

책 명	헌재판례 16-2(하)
분류번호	98-100호
FILE명	98-100.HWP
페이지	1-631
편집	
1 차	나연(2004.11.24)
2 차	나연(2005.2.12)
3 차	재원(2005.2.23)
4 차	찬(05.3.17)
5 차	찬(05.3.21) 찬(05.3.22)

## 신행정수도의건설을위한특별조치법위헌확인

(2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 헌법상 수도의 개념
2. 신행정수도의건설을위한특별조치법(이하 ‘이 사건 법률’이라 한다)이 수도이전의 의사결정을 포함하는지 여부(적극)
3. 우리 헌법상 관습헌법이 인정될 수 있는지 여부(적극)
4. 관습헌법 인정의 헌법적 근거
5. 관습헌법의 성립요건으로서의 기본적 헌법사항
6. 관습헌법의 일반적 성립요건
7. 수도의 설정과 이전의 헌법적 의의
8. ‘우리나라의 수도가 서울인 점’이 자명하고 전제된 헌법규범으로서 불문헌법으로 인정될 수 있는지 여부(적극)
9. ‘우리나라의 수도가 서울인 점’이 관습헌법으로 인정될 수 있는지 여부(적극)
10. ‘우리나라의 수도가 서울인 점’이 단순한 사실명제가 아니라 규범명제인지 여부(적극)
11. 관습헌법의 폐지와 사멸
12. 관습헌법을 하위 법률의 형식으로 의식적으로 개정할 수 있는지 여부(소극)
13. ‘우리나라의 수도가 서울인 점’에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법개정이 필요한지 여부(적극)
14. 이 사건 법률이 헌법 제130조에 따라 헌법개정절차에 있어 국민이 가지는 국민투표권을 침해하여 위헌인지 여부(적극)

### 【결정요지】

1. 일반적으로 한 나라의 수도는 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하여 정치·행정의 중추적 기능을 실현하고 대외적으로 그 국가를 상징하는 곳을 의미한다. 헌법기관들 중

에서 국민의 대표기관으로서 국민의 정치적 의사를 결정하는 국회와 행정을 통할하며 국가를 대표하는 대통령의 소재지가 어디인가 하는 것은 수도를 결정하는데 있어서 특히 결정적인 요소가 된다. 대통령은 국가원수로서 국가를 상징하고 정부의 수반으로서 국가운동의 최고 통치권자이며 의회는 주권자인 국민이 선출한 대표들로 구성된 대의기관으로서 오늘날의 간접민주주의 통치구조하에서 주권자의 의사를 대변하고 중요한 국가의사를 결정하는 중추적 역할을 담당하므로 이들 두 개의 국가기관은 국가권력의 중심에 있고 국가의 존재와 특성을 외부적으로 표현하는 중심이 되기 때문이다.

2. 이 사건 법률은 신행정수도를 “국가 정치·행정의 중추기능을 가지는 수도로 새로 건설되는 지역으로서 …… 법률로 정하여지는 지역”이라고 하고(제2조 제1호), 신행정수도의 예정지역을 “주요 헌법기관과 중앙행정기관 등의 이전을 위하여 …… 지정·고시하는 지역”이라고 규정하여(같은 조 제2호), 결국 신행정수도는 주요 헌법기관과 중앙 행정기관들이 소재하여 국가의 정치·행정의 중추기능을 가지는 수도가 되어야 함을 명확히 하고 있다. 따라서 이 사건 법률은 비록 이전되는 주요 국가기관의 범위를 개별적으로 확정하고 있지는 아니하지만, 그 이전의 범위는 신행정수도가 국가의 정치·행정의 중추기능을 담당하기에 충분한 정도가 되어야 함을 요구하고 있다. 그렇다면 이 사건 법률은 국가의 정치·행정의 중추적 기능을 수행하는 국가기관의 소재지로서 헌법상의 수도개념에 포함되는 국가의 수도를 이전하는 내용을 가지는 것이며, 이 사건 법률에 의한 신행정수도의 이전은 곧 우리나라의 수도의 이전을 의미한다.

3. 우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전(憲法典)이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법(不文憲法) 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 특히 헌법제정 당시 자명(自明)하거나 전제(前提)된 사항 및 보편적 헌법원리와 같은 것은 반드시 명문의 규정을 두지 아니하는 경우도 있다. 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌

법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가진다.

4. 헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.’고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에는 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. 국민주권주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에 국민의 참여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다.

5. 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적인 사항이 되어야 한다. 일반적으로 실질적인 헌법사항이라고 함은 널리 국가의 조직에 관한 사항이나 국가기관의 권한 구성에 관한 사항 혹은 개인의 국가권력에 대한 지위를 포함하여 말하는 것이지만, 관습헌법은 이와 같은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다. 일반적인 헌법사항 중 과연 어디까지가 이러한 기본적이고 핵심적인 헌법사항에 해당하는지 여부는 일반추상적인 기준을 설정하여 재단할 수는 없고, 개별적 문제사항에서 헌법적 원칙성과 중요성 및 헌법원리를 통하여 평가하는 구체적 판단에 의하여 확정하여야 한다.

6. 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져

서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성). 또한 다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의).

7. 헌법기관의 소재지, 특히 국가를 대표하는 대통령과 민주주의적 통치원리에 핵심적 역할을 하는 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성(正體性)을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나이다. 여기서 국가의 정체성이란 국가의 정서적 통일의 원천으로서 그 국민의 역사와 경험, 문화와 정치 및 경제, 그 권력구조나 정신적 상징 등이 종합적으로 표출됨으로써 형성되는 국가적 특성이라 할 수 있다. 수도를 설정하는 것 이외에도 국명(國名)을 정하는 것, 우리말을 국어(國語)로 하고 우리글을 한글로 하는 것, 영토를 획정하고 국가주권의 소재를 밝히는 것 등이 국가의 정체성에 관한 기본적 헌법사항이 된다고 할 것이다. 수도를 설정하거나 이전하는 것은 국회와 대통령 등 최고 헌법기관들의 위치를 설정하여 국가조직의 근간을 장소적으로 배치하는 것으로서, 국가생활에 관한 국민의 근본적 결단임과 동시에 국가를 구성하는 기반이 되는 핵심적 헌법사항에 속한다.

8. 우리 헌법전상으로는 ‘수도가 서울’이라는 명문의 조항이 존재하지 아니한다. 그러나 현재의 서울 지역이 수도인 것은 그 명칭상으로도 자명한 것으로서, 대한민국의 성립 이전부터 국민들이 이미 역사적, 전통적 사실로 의식적 혹은 무의식적으로 인식하고 있었으며, 대한민국의 건국에 즈음하여서도 국가의 기본구성에 관한 당연한 전제사실 내지 자명한 사실로서 아무런 의문도 제기될 수 없는 것이었다. 따라서 제헌헌법 등 우리 헌법제정의 시초부터 ‘서울에 수도(서울)를 둔다.’는 등의 동어반복적인 당연한 사실을 확인하는 헌법조항을 설치하는 것은 무의미하고 불필요한 것이었다. 서울이 바로 수도인 것은 국가생활의 오랜 전통과 관습에서 확고하게 형성된 자명한 사실 또는 전제된 사실로서 모든 국민이 우리나라의 국가구성에 관한 강제력 있는 법규범으로 인식하고 있는 것이다.

9. 서울이 우리나라의 수도인 것은 조선시대 이래 600여 년 간 우리나라의 국가생활에 관한 당연한 규범적 사실이 되어 왔으므로 우

리나라의 국가생활에 있어서 전통적으로 형성되어있는 계속적 관행이라고 평가할 수 있고(계속성), 이러한 관행은 변함없이 오랜 기간 실효적으로 지속되어 중간에 깨어진 일이 없으며(항상성), 서울이 수도라는 사실은 우리나라의 국민이라면 개인적 견해 차이를 보일 수 없는 명확한 내용을 가진 것이며(명료성), 나아가 이러한 관행은 오랜 세월간 굳어져 와서 국민들의 승인과 폭넓은 컨센서스를 이미 얻어(국민적 합의) 국민이 실효성과 강제력을 가진다고 믿고 있는 국가생활의 기본사항이라고 할 것이다. 따라서 서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여온 헌법적 관습이며 우리 헌법조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서, 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다.

10. 관습헌법의 제 요건을 갖추고 있는 ‘서울이 수도인 사실’은 단순한 사실명제가 아니고 헌법적 효력을 가지는 불문의 헌법규범으로 승화된 것이며, 사실명제로부터 당위명제를 도출해 낸 것이 아니라 그 규범력에 대한 다툼이 없이 이어져 오면서 그 규범성이 사실명제의 뒤에 잠재되어 왔을 뿐이다.

11. 어느 법규범이 관습헌법으로 인정된다면 그 개정가능성을 가지게 된다. 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정의 방법에 의하여만 개정될 수 있다. 따라서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 의한 국회의 의결을 얻은 다음(헌법 제130조 제1항) 국민투표에 붙여 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다(헌법 제130조 제3항). 다만 이 경우 관습헌법 규범은 헌법전에 그에 상반하는 법규범을 첨가함에 의하여 폐지하게 되는 점에서, 헌법전으로부터 관계되는 헌법조항을 삭제함으로써 폐지되는 성문헌법규범과는 구분된다. 한편 이러한 형식적인 헌법개정 외에도, 관습헌법은 그것을 지탱하고 있는 국민적 합의성을 상실함에 의하여 법적 효력을 상실할 수 있다. 관습헌법은 주권자인 국민에 의하여 유효한 헌법규범으로 인정되는 동안에만 존속하는 것이며, 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법으로서의 법적 효력도 상실하게 된다. 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐만 아니라 효력 유지의 요건이다.

12. 우리나라와 같은 성문의 경성헌법 체제에서 인정되는 관습헌법사항은 하위규범형식인 법률에 의하여 개정될 수 없다. 영국과 같이 불문의 연성헌법 체제에서는 법률에 대하여 우위를 가지는 헌법전이라는 규범형식이 존재하지 아니하므로 헌법사항의 개정은 일반적으로 법률개정의 방법에 의할 수밖에 없을 것이다. 그러나 우리 헌법의 경우 헌법 제10장 제128조 내지 제130조는 일반법률의 개정절차와는 다른 엄격한 헌법개정절차를 정하고 있으며, 동 헌법개정절차의 대상을 단지 ‘헌법’이라고만 하고 있다. 따라서 관습헌법도 헌법에 해당하는 이상 여기서 말하는 헌법개정의 대상인 헌법에 포함된다고 보아야 한다. 이와 같이 헌법의 개정절차와 법률의 개정절차를 준별하고 헌법의 개정절차를 엄격히 한 우리 헌법의 체제 내에서 만약 관습헌법을 법률에 의하여 개정할 수 있다고 한다면 이는 관습헌법을 더 이상 ‘헌법’으로 인정한 것이 아니고 단지 관습‘법률’로 인정하는 것이며, 결국 관습헌법의 존재를 부정하는 것이 된다. 이러한 결과는 성문헌법체제하에서도 관습헌법을 인정하는 대전제와 논리적으로 모순된 것이므로 우리 헌법체제상 수용될 수 없다.

13. 우리나라의 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법개정이 이루어져야 한다. 이 경우 성문의 조항과 다른 것은 성문의 수도조항이 존재한다면 이를 삭제하는 내용의 개정이 필요하겠지만 관습헌법은 이에 반하는 내용의 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣는 것만으로 그 폐지가 이루어지는 점에 있다. 다만 헌법규범으로 정립된 관습이라고 하더라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다. 이와 같은 사멸을 인정하기 위하여서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있을 것이다. 그러나 이 사건의 경우에 이러한 사멸의 사정은 확인되지 않는다. 따라서 우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없다고 할 것이므로 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의하여야 한다.

14. 서울이 우리나라의 수도인 점은 불문의 관습헌법이므로 헌법 개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설함으로써 실효되지 아니하는 한 헌법으로서의 효력을 가진다. 따라서 헌법개정의 절차를 거치지 아니한 채 수도를 충청권의 일부지역으로 이전하는 것을 내용으로 한 이 사건 법률을 제정하는 것은 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 일반 법률에 의하여 개정하는 것이 된다. 한편 헌법 제130조에 의하면 헌법의 개정은 반드시 국민투표를 거쳐야만 하므로 국민은 헌법개정에 관하여 찬반투표를 통하여 그 의견을 표명할 권리를 가진다. 그런데 이 사건 법률은 헌법개정사항인 수도의 이전을 헌법개정의 절차를 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것으로서 결국 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것으로 동 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.

#### 재판관 김영일의 별개의견

1. 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조 국민투표의 대상이다.

가. 수도의 위치는 국가존재의 의미에 영향을 미치는 것이어서 국가안위에 관한 문제이고, 통일과정 및 통일의 전후에 있어 중요한 의미를 가지기 때문에 통일에 관한 문제이며, 국가방위전략에 중요한 고려요소가 되기 때문에 국방에 관한 문제이므로, 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 정한 ‘국방·통일 기타 국가안위에 관한 정책’에 해당한다.

나. 수도이전문제는 대의기관의 의사를 통하여 추정되는 국민의사와 별도로 현실적인 국민의사를 확인할 필요가 있을 만큼 충분한 가치가 있는 것이므로, 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 정한 ‘중요 정책’에 해당한다.

다. 따라서 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 정한 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’에 해당하여 국민투표의 대상이 된다.

2. 대통령의 국민투표부행위는 자유재량행위이지만, 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 재량권을 일탈·남용

한 것으로서 재량권이 부여된 근거되는 법규범인 헌법 제72조에 위반된다.

가. 법치주의의 원리는 어떠한 공권력작용이라도 법으로부터 자유로울 수 없음을 요구하므로 대통령의 국민투표부의행위가 자유재량행위라 하더라도 법으로부터 자유로울 수 없는바, 재량권의 일탈·남용이 있는 재량권 행사는 그 재량권을 부여한 근거되는 법규범에 위반되며, 이와 같은 법리는 행정법분야뿐만 아니라 공권력작용 일반에 대하여 적용된다.

나. 헌법 제72조는 단순히 국민투표부의에 관한 대통령의 권한만을 규정한 조문이 아니라 국민의 국민투표권을 아울러 규정하여 우리 헌법상 통치구조의 제도적 근간을 규정한 조문이라고 이해되고, 우리 헌법은 대의제를 원칙으로 하면서도 국민투표의 대상이 되는 정책에 관하여는 직접민주제의 요소를 채택하였다고 할 것이므로, 이러한 정책에 관하여 대의기관은 국민들의 현실의사에 기속된다. 따라서 국민이 대의기관에 의한 정책결정을 하지 아니하고 직접 국민투표로 결정하려는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있는 경우 대의기관이 이러한 의사를 무시하고 스스로 결정을 하거나, 대의기관의 의사가 국민의 현실의사와 다르다고 볼 상당한 이유가 있는 경우 대의기관이 국민의 현실의사로 추정되는 것을 무시하고 반대되는 결정을 한다면, 헌법 제72조의 입법정신과 입법목적에 반하여 재량권을 일탈·남용한 것이 된다. 그런데 우리 국민은 수도이전에 관한 의사결정을 대통령이나 국회와 같은 대의기관에 위임하지 아니하고 직접 결정하겠다는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있고 신행정수도로 이전하는 것에 반대하는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있다. 그러므로 이를 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 재량권을 일탈·남용하는 것이다.

다. 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 합리성을 결하였음이 객관적으로 명백하여 자의금지원칙에 반하고, 또 국민들은 수도이전문제를 국민투표에 붙이리라는 신뢰와 대의기관이 국민들의 의사에 반하여 행동하지는 않으리라는 신뢰를 가지고 있음을 추인할 수 있어 신뢰보호원칙에도 반하므로, 이를 국민투표에 붙이지 아

니하는 것은 재량권을 일탈·남용하는 것이다.

3. 그리하여 대통령이 재량권을 적법하게 행사한다면 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이는 선택 외에는 다른 선택을 할 수 없고, 따라서 대통령은 이를 국민투표에 붙일 의무가 있으며, 이에 따라 국민은 이를 국민투표에 붙이도록 요구할 권리가 있고 대통령이 현실적으로 부의하기 전이라도 이에 관한 구체적 국민투표권을 가진다.

4. 이 사건 법률은 수도이전에 관한 국가의사를 결정함에 있어 국민투표를 확정적으로 배제하는 내용이고, 또한 대통령의 법률안제출행위에 있는 헌법 제72조를 위반한 흠이 그 자체로 법률제정의 흠이라고 평가되거나 적어도 국회의 법률안의결행위에 승계되어 법률제정에 흠이 있게 되어, 국민의 한사람들인 청구인들은 이 사건 법률의 제정·시행으로 헌법 제72조의 국민투표권을 침해당하였다.

5. 다수의견과 같이 수도의 위치가 관습헌법규범이라는 입장에 서더라도, 청구인들은 이 경우 헌법 제130조의 국민투표권 뿐만 아니라 헌법 제130조의 국민투표가 실시됨을 해제조건으로 하는 헌법 제72조의 국민투표권과 헌법 제130조의 국민투표권과 선택적 권리인 헌법 제72조의 국민투표권을 가지고 있는데, 이 사건 법률은 이 모두를 배제한 것으로 각 국민투표권 모두를 침해한 법률이 된다.

6. 국민의 법적 확신이 변화·소멸되었음이 확인되지 않는다는 이유로 헌법개정절차에 의하여야 한다는 다수의견의 논리에 의문이 있고, 다수의견에 따른 헌법재판소의 이 사건 결정으로 수도위치에 관한 규범의 형태가 관습헌법규범에서 성문헌법규범으로 변경되는 결과가 된다면 규범의 존재양식을 선택하는 헌법개정권력의 권한을 헌법재판소가 실질적으로 행사하는 것이 되며, 헌법규범이 아닌 사항에 관하여 국민투표권이 침해되는 상황이 발생할 경우 다수의견은 어떠한 방법으로 국민의 기본권을 보장할 것인지 분명하지 아니하고, 관습헌법이라고 단정하기 어려운 면이 있는 수도문제에 관하여 현행헌법의 틀 내에서 위헌적 상황을 교정할 방법이 있는데도 다수의견은 헌법개정의 방법을 전제로 하는 무리한 길을 택하는 것이 아닌가 한다.

7. 이 사건 법률이 청구인들의 국민투표권을 제한한 것에는 정당한 사유가 없다.

### 재판관 전효숙의 반대의견

1. 다수의견의 논지는 우리 헌법의 해석상 받아들일 수 없다.

가. 역사적으로 수도의 소재지는 국가 정체성에 관한 중요한 사항이었으나, 자유민주주의와 입헌주의를 주된 가치로 하는 우리 헌법은, 국가권력의 통제와 합리화를 통하여 국민의 자유와 권리를 최대한 실현하려는 것이 그 목적이며, 수도의 소재지가 어디냐는 그 목적을 위한 “도구”에 불과하다. 그러므로 헌법상 수도의 위치가 반드시 헌법제정권자나 헌법개정권자가 직접 결정해야 할 사항이라 할 수 없다.

나. 서울이 수도라는 사실이 오랫동안 우리 민족에게 자명하게 인식되어 온 관행에 속한다 하더라도, 우리 국민이 그것을 강제력 있는 법규범으로 확신하고 있었다고 인정하기 어렵다. 수도이전 문제는 이 사건 심판청구 무렵에야 우리 사회의 주된 쟁점이 되었고, 여야 국회의원들은 수도이전 사안이 국민의 헌법적 확신을 지니는 헌법사항이라든가, 헌법개정절차를 통하여야 하므로 입법권의 대상이 될 수 없다든가 하는 점에 관한 인식을 전혀 드러내지 않았다. 결국 “서울이 수도”라는 관행적 “사실”에서 관습헌법이라는 “당위규범”이 인정될 수 없다.

다. 성문헌법을 지닌 법체제에서, 관습헌법을 성문헌법과 “동일한” 혹은 “특정 성문헌법 조항을 무력화 시킬 수 있는” 효력을 가진 것으로 볼 수 없다. 성문의 헌법전은 헌법제정권자인 국민들이 직접 “명시적” 의사표시으로써 제정한 최고법규범으로서 모든 국가권력을 기속하는 강한 힘을 보유하는 것이며, 그 내용의 개정은 엄격한 절차를 거치도록 하고 있는데, 그러한 성문헌법의 강한 힘은 국민주권의 명시적 의사가 특정한 헌법개정절차를 거쳐서 수렴되었다는 점에서 가능한 것이다. 관습만으로는 헌법을 특징화하는 그러한 우세한 힘을 보유할 수 없다. 관습헌법은 성문헌법으로부터 동떨어져 성립하거나 존속할 수 없고 항상 성문헌법의 여러 원리와 조화를 이룸으로써만 성립하고 존속하는 “보완적

효력”만을 지닌다. 이러한 법리는 관습헌법의 내용이 “중요한 헌법사항”이라 하더라도 동일하다.

라. 관습헌법이란 실질적 의미의 헌법사항이 관습으로 규율되고 있다는 것을 뜻할 뿐이며, 관습헌법이라고 해서 성문헌법과 똑같은 효력이 인정된다고 볼 근거가 없다. 또한 헌법의 개정은 “형식적 의미”의 헌법, 즉 성문헌법과 관련된 개념이므로, 관습헌법의 변경은 헌법의 개정에 속하지 않으며 헌법이 마련한 대의민주주의의 절차인 법률의 제정, 개정을 통하여 다루어질 수 있다.

마. “서울이 수도”라는 관습헌법의 변경은 헌법개정에 의해야 한다면, 이는 관습헌법에 대하여 헌법이 부여한 국회의 입법권보다 우월적인 힘을 인정하는 것이 된다. 수도이전과 같은 헌법관습의 변경의 경우에도, 별도로 이를 제한하는 헌법규정이 없으므로, 국회의 입법으로 가능하다. 이 사건 법률은 국회의원들의 압도적 다수로 통과되었는데, 그러한 입법이 국민의 민의를 제대로 반영하지 못하였다는, 혹은 민의를 배신하였다는 정치적 비난을 받을 수 있는 것은 별도로 하고, 헌법적 측면에서 그것이 “국회의원들의 권한이 아니다”고 단정할 수 없는 것이다.

바. 이러한 이유에서 이 사건 법률이 헌법 제130조 제2항의 국민투표권을 침해할 가능성은 없다.

2. 한편 별개의견은 이 사건 법률이 헌법 제72조의 국민투표권을 침해하였다고 하나, 헌법 제72조는 대통령에게 ‘국가안위에 관한 중요정책’의 국민투표를 실시할 것인지 여부에 관하여 재량을 주고 있는데, 사안의 중대성에 따라 그 재량이 달라진다고 해석할 수 없다. 또한 그러한 재량은 헌법이 직접 부여한 것이므로, 행정법상의 재량권의 일탈·남용 법리는 적용될 수 없다. 따라서 이 사건에서 헌법 제72조의 국민투표권이 침해될 가능성은 없다.

3. 결국 청구인들의 국민투표권 침해 주장은 권리의 침해가능성 자체가 인정되지 않으므로 부적법하다. 청구인들의 다른 기본권 침해 주장 역시 기본권 침해의 자기관련성, 직접성 혹은 현재성 요건을 갖추지 못하였다. 이 사건은 기본권 침해를 구제하기 위한 헌법소원절차에서 헌

법재판소가 본안판단을 하기에 부적법한 것이다.

**【심판대상법률】**

신행정수도의건설을위하특별조치법(제정 2004. 1. 16. 법률 제7062호로 제정된 것)

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 법은 국가 중추기능의 수도권 집중에 따른 부작용을 시정하고 세계화와 지방화가 동시에 진행되는 시대적 조류에 부응하기 위하여 신행정수도를 건설하는 방법 및 절차에 관하여 규정함으로써 국가의 균형발전과 국가경쟁력의 강화에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “신행정수도”라 함은 이 법에 의하여 국가 정치·행정의 중추기능을 가지는 수도로 새로이 건설되는 지역으로서 제2호 및 제3호의 규정에 의한 예정지역과 주변지역을 중심으로 제4조의 규정에 의하여 법률로 정하여지는 지역을 말한다.
2. “예정지역”이라 함은 주요 헌법기관과 중앙행정기관 등(이하 “주요국가기관”이라 한다)의 이전 및 그에 따른 시가지 조성을 위하여 제12조 및 제14조의 규정에 의하여 지정·고시된 지역을 말한다.
3. “주변지역”이라 함은 예정지역과 연결한 지역으로서 예정지역의 개발로 인하여 영향을 받을 수 있는 지역 중 계획적인 관리가 필요하다고 인정되어 제12조 및 제14조의 규정에 의하여 지정·고시된 지역을 말한다.

제3조(국가 및 지방자치단체의 책무) ① 국가는 신행정수도의 건설에 있어 국민여론을 광범위하게 수렴함으로써 국민통합에 기여할 수 있도록 노력하여야 하며, 신행정수도의 건설이 국가의 균형발전과 경쟁력 강화에 이바지하는 방향으로 이루어질 수 있도록 하여야 한다.

② 지방자치단체는 신행정수도의 건설을 위하여 이 법에 의하여 실시되는 각종 절차 또는 조치에 협조하여야 한다.

제4조(신행정수도의 명칭 등) 신행정수도의 명칭·지위 및 행정구역 등에 대하여는 따로 법률로 정한다.

제5조(다른 계획과의 관계) 제7조·제17조 및 제19조의 규정에 의한 기본계획·신행정수도광역도시계획 및 개발계획은 다른 법률에 의한 계획에 우선한다. 다만, 국토기본법 제6조 제2항 제1호의 규정에 의한 국토종합계획 및 군사에 관한 계획에 대하여는 그러하지 아니하다.

제2장 신행정수도건설기본계획의 수립 등

제6조(주요국가기관의 이전계획) ① 제27조의 규정에 의한 신행정수도건설추진위원회(이하 “위원회”라 한다)는 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 계획(이하 “이전계획”이라 한다)을 수립하여 대통령의 승인을 얻어야 한다.

② 이전계획에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 이전대상 주요국가기관
2. 이전방법 및 시기
3. 이전에 소요되는 비용의 추정치

4. 그 밖에 주요국가기관의 원활한 이전을 위하여 위원회가 필요하다고 인정하는 사항

③ 위원회는 이전계획을 수립하고자 하는 때에는 미리 공청회를 열어 국민 및 관계 전문가로부터 의견을 듣고 관계 주요국가기관의 장과 협의하여야 한다. 이 경우 공청회의 개최에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 수립된 이전계획의 내용중 정부에 속하지 아니하는 헌법기관의 이전계획에 대하여는 제1항의 규정에 의한 대통령의 승인을 얻기 전에 국회의 동의를 얻어야 한다.

⑤ 위원회는 제1항의 규정에 의하여 이전계획의 승인을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하여야 한다.

⑥ 제1항 및 제3항 내지 제5항의 규정은 이전계획의 변경에 관하여 이를 준용한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제7조(신행정수도건설기본계획의 수립) ① 위원회는 이전계획 등을 토대로 신행정수도건설에 관한 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 수립하여 대통령의 승인을 얻어야 한다.

② 기본계획에는 다음 각호의 사항에 대한 기본방향이 포함되어야 한다.

1. 신행정수도의 인구·면적 등 도시의 규모
2. 집중형·분산형, 독립형·의존형 등 도시의 형태
3. 신행정수도의 상징과 이미지
4. 그 밖에 대통령령이 정하는 사항

③ 위원회는 기본계획을 수립하고자 하는 때에는 미리 공청회를 열어 국민 및 관계 전문가로부터 의견을 듣고 관계 주요국가기관의 장과 협의하여야 한다. 이 경우 공청회의 개최에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 위원회는 제1항의 규정에 의하여 기본계획의 승인을 얻은 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하여야 한다.

⑤ 제1항·제3항 및 제4항의 규정은 기본계획의 변경에 관하여 이를 준용한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제8조(예정지역등의 지정대상지역) 예정지역 및 주변지역(이하 “예정지역등”이라 한다)은 대전광역시·충청북도 및 충청남도 일원(이하 “충청권”이라 한다)의 지역중에서 지정한다.

제9조(예정지역등의 지정을 위한 기초조사) ① 위원회는 예정지역등의 지정을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 충청권에 대한 인문·자연환경·토지이용상황 등의 조사를

실시하여야 한다. 이 경우 다른 법률에 의하여 조사된 내용이 있는 때에는 이를 활용할 수 있다.

② 위원회는 효율적인 조사를 위하여 필요한 때에는 관계 전문가 또는 관계 기관·단체 등에 제1항의 규정에 의한 조사를 의뢰할 수 있다.

제10조(개발행위허가 및 건축허가제한의 특례) ① 위원회는 예정지역등의 지정을 위한 조사를 진행하는 과정에서 무질서한 개발과 부동산투기가 우려되는 지역에 대하여 건설교통부장관에게 국토의계획및이용에관한법률 제56조의 규정에 의한 개발행위허가 또는 건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가를 제한하여 줄 것을 요청할 수 있다.

② 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 요청이 있는 때에는 국토의계획및이용에관한법률 제63조 및 건축법 제12조의 규정에 불구하고 국토의계획및이용에관한법률 제56조의 규정에 의한 개발행위허가 또는 건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가를 제한할 수 있다.

③ 건설교통부장관은 제2항의 규정에 의하여 개발행위허가 또는 건축허가를 제한한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 제한지역·제한내용·제한기간 등을 고시하여야 한다.

④ 위원회는 제3항의 규정에 의하여 고시된 제한의 목적이 소멸하거나 제한지역·제한내용·제한기간 등을 변경할 필요가 있다고 인정하는 때에는 이를 해제하거나 변경하여 줄 것을 건설교통부장관에게 요청할 수 있다. 이 경우 제한을 해제하거나 제한내용 등을 변경한 때에는 제3항의 규정을 준용한다.

제11조(토지거래허가구역 등의 지정요청) ① 위원회는 예정지역등의 지정을 위한 조사를 진행하는 과정에서 부동산 투기가 우려되는 지역에 대하여 관계 행정기관의 장에게 다음 각호의 구역·지역 또는 지구로 지정하여 줄 것을 요청할 수 있다.

1. 국토의계획및이용에관한법률 제117조 제1항의 규정에 의한 토지거래계약에 관한 허가구역
2. 소득세법 제96조 제1항 제6호의2의 규정에 의한 지역
3. 주택법 제41조의 규정에 의한 투기과열지구

② 위원회는 제1항의 규정에 따라 지정된 제1항 각호의 구역·지역·지구의 지정목적의 소멸하거나 그 구역·지역·지구의 규모를 축소할 필요가 있다고 인정하는 때에는 관계 행정기관의 장에게 지정의 해제 또는 규모의 축소를 요청할 수 있다.

③ 국토의계획및이용에관한법률 제118조 제2항의 규정에 불구하고 충청권에 지정된 제1항 제1호의 규정에 의한 허가구역(제1항의 규정에 의한 요청에 의하지 아니하고 지정된 허가구역을 포함한다)중 대통령령이 정하는 바에 따라 위원회가 정하는 지역안에서의 동법 제118조 제1항의 규정에 의한 토지거래계약허가를 요하지 아니하는 용도별 토지면적은 대통령령으로 정한다.

④ 위원회는 제3항의 규정에 의하여 토지거래계약허가를 요하지 아니하는 용도별 토지면적의 적용을 받는 대상지역의 범위를 정한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하여야 한다.

### 제3장 예정지역등의 지정 및 관리

제12조(예정지역등의 지정 등) ① 위원회는 대통령의 승인을 얻어 예정지역등을 지정한다.

② 위원회는 예정지역등을 지정하고자 하는 때에는 미리 공청회를 열어 주민 및 관계 전문가 등으로부터 의견을 듣고 관계 지방자치단체의 장의 의견을 들은 후 관계 주요국가기관의 장과 협의하여야 한다. 이 경우 공청회의 개최에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정은 예정지역등을 변경하고자 하는 경우에 관하여 이를 준용한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제1항 및 제3항의 규정에 의한 예정지역등의 지정 및 변경에 관하여는 국토의계획및이용에관한법을 제8조 및 제9조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

⑤ 예정지역과 주변지역의 지정은 다음 각호의 시기에 각각 해제된 것으로 본다.

1. 예정지역은 제26조 제6항의 규정에 의한 공사완료공고가 있는 날의 다음 날
2. 주변지역은 건설교통부장관이 대통령이 정하는 바에 따라 주변지역에 대한 새로운 도시관리계획을 결정·고시한 날의 다음 날. 다만, 대통령이 정하는 기간까지 새로운 도시관리계획의 결정·고시가 없는 때에는 그 기간의 만료일 다음 날에 해제된 것으로 본다.

제13조(예정지역등의 지정기준) 위원회는 제9조의 규정에 의한 조사결과를 토대로 제7조의 규정에 의한 기본계획에 적합한 지역중에서 예정지역등을 지정하되, 국토의 균형개발에 미치는 영향과 환경성·경제성 등의 평가결과가 우수한 지역을 지정하여야 한다.

제14조(예정지역등 지정의 고시 등) ① 위원회는 예정지역등을 지정하거나 변경한 때에는 다음 각호의 사항을 대통령이 정하는 바에 따라 고시하고, 관계 서류의 사본을 관계 지방자치단체의 장에게 송부하여야 한다. 이 경우 관계 서류의 사본을 송부받은 관계 지방자치단체의 장은 이를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

1. 제19조 제2항 제1호 내지 제4호의 사항
2. 수용 또는 사용할 토지의 세목
3. 그 밖에 대통령이 정하는 사항

② 위원회는 제1항 전단의 규정에 의하여 관계 서류의 사본을 송부하는 때에 제15조 제1항의 규정에 의하여 결정·지정 및 고시된 것으로 보는 사항에 대하여 국토의계획및이용에관한법을 제32조의 규정에 의한 지형도면의 작성에 필요한 서류를 함께 송부하여야 한다.

제15조(예정지역등의 지정효과) ① 예정지역으로 지정·고시된 지역은 국토의계획및이용에관한법을 제6조의 규정에 의한 도시지역, 동법 제51조의 규정에 의한 제1종지구단위계획구역 및 도시개발법 제3조의 규정에 의한 도시개발구역으로 결정·지정 및 고시된 것으로 보며, 예정지역등의 지정·고시가 있는 때에는 제18조 제1항의 규정에 의하여 지정된 사업시행자는 도시개발법 제11조의 규정에 의하여 지정된 도시개발사업의 시행자로 본다.

② 예정지역등의 지정·고시가 있는 때에는 제10조의 규정에 의한 개발행위허가 및 건축

허가의 제한은 해제된 것으로 본다.

③ 예정지역등의 지정·고시가 있을 때에는 그 지역안의 토지에 대하여 다른 법률에 의하여 이미 지정·결정·고시·공고 또는 승인된 구역·지역·지구 그 밖에 이와 유사한 구획(이하 이 항에서 “구역등”이라 한다)과 그 사업계획을 주관하는 관계 기관의 장은 대통령령이 정하는 바에 따라 그 구역등의 존치여부 및 사업계획의 시행에 관하여 위원회와 협의하여야 한다.

④ 예정지역안에 국토의계획및이용에관한법률 제117조 제1항의 규정에 의한 토지거래계약에 관한 허가구역이 지정된 경우에는 제18조 제1항의 규정에 의하여 지정된 신행정수도건설사업의 시행자(이하 “사업시행자”라 한다)가 그 허가구역안에서 체결하는 토지거래계약에 대하여는 국토의계획및이용에관한법률 제118조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

⑤ 예정지역등을 관할하는 지방자치단체의 장은 예정지역등안에서 건축허가·도시계획의 결정 등 대통령령이 정하는 업무를 수행하는 때에는 미리 위원회와 협의하여야 한다.

제16조(예정지역등안에서의 행위제한 등) ① 예정지역안에서 토지형질의 변경, 건축물의 건축, 공작물의 설치 또는 토석·사력(砂礫)의 채취 등 대통령령이 정하는 행위를 하고자 하는 자는 관할 광역시장·시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다.

② 주변지역안에서의 행위제한에 관하여는 국토의계획및이용에관한법률 제81조의 규정에 의한 시가화조정구역안에서의 행위제한에 관한 사항을 준용한다. 다만, 집단취락이 있는 지역 등 대통령령이 정하는 지역에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 제한을 완화할 수 있다.

③ 예정지역등의 지정·고시 당시 이미 관계 법률에 의하여 제1항의 규정에 의한 행위에 관한 허가·승인 등을 받아(관계 법률에 의하여 허가·승인 등을 받을 필요가 없는 경우를 포함한다) 그 공사 또는 사업에 착수한 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 관할 광역시장·시장 또는 군수에게 신고하고 사업을 계속 시행할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 허가(제2항의 경우에는 동항의 규정에 의하여 준용되는 국토의계획및이용에관한법률 제81조 제2항의 규정에 의한 허가를 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 국토의계획및이용에관한법률 제57조 내지 제60조 및 제62조의 규정을 준용한다.

⑤ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 허가를 받은 경우에는 국토의계획및이용에관한법률 제56조의 규정에 의한 개발행위의 허가를 받은 것으로 본다.

제17조(신행정수도광역도시계획) ① 위원회는 예정지역등과 인접지역간의 공간구조 및 기능을 상호 연계시키고 환경을 보전하며 광역시설을 체계적으로 정비하기 위하여 예정지역등과 그에 인접한 광역시·시 또는 군의 전부 또는 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 신행정수도광역계획권으로 지정할 수 있다.

② 위원회는 제1항의 규정에 의하여 지정된 신행정수도광역계획권에 대하여 대통령령이 정하는 바에 따라 신행정수도광역도시계획을 수립하거나 변경하여야 한다.

③ 국토의계획및이용에관한법률 제12조·제14조 및 제15조의 규정은 제2항의 규정에 의한 신행정수도광역도시계획의 수립 및 변경에 관하여 이를 준용한다. 다만, 대통령령이

정하는 경미한 사항의 변경의 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 제2항 및 제3항의 규정에 의하여 수립된 신행정수도광역도시계획은 제1항의 규정에 의하여 지정된 신행정수도광역계획권안에 이미 수립되어 있는 광역도시계획 및 도시기본계획에 우선하며, 관계 지방자치단체의 장은 신행정수도광역도시계획에 부합하도록 이미 수립되어 있는 도시계획을 변경하여야 한다.

#### 제 4 장 신행정수도건설사업 등

제18조(사업시행자의 지정 등) ① 위원회는 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관중에서 사업시행자를 지정하여야 한다.

② 사업시행자는 신행정수도건설사업을 효율적으로 시행하기 위하여 필요한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 위원회의 승인을 얻어 신행정수도건설사업의 일부를 민간사업자로 하여금 대행하게 할 수 있다.

제19조(개발계획의 수립) ① 위원회는 신행정수도건설사업(예정지역을 개발하는 사업을 말한다. 이하 같다)에 관한 계획(이하 “개발계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

② 개발계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 신행정수도건설사업의 명칭
2. 신행정수도건설사업의 목적
3. 신행정수도건설사업의 시행자
4. 예정지역의 위치 및 면적
5. 신행정수도건설사업 시행기간
6. 신행정수도건설사업의 단계별 시행에 관한 계획
7. 이전대상 주요국가기관의 수용계획
8. 인구수용계획
9. 토지이용계획
10. 교통처리계획
11. 환경보전계획
12. 교육·문화시설 및 보건의료·복지시설의 설치계획
13. 도로, 상·하수도 등 주요 기반시설의 설치계획
14. 재원조달계획
15. 예정지역 밖의 지역에 기반시설을 설치하여야 하는 경우 당해 시설의 설치에 필요한 비용의 부담계획
16. 그 밖에 대통령령이 정하는 사항

③ 개발계획은 제7조의 규정에 의한 기본계획 및 제17조의 규정에 의한 신행정수도광역도시계획에 부합하여야 한다.

④ 위원회는 제1항의 규정에 의하여 개발계획을 수립하고자 하는 때에는 미리 공청회를 열어 주민 및 관계 전문가 등으로부터 의견을 듣고 관계 지방자치단체의 장의 의견을 들

은 후 관계 주요국가기관의 장과 협의하여야 한다. 이 경우 공청회의 개최에 관하여 필요 한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ 위원회는 제1항의 규정에 의하여 개발계획을 수립한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하고 관계 서류의 사본을 관계 지방자치단체의 장에게 송부하여야 한다. 이 경우 관계 서류의 사본을 송부받은 관계 지방자치단체의 장은 이를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

⑥ 제3항 내지 제5항의 규정은 개발계획의 변경에 관하여 이를 준용한다. 다만, 대통령령 이 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑦ 제5항의 규정에 의한 개발계획 수립의 고시가 있는 때에는 도시개발법 제4조의 규정 에 의한 도시개발계획이 수립된 것으로 본다.

⑧ 환경정책기본법 제25조의 규정에 의한 사전환경성검토협의를 제5항의 규정에 의한 개 발계획 수립의 고시전에 이를 하여야 한다. 이 경우 협의기관은 환경부장관으로 한다.

제20조(실시계획의 승인) ① 사업시행자는 제19조의 규정에 의하여 개발계획이 수립 · 고시된 때에는 신행정수도건설사업의 시행에 필요한 설계도서·재원조달계획 등 대통령령 이 정하는 사항을 포함한 신행정수도건설사업 실시계획(이하 “실시계획”이라 한다)을 수 립하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이 경우 건설교통부장관은 승인전에 위원 회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 실시계획에는 국토의계획및이용에관한법률 제52조의 규정에 따 라 작성된 제1종지구단위계획이 포함되어야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 실시계획에는 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 의한 영향 평가결과가 반영되어야 한다.

④ 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 실시계획을 승인한 때에는 대통령령이 정하 는 바에 따라 이를 고시하고 관계 서류의 사본을 관계 지방자치단체의 장에게 송부하여 야 한다. 이 경우 관계 서류의 사본을 송부받은 관계 지방자치단체의 장은 이를 일반인이 열람할 수 있도록 하여야 한다.

⑤ 제4항 전단의 규정에 의하여 고시된 사항중 제21조 제1항 제8호의 규정에 의하여 도 시관리계획으로 결정·고시된 것으로 보는 사항에 대한 국토의계획및이용에관한법률 제 32조의 도시관리계획에 관한 지형도면의 고시는 동법 제33조의 규정에 불구하고 제19조 제2항 제5호의 규정에 의한 신행정수도건설사업 시행기간 내에 이를 할 수 있다.

⑥ 제1항 및 제3항 내지 제5항의 규정은 승인을 얻은 실시계획을 변경하는 경우에 관하 여 이를 준용한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항을 변경하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑦ 제1항 및 제6항의 규정에 의한 실시계획의 승인 및 변경승인에 관하여는 국토의계획 및이용에관한법률 제9조 및 제59조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

제21조(관련 인·허가등의 의제) ① 제20조의 규정에 의한 실시계획의 승인이 있는 때 에는 다음 각 호의 승인·허가·인가·결정·신고·지정·면허·협의·해제·심사 등(이하 “인·허가등”이라 한다)을 받은 것으로 보며, 실시계획의 승인의 고시가 있는 때에는

다음 각 호의 법률에 의한 인·허가등의 고시 또는 공고가 있는 것으로 본다.

1. 건축법 제8조의 규정에 의한 건축허가, 동법 제9조의 규정에 의한 건축신고, 동법 제10조의 규정에 의한 허가·신고사항의 변경 및 동법 제15조의 규정에 의한 가설 건축물의 건축허가·신고
2. 골재채취법 제22조의 규정에 의한 골재채취의 허가
3. 공유수면관리법 제5조의 규정에 의한 공유수면의 점·사용허가, 동법 제6조의 규정에 의한 협의 또는 승인 및 동법 제8조의 규정에 의한 실시계획의 인가 또는 신고
4. 공유수면매립법 제9조의 규정에 의한 공유수면의 매립면허, 동법 제15조의 규정에 의한 실시계획의 인가 및 동법 제38조의 규정에 의한 협의 또는 승인
5. 관광진흥법 제50조의 규정에 의한 관광지의 지정, 동법 제52조의 규정에 의한 조성계획의 승인 및 동법 제53조의 규정에 의한 조성사업시행의 허가
6. 광업법 제29조의 규정에 의한 광업권설정의 불허가처분 및 동법 제39조의 규정에 의한 광업권의 취소 또는 광구의 감소처분
7. 국유재산법 제24조의 규정에 의한 행정재산 및 보존재산의 사용·수익허가
8. 국토의계획및이용에관한법률 제30조의 규정에 의한 도시관리계획의 결정, 동법 제56조의 규정에 의한 개발행위허가, 동법 제86조의 규정에 의한 도시계획시설사업의 시행자의 지정 및 동법 제88조의 규정에 의한 실시계획의 인가
9. 군사시설보호법 제7조의 규정에 의한 보호구역 또는 군사시설에의 출입허가 및 동법 제10조의 규정에 의한 행정청의 허가사항에 관한 협의
10. 낙농진흥법 제4조의 규정에 의한 낙농지구의 해제
11. 농어촌정비법 제20조의 규정에 의한 농업기반시설의 목적외 사용의 승인
12. 농지법 제33조 제1항의 규정에 의한 농업진흥지역의 변경 및 해제, 동법 제36조의 규정에 의한 농지전용허가·협의, 동법 제37조의 규정에 의한 농지의 전용신고, 동법 제38조의 규정에 의한 타용도 일시사용의 허가·협의 및 동법 제42조의 규정에 의한 용도변경의 승인
13. 대기환경보전법 제10조, 수질환경보전법 제10조 및 소음·진동규제법 제9조의 규정에 의한 배출시설설치의 허가 또는 신고
14. 도로법 제8조의 규정에 의한 도로관리청과의 협의 또는 승인(동법 제19조의 규정에 의한 노선인정의 공고, 동법 제25조의 규정에 의한 도로구역의 결정, 동법 제34조의 규정에 의한 관리청이 아닌 자에 대한 도로공사의 시행허가 및 동법 제40조의 규정에 의한 도로의 점용허가에 관한 것에 한한다)
15. 도시개발법 제17조의 규정에 의한 실시계획의 인가
16. 사도법 제4조의 규정에 의한 사도개설허가
17. 사방사업법 제14조의 규정에 의한 벌채등의 허가 및 동법 제20조의 규정에 의한 사방지 지정의 해제
18. 산업입지및개발에관한법률 제16조의 규정에 의한 산업단지개발사업시행자의 지정, 동법 제17조 및 제18조의 규정에 의한 산업단지개발실시계획의 승인

19. 산지관리법 제6조의 규정에 의한 보전산지의 변경·해제, 동법 제11조의 규정에 의한 산지전용제한지역 지정의 해제, 동법 제14조의 규정에 의한 산지전용허가, 동법 제15조의 규정에 의한 산지전용신고
  20. 산림법 제62조의 규정에 의한 보안림안에서의 행위허가 및 동법 제90조 제1항의 규정에 의한 입목벌채 등의 허가
  21. 소하천정비법 제10조의 규정에 의한 소하천공사시행의 허가 및 동법 제14조의 규정에 의한 소하천점용의 허가
  22. 수도법 제5조의 규정에 의한 상수원보호구역의 지정 및 변경, 동법 제12조 제1항의 규정에 의한 일반수도사업의 인가, 동법 제33조의2의 규정에 의한 공업용수도 사업의 인가, 동법 제36조의 규정에 의한 전용상수도 인가 및 제38조의 규정에 의한 전용공업용수도 설치의 인가
  23. 에너지이용합리화법 제8조의 규정에 의한 에너지사용계획의 협의
  24. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제9조 제2항의 규정에 의한 오수처리시설의 설치신고 및 동법 제10조 제2항의 규정에 의한 단독정화조의 설치신고
  25. 유통단지개발촉진법 제5조의 규정에 의한 유통단지의 지정 및 동법 제11조의 규정에 의한 유통단지개발실시계획의 승인
  26. 장사등에관한법률 제23조 제1항의 규정에 의한 무연분묘의 개장허가
  27. 전기사업법 제62조의 규정에 의한 자가용전기설비공사계획의 인가 또는 신고
  28. 지방재정법 제82조 제1항 단서의 규정에 의한 행정재산 및 보존재산의 사용·수익 허가
  29. 지적법 제27조의 규정에 의한 사업의 착수·변경 또는 완료의 신고
  30. 집단에너지사업법 제4조의 규정에 의한 집단에너지의 공급타당성에 관한 협의
  31. 체육시설의설치·이용에관한법률 제12조의 규정에 의한 사업계획의 승인
  32. 초지법 제23조의 규정에 의한 초지의 전용허가 또는 협의
  33. 측량법 제25조의 규정에 의한 측량성과사용의 심사
  34. 폐기물관리법 제30조의 규정에 의한 폐기물처리시설설치의 승인 또는 신고
  35. 하수도법 제3조의 규정에 의한 하수도사업의 협의 또는 승인, 동법 제13조의 규정에 의한 비관리청의 공사시행의 허가 및 동법 제20조의 규정에 의한 점용허가
  36. 하천법 제30조의 규정에 의한 하천공사의 시행허가 및 하천공사 실시계획의 인가, 동법 제33조의 규정에 의한 하천점용 등의 허가
  37. 교통체계효율화법 제13조의 규정에 의한 지능형교통체계시행계획의 수립 및 동법 제15조의 규정에 의한 실시계획의 수립·승인
  38. 제16조 제1항의 규정에 의한 허가
- ② 사업시행자는 제1항의 규정에 의한 인·허가등의 의제를 받고자 하는 경우에는 실시계획의 승인신청을 하는 때에 해당 법률이 정하는 관련 서류를 함께 제출하여야 한다.
- ③ 건설교통부장관은 실시계획을 승인함에 있어 그 내용에 제1항 각 호의 1에 해당하는 사항이 있는 때에는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 하며, 협의를 요청받은 관계

행정기관의 장은 요청받은 날부터 30일 이내에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 관계 행정기관의 장은 그 법률에 규정된 인·허가등의 기준에 위반하여 협의에 응하여서는 아니 된다.

④ 제1항의 규정에 의하여 다른 법률의 규정에 의한 인·허가 등을 받은 것으로 보는 경우에는 관계 법률 또는 광역시 또는 도의 조례에 의하여 당해 인·허가등의 대가로 부과되는 면허세·수수료·사용료 등은 이를 면제한다.

제22조(기반시설의 설치 등) ① 전기·통신·가스 및 지역난방시설의 설치 및 비용의 상환에 관하여는 주택법 제23조를 준용한다.

② 국가는 예정지역등에 필요한 도로, 상·하수도 등 대통령령이 정하는 기반시설과 부대시설의 설치를 우선적으로 지원하여야 한다. 이 경우 지원의 범위·대상 등에 관하여는 미리 위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

③ 지방자치단체는 실행정수도의 원활한 기능발휘를 위하여 예정지역등 밖의 기반시설 설치를 우선적으로 지원하여야 한다.

제23조(토지등의 수용 등) ① 사업시행자는 예정지역안에서 실행정수도건설사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제3조의 규정에 의한 토지·물건 또는 권리(이하 “토지등”이라 한다)를 수용 또는 사용할 수 있다.

② 예정지역등의 지정 및 고시가 있는 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제20조 제1항 및 제22조의 규정에 의한 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 보며, 재결의 신청은 동법 제23조 제1항 및 제28조 제1항의 규정에 불구하고 제19조 제2항 제5호의 규정에 의한 실행정수도건설사업 시행기간 내에 이를 할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의한 토지등의 수용 또는 사용에 관한 재결의 관할 토지수용위원회는 양토지수용위원회로 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 토지등의 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률을 준용한다.

제24조(조성토지의 공급계획) ① 사업시행자는 실행정수도건설사업으로 조성된 토지(이하 “조성토지”라 한다)를 공급하고자 하는 때에는 조성토지의 공급계획을 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 작성된 공급계획을 변경하는 경우에도 또한 같다. 이 경우 건설교통부장관은 승인 전에 위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

② 조성토지의 공급계획의 내용, 공급의 절차·기준 및 조성토지의 가격결정방법 그 밖에 조성토지의 공급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제25조(선수금) ① 사업시행자는 조성토지를 공급받고자 하는 자로부터 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 대금의 전부 또는 일부를 미리 받을 수 있다.

② 사업시행자는 제1항의 규정에 의하여 당해 대금의 전부 또는 일부를 미리 받고자 하는 경우에는 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다.

제26조(준공검사) ① 사업시행자는 실행정수도건설사업의 전부 또는 일부를 완료한 때에는 지체없이 건설교통부장관의 준공검사를 받아야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 준공검사를 함에 있어서 건설교통부장관이 제21조의 규정에

의하여 의제되는 인·허가등에 따른 준공검사·준공인가 등에 관하여 제4항의 규정에 의하여 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 그 준공검사·준공인가 등이 있는 것으로 본다.

③ 사업시행자는 제2항의 규정에 의한 준공검사·준공인가 등의 의제를 받고자 하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 준공검사를 신청하는 때에 그 법률이 정하는 관련 서류를 함께 제출하여야 한다.

④ 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 준공검사를 함에 있어서 그 내용에 제21조의 규정에 의하여 의제되는 인·허가등에 따른 준공검사·준공인가 등에 해당하는 사항이 있는 때에는 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

⑤ 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 준공검사를 한 때에는 위원회 및 관계 행정기관의 장에게 그 내용을 통보하여야 한다.

⑥ 건설교통부장관은 준공검사를 한 결과 개발사업이 실시계획대로 완료되었다고 인정하는 때에는 사업시행자에게 준공검사서를 교부하고 대통령령이 정하는 바에 따라 공사완료 공고를 하여야 하며, 실시계획대로 완료되지 아니한 때에는 지체없이 보완시공 등 필요한 조치를 명하여야 한다.

⑦ 제6항의 규정에 의하여 공사완료공고를 한 지역을 관할하는 지방자치단체의 장은 그 지역에 대하여는 제20조의 규정에 의하여 고시된 실시계획에 포함된 제1종지구 단위계획에 따라 관리하여야 한다.

## 제5장 추진기구

제27조(위원회의 설치) 신행정수도건설업무를 효율적으로 추진하기 위하여 대통령소속 하에 신행정수도건설추진위원회를 둔다.

제28조(위원회의 심의·의결사항) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 제6조의 규정에 의한 주요국가기관의 이전계획에 관한 사항
2. 제7조의 규정에 의한 신행정수도건설기본계획에 관한 사항
3. 제12조의 규정에 의한 예정지역등의 지정에 관한 사항
4. 제17조의 규정에 의한 신행정수도광역도시계획에 관한 사항
5. 제18조의 규정에 의한 사업시행자의 지정 등에 관한 사항
6. 제19조의 규정에 의한 개발계획에 관한 사항
7. 제20조의 규정에 의한 실시계획에 관한 사항
8. 제22조 제2항의 규정에 의한 신행정수도의 건설을 위한 기반시설의 설치지원에 관한 사항
9. 제24조의 규정에 의한 조성토지의 공급계획에 관한 사항
10. 제39조의 규정에 의한 신행정수도건설특별회계의 관리·운영에 관하여 중요한 사항
11. 그 밖에 이 법에서 위원회의 심의·의결을 거치도록 규정한 사항 및 신행정수도의

원활한 건설을 위하여 위원회가 필요하다고 인정하는 사항

제29조(위원회의 조직) ① 위원회는 위원장 2인을 포함하여 30인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원회의 위원은 다음 각호의 자가 된다.

1. 국무총리·재정경제부장관·교육인적자원부장관·국방부장관·행정자치부장관·문화관광부장관·농림부장관·산업자원부장관·환경부장관·건설교통부장관 및 기획예산처장관
2. 국회사무총장 및 법원행정처장
3. 신행정수도의 건설에 필요한 학식과 경험이 풍부한 자중에서 국무총리의 제정에 의하여 대통령이 위촉하는 자

③ 위원장은 국무총리와 제2항 제3호의 규정에 의한 위원중에서 대통령이 위촉하는 자가 된다.

④ 위원장은 위원회에 상정된 안건과 관련된 관계 기관 및 지방자치단체의 장 등을 회의에 참석하여 발언하게 할 수 있다.

⑤ 제2항 제3호의 규정에 의한 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.

⑥ 위원회에 간사 1인을 두되, 간사는 제34조의 규정에 의한 신행정수도건설추진단의 단장이 된다.

제30조(위원장) ① 위원장은 각자 위원회를 대표하고 위원회의 업무를 통할한다.

② 위원장이 모두 부득이한 사유로 그 직무를 수행하지 못하는 경우에는 국무총리인 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다.

제31조(소위원회) ① 위원회의 업무 중 다음 각호의 사항에 관한 업무를 효율적으로 추진하기 위하여 위원회에 소위원회를 둘 수 있다.

1. 이전계획의 경미한 변경에 관한 사항
2. 기본계획의 경미한 변경에 관한 사항
3. 예정지역등의 경미한 변경에 관한 사항
4. 광역도시계획의 경미한 변경에 관한 사항
5. 개발계획의 경미한 변경에 관한 사항
6. 조성토지공급계획에 관한 사항
7. 위원회에서 위임하는 사항

② 제1항 각호의 사항에 대한 소위원회의 심의·의결은 위원회의 심의·의결로 본다. 다만, 제1항 제7호의 경우에는 위원회가 소위원회의 심의·의결로 보도록 하는 경우에 한한다.

③ 소위원회는 5인의 위원으로 구성하며, 소위원회의 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제32조(회의 및 의결정족수) 위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결하고, 소위원회의 회의는 재적위원 전원의 찬성으로 의결한다.

제33조(자문위원회) ① 위원회의 권한에 속한 사항에 대한 자문을 위하여 위원회에

100인 이내의 자문위원으로 구성되는 자문위원회를 둘 수 있다.

② 자문위원회의 조직 및 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회가 정한다.

제34조(신행정수도건설추진단의 설치) ① 위원회의 사무를 효율적으로 처리하기 위하여 위원회에 신행정수도건설추진단(이하 “추진단”이라 한다)을 둔다.

② 추진단에 단장 1인을 두되, 단장은 정부직공무원중에서 대통령이 지명하는 자가 된다.

③ 단장은 위원장의 지휘를 받아 위원회의 사무를 관장하며 소속직원을 지휘·감독한다.

④ 위원장은 추진단의 업무수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관계 행정기관의 장 및 관계 기관·단체의 장에게 인력·자료·자문 등의 지원을 요청할 수 있다.

제35조(비밀누설의 금지) 위원회의 위원, 자문위원회의 자문위원 또는 위원회의 직원과 그 직에 있었던 자 및 위원회에 파견되어 위원회의 업무를 수행하거나 수행하였던 자는 업무처리중 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.

제36조(위원회 등의 구성 및 운영) 이 법에 규정된 사항외에 위원회·소위원회 및 추진단의 구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제37조(여론의 수렴) 위원회는 업무수행을 위하여 필요한 때에는 공청회의 개최 등을 통하여 여론을 수렴할 수 있다.

제38조(중앙도시계획위원회의 자문) 위원회는 다음 각호의 사항에 대하여 국토의계획 및이용에관한법을 제106조의 규정에 의한 중앙도시계획위원회에 자문할 수 있다.

1. 제17조의 규정에 의한 신행정수도광역도시계획의 수립
2. 제19조의 규정에 의한 개발계획의 수립

## 제 6 장 신행정수도건설특별회계

제39조(특별회계의 설치 및 관리·운영) ① 신행정수도건설에 관한 사업을 재정적으로 지원하기 위하여 신행정수도건설특별회계(이하 “회계”라 한다)를 설치한다.

② 회계는 건설교통부장관이 관리·운영한다.

③ 건설교통부장관은 회계를 관리·운영함에 있어 대통령이 정하는 중요한 사항에 대하여는 미리 위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

제40조(회계의 세입과 세출) ① 회계의 세입은 다음 각호와 같다.

1. 이전계회에 따라 신행정수도로 이전하는 주요국가기관(주요국가기관의 건설을 위하여 확보한 부지가 있는 때에는 그 부지를 포함한다)의 매각대금·사용료·임차보증금회수금 및 당해 재산으로부터 발생하는 그 밖의 수익금
2. 일반회계 및 다른 특별회계로부터의 전입금
3. 공공자금관리기금법에 의한 공공자금관리기금 또는 다른 기금으로부터의 전입금 및 예수금
4. 제42조의 규정에 의한 차입금
5. 제2항 제7호의 규정에 의한 출자 및 용자로 인한 수입금
6. 그 밖의 수입금

② 회계의 세출은 다음 각호와 같다.

1. 신행정수도에 입지할 주요국가기관 등 대통령령이 정하는 공공시설의 부지매입·건축 및 이전 등에 필요한 비용의 지출
2. 제22조 제2항의 규정에 의한 기반시설설치지원에의 지출
3. 제42조의 규정에 의한 차입금의 원리금 상환
4. 제1항 제3호의 규정에 의한 예수금의 원리금 상환
5. 제47조의 규정에 의한 주변지역지원사업에의 지출
6. 제48조의 규정에 의한 관련대책의 시행에 필요한 비용
7. 사업시행자에 대한 사업시행에 필요한 자금의 출자 및 융자
8. 그 밖에 신행정수도건설과 관련하여 대통령령이 정하는 항목에의 지출

③ 제2항 제7호의 규정에 의한 출자 및 융자의 조건 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제41조(일반회계 및 다른 특별회계 등으로부터의 전입) 회계는 세출재원을 확보하기 위하여 예산이 정하는 바에 의하여 일반회계, 다른 특별회계 또는 기금으로부터 전입을 받을 수 있다.

제42조(차입금) ① 회계의 세출재원이 부족한 때에는 국회의 의결을 얻은 금액의 범위 안에서 회계의 부담으로 장기차입을 할 수 있다.

② 회계는 그 지출에 있어서 자금이 일시적으로 부족한 때에는 회계의 부담으로 일시차입을 할 수 있다.

③ 제2항의 규정에 의한 일시차입금의 원리금은 당해 회계연도내에 이를 상환하여야 한다.

제43조(예비비) 회계는 예측할 수 없는 예산외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 예비비로서 상당한 금액을 세출예산에 계상할 수 있다.

제44조(세출예산의 이월) 회계의 세출예산중 당해 회계연도내에 지출하지 아니한 것은 예산회계법 제38조의 규정에 불구하고 다음 연도에 이월하여 사용할 수 있다.

제45조(잉여금의 처리) 회계의 결산상 잉여금은 다음 연도의 세입에 이입한다.

## 제 7 장 보 칙

제46조(지방세 및 부담금의 감면) ① 지방자치단체는 신행정수도건설사업을 원활히 시행하기 위하여 필요한 경우에는 사업시행자에 대하여 지방세법에 정하는 바에 따라 취득세·등록세·재산세 및 종합토지세 등의 조세를 감면할 수 있다.

② 국가 및 지방자치단체는 신행정수도건설사업을 원활히 시행하기 위하여 필요한 경우에는 사업시행자에 대하여 농지법·초지법·산지관리법·자연환경보전법·대도시권광역교통관리에관한특별법 및 개발제한구역의지정및관리에관한특별조치법이 정하는 바에 따라 농지조성비·대체초지조성비·대체산림자원조성비·생태계보전협력금·광역교통시설부담금 및 개발제한구역훼손부담금을 감면할 수 있다.

제47조(주변지역지원사업) ① 건설교통부장관은 주변지역 주민의 생활편익과 복지증진

등을 위하여 주변지역에 대한 지원사업(이하 “주변지역지원사업”이라 한다)에 관한 계획을 수립할 수 있다.

② 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 주변지역지원사업에 관한 계획을 수립하고자 하는 경우에는 주변지역을 관할하는 광역시장·시장 또는 군수와 미리 협의하여야 한다.

③ 주변지역지원사업은 주변지역을 관할하는 광역시장·시장 또는 군수가 이를 시행한다.

④ 주변지역지원사업에 필요한 비용은 회계에서 그 전부 또는 일부를 지원한다.

⑤ 제1항의 규정에 의한 주변지역지원사업에 관한 계획의 작성, 지원사업의 종류, 지원방법 등 주변지역지원사업에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제48조(관련대책의 수립) ① 건설교통부장관은 신행정수도건설사업이 원활히 추진되도록 건설자재 및 인력수급대책을 마련하여 위원회에 보고하여야 한다.

② 관계 중앙행정기관의 장은 신행정수도가 원활히 기능할 수 있도록 하기 위하여 신행정수도에 입주하는 주민 및 이전기관의 종사자에 대한 지원대책을 수립하여 위원회에 보고하여야 한다.

제49조(타인 토지의 출입) ① 사업시행자는 실시계획의 작성을 위한 조사나 측량을 하고자 할 때와 사업시행을 위하여 필요한 때에는 타인이 점유하는 토지에 출입하거나 타인의 토지를 재료적치장 또는 임시도로로 일시 사용할 수 있으며, 축목·토석 그 밖의 장애물을 변경하거나 제거할 수 있다.

② 국토의계획및이용에관한법률 제130조 제2항 내지 제9항, 동법 제144조 제1항 제2호·제3호 및 제3항 내지 제6항의 규정은 제1항의 경우에 이를 준용한다. 이 경우 “행정청인 도시계획시설사업의 시행자”는 이 법에 의한 “사업시행자”로 본다.

③ 제1항 및 제2항의 규정은 신행정수도건설과 관련된 관계 행정기관의 공무원 또는 관계 기관·단체의 직원으로서 위원회 또는 건설교통부장관의 허가를 받은 공무원 또는 직원에 대하여도 이를 준용한다.

제50조(손실보상) ① 제49조 제1항 및 제3항의 규정에 의한 행위로 인하여 손실을 받은 자가 있는 때에는 사업시행자·위원회 또는 건설교통부장관이 그 손실을 보상하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 손실보상에 관하여는 국토의계획및이용에관한법률 제131조 제2항 내지 제4항의 규정을 준용한다. 이 경우 손실보상에 관한 제결의 관할 토지수용위원회는 중앙토지수용위원회로 한다.

제51조(서류의 열람청구 등) 사업시행자는 신행정수도건설사업을 시행함에 있어 필요한 때에는 등기소 그 밖의 관계 행정기관의 장에게 무료로 필요한 서류의 열람·복사나 그 등본 또는 초본의 교부를 청구할 수 있다.

제52조(자료제공의 요청) 사업시행자는 신행정수도건설사업의 시행을 위하여 필요한 자료의 제공을 관계 기관의 장에게 요청할 수 있다. 이 경우 자료제공의 요청을 받은 자는 특별한 사유가 없는 한 그 요청에 응하여야 한다.

제53조(보고 및 검사 등) ① 위원회 또는 건설교통부장관은 이 법의 시행을 위하여 필요한 때에는 사업시행자에 대하여 신행정수도건설사업에 관한 보고 또는 자료의 제출을

명하거나 소속 공무원으로 하여금 신행정수도건설사업에 관한 업무를 검사하게 할 수 있으며, 관계 기관의 장에게 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 자료제공의 요청을 받은 자는 특별한 사유가 없는 한 그 요청에 응하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 신행정수도건설사업에 관한 업무를 검사하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 증표에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제54조(공공시설 등의 귀속) ① 사업시행자가 신행정수도건설사업의 시행으로 국토의 계획및이용에관한법률 제2조 제13호의 규정에 의한 공공시설(주차장·운동장을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)을 새로이 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 시설을 설치한 경우 그 귀속에 관하여는 동법 제65조의 규정을 준용한다. 이 경우 “행정청”은 이 법에 의한 “사업시행자”로 본다.

② 제1항의 규정에 의한 공공시설과 재산의 등기에 있어서는 실시계획승인서와 준공검사서로써 부동산등기법상의 등기원인을 증명하는 서면에 갈음할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 국토의계획및이용에관한법률을 준용함에 있어서 관리청이 불분명한 재산중 도로·하천·구거에 대하여는 건설교통부장관을, 그 밖의 재산에 대하여는 재정경제부장관을 관리청으로 본다.

제55조(공공시설의 관리) 신행정수도건설사업으로 설치된 공공시설은 준공후 당해 공공시설의 관리청에 귀속될 때까지 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 사업시행자가 이를 관리한다.

제56조(국·공유지의 처분제한 등) ① 예정지역안에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 토지로서 신행정수도건설사업에 필요한 토지는 개발사업외의 목적으로는 이를 매각하거나 양도할 수 없다.

② 예정지역안에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 재산으로서 신행정수도건설사업에 필요한 재산은 국유재산법·지방재정법 그 밖의 다른 법률의 규정에 불구하고 사업시행자에게 수의계약의 방법으로 양도할 수 있다. 이 경우 그 재산(행정재산인 경우에 한한다)의 용도폐지 및 양도에 관하여는 위원회가 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③ 관계 행정기관의 장은 제2항 후단의 규정에 의한 협의요청이 있는 때에는 그 요청을 받은 날부터 60일 이내에 협의에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다.

④ 제2항의 규정에 의하여 사업시행자에게 양도하고자 하는 국유재산중 관리청을 알 수 없는 재산에 대하여는 다른 법률의 규정에 불구하고 재정경제부장관이 이를 관리 또는 처분한다.

제57조(별칙적용에 있어서의 공무원 의제) 위원회의 위원, 자문위원회의 자문위원 또는 위원회의 직원과 그 직에 있었던 자 및 위원회에 파견되어 위원회의 업무를 수행하였거나 수행한 자중 공무원이 아닌 자는 위원회의 업무와 관련하여 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 이를 공무원으로 본다.

제58조(권한의 위임·위탁) 위원회 또는 건설교통부장관은 이 법에 의한 권한 또는 업무의 일부를 대통령령이 정하는 바에 따라 관계 중앙행정기관의 장, 광역시장, 도지사 또

는 사업시행자에게 위임 또는 위탁할 수 있다.

제8장 벌칙

제59조(업무상 비밀누설죄) 제35조의 규정에 위반하여 업무처리중 알게 된 비밀을 누설한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제60조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제16조 제1항의 규정을 위반하여 허가를 받지 아니하고 동항에 규정된 행위를 한 자
2. 제16조 제2항의 규정에 의하여 준용되는 국토의계획및이용에관한법률 제81조 제2항의 규정을 위반하여 허가를 받지 아니하고 동항 각 호의 1에 해당하는 행위를 한자

제61조(양벌규정) 법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 또는 종업원이 제60조 각 호의 위반행위를 한 때에는 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다.

부칙

- ① (시행일) 이 법은 공포 후 3월이 경과한 날부터 시행한다.
- ② (다른 법률의 폐지) 임시행정수도건설을위한특별조치법은 이를 폐지한다.
- ③ (일반적 경과조치) 이 법 시행 전에 건설교통부장관이 신행정수도의 건설과 관련하여 실시한 조사·연구 등은 위원회가 실시한 것으로 본다.

【참조조문】

헌법 전문, 제1조 제2항, 제72조, 제130조

서울특별시행정특례에관한법률 제1조(목적) 이 법은 지방자치법 제161조의 규정에 의하여 서울특별시의 지위·조직 및 운영에 관한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

서울특별시행정특례에관한법률 제2조(지위) 서울특별시는 정부의 직할하에 두되, 이 법이 정하는 범위안에서 수도로서의 특수한 지위를 가진다.

서울특별시행정특례에관한법률 제4조(일반행정운영상의 특례) ① 내무부장관이 지방자치법 제115조 제1항의 규정에 의하여 서울특별시의 지방채발행의 승인여부를 결정하고자 할 때에는 국무총리에게 보고하여야 한다.

② 내무부장관이 지방자치법 제158조의 규정에 의하여 서울특별시의 자치사무에 관한 감사를 하고자 할 때에는 국무총리의 조정을 거쳐야 한다.

③ 삭제

④ 서울특별시시장의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판청구사건의 심리·의결은 행정심판법 제6조 제1항 본문의 규정에 불구하고 국무총리소속하의 행정심판위원회에서 행한다.

⑤ 서울특별시소속 국가공무원의 임용등에 관한 국가공무원법 제32조 제1항 내지 제3항, 제78조 제1항·제4항 및 제82조의 규정에 의한 소속장관 또는 중앙행정기관의 장의 권한 중 대통령령으로 정하는 사항은 서울특별시장이 이를 행하고, 이와 관련된 행정소송의 피고는 동법 제16조의 규정에 불구하고 서울특별시장이 된다.

⑥ 삭제

⑦ 서울특별시소속공무원등에 대한 서훈의 추천은 상훈법 제5조 제1항의 규정에 불구하고 서울특별시장이 이를 행한다.

⑧ 삭제

서울특별시행정특례에관한법을 제5조(수도권광역행정 운영상의 특례) ① 수도권 지역에서 서울특별시와 관련된 도로·교통·환경등에 관한 계획수립과 그 집행에 있어서 관계중앙행정기관의 장과 서울특별시장이 의견을 달리하는 경우에는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 국무총리가 이를 조정한다.

② 제1항의 조정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

지방자치법 제161조(특례의 인정) 서울특별시의 지위·조직 및 운영에 있어서는 수도로서의 특수성을 고려하여 법률이 정하는 바에 의하여 특례를 둘 수 있다.

**【참조판례】**

- 헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249
- 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111
- 헌재 1998. 7. 14. 98헌라1, 판례집 10-2, 1
- 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431
- 헌재 2003. 11. 27. 2003헌마694등, 판례집 15-2하, 350
- 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. 최○철 외 168인 (청구인 명단은 별지 1과 같음, 2004헌마554)
  - 대리인 법무법인 신촌
  - 담당변호사 김문희 외 1인
  - 변호사 이석연
- 2. 정○명 (2004헌마566)
  - 국선대리인 변호사 김영진
- 보조참가인 임○수 외 229인 (보조참가인 명단은 별지 2와 같음)
  - 대리인 법무법인 신촌
  - 담당변호사 김문희 외 1인

변호사 이석연

**【주 문】**

신행정수도건설을위한특별조치법(2004. 1. 16. 법률 제7062호)은 헌법에 위반된다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2002. 9. 30. 새천년민주당의 대통령후보 노무현은 선거공약으로 ‘수도권 집중 억제와 낙후된 지역경제를 해결하기 위해 청와대와 정부부처를 충청권으로 옮기겠다’는 행정수도 이전계획을 발표하였다. 2002. 12. 19. 실시된 제 16대 대통령선거에서 노무현 후보가 당선되었고, 2003. 4. 신행정수도건설추진기획단등의구성및운영에관한규정(2003. 4. 17. 대통령령 제17967호)이 제정되고 이에 근거하여 청와대 산하에 신행정수도건설추진기획단이, 건설교통부 산하에 신행정수도건설추진지원단이 각 발족되어, 이들이 신행정수도 건설에 관한 정책입안, 후보지역 조사 등의 업무를 수행하였다.

(2) 2003. 10. 정부는 신행정수도의건설을위한특별조치법안을 제안하였고, 2003. 12. 29. 국회 본회의는 이 법안을 투표의원 194인 중 찬성 167인으로 통과시켰으며(반대 13인, 기권 14인), 2004. 1. 16. 신행정수도의건설을위한특별조치법은 법률 제7062호로 공포되었고 부칙 규정에 따라 그로부터 3월 후부터 시행되었다. 위 법은 수도권 집중의 부작용을 시정하고 국가의 균형발전과 국가경쟁력 강화를 목적으로 행정수도를 충청권 지역으로 이전할 것을 규정하면서, 국무총리와 일반인을 공동위원장으로 하는 신행정수도건설추진위원회를 대통령 소속으로 설치하고, 건설교통부장관이 관리·운영하는 특별회계를 신설하며, 난개발과 부동산투기 등을 방지하기 위한 규정 등으로 구성되어 있다.

(3) 위 법 시행 후 2004. 5. 21. 신행정수도건설추진위원회가 발족되었으며, 2004. 7. 21. 위 위원회는 제5차 회의에서 주요 국가기관 중 중앙행정기관 18부 4처 3청(73개 기관)을 신행정수도로 이전하고, 국회 등 헌법기관은 자체적인 이전 요청이 있을 때 국회의 동의를 구하기로 심의·의결하였다. 한편 2004. 8. 11. 위 위원회는 제6차 회의에서 『연기-공주 지역』(충청남도 연기군

남면, 금남면, 동면, 공주시 장기면 일원 약 2,160만평)을 신행정수도 입지로 확정하였다.

(4) 청구인들은 서울특별시 소속 공무원, 서울특별시 의회의 의원, 서울특별시에 주소를 둔 시민 혹은 그 밖의 전국 각지에 거주하는 국민들로서, 위 법률이 헌법개정 등의 절차를 거치지 않은 수도이전을 추진하는 것이므로 법률 전부가 헌법에 위반되며 이로 인하여 청구인들의 국민투표권, 납세자의 권리, 청문권, 평등권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 각 침해받았다는 이유로 같은 해 7. 12.(2004헌마554) 및 같은 달 15.(2004헌마566) 위 법률을 대상으로 그 위헌의 확인을 구하는 헌법소원 심판을 각 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 신행정수도의건설을위한특별조치법(2004. 1. 16. 제정 법률 제7062호, 이하 ‘이 사건 법률’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이다. 이 사건 법률의 내용은 별지 3과 같다.

#### 2. 청구인들의 주장과 이해관계기관의 의견 요지

##### 가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률은 대통령의 선거공약이행의 차원에서 제정된 법인데 실질적인 수도 이전을 계획·추진하는 것을 내용으로 한다. 서울이 대한민국의 수도라는 사실은 헌법적으로 볼 때 불문헌법에 속한다. 따라서 수도이전에는 헌법개정에 버금가는 절차인 국민투표를 하여 국민적 합의를 도출하여야만 헌법적 정당성을 갖추게 된다. 또한 이 사건 법률은 국가안위에 관련된 중요한 국가정책에 관한 사항을 담았고 국민투표 실시를 위한 충분한 시간적 여유도 있었으므로 그 제정시에 헌법 제72조 소정의 국민투표를 반드시 거쳤어야 할 것임에도 이를 거치지 아니한 것은 헌법에 위반되며, 청구인들의 국민투표권을 침해한 것이다.

(2) 수도이전에 소요되는 막대한 비용은 국민이 납부하는 세금으로 조성된 국가예산에서 지출될 것인바, 이러한 지출은 재정투자의 우선순위를 도외시키고 헌법원칙을 무시한 위헌적인 것이다. 이와 같은 위헌적인 국가재정지출의 근거가 되는 이 사건 법률은 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에서 열거되지 아니한 권리’로서 보장되어야 하는 납세자의 권리를 침해한 것이다.

