대신 위 행위가 위헌임을 확인하는 선언을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 권 성, 재판관 이상경의 별개의견과, 아래 6.과 같은 재판관 김영일의 반대의견 및 아래 7.과 같은 재판관 송인준, 재판관 주선희의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 권 성, 재판관 이상경의 별개의견

우리는 다수의견과 결론은 같이 하지만 이유에 있어서 달리 생각하는 바가 있어 이를 밝혀두고자 한다.

가. 불구속 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법상의 근거

(1) 헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고, 헌법 제12조 제5항 제1문은 “누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

이에 따라 헌법재판소와 대법원은 체포 또는 구속을 당한 피의자·피고인이 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법 제12조 제4항 본문에서 직접 도출하고

있다(헌재 1991. 7. 8. 89헌마181, 판례집 3, 356, 367-368; 1992. 1. 28. 91헌마 111, 판례집 4, 51, 59-61; 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 106-107; 대법원 2003. 11. 11. 2003모402).

비록 헌법 제12조 제4항 본문, 제5항 제1문이 변호인의 조력을 받을 권리의 주체로 체포 또는 구속을 당한 자만을 열거하고 있으나, 이는 특히 신체구속을 당한 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조한 것일 뿐, 불구속 피의자를 변호인의 조력을 받을 권리의 주체에서 제외하고 있는 것은 아니다. 기본권의 경합 또는 기본권의 상충의 문제를 해결하는 경우를 제외하고는, 기본권을 보장하기 위한 헌법의 명시적인 규정을 다른 사람의 기본권을 제한하는 근거로 삼을 수는 없기 때문이다.

(2) ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 신체의 자유와 밀접한 관련이 있는 기본권으로 세계 여러 나라의 역사적 경험에 따라 더 이상 국가의 시혜적인 절차형성에 달려 있는 권리가 아니라 최대한 보장되어야 하는 권리로 자리잡았으며, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제3항 (b), (d)에서도 모든 사람의 주관적 공권으로 규정하고 있다. 헌법 제10조 제2문은 개인의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 최대한 보장할 국가의 의무를 규정하고 있으며, 헌법 제37조 제1항은 헌법에 명시적으로 규정되지 아니한 자유와 권리라도 인간의 존엄과 가치를 위하여 필요한 것일 때에는 모두 보장한다는 것을 천명하고 있고(헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43, 판례집 14-1, 49, 57), 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권의 내용으로 일반적 행동자유권이 인정된다. 이러한 점에 비추어 헌법을 체계적으로 해석할 때, ‘불구속 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리’는 헌법상의 불가침의 기본적 인권이라고 할 것이다.

따라서 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 신체의 자유를 실질적으로 보장받기 위하여 피의자가 변호인으로부터 조력을 받는 것에 국가가 개입·간섭하지 않을 것을 요구하는 권리이며, 국가의 침해를 배제할 것을 청구할 수 있는 기본권이라고 할 것이고, 입법자가 제도의 내용과 형태를 구체적으로 형성한 다음에야 비로소 보장받는 권리라고 할 것은 아니다.

(3) 불구속 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리는 적법절차의 원칙으로부터도 인정된다. 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에 광범위하게 적용되는 헌법원리로서, 절차가 형식적 법률로 정하여지고 그 법률에 합치하여야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어

야 하는 것으로, 특히 형사소송절차에 있어서는 형벌권의 실행절차 전반을 기본권 보장의 측면에서 규율하여야 한다는 기본원리이다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 819). 신체의 자유는 정신적 자유와 함께 모든 기본권의 기초가 되는 것임에도 역사적으로 국가에 의하여 특히 형벌권의 발동형식으로 침해되어 온 예가 많으므로 헌법은 제12조 제1항에서 적법절차의 원칙을 선언한 후 같은 조 제2항 내지 제7항에서 적법절차의 원칙으로부터 도출될 수 있는 내용 가운데 특히 중요한 몇 가지 원칙을 열거하고 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 355-356; 1997. 3. 27. 96헌바28등, 판례집 9-1, 313, 319-320 등 참조).

이러한 헌법 제12조의 체계에 비추어 볼 때 형사절차 전반을 규율하는 원리로서의 적법절차의 원칙은 불구속 피의자가 수사를 받을 때에도 적용되어야 하는 원리이다. 헌법 제12조 제4항이 누구든지 체포 또는 구속을 당하면 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정한 것은 적법절차의 원칙 중에 특히 중요한 원칙이기에 명시적으로 규정한 것에 불과하다.

피의자가 형사절차에서 단순한 조사와 심리의 객체로 전락되지 않기 위해서는 수사절차에서의 실질적 진실발견도 적법절차에 의한 제한을 받지 않을 수 없으며 적법절차의 준수에 의해서만 국민의 기본적 인권이 보장될 수 있다. 체포 또는 구속되었는지 여부로 적법절차의 원칙이 적용되어야 할 형사피의자의 지위에 본질적인 차이가 발생하는 것은 아니며, 불구속 피의자의 경우에도 언제든지 구속될 수 있는 유동적인 상태에 있고, 불구속 피의자의 경우에도 자신에게 유리한 주장과 증거를 수집하고 불리한 주장이나 증거에 대하여 반박하기 위한 준비가 필요하며, 수사기관의 인권침해의 우려로부터 보호될 필요성이 있다.

(4) 또한 헌법 제27조가 규정하고 있는 재판청구권은 합헌적인 재판절차법과 실체법에 의한 재판을 받을 권리뿐만 아니라, 비밀재판을 배제하고 일반 국민의 감시 아래서 심리와 판결을 받음으로써 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 포함한다. 이 공정한 재판을 받을 권리 속에는 당사자가 공소사실에 대한 답변, 입증, 반증을 할 수 있는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820). 또한 우리 헌법의 기본질서 중 하나인 법치국가원리는 기본권의 보장을 위하여 국가권력의 행사에 대한 효과적이고 공정한 절차의 이념에 따른 권리구제제도의 완비를 요구한다.

이러한 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위해서는 수사단계에서부터 수사기관과 피의자 사이의 무기 평등의 원칙이 실현되어야 한다. 수사절차의 결과는 공판절차에서의 사실인정에 결정적인 영향을 미치며, 검사가 피의자를 공소제기하는 경우와 불기소처분하는 경우의 차이는 매우 크기 때문이다. 수사절차에서 변호인은 피의자의 방어권 행사를 돕는 보조자로서 무기 평등의 원칙을 실현하는데 있어서 필수적이다. 심리적으로 위축되어 있고 법률적 지식이 부족한 피의자가 수사단계에서 방어권을 제대로 행사하기 위해서는 법률전문가의 조력이 절실하며, 변호인의 조력을 통해서 피의자는 수사기관과 실질적으로 대등한 관계를 형성할 수 있고, 이를 통하여 적법절차의 보장과 공정한 재판을 받을 권리가 구체적으로 실현된다.

(5) 그렇다면, ‘불구속 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리’는 헌법 제10조, 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 ‘적법절차의 원칙’, 헌법 제12조 제4항, 헌법 제27조에서 규정하고 있는 ‘공정한 재판을 받을 권리’, 헌법 제37조 제1항, 법치국가원리의 한 요소인 ‘공정한 절차의 이념’ 등으로부터 도출되는 헌법상의 기본권으로, 국가권력에 대한 관계에서 최대한 보장되어야 할 권리이다.

나. 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’와 제한

(1) ‘불구속 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리’의 내용으로는 우선 ‘변호인을 선임할 권리’를 들 수 있다. 변호인을 자유롭게 선임할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점이자 본질적인 내용이라고 할 것이다.

다음으로 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자가 변호인을 통하여 피의사실에 대하여 실질적이고 효과적인 방어활동을 하는 것을 보장받을 권리라고 할 것이므로, 불구속 피의자는 변호인으로부터 자신의 상황을 파악하여 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실의 의미에 대한 설명을 듣고, 자신의 진술의 방법·정도·내용 등에 대하여 의견을 듣고, 진술거부권이나 서명날인거부권의 의미와 행사방법에 대한 조언을 받을 권리를 가진다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 59-60 참조).

나아가 불구속 피의자가 수사기관에서 피의자신문을 받으면서 변호인을 참여시킬 권리가 인정되는지가 문제된다.

(2) 대법원은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 권리에 대하여, 그러한 권리를 명문으로 인정한 법률조항은 없지만 헌법 제12조 제4항, 형사소송법 제89조, 제209조, 제34조의 규정에 비추어 볼 때, 구금된 피의자는

형사소송법 제209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 수사기관은 이를 거절할 수 없으며, 이러한 해석이 인신구속과 처벌에 관하여 적법절차주의를 선언한 헌법의 정신에 부합한다고 판시한 바 있다(대법원 2003. 11. 11. 2003모402).

불구속 피의자의 경우에도 법률이 명문규정으로 권리를 구체화하고 있는지 여부와 무관하게 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 가진다고 할 것이다. 신체의 자유를 보장하기 위한 헌법상의 기본권인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’는 그 기본권의 주체가 체포·구속되었는지 여부와 상관없이 동일한 성격을 가지며, 구속여부에 따라서 피의자신문의 성격이나 요건 등이 달라지지도 않기 때문이다.

변호인의 조력을 받을 권리는 피의자가 법률지식의 부족으로 인하여 수사기관의 수사에 대한 방어행위를 제대로 하지 못하여 무기 평등의 원칙에 어긋나는 결과를 방지하기 위하여 요청되는 것이며, 이러한 요청은 불구속 피의자가 피의자신문을 받을 때도 중단없이 계속될 필요가 있다.

(3) 피의자신문은 피의자의 임의의 진술을 듣는 절차이기는 하나, 수사기관이 범죄의 혐의를 받고 있는 피의자의 진술을 통하여 직접 증거를 수집하는 절차이며, 동시에 피의자가 자신에게 유리한 사실을 주장하는 기회이다. 수사절차에서 수사기관이 한 피의자신문의 결과는 수사의 방향을 결정하며, 공판절차에서 중요한 증거자료로 사용되므로, 피의자신문의 실질적·절차적 공정성은 피의자가 공정한 재판을 받을 권리와 밀접하게 관련된다.

또한 피의자신문을 통한 피의자의 자백이 중요한 수사방법으로 이용되고 있기에 그 과정에서 피의자의 인권이 침해당할 가능성이 크다. 그러한 인권침해의 요소를 방지하기 위하여 우리 법체계는 증거능력의 배제, 진술거부권의 고지, 수사관의 참여 등에 관한 많은 규정을 두고 있는 바이다(헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제200조 제2항, 제309조, 제243조, 제312조 등). 그러나 진술거부권 등이 규정되어 있다고 하더라도 실질적으로 피의자가 그 권리를 행사하지 못한다면 아무런 의미가 없으며, 증거능력의 배제는 피의자신문과정의 인권침해에 대한 사후적이고 간접적인 구제수단에 불과하다. 더구나 이러한 증거능력의 배제 등의 소극적인 방법은 공판절차에서는 사후적으로 기능할 여지가 있지만, 검사가 기소 여부를 결정하는 단계에서는 현실적으로 기대하기 어렵다.

따라서 밀실수사 등의 과정에서 발생할 수 있는 피의자의 기본권 침해우려

를 원칙적으로 방지하기 위해서도, 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’가 보장되어야 할 것이다.

(4) 매우 경미한 죄를 범한 피의자를 논외로 하면, 불구속 피의자는 피의자신문에서의 자신의 진술내용에 따라 장차 구속, 자유형의 선고 등으로 신체의 자유가 제한될 수 있다는 점에서, 이미 구속된 피의자 못지 않게 궁박한 상황에 놓여 있다고 할 것이다. 불구속 피의자라고 하더라도 피의자신문을 받는 도중에 진술을 거부하고 신문장소를 이탈하는 것을 사실상 기대하기 어렵고, 피의자신문과정에서 수사기관이 일방적으로 피의자의 진술의 진위를 적극적으로 추궁하는 경우가 엄연히 현존하고 있으므로, 신문장소에 출석한 불구속 피의자가 심리적으로 매우 위축되어 자신의 주장을 충분히 펼치지 못할 위험성이 존재한다. 수사절차에서의 피의자신문의 의미가 피의자의 체포·구속 여부에 따라 달라지지 않는다고 할 것이므로, 피의자신문과정에서 불구속 피의자와 구금된 피의자의 상황은 동일하다. 따라서 불구속 피의자에게도 체포·구속된 피의자 못지 않게 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’가 절실하게 요청된다.

나아가 구금된 피의자에 비하여 불구속 피의자는 범죄혐의가 적거나, 죄질이 가볍거나, 증거인멸이나 도주우려가 낮은 경우가 많을 것이므로, 현행 수사절차에서 구금된 피의자에게 인정되고 있는 권리는 마땅히 불구속 피의자에게도 인정되어야 할 것이다.

(5) 피의자신문조서에 기재된 불구속 피의자의 진술이 검사의 기소여부의 결정 및 형사재판의 결론 형성에 중대한 영향을 미침에도 불구하고, 피의자는 법률적 지식의 부족으로 피의자신문과정에서 방어권을 실질적으로 행사할 수 없는 위험성이 있다는 점도, 불구속 피의자가 법률전문가인 변호인으로부터 조력을 받아야 하는 근거가 된다.

불구속 피의자는 피의사실에 대한 법률적 평가 이전에 사회 일반인의 생활 경험을 기준으로 과거의 사실을 회상하여 진술하는 반면, 법률전문가인 검사는 피의자신문의 질의응답과정에서 범죄의 구성요건에 해당하는지 여부 등의 법률적 판단에 필요한 진술을 유도할 수도 있다. 특히 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별 및 목적, 경향, 불법영득의사 등과 같은 주관적 구성요건요소가 범죄의 성립에 요구되는 범죄에 있어서는 불구속 피의자가 과거의 사실을 재구성하면서 별다른 생각없이 진술한 내용이 법률적으로는 유죄와 무죄를 좌우하거나, 무거운 법정형으로 벌하는 가중된 범죄구성요건에 해당하는지

여부를 결정하는 중요한 증거자료로 사용될 수도 있다. 따라서 피의자신문에서 불구속 피의자가 자신의 진술의 법적 의미를 정확히 알기 위하여 법률전문가인 변호인의 적절한 조력을 받을 것이 요청된다.

헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차에 의한 형사처벌의 원칙은 절차가 법률로 정하여져야 할 뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것을 뜻하고, 형사소송절차 전반에 대하여 형사피고인 등의 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성·유지할 것을 요구하고 있다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-877; 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 259; 1998. 7. 16. 97헌바22, 판례집 10-2, 218, 226 참조).

따라서 수사절차에서 피의자가 단순한 수사의 객체로 다루어진다면 헌법적 요청인 적법절차원칙이 준수되었다고 할 수 없다. 피의자신문과정에 피의자가 변호인을 참여시키는 것은, 검사와 수사관의 질문 및 자신의 진술의 법적 의미를 제대로 이해하고, 유도신문 등의 인권침해를 예방하여 피의자의 방어권 행사를 실질적으로 적절하게 하기 위한 것이며, 헌법의 적법절차원칙 및 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

(6) 이와 같이 불구속 피의자의 진술거부권 등의 행사를 실질적으로 보장하고, 피의자신문과정의 기본권 침해 우려를 예방하고, 구속된 피의자 못지않게 공박한 상황에 놓여 있는 불구속 피의자를 보호하며, 법률전문가의 조력을 필요로 하는 피의자가 방어권을 실질적으로 행사할 수 있도록, 불구속 피의자에게도 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 보장하여야 하며, 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용이라 할 것이다. 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’는 수사절차에서 사전적·직접적으로 무기 평등의 원칙 및 피의자의 방어권 보장을 실현하여 헌법의 적법절차원칙 및 공정한 재판을 받을 권리의 보장을 구현한다.

(7) 다만 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’의 행사에도 일정한 제한을 할 수 있으나, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 이루어져야 하며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

그런데 형사소송법을 비롯한 현행 법률에는 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 제한하는 규정을 어디에도 두고 있지 않다. 다

만 검찰의 ‘변호인의 피의자신문 참여 운영 지침’ 및 경찰청의 ‘피의자 신문과정에 변호인의 참여를 보장하는 지침’에 수사의 중대한 지장을 초래할 경우 변호인의 신문참여를 제한할 수 있다는 규정을 두고 있을 뿐이다.

(8) 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 제한하는 공익으로는, 피의자가 자백을 하지 않을 우려 등을 배제하여 수사기관이 실제적 진실을 발견하는 공익, 수사비밀의 노출 등을 방지하는 수사활동의 합목적성, 효과적인 형사소추의 이익, 공범 기타 사건관계인의 도주나 증거인멸의 방지, 피해자나 참고인의 생명 및 신체의 안전 보장 등이 들어진다.

그런데 불구속 피의자의 경우에는 피의자 자신도 피의자신문철차가 종료된 다음에는 일상생활을 계속한다. 따라서 불구속 피의자 본인이 공범 기타 사건관계인의 도주나 증거인멸, 피해자나 참고인의 생명 및 신체의 위협 등을 할 위험이 이미 있으므로, 변호인의 참여를 굳이 제한함으로써 얻을 수 있는 공익이 모든 경우에 명백하거나 제한받는 권리보다 큰 것은 아니다. 불구속 피의자의 경우에도 긴급체포의 가능성이 있음을 들어 위의 공익을 강조하는 견해가 있을 수 있으나, 불구속 피의자를 피의자신문과정에서 긴급체포할 수 있는 가능성은 오히려 체포·구속 여부와 무관하게 모든 피의자에게 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’가 보장되어야 할 필요성이 있음을 지적하는 논거가 된다고 할 것이다.