(3) 수도이전은 국가 또는 국토의 재편계획에 해당하는 것으로서 국민 모두가 지대한 이해관계를 가지므로, 적법절차의 원칙상 법률제정과정에서 청

문화 등 각계 각층의 다양한 의견 수렴을 위한 절차를 필요적으로 거쳐야 함에도 불구하고 이러한 절차를 거치지 아니한 것은 청구인들을 포함한 국민의 청문권을 침해한 것이다.

(4) 서울특별시 의회의원과 공무원인 청구인들에게는 이 사건 법률의 제정으로 인하여 서울특별시 공무원으로서 공직수행과정에서 누렸던 지위와 권리가 박탈되어 그러한 이익이 침해될 것이 예상되는데 이는 그들의 공무담임권과 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

(5) 이 사건 법률은 신행정수도의 건설을 위한 절차적 사항을 정하기 위한 법률임에도 불구하고 실제적 사항에 관한 내용을 다루고 있고, 수도이전계획에 대하여 대통령이 승인하기 전에 국회에서 먼저 정하도록 하여 국회가 대통령의 하위기관인 것처럼 규정하고 있으며, 수도이전지역을 특정지역으로 확정하고 있어서 범규범상호간에 준수되어야 할 체계의 정당성이 결여되었다. 또한 수도이전지역으로 규정된 충청권에 비하여 합리적 이유 없이 다른 지역을 차별하는 것으로 평등권을 침해하고 있다. 수도권에 거주하는 청구인들에게는 수도의 이전으로 인하여 경제·사회생활에서 불이익을 받을 것이 예상되는데 이는 동 청구인들의 직업선택의 자유와 거주이전의 자유 및 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 대통령, 건설교통부장관, 법무부장관 및 신행정수도건설추진위원회의 의견

(1) 청구인들이 침해받았다고 주장하는 기본권들은 모두 그 침해의 개연성이 없다. 이 사건 법률의 내용은 수도 이전의 추진에 관한 일반적 사항 뿐으로서 개개 국민의 기본권 침해와 관련성을 가지지 못하며, 또한 구체적인 집행행위를 매개하지 않고는 직접 기본권을 침해할 수 없다. 또한 이 사건 법률은 2003. 12. 29. 국회에서 의결되어 2004. 1. 16. 공포되었으므로 그날로부터 90일 이내에 헌법소원을 제기하여야 함에도 이를 경과하여 2004. 7. 12. 에야 헌법소원을 제기하였으므로 이 사건 심판청구는 청구기간을 넘겨 부적법하다.

(2) 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 그 부의권을 행사할 때 비로소 발생하는 권리이므로 이 사건의 경우 문제될 수 없다. 수도문제는 헌법개정이 필요한 사항이 아니며, 서울이 수도인 것은 법률적 근거를 가지고 있을 뿐이어서 헌법적 효력을 가지는 불문헌법으로 볼 수 없다. 또한 불문헌법을 개정함에 있어서도 헌법개정절차를 거칠 필요가 없으므로 이 사건 법률은 헌법

제130조의 국민투표권을 침해할 수 없다.

(3) 국민들이 납세자이긴 하나 정부가 세금을 어떻게 적재적소에 사용하는지 여부에 대하여 소송을 제기할 권리가 부여된 것은 아니다. 이는 오직 국민의 대표자인 국회를 통하여 감시되고 통제될 뿐이다. 따라서 청구인들이 주장하는 납세자로서의 권리는 당초부터 침해될 수 없다.

(4) 청구인들은 청문권의 침해를 주장하나 정부가 법률안을 만드는 과정에서 이미 공청회를 개최한 바 있으며 입법예고도 시행하였고 국회의 입법과정에서도 국회소관 위원회에서 국회법에 의거하여 공청회 개최를 생략하기로 의결한 바 있으므로 적법절차를 위배한 것이 아니다. 따라서 청문권을 침해한 바가 없다.

(5) 이 사건 법률의 내용상 각 조항 간은 물론 다른 법률과 모순되거나 저촉되는 바가 없으므로 체계정당성의 원리를 위배한 것이 아니다. 또한 수도이전 예상지역을 대전·충청권으로 정하고 있다고 하더라도 이는 국가의 균형발전·수도권의 집중 해소 등 합리적 이유가 있으므로 청구인들의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

(6) 청구인들은 수도의 이전으로 단순히 사실상 경제적 반사이익만이 관계되고 있을 뿐이므로 직업선택의 자유, 거주이전의 자유, 행복추구권 등은 침해될 수 없다.

#### 다. 서울특별시장의 의견

서울이 수도로서 유구한 역사와 최적의 입지조건을 갖고 있고, 수도권 과밀해소의 해법으로 수도이전은 적합하지 않으며, 행정수도법 제정 과정에서 서울특별시와 서울시 의회에 의견제출기회를 부여하지 않았다는 점 등을 강조하고 있는 외에는 청구인들의 주장 요지와 같다.

### 3. 적법요건에 관한 판단

#### 가. 기본권 침해의 개연성이 있는지 여부

이 사건 법률은 수도의 이전을 확정하고 그 이전의 절차를 정하는 내용을 가진 법률이다. 그런데 우리나라의 수도가 서울인 점이 명문의 헌법조항에서 밝혀진 것은 아니라 하더라도 우리 헌법의 해석상 그것이 국가생활의 오랜 전통에 의하여 확립된 기본적 헌법사항으로서 불문의 관습헌법에 속하는 것이 임이 확인된다면, 수도의 이전을 내용으로 하는 이 사건 법률은 우리 헌법의 내용을 헌법개정절차를 거치지 아니한 채 하위 법률의 형식으로 변경하여 버린 것이 된다. 비록 헌법전에 명문이 없는 경우라고 하더라도 그것이 관습

헌법사항이라면 이는 의연히 헌법의 일부이므로 헌법개정의 절차에 의하여만 변경될 수 있는 것이다. 그런데 헌법 제130조는 헌법의 개정을 위해서는 국회 재적의원 과반수 또는 대통령에 의하여 발의되고, 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 국회의 의결을 거친 후 반드시 국민투표에 붙여 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 하도록 되어 있다. 따라서 이 사건 법률은 본안에 관한 판단에서 수도가 서울인 점에 대한 관습헌법성이 확인된다면 헌법개정에 의하여 규율되어야 할 사항을 단순 법률의 형태로 규율하여 헌법개정에 필수적으로 요구되는 국민투표를 배제한 것이 되므로 국민들의 위 투표권이 침해될 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률은 헌법개정에 있어서 청구인들이 갖는 참정권적 기본권인 국민투표권을 침해할 소지가 있으므로 그 권리침해의 개연성이 인정된다.

나. 기본권 침해의 자기관련성·직접성·현재성이 있는지 여부

이 사건 법률이 청구인들의 기본권을 침해할 개연성이 있음은 앞서 본 바와 같으므로 다음으로 그 권리 침해의 자기관련성과 직접성 및 현재성을 살펴보기로 한다. 여기서 침해되는 기본권은 국민으로서 가지는 참정권의 하나인 헌법개정의 국민투표권인바, 이 권리는 대한민국 국민인 청구인들 각 개인이 갖는 기본권이므로 청구인들이 이 사건 법률에 대하여 권리 침해의 자기관련성이 있음은 명백하다. 또 이 사건 법률은 수도 이전을 당연한 전제로 하여 이를 구체적으로 추진하는 것을 내용으로 하고 있으므로 ‘수도 이전’ 자체에 관하여는 더 이상 어떠한 절차나 결정을 필요로 하고 있지 아니하다. 따라서 헌법개정에 관하여 국민이 갖는 국민투표권이라는 기본권이 이 사건 법률에 의하여 직접 배제되므로 직접성도 인정된다. 또한 이 사건 법률의 공포·시행에 의하여 수도의 이전은 법률적으로 확정되고 따라서 청구인들의 위 국민투표권은 이미 배제되었으므로 위 권리의 침해는 현실화되어 현재에도 계속되고 있어 침해의 현재성도 인정된다. 그렇다면 청구인들은 수도의 이전을 결정하고 그 절차를 정하는 내용의 이 사건 법률에 대하여 권리침해의 자기관련성을 가지고 있으며, 이 사건 법률에 의한 청구인들의 권리침해의 직접성과 현재성도 모두 인정된다.

다. 청구기간을 준수하였는지 여부

헌법재판소법 제69조 제1항은 같은 법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청

구하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 법령에 대한 헌법소원심판은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 그 법령이 시행된 날부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌재 2004. 4. 29. 2004헌마93, 공보 92, 554, 556).

그런데 이 사건 헌법소원심판청구는 이 사건 법률이 시행된 2004. 4. 17.부터 90일 이내인 2004. 7. 12. 및 2004. 7. 15.에 제기되었으므로 어느 모로 보나 청구기간을 준수하였다.

라. 고도의 정치적 행위이어서 사법심사의 대상이 되지 않는 것인지 여부  
 신행정수도를 건설하는 문제 또는 수도를 이전하는 문제는 고도의 정치적인 문제로서 이에 관한 대통령이나 국회의 결정은 사법심사의 대상이 되지 않는다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구가 부적법한 것인지 여부에 관하여 본다.

(1) 국가긴급권의 발동, 국군의 해외파견 등과 같이 대통령이나 국회에 의한 고도의 정치적 결단이 요구되고, 이러한 결단은 가급적 존중되어야 한다는 요청에서 사법심사를 자제할 필요가 있는 국가작용이 우리 헌법상 존재하는 것은 이를 인정할 수 있다. 그러나 우리 헌법의 기본원리인 법치주의의 원리상 대통령, 국회 기타 어떠한 공권력도 법의 지배를 받아야 하고, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 데에서 나오는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이며, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로, 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 115-116 참조).

(2) 신행정수도건설이나 수도이전의 문제가 정치적 성격을 가지고 있는 것은 인정할 수 있지만, 그 자체로 고도의 정치적 결단을 요하여 사법심사의 대상으로 하기에는 부적절한 문제라고까지는 할 수 없다. 더구나 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률의 위헌여부이고 대통령의 행위의 위헌여부가 아닌바, 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상으로 된 경우 당해법률이 정치적인 문제를 포함한다는 이유만으로 사법심사의 대상에서 제외된다고 할 수는 없다.

(3) 다만, 이 사건 법률의 위헌여부를 판단하기 위한 선결문제로서 신행정수도건설이나 수도이전의 문제를 국민투표에 붙일지 여부에 관한 대통령의 의사결정이 사법심사의 대상이 될 경우 위 의사결정은 고도의 정치적 결단을 요하는 문제여서 사법심사를 자제함이 바람직하다고는 할 수 있고, 이에 따라 그 의사결정에 관련된 흠을 들어 위헌성이 주장되는 법률에 대한 사법심사 또한 자제함이 바람직하다고는 할 수 있다. 그러나 대통령의 위 의사결정이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 이에 따라 위 의사결정과 관련된 법률도 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다.

우리 헌법은 선거권(헌법 제24조)과 같은 간접적인 참정권과 함께 직접적인 참정권으로서 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있으므로 국민투표권은 헌법상 보장되는 기본권의 하나이다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439 참조). 그러므로 대통령의 의사결정이 국민의 국민투표권을 침해한다면, 가사 위 의사결정이 고도의 정치적 결단을 요하는 행위라고 하더라도 이는 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 것으로서 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 따라서 이 사건 법률의 위헌성이 대통령의 의사결정과 관련하여 문제되는 경우라도 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

(4) 그렇다면 이 사건 법률의 위헌성을 판단하기 위한 선결문제로서 국민투표권에 관한 대통령의 의사결정의 위헌성여부를 판단하는 경우라도 청구인들의 국민투표권이 침해되었는지 여부에 관한 판단을 위한 한도에서는 이 사건 법률이 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 따라서 이에 대한 헌법소원이 가능하다. 그러므로 이 사건 헌법소원심판청구가 헌법소원의 대상이 되지 아니하는 것을 대상으로 한 것이어서 부적법하다고는 할 수 없다.

#### 마. 소 결

이상에서 살핀 바와 같이 이 사건 헌법소원 심판청구는 위 쟁점들에 관하여 적법요건을 모두 갖추었으며 달리 적법요건상 흠결이 있다는 사정이 엿보이지 아니하므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

### 4. 본안에 관한 판단

#### 가. 헌법상 수도의 개념

(1) 일반적으로 한 나라의 수도는 국가권력의 핵심적 사항을 수행하는 국가기관들이 집중 소재하여 정치·행정의 중추적 기능을 실현하고 대외적으로 그 국가를 상징하는 곳을 의미한다. 입헌국가의 규범적 요청에 부합하는 수도

는 다음의 특징들을 갖추어야 할 것이다.

우선 대의민주제 입헌국가에서는 국민의 대의기관인 의회를 통한 입법기능이 수행되는 곳이어야 한다. 입법기관의 “직무소제지”라는 것은 수도로서의 성격의 중요한 요소의 하나다. 다음으로 수도는 국가의 대표기능 내지 통합기능이 수행되는 곳이어야 한다. 우리나라와 같은 대통령제 국가의 헌법에서는 대통령이 국가를 대표하고 국가의 통일성을 유지하도록 하는바 대통령의 이러한 대내외적 활동은 그 활동이 수행되는 장소에 대하여 “수도적인 것”의 한 필수적 요소를 부여하게 된다. 국가원수의 이러한 활동은 국민정서상의 상징가치를 가진 것으로서 심리적으로 국가통합의 계기를 이루는 것이므로 수도성을 판단함에 있어서 본질적인 중요성을 갖는다. 나아가 수도는 정부기능을 수행하는 국가기관들의 활동이 이루어지는 장소라는 것이다. 정부는 특히 경제정책도 포함한 대내외의 제반 정책들을 책임 있게 수행함으로써 정치적·행정적으로 국가를 이끌어어나간다. 이와 같은 정부의 기능은 그것이 행사되고 현실화되는 장소에 대하여 수도적인 것의 하나의 계기를 부여한다. 그러나 다른 한편으로 정부는 창조적이고 적극적이어야 할 행정을 담당·수행하는 탓에 그 기구가 전문적이고 방대하여 반드시 한 도시에만 집중하여 소재할 필요는 없고 특히 최근 정보통신기술의 현저한 발전으로 인하여 화상회의와 전자결재 등 첨단기술을 활용하여 장소적 이격성을 극복하고 얼마든지 유기적 업무협조를 실현할 수 있는 사정 등을 감안하면 정부조직의 분산배치는 정책적 고려가 가능하다. 특히 대통령제의 통치구조 아래에서 대통령은 국가원수일 뿐 아니라 행정부의 수반이므로 정부의 소재지는 대통령의 소재지로서 대표된다고 볼 수도 있기 때문에 대통령의 소재지를 수도의 특징적 요소로 보는 한 정부 각 부처의 소재지는 수도를 결정하는 데 있어서 별도로 결정적인 요소가 된다고 볼 필요는 없다. 한편 헌법재판권을 포함한 사법권이 행사되는 장소와 도시의 경제적 능력 등은 수도를 결정하는 필수적인 요소에는 해당하지 아니한다고 볼 것이다. 요컨대 수도란 최소한 정치·행정의 중추적 기능을 수행하는 국가기관의 소재지를 뜻하는 것이라 할 것이다.

(2) 우리 헌법상 최고 헌법기관에는 국회(헌법 제3장), 대통령(제4장 제1절), 국무총리(제2절 제1관), 행정각부(제2절 제3관), 대법원(제5장), 헌법재판소(제6장), 중앙선거관리위원회(제7장)가 있다. 이러한 헌법기관들 중에서도 국민의 대표기관으로서 국민의 정치적 의사를 결정하는 국회와 행정을 통할하며 국가를 대표하는 대통령의 소재지가 어디인가 하는 것은 수도를 결정하

는데 있어서 특히 결정적인 요소가 된다고 할 것이다. 대통령은 국가원수로서 국가를 상징하고 정부의 수반으로서 국가운용의 최고 통치권자이며 의회는 주권자인 국민이 선출한 대표들로 구성된 대의기관으로서 오늘날의 간접민주주의 통치구조 하에서 주권자의 의사를 대변하고 중요한 국가의사를 결정하는 중추적 역할을 담당하므로 이들 두 개의 국가기관이야말로 국가권력의 중심에 있고 국가의 존재와 특성을 외부적으로 표현하는 중심이 되기 때문이다.

나. 이 사건 법률이 수도이전에 관한 의사결정을 포함하는지 여부

이 사건 법률은 제1조에서 “신행정수도를 건설하는 방법 및 절차에 관하여 규정”함을 명시하고 있을 뿐 대한민국의 수도를 현재의 서울특별시에서 다른 곳으로 이전한다는 결정 자체를 명시적으로 포함하고 있지는 아니하다. 또한 이전되는 주요 국가기관의 범위에 관하여 신행정수도건설추진위원회가 수립한 계획은 대통령의 승인을 받아야 하고(제6조 제1항), 특히 정부에 속하지 아니한 헌법기관은 국회의 동의를 얻어야 하므로(같은 조 제4항), 주요 국가기관이라고 하더라도 대통령의 승인과 국회의 동의 여부에 따라서는 이전의 대상에 포함되지 아니할 수 있는 여지가 있다. 따라서 이 사건 법률은 국회와 대통령을 포함한 모든 주요 국가기관들이 신행정수도로 이전하는 것을 직접 확정하고 있는 것은 아니다.

그러나 한편 이 사건 법률은 신행정수도를 “국가 정치·행정의 중추기능을 가지는 수도로 새로 건설되는 지역으로서 …… 법률로 정하여지는 지역”이라고 하고(제2조 제1호), 신행정수도의 예정지역을 “주요 헌법기관과 중앙행정기관 등의 이전을 위하여 …… 지정·고시하는 지역”이라고 규정하여(같은 조 제2호), 결국 신행정수도는 주요 헌법기관과 중앙 행정기관들이 소재하여 국가의 정치·행정의 중추기능을 가지는 수도가 되어야 함을 명확히 하고 있다. 따라서 이 사건 법률은 비록 이전되는 주요 국가기관의 범위를 개별적으로 확정하고 있지는 아니하지만, 그 이전의 범위는 신행정수도가 국가의 정치·행정의 중추기능을 담당하기에 충분한 정도가 되어야 함을 요구하고 있다. 그렇다면 이 사건 법률은 앞서 실시한 바와 같은 국가의 정치·행정의 중추적 기능을 수행하는 국가기관의 소재지로서 헌법상의 수도개념에 포함되는 국가의 수도를 이전하는 내용을 가지는 것이며, 이 사건 법률에 의한 신행정수도의 이전은 곧 우리나라의 수도의 이전을 의미한다.

또한 이 사건 법률은 수도이전의 예정지역을 대전광역시·충청북도 및 충청남도 일원(이하 ‘충청권’이라 한다)의 지역 중에서 지정하기로 하고(제8조),

신행정수도 건설업무를 효율적으로 추진하기 위하여 대통령 소속하에 신행정수도건설추진위원회를 설치토록 하는바(제27조), 추진위원회는 주요 국가기관을 신행정수도로 이전하는 계획을 수립하고(제6조 제1항), 신행정수도 건설에 관한 기본계획을 수립하며(제7조 제1항), 신행정수도 건설 예정지역을 지정하고(제12조), 건설사업에 관한 개발계획을 수립하는(제19조) 등 신행정수도의 원활한 건설을 위하여 필요한 모든 사항들을 처리하도록 하고 있다(제28조). 나아가 이 사건 법률은 신행정수도건설사업시행자의 지정(제18조), 신행정수도건설사업에 관한 계획의 수립(제19조), 그 실시계획의 수립과 승인(제20조), 기반시설의 설치(제22조), 토지 등의 수용(제23조), 건설사업 완료시의 준공검사(제26조) 등에 관하여 규율하고 있다.

이와 같이 이 사건 법률은 신행정수도로의 이전에 관한 계획 수립의 차원을 넘어서 신행정수도를 실제로 건설하는 사업까지 규율하며, 특히 이 사건 법률에 의하여 설치되는 추진위원회는 앞서 본 수도이전을 추진하기 위한 각종의 계획을 수립하고 집행할 권한을 가지도록 하여 행정수도 이전에 관한 별도의 국가의사결정이 없이도 행정수도이전사업은 이 사건 법률의 집행에 의하여 현실적으로 추진되도록 하고 있다.

그렇다면 결국 이 사건 법률은 충청권에 건설되는 신행정수도에 국가의 정치·행정의 중추적 기능을 수행하는 주요국가기관을 이전하는 의사결정을 스스로 담고 있다고 할 것이어서 결국 이 사건 법률은 대한민국의 수도를 충청권으로 이전한다는 의사결정을 포함하고 있는 것이다.

다. 수도가 서울인 점이 우리나라의 관습헌법인지 여부

(1) 성문헌법체제에서의 관습헌법의 의의와 성립요건

(가) 우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전(憲法典)이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법(不文憲法) 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 특히 헌법제정 당시 자명(自明)하거나 전제(前提)된 사항 및 보편적 헌법원리와 같은 것은 반드시 명문의 규정을 두지 아니하는 경우도 있다. 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으

로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가지는 것이다.

(나) 헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.’고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있는 것이다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로 주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다. 이와 같이 관습에 의한 헌법적 규범의 생성은 국민주권이 행사되는 한 측면인 것이다. 국민주권주의 또는 민주주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에의 국민의 참여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다.

(다) 관습헌법이 성립하기 위하여서는 먼저 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항이 되어야 한다. 일반적으로 실질적인 헌법사항이라고 함은 널리 국가의 조직에 관한 사항이나 국가기관의 권한 구성에 관한 사항 혹은 개인의 국가권력에 대한 지위를 포함하여 말하는 것이지만, 관습헌법은 이와 같은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 하는 것이다. 일반적인 헌법사항 중 과연 어디까지가 이러한 기본적이고 핵심적인 헌법사항에 해당하는지 여부는 일반추상적인 기준을 설정하여 재단할 수는 없는 것이고, 개별적 문제사항에서 헌법적 원칙성과 중요성 및 헌법원리를 통하여 평가하는 구체적 판단에 의하여 확정하여야 한다.

(라) 다음으로 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건이 충족되어야 한다. 이러한 요건으로서 첫째, 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성). 또한 다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가

진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의). 이와 같이 관습헌법의 성립을 인정하기 위해서는 이러한 요건들이 모두 충족되어야 한다.

(2) 기본적 헌법사항으로서의 수도문제

헌법기관의 소재지, 특히 국가를 대표하는 대통령과 민주주의적 통치원리에 핵심적 역할을 하는 의회의 소재지를 정하는 문제는 국가의 정체성(正體性)을 표현하는 실질적 헌법사항의 하나이다. 여기서 국가의 정체성이란 국가의 정서적 통일의 원천으로서 그 국민의 역사와 경험, 문화와 정치 및 경제, 그 권력구조나 정신적 상징 등이 종합적으로 표출됨으로써 형성되는 국가적 특성이라 할 수 있다. 수도를 설정하는 것 이외에도 국명(國名)을 정하는 것, 우리말을 국어(國語)로 하고 우리글을 한글로 하는 것, 영토를 획정하고 국가주권의 소재를 밝히는 것 등이 국가의 정체성에 관한 기본적 헌법사항이 된다고 할 것이다. 수도를 설정하거나 이전하는 것은 국회와 대통령 등 최고 헌법기관들의 위치를 설정하여 국가조직의 근간을 장소적으로 배치하는 것으로서, 국가생활에 관한 국민의 근본적 결단임과 동시에 국가를 구성하는 기반이 되는 핵심적 헌법사항에 속하는 것이다.

이와 같이 수도의 문제는 내용적으로 헌법사항에 속하는 것이며 그것도 국가의 정체성과 기본적 조직 구성에 관한 중요하고 기본적인 헌법사항으로서 국민이 스스로 결단하여야 할 사항이므로 대통령이나 정부 혹은 그 하위기관의 결정에 맡길 수 있는 사항이 아니다.

(3) 수도 서울의 관습헌법성 여부에 대한 판단

(가) 우리 헌법전상으로는 ‘수도가 서울’이라는 명문의 조항이 존재하지 아니한다. 그러나 서울은 사전적 의미로 바로 ‘수도’의 의미를 가지고 있다. 1392년 이성계가 조선왕조를 창건하여 한양을 도읍으로 정한 이래 600여 년간 전통적으로 현재의 서울 지역은 그와 같이 일반명사를 고유명사화하여 불려 온 것이다. 따라서 현재의 서울 지역이 수도인 것은 그 명칭상으로도 자명한 것으로서, 대한민국의 성립 이전부터 국민들이 이미 역사적, 전통적 사실로 의식적 혹은 무의식적으로 인식하고 있었으며, 대한민국의 건국에 즈음하여서도 국가의 기본구성에 관한 당연한 전제사실 내지 자명한 사실로서 아무런 의문도 제기될 수 없었던 것이었다. 따라서 제헌헌법 등 우리 헌법제정의 시초부터 ‘서울에 수도(서울)를 둔다.’는 등의 동어반복적인 당연한 사실을 확인하는 헌법조항을 설치하는 것은 무의미하고 불필요한 것이었다. 그 후에도 수차의 헌법개정이 있었지만 우리 헌법상으로도 수도에 관한 명문의 헌법조항

은 설치된 바가 없으나, 그렇다고 하여 우리나라의 역사적, 전통적, 문화적 상황에 비추어 수도에 관한 헌법관습 자체가 존재하지 않는 것은 결코 아니다. 서울이 바로 수도인 것은 국가생활의 오랜 전통과 관습에서 확고하게 형성된 자명한 사실 또는 전제된 사실로서 모든 국민이 우리나라의 국가구성에 관한 강제력 있는 법규범으로 인식하고 있는 것이다.

(나) 한편 우리나라에서 수도가 서울인 점의 관습헌법성 인정 여부를 판단하기 위해서는 무엇보다도 서울이 우리나라의 수도로 설정되고 수도로서의 역할을 계속하여온 역사적 경위를 실증적으로 확인하여야 할 것이다.

1) 조선의 창건과 서울의 수도설정

가) 서울은 일찍이 고려시대에 남경(南京)이 설치되어 서경·동경인 평양·경주와 더불어 고려의 이른바 삼경제를 이루는 지방행정의 중심지역 역할을 하였다(고려 문종 21년 서기 1067년). 남경은 지금의 서울·경기지역의 일부 지역을 직접 관할로 하였으며 주변지역의 행정중심지로서 궁궐 등 상당한 규모의 도시가 건설되어 있었고 한때 고려의 왕들이 순행을 하며 거처하기도 하였던 곳이다.<sup>1)</sup>

나) 조선왕조가 창건되자 곧바로 천도론이 제기되었다. 공양왕 4년(서기 1392년) 7. 17. 왕위에 오른 태조 이성계(이하 ‘태조’라고만 한다)는 같은 해 8. 13.에 도평의사사(都評議使司)<sup>2)</sup>에 한양(漢陽)으로 도읍(都邑)을 옮기도록 명을 내렸다. 그러나 같은 해 9. 3. 배극렴, 조준 등이 “한양의 궁궐이 이룩되지 못하고 성곽이 완공되지 못하여, 호종하는 사람이 민가(民家)를 빼앗아 들어가게 되며 기후는 점차 추워 오고 백성들은 돌아갈 데가 없으니, 궁실과 성곽을 건축하고 각 관사를 배치하기를 기다려 그 후 도읍을 옮기도록 하자.”고 주청(奏請)하였고 태조가 이를 옹계 여겨 초기의 천도계획은 중지되기에 이

---

1) 그러나 남경이 설치된 후 경기도 일대를 통치하는 지방행정의 중심적 역할을 하던 서울지방은 고려말에 이르러 다시 한양부(漢陽府)로 개편되었다. 지방세력을 견제하고 왕권을 강화하기 위한 방편으로 지방관제를 개편하는 과정에서 삼경제가 폐지되었고 남경 역시 일반적인 하나의 부(府)가 되었다(서울특별시사, 서울특별시, 1977, 제1권, 144-145쪽).

2) 고려 후기 국가의 최고 정무기관. 재상을 포함한 주요 중앙부처의 관리들이 국정을 논의하던 것에서 시작하여 주요업무를 직접 시행하는 행정기관으로 확대되었다. 도평의사사는 조선 정종 2년(1400) 의정부로 개칭될 때까지 존재하였다(한국민족문화대백과사전, 한국정신문화연구원, 1991, 7권, 27-28쪽).

르렀다.<sup>3)</sup>

다) 그 후 천도 논의는 계룡산(鷄龍山)과 무악(毋岳) 등 새로운 후보지가 등장하면서 도읍지를 어디로 정할 것인가 하는 문제로 변경되었다. 계룡산의 경우 태조 2년(서기 1393년) 2. 8. 태조는 직접 계룡산하의 후보지를 둘러보고 산수형태, 조운·도로의 형편 등을 살펴보고 새 도읍지로 결정하였고 이어 건설공사와 함께 관련된 행정구역의 정비까지 시작하였다. 그러나 같은 해 12. 11. 당시 경기좌우도 도관찰사(京畿左右道 都觀察使) 하륜의 불가론에 의하여 다시 새 도읍의 공사는 중단되었다. 당시 하륜은 도읍은 마땅히 나라의 중앙에 있어야 될 것인데 계룡산은 지대가 남쪽에 치우쳐서 있다는 점 등을 이유로 도읍건설을 중지할 것을 주장하였고 태조가 여러 관리들의 검토를 거쳐 이를 받아들였다.<sup>4)</sup>

이후 새로운 후보지로 등장한 것이 무악(지금의 서울 연희·신촌동)이다. 태조 3년(서기 1394년) 8. 11. 태조는 무악을 직접 둘러보았으나 많은 관리들이 무악이 수도가 될 수 없다고 하고 심지어 송도에 그대로 도읍을 두자는 의견까지 있자 다시 도읍지를 골라보라는 명령을 내렸는데, 이때 다시 남경 즉 한양이 주목되었다. 이에 따라 같은 달 13. 태조가 한양을 둘러보는 과정에서 왕사(王師)인 자초(自超, 호는 無學)와 여러 재상들이 모두가 도읍을 정할만하다고 하였으므로 태조는 최종적으로 한양을 도읍지로 정하였다.<sup>5)</sup>

라) 공식적으로는 같은 달 24. 도평의사사에서 한양으로 도읍을 정할 것을 상신하여 태조가 정승들의 주청을 받아들이는 것으로 한양천도를 결정하였다.<sup>6)</sup> 이후 여러 달의 준비를 거쳐 같은 해 10. 25. 한양으로 서울을 옮겼다.

3) 국역 조선왕조실록(세종대왕기념사업회 및 민족문화추진위원회가 1993년 완성한 번역본을 조선왕조실록시디롬(CD-ROM)간행위원회가 1995년 시디롬으로 간행한 것) 중 태조실록 태조 1년 9. 3. 신사.

4) 전계 국역 조선왕조실록 중 태조실록 태조 2년 12. 11. 임오.

5) 전계 국역 조선왕조실록 중 태조실록 태조 3년 8. 13. 경진.

6) 도평의사사에서 상신(上申)하였다.

“좌정승 조준, 우정승 김사형 등은 생각하건대, 옛날부터 임금이 천명을 받고 일어나면 도읍을 정하여 백성을 안주시키지 않음이 없었습니다. 그러므로 요(堯)는 평양(平陽)에 도읍하고, 하(夏)나라는 안읍(安邑)에 도읍하였으며, 상(商)나라는 박(亳)에, 주(周)나라는 풍호(豐鎬)에, 한(漢)나라는 함양(咸陽)에, 당나라는 장안(長安)에 도읍하였는데, 혹은 처음 일어난 땅에 정하기도 하고, 혹은 지세(地勢)의 편리한 곳을 골랐

이후 태조 4년(서기 1395년) 6. 6. 한양부(漢陽府)는 한성부(漢城府)로 개편되었고, 태조 5년(서기 1396년) 4. 19. 한성부가 태조의 명을 받아 세운 방명표에 의하면 당시 한성지역은 총 5부(部) 52방(坊)으로 편성되었다.<sup>7)</sup>

마) 이와 같이 이루어진 천도 이후 정종 1년(서기 1399년) 3. 7. 일시 재난과 변란을 피하기 위하여 임금과 신하들이 개성으로 피방(避方)한 이래 태종 5년(서기 1405년) 10. 11. 한성으로 돌아올 때까지 수년간을 제외하고,<sup>8)</sup> 한성 즉 서울은 조선시대 줄곧 수도의 지위를 유지하여 왔다.

바) 이러한 한성의 수도로서의 지위는 성종때에 완성된 조선의 기본법전이었던 경국대전(經國大典)<sup>9)</sup>에 그대로 반영되었다. 한성부(漢城府)에 관한 규

---

으나, 모두 근본되는 곳을 소중히 여기고 사방(四方)을 진정(鎮靜)하려는 것이 아님이 없었습니다. 우리나라는 단군 이래로 혹은 합하고 혹은 나누어져서 각각 도읍을 정했으나, 전조 왕씨가 통일한 이후 송악에 도읍을 정하고, 자손이 서로 계승해 온 지 거의 5백 년에 천운이 끝이 나서 자연히 망하게 되었습니다. 삼가 생각하옵건대, 전하께서는 큰 덕과 신성한 공으로 천명을 받아 의젓하게 한 나라를 두시고, 또 제도를 고쳐서 만대의 국통(國統)을 세웠으니, 마땅히 도읍을 정하여 만세의 기초를 잡아야 할 것입니다. 그옥이 한양을 보건대, 안팎 산수의 형세가 훌륭한 것은 옛날부터 이름난 것이요, 사방으로 통하는 도로의 거리가 고르며 배와 수레도 통할 수 있으니, 여기에 영구히 도읍을 정하는 것이 하늘과 백성의 뜻에 맞을까 합니다.”

왕이 분부하였다.

“상신한 대로 하라.” (전계 국역 조선왕조실록 중 태조실록 태조 3년 8. 24. 신묘)

- 7) 전계 국역 조선왕조실록 중 태조실록 태조 5년 4. 19. 병오.
- 8) 정종 때 송도로 일시 옮겨간 당시 동기가 변란을 자주 보이는 한양에서 임금이 일시 거주지를 옮기는 것이었고 종묘 등과 관청의 절반이 그대로 한양에 남아 있었다(서울 육백년사, 서울특별시, 1997, 제1권, 180쪽). 그럼에도 불구하고 태종 때에 한양으로 환도하기 위한 논의가 전개될 당시 종묘와 사직을 송도로 옮겨 송도를 완전한 도읍으로 하자는 주장, 제3의 지역인 무악으로 새로이 도읍을 정하자는 주장이 존재하였다. 이는 오랫동안 근거지로 삼았던 개경을 벗어나려 하지 않았던 관료들과 태조의 뜻대로 한양으로 옮겨가려는 태종의 의지가 서로 충돌한 것으로 볼 수 있다. 결국 종묘에서 위 세 곳을 대상으로 점을 쳐 길(吉)함이 많이 나온 한양으로 돌아갈 것이 정해졌다(전계 국역 조선왕조실록 중 태종실록 태종 4년 10. 6. 갑술).
- 9) 조선 건국초의 여러 법령을 종합하여 만든 통치의 기본이 되는 통일법전. 세조는 즉위 후 당시까지의 모든 법을 전체적으로 소화시켜 만세성법(萬世成法)을 이룩하기 위하여 통일법전 편찬에 착수하였고 여러차례 개수를 거쳐 성종 때인 1485년 완성되었다. 영세불변의 조종성헌(祖宗成憲)으로서 통치의 기본법전이 되었고 이후 개정되는

정은 이전(史典) 경관직(京官職) 한성부조(漢城府條)에 들어있는데 경관직은 지방관인 외관직(外官職)과 구별되어 있었고, 그 관할로 경도(京都), 즉 서울의 호적대장, 시장 등의 사무를 관장한다고 명시하여 한성의 수도로서의 지위를 분명히 하였다.<sup>10)</sup> 이러한 경국대전(經國大典)의 내용은 개정됨이 없이 조선왕조가 유지되는 동안 계속되었다.

### 2) 일제강점시대의 서울의 수도성 유지

1910. 8. 한일합방에 의하여 일제가 우리나라를 강점하는 상황이 시작되었으나 이후에도 경성부(京城府), 즉 서울은 우리나라의 행정중심지로서의 역할을 계속하였으며, 국권을 상실한 상황에서 1919. 3. 1. 민족대표들에 의하여 우리나라의 독립이 선언된 곳이기도 하였다. 한편 위 독립선언에 이은 3·1운동 이후 같은 해 4. 13. 중국 상해(上海)에서 수립된 대한민국임시정부가 같은 해 9. 11. 제정한 대한민국임시헌법은 제4장에서 임시의정원에 관한 규정을 두면서 임시의정원 의원은 경기·충청·경상·전라·함경·평안 각 도 및 중국령 교민, 러시아령 교민에서 각 6인, 강원·황해 각 도 및 미주(美洲) 교민에게 각 3인을 정한다고(제20조) 하고 있을 뿐 서울에 관하여 특별한 언급을 하지 않고 있고, 그 이후에 개정된 임시정부헌법에서도 이와 같다. 그러나 이 시기에 상해에 수립된 대한민국임시정부 외에도 여러 지역에서 임시정부가 설립되었는데 이 가운데 상해·러시아령·한성(서울)의 3개 지역에서 성립된 임시정부들이 상해에 집결하여 헌법·의회·서고문(誓告文)·정강·강령 등을 갖추어 같은 해 9. 15. 통합임시정부를 구성하였고, 동 임시정부는 비밀 행정 체계인 연통제(聯通制)를 운영하면서 서울에 총판(總辦)을 둔 점 등에 비추어, 비록 일제의 국토강점으로 인하여 국가조직이 와해된 상태에 있었으나 서울은 우리나라의 수도로서의 대외적인 상징성을 유지하였고 임시정부에서도 서울의 수도성을 당연한 전제로 하여 항일활동조직을 편성하였으며 국민들의 의식도 변화가 없었으므로 서울의 수도성은 이 시기에도 사실상 유지된 것이라고 봄이 상당하다.

### 3) 해방과 건국 이후 현재까지의 서울의 수도성 유지

해방 이후 건국에 이르는 이 시기에 우리나라의 헌법이 제정되었으나 헌법

---

경우에도 조문을 삭제하지 않는 신성성을 지니고 있었다(한국민족문화대백과사전, 한국정신문화연구원, 1991, 1권, 839-840쪽).

10) “掌 京都 口帳 市廛 家舍 田土 四山 道路 橋梁 溝梁 逋欠 負債 鬪毆 晝巡 檢屍 車輛 故失牛馬 烙契 等 事”(經國大典 吏典 京官職 漢城府條).

전에는 명문의 수도조항이 들어가지 아니하였다. 그러나 서울이 수도임을 전제로 하여 규정된 다수의 개별법률들이 역사적으로 존재하여 왔다.

가) 최초로 해방후 미군정 시대인 1946. 9. 18. 미군정법령 제106호 ‘서울 특별시의 설치령’ 제2조에서 서울시는 ‘조선의 수도’로서 특별시로 하며 도와 동등한 직능 및 권한이 있음을 밝힌 바 있다. 우리 국민의 대표들에 의하여 서울시의 지위가 처음으로 논의된 것은 미군정청내의 남조선과도입법의원(1946. 8. 24. 미군정법령 제108호 ‘남조선과도입법의원의 창설’에 의하여 설치)에서였다. 1947. 2. 27. 위 의원에 제출된 ‘남조선과도행정조직법초안’에서는 제52조 제2문에서 ‘서울시는 특별시로 하여 중앙정부에 직속케 함’이라고 명시하여 서울만을 특별히 취급하고 있다. 같은 해 7. 30. 논의된 지방자치조직법안은 위 군정법령 제106호의 주요내용을 유지하여 ‘서울시는 조선의 수도로서 특별시로 하고 도와 동등한 직능 및 권한이 있음(제29조 제2문)’을 명시하였다.<sup>11)</sup>

나) 한편 서울시가 특별시의 지위를 가지게 된 것은 지방자치법(1949. 7. 4. 법률 제32호)이 제정되면서부터이다. 위 법률은 제2조에서 정부의 직할하에 있는 지방자치단체로서 도와 ‘서울특별시’를 설치하였다. 이에 대하여 내무치안위원장 나용균 의원은 ‘일정시대에는 전부 부군(府郡)이었습니다. 과도정부시에 서울만은 서울특별시라 하고 기타는 부라고 했는데 …… 인구관계라든지 수도의 관계라든지 일본에서도 시행하는 것 같은 동경을 도(都)라고 한 예도 있습니다. 그런 것을 고려해 가지고 서울은 특별시라고 명칭을 붙였다’고 설명하여 서울을 특별시로 한 것은 수도의 지위를 고려한 것임을 확인하고 있다.<sup>12)</sup>

다) 현행법을 보아도 1988. 4. 6. 법률 제4004호로 지방자치법이 개정되면서 ‘서울특별시의 지위·조직 및 운영에 있어서는 수도로서의 특수성을 고려하여 법률이 정하는 바에 의하여 특례를 둘 수 있다’(제161조)는 규정이 만들어졌고 이에 따라 1991. 5. 31. 법률 제4371호로 서울특별시행정특례에 관한 법률이 제정되었다. 이 법에 의하면 서울특별시는 정부의 직할하에 있으며 수도로

---

11) 그러나 당시 의원들은 지방자치법 역시 헌법에 근거가 있어야 한다고 보고 헌법에 해당하는 ‘남조선과도약헌’의 지방제도부분이 확정될 때까지 위 법안의 처리를 보류하였다. 남조선과도입법의원 속기록 제123호 13쪽.

12) 제헌의회 속기록(제3권) 제2회 26호, 468쪽.

서의 특수한 지위를 가진다(제2조). 내무부장관이 서울특별시의 지방채발행의 승인여부를 결정하거나 자치사무에 관한 감사를 하고자 하는 경우 국무총리의 조정을 거쳐야 하고(제4조 제1항·제2항) 소속공무원임용 및 서훈에 관하여 서울특별시장은 특별한 권한을 가진다(같은 조 제5항·제7항). 또한 수도권 지역에서 서울특별시와 관련된 도로·교통·환경 등에 관한 계획수립과 집행에 있어서 관계 중앙행정기관의 장과 서울특별시장이 의견을 달리하는 경우에는 국무총리의 조정을 받도록 하고 있다(제5조).

라) 이상에서 살핀 입법의 상황을 보면 해방 이후 서울이 수도인 것을 언급하는 법률조항들이 계속 존재하여 왔으나, 이들은 서울이 전통적으로 우리나라의 수도인 점을 이미 존재하는 규범적 전제로서 받아들이면서 이를 기준으로 수도 서울의 특별한 지위를 법률적으로 설정하기 위한 조항들일 뿐, 법률의 차원에서 서울이 수도인 점을 확정하고자 한 것은 아니라고 할 것이다. 이러한 입법의 사정은 서울이 수도인 점에 대한 우리 국민의 전통적인 법적 확신을 확인해 주는 것이다.

(다) 이상에서 살펴본 바와 같이 수도가 서울로 정하여진 것은 비록 헌법상 명문의 조항에 의하여 밝혀져 있지는 아니하나, 조선왕조 창건 이후부터 경국대전에 수록되어 장구한 기간동안 국가의 기본법규범으로 법적 효력을 가져왔던 것이고, 헌법제정 이전부터 오랜 역사와 관습에 의하여 국민들에게 법적 확신이 형성되어 있는 사항으로서 제헌헌법 이래 우리 헌법의 체계에서 자명하고 전제된 가장 기본적인 규범의 일부를 이루어 왔기 때문에 불문의 헌법규범화된 것이라고 보아야 한다.

이를 보다 구체적으로 앞서 본 관습헌법의 요건의 기준에 비추어 보면, 서울이 우리나라의 수도인 것은 서울이라는 명칭의 의미에서도 알 수 있듯이 조선시대 이래 600여 년 간 우리나라의 국가생활에 관한 당연한 규범적 사실이 되어 왔으므로 우리나라의 국가생활에 있어서 전통적으로 형성되어있는 계속적 관행이라고 평가할 수 있고(계속성), 이러한 관행은 변함없이 오랜 기간 실효적으로 지속되어 중간에 깨어진 일이 없으며(항상성), 서울이 수도라는 사실은 우리나라의 국민이라면 개인적 견해 차이를 보일 수 없는 명확한 내용을 가진 것이며(명료성), 나아가 이러한 관행은 오랜 세월간 굳어져 와서 국민들의 승인과 폭넓은 컨센서스를 이미 얻어(국민적 합의) 국민이 실효성과 강제력을 가진다고 믿고 있는 국가생활의 기본사항이라고 할 것이다. 따라서 서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하

여은 헌법적 관습이며 우리 헌법조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서, 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다고 할 것이다.

바꾸어 말하면 위와 같은 제 요건을 갖추고 있는 서울이 수도인 사실은 단순한 사실명제가 아니고 헌법적 효력을 가지는 불문의 헌법규범으로 승화된 것이며, 사실명제로부터 당위명제를 도출해 낸 것이 아니라 그 규범력에 대한 다툼이 없이 이어져 오면서 그 규범성이 사실명제의 뒤에 잠재되어 왔을 뿐이다.

#### (4) ‘수도 서울’의 관습헌법 폐지를 위한 헌법적 절차

(가) 어느 법규범이 관습헌법으로 인정된다면 그 필연적인 결과로서 개정 가능성을 가지게 된다. 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지기 때문에 그 법규범은 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정 방법에 의하여만 개정될 수 있는 것이다. 따라서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 의한 국회의 의결을 얻은 다음(헌법 제130조 제1항) 국민투표에 붙여 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다(헌법 제130조 제3항). 다만 이 경우 관습헌법규범은 헌법전에 그에 상반하는 법규범을 첨가함에 의하여 폐지하게 되는 점에서, 헌법전으로부터 관계되는 헌법조항을 삭제함으로써 폐지되는 성문헌법규범과는 구분되는 것이다.

한편 이러한 형식적인 헌법개정 외에도, 관습헌법은 그것을 지탱하고 있는 국민적 합의성을 상실함에 의하여 법적 효력을 상실할 수도 있다. 관습헌법은 주권자인 국민에 의하여 유효한 헌법규범으로 인정되는 동안에만 존속하는 것이며, 관습법의 존속요건의 하나인 국민적 합의성이 소멸되면 관습헌법으로서의 법적 효력도 상실하게 된다. 관습헌법의 요건들은 그 성립의 요건일 뿐만 아니라 효력 유지의 요건인 것이다.

(나) 우리나라와 같은 성문의 경성헌법 체제에서 인정되는 관습헌법사항은 하위규범형식인 법률에 의하여 개정될 수 없다. 영국과 같이 불문의 연성헌법 체제에서는 법률에 대하여 우위를 가지는 헌법전이라는 규범형식이 존재하지 아니하므로 헌법사항의 개정은 일반적으로 법률개정의 방법에 의할 수밖에 없을 것이다. 그러나 우리 헌법의 경우 헌법 제10장 제128조 내지 제130조는 일반법률의 개정절차와는 다른 엄격한 헌법개정절차를 정하고 있으며, 동 헌법개정절차의 대상을 단지 ‘헌법’이라고만 하고 있다. 따라서 관습헌법도 헌법에 해당하는 이상 여기서 말하는 헌법개정의 대상인 헌법에 포함된다고 보아

야 한다. 이와 같이 헌법의 개정절차와 법률의 개정절차를 준별하고 헌법의 개정절차를 엄격히 한 우리 헌법의 체제 내에서 만약 관습헌법을 법률에 의하여 개정할 수 있다고 한다면 이는 관습헌법을 더 이상 ‘헌법’으로 인정한 것이 아니고 단지 관습‘법률’로 인정하는 것이며, 결국 관습헌법의 존재를 부정하는 것이 된다. 이러한 결과는 성문헌법체제하에서도 관습헌법을 인정하는 대전제와 논리적으로 모순된 것이므로 우리 헌법체제상 수용될 수 없다.

(다) 그렇다면 우리나라의 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법개정이 이루어져야만 한다. 이 경우 성문의 조항과 다른 것은 성문의 수도조항이 존재한다면 이를 삭제하는 내용의 개정이 필요하겠지만 관습헌법은 이에 반하는 내용의 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣는 것으로 그 폐지가 이루어지는 점에 있다. 예컨대 충청권의 특정지역이 우리나라의 수도라는 조항을 헌법에 개설하는 것에 의하여 서울이 수도라는 관습헌법은 폐지될 수 있는 것이다. 다만 헌법규범으로 정립된 관습이라고 하더라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다. 이와 같은 사멸을 인정하기 위하여서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있을 것이다. 그러나 이 사건의 경우에 이러한 사멸의 사정은 확인되지 않는다. 따라서 앞서 실시한 바와 같이 우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없다고 할 것이므로 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의하여야 한다.

라. 수도이전을 내용으로 한 이 사건 법률의 헌법적합성 여부

(1) 이상에서 본 바와 같이 대한민국의 수도가 서울인 것은 우리 헌법에 명문의 조항은 없으나 오랜 세월에 걸쳐 확립된 헌법관습으로서 소위 불문헌법에 해당하는 것이고, 이 사건 법률은 우리나라의 수도를 서울로부터 충청권의 어느 특정지역으로 이전하는 것을 확정함과 아울러 그 이전의 절차를 정하는 법률로서 ‘수도는 서울’이라는 위 불문의 헌법사항을 변경하는 내용을 가진 것이라고 할 것이다.

(2) 그런데 우리나라의 수도의 설정에 관하여 서울이 수도로서 부적합하여 졌다는 국민의 합의가 새로이 이루어졌다고 볼 어떠한 특별한 사정도 없으며, 현재로서는 서울이 수도인 점에 대한 국민의 법적 확신이 변화되었거나 소멸

되었다고 볼 근거도 없다. 또한 수도를 서울로부터 이전하는 것을 헌법에 명문으로 삽입하여 넣는 취지의 헌법개정이 현행 헌법이 정한 절차에 따라 시행된 바도 없다.

(3) 그렇다면 이 사건 법률은 우리나라의 수도는 서울이라는 불문의 관습헌법에 배치될 뿐만 아니라, 헌법개정에 의해서만 변경될 수 있는 중요한 헌법사항을 이러한 헌법적 절차를 이행하지 아니한 채 단순법률의 형태로 변경한 것으로서 헌법에 위반된다고 할 것이다.

마. 국민투표권의 침해 여부

(1) 특정의 법률이 반드시 헌법전에서 규율하여야 할 기본적인 헌법사항을 헌법을 대신하여 규율하는 경우에는 그 내용이 상위의 헌법규범에 배치되는지 여부와 관계없이 경성헌법의 체계에 위반하여 헌법위반에 해당하는 것이다. 일반적으로 법률의 위헌이 문제되는 것은 그 내용이 헌법조항이나 헌법원칙에 위배되는 경우일 것이나 이러한 정도를 넘어서서 당해 법률이 반드시 헌법에 의하여 규율되고 개정되어야 할 사항을 단순법률의 형태로 규정하고자 한 경우에는 이는 국민이 주권자로서 헌법의 제·개정에 관하여 가지는 권한을 직접적으로 침해하는 것이 된다.

(2) 그런데 앞서 본 바와 같이 수도의 설정과 이전의 의사결정은 국가의 정체성에 관한 기본적 헌법사항으로서 헌법이 정하는 바에 따라 국민이 스스로 결단하여야 할 사항이다. 또한 서울이 우리나라의 수도인 점은 불문의 관습헌법이므로 헌법개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설함으로써 실효되지 아니하는 한 헌법으로서의 효력을 가지는 것이다. 따라서 헌법개정의 절차를 거치지 아니한 채 수도를 충청권의 일부지역으로 이전하는 것을 내용으로 한 이 사건 법률을 제정하는 것은 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 일반 법률에 의하여 개정하는 것이 된다.

한편 헌법의 개정은 국회의원 재적 과반수 또는 대통령의 발의로 제안되어(헌법 제128조 제1항) 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 따른 국회의 의결을 거친 다음(헌법 제130조 제1항) 의결 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야만(헌법 제130조 제3항) 이루어 질 수 있다. 따라서 헌법의 개정은 반드시 국민투표를 거쳐야만 하므로 국민은 헌법개정에 관하여는 찬반투표를 통하여 그 의견을 표명할 권리를 가진다.

그런데 이 사건 법률은 헌법개정사항인 수도의 이전을 위와 같은 헌법개정

절차를 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것으로서 결국 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하고 있다.

바. 소 결

그렇다면, 청구인들이 제기한 다른 쟁점들에 대하여 더 나아가 판단할 필요도 없이, 수도의 이전을 확정함과 아울러 그 이전절차를 정하는 이 사건 법률은 우리나라의 수도가 서울이라는 불문의 관습헌법사항을 헌법개정절차를 이행하지 않은 채 법률의 방식으로 변경한 것이어서 그 법률 전체가 청구인들을 포함한 국민의 헌법개정국민투표권을 침해하였으므로 헌법에 위반된다.

5. 결 론

이상에서 살펴 본 바와 같이 이 사건 법률은 청구인들이 수도이전의 국가적 결정에 관련하여 갖는 국민투표권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다 할 것이므로, 재판관 김영일의 아래 6.과 같은 별개의견과 재판관 전효숙의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 김영일의 별개의견

나는 다수의견의 결론에는 동의하나, 이 사건 법률이 헌법 제72조가 청구인들에게 보장한 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 판단함이 타당하고, 다수의견의 논리에 따라 이 사건 법률이 헌법 제130조의 국민투표권을 침해하여 위헌이라고 이해하는 것은 타당하지 않은 면이 있다고 보므로 다수의견과 그 이유를 달리하는바, 이에 다음과 같이 그 의견을 밝힌다.

가. 이 사건 법률의 내용

이 사건 법률이 규정하는 ‘신행정수도’는 ‘대한민국의 수도’와 다르지 아니하다는 점, 그리하여 신행정수도로의 이전은 대한민국의 수도이전을 의미한다는 점, 또한 이 사건 법률이 이미 다른 국가의사결정방법으로 결정된 수도이전정책을 단지 집행만 하는 법률이거나 또는 이후 수도이전의 국가의사결정이 있을 것을 예정하고 단지 그 준비단계만을 규율하는 법률이 아니라, 이 사건 법률 자체가 수도이전의 의사결정을 포함하고 있다는 점에 관한 판단은 다수의견과 대체로 같다.

나. 수도이전에 관한 의사결정이 국민투표의 대상인지 여부

헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 하여 ‘외교·국

방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책'이 국민투표의 대상이 됨을 규정하고 있으므로, 수도이전에 관한 의사결정이 '외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책'에 해당하는지 여부에 관하여 본다.

(1) 국가안위에 관한 정책인지 여부

(가) 헌법 제72조가 말하는 '국가안위'는 국가의 존립과 관련되는 개념으로서 국가의 존재와 폐지를 의미하는데, 존재와 폐지 그 자체만이 아니라 존재와 폐지에 관련되는 것을 포함하여 국가존재 그 자체를 좌우하는 것은 물론 국가존재의 의미에 영향을 미치는 것도 포함된다.

헌법 제72조가 말하는 '국가안위'가 반드시 국가비상사태 또는 그에 상응하는 국가적 위기를 의미하지는 아니한다. 국가비상사태나 국가적 위기와 같은 시기적 위급성은 헌법 제76조 제1항이 규정한 '내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기', 헌법 제76조 제2항이 규정한 '교전상태'나 '긴급한 조치가 필요', 헌법 제77조 제1항이 규정한 '전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태'와 같은 법문에서 인정될 수 있는 요건이지, '국가안위'라는 개념 자체에 포함되어 있는 것은 아닌데, 헌법 제72조는 시기적 위급성을 의미하는 어떠한 요건도 부가하고 있지 않기 때문이다.

헌법 제72조가 규정하는 '외교·국방·통일'은 국가안위에 관한 정책의 예시이다. 따라서 외교·국방·통일에 관한 정책은 그 자체로 국가안위에 관한 정책이라고 할 수 있고, 나아가 외교·국방·통일에 관한 것이 아니라도 국가안위에 관한 정책이라면 국민투표의 대상이 될 수 있다.

(나) 수도이전의 문제는 국가안위에 관한 문제이다.

한 국가의 수도는 그 국가의 상징도시임과 동시에 국가생활의 구심이 된다. 따라서 수도의 위치는 국가의 존재의미에 결정적 영향을 미치는 것으로서 국가의 정체성을 확정하는 핵심요소의 하나이다.

나아가 가령 수도가 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 유일한 구심도시의 역할을 하지 않는 경우를 상정하더라도 수도의 위치는 위 모든 영역에 걸쳐 국민의 생활에 광범하고 중요한 영향을 미치는 것이므로 이러한 경우의 수도위치 역시 국가존재의 의미에 영향을 미치는 것이다.

따라서 어떠한 경우이든 수도의 위치를 결정하는 문제는 국가안위에 관한 문제이다. 그렇다면 이 사건 법률에 따라 국가의 정치·행정의 중추기능을 가지는 수도로서 신행정수도를 건설하고 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 것은 국가안위에 관한 문제라고 아니할 수 없고, 이는 가사 서울특별

시가 정치·행정 외의 나머지 모든 분야 즉, 경제·사회·문화 영역에서의 중심도시로서 종전에 가져왔던 기능을 그대로 영위한다고 하더라도 다르지 아니하다.

(다) 수도이전의 문제는 또 헌법 제72조가 구체적으로 거시한 통일에 관한 문제이기도 하다.

분단국가인 우리나라에서 수도의 위치는 통일이 이루어지지 아니한 현재뿐만 아니라 장래에 있을 통일과정 및 통일 후에도 중요한 의미를 갖는다.

남북한이 통일에 관한 협의를 할 경우 통일된 대한민국의 수도를 결정함에 있어 그 협의 당시 및 그 때까지 각 중심도시로서 역할을 하여 왔거나 하는 도시(현재의 상황에서 본다면 서울과 평양 등)가 통일된 대한민국의 수도 후보지들로서 고려될 것이므로 수도의 위치는 통일과정에서 매우 중요한 의미를 갖는다.

또 우리 헌법 제3조는 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 규정하고 있으므로 대한민국의 수도는 현실적인 지배력이 미치는 군사분계선 이남만이 아니라 군사분계선 이북지역까지를 포함하는 한반도 전체의 상징도시이고, 따라서 군사분계선 이북에 대한 현실적인 지배력을 회복하는 통일이 이루어진다면, 다른 결정이 없는 한, 대한민국의 수도는 통일된 대한민국의 수도라는 지위를 가진다. 그러므로 수도의 위치는 통일 후에도 매우 중요한 의미를 갖는다.

이처럼 수도의 위치는 통일의 전후 및 통일과정에서 매우 중요한 의미를 갖기 때문에 수도이전문제는 통일에 관한 문제라고 아니할 수 없다.

(라) 나아가 수도이전문제는 헌법 제72조가 구체적으로 거시한 국방에 관한 문제이기도 하다.

수도는 국가권력의 핵심이 소재하는 곳이므로 수도의 위치는 국가방위전략에 있어 가장 중요한 고려요소의 하나가 아닐 수 없다. 더욱이 정치가 경제·사회·문화의 전반에 걸쳐 심대한 영향을 미쳐온 우리나라에서는 수도의 위치가 국가방위전략에서 차지하는 비중이 매우 높다. 따라서 수도를 이전하는 것은 기존의 수도이던 서울특별시나 신행정수도뿐만 아니라 대한민국 전체의 방위전략에 근본적인 수정을 가져올 수밖에 없고 또 가져와야 한다.

그러므로 수도이전문제는 국방에 관한 문제라고 아니할 수 없다.

(마) 결국 수도이전에 관한 의사결정은 통일·국방에 관한 정책임과 동시에 기타 국가안위에 관한 정책이라고 판단된다.

(2) 중요정책인지 여부

국민투표는 부의된 사안에 관한 한 대의제를 배제하는 결과를 가져오므로 헌법 제72조가 규정한 ‘중요정책’에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 대의기관의 의사를 통하여 추정되는 국민의사와 별도로 현실적인 국민의사를 확인할 필요가 있을 만한 가치가 있는 정책인가를 판단기준으로 삼는 것이 타당하다.

이러한 기준에서 수도이전문제를 보면, 이는 국가의 장래와 민족 전체의 운명이 관련된 국가기본에 관한 역사적인 문제라는 점, 현재 이에 관한 국론이 분열되어 국민통합의 위기가 초래될 염려가 있다는 점, 국민 전체가 이해관계가 있다고 느껴서 전 국민의 관심과 주목을 받는 문제라는 점 등을 고려할 때, 수도이전문제는 대의기관의 의사를 통하여 추정되는 국민의사와 별도로 현실적인 국민의사를 확인할 필요가 있을 만큼 충분한 가치가 있는 것이라고 하겠다.

따라서 수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 규정한 ‘중요정책’이라고 판단된다.

(3) 소 결

수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조가 정한 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’에 해당하여 국민투표의 대상이 된다.

다. 대통령의 국민투표부의행위가 재량행위인지 여부

대통령의 국민투표부의행위의 성질에 관하여 보건대, 첫째, 국민투표부의행위의 근거규범인 헌법 제72조는 헌법 제130조와는 달리 대통령이 필요하다고 인정하는 때에 국민투표에 붙일 수 있다고 규정하여 법규범의 체제와 문언상 광범한 재량을 부여한 것으로 보인다. 둘째, 국민투표부의행위는 대통령이 국가안위에 관한 중요정책에 대하여 국민적 합의가 요청될 경우 행하여지는 것으로서 정치적 고려가 요청되는 영역의 행위라는 점, 셋째, 국민투표부의행위 자체의 성질을 보더라도 대통령은 어떠한 정책을 헌법 제72조의 국민투표에 부의함에 있어 단순히 헌법 제72조의 해석만으로 그 부의여부를 결정할 수 있는 것이 아니라, 제반사정을 종합적으로 고려하여 어떠한 것이 국익에 부합하고 국민의 기본권보장에 이바지하는지를 결정하여야 하는 것이어서 무엇이 법인가에 대한 판단을 넘어 무엇이 합목적적인가에 대한 판단을 하여야 한다는 점 등을 고려할 때, 대통령의 국민투표부의행위는 자유재량행위라고 판단된다.

라. 수도이전문제를 국민투표에 붙이지 아니하는 것이 재량권의 한계를 넘는 것인지 여부

(1) 국민투표부의재량의 한계

법치주의의 원리는 어떠한 공권력작용이라도 법으로부터 자유로울 수 없음을 요구하고, 다만, 공권력작용의 내용에 따라 법에 기속되는 정도에 차이가 있을 뿐임을 인정한다. 따라서 대통령의 국민투표부의행위가 자유재량행위라 하더라도 법으로부터 자유로울 수 없다.

그리하여 어떠한 공권력작용이 자유재량행위인 경우라도 그 행위에 부여된 재량권은 법이 허용한 재량권의 범위를 한계로 하여 행사되어야 하고(외적 한계), 또한 외적 한계 내에서 행해지는 재량권행사라도 법이 재량권을 부여한 목적에 적합하여야 하며 헌법원칙과 법의 일반원칙을 준수하여야 한다(내적 한계). 따라서 재량권의 외적 한계를 넘어 재량권의 일탈이 있거나 내적 한계를 넘어 재량권의 남용이 있는 재량권의 행사는 그 재량권을 부여한 근거되는 법규범에 위반된다.

이와 같은 법리는 행정법분야에서만 타당한 것이 아니라 공권력작용 일반에 대하여 적용될 수 있는 것으로서 대통령의 국민투표부의행위에 대하여도 그 재량권의 광협에 차이가 있음은 별론으로 하고 그 법리는 그대로 적용될 수 있다.

그러므로 대통령이 국민투표부의에 관한 결정을 함에 있어 재량권의 일탈·남용이 있는 경우 그 재량권행사는 재량권이 부여된 근거되는 법규범인 헌법 제72조에 위반된다.

(2) 재량권의 일탈·남용

재량권의 일탈·남용이 있는지를 판단함에 있어서는 당해 재량권행사가 (i) 재량권을 부여한 근거규범의 입법목적과 정신에 위반되는지, (ii) 헌법원칙이나 일반법원칙에 위반되는지, (iii) 동기에 부정함이 있는지 등을 그 구체적 판단기준으로 삼을 수 있다.

(가) 입법목적과 정신의 위반

(ㄱ) 입법목적과 정신에의 기속

공권력을 행사함에 있어 인정되는 재량은 법에 의하여 국가기관에 부여된 것이므로 재량을 부여한 근거되는 법규범의 입법목적과 입법정신에 적합하도록 행사되어야 한다. 따라서 대통령이 국민투표부의에 관한 재량권을 행사함에 있어서는 위 재량권의 근거법규인 헌법 제72조의 입법목적과 입법정신에

적합하도록 행사되어야 한다. 이와 같은 입법목적과 입법정신 즉, 헌법 제72조의 제도적 취지에 적합하지 아니한 재량권의 행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로서 헌법 제72조에 위반된다.

(ㄴ) 헌법 제72조의 제도적 취지

우리 헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 대통령과 국회의원이 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의제를 원칙으로 하면서 헌법 제72조 및 제130조 제2항에서 국민투표에 의하여 국민이 직접 국가의사를 결정하는 경우를 규정함으로써 직접민주제의 요소를 채택하고 있고, 이에 따라 헌법 제72조는 단순히 국민투표부위에 관한 대통령의 권한만을 규정한 조문이 아니라 국민의 국민투표권을 아울러 규정하는 우리 헌법상 통치구조의 제도적 근간을 규정한 조문이라고 이해된다(헌재 2004. 5. 14. 2000헌나1, 공보 93, 574, 592; 2003. 11. 27. 2003헌마694등, 판례집 15-2하, 350, 360; 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439 등 참조).

순수한 대의제에서는 대의기관이 추상적인 전체국민을 대표하는 대표위임관계에 있는데, 이는 구체적으로 선거민이 대의기관을 선거에 의하여 통제할 뿐 구체적인 사안에 관한 명령이나 지시를 할 수 없는 자유위임관계를 상정하고 있다. 이에 반하여 직접민주제에서는 국민이 대표기관을 통하여 주권을 행사하는 경우 구체적인 국민들이 대표기관에게 기속력 있는 구체적 명령을 행하고 그 명령이 이행되지 아니하는 경우 대표기관을 해임할 수 있는 명령적 위임관계를 상정하고 있다.

우리 헌법은 위에서 본 바와 같이 순수한 대의제와 직접민주제를 절충한 통치구조를 채택하여 원칙적으로는 대의제를 채택하면서도 국민투표에 관하여는 직접민주제를 채택하고 있다. 그러므로 우리 헌법이 상정하는 대표기관과 국민 사이의 관계는 일반적인 국가정책의 영역에서는 대의제에 근간을 둔 자유위임관계이지만, 국민투표의 영역 즉, 국민투표의 대상이 되는 정책에 관하여는 직접민주제에 근간을 둔 명령적 위임관계라고 하겠다.

따라서 국민투표의 대상이 되는 정책에 관하여 대의기관은 구체적인 국민들의 현실의사에 기속된다. 대의기관은 구체적 국민들의 현실적인 의사와 다른 결정을 할 수 없고 현실적인 의사와 다를 것이 예상되는데도 이를 무시할 수 없다.

(ㄷ) 국민의 현실의사와 재량과의 관계

국민투표의 대상이 되는 정책에 관한 위임은 명령적 위임이므로 주권자로

서 위임자인 국민은 구체적인 사안을 특정하여 그 위임을 철회할 수 있다. 어떠한 사안에 대한 국민투표가 있었다는 사실은 그 사안에 관하여 대의기관에 위임하였던 의사를 철회하고 국민이 직접 의사결정을 하였다는 것을 의미한다. 나아가 현실적으로 위임철회가 확정되지는 않았으나 국민들 다수의 의사가 위임을 철회하려는 의사 즉, 당해사안에 대하여 대의기관에 의한 결정을 하지 아니하고 직접 국민투표로 결정하려는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있는 경우 대의기관이 이러한 의사를 무시하고 스스로 결정을 한다면, 이는 국민투표제도를 둔 헌법 제72조의 입법목적과 입법정신에 정면으로 반하는 것으로서 재량권을 일탈·남용한 것이 된다. 이는 당해사안의 본안에 대한 대의기관의 결정과 국민의 현실의사가 부합하는지 여부에 관계없이 같다.

한편, 국민투표의 대상이 되는 정책에 관하여 대의기관은 국민의 현실의사와 다른 결정을 할 수 없으므로, 국민의 현실의사와 다른 결정을 하는 것은 그 자체로 위임의 권한범위를 넘어서는 것으로서 재량권의 외적 한계를 넘는 일탈이 된다. 나아가 국민의 현실의사가 실제로 확정되지는 않았으나 대의기관의 의사가 국민의 현실의사와 다르다고 볼 상당한 이유가 있는 경우 대의기관이 국민의 현실의사로 추정되는 것을 무시하고 반대되는 결정을 한다면, 헌법 제72조의 입법정신과 입법목적에 반하여 재량권을 일탈·남용한 것이 된다.

(ㄷ) 수도이전문제에 관한 우리 국민의 현실의사

이 사건 법률이 제정·공포된 2004. 1.경의 여론조사에 의하면, 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 것에 관하여 찬성과 반대의 의견이 균등하였고, 당시 여론의 추이는 찬성의견은 점차로 감소하고 반대의견은 점차로 증대하는 추세였던 사실, 당초 국민투표로 수도이전문제를 결정하겠다는 정치권의 약속이 있었을 때에는 찬성의견이 높았으나, 이 사건 법률의 법률안제출과 대통령의 발언 등으로 국민투표의 가능성이 점점 희박해짐에 따라 반대의견이 점증하게 된 사실을 인정할 수 있고, 2004. 6. 이후 여론조사에 의하면, 국민투표에 의하여 결정하여야 한다는 여론이 60% 내외인 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 우리 국민은 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 것을 포함한 수도이전문제에 관한 의사결정을 대통령이나 국회와 같은 대의기관에 위임하지 아니하고 직접 결정하겠다는 위임철회의 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있고, 실제사안에 대하여도 신행정수도로 이전하는 것에 반대하는 의사를 가지고 있다고 볼 상당한 이유가 있다고 판단된다.

(口) 소 결

위와 같은 상황임에도 불구하고 수도이전문제를 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 헌법 제72조의 입법목적과 입법정신에 반하는 것으로서 재량권을 일탈·남용하는 위헌적인 재량권행사이다.

(나) 헌법원칙이나 일반법원칙의 위반

많은 국민들이 원하고 있고 대통령 스스로도 국민투표에 붙이겠다고 한 바 있는 사안에 관하여 국민투표에 붙이지 아니하고 국회의 입법으로 의사결정을 함으로써 오히려 더 큰 국론의 분열을 초래하게 된 점에 비추어 보면, 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 합리성을 결하였음이 객관적으로 명백하여 자의금지원칙에 반한다.

또 대통령은 후보자로서 수도이전문제를 국민투표에 붙이겠다고 공약하였다가 대통령에 당선된 후 차선책으로서의 국민투표의 실시를 약속하였으나, 이 사건 법률이 제정·공포된 2004. 1. 16. 직후까지도 국민투표의 실시가능성을 완전히 배제하지는 않았던 사실, 그러나 2004. 4. 15. 제17대 국회의원선거가 끝난 이후 국민투표를 실시하지 않겠다고 공언한 사실이 인정된다. 위 인정사실에 앞에서 본 여론조사의 결과를 더하여 보면, 국민들은 수도이전문제에 관하여 이를 국민투표에 붙이리라는 신뢰와 대의기관이 국민들의 의사에 반하여 행동하지는 않으리라는 신뢰를 가지고 있음을 추인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 수도이전문제를 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 위와 같은 국민들의 신뢰를 배반하는 것이 되어 신뢰보호원칙에 반한다.

그렇다면 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 헌법원칙과 일반법원칙에 반하는 것으로서 재량권을 일탈·남용하는 위헌적인 재량권행사이다.

(3) 국민투표부의의무

위와 같이 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 재량권을 일탈·남용하는 것이 되므로, 대통령이 재량권을 일탈·남용하지 아니하고 적법하게 행사한다면, 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이는 선택 외에는 다른 선택을 할 수 없다. 따라서 대통령은 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙일 의무가 있다.

마. 청구인들에게 수도이전에 관한 의사결정에 대하여 국민투표권이 있는지 여부

(1) 국민투표권의 내용

헌법 제72조의 국민투표권은 참정권으로서 우리 헌법상 인정되는 기본권의 하나이다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439 참조).

기본권으로서의 국민투표권은 우선 헌법 제72조가 정한 바에 따라 자유민주적 국민투표제도의 보장을 요구할 수 있는 권리를 내용으로 한다. 따라서 예컨대, 법률로써 중요정책의 범위를 헌법 제72조가 예정하는 범위보다 축소한다든지 보통·평등·직접·비밀·자유투표를 배제하는 경우 등에는 국민투표권에 기하여 그 위헌성을 직접 현실적으로 주장할 수 있다.

헌법 제72조의 국민투표권은 또 구체적 사안에 대한 국민투표권도 포함한다. 다만, 구체적 사안에 대한 국민투표권은 대통령이 당해사안을 국민투표에 부의할 것을 조건으로 하는 정치조건부권리이기 때문에 대통령의 국민투표부위의행위가 있을 때 비로소 현실화됨이 원칙이다. 이렇게 현실화되는 국민투표권은 특정사안에 대하여 현실적으로 국민투표결을 할 권리 등을 내용으로 한다.

헌법 제72조의 국민투표권은 나아가 대통령이 어떤 정책을 국민투표에 부의하여야 할 법적인 의무가 있음에도 불구하고 이를 국민투표에 붙이지 아니하는 경우 당해정책을 국민투표에 붙이도록 요구할 권리를 포함한다. 대통령의 국민투표부위의무는 국민에 대한 의무이고, 따라서 권리자인 국민은 위 의무와 표리관계에 있는 국민투표부위의요구권을 갖기 때문이다. 이 경우 대통령은 위 정치조건을 성취할 의무를 이행하지 않고 있는 것이고, 국민투표부위의요구권은 위 의무의 이행을 요구하는 일종의 청구권에 해당하는 것이어서, 대통령이 부의의무를 이행하지 않음으로써 당해정책에 대하여 국민투표를 할 국민의 권리를 위법하게 침해하고 있는 상태를 적법한 상태로 돌리기 위한 수단적이며 절차적 권리라고 할 수 있다.

국민투표부위의요구권은 실체적 권리인 국민투표권의 존재를 전제로 하는 것이므로, 국민은 이러한 경우 대통령의 현실적인 부위의행위가 있기 전이라도 국민투표요구권의 실체적 측면으로 구체적 사안에 대한 국민투표권을 보유하고 할 수 있다. 즉, 이 국민투표권은 국민투표요구권을 그 한 내용으로 포함하는 권리라고 할 수 있다.

## (2) 수도이전에 관한 의사결정에 대한 국민투표권

위와 같이 대통령이 어떠한 정책을 국민투표에 붙일 의무가 있는 경우 국민은 대통령이 이를 국민투표에 붙이기 전이라도 그 정책에 대하여 국민투표부위의요구권과 이를 포괄하는 국민투표권이 있는데, 위 라.(3)항에서 본 바와 같이 대통령은 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙일 의무가 있으므로

로, 국민은 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이도록 대통령에게 요구할 권리가 있고, 대통령이 현실적으로 이를 부의하기 전이라도 위 의사결정에 대한 구체적 국민투표권을 가지고 있다.

따라서 국민의 한사람들인 청구인들은 위와 같은 내용의 국민투표권을 현실적으로 보유한다.

바. 이 사건 법률이 청구인들의 국민투표권을 침해하였는지 여부

(1) 이 사건 법률의 내용에 의한 침해

이 사건 법률의 제정·시행 이전에 수도이전에 관한 의사결정이 국민투표에 의하여 이루어진 바 없다. 그런데 위 가.항에서 본 바와 같이 이 사건 법률은 그 자체에 수도이전의 의사결정을 포함하고 있고, 한편, 이 사건 법률 부칙 제1조는 “이 법은 공포 후 3월이 경과한 날부터 시행한다.”라고 하여 별도의 국민투표를 실시함이 없이 3월의 기간이 경과하면 아무런 조건없이 이 사건 법률이 그 효력을 발생하도록 규정하고 있다.

그러므로 이 사건 법률은 수도이전에 관한 국가의사를 결정함에 있어 국민투표를 확정적으로 배제하고 법률의 방법으로 그 중국적 결정을 하는 내용을 가지고 있다. 위와 같은 국민투표의 배제는 법률의 시행 자체으로써 필연적으로 수도이전에 관한 의사결정에 대하여 청구인들이 가지는 앞에서 본 국민투표권을 침해하는 결과를 가져온다.

(2) 법률안제출의 흠 승계로 인한 침해

이 사건 법률의 법률안은 정부가 제출하였다. 정부가 제출한 법률안은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령 명의로 제출한다(헌법 제82조, 제89조). 한편, 이 사건 법률안은 앞에서 본 이 사건 법률의 내용과 같이 수도이전문제에 대한 국민들의 국민투표권을 배제하는 내용이다. 따라서 정부가 이러한 내용의 법률안을 제출하였다는 것은 대통령이 수도이전문제에 대한 국민투표를 실시하지 않겠다는 의사결정을 공식적으로 한 것이라고 평가할 수 있다.

그런데 위 라.항에서 본 바와 같이 대통령이 수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 재량권을 일탈·남용하는 것이므로 위와 같이 국민투표를 실시하지 않기로 한 결정을 토대로 이 사건 법률의 법률안을 제출한 대통령의 행위는 재량권을 일탈·남용하여 헌법 제72조에 위반한 흠 있는 행위이다.

대통령의 법률안제출행위는 국가기관간의 내부적 행위에 불과하고 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니므로 헌법재판소법 제68

조에서 말하는 공권력의 행사에 해당되지 않아 헌법소원의 대상이 되지 않는다(헌재 1994. 8. 31. 92헌마174, 판례집 6-2, 249, 265).

그러나 대통령의 법률안제출행위는 국회의 법률안의결행위와 더불어 법률 제정의 핵심적인 절차를 이루고, 위 두 행위는 법률제정이라는 하나의 목적을 위하여 선·후로 존재하는 관계에 있으므로 대통령의 법률안제출행위에 어떠한 흠이 있다면, 그 흠은 그 자체로 법률제정의 흠이라고 평가되거나 적어도 법률안제출행위의 흠이 국회의 법률안의결행위에 승계되어 결국 법률제정에 흠이 있게 된다고 할 수 있다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률의 법률안을 제출한 대통령의 행위에는 헌법 제72조를 위반한 흠이 있으므로, 이 흠이 위 법률안에 대한 의결행위에 승계됨으로써 이 사건 법률 자체에도 같은 흠이 있는 것으로 평가되어, 결국 이 사건 법률은 청구인들의 헌법상 기본권인 국민투표권을 침해한 것이 된다.

### (3) 소 결

청구인들은 이 사건 법률의 제정·시행으로 헌법상 보장된 기본권인 헌법 제72조의 국민투표권을 침해당하였다.

#### 사. 관습헌법과 헌법 제72조의 국민투표권

##### (1) 헌법 제72조 국민투표의 대상과 관습헌법

헌법 제72조 국민투표의 대상인 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’은 그것이 헌법사항인지 여부를 요건으로 하고 있지 않으므로, 당해 정책이 헌법사항인지 여부를 가리지 아니한다.

그러므로 가사 다수의견과 같이 “대한민국의 수도는 서울특별시이다.”라는 관습헌법규범의 존재를 인정한다고 하더라도 수도에 관한 의사결정은 헌법 제72조 국민투표의 대상이 되고, 따라서 앞에서 본 바와 같은 이유로 대통령은 이를 국민투표에 붙일 의무가 있으며 청구인들은 이에 대한 국민투표권이 있다.

##### (2) 헌법 제72조 국민투표권과 제130조 국민투표권의 관계

(가) 수도의 위치가 헌법규범이라면, 그 변경에 관한 의사결정 즉, 수도이전에 관한 의사결정은 헌법개정권력에 의하여 헌법 제10장의 헌법개정절차에 따라 이루어져야 하므로 헌법 제130조가 정한 국회의 의결과 국민투표를 거쳐야 하고, 국민은 이에 상응하는 국민투표권을 갖는다.

(나) 한편, 궁극적으로는 헌법개정을 요하는 사안이라도 헌법개정안을 제

안하기 전에 국민의 현실적 의사를 문의하는 내용의 국민투표를 헌법 제72조에 의하여 실시할 수 있다. 이 국민투표에 의하여 정책의 방향이 결정된 다음 이를 기초로 구체적인 헌법개정절차를 진행할 수도 있기 때문이다. 따라서 헌법 제130조의 국민투표는 헌법 제72조의 국민투표를 배제하는 것이 아니다.

다만, 헌법 제72조의 국민투표는 헌법 제130조를 참탈하지 않는 범위 내에서 인정되는데, 헌법 제130조에 의한 국민투표가 실시된 후에는 더 이상 헌법 제72조에 의한 국민투표를 실시함이 무의미하므로 헌법 제72조의 국민투표권은 헌법 제130조의 국민투표가 실시됨을 해제조건으로 하여 성립한다고 할 수 있다.

위와 같은 양 국민투표권 사이의 관계는 국민투표에 붙여질 정책사안이 헌법개정을 요하는 사안이라면 그것이 성문헌법사항이든 불문헌법사항이든 같다.

(다) 이에 더하여 특히 관습헌법규범의 경우에는 또 다른 관계가 있다.

관습헌법규범의 성립요건 중 하나인 헌법적 관행에 대한 국민의 법적 확신(다수의견이 말하는 ‘국민적 합의’에 해당한다)은 동시에 관습헌법규범의 존속요건이기도 하다. 따라서 관습헌법규범으로 성립되어 있던 것이라도 이에 대한 국민의 법적 확신이 상실되는 순간 당해 규범은 더 이상 헌법규범으로서의 효력을 가지지 못하게 된다.

이러한 국민의 법적 확신이 존재하는지 여부에 대한 판단은 헌법의 존부를 해석하는 헌법재판소의 권한과 임무이므로, 헌법재판소의 재판은 이를 확인하는 방법의 하나가 될 수 있다.

또 위와 같은 국민의 법적 확신의 존재여부를 결정하는 것은 헌법 제72조가 정한 국가안위에 관한 중요정책에 해당하므로(위와 같은 결정 자체가 국가안위에 관한 중요정책에 해당한다고 할 수 있지만, 가사 견해를 달리한다 하더라도 수도의 위치에 관한 국민의 법적 확신의 존재여부를 결정하는 것이 이에 해당함에는 별다른 이론이 없을 것이다) 헌법 제72조의 국민투표의 대상이 되고, 국민투표로 기존의 관습헌법과 배치되는 결정이 내려진다면, 국민의 법적 확신이 상실되었음이 확인되는 것이므로, 헌법 제72조의 국민투표는 이를 확정하는 또 하나의 방법이 될 수 있다.

그렇다면 기존의 관습헌법규범과 다른 의사결정을 합헌적으로 하기 위하여서는 (i) 헌법 제130조 등의 헌법개정절차에 의하는 방법, (ii) 국민의 법적 확

신이 상실되었는가를 확인하는 헌법 제72조 국민투표를 선행절차로 거치는 방법, (iii) 국민의 법적 확신이 상실되었는가를 헌법재판소의 판단에 의하여 확인하는 절차를 선행절차로 거치는 방법 등 중 어느 하나에 의하여야 한다. 국민은 위 (i)과 관련하여 헌법 제130조 국민투표권을, 위 (ii)와 관련하여 헌법 제72조 국민투표권을 기본권으로서 보유하고, 위 각 국민투표권은 서로 선택적인 관계에 있다.

(3) 이 사건 법률에 의한 국민투표권의 침해

이상을 종합할 때, “대한민국의 수도는 서울특별시이다.”라는 관습헌법규범이 존재하여 왔다는 것을 전제로 할 경우 국민의 한 사람등인 청구인들은 수도이전에 관한 의사결정에 대하여 헌법 제130조의 국민투표권, 헌법 제130조의 국민투표가 실시됨을 해제조건으로 하는 헌법 제72조의 국민투표권, 헌법 제130조의 국민투표권과 선택적 권리인 헌법 제72조의 국민투표권을 가지고 있다고 할 수 있다.

그런데 이 사건 법률은 위 각 국민투표권을 모두 배제하는 것이므로, 위 관습헌법규범의 존재를 전제로 한다면, 이 사건 법률은 위 각 국민투표권 모두를 침해한 법률이 된다.

(4) 다수의견에 대한 의문점

(가) 다수의견은 관습헌법의 사멸을 확인하는 방법으로 헌법 제72조에 의한 국민투표의 가능성을 인정하면서도 대한민국의 수도가 서울특별시라는 국민의 법적 확신이 변화되었거나 소멸되었다는 사정이 확인되지 않기 때문에 이를 폐지하기 위하여서는 반드시 헌법개정절차에 의하여야 하고, 따라서 헌법 제130조의 국민투표권이 침해되었다는 논리를 취하고 있다.

이러한 논리는 국민의 법적 확신이 변화·소멸되었다는 사정이 확인되지 않은 경우에는 헌법 제72조의 국민투표를 실시할 수 없고 반드시 헌법 제130조의 국민투표를 실시하여야 한다는 취지로서, 이에 따르면 헌법 제72조에 의하여 국민의 법적 확신의 존부를 확인할 수 있는 경우란 오로지 국민의 법적 확신이 변화·소멸되었음이 다른 방법에 의하여 미리 확인된 경우에 한한다는 결론이 된다. 그러나 다른 방법에 의하여 국민의 법적 확신이 변화·소멸되었음이 확인된 경우에는 헌법 제72조에 의한 국민투표를 실시할 필요가 없는 것이고, 오히려 그러한 사실이 확인되지 않는 경우 그 변화·소멸여부를 확정하기 위하여 헌법 제72조의 국민투표를 실시할 필요가 있게 된다.

나아가 국민의 법적 확신의 존부가 불분명한 경우를 넘어 그러한 법적 확

신이 아직도 존재한다고 추정되는 경우라도 국민의 법적 확신에 반하는 국가정책의 시행에 대하여 법적 확신의 상존을 공식화할 방법으로서 헌법 제72조의 국민투표가 사용될 수 있다. 즉, 국민투표는 그 결과가 법적 확신의 소멸로 결론이 날 경우뿐만 아니라 법적 확신의 상존으로 결론이 날 경우에도 시행될 수 있는 것으로서 국민투표의 결과에 대한 예상에 따라 국민투표권이 있기도 하고 없기도 하는 것이 아니다. 더구나 위와 같은 법적 확신에 대한 예상이 실제와 다를 수도 있다. 또한 법적 확신도 변할 수 있는 것이어서 어느 시점에서 확고한 법적 확신이라도 추후 소멸될 가능성이 있는 만큼 이에 대한 국민투표의 가능성은 의연히 남아 있는 것이다. 따라서 국민의 법적 확신의 존부가 헌법 제130조의 국민투표 등 합헌적인 공식방법에 의하여 확정되지 않는 한, 국민은 여전히 헌법 제72조에 의한 국민투표권을 선택적으로 보유한다.

그러므로 국민의 법적 확신이 변화·소멸되었음이 확인되지 않는다는 이유로 반드시 헌법개정절차에 의하여야 한다는 다수의견의 논리에는 의문이 있다.

(나) 다수의견에 의할 때, 수도이전에 관한 의사결정은 반드시 헌법개정절차에 의하여서만 이루어져야 하기 때문에 이후 대한민국의 수도의 위치가 변경될 때에는 반드시 헌법전에 명시하여야만 하는 결과가 될 수 있다.

가사 수도의 위치가 헌법규범에 해당한다고 하더라도 그 구체적인 존재양식은 성문규범일 수도 있고 불문규범일 수도 있는데, 그 동안 우리 국민은 그 중 불문규범에 의한 규율의 방법을 택하여 왔다고 할 수 있다. 어떠한 헌법규범을 성문규범의 형태로 정하는가, 불문규범의 형태로 정하는가 하는 것은 오로지 헌법제정·개정권력만이 정할 수 있는 것이다. 다수의견에 따른 헌법재판소의 이 사건 결정으로 수도위치에 관한 규범의 형태가 관습헌법규범에서 성문헌법규범으로 변경되는 결과가 된다면, 이는 헌법개정권력의 권한을 헌법재판소가 실질적으로 행사하는 것과 다르지 아니하다.

오히려 위 라.(2)항에서 본 바에 의할 때, 우리 국민의 현실의사가 바라는 국민투표는 국회의 의결을 전제로 하는 헌법개정절차로서의 그것 즉, 헌법 제130조의 국민투표라기보다는 헌법 제72조의 국민투표임이 추인된다. 따라서 다수의견에 따라 위와 같은 결과가 된다면 이는 헌법개정권력의 의사에 반하는 것이기도 하다.

한편, 법적 확신이 상존하는 때에는 헌법개정절차에만 의하여야 하지만 그

것이 소멸된 이후 수도위치의 변경은 새로운 관습헌법에 의하여 규율할 수 있으므로 반드시 수도위치에 관한 헌법규범의 형태를 성문규범으로 한정할 것이 아니라고 다수의견의 취지를 이해할 수 있다. 그러나 이는 추후 법적 확신 소멸의 가능성 및 그 소멸을 확인할 국민투표의 가능성을 전제로 한 것인데, 헌법개정절차도 배제한 이 사건 법률이 법적 확신 소멸을 확인하기 위한 국민투표의 가능성도 봉쇄하였다면 이는 헌법 제130조의 국민투표권뿐만 아니라 헌법 제72조의 국민투표권도 아울러 침해한 것이라 볼 수 있다. 국민은 헌법개정절차에서 수도위치의 변경을 부결할 수 있는 것과 똑같이 헌법 제72조의 국민투표에서 법적 확신 소멸의 확인을 부결할 수도 있기 때문이다.

나아가 이 사건 결정에서의 다수의견의 판단으로 국민의 법적 확신이 상존한다는 것이 확정된 것이라고 이해한다고 하더라도 헌법개정절차의 선행절차로서 행할 수 있는 헌법 제72조의 국민투표의 가능성이 있는 이상 이러한 가능성이 배제한 이 사건 법률이 헌법 제72조의 국민투표권을 침해한 것은 분명하다.

(다) 헌법규범은 아니나 국가안위에 관한 중요정책이 되는 사항에 관하여 국민투표권이 침해되는 상황이 발생할 경우 다수의견은 어떠한 방법으로 국민의 기본권을 보장할 것인지 분명하지 아니하다. 이 사건 법률이 헌법 제72조의 국민투표권을 침해하고 있는 것이 분명한 상황에서 다른 논리로 위 침해상황에 대한 판단을 하지 않는 것은 이후의 유사문제에 대한 파급효과를 고려할 때 적절하지 않은 면이 있다.

(라) 보다 근본적으로 과연 수도의 위치가 언제나 헌법으로만 규율하여야 하는 헌법사항인지에 관하여 이견이 있을 수 있고, 그것이 관습헌법이라고 단정하기 어려운 면이 있다. 이러한 문제에 관하여 헌법개정의 형식을 빌리지 않고 현행헌법의 틀 내에서도 얼마든지 위헌적 상황을 교정할 방법이 있는데도 다수의견은 굳이 헌법개정의 방법을 논리적 전제로 하는 무리한 길을 택하고 있는 것이 아닌가 한다.

##### (5) 소 결

가사 다수의견과 같이 대한민국의 수도가 서울특별시는 관습헌법규범이 존재한다고 하더라도 이 사건 법률이 청구인들의 헌법 제72조 국민투표권을 침해한 것으로 판단하는 것이 타당하고, 다수의견과 같은 논리로 헌법 제130조 국민투표권을 침해한 것으로 판단하는 것에는 타당하지 않은 면이 있다.

아. 기본권침해의 정당사유가 있는지 여부

(1) 헌법 제37조 제2항이 국민투표제도에서 갖는 기능

청구인들이 기본권으로서 헌법 제72조의 국민투표권을 갖는다고 하더라도 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 이를 법률로써 제한할 수 있다. 그러므로 예컨대, 국민의 현실적인 의사가 어떠한 정책을 국민투표로써 결정하려는 것이라고 인정할 상당한 이유가 있어서 일용 그 정책을 국민투표에 붙이지 아니하는 것이 재량의 일탈·남용이 되어 대통령은 이를 국민투표에 붙일 의무가 있고 국민은 이에 대한 국민투표권이 있는 것으로 여겨지는 경우라도, 그 정책을 국민투표에 붙이지 아니함으로써 국민의 국민투표권을 제한하는 것이 헌법 제37조 제2항에 의하여 정당화되는 경우 즉, 기본권제한의 목적, 형식, 방법 등 그 요건에 합당한 제한에 해당할 경우에는 당해 국민투표권의 제한은 헌법에 위반되지 아니한다.

그러므로 일부 개인들이 사사건건 국민투표권의 침해를 주장하며 국가정책의 위험성을 다룰 우려는 순전히 기우에 지나지 아니한다. 국민투표권의 제한이 국회가 제정한 법률에 의하여 헌법 제37조 제2항의 요건에 맞게 합리적으로 이루어지는 한, 헌법위반의 문제는 발생하지 아니하기 때문이다.

(2) 이 사건 법률의 정당성여부

이 사건 법률은 제1조에서 “이 법은 국가 중추기능의 수도권집중에 따른 부작용을 시정하고 세계화와 지방화가 동시에 진행되는 시대적 조류에 부응하기 위하여 신행정수도를 건설하는 방법 및 절차에 관하여 규정함으로써 국가의 균형발전과 국가경쟁력의 강화에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 그 목적을 규정하고 있다. 그러나 이러한 목적 가운데에는 국민투표를 거치지 아니하고 국회의 의결로써만 수도이전에 관한 의사결정을 할 입법목적이 포함되어 있지 아니하고, 달리 국민투표권을 배제할 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 필요를 발견할 수 없다.

따라서 이 사건 법률이 청구인들의 국민투표권을 제한한 것에는 정당한 사유가 있다고 할 수 없다.

자. 결 론

이 사건 법률은 국민투표권을 배제하고 수도이전의 의사결정을 한다는 자체를 선언하는 명시적인 규정을 두고 있지 아니하다. 다만, 이 사건 법률 제2조 제1호, 제2호, 제6조, 제8조, 제12조, 부칙 제1조가 비교적 위와 같은 내용에 근접한 규정에 해당한다.

그러나 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률이 국민투표권을 배제하고 수도 이전의 의사결정을 한 것으로 해석되는 것은 위 조항들 뿐만 아니라 이 사건 법률 전체에서 합리적으로 도출되는 것이다. 그러므로 위에서 특정된 조항들 뿐만 아니라 이 사건 법률 전체가 청구인들의 국민투표권을 침해한다고 할 것이다.

또 가사 위 특정조항들만의 위헌성이 확인된다고 하더라도 이를 제외한 나머지규정들은 수도이전의 의사결정을 전제로 존재의미를 갖는 것이어서 이들만을 유효하게 시행할 수도 없기 때문에 이 사건 법률 전부를 시행할 수 없게 되어 그 전체에 대하여 위헌결정을 함이 타당하다.

그렇다면 이 사건 법률은 헌법 제72조가 보장한 기본권인 청구인들의 국민투표권을 침해하는 것으로서 그 전체가 헌법에 위반된다 할 것이므로 나머지점에 관한 판단을 생략하고 주문과 같이 결정한다.

#### 7. 재판관 전효숙의 반대의견

가. 나는 이 사건 법률이 수도이전에 관한 의사결정을 포함하는 것이라는 점에 관하여는 다수의견에 동의하나, 수도의 이전이 헌법개정절차를 통해서만 이루어져야 하므로 이 사건 법률이 청구인들의 국민투표권을 침해하였다는 취지의 다수의견의 논지는 우리 헌법의 해석상 받아들일 수 없어 다음과 같이 나의 견해를 밝힌다.

(1) 우선 오늘날의 입헌주의 및 복지국가 헌법이론에서 과연 한 나라의 수도의 위치가 어느 정도의 헌법적 중요성을 지니고 있는 것인지를 생각해볼 필요가 있다.

역사적으로 수도의 소재지는 국가 정체성에 관한 중요한 사항이었으나, 오늘날의 입헌주의 헌법에서는 이것이 헌법의 본질적인 사항이라거나 국민주권의 원리 국민이 직접 결정하여야 할 사항에 해당된다고 보기 어렵다. 헌법은 국가권력의 통제와 합리화를 통하여 국민의 자유와 권리를 실현하려는 것이 근본 목적이다. 즉 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 범치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230). 수도의 소재지는 그러한 헌법의 목적 실현을 위한 “도구”에 불과하며 그러한 목적 실현에 직접 영향을 주는 사항이라 보기 어렵다. 오늘날 국민들 간에 여전히 ‘정서적(情緒的)인 통일의 원천’이 필요하지만, 우리나라가 자유민주주의와 입헌주의를 주된 가치로 하고 있는 이상 수도의 위치 자체가 반드시 헌법제정권자나 헌법개정권자가 직접 결정하여야 하

는 사항이라고 단정할 수 없다.

(2) “서울이 수도”라는 관행적 사실이 다수의견이 말하는 “관습헌법”이라는 당위규범으로 인정되기 어렵다.

다수의견이 오랜 역사와 전통의 측면에서 상세한 자료를 통해 논증하고 있는 바와 같이 서울이 수도라는 사실이 오랫동안 우리 민족에게 자명하게 인식되어 온 관행에 속한다 하더라도, 그것이 하나의 법규범으로서 다수의견이 말하는 바의 법적 확신(“모든 국민이 우리나라의 국가구성에 관한 강제력 있는 법규범으로 인식하고 있는 것”)을 가지고 있다고 인정하기는 어렵다. 다수의견이 타당하려면 그러한 법적 확신의 대상은 서울이 상징적 의미에서 주요 헌법기관의 소재지라는 면에서 수도이어야 한다는 당위의 형태여야 할 뿐 아니라, 그것이 실질적 의미의 헌법 중에서도 일반 법률의 상위에 있고 성문헌법과 동등한 효력을 지니는, 즉 헌법개정절차에 의해서만 개정되어야 할 정도의 효력을 가져야 한다는 내용을 포함하여야 한다. 그러나 그러한 법적 확신을 모두 인정하는 것은 수도이전 문제가 최근에 우리 사회의 주된 쟁점이 된 것을 감안하면 무리이다. 무엇보다도 이 사건 법률의 입법과정에서 여야 국회의원들은 동 법안에 대하여 압도적 지지를 하였는데, 동 국회의원들은 법률안 심사과정에서 수도이전 사안이 국민의 헌법적 확신을 지니는 헌법사항이라고 그 개정은 헌법개정절차를 통하여야 하므로 자신들의 입법권의 대상이 될 수 없다든가 하는 점에 관한 인식을 전혀 드러내지 않았다.

다수의견은 “서울이 수도이다”라는 사실명제로부터 “서울이 수도여야 한다”는 헌법적 당위명제를 도출하는 데 있어서 법논리상의 비약을 피하지 못하고 있다.

(3) 성문헌법을 지닌 법체제에서, 관습헌법을 성문헌법과 “동일한” 효력 혹은 “특정 성문헌법 조항을 무력화 시킬 수 있는” 효력을 가진 것으로 볼 수 없다.

관습헌법이 인정될 수 있는 이유는 다수의견이 판시한 대로 “성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능”하기 때문이다. 그러나 관습헌법을 인정하더라도, 성문 헌법전은 헌법제정권자인 국민들이 직접 “명시적” 의사표시로써 제정한 것으로서 국가의 법체제 중 최고의 우위성을 가지며, 그 내용의 개정은 엄격한 절차를 거치도록 하고 있는 점에서, 단지 관습헌법이라는 점만으로 성문헌법과 동일한 효력을 인정할 근거는 없다. 헌법을 그와 같이 성문화한 것은 헌법이 예정한 국가권력의

통제와 인권의 최대한 보장을 객관적으로 다룰 수 없는 확고한 안정성을 가지고 실현하기 위한 것이다. 무엇보다도 성문헌법의 특징은 최고법규범으로서 모든 국가권력을 기속하는 강한 힘을 보유하는 것인데, 이는 국민주권의 명시적 의사가 특정한 헌법제정절차를 거쳐서 수렴되었다는 점에서 가능하다. 관습만으로는 헌법을 특징화하는 그러한 우세한 힘을 보유할 수 없는 것이므로 성문헌법과 관습헌법이 동일한 효력을 가진다는 다수의견의 논증은 헌법적 근거가 없는 것이다. 헌법재판소의 헌법해석은 헌법으로부터 출발하여야 하며, 판례법의 형태로 나타나는 불문헌법 역시 헌법에 기초한 것이어야 한다.

성문헌법 체제에서 관습헌법은 성문헌법에 대한 보완적 효력만을 가진다고 보아야 할 것이다. 성문의 경성헌법이 존재하는 한, 관습헌법 혹은 불문헌법은 성문헌법으로부터 동떨어져 성립하거나 존속할 수 없고, 항상 성문헌법의 여러 원리를 전개하고 완비되게 하며 계속 형성함으로써, 또한 항상 이들 원리와 조화를 이룸으로써만 성립하고 존속할 수 있는 것이다.<sup>13)</sup> 그렇지 않다면 헌법적 관행에 의해서 성문헌법이 변질될 수 있다는 것을 뜻하게 되고 궁극적으로는 성문헌법전보다 불문적인 헌법의 관행례가 우선하고 국가생활을 압도적으로 지배하는 결과가 된다.<sup>14)</sup> 그러므로 관습헌법은 성문헌법을 보완하는 의미에서만 인정될 수 있으며, 더구나 관습헌법으로써 성문헌법을 변경하는 효력을 인정할 수 없다.

이러한 법리는 관습헌법의 내용이 헌법에 직접 규정되어야 할 정도로 중요한 “헌법사항”이라 하더라도 동일하다. 그러한 관습헌법의 존재로써 성문헌법의 내용을 변경시킬 수 있는 효력을 인정할 근거가 없다. 이는 헌법적 안정성을 저해하고 성문의 경성헌법전을 둔 헌법제정권자의 의지에도 부합하지 않는다. 국민들은, 설령 헌법제정시 자명한 사실이어서 성문화의 필요성을 느끼지 못했던 사항이 있더라도, 언제든지 관습으로 존재하는 그러한 헌법사항을 성문 헌법전에 수록할 수 있는 헌법개정권력을, 자신의 대표자와 국민투표를 통하여 행사할 수 있고, 이로써 성문헌법의 효력을 가지게 할 수 있다. 마치 법률에 규정되지 않은 한 아무리 처벌필요성이 있는 사항도 처벌할 수 없는 것과 같이, 성문헌법에 규정되어 있느냐 없느냐에 따라서 법적 효력은 달라질

13) Konrad Hesse 저, 계희열 역, 통일독일헌법원론 (삼영사, 2003), 43쪽 (Rn. 34).

14) 허 영, 헌법이론과 헌법 (박영사, 2004), 41쪽.

수밖에 없는 것이다.

(4) 다수의견은 관습“법률”이 아닌 관습“헌법”은 “헌법”이므로 그 변경은 헌법개정절차를 통하여 한다고 하나, 이는 형식적 개념논리에 집착한 것이고 실질을 제대로 반영하지 못한다.

헌법은 성문헌법에만 헌법적 내용을 모두 수록하고 있지 않으며 때로는 법률이나 관습법의 형태로 그런 내용을 담고 있고, 그러한 내용을 통상 “실질적 의미의 헌법”이라 부른다. “관습헌법”이란 실질적 의미의 헌법사항이 관습으로 규율되고 있다는 것을 뜻할 뿐이며, “관습헌법”이라고 해서 바로 “성문헌법”과 똑같은 효력이 인정되는 것은 아니다. 성문헌법의 강력한 힘은 국민주권의 명시적 의사가 특정한 헌법개정절차를 거쳐서 나왔기 때문인데, 관습은 그러한 명시적 의사도, 특정한 절차도 거치지 않고 객관적으로 명확하게 인식되기 어려운 관행의 존재와 국민의 법적 확신이라는 요소로 인정되는 것이다.

다수의견은 그러한 문제를 우회하여 성문헌법과 동일한 효력을 인정하고자, 관습헌법을 “반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항” 내지 “기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항”에 한정하고 있으나, 우선 그러한 개념 한정은 “성문헌법을 보충하기 위해 필요한 관습헌법”을 지나치게 협소하게 만들고, 오히려 앞으로 관습헌법을 인정하기 어렵게 한다는 점에서 부적절하다.

한편 “법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항”은 선형적으로 정해지는 것이 아니며, 어떤 증명된 명제로부터 논리적으로 도출되는 것도 아니다. “법률로 규율하기 부적합한 사항”이라는 것도 헌법논리상 어떤 기준점을 찾기 어렵다. 법률로 규율할 사항이라도 헌법에 규정되어 있으면 헌법적 효력을 가지는 것이며, 헌법에 규정될만한 사항이라도 법률에 규정되어 있다고 해서 잘못이라고 할 수 없다. 다수의견은 국가의 정체성에 관한 사항으로서 헌법에 규정되지 않은 수도, 우리말을 국어로 하고, 우리글을 한글로 하는 것을 거론하고 있으나 그러한 사항이 왜 법률에 규정되어서는 안 되는지에 대한 명확한 논거가 있다고 볼 수 없다. 다수의견은 그러한 사항은 “국민이 스스로 결단하여야 할 사항”이라고 하나, 왜 국민의 대의기관인 국회가 국민의 민주적 의사를 수렴하여 결정해서는 안 되는지, 만일 헌법개정절차가 다른 나라와 같이 의회에서 이루어지고 국민투표를 필요로 하지 않는다면 그 결론이 달라질 것인지, 의문인 것이다. 우리나라의 국기

(태극기)와 한글의 공용문의 경우, 이 역시 국가의 정체성에 관한 기본사항으로서 헌법적 중요성을 가지고 있지만, 대한민국국기에관한규정(제정 1984. 2. 21. 대통령령 제11361호)과 한글전용에관한법률(1948. 10. 9. 법률 제6호)에서 규율되고 있는데, 그러한 규정 형식이 잘못되었다고 할 수 없는 것이다.

수도의 지정 역시 실질적 의미의 헌법사항으로서 법률 차원에서 규정하는 것을 헌법의 위반이라고 할 수 없다. 헌법전에 기재할 사항 혹은 최고법의 효력을 가져야 할 사항의 범위는 논리적으로 도출되지 않으며, 수도를 법률에 규정하거나 수도이전이 헌법개정절차를 거치지 않고 국회에서 입법절차로 이루어진다고 해서 우리 법체계의 모순 또는 성문 헌법규정의 의미훼손을 야기하지 않는다.

수도와 같은 관습헌법의 변경을 반드시 헌법개정이라는 입법형식으로 행해야 하는 것은 아니다. 헌법의 개정이란 헌법의 규범적 기능을 높이기 위하여 헌법이 정하는 일정한 절차에 따라 헌법전의 조문 내지는 문구를 명시적으로 고치거나 바꾸는 것을 말하며, 따라서 헌법의 개정은 “형식적 의미”의 헌법, 즉 성문헌법과 관련된 개념이다. 헌법제정권자가 헌법개정을 일반 법률절차보다 훨씬 엄격한 절차를 거치도록 한 이유는, 헌법전에 규정된 내용이 주권자의 의지의 명시적 표명으로서 이를 함부로 변경하지 못하도록 하기 위함이다. 거꾸로 헌법에 들어있지 않은 헌법사항 내지 불문헌법의 변경은 헌법의 개정에 속하지 않으며, 우리 헌법이 마련한 일반적 대의민주주의의 절차, 즉 법률의 입법으로 다루어질 수 있는 것이다.<sup>15)</sup> 그렇다면 관습헌법이 헌법개정의 대상이라고 인정하기 위하여서는 “개념의 형식논리” 이상의 매우 엄격한 논리적 정당성이 있어야 할 것인데 다수의견은 이를 제시하지 못하고 있다.

다수의견은 이 사건 법률이 국회가 국민의 의사를 제대로 수렴하지 않고 입법한 것이라는 가정을 염두에 두었는지 모르나, 만일 국회가 수도이전과 같은 중요한 문제에 대하여 민의를 대변하지 않고 당리당략적으로 졸속으로 입법한 것이라면, 그것이 헌법과 국회법 절차에 위반되지 않는 한 그러한 입법의 궁극적 책임은, 국회가 국민의 의사를 반영하여야 하는 대의기관에 불과한 이상, 그러한 입법부를 구성한 국민에게 돌아갈 수밖에 없는 것이다.

한편 다수의견의 논지에 따르면 아무리 국회가 이 사건 법률 제정과정에서 공청회와 청문회 등 충분한 국민의사 수렴절차를 거쳤고, 국회의원 전원일치

---

15) 허영, 위 헌법이론과 헌법, 73쪽 참조.

로 법률이 통과되었다더라도, 헌법개정절차를 거치지 아니하였다는 형식적 이 유만으로 위헌이 되는데, 그러한 결론이 타당하리라 보기 어렵다.

(5) “서울이 수도”라는 관습헌법의 변경은 헌법개정에 의해야 한다면, 이는 관습헌법이 헌법이 부여한 국회의 입법권을 변경시키는 것이므로 허용될 수 없다.

다수의견처럼 이 사건 법률이 관습헌법을 헌법개정절차를 통하지 않고 변경하는 것이어서 위헌이라고 해석하는 것은, 관습헌법에 대하여 국회의 입법권보다 우월적인 힘을 인정하는 것이 된다. 헌법은 “입법권은 국회에 속한다.”(제40조)고 규정하며, 헌법에 달리 규정이 없는 한 국회의 입법권은 포괄적 대상을 지닌다. 입법권의 주체는 다름 아닌 국민의 대표자로서 국민에 의하여 직접 선출된 대의기관이며, 헌법은 국민주권과 자유민주주의를 실현하는 방법으로 대의제를 기본형태로 채택하고, 국민의 선거로부터 민주적 정당성을 부여받은 대표기관이 입법작용을 통하여 그 이념을 수행하도록 하고 있다. 따라서 헌법이 정한 절차와 내용에 따른 국회의 입법은 국민 전체의 의사를 대리하는 것으로서 정당성을 인정받는다. 영국에서 “의회주권”이 인정되고, 프랑스의 경우 의회에서 만든 법률은 국민의 “일반의사의 표현”으로 간주되었던 것은 국민과 의회의 긴밀한 관계를 보여주는 것이다. 그렇다면 수도이전과 같은 헌법관습의 변경이, 별도로 이를 제한하는 헌법규정이 없는 경우에, 왜 국회의 입법으로 불가능한 것인지 실질적 이유를 발견하기 어렵다. 많은 나라에서 의회가 국민의 직접투표(국민투표) 없이 단지 법률안에서보다 가중된 정족수(통상 재적의원 과반수와 출석의원 3분의 2 이상의 찬성)로 헌법을 개정할 수 있는데, 이는 의회가 다름 아닌 국민의 대표기관으로서 국민의 주권을 대행하는 주된 국가기관이기 때문이다. 이 사건 법률은 투표의원 194인 중 찬성 167인(반대 13인, 기권 14인)으로 재적과반수와 출석 3분의 2 이상의 압도적 다수로 통과되었는데, 그러한 입법이 국민의 민의를 제대로 반영하지 못하였다는, 혹은 민의를 배신하였다는 정치적 비난을 받을 수 있는 것은 별도로 하고, 적어도 헌법적 측면에서 그것이 “국회의원들의 권한이 아니다”고 단정할 수는 없다. 그러한 결론은 관습헌법으로써 국회의 헌법상의 입법권한을 부인하는 것이고, 이는 헌법을 변경하는 것이 되므로 허용되어서는 안 될 것이다.

헌법제·개정절차를 통하지 않은 관습헌법에 성문헌법과 “동일한” 혹은 “다른 헌법조항을 변경시키는” 효력을 인정할 수 없다. 이는 성문헌법 체계를

벗어나는 논리로서, 헌법이 예정하지 않은 방법으로 이루어지는 국민주권의 행사를 관례법상 인정하는 것인데, 성문헌법 체제하에서 국민주권의 행사는 그것이 저항권의 행사와 같은 특별한 예외가 아닌 한 성문헌법의 테두리 내에서만 이루어져야 할 것이다. 현실적으로 국가기관이나 헌법재판소가 무엇이 진정한 국민의 의사인지를 확인하기 어렵고 국민들 간에도 특정 사안을 놓고 갈등과 대립이 있을 수 있으므로, 헌법이 객관적으로 규정한 제도화된 절차가 아닌 헌법 외적인 방식으로 “국민주권의 행사”를 인정하는 것은 허용되어서는 안 될 것이다.

다수의견은 “관습에 의한 헌법적 규범의 생성은 국민주권이 행사되는 한 측면인 것이다.”라고 하여 국민주권주의를 제시하고 있으나, 그러한 국민주권의 행사가 과연 어느 범위의 국민의 의사인지, 그 의사를 수렴하는 절차가 헌법제·개정절차에 버금가는 것인지가 불명확하며, 헌법이 명시적·객관적으로 제도화 해 놓은 방식이 아닌, 헌법해석에 의해서 그러한 국민주권의 행사를 인정하는 것은 적절치 않다.

헌법에 제도화 되지 않은 방식으로 국민주권의 행사를 인정할 경우, 이는 절차적 정당성과 민주적 정당성을 담보할 수 없으며, 오히려 국민의 법적 생활 및 국가의 헌법질서에 혼란을 가져오게 되는 위험성이 있다. 이러한 결과는 비록 아무리 사안이 중요하고 특수성을 지니고 있다고 해도 피해야 할 것이며, 헌법에 규정되지 않은 문제는 적어도 그것이 국가의 위기상황에 관련된 것이 아닌 한 정치적 의사결정 구조에 맡겨야 하는 것이다. 만일 이 사건 법률이 국민의 의사를 제대로 반영하지 못한 것이라면, 지금이라도 국민은 대의기관을 통하여 자신의 의사를 전달시켜 법개정을 도모할 수 있는 것이며, 국회의원들이 당락적 차원에서 이를 무시해 버린다면 다음 선거에서 패배시킬 것이고, 현재로서는 결국 그러한 국회의원을 선출한 국민 자신들의 정치적 책임에 귀착될 뿐이다.

(6) 결론적으로 서울을 수도로 한 관습헌법의 변경이 반드시 헌법개정을 요하는 문제라고 할 수 없고, 현행 헌법상 국회의 입법으로 불가능하다고 볼 근거가 없다. 따라서 이 사건 법률이 헌법 제130조 제2항의 국민투표권을 침해할 가능성이 있다고 볼 수 없다.

나. 한편 나는 수도의 이전은 중대한 국가정책이므로 신중한 여론 수렴 절차를 거쳐야 한다는 별개의견의 취지에는 동감하나, 이 사건 법률이 헌법 제 72조의 국민투표권을 침해하였다는 논지는 받아들일 수 없어 다음과 같이 건

해를 밝힌다.

별개의견은 수도이전 문제에 대하여 대통령이 헌법 제72조에 의한 국민투표에 부의하지 않은 것은 재량권을 남용한 것이므로 국민투표권을 침해한다고 본다.

그러나 헌법 제72조가 대통령에게 ‘국가안위에 관한 중요정책’의 국민투표를 실시할 것인지 여부에 관하여 재량을 주고 있는(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 649 참조) 이상, 사안의 중대성에 따라 대통령의 그 재량 여부가 달라진다고 해석할 수 없다.

헌법 제72조가 대통령에게 과도한 재량을 주고 있어 국민주권주의와 직접민주주의를 구현하는 효과적인 제도인지 여부는 별론으로 하고, 현행 헌법상 위와 달리 해석할만한 근거가 없다.

위 조항이 대통령에게 국민투표에 부칠 것인지 재량을 주고 있는 이상, 동 조항의 국민투표권은 대통령이 부의한 경우에 비로소 행사가 가능한 권리를 뜻할 뿐이고, 이 권리의 보호범위를 대통령에게 특정 중요 정책사안에 대한 국민투표 부의의무를 요구할 수 있는 것이라고까지 넓힐 수 없다. 또한 그러한 재량은 헌법이 직접 부여한 것이므로, 행정법상의 재량권의 일탈·남용 법리는 적용될 수 없는 것이다. 만일 대통령이 자신의 정치적 신임을 묻는 국민투표와 같이 헌법 제72조의 대상에 해당되지 않는 사항을 국민투표에 부의했다면 이는 제72조의 명문 규정(“국가안위에 관한 중요정책”)에 따른 요건을 위반한 것이지, 재량권의 일탈·남용은 아닌 것이다. 또한 우리 헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 국민의 대표자가 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의제를 기본으로 채택하고 있는바, 그러한 대의제가 정상적으로 기능하고 있는 이상, 수도이전과 같은 사안이라고 해서 반드시 국민의 직접 투표에 의해서 의사결정이 이루어져야 한다고 볼 헌법적 근거도 없다.

그렇다면 이 사건에서 행정수도의 이전에 관한 정책에 대하여 대통령이 국민투표 부의를 하지 않아 결과적으로 국민투표권이 행사되지 못했더라도, 이로 인하여 청구인들의 국민투표권이 침해될 가능성은 없다.

다. 이상과 같은 이유에서 청구인들의 국민투표권 침해 주장은 그러한 권리의 침해가능성 자체가 인정되지 않으므로 부적법하다. 청구인들이 이 사건에서 주장한 다른 기본권의 침해 주장 역시, 여기서 상론하지 않으나, 기본권 침해의 자기관련성, 직접성 혹은 현재성 요건을 갖추지 못하였다. 결국 이 사건은 “기본권 침해”를 구제하는 최후적·보충적 수단인 헌법소원에서 헌법재

판소가 본안판단을 하기에 부적법한 것이다.

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

[별지 1] 청구인 명단 생략

[별지 2] 보조참가인 명단 생략

[별지 3] 신행정수도의건설을위한특별조치법 생략

## 민법 제1005조 위헌제청

(2004. 10. 28. 2003헌가13 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 민법 제1005조의 입법목적
2. 상속의 효과를 규정한 민법 제1005조와 재산권, 사적자치권 및 행복추구권과의 관계
3. 민법 제1005조가 입법형성의 한계를 일탈하거나 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반되는지 여부(소극)
4. 민법 제1005조가 평등권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 민법 제1005조는 상속의 효과로서 포괄·당연승계주의를 채택하고 있는데, 이는 상속인이 상속을 받는 것이 일반적이고 상속의 효과를 거부하는 것이 예외이므로 상속으로 인한 법률관계의 부동상태를 신속하게 확정함으로써 궁극적으로 법적안정성이라는 공익을 도모하는 것에 입법목적이 있다.

2. 우리의 상속법제가 포괄·당연승계주의를 채택한 결과 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에도 상속인이 이를 당연히 승계하도록 하는 것은 상속인의 고유재산으로 피상속인의 채무를 부담하게 한다는 의미에서 민법 제1005조는 헌법상 보장된 재산권을 제한하고, 개인이 그 의사에 따라 법적 관계를 스스로 형성하는 것을 보장하는 것을 내용으로 하는 사적자치권 및 행복추구권을 제한하는 것이다.

3. 우리의 상속법제는 법적 안정성이라는 공익을 도모하기 위하여 포괄·당연승계주의를 채택하는 한편, 상속의 포기·한정승인제도를 두어 상속인으로 하여금 그의 의사에 따라 상속의 효과를 귀속시키거나 거절할 수 있는 자유를 주고 있으며, 상속인과 피상속인의 채권자 및 상속인의 채권자 등의 이해관계를 조절할 수 있는 다양한 제도적 장치도 마련하고 있으므로, 민법 제1005조는 입법자가 입법

형성권을 자의적으로 행사하였다거나 헌법상 보장된 재산권이나 사적 자치권 및 행복추구권을 과도하게 침해하여 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

4. 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다. 그런데, 민법 제1005조는 상속이 개시될 때 상속인의 권리의무를 어떻게 귀속시킬 것인지에 관한 상속의 효과를 규정하고 있을 뿐이므로, 소극재산이 적극재산보다 더 많은 경우의 상속인 집단과 그렇지 않은 상속인 집단은 민법 제1005조의 의미와 목적에 비추어 볼 때 본질적으로 다르게 취급되어야 할 집단이 아니다. 따라서, 어떤 상속인은 막대한 재산을 상속하지만 어떤 상속인은 소극재산만을 상속하게 되는 차이는 민법 제1005조에 따른 차별대우에서 기인하는 것이 아니고, 상속이 개시될 당시의 피상속인의 재산상태라는 우연적이고 운명적인 것에 의하여 초래된 것일 뿐이라고 보아야 한다.

### 【심판대상조문】

민법 제1005조(상속과 포괄적 권리의무의 승계) 상속인은 상속개시될 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. 그러나 피상속인의 일신에 전속한 것은 그러하지 아니하다.

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조, 제37조 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 제1항의 당사자의 신청은 제43조 제2호 내지 제4호의 사항을 기재한 서면에 의하여야 한다.

③ 제2항의 신청서면의 심사에 관하여는 민사소송법 제254조의 규정을 준용한다.

④ 위헌여부심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다.

⑤ 대법원 외의 법원이 제1항의 제청을 할 때에는 대법원을 거쳐야 한다.

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

- ② 상속인은 제1항의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속재산을 조사할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월내에 한정승인을 할 수 있다.

민법 제1026조(법정단순승인) 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.

- 1. 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때
- 2. 상속인이 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때
- 3. 상속인이 한정승인 또는 포기를 한 후에 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때

### 【참조판례】

- 3. 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 356-357
- 4. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701

### 【당 사 자】

제청법원 인천지방법원  
당해사건 인천지방법원 2002가단73226호 구상금 청구사건

### 【주 문】

민법 제1005조는 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건의 원고인 기술신용보증기금은 1994. 9. 13. 및 1995. 6. 26. 김○철이 중소기업은행으로부터 중소기업자금대출을 받는데 그 원리금의 상환채무에 대하여 각 보증을 하였으나, 위 김○철이 1997. 7. 26. 원금을 연체하는 신용보증사고가 발생하여, 기술신용보증기금은 보증인으로서 1997. 12. 13. 중소기업은행에 19,031,917원과 21,292,766원을 각 변제하였다.

(2) 한편, 위 김○철이 1997. 10. 1. 사망하자 처인 황○례, 아들인 김○연이 위 김○철의 재산을 상속하였는데 1997. 12. 4. 상속을 포기하여, 당해사건의

피고 김○도가 2순위 상속인으로서 위 김○철의 재산을 상속하였고, 기술진흥보증기금은 인천지방법원에 김○도를 상대로 위 변제금 합계 40,324,683원에 대한 구상금청구소송을 제기하였다.

(3) 인천지방법원은 그 심리 중 민법 제1005조의 ‘포괄적 권리의무를 승계한다’에 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우까지 포함시키는 것의 위헌 여부에 의문이 있고 당해사건의 재판에 전제가 된다고 하여 2003. 6. 16. 직권으로 이 사건 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에도 상속인이 포괄적으로 권리의무를 승계하도록 규정한 민법 제1005조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 법률조항과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

민법 제1005조(상속과 포괄적 권리의무의 승계) 상속인은 상속개시된 때로부터 피상속인의 재산에 관한 포괄적 권리의무를 승계한다. 그러나 피상속인의 일신에 전속한 것은 그러하지 아니하다.

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.

② 상속인은 제1항의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속재산을 조사할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 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 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것).

민법 제1026조(법정단순승인) 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다.

1. 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때
2. 상속인이 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때
3. 상속인이 한정승인 또는 포기를 한 후에 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때(2002. 1. 14. 법률 제

6591호로 개정된 것)

## 2. 제청법원의 위헌심판제청이유

### 가. 재산권과 사적자치권 및 행복추구권의 침해에 관하여

이 사건 법률조항에 따라 상속인은 자신이 원하던 원하지 아니하던 피상속인의 사망이라는 우연한 사정에 의하여 모든 권리의무를 포괄적으로 승계하는 바, 이는 개인의 의사와 아무런 상관없이 그에게 불리한 소극재산을 상속시킴으로써 사적자치의 원칙에 반하고 재산권을 침해하는 결과를 초래한다. 한편, 상속인이 빚만 상속하게 된다면, 상속인은 채무변제의 수단으로 전락하는 것이고 그로 인하여 행복을 추구할 권리가 침해된다. 우리 민법이 한정승인이나 포기제도를 두고 있고, 특히 2002. 1. 14. 개정된 민법 제1019조 제3항에 의하여 중대한 과실 없이 상속을 단순승인하거나 승인한 것으로 의제되었더라도 한정승인을 할 수 있는 길을 열어두어 입법적인 보완을 하였다고 하더라도, 피상속인에게는 아무런 재산이 없으나 상속인에게는 재산이 있어 채권자로 하여금 우연한 사정에 의하여 채권의 만족을 얻도록 한다면 이는 공평하지도 정의의 관념에도 맞지 않는다.

### 나. 평등권의 침해에 관하여

상속인의 지위가 피상속인이 빚만 진 사람이었는지 적극재산이 많은 사람이었는지에 의해, 상속인의 의사와 관계 없이 결정되는 것일 뿐이어서 어떤 상속인은 막대한 재산을 상속하지만 어떤 상속인은 빚만을 상속하게 되는 것은 불합리한 차별이고, 이는 평등권을 침해한다.

## 3. 판 단

### 가. 재산권과 사적자치권 및 행복추구권의 침해여부

#### (1) 이 사건 법률조항과 재산권 등과의 관계

이 사건 법률조항은 상속이 개시된 때부터 상속인은 상속개시를 알고 있는지 여부를 불문하고 상속인의 의사와 관계 없이 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외하고 당연히 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리와 의무를 승계하는 것으로 규정함으로써, 이른바 법정취득 또는 당연취득의 원칙을 채택하고 있다. 이러한 법정취득제도 아래에서는 상속인이 자신의 의사에 반하여 상속을 받게 되는 경우가 생길 수 있다. 즉, 이 사건 법률조항이 상속인이 피상속인의 재산에 관한 권리의무를 포괄적으로 당연히 승계하도록 하고 있으므로, 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에도 상속인이 이를 당연히 승계하는 것은 상속인의 고유재산으로 피상속인의 채무를 부담하게 한다.

그러한 의미에서 이 사건 법률조항은 헌법상 보장된 재산권을 제한하고, 개인이 그 의사에 따라 법적 관계를 스스로 형성하는 것을 보장하는 것을 내용으로 하는 사적자치권 및 행복추구권을 제한하는 것이다.

(2) 위헌성 심사기준

우리 재판소는 이미 상속권을 재산권의 일종으로 보고 상속제도나 상속권의 내용은 입법자가 입법정책적으로 결정하여야 할 사항으로서 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이지만, 입법자가 상속제도와 상속권의 내용을 정함에 있어서 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한의 입법한계를 일탈하는 경우에는 그 법률조항은 헌법에 위반된다고 할 것이고, 헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있으므로, 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다는 것이 우리 재판소의 입장이다(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339 참조). 이러한 심사기준을 적용하여 이 사건 법률조항의 위헌성여부를 판단하면 다음과 같다.

(3) 이 사건 법률조항의 합헌성

(가) 우리 민법은 상속의 효과에 대하여 이 사건 법률조항에서 규정한 바와 같이 포괄·당연승계주의를 채택하고 있는데, 이는 상속인이 상속을 받는 것이 일반적이고 상속의 효과를 거부하는 것이 예외이므로 상속으로 인한 법률관계의 부동상태를 신속하게 확정함으로써 궁극적으로 법적안정성이라는 공익을 도모하고 있다. 이러한 연유로 우리 민법이 채택하고 있는 포괄·당연승계주의는 멀리 로마법에서 유래하는 것으로 대부분의 대륙법계에서 채택하고 있는 것으로 보인다. 따라서, 위와 같은 입법목적의 정당성은 수긍이 가고, 이를 달성하기 위한 수단 또한 적정한 것이라 하지 않을 수 없다.

(나) 다만 우리 민법이 포괄·당연승계주의를 채택한 결과 피상속인의 사망으로 상속재산이 피상속인으로부터 상속인에게 승계될 때 상속재산의 상

태, 상속인의 재산상태에 따라서 상속인, 피상속인의 채권자, 상속인의 채권자 등의 이익이 복잡하게 갈릴 수 있다.

먼저 상속인은 피상속인의 사망으로 자신의 의사에 반하여 귀책사유도 없이 피상속인이 남긴 소극재산만을 떠안아야 할 이유가 없다. 그래서, 우리의 상속법제는 상속의 포기·한정승인제도를 두어 상속인에게 그의 의사에 따라 상속의 효과를 귀속시키거나 거절할 수 있는 자유를 주고 있다. 즉, 우리 민법은 제1019조에서 상속인이 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있도록 하고, 가정법원이 이해관계인이나 검사의 신청에 의하여 그 기간을 연장할 수 있도록 하는 한편, 위의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속인으로 하여금 상속재산을 조사할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 자신의 의사에 반하여 그리고 자신에게 책임이 없는 경우에는 의무를 부담하지 않으며, 또한 권리도 이를 원하는 자에게 주어져야 한다는 사적 자치라는 근대사법의 기본이념에 보조를 맞추고 있는 것이다.

한편, 우리의 상속법제는 피상속인의 채권자를 보호하기 위하여 민법 제 1026조에서 상속인이 상속재산에 대한 처분행위를 한 때, 상속인이 한정승인 또는 포기를 한 후에 상속재산을 은닉하거나 부정소비하거나 고의로 재산목록에 기입하지 아니한 때는 단순승인의 의제를 함으로써 피상속인의 채권자가 피상속인과 거래를 할 때 신뢰의 기초가 되었던 상속재산을 보호하는 제도를 두고 있다.

또한, 상속인의 채권자와 피상속인의 채권자도 역시 피상속인의 사망으로 손해를 보아야 할 이유도, 피상속인이 살아있을 때 이상으로 이익을 도모할 수 있는 근거도 없다. 따라서, 상속인은 상속을 포기하거나 한정승인 함으로써 자신의 고유재산과 상속재산을 분리할 수 있다. 그리고, 우리 민법은 제 1045조에서 재산분리제도를 두어 상속채권자·유증을 받은 자 또는 상속인의 채권자를 위하여 상속개시 후에 상속재산과 상속인의 고유재산의 분리를 법원에 청구할 수 있는 제도적 장치도 마련하고 있다.

(다) 이렇듯 우리의 상속법제는 법적 안정성이라는 공익을 도모하기 위하여 이 사건 법률조항에서 포괄·당연승계주의를 채택하는 한편, 상속인으로 하여금 그의 의사에 따라 상속의 효과를 귀속시키거나 거절할 수 있는 자유를 주고 있으며, 상속인과 피상속인의 채권자 및 상속인의 채권자 등의 이해관계를 조절할 수 있는 제도적 장치도 마련하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 입법자가 입법형성권을 자의적으로 행사하였다거나 헌법상 보장된 재산권

이나 사적 자치권 및 행복추구권을 과도하게 침해하여 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(라) 이른바 숙려기간과 이에 대한 우리재판소의 선례 및 보완입법

이상에서 살펴본 바와 같이 우리의 상속법제는 상속인으로 하여금 상속의 효과를 귀속시킬 것인지 거절할 것인지 선택의 자유를 주고 있으나, 그 기간은 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월 내로 비교적 단기간이다(제1019조 제1항). 우리 재판소는 숙려기간이 단기간이어서 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 민법 제1026조 제2호가 단순승인한 것으로 본 것은 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적 자치권을 보장한 헌법 제10조에 위반된다는 이유로 위 법률규정에 대하여 헌법불합치결정을 내린 바 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339). 그러나, 상속의 효과를 포괄·당연승계로 정한 이 사건 법률조항의 위헌여부를 심사하는 이 사건과 그 상속의 효과를 상속인이 귀속시킬 것인지 선택할 수 있는 기간인 숙려기간이 단기간이어서 상속인의 기본권을 침해한다는 것이 쟁점인 위 사건은 차원을 달리하는 것은 물론이다. 어쨌든, 위 사건의 결과 2002. 1. 14. 법률 제6591호로 민법이 개정되어 제1019조 제3항을 신설하여 고려기간 내에 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실 없이 숙려기간 내에 알지 못하고 단순승인하거나 승인한 것으로 의제되는 경우에도 그 사실을 안 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있도록 규정하였고, 우리 재판소는 위 개정민법 제1019조 제3항이 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바91등, 판례집 15-2하, 530). 결국 우리 민법은 우리 재판소의 결정대로 보완입법이 되어 위 고려기간 내에 상속인이 상속채무초과사실을 알지 못한 것에 관하여 중대한 과실이 없는 이상 다시 특별한정승인신고를 할 수 있도록 규정함으로써 상속인을 상대적으로 두텁게 보호하고 있다고 평가할 수 있어, 상속법제에 관한 민법의 제규정이 가일층 완비되었다 할 것이다.

나. 평등권의 침해여부

(1) 제정법원의 의견

제정법원은 상속의 효과가 피상속인이 빚만 진 사람이었는지 적극재산이 많은 사람이었는지에 의해, 상속인의 의사와 관계 없이 결정되는 것일 뿐이어서 어떤 상속인은 막대한 재산을 상속하지만 어떤 상속인은 소극재산만을 상

속하게 되는 것은 불합리한 차별이고, 이는 평등권을 침해하는 것이라고 주장한다.

(2) 평등권의 위반여부를 판단하는 심사구조

평등권은 ‘본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것’을 요청한다. 따라서, 평등권위반여부의 심사는 본질적으로 동일한 것을 다르게, 또는 다른 것을 동일하게 취급하고 있는가 하는 본질적인 차별대우의 확인과, 이러한 차별대우가 헌법적으로 정당화되는가의 판단이다.

우선 본질적인 차별대우를 하고 있는지는 비교되는 집단 간의 본질적인 동일성이 존재하는지 여부를 밝혀야 한다. 즉 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그런데 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701).

(3) 이 사건 법률조항이 차별대우를 하고 있는지 여부

앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 상속이 개시될 때 상속인의 권리의무를 어떻게 귀속시킬 것인지에 관한 상속의 효과를 규정하고 있을 뿐이고, 상속으로 인한 법적 안정성이라는 공익을 실현하기 위하여 상속의 효과를 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외하고 당연히 피상속인의 재산에 관한 포괄적인 권리와 의무를 승계하는 것으로 규정함으로써, 이른바 법정취득 또는 당연취득의 원칙을 채택하고 있다. 따라서, 소극재산이 적극재산보다 더 많은 경우의 상속인 집단과 그렇지 않은 상속인 집단은 이 사건 법률조항의 의미와 목적에 비추어 볼 때 본질적으로 다르게 취급되어야 할 집단이 아닐 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 누구든지 상속을 하게 되면 동일하게 적용되는 것으로 본질적으로 차별대우를 하고 있다고 할 수 없다. 제청법원이 지적하는 위와 같은 차이는 이 사건 법률조항에 따른 차별대우에서 기인하는 것이 아니고, 상속이 개시될 당시의 피상속인의 재산상태라는 우연적이고 운명적인 것에 의하여 초래된 것일 뿐이라고 보아야 한다.

(4) 소결론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 수법자들에 대하여 본질적인 차별대우를 행

하는 것이 아니라고 할 것이므로, 평등권을 침해하지 않는다 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원  
의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 출입국관리법 제4조 제1항 제4호 위헌제청

(2004. 10. 28. 2003헌가18 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 심리기간중 당해 소송의 대상인 출국금지처분의 출국금지기간만으로 소의 이익이 소멸되었으나 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 예외적으로 심판이익을 인정한 사례
2. 거주·이전의 자유의 기능과 내용
3. 법무부령이 정하는 금액 이상의 추징금을 납부하지 아니한 자에게 출국을 금지할 수 있도록 한 출입국관리법 제4조 제1항 제4호가 과잉금지원칙, 포괄위임입법금지원칙, 이중처벌금지원칙 등에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 이 사건 제청신청인은 추징금 미납을 이유로 출국금지처분을 받아 출국금지가 되었으나 그 이후 출국금지기간만으로 해제되어 당해 소송에서 출국금지처분의 취소를 구하는 청구는 그 권리보호이익을 상실하여 심판대상 범조항에 대한 위헌여부를 판단할 소의 이익은 소멸되었다. 그러나 이 사건 심판대상 범조항의 위헌여부는 거주·이전의 자유 중 출국의 자유와 관계되는 중요한 헌법문제라고 볼 수 있고, 이 문제에 대하여 아직 우리 재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 이 사건과 관련하여 또는 이 사건과 무관하게 심판대상 범조항에 의거한 출국금지처분이 재차 이루어져 출국의 자유에 대한 기본권침해의 논란이 반복될 것도 명백하므로 이에 대한 위헌여부의 심판이익이 있다.

2. 거주·이전의 자유는 국가의 간섭없이 자유롭게 거주와 체류지를 정할 수 있는 자유로서 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성신장을 촉진함으로써 헌법상 보장되고 있는 다른 기본권들의 실효성을 증대시켜주는 기능을 한다. 구체적으로는 국내에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 자유영역뿐 아니라 나아

가 국외에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 ‘해외여행 및 해외 이주의 자유’를 포함하고 덧붙여 대한민국의 국적을 이탈할 수 있는 ‘국적변경의 자유’ 등도 그 내용에 포섭된다고 보아야 한다. 따라서 해외여행 및 해외이주의 자유는 필연적으로 외국에서 체류 또는 거주하기 위해서 대한민국을 떠날 수 있는 ‘출국의 자유’와 외국체류 또는 거주를 중단하고 다시 대한민국으로 돌아올 수 있는 ‘입국의 자유’를 포함한다.

3. 가. 출국금지의 대상이 되는 추징금은 2,000만 원 이상으로 규정하여 비교적 고액의 추징금 미납자에 대하여서만 출국의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있으며 실무상 추징금 미납을 이유로 출국금지처분을 함에 있어서는 재산의 해외도피 우려를 중요한 기준으로 삼고 있다. 출입국관리법 제4조 제1항 제4호(이하, ‘이 사건 법률조항’이라 한다)는 출입국관리법시행령과 출국금지업무처리규칙의 관련 조항들과 유기적으로 결합하여 살펴보면 일정한 액수의 추징금 미납사실 외에 ‘재산의 해외도피 우려’라는 국가형벌권실현의 목적에 부합하는 요건을 추가적으로 요구함으로써 출국과 관련된 기본권의 제한을 최소한에 그치도록 배려하고 있다. 또한 간접강제(민사집행법 제261조)제도나 재산명시명령의 불이행에 대한 감치(민사집행법 제68조)처분, 강제집행면탈죄(형법 제327조)로 처벌하는 규정과, 사기파산죄(파산법 제366조) 등과 대비하여 볼 때 재산의 해외도피 우려가 있는 추징금 미납자에 대하여 하는 출국금지처분이 결코 과중한 조치가 아닌 최소한의 기본권제한조치라고 아니할 수 없다.

나아가 추징금을 납부하지 않는 자에 대한 출국금지로 국가형벌권실현을 확보하고자 하는 국가의 이익은 형벌집행을 회피하고 재산을 국외로 도피시키려는 자가 받게되는 출국금지의 불이익에 비하여 현저히 크다. 이처럼 고액 추징금 미납자에게 하는 출국금지조치는 정당한 목적실현을 위해 상당한 비례관계가 유지되는 합헌적 근거법조항에 따라 시행되는 제도이다.

나. 출국금지의 대상이 되는 금액의 액수를 직접 규정하지 않고 법무부령으로 정하도록 하고는 있으나 법원에서 선고하는 벌금이나 추징금 액수는 경제현실에 따라 변동될 수 있고, 법의식 및 사회관념의 변화에 따라 출국금지의 상당성을 인정하는 금액이 다를 수 있

으므로 출국금지의 기준 금액을 현실의 상황변화에 맞게 탄력적으로 결정할 수 있도록 할 필요가 크다. 그렇다면 법률에서 직접 출국금지의 기준이 되는 추징금의 액수를 규정하기 보다는 하위법령에 위임하는 것이 입법기술상 보다 상당하다.

또한 이 사건 법조항이 출국금지처분의 사유가 되는 추징금의 미납액수 하한을 정하는 기준과 범위를 명시적으로 설정하고 있지는 않지만 추징금 미납자를 그 대상으로 하는 만큼 일정한 금액 이상의 추징금을 미납하는 경우에 출국금지처분은 명확하게 예측할 수 있고, 출입국관리법의 전반적 체계와 관련 규정들에 비추어 보면 사회적 상당성있는 금액이 규정될 것임을 알 수 있어 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다.

다. 추징은 몰수에 같음하여 그 가액의 납부를 명령하는 사법처분이나 부가형의 성질을 가지므로, 주형은 아니지만 부가형으로서의 추징도 일종의 형벌임을 부인할 수는 없다.

그러나 일정액수의 추징금을 납부하지 않은 자에게 내리는 출국금지의 행정처분은 형법 제41조상의 형벌이 아니라 형벌의 이행확보를 위하여 출국의 자유를 제한하는 행정조치의 성격을 지니고 있다. 그렇다면 심판대상 법조항에 의한 출국금지처분은 헌법 제13조 제1항상의 이중처벌금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

#### 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 주선회의 반대의견

1. 추징금은 몰수의 대상인 물건을 몰수하기가 불가능한 경우에 추징하는 가액(형법 제48조 제2항)으로서, 심판대상 법조항과 같이 출입국관리법 제4조 제1항 제4호에 병렬적으로 규정되어 있는 ‘벌금’의 경우 이를 납입하지 아니하는 때에는 신병확보가 수반되는 노역장유치가 가능함(형법 제70조)에 비하여, ‘추징금’의 경우에는 형벌의 성격을 갖고는 있으나 민사집행의 대상이라는 점에서 근본적인 차이가 있다. 즉, 추징금에 대하여는 검사의 명령에 의하여 집행하는데, 동 명령은 집행력있는 채무명의회와 동일한 효력이 있고 그 집행에는 민사집행법의 집행에 관한 규정이 준용된다(형사소송법 제477조). 또한 강제집행이 개시되면 추징금에 대한 시효가 중단된다(형법 제80조).

이와 같이 추징금의 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지하여 국가의 형벌권을 실현하고자 하는 입법목적은 달성하면서도 기본권에 대한 침해가 적은 수단이 별도로 마련되어 있음에도 불구하고, 추징금 납부를 강제하기 위한 압박수단으로 출국금지 조치를 하는 것은 필요한 정도를 넘은 과도한 기본권제한이어서 최소침해성의 원칙에 위배된다.

뿐만 아니라, 위와 같이 신병확보의 목적이 아니라 단순히 추징금징수라는 행정편의를 위하여 출국금지 조치를 허용하는 것은 오늘날 글로벌화된 지구촌의 한 구성원으로서 해외에서의 견문 및 직업활동을 통한 개성신장, 각종 정보의 교류, 문화적 편견 없는 인격의 형성 등을 위하여 국민이 누려야 할 헌법상의 중요한 기본권인 해외여행의 자유 내지는 출국의 자유를 제한하는 것이므로 법익의 균형성도 현저히 잃고 있는 것이다.

그러므로 심판대상 법조항은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙인 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 출국의 자유를 침해하는 것이다.

2. 심판대상 법조항은 추징금 미납액수의 하한설정에 관한 구체적인 기준을 마련하지도 않은 채 행정입법인 법무부령에 포괄적으로 위임하고 있기 때문에 그 미납액수의 하한이 어느 범위에서 어떠한 기준에 의하여 정해질지를 전혀 예측하거나 그 대강이라도 인식할 수 없게 되어 있을 뿐만 아니라, 행정부의 자의적인 결정으로 인하여 추징금 미납액수의 하한이 수인 및 기대불가능할 정도로 축소될 염려마저 있다고 아니할 수 없다.

요컨대, 심판대상 법조항은 추징금 미납액수 하한의 범위나 기준 등을 전혀 규정하지 않은 채 이를 전적으로 법무부령에 위임하고 있는바, 이는 포괄적 위임입법으로서 헌법 제95조에 위반될 뿐만 아니라 법치주의원리 및 민주주의원리에서 파생하는 법률유보원칙에 위배된다고 볼 수밖에 없다.

**【심판대상조문】**

출입국관리법(2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 것) 제4조(출국의 금지) ① 법무부 장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 국민에 대하여는 출국을 금지할 수 있다.

- 1.~3. 생략
- 4. 법무부령이 정하는 금액 이상의 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자
- 5.~6. 생략

**【참조조문】**

헌법 제13조, 제37조 제2항, 제95조

형법 제80조(시효의 중단) 시효는 사형, 징역, 금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포 함으로, 벌금, 과료, 몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로 인하여 중단된다.

형사소송법 제477조(재산형 등의 집행) ① 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행한다.

- ② 전항의 명령은 집행력 있는 채무명의회와 동일한 효력이 있다.
- ③ 제1항의 재판의 집행에는 민사집행법의 집행에 관한 규정을 준용한다. 단, 집행 전에 재판의 송달을 요하지 아니한다.

출국금지업무처리규칙(2002. 8. 10. 법무부령 제524호) 제3조(출국금지대상자) ① 생략

② 법 제4조 제1항 제4호에서 “법무부령이 정하는 금액”이라 함은 다음 각 호의 금액을 말한다.

- 1. 생략
- 2. 추징금 : 2천만 원
- ③, ④ 생략

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 590-591  
헌재 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17, 25
- 2. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99  
헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30  
헌재 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 793  
헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 592  
헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662  
헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 166  
헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644, 656-657  
헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627  
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 18  
헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624

헌재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 10-13  
헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622, 645  
헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598, 607  
헌재 1998. 2. 27. 96헌마371, 판례집 10-1, 184, 194-195  
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164  
헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 643-644  
헌재 2003. 4. 24. 2002헌가15, 판례집 15-1, 360, 367  
대법원 2001. 7. 27. 2001두3365  
대법원 1979. 4. 10. 78도3098  
대법원 1988. 6. 21. 88도551

### 【당 사 자】

제 청 법 원 서울행정법원  
제 청 신청인 김○춘  
대리인 법무법인 신촌  
담당변호사 이영모  
당 해 사 건 서울행정법원 2003구합24144 출국금지 처분취소

### 【주 문】

출입국관리법(2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 것) 제4조 제1항 제4호 중 추징금 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

#### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

##### 가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 1998. 8.경 관세법위반죄 등으로 기소되어, 1998. 11. 17. 서울지방법원에서 징역 1년 6월에 집행유예 3년, 추징금 730,000,000원 및 168,330,000원을 선고받고, 2000. 7. 11. 서울고등법원에서 형의 선고유예 및 추징금 167,830,000원을 선고받았으며, 2002. 12. 6. 대법원에서 상고기각되어 위 항소심 판결이 확정되었다.

(2) 2003. 7. 2. 법무부장관은 제청신청인이 추징금을 납부하지 않았다는 이유로 출입국관리법 제4조 제1항 제4호에 근거하여 2003. 7. 1.부터 2003. 12. 31.까지 제청신청인의 출국을 금지하는 처분을 하였다.

(3) 제청신청인은 2003. 8. 6. 서울행정법원 2003구합24144호로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하는 한편 이 사건 위헌법률심판 제청신청을 하였다.

(4) 2003. 9. 4. 서울행정법원은 제청신청인의 위헌법률심판 제청신청이 이유있다고 이를 받아들여 이 사건 위헌법률심판 제청결정(서울행정법원 제12부 2003아1633)을 하였다. 이 제청결정은 2003. 9. 16. 대법원을 경유하여 2003. 9. 19. 우리 헌법재판소에 접수되었다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 출입국관리법(2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 것, 이하 “법”이라 한다) 제4조 제1항 제4호 중 추징금 부분(이하 “심판대상 법조항”이라 한다)의 위헌여부이고, 심판대상 법조항과 관련법령조항의 내용은 다음과 같다.

법 제4조(출국의 금지) ① 법무부장관은 다음 각 호의 1에 해당하는 국민에 대하여는 출국을 금지할 수 있다.

##### 1.~3. 생략

4. 법무부령이 정하는 금액 이상의 벌금 또는 추징금을 납부하지 아니한 자

##### 5.~6. 생략

출국금지업무처리규칙(2002. 8. 10. 법무부령 제524호) 제3조(출국금지대상자)

##### ① 생략

② 법 제4조 제1항 제4호에서 “법무부령이 정하는 금액”이라 함은 다음 각 호의 금액을 말한다.

##### 1. 생략

2. 추징금 : 2천만 원

##### ③, ④ 생략

형법 제80조(시효의 중단) 시효는 사형, 징역, 금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포함으로써, 벌금, 과료, 몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로써 인하여 중단된다.

형사소송법 제477조(재산형 등의 집행) ① 벌금, 과료, 몰수, 추징, 과태료, 소송비용, 비용배상 또는 가납의 재판은 검사의 명령에 의하여 집행한다.

② 전항의 명령은 집행력있는 채무명의와 동일한 효력이 있다.

③ 제1항의 재판의 집행에는 민사집행법의 집행에 관한 규정을 준용한다.

단 집행 전에 재판의 송달을 요하지 아니한다.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유와 이해관계인(기관)의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

(1) 과잉금지원칙의 위배

심판대상 범조항의 취지는 추징금을 미납한 국민이 출국을 이용하여 재산을 해외로 도피하는 등으로 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지함에 주된 목적이 있다 할 것인데, 추징금을 미납한 국민에 대해서는 검사의 명령에 의한 강제집행이 가능하고(형사소송법 제477조 제1항), 검사의 강제집행이 개시되면 추징금에 대한 시효가 중단(형법 제80조)됨에도 불구하고, 심판대상 범조항이 일정 금액 이상의 추징금 미납사실 자체만으로 곧바로 출국금지처분을 할 수 있도록 규정하고 있는 것은 과잉금지원칙에 위배하여 국민의 기본권을 과도하게 제한하는 것이다.

(2) 포괄위임입법금지원칙의 위배

심판대상 범조항은 출국금지처분의 사유가 되는 추징금의 미납액수에 관하여 구체적이고 명확한 한계를 두지 아니한 채 이를 법무부령으로 정하도록 포괄적으로 위임하고 있고, 출국이 금지되는 추징금 미납액수의 하한이 대강 어느 정도가 될 것인지를 예측할 수가 없게 되었다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 과잉금지원칙의 위배여부

심판대상 범조항은 추징금 미납자가 재산을 은닉하고 있어 재산보유현황이나 재산의 소재를 확인하지 못하고 있는 상황에서, 재산을 해외로 도피시키기 위하여 출국을 하려는 경우 추징금 집행, 즉 형벌권 실현의 가장 유효적절한 수단으로 출국을 금지하는 것이다. 또한 추징금 액수에 대하여 2,000만 원 이상으로 규정하여 비교적 다액의 추징금 미납자에 대하여만 출국의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있다. 또한 추징금 미납사실 외에 ‘재산의 해외도피 우려’라는 국가형벌권 실현확보 목적에 부합하는 요건을 요구함으로써 최소한도의 기본권 제한이 이루어지도록 하고 있다. 나아가 추징금을 납부하지 않고 재산을 해외로 도피하려는 자에 대하여 그 출국을 금지하여 국가형벌권 실현을 확보함으로써 얻게 되는 국가의 이익 내지 국가법질서 수호의 공익은 형벌집행을 회피하고 재산을 국외로 도피시키려는 자가 받게되는 출국금지의 불이익보다 현저히 크다.

(2) 포괄위임입법금지원칙의 위배여부

출국금지의 대상이 되는 추징금의 액수를 범무부령으로 정하도록 한 것은 법원에서 선고하는 벌금이나 추징금 액수는 경제현실에 따라 변동이 될 수 있고, 사회관념의 변화에 따라 출국금지의 상당성을 인정하는 금액의 액수가 변동가능하다는 점에서 상황변화에 따라 탄력적으로 결정할 수 있도록 하기 위한 것이다.

출입국관리법의 전반적 체계와 관련 규정에 비추어 볼 때 출국금지를 통하여 거주이전의 자유를 제한하는 것을 정당화시킬 정도의 사회적 상당성있는 금액이 시행령에 규정될 것임을 예측할 수 있다.

#### 다. 제청신청인의 의견

제청법원의 위헌심판제청이유와 대체로 유사하고 그 외 이중처벌금지원칙의 위배를 추가하고 있다. 즉 추징금의 납부의무자에 대한 범무부장관의 국외 출국금지처분은 확정된 형사사건과 동일한 사실관계를 바탕으로 거듭 처벌하는 것과 다르지 아니하므로, 이는 이중처벌금지원칙의 헌법이념에 위반된다.

### 3. 판 단

#### 가. 적법요건에 대한 판단

이 사건의 경우 당해사건이 제청법원에 적법하게 계속중이고, 심판대상 범조항은 당해 사건 처분에 직접 적용되는 것으로서 이 사건 범조항이 위헌이라면 이를 적용근거로 한 당해사건의 처분은 위법한 것으로 그 판단결과에 따라 당해재판의 주문이 달라지기 때문에 당해사건의 재판에 전제가 되는 것은 분명하다.

다만 이 사건 제청신청인은 추징금 미납을 이유로 2003. 7. 1. 출국금지처분을 받아 2004. 6. 30.까지 출국금지가 되었으나 그 이후 출국금지기간만료로 해제되었다.

따라서 당해소송에서 출국금지처분의 취소를 구하는 청구는 그 권리보호이익을 상실하여 심판대상 범조항에 대한 위헌여부를 판단할 소의 이익은 소멸되었다.

그러나 설사 심리기간중 소의 이익이 소멸되었더라도 헌법재판소로서는 제청당시 전제성이 인정되는 한 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 위헌 여부에 대한 판단을 할 수 있다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578, 590-591; 2000. 7. 20. 99헌가7, 판례집 12-2, 17, 25).

이 사건 심판대상 범조항의 위헌여부는 거주이전의 자유 중 출국의 자유와

관계되는 중요한 헌법문제라고 볼 수 있고, 이 문제에 대하여 아직 우리 재판소에서 해명이 이루어진 바도 없다. 이 사건과 관련하여 또는 이 사건과 무관하게 심판대상 범조항에 의거한 출국금지처분이 재차 이루어져 출국의 자유에 대한 기본권침해의 논란이 반복될 것도 명백하므로 이에 대한 위헌여부의 심판이익이 있다.

나. 본안 판단

(1) 심판대상 범조항의 도입배경

1963. 3. 5. 법률 제1289호로 제정된 출입국관리법에서부터 1999. 2. 5. 법률 제5755호의 개정법률까지 심판대상 범조항은 존재하지 아니하였다. 1988. 12. 31. 법무부령 제315호로 제정된 출국금지업무처리규칙이 1992. 3. 12. 법무부령 제360호로 개정되면서 동 규칙 제2조의2 제1항 제3호에 처음으로 심판대상 범조항의 내용이 들어가게 되었다. 이것은 1995. 7. 10. 법무부령 제408호로 전문개정된 동 규칙 제3조 제1항 제3호에 규정되고 2002. 8. 10. 법무부령 제524호로 동 규칙 제3조가 개정될 때까지 존속되어 왔다.

2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 출입국관리법에 심판대상 범조항이 도입된 취지는 법무부령인 출국금지업무처리규칙에 규정되어 있는 국민에 대한 출국금지대상자의 구체적인 기준을 법률에 직접 규정함으로써(법 제4조 제1항) 기본권의 제한은 법률에 의한다는 헌법 제37조 제2항의 취지를 살리도록 한 것이다.

나아가 재산의 해의 도피 우려 여부를 확인하지 아니한 채 단순히 일정 금액 이상의 추징금 미납 사실 자체만으로 바로 출국금지처분을 하는 것은 형벌을 받은 자에게 행정제재의 목적으로 한 것으로 출국금지업무처리규칙 제2조 제2항에 위반되거나 과잉금지의 원칙에 비추어 허용되지 아니한다는 대법원의 판결(대법원 2001. 7. 27. 선고 2001두3365 판결)이 있는 후, 같은 해 12. 29. 위 법률 제6540호로 개정된 출입국관리법에 심판대상 범조항이 도입되었다.