또한 수사기관의 인권침해가 무리하게 피의자의 자백을 얻기 위한 수사관행에서 비롯된 점 및 자백의 임의성을 확보하기 위한 헌법 및 형사소송법 상의 증거법칙을 감안할 때 수사기관의 자백획득의 곤란을 들어 피의자의 변호인참여요구권을 제한하는 것은 기본권제한의 정당한 이유가 되기 어렵다.

(9) 따라서 수사기관의 실제적 진실 발견, 공범 기타 사건관계인의 도주나 증거인멸의 방지, 피해자나 참고인의 생명 및 신체의 안전 등의 공익을 들어, 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 제한하는 것이 모든 경우에 일반적으로 정당화된다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

구체적인 사정에 따라 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’와 다른 공익과의 신중한 법익형량을 한 이후에 공익의 요청이 더 클 때에 한하여 필요한 최소한의 한도에서 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 제한하는 경우에만 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

다. 이 사건 행위의 위헌여부

(1) 청구인들은 피청구인의 이 사건 행위로 인하여 변호인을 참여시켜 조력을 받지 못하고 피의자신문을 받았으며, 그러한 피의자신문조서에 기재된 청구인들의 진술은 수사와 재판절차에서 증거자료로 채택되었다. 따라서 피청구인의 이 사건 행위는 청구인들의 변호인 참여요구권을 제한하고 있는바, 그러한 제한을 정당화할 만한 공익이 있는지가 문제된다.

(2) 청구인들의 피의사실은 공직선거및선거부정방지법위반 또는 명예훼손 혐의와 관련된 사안으로, 표현의 자유, 선거운동의 자유, 참정권 등 헌법상의 중요한 기본권의 한계 및 제한이 문제되는 것이었다. 그런데 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항은 ‘선거운동’을 ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위’라고 규정하고 있는바, 헌법재판소는 “선거운동은 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위로 한정되고, 단순한 의견개진 등과 구별되는 개별적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표·낙선에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33-34; 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 274; 2004. 5. 14. 2004헌나1, 공보 93호, 588).”라고 판시한 바 있다. 대법원도 “공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432)”이라고 판시하고 있다.

즉 청구인들의 피의사실이 유죄로 인정되기 위해서는 ‘당선 내지 득표·낙선에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성’ 등의 표지가 인정되어야만 하는 것이었다. 따라서 이 사안의 청구인들은 피의자신문에서 피의사실에 대한 자신의 진술이 법률적으로 어떤 의미를 가지는지를 정확히 알고 진술하여, 방어권 행사를 실질적으로 보장받기 위하여 변호인의 적절한 조력을 받을 필요성이 매우 큰 경우라 할 것이다.

또한 청구인들의 자격이나 사회적 경력과 무관하게 수사기관에 출석한 피의자로서 청구인들이 심리적으로 위축되었을 우려도 존재한다.

(3) 반면 이 사안에서 청구인들의 행위는 공개적으로 이루어지고 신문 방송을 비롯한 여러 언론매체에서 계속 보도하여 왔으므로 청구인들의 피의자신문에 변호인을 참여시킨다고 하더라도 실제적 진실발견을 방해하거나 증거

를 인멸할 위험이 높지 않고, 청구인들의 피의사실의 특성상 피해자나 참고인의 생명·신체의 안전 등의 법익을 해칠 가능성이 거의 없는 등, 피청구인이 이 사건 피의자신문에 변호인참여를 제한하여 달성하고자 하는 공익이 청구인들이 제한받는 기본권에 비하여 더 크다고 하기 어려워, 기본권침해를 정당화하기에 부족하다.

(4) 또한 앞에서 살핀 바와 같이 형사소송법 등 법률로 불구속 피의자가 ‘피의자신문에 변호인을 참여시킬 권리’를 제한하는 규정을 두고 있지 아니하므로, 피청구인의 이 사건 행위는 기본권 제한의 형식적인 측면에서도 헌법에 위반된다.

(5) 따라서 피청구인이 정당한 사유를 제시하지 않고 청구인들이 피의자신문절차에 변호인을 참여시키려는 것을 원천적으로 막은 이 사건 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리와 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 것이다.

라. 결 론

그렇다면 청구인들의 기본권을 침해한 피청구인의 이 사건 행위는 취소되어야 할 것이나 그 행위가 이미 종료되었으므로 이를 취소하는 대신 위 행위가 위헌임을 확인하는 선언을 하여야 한다고 생각되므로 그 이유를 밝히는 바이다.

6. 재판관 김영일의 반대의견

나는 이 사건 위헌확인청구를 인용하는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 다수의견의 법리에 대하여

(1) 다수의견은, 법치국가원리에 기초한 무기대등의 원칙과 적법절차원칙을 첫 번째 근거로 하고, 예외조항인 헌법 제12조 제4항 단서가 구속여부를 불문하고 적용되므로 그 원칙조항인 같은 항 본문도 구속여부를 불문하고 적용된다는 것을 두 번째 근거로 하여, 구속여부와 관계없이 모든 피의자·피고인에게 변호인의 조력을 받을 헌법적인 권리가 인정된다고 하면서, 이 변호인의 조력을 받을 권리에는 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 권리가 포함되고, 이 권리는 구체적인 입법이 없더라도 인정된다고 한다.

(2) 변호인의 조력을 받을 권리 특히, 그 중에서도 이 사건에서 문제된 변호인참여요구권은 절차적 권리에 해당한다. 이러한 절차적 권리는 본질적으로 청구권적 기본권의 성질을 가지고 있다. 절차적 권리인 변호인참여요구권

에 대한 보장이 강할수록 실체적 권리인 신체의 자유 등 자유권의 보장이 고 양되는 것은 사실이지만, 실체적 권리와 이를 보장하기 위한 절차적 권리는 엄연히 구분되어야 하는 것으로서, 자유권을 보장하기 위한 수단적 권리인 변호인참여요구권을 자유권과 동일시하거나 혼동하여서는 아니된다.

이처럼 변호인참여요구권은 절차적 권리로서 청구권적 기본권의 성격을 가지고 있기 때문에, 자유권적 기본권이 구체적인 명문의 규정이 없더라도 인정될 수 있는 것과는 달리, 변호인참여요구권이 불구속피의자에게도 헌법상의 권리로 인정되려면 그에 관한 명문의 규정이 있다든가 명문의 규정이 없더라도 그 관련조항들의 유추에 의하여 그러한 권리가 인정된다는 해석이 가능한 경우라야만 한다.

다수의견은 헌법 제12조 제4항 본문이 근거가 되는 헌법규정에 해당한다는 취지로 보인다. 그러나 헌법 제12조 제4항 본문은 명백히 “체포 또는 구속을 당한 때”에 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하고 있을 뿐, 불구속 피의자에게도 그러한 권리가 있는지 여부에 관하여는 밝히지 아니하고 있음이 명백하다.

다수의견은 헌법 제12조 제4항이 “체포 또는 구속을 당한 때”라고 한 것은 이러한 차이를 고려하여 체포·구속된 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조한다는 의미를 가질 뿐이라는 취지이다. 그러나 위 표현이 중요성을 강조하기 위한 것일 뿐 대상의 제한을 의미하지는 않는다는 것은 다수의견의 입장에서 위 조항을 무리하게 해석하려 한 것일 따름이지, 위 조항 문언의 자연스런 해석이라고는 도저히 생각되지 아니한다.

만일 다수의견과 같이 헌법 제12조 제4항 본문을 구속여부를 불문하고 적용되는 규정으로 할 취지였다면, “모든 피의자·피고인은 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하면 되었을 것이고, 이것이 더욱 간명한 표현이 될 터인데, 다수의견에 의할 때, 법적 효력에 차이도 없는 구속피의자·피고인의 경우와 불구속피의자·피고인의 경우를 굳이 구별하여 전자의 경우에만 헌법규정에 명시할 하등의 이유가 없다. 특별히 강조하기 위하여서였다면, 이미 그 권리의 보장을 헌법에 의하여 명확히 한 위에 추가로 강조규정을 두는 것이 순리이지 권리의 보장에 관하여 명시하지도 아니하고 강조규정만을 둔다는 것은 아무래도 부자연스럽다고 하지 않을 수 없다.

다수의견은 본문과 단서의 일반적인 관계상 헌법 제12조 제4항 단서가 구속여부를 불문하고 적용되므로 같은 항 본문도 구속여부를 불문하고 적용되

어야 한다는 취지이고, 이는 본문과 단서의 적용영역이 같아야 한다는 것을 전제로 하고 있다. 그러나 다수의견과 같은 논리라면, 헌법 제12조 제4항 단서가 국선변호인에 관하여 규정하고 있으므로 같은 항 본문도 국선변호인에 관한 사항을 이미 포함하고 있어야 하므로 같은 항 본문의 ‘변호인’에는 국선변호인과 사선변호인을 모두 포함한다는 결론에 이르게 되는데, 이는 위 ‘변호인’을 ‘(사선)변호인’으로 이해하고 있는 다수의견 스스로와 모순이 된다. 그러므로 헌법 제12조 제4항의 본문과 단서의 관계를 다수의견과 같이 볼 것은 아니다.

오히려 우리 헌법 제12조 제4항의 명문규정은 체포·구속을 당한 경우와 형사피고인의 경우만을 언급하고 있다. 이러한 법문의 취지는, 우리 헌법이 그 입헌 당시에 불구속피의자와 체포·구속피의자 및 형사피고인을 개념상 구분하고 그 중 체포·구속피의자와 형사피고인에 대하여만 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 보장하고 불구속피의자에 대하여는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 헌법적 차원에서는 보장하지 않는다는 취지를 천명한 것으로 보아야 한다.

나아가 헌법 제12조 제4항이 불구속피의자의 경우에 유추적용될 수 있는지에 관하여 본다.

수사기관의 신문을 받는 피의자는 구속여부에 관계없이 공통된 지위에 있는 측면이 있는 것이 사실이기는 하나, 그 신문절차에 있어서 불구속피의자가 처하게 되는 법적인 상황은 체포·구속된 피의자나 피고인 등의 법적인 상황과 본질적으로 상이하기 때문에 헌법 제12조 제4항 등을 불구속피의자에 대해서까지 함부로 유추적용할 수는 없다. 만약 불구속피의자에 대하여 변호인의 조력을 받을 수 있는 권리가 명문으로 규정되어 있고 체포·구속된 피의자에 대하여는 규정이 없다면, 성질에 반하지 않는 한 그것을 체포·구속된 피의자에게 유추적용할 수 있을 터이지만, 반대로 체포·구속된 피의자나 피고인 등에 대하여 둔 명문규정을 불구속피의자에 대해서까지 특별한 사정이 없이 유추적용할 수는 없다. 성문헌법인 우리헌법에서 불구속피의자와 체포·구속피의자 및 형사피고인의 개념을 명확하게 구분하여 그 중 체포·구속피의자와 형사피고인에 대하여만 명문의 규정을 둔 것을, 단지 그 필요성이 간절하다는 이유로 불구속피의자에게 유추적용할 수는 없는 것이다. 명문규정을 보아 규정에 없는 것은 없는 것으로 그쳐야 한다.

한편, 법치국가원리나 적법절차원칙과 같은 추상적 원리로부터 구체적인

헌법적 권리를 도출하기 위하여서는 그 최소한의 요건으로 그와 같은 도출이 다른 헌법의 명문규정과 모순되지 않아야 함이 요구된다. 그런데 위에서 본 바처럼 헌법 제12조 제4항의 의미는 불구속피의자에 대하여는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법적 차원에서 보장하지는 않겠다는 것이므로, 위와 같은 권리를 추상적인 헌법원리로부터 도출하는 것은 위 명문규정과 모순되어 허용될 수 없다.

(3) 이처럼 불구속피의자가 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법적 기본권이라고 할 수는 없는 것이지만, 가사 이와 같은 권리가 헌법적 권리라고 한다고 하더라도 다수의견에는 논리의 비약이 있다.

다수의견은 피의자에 대한 조언과 상담을 통하여 이루어지는 조력자로서의 기능은 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고 이 조력을 받기 위하여 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리는 구체적인 형사소송법의 명문 규정이 없더라도 인정된다는 취지이다.

생각건대, 어떠한 권리의 내용이 당해권리의 핵심이라고 할 수 있으려면 그것이 부인되면 당해권리의 존재 자체가 부인되거나 그 존재가 무의미해지는 경우여야 한다. 그런데 변호인의 존재를 보장하는 변호인선임권 및 변호인과의 접견교통권이 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심이라고는 할 수 있으나, 나아가 변호인을 통한 진술권, 변호인을 통한 기록열람권, 변호인참여요구권과 같은 것은 비록 그것이 변호인의 조력을 받을 권리를 풍성하게 하는 것은 될 수 있을지언정, 그 결여가 변호인의 조력을 받을 권리의 존재 자체를 부인하거나 무의미하게 하는 것이라고는 하기 어려우므로, 변호인참여요구권이 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심이라고 하는 전제에 선 다수의견에는 찬동하기 어렵다.

(4) 다수의견은 필경 불구속피의자에 대한 변호인참여권의 보장이 개인의 인권보장에 바람직하다는 목적론에 치우쳐 헌법의 체계적 해석을 그르치고 논리의 비약에 이른 것이 아닌가 매우 의심스럽다. 어떠한 것이 바람직하다는 것과 그것이 우리 헌법상 보장된다는 것은 엄격히 구별되어야 하는 것일 뿐, 대강 석연치 아니한 개념을 끌어 모아 헌법상 보장되는 것으로 판단하는 것은 그것과 그 개정의 필요성을 혼동하는 것에 불과하다.

나. ‘평등권’을 침해한다는 청구인들의 주장에 대하여

청구인들은 주한미군 등에 대하여는 ‘대한민국과아메리카합중국간의상호방위조약제4조에의한시설과구역및대한민국에서의합중국군대의지위에관한협정(

이하 ‘한미행정협정’이라고 한다)’에 의하여 ‘자신의 변호를 위하여 자기가 선택하는 변호인을 가질 권리’가 보장되는데, 청구인들에 대한 피의자신문시에 변호인참여요구권을 보장하지 않은 것은 청구인들의 평등권을 침해하는 것이라는 취지로 주장한다.

살피건대, 대한민국이 주한미군 등에 대한 형사재판권을 행사할 경우 적용되는 한미행정협정 제22조 제9항 (마)호는 ‘자신의 변호를 위하여 자기가 선택하는 변호인을 가질 권리’를 보장하고 있으나, 이는 ‘공소가 제기되는 때’에 적용되는 규정이고, 위 조항에 관련된 한미행정협정의 합의의사록에는 ‘변호인의 조력을 받을 권리는 체포 또는 구금되는 때로부터 존재한다.’고 되어 있으므로, 한미행정협정이 모든 불구속피의자에 대하여 변호인참여요구권을 보장하고 있다고 하기도 어렵다.

보다 근본적으로 보건대, 평등권은 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하는 경우에 문제되는 것이다. 그런데 한미행정협정은 대한민국에 주둔하는 외국군대의 특수성과 외교관계 등을 고려하여 대한민국과 아메리카합중국 사이에 이루어진 협정이고, 주한미군 등에 대한 규율은 이러한 협정에 의하여 하는 반면, 청구인들에 대한 규율은 국내법에 의하여 하는 것이어서, 양자가 본질적으로 동일하다고 할 수 없다. 그러므로 양자의 본질적 동일성을 전제로 하는 청구인들의 위 주장은 더 나아가 불 필요도 없이 이유없다.

다. 결 론

따라서 청구인들의 이 사건 청구는 이유 없으므로, 나는 다수의견에 반대하여 이를 기각해야 한다고 보는 바이다.

7. 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 행위가 헌법에 위반되지 않는다고 생각하므로, 그 이유를 다음과 같이 밝힌다.

가. 불구속피의자의 피의자신문시 변호인 참여요구권의 법적 성격

(1) 다수의견은 “형사절차에서 변호인은 피의자·피고인이 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 스스로 방어하는 것을 지원하는 조력자로서의 역할과 피의자·피고인에게 유리하게 형사절차에 영향을 미치고 피의자·피고인의 권리가 준수되는지를 감시·통제하는 역할을 담당하고 있는바, 이러한 변호인의 역할 중 보다 중요한 것은 조력자로서의 역할이고 이를 수행하기 위한 구체적인 권리는 입법형성이 있어야 비로소 부여되는 것이 원칙이나, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내

용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것"이라고 하면서, 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구할 권리, 즉 "피의자신문시 변호인 참여요구권"은 헌법에서 막바로 도출된다는 논리를 전개하고 있다.