(2) 심판대상 범조항에 의해 제한되는 기본권과 그 제한목적의 정당성

우리 헌법 제14조는 ‘모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다’고 규정하고 있다. 거주·이전의 자유는 국가의 간섭 없이 자유롭게 거주와 체류지를 정할 수 있는 자유로서 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성신장을 촉진함으로써 헌법상 보장되고 있는 다른 기본권들의 실효성을 증대시켜주는 기능을 한다. 구체적으로는 국내에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있

는 자유영역뿐 아니라 나아가 국외에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 ‘해외여행 및 해외이주의 자유’를 포함하고 덧붙여 대한민국의 국적을 이탈할 수 있는 ‘국적변경의 자유’ 등도 그 내용에 포섭된다고 보아야 한다. 따라서 해외여행 및 해외이주의 자유는 필연적으로 외국에서 체류 또는 거주하기 위해서 대한민국을 떠날 수 있는 “출국의 자유”와 외국체류 또는 거주를 중단하고 다시 대한민국으로 돌아올 수 있는 ‘입국의 자유’를 포함한다.

심판대상 범조항은 일정금액 이상의 추징금을 납부하지 아니한 자에게 법무부장관이 출국을 금지할 수 있도록 함으로써 헌법 제14조상의 거주·이전의 자유 중 출국의 자유를 제한하고 있다.

그러나 이 범조항은 추징금을 미납한 국민이 출국을 이용하여 재산을 해외로 도피하는 방법으로 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지함으로써 추징금에 관한 국가의 형벌권을 실현하고자 하는 것에 그 목적이 있으므로 그 정당성은 인정된다고 할 것이다.

### (3) 과잉금지원칙의 위배여부

국가가 고액의 추징금 미납자에게 출국금지처분을 하는 것은 적어도 국가가 추징금에 관한 형벌권을 실현하는 목적을 달성하는데 적합한 하나의 수단이 될 수 있다.

또한 출국금지의 대상이 되는 추징금은 2,000만 원 이상으로 규정하여 비교적 고액의 추징금 미납자에 대하여서만 출국의 자유를 제한할 수 있도록 하고 있으며 실무상 추징금 미납을 이유로 출국금지처분을 함에 있어서는 재산의 해외도피 우려를 중요한 기준으로 삼고 있다. 구체적으로 법무부령인 출국금지업무처리규칙 제2조 제1항도 추징금 미납자에 대한 출국금지는 필요한 최소한의 범위에서 행한다고 규정하고 있고, 단순히 공무수행의 편의나 형벌 또는 행정벌을 받은 자에 대한 행정제재의 목적으로 할 수는 없으며(동 규칙 제2조 제2항), 출국금지는 유효한 여권을 소지한 자에 대하여 가능하고(동 규칙 제2조 제3항), 출국금지 여부를 심사·결정함에 있어서는 위와 같은 출국금지업무처리규칙 제2조에 규정된 기본원칙, 출국금지대상자의 성별·연령·학력·성행 및 범죄사실, 출국금지대상자의 가족관계 및 사회적 신분, 출국금지대상자의 해외도피가능성 유무 등을 반드시 참작하도록 하고 있다(동 규칙 제10조). 특히 출국금지요청서에는 출국금지를 요청하는 소명자료를 첨부하도록 하면서(동 규칙 제5조 제2항), 미납자가 재산의 해외도피 목적으로 국외 도주할 우려가 있다고 인정할 수 있는 자료, 가족 등의 국외이주 또는 장기국

외채류사실 입증자료(미납자 가족의 출입국사실조회서 또는 국외이주사실이 기재된 주민등록등본), 재산의 해외도피 목적으로 국외도주할 우려가 있음을 구체적으로 적시한 관계공무원의 조사보고서(추징금처분의 범죄사실, 미납자의 성별·연령·직업·성행이나 사회적 신분, 미납자의 경제적 활동과 그로 인한 수입의 정도, 재산상태와 그간의 추징금납부의 방법 및 납부금액정도, 출입국여부와 그 목적·기간·행선지·해외에서의 활동내용·소요자금의 수액과 출처, 미납자의 가족관계, 가족의 생활정도 및 재산상태·직업·경제활동, 재산을 은닉하였다고 의심할 만한 자료) 등을 제출토록 하고, 출국금지심의위원회에서 제출된 자료를 검토하여 출국금지여부를 결정하고 있다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 출입국관리법시행령과 출국금지업무처리규칙의 관련 조항들과 유기적으로 결합하여 살펴보면 일정한 액수의 추징금 미납사실 외에 ‘재산의 해외도피 우려’라는 국가형벌권실현의 목적에 부합하는 요건을 추가적으로 요구함으로써 출국과 관련된 기본권의 제한을 최소한에 그치도록 배려하고 있다고 할 것이다. 또한 이 제도는 채무의 이행의무가 있음에도 불구하고 채무자가 그 기간 내에 이행을 하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명하거나 즉시 손해배상을 하도록 명할 수 있는 간접강제(민사집행법 제261조)제도나 재산명시명령의 불이행에 대한 감치(민사집행법 제68조)처분, 강제집행을 회피할 목적으로 재산을 은닉·손괴·허위양도하는 등 채권자를 해한 자를 강제집행면탈죄(형법 제327조)로 처벌하는 규정과, 파산재단에 속하는 재산을 은닉·손괴 또는 채권자에게 불이익하게 처분을 하는 행위 등을 처벌하는 사기파산죄(파산법 제366조)등과 대비하여 볼 때 재산의 해외도피 우려가 있는 추징금 미납자에 대하여 하는 출국금지처분이 결코 과중한 조치가 아닌 최소한의 기본권제한조치라고 아니할 수 없다.

나아가 추징금을 납부하지 않는 자에 대한 출국금지로 국가형벌권 실현을 확보하고자 하는 국가의 이익은 형벌집행을 회피하고 재산을 국외로 도피시키려는 자가 받게되는 출국금지의 불이익에 비하여 현저히 크다 하지 않을 수 없다. 이처럼 고액 추징금 미납자에게 하는 출국금지조치는 정당한 목적실현을 위해 상당한 비례관계가 유지되는 합헌적 근거 법조항에 따라 시행되는 제도라 할 것이다.

(4) 포괄위임입법금지원칙의 위배여부

헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이

나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기서 법률에서 위임받은 사항이란 법률에 이미 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 99 참조).

그러나 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 다른 것으로 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 명확성의 요건이 완화될 수밖에 없다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30; 1998. 6. 25. 95헌바35등, 판례집 10-1, 771, 793 참조).

또한 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당한다고 볼 수 없음은 그간 우리 재판소가 누누이 밝힌 바 있다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 592; 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662 참조).

이 사건 심판대상 범조항으로 돌아와 볼 때 출국금지의 대상이 되는 금액의 액수를 직접 규정하지 않고 법무부령으로 정하도록 하고는 있으나 법원에서 선고하는 벌금이나 추징금 액수는 경제현실에 따라 변동될 수 있고, 법의식 및 사회관념의 변화에 따라 출국금지의 상당성을 인정하는 금액이 다를 수 있으므로 출국금지의 기준 금액을 현실의 상황변화에 맞게 탄력적으로 결정할 수 있도록 할 필요가 크다. 그렇다면 법률에서 직접 출국금지의 기준이 되는 추징금의 액수를 규정하기 보다는 하위법령에 위임하는 것이 입법기술상 보다 상당할 수 있다.

또한 이 사건 범조항이 출국금지처분의 사유가 되는 추징금의 미납액수 제한을 정하는 기준과 범위를 명시적으로 설정하고 있지는 않지만 추징금 미납자를 그 대상으로 하는 만큼 일정한 금액 이상의 추징금을 미납하는 경우에 출국금지처분은 명확하게 예측할 수 있다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 166; 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644, 656-657 참조).

나아가 앞서 실시한 바와 같이 출입국관리법의 전반적 체계와 관련 규정들에 비추어 보면 사회적 상당성있는 금액이 규정될 것임을 알 수 있어 위임입

법의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다 할 것이다.

(5) 이중처벌금지원칙 등의 위배여부

“헌법 제13조 제1항은 ‘모든 국민은 …… 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다’고 하여 이른바 ‘이중처벌금지의 원칙’을 규정하고 있다. 이 원칙은 한번 판결이 확정되면 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다는 ‘일사부재리의 원칙’이 국가형벌권의 기속원리로 헌법상 선언된 것으로서, 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 헌법 제13조 제1항에서 규정하고 있는 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다 할 것이다”(헌재 1994. 6. 30. 92헌바38, 판례집 6-1, 619, 627; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 18; 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624; 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 10-13 참조).

이 사건에서 문제되고 있는 추징은 몰수에 갈음하여 그 가액의 납부를 명령하는 사법처분이나 부가형의 성질을 갖는다(대법원 1979. 4. 10. 78도3098 판결; 대법원 1988. 6. 21. 88도551 판결). 그렇다면 주형은 아니지만 부가형으로서의 추징도 일종의 형벌임을 부인할 수는 없다.

그러나 이 사건의 경우 일정액수의 추징금을 납부하지 않은 자에게 내리는 출국금지의 행정처분은 형법 제41조상의 형벌이 아니라 형벌의 이행확보를 위하여 출국의 자유를 제한하는 행정조치의 성격을 지니고 있다. 그렇다면 심판대상 범조항에 의한 출국금지처분은 헌법 제13조 제1항 상의 이중처벌금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

4. 결 론

따라서 출입국관리법(2001. 12. 29. 법률 제6540호로 개정된 것) 제4조 제1항 제4호 중 추징금 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 주선희의 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 김영일, 재판관 주선희의 반대의견

우리는 심판대상 범조항이 헌법에 위반된다고 생각하므로 다음과 같이 반대의견을 밝히고자 한다.

가. 추징금 미납자에 대한 출국금지를 규정하고 있는 심판대상 범조항은 과잉금지원칙에 위반된다.

(1) 헌법 제14조가 보장하는 ‘거주·이전의 자유’는 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 체류지와 거주지를 결정할 수 있는 자유이다. 이러한 거주·이전의 자유는 국가의 간섭 없이 자유롭게 체류지와 거주지를 정하여 헌법이 보장하는 여러 가지 자유와 권리를 행사함으로써 개성을 신장시키고 행복을 추구하며 ‘인간다운 생활’을 모색하는 경제적인 자유인의 필수적인 기본권이라고 할 수 있다.

거주·이전의 자유의 보호영역에는 국내에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 국내에서의 거주·이전의 자유 뿐만 아니라 체류지와 거주지를 국외로 정할 수 있는 해외여행 및 해외이주의 자유를 포함하며, 후자에는 외국에서 체류 또는 거주하기 위하여 우리나라를 떠날 수 있는 ‘출국의 자유’가 당연히 포함된다(헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622, 645).

물론 거주·이전의 자유도 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권제한 입법의 한계조항인 과잉금지원칙에 위반되지 않는 한 법률로써 제한할 수 있다. 예컨대 군사작전상 필요한 경우나 국민보건상 필요에 의하여 군사작전지역이나 전염병감염지역으로의 여행·거주·이전의 자유를 제한한다든가, 국제외교상 또는 국가안보상의 이유로 미수교국 내지 분쟁지역에서의 여행이나 이주를 제한한다든가, 범죄수사상 불가피한 경우(출입국관리법 제4조 제1항 제1호)나 형사재판에 계속중인 경우(같은 조항 제2호) 또는 징역형·금고형의 집행이 종료되지 아니한 경우(같은 조항 제3호)에는 출국의 자유를 제한할 수 있을 것이다.

(2) 심판대상 범조항은 범무부령이 정하는 금액 이상의 추징금 미납자에 대하여도 범무부장관이 출국을 금지할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 심판대상 범조항은 추징금을 미납한 국민이 재산을 해외로 도피하는 등으로 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지하여 국가의 형벌권을 실현하고자 하는 입법목적(2004. 4. 6. 접수된 범무부장관 의견서 4면, 대법원 2001. 7. 27. 2001두3365, 공2001. 9. 15.(138), 1993 참조)을 달성하기 위하여 국민의 기본권인 출국의 자유를 제한하는 ‘출국금지 조치’라는 수단을 채택하고 있다.

살피건대, 국가형벌권의 실현이라는 입법목적 자체는 헌법적 정당성을 갖는 것이고, 심판대상 범조항이 출국금지라는 행정처분을 통하여 추징금의 납부를 간접적으로 강제함으로써 이러한 국가형벌권의 실현에 어느 정도 기여할 것이라는 점은 부인할 수 없다고 할 것이다.

그러나 추징금은 몰수의 대상인 물건을 몰수하기가 불가능한 경우에 추징

하는 가액(형법 제48조 제2항)으로서, 심판대상 범조항과 같이 출입국관리법 제4조 제1항 제4호에 병렬적으로 규정되어 있는 ‘벌금’의 경우 이를 납입하지 아니하는 때에는 신병확보가 수반되는 노역강유치가 가능함(형법 제70조)에 비하여, ‘추징금’의 경우에는 형벌의 성격을 갖고는 있으나 민사집행의 대상이라는 점에서 근본적인 차이가 있다. 즉, 추징금에 대하여는 검사의 명령에 의하여 집행하는데, 동 명령은 집행력있는 채무명의와 동일한 효력이 있고 그 집행에는 민사집행법의 집행에 관한 규정이 준용된다(형사소송법 제477조). 또한 강제집행이 개시되면 추징금에 대한 시효가 중단된다(형법 제80조).

이와 같이 추징금의 강제집행을 곤란하게 하는 것을 방지하여 국가의 형벌권을 실현하고자 하는 입법목적을 달성하면서도 기본권에 대한 침해가 적은 수단이 별도로 마련되어 있음에도 불구하고, 추징금 납부를 강제하기 위한 압박수단으로 출국금지 조치를 하는 것은 필요한 정도를 넘은 과도한 기본권제한이어서 최소침해성의 원칙에 위배된다고 아니할 수 없다.

뿐만 아니라, 위와 같이 신병확보의 목적이 아니라 단순히 추징금징수라는 행정편의를 위하여 출국금지 조치를 허용하는 것은 오늘날 글로벌화된 지구촌의 한 구성원으로서 해외에서의 견문 및 직업활동을 통한 개성신장, 각종 정보의 교류, 문화적 편견없는 인격의 형성 등을 위하여 국민이 누려야 할 헌법상의 중요한 기본권인 해외여행의 자유 내지는 출국의 자유를 제한하는 것이므로 법익의 균형성도 현저히 잃고 있는 것이다.

(3) 그러므로 심판대상 범조항은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙인 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 출국의 자유를 침해하는 것이다.

나. 설사 추징금 미납자에 대한 출국금지가 헌법상 허용된다고 하더라도, 심판대상 범조항은 포괄위임입법금지원칙 및 법률유보원칙에 위반된다.

(1) 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, 598, 607). 헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만, “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관

하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정한 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자가 입법사항을 부령에 위임하는 경우에도 적용된다고 할 것이고 따라서 이 경우에도 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여’ 위임해야 할 것이다(헌재 1998. 2. 27. 96헌마 371, 판례집 10-1, 184, 194-195 참조).

한편 우리 헌법재판소는 예측가능성의 판단방법에 관하여 “법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이며, 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령 또는 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령 또는 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하고, 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. 94헌마 113, 판례집 8-2, 141, 164 참조).

(2) 또한 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국가가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다.

즉, 행정작용이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작용과 국민생활의 기본적이고도 중요한 요소마저 행정에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것인바, 이러한 결과는 국가의사의 근본적 결정권한이 국민의 대표기관인 의회에 있다고 하는 의회민주주의의 원리에 배치되는 것이라 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌마70, 판례집 11-1, 633, 643-644).

(3) 살피건대, 오늘날 위에서 본 바와 같이 중요한 의미를 갖고 있는 기본

권인 국민의 출국의 자유를 직접적으로 제한하는 경우에는 그 규율범위에 대하여 법률위임의 구체성·명확성이 보다 엄격하게 요구된다 할 것이다. 즉, 출국금지조치의 요건이 되는 추징금 미납액수를 정함에 있어 그 하한은 필수적인 요소로서 국민의 기본권실현에 관련된 중요하고도 본질적인 사항이라 할 것이므로 그 내용이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어야 할 것이다.

그런데 심판대상 범조항은 추징금 미납액수의 하한설정에 관한 구체적인 기준을 마련하지도 않은 채 행정입법인 법무부령에 포괄적으로 위임하고 있기 때문에 그 미납액수의 하한이 어느 범위에서 어떠한 기준에 의하여 정해질지를 전혀 예측하거나 그 대강이라도 인식할 수 없게 되어 있을 뿐만 아니라(헌재 2003. 4. 24. 2002헌가15, 판례집 15-1, 360, 367 참조), 행정부의 자의적인 결정으로 인하여 추징금 미납액수의 하한이 수인 및 기대불가능할 정도로 축소될 염려마저 있다고 아니할 수 없다.

요컨대, 심판대상 범조항은 추징금 미납액수 하한의 범위나 기준 등을 전혀 규정하지 않은 채 이를 전적으로 법무부령에 위임하고 있는바, 이는 포괄적 위임입법으로서 헌법 제95조에 위반될 뿐만 아니라 법치주의원리 및 민주주의원리에서 파생하는 법률유보원칙에 위배된다고 볼 수밖에 없다.

다. 이상과 같은 이유로 우리는 심판대상 범조항에 대하여 위헌결정을 선고해야 한다고 생각하므로 다수의견에 반대하는 것이다.

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

## 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목 등 위헌소원

(2004. 10. 28. 99헌바91 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 당해소송이 제1심과 항소심에서 소송요건이 결여되었다는 이유로 각하되었지만 상고심에서 그 각하판결이 유지될지 불분명한 경우에도 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어서 재판의 전제성이 인정될 수 있다고 본 사례
2. 법률이 입법사항을 대통령령이나 부령이 아닌 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것이 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등과의 관계에서 허용되는지 여부(한정적극)
3. 법률이 국민의 권리의무와 관련된 사항을 고시와 같은 행정규칙에 위임하는 경우 그 위헌성 판단방법
4. 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목, 제10조 제1항 제2호, 제2항에서 입법사항을 금융감독위원회의 고시에 위임한 것이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
5. 부실금융기관에 대한 정부의 출자를 규정하는 구 금융산업의구조개선에관한법률 제12조의 입법목적
6. 금융감독위원회로 하여금 부실금융기관에 대하여 자본금 증가와 감소를 명할 수 있도록 규정한 구 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제2항 내지 제4항의 법적 의미
7. 위 법률조항들에 의한 자본금의 증가와 감소가 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는지의 여부(소극)
8. 위 법률조항들이 비례의 원칙에 위반되어 재산권을 침해하는지의 여부(소극)
9. 헌법 제119조 제2항의 ‘경제의 민주화’의 헌법적 의미

### 【결정요지】

1. 금융감독위원회가 주식회사인 보험회사에 대하여 부실금융기관

으로 결정하고 증거 및 감자를 명한 처분에 대하여 이 사건의 청구인들인 위 회사의 ‘주주’ 또는 ‘이사’ 등이 그 취소를 구하는 당해소송에서 제1심과 항소심 법원은 ‘주주’ 또는 ‘이사’ 등이 가지는 이해관계를 행정소송법 제12조 소정의 ‘법률상 이익’으로 볼 수 없다고 하면서 소를 각하하는 판결을 선고하였다. 그러나, 당해사건에 직접 원용할 만한 확립된 대법원 판례는 아직까지 존재하지 않아 해석에 따라서는 당해소송에서 청구인들의 원고적격이 인정될 여지도 충분히 있고, 헌법재판소가 이에 관하여 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 불가피하게 판단할 수밖에 없는 경우에는 헌법재판소로서는 일단 청구인들이 당해소송에서 원고적격을 가질 수 있다는 전제하에 재판의 전제성 요건을 갖춘 것으로 보고 본안에 대한 판단을 할 수 있다.

2. 오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다.

3. 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는

법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규 명령에 위임함이 바람직하고, 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다.

4. 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목은 부실금융기관을 결정할 때 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’의 기준에 관하여, 위 법률 제10조 제1항·제2항은 적기시정조치의 기준과 내용에 관하여 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있는바, 위와 같이 입법위임된 사항은 전문적·기술적인 것으로 업무의 성질상 금융감독위원회의 고시로 위임함이 불가피한 사항일 뿐만 아니고, 위 각 법률규정 자체에서 금융감독위원회의 고시로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 위 규정으로부터 금융감독위원회의 고시에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다 할 것이어서, 포괄위임입법금지를 선언한 헌법 제75조에 위반되지 아니한다.

5. 부실금융기관을 그대로 방치할 경우 당해 금융기관의 주주를 포함하여 채권자인 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 다수의 기업과 개인 및 당해 금융기관과 거래관계에 있는 여타 금융기관 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입을 것이 예상되고 나아가 국민경제 전체에 미치는 부정적인 효과가 매우 크므로, 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국민경제의 안정을 위하여 부실화된 금융기관에 대한 정부 등의 출자를 통하여 이를 회생시키고자 하는 것이 금융산업의구조개선에관한법률 제12조의 입법목적이다.

6. 금융산업의구조개선에관한법률 제12조 제2항 내지 제4항에 의한 자본금증가 및 감소명령은, 금융감독기관이 국민부담인 정부출자를 통해서라도 부실금융기관을 지원하는 것이 바람직하다고 판단하는 경우에 한하여 공적 자금 투입의 전제조건으로서 부실금융기관의 자본금을 실질에 맞추어 조절하는 불가피한 조치이자 동시에 기존의 주주에게 그 손실을 분담시키는 조치이다.

7. 부실금융기관의 주식은 국가의 증자나 감자명령에 의하여 그

가치가 감소한 것이 아니라, 부실경영으로 말미암아 증자나 감자명령의 유무와 관계 없이 그 당시 이미 영(0)에 가까운 상태나 또는 영(0)으로 그 가치가 감소한 것이다. 따라서 자본금증가나 감소의 방법으로서 비록 외형상으로는 국가에 의한 주식가치의 박탈 또는 하락이라는 형태를 띠고 있으나, 그 실질적 내용에 있어서는 주주의 재산권을 박탈하는 조치가 아니라 증자나 감자명령 당시 자유시장에서 형성된 주식의 실질가치를 단지 확인하는 행위에 지나지 않는다. 기존 주주들은 위 법률조항들에 의하여 단지 부실기업을 정리하거나 또는 정상화하는 방법과 절차에 있어서 국가의 간섭을 받음으로써 재산권의 행사를 제한 당할 뿐이므로, 위 법률조항들은 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는 것이 아니라, 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권에 관한 권리와 의무를 장래에 있어서 일반·추상적으로 형성하고 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이다.

8. 대형금융기관과 같은 대기업의 주식에 대하여는 그의 강한 사회적 연관성 때문에 보다 광범위한 제한이 정당화된다는 점, 국민경제의 관점에서 국가에게 부실금융기관의 경영정상화 방안으로서 자본증가나 감소의 조치를 취할 수 있는 가능성이 부여되어야 한다는 점, 감자명령의 경우 자본감소에 이익이 있는 주주들의 권리를 보호하기 위하여 그 당시 주식의 실질가치에 따라 주식매수청구권이 부여된다는 점 등을 고려하여 볼 때, 위 법률조항들은 국민경제의 안정을 실현하기 위하여 적절하고 필요한 수단이며 달성하고자 하는 공익의 비중과 개인이 입는 기본권제한의 효과를 비교하더라도 양자 사이에 적절한 균형관계가 인정되므로, 위 법률조항들은 주주의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하는 규정이다.

9. 헌법 제119조 제2항에 규정된 '경제주체 간의 조화를 통한 경제민주화'의 이념은 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다.

재판관 권 성, 재판관 주선희, 재판관 이상경의 반대의견

1. 우리 헌법은 제40조에서 국회입법의 원칙을 천명하면서 예외적으

로 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙을 한정적으로 열거하고 있는 한편 우리 헌법은 그것에 저촉되는 법률을 포함한 일체의 국가의사가 유효하게 존립될 수 없는 경성헌법이므로, 법률 또는 그 이하의 입법형식으로써 헌법상 원칙에 대한 예외를 인정하여 고시와 같은 행정규칙에 입법사항을 위임할 수는 없다. 우리 헌법을 이렇게 해석한다면 위임에 따른 행정규칙은 법률의 위임 없이도 제정될 수 있는 집행명령(헌법 제75조 후단)에 의하여 규정할 수 있는 사항 또는 법률의 의미를 구체화하는 내용만을 규정할 수 있다고 보아야 하는 것이고 새로운 입법사항을 규정하거나 국민의 새로운 권리·의무를 규정할 수는 없다. 그렇다면 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목은 '부채와 자산의 평가 및 산정'을 '금융감독위원회가 미리 정하는 기준'에, 이 사건 법률 제10조 제1항 제2호, 제2항은 '적기시정조치의 기준과 내용'을 '금융감독위원회의 고시'에 각 위임하고 있는바, 이는 법규적 사항을 헌법에서 한정적으로 열거한 위임입법의 형식을 따르지 아니하고 법률에서 임의로 위임입법의 형식을 창조한 것으로 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

2. 사기업이 부실화하는 경우, 원칙적으로 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는 절차를 밟아야지, 국가가 매번 부실기업에 대하여 국민의 세금으로 조성된 막대한 공적 자금을 투입함으로써 경쟁을 통한 시장의 자동조절기능을 약화시켜서는 안된다. 부실기업에 대한 국가의 지원은 국민경제적 고려에서 불가결한 지극히 예외적인 경우에 한하여 허용되어야 하며, 이 사건의 경우 부실화된 대상기업이 일반 사기업이 아니라 국가경제에 보다 큰 영향을 미치는 금융기관이라는 특수성이 인정되기는 하나, 단지 부실화된 사기업이 금융기관이라는 점만으로는 전 국민의 부담하에서 이루어지는 국가의 지원을 정당화한다고 볼 수 없고, 이로써 위 법률 제12조 제2항 내지 제4항이 국가지원의 사전적 단계로서 규정하는 강제적 자본금의 증가나 감소조치를 정당화하지 못한다고 판단된다. 따라서 위 법률조항들은 우리 헌법이 규정하는 시장경제질서에 부합될 수 없는 것으로 위헌으로 판단되어야 한다.

**【심판대상조문】**

금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되고 2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~2. 생략

3. “부실금융기관”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 금융기관을 말한다.

가. 경영상태를 실사한 결과 부채가 자산을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려운 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 운영위원회가 결정한 금융기관. 이 경우 부채와 자산의 평가 및 산정은 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 의한다.

나.~다. 생략

4.~8. 생략

금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되고 2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 제10조(적기시정조치) ① 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관에 대하여 다음 각 호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 이행계획을 제출할 것을 명하여야 한다.

1. 생략

2. 자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소

3.~9. 생략

② 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 조치(이하 “적기시정조치”라 한다)를 하고자 하는 경우에는 미리 그 기준과 내용을 정하여 고시하여야 한다.

③~⑤ 생략

금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되고 2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 제12조(부실금융기관에 대한 정부 등의 출자) ① 생략

② 제1항의 요청에 의하여 정부등이 부실금융기관에 출자하는 경우 당해 부실금융기관의 이사회는 상법 제330조·제344조 제2항·제416조 내지 제418조의 규정에 불구하고 발행할 신주의 종류와 내용, 수량, 발행가액, 배정방법 기타 절차에 관한 사항을 결정할 수 있다.

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부등이 출자를 하였거나 출자하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주(제1항의 규정에 의하여 출자한 정부등을 제외한 주주 또는 당해 금융기관의 부실에 책임이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 주주를 말한다. 이하 같다)가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다.

④ 부실금융기관이 제3항의 규정에 의하여 자본감소를 명령받은 때에는 상법 제438조 내지 제441조의 규정에 불구하고 당해 부실금융기관의 이사회에서 자본감소를 결의하거나 자본감소의 방법과 절차, 주식병합의 절차 등에 관한 사항을 정할 수 있다.

⑤~⑨ 생략

### 【참조조문】

헌법 제23조, 제37조 제2항, 제40조, 제75조, 제95조, 제119조 제2항

헌법재판소법 제68조 제2항

금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되고 2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 제12조(부실금융기관에 대한 정부등의 출자) ① 금융감독위원회는 부실금융기관이 계속된 예금인출 등으로 영업을 지속하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부등”이라 한다)에 대하여 당해 부실금융기관에 대한 출자를 요청할 수 있다.

②~⑥ 생략

⑦ 부실금융기관은 제2항 또는 제4항의 규정에 의하여 이사회결의를 한 때에는 지체없이 2개 이상의 일간지에 그 결의사항과 결의사항에 반대하는 주주의 경우 10일 이내에 주식의 종류와 수를 기재한 서면으로 회사에 대하여 자기가 보유한 주식의 매수를 청구할 수 있다는 사실을 공고하여야 한다.

⑧ 부실금융기관은 제7항에 의한 청구가 있는 경우에는 청구를 받은 날부터 2월 이내에 그 주식을 매수하여야 한다. 이 경우 주식의 매수가액은 주주와 회사간의 협의에 의하여 결정하며 협의가 이루어지지 아니하는 경우에는 회계전문가가 정부등의 출자가 이루어지기전의 부실금융기관의 재산가치와 수익가치 등을 고려하여 산정한 가격으로 한다.

⑨ 회사 또는 주식의 매수를 청구한 주주가 보유한 주식의 100분의 30 이상이 제8항 후단의 규정에 의하여 결정된 매수가액에 반대하는 경우에는 그 가액을 결정할 때부터 30일 이내에 법원에 대하여 매수가액의 결정을 청구할 수 있다.

행정규제기본법 제4조(규제법정주의) ① 생략

② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.

③ 생략

행정소송법 제12조(원고적격) 취소소송은 처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자가 제기할 수 있다. 처분 등의 효과가 기간의 경과, 처분 등의 집행 그 밖의 사유로 인하여 소멸된 뒤에도 그 처분 등의 취소로 인하여 회복되는 법률상 이익이 있는 자의 경우에는 또한 같다.

**【참조판례】**

1. 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58  
헌재 2000. 11. 30. 98헌바83, 판례집 12-2, 278, 284  
헌재 1992. 8. 19. 92헌바36, 판례집 4, 572, 574
4. 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341  
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 155, 165
7. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 305-306
8. 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945  
헌재 2003. 11. 27. 2001헌바35, 판례집 15-2하, 222, 238
9. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692-693  
헌재 2003. 11. 27. 2001헌바35, 판례집 15-2하, 222, 239

**【당 사 자】**

청 구 인 최○영 외 21인(별지 1과 같다.)  
대리인 법무법인 우방  
담당 변호사 유인희 외 2인  
청구인 최○영의 대리인 변호사 이영모  
당해사건 서울행정법원 99구27596 부실금융기관결정등처분취소

**【주 문】**

금융산업의구조개선에관한법률(1998. 9. 14. 법률 제5549호로 개정되고 2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호 가목, 제10조 제1항 제2호, 제2항 및 제12조 제2항 내지 제4항은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요

가. 청구인 ○○생명보험 주식회사(이하 ‘○○생명’이라 한다)는 1946. 9. 9. 설립되어 1999. 9. 14.을 기준으로 수권자본액 800억 원, 납입자본액 300억 원, 발행주식총수는 600만주인 생명보험사업 및 부대사업을 경영하는 보험회사이고, 청구인 최○영, 이○자, 최○선, 최○욱, 최○열, 최○광, 최○길, 최○호, 최○욱, 최○실, 최○화, 남○연, 최○정, 최○민, 이○석, 김○평, 최○중은 ○○생명의 주주들이었고, 청구인 하○국, 박○수, 최○의, 김○선, 조○호는 ○○생명의 이사들이었다.

나. 금융감독위원회는 1999. 9. 14. ○○생명에 대하여, ① 금융산업의구조 개선에관한법률 제2조 제3호 가목을 근거로 ‘경영상태를 실사한 결과 1999. 6. 말 기준으로 부채가 자산을 2조 6,753억 원 초과하여 정상적 경영이 어려울 것이 명백하다’라는 이유로 ○○생명을 부실금융기관으로 결정하고, ② 아울러 같은 법 제10조 제1항 내지 제5항, 제12조 제1항 내지 제4항·제7항 내지 제9항을 근거로 ‘○○생명이 해약의 증가, 수입보험료의 감소, 영업조직의 동요와 이탈 및 유동성 부족 등으로 영업의 지속이 어려워 그 조기정상화를 위한다’는 이유로 예금보험공사가 1,000만주의 신주를 인수할 수 있도록 하는 자본증가와 위 증자에 의거 예금보험공사에서 출자한 금액을 제외한 기존 주식 전부를 소각하는 자본감소를 명령하였다(이하, 위 각 처분을 부실금융기관 결정, 증자명령 및 감자명령으로 약칭하면서, 이를 통칭하는 경우 ‘이 사건 처분’이라고 한다).

다. 한편 이 사건 처분에 의하면, 증자명령 및 감자명령은 예금보험공사의 출자결정일로부터 효력이 발생하고 아울러 증자 및 감자는 위 출자결정일로부터 9일 이내에 효력이 발생하는데, 이와 관하여 예금보험공사는 같은 해 9. 14. 출자를 결정하였다.

라. 그러자, 청구인들 및 ○○생명은 서울행정법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송(서울행정법원 99구27596 부실금융기관결정등처분취소)을 제기한 다음, 그 소송에 적용될 수 있는 금융산업의구조개선에관한법률 제2조 제3호 가목, 제10조 제1항 제2호, 제2항 및 제12조 제2항 내지 제4항의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌심판제청신청(서울행정법원 99아667)을 하였다. 그런데, 위 법원에서는 1999. 9. 30. 이 사건 처분의 상대방인 ○○생명이 제기한 소에 대하여 그 청구를 기각하고, 이 사건 처분의 상대방이 아닌 청구인들이 제기한 소에 대하여 당사자적격 내지 소의 이익이 흠결된다는 이유로 이를 각하하는 판결을 선고함과 아울러 위 위헌제청신청을 기각하였는데, 청구인들 및 ○○생명은 항소를 하면서(서울고등법원 99누13408), 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 1999. 10. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

마. 그 후 ○○생명은 1999. 12. 15. 서울고등법원에는 소취하서를, 우리 재판소에는 이 사건 심판에 관한 청구취하서를 각 제출하였고, 서울고등법원은 2000. 3. 22. ○○생명에 대하여 1999. 12. 15. 소취하로 인하여 소송이 종료되었고, 청구인들에 대하여 항소를 기각하는 취지의 판결을 선고하였는데, 이에

대하여 청구인들만이 대법원에 상고하여 현재 상고심이 계속중이고(대법원 2000두2648), ○○생명이 원고인 행정소송사건은 더 이상 법원에 계속되지 않고 있다.

## 2. 심판대상 및 관련규정

이 사건 심판의 대상은 금융산업의구조개선예관법률(1998. 9. 14. 법률 제 5549호로 개정되고 2000. 1. 21. 법률 제6178호로 개정되기 전의 것, 이하 이 사건 법률이라 한다) 제2조 제3호 가목, 제10조 제1항 제2호, 제2항 및 제12조 제2항 내지 제4항의 위헌여부이고, 이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. “부실금융기관”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 금융기관을 말한다.

가. 경영상태를 실사한 결과 부채가 자본을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 결정한 금융기관. 이 경우 부채와 자산의 평가 및 산정은 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 의한다.

제10조(적기시정조치) ① 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관에 대하여 다음 각 호의 사항을 권고·요구 또는 명령하거나 그 이행계획을 제출할 것을 명하여야 한다.

1. 금융기관 및 임·직원에 대한 주의·경고·견책 또는 감봉
2. 자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소
3. 채무불이행 또는 가액변경 등의 위험이 높은 자산의 취득금지 또는 비정상적으로 높은 금리에 의한 수신의 제한
4. 임원의 직무정지 또는 임원의 직무를 대행하는 관리인의 선임
5. 주식의 소각 또는 병합
6. 영업의 전부 또는 일부 정지

7. 합병 또는 제3자에 의한 해당 금융기관의 인수

8. 영업의 양도 또는 예금·대출 등 금융거래에 관련된 계약의 이전(이하 “계약이전”이라 한다)

9. 기타 제1호 내지 제8호에 준하는 조치로서 금융기관의 재무건전성을 높이기 위하여 필요하다고 인정되는 조치

② 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 조치(이하 “적기시정조치”라 한다)를 하고자 하는 경우에는 미리 그 기준과 내용을 정하여 고시하여야 한다.

제12조(부실금융기관에 대한 정부등의 출자등) ① 금융감독위원회는 부실금융기관이 계속된 예금인출 등으로 영업을 지속하기가 어렵다고 인정되는 경우에는 정부 또는 예금보험공사(이하 “정부등”이라 한다)에 대하여 당해 부실금융기관에 대한 출자를 요청할 수 있다.

② 제1항의 요청에 의하여 정부등이 부실금융기관에 출자하는 경우 당해 부실금융기관의 이사회는 상법 제330조·제344조 제2항·제416조 내지 제418조의 규정에 불구하고 발행할 신주의 종류와 내용, 수량, 발행가액, 배정방법 기타 절차에 관한 사항을 결정할 수 있다.

③ 금융감독위원회는 제1항의 규정에 의한 요청에 따라 정부등이 출자를 하였거나 출자를 하기로 결정한 부실금융기관에 대하여 특정주주(제1항의 규정에 의하여 출자한 정부등을 제외한 주주 또는 당해 금융기관의 부실에 책임이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 주주를 말한다. 이하 같다)가 소유한 주식의 일부 또는 전부를 유상 또는 무상으로 소각하거나 특정주주가 소유한 주식을 일정비율로 병합하여 자본금을 감소하도록 명령할 수 있다.

④ 부실금융기관이 제3항의 규정에 의하여 자본감소를 명령받은 때에는 상법 제438조 내지 제441조의 규정에 불구하고 당해 부실금융기관의 이사회에서 자본감소를 결의하거나 자본감소의 방법과 절차, 주식병합의 절차 등에 관한 사항을 정할 수 있다.

3. 청구인들의 주장과 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견  
별지 2와 같다.

4. 적법요건에 대한 판단

가. 재정경제부장관의 본안전 항변에 대하여

재정경제부장관은 법률 또는 법률조항 자체에 대하여 헌법소원 심판청구를 하기 위하여는 그 조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 직접적이고 현재적으로 자기의 기본권을 침해받은 경우에 한하는 것이므로, 청구인

들의 이 사건 헌법소원 심판청구는 직접성의 요건을 결여하여 부적법하다는 취지로 주장한다.

그러나, 기본권 침해의 직접성이라는 요건은 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 이른바 권리구제형 헌법소원의 요건일 뿐, 이 사건 청구와 같이 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 때 그 신청을 한 당사자가 청구하는 같은 조 제2항 소정의 이른바 규범통제형 헌법소원의 요건은 아니므로, 위 주장은 그 자체로 받아들일 수 없다.

#### 나. 재판의 전제성에 관하여

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에 있어서는 일반법원에 계속 중인 구체적 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 한다. 이 경우 재판의 전제가 된다고 하려면 우선 그 법률이 당해 사건에 적용할 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 말하고(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58), 여기에서 당해사건이 일반법원에 계속 중이라는 의미는 원칙적으로 ‘적법하게’ 계속되어 있어야 한다. 그러므로, 법원에서 당해 소송사건에 적용되는 재판규범 중 위헌제청신청 대상이 아닌 관련 법률에서 규정한 소송요건을 구비하지 못하였기 때문에 부적법하다는 이유로 소각하 판결을 선고하고 그 판결이 확정되거나, 소각하 판결이 확정되지 않았더라도 당해 소송사건이 부적법하여 각하될 수밖에 없는 경우에는 당해 소송사건에 관한 ‘재판의 전제성’ 요건이 흠결되어 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 부적법하다 할 것이나(헌재 2000. 11. 30. 98헌바83, 판례집 12-2, 278; 1992. 8. 19. 92헌바36, 판례집 4, 572, 574 참조), 이와는 달리 당해 소송사건이 각하될 것이 불분명한 경우에는 ‘재판의 전제성’이 흠결되었다고 단정할 수 없는 것이다.

구체적 사건에 관하여 사실관계를 인정하고 법률을 해석하여 적용하는 것은 어디까지나 일반법원의 역할이고, 헌법재판소는 일반법원이 구체적 사건에 관한 재판을 할 때 선결문제가 되는 법률의 위헌 여부의 심사 및 선언을 하는 것이다. 즉, 일반법원의 재판규범인 법률이 위헌법률심판절차의 심판대상으로 헌법에 위반되는지 여부를 다투는 경우가 아닌 한, 단순히 법률의 해석·적용을 다투는 것은 우리 재판소의 심판대상이 될 수 없고 그 최종적인 사법적 해석권한은 법원에 있다. 그렇지만, 우리 재판소가 이 사건에서와 같이 헌법소원심판을 판단하기 위하여는 당해 소송사건이 행정소송법 제12조의

원고적격이라는 소송요건을 충족하였는지 여부에 관하여 법원의 최종적인 법률해석에 앞서 불가피하게 판단할 수밖에 없는 경우도 있다. 그렇다고 하더라도 우리 재판소의 사실인정이나 법률해석에 일반법원이 구속되는 것은 아니라 할 것이다.

이 사건 법률에 근거한 이 사건 처분과 관련하여, 원고적격을 가진 자가 주식회사인 경우에 그 회사의 '주주' 또는 '이사' 등이 가지는 이해관계를 행정소송법 제12조 소정의 '법률상 이익'으로 볼 수 있는지 여부에 관하여 당해소송의 제1심과 항소심 법원은 이를 부정하고 소를 각하하는 판결을 선고하였다. 그러나, 이 사건에 직접 원용할 만한 확립된 대법원의 판례는 아직까지 존재하지 않고, 해석에 따라서는 당해소송에서 청구인들의 원고적격이 인정될 여지도 충분히 있다. 따라서, 우리 재판소는 일단 청구인들이 당해소송에서 원고적격을 가질 수 있다는 전제하에 이 사건 법률조항에 대한 심판청구가 우선 재판의 전제성 요건을 갖춘 것으로 보고 본안에 대한 판단에 나아가기로 한다.

5. 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제1항 제2호 및 제2항의 위헌 여부

가. 법률이 입법사항을 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것이 헌법 제40조, 제75조와 제95조 등에 위반되는지 여부

(1) 청구인 최○영의 주장요지

청구인 최○영은 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제2항이 법규적 사항을 금융감독위원회의 고시로 정하도록 위임하고 있으므로, 그와 같은 금융감독위원회의 고시인 보험감독규정의 관련규정은 법규명령에 해당하는 것인데, 우리 헌법은 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙을 한정적으로 열거하고 있으므로, 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제2항이 법규적 사항을 위와 같이 헌법에서 열거한 기관이 아닌 금융감독위원회에게 위임한 것은 헌법에 위반된다고 주장한다.

(2) 관련 헌법규정과 문제의 소재

(가) 우리 헌법 제40조는 "입법권은 국회에 속한다"라고 규정하고 있으면서 아울러 헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"라고 규정하고 있고, 헌법 제95조는 "국무총리 또는 행정각부의

장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”라고 각 규정하여 행정기관으로의 위임입법을 인정하고 있다.

(나) 그런데, 이 사건 법률 제2조 제3호 가목에서 부실금융기관을 정의하고 그 기준이 되는 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’은 금융감독위원회가 정하도록 하고 있고, 아울러 이 사건 법률 제10조 제1항은 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관 또는 그 임원에 대하여 소정의 적기시정조치를 취할 수 있고 제2항에서 “적기시정조치”의 기준과 내용을 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있다.

(다) 한편, 우리 재판소는, 고시는 그 성질이 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정되는 것으로(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 506 참조), 그 내용 속에 일반적·추상적 규율을 갖는 것과 구체적인 규율의 성격을 갖는 것이 있을 수 있다고 판시한 바 있다. 또한, 원칙적으로 행정규칙은 그 성격상 대외적 효력을 갖는 것은 아니나, 특별히 예외적인 경우에 대외적으로 효력을 가질 수 있는데, 그 예외적인 경우는 우리 재판소가 이미 선례에서 밝힌 바와 같이 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우(헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303), 또는 법령의 직접적 위임에 따라 수입행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정하였을 때, 그 제정 형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 않는 경우(헌재 1992. 6. 26. 91헌마 25, 판례집 4, 444, 449)이다. 그러나, 위와 같은 행정규칙, 특히 후자와 같은 이른바 법령보충적 행정규칙이라도 그 자체로서 직접적으로 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니다. 즉, 상위법령과 결합하여 일체가 되는 한도 내에서 상위법령의 일부가 됨으로써 대외적 구속력이 발생되는 것일 뿐 그 행정규칙 자체는 대외적 구속력을 갖는 것은 아니라 할 것이다.

(라) 여기에서 법령이 입법사항에 관하여 위 헌법조항에서 규정한 대통령령, 총리령, 부령이 아닌 형식 즉 고시·훈령 등으로 위임이 가능한가 의문이 들 수 있다.

(3) 법령이 입법사항을 고시·훈령 등에 위임할 수 있는지 여부

(가) 논의의 배경

첫째, 법치국가의 원리는 입헌민주주의라는 제한적 민주주의에서 기원하고 있고, 입헌민주주의 하에서의 그 구체적인 내용인 행정의 법률적합성의 요청 즉, 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙은 주로 민주적으로 구성된 의회가 정당성이 결여된 정부에 대한 통제수단의 성격을 가졌다. 그러나, 오늘날 헌법적인 상황에서는 국회 뿐만 아니라 행정부 역시 민주적인 정당성을 가지고 있으므로, 행정의 기능유지를 위하여 필요한 범위 내에서는 행정이 입법적인 활동을 하는 것이 금지되어 있지 않을 뿐만 아니라 오히려 요청된다고 보아야 한다. 그렇다고 하더라도, 원칙적인 입법권은 헌법 제40조에 나타나 있는 바와 같이 국회가 보유하고 있는 것이고 행정입법은 그것이 외부적인 효력을 가지는 한 의회입법에서 파생하여 이를 보충하거나 구체화 또는 대위하는 입법권의 성격만을 가질 뿐이다.

둘째, 오늘날 국가가 소극적인 질서유지기능에 그치지 않고 적극적인 질서형성의 기능을 수행하게 되었다는 것은 공지의 사실이다. 그 결과 규율의 대상이 복잡화되고 전문화되었다. 위와 같은 국가기능의 변화 속에서 개인의 권리의무와 관련된 모든 생활관계에 대하여 국회입법을 요청하는 것은 현실적이지 못할 뿐만 아니라 국회의 과중한 부담이 된다. 또한 국회는 민주적 정당성이 있기는 하지만 적어도 제도적으로 보면 전문성을 가지고 있는 집단이 아니라는 점, 국회입법은 여전히 법적 대응을 요청하는 주변환경의 변화에 탄력적이지 못하며 경직되어 있다는 점 등에서 기능적합적이지도 못하다. 따라서 기술 및 학문적 발전을 입법에 반영하는데 국회입법이 아닌 보다 탄력적인 규율형식을 통하여 보충될 필요가 있다.

셋째, 행정기능을 담당하는 국가기관이 동시에 입법권을 행사하는 것은 권력분립의 원칙에 반한다고 보여질 수 있으나, 외부적인 효력을 갖는 법률관계에 대한 형성은 원칙적으로 국회의 기능범위에 속하지만 행정기관이 국회의 입법에 의하여 내려진 근본적인 결정을 행정적으로 구체화하기 위하여 필요한 범위 내에서 행정입법권을 갖는다고 보는 것이 기능분립으로 이해되는 권력분립의 원칙에 오히려 충실할 수 있다.

(나) 법률이 입법사항을 고시 등의 형식으로 위임할 수 있는지에 관하여 위와 같은 배경 하에서 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 제2의 국가기관인 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식을 선택할 수도 있다 할 것이다. 따라서, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이다. 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있는 것이다.

#### (4) 이른바 법령보충적 행정규칙의 통제

위와 같이 법률이 입법사항을 고시 등에 위임하는 것이 가능하다고 하더라도 그에 관한 통제는 다음과 같은 이유로 더욱 엄격하게 행하여져야 한다.

과거 우리 나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 행정부에서 마련하여 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고, 그로 말미암아 위임입법이 양산된 것이 헌정의 현실이다.

한편 행정절차법은 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있도록(제45조) 규정하고 있으나, 고시나 훈령 등 행정규칙을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니한다. 법규명령과 행정규칙의 이러한 행정절차상의 차이점 외에도 법규명령은 법제처의 심사를 거

치고(대통령령은 국무회의에 상정되어 심의된다) 반드시 공포하여야 효력이 발생하는데 반하여, 행정규칙은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력을 발생하게 된다는 점에서 차이가 있다. 또한 우리나라에서는 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 아니하다.

이상과 같은 여러 가지 사정을 종합하면 이 사건에서와 같이 재산권 등과 같은 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1, 판례집 10-1, 509, 515 참조), 금융감독위원회의 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조 제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다.

(5) 위 각 규정의 위헌여부에 대한 판단

(가) 위 각 규정과 그에 의하여 위임받은 고시의 내용과 구조

우선 이 사건 법률 제2조 제3호 가목은, ‘경영상태를 실시한 결과 부채가 자산을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 결정한 금융기관’을 부실금융기관이라 하고 이 경우 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’은 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 의한다’고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 금융감독위원회가 고시한 보험감독규정(1999. 6. 25. 개정된 것) 제134조 내지 제137조에 의하면, 부채와 자산에 대한 평가범위에 관하여 부실보험사업자의 대차대조표상 자산·부채의 각 계정과목을 대상으로 함을 원칙으로 하되 이는 부실여부의 판단을 위한 것이므로 ‘미구상채권’ 및 ‘부채 계정 중 자산에 대한 평가성충당금’만을 제외하고 있고, 평가기준에 관하여 장부가액과 실질가치를 비교하여 장부가액이 실질가치를 반영하고 있는 경우는 장부가액을 기준으로, 장부가액이 실질가치를 반영하지 못하는 경우에는 시가 또는 손실발생예상액을 차감한 실질가치로 조정하여 평가하도록 함으로써 현재 통용되고 있는 보험업계에서의 회계기준을 그대로 적용하되 부실여부를 판단할 수 있도록 그 가치를 실질적으로 평가할 수 있는 항목만을 추가하고 있으며, 평가절차에 관하여 금융감독원장이 평가에 필요한 기초자료를

평가대상 보험사업자에게 요구할 수 있고 그 사업자에 입점하여 실사할 수 있도록 규정하고 있다.

다음으로, 이 사건 법률 제10조 제1항은 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관 또는 그 임원에 대하여 소정의 적기시정조치를 취할 수 있고 제2항에서 금융감독위원회는 “적기시정조치”를 하고자 하는 경우에는 미리 그 기준과 내용을 정하여 고시하여야 한다고 규정하고 있다. 이에 대한 금융감독위원회에서 정할 조치의 기준 및 내용은 위 보험감독규정 제3장 제2절에 규정되어 있는바, 그 속에는 지급여력기준의 계산방식과 지급여력의 비율과 경영실태평가에 따른 금융감독위원회가 취할 수 있는 적기시정조치인 경영개선권고, 경영개선요구, 경영개선명령 및 경영개선계획에 대한 제출명령에 대한 기준과 내용 및 절차가 규정되어 있다.

(나) 이 사건 법률조항의 위임사항이 금융감독위원회의 고시로 위임될 사항인지 여부

우선, 이 사건 법률 제2조 제3호 가목 소정의 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’에 관하여 볼 때, 위와 같은 기준은 부실금융기관의 결정여부를 판단하는 중요한 기준이 되고 있다. 그렇지만, 금융감독위원회에서 정할 부채와 자산의 개념은 회계학상의 용어로서 위와 같은 개념을 실무상 적용할 때 해당분야의 기술적·전문적인 경험이 필요하다. 또한 어떠한 항목이 ‘자산’ 또는 ‘부채’에 포함될 것인지에 관하여 이를 일률적으로 규정하기 곤란할 정도로 그 내용이 너무나 다양하고, 그 판단을 하려면 고도의 전문지식이 필요하며, 국가경제정책을 고려하여야 한다. 따라서, 부실금융기관의 판단근거가 되는 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’이라는 사항은 전문적·기술적 사항으로 업무의 성질상 금융감독위원회의 고시로 위임함이 불가피한 사항이라고 볼 수 있다.

다음으로, 이 사건 법률 제10조 제2항에서 위임된 ‘적기시정조치의 기준과 내용’에 관한 사항 또한 금융감독위원회의 고시로 정하는 것이 부적절하다 할 수 없다. 이 사건 법률에서 규율대상으로 하고 있는 금융기관은 은행, 보험회사, 종합금융회사 등 그 범위가 매우 넓고, 각 금융기관의 영업형태, 재무회계의 기준, 위험도의 종류 등이 서로 달라서 하나의 법률에서 모든 금융기관을

통할하는 통합기준을 마련한다는 것도 어려울 뿐만 아니라 이러한 상황에서 각 적기시정조치별로 모든 금융기관에 대하여 적용가능한 기준을 마련하여 규정하고 그 기준에 맞는 조치를 하도록 하는 것은 사실상 불가능하고 그와 같은 적기시정조치는 그 명칭에서도 알 수 있는 바와 같이 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위한 것으로서 적기에, 그리고 급변하는 금융, 자본시장의 상황을 적절히 고려하여 이루어져야 한다는 점에서 본다면, ‘적기시정조치의 기준과 내용’이라는 사항 또한 전문적·기술적인 것으로 업무의 성질상 금융감독위원회의 고시로 위임함이 불가피한 사항이라고 할 수 있다.

(다) 위임입법의 한계 일탈 여부

우리 헌법 제75조의 규정 취지는 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권침해에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문에, 위와 같은 결과를 사전에 방지하고자 함에 있다. 따라서 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 위임된 범규명령 등으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 범규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조), 이 경우에 있어 그 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(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 155, 165).

우선, 이 사건 법률 제2조 제3호 가목은 부실금융기관이란 ‘경영상태를 실사한 결과 부채가 자산을 초과하는 금융기관 또는 거래의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 결정한 금융기관’이라 하고 그 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’에 관한 사항을 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있다. 위 규정에서 언급한 자산과 부채라는 개념은 회계학상의 용어임이 분명한데, 회계학상 자산은 ‘과거의 거래나 사건의 결과로 특정의 실체가 획득되거나 통제하고 있는

가능한 미래의 경제적 효익'이라고 정의되고 있고, 그 속에는 유동자산으로서 당좌자산, 채고자산이 있고, 고정자산으로 투자자산, 유형자산, 무형자산, 이연자산 등이 있으며, 부채는 '장래 경제적 가치를 급부하여야 할 일체의 의무'로서 유동부채와 고정부채를 포함하는 것이라고 일반적으로 정의되고 있는바, 강학상의 의미와는 달리 이를 실무상 적용할 경우 다소 복잡한 문제가 발생할 수는 있으나, 자산은 해당기업이 가지고 있는 경제적 효익에 대한 권리고, 부채는 타인에 대한 경제적 의무를 의미한다는 점에서 크게 다툼의 여지가 없을 뿐만 아니라 법률의 입법목적, 법률의 체계 및 위 규정이 법률 내에서 차지하는 위치 등에 비추어 위 규정 내에서 부채와 자산은 금융기관에서 일반적으로 통용되고 있는 일반적 개념으로 사용되었다고 볼 수 있고, 그러한 점에서 위 부채와 자산의 개념은 본질적으로 그 한계가 있고, 위 규정에서 부실금융기관을 결정함에 있어 경영상태를 실시한 결과 부채가 자본을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관이라고 하여 법률에서 이미 부실금융기관을 결정함에 있어서의 기본적으로 부채가 자본을 초과할 것이라는 기준을 제시하고 있다. 따라서, 그 기준에 대한 세부적인 사항인 자산과 부채의 개념정립 및 그 적용, 자산과 부채에 대한 평가 및 산정기준에 관하여만 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있어, 누구라도 위 규정자체로부터 금융감독위원회의 고시에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다 할 것이다.

다음으로, 이 사건 법률 제10조 제1항은 금융감독위원회는 금융기관의 자기자본비율이 일정수준에 미달하는 등 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하거나 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 인하여 금융기관의 재무상태가 제2항의 규정에 의한 기준에 미달하게 될 것이 명백하다고 판단되는 때에는 금융기관의 부실화를 예방하고 건전한 경영을 유도하기 위하여 당해 금융기관 또는 그 임원에 대하여 소정의 적기시정조치를 취할 수 있다고 규정하고, 제2항에서 금융감독위원회에게 그 "적기시정조치"의 기준과 내용을 정하여 고시하도록 규정하고 있다.

우선 위 규정 중 '자기자본비율' 또한 회계학상의 용어로서 총자본에 대한 자기자본의 비율을 백분율로 표시한 것으로 기업의 안전성을 분석하는데 중요한 자료로 널리 사용되고 있고, 이를 다른 뜻으로 해석하거나 시행령등 하위법령에서 원래의 취지와 다른 규정을 둘 수는 없음이 명백하다.

다음으로, 위 규정에서는 금융감독위원회가 자기자본비율에 따라 단계별로 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있는 바, 그 조치는 청구인들이 위헌이라고 주장하는 제2호 ‘자본증가 또는 자본감소, 보유자산의 처분 또는 점포·조직의 축소’ 등에서부터 주식의 소각, 합병에 이르기까지 다양하고, 각 적기시정조치의 기준 등에 관하여 행정부에 상당한 재량을 부여하고는 있으나, 위 규정에서는 그 조치의 행태에 따라 권고·요구 또는 명령을, 내용별로 제1호에서 제9호에 이르기까지 각 조치를 구체적으로 열거하여 그 기본적인 요건과 내용을 법률에서 이미 규정하고 있고, 그 구체적인 기준과 절차만 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있다.

또한, 위 규정에 따라 금융감독위원회의 고시로 자기자본비율분석에 따른 적기시정조치의 대상이 될 금융기관의 범위, 해당금융기관의 자기자본비율과 조치의 상관관계, 금융감독위원회의 조치에 따른 해당 금융기관의 후속조치에 따른 절차, 기타 권고·요구 또는 명령과 관련된 상세절차 등을 정할 것으로 누구라도 충분히 예측할 수 있다고 보일 뿐만 아니라 위와 같은 사항외에 새로이 국민의 권리를 제한할 가능성이 있는 내용을 담을 것이라고 보여지지도 않는다.

더욱이, 위 규정에서 위임하고 있는 사항은 앞에서 언급한 바와 같이 전문적·기술적인 것으로 업무의 성질상 금융감독위원회의 고시로 위임함이 불가피한 사항이라고 할 수 있으므로, 법률에서는 그 대략적인 기준만을 마련하고 그 법률을 사실상 운용하는 정부기관에서 그 구체적인 기준과 내용을 정하도록 함이 타당하다.

그렇다면, 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제2항의 규정에 의하여 위임된 금융감독위원회의 고시로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 위 규정으로부터 금융감독위원회의 고시에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다 할 것이므로, 포괄위임입법금지를 선언한 헌법 제75조에 위반되지 아니한다.

6. 이 사건 법률 제12조 제2항 내지 제4항의 위헌여부

가. 이 사건 법률 제12조의 내용 및 입법목적

1997. 12. IMF는 우리나라에 대한 금융지원 합의를 계기로 부실금융기관에 대한 구조조정을 요구하였는데, 정부는 부실금융기관을 청산할 경우 국내 금융시장에 미칠 파급효과를 고려하여 정부의 출자에 의하여 부실금융기관의 경영정상화를 추진하기로 결정하고 1998. 1. 8. 법률을 개정하여, 제1항에서 금

융감독위원회가 부실금융기관에 대하여 소정의 요건이 충족되는 경우 정부 등의 출자를 요청할 수 있도록 하고, 제3항에서 주식소각과 주식병합의 방법을 통한 자본감소의 조치를 명할 수 있게 하고, 제2항과 제4항에서 증자나 감자 등을 추진하는 경우 상법보다 대폭 간소화된 절차를 취할 수 있도록 규정하였다.

부실금융기관의 정상화를 위하여는 가능한 최단시일 내에 자본감소와 정부의 출자를 동시에 진행하여야 할 필요가 있고, 상법상의 절차를 따를 경우 자본의 증가와 감소에 상당한 시일이 소요되고 정부의 출자여부가 불확실한 상황이 지속되어 예금인출 등으로 인하여 부실금융기관의 정상화가 사실상 곤란하기 때문에, 위 각 규정에서는 금융기관의 특성과 상법상의 한계를 감안하여 상법상의 절차보다 대폭 간소화된 절차를 취할 수 있게 하여 자본의 증가와 감소에 소요되는 기간을 대폭 단축하고 특히 자본감소의 경우 주주총회의 특별결의 대신 이사회 결의로 자본감소를 결정할 수 있도록 규정하면서, 이 경우 기존 주주들의 권리를 보호하기 위하여 이사회결의에 반대하는 주주에 대해서는 상법상 자본감소절차에는 규정되지 않은 주식매수청구권(제7항 내지 제9항)을 별도로 도입하였다.

부실금융기관을 그대로 방치할 경우 당해 금융기관의 주주를 포함하여 채권자인 예금주, 당해 금융기관으로부터 자금을 조달하는 다수의 기업과 개인 및 당해 금융기관과 거래관계에 있는 여타 금융기관 등 다수의 이해관계자들이 상당한 재산적 손실을 입을 것이 예상되고 나아가 국민경제 전체에 미치는 부정적인 효과가 매우 크므로, 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국민경제의 안정을 위하여 부실화된 금융기관에 대한 정부등의 출자를 통하여 이를 회생시키고자 하는 것이 이 사건 법률 제12조의 입법목적이라 할 것이다. 일반 사기업이 부실화하는 경우 원칙적으로는 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는 절차를 밟아야 할 것이나, 금융기관이 부실화하는 경우 일반 사기업에 비하여 국민경제에 미치는 파장이 막대하며 예금자 및 거래당사자가 보호되어야 할 필요가 있으므로, 국가가 이러한 부실을 떠안고 국민의 세금으로 조성된 공적 자금을 투입하는 것이다.

#### 나. 재산권의 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항은 금융감독위원회로 하여금 부실금융기관에 대하여 정부 등의 출자를 통한 자본증가와 주식소각과 주식병합의 방법을 통한 자본감소를 명령할 수 있도록 규정함으로써 주식을 자유롭게 이용·수익·처분하

는 주주의 재산권을 제한하고 있다.

우선 자본감소의 경우를 살펴보면, 주식소각이나 주식병합은 비록 외형상으로는 국가에 의한 주식의 박탈이란 형태를 띠고 있으나, 그 실질적 내용에 있어서는 주주의 재산권을 박탈하는 조치가 아니라 감자명령 당시 자유시장에서 형성된 주식의 실질가치를 단지 확인하는 행위에 지나지 않는다. 즉 부실금융기관의 주식의 경우, 국가의 감자명령과 그에 따른 자본감소에 의하여 그 가치가 감소한 것이 아니라, 부실경영으로 말미암아 감자명령의 유무와 관계없이 그 당시 이미 영(0)에 가까운 상태나 또는 영(0)으로 그 가치가 감소한 것이다. 즉, 기존 주주들은 감자명령에 의하여 주식의 재산적 가치에 있어서 손실을 입은 것이 아니라 단지 부실기업을 정리하거나 또는 정상화하는 방법과 절차에 있어서 국가의 간섭을 받음으로써 재산권의 행사를 제한당할 뿐이다.

한편, 자본증가의 경우에도, 기존의 주주가 소유하고 있는 주식은 자본증가로 인하여 그 가치가 실질적으로 감소될 수 있기는 하나, 부실금융기관의 주식의 가치가 이미 영(0)으로 수렴된 경우에는 그 주식의 재산적 가치가 없어졌으므로, 자본증가로 인한 재산권의 제한여부가 실질적으로 문제될 수 없고, 부실금융기관의 주식이 재산적 가치가 다소나마 남아 있더라도 공적 자금이 투입됨으로써 부실금융기관이 정상화되거나 부실상태에서 어느 정도 벗어난다면 재산적 가치가 미미하였던 기존 주주의 주식의 가치가 그에 비례하여 상승하게 될 것이므로, 기존 주주는 자본증가로 인하여 피해를 입는 것이 아니고 오히려 이익을 보게 될 것이다.

따라서, 증자나 감자명령은 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여, 특히 국가의 재화조달의 목적으로 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 박탈하려는 헌법 제23조 제3항의 공용침해에 해당하는 것이 아니라, 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권에 관한 권리와 의무를 장래에 있어서 일반·추상적으로 형성하고 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이다 (헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 305-306).

(2) 다른 모든 기본권과 마찬가지로 재산권도 공익상의 이유로 제한될 수 있음은 물론이며, 특히 대형금융기관과 같은 대기업의 주식의 경우 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 가능하다. 기본권의 전체체계에서 재산권은, 기본권의 주체가 각자의 생활을 자기 책임하에서 자주적으로 형성하도록 이에 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 한다. 이로써 재산권의 보장은 자유

실현의 물질적 바탕을 의미하고, 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다. 재산권의 이러한 자유보장적 기능은 재산권을 어느 정도로 제한할 수 있는가 하는 사회적 의무성의 정도를 결정하는 중요한 기준이 된다. 재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉 재산권의 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 특정 재산권의 이용과 처분이 그 소유자 개인의 생활 영역에 머무르지 아니하고 일반 국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 제한하는 규율권한을 더욱 폭넓게 가진다(1998. 12. 24. 89헌마214 등, 판례집 10-2, 927, 945). 이러한 관점에서 볼 때, 대기업의 자본지분인 주식에 대한 재산권의 경우 재산권이 개인의 인격발현에 대하여 지니는 의미는 상당히 미미한데 반하여 사회적 연관성이나 사회적 기능이 뚜렷하므로, 국가에 의하여 보다 폭넓게 제한될 수 있다.

(3) 금융기관의 부실은 다른 사기업의 경우와는 달리 국민경제에 큰 부정적인 효과를 가져올 수 있으므로 금융거래의 안전과 예금자보호 등 국가경제의 안정을 위하여 국가가 개입할 필요가 있고, 이 경우 국가지원의 사전 절차이자 전제조건으로서 부실금융기관의 자본금을 그 실질에 맞추어 조절하는 조치를 취하는 것이 불가피하다. 그리고, 부실금융기관은 대부분의 경우 증자나 감자명령 당시 사실상 지급불능의 상태에 있어 파산을 선언하는 순간 금융기관의 재산가치도 영(0)이 되어 버릴 우려가 크며 이에 따라 부실금융기관의 주식도 이미 영(0)에 가까운 상태로 그 가치가 감소된다 할 것인데, 만일 이러한 주주들이 보유하고 있는 주식을 그대로 둔 채 정부 등이 부실규모에 상당한 자금을 투입할 경우 그에 걸맞는 지분을 확보하기 어려운 반면에 기존 주주들은 새로운 자금이 투입됨에 따라 경영이 정상화되고 기업가치가 상승하여 예상하지 않던 이익을 얻게 되는 불합리한 결과가 초래된다.

따라서, 금융기관의 주식에 대하여는 그의 강한 사회적 연관성 때문에 보다 광범위한 제한이 정당화된다는 점, 국민경제의 관점에서 국가에게 부실금융기관의 경영정상화 방안으로서 정부 등의 출자에 의한 자본증가와 자본감소의 조치를 취할 수 있는 가능성이 부여되어야 한다는 점, 감자명령의 경우 자본감소에 이의가 있는 주주들의 권리를 보호하기 위하여 그 당시 주식의

실질가치에 따라 주식매수청구권이 부여된다는 점(법 제12조 제7항) 등을 고려하여 볼 때, 금융감독기관에게 자본금의 증가와 감소를 명할 수 있는 권한을 부여할 필요가 있다.

한편, 정부 등의 출자가 효율적이고 적기에 시행되기 위하여 이사회가 신주발행을 위한 결의를 함에 있어 상법규정을 배제할 필요가 있고, 주식의 소각 또는 병합에 관한 결의도 상법상의 규정에 따라 주주총회의 특별결의에 따르도록 할 경우 자신의 주식이 소각되는 것을 바라는 주주는 전혀 없을 것이므로 출자형태의 자금투입의 전제가 되는 주식의 소각 또는 병합에 관한 결의가 주주총회에서 이루어진다는 것은 사실상 불가능하리라고 예상되므로 상법규정의 적용을 배제하고 이사회 결의에 의하여도 가능하도록 할 필요도 있다.

(4) 그렇다면, 위 각 규정은 국민경제의 안정을 실현하기 위하여 적절하고 필요한 수단이며 달성하고자 하는 공익의 비중과 개인이 입는 기본권제한의 효과를 비교하더라도 양자 사이에 적절한 균형관계가 인정되므로, 이 사건 조항은 주주의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하는 규정이라 할 것이다. 우리재판소는 2003. 11. 27. 2001헌바35 사건(판례집 15-2하, 222)에서 이미 이 사건 법률 제12조 제3항에 대하여 위와 같은 이유로 헌법에 위반되지 않는다고 판시한 바도 있다.

#### 다. 헌법 제119조 제2항의 경제민주화 위반 여부

헌법상의 경제질서에 관한 규정은, 국가행위에 대하여 한계를 설정함으로써 경제질서의 형성에 개인과 사회의 자율적인 참여를 보장하는 '경제적 기본권'과 경제영역에서의 국가활동에 대하여 기본방향과 과제를 제시하고 국가에게 적극적인 경제정책을 추진할 수 있는 권한을 부여하는 '경제에 대한 간섭과 조정에 관한 규정'(헌법 제119조 이하)으로 구성되어 있다.

특히 헌법 제119조는 개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의 실현하는 경제질서를 경제헌법의 지도원칙으로 표명함으로써 국가가 개인의 경제적 자유를 존중하여야 할 의무와 더불어 국민경제의 전반적인 현상에 대하여 포괄적인 책임을 지고 있다는 것을 규정하고 있다. 우리 헌법은 헌법 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 언급함으로써 국가가 경제정책을 통하

여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 692-693). 따라서 헌법 제119조 제2항에 규정된 ‘경제주체간의 조화를 통한 경제민주화’의 이념도 경제영역에서 정의로운 사회질서를 형성하기 위하여 추구할 수 있는 국가목표로서 개인의 기본권을 제한하는 국가행위를 정당화하는 헌법규범이다.

그러나 이 사건 법률 조항이 자본증가와 자본감소의 명령을 할 수 있도록 한 것은 금융거래의 보호와 예금자보호라는 공익을 실현하기 위한 것으로서 헌법 제119조 제2항의 ‘경제민주화’와 아무런 연관이 없을 뿐이 아니라, ‘경제민주화’의 이념이 경제영역에서의 국가행위의 한계를 설정하고 청구인의 기본권을 보호하는 헌법규범이 아니라 개인의 경제적 자유에 대한 제한을 정당화하는 근거규범이라는 점에서도 헌법 제119조 제2항의 ‘경제민주화’는 이 사건 법률 조항의 위헌성을 판단하는 근거로서 고려될 수 없다.

## 7. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 권 성, 재판관 주선희, 재판관 이상경의 아래 8. 과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

## 8. 재판관 권 성, 재판관 주선희, 재판관 이상경의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 찬성하지 아니하므로 다음과 같이 다수의견에 반대하는 위헌의견을 밝히는 바이다.

가. 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제1항 제2호 및 제2항에 관하여

(1) 우리 헌법은 제40조에서 국회입법의 원칙을 천명하면서 예외적으로 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙을 한정적으로 열거하고 있다. 한편 우리 헌법은 그것에 저촉되는 법률을 포함한 일체의 국가의사가 유효하게 존립될 수 없는 경성헌법이므로 헌법에서 규정된 원칙에 대하여는 헌법자신이 인정하는 경우에 한하여 예외가 있을 수 있는 것이지 법률 또는 그 이하의 입법형식으로써 헌법상 원칙에 대한 예외를 인정할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 즉 입법권은 국회에 속한다고 하는 국회입법의 원칙을 선언하고 있는 이상 헌법이 직접 그것에

대한 예외를 인정한 형식에 의해서만 행정부에 의한 위임입법이 허용된다고 할 것이다.

(2) 또한 고시나 훈령·통칙과 같은 행정규칙들은 법규명령과는 달리 중앙 또는 지방의 행정기관들이 아무런 상위법의 수권도 받음이 없이, 제정과정에 있어서의 최소한의 심사절차도 거침이 없이, 경우에 따라서는 일반이 요지할 수 있는 정도의 공포절차도 없이, 손쉽게 제정될 수 있는 것이 사실이다. 바꾸어 말하면 행정규칙들은 그 성립과정에 있어서 타기관의 심사·수정·통제·감시를 받지 않고 또 국민에 의한 토론·수정·견제·반대 등에 봉착함이 없이 누구도 모르는 사이에 은연중 성립되는 것이 보통이다. 그리하여 행정기관들이 ‘통제없는 행정규칙에의 도피’의 유혹을 받는 것은 당연한 현상이고, 이는 국민의 권리·자유를 부당하게 침해하고, 행정권의 비대화를 촉진하며, 나아가서 입헌주의와 법치주의를 훼손하는 결과를 초래하게 됨은 부인할 수 없는 일이다.

(3) 따라서 우리 헌법의 경우에는 법규명령의 형식이 헌법상으로 확정되어 있고 구체적으로 법규명령의 종류·위임범위·요건·절차 등에 관한 명시적 규정이 있으므로 그 이외의 법규명령의 종류를 법률로써 인정할 수 없으며 그러한 의미에서 법률은 행정규칙에 법규사항을 위임하여서는 아니 된다 할 것이다. 우리 헌법을 이렇게 해석한다면 위임에 따른 행정규칙은 법률의 위임 없이도 제정될 수 있는 집행명령(헌법 제75조 후단)에 의하여 규정할 수 있는 사항 또는 법률의 의미를 구체화하는 내용만을 규정할 수 있다고 보아야 하는 것이고 새로운 입법사항을 규정하거나 국민의 새로운 권리·의무를 규정할 수는 없다.

(4) 그렇다면 이 사건 법률 제2조 제3호 가목은 ‘부채와 자산의 평가 및 산정’을 ‘금융감독위원회가 미리 정하는 기준’에, 이 사건 법률 제10조 제1항 제2호, 제2항은 ‘적기시정조치의 기준과 내용’을 ‘금융감독위원회의 고시’에 각 위임하고 있는 바, 이는 법규적 사항을 헌법에서 한정적으로 열거한 위임입법의 형식을 따르지 아니하고 법률에서 임의로 위임입법의 형식을 창조한 것으로 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

(5) 과거 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 행정부에서 마련하여 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지

않았고 그로 말미암아 수많은 법령에서 법규적 사항을 고시나 훈령·통칙과 같은 행정규칙에 위임하는 형식을 취한 것이 우리 헌정의 현실이다. 위와 같은 잘못된 현실을 인정하고 위와 같은 법령을 모두 위헌이라고 하면 심각한 법적 공백상태가 초래될 것이라고 우려하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 우리 재판소가 개개의 법률에 대한 위헌여부를 심사할 때 사정여하에 따라서 단순위헌선언을 하지 않고 헌법불합치선언을 하면서 그 해당법률의 계속적용 여부를 결정한다면 위와 같은 우려는 불식될 수 있을 것이므로 그러한 우려만으로 행정규칙에 법규사항을 위임하는 법률에 대하여 위헌을 선언하는데 주저할 수는 없다.

나. 이 사건 법률 제12조 제2항 내지 제4항에 관하여

(1) 경제질서란 개인과 국가에 대단히 중요한 의미를 갖는 국가 공동체의 근본적인 문제에 속하기 때문에 헌법에서는 어떤 형태로든 경제에 관한 공동체의 결정이 표현되고 있다. 특히 우리 헌법은 제9장에서 ‘한국 헌법상의 경제질서가 무엇인가’에 관하여 보다 구체적으로 규정하고 있다.

그런데 ‘헌법이 보장하는 경제체제가 무엇인가’를 판단하기 위하여는 우리 헌법이 경제체제의 근본적인 구성요소로 간주되는 ‘경제계획체제’와 ‘재산제도’에 관하여 어떻게 규정하고 있는가를 살펴보아야 한다. 시장경제 또는 자본주의경제에서는 경제계획이 개인에 의하여 분권적으로 수립되어 계획간의 조화는 시장과 가격을 통하여 이루어지고 재산제도에 있어서는 생산수단에 대한 사유재산이 보장된다. 즉 시장경제질서는 개인의 자유로운 창의에 의한 분권적 계획과 사유재산의 보장에 기초하고 있는 것이다.

이러한 관점에서 본다면 헌법은 제119조 제1항에서 경제질서가 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다고 규정함으로써 개인과 국가 간의 경제영역에서의 관할 배분에 관한 문제, 즉 누가 경제계획을 세우고 실현하여야 하는가의 문제에 관하여 ‘경제계획은 원칙적으로 개인에 의하여 수립된다’는 근본결정을 내리고 있다. 또한 헌법은 제23조에서 재산권을 보장함으로써 헌법 제126조의 사회화의 가능성에도 불구하고 그 조항의 명백한 예외적 성격으로 인하여 생산제에 대한 사유재산제도를 강하게 보장하고 있다. 또한 헌법의 경제에 관한 장(제9장)에 규정된 다른 헌법규범들이 언급하는 경쟁정책 및 경기정책(제119조 제2항), 구조정책(제123조) 등은 모두 시장경제에서의 경제정책의 주요과제를 의미한다는 점에서 헌법이 시장경제를 전제로 하고 있다는 견해를 뒷받침하고 있다. 결국 우리 헌법은 다양한 경제

적 기본권과 경제에 관한 근본조항인 제119조 제1항의 규정을 통하여 시장경제의 두 개의 지주인 ‘개인에 의한 분권적 계획’과 ‘사유재산’을 보장하고 있고 이로써 헌법상의 경제질서로서 시장경제를 채택하고 있다고 보아야 한다.

(2) 그렇다면 우리 헌법이 보장하는 이와 같은 시장경제질서 또는 자본주의경제질서에 비추어 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 바와 같이 ‘국가가 강제로 사기업에 대하여 주주의 주식을 소각하거나 병합함으로써 자본금을 감소시킬 것을 명령할 수 있는지’에 대하여 근본적인 의문이 제기된다.

헌법적 질서로서의 시장경제원칙은 무엇보다도 시장경제체제에 반하는 국가의 간섭은 헌법상의 중요한 공익을 근거로 단지 예외적으로 허용될 수 있고 여러 가지 침해의 가능성 중에서 선택의 여지가 있는 경우에는 국가는 경제의 자동조절기능을 가장 활성화시킬 수 있는 소위 합시장적 조치를 택해야 한다는 내용의 국가경제정책에 대한 원칙적인 합시장성의 요청을 의미한다. 다시 말하자면 경제에 대한 국가의 간섭은 가능하면 기업 등 경제주체의 결정의 자유를 존중하여야 하고 시장기능을 고려하여야 하며 시장의 자동조절기능이 활성화되도록 자제되어야 한다.

이러한 관점에서 볼 때, 사기업이 부실화하는 경우 원칙적으로 회사정리절차나 파산 등 회사를 정리하는 절차를 밟아야지, 국가가 매번 부실기업에 대하여 국민의 세금으로 조성된 막대한 공적 자금을 투입함으로써 경쟁을 통한 시장의 자동조절기능을 약화시켜서는 안 된다. 경제적 자유는 곧 경제활동에 대한 자기결정과 자기책임을 의미하고 자기책임은 스스로의 위험부담으로 이어진다는 자본주의경제의 대원칙에 비추어 볼 때, 국민의 부담하에서 무원칙하게 이루어지는 국가의 사경제에 대한 지원과 이에 불가피하게 수반되는 강제적 명령은 ‘개인의 자유’와 ‘공권력의 강제’ 사이의 명백한 경계선이 사라져 자유와 강제는 혼합되고 동시에 사인의 결정에 대한 책임이 사인에서 국가로 이전됨으로써 사인과 국가 간의 책임범위의 귀속이 불확실하게 될 위험이 있다. 특히 IMF 사태 이후 부실화된 사기업에 대하여 긴급하고 절박한 필요에 의하여 정당화됨이 없이 막대한 공적 자금이 지원되는 현상을 관찰할 수 있는데 이는 궁극적으로 우리 경제 전체의 자생력을 약화시키고 사경제의 주체인 국민의 도덕적 해이를 불러일으킬 우려가 있다.

이러한 이유로 부실기업에 대한 국가의 지원은 국민경제적 고려에서 불가결한 지극히 예외적인 경우에 한하여 허용되어야 하며 이 사건의 경우 부실화된 대상기업이 일반 사기업이 아니라 국가경제에 보다 큰 영향을 미치는

금융기관이라는 특수성이 인정되기는 하나 단지 부실화된 사기업이 금융기관이라는 점만으로는 전 국민의 부담 하에서 이루어지는 국가의 지원을 정당화한다고 볼 수 없다. 따라서 위 각 규정은 우리 헌법이 규정하는 시장경제질서에 부합될 수 없는 것으로 위헌으로 판단되어야 한다.

다. 그렇다면 이 사건 법률조항들 모두 헌법에 위반된다고 판단되어 우리는 이에 위헌의견을 밝히는 바이다.

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

[별지 1] 청구인 명단 생략

[별지 2]

청구인들의 주장과 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제1항 제2호 및 제2항에 대하여

(가) 이 사건 법률 제2조 제3호 가목에서는 부실금융기관을 정함에 있어 ‘부채와 자산의 평가 및 산정기준’에 관하여, 이 사건 법률 제10조 제2항에서는 금융감독위원회가 같은 조 제1항 소정의 부실금융기관에 대하여 취할 수 있는 ‘적기시정조치의 기준과 내용’에 관하여 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있는바, 그 위임에 의하여 제정된 금융감독위원회의 고시인 보험감독규정 중 관련규정은 법규명령에 해당하는 것인데, 우리 헌법은 법규명령으로 대통령령, 총리령과 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙으로 한정적으로 열거하고 있으므로, 이 사건 법률 제2조 제3호 가목과 제10조 제2항이 법규적 사항을 위와 같이 헌법에서 열거한 기관이 아닌 금융감독위원회에게 위임한 것은 헌법에 위반된다.

(나) 이 사건 법률 제2조 제3호 가목에 관하여 금융감독위원회가 부실금융기관을 결정함에 있어 “자산과 부채의 평가기준 및 방법”에 관한 사항은 가장 기본적이고 본질적인 사항임에도 불구하고 이를 국회가 직접 법률로써 규정

하지 아니하고, 한편 이 사건 법률 제10조 제1항 제2호 및 제2항에 관하여도 금융감독위원회가 부실금융기관에 대하여 취할 수 있는 적기시정조치는 “권고, 요구, 명령 또는 이행계획의 제출 등”으로 구분되어 있고, “금융기관 및 임직원에 대한 주의·경고 등으로부터 주식소각, 영업정지 등”에 이르기까지 광범위한 제재내용이 망라되어 있으므로, 적기시정조치의 실시기준과 단계별 조치사항을 법률에서 구체적으로 정하였어야 함에도 불구하고 이를 금융감독위원회의 고시에 위임하고 있으므로, 위 각 규정은 포괄적인 위임입법에 해당하여 헌법 제75조에 위반된다.

(2) 이 사건 법률 제12조 제2항 내지 제4항은 그 입법의 목적 자체가 법률의 체계상 정당성을 가질 수 없고, 그 방법도 적절하다고 할 수 없으며, 주식소각의 대상이 너무나 포괄적이고 아무런 제한이 없는데 반하여 침해되는 기본권의 이익은 본질적인 것인바, 헌법상 보장된 재산권의 본질적인 내용을 침해하고 있어 과잉금지의 원칙에 반하므로 헌법에 위반된다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 법률 제2조 제3호 가목

위 규정은 부실금융기관의 지정과 관련하여 그 요건으로 자산과 부채를 실사하여 부채가 자산을 초과할 것을 요구하면서 다만 자산과 부채의 평가 및 산정기준에 관하여 금융감독위원회의 규정에 위임하고 있는 것인 바, 이러한 위임은 부실금융기관의 지정과 관련된 구체적 방법을 자산과 부채의 비교를 통한 부채초과 여부로 규정하면서 단지 그 구체적인 방법을 위한 하위의 기준을 위임한 것으로, 비록 자산과 부채의 산정과 관련한 구체적 기준을 정함이 없이 위임하고 있다 하더라도 부실금융기관결정과 관련된 본질적 내용을 위임한 것이라고 볼 수 없다. 또한, 부채 내지 자산은 금융분야에서 일반적으로 통용되는 용어로, 그 의미는 본질적으로 한계가 있을 뿐만 아니라 일정범위로 특정될 수 있는 것으로 구체적인 범위가 정하여져 있다. 따라서, 위 규정은 구체적으로 범위를 특정하고 하위법령에 위임을 한 것으로 위임입법의 한계를 벗어났다고 보기 어렵다.

(2) 이 사건 법률 제10조 제1항 제2호 및 제2항

위 규정은 적기시정조치와 관련하여 그 발동요건으로서 금융기관의 자기자본비율이 일정 수준에 미달하는 경우 등을 규정하면서 그 형태로 권고, 요구 또는 명령을, 그 내용으로 제1항 제1호 내지 제9호에 걸쳐 열거하고 있고, 나아가 그 기준과 내용을 미리 고시하도록 하고 있다. 이러한 규정에 따르면 기

본적인 요건과 내용 등에 관하여 법률에서 자세히 규정하고 있고, 그 구체적인 시행 등만을 위임하고 있다 할 것이므로 포괄위임이라고 보기 어렵다.

(3) 이 사건 법률 제12조 제2항 내지 제4항

○○생명과 같은 금융기관은 일반 기업의 경우와는 달리 일반인에 대한 신용을 그 사업의 기초로 하고 있을 뿐만 아니라 일단 한번 신용이 상실되면 연쇄반응을 일으켜 급격한 신용하락으로 이어질 수 있고, 다시 이를 회복하기 어려운 사정이 있다. 그리고 이러한 신용하락은 당해 금융기관 뿐만 아니라 금융일반에도 영향을 미쳐 소위 금융공황을 일으킬 수 있는 것으로 국가경제 전체에 큰 영향을 미칠 수 있다. 이러한 이유로 우리나라의 경우 그 정당성은 별론으로 하고 예금자보호법 등으로 국가가 나서 그 예금 등의 반환 또는 지급채무를 사실상 보증함으로써 결국 금융기관에 관한 국가가 보증인으로서 떠받쳐 주고 있는 셈이다. 그리하여, 어느 금융기관이 부실화되어 그 예금 등을 지급하여 줄 수 없으면 국가가 그 예금을 지급하여 줄 수 밖에 없으므로 어떻게 보면 이러한 예금자보호제도를 취하고 있는 이상 그렇지 않는 경우에 비하여 금융기관의 적정운용 여부를 더욱 적극적으로 감시, 감독할 정당성을 갖는다.

우리 헌법은 국민의 재산권을 보장한다고 선언하면서도 법률로써 그 한계를 설정할 수 있으며 제한할 수 있는 것임을 밝히고 있는데, 감사와 관련하여도 부채가 자산을 초과하는 부실금융기관이면서 계속된 예금인출 등으로 영업을 지속하기 어렵다고 인정되는 경우에는 주주로서의 권리가 극히 미약해지고 경제적으로도 무가치하다고 평가될 수 있는 점, 국가가 금융기관을 떠받쳐 주고 있고 만약 어느 금융기관의 도산이 현실화된다면 그 파급효과는 국가경제 전체에 미칠 수 있는데 그 위험성의 단계를 넘어 도산이 현실화될 때까지 기다려 조치를 취하도록 하는 것은 그 위험성의 단계에서 조치를 취함으로써 이미 가치가 영(0)에 가까운 부실금융기관 주주의 미미한 권리가 침해될 수 있는 소지를 감수하고서라도 이를 취할 필요성이 있는 점 등에 비추어 보면, 이는 사회안전, 질서유지 및 공공복리를 위하여 위험성의 징표단계에서 미리 금융기관 주주의 권리에 한계를 설정하면서 아울러 우리 헌법상 자본주의적 자유경제질서를 보완하는 것으로 볼 수 있다. 또한, 위와 같은 법규정의 요건 하에서는 단지 주주의 권리를 주주들의 의사가 반영되는 주주총회결의가 아니라 이사회결의의 방법의 의한다든가 하는 이유만으로 이러한 증자 및 감사명령의 근거 법령이 위헌이라고 보기 어렵다.

다. 금융감독위원회의 의견

(1) 이 사건 법률 제2조 제3호 가목 단서부분

서울행정법원의 위헌제청 신청기각이유와 동일한 취지이다.

(2) 이 사건 법률 제10조 제1항 제2호 및 제2항

서울행정법원의 위헌제청 신청기각이유와 동일한 취지의 의견 외에 다음과 같은 이유로 포괄적인 위임입법금지의 원칙에 반하지 않는다. 즉, 금융기관의 부실화정도 및 그 회생가능성에 대한 판단은 고도의 전문성을 요할 뿐만 아니라 세부적이고도 기술적인 사항을 내포하는 정책판단에 관한 것이어서 법률로써 일률적으로 규정할 수 없고, 더욱이 위임입법의 범위는 그 사회가 처한 정치, 경제, 사회환경 및 일반인의 건전한 법상식에 기초하여 결정되어야 할 것인바, 우리의 경우에는 미국이나 일본과는 달리 부실금융기관의 처리문제가 같은 법 제정당시나 지금이나 여전히 시급한 현안으로 되어 있고, 그 경제적 파급효과에 비추어 어떠한 결정보다 신속히 내려져야 하는 점을 고려하여 입법자는 금융감독위원회가 취할 수 있는 적기시정조치의 내용을 구체적으로 명시하는 한편, 그 범위 안에서 금융감독위원회의 전문성, 기술성을 바탕으로 적절한 조치를 할 수 있도록 당해 금융기관의 부실화정도에 따라 같은 법 제10조 제1항 각호의 조치를 선택할 재량을 부여한 것으로, 위 규정은 포괄적 위임입법금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 법률 제12조 제2항 내지 제4항

서울행정법원의 위헌제청 신청기각이유와 유사한 취지의 의견 외에 감사명령과 관련하여 다음과 같은 의견을 덧붙이고 있다. 즉, 우리나라의 경제구조, 특히 금융구조를 고려하여보면, 일정한 경우 공적자금투입의 전제로서의 증자, 기존주주의 주식을 소각하는 감자는 필요한 것이고, 특히 감자와 관련하여 기존 주주의 동의없이 이사회에 결의로서 실행하도록 한 근본적인 이유는 기존 주주들에게 자본감소 여부에 관한 결정권을 부여할 경우 그들이 자신들의 이익에 반하여 자본감소의 결의를 스스로 할 리가 없는 것이고, 그 결과 공적자금의 투입으로 인한 자본감소를 통하여 달성하려는 금융기관의 회생 및 투입된 공적자금의 회수를 목적으로 하는 동법의 입법취지를 살릴 수 없기 때문이라고 볼 수 있다. 더욱이 공적자금이 투입된 경우 기존 주주들의 주식을 소각하지 않는다면 공적자금의 투입에 따라 부채초과로 인하여 가치가 거의 상실된 기존 주주들이 보유한 주식의 가치가 상승하여 그 경제적 이익이 기존주주에게 귀속되는 매우 불합리한 결과가 되는 것은 명백하며, 부실에

직접적인 책임이 없는 주주에 대하여는 일정한 절차에 따라 매수청구가 허용되므로 감자결의권한을 이사회에 부여하였다 하여 재산권의 본질적인 내용을 침해하였거나, 과잉금지의 원칙 또는 자본주의적 자유경제질서의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

라. 재정경제부장관의 의견

(1) 본안전 항변

법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위하여는 그 조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 직접적이고 현재적으로 자기의 기본권을 침해받아야 할 것이나, 금융감독위원회의 이 사건 처분을 매개로 하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것으로 헌법소원의 요건인 직접성을 결여한 것이므로, 이 사건 헌법소원은 부적법하다.

(2) 본안에 관하여는 서울행정법원의 위헌제청 신청기각이유 및 금융감독위원회의 의견과 동일하다.

## 학교보건법 제6조 제1항 제11호 등 위헌소원

(2004. 10. 28. 2002헌바41 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 학교환경위생정화구역 안에서 여관시설과 영업을 금지한 학교보건법 제6조 제1항 제11호(초등학교에 관한 부분에 한하여, 이하 ‘이 사건 금지조항’이라 한다)가 직업의 자유와 재산권을 침해하고 포괄 위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 위 법규정을 위반한 자를 처벌하는 학교보건법 제19조(초등학교에 관한 부분에 한하여, 이하 ‘이 사건 처벌조문’이라 한다)가 과잉금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 가. 이 사건 금지조항은 여관의 유해환경으로부터 초등학교 학생들을 보호하여 초등학교 교육의 능률화를 기하려는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 유해환경으로서의 특성을 갖는 여관시설과 영업을 정화구역 안에서 금지한 것은 위와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 효과적이고 적절한 방법의 하나라고 할 수 있다. 또한 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 경우에는 상대정화구역 안에서의 여관시설과 영업을 허용되며, 사전에 여관시설과 영업을 정리할 수 있도록 기존시설에 대하여 5년의 유예기간을 주는 규정이 있음을 고려하면 피해최소성의 원칙에도 부합될 뿐 아니라, 여관시설과 영업을 금지함으로써 여관업자가 입게 될 불이익보다는 이를 허용함으로써 초등학교 교육의 능률화를 기할 수 없는 결과가 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 금지조항은 직업수행의 자유를 침해하지 않는다.
- 나. 이 사건 금지조항은 초등학교 교육의 능률화를 기하기 위하여 정화구역 안에 여관시설과 영업을 금지함으로써 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 입법이라고 할 수 있으므로, 이는 공익목적을 위하여 개별적·구체적으로 이미 형성된 구체적 재산권을 박탈하거나 제

한하는 것으로서 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항 소정의 수용·사용 또는 제한과는 구별된다.

건물의 소유주로서는 건물을 “여관” 이외의 다른 용도로는 사용할 수 있으므로 건물의 기능에 합당한 사적인 효용성은 그대로 유지된다고 할 것이고, 기존시설에 대하여 5년간 여관업을 계속할 수 있도록 경과규정을 두고 있는 점에 비추어 여관영업권에 대하여 별도의 보상적 조치를 두지 않았다고 하더라도 이를 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘었다고 할 수는 없으므로, 이 사건 금지조항은 재산권을 침해하지 않는다.

다. 이 사건 금지조항의 본문과 학교보건법 제5조 제1항을 고려하면 “대통령령이 정하는 구역”은 학교경계선으로부터 200미터 안에서 정하여질 것임을 알 수 있고, “학습”과 “보건” 그리고 “위생”의 의미가 불명료하다고 할 수는 없으며, “학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는 행위 및 시설”은 이 사건 금지조항의 입법취지와 학교보건법의 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합해 보면 어떠한 행위와 시설이 위 단서에 해당하는 행위와 시설인지는 어렵지 않게 예측할 수 있으므로, 위 단서가 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

2. 이 사건 처벌조문은 초등학교 교육의 능률화를 기하고자 하는데 그 입법목적이 있고, 입법자는 과태료 등 행정벌만으로는 위 입법목적을 궁극적으로 달성할 수 없다고 판단하고 형벌이라는 수단을 선택한 것이므로 이러한 결단은 원칙적으로 존중되어야 한다. 이 사건 처벌조문은 법정형의 종류를 징역형과 벌금형으로 선택적으로 규정하고, 상한에 대해서만 1년 이하의 징역형 또는 500만 원 이하의 벌금형에 처하도록 제한을 둬으로써 법관의 양형재량권을 폭넓게 인정하고 있으므로, 이러한 법정형이 앞서 본 입법목적에 비추어 지나치게 가혹한 형벌이라고 보기도 어렵다.

### 재판관 권 성의 반대의견

1. 영업권도 헌법상 보장되는 재산권에 속한다.

다년간에 걸쳐 확고하게 형성되거나 획득된 영업상의 고객관계, 입지조건, 영업상의 비결, 신용, 영업능력, 사업연락망 등을 포함하는 영업재

산이나 영업조직은 경제적으로 유용하면서 처분에 의한 환가가 가능하므로 재산적 가치가 있다는 것이 사회 일반에 의하여 승인되고 있고 여러 법률에서 이를 구체적으로 인정하고 있으며, 대법원도 영업권을 무형의 재산적 가치로 판단하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려해 본다면 영업권을 헌법상의 재산권에 속하는 하나의 구체적 권리로 인정할 수 있다.

2. 보상 없이 영업을 금지하는 것은 위헌이다.

다수의견은 재산권 침해여부에 대한 판단을 헌법 제23조 제1항과 제2항에 근거하여 입론하고 있으나, 이 사건 금지조항은 초등학교 교육의 능률화라는 공공의 필요에 따라 이미 형성된 재산권(여관영업권)을 박탈하여 여관업자라는 특정한 범위의 재산권자의 희생을 야기하는 것이므로 이는 헌법 제23조 제3항의 문제로 보아야 한다.

이 사건 금지조항은 기한을 정하지 않은 채 여관업을 금지하고 있는 바, 이는 여관영업권의 완전한 박탈로서 사회적으로 수인해야 할 제약의 한계를 벗어나는 특별한 희생이라고 보아야 한다. 또한 청구인들로서는 여관업을 영위하기 위하여 적지 않은 비용으로 시설투자를 하였을 것이고 소유 건물을 여관 이외의 용도로 사용하는 것이 가능하다거나 경과규정을 통해 일정기간 여관업을 계속할 수 있게 된다고 하더라도 그것만으로는 다대한 투자비용을 회수하지 못할 수도 있다.

그럼에도 불구하고 이 사건 금지규정은 여관영업자들에 대하여 아무런 보상조치도 규정하고 있지 않으므로, 청구인들의 영업권이라는 재산권을 수용하면서 아무런 손실보상의 규정을 두지 않은 이 사건 규정은 헌법 제23조 제3항을 정면으로 위반하여 위헌이라고 생각한다.

### 【심판대상조문】

학교보건법(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정된 것) 제6조(정화구역 안에서의 금지행위 등) ① 누구든지 학교환경위생정화구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니된다. 다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제4호, 제8호 및 제10호 내지 제14호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고

인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

- 1.~10. 생략
11. 호텔, 여관, 여인숙
- 12.~14. 생략
- ②~④ 생략

학교보건법(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정된 것) 제19조(벌칙) 제6조 제1항의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

### 【참조조문】

헌법 제15조, 제23조, 제75조

학교보건법 제5조(학교환경위생정화구역의 설정) ① 학교의 보건·위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 교육감은 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역을 설정하여야 한다. 이 경우 학교환경위생정화구역은 학교경계선으로부터 200미터를 초과할 수 없다. ② 제1항의 규정에 의한 교육감의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 교육장에게 위임할 수 있다.

학교보건법 제6조(정화구역 안에서의 금지행위 등) ① 누구든지 학교환경위생정화구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니된다. 다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제4호, 제8호 및 제10호 내지 제14호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

1. 대기환경보전법·악취방지법 및 수질환경보전법에 의한 배출허용기준 또는 소음·진동규제법에 의한 규제기준을 초과하여 학습과 학교보건위생에 지장을 주는 행위 및 시설
2. 극장, 총포화약류의 제조장 및 저장소, 고압가스·천연가스·액화석유가스 제조소 및 저장소
3. 도축장, 화장장
4. 폐기물수집장소
5. 폐기물처리시설(의료기관이 감염성폐기물의 처리를 위하여 의료기관 내에 설치·운영하는 폐기물처리시설은 제외한다)·폐수종말처리시설·축산폐수배출시설·축산폐수처리시설 및 분뇨처리시설
6. 가축의 사체처리장 및 동물의 가축을 가공·처리하는 시설
7. 전염병원, 전염병격리병사, 격리소
8. 전염병요양소, 진료소
9. 가축시장
10. 주로 주류를 판매하면서 손님이 노래를 부르는 행위가 허용되는 영업 및 위와 같은 행위 이외에 유흥종사자를 두거나 유흥시설을 설치할 수 있고 손님이 춤을 추는 행위가 허용되는 영업

- 11. 호텔, 여관, 여인숙
- 12. 당구장(유아교육법 제2조 제2호의 규정에 의한 유치원 및 고등교육법 제2조 각 호의 규정에 의한 학교의 학교환경위생정화구역의 경우를 제외한다)
- 13. 사행행위장 및 경마장
- 14. 기타 제1호 내지 제13호와 유사한 행위 및 시설과 미풍양속을 해하는 행위 및 시설로서 대통령령으로 정하는 행위 및 시설

② 제1항의 학교환경위생정화위원회의 조직, 기능 및 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 특별시장·광역시장 및 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 제1항의 규정에 의한 행위와 시설을 방지하는데 필요한 조치를 하여야 하며, 필요한 경우에는 그 시설의 철거를 명할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 시·도지사의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장에 한한다. 이하 같다)에게 위임할 수 있다.

학교보건법시행령 제3조(학교환경위생정화구역) ① 법 제5조 제1항의 규정에 의하여 교육감이 학교환경위생정화구역(이하 “정화구역”이라 한다)을 설정할 때에는 절대정화구역과 상대정화구역으로 구분하여 설정하되, 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지의 지역으로 하고, 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200미터까지의 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역으로 한다.

② 교육감은 제1항의 규정에 의하여 정화구역을 설정한 때에는 그에 관한 사항을 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 알리고, 그 설정일자 및 설정구역을 공고하여야 한다.

③ 삭제

학교보건법시행령 제4조(행위제한이 완화되는 구역) 법 제6조 제1항 단서에서 “대통령령으로 정하는 구역”이라 함은 제3조 제1항의 규정에 의한 상대정화구역(법 제6조 제1항 제12호의 당구장시설을 하는 경우에는 절대정화구역을 포함한 전정화구역)을 말한다.

### 【참조판례】

- 1. 가. 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 430  
헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723  
헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700등, 판례집 15-2하 137, 152
- 나. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 331  
헌재 2003. 8. 21. 2000헌가11등, 판례집 15-2상, 186, 199
- 다. 헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 72  
헌재 2002. 12. 18. 2001헌바52, 판례집 14-2, 795, 802
- 2. 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 263-264  
헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 775-776

**【당 사 자】**

청 구 인 박○애 외 1인

대리인 법무법인 삼덕

담당변호사 김백영

당해사건 부산지방법원 2001고단8222, 2001고단7200 학교보건법위반

**【주 문】**

학교보건법(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정된 것) 제6조 제1항 제11호 “여관” 부분 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 초등학교에 관한 부분 및 제19조 가운데 위 여관 부분 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 초등학교에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) “금강여관”은 1978. 3. 27. 부산 사상구 ○○동 415의 1에 설치되었고 “한일여관”은 1978. 10. 11. 위 같은 곳에 설치되었는바, 1983. 11.경 청구인 박○애는 위 한일여관을, 청구인 전○례는 위 금강여관을 매수하여 그 때부터 여관업을 하고 있다.

(2) 한편 “○○초등학교”가 1983. 1. 22. 위 ○○동 407의 5에 설립되고 1983. 2. 24. 학교보건법 규정에 의해 그 주변에 학교환경위생정화구역이 설정·공고됨으로써(위 학교의 지번이 ○○2동 406의 1로 변경됨에 따라 1995. 6. 15. 학교환경위생정화구역이 재설정·공고되었다), 위 여관들은 위 초등학교의 출입문으로부터 30m 떨어진 곳, 즉 절대정화구역 안에 위치하게 되었다(아래에서 보듯이 절대정화구역은 학교 출입문으로부터 직선거리로 50m까지의 지역을 말한다).

(3) 청구인들은 1995. 12. 31.까지 학교환경위생정화구역 밖으로 위 여관들을 이전 또는 폐쇄하라는 부산직할시 사상구청의 공문 및 부산직할시 북구교육청의 안내문을 수차례 받았음에도 이를 이행하지 않았고, 그에 따라 청구인 박○애는 2001. 7. 18.까지, 청구인 전○례는 2001. 7. 25.까지 계속하여 여관업을 하였다는 이유로 기소되었다.

(4) 청구인들은 위 소송의 계속 중 학교보건법 제6조 제1항 제11호, 제19조

에 대하여 위헌법률심판제청(2001초3491, 2001초3280)을 하였으나, 위 법원이 2002. 4. 16. 청구인 박○애에게 벌금형의 선고유예판결을(2001고단8222), 2002. 4. 18. 청구인 전○례에게 벌금 150만 원을(2001고단7200) 선고함과 동시에 위 제청신청을 모두 기각하자 2002. 4. 29. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 ① 학교보건법(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정된 것, 이 뒤에서는 “이 법”이라고 한다) 제6조 제1항 제11호 “여관” 부분 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 초등학교에 관한 부분[이 뒤에서는 “이 사건 금지조항”이라고 한다, 청구인들은 위 제11호 전체를 심판대상으로 표시하여 심판청구를 하였으나, 당해사건의 내용과 청구인들의 주장을 종합하여 볼 때 위 제11호 중 “호텔, 여인숙” 부분과 “여관 부분 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 유치원, 공민학교, 중학교·고등공민학교, 고등학교·고등기술학교, 특수학교, 각종학교 그리고 고등교육법 제2조에 규정한 대학, 산업대학, 교육대학, 전문대학, 방송대학·통신대학 및 방송통신대학, 기술학교, 각종학교에 관한 부분”은 당해사건과 직접적인 관련이 없으므로(당해사건에서는 “초등학교”만 문제되었다) 이 부분은 심판대상으로 삼지 않는다]과 ② 학교보건법 제19조 가운데 위 여관 부분 중 초·중등교육법 제2조에 규정한 초등학교에 관한 부분[이 뒤에서는 “이 사건 처벌조문”이라고 한다, 청구인들은 위 조문 전체를 심판대상으로 표시하여 심판청구를 하였으나, 당해사건의 내용과 청구인들 주장을 종합하여 볼 때 심판대상을 위 ①에서와 같이 이 사건 처벌 조문 중 초등학교에 관한 부분에 한정함이 상당하다]의 위헌여부이며 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

##### (1) 심판대상조항

학교보건법 제6조(정화구역 안에서의 금지행위 등) ① 누구든지 학교환경 위생정화구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다. 다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제4호, 제8호 및 제10호 내지 제14호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다.

##### 11. 호텔, 여관, 여인숙

학교보건법 제19조(벌칙) 제6조 제1항의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징

역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

(2) 관련조항

학교보건법 제1조(목적) 이 법은 학교의 보건관리와 환경위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호·증진하게 함으로써 학교교육의 능률화를 기함을 목적으로 한다.

학교보건법 제5조(학교환경위생정화구역의 설정) ① 학교의 보건·위생 및 학습환경을 보호하기 위하여 교육감은 대통령령이 정하는 바에 따라 학교환경위생정화구역을 설정하여야 한다. 이 경우 학교환경위생정화구역은 학교경계선으로부터 200미터를 초과할 수 없다.

② 제1항의 규정에 의한 교육감의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 교육장에게 위임할 수 있다.

학교보건법 제6조(정화구역 안에서의 금지행위 등) ② 제1항의 학교환경위생정화위원회의 조직, 기능 및 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 특별시장·광역시장 및 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 제1항의 규정에 의한 행위와 시설을 방지하는 데 필요한 조치를 하여야 하며, 필요한 경우에는 그 시설의 철거를 명할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 시·도지사의 권한은 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장에 한한다. 이하 같다)에게 위임할 수 있다.

학교보건법시행령 제2조(정의) 이 영에서 “학교”라 함은 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조에 규정한 각 학교를 말한다.

학교보건법시행령 제3조(학교환경위생정화구역) ① 법 제5조 제1항의 규정에 의하여 교육감이 학교환경위생정화구역(이하 “정화구역”이라 한다)을 설정할 때에는 절대정화구역과 상대정화구역으로 구분하여 설정하되, 절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지의 지역으로 하고, 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200미터까지의 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역으로 한다.

② 교육감은 제1항의 규정에 의하여 정화구역을 설정한 때에는 그에 관한 사항을 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 알리고, 그 설정일자 및 설정구역을 공고하여야 한다.

학교보건법시행령 제4조(행위제한이 완화되는 구역) 법 제6조 제1항 단서에서 “대통령령으로 정하는 구역”이라 함은 제3조 제1항의 규정에 의한 상대

정화구역(법 제6조 제1항 제12호의 당구장시설을 하는 경우에는 절대정화구역을 포함한 전정화구역)을 말한다.

학교보건법시행령(1981. 10. 8. 대통령령 제10481호로 개정된 것) 부칙 ①(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

③(기존시설에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 허가된 시설로서 법 제6조 제1항 제1호 내지 제14호에 해당하는 시설은 1986년 8월 31일까지 이전 또는 폐쇄하거나 법 제6조 제1항 단서의 규정에 의한 교육감의 인정을 받아야 하며, 동기한까지 이전 또는 폐쇄가 현저히 곤란하다고 인정되는 시설이 있을 때에는 동기한 만료시부터 5년의 범위 안에서 당해 정화구역 설정권자가 별도의 계획을 수립하여 이전 또는 폐쇄하게 할 수 있다. 다만, 제4조의 행위제한이 완화되는 구역 안에 있는 시설 중 법 제6조 제1항 제2호·제4호·제8호·제10호 내지 제14호에 해당하는 시설로서 종전의 규정에 의하여 교육감의 인정을 받은 시설은 이 영에 의한 정화위원회의 심의를 거쳐 법 제6조 제1항의 규정에 의한 교육감의 인정을 받은 것으로 본다.

학교보건법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13214호로 개정된 것) 부칙 ①(시행일) 이 영은 공포한 날부터 시행한다.

②(기존시설에 관한 경과조치) 이 영 시행 전에 정화구역 안에 설치한 시설로서 법 제6조 제1항 제1호 내지 제14호에 해당하는 시설은 1995년 12월 31일까지 이전 또는 폐쇄하여야 한다. 다만, 1991년 12월 31일까지 법 제6조 제1항 단서의 규정에 의한 교육장의 인정을 받은 때에는 그러하지 아니하다.

초·중등교육법 제2조(학교의 종류) 유아교육 및 초·중등교육을 실시하기 위하여 다음 각 호의 학교를 둔다.

1. 유치원
2. 초등학교·공민학교
3. 중학교·고등공민학교
4. 고등학교·고등기술학교
5. 특수학교
6. 각종학교

고등교육법 제2조(학교의 종류) 고등교육을 실시하기 위하여 다음 각 호의 학교를 둔다.

1. 대학
2. 산업대학
3. 교육대학
4. 전문대학
5. 방송대학·통신대학 및 방송통신대학(이하 “방송·통신대학”이라 한다)
6. 기술대학
7. 각종학교

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인 박○애는 1983. 11.경 그녀의 남편인 하○경과 함께 위 “한일여관”을 매수하여 하○경 앞으로 소유권이전등기를 마친 후 청구인 명의로 영

업허가를 받아 현재까지 위 여관을 경영하고 있다.

청구인 전○례는 1983. 11.경 그녀의 남편인 박○수와 함께 위 “금강여관”을 매수하여 박○수 앞으로 소유권이전등기를 마친 후 청구인의 동서 명의로 위 여관을 경영해 오다가 2001. 7. 27. 청구인 명의로 영업허가를 변경한 다음 현재까지 위 여관업을 하고 있다.

(2) 사유재산에 대한 임의적인 사용·수익·처분권이 중대한 제한을 받게 되는 여관의 이전·폐쇄라는 입법조치는 원칙적으로 입법형성권의 한계를 일탈하는 것으로서 엄격하게 이루어져야 한다.

○○초등학교는 청구인들이 경영하는 여관이 설치되고 난 후에 설립되었을 뿐 아니라, 사상공단과 인접한 지역에 위치한 위 여관들은 공동근로자 또는 외지인들의 서민용 숙박장소로 이용되어 왔다.

○○초등학교 학생들의 연령에 비추어 위 여관과 학생들 사이에 유해환경 관련성이 그다지 높지 않고 오히려 유동인구에 대한 숙박장소를 제공함으로써 주변환경의 안정을 유도할 수 있다는 점에서 청구인들이 경영하는 여관이 재산권을 제한당할 정도의 환경을 제공한다고 보기는 어렵다.

가사 재산권을 제한할 수 있다고 하더라도 청구인들이 적법하게 영업허가를 받고 경영하는 여관의 영업권은 사유재산권으로서 헌법 제23조 제3항의 규정에 따라 정당한 보상을 해야 할 것임에도 불구하고, 아무런 보상도 없이 학교보건법시행령 부칙에 여관의 이전 또는 폐쇄의무를 부과하고 이를 이행하지 않는다고 하여 벌금까지 부과하는 것은 헌법상 재산권보장의 원리에 반한다.

(3) 사유재산권을 제한하는 이 사건 금지조항이 이를 보완하는 차원에서 단서로 사유재산권의 제한에서 벗어날 수 있는 예외규정을 마련하면서 그 범위를 대통령령에 위임한 것은 기본권제한에 관한 막중한 사안에 대하여 행정부로 하여금 자의적인 행정입법을 하도록 하였다는 점에서 포괄위임금지의 원칙에 위반된다.

(4) 가사 여관의 폐쇄·이전의무의 부과에 정당성이 있다고 하더라도 행정의무불이행에 대하여 과태료 등 질서벌을 부과하는 것은 별론으로 하고, 형벌로서 처벌하는 것은 형벌권의 남용에 해당하여 과잉금지원칙에 위반된다.

나. 당해법원의 위헌제청신청 기각이유

당해법원은 단지 “이 사건 신청은 이유 없으므로(헌재 1999. 7. 22. 98헌마 480, 486 참조) 이를 기각한다”고 하여 구체적인 위헌제청신청의 기각이유를

밝히고 있지 않다.

다. 교육인적자원부장관의 의견

(1) 이 사건 금지조항은 재산권침해를 최소화하고 사전에 대처할 수 있는 시간적 여유를 주기 위하여 5년간의 유예기간을 설정함으로써 그 기간 동안 영업이익을 보호하여 주었고, 청구인들을 비롯한 정화구역 내 여관의 업주들은 이 사건 금지조항의 시행에 따라 반사적으로 정화구역 내에 동일업종의 진입장벽이 형성되어 상대적으로 독점적인 이익을 누려왔으므로 단지 이 사건 금지조항이 보상관련 규정을 두지 않았다고 하여 헌법 제23조에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 학교보건법 제6조 제1항 단서가 상대적으로 청소년 학생들에게 악영향을 적게 끼치는 행위 및 시설을 할 수 있도록 규정한 것은 기본권제한에 관한 행정부의 자의적인 행정입법을 가능하게 한 것이 아니라 국민의 재산권을 존중하기 위한 최소한의 조치로서 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

### 3. 판 단

가. 이 사건 금지조항에 대하여

(1) 이 법 제6조 제1항의 입법연혁

학교보건법은 학교의 보건관리에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호함으로써 학교교육의 능률화를 기하기 위하여 1967. 3. 30. 법률 제1928호로 제정되었다. 제정 당시의 법 제6조 제1항은 누구든지 학교위생 정화구역에서는 소음·진동·악취 등의 발생으로 학생의 학습에 지장이 있다고 인정되는 행위와 학교보건위생에 영향을 끼치는 비위생적인 시설 및 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있을 뿐 구체적으로 어떠한 시설 및 행위가 그에 해당할 것인지에 관하여는 규정하지 않았다.

1970. 9. 14. 문교부령 제268호로 발령된 학교보건법시행규칙은 처음으로 금지되는 행위 및 시설을 구체적으로 규정하였고, 여관은 1976. 1. 10 문교부령 제376호로 개정된 학교보건법시행규칙 제2조 제2호에서 호텔, 여인숙과 함께 금지시설로 규정되었다.

1981. 2. 28. 법률 제3374호로 개정된 학교보건법은 위 학교보건법시행규칙에 규정되어 있던 정화구역 내의 시설에 대한 금지를 법률로 끌어올려 제6조 제1항에 규정하였는바, 여관에 관한 금지를 규정한 이 사건 금지조항도 이때 만들어졌다.

(2) 이 법 제6조 제1항의 입법취지

우리나라의 급격한 산업화와 도시화에 따라 학교 주변에 각종 유해업소가 난립하여 청소년의 탈선과 비행을 조장하게 되자, 이러한 유해환경으로부터 학생들을 보호하여야 할 필요성이 제기되었다. 그에 따라 학생들의 주요 활동 공간인 학교 주변의 일정지역을 최소한의 범위 내에서 학교환경위생정화구역으로 설정하여 쾌적한 학교환경을 조성함으로써 자라나는 우리의 2세들이 건전하고 조화로운 인격을 형성할 수 있게 하고, 주위환경으로부터 바람직하지 못한 유해요인을 제거하여 학습에 전념할 수 있는 분위기를 갖추어 줌으로써 궁극적으로는 학교교육의 능률화를 기하기 위하여 이 법 제6조 제1항이 제정되었다.

### (3) 관련 기본권

이 사건 금지조항은 정화구역 내에서 여관시설 및 여관영업의 금지하고 있는바, 이 부분 헌법소원심판의 쟁점은 우선 이 사건 금지조항이 정화구역 내에서 여관영업을 하고자 하는 자의 직업의 자유를 침해하여 위헌인지 여부이다.

한편, 이 사건 금지조항은 정화구역 안에서 소유건물을 여관용도로 사용할 수 없게 함으로써 건물 소유권자의 건물에 대한 사용·수익권을 제한함과 동시에 영업상의 권리를 침해하는 측면이 있으므로 재산권 침해여부도 문제된다.

### (4) 직업의 자유 침해여부

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 규정함으로써 직업선택의 자유를 보장하고 있는바, 헌법 제15조가 말하는 직업선택의 자유는 직업수행 내지 행사의 자유까지 포괄하는 “직업의 자유”를 뜻하고(헌재 1995. 2. 23. 93헌가1, 판례집 7-1, 130, 135; 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 382-383 참조), 여기서 “직업”이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375, 382-383 참조).

이 사건 금지조항은 여관의 시설·영업행위 자체를 어느 누구에게나 그리고 어느 장소에서나 모두 금지하는 것이 아니라 정화구역 안이라는 한정된 지역에서 금지함으로써 직업수행의 자유를 장소적으로 제한하고 있다(헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302- 319, 314-315 참조). 이러한 직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이어서, 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 430;

2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723; 2003. 10. 30. 2001헌마700등, 판례집 15-2하, 137, 152).

그러나 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 41; 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 41, 43; 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 723 참조). 즉, 직업수행의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 위반되지 아니하기 위해서는 직업수행에 대한 제한이 공익상의 이유로 충분히 정당화되고, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적에 달성하기에 적절해야 하고, 입법 목적을 달성하기 위하여 동일하게 적절한 수단들 중에서 기본권을 되도록 적게 제한하는 수단을 선택하여야 하며, 제한의 정도와 공익의 비중을 비교형량하여 추구하는 입법목적과 선정된 입법수단 사이에 균형적인 비례관계가 성립하여야 한다.

그러므로, 이 사건 금지조항에 의한 이와 같은 제한이 헌법적 한계 내의 것인지 살펴보기로 한다.

(가) 목적의 정당성

여관업은 “숙박업”의 하나로 “손님이 잠을 자고 머물 수 있도록 시설 및 설비 등의 서비스를 제공하는 영업”을 말하므로(공중위생관리법 제2조 제1항 제2호) 이러한 영업내용 자체만으로는 초등학교 학생들의 탈선, 비행을 초래하거나 이들의 학교교육을 저해하는 것이라고 하기 어렵다.

그런데, 풍속영업의규제에관한법률[이 법률은 “풍속영업을 영위하는 장소에서의 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해하는 행위 등을 규제하여 미풍양속의 보존과 청소년의 보호에 이바지함”을 목적으로 한다(제1조)]은 숙박업을 풍속영업의 하나로 규정하고 있고(제2조 제2호), 풍속영업을 영위하는 자가 준수해야 할 사항으로 “풍속영업을 영위하는 장소(이 뒤에서는 ‘풍속영업소’라고 한다)에서 율락행위 또는 음란행위를 하게 하거나 이를 알선 또는 제공하여서는 아니 된다(제3조 제1호), 풍속영업소에서 음란한 문서·도화·영화·음반·비디오물 기타 물건(이 뒤에서는 ‘음란한 물건’이라고 한다)을 반포·판매·대여하거나 이를 하게 하는 행위와 음란한 물건을 관람·열람하게 하는 행위 및 반포·판매·대여·관람·열람의 목적으로 음란한 물건을 진열 또는 보관하여서는 아니 된다(제3조 제2호), 풍속영업소에서 도박 기타 사행행위를 하게 하여서는 아니 된다(제3조 제3호)”고 규정하고 있으며, 이러한 준수사항을 위반한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2천

만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제10조).

이러한 규정내용에 비추어 보면, 여관에서 위와 같은 윤락행위 또는 음란행위가 이루어지고 있고 음란한 물건이 유통되고 있을 뿐 아니라 도박 등의 사행행위 또한 빈번하게 이루어지고 있음을 알 수 있다.

아울러 여관에 출입하는 자 중 상당수가 이성동반자인 현실(심지어는 청소년들이 혼숙하는 경우도 있음)과 여관에서 유해화학물질을 섭취 또는 흡입하는 등의 사례가 다수 있는 점에 비추어 여관이 학교 주변에 있으면 변별력과 의지력이 미약하고 감수성이 예민하며 모방성이 강한 초등학교 학생들이 여관에서 이루어지는 위와 같은 퇴폐행위에 호기심을 갖게되어 이들의 건전한 육성을 저해하고 학교교육의 능률화를 기할 수 없는 결과가 생길 수 있다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 156-157 참조).

따라서 이 사건 금지조항은 정화구역 안에서 여관 시설과 영업을 못하게 함으로써 현실적으로 음란행위, 도박행위 등 불건전한 행위가 이루어지고 있는 여관의 유해환경으로부터 초등학교 학생들을 차단, 보호하여 초등학교 교육의 능률화를 기하려는 것으로서 그 입법목적은 쉽게 긍정할 수 있다.

(나) 방법의 적정성

또한 앞서 본 여관의 운영실태에 비추어 볼 때 유해환경으로서의 특성을 갖는 여관시설과 그 영업을 정화구역 안에서 금지한 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 효과적이고 적절한 방법의 하나라고 할 수 있다.

그 뿐 아니라 여관 안에서 이루어지는 위와 같은 음란행위 및 사행행위 등이 근절된다고 하더라도 이성간의 성행위가 이루어질 개연성이 높은 여관시설이 초등학교 주변에 존재한다는 사실 그 자체가 초등학교 학생들에게 호기심을 불러일으켜 초등학교 교육의 능률화를 저해하게 될 것이므로, 정화구역 안에서 여관시설과 영업을 금지한 것은 이 사건 금지조항의 입법목적을 달성하기 위하여 효과적이고 적절한 방법이라고 하겠다.

(다) 피해의 최소성

이 법 제5조 제1항에 의하면 학교경계선으로부터 200미터 이내의 위생정화구역 안에서만 여관시설과 영업을 금지하는데 불과하므로 기본권 제한의 정도가 그다지 크지 아니한데 비하여, 학교에서 바라보이는 정화구역 안에서 여관시설과 영업을 금지하는 것은 변별력과 의지력이 미약한 초등학교 학생들을 여관이 갖고 있는 부정적 이미지로부터 차단하는 효과가 상당히 크다고 할 것이다.

그리고 이 법 제6조 제1항 단서, 이 법 시행령 제4조에 의하면, 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 경우에는 정화구역 중 상대정화구역(절대정화구역은 학교출입문으로부터 직선거리로 50미터까지의 지역이고, 상대정화구역은 학교경계선으로부터 직선거리로 200미터까지의 지역 중 절대정화구역을 제외한 지역을 말한다. 학교보건법시행령 제3조) 안에서의 여관시설과 영업은 허용된다.

그 뿐 아니라, 학교보건법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13214호로 개정된 것) 부칙 제2항은 재산권침해를 최소화하고 사전에 여관시설과 영업을 정리할 수 있도록 위 시행령 시행 전에 정화구역 안에 설치된 여관에 대하여(앞서 보았듯이 “금강여관”은 1978. 3. 27., “한일여관”은 1978. 10. 11. 설치되었으므로 위 부칙의 적용을 받았다) 1995. 12. 31.까지 이전 또는 폐쇄하여야 한다고 규정하여 5년의 유예기간을 주고 여관을 이전·폐쇄하도록 하였으므로, 이 사건 금지조항에 의한 직업수행 자유의 제한은 그 입법목적 달성을 위하여 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한하는 것이라고 할 수 없다.

(라) 법익의 균형성

나아가 정화구역 안에 여관시설과 영업을 금지함으로써 여관업자가 입게 될 불이익보다는 이를 허용함으로 인하여 초등학교들의 건전한 육성이 저해되고 초등학교 교육의 능률화를 기할 수 없는 결과가 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 금지조항은 법익균형성의 원칙에도 위배되지 않는다.

(마) 소 결

따라서 이 사건 금지조항이 직업수행의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다.

(5) 재산권 침해여부

청구인들은 재산권을 제한할 수 있다고 하더라도 청구인들이 적법하게 영업허가를 받고 경영하는 여관의 영업권은 사유재산권으로서 헌법 제23조 제3항의 규정에 따라 정당한 보상을 해야 할 것이라고 주장한다.

살피건대, 이 사건 금지조항이 여관영업을 제한하는 것은 국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산적 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈하거나 제한하는 것이라기보다는(입법자의 의도가 개별·구체적으로 특정 재산권을 박탈하거나 제한하려는 데 그 본질이 있는 것이 아니라), 여관이라는 유해환경으로부터 초등학교 학생들을 차단·보호하여 초등학교 교육의 능률화를 기하기 위하여 정화구역 안에 여관의 시설을 금지함으로써 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 입법이라고 할 수 있다.

따라서 이는 공익목적을 위하여 개별적·구체적으로 이미 형성된 구체적 재산권을 박탈하거나 제한하는 것으로서 보상을 요하는 헌법 제23조 제3항 소정의 수용·사용 또는 제한과는 구별되는 것이다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바 37등, 판례집 11-1, 289, 331; 2003. 8. 21. 2000헌가11등, 판례집 15-2상, 186, 199 참조). 다만 이러한 입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 재산권의 본질적 내용인 사용·수익권과 처분권을 부인해서는 아니 된다.

이 사건 금지조항은 정화구역 안에 소재하는 건물의 용도와 영업의 종류에 대하여 일반적이고 광범위한 제한을 하는 것이 아니라 “여관”이라는 특정 용도로 건물을 사용하는 것을 제한하고 “여관영업”을 제한하는 것뿐이다. 다시 말하여 건물의 소유주로서는 건물을 “여관” 용도로 사용하지 못할 뿐이지 그 외의 다른 용도로는 사용할 수 있으므로 건물의 기능에 합당한 사적인 효용성은 그대로 유지된다고 할 것이다. 한편 여관영업권의 관점에서 본다면 이 사건 금지조항으로 인하여 여관영업권 자체가 박탈되는 결과에 이르므로 재산권 침해의 소지가 있을 수 있으나, 초등학교 교육의 능률화라는 공익을 위하여 정화구역 안에서의 여관업을 금지하면서 5년간 여관업을 계속할 수 있도록 경과규정을 두고 있는 점에 비추어 별도의 보상적 조치를 두지 않았다고 하더라도 이를 들어 재산권에 내재하는 사회적 제약의 범주를 넘었다고 할 수는 없다.

따라서 이 사건 금지조항이 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

#### (6) 포괄위임금지원칙의 위반여부

청구인들은, 사유재산권을 제한하는 이 사건 금지조항이 이를 보완하는 차원에서 사유재산권의 제한에서 벗어날 수 있는 예외규정을 단서로 마련하면서 그 범위를 대통령령에 위임한 것은 기본권제한에 관한 막중한 사안에 대하여 행정부로 하여금 자의적인 행정입법을 하도록 하였다는 점에서 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 주장한다.

#### (가) 일반론

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. 이와 같이 입법을 위임할 경우에는 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둠으로써 행

정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법과 법치주의의 원칙을 달성하고자 하는 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 규율대상의 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 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62-74; 2002. 12. 18. 2001헌바52, 판례집 14-2, 795, 802).

#### (나) 판 단

이 사건 금지조항의 단서는 “다만, 대통령령이 정하는 구역 안에서는 제2호, 제4호, 제8호 및 제10호 내지 제14호에 규정한 행위 및 시설 중 교육감 또는 교육감이 위임한 자가 학교환경위생정화위원회의 심의를 거쳐 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설은 제외한다”고 규정되어 있다.

위 단서는 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용이 아니라 원칙적으로는 금지된 정화구역 안에서의 여관시설과 영업을 일정한 요건 아래 해제하여 주는 내용이므로 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다.

먼저 “대통령령이 정하는 구역 안에서”에 관하여 보면, 이 사건 금지조항의 본문이 “누구든지 학교환경위생정화구역 안에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위 및 시설을 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있으므로 행위 및 시설금지의 제외구역이 되는 “대통령령이 정하는 구역”이라 함은 정화구역의 범위 안에서 정하여질 것임을 알 수 있고, 학교보건법 제5조 제1항은 “학교환경위

생정화구역은 학교경계선으로부터 200미터를 초과할 수 없다”고 규정하여 정화구역의 최장거리를 제한하고 있으므로 결국 “대통령령이 정하는 구역”은 학교경계선으로부터 200미터 안에서 정하여질 것임을 알 수 있다.

다음으로 “학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 행위 및 시설”에 대하여 살펴보면, “학습”의 사전적 의미는 “배워서 익힘”이고 “보건”의 사전적 의미는 “건강을 지켜나가는 일”이며 “위생”의 사전적 의미는 “건강의 유지·증진을 위하여 질병의 예방이나 치료에 힘쓰는 일”로서 위 단서의 “학습과 학교보건위생”의 의미가 불명료하다고 할 수는 없고, “학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는 행위 및 시설”은 이 사건 금지조항의 입법취지와 학교보건법의 목적을 규정한 제1조 등 학교보건법의 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합해 보면 어떠한 행위와 시설이 위 단서에 해당하는 행위와 시설인지는 어렵지 않게 예측할 수 있다(예를 들어, 여관이 통학로와 어느 정도 떨어져 있는지, 여관을 주로 이용하는 사람들의 연령·직업, 여관의 이용목적, 투숙객의 시간대별 이용상황 등을 고려할 수 있을 것이다).

따라서 위 단서가 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.

나. 이 사건 처벌조문에 대하여

청구인은 행정의무불이행에 대하여 과태료 등 질서벌을 부과하는 것은 별론으로 하더라도 형벌로서 이를 처벌하는 것은 형벌권의 남용에 해당하고 과잉금지원칙에 위반된다고 주장한다.

어떤 행위를 범죄로 규정하고 그에 대하여 어떤 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황과 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다(헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761, 775-776).

이 사건 처벌조문은 초등학교 주변에 있는 여관으로 인하여 초등학교 학생들이 음란행위, 도박행위 등 불건전한 행위에 노출되어 있는 사회현실을 앞에 놓고 이러한 여관의 설립을 금지함으로써 초등학교 학생들을 유해한 환경으로부터 차단, 보호하여 초등학교 교육의 능률화를 기하고 초등학교 학생들을 건전한 시민으로 교육하고자 하는데 그 입법목적이 있고, 입법자는 과태료 등 행정벌만으로는 위 입법목적을 궁극적으로 달성할 수 없다고 판단하고 형벌이라는 수단을 선택한 것이므로 이러한 결단은 원칙적으로 존중되어야 한다.

나아가 이 사건 처벌조문은 법정형의 종류를 징역형과 벌금형으로 선택적으로 규정하여 그 하한에는 제한을 두지 않고, 다만 상한에 대해서만 1년 이하의 징역형 또는 500만 원 이하의 벌금형에 처하도록 제한을 둠으로써 법관의 양형재량권을 폭넓게 인정하고 있으므로, 이러한 법정형이 앞서 본 입법목적에 비추어 지나치게 가혹한 형벌이라고 보기도 어렵다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 263-264 참조).

따라서 이 사건 처벌조문은 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

#### 4. 결 론

그렇다면 이 사건 금지조항과 처벌조문 모두 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 권 성의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

#### 5. 재판관 권 성의 반대의견

가. 영업권도 헌법상 보장되는 재산권에 속한다.

단순한 이윤획득의 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건에 불과한 것을 영업권이라는 구체적 재산권으로 인정할 수는 물론 없을 것이다. 그러나 다년간에 걸쳐 확고하게 형성되거나 획득된 영업상의 고객관계, 입지조건, 영업상의 비결, 신용, 영업능력, 사업연락망 등을 포함하는 영업재산이나 영업조직은 경제적으로 유용하면서 처분에 의한 환가가 가능하므로 재산적 가치가 있다는 것이 사회 일반에 의하여 승인되고 있고 뒤에 보는 바와 같이 여러 법률에서 이를 구체적으로 인정하고 있으므로 이를 헌법상의 재산권에 속하는 하나의 구체적 권리로 충분히 인정할 수 있다.

영업권을 구체적으로 규정하고 있는 법률들로는 다음과 같은 것들이 있다.

상법은 영업이 양도의 대상이 됨을 전제로 하여 그 제7장에서 영업양도에 관한 규정을 두고 있다.

상법 제452조는 자산의 평가방법에 관하여 “회사의 회계장부에 기재될 자산은 제31조 제2호의 규정을 적용하는 외에 다음의 방법에 의하여 평가하여야 한다.”라고 규정하면서 그 제6호에서 “영업권은 유상으로 승계취득한 경우에 한하여 취득가액을 기재할 수 있다. 이 경우에는 영업권을 취득한 후 5년 내의 매결산기에 균등액 이상을 상각하여야 한다.”라고 규정하고, 제530조의8은 “분할 또는 분할합병으로 인하여 설립되는 회사 또는 분할합병의 상대방 회사가 영업권을 취득한 경우에는 그 취득가액을 대차대조표의 자산의 부에 계상할 수 있다. 이 경우에는 설립등기 또는 분할합병의 등기를 한 후 5년 내

의 매결산기에 균등액 이상을 상각하여야 한다.”라고 규정함으로써 영업권을 회사자산평가의 대상이 됨을 밝히고 있다.

소득세법 제20조의2 제1항은 “일시재산소득은 당해 연도에 발생한 광업권·어업권·산업재산권·산업정보, 산업상 비밀, 상표권·영업권(대통령령이 정하는 점포임차권을 포함한다), 토사석의 채취허가에 따른 권리, 지하수의 개발·이용권 그밖에 이와 유사한 자산이나 권리의 양도로 인하여 발생하는 소득으로 한다.”라고 규정하고, 제94조 제1항은 “양도소득은 당해연도에 발생한 다음 각호의 소득으로 한다.”고 규정하면서 그 제4호에서 “다음 각 목의 1에 해당하는 자산(이하 이 장에서 ‘기타자산’이라 한다)의 양도로 인하여 발생하는 소득 가. 사업용고정자산(제1호 및 제2호의 자산을 말한다)과 함께 양도하는 영업권(영업권을 별도로 평가하지 아니하였으나 사회통념상 영업권이 포함되어 양도된 것으로 인정되는 것과 행정관청으로부터 인가·허가·면허 등을 받음으로써 얻는 경제적 이익을 포함한다)”이라고 규정함으로써 영업권이 과세의 대상임을 명백히 하고 있다.

또한 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제77조 제1항은 “영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여는 영업이익과 시설의 이전비용 등을 참작하여 보상하여야 한다.”라는 내용의 영업손실보상규정을 두고 있다.

한편 대법원은 영업권의 의의에 관하여 “영업권이라는 것은 그 기업의 전통, 사회적 신용, 그 입지조건, 특수한 제조기술 또는 특수거래관계의 존재 등을 비롯하여 제조판매의 독점성 등으로 동종의 사업을 영위하는 다른 기업이 올리는 수익보다 큰 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산적 가치를 말하는 것이다.”라고 판시한 바 있다(대법원 1986. 2. 11. 선고 85누592 판결; 대법원 2004. 4. 9. 선고 2003두7804 판결).

이와 같이 영업권이 현행법상 양도의 대상, 과세의 대상, 손실보상의 대상 그리고 회사자산평가의 대상이 된다는 점, 그리고 대법원이 영업권을 무형의 재산적 가치로 판단하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려해 본다면 영업권은 헌법이 보장하는 재산권에 속한다고 보아야 할 것이다.

나. 보상 없이 영업을 금지하는 것은 위헌이다.

이 사건 금지조항은 청구인들의 여관영업권을 박탈하면서도 아무런 보상규정을 두고 있지 않으므로 이는 위헌이라고 생각한다.

다수의견은 재산권 침해여부에 대한 판단을 헌법 제23조 제1항과 제2항에

근거하여 입론하고 있다. 그러나 이 사건 금지조항은 초등학교 교육의 능률화라는 공공의 필요에 따라 이미 형성된 재산권(여관영업권)을 박탈하여 여관업자라는 특정한 범위의 재산권자의 희생을 야기하는 것이므로 헌법 제23조 제1항이나 제2항의 문제가 아니라 제3항의 문제로 보아야 한다.

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다.

우선 이 사건 금지조항으로 인하여 청구인이 여관영업권을 상실하는 것은 분명하므로 이것은 재산권의 수용에 해당한다. 물론 수용이라는 것이 통상의 경우에는 재산권이 원래의 권리자로부터 다른 데로 이전하는 외관을 보이지만 그 본질은 원래의 권리자가 그 재산권을 상실한다는 데 있는 것이므로 이 사건에서처럼 여관영업권이 다른 데 이전되지 않고 그대로 소멸되어 버리는 것 또한 수용이라고 보아야 한다.

이 사건 금지조항은 여관영업의 금지기간을 설정하고 있지 아니하므로 결국 여관업자로서는 초등학교 시설이 없어질 때까지 여관업을 할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 이와 같이 기한을 정하지 않은 채 여관업을 금지한다면 이는 여관영업권의 완전한 박탈로서 사회적으로 수인해야 할 제약의 한계를 벗어나는 특별한 희생이라고 보아야 한다.

또한 청구인들로서는 여관업을 영위하기 위하여 적지 않은 비용으로 시설 투자를 하였을 것이고 소유 건물을 여관 이외의 용도로 사용하는 것이 가능하다거나 경과규정을 통해 일정기간 여관업을 계속할 수 있게 된다고 하더라도 그것만으로는 다대한 투자비용을 회수하지 못할 수도 있다.

그럼에도 불구하고 이 사건 금지규정은 청구인들과 같은 여관영업자들에 대하여 아무런 보상조치도 규정하고 있지 않다.

따라서 청구인들의 영업권이라는 재산권을 수용하면서 아무런 손실보상의 규정을 두지 않은 이 사건 규정은 헌법 제23조 제3항을 정면으로 위반하여 위헌이라고 생각한다.

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

## 구 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 등 위헌소원

(2004. 10. 28. 2002헌바70 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 유동화전문회사가 자산보유자로부터 유동화자산으로서 부동산을 양수한 경우에만 등록세 및 취득세가 면제되고 선박을 양수한 경우에는 등록세 및 취득세가 면제되지 않도록 규정한 구 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 가.목, 제120조 제1항 제12호가 조세평등주의에 위반되는지 여부(소극)

2. 구 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 중 “유동화전문회사가 … 유동화자산을 양수하거나 양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기” 부분이 불명확하여 조세법률주의에 위반되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 조세우대조치의 남발은 그에 의하여 조세감면을 받는 특정한 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군에게 전가하는 결과를 가져와 조세평등의 이념에 반하고, 따라서 일반 납세자들의 납세의식을 저하시킬 수 있기 때문에, 입법자가 조세감면 대상을 설정함에 있어 되도록 신중한 입장을 취하여 우선 그러한 조세감면이 가장 절실하거나 시급하다고 생각되는 집단으로 그 범위를 한정하고 그 후의 상황 전개에 따라 이를 점진적으로 변경하는 것이 허용된다. 그러므로 비록 면세규정의 기본 취지에 비추어 볼 때에는 면세대상이 과소포함되었다 하더라도, 입법자가 자신의 재량 범위 내에서 합리적인 기준에 의하여 면세대상을 선정하고 있는 이상, 이는 정당화된다.

구 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 가.목, 제120조 제1항 제12호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 입법 당시 부동산을 적정한 가격으로 유동화하는 것이 자산 디플레이션의 해결 및 구조조정

의 원활한 진행과 관련하여 주요한 현안이 되었던 것과는 대조적으로, 선박의 경우는 그 유동화에 관한 필요성이나 현실적 수요가 부동산만큼 크지는 않았다. 그러므로 입법자가 부동산의 유동화에 대한 세제지원이 대체로 선박의 그것보다 상대적으로 더 절실하고 시급하다고 판단한 것은 그리 부당하지 않다.

일반·추상적인 법률을 제정하여야 하는 입법자로서는, 특히 조세나 사회복지 분야에서와 같이 대량으로 처리해야 하는 규율대상을 가진 영역에 있어서, 법집행의 효율성이나 객관적 공정성을 기하기 위하여, 어느 정도 개별적이고 특수한 경우에 일일이 부응하지 못하는 결함에도 불구하고 각양각색의 생활관계를 몇 가지로 일반화하고 유형화하는 입법을 할 수 있다. 이 경우 유형화는 그로 인해 발생하는 문제가 비교적 소수의 사람에게만 해당되고 그 정도가 심하지 않은 한, 입법형성의 재량 범위 내로 보아 용인되어야 할 것이다.

선박이나 기타의 실물자산은 부동산만큼 유동화의 필요성이 크게 인식되지 않았고 현실적 수요 여부도 불투명하였다. 이에 입법자는 유동화자산으로서 부동산을 양수하는 경우를 조세감면을 위한 요건으로 삼은 것인바, 이러한 유형화는 일견 생활관계의 본질적인 차이에 터잡은 것으로, 명백히 자의적이라고 보기는 어렵다. 나아가, 이 사건 법률조항이 선박이 면세대상에서 배제되도록 규정함으로써 발생하는 문제는 수적으로나 질적으로 비교적 경미하다. 그러므로 이 사건 유형화가 입법자의 형성재량 범위를 현저히 일탈하였다고 단정할 수는 없다.

입법자가 복잡한 생활관계를 새로이 규율함에 있어서는 충분한 경험이 쌓일 때까지 우선 대략적으로 유형화하고 일반화하는 규정을 만드는 것으로 만족해야 할 경우가 있다. 또 사실적 상황이 변화함에 따라 종전의 규정을 개정할 필요가 생겼지만 그렇다고 이를 단순히 조급히 수행해서는 안 되는 경우도 있을 수 있다. 이 경우에는 불평등이 현존한다고 하여 당해 규정이 바로 위헌이 되는 것은 아니며, 입법자는 그러한 불평등을 제거하는 데에 어느 정도의 기간을 요구할 수 있다고 보아야 한다.

이 사건 법률조항에 의한 조세감면 시한인 2001. 12. 31.까지는 개선헌법을 요구할 만한 상황 변화가 아직 없었다고 볼 수 있으며, 가

사 위 시한의 도래 전에 이미 개선입법을 해야 할 만한 상황 변화가 나타나기 시작하였다고 하더라도, 입법자가 그러한 변화를 법률에 반영함에 있어서는 어느 정도 적응기간이 요구되는 점을 감안할 때, 이 사건 법률조항이 적절한 적응기간을 현저히 넘어 부당하게 그 효력을 유지하고 있다고 보이지도 않는다.

2. 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 중 “유동화전문회사가 … 자산보유자로부터 2001년 12월 31일까지 유동화자산을 양수하거나”라는 부분은 그에 뒤이은 “양수한 유동화자산을 관리·운영·처분하는 경우로서”라는 부분과 함께 “다음 각 목의 1에 해당하는 등기”라는 부분을 수식하는 문구임이 명백하므로, 조세법률주의 내지 과세요건 명확주의에 위반되지 않는다.

### 【심판대상조문】

구 조세특례제한법(1999. 12. 28. 법률 제6045호로 개정되고 2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정되기 전의 것) 제119조(등록세의 면제 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 등기에 대하여는 등록세를 면제한다.

1. 내지 12. (생략)
13. 유동화전문회사가 자산유동화에관한법률 제3조의 규정에 의하여 등록된 자산유동화계획에 따라 자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수하거나 양수한 유동화자산을 관리·운영·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기가. 부동산의 소유권이전에 관한 등기  
나.~다. 생략
14. 내지 30. (생략)

②~⑦ 생략

구 조세특례제한법(1999. 12. 28. 법률 제6045호로 개정되고 2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정되기 전의 것) 제120조(취득세의 면제 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 재산의 취득에 대하여는 취득세를 면제한다.

1. 내지 11. (생략)
12. 유동화전문회사가 제119조 제1항 제13호의 규정에 의하여 취득한 부동산
13. 내지 25. (생략)

### 【참조판례】

1. 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535  
헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115

헌재 2004. 10. 28. 2002헌바70

- 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787  
헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403  
헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657  
헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608-609  
헌재 2000. 7. 20. 98헌바99, 판례집 12-2, 95, 103  
2. 헌재 1998. 12. 24. 97헌바33등, 판례집 10-2, 871, 891  
헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 162  
헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786, 795

## 【당 사 자】

청 구 인 ○○제일호유동화전문유한회사  
대리인 법무법인 남산  
담당변호사 임동진 외 7인  
당해사건 부산지방법원 2002구합1640 취득세등부과처분취소

## 【주 문】

구 조세특례제한법(1999. 12. 28. 법률 제6045호로 개정되고 2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정되기 전의 것) 제119조 제1항 제13호 가.목 및 제120조 제1항 제12호 중 ‘유동화자산을 양수하는 경우로서 면세가 되는 대상을 부동산으로 한정함으로써 선박을 그 대상에서 배제한 부분’은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 자산유동화에관한법률에 따라 유동화자산의 양수와 관리, 운용, 처분 등을 목적사업으로 2000. 11. 16. 설립된 법인이다.

(2) 청구인은 2000. 12. 1. 자산유동화에관한법률 제3조에 따라 금융감독위원회에 자산유동화계획을 등록하고, 같은 날 자산보유자인 ○○메이저 주식회사로부터 선박 5척을 매수·취득하였다. 이 중 4척은 선적항이 부산광역시이고 그 취득가액은 합계금 21,056,295,000원이다.

(3) 청구인은 2000. 12. 5. 위 선박들의 소유권이전등기를 경료하였고, 지방세법에 따라 등록세 210,562,950원, 교육세 42,112,590원, 취득세 421,125,900원,

농어촌특별세 42,112,590원 등 총 715,914,030원의 세액을 신고납부하였다.

(4) 그런데 구 조세특례제한법은 유동화전문회사가 유동화자산을 양수하거나 양수한 유동화자산을 관리, 운용, 처분하는 경우로서 부동산의 소유권이 이전할 때에는 등록세 및 취득세를 면제하는 규정을 두고 있었는데, 청구인은 선박의 소유권이전의 경우에도 등록세 및 취득세가 면제되어야 한다고 주장하며, 2002. 3. 2. 부산지방법원에 부산광역시 서구청장을 피고로 하여 위 등록세, 취득세와 그에 부가된 교육세 및 농어촌특별세의 합계금 715,914,030원의 부과처분을 취소하라는 소를 제기하였다.

(5) 위 소송계속 중 청구인은 구 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호, 제120조 제1항 제12호가 조세평등주의 등에 위배된다고 주장하며 위헌심판제청을 신청하였으나, 이것이 기각되자 2002. 8. 9. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

청구인의 청구취지는 유동화전문회사가 유동화자산으로서 부동산을 양수한 경우에만 소유권이전등기에 관한 등록세 및 취득세가 면제되고 선박을 양수한 경우에는 그 등록세 및 취득세가 면제되지 않음을 다투는 데 있다. 그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 조세특례제한법(1999. 12. 28. 법률 제6045호로 개정되고 2002. 12. 11. 법률 제6762호로 개정되기 전의 것) 제119조 제1항 제13호 가.목 및 제120조 제1항 제12호 중 ‘유동화자산을 양수하는 경우로서 면세가 되는 대상을 부동산으로 한정함으로써 선박을 그 대상에서 배제한 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌여부로 봄이 상당하며, 그 내용은 다음과 같다.

구 조세특례제한법 제119조(등록세의 면제 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 등기에 대하여는 등록세를 면제한다.

##### 1. 내지 12. (생략)

13. 유동화전문회사가 자산유동화에관한법률 제3조의 규정에 의하여 등록된 자산유동화계획에 따라 자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수하거나 양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기
  - 가. 부동산의 소유권이전에 관한 등기
  - 나. 저당권의 이전에 관한 등기
  - 다. 경매신청, 가압류, 가처분에 관한 등기 또는 가등기

14. 내지 30. (생략)

제120조(취득세의 면제 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 재산의 취득에 대하여는 취득세를 면제한다.

1. 내지 11. (생략)

12. 유동화전문회사가 제119조 제1항 제13호의 규정에 의하여 취득한 부동산

13. 내지 25. (생략)

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청신청기각이유 및 이해관계인의 의견  
가. 청구인의 주장요지

(1) 자산유동화와 관련하여 등록세와 취득세를 면제하는 이유는 재무구조가 충실하지 못한 회사가 그 보유하는 자산을 유동화하여 재무구조를 건전화하는 것을 장려하기 위함이다. 한편, 선박은 그 경제적 가치나 이용 그리고 법률적인 공시방법 등의 측면에서 부동산과 매우 유사하며 부동산과 마찬가지로 유동화자산이 된다. 이러한 점들을 고려해 볼 때, 부동산과 선박을 구분하여 부동산의 경우에만 면세를 할 합리적 이유는 없다고 할 것임에도 이 사건 법률조항은 양자를 차별하므로 조세평등주의에 반한다.

(2) 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호는 함목적적 해석에 의하여 「자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수한 경우」와 「양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기」에 대하여 등록세를 면제한다」는 취지로 풀이되어야 한다. 그럼에도 과세당국은 이와 달리 해석하여 ‘유동화자산을 양수한 경우에도 위 법률조항 중 각 목의 1에 해당하는 등기에 한하여만 등록세를 면제한다」는 취지로 풀이하고 있는바, 이처럼 상반된 해석이 가능하게 하는 점에서 이 사건 법률조항은 불명확하므로 조세법률주의에 반한다.

나. 부산지방법원의 위헌제청신청기각이유요지

입법자가 금융기관과 일반기업의 자금조달을 원활하게 하여 재무구조의 건전성을 높이기 위하여 유동화전문회사가 자산보유자로부터 유동화자산인 ‘채권, 부동산, 기타의 재산권’을 취득하는 경우에 이를 장려하기 위하여 유동화자산의 양수, 관리, 운용, 처분 중에 발생하는 취득세 등을 면제하는 조세감면요건을 규정하면서 공시방법 및 강제집행 등 여러 면에서 실질적으로 동일한 취급을 받는 선박과 부동산을 달리 취급하여 ‘부동산의 소유권이전에 관한 등기’라고 규정하고 선박을 조세감면대상에서 제외하였다고 하더라도, 이를 가

리켜 입법형성권의 한계를 벗어났거나 규정내용이 불명확하다고 할 수 없으므로 조세평등주의나 조세법률주의에 위배된다고 할 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견

부산지방법원의 위헌제청신청기각이유와 대체로 같다.

라. 부산광역시 서구청장의 의견

(1) 자산유동화에 관한 법률의 제정목적은 그 제1조에서 규정하고 있는 바와 같이, 금융기관과 일반기업의 재무구조를 건전하게 하는 것뿐만 아니라 장기적인 주택자금의 안정적인 공급을 통하여 주택금융기반을 확충하는 데에도 있다. 그러나 선박의 취득은 주택공급과 아무런 연관성이 없다.

(2) 한편, 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호에서 ‘유동화자산’이라는 용어를 사용하고 있기는 하나, 이는 단지 문맥상 후단부인 ‘다음 각 목의 1에 해당하는 등기’를 구체적으로 설명하기 위하여 제시한 단어일 뿐이다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항은 입법자의 입법형성재량범위 내에서 제정된 것으로서 조세평등주의나 조세법률주의에 반하지 않는다.

3. 자산유동화제도의 개관

가. 자산유동화제도의 도입배경

(1) 1997. 12. 단기 외환유동성 부족으로 우리나라가 IMF 지원금융을 받게 되면서 고금리, 고환율, 재정긴축정책이 시행되었다. 이 과정에서 경기침체와 유동성압박을 겪게 된 기업들은 구조조정을 위해 보유부동산을 처분하려 하였고, 외환위기 전후 기업부도 급증에 따라 부실채권을 대량 보유하게 된 금융기관들도 그 부실채권을 정리하기 위해 담보부동산을 처분하려 하였다. 반면에 기업의 이윤저하, 실업률상승, 실질소득의 감소로 기업과 가계의 부동산수요는 오히려 감소하였다. 그 결과 부동산 가격은 폭락하여, 지가는 -13.6%, 주택가격은 -12.4%에 달하는 큰 폭의 하락을 기록하였다.

(2) 이처럼 기업과 금융기관의 구조조정과정에서 발생한 부동산매물의 급증은 외환위기 이후 자산가격의 지속적 하락 즉, ‘자산 디플레이션’을 가속화한 중요한 요인이 되었다. 그런데 구조조정은 자산 디플레이션에 영향을 주는 동시에 이로부터 영향을 받기도 한다. 즉, 자산 디플레이션은 기업의 재무구조악화를 가져와 구조조정의 원활한 수행을 방해할 수 있다. 그리고 만일 구조조정이 지연되어 금융기관의 부실채권이 증가하고 기업의 구조조정용 부동산매물이 계속 쏟아진다면 자산가격이 다시 폭락하여 장기적인 경기침체에

빠질 위험이 있었다.

이를 지양하기 위해 정부는 금융기관의 부실채권정리와 기업의 구조조정용 부동산매각을 지원하는 데 공적 자금을 투입하는 정책을 썼다. 한국자산관리공사는 1998. 5.에 이미 부실채권정리기금으로 20조 원을 조성하여 금융기관의 부실채권매입을 추진하였다. 한국토지공사는 기업이 금융기관에 대한 부채상환을 위해 매각하고자 하는 부동산의 매입에 나서서 1998.부터 1999.까지 5차에 걸쳐 총 385만평, 2조 6,101억 원 상당을 매입하였다.

(3) 그러나 국민의 재정적 부담으로 돌아가는 공적 자금을 무한정 투입할 수는 없었다. 따라서 공적 자금을 최대한 효율적으로 활용하는 방안을 마련할 필요가 있었는데, 80년대 자산 디플레이션과 금융위기를 성공적으로 극복한 미국의 사례는 그에 좋은 본보기가 되었다. 당시 미국에서는 부실채권처리를 위한 공적 기구(Resolution Trust Corporation)를 설립하고 대규모 공적 자금을 신속하게 투입하여 금융기관과 기업의 부실을 조기에 해결하는 한편, 매입한 자산을 신속하게 유동화시켜 자금을 회수하고 그로써 재정부담을 최소화했던 것이다. 그리하여 우리나라에서도 한국자산관리공사나 한국토지공사가 공적 자금을 투입하여 보유하게 된 부실채권이나 부동산을 조기에 재매각하여 자금여력을 다시 확보하는 방안이 강구되었다.

당시 부실자산규모와 부동산시장의 여건에 비추어 볼 때, 증권화를 통한 자산의 유동화는 직접매각방식보다 국내외 투자자로부터 자금을 조달하는 데 더 효과적인 수단으로 인식되었을 뿐만 아니라, 금융기관의 자기자본비율을 증가시키며, 침체된 부동산경기를 진작하고 주택금융을 활성화하여 장기적인 주택자금의 안정적인 공급에 기여하는 등 여러 가지 장점이 있는 것으로 보였다.