(2) 그러나 이 사건에서 문제된 불구속피의자의 피의자신문시 변호인 참여요구권은 '어떠한 경우에 어느 정도로 보장되는지'에 관한 입법자의 구체적인 결정이 없이는 그 내용이 정해질 수 없는 절차적 기본권이다. 절차적 기본권 또는 청구권적 기본권은 입법자의 구체적 형성 없이는 개별 사건에 직접 적용할 수 없다는 특성을 가지고 있으며, 이는 헌법의 기본이론이다. 국가로부터 일정한 행위를 요구하는 청구권은 단지 내용적으로 확정된 범위내에서만 보장될 수 있으므로, 청구권이 법적으로 관철될 수 있는 개인의 주관적 권리로서 보장되기 위해서는 무엇을 청구할 수 있는가 하는 것이 그 내용과 범위에 있어서 확정되어야 하는데, 청구의 대상은 헌법 차원에서 스스로 정의될 수 있는 것이 아니라 입법자에 의한 구체적 형성을 필요로 하는 것이다.

그럼에도 다수의견의 견해대로 불구속피의자의 피의자신문시 변호인 참여요구권은 입법조치를 필요로 하지 않고 헌법에서 막바로 도출된다고 한다면, 이러한 변호인 참여요구권의 내용은 '모든 경우에 무제한적으로 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리'라 할 것인데 이러한 무제한적인 참여요구권이 인정될 수 없음은 당연하다고 할 것이다.

(3) 다수의견이 주장하는 바와 같이, 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것으로서 '피의자·피고인에 대한 조언과 상담을 통하여 이루어지는 조력자로서의 기능'을 보장하는 것이 변호인 참여요구권이고 이는 구속 여부를 떠나 모든 피의자에게 근거법을 없이도 적용기관에 의하여 직접 적용될 수 있는 기본권이라면, 이는 법적용기관에게 큰 혼란을 초래하고 국민의 입장에서 법적 상태를 예측할 수 없기 때문에 법적안정성의 관점에서 바람직하지 않다.

법적용기관은 헌법규범인 기본권조항으로부터 스스로 헌법해석을 통하여 기본권의 내용을 파악하여 개별사건에 적용해야 한다는 매우 난해하고 불확실한 과제 앞에 서게 되고, 법의 적용을 받는 국민의 입장에서는 '어떠한 경우에 변호인의 참여를 요구할 수 있는지', '어떠한 경우에 변호인의 참여가 제한될 수 있는지'에 관하여 예측할 수 없는 상황에 놓이게 된다. 이는 법치국가적

으로 용인될 수 없는 법적 상황이다.

나. 이 사건 행위가 피의자의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 침해하는지 여부

청구인들이 이 사건 심판청구를 통하여 다투고자 하는 바는, 불구속 피의자의 신문에 변호인의 참여를 허용하지 않은 검사의 행위가 불구속 피의자인 청구인들의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 침해하였는지의 여부인데, 아래에서는 이에 관하여 구체적으로 살펴보기로 한다.

(1) 입법자가 수사기관에 의한 불구속 피의자의 신문시 변호인의 참여권을 인정하지 않은 것의 위헌 여부

입법자는 피의자신문시 변호인의 참여와 관련하여 형사소송법 제243조에서 피의자신문시 참여할 수 있는 자에 변호인을 포함시키지 않았고, 그 외 달리 변호인의 참여를 보장하거나 허용하는 규정을 두고 있지 않다. 그 결과, 입법자는 피의자의 구속여부를 불구속 피의자신문시 변호인을 참여하게 해야 할 수사기관의 의무를 규정하고 있지 않다.

입법자에 의하여 구체적으로 형성된 절차법적 규정이 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는지의 여부는 상충하는 법익을 서로 비교형량하여 적절한 균형과 조화를 이룰 것을 요청하는 비례의 원칙에 의하여 판단된다. 공정한 재판받을 권리가 법치국가원칙에서 파생되는 다른 원칙들과 함께 법치국가원칙이 구체화된 단지 하나의 요청이므로, 공정한 재판받을 권리의 구성부분인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’도 다른 법치국가적 요청에 우위를 부여해야 하는 경우에는 법익형량에 근거한 비례의 원칙에 따라 제한될 수 있다.

이 사건에서 문제되는 ‘불구속 피의자’에 국한하여 볼 때, 입법자가 불구속 피의자의 신문에 변호인의 참여권을 인정하지 않은 것이 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것인지의 여부는, 한편으로는 변호인의 조력을 받을 권리에 내재하는 기본결정인 ‘효과적인 변호의 요청’과 다른 한편으로는 ‘변호인의 조력에 대한 제한을 정당화하는 법익’을 비교형량하여 판단해야 한다. 그런데 변호인의 조력을 받을 권리는 그 자체로서 목적이 아니고 공정한 절차를 실현하기 위한 중요한 수단으로서 헌법적으로 보장된 기본권이므로, ‘변호인의 조력을 받을 권리가 침해되었는가’ 하는 판단은 변호인의 조력을 받을 가능성에 대한 제한으로 인하여 공정한 절차가 보장될 수 있는지의 여부에 달려 있다.

따라서 법익형량의 결과, 합리적인 공익상의 이유로 정당화됨이 없이 입법

자가 변호인의 참여권을 인정하지 않음으로써 효과적인 변호가 불가능하거나 곤란하고, 이로써 공정한 절차가 보장될 수 없다면, 이러한 입법자의 결정은 효과적인 변호의 요청에 위반되고 그 결과 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하게 된다. 구체적으로, ‘변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는가’의 여부는 ‘변호인의 참여에 대한 제한이 합리적인 공익상의 이유로 정당화되는가’, ‘현행 형사소송절차에서 피의자의 방어권이 어느 정도로 보장되고 있고 변호인이 피의자의 방어를 어느 정도로 조력할 수 있는가’ 하는 모든 관점을 포괄적으로 고려하여 볼 때 ‘수사절차에서의 변호인의 참여가 효과적인 변호를 위한 불가결한 요소이기 때문에 변호인 참여에 대한 제한으로 인하여 궁극적으로 공정한 절차를 기대할 수 없는가’하는 관점에 의하여 결정되어야 하는 것이다.

그렇다면, 아래에서는 불구속 피의자의 신문에 변호인의 참여권을 인정하지 않은 것이 합리적인 공익에 의하여 정당화되는지, 이 경우 변호인의 참여권에 대한 제한에도 불구하고 변호인의 조력을 받을 피의자의 기본권과 변호인 참여권에 대한 제한을 통하여 실현하려는 공익 사이에 적절한 비례관계가 유지되는지를 살펴보기로 한다.

(가) 변호인 참여권의 제한을 정당화하는 공익

수사단계에서의 피의자신문에 변호인의 참여권을 보장한다면, 수사기관이 피의자로부터 자백을 받아내기 어려워질 뿐만 아니라 변호인이 변호활동의 범위를 넘어 수사활동을 방해할 우려가 있고, 수사내용이 노출되어 수사의 목적상 요구되는 수사기밀의 유지에 어려움이 발생할 수 있다. 즉 피의자신문에 변호인의 참여를 허용하게 되면, 수사기관에 의한 수사활동의 합목적성을 침해할 우려가 있다.

특히 수사기관의 피의자신문에 참여한 변호인을 통하여 수사내용이나 증거 수집경위 등 수사의 기밀이 외부로 유출되어 공범자나 기타 사건관계인이 도주하거나 증거의 인멸, 은닉, 조작 등의 행위를 함으로써 관련사건의 수사에 지장을 초래할 우려가 있다. 또한, 수사내용의 노출로 인하여 피해자나 참고인 등 사건관계인들의 생명, 신체에 대한 위험이 발생할 우려도 있다.

따라서 수사단계에서의 피의자신문에 변호인의 참여권을 제한한 것은 효과적인 형사소추의 이익, 실체적 진실발견의 이익, 제3자의 생명 및 신체의 안전이란 중대한 법치국가적 공익을 실현하기 위한 것이다.

(나) 피의자의 방어권 및 공정한 절차의 보장을 위한 현행법의 규정

한편, 현행 헌법과 형사소송법은 수사기관에 의한 피의자신문의 경우 피의자를 보호하기 위한 일련의 규정을 두고 있다.

1) 우선, 피의자신문에서의 진술의 임의성을 보장하기 위하여 헌법은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여(제12조 제2항) 국가기관에 의한 고문금지과 피의자의 진술거부권을 보장하고 있고, “피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.”고 규정하고 있다(제12조 제7항).

이에 따라 형사소송법도 피의자신문에 있어서 자백을 얻기 위한 고문 또는 기타 강제를 제거하기 위하여 피의자신문 이전에 진술거부권을 고지하도록 하고 있다(제200조 제2항). 뿐만 아니라 고문·폭행·협박 기타 진술의 임의성에 의심있는 자백의 증거능력을 부정하고(제309조), 검사가 피의자를 신문하는 경우에는 검찰청수사관 등을 참여시켜야 하며 사법경찰관이 피의자를 신문하는 경우에는 사법경찰관리를 참여시키게 하고 있다(제243조). 또한, 수사기관의 피의자신문조서는 일정한 요건 하에서만 그 증거능력을 인정하고 있다. 즉, 검사가 작성한 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 성립의 진정이 인정된 때에 한하여 증거로 할 수 있으며, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그 내용을 인정해야 증거로 할 수 있다(제312조).

결국, 현행법은 피의자의 진술거부권이 보장된 상태에서 임의로 행해진 피의자의 진술만이 증거자료로 사용될 수 있도록 규정하고 있다.

2) 뿐만 아니라, 이 사건의 청구인들과 같이 불구속된 피의자도 형사소송법 제30조에 의하여 언제든지 변호인을 선임하여 그로부터 조언과 상담을 받을 수 있다. 또한, 피의자는 수사기관의 출석요구에 응할 의무가 없으며, 출석요구에 응하더라도 조사가 시작된 후에도 언제든지 임의로 퇴거하여 변호인과의 접견을 통하여 상담을 구할 수 있다. 따라서 변호인은 수사기관의 피의자신문 전에 또는 신문 도중에도 피의자를 접견하여 적절한 대응책을 강구하고 피의사실의 의미를 설명하여 주며 그에 관한 피의자의 의견을 들어서 대책을 논의하고 피의자에게 진술내용과 진술방법에 관하여 법률적 조언을 하며 진술거부권이나 서명날인거부권 등의 중요성과 적절한 행사방법을 인식시키고

피의자로부터 수사기관의 부당한 조사 유무를 수시로 확인할 수도 있는데, 이러한 방법을 통하여 필요하고도 충분한 조력을 할 수 있다.

(다) 비례의 원칙의 위반여부

국가형벌권을 실현하려는 형사소송절차에서 실체적 진실의 발견을 위한 효과적인 형사소추의 이익과 피의자·피고인의 기본권 보장은 가장 중요한 두 가지 이념으로서 서로 조화와 균형을 이루어야 한다. 그런데 위에서 살펴 본 바와 같이, 현행 헌법과 형사소송법은 불구속된 피의자에게 진술거부권과 변호인과의 상담권·접견교통권을 보장하고 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력을 제한하는 등 피의자신문시 피의자의 기본적 인권과 방어권을 효과적으로 보장하기 위한 일련의 제도와 권리를 규정하고 있다.

따라서 입법자가 불구속 피의자의 신문시 변호인의 참여권을 보장하는 명문의 규정을 두지 않은 것은 효율적 형사소추를 통한 실체적 진실의 발견이라는 중대한 공익의 실현을 위한 것이며, 변호인의 참여권을 인정하지 않는다 하더라도 피의자가 달리 변호인의 조력을 받을 수 있는 충분한 가능성을 가지고 있어 효과적인 변호가 가능하고 이로써 피의자의 방어권과 공정한 절차가 보장될 수 있다고 판단되므로, 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리를 비례의 원칙에 반하여 과도하게 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(2) 이 사건 행위의 위헌 여부

위에서 살펴본 바와 같이, 입법자가 변호인의 조력을 받을 권리를 형사소송법규정을 통하여 구체적으로 형성한 결과 불구속 피의자의 신문시 변호인의 참여권을 보장하지 않은 것은 입법자의 형성권을 일탈하지 아니하였고, 그 결과 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하지 않는다.

또한 피청구인의 이 사건 행위도 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 침해하는 것이라 할 수 없다. 입법자가 변호인의 참여권을 보장하는 명문의 규정을 두지 않은 것은 ‘수사절차에서 변호인의 참여를 허용해서는 안된다’는 ‘참여의 금지’를 의미하는 것이 아니라, ‘수사절차에서 불구속 피의자의 신문시 변호인의 참여를 허용하지 않아도 된다’는 일반적 표현이라 할 수 있다. 입법자의 이러한 결정은 법적용기관인 수사기관으로 하여금 개별적 사건마다 ‘효과적 변호의 요청’과 ‘변호인의 참여에 대한 제한을 정당화하는 범익’이란 상충하는 범익간의 비교형량을 통하여 피의자신문시 변호인의 참여를 허용할 것인지에 관하여 구체적으로 결정해야 할 의무를 부과한 것이라고 볼 수 없다.

따라서 이 사건의 경우, 검사가 수사의 합목적성을 근거로 변호인의 참여를

허용하지 않은 것은 입법자의 합헌적인 결정에 부합하는 것이고, 그 외 달리 청구인의 방어권 행사나 변호인의 효과적인 변호를 현저하게 곤란하게 하거나 불가능하게 하는 등의 구체적 재량행사의 잘못을 찾아 볼 수 없다.

다. 그렇다면 입법자가 불구속 피의자의 신문시 변호인의 참여권을 보장하는 규정을 두지 않은 것은 비례의 원칙에 반하여 변호인의 조력을 받을 권리를 과도하게 침해하는 것이라 볼 수 없고, 피청구인의 이 사건 행위도 입법자의 위와 같은 판단에 따른 것으로서 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다고 볼 수 없다. 그 밖에 평등권침해 주장에 대한 판단은 재판관 김영일의 반대 의견과 같으므로 해당 부분을 원용하기로 하며, 이에 다수의견에 대한 반대 의견을 밝히는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일 송인준
주선희(주심) 전효숙 이상경

검사의 피의자신문조서 일부 내용 삭제 제출행위 등 위헌확인

(2004. 9. 23. 2000헌마453 전원재판부)

【판시사항】

1. 검사가 청구인에 대한 형사재판에서 검사 및 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 내용 중 일부를 삭제한 복사문서(피의자신문조서초본)를 증거로 제출하는 행위가 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 있는지 여부(소극)

2. 검사가 청구인에 대한 형사재판에서 구속영장에 기재된 범죄사실 중 일부만을 기소하면서 법정형이 더 중한 나머지 범죄사실에 대하여는 계속 수사 중이라는 사실을 중형 구형 사유로 주장하는 행위가 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 피청구인(검사)이 검사 및 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 내용 중 일부를 삭제한 복사문서(피의자신문조서초본)를 증거로 제출한 행위는 형사소송법 제294조에 규정되어 있는 검사의 증거신청에 해당하는 것으로, 이러한 피청구인의 증거신청에 대하여 청구인은 형사소송법 및 형사소송규칙에 규정되어 있는 ‘증거결정에 관한 의견진술’, ‘증거조사에 관한 이의신청’, ‘보관서류송부신청’ 등을 통하여 재판절차에서 피의자신문조서초본의 증거능력을 부정하고, 그 원본이나 등본을 현출시킬 수 있도록 제도적으로 보장되어 있고, 또한 법원도 이에 대하여 형사소송법에 규정되어 있는 증거법 규정 등에 의하여 충분한 사법적 심사를 할 수 있으며, 또 법원이 청구인의 주장을 받아들이지 않고 판결을 선고하더라도 청구인으로서의 채증법칙 위반 등을 이유로 상소를 하여 다룰 수 있는 등 피청구인이 피의자신문조서초본을 증거신청한 것에 대하여는 청구인에 대한 형사재판절차에서 그 적법성에 대하여 충분한 사법적 심사가 가능하므로

피청구인의 위와 같은 증거신청 자체에 대하여는 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없다.

2. 피청구인(검사)의 구형은 양형에 관한 의견진술에 불과하여 법원이 그 의견에 구속된다고 할 수 없으므로 피청구인의 구형 그 자체로는 청구인에게 직접적으로 어떠한 법률적 효과를 발생한다고 할 수 없고, 선고된 형량에 대하여 불복이 있을 경우 형사소송법 규정에 의한 상소를 하여 다룰 수 있는 등 형의 양정에 관하여는 재판절차를 통하여 충분한 사법적 심사를 받게 되므로 검사의 구형 그 자체는 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없다.

【참조조문】

헌법 제27조 제1항·제3항

헌법재판소법 제68조 제1항

형사소송법 제294조(당사자 증거신청권) 검사, 피고인 또는 변호인은 서류나 물건을 증거로 제출할 수 있고 증인, 감정인, 통역인 또는 번역인의 신문을 신청할 수 있다.

형사소송법 제302조(증거조사후의 검사의 의견진술) 피고인신문과 증거조사가 종료한 때에는 검사는 사실과 법률적용에 관하여 의견을 진술하여야 한다. 단, 제278조의 경우에 공소장의 기재사항에 의하여 검사의 의견진술이 있는 것으로 간주한다.