(4) 이에 정부는 자산담보부증권(Asset-Backed Securities)의 발행을 위한 특별법 입법작업에 착수하였고, 1998. 9. 16. 마침내 자산유동화에 관한 법률이 제정되기에 이른다. 자산유동화에 관한 법률은 제1조에서 “이 법은 금융기관과 일반기업의 자금조달을 원활하게 하여 재무구조의 건전성을 높이고 장기적인 주택자금의 안정적인 공급을 통하여 주택금융기반을 확충하기 위하여 자산유동화에 관한 제도를 확립하며, 자산유동화에 의하여 발행되는 유동화증권에 투자한 투자자를 보호함으로써 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.”고 밝히고 있으며, 자산유동화에 장애가 되었던 주요 법적 요인들을 제거하여 자산유동화의 촉진에 중대한 전기를 마련하였다.

나. 자산유동화와 유동화전문회사

(1) 일반적으로 자산유동화란 기업 및 금융기관이 보유하고 있는 각종 대출 채권이나 매출채권, 부동산 기타 다양한 형태의 현금흐름을 가지는 자산을 자산보유자로부터 분리하여 표준화하고 특정조건별로 집합한 후에 이를 기초로 증권을 발행하여 자본시장에서 자금을 조달하는 것을 말한다. 여기서 자산을 자산보유자로부터 분리한다고 함은, 양도받은 자산이 자산보유자가 파산하더라도 그 영향을 받지 않도록 통상 특별목적기구(Special Purpose Vehicle)를 설립하여 그 소유권을 양도하는 것을 말한다. 이러한 특별목적기구는 실제로 사업수행을 하기 위한 것이 아니라 단순히 자산의 보유를 위해 설립되는 도 관체 내지 수단에 불과하다.

(2) 실제로 1998. 9. 16. 제정된 자산유동화에관한법률도 ‘자산유동화’를 유동화전문회사가 자산보유자로부터 유동화자산을 양도받아 이를 기초로 유동화증권을 발행하고 당해 유동화자산의 관리·운용·처분에 의한 수익으로 유동화증권의 원리금 또는 배당금을 지급하는 일련의 행위 등으로 정의하고 있으며(제2조 제1호), 유동화전문회사는 본점 외의 영업소의 설치나 직원의 고용을 할 수 없게 하고(제20조 제2항), 그 업무를 유동화자산의 양수·양도, 유동화증권의 발행 등에 한정하며(제20조 제1항, 제22조), 자산관리업무를 반드시 자산보유자나 기타 제3자에게 위탁하도록 규정하고 있다(제23조).

다. 자산보유자와 유동화자산

(1) 자산유동화에관한법률 제2조 제2호는 자산유동화를 할 수 있는 자산보유자를 금융기관(은행, 종합금융회사, 보험사업자, 증권회사, 증권투자신탁업법에 의한 위탁회사, 상호신용금고, 여신전문금융회사), 한국자산관리공사, 한국토지공사, 대한주택공사, 국민주택기금을 운용 관리하는 자, 국제적인 신용도가 높은 법인(외국법인과 당해 외국법인이 설립하는 국내법인을 포함)으로서 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 따라 당해 법인이 보유하는 자산에 대하여 자산유동화의 필요성이 있다고 금융감독위원회가 인정하는 법인, 기타 대통령령이 정하는 자로 한정하고 있다. 이는 자산유동화제도가 처음 도입되는 생소한 제도라는 점을 감안하여 자산유동화에 관한 특례 인정의 부작용을 최소화하기 위한 취지라고 한다.

(2) 한편, 유동화증권발행의 기초가 되는 유동화자산은 원칙적으로 어느 정도 예측가능한 현금흐름을 가져 그것으로 증권소지인에게 적시에 원리금 또

는 배당금을 지급할 수 있는 것이라야 한다. 그러므로 부동산과 같은 실물자산은 현금흐름을 예측하기 어려운 점에서 사실 유동화에 최적은 아니다. 그러나 자산유동화에관한법을 제2조 제3호는 유동화자산을 ‘자산유동화의 대상이 되는 채권·부동산 기타의 재산권’이라고 정의함으로써 부동산과 같이 현금흐름이 불확정적인 실물자산도 직접 유동화자산이 될 수 있도록 하였다. 입법자가 이처럼 부동산도 직접 유동화자산이 될 수 있게 규정한 것은 다양한 자산을 유동화증권의 기초자산으로 활용할 수 있게 하려는 의도도 있었겠지만, 무엇보다도 외환위기 이후 부동산시장이 극도로 침체되어 있는 상황에서 금융기관의 담보부동산을 인수한 한국자산관리공사와 기업의 구조조정용 부동산을 인수한 한국토지공사가 이들 부동산을 조기에 적정 가격으로 재매각할 수 있도록 하기 위한 것이라고 한다.

#### 4. 이 사건 법률조항의 입법연혁과 입법취지

##### 가. 입법연혁

입법자는 유동화전문회사가 원활한 구조조정을 위한 금융시스템의 구축차원에서 도입된 제도임을 감안하여 그 성공적 도입을 위한 세제지원의 일환으로서 구 조세감면규제법(1998. 9. 16. 법률 제5551호로 개정된 것) 제113조 제1항 제11호 가.목, 제114조 제1항 제10호를 신설하여 유동화전문회사가 자산유동화계획에 따라 자산보유자로부터 1999. 12. 31.까지 취득한 부동산에 대한 소유권이전등기에 관한 등록세 및 취득세를 면제하도록 하였다. 이 규정들은 1998. 12. 28. 구 조세감면규제법이 조세특례제한법으로 전문개정됨에 따라 동법(1998. 12. 28. 법률 제5584호로 전문개정된 것) 제119조 제1항 제13호 가.목, 제120조 제1항 제12호로 조문의 위치가 변경되었고, 이는 다시 1999. 12. 28. 이 사건 법률조항으로 개정되면서 면제시한이 2001. 12. 31.로 연장되었다.

이후 위 시한은 2002. 12. 11. 개정시에는 2003. 12. 31.까지로, 2003. 12. 30. 개정시에는 다시 2006. 12. 31.까지로 연장되었다. 한편, 2003. 12. 30. 개정법은 종래 취득세 및 등록세 전액을 면제해 오던 것을 100분의 50을 감면하는 것으로 변경하였다.

##### 나. 입법취지

이상의 입법연혁에서 알 수 있듯이, 이 사건 법률조항은 외환위기 이후 구조조정을 위한 세제지원 차원에서 마련된 일련의 조항들 중 하나다.

구조조정을 위한 세제지원은 기본적으로 대상기업에 특혜를 주려는 것이

아니라, 세제가 구조조정에 걸림돌이 되지 않도록 하려는 것으로서 경제기반 재구축을 위해 불가피하게 행해진 조치라고 할 수 있다. 그러나 구조조정에 대한 적극적인 세제지원은 정도의 차이는 있겠지만, 과세의 형평성문제를 초래할 소지도 있으므로, 입법자는 지원 후 사후관리를 엄격히 하고 한시적으로만 운용함으로써 세제지원에 따른 형평성의 훼손을 최소화해야 한다고 생각하였다.

5. 이 사건 법률조항의 조세평등주의위반여부

가. 문제의 소재

헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적인 이유 없이는 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 평등원칙을 선언하고 있으므로, 조세법률관계에 있어서도 과세는 개인의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야 하고, 합리적인 이유 없이 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하거나 우대하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535).

그런데 이 사건 법률조항은 유동화전문회사가 유동화자산으로서 부동산을 양수한 경우에만 소유권이전등기에 관한 등록세와 취득세가 면제되게 하여 선박을 양수한 경우에는 등록세와 취득세가 면제되지 않도록 하고 있다. 그리하여 유동화자산으로서 선박을 양수한 유동화전문회사는 부동산을 양수한 유동화전문회사에 비해 등록세와 취득세의 과세에 있어서 불리한 차별을 받게 된다. 그러므로 여기서는 이러한 차별을 헌법적으로 정당화할 만한 합리적인 이유가 있는지가 문제된다.

나. 심사의 척도

(1) 평등원칙의 심사는 차별근거와 규율영역의 특성 등에 따라 그 심사의 강도를 달리한다.

즉, 입법자의 형성의 자유와 민주국가의 권력분립적 기능질서를 보장하는 차원에서 일반적으로 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지만을 의미한다. 그러므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 때에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115 참조).

그러나 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 다시 말하여 헌법이 직접 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준이나 차별을 특히 금지하는 영역

을 제시하는 경우에는 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격히 심사하여야 하며, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에도 엄격한 심사척도를 적용하여야 한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조). 여기서 엄격히 심사를 한다는 것은 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별간의 상관관계에 대해서 즉, 비교대상간의 사실상의 차이의 성질 및 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사함을 의미한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403; 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조).

(2) 이 사건에서 차별의 기준이 되는 것은 유동화의 대상이 된 자산이 부동산이냐 아니냐이며, 규율영역은 소유권이전등기의 등록세와 취득세의 감면여부에 관한 것이다. 그런데 이는 헌법이 명시적으로 금지하고 있는 차별기준이나 차별영역에 해당하지 않는다. 오히려 오늘날 조세는 재정수입의 확보라는 목적 이외에 국민경제적, 재정정책적, 사회정책적 목적을 달성하기 위한 수단으로 이용되기도 하는바, 조세감면의 혜택범위를 결정하는 문제는 이러한 정책적 목적과 조세부담의 형평성 등을 종합적으로 고려하는 가운데 입법자가 광범위한 형성의 자유를 행사할 수 있는 영역에 속한다고 할 것이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 608-609; 2000. 7. 20. 98헌바99, 판례집 12-2, 95, 103 등 참조).

게다가, 관계인은 자기 자신의 행위로써 얼마든지 위 차별기준의 실현여부를 좌우할 수 있는 지위에 있으며, 그 불이익의 내용이라는 것도 기껏해야 정상적인 조세납부의무를 지는 데 불과하다. 따라서 이 경우 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 중대한 제한이 초래된다고 볼 수도 없다.

그렇다면 이 사건에서는 완화된 심사척도를 적용하여 이 사건 법률조항이 명백히 입법형성의 재량범위를 벗어난 자의적인 입법인지만을 심사함이 상당하다.

#### 다. 차별의 정당화여부

(1) 이 사건 법률조항의 기본적 입법취지는, 유동화전문회사가 구조조정을 위한 금융시스템의 구축차원에서 도입된 제도임을 감안하여 그 성공적 도입을 위한 세제지원을 하는 데 있다. 그런데 이러한 입법목적 자체로부터는 유동화자산으로서 부동산을 양수한 경우와 선박을 양수한 경우를 조세감면에

있어서 달리 취급할 어떠한 이유도 발견되지 않는다. 부동산이든 선박이든 이를 유동화할 경우 기업의 부채비율을 감소시켜 재무구조를 건전하게 하는 데 도움을 줄 수 있기 때문이다.

(2) 그러나 차별규정의 객관적 타당성은 입법자가 밝힌 입법동기로부터만 주어질 필요는 없으며, 법률이 가진 의미로부터도 도출될 수 있다. 살피건대, 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 나.목, 다.목과는 달리, 이 사건 법률조항은 면세대상을 유독 부동산의 경우로 한정하고 있다. 그런데 이처럼 면세대상을 제한적으로 설정하는 입법은 기본적으로 당해 면세의 취지와 그로 인해 초래되는 재정의 감소 및 과세형평성의 훼손의 문제를 조정하는 의미를 가지는 점에서 정당화될 여지가 있다. 즉, 조세우대조치의 남발은 그에 의하여 조세감면을 받는 특정한 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군에게 전가하는 결과를 가져와 조세평등의 이념에 반하고, 따라서 일반 납세자들의 납세의식을 저하시킬 수 있기 때문에, 입법자가 조세감면 대상을 설정함에 있어 되도록 신중한 입장을 취하여 우선 그러한 조세감면이 가장 절실하거나 시급하다고 생각되는 집단으로 그 범위를 한정하고 그 후의 상황전개에 따라 이를 점진적으로 변경하는 것이 허용된다. 그러므로 비록 면세규정의 기본취지에 비추어 볼 때에는 면세대상이 과소포함되었다 하더라도, 입법자가 자신의 재량 범위 내에서 합리적인 기준에 의하여 면세대상을 선정하고 있는 이상, 이는 정당화된다고 할 것이다.

(3) 이 사건 법률조항의 입법에 있어서도 입법자는 구조조정을 위한 세제 지원이 경제기반 재구축을 위해 불가피하긴 하지만, 과세의 형평성문제를 초래할 소지가 있는 점을 감안하여, 지원 후 사후관리를 엄격히 하고 한시적으로만 운용함으로써 기본적으로 세제지원에 따른 형평성의 훼손을 최소화하려는 입장을 견지하고 있다. 이 사건 법률조항이 유동화되는 모든 대상에 대하여 소유권이전등기에 관한 등록세와 취득세를 감면하지 않은 것도 바로 이러한 입장의 연장선상에서 파악할 수 있을 것이다.

(4) 나아가, 이 사건 법률조항은 선박과 부동산의 유사성에도 불구하고 유독 부동산이 유동화자산인 경우에만 조세감면을 하고 있는바, 이러한 면세대상의 선정은 아래에서 보는 바와 같은 이유로 입법자의 재량 범위 내에서 합리적인 기준에 따라 이루어졌다고 볼 것이다.

(가) 전술한 바와 같이 우리나라는 외환위기 이후 극심한 자산 디플레이션을 경험하였고, 그 주요원인은 금융기관과 기업의 구조조정과정에서의 부동

산매물증가에 따른 부동산가격의 폭락에 있었다. 자산 디플레이션은 구조조정을 지연시키는 요인이 되는데, 이를 극복하고 구조조정이 원활히 진행되도록 하기 위해 정부는 한국자산관리공사, 한국토지공사 등으로 하여금 금융기관의 부실채권과 기업보유부동산을 대거 인수하게 하였고, 여기에 투입된 공적 자금을 회수하는 방안으로서 자산유동화제도의 도입을 추진하기에 이른 다. 자산유동화기법은 부동산과 같이 유동성이 없는 자산을 비교적 단기간에 처분하는 것을 가능하게 할 뿐 아니라 대규모의 자산매각에 따르는 시장가격의 하락을 방지할 수 있어서, 외환위기 이후 극심하게 침체된 부동산 시장 하에서는 적정 가격에 조기에 공적 자금을 회수할 수 있는 유망한 방안으로 부각되었다.

이처럼 이 사건 법률조항의 입법 당시 부동산을 적정한 가격으로 유동화하는 것이 자산 디플레이션의 해결 및 구조조정의 원활한 진행과 관련하여 주요한 현안이 되었던 것과는 대조적으로, 선박의 경우는 그 유동화에 관한 필요성이나 현실적 수요가 부동산만큼 크지는 않았던 것으로 판단된다. 즉, 부동산은 그 수량이 제한되어 있어 IMF 이전까지는 어느 정도 인플레이션상태에 있었고, 따라서 금융기관의 대출에 있어 인기 있는 담보물이 되어 왔던 반면에, 선박은 대출담보로서의 활용도가 부동산의 정도에는 이르지 못했으며, 그리하여 대체로 선박가격의 하락은 부동산가격의 하락만큼 금융기관의 부실채권증가 내지 그로 인한 원활한 구조조정의 지연에 영향력을 가지지는 않은 것으로 보인다. 또한 기록에 의하면, 청구인이 유동화한 이 사건 선박들은 장부가액 61억 7,600만 원보다 훨씬 높은 221억 5,400만 원으로 감정평가되었음을 알 수 있는바, 이는 당시 선박의 경우 과연 부동산에서와 같은 가격의 하락이 있었는지조차 의심스럽게 한다.

뿐만 아니라, 자산유동화에관한법률은 본래 규제보다는 지원을 목적으로 한 법이고, 동법에 따라 자산유동화를 할 경우에는 꼭 이 사건 법률조항이 아니더라도 각종 특례조항의 적용을 받을 수 있게 되는 점에서, 만일 선박에 대한 자산유동화의 현실적 수요가 컸다면, 이 사건 법률조항에 의한 조세감면여부와는 관계없이 어느 정도 빈번하게 선박의 유동화가 이루어졌을 터이다. 그러나 실제로는 이 사건이 있기까지 자산유동화에관한법률에 따른 선박의 유동화는 전혀 이루어지지 않았고, 이후에도 거의 전무한 실정이다.

그러므로 자산 디플레이션의 해결이나 구조조정의 원활한 지원에 있어서 각각의 자산의 유동화가 차지하는 비중과 그 현실적 수요, 각각의 자산에 대

한 시장의 여건 등을 종합적으로 고려할 때, 입법자가 부동산의 유동화에 대한 세제지원이 대체로 선박의 그것보다 상대적으로 더 절실하고 시급하다고 판단한 것은 그리 부당하다고 생각되지 않는다.

(나) 이러한 입법자의 판단이 모든 개별·구체적인 경우에 항상 타당하지는 않다고 하더라도, 이는 헌법적으로 문제되지 않는다.

즉, 특정 기업의 구조조정에 있어서는 부동산의 유동화보다 선박의 유동화가 더 절실하게 요청되는 경우도 있을 수 있다. 반대로, 모든 부동산이 다 똑같은 정도로 유동화가 요청되는 것은 아니며, 경우에 따라서는 자산유동화에 관한 법률에 따른 유동화방식에 의하지 않고도 조기에 손쉽게 적정한 가격으로 매각할 수 있는 부동산이 얼마든지 있을 수 있다. 이 사건 법률조항이 구조조정을 위한 세제지원의 일환으로서 입법되었다는 관점에서 바라본다면, 아마 가장 바람직한 것은 당해자산의 유동화가 구조조정에 기여하는 정도에 비례하여 세제지원이 이루어지도록 하는 것일 터이다.

그러나 일반·추상적인 법률을 제정하여야 하는 입법자로서는, 특히 조세나 사회복지 분야에서와 같이 대량으로 처리해야 하는 규율대상을 가진 영역에 있어서 법집행의 효율성이나 객관적 공정성을 기하기 위하여 어느 정도 개별적이고 특수한 경우에 일일이 부응하지 못하는 결함에도 불구하고 각양각색의 생활관계를 몇 가지로 일반화하고 유형화하는 입법을 할 수 있다. 이 경우 유형화는 그로 인해 발생하는 문제가 비교적 소수의 사람에게만 해당되고 그 정도가 심하지 않은 한, 입법형성의 재량범위 내로 보아 용인되어야 할 것이다.

이를 전제로 살피건대, 각 품목들이 구조조정에 기여하는 정도를 일일이 파악하여 조세감면대상을 개별적으로 선정한다는 것은 자칫 법집행의 효율성을 떨어뜨릴 수 있을 뿐만 아니라 불공정성의 시비마저 낳을 우려가 있다. 한편, 부동산은 자산 디플레이션의 해결 및 구조조정의 원활한 수행에 있어 그 유동화의 필요성이 대체로 큰 것으로 인식되고 있었다. 현금흐름이 확정적이지 않은 점에서 직접 유동화자산이 되기에는 다소 부적합하다는 지적도 있었지만, 다른 실물자산과는 달리, 부동산의 경우에는 한국자산관리공사나 한국토지공사 등에 의해 기업보유부동산매입에 투입된 공적 자금을 회수하는 방안으로서 유동화의 현실적 수요도 포착되고 있었다. 반면에, 선박이나 기타의 실물자산은 부동산만큼 유동화의 필요성이 크게 인식되지 않았고 현실적 수요여부도 불투명하였다. 이에 입법자는 유동화자산으로서 부동산을 양수하는

경우를 조세감면을 위한 요건으로 삼은 것인바, 이러한 유형화는 일견 생활관계의 본질적인 차이에 터잡은 것으로 명백히 자의적이라고 보기는 어렵다. 나아가, 실제로 청구인의 경우 외에 선박을 직접 유동화한 사례는 거의 전무한 점, 청구인은 면세대상인 부동산을 유동화할지 아니면 면세대상에서 제외된 선박을 유동화할지를 스스로 결정할 수 있었고, 이 사건 법률조항으로 인한 불이익의 내용은 다른 납세자들과 동일하게 정상적인 납세의무를 지는 데 불과하며, 이 사건 법률조항에 의한 면세혜택을 받지 못한다고 하더라도 자산유동화에관한법률이나 조세법상의 다른 우대조항의 적용은 받을 수 있는 점에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 선박이 면세대상에서 배제되도록 규정함으로써 발생하는 문제는 수적으로나 질적으로 비교적 경미한 것으로 평가할 수 있다. 그러므로 이 사건 유형화가 입법자의 형성재량범위를 현저히 일탈하였다고 단정할 수는 없다.

(다) 한편, 이 사건 법률조항과 동일한 입법취지를 가진 조세특례제한법 제 119조 제1항 제13호 나.목, 다.목은 저당권이전등기나 경매신청·가압류·가처분등기 또는 가등기에 대한 등록세의 감면에 있어 부동산과 선박을 구별하고 있지 않다. 그러나 자산유동화가 진정한 양도(true sale)가 있을 것을 전제로 하는 점에서 위 나.목, 다.목에 규정된 등기는 부동산이나 선박이 직접 유동화대상이 되지 않는 경우에 관한 것이라고 할 것이다. 그러므로 대상품목에 대한 유동화가 사회적으로 얼마나 필요한가에 따라 세제지원여부를 달리하는 이 사건 법률조항과 위 나.목, 다.목의 규정은 서로 논의의 차원이 다르다. 그렇다면 위 나.목, 다.목이 부동산과 선박을 구별하고 있지 않다고 해서 이 사건 법률조항이 부동산과 선박을 구별한 것이 명백히 체계위배적이고, 따라서 자의적인 것으로 되지는 않는다고 판단된다.

(5) 2001.경 구조조정이 어느 정도 마무리됨에 따라 이 사건 법률조항에 있어서 구조조정을 위한 세제지원이라는 의미는 오늘날 점차 퇴색되어 가고 있다. 실제로 사회 일각에서는 기존에 주로 구조조정을 위한 수단으로서 활용되던 자산유동화제도가 이제는 기업의 새로운 자금조달수단으로서 정착되어 가고 있다고 보고 있다. 따라서 품목별로 그 유동화가 구조조정에 어느 정도 필요한가에 따라 조세감면여부를 달리하는 이 사건 법률조항의 체계는 위와 같이 변화되는 상황과 차츰 괴리를 드러내고 있다.

그러나 입법자가 복잡한 생활관계를 새로이 규율함에 있어서는 충분한 경험이 쌓일 때까지 우선 대략적으로 유형화하고 일반화하는 규정을 만드는 것

으로 만족해야 할 경우가 있다. 또 사실적 상황이 변화함에 따라 종전의 규정을 개정할 필요가 생겼지만, 그렇다고 이를 단순하고 조금씩 수행해서는 안 되는 경우도 있을 수 있다. 이 경우들에는 불평등이 현존한다고 하여 당해규정이 바로 위헌이 되는 것은 아니며, 입법자는 그러한 불평등을 제거하는 데 어느 정도의 기간을 요구할 수 있다고 보아야 한다.

이를 전제로 살펴건대, 2001.경까지 구조조정이 어느 정도 본격적으로 추진되어 왔던 점을 고려하면, 이 사건 법률조항에 의한 조세감면시한인 2001. 12. 31.까지는 개선입법을 요구할 만한 상황변화가 아직 없었다고 볼 여지가 많다. 가사 위 시한의 도래 전에 이미 개선입법을 해야 할 만한 상황변화가 나타나기 시작하였다고 하더라도, 입법자가 그러한 변화를 법률에 반영함에 있어서는 어느 정도 적응기간이 요구되는 점을 감안할 때, 이 사건 법률조항이 적절한 적응기간을 현저히 넘어 부당하게 그 효력을 유지하고 있다고 보지도 않는다.

#### 라. 소 결

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항은 조세평등주의에 위배된다고 단정할 수 없다.

### 6. 조세법률주의위반여부

#### 가. 조세법률주의와 과세요건명확주의

헌법 제38조와 제59조가 선언하고 있는 조세법률주의는 법률의 근거 없이는 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고 국민은 조세의 납부를 요구당하지 않는다는 원칙이다. 이러한 조세법률주의는 과세요건법정주의와 아울러 과세요건을 법률로 규정하였다고 하더라도 그 규정내용이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 있으므로 그 규정내용이 명확하고 일의적이어야 한다는 과세요건명확주의를 그 핵심적 내용으로 하고 있다(헌재 1998. 12. 24. 97헌바33등, 판례집 10-2, 871, 891 참조). 그리고 조세법률주의는 조세의 부과·징수에 관한 규정뿐 아니라 조세감면규정에도 적용된다(헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 162 참조).

그러나 어떠한 법률이 명확성의 원칙에 위반되는지를 심사함에 있어서는, 법률은 일반성·추상성을 가지는 것으로서 항상 법관의 법 보충작용으로서의 법해석을 통하여 그 의미가 구체화·명확화될 수 있다는 점에 유의하여야 하며, 이는 조세법분야에서도 다를 바 없다. 그러므로 조세법규정이 당해 조세

법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면, 과세요건명확주의위반은 인정될 수 없다(헌재 2000. 6. 29. 98헌바35, 판례집 12-1, 786, 795 참조).

나. 이 사건 법률조항의 경우

청구인은 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호가 「자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수한 경우」와 「양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기」에 대하여 등록세를 면제한다'는 취지로 풀이될 수 있는 점에서 불명확하다고 주장한다.

그러나 상식적으로 위 조항 중 “유동화전문회사가 … 자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수하거나”라는 부분은 그에 뒤이은 “양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서”라는 부분과 함께 “다음 각 목의 1에 해당하는 등기”라는 부분을 수식하는 문구임이 명백하다.

또한 위 법률조항의 기원이 된 구 조세감면규제법(1998. 9. 16. 법률 제5551호로 개정된 것) 제113조 제1항 제11호에서는 “유동화전문회사가 자산유동화에 관한 법률 제3조의 규정에 의하여 등록한 자산유동화계획에 따라 자산보유자로부터 1999. 12. 31.까지 취득한 다음 각 목의 자산에 관한 등기”라고만 규정하고 있었다. 즉, 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 중 ‘양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서’라는 부분이 오히려 당초에는 없었던 것으로서 사후적으로 추가된 부분임을 알 수 있다. 이러한 입법연혁에 비추어 보더라도 조세특례제한법 제119조 제1항 제13호에 의한 면세의 대상은 ‘유동화전문회사가 자산보유자로부터 2001. 12. 31.까지 유동화자산을 양수한 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기’와 ‘유동화전문회사가 양수한 유동화자산을 관리·운용·처분하는 경우로서 다음 각 목의 1에 해당하는 등기’인 것으로 풀이함이 상당하다.

그렇다면 위 법률조항에 관하여 청구인이 주장하는 바와 같은 불명확성이 있다고 보이지는 않으므로 조세법률주의 내지 과세요건명확주의에 위반된다는 청구인의 주장도 이유 없다.

## 7. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 조세평등주의와 조세법률주의에 위배된다고 볼 수 없고 달리 헌법에 위배되었다고 볼 만한 사정도 없어 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같

이 결정한다.

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

## 산업재해보상보험법 제9조 제1항 등 위헌소원

(2004. 10. 28. 2003헌바70 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 수차의 도급에 의하여 사업이 이루어지는 경우에 그 원수급인을 산업재해보상보험법(이하 “산재법”이라 한다)상의 사업주로 보고 하수급인을 사업주로 하기 위하여는 근로복지공단의 승인을 얻도록 하는 산재법 제9조 제1항이 원수급인의 재산권과 계약의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 사업주가 보험가입신고를 태만히 한 기간 중에 발생한 산업재해에 대하여 근로복지공단이 보험급여를 지급하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 급여액의 전부 또는 일부를 보험가입자로부터 징수할 수 있다고 규정한 산재법 제72조 제1항 제1호가 포괄 위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 위 산재법 제72조 제1항 제1호가 사업주의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

4. 위 산재법 제72조 제1항 제1호가 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 산재법 제9조 제1항이 수차의 도급에 의하여 사업이 이루어지는 경우에 원수급인을 산재법상의 사업주로 보도록 정한 것은, 보험가입자가 누구인지 명확하지 않아서 피재근로자가 산재보험에 의한 보호에서 자칫 빠지게 될 위험을 막고 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하기 위한 것으로 그 목적은 우리 헌법의 근로자 보호의 정신에 부합하여 정당성이 인정되고, 이러한 경우에는 우선 그 업무의 성질상 복잡 다양한 공정이 복합되어 있어 재해발생의 경우에도 그 업무범위를 확정하기가 곤란한 경우가 많으며 근로자도 원수급인의 설계와 기획 아래 지휘 감독을 받게 되어 원수급인에 종속되는 측면이 있고 하수급인의 작업현장에서 산업재해가 발생할 위

힘이 큰데도 하수급인 자신은 대부분 자본이 영세하고 그 존속이 불안정하며 이동이 빈번하여 재해보험을 떠맡기 어려운 상황에 있는 점을 고려할 때 위 목적 달성을 위한 상당한 수단이 되며, 원수급인과 하수급인 사이의 서면계약과 근로복지공단의 승인에 의하여 하수급인이 보험료를 부담하게 할 수 있으므로 최소침해의 원칙에 어긋나지 않고, 나아가 피재근로자의 생존권 보장을 위한 신속하고 공정한 보험급여라는 공익에 비추어 원수급자의 재산권 및 계약의 자유가 제한되는 정도가 크다고 보기 어려워 법익의 균형도 유지되고 있으므로, 산재법 제9조 제1항은 헌법적으로 정당화되는 범위 내에서 원수급인의 재산권과 계약의 자유를 제한하고 있다 할 것이다.

2. 산재법 제72조 제1항 제1호는 “대통령령이 정하는 바에 의하여 ‘그 급여액의 전부 또는 일부’를 보험가입자로부터 징수할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로 그 범위가 ‘그 급여액의 전부 또는 일부’로 이미 한정되어 있는 것이고 다음으로 산재법에 의한 보험급여 자체가 재해로 발생한 모든 손해를 대상으로 하여 이를 전보하는 것이 아니라 평균임금을 기초로 하여 법령이 정하는 정률보상방식에 따라 산정되는 것에 한정되는 것이어서(산재법 제38조, 제41조, 제42조, 제43조 등) 그 규모의 대강을 객관적으로 산정가능하므로 그 범위 내에서 정하여지는 징수금액 또한 대략적인 예측이 가능하다고 볼 수 있는바, 결국 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

3. 산재법 제72조 제1항 제1호는 보험재정이 부실하여지는 것을 예방하기 위하여 보험관계 성립신고를 태만히 한 보험가입자에 대하여 일정한 제재를 가하여 그 주의를 환기하고 성실한 의무이행을 촉구하고자 함을 목적으로 하는 것으로 그 정당성을 인정할 수 있으며, 보험가입자는 미신고기간 동안에 발생한 보험사고가 보험급여에 의하여 해결됨으로써 보험의 혜택을 받은 것이므로 지급된 보험급여금을 기준으로 하는 제재가 정당한 상관관계를 벗어난 것이라고 볼 수는 없고, 제재의 정도에 있어서도 위 조항 자체가 과중한 제재를 정하고 있다고 할 수 없으며, 또한 산재법상의 여러가지 벌칙 규정과 관련하여 볼 때, 가산금(제70조), 연체금(제71조)은 위 징수금과는 목적과 성질을 달리하는 것이며, 과태료(제106조)는 그 금액이 100만원 이하이어서 징수금에 비하여 일반적으로는 매우 적은 금액에 불

과하므로 이러한 사항들 때문에 이 징수금이 과도한 중복제재가 된다고 말하기는 어렵고, 또한 원래의 보험료납부의무는 보험가입에 따르는 보험관계상의 채무이고 징수금납부의무는 보험가입신고의무의 불이행에 대한 법정의 제재금이어서 양자는 그 법률적 성질이 다르므로 양자를 동일차원에서 중복부담으로 평가할 수는 없고 따라서 과잉제재의 문제로 보기 어려우므로, 결국 위 조항이 보험관계 신고의무를 위반한 사업자에 대하여 정하고 있는 제재는 헌법상 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 할 것이다.

4. 위 산재법 제72조 제1항 제1호가 정한 징수금과 같은 행정상의 제재를 가하는 경우에 피적용자가 의무조항의 법률내용을 알았는가의 여부에 따라 그 제재가 반드시 달라져야 하는 것은 아니다. 따라서 산재법상의 신고의무의 내용을 알지 못하고 이를 해태한 경우에 이를 알면서 해태한 경우와 똑같이 취급하여 동일한 법률을 적용한다고 하여도 이는 서로 다른 것을 같게 취급하는 것이 아니므로 평등의 원칙에 어긋난다고 말할 수는 없다.

### 【심판대상조문】

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제9조(도급 및 동종사업의 일괄적용) ① 사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우에는 그 원수급인을 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주로 본다. 다만, 원수급인이 서면계약으로 하수급인에게 보험료의 납부를 인수하게 하는 경우에 원수급인의 신청에 의하여 근로복지공단이 이를 승인한 때에는 그 하수급인을 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주로 본다.

②~④ 생략

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제72조(보험가입자로부터의 보험급여액의 징수) ① 공단은 다음 각 호의 1에 해당하는 재해에 대하여 보험급여를 지급하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 급여액의 전부 또는 일부를 보험가입자로부터 징수할 수 있다.

1. 사업주가 제12조의 규정에 의한 보험가입신고를 태만히 한 기간 중에 발생한 재해
2. 생략

② 생략

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제23조, 제32조, 제34조, 제37조

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제7조(보험가입자) ①

이 법의 적용을 받는 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험(이하 “보험”이라 한다)의 보험가입자가 된다. 다만, 제5조 단서의 규정에 의한 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주는 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제12조(보험관계의 신고) ① 사업주는 제7조의 규정에 의하여 보험의 가입자가 되거나 사업의 폐지·종료로 인하여 보험관계가 소멸한 때에는 각각 사업개시일 또는 보험관계 소멸일부터 14일 이내에 이를 근로복지공단에 신고하여야 한다.

② 생략

산업재해보상보험법시행령(2000. 2. 14. 대통령령 제16709호로 개정된 것) 제14조(하수급인을 보험가입자로 하는 승인신청) 원수급인이 법 제9조 제1항 단서의 규정에 의하여 보험료의 납부인수에 관한 승인을 얻고자 하는 때에는 당해 납부인수에 관한 서면계약이 성립된 날부터 14일 이내에 이를 근로복지공단에 신청하여야 한다.

산업재해보상보험법시행령(2000. 2. 14. 대통령령 제16709호로 개정된 것) 제78조(보험급여액의 징수기준) ① 법 제72조 제1항 제1호의 규정에 의한 보험급여액의 징수는 보험에의 가입신고 또는 사업개시신고를 하여야 할 기한이 만료된 날의 다음날부터 보험가입신고 또는 사업개시신고를 한 날까지의 기간 중에 발생한 재해에 대한 요양급여·휴업급여·장해급여·유족급여·상병보상연금에 대하여 행하되, 징수할 금액은 가입신고를 태만히 한 경우에는 지급결정된 보험급여의 금액의 100분의 50에 해당하는 금액으로 하고, 사업개시신고를 태만히 한 경우에는 지급결정된 보험급여의 금액의 100분의 5에 해당하는 금액으로 한다. 다만, 요양을 개시한 날(재해발생과 동시에 사망한 경우에는 그 재해발생일)부터 1년이 되는 날이 속하는 달의 말일까지의 기간 중에 급여청구사유가 발생한 보험급여에 한한다.

②~④ 생략

**【참조판례】**

- 3. 대법원 1999. 4. 9. 99두189, 공1999. 5. 15. (82), 895
- 대법원 1995. 3. 14. 93다42238

**【당 사 자】**

청 구 인 주식회사 ○○화학  
 대표이사 박 ○  
 대리인 법무법인 태평양  
 담당변호사 곽태철 외 1인  
 당해사건 서울고등법원 2002누13460 산업재해보상보험급여징수금부과처

분취소

**【주 문】**

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제9조 제1항 및 제72조 제1항 제1호는 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2000. 5. 25. ○○시멘트공업 주식회사로부터 신설 #1-3 크러셔(CRUSHER) 굴진재개공사를 도급받은 뒤 2000. 6. 26. 주식회사 ○○건설에게 위 공사를 하도급하였다.

(2) ○○건설은 2000. 7. 4. 근로복지공단에 위 공사에 관하여 산업재해보상보험에 따른 보험관계성립신고서를 제출하고 그 보험료를 납부하였다.

(3) ○○건설 소속 근로자 수인이 사망 등의 재해를 입자 근로복지공단은 보험금을 지급한 뒤 청구인이 산업재해보상보험법(이하 “산재법”이라 한다) 제9조 제1항 소정의 원수급인으로서 사업주에 해당되어 산재법 제7조 제1항에 따라 당연히 산업재해보상보험의 보험가입자가 되므로 산재법 제12조 제1항에 따른 보험가입신고를 하여야 함에도 불구하고 이를 태만히 하였다는 이유로 산재법 제72조 제1항, 산재법시행령 제78조 제1항을 적용하여 2001. 1. 2.부터 2001. 6. 11.까지 사이에 지급 보험금의 1/2에 해당하는 합계 금 83,858,360원을 징수하는 처분을 하였다.

(4) 청구인은 근로복지공단을 상대로 산업재해보상보험급여징수금부과처분취소의 소(서울행정법원2001구29878호)를 제기하고 그 항소심(서울고등법원 2002누13460)에서 산재법 제9조 제1항 및 제72조 제1항에 대하여 위헌제청신청(2003헌아88)을 하였으나 항소기각과 함께 이 신청이 기각되자 이 소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

심판대상조항은 산재법 제9조 제1항(이하 ‘정의조항’이라 한다) 및 제72조 제1항 제1호(이하 ‘징수조항’이라 한다)이다. 그 내용과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

○심판대상조항

산재법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제9조(도급 및 동종사업의 일괄적용) ① 사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우에는 그 원수급인을 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주로 본다. 다만, 원수급인이 서면계약으로 하수급인에게 보험료의 납부를 인수하게 하는 경우에 원수급인의 신청에 의하여 근로복지공단이 이를 승인한 때에는 그 하수급인을 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주로 본다.

제72조(보험가입자로부터의 보험급여액의 징수) ① 공단은 다음 각 호의 1에 해당하는 재해에 대하여 보험급여를 지급하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 급여액의 전부 또는 일부를 보험가입자로부터 징수할 수 있다.

1. 사업주가 제12조의 규정에 의한 보험가입신고를 태만히 한 기간 중에 발생한 재해

○ 관련조항

산재법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제7조(보험가입자) ① 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주는 당연히 산업재해보상보험(이하 '보험'이라 한다)의 보험가입자가 된다. 다만, 제5조 단서의 규정에 의한 이 법의 적용을 받는 사업의 사업주는 그러하지 아니하다.

제12조(보험관계의 신고) ① 사업주는 제7조의 규정에 의하여 보험의 가입자가 되거나 사업의 폐지·종료로 인하여 보험관계가 소멸한 때에는 각각 사업개시일 또는 보험관계 소멸일로부터 14일 이내에 이를 근로복지공단에 신고하여야 한다.

산재법시행령(2000. 2. 14. 대통령령 제16709호로 개정된 것) 제14조(하수급인을 보험가입자로 하는 승인신청) 원수급인이 법 제9조 제1항 단서의 규정에 의하여 보험료의 납부인수에 관한 승인을 얻고자 하는 때에는 당해 납부인수에 관한 서면계약이 성립된 날부터 14일 이내에 이를 근로복지공단에 신청하여야 한다.

제78조(보험급여액의 징수기준) ① 법 제72조 제1항 제1호의 규정에 의한 보험급여액의 징수는 보험에의 가입신고 또는 사업개시신고를 하여야 할 기한이 만료된 날의 다음날부터 보험가입신고 또는 사업개시신고를 한 날까지의 기간 중에 발생한 재해에 대한 요양급여·휴업급여·장해급여·유족급여·상병보상연금에 대하여 행하되, 징수할 금액은 가입신고를 태만히 한 경우에는 지급결정된 보험급여의 금액의 100분의 50에 해당하는 금액으로 하고,

사업개시신고를 태만히 한 경우에는 지급결정된 보험금여의 금액의 100분의 5에 해당하는 금액으로 한다. 다만, 요양을 개시한 날(재해발생과 동시에 사망한 경우에는 그 재해발생일)부터 1년이 되는 날이 속하는 달의 말일까지의 기간 중에 급여청구사유가 발생한 보험금여에 한한다.

2. 청구인의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장 요지

(1) 정의조항에 대하여

이 정의조항의 입법취지는 근로자의 보호와 산업재해보상보험(이하 “산재보험”이라고 한다)의 재정확충 및 근로복지공단 업무의 편의를 위하여 원수급인으로 하여금 산재보험의 가입 및 보험료 납부의무를 부담하도록 하는 것이므로 원수급인과 하수급인 사이의 계약에 의하여 하수급인을 보험가입자로 지정하고 하수급인이 그에 따라 보험가입신고를 하면서 보험료도 전액 납부한 이상 비록 근로복지공단의 승인을 받지 아니하였다고 하더라도 이 조항의 입법취지에 반하는 점은 없다.

청구인은 ○○건설과 일괄하도급계약을 체결하면서 ○○건설로 하여금 산재보험에 가입하도록 약정하였고 이에 따라 ○○건설은 근로복지공단 총주지사에게 보험가입신고를 하고 보험료까지 전액 납부하였는바 이와 같이 일괄하도급의 하수급인이 보험가입신고와 보험료의 납부를 이행한 경우에는 실질적으로 정의조항을 위반한 점이 없다 할 것인데 이러한 경우까지 근로복지공단의 승인을 받도록 하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반되게 재산권을 침해하는 것이다.

(2) 징수조항에 대하여

이 조항은 근로복지공단이 어떤 기준으로 징수금을 정해야 하는지에 대하여 법률에서 아무런 기준도 정하지 않은 채 급여액의 ‘전부 또는 일부’를 대통령령으로 정하도록 포괄적으로 위임함으로써 최종적으로 부과될 징수금의 액수를 국민이 전혀 예상할 수 없게 하므로 포괄위임금지원칙에 위반된다.

또한 이 조항은 고의·과실 등 의무위반의 태양이나 발생요인의 차이에 따른 가벌성의 차이를 고려하지 않은 채 획일적인 비율로 징수금을 부과하는데 이는 과잉금지원칙 및 평등원칙에 위반된다.

나. 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 요지 : [별지 2]와 같다.

3. 판 단

가. 정의조항의 위헌 여부

헌법 제10조의 행복추구권에는 일반적 행동자유권이 포함되고 이에 이른바 계약의 자유가 포함된다. 또 헌법 제23조 제1항 본문은 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 규정하여 재산권을 기본권으로 보장하고 있다.

헌법상 보장되는 계약의 자유나 재산권도 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 위하여 제한될 수 있는 것이지만 그 제한이 과도한 경우에는 위헌이 되느냐 그 제한이 과도한지 여부를 검토함에 있어서는 제한의 목적이正当한지, 수단이 상당한지, 그 제한이 필요한 최소한의 범위에 그치는 것인지, 그리고 법익간의 균형을 유지하고 있는지 등을 살펴보아야 할 것이다.

이 정의조항은 수차의 도급에 의하여 사업이 이루어지는 경우에 원수급인을 산재법상의 사업주로 규정하고 다만 근로복지공단의 승인을 얻은 경우에는 예외적으로 하수급인을 사업주로 할 수 있도록 규정하고 있다. 이렇게 규정한 취지는 [별지 1]에 기재한 이 조항의 연혁에서도 드러나는 바와 같이, 수차의 도급에 의하여 사업이 이루어지는 경우에는 보험에 가입하여야 할 자가 누구인지 명확하지 않아서 보험가입을 안하거나 지체하는 경우가 있게 되고 이렇게 되면 피재근로자가 산재보험에 의한 보호에서 차츰 빠지게 될지도 모르는 위험이 있다. 따라서 이러한 사태의 발생을 원천적으로 막기 위하여 원수급인을 산재법상의 사업주로 아예 법정한 것이고 이로써 그 재산권 및 계약의 자유를 제한하게 된다 하더라도 이는 근로자의 업무상 재해를 신속하고 확실하게 보상하기 위한 것으로서 우리 헌법의 근로자보호의 정신에 부합하여 그 목적의 정당성이 인정된다.

수차의 도급으로 사업이 행하여지는 경우, 예컨대 건설업과 같은 경우, 우선 그 업무의 성질상 복잡 다양한 공정이 복합되어 있어 재해발생의 경우에도 그 업무범위를 확정하기가 곤란한 경우가 많으며, 하수급인의 근로자가 원수급인의 설계와 기획 아래 통합적인 지휘 감독을 받아 원수급인에 종속되는 측면이 있고, 하수급의 작업현장에서 산업재해가 발생할 위험이 큰데도 직접의 사용자인 하수급인 자신은 대부분 자본이 영세하고 그 존속이 불안정하며 이동이 빈번하여 재해보험을 떠맡기 어려운 형편이다.

이러한 점을 고려할 때 원수급인을 산재법상의 사업주로 하는 것이 피재근로자의 보호를 위한 상당한 수단이 된다고 할 것이다.

다만 수차의 도급으로 사업이 이루어지는 경우에도 업무의 범위가 상대적으로 명확하여 안전관리의 책임소재가 명확하거나 하수급업자가 상당한 자본

과 기술을 가지고 안정적으로 사업을 수행할 수 있는 경우까지 원수급인을 산재법상의 사업주로 하여 보험료 납부의무 등을 부과한다면 원수급인의 재산권을 과도하게 제한할 위험이 있어 문제된다. 그러나 이 정의조항은 그 단서에서 원수급인과 하수급인 사이의 서면계약과 근로복지공단의 승인에 의하여 하수급인이 보험료를 부담할 수 있도록 길을 열어 놓고 있고, 실무절차에서 그 승인이 명백히 불합리한 방식으로 운영될 수 밖에 없는 사정이 이 규정에 내재하는 것도 아니므로, 이 규정 자체는 최소침해의 원칙에 어긋나지 않는다.

또한 이 정의조항에 의하여 원수급자가 부담하게 될 보험료 납부의 경제적 부담은 하도급계약을 체결하면서 이 부담의 상당부분을 하수급인에게 부담시키는 약정을 통하여 완화 내지 조정이 가능하게 되므로 이 부담을 과도한 것이라고 보기도 어렵다.

나아가 피재근로자의 생존권 보장을 위한 신속하고 공정한 보험급여라는 공익에 비추어 원수급자의 재산권 및 계약의 자유가 제한되는 정도가 크다고 보기 어려우므로 법익간의 균형도 유지되고 있다.

그렇다면 이 정의규정은 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

#### 나. 징수조항의 위헌 여부

##### (1) 포괄위임금지원칙의 위반여부

이 징수조항은 “대통령령이 정하는 바에 의하여 ‘그 급여액의 전부 또는 일부’를 보험가입자로부터 징수할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로 그 범위가 ‘그 급여액의 전부 또는 일부’로 이미 한정되어 있는 것이고 다음으로 산재법에 의한 보험급여 자체가 재해로 발생한 모든 손해를 대상으로 하여 이를 전보하는 것이 아니라 평균임금을 기초로 하여 법령이 정하는 정률보상방식에 따라 산정되는 것에 한정되는 것이어서(산재법 제38조, 제41조, 제42조, 제43조 등) 그 규모의 대강을 객관적으로 산정가능하다. 그렇다면 보험급여의 규모 자체가 어느정도 예측가능한 이상 그 범위 내에서 정하여지는 징수금액 또한 대략적인 예측이 가능하다고 볼 수 있다.

따라서 이 징수조항의 위임규정은 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

##### (2) 재산권의 침해 여부

산재보험관계는 이 사건의 경우와 같이 강제적용사업인 경우에는 사업이 개시된 날, 또는 사업이 강제적용사업에 해당하게 된 날에 당연히 성립하지만(산재법 제10조 제1호) 보험관계의 성립을 확인하고 보험관계를 둘러싼 제반

법률관계를 보다 명확히 하기 위하여 산재법은 사업주에게 보험관계가 성립한 날로부터 14일 이내에 근로복지공단에 이를 신고할 의무를 부과하고 있다(산재법 제12조 제1항).

산재보험은 매년 초에 당해 보험연도의 보험료액을 개산하여 신고, 납부하고(개산보험료) 연말에 보험료를 정산하며 보험사업의 운영에 있어 정부회계연도에 따르는 단기보험으로(산재법 제2조 제2항) 당해 연도의 세입으로 세출에 충당하고 보험사업 운영에 있어서 매년 1월 1일부터 12월 31일까지의 보험료 수입과 지출이 상등하도록 계획되고 보험료 정산이 행하여진다.

산재보험사업에 소요되는 비용은 보험가입자가 납부하는 보험료에 의하여 충당되기 때문에 보험제도의 건전한 운영을 위하여는 보험가입자의 성실한 보험료 납부가 대단히 중요하다. 또한 보험가입자가 이와 같은 보험관계 성립 신고의무를 태만히 한 기간 중에 업무상 재해가 발생한 경우에도 피해근로자나 그 유족의 보호를 위하여 우선 보험급여를 지급하는 것이 불가피하다[대법원 1999. 4. 9. 99두189, 공1999. 5. 15. (82), 895; 대법원 1995. 3. 14. 선고 93다42238 판결 참조].

그러므로 보험제정이 부실하여지는 것을 예방하기 위하여는 보험관계의 성립신고를 태만히 한 보험가입자에 대하여 일정한 제재를 가하여 그 주의를 환기하고 성실한 의무이행을 촉구하지 않을 수 없다. 이것이 이 징수조항의 목적이고 이는 그 정당성을 인정할 수 있다.

그런데 어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 보호법익의 침해 정도, 위반행위의 성질, 위반이 초래하는 사회적 경제적 해악의 정도, 제재로 인한 예방효과, 기타 사회적·정치적 현실과 그 행위에 대한 국민의 일반적 인식이나 범감정 등을 종합적으로 고려하여 의회가 결정하여야 할 입법정책문제이므로 광범위한 입법재량이 인정되어야 하지만 한편 위법행위와 그에 대한 처벌 내지 제재 사이에는 당연히 상당한 상관관계가 있어야만 한다.

신고의무 위반에 대한 제재금은 미납보험료를 기준으로 하여 여기에 의무 위반기간에 비례하는 일정한 배율을 적용하여 산출할 수도 있을 것이고 이 징수조항과 같이 이미 지급된 보험급여금을 기준으로 할 수도 있을 것이다. 그런데 미신고기간 동안에 발생한 보험사고가 보험급여에 의하여 해결됨으로써 보험가입자는 보험의 혜택을 받은 것이므로 실제로 이미 지급된 보험급여금을 기준으로 제재를 정하는 이 징수조항의 방식이 상당한 상관관계를 벗어

난 것이라고 볼 수는 없다.

다음으로, 지급된 보험급여금을 기준으로 제재를 한다고 하더라도 그 제재의 정도가 청구인의 재산에 과중한 부담을 주는 것이 아닌지 여부에 대하여 살펴본다.

이 규정은 실제로 지급되는 보험급여의 전부 또는 일부의 상당액을 징수하도록 하면서 그 구체적 범위는 대통령령으로 이를 정하도록 하고 있다. 따라서 추상적으로 말한다면 실제로 지급된 보험급여가 매우 큰 금액이고 대통령령에서 정한 비율이 100%라고 한다면 징수금이 과중하다고 볼 경우도 있을 것이다. 한편 실제로 지급된 보험급여가 소액에 불과한 경우에는 비록 대통령령에서 정한 비율이 100%라고 하더라도 그 부담을 과중하다고 말할 수 없는 경우도 있을 것이다. 대통령령에서 정한 비율이 아주 낮은 경우에도 마찬가지로 다양한 현상이 벌어질 수 있다. 결국 부담의 과중 여부는 규범적으로는 대통령령에서 정하는 비율의 여하에 상당부분 관련되어 있다고 할 것이다. 어느 정도의 비율이 과중하지 않으면서도 합리적인가 하는 것은 산재보험의 실상과 기업의 재정상태를 고려하여 가변적인 현실에 탄력적으로 적용할 수 있도록 대통령령으로 정할 수 밖에 없을 것이다. 이 규정은 그 비율의 결정을 대통령령에 위임하고 있는바, 이 규정 자체에 과중한 비율의 결정을 불가피하게 하거나 유도하는 무슨 요소가 내재한다고 볼 수는 없다. 그렇다면 이 규정 자체가 재산권에 대한 과중한 부담을 일으켜 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

나아가 산재법은 보험가입자가 개산보험료를 신고하지 않는 등 일정한 경우에 100만 원 이하의 과태료에 처하도록 규정하고 있고(제106조) 보험료납부와 관련해서는 연체금(제71조) 또는 가산금(제70조)을 징수한다고 규정하고 있는바 이와 같이 신고의무나 납부의무의 위반에 대하여 제재를 가할 수 있음에도 불구하고 또다시 이 징수조항으로 보험급여금을 징수하는 것이 과도한 중복제재는 아닌지 하는 의문이 없지 않다.

그러나 우선 가산금은 산재법 제67조 제4항(확정보험료의 정산) 및 제68조 제4항(기간의 정함이 있는 사업의 확정보험료의 정산)에 의하여 보험료를 징수할 때 부과하는 것으로 청구인의 경우와 같이 확정보험료가 문제되지 않는 경우에는 적용이 없고, 연체금은 공법상의 지연이자의 성질을 갖는 것으로서 징수금과는 그 목적과 성질을 달리하는 것이며, 과태료는 그 금액이 100만 원 이하이어서 징수금에 비하여 일반적으로는 매우 적은 금액에 불과하다. 그러므로 이러한 사항들 때문에 이 징수금이 과도한 중복제재가 된다고 말하기는

어렵다.

끝으로 보험가입신고의무를 이행하지 아니한 원수급자는 이 징수조항에 의한 징수금을 납부할 의무를 부담하는 이외에 원래 납부하여야 할 보험료의 납부의무도 또한 이행하여야 하므로 이 두가지 부담을 종합하여 평가하면 원수급자에게 이중의 부담이 되어 과잉금지 원칙에 어긋나지 않는가 하는 의문이 있다.

그러나 원래의 보험료납부의무는 보험가입에 따르는 보험관계상의 채무이고 징수금납부의무는 보험가입신고의무의 불이행에 대한 범정의 제재금으로서 양자는 그 법률적 성질이 다르므로 양자를 동일차원에서의 중복부담으로 평가할 수는 없고 따라서 과잉제재의 문제로 보기는 어렵다.

### (3) 평등원칙의 침해여부

이 사건 징수금과 같은 행정상의 제재를 가하는 경우에 피적용자가 의무조항의 법률내용을 알았는가의 여부에 따라 그 제재가 반드시 달라져야 하는 것은 아니다. 따라서 산재법상의 신고의무의 내용을 알지 못하고 이를 해태한 경우에 이를 알면서 해태한 경우와 똑같이 취급하여 동일한 법률을 적용한다고 하여도 이는 서로 다른 것을 같게 취급하는 것이 아니므로 평등의 원칙에 어긋난다고 말할 수는 없다.

## 4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원 의견의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

### [별지 1]

#### (1) 정의조항의 연혁

일반적으로 산업재해보상은 민사상의 과실책임의 원칙에서 벗어나서 무과실책임이론을 중심으로 하는 직접보상형식으로 변화였고 나아가서 사회보험 제도로 변천하여, 사용자가 직접 피재근로자에게 보상책임을 지는 형태로부터 보험기관과 피재근로자 사이에서 보상관계를 성립시키는 형태로 발전하였

는바, 우리나라도 1953년에 근로기준법이 제정되면서 직접보상방식의 피재근로자에 대한 재해보상을 규정한 이후, 1963년에 산재법이 제정되어 1964년에 최초의 사회보험으로서 산재보험제도가 고위험 직종에게만 우선적으로 도입된 이래 지속적인 적용확대 과정을 통해서 2000년 7월 이후 1인 이상 사업장에까지 확대됨으로써 전체 사업장의 임금근로자를 산재보험의 적용대상으로 포괄하게 되었다.

사업이 수차의 도급에 의하여 행해지는 경우 그 원수급인을 사업주로 보는 규정은 산재법이 1963년에 제정될 당시에는 없었다가 1982. 12. 31. 법률 제 3631호로 제6조의2로 신설되었고, 규정 내용의 변화 없이 조항 위치 등이 변경되어오다가(1993. 12. 27. 법률 제4641호로 개정, 1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전면개정) 이 사건 정의조항에 이르게 되었으며, 2003. 12. 31. 법률 제 7047호로 제정되고 2005. 1. 1.부터 시행되는 고용보험및산업재해보상보험의 보험료징수등에관한법률에 포함되면서 그 시행에 맞추어 산재법에서 삭제되었다(2003. 12. 31. 법률 제7049호, 2005. 1. 1. 시행).

보험가입자로부터의 보험금여액의 징수에 관한 규정은 1970. 12. 31. 법률 제2271호로 신설되어(제26조의2, 제27조의2, 제27조의3), 1993. 12. 27. 법률 제 4641호로 개정되었다가 규정 내용의 변화 없이 조문의 위치 등이 변경되어 이 사건 징수규정에 이르게 되었다.

이 외에 근로기준법과 고용보험법에도 이 사건 정의조항과 같은 내용의 규정이 있는바, 근로기준법의 해당조항은 근로기준법이 1953년 제정될 때부터 존재해왔던 조항이고, 고용보험법에서는 1993. 12. 27. 법률 제4644호로 제정 당시 포함하고 있다가, 산재법의 경우와 같이 위 고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률에 포함되면서 그 시행에 맞추어 위 고용보험법에서는 삭제되었다.

위 조항상 원수급인이라 함은 사업이 수차의 도급에 의하여 행하여진 경우에 있어서 최초의 사업을 도급받아 행하는 자를 말하고 하수급인이라 함은 원수급인으로부터 그 사업의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자와 하수급인으로부터 그 사업의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자를 말한다.

[별지 2]

가. 법원의 제청신청 기각이유

## (1) 이 사건 정의조항에 대하여

사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우 각각의 수급인을 사업주로 보게 되면 보험가입자가 누구인지 명확하지 않으므로 산재보험 가입신고의무 이행의 지체, 최종 수급인의 영세성으로 인한 산재보험료 납부의무 이행의 지체가 있게 되고, 이로 인하여 보험재정, 보험관리행정, 신속한 보험급여 지급 등에 차질이 발생할 수 있으므로 이러한 문제점을 피하기 위하여 산재법 제9조 제1항은 원칙적으로 원수급인을 사업주로 보아 그로 하여금 산재보험의 가입신고의무 및 보험료 납부의무를 부담시키고 있는 바, 그 입법목적이 정당하고 입법수단이 목적달성에 적합한 것으로 인정될 뿐만 아니라 원수급인이 하수급인에게 보험료의 납부를 인수하게 하는 경우에 원수급인의 신청에 의하여 근로복지공단이 이를 승인한 때에는 예외적으로 그 하수급인을 사업주로 보도록 규정하고 있으므로 필요성도 인정되고, 나아가 원칙적으로 원수급인이 사업주로 간주되어 산재보험의 가입 및 보험료의 납부의무를 부담한다고 하여 위 입법목적에 의하여 달성되는 공익과 비교하여 그다지 큰 불이익이라고 할 수 없어 법익균형성도 갖추고 있으므로 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙을 위반하였다 할 수 없으며 일괄하도급으로서 보험가입신고와 보험료의 납부가 완료된 경우라 하더라도 위와 같은 입법목적의 달성이라는 측면에서 볼 때 반드시 달리 보아야 할 것도 아니라 할 것이므로 이 사건 정의조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

## (2) 이 사건 징수조항에 대하여

위 조항은 보험가입 신고의무 등을 해태한 사업주 등에 대하여 급여액의 전부 또는 일부를 징수할 수 있도록 한 제재규정인 바 그 의무해태의 태양과 정도에 따른 구체적인 제재의 정도는 위 법률조항 자체에서 규정하고 있지 아니하고 대통령령에서 정하도록 위임되어 있으므로, 이 사건 징수조항이 산재법 제7조 및 제9조 소정의 사업주를 잘못 이해하여 보험관계 신고의무가 있음을 몰랐던 의무해태자와 합리적인 사유 없이 위 법률조항을 해태한 의무해태자를 동일하게 취급하는 규정이라고 할 수 없으니 위 법률조항이 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙을 위반하여 국민의 재산권을 침해하거나 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

헌법 제75조는 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 대하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 구체적으로 범위를 정하여 하도록 하여 그 한계를 제

시하고 있다. 그러므로 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 있도록 하여야 하는데 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적 개별적으로 검토하여야 하는바, 이 사건 징수조항은 사업주가 보험가입신고를 태만히 한 기간 중에 발생한 재해에 대하여 근로복지공단이 보험급여를 지급하는 경우 보험가입자로부터 징수할 금액에 대하여 급여액의 전부 또는 일부로 범위를 정하여 대통령령에 위임하고 있어 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강은 예측할 수 있다 할 것이므로 포괄위임금지원칙에 위반되지 아니한다.

나. 노동부장관 및 근로복지공단의 의견 요지

(1) 근로복지공단의 의견요지

(가) 적법성에 대한 의견

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구는 법률에 대한 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 날로부터 14일 이내에 제기하여야 하며 위헌 제청신청이 기각된 날이라 함은 특단의 사정이 없는 한 제청신청에 대한 기각결정을 송달받은 날을 의미한다고 할 것인데, 당해사건의 제청신청 기각결정이 청구인에게 송달된 날은 2003. 8. 6.이고 청구인은 같은 해 9. 3.에 이 사건 헌법소원심판을 청구하고 있으므로 청구인의 이 사건 심판청구는 청구기간을 초과하여 부적법하다.

(나) 본안에 대한 의견 요지

1) 현재까지 우리나라 건설현장의 시스템은 단일 건설업자가 발주자로부터 도급을 받아 작업을 모두 수행하지 아니하고 도급물량의 전체 또는 일부를 제3의 사업자에게 여러차례 다시 도급을 주는 경우가 많으며 심지어는 최소공정의 일부분조차도 도급의 형태로 행해지는 경우가 대부분이어서 사실상 건설공사는 도급의 결합체로 인식될 정도이다. 이러한 상황에서 이들 하도급 사업자를 모두 보험가입자로 하여 산재보험에 가입토록 할 경우 보험가입신고의무가 이행되지 아니하거나 지체됨으로써 산재보험 재정의 확보가 곤란하게 되어 재해근로자에 대한 보상에 막대한 지장을 초래할 수 있다.

2) 이 사건 정의조항이 정하는 근로복지공단의 승인은 보험료 채무와 납부의 책임 소재를 명확히 하여 보험재정을 확보하기 위한 최소한의 행정적 관

리를 보장하고자 하는 것이다.

3) 이 사건 징수조항은 “보험급여액의 전부 또는 일부”라고 구체적인 범위를 정하여 위임하고 있으므로 포괄위임금지에 위반되지 아니한다.

4) 청구인은 산재법을 잘못 이해하여 산재법 제72조를 위반한 경우와 아무런 합리적인 이유 없이 위 법률조항을 위반한 경우에 있어서 가벌성의 정도의 차이를 두어야 한다고 주장하고 있으나, 현실적으로는 하수급인이 위 법규정을 모르는 상태에서 보험관계성립신고를 하더라도 공사계약서 등의 관계서류가 검토되는 과정에서 적법한 절차로 안내될 수 있을 것이며, 사실상 고의적으로 허위로 기재하지 않는 한 청구인이 염려하는 바와 같이 산재법을 잘못 이해하여 하수급인이 보험가입자로 된 경우는 거의 없다.

(2) 노동부장관의 의견요지

아래와 같은 내용 이외에는 위 근로복지공단의 의견요지와 같다.

(가) 이 사건 정의조항에 따라 원수급인에게 하수급인 소속 근로자들에 대한 산재법상의 소정의 사업주 지위를 부여할 경우에 원수급인에게 추가적으로 부담이 될 수 있는 사항으로는 보험료 납입의무와 기타 산재보험 행정사무를 들 수 있는바, 이중 보험료와 관련한 사항을 보면 원수급인은 하도급계약을 체결함에 있어 자신이 납부하여야 할 하수급 소속 근로자들의 보험료를 고려하여 하도급대가를 산정하게 되므로 현실적으로 보험료 그 자체가 원수급인의 부담으로 귀속되지 않으며, 산재보험 행정사무의 경우 원수급인이 기존에 수행하여오던 산재보험 행정사무와 연계하여 처리할 경우 그다지 부담이 되지 않을 것이다.

(나) 청구인의 주장대로 일괄하도급이 이루어졌다거나 하수급인이 보험료를 납부하였다든가 하는 경우 근로복지공단의 승인이 없어도 보험관계가 성립된 것으로 본다면 사전에 하수급인의 보험료 납부인수 승인신청을 하지 않게 되는 경우가 무수히 발생할 것이고, 이는 결과적으로 사전승인 신청을 하지 않는 하수급인이 적법한 보험가입자의 지위를 갖는지 여부를 가려내기 위한 별도의 절차를 요구할 것이므로 산재보험 행정사무의 내용이 증가하게 되어 보험료 재정보호의 충실성 및 보험급여 지급의 신속성을 저해하게 되어 이 사건 정의조항의 입법목적을 형해화하게 된다.

(다) 이 사건 징수조항은 보험가입신고의무 및 보험료 납부의무의 해태라는 객관적 사실에 대하여 일정한 제재를 부여하는 것에 그 목적이 있으므로, 그와 같은 의무 위반이 발생하였는지 여부 그 자체가 제재 부과 기준이 되

는 것이며 이 경우에 있어서 의무 위반자의 고의·과실의 유무 및 정도 등이 반드시 참작되어야 하는 것은 아니다. 따라서 원수급인 자신이 사업주의 의미 등을 잘못 이해하여 산재보험가입신고를 해태한 경우와 그와 같은 의무가 있음을 알면서도 고의적으로 해태한 경우를 구분하여 그 제재의 정도를 달리 규정하지 않았다 하여 그것이 반드시 입법의 재량을 벗어났다거나 평등원칙에 위반되는 것은 아니다.

단순히 청구인 개인의 사정으로 법규의 의미를 잘못 이해하여 그 의무를 이행하지 못하였음을 이유로 책임이 감하여질 수 있다는 것은 궁극적으로 법규의 강제력을 부정하는 결과가 되어 타당하지 않다. 이 경우 다양한 편법이 발생할 수 있는바 예컨대 원수급인은 산재처리를 할 경우 청구인이 받게 되는 불이익을 모면하기 위하여 고의로 경제적으로 약자의 위치에 있는 하수급인으로 하여금 사실과 다르게 신고서를 허위 기재하는 등의 방법으로 보험관계 성립신고를 하도록 하여 그 책임을 전가할 수 있다.

## 2002년도 국민기초생활보장최저생계비 위헌확인

(2004. 10. 28. 2002헌마328 전원재판부)

### 【판시사항】

보건복지부장관이 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어 장애로 인한 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 가구별 인원수만을 기준으로 최저생계비를 결정한 2002년도 최저생계비고시가 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해하였는지 여부(소극)

### 【결정요지】

국가가 행하는 국민기초생활보장법상의 “생활능력 없는 장애인에 대한 최저생활보장을 위한 생계급여 지급”이 헌법이 요구하는 객관적인 최소한의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 국가가 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한의 조치를 취하였는가의 여부에 달려있다고 할 것인바, “인간다운 생활”이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것이고, “최소한도의 조치” 역시 국민의 사회의식의 변화, 사회·경제적 상황의 변화에 따라 가변적인 것이므로, 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 생계급여의 수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 것까지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려해야 하므로, 생활이 어려운 장애인의 최저생활보장의 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 한다. 그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상

용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

국가가 생활능력 없는 장애인의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 행하는 사회부조에는 국민기초생활보장법에 의한 생계급여 지급을 통한 최저생활보장 외에 다른 법령에 의하여 행하여지는 것도 있으므로, 국가가 행하는 최저생활보장 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지 여부는 보장법에 의한 생계급여만을 가지고 판단하여서는 아니되고, 그 외의 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단하여야 한다.

보건복지부장관이 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어서 장애인가구의 추가지출비용을 반영한 최저생계비를 별도로 정하지 아니한 채 가구별 인원수를 기준으로 한 최저생계비만을 결정·공표함으로써 장애인가구의 추가지출비용이 반영되지 않은 최저생계비에 따라 장애인가구의 생계급여 액수가 결정되었다 하더라도 그 생계급여액수는 최저생계비와 동일한 액수로 결정되는 것이 아니라 최저생계비에서 개별가구의 소득평가액 등을 공제한 차액으로 지급되기 때문에 장애인가구와 비장애인가구에게 지급되는 생계급여까지 동일한 액수가 되는 것은 아니라는 점, 이때 공제되는 개별가구의 소득평가액은 장애인가구의 실제소득에서 장애인가구의 특성에 따른 지출요인을 반영한 금품인 장애인복지법에 의한 장애수당, 장애아동부양수당 및 보호수당, 만성질환 등의 치료·요양·재활로 인하여 6개월 이상 지속적으로 지출하는 의료비를 공제하여 산정하므로 결과적으로 장애인가구는 비장애인가구에 비교하여 볼 때 최저생계비에 장애로 인한 추가비용을 반영하여 생계급여액을 상향조정함과 비슷한 효과를 나타내고 있는 점, 장애인가구는 비장애인가구와 비교하여 각종 법령 및 정부시책에 따른 각종 급여 및 부담감면으로 인하여 최저생계비의 비목에 포함되는 보건의료비, 교통·통신비, 교육비, 교양·오락비, 비소비지출비를 추가적으로 보전 받고 있는 점을 고려할 때, 국가가 생활능력 없는 장애인의 인간다운 생활을 보장하기 위한 조치를 취함에 있어서 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보

장애도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 또한 장애인가구와 비장애인가구에게 일률적으로 동일한 최저생계비를 적용한 것을 자의적인 것으로 볼 수는 없다. 따라서, 보건복지부장관이 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어 장애로 인한 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 가구별 인원수만을 기준으로 최저생계비를 결정한 것은 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제11조, 제34조 제1항

국민기초생활보장법(1999. 9. 7. 법률 제6024호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~5. 생략

6. “최저생계비”라 함은 국민이 건강하고 문화적인 생활을 유지하기 위하여 소요되는 최소한의 비용으로서 제6조의 규정에 의하여 보건복지부장관이 공표하는 금액을 말한다.

7.~9. 생략

국민기초생활보장법(1999. 9. 7. 법률 제6024호로 제정된 것) 제6조(최저생계비의 결정)

- ① 보건복지부장관은 국민의 소득·지출수준과 수급권자의 생활실태, 물가상승률 등을 고려하여 최저생계비를 결정하여야 한다.
- ② 보건복지부장관은 매년 12월 1일까지 제20조 제2항의 규정에 의한 중앙생활보장위원회 심의·의결을 거쳐 다음 연도의 최저생계비를 공표하여야 한다.
- ③ 보건복지부장관은 최저생계비를 결정하기 위하여 필요한 계측조사를 5년마다 실시하며, 이에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

국민기초생활보장법(1999. 9. 7. 법률 제6024호로 제정된 것) 제8조(생계급여의 내용) 생계급여는 수급자에게 의복·음식물 및 연료비와 기타 일상생활에 기본적으로 필요한 금품을 지급하여 그 생계를 유지하게 하는 것으로 한다.

보건복지부 고시 제2001-63호

2002년도 국민기초생활보장최저생계비

국민기초생활보장법 제6조 제2항에 의거 2002년도 최저생계비를 다음과 같이 고시합니다.

2001년 12월 1일

보건복지부장관

2002년도 최저생계비

○2002년도 최저생계비

가구규모	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구
금액(원/월)	345,412	572,058	786,827	989,719	1,125,311	1,269,809

○2002년도 현금급여기준

가구규모	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구
금액(원/월)	304,100	503,639	692,722	871,348	990,723	1,117,939

※ 현금급여기준은 최저생계비에서 의료비·교육비 및 타법령 지원액을 차감한 금액으로서, 소득이 전혀없는 수급자에게 현금으로 지급되는 최고금액 기준임(생계비·주거비)

- 수급자에게 현금급여기준금액에서 가구소득을 제외한 금액을 생계비·주거비로 지급함(주거비 일부는 점검·수선서비스로 대체가능)

- 단, 교육비·의료비는 해당 가구원이 있는 경우 별도지급

**【참조판례】**

- 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 30-31
- 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 553-554
- 헌재 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 30-31
- 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 646-647
- 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 600-601

**【당 사 자】**

청 구 인 이○열 외 2인  
 대리인 법무법인 산하  
 담당변호사 장유식

**【주 문】**

청구인들의 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 박○자, 이○연은 각 정신지체 1급 장애인이고, 청구인 이○열은 박○자의 남편이자 이○연의 아버지로서 비장애인인바, 청구인들은 1가구를 이루어 함께 거주하면서 2000. 10. 5. 국민기초생활보장법에 따른 생계급여수급자로 선정되어 그 무렵부터 생계급여를 지급받고 있다.

(2) 보건복지부장관은 2001. 12. 1. 보건복지부 고시 제2001-63호로 2002년도 국민기초생활보장법(이하 ‘보장법’이라 한다)상의 최저생계비를 결정·공표하였다.

(3) 청구인들은 2002. 5. 14. 위 최저생계비 고시가 청구인들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리 및 평등권을 침해하는 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 보건복지부장관이 2001. 12. 1.에 한 2002년도 최저생계비 고시(보건복지부 고시 제2001-63호, 이하 ‘이 사건 고시’라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이다. 청구인들에게는 이 사건 고시 중 3인가구 최저생계비가 적용되나, 청구인들이 이 사건 고시 전체에 대하여 헌법소원심판을 청구하였고, 그 고시 전체에 동일한 심사척도가 적용될 수 있으므로 이 사건 고시 전체로 심판대상을 확장하는 것이 타당하다. 이 사건 심판대상고시와 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상 고시

○2002년도 최저생계비

가구규모	1인가구	2인가구	3인가구	4인가구	5인가구	6인가구
금액 (원/월)	345,412	572,058	786,827	989,719	1,125,311	1,269,809

(2) 관련 조항

보장법

제1조(목적) 이 법은 생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. “최저생계비”라 함은 국민이 건강하고 문화적인 생활을 유지하기 위하여 소요되는 최소한의 비용으로서 제6조의 규정에 의하여 보건복지부장

관이 공표하는 금액을 말한다.

7. “소득인정액”이라 함은 개별가구의 소득평가액과 재산의 소득환산액을 합산한 금액을 말한다.
8. “개별가구의 소득평가액”이라 함은 개별가구의 실제소득에 불구하고 보장기관이 급여의 결정 및 실시 등에 사용하기 위하여 산출한 금액을 말한다. 이 경우 소득평가액의 구체적인 산정방식은 보건복지부령으로 정하되, 가구특성에 따른 지출요인과 근로를 유인하기 위한 요소 등을 반영하여야 한다.

제3조(급여의 기본원칙) ① 이 법에 의한 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그 소득·재산·근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다.

② 부양의무자의 부양과 다른 법령에 의한 보호는 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다. 다만, 다른 법령에 의한 보호의 수준이 이 법에서 정하는 수준에 이르지 아니하는 경우에는 나머지 부분에 관하여 이 법에 의한 급여를 받을 권리를 잃지 아니한다.

제4조(급여의 기준 등) ① 이 법에 의한 급여는 건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는 것이어야 한다.

② 이 법에 의한 급여의 기준은 보건복지부장관이 수급자의 연령·가구규모·거주지역 기타 생활여건 등을 고려하여 급여의 종류별로 정한다.

③ 보장기관은 이 법에 의한 급여를 세대를 단위로 하여 행하되, 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 개인을 단위로 하여 행할 수 있다.

제5조(수급권자의 범위) ① 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 자로서 소득인정액이 최저생계비 이하인 자로 한다.

제6조(최저생계비의 결정) ① 보건복지부장관은 국민의 소득·지출수준과 수급권자의 생활실태, 물가상승률 등을 고려하여 최저생계비를 결정하여야 한다.

② 보건복지부장관은 매년 12월 1일까지 제20조 제2항의 규정에 의한 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 다음 연도의 최저생계비를 공표하여야 한다.

③ 보건복지부장관은 최저생계비를 결정하기 위하여 필요한 계측조사를 5년마다 실시하며, 이에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제7조(급여의 종류) ① 이 법에 의한 급여의 종류는 다음과 같다.

1. 생계급여 2. 주거급여 3. 의료급여 4. 교육급여 5. 해산급여 6. 장제급여
7. 자활급여

② 이 법에 의한 급여는 제1항 제1호의 생계급여와 수급자의 필요에 따라 동항 제2호 내지 제7호의 급여를 함께 행하는 것으로 한다. 이 경우 급여의 수준은 제1항 제1호 내지 제4호 및 제7호의 급여와 수급자의 소득인정액을 포함하여 최저생계비 이상이 되도록 하여야 한다.

③ 제1항 제3호의 의료급여는 따로 법률이 정하는 바에 의한다.

제8조(생계급여의 내용) 생계급여는 수급자에게 의복·음식물 및 연료비와 기타 일상생활에 기본적으로 필요한 금품을 지급하여 그 생계를 유지하게 하는 것으로 한다.

보장법 부칙

제1조(시행일) 이 법은 2000년 10월 1일부터 시행한다. 다만, 제5조 제1항의 규정은 2003년 1월 1일부터 시행한다.

제5조(수급권자의 범위에 대한 적용특례) 이 법 시행일부터 2002년 12월 31일까지 수급권자는 부양의무자가 없거나, 부양의무자가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 자로서 최저생계비를 감안하여 보건복지부장관이 개별가구의 소득평가액과 재산을 기준으로 하여 매년 정하는 수급권자 선정기준에 해당하는 자로 한다.