【당 사 자】

청 구 인 한○석

대리인 법무법인 덕수

담당변호사 김창국 외 8인

피청구인 서울지방검찰청 검사

【주 문】

청구인의 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2000. 1. 25. 국가보안법위반죄로 체포되어 같은 달 27. 구속되었는바, 청구인에 대한 구속영장 범죄사실에는 청구인이 일본 유학 중 반국가단

체인 재일본조선인총련합회(이하 ‘조총련’이라 함) 간부 최○옥에게 포섭되어 동인으로부터 지령 수수 후 국내에 잠입, 국가기밀을 수집, 탐지하여 일본을 방문 위 최○옥에게 보고하고 금품을 수수하는 한편 동인으로부터 이적표현물을 건네받아 이를 소지하였다는 내용의 국가보안법상 간첩, 잠입·탈출, 금품수수, 회합·통신, 찬양·고무 등의 범죄사실이 기재되어 있었다.

피청구인은 2000. 3. 11. 구속영장에 기재된 범죄사실 중 국가보안법상 회합·통신, 찬양·고무 부분(이하 ‘회합 등’이라 함)만을 기소(서울지방법원 2000고단2028)하고, 간첩, 잠입·탈출, 금품수수 부분(이하 ‘간첩 등’이라 함)에 대하여는 사건분리결정을 한 후 계속 수사하였다.

피청구인은 2000. 3. 28. 청구인에 대한 제1심 제1회 공판기일에 검사 작성의 청구인에 대한 피의자신문조서, 사법경찰관 작성의 청구인에 대한 피의자신문조서 등을 증거로 제출하였는데, 하나의 증거 원본 전체를 복사하거나(‘등본’형태의 복사문서), 하나의 증거 원본 전체를 복사하지 않고 그 일부 내용을 가린 채 복사한 것(‘초본’형태의 복사문서)을 검찰주사보의 인증에 의한 등본의 형태로 제출하였다.

청구인은 2000. 4. 18. 열린 제1심 제2회 공판기일에 ‘등본’형태의 복사문서에 대해서는 진정성립과 임의성을 인정하거나 동의하고, ‘초본’형태의 복사문서에 대해서는 진정성립을 부인하거나 부동의하는 내용의 증거에 대한 의견을 제시하면서(사법경찰관 작성의 등본 및 초본 형태의 피의자신문조서에 대하여는 내용을 부인하였다), 적어도 피의자신문조서에 한해서는 원본이나 등본 형태의 복사문서가 제출되어야 한다고 주장하며 그 제출을 요청하였다.

제1심 판사는 2000. 5. 16. 열린 제3회 공판기일에 피청구인에 대해 위와 같은 형태로 증거를 제출한 점에 대하여 의견서를 제출하도록 명하였고, 피청구인은 2000. 5. 27. 법원에 제출한 의견서에서 원본 제출이 곤란한 이유에 대하여 청구인이 조총련의 간부인 최동옥과 장기간 접촉하면서 국가기밀을 탐지, 수집하여 전달하는 한편 최동옥으로부터 공작금 명목으로 거액의 엔화를 수수하였다는 내용의 중한 범죄(‘간첩 등’) 혐의에 대하여 계속 수사 중에 있어 현재 진행 중인 수사와 직접적으로 관련된 진술이나 수사상황이 기재된 부분에 대해서만 부득이 원본의 일부를 가린 채로 복사하여 증거로 제출하게 된 것이며, 이러한 수사상황에서 현재 진행 중인 수사관련 부분이 어떤 형식으로든 노출된다면 수사기밀의 유출로 인한 청구인 및 사건관련자들의 증거인멸 및 관련자들의 도주 우려 가능성이 농후하여 수사에 현저한 장애가 초래될

것임은 물론 사안의 중대성에 비추어 국가안전보장의 유지에도 장애가 있다는 이유를 제시하면서 아울러 피청구인이 피의자신문조서에서 가린 부분은 기소된 부분(‘회합 등’)에 대한 것이 아니므로 청구인의 방어권을 침해하는 것이 아니라고 밝혔다.

피청구인은 2000. 6. 20. 제5회 공판기일에 등본 및 초본 형태로 제출된 피의자신문조서 원본을 제시하였고, 청구인의 변호인은 제출된 등본 및 초본에 대한 원본의 존재 및 원본의 정확한 전사여부에 대하여 달리 별다른 이의가 없다고 진술하였다.

제1심 판사는 위 제5회 공판기일에 초본 형태의 검사 작성의 피의자신문조서 중 제1회, 제2회, 제14회 피의자신문조서에 대하여 증거채택 결정을 하고 이 중 제14회 피의자신문조서에 대하여만 증거조사를 하였으며, 등본 형태의 피의자신문조서에 대하여는 제3회, 제12회, 제13회 피의자신문조서에 대하여 증거채택 결정을 하고 증거조사를 하였고, 사법경찰관 작성의 피의자신문조서에 대하여는 초본 및 등본 형태를 불문하고 모두 증거로 채택하지 않았다.

피청구인은 2000. 7. 4. 제6회 공판기일에서 청구인에 대하여 징역 3년 및 자격정지 3년을 구형하였으며, 2000. 7. 10. 법원에 제출한 논고문에서 “청구인은 이건 공소사실보다 내용이 더욱 중한 간첩 등 혐의로 수사가 진행 중에 있으므로 중형에 처함이 마땅하다”는 구형 의견을 밝혔다.

그러자, 청구인은 피청구인이 청구인에 대한 형사재판에서 청구인에 대한 사법경찰관 및 검사 작성의 피의자신문조서를 전부 제출하지 아니하고 일부 내용을 삭제한 복사문서로 제출하는 행위 및 중한 범죄사실을 포함한 구속영장으로 청구인을 구속한 후 경한 범죄만을 기소하면서 중한 범죄를 계속 수사 중이라고 밝히며 이를 이유로 중형에 처하는 것이 마땅하다는 취지의 논고를 하여 보이지 않는 사실관계로 판결의 결과에 영향을 미치려는 행위는 청구인의 적법절차에 따른 공정한 재판을 받을 권리 및 신속한 재판을 받을 권리 등을 침해한 것이라고 주장하면서 2000. 7. 14. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 ① 피청구인이 2000. 3. 28. 청구인에 대한 서울지방법원 2000고단228 국가보안법위반 피고사건에 관하여 청구인에 대한 사법경찰관 작성의 피의자신문조서(제2회 내지 제5회, 제7회 내지 제10회) 및 검사 작성의 피의자신문조서(제1회, 제2회, 제4회 내지 제11회, 제14회)를 일부 내

용을 삭제한 복사 문서로 제출한 행위. ② 위 사건에 관하여 구속영장에 기재된 범죄사실 중 일부만을 기소하면서 법정형이 더 중한 나머지 범죄사실에 대해서는 계속 수사 중이라는 사실을 중형 구형 사유로 주장하는 행위가 청구인의 기본권을 침해하는 것으로서 위헌인지의 여부이다.

2. 청구인의 주장 및 피청구인의 답변 요지

가. 청구인의 주장 요지

청구인은 ① 형사소송법 제242조 내지 244조에서 피의자신문조서의 작성방법과 절차에 대하여 엄격한 제한을 두고 있는 취지에 비추어 피청구인이 피의자신문조서의 일부 내용을 임의로 삭제한 채 증거로 제출하는 것은 위 형사소송법의 규정 취지에 반하고, ② 청구인이 일부 내용이 삭제된 상태의 피의자신문조서만을 참고한다면 자신의 정확한 진술을 알지 못하여 충분한 방어권을 행사할 수 없게 되며, ③ 피청구인이 초본 형태의 피의자신문조서를 증거로 제출함에 따라 증거의 진정성립을 위하여 지루하게 공판기일이 이어지게 되므로 청구인의 신속한 재판을 받을 권리가 침해되고, ④ 피청구인이 피의자신문조서의 일부 내용을 삭제할 수 있다면 청구인에게 불리한 부분만 자의적으로 취사, 선택하여 제출할 수 있다는 결과가 되어 검사의 객관의무에 반하고, 공판절차에서 검사와 피고인 사이의 실질적 대등이 확보될 수 없으며, ⑤ 피청구인이 중한 범죄사실을 포함한 구속영장으로 청구인을 구속한 후 경한 범죄만을 기소하면서 중한 범죄를 계속 수사 중이라고 밝히며 이를 중형 구형 사유로 주장하는 것은 보이지 않은 사실관계로 판결의 결과에 영향을 미치려는 의도이므로 청구인의 행위는 헌법상의 기본권인 공정한 재판을 받을 권리 및 신속한 재판을 받을 권리 등을 침해한 것이다.

나. 피청구인의 답변 요지

헌법소원심판의 청구는 공권력의 행사·불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 침해된 경우에 제기할 수 있는 것인 바, ① 검사 작성의 피의자신문조서 초본에 대하여는 항소심 재판과정에서 변호인의 신청 및 재판부의 제출명령에 따라 2000. 8. 25. 피청구인이 검사 작성의 피의자신문조서 '원본'을 법원에 제출하였으므로 권리보호의 이익이 없고, ② 사법경찰관 작성의 피의자신문조서초본에 대하여는 청구인이 그 내용을 부인함에 따라 증거로 채택되지 않아 청구인에 대한 공격 자료로 사용된 바 없어 청구인의 방어권이 침해될 여지가 없으므로 이 부분 심판청구는 기본권 침해의 현재성이 결여되어 있으며, ③ 기소되지 아니한 중요 범죄사실에 대하여 계속 수사 중임을 드러내 재판

에 간접적인 영향을 미치려 하였다는 주장에 대하여는 청구인의 기본권이 구체적으로 침해되었다는 주장이 아니어서 부적법한 청구이므로 청구인의 심판 청구는 모두 각하되어야 한다.

3. 판 단

가. 헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다’고 규정하고 있으므로, 이 사건 심판청구 대상이 되는 피청구인의 행위가 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 헌법소원의 대상이 되는 지에 대하여 살펴본다.

나. 먼저 피청구인이 검사 및 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 내용 중 일부를 삭제한 복사문서(피의자신문조서초본)를 증거로 제출한 행위에 대하여 보면, 피청구인의 이러한 증거제출행위는 형사소송법 제294조에 규정되어 있는 검사의 증거신청에 해당하는 것으로, 그 법적 성격은 법원에 대하여 위 증거서류에 대한 증거조사의 시행을 구하는 검사의 소송행위에 해당한다.

이러한 피청구인의 증거신청에 대하여 청구인은 ① 형사소송법 제312조, 제313조, 제317조, 제318조, 형사소송규칙 제134조 등에 규정되어 있는 ‘증거결정에 관한 의견진술’ 절차에서 피의자신문조서초본의 증거능력을 부정하는 의견을 진술할 수 있고, ② 증거결정 전 단계에서 피의자신문조서초본이 원본과 동일한지 여부를 확인하기 위하여 그 원본이 제시될 것이므로 그 단계에서 그 원본의 내용을 확인할 수 있으며, ③ 법원이 위 증거서류에 대하여 증거채택결정을 하고 증거조사를 할 경우에는 형사소송법 제296조 제1항에 규정되어 있는 ‘증거조사에 관한 이의신청’을 통하여 다룰 수 있고, ④ 청구인이 피의자신문조서원본이나 등본을 법원에 현출시키기를 원할 경우에는 형사소송법 제272조, 형사소송규칙 제132조의3에 규정되어 있는 ‘보관서류송부신청’을 통하여 이를 법원에 현출시킬 수 있는 등 형사소송법상의 증거법 규정에 의하여 재판절차에서 피의자신문조서초본의 증거능력을 부정하고, 그 원본이나 등본을 현출시킬 수 있도록 제도적으로 보장되어 있고, 또한 법원도 피청구인이 피의자신문조서초본을 증거신청한 것에 대하여 형사소송법에 규정되어 있는 증거법 규정 등에 의하여 충분한 사법적 심사를 할 수 있으며, 또 법원이 청구인의 주장을 받아들이지 않고 판결을 선고하더라도 청구인으로서의 채증법칙 위반 등을 이유로 상소를 하여 다룰 수 있는 등 피청구인이 피의자

신문조서초본을 증거신청한 것에 대하여는 청구인에 대한 형사재판절차에서 그 적법성에 대하여 충분한 사법적 심사가 가능하다.

이렇게 보면 피청구인이 검사 및 사법경찰관 작성의 피의자신문조서의 내용 중 일부를 삭제한 복사문서(피의자신문조서초본)를 증거로 제출한 행위에 대하여는 법원의 재판절차에서 그 적법성에 대하여 충분한 사법적 심사를 받게 되므로 그 독자적 합헌성을 심사할 필요성이 상실되었다고 할 것이므로 피청구인의 위와 같은 증거신청 자체에 대하여는 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없다 할 것이다.

다. 다음으로 피청구인이 청구인에 대한 국가보안법위반(‘회합 등’) 피고사건에서 기소되지 아니한 중요한 범죄사실(‘간첩 등’)에 대하여 계속 수사 중에 있음을 드러내며 법원에 대하여 이를 양형에 반영해 줄 것을 주장한 것이 헌법소원심판의 청구대상이 되는 지에 대하여 살펴본다.

형사소송법 제302조는 “피고인신문과 증거조사가 종료한 때에는 검사는 사실과 법률적용에 관하여 의견을 진술하여야 한다”라고 규정하고 있고, 위 규정에 의하여 통상적으로 검사의 양형에 관한 의견진술(구형)이 행하여진다.

검사의 구형과 관련하여 대법원 판례는 “검사가 양형에 관한 의견 진술을 하지 않았다 하더라도 이로써 판결에 영향을 미친 법률위반이 있는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 검사의 구형은 양형에 관한 의견진술에 불과하여 법원이 그 의견에 구속된다고 할 수 없다”고 판시하고 있다(대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도5225 판결).

이처럼 피청구인의 구형은 양형에 관한 의견진술에 불과하여 법원이 그 의견에 구속된다고 할 수 없으므로 피청구인의 구형 그 자체로는 청구인에게 직접적으로 어떠한 법률적 효과를 발생한다고 할 수 없고, 제1심 판결에 대하여 “형의 양정이 부당하다고 인정할 사유가 있는 때”에는 항소를 하여 다룰 수 있고(형사소송법 제361조의5 제15호), 제2심 판결에 대하여 “사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 있어서…… 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때”에는 상고를 하여 다룰 수 있다(형사소송법 제383조 제4호).

이렇게 보면 형의 양정에 관하여는 재판절차를 통하여 충분한 사법적 심사를 받게 되므로 검사의 구형 그 자체에 대하여는 독립하여 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없다 할 것이다.

라. 결국 이 사건 심판청구는 모두 헌법소원심판의 청구대상이 될 수 없는 것들을 대상으로 하고 있으므로 부적법하다.

4. 결 론

따라서 청구인의 심판청구는 모두 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김경일 송인준(주심)
주선희 전효숙 이상경

산업재해보상보험법 제38조 제6항 등 위헌확인

(2004. 9. 23. 2003헌마231·312(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 산업재해보상보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 평균임금이 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하는 경우에는 그 최고보상기준금액을 당해 근로자의 평균임금으로 하여 보험급여를 산정하도록 개정된 산업재해보상보험법 제38조 제6항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추고 있는지 여부(소극)

2. 위 개정법 시행일인 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자의 경우에는 2002. 12. 31.까지 종전의 규정에 의하여 보험급여를 산정하도록 한 동법 부칙 제7조(이하 '이 사건 부칙조항'이라 한다) 규정이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추고 있는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항에 따라 최고보상기준금액의 산정방법을 정하고 있는 산업재해보상보험법시행령 제26조의2 제1항(이하 '이 사건 시행령조항'이라 한다)이 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추고 있는지 여부(소극)

4. 이 사건 법률조항 및 동법시행령 제26조의2 규정에 의하여 2002. 9. 1.부터 2003. 8. 31.까지 산업재해보상보험 산정시 적용할 최고보상기준금액을 고시하고 있는 2002. 8. 29.자 노동부 고시 제 2002-20호(이하 '이 사건 고시'라 한다)가 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추고 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 산업재해보상보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 평균임금이 매년 노동부 장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하는 경우에는 그 최고보상기준금액을 당해 근로자의 평균임금으로 하여 보험급여를 산정하도록 개정된 이 사건 법률조항은 산업재해보상보험법(이하 '산재법'이라 한다)상의 보험급여 산정의 한 요소인 평균임금

의 결정에 관한 특별규정인바, 이 사건 법률조항은 이에 근거하여 집행된 보험급여지급처분의 근거가 될 수 있을 뿐 그 자체의 효력으로써 청구인들의 기본권에 직접 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

2. 위 개정법 시행일인 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자의 경우에는 2002. 12. 31.까지 종전의 규정에 의하여 보험급여를 산정하도록 한 이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항을 적용·시행함에 있어 기존에 산업재해보험급여를 받던 이들의 신뢰를 보호하기 위한 경과규정이라고 할 것이고, 청구인들이 그 주장 취지와 같은 기본권 침해를 받은 것은 이 사건 부칙조항에 의한 것이라기보다는 이 사건 법률조항에 의한 보험급여지급처분에 기한 것이라고 할 것이다. 가사 이 사건 부칙조항과 청구인들의 기본권 침해가 관련되어 있다고 하여도 이는 이 사건 법률조항에 근거한 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분을 매개로 하는 것이라고 할 것이므로 그 직접성이 부인된다.

3. 이 사건 법률조항에 따라 최고보상기준금액의 산정방법을 정하고 있는 이 사건 시행령조항은 이 사건 법률조항과 함께 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분의 기준이 되는 최고보상기준금액에 관한 고시의 근거가 되는 조항으로서, 그 규정내용의 구체화를 위하여 고시라고 하는 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에 해당한다고 할 것이다. 또한 이 사건 시행령조항은 위 이 사건 법률조항과 마찬가지로 그 자체로서 청구인들의 기본권을 직접 침해하는 경우라고 하기보다는 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분을 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 시행령조항의 직접성은 부인된다.

4. 이 사건 법률조항 및 동법시행령 제26조의2 규정에 의하여 2002. 9. 1.부터 2003. 8. 31.까지 산업재해보험급여 산정시 적용할 최고보상기준금액을 고시하고 있는 이 사건 고시의 내용은 적어도 그 규율내용인 최고보상기준 액수에 관한 한 일의적이고 명백한 것으로서 집행기관의 심사와 재량의 여지가 없는 것이라고 할 것이다. 그러나 산재법이 예정하고 있는 보험급여지급처분은 요양급여, 휴업급

여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비 등 다양한 종류가 있는바, 지급의 요건 및 지급되는 각 보험급여액수를 정하는 기준 및 지급하는 방법 등도 산재법에서 각각 달리 규정하고 있으며, 이 사건 고시에서 정하고 있는 최고보상기준금액은 산재법에서 정하고 있는 위 각 보험급여의 액수를 산정하기 위한 다양한 기준의 한 요소로 작용한다. 그렇다면 이 사건 고시는 이 사건 법률조항을 근거로 한 구체적인 집행행위인 특정의 보험급여지급처분이 있는 경우 그 처분을 매개로 하여 비로소 기본권에 영향을 미치게 된다고 할 것이고, 결국 이 사건 고시에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

【심판대상조문】

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제38조(보험급여의 종류와 산정기준 등) ①~⑤ 생략

⑥ 보험급여(장의비를 제외한다)의 산정에 있어서 당해근로자의 평균임금 또는 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금이 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하거나 최저보상기준금액에 미달하는 경우에는 그 최고보상기준금액 또는 최저보상기준금액을 각각 당해근로자의 평균임금으로 한다. 다만, 최저보상기준금액을 적용함에 있어서 휴업급여 및 상병보상연금의 경우에는 그러하지 아니하다.

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 부칙 제7조(최고보상기준금액에 관한 경과조치) 이 법 시행일 이전에 제4조 제1호의 규정에 의한 업무상 재해를 입은 자는 제38조 제6항의 개정규정에 불구하고 2002년 12월 31일까지는 종전의 규정에 의한다.

산업재해보상보험법시행령(2000.6.27. 대통령령 제16871호로 개정된 것) 제26조의2(최고·최저보상기준금액) ① 법 제38조 제6항 본문의 규정에 의한 최고보상기준금액은 과거 3년간의 전체 근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 하고, 최저보상기준금액은 최저임금법에 의한 최저임금의 전년대비 조정을 등을 기준으로 하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 한다.

②~③ 생략

노동부고시 제2002-20호(2002. 8. 29.)

산업재해보상보험법 제38조 제6항 및 동법시행령 제26조의2의 규정에 의하여 산재보험급여산정시 적용할 최고·최저보상기준금액을 다음과 같이 고시합니다.

2002년 8월 29일

노동부장관

1. 최고보상기준금액은 133,070원(1일), 최저보상기준 금액은 33,570원(1일)으로 함
2. 적용시기 : 2002년 9월 1일~2003년 8월 31일

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항

【참조판례】

헌재 1998. 3. 26. 96헌마166, 판례집 10-1, 285, 293-294
헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이동웅(2003헌마231)
 대리인 법무법인 덕수
 담당변호사 도재형 외 4인
2. 김성수(2003헌마312)
 국선대리인 변호사 안창삼
 대리인 법무법인 한결
 담당변호사 백승헌 외 2인

보조참가인 유규성 외 112인 [(별지 1) 보조참가인 명단 기재와 같음]
 대리인 법무법인 한결
 담당변호사 백승헌 외 2인

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
- 가. 사건의 개요
- (1) 2003헌마231 사건
- (가) 청구인은 주식회사 서울신문사의 논설위원으로 근무하던 중 1990. 12. 5. 뇌출혈로 인한 업무상 재해를 입어 1991.경 장해등급 제3급 판정을 받은

후, 1995. 12. 1.부터 현재까지 근로복지공단(이하 ‘공단’이라 한다)으로부터 장해보상연금을 지급받아왔다.

(나) 1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 산업재해보상보험법 제38조 제6항은 보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 평균임금이 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하는 경우에는 그 최고보상기준금액을 당해 근로자의 평균임금으로 하여 보험급여를 산정하도록 하였고, 동법 부칙 제7조는 위 개정법 시행일인 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자의 경우에는 2002. 12. 31.까지 종전의 규정에 의하여 보험급여를 산정하도록 하였다.

(다) 위 산업재해보상보험법 제38조 제6항에 따라 2000. 6. 27. 개정된 산업재해보상보험법시행령 제26조의2는 위 법조항이 정하는 최고보상기준금액의 산정방법을 정하고 있는바, 제1항은 과거 3년간의 전체 근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자 분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 최고보상기준금액을 정할 것을 규정하고 있다.

(라) 노동부장관은 위 산업재해보상보험법 제38조 제6항 및 산업재해보상보험법시행령 제26조의2 규정에 의하여 2002. 8. 29.자 고시 제2002-20호로 2002. 9. 1.부터 2003. 8. 31.까지 산업재해보상보험급여 산정시 적용할 최고보상기준금액을 고시하였는바, 적용될 최고보상기준금액은 1일 133,070원이었다.

(마) 이에 공단은 청구인의 2003년 1월분 장해보상연금을 산정하면서 청구인의 평균임금이 위 최고보상기준금액을 초과한다는 이유로 위 최고보상기준금액 1일 133,070원을 기준으로 하여 종전의 평균임금을 기준으로 할 때보다 크게 감액된 2,849,910원을 보험급여로 산정하고 이를 청구인에게 지급하였다(2002년 12월분 지급액 : 7,827,790원, 2002년 11월분 지급액 : 7,341,210원).

(바) 이에 청구인은 위 산업재해보상보험법 제38조 제6항, 같은 법 부칙 제1조, 제7조, 산업재해보상보험법시행령 제26조의2 및 노동부장관의 2002. 8. 29.자 고시 제2002-20호에 의하여 청구인의 재산권과 평등권 및 인간다운 생활을 할 권리 등의 기본권을 침해당하였다고 주장하며 2003. 3. 25. 그 위헌확인인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌마312 사건

(가) 청구인은 세일정보통신주식회사 소속 전기기능공으로 근무하던 중 1995. 4. 16. 서울 성북구 케이بل TV 전송망시설공사 작업현장에서 추락사고로 인한 업무상 재해를 입었는바, 1996. 6. 26. 장해등급 제3급 판정을 받은

후, 1996. 7. 19.부터 현재까지 장해보상연금을 지급받아왔다.

(나) 그런데 1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 산업재해보상보험법 제38조 제6항, 동법 부칙 제7조, 2000. 6. 27. 개정된 산업재해보상보험법시행령 제26조의2 및 노동부장관의 2002. 8. 29.자 고시 제2002-20호에 정한 최고보상기준금액에 의하여 2003. 1. 1.부터는 위 최고보상기준금액 1일 금 133,070원을 기준으로 하여 장해보상연금을 지급받게 되었다(2002년 12월분 지급액 : 5,882,200원, 2003년 1월분 지급액 : 2,849,910원).

(다) 한편, 보조참가인들은 [별지 2] ‘2003헌마312 보조참가인들 사건의 경위’ 기재와 같이 이 사건 법률조항 시행 전에 업무상 재해를 당하여 산업재해보상법에 따라 2002. 12. 31.까지는 자신들의 평균임금을 기준으로 장해보상연금을 지급받아 왔으나, 2003. 1. 1.부터는 위 최고보상기준금액인 금133,070원을 기준으로 하여 장해보상연금을 산정함으로써 종전보다 감액된 장해보상연금을 지급받게 되었다.

(라) 이에 위 산업재해보상보험법 제38조 제6항, 같은 법 부칙 제1조, 제7조, 산업재해보상보험법시행령 제26조의2 및 노동부장관의 2002. 8. 29.자 고시 제2002-20호에 의하여 청구인의 재산권과 평등권 등의 기본권을 침해당하였다고 주장하며 청구인은 2003. 5. 6. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고, 보조참가인들은 2004. 5. 1. 이 사건 헌법소원심판청구에 보조참가신청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것, 이하 ‘산재법’이라고 한다) 제38조 제6항 본문(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다), 같은 법 부칙 제7조(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라고 한다), 산업재해보상보험법시행령(2000. 6. 27. 대통령령 제16871호로 개정된 것, 이하 ‘산재법시행령’이라고 한다) 제26조의2 제1항(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라고 한다) 및 노동부장관의 2002. 8. 29.자 고시 제2002-20호 중 ‘최고보상기준금액’ 부분(이하 ‘이 사건 고시’라고 한다)의 위헌여부이다.

한편, 청구인들은 산재법 제38조 제6항 전체에 대한 심판청구를 함으로써 그 심판대상에서 산재법 제38조 제6항 단서를 제외시키지 아니하고 있다. 그러나 최고보상기준제도에 관한 위헌성을 다투고 있는 청구인들의 심판청구 취지에 비추어 볼 때, 최저보상기준금액의 적용에 관한 사항을 규율하고 있는 위 조항 단서까지 그 위헌성을 다투는 취지는 아니라고 할 것이다. 또한 청구

인들은 산재법시행령 제26조의2에 대한 심판청구에서 그 대상을 제1항에 한정하지 아니함으로써 결국 같은 조의 제2항 및 제3항도 그 심판대상에 포함시키고 있으나, 청구인들의 심판청구취지에 비추어 볼 때, 최고보상기준제도의 시행에 따른 세부적·기술적인 조정사항을 규율하고 있는 이들 조항의 위헌성을 다투는 취지는 아니라고 할 것이다.

또한 청구인들은 산재법 부칙 제1조도 그 심판대상으로 포함시키고 있다. 그런데 청구인들이 이 사건 심판청구에서 다투고 있는 것은 개정된 산재법 일반의 시행일에 관한 위헌성이 아니라, 이 사건 법률조항의 개정으로 인하여 기존에 비하여 적은 액수의 산재보험급여를 받게 된 점의 위헌성이라고 할 것인바, 이 사건 법률조항의 적용범위 중 이 점에 관한 경과규정은 이 사건 부칙조항에서 별도로 규정하고 있다. 따라서 개정된 산재법 일반의 시행일을 규정하고 있는 산재법 부칙 제1조는 청구인들이 이 사건 심판청구를 통하여 다투고자 하는 사항과 직접적인 관련이 없다고 할 것이다. 그러므로 이 사건 심판의 대상에서 이들 부분을 제외하기로 한다.

이 사건 심판대상인 이 사건 법률조항, 이 사건 시행령조항 및 이 사건 고시의 내용 및 관련조항의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

산재법 제38조(보험급여의 종류와 산정기준 등) ① 보험급여의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 내지 6. 생략

② 제1항의 규정에 의한 보험급여는 제40조·제41조·제42조·제42조의3·제43조·제44조 및 제45조의 규정에 의한 보험급여를 받을 수 있는 자(이하 '수급권자'라 한다)의 청구에 의하여 이를 지급한다.

③ 내지 ⑤ 생략

⑥ 보험급여(장의비를 제외한다)의 산정에 있어서 당해근로자의 평균임금 또는 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금이 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하거나 최저보상기준금액에 미달하는 경우에는 그 최고보상기준금액 또는 최저보상기준금액을 각각 당해근로자의 평균임금으로 한다. 다만, 최저보상기준금액을 적용함에 있어서 휴업급여 및 상병보상연금의 경우에는 그러하지 아니하다.

산재법 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2000년 7월 1일부터 시행한다. 다만, 제41조 제2항·제44조 제3항 및 제77조의2의 개정규정은 2001년 1월 1일부터

시행한다.

제7조(최고보상기준금액에 관한 경과조치) 이 법 시행일 이전에 제4조 제1호의 규정에 의한 업무상 재해를 입은 자는 제38조 제6항의 개정규정에 불구하고 2002년 12월 31일까지는 종전의 규정에 의한다.

산재법시행령 제26조의2(최고·최저보상기준금액) ① 법 제38조 제6항 본문의 규정에 의한 최고보상기준금액은 과거 3년간의 전체 근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 하고, 최저보상기준금액은 최저임금법에 의한 최저임금의 전년대비 조정을 등을 기준으로 하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 한다.

② 최고보상기준금액과 최저보상기준금액을 산정함에 있어서 원단위 미만은 이를 버린다.

③ 최고보상기준금액과 최저보상기준금액의 적용기간은 당해연도 9월 1일부터 다음연도 8월 31일까지로 한다.

노동부고시 제2002-20호(2002. 8. 29.)

산업재해보상보험법 제38조 제6항 및 동법시행령 제26조의2의 규정에 의하여 산재보험급여산정시 적용할 최고·최저보상기준금액을 다음과 같이 고시합니다.

2002년 8월 29일

노동부장관

1. 최고보상기준금액은 133,070원(1일), 최저보상기준금액은 33,570원(1일)으로 함

2. 적용시기 : 2002년 9월 1일~2003년 8월 31일

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인들은 산재법시행 이전인 1990. 12. 5. 및 1995. 4. 16. 각 업무상 재해를 입고, 공단에 각 보험급여지급신청을 하여 요양급여, 휴업급여, 장해보상연금 등의 지급결정을 받았고, 개정 전 산재법에 따라 청구인들의 평균임금을 기준으로 산정한 재해보상연금을 받을 권리를 이미 취득하였다. 청구인들의 이와 같은 재해보상연금수급권은 경제적 가치를 가지는 공법상의 권리로서 헌법에 의하여 보장되는 재산권에 해당된다. 그런데 이 사건 법률조항과 부칙조항 및 이 사건 시행령조항은 헌법에 의하여 보장되는 재산권인 청구인

들의 재해보상연금수급권을 사후에 제한하고 있는바, 이는 헌법상 소급입법에 의한 재산권침해금지 원칙과 신뢰보호원칙, 과잉금지원칙에 반하는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항 및 이 사건 시행령조항은 산업재해를 입은 근로자들이 장애의 정도에 따라 지속적인 치료를 필요로 하는 현실, 의족이나 의수 등 보조기구를 정기적으로 계속 구입하여야 하는 현실, 청구인들과 같은 중증장애인들의 경우 산재법에 의한 보험급여를 받는 것 외에는 달리 생계수단이 없다는 현실을 고려하여 볼 때, 헌법 제34조에서 보장하는 인간다운 생활할 권리를 침해하는 조항이다.

(3) 근로자가 업무상의 재해로 인하여 장애급여를 지급받는 경우 근로자는 장해보상일시금 또는 장해보상연금 가운데 어떠한 형태로 지급받을 것인지 선택할 수 있다(산재법 제42조 제3항 참조). 그런데 산재법 시행일인 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입고 장애급여를 받게 된 근로자들 중에서 일시금의 형태로 장애급여를 받은 사람의 경우는 그 급여를 전혀 감액하지 않으면서, 연금형태를 선택한 근로자의 경우에는 이 사건 법률조항에 의하여 2003. 1. 1. 부터 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 상한으로 하여 그 보험급여를 대폭 감액시킴으로써 양자를 차별하고 있다.

(4) 이 사건 법률조항, 이 사건 시행령조항, 이 사건 고시는 최고보상기준금액을 정함에 있어 일액액으로 정함으로써 기본권을 침해할 경우 준수하여야 할 과잉금지원칙, 특히 최소침해성의 원칙에 위반되는 규율을 하고 있다.

나. 노동부장관 및 근로복지공단의 의견

(1) 법령에 대한 헌법소원이 적법하기 위해서는 당해 법령이 별도의 구체적 집행행위를 기다리지 않고 직접적으로 헌법상 보장된 기본권을 침해하여야 하는바, 이 사건 심판대상인 법률조항 및 법령은 보험급여지급결정이라는 행정처분을 매개로 하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이라고 할 것이므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

(2) 사회보장에 관한 입법을 할 경우에는 비용부담자의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준, 장기적인 지속을 전제로 하는데서 오는 제도의 비탄력성 등 그 특성을 감안하여야 하기 때문에 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여된다. 따라서 헌법상의 사회보장수급권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수금액 등의 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 권리로 형성된다. 따라서 법률이 개정될 경우에는 개정된 내용에 따라 권리가 발생하게 되

는 것이며, 이는 소급입법에 의한 재산권제한이라고 할 수 없다.