제6조(소득인정액에 대한 적용특례) 이 법 시행일부터 2002년 12월 31일까지 제7조 제2항 및 제9조 제4항의 소득인정액은 제2조 제8호의 개별가구의 소득평가액을 말한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 적법요건에 관한 주장

이 사건 고시는 청구인이 지급받게 될 생계급여액수를 결정하므로 이 사건 고시로 인한 기본권침해는 직접성, 자기관련성, 현재성을 갖추었고, 이 사건 고시를 직접 대상으로 하는 행정소송 등 다른 권리구제절차가 없다.

(2) 본안에 관한 주장

최저생계비는 국민이 건강하고 문화적인 생활을 유지하기 위하여 소요되는 최소한의 비용으로서 보장법상의 수급자가 받게 될 생계급여 액수를 결정하는 기준이 되는 것인바, 보건복지부장관이 이 사건 고시를 하면서 장애인이

포함된 가구(이하 '장애인가구'라 한다)가 부담하는 교통비, 의료비, 교육비, 보호·간병인비, 보장구 구입·유지비 등 장애로 인한 월 평균 158,000원의 추가지출비용을 반영한 최저생계비를 별도로 정하지 아니한 채 가구별 인원을 기준으로 한 최저생계비만을 결정·공표함으로써 생활능력 없는 장애인가구의 구성원에게 최소한도의 인간다운 생활을 보장할 정도에 못 미치는 적은 액수의 생계급여를 받게 하였으므로 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것이고, 장애인가구와 비장애인가구에게 동일한 최저생계비를 적용함으로써 비장애인가구와 비교하여 상대적으로 적은 액수의 생계급여를 받게 되는 것은 평등권을 침해하는 것이다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 적법요건에 관한 의견

이 사건 고시는 그 자체로 국민에게 직접적인 효력을 미치는 것이 아니라 보건복지부장관의 현금급여기준 결정 및 수급자의 급여신청, 수급자 선정을 위한 소득·재산·부양의무자에 대한 조사, 수급자 선정, 급여 실시 등 일련의 집행행위를 매개로 하여 국민에게 효력을 미치는 것이므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 기본권침해의 직접성, 자기관련성, 현재성 요건을 흠결하여 부적법하다.

(2) 본안에 관한 의견

국가가 생활능력 없는 장애인을 보호하는 수준은 보장법상의 최저생계비뿐만 아니라 생계급여 액수를 산정하기 위하여 최저생계비에서 공제하는 개별가구의 소득평가액의 산정방식과도 관련이 있고, 그 외에 장애인복지법, 의료급여법에 의한 각종 수당 및 급여와 각종 복지시책, 지방자치단체 기타 공공기관에서 실시하고 있는 각종 급여나 부담감면 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 고시가 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 직접성

이 사건 고시는 보장법 제6조 제1항의 직접적인 위임에 따라 보건복지부장관이 최저생계비를 정한 것으로서 보장법과 결합하여 보장법상의 수급자에게 지급할 생계급여 액수를 결정한다는 점에서 직접 대외적 효력을 가지며, 그 내용이 일의적이고 명백하여 보장법상 관할행정청의 수급자선정결정이 이루어

어지면 최저생계비에 따라 기계적으로 계산하는 과정을 거쳐 산정된 생계급여가 수급자에게 지급되는 기계적 내지 단순한 사실적 집행행위를 거칠 뿐이므로, 보장법상 생계급여 수급자인 청구인들에 대하여 그 자체에 의하여 직접적인 효력을 갖는다.

#### 나. 자기관련성

청구인 이○열은 비록 장애인은 아니지만, 생활무능력자로서 장애인인 다른 청구인들과 함께 1가구를 형성하는 가구원의 자격으로 보장법상의 수급자로 선정되어 생계급여를 지급받고 있으므로, 생계급여 결정의 기준이 되는 이 사건 고시와 법적으로 관련되어 있어 자기관련성을 갖추었다.

#### 다. 보충성

이 사건 심판의 대상은 보건복지부장관 또는 그 산하 행정기관의 어떤 구체적인 처분 그 자체가 아니고, 보건복지부장관이 법령의 위임에 따라 정한 최저생계비 고시인데, 이러한 보건복지부장관의 고시에 대하여 처분성을 인정하여 행정소송법에 의한 행정소송 등 다른 권리구제절차를 허용할 수 있는지 여부가 객관적으로 불확실하므로, 이 사건은 보충성의 예외에 해당하는 것으로 보아 헌법소원대상성을 인정할 수 있다.

#### 라. 권리보호이익

기본권의 침해를 받은 자가 그 구제를 받기 위한 헌법소원심판을 청구한 뒤 기본권침해의 원인이 된 공권력의 행사가 취소되거나 새로운 공권력의 행사 등 사정변경으로 말미암아 기본권 침해행위가 배제되어 청구인이 더 이상 기본권을 침해받고 있지 아니하게 된 때에는 불분명한 헌법문제의 해명이나 침해반복의 위험 등을 이유로 한 심판의 이익이 있는 경우에는 예외적으로 권리보호의 이익이 있다고 할 것이다(헌재 1993. 11. 25. 92헌마169, 판례집 5-2, 489, 493).

보건복지부장관은 국민의 소득·지출수준, 수급권자의 생활실태, 물가상승률 등을 고려하여 매년 다음 연도의 최저생계비를 결정·공표하도록 되어 있어 이 사건 고시는 2002. 12. 31.이 경과하면 효력을 잃게 된다 할 것이나, 모든 국민에게 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 국가에게 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 부담시키고 있는 우리의 헌법질서에 있어서 인간다운 생활을 하기 위하여 요구되는 최소한도의 생활수준을 보장하기 위한 생계급여 액수의 기준이 되는 이 사건 고시가 헌법이 요구하는 바를 충족하고 있는지의 여부는 헌법적으로 매우 중요한 의미를 가질 뿐만 아니라 최저

생계비가 매년 변경되어 고시된다고 하더라도 질적·양적으로 획기적인 변화가 예상되지 않기 때문에 동일한 침해 반복의 위험이 있고, 우리 헌법소원제도의 체계상 매년 변경되는 최저생계비 고시에 대하여 청구기간 내에 적법하게 심판청구를 하고 그 시행기간이 경과하기 전 위헌여부를 신속하게 판단한다는 것은 쉽지 않다는 사정을 고려하면, 이 사건 고시가 헌법에 합치하는지 여부를 헌법적으로 해명한다는 것은 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 이 사건 심판청구는 그 심판의 이익이 있다고 할 것이어서 예외적으로 권리보호이익을 인정함이 타당하다.

#### 4. 본안에 관한 판단

##### 가. 인간다운 생활을 할 권리의 침해 여부

##### (1) 생활능력 없는 장애인의 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법규정

우리 헌법은 사회국가원리를 명문으로 규정하지 않고, 헌법 전문, 인간다운 생활을 할 권리를 비롯한 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획하고 유도하고 재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등을 통하여 간접적으로 사회국가원리를 수용하고 있다. 사회국가란 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가를 의미한다(헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52).

헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 규정하면서, 제34조 제2항에서 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다”고 규정함과 아울러 제34조 제5항에서 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”고 규정하고 있는바, 이러한 헌법규정들은 생활능력 없는 신체장애자에게 인간다운 생활을 할 권리가 있고, 이에 대응하여 국가에게 생활능력 없는 장애인을 보호할 헌법적 의무가 있음을 명시하고 있다.

##### (2) 인간다운 생활을 할 권리의 의의와 법적 성격

헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는데, 이러한 권리는 국가가 재

정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 30-31; 1998. 2. 27. 97헌가10등, 판례집 10-1, 30-31; 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 646-647; 2003. 5. 15. 2002헌마90, 판례집 15-1, 581, 600-601).

나아가 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정은 모든 국가기관을 기속하지만 그 기속의 의미는 동일하지 아니한데, 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것이다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 553-554; 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 758-759; 2001. 4. 26. 2000헌마390, 공보 56, 494).

또한, 국가가 행하는 생계보호가 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지 여부는 결국 국가가 국민의 ‘인간다운 생활’을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하였는가의 여부에 달려있다고 할 것인데 생계보호의 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이므로, 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 553-554).

### (3) 국민기초생활보장법상 급여의 보충성

1997. 이후 IMF 관리체제 하에서 대량의 실업자가 발생하고 빈곤 인구가 급증하는 등 인간다운 생활을 할 권리를 위협받는 국민들이 대폭 증가하게 되었으나 구 생활보호법만으로는 그 해결의 한계에 봉착하자 국가는 최소한의

사회안전망(social safety net)으로서 1999. 9. 7. 국민기초생활보장법(법률 제 6024호)을 제정하였는바, 보장법은 생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하고 자활을 조성하는 것을 목적으로(제1조) 시행일인 2000. 10. 1.부터 수급권자의 범위에 대한 특례 적용기한인 2002. 12. 31.까지는 부양의무자가 없거나, 부양의무가 있어도 부양능력이 없거나 부양을 받을 수 없는 자로서 최저생계비를 감안하여 보건복지부장관이 개별가구의 소득평가액과 재산을 기준으로 매년 정하는 수급권자 선정기준에 해당하는 자로 수급권자의 범위를 정하고(제5조, 부칙 제5조), 생계급여를 기본으로 하여 수급자의 필요에 따라 주거급여, 의료급여, 교육급여, 해산급여, 장제급여, 자활급여를 병행하여 지급하되, 시행일인 2000. 10. 1.부터 소득인정액에 대한 특례 적용기한인 2002. 12. 31.까지는 해산급여와 장제급여를 제외한 나머지 급여들과 개별가구의 소득평가액을 포함하여 최저생계비 이상이 되도록 하는 한편(제7조, 부칙 제6조), 보건복지부장관으로 하여금 최저생계비를 결정하기 위하여 필요한 계속조사를 5년마다 실시하도록 하고, 매년 12. 1.까지 중앙생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 국민의 소득·지출수준, 수급권자의 생활실태, 물가상승률 등을 고려하여 다음 연도의 최저생계비를 결정하여 공표하도록 하며(제6조), 이 법에 의한 급여의 기준을 건강하고 문화적인 최저생활을 유지할 수 있는 것으로 정하면서도(제4조), 이 법에 의한 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그 소득·재산·근로능력등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 하며, 부양의무자의 부양과 다른 법령에 의한 보호는 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다고 함으로써(제3조), 이 법에 의한 급여가 어디까지나 보충적인 것임을 명시하고 있다.

(4) 이 사건 고시와 생계급여

보건복지부장관은 2001년도 최저생계비를 3.5% 인상하여 가구별 인원수를 기준으로 2002년도 최저생계비를 결정하여 이 사건 고시를 하였는데, 당시 가구유형(성, 연령, 장애여부, 질병여부 등)을 고려한 최저생계비를 계속할 수 있는 모형개발이 미흡했고, 예산상의 이유로 가구유형별 최저생계비를 계속하기 위한 충분한 표본수를 확보할 수 없었음을 이유로 장애인가구의 추가지출비용을 반영한 장애인가구용 최저생계비는 따로 결정하지 아니하였다.

보장법에 근거하여 고시된 최저생계비와 개별가구의 소득평가액 등의 차액으로 액수가 결정되어 지급되는 생계급여는 수급자에게 의복·음식물 및 연

료비와 기타 일상생활에 기본적으로 필요한 금품으로서(제8조) 사회부조의 한 형태이다.

(5) 이 사건 고시가 인간다운 생활을 할 권리를 침해하였는지 여부

국가가 행하는 보장법상의 “생활능력 없는 장애인에 대한 최저생활보장을 위한 생계급여 지급”이 헌법이 요구하는 객관적인 최소한도의 내용을 실현하고 있는지의 여부는 국가가 인간다운 생활을 보장함에 필요한 최소한도의 조치를 취하였는가의 여부에 달려있다고 할 것인바, “인간다운 생활”이란 그 자체가 추상적이고 상대적인 개념으로서 그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것이고, “최소한도의 조치” 역시 국민의 사회의식의 변화, 사회·경제적 상황의 변화에 따라 가변적인 것이므로, 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 생계급여의 수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계 등 복잡 다양한 요소를 함께 고려해야 한다. 따라서, 생활이 어려운 장애인의 최저생활보장의 구체적 수준을 결정하는 것은 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량에 맡겨져 있다고 보아야 한다.

그러므로 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 최저생활보장에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

한편, 국가가 생활능력 없는 장애인의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 행하는 사회부조에는 보장법에 의한 생계급여 지급을 통한 최저생활보장 외에 다른 법령에 의하여 행하여지는 것도 있으므로, 국가가 행하는 최저생활보장 수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지 여부는 보장법에 의한 생계급여만을 가지고 판단하여서는 아니되고, 그 외의 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단하여야 한다.

2002년도를 기준으로 볼 때, 생활능력 없는 장애인가구의 구성원에게는 2002년도 최저생계비에서 장애인가구의 소득평가액 등을 공제한 액수의 생계급여가 지급되는데, 이때 최저생계비에서 공제하는 소득평가액은 장애인가구

의 실제소득에서 장애인가구의 특성에 따른 지출요인을 반영한 금품인 장애인복지법에 의한 장애수당, 장애아동부양수당 및 보호수당, 만성질환 등의 치료·요양·재활로 인하여 6개월 이상 지속적으로 지출하는 의료비를 공제하여(보장법시행규칙 제2조) 산정되므로, 결과적으로 최저생계비에 장애로 인한 추가지출비용을 반영하여 생계급여액을 상향조정함과 비슷한 효과를 나타내고 있다.

그 외에도 의료급여법에 따른 지체장애인용 지팡이, 목발, 휠체어, 의지·보조기, 시각장애용 저시력 보조기(안경, 돋보기, 망원경, 콘택트렌즈, 의안), 흰지팡이, 보청기, 체외용 인공 후두 등 보장구 구입대금 지원, 장애인복지법에 따른 장애인재활보조기구 무료 교부, 장애인 의료비 지원, 장애인자녀교육비 지원, 장애수당 및 장애아동부양수당 지급, 철도·도시철도·공영버스 요금감면, 고궁, 능원, 국·공립박물관 및 미술관, 국·공립 공원, 국·공립공연장, 공공체육시설 요금 감면, 특별소비세법에 따른 승용자동차에 대한 특별소비세 면제, 액화석유가스의안전및사업관리법에 따른 승용자동차 LPG연료 사용 허용, 지방세법에 따른 장애인용 차량에 대한 등록세·취득세·자동차세 면제, 각 도의 지역개발기금설치관련조례에 따른 차량 구입시 지역개발공채 구입 면제, 방송법에 따른 시·청각 장애인에 대한 텔레비전 수신료 면제, 전기통신사업법에 따른 이동통신요금 할인, 유료도로법에 따른 고속도로통행료 할인 등 각종 급여와 부담감면이 행하여지고 있는바, 이러한 각종 급여 및 부담감면으로 인하여 최저생계비의 비목에 포함되어 있는 보건의료비, 교통·통신비, 교육비, 교양·오락비, 비소비지출 등을 추가적으로 보전 받는 효과를 나타내고 있다.

또한, 청구인들이 주장하는 장애인가구의 평균 추가지출비용 월 158,000원은 한국보건사회연구원 장애인복지팀이 2000년 장애인 실태조사 보고에서 산출한 평균추가생계비로서 ‘최저개념’이 반영되지 않은 소비지출에서 나타난 평균적인 추가비용을 제시한 것에 불과하여 이를 직접 최저생계비에 반영하는 것은 불가능하다 할 것이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 보건복지부장관이 이 사건 고시를 하면서 장애인가구의 추가지출비용을 반영한 최저생계비를 별도로 정하지 아니한 채 가구별 인원수를 기준으로 한 최저생계비만을 결정·공표함으로써 장애인가구의 추가지출비용이 반영되지 않은 최저생계비에 따라 장애인가구의 생계급여 액수가 결정되었다 하더라도 그것만으로 국가가 생활능력 없는 장애인의

인간다운 생활을 보장하기 위한 조치를 취함에 있어서 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵다 할 것이어서 이 사건 고시로 인하여 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간다운 생활을 할 권리가 침해되었다고 할 수 없다.

나. 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 침해 여부

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장하고 있다.

헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치는 ‘헌법이념의 핵심’으로 국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하며, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 조항이다. 따라서 자유와 권리의 보장은 1차적으로 헌법상 개별적 기본권규정을 매개로 이루어지지만, 기본권제한에 있어서 인간의 존엄과 가치를 침해한다거나 기본권형성에 있어서 최소한의 필요한 보장조차 규정하지 않음으로써 결과적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손한다면 헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 할 것이다.

이 사건 고시는 앞서 보았듯이 생활능력 없는 장애인가구의 최저생활보장을 위한 생계급여지급과 관련하여 인간다운 생활을 할 권리를 형성하는 성질을 가지고 있으나 그 내용상 최소한의 필요한 보장수준을 제시하지 아니하여 인간으로서의 인격이나 본질적 가치가 훼손된다고 볼 수 없으므로 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하는 규정이라고 할 수 없다.

다. 평등권의 침해 여부

(1) 헌법 규정

헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하여 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있다. 이는 국가권력이 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급해야 한다는 것을 의미하지만, 합리적 근거에 의한 차별까지 금지하는 것은 아니다.

(2) 평등권의 침해 여부

(가) 차별의 대상

이 사건 고시는 장애인가구의 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 일률적으로 가구별 인원수만을 기준으로 한 최저생계비를 결정함으로써 사회부조의 일종인 보장법상의 생계급여를 지급받을 자격을 갖춘 생활능력 없는 장애인가구와 비장애인가구에게 동일한 최저생계비를 기준으로 하여 생계급여를 지급받게 하였다는 점에서 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 상황을 초래하였다고 볼 수 있다.

(나) 심사의 기준

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격심사에 의할 것인지, 완화된 심사에 의할 것인지는 입법자 내지 입법의 위임을 받은 행정부에게 인정되는 형성의 자유 정도에 따라 달라진다고 할 것인데, 이 사건 고시로 인한 장애인가구와 비장애인가구의 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우 내지 차별 대우로 인하여 자유권의 행사에 중대한 제한을 받는 경우에 해당한다고 볼 수 없는 점, 국가가 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 행하는 사회부조에 관하여는 입법부 내지 입법에 의하여 위임을 받은 행정부에게 사회보장, 사회복지의 이념에 명백히 어긋나지 않는 한 광범위한 형성의 자유가 부여된다는 점을 고려하면, 이 사건 고시로 인한 장애인가구와 비장애인가구의 차별취급이 평등위반인지 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준인 자의금지 원칙을 적용함이 상당하다.

(다) 침해 여부

장애인가구와 비장애인가구에게 일률적으로 이 사건 고시상의 최저생계비를 적용한다고 하더라도 보장법상의 생계급여 액수가 최저생계비와 동일한 액수로 결정되는 것이 아니라 앞서 본 바와 같이 최저생계비에서 개별가구의 소득평가액 등을 공제한 차액으로 지급되기 때문에 장애인가구와 비장애인가구에게 지급되는 생계급여까지 동일한 액수가 되는 것은 아니라는 점, 이때 공제되는 개별가구의 소득평가액은 장애인가구의 실제소득에서 장애인가구의 특성에 따른 지출요인을 반영한 금품인 장애인복지법에 의한 장애수당, 장애아동부양수당 및 보호수당, 만성질환 등의 치료·요양·재활로 인하여 6개월 이상 지속적으로 지출하는 의료비를 공제하여 산정하므로 결과적으로 장애인가구는 비장애인가구에 비교하여 볼 때 최저생계비에 장애로 인한 추가비용을 반영하여 생계급여액을 상향조정함과 비슷한 효과를 받고 있는 점, 장

애인가구는 비장애인가구와 비교하여 앞서 본 바와 같이 각종 법령 및 정부 정책에 따른 각종 급여 및 부담감면으로 인하여 최저생계비의 비목에 포함되는 보건의료비, 교통·통신비, 교육비, 교양·오락비, 비소비지출비를 추가적으로 보전 받고 있는 점을 고려할 때, 비록 이 사건 고시를 장애인가구와 비장애인가구에게 일률적으로 적용하였다 하더라도 그러한 취급에는 합리성이 있다 할 것이고 이를 자의적인 것이라고 할 수는 없다 할 것이다. 따라서, 이 사건 고시가 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 평등권을 침해한다고 할 수 없다.

#### 5. 결 론

그렇다면, 이 사건 고시는 헌법에 위반되지 않는다 할 것이므로, 이 사건 헌법소원심판청구는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 근로기회제공불이행 위헌확인

(2004. 10. 28. 2003헌마898 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 행정권력의 부작위가 헌법소원의 대상이 되기 위한 요건
2. 피청구인 국가보훈처장에게 고용명령에 의한 취업보호에 관한 작위의무가 존재하는지 여부(적극)
3. 위 작위의무의 내용 및 범위
4. 청구인이 피청구인 철도청장에 대해 채용시험 없이 바로 자신을 임용해 줄 것을 요구할 수 있는 구체적인 신청권을 갖고 있는지 여부(소극)
5. 청원에 대한 거부의 회신이 헌법소원의 대상이 되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다.
2. 국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조 제1항은 “국가보훈처장은 취업을 희망하는 취업보호대상자를 지정하여 대통령령이 정하는 바에 따라 업체 등에 대하여 그를 고용할 것을 명할 수 있다.”라고 하여 고용명령을 재량행위의 형식으로 규정하고 있으나, 위 법시행령 제55조 제1항은 고용명령에 의한 취업을 원하는 취업보호대상자는 취업희망신청서를 제출하여 고용명령을 신청할 구체적인 신청권을 규정하고 있으므로, 피청구인 국가보훈처장의 고용명령을 통한 취업보호를 의무가 아닌 단순한 권한행사로 보기는 어렵고, 국가보훈처장에게는 고용명령에 의한 취업보호와 관련하여 일정한 작위의무가 인정된다고 보아야 한다.
3. 고용명령의 특성을 고려해 볼 때, 국가보훈처장은 취업희망신청자가 동의하지 않는 한 독자적인 판단만으로 고용명령을 발할 수 없

다고 할 것이고, 반드시 취업희망신청자가 희망하는 업체에 대하여 고용명령을 하여야 할 의무가 있다고 볼 수도 없다. 또한 현실적으로 대상업체 등의 여건을 무시한 일방적인 고용명령으로는 취업보호라는 본래의 목적을 달성하기 어려우므로, 고용명령을 발하기 전에 대상업체 등과 충분한 협의를 거쳐 합의를 이끌어내는 것이 바람직하다. 그렇다면 국가보훈처장에게 고용명령에 의한 취업보호와 관련하여 인정되는 작위의무의 범위는 취업보호대상자가 제출하는 취업희망신청서를 접수하고, 취업희망신청자와의 취업상담을 거쳐 업체 등을 대상으로 취업희망신청자에 대한 취업알선을 함에 그친다고 할 것이고, 국가보훈처장에게 그 독자의 의사와 판단만으로는 실행하기가 곤란하거나 불가능한 고용명령에까지 나아가야 할 작위의무를 인정하기는 어렵다.

4. 국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사가 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 있어야 한다. 구 국가유공자등예우및지원에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7106호로 개정되기 전의 것)과 동법시행령은 국가기관의 취업보호대상자에 대한 우선채용에 대해서 규정하면서 기능직공무원 정원의 20퍼센트를 취업보호대상자로 우선 채용하도록 하고 있을 뿐, 구체적인 신청절차나 채용기준 및 방법 등에 관한 구체적인 내용을 규정하고 있지 아니하다. 따라서 청구인이 취업보호대상자의 기능직공무원 채용의무 비율 규정만을 근거로 피청구인 철도청장에 대해 국가공무원법에 따른 채용시험 없이 바로 자신을 임용해 줄 것을 요구할 수 있는 구체적인 신청권을 갖고 있는 것으로 볼 수는 없다.

5. 청원서를 접수한 국가기관은 이를 적정히 처리하여야 할 의무를 부담하나, 그 의무이행은 청원법이 정하는 절차와 범위 내에서 청원사항을 성실·공정·신속히 심사하고 청원인에게 그 청원을 어떻게 처리하였거나 처리하려 하는지를 알 수 있을 정도로 결과통지함으로써 충분하고, 비록 그 처리내용이 청원인이 기대한 바에 미치지 않는다고 하더라도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사가 있다고 볼 수 없다.

**【참조조문】**

헌법 제26조 제1항·제2항, 제32조 제6항

국가유공자등예우및지원에관한법률 제33조의2(기업체 등의 우선고용의무 등) ① 제30조 제2호에 해당하는 취업보호실시기관은 전체 고용인원의 3퍼센트 내지 8퍼센트 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 대상업체별 고용비율 이상으로 취업보호대상자를 우선하여 고용하여야 한다.

② 국가보훈처장은 제1항의 규정에 불구하고 취업보호대상자가 그 능력에 상응한 직종에 취업할 수 있도록 하기 위하여 필요한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 다음 각 호의 취업보호실시기관에 대하여 제1항의 규정에 의한 고용비율을 9퍼센트까지 확대할 수 있다.

1. 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관
2. 지방공기업법 제49조 및 제76조의 규정에 의한 지방공사 및 지방공단
3. 그 밖에 제30조 제2호에 해당하는 취업보호실시기관으로 대통령령이 정하는 공기업 또는 공공단체

③ 제30조 제3호에 해당하는 취업보호실시기관중 교원을 제외한 교직원의 정원이 5인 이상인 사립학교는 교원을 제외한 고용인원의 10퍼센트 이상으로 취업보호대상자를 우선하여 고용하여야 한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조(고용명령 등) ① 국가보훈처장은 취업을 희망하는 취업보호대상자를 지정하여 대통령령이 정하는 바에 따라 업체 등에 대하여 그를 고용할 것을 명할 수 있다.

②, ③ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률 제34조의2(취업보호 제한) ① 생략

② 국가보훈처장은 취업보호대상자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 제34조의 고용명령에 의한 취업보호를 일정한 기간동안 제한하거나 그 횟수를 제한할 수 있다.

1. 고용명령에 의한 취업통지를 받고 정당한 사유없이 취업을 하지 아니한 경우
2. 고용명령에 의하여 취업한 후 정당한 사유없이 대통령령이 정하는 기간 미만을 근무하고 퇴직한 경우
3. 근무태만·직무유기 또는 부정행위의 사유로 징계에 의하여 면직된 경우

구 국가유공자등예우및지원에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7106호로 개정되기 전의 것) 제31조(채용시험의 가점 등) ① 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위하여 채용시험을 실시하는 경우에는 당해 채용시험에 응시한 취업보호대상자의 득점에 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다.

②~④ 생략

국가유공자등예우및지원에관한법률시행령 제55조(고용명령 등) ① 법 제34조 제1항의 규정에 의한 고용명령에 의하여 업체 등에 취업하고자 하는 취업보호대상자는 취업희망신청서를 관할 청장 또는 지청장에게 제출하여야 한다.

②~④ 생략

국 국가공무자동예우및지원에관한법률시행령(2004. 1. 17. 대통령령 제18227호로 개정되기 전의 것) 제47조(우선채용비용 등) ① 법 제30조 제1호의 규정에 해당하는 취업보호실시기관(이하 이 장에서 “국가기관등”이라 한다)이 우선 채용하여야할 직원의 직종은 기능직으로 한다. 다만, 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교 중 사립학교는 교원을 제외한 직원의 모든 직종으로 한다.

② 국가기관등의 우선채용할 직원의 채용비용은 다음과 같다. 다만, 정보통신부장관 또는 철도청장은 기능직공무원의 충원상 부득이한 사유가 있는 때에는 국가보훈처장과의 협의를 거쳐 그 비율을 조정할 수 있다.

1. 국가·지방자치단체 및 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의규정에 의한 학교중 국·공립학교 : 기능직공무원 정원의 20퍼센트

2. 생략

국가공무원법 제28조(신규채용) ① 공무원의 채용은 공개경쟁시험에 의한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 특별채용시험에 의할 수 있다.

1. 제70조 제1항 제3호의 사유로 인하여 퇴직하거나, 제71조 제1항 제1호의 휴직기간 만료로 인하여 퇴직한 경력직공무원을 퇴직한 날로부터 3년 이내에 퇴직시에 재직 한 직급의 경력직공무원으로 재임용하는 경우 또는 경력직공무원인 자가 특수경력 직공무원이나 다른 종류의 경력직공무원으로 되기 위하여 퇴직한 자를 퇴직시에 재직 한 직급의 경력직공무원으로 재임용하는 경우
2. 공개경쟁시험에 의하여 임용하는 것이 부적당한 경우에 동종직무에 관한 자격증소 지자를 임용하는 경우
3. 임용예정직급과 동일한 직급에서 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선 거관리위원회규칙 또는 대통령령이 정하는 기간동안 근무한 경력이 있는 자 또는 임용예정직급에 상응한 근무 또는 연구실적이 3년 이상인 자를 임용하는 경우
4. 임용예정직에 관련된 특수목적을 위하여 설립된 학교(대학원을 포함한다) 중 대통령 령으로 정하는 학교 졸업자로서 각급기관에서 실무수습을 마친 자를 임용하는 경우
5. 1급공무원을 임용하는 경우
6. 공개경쟁채용시험에 의한 결원보충이 곤란한 특수한 직무분야·환경 또는 도서·벽지 등 특수한 지역에 근무할 자를 임용하는 경우
7. 일반직공무원을 기능직공무원으로, 기능직공무원을 일반직공무원으로 임용하는 경 우와 지방공무원을 당해 직급에 해당하는 국가공무원으로 임용하는 경우
8. 외국어에 능통하고 국제적 소양과 전문지식을 지닌 자를 임용하는 경우
9. 임용예정직에 관련된 실업계·예능계 및 사학계의 고등학교·전문대학 및 대학(대 학원을 포함한다)의 학과 중 대통령령으로 정하는 학교졸업자로서 중앙인사위원회 가 정하는 바에 따라 당해 학교장의 추천을 받은 자를 연구 또는 기술직렬의 공무 원이나 기능직공무원으로 임용하는 경우
10. 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으

로 정하는 임용예정직에 관련된 과학기술분야 또는 공개경쟁채용시험에 의한 결원 보충이 곤란한 특수전문분야의 연구 또는 근무경력에 있는 자를 임용하는 경우

- 11. 제85조의 규정에 의하여 재학 중 장학금을 받고 졸업한 자를 임용하는 경우
- 12. 연고지 기타 지역적 특수성을 고려하여 일정한 지역에 거주하는 자를 그 지역에 소재하는 기관에 임용하고자 하는 경우

③ 제2항의 규정에 의한 특별채용에 있어서는 동일한 사유에 해당하는 다수인을 대상으로 경쟁의 방법에 의하여 채용(이하 “제한경쟁특별채용”이라 한다)할 수 있다. 다만, 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령이 정하는 경우에는 제한경쟁특별채용에 의하여야 한다.

④ 제2항의 규정에 의한 특별채용에 있어서는 제70조 제1항 제3호의 사유로 인하여 퇴직한 자를 우선하여 채용하여야 하며, 특별채용에 의하여 임용할 수 있는 공무원의 직급, 직급별 응시자격 및 시험 등에 관하여 필요한 사항은 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

⑤ 제2항 제6호·제8호 또는 제12호의 규정에 의하여 특별채용된 자는 5년간은 전직 및 당해기관외의 기관으로 전보될 수 없고, 5년 이내에 퇴직한 때에는 그 근무경력에 제2항 제3호의 특별채용에 있어서 근무 또는 연구실적에 산입하지 아니한다.

국가공무원법 제42조(국가유공자의 우선임용) ① 공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령이 정하는 바에 따라 우선임용하여야 한다.

② 생략

청원법 제9조(청원서의 처리) ①~③ 생략

④ 모든 관서는 전2항의 경우를 제외하고는 청원을 수리하여 이를 성실·공정·신속히 심사처리하고 그 결과를 청원인에게 통지하여야 한다.

### 【참조판례】

- 1. 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513  
헌재 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415, 424  
헌재 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700, 704  
헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 401
- 4. 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 816  
헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252, 266
- 5. 헌재 1994. 2. 24. 93헌마213등, 판례집 6-1, 183, 190

### 【당 사 자】

청 구 인 이○섭

국선대리인 변호사 이정일

피청구인 1. 국가보훈처장

## 2. 철도청장

### 【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

### 【이 유】

#### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

##### 가. 사건의 개요

(1) 청구인은 철도청 기능직공무원으로 재직하던 중 공상을 입고 국가유공자등에우맞지원에관한법률(이하 ‘법’이라 한다)에 따라 국가유공자로 등록된 자로서 법에 따른 취업보호대상자인바, 1992. 12. 5. 철도청에서 의원면직한 후 1992. 12. 17.부터 1999. 7. 31.까지 사이에 두 차례에 걸쳐 피청구인 국가보훈처장의 고용명령에 의한 취업을 한 바 있다. 청구인은 실직 후 2000. 5. 16. 서울남부보훈지청에, 2002. 7. 23. 광주지방보훈청에 각 취업희망신청서를 제출하였으나, 피청구인 국가보훈처장은 이에 대하여 아직 고용명령의 조치를 취하고 있지 아니하다.

(2) 한편, 청구인은 2003. 9. 2. 피청구인 철도청장에게 국가공무원법 등 관련법령에서 국가유공자를 공무원으로 우선 임용하도록 규정하고 있음을 들어 청구인을 기능직공무원으로 복직(그 실질은 새로운 임용에 해당한다)시켜줄 것을 요구하는 청원을 하였고, 피청구인 철도청장은 2003. 9. 9. 위 청원에 대하여 공무원의 채용은 국가공무원법 등 관계규정에 따라야 하며, 국가유공자라 하더라도 공개적인 시험절차 없이 채용할 수는 없다는 취지의 회신을 하였다.

(3) 이에 청구인은 취업희망신청에 대하여 고용명령에 의한 취업보호를 하지 아니하고 있는 피청구인 국가보훈처장의 부작위 및 공무원 임용 청원에 대한 피청구인 철도청장의 거부행위가 청구인의 헌법상 보장된 평등권, 근로권 등을 침해한 것이라고 주장하면서, 2003. 12. 12. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

##### 나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 피청구인 국가보훈처장이 청구인의 취업희망신청에 대하여 고용명령에 의한 취업보호를 하지 않고 있는 부작위 및 피청구인 철도청장이 청구인의 공무원 임용 청원에 대하여 2003. 9. 9. 이를 거부한 행위가

청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 피청구인 국가보훈처장은 청구인이 취업희망신청서를 제출하였음에도 청구인의 연령에 적합한 직종을 확보하지 못하였다거나 정원이 없다는 등의 이유를 들어 고용명령의 조치를 취하지 아니함으로써 청구인을 장기간 미취업 상태로 방치하고 있는바, 이는 국가유공자에게 우선적으로 근로의 기회를 부여하도록 규정하고 있는 헌법 제32조 제6항의 규정에 위반되고, 청구인의 평등권, 근로권 등을 침해한 것이다.

(2) 피청구인 철도청장은 불법노동행위로 해고된 직원들을 노사합의 및 특별채용형식으로 사실상 원직에 복직시킴으로써 이들에게 차별적, 특혜적으로 근로의 기회를 우선적으로 제공하면서도, 헌법 제32조 제6항에서 우선적으로 근로의 기회를 부여하도록 규정하고 있는 국가유공자에 해당하는 청구인의 공무원 임용 청원에 대하여는 이를 거부함으로써 청구인의 평등권, 근로권 등을 침해한 것이다.

나. 피청구인 국가보훈처장의 의견

(1) 청구인의 주장과 같이 피청구인 국가보훈처장이 청구인의 취업을 방치하였다면 위 피청구인의 공권력 불행사에 대하여 행정심판이나 행정소송 등의 구제절차를 거쳐야 함에도 불구하고 이를 거치지 아니하고 헌법소원을 제기한 것은 보충성 요건을 위반한 것이다.

(2) 위 피청구인은 청구인으로부터 취업희망신청서를 접수한 후 청구인의 취업을 위하여 노력하여 왔으나, 청구인의 연령이 많음을 이유로 당해 기업과 채용협의를 이루어지지 않거나, 청구인이 조건이 맞지 않는다는 이유로 위 피청구인이 추천한 업체를 거절하는 등의 사유로 아직 고용명령을 내리지 못하고 있는 것은 사실이다.

그러나 고용명령은 의무고용비율을 채우지 못한 업체 등을 대상으로 하여 취업보호대상자의 연령, 능력, 선호업체 등과 대상업체의 고용조건, 고용기준 등을 총체적으로 고려하여 행해지는 것이고, 청구인의 취업희망신청서 제출은 그 성질상 취업의사를 표시한 행위에 불과하므로, 청구인이 취업하고자 하는 업체에 대하여 고용명령을 하지 않았다 하여 위 피청구인의 부작위가 있다고 볼 수는 없다.

다. 피청구인 철도청장 및 건설교통부장관의 의견

(1) 피청구인 철도청장이 시행하는 철도공무원의 채용은 관계법령에 의거하여 이루어지고 있고, 청구인이 문제삼고 있는 해직자에 대한 특별채용도 이들을 무조건 채용한다는 뜻이 아니라 위 피청구인이 시행하는 시험에 응시할 수 있는 기회를 부여하여 경쟁을 거쳐 합격자로 결정되면 채용한다는 취지이다.

(2) 공무원의 채용은 국가공무원법 제28조에 따라 공개채용시험과 특별채용시험에 의하도록 되어 있고, 다만, 국가유공자의 경우 법령에 정한 대로 각종 시험시행시 가점을 부여하는 방법 등으로 우선 채용되도록 하고 있다. 따라서 청구인이 국가유공자라고 하더라도 아무런 시험절차 없이 채용하는 것은 법적 근거가 없는 것으로서 불가능하고, 청구인의 공무원 임용 요구를 거부한 위 피청구인의 결정은 적법하므로 청구인의 심판청구는 기각되어야 한다.

### 3. 판 단

#### 가. 피청구인 국가보훈처장의 부작위 부분

##### (1) 행정권력의 부작위가 헌법소원의 대상이 되기 위한 요건

이 부분 심판청구는 피청구인 국가보훈처장이 청구인의 취업희망신청에 대하여 고용명령에 의한 취업보호를 하지 않고 있는 부작위가 위헌임을 다투고 있는 헌법소원이다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면 공권력의 행사뿐 아니라 공권력의 불행사도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것이지만, 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위 내지 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 한하여 허용된다고 하는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 1994. 4. 28. 92헌마153, 판례집 6-1, 415, 424; 1994. 6. 30. 93헌마161, 판례집 6-1, 700, 704; 2000. 3. 30. 98헌마206, 판례집 12-1, 393, 401 등 참조).

위에서 말하는 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어”가 의미하는 바는 첫째, 헌법상 명문으로 공권력 주체의 작위의무가 규정되어 있는 경우 둘째, 헌법의 해석상 공권력 주체의 작위의무가 도출되는 경우 셋째, 공권력 주체의 작위의무가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우 등을 포괄하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(2) 작위의무의 존부 및 내용

(가) 고용명령에 의한 취업보호에 관한 규정

헌법 제32조 제6항은 “국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”라고 규정함으로써, 국가유공자 등에 대한 우선적 근로기회의 제공을 헌법적으로 요청하고 있다.

그러나 헌법은 국가유공자 등에게 어떠한 방식으로 우선적인 근로의 기회가 부여되어야 하는가에 대하여 직접 정하지 아니하고 법률에 위임하고 있다.

이와 같은 헌법적 요청에 따라 제정된 법은 제28조에서 “국가는 국가유공자와 그 유족 등의 생활안정 및 자아실현을 위하여 취업보호를 실시한다.”라고 규정하고 있다.

법은 취업보호대상자로서 ① 전상군경·공상군경·무공수훈자·보국수훈자·재일학도의용군인·4.19혁명부상자·4.19혁명공로자·공상공무원·특별공로상이자 및 특별공로자와 그 가족, ② 전몰군경·순직군경·4.19혁명사망자·순직공무원 및 특별공로순직자의 유족, ③ ①에 해당하는 국가유공자가 사망한 경우의 그 유족 등을 규정하고 있고(법 제29조), 취업보호실시기관으로서 ① 국가기관·지방자치단체·군부대 및 국·공립학교, ② 일상적으로 1일 20인 이상을 고용하는 공·사기업체 또는 공·사단체(다만, 대통령령이 정하는 제조기업체로서 200인 미만을 고용하는 기업체를 제외한다), ③ 사립학교 등을 규정하고 있다(법 제30조).

그리고 법은 위 공·사기업체 또는 공·사단체 및 사립학교(이하 ‘업체 등’이라 한다)의 경우 법정의 고용비율 이상으로 취업보호대상자를 우선하여 고용하도록 하고 있고(법 제33조의2), 법 제34조 제1항은 “국가보훈처장은 취업을 희망하는 취업보호대상자를 지정하여 대통령령이 정하는 바에 따라 업체 등에 대하여 그를 고용할 것을 명할 수 있다.”라고 하여 고용명령에 의한 취업보호를 규정하고 있다.

고용명령은 고용명령서로 하여야 하고, 고용명령서를 받은 업체 등의 장은 그 고용명령서를 받은 날부터 30일 이내에 고용명령서에 지정된 취업보호대상자를 고용하여야 하며(법시행령 제55조 제2항·제3항), 정당한 사유 없이 고용명령을 따르지 아니한 자는 500만 원 이하의 과태료에 처한다(법 제86조 제1항).

국가보훈처장이 고용명령을 하는 경우에는 업체 등을 지정하여 대통령령이

정하는 바에 의하여 당해 취업보호대상자에게 취업할 것을 통지하여야 하고 (법 제34조 제2항), 그 취업통지는 취업통지서로 하여야 한다(법시행령 제55조 제4항).

또한 법시행령 제55조 제1항은 “법 제34조 제1항의 규정에 의한 고용명령에 의하여 업체 등에 취업하고자 하는 취업보호대상자는 취업희망신청서를 관할 청장 또는 지청장에게 제출하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

한편, 법은 제34조의2 제2항에서 고용명령에 의한 취업보호의 제한에 관한 규정을 두고 있다. 즉 국가보훈처장은 취업보호대상자가 고용명령에 의한 취업통지를 받고 정당한 사유 없이 취업을 하지 아니하는 등 일정한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 법 제34조의 고용명령에 의한 취업보호를 일정한 기간동안 제한하거나 그 횟수를 제한할 수 있도록 하고 있다.

(나) 고용명령에 의한 취업보호에 관한 작위의무가 존재하는지 여부

법 제34조 제1항은 “국가보훈처장은 취업을 희망하는 취업보호대상자를 지정하여 대통령령이 정하는 바에 따라 업체 등에 대하여 그를 고용할 것을 명할 수 있다.”라고 하여 고용명령을 재량행위의 형식으로 규정하고 있기 때문에, 과연 위 규정이 국가보훈처장으로 하여금 고용명령에 의한 취업보호를 하여야 할 작위의무를 규정하고 있는 것으로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

위에서 본 법 및 법시행령의 관련규정에 따르면, 고용명령제도는 국가유공자 등 취업보호대상자가 고용명령에 의한 취업을 희망하여 취업희망신청서를 제출하는 경우, 국가보훈처장이 취업보호대상자 고용의무비율을 채우지 못한 업체 등을 대상으로 취업희망신청자 중 채용요건에 적합한 자를 선정하여 고용할 것을 명하고, 취업희망신청자에게는 취업할 것을 통지하도록 하는 제도이다.

법시행령 제55조 제1항은 고용명령에 의한 취업을 원하는 취업보호대상자는 취업희망신청서를 제출하여 고용명령을 신청할 법규상 구체적인 신청권을 규정하고 있으므로, 국가보훈처장의 고용명령을 통한 취업보호를 의무가 아닌 단순한 권한행사로 보기는 어렵고, 국가보훈처장에게는 고용명령에 의한 취업보호와 관련하여 일정한 작위의무가 인정된다고 보아야 할 것이다.

법이 제34조의2 제2항에서 국가보훈처장은 일정한 경우에는 고용명령에 의한 취업보호를 일정한 기간동안 제한하거나 그 횟수를 제한할 수 있도록 하고 있는 것도 작위의무가 있음을 전제로 한 규정이라고 보아야 할 것이다.

(다) 고용명령에 의한 취업보호에 관한 작위의무의 내용 및 범위

앞에서 본 바와 같이 국가보훈처장에게 고용명령에 의한 취업보호에 관한 작위의무를 인정한다고 할 때 그 작위의무의 내용 및 범위가 문제된다.

고용명령에 의한 취업보호절차를 살펴보면, 우선 국가유공자 등 취업보호 대상자가 고용명령에 의한 취업을 희망하는 경우에는 취업희망신청서에 본인의 인적사항, 최종학력, 자격·면허, 주요경력, 신체조건, 취업희망조건(취업처·직종·월임금·근무지) 등을 기재하여 국가보훈처장에게 제출하여야 하고(법시행규칙 제18조 제17호에 의한 별지 제26호서식 취업희망신청서 참조), 국가보훈처장은 업체 등의 신고 및 업체 등에 대한 설명이나 자료제출 요구 등을 통하여 사업의 종류·고용직종·고용인원·고용기준 등 고용에 관한 사항, 취업보호대상자의 고용실태, 근로조건 및 취업보호대상자의 채용계획 등을 파악할 것이 요구된다(법 제33조의3 및 법시행령 제54조 참조).

다음으로 국가보훈처장은 위 취업희망신청서를 접수하고 대상여부를 확인한 다음, 취업희망신청자와의 취업상담을 거쳐 취업보호대상자 고용의무비율을 채우지 못한 업체 등을 대상으로 취업희망신청자에 대한 취업알선을 하여야 한다. 나아가 고용명령에 이르게 될 경우에는 업체 등에는 고용명령을, 취업희망신청자에게는 취업통지를 하게 된다.

그런데 고용명령에 나아가기 위해서는 고려할 사항이 적지 아니한바, 우선 취업희망신청자의 연령이나 능력, 신체조건 및 희망업체 등을 참작하고, 대상업체 등의 고용기준이나 고용조건 등 제반 여건을 종합적으로 살펴 양자의 조건이 어느 정도 부합하여 합당하다고 인정되는 경우에 한하여 고용명령을 하게 될 것이다.

고용명령의 특성을 고려해 볼 때, 국가보훈처장은 취업희망신청자가 동의하지 않는 한 독자적인 판단만으로 고용명령을 발할 수 없다고 할 것이고, 반드시 취업희망신청자가 희망하는 업체에 대하여 고용명령을 하여야 할 의무가 있다고 볼 수도 없다.

또한 고용명령을 발함에 있어 대상업체 등의 동의가 반드시 요구되는 것은 아니라고 할지라도, 현실적으로 대상업체 등의 여건을 무시한 일방적인 고용명령으로는 취업보호라는 본래의 목적을 달성하기 어렵다고 할 것이므로, 고용명령을 발하기 전에 대상업체 등과 충분한 협의를 거쳐 합의를 이끌어내는 것이 바람직하다.

그렇다면 국가보훈처장에게 고용명령에 의한 취업보호와 관련하여 작위의무가 인정된다고 하더라도 그 범위는 취업보호대상자가 제출하는 취업희망신

청서를 접수하고, 취업희망신청자와의 취업상담을 거쳐 업체 등을 대상으로 취업희망신청자에 대한 취업알선을 함에 그친다고 할 것이고, 국가보훈처장에게 그 독자의 의사와 판단만으로는 실행하기가 곤란하거나 불가능한 고용명령에까지 나아가야 할 작위의무를 인정하기는 어렵다고 할 것이다.

(3) 공권력의 불행사의 존재 여부

헌법소원의 심판청구가 적법하게 성립하려면 그 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사가 존재하여야 하고, 그러한 공권력의 행사 또는 불행사가 존재하지 아니하는 경우에는 그 심판청구는 부적법한 것으로 보아야 한다.

청구인은 피청구인 국가보훈처장이 청구인의 취업희망신청에 대하여 고용명령에 의한 취업보호를 하지 않고 있는 부작위에 의하여 자신의 기본권을 침해받았다고 주장하고 있으므로, 과연 청구인이 주장하는 바와 같은 공권력의 불행사가 존재하는지 여부에 관하여 본다(법 제83조 제1항 및 법시행령 제102조 제1항 제9의3호에 의하면, 고용명령에 관한 권한은 관할청장 또는 지청장에게 위임되어 있다).

이 사건 기록에 의하면, 첫째, 청구인은 2000. 5. 16. 서울남부보훈지청장에게 취업희망신청서를 제출하였고, 위 지청장은 위 신청서를 접수한 다음 청구인에게 한국자산관리공사 및 농협유통(주)에 대한 취업알선을 하였으나 청구인이 계약직이라는 등의 이유로 취업을 거절하였으며, 위 지청장은 그 밖에도 청구인에게 여러 차례 취업알선과 관련한 통지를 한 사실, 둘째, 청구인은 광주광역시도시철도공사에 취업하기 위하여 위 취업희망신청을 포기하고 2002. 7. 23. 광주지방보훈청장에게 새로이 취업희망신청서를 제출하였으며, 위 청장은 위 신청서를 접수하고 청구인이 취업을 희망한 광주광역시도시철도공사에 취업을 알선하려고 하였으나, 청구인의 채용연령 초과와 위 공사의 범정고용의무비를 초과로 취업추진이 불가능하게 된 사실, 셋째, 그 후 청구인이 위 청장에게 철도청에 복직을 희망한다는 탄원서를 제출하자, 위 청장은 2003. 5. 13. 철도청순천지역사무소장에게 청구인의 우선채용에 관한 협조요청을 함과 동시에 청구인에게 이와 관련한 통지를 해준 사실 등이 인정된다.

그렇다면 앞에서 본 바와 같이 국가보훈처장에게 고용명령에 의한 취업보호와 관련하여 인정되는 작위의무가 미치는 범위가 취업희망신청서의 접수, 취업희망신청자와의 취업상담 및 대상업체 등에 대한 취업알선을 함에 그치는 것으로 보는 한, 이 사건의 경우 피청구인 국가보훈처장은 고용명령에 의한 취업보호와 관련한 작위의무를 수행한 사실이 인정될 뿐이고, 청구인의 취

업희망신청에 대하여 고용명령에 의한 취업보호를 하지 않고 이를 방치한 것이라고는 볼 수 없으므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 있었다고 볼 수 없다.

(4) 소결론

청구인의 이 부분 심판청구는 피청구인 국가보훈처장에게 작위의무가 인정되기는 하나 그 의무를 다한 것으로 인정되어 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 불행사가 존재하지 아니하는 경우에 해당되어 부적법하다.

가사 견해를 달리 하여 청구인이 주장하는 바와 같이 위 피청구인이 고용명령에 의한 취업보호를 하지 않고 이를 방치하고 있는 부작위가 존재하는 것으로 본다고 하더라도, 그러한 경우 청구인은 위 피청구인의 그와 같은 부작위가 위법하다고 하여 행정심판법상의 의무이행심판이나 행정소송법상의 부작위위법확인소송 등의 방법으로 이를 다룰 수 있음에도 불구하고, 이러한 구제절차를 거치지 아니한 채 이 부분 심판청구를 제기한 것이 되어 또한 부적법함을 면할 수 없을 것이다.

나. 피청구인 철도청장의 거부행위 부분

(1) 쟁점의 정리

청구인은 피청구인 철도청장에게 청원의 형식으로 국가공무원법 등 관련법령에서 국가유공자를 공무원으로 우선 임용하도록 규정하고 있음을 들어 자신을 기능직공무원으로 임용하여 줄 것을 요청하였고, 위 피청구인은 이에 대하여 거부하는 취지의 회신을 하였는바, 청구인은 이러한 거부행위가 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하고 있다고 주장한다.

이 부분 심판청구의 쟁점은, 첫째, 청구인의 청원이 그 실질에 있어 구체적인 권리행사로서의 성질을 갖고 있는지 여부이다. 청구인의 청원이 단순한 호소나 요청이 아닌 구체적인 권리행사로서의 성질을 갖는 경우라면 그에 대한 위 피청구인의 거부행위는 청구인의 법률관계나 법적 지위에 영향을 미치는 것으로서 당연히 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 있을 것이다. 둘째, 청구인의 청원이 구체적인 권리행사로서의 성질을 갖지 아니한 단순한 청원인 경우 이에 대한 거부의 회신이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사라고 할 수 있는지 여부이다.

(2) 청구인의 청원이 구체적인 권리행사로서의 성질을 갖고 있는지 여부

국가유공자인 이 사건 청구인은 피청구인 철도청장에게 자신을 기능직공무원으로 임용하여 줄 것을 청원하고 있는바, 이러한 청원이 단순한 호소나 요

청이 아니라 구체적 권리행사로 인정되려면 청구인에게 기능직공무원으로의 임용을 요구할 수 있는 구체적인 신청권이 존재하여야 한다.

국민의 신청에 대한 행정청의 거부행위가 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사가 되기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 신청에 따른 행위를 해 줄 것을 요구할 수 있는 권리가 있어야 한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 816; 2000. 2. 24 97헌마13등, 판례집 12-1, 252, 266).

앞에서 본 바와 같이 헌법은 제32조 제6항에 “국가유공자, 상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다”라고 규정하여 헌법상 국가유공자 등의 취업보호에 대한 특별보호를 명시하였으며, 이에 따라 국가유공자등예우및지원에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제07106호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다)과 구법시행령은 국가유공자 등의 취업보호에 관한 규정을 두고 있다(거부처분에 대한 위법판단의 기준시는 처분시이므로, 신청권의 인정 여부도 처분시법을 기준으로 살펴야 할 것이다).

이에 따르면 국가기관은 국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자에게(구법 제29조 제1항) 취업보호를 실시해야 할 취업보호실시기관으로서(구법 제30조 제1호) 그 직원을 채용할 때에는 대통령령이 정하는 비율의 범위 안에서 취업보호대상자를 우선하여 채용하여야 한다(구법 제31조 제1항).

구법시행령은 국가기관이 우선 채용하여야 할 직원의 직종을 기능직으로 규정하고, 우선 채용하여야 할 직원의 채용비율을 기능직공무원 정원의 20퍼센트로 규정하였다(구법시행령 제47조 제1항·제2항 제1호).

또한 국가기관이 그 직원을 채용하기 위하여 시험을 실시하는 경우 취업보호대상자가 채용시험에 응시한 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트의 가산점을 부여해야 하고, 필기시험을 실시하지 아니하는 때에는 그에 갈음하여 실시하는 실기시험, 서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산하여야 하는데(구법 제34조 제1항) 그 가점대상직급은 6급 이하 공무원 및 기능직 공무원의 모든 직급으로 규정하였다(구법시행령 제54조 제2항).

한편, 국가공무원법 제28조는 공무원의 채용은 공개경쟁시험에 의하도록 하고, 일정한 경우에 한하여 특별채용시험에 의할 수 있도록 규정하고 있으며, 국가공무원법 제42조 제1항은 “공무원의 임용에 있어 국가유공자는 법령이 정하는 바에 따라 우선 임용하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

생각건대, 국가공무원법은 공무원의 채용방법으로 공개경쟁시험과 특별채용시험 등 채용시험에 의한 경우만을 규정하고 있고, 다만 국가유공자를 공무원으로 우선 임용하는 경우에 한하여 법령이 정하는 바에 따라 다른 채용방법을 채택할 수 있는 여지를 열어 두고 있을 뿐이다.

그런데 구법 및 구법시행령은 국가기관의 취업보호대상자에 대한 우선채용과 관련하여 해당직종과 그 채용비율 그리고 채용시험의 경우의 가점 등에 관해서만 규정할 뿐, 채용시험 이외의 다른 채용방법에 관한 일체의 규정을 두고 있지 아니하다. 즉, 구법 및 구법시행령은 국가기관이 기능직공무원 정원의 20퍼센트를 취업보호대상자로 우선 채용하도록 규정하고 있을 뿐, 구체적인 신청절차나 채용기준 및 방법 등에 관한 구체적인 내용을 규정하고 있지 아니하다.

따라서 헌법과 그 밖의 관련규정을 종합하여 볼 때, 이 사건 청구인이 취업보호대상자의 기능직공무원 채용의무비율 규정만을 근거로 피청구인 철도청장에 대해 채용시험 없이 바로 자신을 임용해 줄 것을 요구할 수 있는 구체적인 신청권을 갖고 있는 것으로 볼 수는 없다.

(3) 청원에 대한 거부의 회신이 헌법소원의 대상이 되는지 여부

앞에서 본 바와 같이 청구인의 이 사건 청원은 구체적인 권리행사로서의 성질을 갖고 있지 아니한 단순한 청원에 해당하나, 이에 대한 거부의 회신이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사라고 할 수 있는지 여부가 문제된다.

헌법 제26조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 “국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.”라고 규정하고 있다. 한편, 청원법 제9조 제4항은 청원서를 접수한 모든 관서는, 상급관서가 청원서를 접수하여 이를 처분관서에 이송하거나 처분관서가 청원서를 수리하여 처분을 시정하는 경우를 제외하고는, 청원을 수리하여 이를 성실·공정·신속히 심사처리하고 그 결과를 청원인에게 통지하도록 하고 있다.

헌법 제26조와 청원법의 규정에 의할 때, 헌법상 보장된 청원권은 공권력과 관계에서 일어나는 여러 가지 이해관계, 의견, 희망 등에 관하여 적법한 청원을 한 모든 국민에게, 국가기관이 청원을 수리·심사하여 그 결과를 통지할 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 따라서 청원서를 접수한 국가기관은 이를 적정히 처리하여야 할 의무를 부담하나, 그 의무이행은 청원법이 정하는

절차와 범위 내에서 청원사항을 성실·공정·신속히 심사하고 청원인에게 그 청원을 어떻게 처리하였거나 처리하려 하는지를 알 수 있을 정도로 결과통지함으로써 충분하다고 할 것이다.

적법한 청원에 대하여 국가기관이 수리·심사하여 그 결과를 청원인에게 통지하였다면 이로써 당해 국가기관은 헌법 및 청원법상의 의무이행을 필한 것이라 할 것이고, 비록 그 처리내용이 청원인이 기대한 바에 미치지 않는다고 하더라도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사가 있다고 볼 수 없다(헌재 1994. 2. 24. 93헌마213등, 판례집 6-1, 183, 190).

이 사건 기록에 의하면, 청구인은 2003. 9. 2. 피청구인 철도청장에게 국가공무원법 등 관련법령에서 국가유공자를 공무원으로 우선 임용하도록 규정하고 있음을 들어 청구인을 기능직공무원으로 임용시켜줄 것을 요구하는 청원을 하였고, 위 피청구인은 2003. 9. 9. 위 청원에 대하여 공무원의 채용은 국가공무원법 등 관계규정에 따라야 하며, 국가유공자라 하더라도 공개적인 시험절차 없이 채용할 수는 없다는 취지의 회신을 한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 위 피청구인은 청구인의 청원에 대하여 이를 수리·심사한 후 그 결과를 청구인에게 통지함으로써 청원에 대한 헌법 및 청원법상의 의무를 다하였다 할 것이고, 비록 위 피청구인의 위와 같은 처리내용이 청구인의 기대에 미치지 못한다고 하더라도 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사가 있다고 볼 수 없다.

#### (4) 소결론

그렇다면 청구인의 이 사건 청원은 구체적인 권리행사로서의 성질을 갖고 있지 아니한 단순한 청원이라고 할 수 있고, 이에 대한 피청구인 철도청장의 거부회 회신은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사라고 할 수 없으므로, 청구인의 이 부분 심판청구도 부적법하다.

#### 4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 산업재해보상보험법 제62조 제2항 위헌제청

(2004. 11. 25. 2002헌가10 전원재판부)

### 【판시사항】

확정보험료의 산정근거인 임금총액을 결정하기 곤란한 경우 이를 결정하기 위한 노무비율을 노동부장관의 고시에 위임한 산업재해보상보험법 제62조 제2항 중 제67조 제1항에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 포괄위임금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

이 사건 법률조항의 입법목적과 제정연혁, 산업재해보상보험법의 전반적 체계, 노무비율의 의의와 관련법조항을 유기적·체계적으로 종합해 본다면, 이 사건 법률조항이 사업의 종류, 지역, 규모별로 개개의 특성과 변동상황 등에 맞추어 실제의 임금총액에 근접하도록 임금총액을 확정할 수 있는 방식을 정하도록 위임한 것임을 즉, 동종의 사업에서 실제의 임금이 차지하는 비율에 근접하도록 노무비율이 정하여져 고시되리라는 것을 충분히 예측할 수 있고, 노동부장관의 고시로 정할 노무비율의 결정기준·결정방법·결정절차의 대강도 충분히 예측이 가능하다.

또한, 공사업과 별목업 이외에 임금총액을 결정하기 곤란한 사업이 생겨날 가능성이 있어 이러한 다양한 사업에 관한 노무비율의 대강을 미리 법률로 상세하게 정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이고, 보험료납부의무자들의 종류·규모 및 숫자 등이 매우 다양하고 끊임없이 변화하므로 법률보다 더 탄력적인 행정입법에 임금총액 산정과 관련된 세부적인 사항의 결정을 위임할 필요성이 있다는 점을 고려할 때에 이 사건 법률조항이 보다 더 구체적으로 노무비율의 의의·결정기준·방법·절차 등을 정하지 않았다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수는 없다.

### 【심판대상조문】

산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전문 개정된 것) 제62조(보험료의 산정) ① 생략

② 제65조 제1항 및 제67조 제1항의 규정에 의한 임금총액의 추정액 또는 임금총액을 결정하기 곤란한 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 노무비율에 의하여 임금총액의 추정액 또는 임금총액을 결정한다.

### 【참조조문】

헌법 제75조, 제95조

산업재해보상보험법 제62조(보험료의 산정) ① 보험료는 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험요율을 곱한 금액으로 한다.

② 제65조 제1항 및 제67조 제1항의 규정에 의한 임금총액의 추정액 또는 임금총액을 결정하기 곤란한 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 노무비율에 의하여 임금총액의 추정액 또는 임금총액을 결정한다.

산업재해보상보험법 제63조(보험요율의 결정) ① 보험요율은 매년 9월 30일 현재 과거 3년간의 임금총액에 대한 보험급여총액의 비율을 기초로 하고 이 법에 의한 연금 등 보험급여에 소요되는 금액, 재해예방 및 재해근로자의 복지증진 등에 소요되는 비용 기타 사정을 고려하여 노동부령이 정하는 바에 의하여 사업종류별로 구분·결정한다. 이 경우 임금 1원을 보험요율의 산출단위로 한다.

② 노동부장관은 제1항의 규정에 불구하고 보험관계가 성립하여 3년이 되지 아니한 사업에 대한 보험요율은 노동부령이 정하는 바에 의하여 위원회의 심의를 거쳐 사업종류별로 따로 이를 정한다.

산업재해보상보험법 제67조(확정보험료의 신고·납부와 정산) ① 보험가입자는 매 보험연도의 말일 또는 보험관계가 소멸한 날의 전날까지 사용한 모든 근로자에게 지급한 임금총액(지급하기로 결정된 금액을 포함한다)에 보험요율을 곱하여 산정한 금액(이하 “확정보험료”라 한다)을 대통령령이 정하는 바에 의하여 다음 보험연도의 초일부터 70일(보험연도 중에 보험관계가 소멸한 사업에 있어서는 보험관계가 소멸한 날의 다음 날부터 30일)이내에 공단에 신고하여야 한다.

② 제65조 및 제66조 제1항의 규정에 의하여 납부 또는 추가징수한 개산보험료의 금액이 제1항의 확정보험료의 금액을 초과하는 경우에는 공단은 그 초과액을 보험가입자에게 반환하여야 하며, 부족되는 경우에는 보험가입자는 그 부족액을 다음 보험연도의 초일부터 70일(보험연도 중에 보험관계가 소멸한 사업에 있어서는 소멸한 날의 다음 날부터 30일)이내에 납부하여야 한다.

③ 공단은 보험가입자가 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 그 신고가 사실과 다른 때에는 그 사실을 조사하여 확정보험료의 금액을 산정하여야 한다.

④ 공단은 제3항의 규정에 의하여 확정보험료의 금액을 산정한 경우에 보험가입자가 개

산보험료를 납부하지 아니한 때에는 그 확정보험료의 전액을 징수하고, 계산보험료를 납부한 경우에 있어서는 그 금액이 확정보험료의 금액을 초과하는 때에는 그 초과액을 보험가입자에게 반환하며, 납부한 계산보험료의 금액이 확정보험료의 금액에 부족되는 때에는 그 부족액을 징수한다.

산업재해보상보험법시행령 제2조(정의) ① 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각호와 같다.

1. “총공사”라 함은 건설공사에 있어서 최종공작물(최종목적물)을 완성하기 위하여 행하여지는 토목공사, 건축공사, 기타 공작물의 건설공사와 건설물의 개조·보수·변경 및 해체 등의 공사 또는 각각의 공사를 행하기 위한 준비공사등과 상호 관련하여 행하여지는 작업 일체를 말한다.
  2. “총공사금액”이라 함은 총공사를 행함에 있어 계약상의 도급금액을 말한다. 다만, 발주자로부터 따로 제공받은 재료가 있는 경우에는 도급금액에 그 재료의 시가환산액을 가산한 금액을 말한다.
  3. “원수급인”이라 함은 사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 경우에 있어서 최초로 사업을 도급받아 행하는 자를 말한다.
  4. “하수급인”이라 함은 원수급인으로부터 그 사업의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자와 하수급인으로부터 그 사업의 전부 또는 일부를 도급받아 행하는 자를 말한다.
  5. “총공사실적”이라 함은 당해 보험연도 건설공사의 총기성공사금액을 말한다.
- ② 총공사금액을 산정함에 있어서 위탁 기타 명칭여하에 불구하고 최종공작물의 완성을 위하여 행하는 동일한 건설공사를 2이상으로 분할하여 도급(발주자가 공사의 일부를 직접 행하는 경우를 포함한다)하는 경우에는 각 도급금액을 합산하여 산정한다. 다만, 도급단위별 공사가 시간적으로 또는 장소적으로 분리되어 독립적으로 행하여지는 경우에는 그러하지 아니하다.

### 【참조판례】

- 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 952  
헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103, 110-111  
헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82, 판례집 15-2상, 131, 143

### 【당 사 자】

- 제청법원 서울고등법원  
당해사건 서울고등법원 2001누4322 산업재해보상보험료부과처분취소

### 【주 문】

산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제4826호로 전면 개정된 것) 제62조

제2항 중 “제67조 제1항의 규정에 의한 임금총액을 결정하기 곤란한 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 노무비율에 의하여 임금총액을 결정한다”는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건의 원고인 주식회사 ○○은 건설업을 주된 사업으로 하는 회사로서 1996년, 1997년, 1998년도의 확정 산재보험료를 신고·납부하면서 그 기초가 되는 임금총액을 “직영인건비+[외주비×노무비율(총공사금액에서 임금이 차지하는 비율)]”의 산식에 의하여 계산하였다.

(2) 그런데 노동부장관이 1996년, 1997년, 1998년도에, 원수급인인 일반건설업체 등이 그전 3년간 확정보험료를 납부하면서 신고한 임금총액의 총공사금액에 대한 비율을 산출하여 총공사금액의 몇 퍼센트라는 형식으로 건설업체의 노무비율을 고시하여 왔을 뿐 하수급업체의 노무비율을 별도로 고시하지는 않았으므로, 당해사건의 피고인 근로복지공단은 위 고시내용에 따라 “총공사대금×노무비율(총공사금액에서 임금이 차지하는 비율)”의 산식에 의하여 임금총액을 산출하고 그에 따른 확정보험료를 계산한 다음 1999. 12. 16. 위 회사에게 추가확정 산재보험료로 1996년분 227,756,230원, 1997년분 53,493,570원, 1998년분 214,039,750원을 부과·고지하였다.

(3) 이에 위 회사는 서울행정법원에 위 공단을 상대로 위 추가확정 산재보험료 부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기하여(2000구8379) 승소판결을 받았고, 위 공단이 서울고등법원에 항소를 제기하자(당해사건) 항소심 법원은 항소심 재판의 전제가 된 산업재해보상보험법 제62조 제2항 중 제67조 제1항에 관한 부분이 헌법에 위반된다며 2002. 6. 14. 직권으로 위헌심판제청결정을 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 산업재해보상보험법(1994. 12. 22. 법률 제 4826호로 전면 개정된 것, 이하 “이 법”이라 한다) 제62조 제2항 중 “제67조 제1항의 규정에 의한 임금총액을 결정하기 곤란한 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 노무비율에 의하여 임금총액을 결정한다”는 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이며 심판대상조항 및 관련규정의 내용은

다음과 같다.

(1) 심판대상조항

산업재해보상보험법 제62조(보험료의 산정) ② 제65조 제1항 및 제67조 제1항의 규정에 의한 임금총액의 추정액 또는 임금총액을 결정하기 곤란한 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 노무비율에 의하여 임금총액의 추정액 또는 임금총액을 결정한다.

(2) 관련규정

산업재해보상보험법 제62조(보험료의 산정) ① 보험료는 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험요율을 곱한 금액으로 한다.

산업재해보상보험법 제63조(보험요율의 결정) ① 보험요율은 매년 9월 30일 현재 과거 3년간의 임금총액에 대한 보험급여총액의 비율을 기초로 하고 이 법에 의한 연금 등 보험급여에 소요되는 금액, 재해예방 및 재해근로자의 복지증진 등에 소요되는 비용 기타 사정을 고려하여 노동부령이 정하는 바에 의하여 사업종류별로 구분·결정한다. 이 경우 임금 1원을 보험요율의 산출단위로 한다.

② 노동부장관은 제1항의 규정에 불구하고 보험관계가 성립하여 3년이 되지 아니한 사업에 대한 보험요율은 노동부령이 정하는 바에 의하여 위원회의 심의를 거쳐 사업종류별로 따로 이를 정한다.

산업재해보상보험법 제67조(확정보험료의 신고·납부와 정산) ① 보험가입자는 매 보험연도의 말일 또는 보험관계가 소멸한 날의 전날까지 사용한 모든 근로자에게 지급한 임금총액(지급하기로 결정된 금액을 포함한다)에 보험요율을 곱하여 산정한 금액(이하 “확정보험료”라 한다)을 대통령령이 정하는 바에 의하여 다음 보험연도의 초일부터 70일(보험연도 중에 보험관계가 소멸한 사업에 있어서는 보험관계가 소멸한 날의 다음날부터 30일) 이내에 공단에 신고하여야 한다.

② 제65조 및 제66조 제1항의 규정에 의하여 납부 또는 추가징수한 개산보험료의 금액이 제1항의 확정보험료의 금액을 초과하는 경우에는 공단은 그 초과액을 보험가입자에게 반환하여야 하며, 부족되는 경우에는 보험가입자는 그 부족액을 다음 보험연도의 초일부터 70일(보험연도 중에 보험관계가 소멸한 사업에 있어서는 소멸한 날의 다음날부터 30일) 이내에 납부하여야 한다.

③ 공단은 보험가입자가 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 그

신고가 사실과 다른 때에는 그 사실을 조사하여 확정보험료의 금액을 산정하여야 한다.

산업재해보상보험법시행령 제2조(정의) ① 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 다음 각 호와 같다.

1. “총공사”라 함은 건설공사에 있어서 최종공작물(최종목적물)을 완성하기 위하여 행하여지는 토목공사, 건축공사 기타 공작물의 건설공사와 건설물의 개조·보수·변경 및 해체 등의 공사 또는 각각의 공사를 행하기 위한 준비공사 등과 상호 관련하여 행하여지는 작업 일체를 말한다.
2. “총공사금액”이라 함은 총공사를 행함에 있어 계약상의 도급금액을 말한다. 다만, 발주자로부터 따로 제공받은 재료가 있는 경우에는 도급금액에 그 재료의 시가환산액을 가산한 금액을 말한다.
3. 4호 생략
5. “총공사실적”이라 함은 당해 보험연도 건설공사의 총기성공사금액을 말한다.

② 생략

2. 제청법원의 위헌심판제청이유와 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

보험가입자는 매 보험연도 초일부터 70일 이내에 당해 보험연도에 지급할 임금총액의 추정액에 보험요율을 곱하여 산정한 개산보험료를 신고·납부하고(이 법 제65조 제1항), 당해 보험연도가 종료하거나 보험관계가 소멸되면 보험연도의 말일 또는 보험관계가 소멸한 날의 전날까지 지급한 임금총액에 보험요율을 곱하여 산정한 확정보험료를 다음 보험연도의 초일로부터 70일 이내에 신고하고, 만일 납부한 개산보험료가 이에 부족할 경우에는 위 기한 내에 납부하여야 하며, 근로복지공단은 보험가입자가 확정보험료의 신고를 하지 아니하거나 그 신고가 사실과 다를 때에는 그 사실을 조사하여 확정보험료의 금액을 산정한다(이 법 제67조 제1항·제2항·제3항).

따라서 매 보험연도에 지급한 임금총액은 보험요율과 함께 확정보험료의 산정요소이고 보험요율은 노동부령이 정하는 바에 따라 사업종류별로 구분·결정되므로, 사실상 확정보험료는 당해 보험연도에 보험가입자가 지출한 임금총액에 달려 있다고 보아도 무리가 아니다.

그런데 건설업과 같이 하도급이 광범위하게 이루어지는 경우 보험가입자로서는 하도급업체가 실제 지출한 임금액수를 알기 힘들어 당해 사업에서 지출

된 임금총액을 결정하기 곤란한 상황에 처하게 되므로, 이러한 경우에 대비하여 이 사건 법률조항은 노동부장관이 고시하는 노무비율에 의하여 임금총액을 결정하도록 규정하고 있는바, 이러한 노무비율은 결국 임금총액을 결정하기 곤란한 경우 보험가입자가 부담할 확정보험료의 산정에 있어서 결정적인 변수로서 작용하게 된다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 노동부장관이 고시하는 노무비율에 따라서 보험가입자가 부담하여야 할 확정보험료의 범위가 결정되므로 이 사건 법률조항은 국민의 재산권을 제한하거나 침해할 소지가 있는 것이라 할 것인바, 산업재해보상보험이 당연가입을 원칙으로 하고 있음을 고려하여 보면 더욱 그러하다.

따라서 입법자로서는 노무비율의 결정을 노동부장관에게 위임하더라도 사전에 노무비율의 의의(특히 총공사금액을 기준으로 할 것인지 아니면 하도급공사금액을 기준으로 할 것인지의 여부), 결정방법, 결정절차 등의 대강을 법률로 규정하여야 할 것임에도 이 사건 법률조항은 이러한 사항에 대하여 아무런 규정을 하지 않은 채 노동부장관이 아무런 제한 없이 노무비율을 결정하도록 백지위임하고 있어 국민으로서 이 사건 법률조항만으로는 도저히 노동부장관이 고시할 노무비율의 정도와 적용기준 등을 예측할 수 없다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다고 볼 상당한 이유가 있다.

#### 나. 노동부장관과 근로복지공단의 의견

(1) 이 사건 법률조항이 노무비율의 기준 등을 정하지는 않았더라도 노동부장관에게 노무비율의 산정에 관하여 무제한의 백지위임을 한 것은 아니다.

먼저, 임금총액을 확정할 수 있는 경우에는 건설업의 경우에도 산재보험법 제67조가 적용되며 이 사건 법률조항은 적용되지 않는다.

다음으로, 건설업에 있어서 임금총액을 확정할 수 없는 경우 임금총액의 산정방식은, ① 직영공사와 하도급공사를 포함한 총공사금액에 적용될 노무비율을 정하여 “총공사금액×노무비율”의 방식으로 임금총액을 정하는 방법, ② 하도급공사 부분에만 적용될 노무비율을 정하여 “직영인건비+[외주비(하도급 금액)×하도급노무비율]”의 방식으로 임금총액을 정하는 방법, ③ 위 양자의 방법 중 한 가지를 선택하여 임금총액을 정하는 방법 등 3가지 방법 이외에는 달리 이를 정할 수 있는 방법을 예상할 수 없다.

또한 이 법 시행령 제2조에서 총공사금액과 총공사실적에 관한 정의규정을 두고 있으므로 노무비율을 고시할 때 이 범위 안에서 고시되어야 한다.

결국 이 사건 법률조항은 위와 같은 세 가지 임금총액 확정방법 중 각 사업별, 시기별로 개개의 특성과 변동상황 등에 맞추어 실제 임금총액에 근접하게 임금총액을 확정할 수 있는 방법을 적용하도록 위임한 것이므로 위임입법의 한계를 벗어난 포괄위임입법이라 할 수 없다.

(2) 노무비율의 결정은 지극히 세부적, 기술적, 가변적인 사항이어서 형식적 법률로 규정하기에 부적절하고 오히려 법률로 규정할 경우 산재보험법의 입법목적에 효율적으로 달성하기 어렵게 된다.

또한 “비율”이라는 개념은 기준수에 대한 비교수의 비율을 의미하므로 이 사건 법률조항에서 말하는 “노무비율”도 당연히 비교수인 임금에 대한 기준수를 전제로 하는 개념임이 명백하며, 따라서 노무비율을 산정하기 위해 ① 직영공사와 하도급공사 부분을 포함한 총공사금액에서 임금이 차지하는 비율을 계산하여 노무비율을 정하는 방식과 ② 하도급공사 부분만을 따로 떼어내어 그 부분에서 임금을 차지하는 비율을 계산하여 노무비율을 정하는 방식의 두 가지 방식 중 어느 하나 또는 그 전부를 포괄하는 개념임을 쉽게 알 수 있다.

그리고, 논리상 실제 임금에 근접한 노무비율 방식이란 ① 전자의 경우와 같이 계산된 노무비율을 이용할 경우에는 “총공사금액×노무비율”의 방식으로 임금총액을 확정하여야 하고, ② 후자의 경우와 같이 계산된 노무비율을 이용할 경우에는 “직영인건비+[외주비(하도급 금액)×하도급 노무비율]”의 방식으로 임금총액을 확정하여야 한다. 그러나 추계의 속성상 위 두 가지 방식 중 어느 것이 실제 임금총액에 근접한 것이라고 단정할 수는 없다.