(3) 산업재해보험급여는 연대공동책임의 원리와 세대간 계약원리에 의하여 그 재원이 조성되는바, 보험급여 수급권자 사이에 수급액수에 있어 과도한 차이가 발생하는 것은 정의 및 공평의 견지에 비추어 바람직하지 않다. 이 사건 법률조항 및 시행령조항은 그와 같은 고려에 의하여 법개정을 통하여 최고보상한도를 도입한 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 새로운 보상한도제도를 도입하면서 2년 6개월의 유예기간을 부여함으로써 기존 수급권자들의 신뢰보호를 위하여 상당기간의 경과조치를 두고 있으므로 헌법상의 신뢰보호원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(4) 산재법은 사회보장법의 성격을 가지므로 사회보장차원에서 구체적인 제도설계시에 광범위한 입법재량이 부여되어야 한다. 장해보상연금에는 사회보장적 차원에서 장해보상일시금보다 각종의 혜택을 부여하고 있다. 따라서 일률적인 기준으로 장해보상일시금과 장해보상연금을 비교하여 평등원칙위반을 주장할 수는 없다.

(5) 이 사건 시행령은 최고보상기준금액을 산정하기 위한 고려요소로서 과거 3년간의 전체 근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 정하도록 규정하고 있다. 이 사건 고시에서 정하고 있는 최고보상기준금액은 전체 근로자 중 임금수준이 상위 4% 이내인 근로자의 3년간 평균일액과 3년간 평균임금상승률에 의하여 결정되는데, 그 금액의 수준은 월 임금액 상위 4%의 근로자에 준하는 것이므로 이와 같은 수준의 임금을 최고보상기준으로 정하고 있는 현재의 수준이 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 정도라거나 과잉금지원칙에 반하는 정도라고 보기 어렵다.

3. 판 단

가. 직접성 일반

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면, 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 한다. 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하고, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다고 할 것이다(헌재 1998. 3. 26. 96헌마166, 판례집 10-1, 285, 293-294 참조). 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법령규정

이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에도 당해 법령규정의 직접성은 부인된다고 할 것이다(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마 111, 판례집 14-2, 872, 878 참조).

나. 이 사건 법률조항의 경우

(1) 이 사건 법률조항은 산재법상의 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금에 관하여 특별한 취급을 하고 있는 규정인바, 산재법상 보험급여산정에 있어서 당해근로자의 평균임금(또는 산재법 제38조 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금)이 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하거나 최저보상기준금액에 미달하는 경우에는 그 최고보상기준금액 또는 최저보상기준금액을 각각 당해 근로자의 평균임금으로 한다고 규정하고 있다.

(2) 우선 산재법상 보험급여지급결정의 절차 및 그 구제수단 등에 관하여 살펴보기로 한다. 산재법상 보험급여의 종류로는 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비 등이 있는바(산재법 제38조 제1항), 지급의 요건 및 지급되는 각 보험급여액수를 정하는 기준 및 지급하는 방법 등에 관하여는 산재법 제40조(요양급여), 제41조(휴업급여), 제42조(장해급여), 제42조의3(간병급여), 제43조(유족급여), 제44조(상병보상연금), 제45조(장의비)에서 규정하고 있다. 이들 보험급여는 보험급여를 받을 수 있는 수급권자가 이를 청구하면(산재법 제38조 제2항), 공단이 그 보험급여를 결정하여 지급한다.

산재법은 공단의 보험급여지급결정에 대하여 구제수단을 마련하고 있다. 즉, 공단은 보험급여에 관한 심사청구의 심리·결정 등의 사업도 수행하는바(산재법 제13조, 제14조 제3호·제4호), 공단의 보험급여에 관한 결정에 대하여 불복이 있는 자는 공단에 심사청구를 할 수 있고, 심사청구에 대한 불복이 있는 자는 산업재해보상심사위원회에 재심사청구를 할 수 있으며, 재심사청구에 대한 재결은 행정소송법 제18조를 적용함에 있어 행정심판에 대한 재결로 본다(산재법 제88조 내지 제94조 참조). 따라서 수급권자는 공단의 보험급여지급결정에 관하여 공단 및 산업재해보상심사위원회에 심사청구 및 재심사청구를 제기할 수 있을 뿐 아니라, 지급결정에 대한 행정소송도 제기할 수 있다고 할 것이다(행정소송법 제18조 참조).

(3) 살피건대, 이 사건 법률조항은 산재법상의 보험급여산정의 한 요소인 평균임금의 결정에 관한 특별규정인바, 이 조항은 구체적인 집행행위인 보험

급여지급처분을 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되는 것이라고 할 것이다. 즉, 이 사건 법률조항은 이들 규범에 근거하여 집행된 보험급여지급처분의 근거가 될 수 있을 뿐 그 자체의 효력으로써 청구인들의 기본권에 직접 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이다. 또한 이 사건 법률조항은 그 규정의 구체화를 위하여 노동부장관의 고시라고 하는 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에 해당된다고 할 것인바, 이 점에서도 이 사건 법률조항의 직접성은 부인된다고 할 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 이 사건 법률조항을 근거로 한 구체적인 집행행위가 있는 경우에 비로소 청구인들의 기본권에 영향을 미치게 된다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

다. 이 사건 부칙조항의 경우

청구인들은 이 사건 심판청구에서 이 사건 법률조항의 위헌성과 함께 1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 산재법 가운데, 이 사건 부칙조항의 위헌성도 다투고 있으므로 그 적법성에 관하여 본다.

산재법 부칙 제1조는 이 사건 법률조항을 포함한 산재법의 시행일을 2000. 7. 1.로 규정하고 있다. 이 사건 부칙조항은 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자의 경우 개정된 산재법의 시행에도 불구하고 2002. 12. 31.까지는 종전의 규정에 의한 보험급여를 지급받을 수 있음을 규정하고 있다.

이 사건 기록들을 살펴보면, 업무상 재해로 1991.경 및 1996. 6. 26. 각 장해등급 제3급 판정을 받은 후 1995. 12. 1.부터 및 1996. 7. 19. 공단으로부터 장해보상연금을 지급 받아왔던 청구인들은 이 사건 부칙조항에 따른 2000. 7. 1. 이전에 업무상 재해를 입은 자에 해당하여 2002. 12. 31.까지 이 사건 법률조항이 적용되지 아니하고 종전의 규정에 의한 장해보험급여를 받아온 사실을 알 수 있다.

그렇다면 이 사건 부칙조항은 이 사건 법률조항을 적용·시행함에 있어 기존에 산업재해보험급여를 받던 이들의 신뢰를 보호하기 위한 경과규정이라고 할 것이고, 청구인들이 그 주장취지와 같은 기본권침해를 받은 것은 이 사건 부칙조항에 의한 것이라기 보다는 이 사건 법률조항 내지는 이 사건 법률조항에 의한 보험급여지급처분에 기한 것이라고 할 것이며, 가사 이 사건 부칙조항과 청구인들의 기본권침해가 관련되어 있다고 하여도 이는 이 사건 법률조항에 근거한 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분을 매개로 하는 것이라

고 할 것이므로 그 직접성이 부인된다.

라. 이 사건 시행령조항의 경우

이 사건 시행령조항은 이 사건 법률조항에서 정하고 있는 최고보상기준금액 및 최저보상기준금액을 산정할 때 고려하여야 할 요소에 관한 규정으로서 최고보상기준금액은 과거 3년간의 전체 근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 하고, 최저보상기준금액은 최저임금법에 의한 최저임금의 전년대비 조정률 등을 기준으로 하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 한다고 규정하고 있다.

살피건대, 이 사건 시행령조항은 이 사건 법률조항과 함께 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분의 기준이 되는 최고보상기준금액에 관한 고시의 근거가 되는 조항으로서 그 규정내용의 구체화를 위하여 고시라고 하는 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에 해당된다고 할 것이다. 또한 이 사건 시행령조항은 위 이 사건 법률조항과 마찬가지로 그 자체로서 청구인들의 기본권을 직접 침해하는 경우라고 하기보다는 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분을 통하여 비로소 기본권침해의 법률효과가 발생하는 경우에 해당된다고 할 것이다.

결국 이 사건 시행령조항은 하위규범의 시행을 예정하고 있을 뿐 아니라, 이 사건 법률조항 및 이 사건 고시와 함께 보험급여지급처분의 근거로서 보험급여지급처분을 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되는 것일 뿐 그 자체의 효력으로써 청구인들의 기본권에 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 이 사건 시행령조항의 직접성은 부인된다고 할 것이다.

마. 이 사건 고시의 경우

이 사건 헌법소원의 청구인들이 이 사건 고시로 말미암아 직접 기본권을 침해받았다고 할 수 있을 것인지에 관하여 보기로 한다.

(1) 이 사건 법률조항은 산재법상 보호급여지급처분의 기준이 되는 평균임금을 정함에 있어 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하거나 최저보상기준금액에 미달하는 경우에는 그 최고보상기준금액 또는 최저보상기준금액을 각각 당해근로자의 평균임금으로 한다고 정하고 있으며, 이 사건 법률조항과 이 사건 시행령조항의 위임에 따른 이 사건 고시는 최고보상기준금액을 일정한 액수로 정하고 있다.

(2) 이 사건 고시의 내용은 살펴본 바와 같이 적어도 그 규율내용인 최고보

상기준 액수에 관한 한 일의적이고 명백한 것으로서 집행기관의 심사와 재량의 여지가 없는 것이라고 할 것이다. 그러나 산재법이 예정하고 있는 보험급여지급처분은 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비 등 다양한 종류가 있는바(산재법 제38조 제1항), 지급의 요건 및 지급되는 각 보험급여액수를 정하는 기준 및 지급하는 방법 등도 산재법 제40조(요양급여), 제41조(휴업급여), 제42조(장해급여), 제42조의3(간병급여), 제43조(유족급여), 제44조(상병보상연금), 제45조(장의비)에서 각각 달리 규정하고 있다. 그리고 이 사건 고시에서 정하고 있는 최고보상기준금액은 산재법에서 정하고 있는 위 각 보험급여의 액수를 산정하기 위한 다양한 기준의 한 요소로 작용한다. 즉, 위 최고보상기준금액은 산재법상의 각각 다른 여러 가지 보험급여지급처분의 보험급여액수를 산정하기 위한 각기 다른 기준 가운데에서 하나의 산정요소로 작용할 뿐이다. 또한 산재법은 공단의 각 보험급여지급결정에 대하여 독립적인 처분으로서의 성질을 인정하여 그에 대한 심사청구 및 재심사청구, 행정소송 등 소송상·소송외의 다양한 구제수단을 마련하고 있다.

(3) 그렇다면 이 사건 고시는 이 사건 법률조항을 근거로 한 구체적인 집행행위인 특정의 보험급여지급처분이 있는 경우 그 처분을 매개로 하여 비로소 기본권에 영향을 미치게 된다고 할 것이고, 따라서 이 사건 고시의 경우에도 이 사건 법률조항 내지 시행령조항에 대한 것과 마찬가지로 일반쟁송의 방법으로 집행행위인 보험급여지급처분으로 인한 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 요청된다고 할 것이다. 결국 이 사건 고시에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.

4. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일(주심) 권 성 김경일 송인준
주선희 전효숙 이상경

[별지 1] 2003헌마312 보조참가인 명단 생략

[별지 2] 2003헌마312 보조참가인들 사건의 경위

번호	성명	재해발생일	평균임금	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여지급일	2002년 12월분 산업재해보상 보험급여액	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여액
1	유규성	1991. 11. 13.	236,681.83	02월 04일	5,269,970	3,226,940
2	김경규	1996. 12. 5.	313,457.52	02월 03일	5,797,810	2,483,970
3	김민수	1996. 2. 28.	318,108.31	02월 03일	6,255,450	2,849,910
4	김용복	1989. 3. 8.	308,100.00	02월 03일	4,210,700	1,818,620
5	김응권	1992. 4. 4.	272,858.34	02월 06일	6,616,810	3,226,940
6	김인식	1993. 10. 23.	262,854.27	02월 06일	7,206,580	3,648,330
7	김진백	1993. 9. 25.	218,538.84	02월 06일	5,991,600	3,648,330
8	김학근	1995. 10. 3.	263,870.97	02월 03일	4,925,590	2,483,970
9	김학용	1994. 12. 15.	145,927.94	02월 03일	2,180,000	2,140,200
10	문하수	1998. 8. 21.	147,368.67	02월 06일	4,040,350	3,648,330
11	박재홍	1995. 6. 8.	307,600.44	02월 06일	8,433,370	3,648,330
12	방석화	1998. 11. 27.	230,251.14	02월 03일	3,146,760	1,818,620
13	유환복	1995. 10. 9.	361,176.13	02월 03일	6,190,390	2,483,970
14	이성진	1988. 8. 9.	209,041.52	02월 06일	5,731,220	3,648,330
15	이정만	1996. 7. 12.	252,368.52	02월 03일	6,919,100	3,648,330
16	이종옥	1996. 9. 9.	325,356.54	02월 04일	4,446,530	1,818,620
17	이춘배	1996. 12. 5.	307,792.82	02월 03일	5,561,960	2,483,970
18	이춘택	1995. 11. 3.	296,769.52	02월 03일	4,046,280	1,828,620
19	임채영	1992. 7. 3.	203,151.20	02월 03일	5,569,720	3,648,330
20	장희덕	1995. 12. 17.	255,074.60	02월 03일	3,358,770	1,818,620
21	전광수	1994. 4. 6.	272,613.58	02월 06일	7,474,150	3,648,330
22	정수환	1995. 11. 25.	350,727.61	02월 03일	4,793,270	1,818,620
23	정재성	1995. 6. 29.	143,692.03	02월 03일	4,793,270	1,818,620
24	정종환	1993. 11. 19.	160,415.33	02월 06일	4,087,030	3,648,330
25	조성언	1996. 10. 8.	159,404.27	02월 06일	4,370,330	3,648,330
26	최경만	1995. 10. 8.	375,809.87	02월 03일	9,460,520	3,648,330
27	최상진	1995. 9. 15.	324,195.37	02월 03일	8,888,350	3,648,330
28	최일영	1994. 12. 28.	253,163.95	02월 04일	2,798,460	1,530,300
29	구태희	1970. 12. 15.	154,858.61	02월 05일	3,898,360	3,648,330
30	김성룡	1995. 12. 23.	248,896.61	02월 04일	6,035,740	3,226,940

번호	성명	재해발생일	평균임금	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여지급일	2002년 12월분 산업재해보상 보험급여액	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여액
31	김용식	1989. 11. 3.	34,529.10	02월 18일	8,647,890	3,648,330
32	민성기	1991. 11. 13.	321,315.70	02월 04일	8,809,400	3,648,330
33	박종성	1994. 10. 27.	314,525.83	02월 04일	8,623,240	3,648,330
34	서광수	1992. 4. 12.	151,390.50	02월 04일	1,816,680	1,596,840
35	손영선	1987. 12. 6.	149,038.36	02월 06일	4,086,130	3,648,330
36	손종근	1991. 12. 2.	173,325.92	02월 04일	3,235,410	2,483,970
37	우병희	1997. 9. 5.	205,063.50	02월 04일	3,298,100	2,140,200
38	유병인	1996. 12. 5.	170,886.54	02월 12일	02.12.요양종결 (주1)	2,849,910
39	이명열	1992. 12. 29.	252,181.02	02월 04일	6,139,630	3,226,940
40	이범삼	1995. 11. 13.	342,860.85	02월 03일	5,063,210	2,140,200
41	이병진	1994. 11. 9.	226,306.36	02월 03일	4,224,380	2,483,970
42	이성휘	1995. 9. 22.	362,995.45	02월 04일	9,952,120	3,648,330
43	이시존	1991. 10. 1.	153,510.10	02월 06일	4,208,730	3,648,330
44	이용철	1997. 4. 4.	215,324.31	02월 04일	2,942,760	1,818,620
45	이재학	1995. 2. 27.	330,221.63	02월 04일	8,312,890	3,648,330
46	장주성	1984. 12. 9.	141,852.00	02월 05일	3,889,100	3,648,330
47	전병돈	1995. 12. 27.	176,907.48	02월 04일	3,564,040	2,849,910
48	조수환	1991. 2. 22.	136,102.31	02월 06일	3,731,470	3,648,330
49	조창현	1994. 9. 15.	321,317.19	02월 04일	8,809,440	3,648,330
50	최행일	1990. 7. 2.	135,478.75	02월 06일	3,714,370	3,648,330
51	추종호	1991. 11. 24.	210,352.95	02월 04일	5,767,170	3,648,330
52	김동환	1992. 4. 13.	173,485.51	02월 04일	2,973,460	2,483,970
53	김종구	1996. 3. 24.	229,445.54	02월 04일	3,690,240	2,140,200
54	노경수	1995. 12. 23.	243,663.37	02월 04일	4,320,100	2,140,200
55	송택현	1995. 6. 7.	168,349.25	02월 03일	3,142,510	2,483,970
56	이만균	1998. 9. 26.	270,703.59	02월 06일	7,421,790	2,483,970
57	최우식	1999. 11. 18.	172,976.95	02월 04일	02.12.선급금종결 (주2)	3,648,330
58	강대희	1992. 11. 2.	153,703.00	02월 04일	3,291,800	1,530,300
59	김용구	1995. 5. 23.	175,363.00	02월 04일	4,807,860	2,849,910
60	김정기	1991. 2. 4.	204,480.40	02월 04일	3,288,720	3,648,330

번호	성명	재해발생일	평균임금	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여지급일	2002년 12월분 산업재해보상 보험급여액	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여액
61	김호경	1996. 9. 3.	204,480.40	02월 04일	3,055,240	1,530,300
62	박만균	1986. 4. 28.	265,673.80	02월 04일	4,695,220	2,716,840
63	박성호	1995. 7. 29.	323,390.98	02월 03일	5,201,190	2,140,200
64	박용준	1998. 6. 12.	218,629.18	02월 04일	3,275,540	2,105,840
65	박창희	1987. 2. 16.	233,346.00	02월 04일	3,577,970	2,040,400
66	박청배	1996. 8. 20.	162,814.13	02월 06일	4,463,820	3,638,330
67	백홍기	1989. 4. 19.	217,833.10	02월 04일	2,977,050	1,818,620
68	안병태	1994. 12. 21.	233,689.80	02월 04일	6,114,660	3,648,330
69	오철근	1997. 6. 21.	253,766.11	02월 03일	3,468,130	1,818,620
70	이대준	1996. 8. 9.	188,312.81	02월 04일	3,028,690	2,140,200
71	이명선	1997. 8. 30.	289,011.41	02월 04일	3,949,820	1,818,620
72	이승병	1996. 4. 10.	240,917.81	02월 04일	3,874,760	2,140,200
73	이운규	1991. 4. 26.	223,315.13	02월 03일	3,591,650	2,140,200
74	이일동	1986. 9. 7.	233,707.00	02월 04일	2,551,300	1,452,680
75	장인권	1988. 11. 19.	229,975.53	02월 04일	3,142,990	1,818,620
76	최남일	1991. 3. 4.	249,919.00	02월 04일	6,851,940	3,648,330
77	최선양	1994. 6. 4.	198,920.35	02월 04일	5,453,730	3,648,330
78	황호경	1987. 1. 19.	230,269.27	02월 04일	5,584,020	3,226,940
79	강성남	1996. 11. 16.	325,638.00	02월 04일	6,974,080	2,849,910
80	국석훈	1996. 4. 27.	342,769.05	02월 04일	9,397,580	3,648,330
81	박병희	1987. 4. 30.	194,109.44	02월 04일	5,321,830	3,648,330
82	박형기	1996. 8. 7.	285,236.96	02월 04일	6,108,820	2,849,910
83	안채형	1997. 2. 20.	235,814.82	02월 04일	6,150,830	3,470,900
84	양진석	1995. 8. 4.	191,321.34	02월 04일	3,077,080	2,140,200
85	이성충	1992. 9. 1.	229,338.00	02월 04일	4,911,650	2,849,910
86	이홍철	1994. 7. 4.	263,049.69	02월 04일	4,910,260	2,483,970
87	장영수	1988. 6. 5.	281,045.65	02월 04일	6,257,780	3,226,940
88	정성용	1996. 4. 1.	244,783.00	02월 04일	6,711,130	3,648,330
89	조동문	1998. 3. 6.	208,138.21	02월 04일	3,347,550	2,140,200
90	조만환	1992. 12. 16.	158,865.00	02월 04일	4,355,540	3,648,330

번호	성명	재해발생일	평균임금	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여지급일	2002년 12월분 산업재해보상 보험급여액	2003년 1월분 산업재해보상 보험급여액
91	황영택	1990. 11. 27.	180,878.99	02월 04일	4,959,090	3,648,330
92	권태국	1992. 12. 14.	285,541.74	02월 03일	4,592,460	2,140,200
93	김동철	1995. 10. 24.	165,526.80	02월 03일	4,540,930	3,648,330
94	김성협	1995. 7. 18.	321,701.87	02월 10일	3,699,570	1,530,300
95	김영호	1997. 11. 6.	253,766.10	02월 04일	4,736,960	2,483,970
96	김중기	1992. 1. 16.	180,646.21	02월 03일	4,952,710	3,648,330
97	박동화	1993. 9. 23.	175,236.19	02월 04일	4,804,390	3,648,330
98	이윤우	1992. 8. 24.	193,544.39	02월 06일	5,306,340	3,648,330
99	정봉근	1996. 10. 8.	221,610.83	02월 04일	3,028,680	1,818,620
100	차성호	1995. 11. 30.	229,886.57	02월 03일	6,302,720	3,648,330
101	김승래	1998. 7. 18.	292,290.01	02월 04일	4,700,990	2,140,200
102	윤영수	1998. 12. 8.	168,599.19	02월 27일	3,658,600	2,887,610
103	박천배	1991. 2. 11.	141,110.18	02월 03일	3,868,770	3,648,330
104	김상훈	1995. 7. 10.	154,875.72	02월 04일	4,246,170	3,648,330
105	고인식	1990. 11. 16.	258,053.13	02월 04일	5,526,630	2,849,910
106	김인호	1998. 9. 25.	243,142.50	02월 04일	02.12.선급금 종결(주2)	1,530,300
107	서장열	1998. 11. 1.	232,032.52	02월 03일	4,969,360	2,849,910
108	심재명	1995. 12. 1.	256,571.09	02월 03일	5,494,890	2,849,910
109	이형국	1994. 4. 1.	243,263.59	02월 03일	2,797,530	1,530,300
110	정현근	1995. 6. 1.	171,552.34	02월 03일	4,703,390	3,648,330
111	조현진	1996. 12. 13.	296,070.94	02월 04일	3,164,030	1,530,300
112	최준열	1993. 8. 24.	283,540.51	02월 04일	3,875,050	1,818,620
113	백명렬	1996. 1. 30.	198,978.12	02월 05일		

(주 1) 2002. 12. 요양종결됨에 따라 2003. 1.부터 산재보상연금이 지급됨.

(주 2) 산재보상연금을 선급받았는데 2002. 12. 선급기간이 종결되어 2003. 1.부터 다시 산재보상연금이 지급됨.

국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에 관한특별법 제2조 위헌확인

(2004. 9. 23. 2004헌마192 전원재판부)

【판시사항】

1. 구제대상인 “미임용자”의 개념을 ‘1990. 10. 7. 이전에 국립의 사범대학을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 임용이 예정되어 있었으나, 1990. 10. 8. 법률 제3458호 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 교원으로 임용되지 아니한 자’로 정의하고 있는 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법 제2조가 청구인의 직업선택의 자유 및 행복추구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 조항이 평등의 원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 교원으로 우선임용받을 권리는 헌법상 인정되는 권리가 아니고 단지 구 교육공무원법(법률 제3458호, 1990. 12. 31. 법률 제4304호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항에 의하여 비로소 인정되었던 권리일 뿐이었는데, 헌법재판소가 1990. 10. 8. 동조항에 대하여 단순 위헌결정을 하였으므로 우선임용권이 청구인의 권리로 존재하는 것이라고 할 수 없다. 또한, 청구인이 위 위헌결정 이후에도 교원으로 우선임용받을 것으로 신뢰하거나 기대하였다는 이유만으로 헌법에서 유래하는 국가의 보호 의무가 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법 제2조가 청구인과 같이 1990. 10. 8. 이후에 졸업한 자들을 구제대상에서 제외하고 있다고 하더라도 그것이 곧 청구인에게 보장되었던 교원으로서의 생활을 불가능하게 함으로써 청구인의 행복추구권을 침해하고 있는 것이라거나 직업선택의 자유를 침해한 것이라고 할 수는 없다.

2. 1990. 10. 7. 이전에 국립 사범대학을 졸업한 자들과 그 때까지는 재학 중이었다가 1990. 10. 7. 이후에 졸업한 자들 모두 우선임용권을 규정한 구 교육공무원법(법률 제3458호, 1990. 12. 31. 법률 제4304호로 개정되기 전의 것) 제11조 제1항에 대한 위헌결정이 있기 전에 국립의 사범대학에 입학하였고 입학 당시 장차 졸업 후 교사로 우선임용되리라는 기대를 갖고 있었다는 점에 있어서는 동일하다고 할 수 있다.

그러나, 전자는 이미 사범대학을 졸업 또는 수료하고 교사자격증을 갖추는 등 위 법률 소정의 우선임용의 요건을 현실로 구비하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 순번에 따라 임용을 기다리고 있었던 상태에서 우리 재판소의 위헌결정으로 우선임용권을 박탈당한 반면, 후자는 당시 사범대학 재학 중이어서 장차 학업을 마치고 교사자격증을 갖추게 될 경우 우선하여 채용되리라는 기대만을 갖고 있었던 것에 불과하다.

결국, 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법 제2조가 양자를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이므로, 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다.

【심판대상조문】

국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법(2004. 1. 20. 법률 제7069호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 “미임용자”라 함은 1990년 10월 7일 이전에 국립의 사범대학을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 임용이 예정되어 있었으나, 1990년 10월 8일 법률 제3458호 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 교원으로 임용되지 아니한 자를 말한다.

【참조조문】

교육공무원법(법률 제3458호, 1990. 12. 31. 법률 제4304호로 개정되기 전의 것) 제11조(신규채용 등) ① 교사의 신규채용에 있어서는 국립 또는 공립의 교육대학·사범대학 기타 교원양성기관의 졸업자 또는 수료자를 우선하여 채용하여야 한다.

②~⑤ 생략

교육공무원법(1990. 12. 31. 법률 제4304호로 개정된 것) 제11조(신규채용 등) ① 교사의 신규채용은 공개전형에 의한다.

②~⑤ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1990. 10. 8. 89헌마89, 판례집 2, 332
헌재 1995. 5. 25. 90헌마196, 판례집 7-1, 671, 676-678
2. 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110·136등, 판례집 9-1, 90, 114
헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 504
헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24

【당 사 자】

청 구 인 유○지

국선대리인 변호사 김동화

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2004. 1. 20. 법률 제7069호로 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용 등에관한특별법이 공포, 시행되었는데, 위 법률은 “1990. 10. 7. 이전에 국립의 사범대학(한국교원대학교·공업교육대학 및 국립대학에 설치된 교육과를 포함한다)을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 임용이 예정되어 있었으나, 1990. 10. 8. 법률 제3458호 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 교원으로 임용되지 아니한 자(제2조, 미임용자)”에 대하여 초·중등학교 교원으로 임용될 수 있는 특별한 절차 및 방법을 규정하고 있다(제1조).

미임용자가 이 법 시행일로부터 6월 이내에 자신들이 등재되었던 당해 시·도교육감에게 미임용자 등록을 마치게 되면(제3조), 교원임용후보자 선정 공개전형에 응시할 경우 응시연령(교육공무원법 제11조 제2항, 교육공무원임용령 제11조의2에 의하면 최초시험예정일이 속한 연도에 40세 이하이어야 한다) 제한을 받지 아니하게 된다(제4조). 중등교원 임용과 관련하여, 중등교원 임용후보자선정 공개전형에 합격한 경우 우선적으로 임용받게 되고(제5조), 중등교사 자격증의 표시과목 변경을 위하여 부전공과정의 이수를 단기간에

마칠 수 있는 기회를 제공받을 수 있다(제6조). 초등교원 임용과 관련하여, 서울·부산을 제외한 교육대학의 제3학년에 편입학할 수 있고(제7조), 초등교원 자격을 취득한 경우 정해진 지역에 한하여 초등교원 임용후보자선정 공개전형에 응시할 수 있도록(제8조) 하고 있는데, 위 중등학교 부전공과정을 이수하거나 교육대학교 편입학 특별전형에 응시할 수 있는 기간은 각각 2005학년도부터 2007학년도까지로 제한된다(부칙 제2조).

(2) 청구인은 1962. 12. 3.생으로 1989. 3. 2. 국립 경상대학교 사범대학 외국어교육과에 입학하여 1993. 2. 26. 졸업하고 같은 날 외국어(영어) 과목의 중등 2급 정교사 자격을 취득하였다.

(3) 청구인은 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법이 1990. 10. 7. 이전에 국립 사범대학을 졸업한 자만을 구제대상으로 하고 청구인과 같이 위헌결정 당시에는 재학 중이었는데 그 후에 졸업한 자들을 배제하는 것은 청구인의 행복추구권, 직업선택의 자유 및 평등권을 침해하는 것이라고 주장하면서 2004. 3. 12. 위 법률의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상의 한정

청구인은 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법 전체의 위헌여부를 이 사건 헌법소원의 청구대상으로 삼고 있으나, 청구인도 위 법률에서 정하고 있는 구제절차 및 내용 자체가 위헌이라고 주장하고 있는 것은 아니고 청구인이 포함되지 않은 것이 부당하다는 것이므로, 위 법률에 의한 구제대상인 “미임용자”의 개념을 ‘1990. 10. 7. 이전에 국립의 사범대학을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 임용이 예정되어 있었으나, 1990. 10. 8. 법률 제3458호 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 교원으로 임용되지 아니한 자’로 정의하고 있는 위 법률 제2조의 위헌여부로 이 사건 헌법소원의 심판대상을 한정함이 상당하다.

(2) 심판대상 법률조항

국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법(2004. 1. 20. 법률 제7069호)

제2조(정의) 이 법에서 “미임용자”라 함은 1990년 10월 7일 이전에 국립의 사범대학을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에

등재되어 임용이 예정되어 있었으나, 1990년 10월 8일 법률 제3458호 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정에 따라 교원으로 임용되지 아니한 자를 말한다.

(3) 관련 법률조항

구 교육공무원법(1981. 11. 23. 법률 제3458호로 제정되고 1990. 12. 31. 법률 제4304호로 개정되기 전의 것) 제11조(신규채용 등) ① 교사의 신규채용에 있어서는 국립 또는 공립의 교육대학·사범대학 기타 교원양성기관의 졸업자 또는 수료자를 우선하여 채용하여야 한다.

교육공무원법(1990. 12. 31. 법률 제4304호로 개정된 것) 제11조(신규채용 등) ① 교사의 신규채용은 공개전형에 의한다.

부칙 ② (국·공립의 교육대학, 사범대학 등의 졸업자 등에 대한 경과조치) 임용권자는 교사를 신규로 채용함에 있어서 1993년도까지 임용권자가 정하는 바에 따라 채용예정인원의 일정비율을 1989년도 이전에 국립 또는 공립의 교육대학, 사범대학 기타 교원양성기관에 입학한 자로서 소정의 교육과정을 이수하고 졸업하거나 수료한 자로 선발·임용할 수 있다.

2. 청구인의 주장과 교육인적자원부장관의 의견

가. 청구인의 주장요지

1990. 10. 7. 이전에 국립 사범대학을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 임용이 예정되어 있던 자들뿐만 아니라, 청구인을 포함하여 구 교육공무원법(법률 제3458호) 제11조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에 국립 사범대학에 입학하였으나 위헌결정 이후에 졸업한 자들 또한 위 구 교육공무원법 조항에 따른 우선임용의 권리 또는 우선임용의 기대가 있었다.

헌법재판소의 위헌결정에 따라 우선임용제가 폐지되고 교육공무원법의 개정에 따라 1991년부터 임용시험에 의한 공개전형제도로 변경됨으로써 청구인은 입학할 당시 보장받았던 국·공립학교 교원으로 우선 임용될 권리를 박탈당하는 불이익을 받았는데, 이 사건 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법이 제정되어 1990. 10. 7. 이전에 졸업한 미임용자들을 교원으로 특별채용하게 된 이상 청구인과 같이 입학 당시 우선임용을 보장받았으나 1990. 10. 7. 이후에 졸업하게 된 자들도 마찬가지로 구제되어야 한다.

그럼에도 불구하고 위 법률은 1990. 10. 7. 이후에 졸업한 자들에 대한 구제절차를 마련하지 않고 있는데, 이는 대학 입학 당시 청구인에게 보장되었던

교원으로서의 생활을 불가능하게 하여 청구인의 행복추구권(헌법 제10조)을 침해하는 것일 뿐만 아니라, 우선임용의 기대를 갖게 함으로써 다른 직업을 얻을 수 있는 기회마저 박탈하는 결과가 되어 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제15조에도 위반된다.

또한, 1990. 10. 7. 이전에 국립 사범대학을 졸업한 자들과 그 때까지는 재학 중이었다가 1990. 10. 7. 이후에 졸업한 자들을 차별하여 대우할 합리적인 근거가 없음에도 불구하고, 위 법률은 양자를 달리 대우하고 있으므로 평등권을 규정한 헌법 제11조 제1항에도 위반된다.

나. 교육인적자원부장관의 의견요지

(1) 적법요건에 대한 주장

국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법은 미임용자의 등록(제3조), 중등교원 임용후보자 채용순위(제5조), 부전공과정의 개설(제6조), 교육대학 편입학 특별전형(제7조) 등의 절차를 예정하고 있으나 구체적인 내용은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있을 뿐이므로, 위 특별법으로 인하여 청구인의 헌법상 권리나 법적지위가 직접 박탈되는 것은 아니고, 따라서 침해의 직접성을 결여하였다.

위 법률이 위헌으로 결정된다고 하더라도 위 법 소정의 미임용자들에게 부여되는 혜택만이 제거될 뿐 청구인의 법적지위가 향상되는 것은 아니므로 청구인에게는 기본권 침해의 자기관련성도 인정할 수 없다. 위 법률로 인하여 청구인이 불이익을 입는다고 하더라도 이는 간접적이고 반사적인 불이익에 불과하다.

(2) 본안에 대한 주장

(가) 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법은 ‘미임용자’에 대한 특별채용을 규정한 것이 아니라 부전공연수기회 및 교대편입기회를 제공하는 것에 그치고 있고, 헌법재판소의 위헌결정에 따라 우선임용제가 폐지된 후 국립사범대학 졸업생 및 2학년 이상 재학생들의 기득권 보호를 위하여 1990. 12. 31. 개정된 구 교육공무원법(법률 제4304호) 부칙 제2항으로 1991년도부터 1993년도까지 임용권자가 정하는 바에 따라 채용예정인원의 일정비율(70%)을 청구인을 포함하여 1989년도 이전에 입학하였던 국립사범대학 출신자만으로 선발토록 조치를 함으로써 청구인에게도 국·공립학교의 중등교사로 임용될 수 있는 기회를 제공하여 입학 당시의 우선임용에 대한 신뢰보호를 위한 조치를 다한 것이므로, 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것이

아니다.

(나) 시혜적인 조치를 취하는 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정되고, 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성을 결여한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

1990년 당시 교원임용후보자명부에 등재되어 있던 자들과 청구인처럼 국립사범대학에 재학 중이었던 자들은 우선임용에 대한 신뢰정도가 다르다. 과목 수요에 따른 임용 시기의 격차는 있었으나 교원임용후보자 명부에 등재되어 있던 자들은 이미 임용이 예정되어 있던 자들로서 임용이 예정되어 있지 않은 청구인들보다 교원임용에 대한 강한 신뢰를 가지고 있었다. 또한, 교원임용후보자명부에 등재되어 있던 자들은 위헌판결 이후 시행된 중등교원 임용후보자선정 공개전형을 바로 준비할 여유가 없었으나 청구인과 같은 재학생들은 공개전형을 준비할 수 있는 충분한 시간적인 여유를 가지고 있었다.

따라서, 교원임용후보자명부에 등재되어 있던 자와 재학생에 대하여는 그 신뢰보호의 정도를 달리할 수 있으므로 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

3. 적법요건에 대한 판단

일반적으로 침해적 법률에 있어서는 법률의 수급자가 당사자로서 자신의 기본권침해를 주장하게 되지만, 이 사건에서와 같이 혜택을 주는 법규정의 경우에는 수혜범위에서 제외된 자가 헌법소원의 청구인으로서 국가가 다른 집단에게 부여한 혜택으로부터 자신이 속한 집단을 평등원칙에 위배되게 배제하였다는 주장을 할 수 있고, 심판대상 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치 결정에 따라 혜택규정에 의하여 배제되었던 혜택에 참여할 가능성이 있다면 자기관련성 및 기본권 침해성을 인정할 수 있다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724; 2003. 6. 26. 2002헌마312, 판례집 15-1, 765, 769 참조).

청구인은 이 사건 조항으로 말미암아 국립사범대학졸업자중교원미임용자 임용등에관한특별법의 수혜대상에서 제외되었다는 평등권침해를 주장하고 있고, 만약 우리 재판소가 위 법률이 1990. 10. 7. 이전에 국립의 사범대학을 졸업한 자와 법률 제3458호 구 교육공무원법 제11조 제1항에 대한 우리 재판소의 1990. 10. 8.자 위헌결정 이전에 입학하였으나 1990. 10. 7. 현재 졸업하지 못한 자를 차별하여 취급하는 것은 평등권을 침해하는 것이라는 결정을 내리게 되면, 전자에 대한 구제절차마저 폐지되거나 제한되는 방향으로 평등이 이

루어질 수도 있겠지만, 청구인을 포함한 후자도 구제대상에 포함시킬 수도 있으므로 자기관련성 및 기본권 침해성이 인정된다.

한편, 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성은 인정되어야 한다(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104 참조).

위 법률이 정하고 있는 구제조치들이 모두 위 법 제3조 소정의 ‘미임용 등록자’를 전제로 한 규정이고, 동조 제2항이 정하고 있는 시·도교육감의 ‘미임용자 등록·관리행위’가 집행행위에 해당한다고 하더라도 정의규정인 이 사건 조항이 규정하고 있는 ‘미임용자’의 기준은 위 등록절차에서 시·도교육감의 재량의 여지없이 반드시 고려되어야 하는 사항으로 위 조항 자체에 의하여 청구인과 같이 ‘미임용자’의 개념에 포함되지 아니한 자들에게는 ‘미임용자 등록’이 이루어지거나 위 법률이 규정한 구체적인 구제조치가 이루어질 가능성이 전혀 없다는 점에서, 이 사건 조항에 관하여 기본권 침해의 직접성을 인정할 수 있고(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104 참조), 이와 달리 위 법률이 구제조치의 구체적인 내용은 대통령령에 위임하고 있을 뿐이어서 법률 자체로는 청구인의 기본권을 침해하는 것이 아니라고 할 수는 없다.

4. 본안에 대한 판단

가. 1981. 11. 23. 법률 제3458호로 전문개정된 구 교육공무원법 제11조 제1항은 “교사의 신규채용에 있어서는 국립 또는 공립의 교육대학, 사범대학 기타 교원양성기관의 졸업자 또는 수료자를 우선하여 채용하여야 한다.”고 규정하고 있었다.

우리 재판소는 1990. 10. 8. 위 조항에 대하여 헌법 제11조 제1항 및 제15조에 위반된다는 이유로 위헌결정을 하였고(헌재 1990. 10. 8. 89헌마89, 판례집 2, 332), 그 뒤 국회는 1990. 12. 31. 법률 제4304호로, 헌법재판소에서 위헌 결정된 구 교육공무원법 제11조 제1항을 개정하여 교사의 신규채용은 공개전형에 의하도록 하였는데, 경과규정으로 부칙 제2항에서 1993년도까지 채용예정 인원의 일정비율을 1989년도 이전에 국립 또는 공립의 교육대학, 사범대학 기타 교원양성기관에 입학한 자로서 소정의 교육과정을 이수하고 졸업하거나 수료한 자로 선발·임용할 수 있도록 규정하였다.

나. 행복추구권, 직업선택의 자유의 침해 여부

청구인은 이 사건 조항이 청구인과 같이 1990. 10. 7. 이후에 졸업한 자들을 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법이 정하고 있는 구제대상에서 제외함으로써 청구인의 행복추구권 및 직업선택의 자유를 침해한다고 주장하고 있는바, 이는 국·공립학교 교사의 신규채용에 있어서 국·공립의 교육대학·사범대학 기타 교육양성기관의 졸업자 또는 수료자가 우선임용받아야 한다는 취지의 우선임용권이 청구인에게 존재함을 전제로 한다.

그런데 교원으로 우선임용받을 권리는 헌법상 인정되는 권리가 아니고 단지 구 교육공무원법(법률 제3458호) 제11조 제1항에 의하여 비로소 인정되었던 권리일 뿐이다(헌재 1995. 5. 25. 90헌마196, 판례집 7-1, 671 참조). 우리 재판소는 1990. 10. 8. 위 법률조항이 합리적 근거 없이 국·공립학교의 교사로 채용되고자 하는 교사자격자를 그 출신학교의 설립주체 또는 학과에 따라 차별하고 있을 뿐만 아니라 국·공립 사범대학 출신 이외의 교사자격자가 가지는 직업선택의 자유를 제한하고 있으므로 국민의 평등권 및 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제11조 제1항 및 제15조에 각 위반된다는 이유로 위 법률조항에 대하여 단순 위헌결정을 하였고, 위 결정 당시 헌법재판소가 청구인과 같이 국립 사범대학에 재학 중인 자들에게 교원으로 우선임용받을 권리를 보장하거나 그 동안의 신뢰를 보호할 조치를 취할 것을 입법자나 교육부장관에게 명한 바도 없다.

결국 청구인이 주장하는 우선임용권의 근거가 되는 법률조항이 위헌 결정된 이상 우선임용권이 청구인의 권리로 존재하는 것이라고 할 수 없고, 따라서 이 사건 조항이 청구인을 구제대상에서 제외하고 있다고 하더라도 그것이 곧 청구인에게 보장되었던 교원으로서의 생활을 불가능하게 함으로써 청구인의 행복추구권을 침해하고 있는 것이라고 할 수는 없다.

또한, 청구인이 사범대학 2학년 재학 중이던 1990. 10. 8. 이미 위 우선임용조항에 대한 우리 재판소의 위헌결정이 있었고 그에 따라 1990. 12. 31. 법률 제4304호로 교육공무원법이 개정되어 공개전형방식에 의한 임용제도로 변경되었으며, 당시 경과규정을 두어 청구인이 졸업하는 해인 1993년도까지는 교사 신규채용에 있어서 채용예정인원의 일정비율을 청구인을 포함하여 1989년도 이전에 국립 또는 공립의 교육대학·사범대학 기타 교원양성기관에 입학하여 졸업한 자 등으로 선발, 임용할 수 있도록 하는 등 청구인과 같이 위 위헌결정이 선고될 때까지 우선임용의 기대를 갖고 있던 자들의 신뢰보호를 위한 조치를 한 이상, 가사 청구인이 위 위헌결정 이후에도 교원으로 우선임용

되리라는 기대만으로 다른 직업에 대한 준비를 하지 아니하여 결과적으로 현재까지 다른 직업을 선택할 기회를 갖지 못하게 되었다고 하더라도 그와 같은 신뢰가 보호할 가치가 있는 정당한 것이라고 할 수도 없다. 또한 우선임용받을 것으로 신뢰하거나 기대하였다는 이유만으로 헌법에서 유래하는 국가의 보호 의무가 발생하였다고 할 수도 없으므로(위 90헌마196 결정, 판례집 7-1, 676-678 참조), 이 사건 조항이 청구인을 구제대상에서 제외하고 있다고 하여 청구인의 직업선택의 자유를 침해한 것이라고 할 수도 없다.

다. 평등권 침해 여부

평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나, 우리 재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 우리 재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 즉 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 우리 재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정되므로 우리 재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없고(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110·136등, 판례집 9-1, 90, 114; 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 504 참조), 국가가 국민에게 혜택을 부여할 때에는 국민의 권리를 제한할 때보다 더 넓은 형성의 자유를 가지는 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24 참조).

청구인은 1990. 10. 7. 이전에 국립 사범대학을 졸업한 자들과 그 때까지는 재학 중이었다가 1990. 10. 7. 이후에 졸업한 자들을 차별하여 대우할 합리적인 근거가 없음에도 불구하고, 이 사건 조항은 양자를 달리 대우하고 있으므로 평등권을 규정한 헌법 제11조 제1항에 위반된다고 주장한다.

살피건대, 두 집단은 우선임용권을 규정한 구 교육공무원법(법률 제3458호) 제11조 제1항에 대한 1990. 10. 8. 우리 재판소의 위헌결정이 있기 전에 국립의 사범대학에 입학하였고 입학 당시 장차 졸업 후 교사로서 우선임용되리라는 기대를 갖고 있었다는 점에 있어서는 동일하다고 할 수 있다.

그러나, 전자는 이미 사범대학을 졸업 또는 수료하고 교사자격증을 갖추는 등 위 법률 소정의 우선임용의 요건을 현실로 구비하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 순번에 따라 임용을 기다리고 있

었던 상태에서 우리 재판소의 위헌결정으로 우선임용권을 박탈당한 반면, 후자는 당시 사범대학 재학 중이어서 장차 학업을 마치고 교사자격증을 갖추게 될 경우 우선하여 채용되리라는 기대만을 갖고 있었던 것에 불과하다. 후자의 경우 장차 무사히 학업을 마치고 교사자격증을 취득할 수도 있으나 본인 및 주위 여건에 따라 학업을 포기하고 다른 진로를 모색하거나 소정의 학점을 이수할 능력이 되지 아니하여 학업을 마치지 못할 가능성도 배제할 수 없어 우선임용권 자체를 현실로 갖고 있지 못하였다는 점에서 전자와는 분명한 차이가 있다고 할 것이다.

또한, 교원임용후보자명부에 등재되어 있던 자들은 청구인과 같은 재학생들에 비하여 위헌결정 이후 시행된 중등교원 임용후보자선정 공개전형을 준비할 시간적 여유도 상대적으로 적었으므로, 입법자로서는 양자에 대한 신뢰보호의 정도를 달리할 수 있다.

결국, 이 사건 조항이 구 교육공무원법(법률 제3458호) 제11조 제1항에 의한 우선임용의 기대 하에 국립의 사범대학에 입학한 자들 중 1990. 10. 8. 우리 재판소 위헌결정 당시를 기준으로 이미 졸업한 자들과 재학 중에 있던 자들을 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이므로, 평등의 원칙에 위반되는 것이 아니다.

5. 결 론

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

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종(주심) 김경일
주선회 전호숙 이상경

국가공무원법 제69조 위헌제청(재심)

(2004. 9. 23. 2003헌아61 전원재판부)

【판시사항】

위헌법률심판제청에 관한 헌법재판소의 결정에 대해 위헌법률심판 제청신청인이 재심청구를 할 수 없다고 한 사례

【결정요지】

위헌법률심판의 제청은 법원이 헌법재판소에 대하여 하는 것이기 때문에 당해사건에서 법원으로 하여금 위헌법률심판을 제청하도록 신청을 한 사람은 위헌법률심판사건의 당사자라고 할 수 없다. 원래 재심은 재판받은 당사자에게 이를 인정하는 특별한 불복절차이므로 청구인처럼 위헌법률심판이라는 재판의 당사자가 아닌 사람은 그 재판에 대하여 재심을 청구할 수 있는 지위 내지 적격을 갖지 못한다.

【심판대상조문】

국가공무원법(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것) 제69조(당연퇴직) 공무원이 제33조 각 호의 1에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제40조(준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다.

② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.

민사소송법 제451조(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중 국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 관결법원을 구성하지 아니한 때

2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
 3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수역에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.
 4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
 5. 형사상 처벌을 받을 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
 6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
 7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
 8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
 9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
 10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
 11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때
- ② 제1항 제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료 부과 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.
- ③ 항소심에서 사건에 대하여 본안판결을 하였을 때에는 제1심 판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못한다.

【당 사 자】

청 구 인 박○성

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 재심청구의 원인

청구인은 충남 ○○군 소재 ○○초등학교 교감으로 재직중에 징역 6월형의 선고유예판결이 1994. 2. 8. 확정되어 국가공무원의 직에서 당연퇴직되었다. 청구인은 충청남도 교육감에게 청구인을 당연퇴직케 한 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호가 위헌이라는 이유로 청구인을 다시 교감직으로 발령

해주거나 또는 교감으로 재임용해 줄 것을 2002. 6. 19. 신청하였으나 교감으로의 복직발령 또는 교감의 재임용은 불가능하다는 통지를 받았다.

청구인은 충청남도 교육감을 상대로 임용복직발령 또는 임용신청거부처분 취소를 구하는 소송을 제기하고 위 소송에서 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것)에 대한 위헌심판제청신청을 하였는데 이를 받아들인 법원의 위헌법률심판제청이 2002. 10. 25. 헌법재판소에 접수되었다.

헌법재판소는 2003. 10. 30. 2002헌가24 결정으로 위 법률조항이 재판의 전제성을 결한다는 이유로 위헌법률심판제청을 각하하였다. 이 때 재판관 중 4인은 본안판단을 해야 한다는 반대의견을 표명하였다. 위 사건의 심리 및 평의에 관여하여 각하의견에 찬성한 한대현 재판관은 2003. 8. 25. 6년간의 임기 만료로 퇴임하여 결정선고에는 관여하지 아니하였다.

청구인은, 위 재심대상결정 선고당시 각하의견의 입장을 취한 한대현 재판관은 그 선고이전인 2003. 8. 25.에 이미 퇴직하였는데도 그 결정문에 한대현 재판관의 성명이 기재되고 이어서 “퇴임으로 서명, 날인 불능”이라고 기재된 것은, 위 결정에 민사소송법 제451조 제1항 제2호(법률상 그 재판에 관여할 수 없는 재판관이 재판에 관여한 때) 등의 재심사유가 있는 경우에 해당한다는 이유로 위 재심대상결정의 취소와 구 국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분(2002. 12. 18. 법률 제6788호로 개정되기 전의 것)의 위헌선언을 구하는 재심을 청구하였다.

2. 판 단

먼저 직권으로 이 사건 재심청구가 적법한 것인지 여부에 대하여 살펴본다.

위헌법률심판의 제청은 법원이 헌법재판소에 대하여 하는 것이기 때문에 당해사건에서 법원으로 하여금 위헌법률심판을 제청하도록 신청을 한 사람 자신은 위헌법률심판사건의 당사자라고 할 수 없다.

원래 재심은 재판을 받은 당사자에게 이를 인정하는 특별한 불복절차이므로 청구인처럼 위헌법률심판이라는 재판의 당사자가 아닌 사람은 그 재판에 대하여 재심을 청구할 수 있는 지위 내지 적격을 갖지 못한다.

그렇다면 청구인의 이 사건 심판청구는 청구인적격을 결한 사람이 제기한 것이어서 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에 해당하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결

헌재 2004. 9. 23. 2003헌아61

정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일 권 성(주심) 김효종 김경일
송인준 주선희 전효숙 이상경