그러므로 이 사건 법률조항이 노무비율에 대하여 그 대강을 구체적으로 정한 바 없다고 하더라도 위 두 가지 방식 중 어느 방식을 택할 것인지를 노동부장관에게 위임한 것임을 쉽게 예측할 수 있으므로 이를 포괄위임입법이라고 할 수 없다.

(3) 아울러 노무비율의 결정절차에 있어서도, “총공사금액 노무비율”은 과거 3년간 산재보험에 가입한 모든 건설업의 총공사금액에서 임금총액이 차지하는 비율을 조사하여 이를 근거로 산정하고, “하도급공사 노무비율”은 이와 달리 한국노동연구원에 의뢰하여 표본추출방식을 통해 산정하는 등 그 결정절차도 서로 다르므로 이에 관하여 법률에서 그 대강을 구체적으로 정한다는 것은 매우 곤란하고 이러한 산정방식 또한 산업환경, 기술환경의 변화 등에 따라 달라질 수도 있으므로 이 사건 법률조항에 그 대강을 정할 수 없다.

그리고, 건설업뿐만 아니라 벌목업에도 이 사건 법률조항이 적용되는데 벌목업의 노무비용 산정은 건설업과는 달리 총공사금액, 하도급공사금액 등의 용어를 사용할 수 없으므로 이 사건 법률조항에 이러한 용어 등을 규정한다고 해도 벌목업에는 적용될 수 없다는 문제점까지 고려해 본다면 더욱 그러하다.

(4) 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되면 건설업과 벌목업에 대하여 확정보험료를 산정·징수할 수 있는 법적 근거가 상실되고, 새로운 법률이 제정되기 전까지는 확정보험료를 징구할 수 없게 되는 심각한 문제가 발생한다. 특히, 입법기술상 건설업과 벌목업을 모두 포함하고 사업별·시기별로 개개의 특성과 변동상황 등을 반영하여 노무비용의 대강을 범으로 정한다는 것이 현실적으로 불가능한 점을 고려하면, 이 부분에 관하여 상당 기간 입법의 공백상태가 초래되는 것을 피할 수 없다.

또한, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정되면 이미 확정정산을 실시한 사업장에 대하여 전면 재정산을 수행하는 등 업무혼란이 초래될 것이고, 그 과정에서 노동부장관이 고시한 노무비용에 의해 임금총액을 확정된 뒤 이를 근거로 확정보험료를 자진하여 신고·납부한 사업자는 불이익을 받고 법적 쟁송을 제기한 사업자는 이득을 얻게 되어 보험료 징수제도 전반에 대한 행정의 일관성 및 통일성이 훼손될 것이므로, 이 사건 법률조항에 위헌성이 있다고 해도 단순위헌결정을 하기보다는 헌법불합치결정을 함이 바람직하다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건 법률조항의 입법취지 및 주요연혁

산업재해보상보험법(이하 “산재보험법”이라 한다)이 1963. 11. 5. 제정될 때부터 산재보험사업에 소요되는 비용을 충당하기 위해 보험가입자로부터 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험요율을 곱한 금액의 보험료를 징수하도록 하였으므로(위 법 제19조, 제20조) 산재보험료를 산정하기 위해서는 “임금총액”과 “보험요율”이 특정되어야 한다.

그러나, 건설업이나 벌목업과 같이 하도급과 재하도급이 널리 이루어지고 있는 분야에서는 생산체계의 특성상 원수급인이 직영한 부분의 임금총액은 확정할 수 있어도 하도급 부분에 대한 임금총액을 확정하는 것은 현실적으로 거의 불가능하다.

또한 1984. 1. 1. 이전에는 건설공사의 경우 각 개별공사별로 하나의 사업으로 인정하여 각 개별공사의 원수급인을 산재보험법상의 보험가입자인 사업주

로 보아 왔으나, 1982. 12. 31. 법률 제3631호로 산재보험법이 개정되면서 제6조의2가 신설되어 사업주가 동일한 경우 일정한 요건 하에 전국의 건설공사를 하나의 사업장으로 보아 일괄적으로 산재보험에 가입하게 함으로써 각 개별공사가 아닌 전국의 건설공사를 하나의 사업장으로 보아 임금총액을 산정하는 것은 더더욱 불가능하게 되었다.

그에 따라 건설업의 경우에는 1974년부터 노동부장관이 개산보험료 산정을 위한 노무비율을 고시한 뒤 총공사금액에 노무비율을 곱하여 임금총액의 추정액을 산정하여 개산보험료를 산정, 납부하게 하였다. 그 후 1982. 6. 14. 대통령령 제10839호로 개정된 산재보험법시행령 제51조의2 제2항에서 “법 제23조 제1항의 규정에 의한 임금총액의 추정액을 결정하기 곤란한 건설공사의 경우에는 노동부장관이 따로 정하여 고시하는 노무비율(총공사금액에 대한 임금의 비율을 말한다)에 의하여 산정한 임금액을 임금총액의 추정액으로 한다”는 내용이 신설됨으로써 건설업의 경우 개산보험료 산정을 위한 임금총액 추정액의 산정근거가 명확하게 마련되었다.

그런데, 위 조항 중 “건설공사의 경우에는” 부분과 “노무비율(총공사금액에 대한 임금의 비율을 말한다)” 부분으로 인해 위 조항이 별목업의 경우 개산보험료 산정을 위한 임금총액 추정액의 산정근거가 될 수 없다는 문제가 발생함에 따라 위 조항은 1983. 8. 6. 대통령령 제11197호로 개정되어 “법 제23조 제1항의 규정에 의한 임금총액의 추정액을 결정하기 곤란한 때에는 노동부장관이 따로 정하여 고시하는 노무비율에 의하여 산정한 임금액을 임금총액의 추정액으로 한다”로 변경됨으로써 건설업뿐 아니라 별목업의 경우에도 노동부장관이 고시하는 노무비율을 근거로 임금총액의 추정액을 산정할 수 있게 되었다.

한편, 앞서 본 바와 같이 개산보험료의 경우 임금총액의 추정액을 산정하기 곤란한 때에는 산재보험법시행령 제51조의2 제2항에 의해 노동부장관이 고시한 노무비율을 근거로 이를 산정할 수 있었으나, 확정보험료의 경우에는 임금총액을 산정하기 곤란한 경우가 있음에도 이를 산정하기 위한 아무런 법적 근거가 없었다. 다만 노동부에서 정한 “확정보험료 정산업무지침(1981. 5. 7. 예규 제9호로 제정, 1992. 10. 9. 예규 제216호로 개정)”에서 “하도급에 의한 건설공사로서 임금을 산정할 수 없을 때에는 법 제3조의 규정에 의하여 노동부장관이 결정·고시한 노무비율에 의하여 임금총액이 산정되어야 한다”는 내용을 근거로 사실상 “직영인건비+[외주비(원수급인이 직영으로 시공하지

않고 하도급을 준 금액을 의미)×노무비율(원수급 총공사금액에서 임금총액이 차지하는 비율)]”의 방식으로 임금총액이 산정되었다.

감사원은 1994. 5. 12.부터 같은 해 6. 4.까지 노동부의 산업재해보상보험제도 운영실태에 대한 감사를 실시한 뒤, ① 산재보험법(1994. 12. 22. 법률 제 4826호로 전면 개정되기 전의 것) 제25조 제1항에 의하면 보험가입자는 근로자에게 지급한 임금총액에 보험요율을 곱하여 산정한 금액을 확정보험료로 보고·납부하도록 되어 있음에도 아무런 근거도 없이 개산보험료 산정을 위하여 노동부장관이 고시한 노무비율을 이용하여 확정보험료 산정을 위한 임금총액을 결정하는 잘못을 범하였고, ② 노동부장관이 고시한 노무비율은 원수급인인 일반건설업체 등을 대상으로 조사한 자료를 근거로 총공사금액에서 임금이 차지하는 비율을 기초로 산정한 것으로서, 하수급의 경우 원수급에 비하여 통상 장비보다는 인력을 많이 사용하므로 공사금액에서 임금이 차지하는 비중이 원수급의 경우보다 높음에도 불구하고 확정보험료 산정을 위한 임금총액을 산정할 때 “직영인건비+[외주비×노동부장관이 고시한 노무비율(총공사금액에서 임금이 차지하는 비율)]” 방식을 사용함으로써 임금총액을 부당하게 낮게 산정하였다는 지적을 하였다.

그에 따라 노동부는 1994. 12. 22. 법률 제4826호로 산재보험법을 전면적으로 개정하면서 이 사건 법률조항을 신설하여, ① 과거 산재보험법의 명시적인 위임 없이 제정, 시행된 산재보험법시행령 제51조의2 제2항의 내용을 이 사건 법률조항에 규정함으로써 임금총액의 추정액을 산정하기 곤란한 건설업 및 별목업의 경우 노동부장관이 고시한 노무비율을 근거로 임금총액의 추정액을 산정할 수 있는 근거를 마련하는 한편, ② 이 사건 법률조항에 임금총액의 확정에 관한 근거규정을 두어 지금까지 아무런 법적 근거도 없이 노동부장관이 고시한 노무비율을 사용하여 임금총액을 확정하던 관행에 대한 법적 근거를 마련하였고, ③ 아울러 임금총액 확정방식을 임금총액의 추정액 결정방식과 같은 방식으로 사용할 수 있는 근거를 만들었으며, 1996년도 확정정산시부터 개정방식인 총공사금액에 노무비율을 곱하여 임금총액을 산정하는 방식을 적용해 왔다.

다만 이와 같이 개정된 산재보험법은 “노무비율을 고시함에 있어 하수급업체의 노무비율을 별도로 고시할 것인지 여부”에 관하여는 언급하지 않고 있다.

나. 개정방식 운용경과

건설업계에서는 급격한 산재보험료의 부담증가 등을 이유로 1996년도 확정 보험료 정산은 과거방식[직영인건비+(외주비×노무비율)]대로 행하고 1997년도부터 개정방식을 적용해 줄 것을 건의하였으나 노동부와 근로복지공단은 개정방식을 적용해야 함을 밝혔다. 그럼에도 불구하고 100대 건설업체 중 대부분은 과거방식으로 확정보험료를 신고하였고, 노동부가 개정방식을 적용하여 100대 건설업체의 1996년도 및 1997년도 확정정산을 실시한 결과 추정해야 할 보험료가 65개 건설업체에 대하여 약 금 699억 원, 반환해야 할 보험료가 24개 건설업체에 대하여 약 금 31억 원이라는 결론에 이르게 되었다.

노동부는 건설업의 산재보험료 산정의 정확성을 제고할 수 있는 임금총액 산출방안과 확정보험료 정산업무의 효율성을 제고하고 보험가입자가 수용할 수 있는 확정보험료 산출방안을 마련하기 위한 작업에 착수하여 2000년도 산재보험요율과 노무비율을 고시함에 있어서 ① 건설업의 사업종류를 1개 업종으로 단일화하고, ② 외주비에 적용할 하도급노무비율을 별도로 고시하게 되었다.

#### 다. 현행 건설업 노무비율의 결정방법

노동부장관은 과거 3년간의 산재보험 적용 건설공사의 총공사금액에서 임금총액이 차지하는 비율을 근거로 건설업의 노무비율을 작성·고시하고 있는데 그 결정절차는 다음과 같다.

근로복지공단 지사별로 조사항목을 조사하여 근로복지공단 본부에 보고하면 공단본부에서 자료를 확인·집계하여 노동부에 보고하고, 노동부장관은 위 보고자료를 토대로 시안을 작성하여 산업재해보상보험심의위원회의 심의를 거쳐 노무비율을 결정·고시하되, 건설공사로서 착공시기를 불문하고 매 보험연도 이전 3년전 보험연도 10월 1일부터 당해 보험연도 9월 30일까지의 기간 동안에 준공된 건설공사 또는 당해 보험연도 9월 30일 현재 계속되는 건설공사 중 당해 보험연도 9월 30일 현재 과거 3년 동안 확정보험료 신고서가 제출된 사업장을 대상으로 이를 사업종류별로 분류하여 사업장별·연도별 총공사금액 및 임금지급총액을 조사하여 결정한다.

건설업의 하도급노무비율은 전국의 전문건설업체를 대상으로 지역별·업종별·규모별로 각각 일정비율의 사업장을 표준조사대상 사업장으로 선정하여 당해 보험연도 이전 3개년 동안의 결산자료에 의해 각 사업장별로 하도급 노무비율을 조사하여 결정한다.

#### 라. 산재보험료 부과에 있어서의 헌법적 제한

산재보험법 제5조는 원칙적으로 근로자를 사용하는 모든 사업을 산재보험의 강제적용 대상으로 하고 있다. 산재보험은 산업재해로부터 근로자를 보호하고 근로자집단의 생활보장을 기하기 위하여 시행되는 사회보험의 일종으로서, 사회적 조정의 요소에 의하여 보험의 원리에 대한 일정한 수정이 가해져서 사보험과는 달리 법적으로 보험관계의 성립이 강제되어 보험가입자인 사업주에게 보험료 납부 등 각종 의무가 부과되어 있고, 급여의 종류와 산정 방법은 물론 보험료의 산정 및 징수방법 등이 법으로 정해져 보험관계의 내용을 당사자들이 개별적으로 선택할 수 없는 공적 강제보험의 성격을 띠고 있다.

그러나 산재보험은 비용부담자인 사용자의 자기기여에 대한 반대급부로서의 보험급여 지급을 통해 사용자책임을 면할 수 있도록 함으로써 사용자간에 위험을 분산시킨다는 의미의 책임보험적 성격도 갖고 있어 보험의 원리가 다른 사회보험에서보다 강하게 작용하고 있다. 무엇보다 산재보험은 그 재정을 보험가입자인 사업주가 납부하는 보험료에 거의 전적으로 의존하고 있는바, 산재보험법의 적용대상사업의 사업주는 가입강제에 따라 적지 않은 보험비용을 부담하여야 할 뿐 아니라 보험운영과 관련하여 법이 정하는 각종 의무를 이행하여야 하고 일정한 위반사유에 대하여는 과태료의 제재를 받기도 한다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103, 110-111).

이러한 점을 고려해 볼 때에 국가가 국민에게 세금을 비롯한 공과금을 부과하는 경우에 그에 대한 헌법적 한계가 있는 것과 같이, 사회보험법상의 보험료의 부과에 있어서도 국민의 기본권이나 헌법의 기본원리에 위배되어서는 아니 된다는 헌법적 제한을 받는다고 할 것이다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 952).

#### 마. 포괄위임금지원칙 위반여부

산재보험에 있어서 사업주는 강제적 보험관계에 따라 보험료 납부의무를 부담하는데, 이는 사업주의 재산권을 제약하는 측면이 있으므로 [보험료를 체납하면 근로복지공단은 노동부장관의 승인을 얻어 국세체납절차에 의해 산재보험료를 징수한다(이 법 제74조)], 사업주로 하여금 그가 납부해야 할 보험료의 산정근거가 되는, 임금총액을 정하는 기준인 노무비율이 어떻게 정해지느냐를 쉽사리 예측할 수 있도록 하는 것은 사업주에게 법적 안정성을 보장해 준다는 차원에서 매우 중요한 일이라고 볼 수 있다.

그런데 이 사건 법률조항은 노무비율을 노동부장관의 고시에 위임하면서

단지 “노동부장관이 정하여 고시하는 노무비율에 의하여”라고만 규정하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위반되어 위헌이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

(1) 이 사건 법률조항의 입법목적

입법권을 위임하는 법률이 충분히 명확한지 여부는 당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적인 해석을 통하여 판단해야 하는데, 특히 이 경우 수권의 목적으로부터 수권의 내용이 구체화될 수 있고 이로써 수권의 범위가 어느 정도 예측될 수 있기 때문에, 수권의 목적, 즉 당해 법률조항의 입법목적은 중요한 의미를 가진다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82, 판례집 15-2상, 131, 143).

이 사건 법률조항의 입법목적은, 임금총액은 원칙적으로 실제금액으로 하되 다만 사업이 수차의 도급에 의하여 행하여지는 등의 이유로 실제 지급한 임금총액을 산정하기 어려운 경우 예외적으로 임금총액을 노동부장관이 정하는 노무비율을 적용하여 결정함으로써 이를 토대로 산재보험료를 산정할 수 있도록 하는 데 있다.

이와 같은 입법목적에 비추어 본다면, 노무비율이란 이를 적용하여 산정한 임금총액이 실제 임금총액에 근접할 수 있도록 하는 한계 안에서 정하여야 함을 알 수 있다.

(2) 이 사건 법률조항의 예외적 적용

건설업이나 별목업의 경우에도 임금총액을 결정할 수 있는 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다. 또한 원수급인은 이 법 제9조 제1항 단서에 따라 하도급 부분에 대하여 하수급인을 산재보험 가입자로 할 수도 있으므로 이러한 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는다.

(3) 노무비율의 의의의 명확성

(가) 노무비율의 의의에 대하여 이 법과 그 시행령이 규정하고 있지는 않으나 노무비율이란 사업비 중에서 임금이 차지하는 비율임은 널리 알려져 왔으므로[1982. 6. 14. 대통령령 제10839호로 개정된 산재보험법시행령 제51조의2 제2항에서 “노무비율(총공사금액에 대한 임금의 비율을 말한다)”이라고 규정된 바 있으나 별목업에도 노무비율이 적용되어야 했으므로 곧바로 괄호 안의 내용은 삭제되었다], 노무비율의 의의가 불명확하다고 할 수는 없다.

(나) 청구인은, 건설업의 경우 노무비율의 산정기초인 “총공사금액”에 대하여 근로복지공단은 아무런 법적 근거나 위임도 없이 내부지침을 통하여 “총

공사금액”을 “총공사실적”으로 해석하면서 공제되는 항목을 임의로 선정해 왔는바, 이는 결국 노무비율의 산정기초가 되는 총공사금액에 대한 명확한 개념정의 규정이 없기 때문이라고 주장한다(공사업의 노무비율은 총공사금액에 대한 임금의 비율이므로 총공사금액의 개념이 명확하지 않다면 결국 노무비율의 의의를 확정할 수 없게 된다).

그러나, 공사비 중에서 보험료가 이중으로 납부될 수 있거나 그 특성상 공사대금에 포함시킬 수 없는 비용을 공제하는 것은 보험료의 이중 징수를 방지하고 산재보험의 목적달성을 위한 최소한의 범위 안에서 보험료를 징수하도록 한 것으로서 총공사금액의 개념이 불명확한 것에 기인한다고 볼 수는 없다.

#### (4) 노무비율 결정기준·방법·절차의 예측가능성

(가) 아래에서 보듯이 이 사건 법률조항과 노무비율의 의의 그리고 관련법 조항을 유기적·체계적으로 종합해 보면 노동부장관이 고시로 정할 노무비율의 결정기준·방법·절차의 대강을 예측할 수 있다.

##### ① 노무비율의 결정기준

이 법은 원칙적으로 근로자를 사용하는 모든 사업에 적용되므로, 이 법이 적용되는 사업 중에서 임금총액을 결정하기 곤란한 사업이 다양한 종류와 내용으로 있을 수 있다. 그리고 사업비 중 임금이 차지하는 비율이 사업의 종류와 내용에 따라 달라질 것임은 명백하므로, 먼저 노무비율은 사업의 종류와 내용별로 나누어 결정될 것임은 충분히 예측할 수 있다.

또한 이 법 제62조 제1항과 제63조에 의하면, 보험료는 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험요율을 곱한 금액으로 하고, 보험요율은 과거 3년간의 임금총액에 대한 보험급여총액의 비율을 기초로 하여 사업종류별로 구분·결정하며, 이 법 제4조의2 제2항은 “기준임금은 사업의 규모, 근로형태, 임금수준 등을 고려하여 시간·일·월 단위로 정하되 사업의 종류별로 구분하여 결정할 수 있다”고 규정하고 있고, 제9조 제2항은 “제7조 제1항의 규정에 의한 보험의 당연가입자인 사업주의 각각의 사업이 다음 각 호의 요건에 해당하는 경우에는 당해 사업 전부를 이 법의 적용에 있어서 하나의 사업으로 본다. 3. 각각의 사업은 제63조의 규정에 의하여 노동부장관이 정하는 사업종류에 있어서 동일한 사업에 속할 것”이라고 규정하고 있으며, 제67조의2는 “공단은 제65조 제3항 및 제67조 제3항의 규정에 의하여 보험료를 징수함에 있어 결산서 등 보험료 산정을 위한 기초자료를

확보하기 어려운 경우 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당되는 때에는 당해 보험가입자의 적용사업과 규모·임금수준 및 매출액 등이 유사한 동종업종의 사업을 기준으로 노동부령이 정하는 바에 따라 당해 사업의 보험료를 산정·부과하여 징수할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 이러한 관련법조항을 종합하여 판단해 보아도 임금총액을 결정하기 곤란한 경우에 적용되는 노무비율이 역시 보험가입자가 경영하는 사업의 종류별로 나뉘어 결정될 것임을 충분히 예측할 수 있다.

나아가 동종의 사업이라고 해도 사업이 행하여지는 지역과 사업의 규모에 따라 사업비 중 임금이 차지하는 비율이 달라질 수 있음은 넉넉히 예측이 가능하고, 앞서 본 이 법 제4조의2 제2항과 제67조의2의 규정내용을 종합하여 판단해 보아도 사업지역과 사업규모가 노무비율을 정하는 기준이 될 것도 예측이 가능하다.

### ② 노무비율의 결정방법

노무비율의 산정을 위한 조사사업장의 범위와 관련하여 본다면, 산재보험법이 적용되는 모든 사업장을 조사대상으로 삼는 방법과 표준사업장을 정하여 표본조사를 하는 두 가지 방법이 있을 수 있으므로, 노무비율을 정하기 위하여 조사사업장의 범위를 어떻게 정할 것인지에 대한 예측도 가능하다.

또한 노무비율은 일정기간을 정하여 그 동안에 지출된 사업비 중에서 임금이 차지하는 비율(일정기간의 평균치)을 기초로 정할 수밖에 없으며, 이 법은 1년을 단위로 하여 보험료를 신고·납부하도록 규정하고 있으므로, 노무비율 역시 적어도 1년 동안 지출된 사업비 중에서 임금이 차지하는 비율을 기초로 결정될 것임을 예측할 수 있다.

### ③ 노무비율의 결정절차

한편, 이 법 제6조와 이 법 시행령 제4조에 의하면, 보험사업에 관한 중요한 사항을 심의하게 하기 위하여 노동부에 “산업재해보상보험심의위원회”를 두고, 이 위원회에서는 이 법 제40조 제5항의 규정에 의한 요양급여의 범위·비용 등 요양급여의 산정기준과 요양관리에 관한 사항, 이 법 제63조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 보험요율의 결정에 관한 사항, 이 법 제83조의 규정에 의한 산업재해보상보험및예방기금운용계획의 수립에 관한 사항 그리고 기타 노동부장관이 산업재해보상보험사업에 관하여 부의하는 사항을 심의한다.

노무비율이 위 위원회의 심의사항인지 여부가 법문에 명문으로 규정되어 있지는 않지만, 노무비율이 보험료산정의 기초가 된다는 점 그리고 보험료는

사업주에게 경제적 부담이 되므로 사업주의 재산권을 제한하는 측면이 있다는 점 등을 고려해 볼 때 노동부장관이 노무비율을 고시하기 이전에 위 위원회의 심의를 거치도록 위원회에 부의할 것임을 예측할 수 있다.

(나) 실제로 노무비율이 결정되는 과정을 살펴보면, 노동부장관은 근로복지공단 지사별로 조사한 보고자료를 토대로 시안을 작성하여 산업재해보상보험심의위원회의 심의를 거쳐 노무비율을 결정·고시하되, 건설업 노무비율은 매 보험연도 이전 3년전 보험연도 10월 1일부터 당해 보험연도 9월 30일까지의 기간 동안에 준공된 건설공사 또는 당해 보험연도 9월 30일 현재 계속되는 건설공사 중 당해 보험연도 9월 30일 현재 과거 3년 동안 확정보험료 신고서가 제출된 사업장을 대상으로 이를 산재보험요율표상의 사업종류별로 분류하여 사업장별·연도별 총공사금액 및 임금지급총액을 조사하여 결정하고, 건설업의 하도급노무비율은 전국의 전문건설업체를 대상으로 지역별·업종별·규모별로 각각 일정비율의 사업장을 표준조사대상 사업장으로 선정하여 당해 보험연도 이전 3개년 동안의 결산자료에 의거 각 사업장별로 하도급노무비율을 조사하여 결정한다.

이처럼 실제의 노무비율 결정기준·방법·절차는 이 사건 법률조항으로부터 예측할 수 있는 노무비율의 결정기준·방법·절차를 잘 반영하고 있다.

결론적으로, 이 사건 법률조항에서 입법자가 직접 규정한 내용만 가지고서도 그 입법목적, 노무비율의 의의 그리고 관련법조항을 종합적으로 검토해 볼 때 노동부장관의 고시로 정할 노무비율의 결정기준·방법·절차의 대강을 충분히 예측할 수 있다.

(5) 별목업의 노무비율과 노무비율을 적용해야 할 다른 업종의 출현 가능성

이 사건 법률조항은 별목업에도 적용되는바 별목업의 노무비율은 “별목재 적량 1㎡당 00원”으로 고시되므로 건설업에서 사용되는 총공사금액, 하도급 공사금액 등의 용어가 사용될 수 없어, 이 사건 법률조항에 제청법원의 견해대로 위와 같은 용어의 개념정의 규정을 둔다고 해도 별목업에는 적용될 수 없다.

또한, “임금총액을 결정하기 곤란한 경우”가 건설업과 별목업에 국한되는 것은 아니다. 왜냐하면 앞으로도 임금총액을 결정하기 곤란한 새로운 형태의 사업이 생겨날 가능성이 있을 뿐 아니라 기왕의 사업도 여러 차례의 하도급이 이루어져 임금총액을 결정하기 어려운 상황이 발생할 수 있기 때문이다.

이와 같이 건설업과 벌목업 이외에 임금총액을 결정하기 곤란한 사업이 있을 수 있으므로 이러한 모든 사업을 총망라한 노무비율의 대강을 법률로 규정하기는 매우 어렵다고 할 것이다.

(6) 노동부장관의 자의적인 법해석과 집행 가능성 배제

앞서 본 바와 같이 이 법은 보험사업에 관한 중요한 사항을 심의하게 하기 위하여 노동부에 “산업재해보상보험심의위원회”를 두고 있고(제6조 제1항), 이 위원회에서는 노동부장관이 노무비율을 고시하기 전에 그에 대한 심의를 하고 있다. 이 위원회는 근로자를 대표하는 자, 사용자를 대표하는 자 및 공익을 대표하는 자로 구성하되 그 수는 동수로 되어 있으므로(제6조 제2항), 이 위원회에서 노무비율에 대한 심의를 할 때에 보험료 납부의무를 부담하는 사용자를 대표하는 위원이 노무비율에 대한 의견을 개진하고 의결권을 행사하게 된다.

따라서 노동부장관이 이 사건 법률조항을 자의적으로 해석하여 노무비율을 정할 가능성은 적다고 봄이 상당하다.

(7) 소 결

이 사건 법률조항의 입법목적과 제정연혁, 산재보험법의 전반적 체계, 노무비율의 의의와 관련법조항을 유기적·체계적으로 종합해 본다면, 이 사건 법률조항이 사업의 종류, 지역, 규모별로 개개의 특성과 변동상황 등에 맞추어 실제의 임금총액에 근접하도록 임금총액을 확정할 수 있는 방식을 정하여 사용하도록 위임한 것임을 즉, 동종의 사업에서 실제의 임금이 차지하는 비율에 근접하도록 노무비율이 정하여져 고시되리라는 것을 충분히 예측할 수 있고, 노동부장관의 고시로 정할 노무비율의 결정기준·결정방법·결정절차의 대강도 충분히 예측이 가능하다.

또한, 공사업과 벌목업 이외에 임금총액을 결정하기 곤란한 사업이 생겨날 가능성이 있는 상황에서 이러한 다양한 사업에 관한 개별 노무비율의 대강을 미리 법률로 상세하게 정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이고, 보험료납부의무자들의 종류·규모 및 숫자 등이 매우 다양하고 끊임없이 변화하므로 법률보다 더 탄력적인 행정입법에 임금총액 산정과 관련된 세부적인 사항의 결정을 위임할 필요성이 있다는 점을 고려할 때에 이 사건 법률조항이 보다 더 구체적으로 노무비율의 의의·결정기준·방법·절차 등을 정하지 않았다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수는 없다.

4. 결 론

헌재 2004. 11. 25. 2002헌가10

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

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

## 하천구역편입토지보상에관한특별조치법 제2조 등 위헌제청

(2004. 11. 25. 2003헌가16 전원재판부)

### 【판시사항】

구 하천법 시행 당시 하천구역으로 결정·고시되어 국유로 된 후 소멸시효 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 제외지 소유자에 대하여 소급하여 손실보상을 하도록 한 하천구역편입토지보상에관한특별조치법(이하 ‘개정 특조법’이라고 한다)의 관련조항들이 평등원칙에 위배되고 법원의 심판권을 침해하는 규정인지 여부(소극)

### 【결정요지】

하천법의 경우 관리청의 지정행위 또는 법률의 규정에 의하여 일단 하천구역에 해당하는 토지의 소유권은 국유로 되고, 그 소유권을 상실한 사람은 사후적으로 손실보상금만을 청구할 수 있을 뿐이며, 당사자에 대한 통지제도가 없을 뿐 아니라 도면이나 하천공부의 미비 등으로 소유자가 미리 하천편입사실을 알고 대처할 여유가 없어 일반 수용의 경우보다 토지소유자에게 불리하다. 특히 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 구 하천법을 개정하면서 제12조 단서를 신설하여 관계도면이 정비될 때까지 도면을 열람시킬 필요 없이 하천구역을 추상적으로 지정할 수 있게 됨에 따라 미등기 제외지이던 이 사건 토지를 하천구역에 편입한 건설부 고시 제897호도 도면이나 지적을 개별적으로 표시함이 없이 개괄적, 추상적으로 하천구역을 지정하였는데, 그와 같은 지정내용이 당사자에게 통지되지도 아니하였다. 이러한 사정으로 인해 하천편입토지의 소유자가 소유권 상실사실도 모르는 상태에서 손실보상청구권이 시효의 완성으로 소멸하는 일이 발생한다면 그러한 현상은 재산권보장의 차원에서 대단히 위험한 상황이 되는 것이다.

하천구역 결정고시제도를 취한 구 하천법하에서 하천에 편입된 제외지(이 사건 토지)의 경우에는 구 하천법 제62조와 같은 손실보상규정이 마련되어 있었지만 여러 가지 사정으로 인해 실제로 손실보상이 이루어지지 않은 사례가 많았던 것으로 보이고, 이를 하천구역 법정주의를 채택하는 내용으로 전문 개정된 신 하천법 시행으로 국유화된 제외지 등과 근본적으로 달리 취급하여야 할 근거나 필요성은 거의 없다. 그러함에도 그 동안 후자의 하천부지에 대하여만 소급보상을 위한 입법적 조치가 이루어져 왔던 것이므로 이번에 개정 특조법에서 그 동안 보상에서 제외되어 왔던 이 사건 토지와 같은 제외지에 대하여 소급보상의 길을 열어 놓음으로써 하천편입토지 소유자 상호간에 실질적인 보상의 형평성을 기하고자 한 것을 두고 특별히 불합리한 처사라고 볼 수는 없다.

무엇보다 시혜적 법률의 제정에 있어 입법자에게 인정되는 광범위한 입법형성의 자유로 인해 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없고, 또한 시혜적 소급입법을 할 것인지의 여부 역시 입법재량의 문제로서 그 판단은 일차적으로 입법기관에 맡겨져 있으므로, 입법자가 입법목적, 사회실정, 법률의 개정이유나 경위 등을 참작하여 시혜적 소급입법을 할 것인지 여부에 관하여 한 판단은 존중되어야 하기에 그 결정이 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다는 점에 비추어 보더라도 이 사건 토지와 같은 제외지에 대한 보상이 철저히 못하였던 과거를 반성하여 국가가 스스로 시효 및 판결의 이익을 포기하고 소급보상을 통한 보상의 실질적인 형평성을 확보하고자 한 입법적 결정은 마땅히 존중되어야 할 것이고, 그러한 조치를 두고 평등원칙에 위배된다거나 법원의 심판권을 침해하는 자의적 입법이라고 할 수는 없다.

#### 재판관 김영일의 반대의견

이 사건 심판대상조항들 가운데 하나인 개정 특조법 부칙 제2항 중

‘이 법 시행 당시…이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천 편입토지에 대하여도 제2조의 개정규정에 의한 보상대상으로 본다’는 부분(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라고 함)은 기존 확정판결의 기판력을 배제시키는 의미를 가지고 있다. 그런데 앞서 위헌제청신청인이 확정판결을 받았던 손실보상금청구소송은 1984년 하천법 부칙 제2조 제1항 후단에 기하여 제기하였던 소송으로서 그 소송물이 개정 특조법에 기한 손실보상청구를 내용으로 한 당해사건의 그것과는 다르므로 위 확정판결의 기판력은 당해사건에 미치지 아니한다. 그렇다면 기판력배제를 내용으로 하는 이 사건 부칙조항은 당해사건에 적용되지 아니할 뿐만 아니라 이에 대한 위헌결정이 내려진다 하더라도 그로 인하여 당해사건의 재판결과에 영향을 미치지 아니하므로 이 사건 부칙조항의 위헌 여부는 당해사건 재판의 전제가 되지 아니한다 할 것이고, 따라서 이 부분 위헌제청은 부적법하여 각하하여야 한다.

### 【심판대상조문】

하천구역편입토지보상에관한특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호로 개정된 것) 제2조(적용대상) 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 중 법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 소멸시효의 만료 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 그 손실을 보상하여야 한다.

1.~3. 생략

4. 법률 제892호 하천법의 시행일부터 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일전에 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우

하천구역편입토지보상에관한특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호로 개정된 것) 제3조(보상청구권의 소멸시효) 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효는 2003년 12월 31일에 만료된다.

하천구역편입토지보상에관한특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호로 개정된 것) 부칙 제2항(보상대상자에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시 제2조에 규정된 토지와 관련된 보상금청구소송이 법원에 계속 중이거나 이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지에 대하여도 제2조의 개정규정에 의한 보상대상으로 본다.

### 【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제101조 제1항, 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호

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 제1항의 당사자의 신청은 제43조 제2호 내지 제4호의 사항을 기재한 서면에 의하여야 한다.

③ 제2항의 신청서면의 심사에 관하여는 민사소송법 제254조의 규정을 준용한다.

④ 위헌여부심판의 제청에 관한 결정에 대하여는 항고할 수 없다.

⑤ 대법원외의 법원이 제1항의 제청을 할 때에는 대법원을 거쳐야 한다.

하천구역편입토지보상에관한특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호로 개정된 것) 제2조(적용대상) 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 중 법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 소멸시효의 만료 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 그 손실을 보상하여야 한다.

1. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일전에 토지가 하천법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우
2. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일부터 법률 제3782호 하천법중개정법률의 시행일 전에 토지가 하천법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우
3. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우
4. 생략

구 법률제3782호하천법중개정법률부칙제2조의규정에의한보상청구권의소멸시효가만료된 하천구역편입토지보상에관한특별조치법(1999. 12. 28. 법률 제6065호로 제정된 것) 제2조(적용대상) 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 중 법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 소멸시효의 만료 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 그 손실을 보상하여야 한다.

1. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일전에 토지가 하천법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우
2. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일부터 법률 제3782호 하천법중개정법률의 시행일 전에 토지가 하천법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우
3. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우

구 법률제3782호하천법중개정법률부칙제2조의규정에의한보상청구권의소멸시효가만료된 하천구역편입토지보상에관한특별조치법(1999. 12. 28. 법률 제6065호로 제정된 것) 제3조(보상청구권의 소멸시효) 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효는 2002년 12월 31일에 만료된다.

법률제3782호하천법중개정법률부칙제2조의규정에의한보상청구권의소멸시효가만료된 하천구역편입토지보상에관한특별조치법(1999. 12. 28. 법률 제6065호로 제정된 것) 부칙 제2항(경과조치)이 법률 시행 당시 제2조에 규정된 토지와 관련된 보상금청구소송이 법원에

계속중이거나 이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지의 소유자에 대하여도 제2조의 규정에 의한 보상대상자로 본다.

구 하천법(1961. 12. 30. 법률 제892호로 제정된 후 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 개정된 것) 제12조(구역의 결정) 관리청은 하천의 구역을 결정하였을 때에는 건설부장관이 정하는 바에 의하여 이를 고시하고 그 도면을 일반에게 열람시켜야 한다. 하천의 구역을 변경하였을 때에도 또한 같다. 다만, 관리청이 하천의 구역을 결정한 관계도면이 정비될 때까지 하천의 구역은 각령으로 정하는 바에 따라 관리청이 인정하는 바에 의한다.

구 하천법(1961. 12. 30. 법률 제892호로 제정된 후 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 개정된 것) 제62조(공용부담 등으로 인한 손실보상) ① 제12조, 제13조, 제34조 및 제35조의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때 또는 제방에 의하여 보호되었던 토지가 하천에 관한 공사로 인하여 제방 내에 들어가거나 이에 준하는 손실을 받은 자가 있을 때에는 건설부장관이 한 처분이나 공사로 인한 것은 국고에서, 지방장관이 한 처분이나 공사로 인한 것은 당해 지방자치단체에서 그 손실을 보상하여야 한다.

② 건설부장관 또는 지방장관은 전항의 규정에 의한 손실의 보상에 관하여 그 손실을 받은 자와 협의하여야 한다.

③ 전항의 규정에 의한 협의가 성립되지 아니할 때에는 건설부장관 또는 지방장관은 스스로 결정한 금액을 손실을 받은 자에게 지불하여야 한다.

④ 보상금에 관하여 불복이 있는 자는 보상금의 지불을 받은 날로부터 30일 이내에 각령의 정하는 바에 의하여 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

구 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제2조(용어의 정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “하천”이라 함은 공공의 이해에 밀접한 관계가 있는 하천으로서 대통령령으로 그 명칭과 구간이 지정된 것을 말한다.

2. “하천구역”이라 함은 다음 각 목에 계기하는 구역을 말한다.

가. 하천의 유수가 계속하여 흐르고 있는 토지 및 지형과 당해 토지에 있어서의 초목생무의 상황 기타의 상황이 하천의 유수가 미치는 부분으로서 매년 1회 이상 상당한 유속으로 흐른 형적을 나타내고 있는 토지(대홍수 기타 이상한 천연현상에 의하여 일시적으로 그 상황을 나타내고 있는 토지를 제외한다)의 구역

나. 하천부속물의 부지인 토지의 구역

다. 제방(하천관리청이나 그 허가 또는 위임을 받은 자가 설치한 것에 한한다)이 있는 곳에 있어서는 그 제외지(제방으로부터 하심측의 토지를 말한다) 또는 관리청이 지정하는 이와 유사한 토지의 구역

3. “하천부속물”이라 함은 하천관리에 필요한 댐·하구언·제방·호안·수제·보갑문·수문·수로수도·예선도·관측시설 기타 이 법에 의하여 설치된 시설 또는 공작물을 말한다. 다만, 이 법의 규정에 의한 하천의 관리청(이하 “관리청”이라 한다) 이외의 자가 설치한 시설 또는 공작물에 관하여는 관리청이 당해 시설 또는 공작물을 하천부속물로 관리하기 위하여 당해 시설 또는 공작물 설치자의 동의를 얻는 것

에 한한다.

- 4. “하천공사”라 함은 하천의 유수로 인하여 생기는 공리를 증진하거나 공해를 제거 또는 경감하기 위하여 행하여지는 하천의 신설·개축 또는 보수에 관한 공사를 말한다.

② 관리청이 전항 제2호 다목의 구역을 지정하고자 할 때에는 이를 미리 고시하여야 한다. 이를 변경하거나 폐지하고자 할 때에도 또한 같다.

구 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문개정된 것) 제74조(공용부담 등으로 인한 손실보상) ① 제2조 제1항 제2호 다목의 규정에 의한 하천구역의 지정 및 제43조의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때 또는 관리청이 시행하는 하천공사로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때에는 건설부장관이 행한 처분이나 공사로 인한 것은 국고에서, 도지사가 행한 처분이나 공사로 인한 것은 당해 도에서 조속히 그 손실을 보상하여야 한다.

- ② 전항의 규정에 의한 손실보상에 있어서는 건설부장관 또는 도지사는 손실을 받은 자와 협의하여야 한다.
- ③ 전항의 규정에 의한 협의가 설립되지 아니하거나 협의를 할 수 없을 때에는 관할토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

구 하천법(1984. 12. 31. 법률 제3782호로 개정된 것) 부칙 제2조(제외지 등에 대한 조치) ① 이 법 시행전에 토지가 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 되었거나, 1971년 1월 19일 공포된 법률 제2292호의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우에는 관리청이 그 손실을 보상하여야 한다.

- ② 제1항의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효는 이 법 시행일로부터 기산하여 예산회계법 제71조 및 지방재정법 제53조의 규정에 의한다.
- ③~④ 생략

### 【참조판례】

- 헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 623, 640
- 헌재 1995. 12. 28. 95헌마196, 판례집 7-2, 893, 900
- 헌재 1998. 11. 26. 97헌바65, 판례집 10-2, 685, 694

### 【당 사 자】

제청법원 서울중앙지방법원  
 당해사건 서울중앙지방법원 2003가합19171 손실보상금

### 【주 문】

하천구역편입토지보상에관한특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호로 개

정된 것) 제2조 제4호, 제3조, 부칙 제2항 중 ‘이 법 시행 당시 …… 이미 보상 대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지에 대하여도 제2조의 개정 규정에 의한 보상대상으로 본다.’는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 서울 강서구 ○○동 4의 3 하천 89㎡ 등 4필지 토지(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)는 1935년경 조선총독부가 한강본류 좌안에 양천제를 축조함으로써 그 제방으로부터 하심측에 위치하게 되어 제외지가 되었다. 원래 국유이던 이 사건 토지는 청구의 땅 안○선이 1921년경부터 1930년경 사이에 이를 국가로부터 매수하여 소유하여 왔다. 그러던 중 이 사건 토지는 건설부장관이 1964. 6. 1. 건설부고시 제897호 ‘건설부장관이 관리하는 하천의 구역 인정의 건’으로써 ‘등기된 사유토지의 구역을 제외한 양천제의 제외지의 구역을 하천 구역으로 인정한다.’고 고시함에 따라 다시 국유로 되었다.

(2) 위 국유화 당시 시행되던 하천법(1961. 12. 30. 법률 제892호로 제정된 후 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 개정된 것) 제62조는 위와 같이 하천구역의 지정으로 인하여 손실을 입은 자에 대하여 국가나 지방자치단체가 이를 보상하도록 규정하고 있었다.

(3) 한편 이 사건 토지는 위 땅 안○선이 1943. 5. 12. 사망한 후 몇 차례의 상속과정을 거쳐 안○선의 손자로서 당해소송 원고인 안○만을 비롯한 6인이 공동상속인이 되어 국유화 당시 이를 공유하고 있었는데, 그들은 하천법의 보상규정에 따라 손실보상청구를 할 수 있었음에도 이를 하지 아니하였다.

(4) 그 뒤 하천법이 1984. 12. 31. 법률 제3782호로 개정되어 그 부칙 제2조 제1항에서 ‘이 법 시행 전에 토지가 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천 구역으로 되었거나 1971년 1월 19일 공포된 법률 제2292호의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우에는 관리청이 그 손실을 보상하여야 한다.’고 규정하게 되었다. 그러자 1980. 9. 4. 이후로 상속관계 변동에 따라 이 사건 토지를 공유하고 있던 위 안○만 등 4인의 공동상속인들은 1992년경 서울특별시를 피고로 하여 서울지방법원 92가합5398호로써 위 개정하천법 부칙 조항에 기한 손실보상금청구소송을 제기하여 승소하였으나, 서울고등법원의 항소심에서는 이 사건 토지가 위 건설부 고시에 의하여 국유로 된 제외지로서 위 부칙조항 소정의 보상대상 토지에 해당하지 않는다는 이유로 1995. 9.

27. 패소판결이 선고되었다. 이 판결은 1996. 2. 23. 대법원의 상고기각으로 확정되기에 이르렀다.

(5) 그 후 이 사건 토지는 다시 상속관계의 변동으로 위 안○만 등 8인이 공유하게 되었는데, 2002. 12. 11. 법률 제6772호 하천구역편입토지보상에 관한 특별조치법이 위 제892호 하천법 시행일부부터 위 제2292호 하천법 시행일 사이에 국유로 된 제외지를 소급보상의 대상으로 새로이 추가하고 그 국유화에 따른 손실보상청구권의 소멸시효를 2003. 12. 31.로 정하면서 동법 시행 당시 이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지도 보상대상에 포함시키는 부칙규정을 두게 되자 위 안○만은 다른 공유자들과 상속재산분할 협의의를 거쳐 이 사건 토지의 단독소유자가 된 다음 위 특별조치법에 터잡아 서울특별시를 상대로 손실보상금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 그것이 바로 이 사건 당해소송이다.

(6) 당해소송의 피고인 서울특별시는 그 소송계속 중 위 특별조치법의 규정들에 대하여 2003카기3899호로써 위헌제청신청을 하였고, 제청법원은 그 신청을 받아들여 2003. 7. 16. 위헌심판을 제정하는 결정을 내렸다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 위 제6772호 특별조치법 제2조 제4호, 제3조, 부칙 제2항 중 ‘이 법 시행 당시 …… 이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지에 대하여도 제2조의 개정규정에 의한 보상대상으로 본다.’는 부분의 각 위헌 여부이다. 제청법원은 위 특별조치법 제2조 및 부칙 제2항 전체에 대하여 위헌제청을 하고 있으나, 앞서 본 사실관계에서 알 수 있듯이 이 사건 토지는 위 제2292호 하천법 시행 이전인 1960년대에 건설부 고시에 의하여 국유화된 제외지로서 위 특별조치법 시행 당시 이미 그 소유자가 위 제3782호 하천법 부칙조항에 기한 손실보상금 청구의 소를 제기하였다가 보상대상자가 아니라는 이유로 패소 확정판결을 받은 바 있을 뿐 보상금청구소송이 법원에 계속 중에 있는 것은 아니므로, 이 사건 토지에 관한 한 위와 같이 한정된 법률조항들만이 심판대상으로서 의의가 있다고 볼 것이다. 이 사건 심판대상조항들의 내용은 다음과 같다.

○ 제2조(적용대상) 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 중 법률 제3782호 하천법중개정법률 부칙 제2조의 규정에 의한 소멸시효의 만료 등으로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때에는 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 그 손실을 보상하여야 한다.

1. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일 전에 토지가 하천법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우
2. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일부터 법률 제3782호 하천법중개정법률의 시행일 전에 토지가 하천법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 경우
3. 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우
4. 법률 제892호 하천법의 시행일부터 법률 제2292호 하천법개정법률의 시행일 전에 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우

○ 제3조(보상청구권의 소멸시효) 제2조의 규정에 의한 보상청구권의 소멸시효는 2003년 12월 31일에 만료된다.

○ 부칙

① (시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

② (보상대상자에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시 제2조에 규정된 토지와 관련된 보상금청구소송이 법원에 계속 중이거나 이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지에 대하여도 제2조의 개정규정에 의한 보상대상으로 본다.

2. 법원의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견 요지

가. 위헌제청이유의 요지

위 제6772호로 개정된 특별조치법 중 이 사건 심판대상조항들은 이미 하천구역 편입에 따른 손실보상청구권이 시효로 소멸된 토지에 대하여 소급하여 보상의 대상으로 삼는 시혜적 소급입법에 해당한다. 이 사건 심판대상조항들은 하천구역에 편입된 제외지에 대하여 소급하여 손실보상청구권의 소멸시효를 연장하면서 과거에 하천구역 편입에 따른 보상청구권 없음이 판결로 확정된 경우에게까지 보상청구의 길을 열어주고 있다. 이는 다른 법령에 규정된 절차를 통해 수용의 대상이 되거나 국유화되는 재산권과 비교하여 하천편입토지를 특별히 우대하고 있다고 볼 수 있다. 그런데 이 사건 토지의 소유자들은 소유토지의 국유화 당시 이미 존재하던 보상규정에 따라 손실보상을 받는 길이 열려 있었음에도 이를 태만히 하였다. 뿐만 아니라 이 사건 토지를 비롯하여 하천부지 편입토지에 대한 손실보상을 둘러싸고 발생해 온 분쟁과 관련하여서는 오랜 기간 법원의 판결이 일관된 법리를 통해 그 권리관계가 확정되어 유지됨으로써 사회 일반의 신뢰가 형성되었다. 때문에 소멸시효와 판결의

기관력의 법리에 의해 뒷받침되는 중국적인 분쟁해결 및 법적 안정성의 요청은 개인의 권리구제의 요청을 능가한다고 하겠다. 결국 이 사건 토지의 경우 소멸시효 및 판결의 기관력과 같은 법의 일반원칙을 소급적으로 배제하는 것을 정당화하는 객관적이고도 합리적인 근거는 찾아보기 어렵다 할 것이다. 따라서 이 사건 심판대상조항들은 그것이 비록 시혜적 입법에 해당한다고 하더라도 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정하여 위헌이라고 보아야 한다.

나. 건설교통부장관의 의견 요지

이 사건 심판대상조항들은 사실상 보상의 기회가 주어지지 않았던 고시하천의 제외지에 대하여 실질적인 형평성 확보의 차원에서 소급보상의 길을 열어주는 입법적 조치인 바, 평등원칙에 위배되지도 않을뿐더러 법원의 심판권을 제한하지도 아니한다.

3. 본안 심판청구에 관한 판단

가. 하천구역 편입토지에 대한 손실보상

(1) 하천구역과 그 소유권의 귀속

현행 하천법 제2조 제1항 (가)목은 “하천이라 함은 공공의 이해에 밀접한 관계가 있는 유수의 계통(이하 ‘수계’라 한다)으로서 그 수계의 하천구역과 하천부속물을 포함하는 것을 말한다.”고 규정하고 있다. 이러한 하천의 횡적인 구역을 하천구역이라고 한다.

하천구역에는 하천의 물이 계속하여 흐르고 있는 토지 및 지형, 당해 토지에 있어서 식물이 자라는 상황 기타의 상황이 매년 1회 이상 물이 흐른 흔적을 나타내고 있는 토지(대홍수 기타 자연현상에 의하여 일시적으로 그 상황을 나타내고 있는 토지를 제외한다)의 구역(流水地 및 流水形跡土地, 하천법 제2조 제1항 제2호 가목), 하천관리에 필요한 댐·하구둑·제방·호안(護岸)·수제(水制)·보·갑문(閘門)·수문·수로터널·운하·관측시설 기타 법에 의하여 설치된 시설 또는 공작물과 같은 하천부속물의 부지인 토지의 구역(하천법 제2조 제1항 제2호 나목), 하천의 관리청이나 관리청으로부터 허가 또는 위탁을 받은 자가 설치한 제방이 있는 곳에서의 제방으로부터 하심측의 토지를 말하는 제외지(堤外地, 하천법 제2조 제1항 제2호 다목), 하천의 관리청이 지정하는 토지의 구역(하천법 제2조 제1항 제2호 라목)이 있다.

국가하천과 지방1급하천의 하천구역은 하천구역에 편입됨과 동시에 별도의 조치 없이 국유로 된다(하천법 제3조 본문).

(2) 하천법 등의 연혁 및 하천편입토지에 대한 손실보상제도의 변천

(가) 최초의 하천법(1961. 12. 30. 법률 제892호로 제정된 것, 이하 아래 1971년 전문 개정되기 전의 하천법을 포괄하여 ‘구 하천법’이라고 한다)

1) 이 법 제4조는 “하천은 이를 국유로 한다.”고 규정하면서, 제12조에서 “관리청은 하천의 구역을 결정하였을 때에는 건설부장관이 정하는 바에 의하여 이를 고시하고 그 도면을 일반에게 열람시켜야 한다. 하천의 구역을 변경하였을 때에도 같다.”고 규정하여, 이른바 하천구역 결정고시제도를 취하였다.

2) 이어 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 제12조에 “단 관리청이 하천의 구역을 결정한 관계도면이 정비될 때까지 하천의 구역은 각령이 정하는 바에 따라 관리청이 인정하는 바에 의한다.”는 단서가 신설되었고, 이 단서에 기하여 1963. 12. 16. 각령 제1753호로 하천법시행령 제8조의2가 신설되어 오늘날과 유사한 하천구역의 종류를 규정하게 되었다. 결국 위 법 제12조 단서 및 동시행령 제8조의2가 신설됨으로써 관계도면이 정비될 때까지는 관리청이 하천구역으로 결정한 구역의 도면을 일반에게 열람시키지 않은 채로 하천구역을 지정할 수 있게 되었다. 그리하여 건설부장관은 하천구역으로 결정된 곳의 도면 열람이나 지적의 고시 없이 1964. 6. 1. 건설부 고시 제897호로 건설부장관이 관리하는 하천의 구역을 결정·고시하였는데, 그 하천구역 중에는 제방(119개)이 있는 곳에 있어서 등기된 사유토지의 구역을 제외한 제외지가 포함되었다.

3) 구 하천법 제62조 제1항은 “제12조 ……의 규정에 의한 처분이나 제한으로 인하여 손실을 받은 자가 있을 때 또는 제방에 의하여 보호되었던 토지가 하천에 관한 공사로 인하여 제방 내에 들어가거나 이에 준하는 손실을 받은 자가 있을 때에는 …… 그 손실을 보상하여야 한다.”, 제2항은 “국토건설청장 또는 지방장관은 전항의 규정에 의한 손실의 보상에 관하여 그 손실을 받은 자와 협의하여야 한다.”, 제3항은 “전항의 규정에 의한 협의가 성립되지 아니할 때에는 국토건설청장 또는 지방장관은 스스로 결정한 금액을 손실을 받은 자에게 지불하여야 한다.”, 제4항은 “보상금에 관하여 불복이 있는 자는 보상금의 지불을 받은 날로부터 30일 이내에 각령의 정하는 바에 의하여 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.”고 규정하였다. 이 보상재결에 불복하는 하천편입토지 소유자는 재결의 취소를 구하는 행정소송을 제기하여 손실보상을 받을 수 있었다.

(나) 신 하천법(1971. 1. 19. 법률 제2292호로 전문 개정된 것, 이하 ‘1971년

하천법'이라고 한다)

1) 1971년 하천법은 하천구역 법정주의를 채택하여 제2조 제1항 제2호에서 하천구역을 유수지 및 유수형적토지의 구역(가목), 하천부속물의 부지인 토지의 구역(나목), 제외지 또는 관리청이 지정하는 토지의 구역(다목)으로 법정하였다. 그리하여 위 다목 후단이 규정하는 '관리청이 지정하는 토지의 구역'을 제외한 나머지 하천구역 해당 토지들은 관리청의 특별한 지정행위 없이 당연히 하천구역으로 되어 직할하천의 경우 그 구역에 속하는 토지가 국유로 되었다.

2) 1971년 하천법은 제74조에서 제2조 제1항 제2호 다목 후단에 의하여 하천구역을 지정한 경우 등에만 손실을 받은 자에 대하여 손실을 보상하도록 하면서 이를 위한 협의, 재결에 관하여 규정하였을 뿐, 동법 시행으로 인하여 동법 제2조 제1항 제2호 가목, 나목 및 다목 전단에 해당하여 국유로 됨으로써 토지소유자가 입게 된 손실을 보상하는 명시적 규정을 두지 않았다.

이와 같이 1971년 하천법이 손실보상규정을 흠결한 데 대하여 대법원은, 동법의 시행으로 인하여 국유화가 된 제외지의 소유자에 대하여 그 손실을 보상한다는 직접적인 보상규정을 둔 바가 없었으나 동법 제74조의 손실보상 요건에 관한 규정은 보상사유를 제한적으로 열거한 것이라기보다는 예시적으로 열거한 것이어서 국유로 된 제외지의 소유자에 대하여는 위 법조를 유추적용하여 관리청이 그 손실을 보상하여야 하는 것으로 새겨야 한다고 판시함으로써 1971년 하천법의 시행으로 하천구역에 편입되어 소유권을 상실한 토지의 소유자도 동법 제74조에 의하여 손실보상을 받을 수 있었다(대법원 1987. 7. 21. 선고 84누126 판결 ; 1985. 11. 12. 선고 84카36 판결 등 참조).

(다) 개정 하천법(1984. 12. 31. 법률 제3782호로 개정된 것, 이하 '1984년 하천법'이라고 한다)

1) 위에서 본 바와 같이 대법원이 1971년 하천법의 시행으로 하천구역에 편입된 토지의 소유권을 상실한 사람들도 1971년 하천법 제74조의 유추적용을 통해 손실보상을 받을 수 있다고 판시하였음에도 동법에 명문의 보상규정이 없었으므로 한강 유역의 제외지를 둘러싸고 각종 쟁송과 위헌제정신청이 제기되는 한편, 소유권을 상실한 종전의 토지소유자들이 국회에 진정을 하는 등 민원이 끊이지 아니하자 1984. 12. 31. 법률 제3782호로 하천법 제74조 제2항을 신설하여 "토지가 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 새로이 하천구역으로 된 경우에는 그 토지가 포함된 하천구역의 관리청이 보상하여야 한다."

고 규정하여 개정법의 시행 후 국유화되는 유수지에 대한 보상근거를 마련하였다.

2) 이에 그치지 않고 1984년 하천법은 그 부칙 제2조 제1항에서 동법 시행 이전에 하천구역으로 편입되어 국유화된 토지에 대하여 관리청이 보상하도록 명문화하기에 이르렀다. 이에 따라 1971년 하천법이 시행된 이후 1984년 하천법 시행 전까지 유수지나 유수형적토지로서 하천구역으로 된 토지 또는 1971년 하천법 시행 이전에 사실상 제외지에 해당하였으나 관리청의 결정·고시가 없어 하천구역이 되지 않거나 건설부 고시에 포함되었으되 사유의 등기가 되어 있는 바람에 하천구역으로 편입되지 않았던 제외지의 소유자는 하천구역 법정주의에 따른 국유화를 원인으로 하여 관리청이 속하는 권리주체인 국가 또는 지방자치단체를 상대로 민사소송의 형태로써 직접 손실보상금의 지급을 구할 수 있게 되었다.

3) 한편 위 부칙 제2조 제2항은 보상청구권의 소멸시효를 동법 시행일로부터 기산하여 예산회계법 제71조 및 지방재정법 제53조의 규정에 의하도록 규정함으로써 입법의 불명료로 인하여 그 동안 손실보상청구권을 행사하지 아니한 토지소유자들에게 피해가 돌아가지 않도록 배려하였다. 이에 의하면 위 부칙 제2조 제1항에 의한 손실보상청구권의 소멸시효는 1984. 12. 31. 진행하기 시작하여 1989. 12. 30. 완성되게 되었으나, 그 뒤 당초 소멸시효 만료일로 예정된 1989. 12. 30.까지 관련 서류 미비·홍보부족 등의 사유로 보상이 완료되지 아니한 토지가 다수 남아 있게 되자 그 소유자 등을 구제하기 위하여 1989. 12. 30. 법률 제4161호로 위 부칙 제2조 제2항을 개정하여 소멸시효기간 만료일을 1990. 12. 30.까지로 1년 더 연장하였다.

(라) 법률제3782호하천법중개정법률부칙제2조의규정에의한보상청구권의소멸시효가만료된하천구역편입토지보상에관한특별조치법(1999. 12. 28. 법률 제 6065호로 제정된 것, 이하 ‘구 특조법’이라고 한다)

1) 위에서 본 바와 같이 1984년 하천법 부칙 제2조가 1971년 하천법에 따라 하천부지로 편입된 유수지와 제외지에 대한 보상청구권을 인정하였음에도 많은 하천편입토지 소유자들이 그 손실보상청구권의 소멸시효에 대한 이해부족으로 기간이 경과하도록 보상청구를 하지 않아 보상청구권을 상실함으로써 계속적으로 민원이 발생하자 소멸시효 만료로 보상청구권을 상실한 토지소유자들을 구제하기 위해 구 특조법을 제정하여 소급보상의 길을 열어주었다.

2) 구 특조법은 그 명칭뿐 아니라 제2조에서 보상사유를 ‘법률 제3782호 하

천법증개정법을 부칙 제2조의 규정에 의한 소멸시효의 만료로 보상청구권이 소멸되어 보상을 받지 못한 때'로 한정하고 있는 것에서 보더라도 소멸시효 완성으로 인해 1984년 하천법 부칙 제2조에서 인정한 보상청구권을 상실한 하천편입토지 소유자들에게 소급보상을 실시하여 구제하는 법률이지 1984년 하천법 부칙 제2조에서 인정한 보상의 범위를 보다 확대하는 법률은 아니다. 그러한 점에서 1971년 하천법이 시행되기 전에 이미 관리청의 고시에 의하여 국유화된 토지에 대하여는 1984년 하천법 부칙조항의 경우와 마찬가지로 구 특조법의 시행에도 불구하고 여전히 이를 손실보상의 대상에 포함되지 않는 것으로 해석하는 것이 법원의 입장이었다(대법원 2001. 9. 25. 선고 2001다 30445 판결 참조). 다만 구 특조법 제2조는, 1984년 하천법 부칙 제2조 제1항 전단이 막연히 동법 시행 전에 토지가 우수지에 해당되어 하천구역으로 된 경우를 보상대상으로 규정한 결과 1971년 하천법 시행 이전에 우수지에 해당되었던 토지가 보상대상에 포함되는지 여부에 대한 논란이 일자 보상대상을 보다 세분화하여 그와 같은 토지도 보상대상이 됨을 명백히 하였다(구 특조법 제2조 제1호 및 제2호 참조).

아울러 구 특조법은 제3조에서 보상청구권의 소멸시효에 관하여 규정하여 그 기간을 2002. 12. 31.까지로 명시하였고, 부칙 제2항의 경과규정에서는 소급보상의 대상으로 한 하천편입토지와 관련된 보상금청구소송이 법원에 계속 중이거나 이미 보상금청구를 기각하는 판결을 받은 토지소유자가 구 특조법 제2조에 기한 보상금청구소송을 새로이 제기하더라도 민사소송법상의 중복제소 금지 규정이나 기판력에 관한 규정이 적용되지 않도록 함으로써 구제에 확실을 기하고자 하였다.

3) 구 특조법 제2조에 기한 손실보상청구권의 성질, 청구권자, 보상금청구소송의 형태는 1984년 하천법 부칙 제2조에 기한 보상청구권의 그것들과 같다. 다만, 보상의무자에 관하여는 구 특조법 제2조가 1984년 하천법 부칙 제2조 제1항과 달리 이를 특별시장·광역시장 또는 도지사로 특정하고 있으므로, 보상금청구소송의 피고는 당해 하천의 관리청이 속한 권리주체인 광역자치단체가 된다.

(마) 하천구역편입토지보상에관한특별조치법(2002. 12. 11. 법률 제6772호로 개정된 것, 이하 '개정 특조법'이라고 한다)

1) 개정 특조법은 구 특조법의 내용 일부를 개정하면서 법률명칭도 변경하였다. 가장 주된 개정 내용은 제2조 제4호로 구 하천법 시행일부터 1971년 하

천법 시행일 전에 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우를 보상대상에 추가함으로써 구 특조법보다 보상범위를 확대하였다는 것이다. 이리하여 이 사건 토지와 같이 구 하천법 하에서 앞서 본 건설부 고시에 따라 하천구역에 편입되어 국유화된 제외지의 소유자도 새로이 손실보상을 받을 수 있게 되었다.

2) 구 특조법은 적어도 법문상으로 볼 때 유수지 등(하천법 제2조 제1항 제2호 가목)에 대하여는 하천편입 시기 여하에 관계없이 보상을 인정하면서도 제외지에 대하여는 국가가 공익적 목적에 의하여 일방적으로 토지를 하천구역으로 편입한 사정에 있어서 다를 바 없음에도 불구하고 그 보상범위를 1971년 하천법의 시행으로 제외지 안에 있던 토지가 국유로 된 경우(구 특조법 제2조 제3호)로 제한하고 있었다. 이 때문에 보상의 형평성을 문제삼는 민원이 계속되었는데, 비록 구 하천법에 손실보상규정이 있었지만 보상에 필요한 절차의 미비 등으로 현실적으로 많은 제외지 소유자들이 제대로 보상을 받지 못한 사정을 감안하여 하천편입토지 상호간의 형평을 도모한다는 차원에서 개정 특조법 제4호를 신설한 것이다. 특히 1984년 하천법 부칙이나 구 특조법에서 보상대상으로 한 제외지 중에는 1964년의 건설부 고시 당시 열거된 119개 제방으로부터 하심측에 위치하지만 당시 등기가 경료되어 있어 사유임이 증명되었기 때문에 고시하천에서 제외되었다가 1971년 하천법 시행으로 인해 하천구역으로 된 경우가 많았는데, 이러한 토지와 위 건설부 고시 당시 실제로는 사유에 속하더라도 등기부멸실 등의 사유로 인해 사유임을 입증하기 어려워 하천구역에 포함될 수밖에 없었던 토지는 실질적으로 동일하게 취급하여 무방함에도 오랫동안 구제의 대상에서 제외되어 왔던 점을 고려한 것으로 보인다.

3) 또한 개정 특조법은 제3조에서 구 특조법상 보상대상이었던 경우들을 포함하여 구 특조법 제2조에서 인정된 바와 같은 내용의 보상청구권의 소멸시효기간을 2003. 12. 31.까지로 연장하였다.

이와 같은 개정 특조법 제2조 제4호와 제3조를 합쳐서 살펴보면 이는 결국 현실적인 보상의 필요성과 형평성에 기초하여 국가가 스스로 시효의 이익을 포기하고 소급하여 보상청구권의 소멸시효기간을 연장함으로써 소급보상의 근거를 마련한 것으로 이해하는 것이 타당하다.

나. 이 사건 심판대상조항들의 위헌 여부

(1) 위헌제청신청인이나 제청법원의 견해는, 일반 공용수용의 경우와 비교하여 본질적으로 동일한 수용적 효과를 가져오는 하천구역 편입의 경우에만

수차 보상청구권의 소멸시효를 소급적으로 연장하는 시혜적 소급입법을 하면서 특히 소멸시효 완성 등으로 이미 보상청구권이 없다는 판결이 확정되어 그에 따른 권리관계가 형성되어 있음에도 국가가 스스로 시효이익을 포기하고 확정판결의 기판력까지 번복할 수 있도록 한 것은 하천편입토지 보상과 관련한 사회 일반의 신뢰를 저해하고 법적 안정성을 해치는 것으로서 합리적 근거 없이 하천편입토지 소유자를 우대하여 헌법상의 평등원칙에 반할 뿐 아니라 법원의 심판권을 과도하게 제한하여 위헌이라는 취지의 주장이라고 볼 수 있다.

(2) 그런데 위에서 본 신·구 하천법 및 특조법에 따른 하천편입 및 보상의 절차와 실태에 비추어 보면 선뜻 위 주장을 받아들일 수 없다.

(가) 토지수용 관련 법률에 의하면 사업시행자가 수용대상토지의 소유자와 협의하고 협의가 이루어지지 않으면 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하여 그 금액을 지급하거나 공탁하여야 비로소 사업시행자가 수용대상토지의 소유권을 취득할 수 있게 되어 있는 데 반하여, 하천법의 경우에는 관리청의 지정 행위 또는 법률의 규정에 의하여 일단 하천구역에 해당하는 토지의 소유권은 국유로 되고, 그 소유권을 상실한 사람은 사후적으로 손실보상금만을 청구할 수 있을 뿐이어서 일반 수용의 경우보다 토지소유자들이 불리하다고 볼 수 있다.

더욱이 수용의 경우 위와 같은 일련의 절차를 거치게 되므로 피수용자로서는 당연히 자신의 토지가 수용된다는 사실을 미리 알고 대처할 수 있는 데 비하여 하천편입의 경우에는 가사 구 하천법 하에서의 하천구역 지정행위에 의하여 하천편입이 이루어진다 해도 당사자에 대한 통지제도가 없던 터에 도면이나 하천관련 공부의 미비 등으로 소유자가 하천편입사실을 쉽게 알 수 없는 측면이 있었다.

특히 구 하천법 하에서 하천구역 결정고시제도를 시행하면서 구 하천법 제 12조 단서에 의하여 관리청이 관계도면을 일반에게 열람시키지 아니한 채 하천구역을 지정할 수 있도록 한 것이 많은 문제를 안고 있었다. 즉, 1961. 12. 30. 법률 제892호로 제정된 구 하천법 제12조에는 관리청이 하천구역을 결정하여 고시할 때나 이를 변경할 때 그 도면을 일반에게 열람시키도록 되어 있었는데, 당시 하천구역에 관한 관계도면이 정비되어 있지 않은 관계로 1963. 12. 5. 법률 제1475호로 하천법을 개정하면서 제12조 단서를 신설하여 관계도면이 정비될 때까지 도면을 열람시킬 필요 없이 각령이 정하는 범위 내에서

하천구역을 추상적으로 지정할 수 있게 되었다. 이에 따라 위 건설부 고시 제 897호도 도면이나 지적을 개별적으로 표시함이 없이 개괄적·추상적으로 하천구역을 지정하게 되었던 것인데, 그와 같은 지정내용이 당사자에게 통지되지도 아니하였던 것이다.

(나) 이와 같이 관계도면을 고시 또는 열람시키지 않고 지적의 특정도 없이 개괄적·추상적으로 하천구역을 지정하게 되면 하천구역에 편입되는 토지의 소유자는 자기 소유의 토지가 언제 어떻게 하천구역에 편입되어 국유화되었는지를 제대로 알지 못할 가능성이 크고 심지어는 관리청조차 누구의 어떤 토지가 하천구역에 편입되었는지를 파악하지 못하여 협의 등 보상절차를 취할 생각조차 하지 못하는 경우도 적지 않을 것이다.

그런데 하천구역의 지정으로 하천구역에 편입된 토지는 보상금 지급절차에 앞서 먼저 국유로 되는 것으로서 그 소유자로서는 하천구역 편입을 근본적으로 저지할 수 없게 되어 있다. 따라서 관계도면을 고시 또는 열람시키지 아니함으로써 토지소유자가 소유권을 상실한 사실도 모르는 상태에서 손실보상청구권이 시효의 완성으로 소멸하는 일이 발생한다면 그러한 현상은 재산권보장의 차원에서 대단히 위험한 상황이 되는 것이다.

(다) 한편 1971년 하천법의 시행 중 하천구역에 편입된 토지의 소유자들에 대하여는 1984년 하천법 부칙 제2조의 규정이 보상청구권을 부여하였고, 그 후 구 특조법이 위와 같은 하천편입토지와 관련하여 이미 시효소멸한 보상청구권에 대하여 소급하여 소멸시효를 연장하면서까지 구제에 철저를 기하고자 하였음에 비하여, 이 사건 토지와 같이 구 하천법하에서 하천구역 지정행위로 하천에 편입된 제외지의 경우에는 앞서 본 바와 같이 보상절차가 제대로 이루어지지 아니한 채 그 손실보상청구권에 대한 소멸시효가 벌써 오래 전에 완성되었음에도 오랫동안 구제의 사각지대에 놓여져 왔다. 물론 이 사건 토지와 같은 하천부지의 경우에는 구 하천법 제62조와 같은 손실보상규정이 마련되어 있었지만 위에서 살펴본 바와 같은 사정으로 인해 실제로 위 규정에 따른 손실보상이 이루어지지 않은 사례가 많았던 것으로 보이고, 그나마 1971년 하천법의 전문 개정으로 하천구역 법정제도를 취하면서 보상규정이 없어지게 이르렀던 것이다. 더욱이 앞서 언급한 바와 같이 위 건설부 고시에 의하여 국유화된 제외지와 1971년 하천법 시행으로 국유화된 제외지를 실질적으로 달리 취급하여야 할 만한 근거가 뚜렷하지 않았음에도 유독 후자에 대하여만 소급보상의 입법적 배려가 주어졌던 것이다.

이처럼 구 하천법 하에서 하천구역으로 지정된 토지와 1971년 하천법 시행 당시 하천부지가 된 토지는 공익목적에 위해 사실상 무상국유화되었다는 점에서 근본적으로 달리 취급하여야 할 필요성은 거의 없다고 볼 수 있는데도, 후자의 하천부지에 대하여만 그간 소급보상을 위한 입법적 조치가 이루어져 왔던 것이므로 이번에 개정 특조법에서 그 동안 보상에서 제외되어 왔던 이 사건 토지와 같은 제외지에 대하여 소급보상의 길을 열어 놓음으로써 하천편입토지 소유자 상호간에 실질적인 보상의 형평성을 기하고자 한 것을 두고 특별히 불합리한 처사라고 볼 수는 없다.

(3) 무엇보다 우리 재판소는 그 동안 시혜적 법률의 제정에 있어 입법자에게 인정되는 광범위한 입법형성의 자유로 인해 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없고(헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 623, 640), 또한 시혜적 소급입법을 할 것인지의 여부 역시 입법재량의 문제로서 그 판단은 일차적으로 입법기관에 맡겨져 있으므로, 입법자가 입법목적, 사회실정, 법률의 개정이유나 경위 등을 참작하여 시혜적 소급입법을 할 것인지 여부에 관하여 한 판단은 존중되어야 하기에 그 결정이 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다고 판시하여 왔다(헌재 1995. 12. 28. 95헌마196, 판례집 7-2, 893, 900; 1998. 11. 26. 97헌바65, 판례집 10-2, 685, 694). 이러한 태도에 비추어 보더라도 국가가 과거 이 사건 토지와 같은 제외지에 대한 보상이 철저하지 못하였던 점에 대한 반성의 토대 위에서 스스로 시효 및 판결의 이익을 포기하고 소급보상의 길을 택함으로써 하천편입토지 보상에 관한 실질적인 형평성을 확보하고자 한 입법자의 결정은 마땅히 존중되어야 할 것이고, 그러한 조치를 두고 평등 원칙에 위배된다거나 법원의 심판권을 침해하는 자의적 입법이라고 할 수는 없는 것이다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 심판대상조항들은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 김영일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 관여재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

#### 5. 재판관 김영일의 반대의견

나는 이 사건 심판대상이 되는 법률규정 중 개정 특조법 제2조 제4호, 제3조에 관하여는 다수의견과 그 견해를 같이하지만, 개정 특조법 부칙 제2항 중 ‘이 법 시행당시 … 이미 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 하천편입토지에 대하여도 제2조의 개정규정에 의한 보상대상으로 본다.’는 부분(이하 ‘이 사건 부칙조항’이라고 한다)에 관하여서는 다음과 같은 이유에서 재판의 전제성이 없어 각하되어야 한다고 보므로 다수의견에 반대하는 바이다.

가. 이 사건 부칙조항은 개정 특조법 제2조에 규정된 토지와 관련된 보상금 청구소송을 법원에 제기하였다가 보상대상자가 아니라는 확정판결을 받은 경우에도 위 제2조에 의한 보상대상으로 본다는 규정으로서, 개정 특조법에 의하여 새로이 소송을 제기하더라도 확정판결의 기판력으로 말미암아 보상을 받지 못하는 경우를 구제하기 위하여 기존 확정판결의 기판력을 배제시키는 의미를 가지고 있다. 그러므로 만일 종전에 확정판결이 있었다라도 그 판결의 기판력이 미치지 아니하는 사건에 대하여는 기판력을 배제시킬 아무런 이유가 없어 이 사건 부칙조항이 적용되지 아니한다.

나. 이 사건 토지는 제외지로서 1964. 6. 1. 건설부고시에 의하여 하천구역에 편입되어 국유로 되었다. 이에 안○만은 다른 공동상속인들과 함께 1984년 하천법을 근거로 손실보상금청구소송을 제기하였으나 1995. 9. 27. 서울고등법원에서 패소판결을 받고 이 판결이 확정된 바 있다.

1984년 하천법 부칙 제2조 제1항 후단은 위 법률 시행 전에 하천구역으로 된 토지 중 ① 위 법률 시행 전에 같은 법 제2조 제1항 제2호 가목에 해당되어 하천구역으로 된 토지(유수지 및 유수형적토지) 및 ② 1971년 하천법의 시행으로 국유로 된 제외지 안에 있던 토지를 손실보상의 대상으로 하고 있어, ③ 1971년 하천법 시행 전에 이미 국유로 된 제외지에 대하여는 보상규정을 두지 않았다.

안○만 등이 확정판결을 받았던 손실보상금청구소송은 1984년 하천법 부칙 제2조 제1항 후단에 기하여 제기하였던 소송으로서 위 소송의 소송물은 안○만 등에게 위 부칙조항에 기한 손실보상금청구권이 있는지 여부였고, 안○만 등이 패소한 것은 이 사건 토지가 위 ‘③ 1971년 하천법 시행 전에 이미 국유로 된 제외지’에 해당하여 위 부칙 조항에 의한 보상의 대상이 되지 않은 때 문이었다.

다. 1999년 제정된 구 특조법은 1984년 하천법이 정한 보상대상을 보다 구체화하기는 하였으나 보상대상의 범위는 그대로 이어받았고, 2002년 개정된

개정 특조법에 이르러 비로소 ‘1961년 제정된 구 하천법 시행일부터 1971년 시행일 전에 국유로 된 제외지 안에 있던 토지’(위 ③의 경우와 같음)를 보상의 대상에 추가하였다(개정 특조법 제2조 제4호). 이 사건 토지는 바로 여기에 해당하는 것이다.

당해사건은 개정 특조법에 기하여 청구를 하는 것이고, 그 소송물은 안○만이 개정 특조법 제2조 제4호에 기한 손실보상금청구권이 있는지 여부로서 확정판결이 있었던 위 소송의 소송물과는 다르다.

그러므로 안○만이 이미 받았던 확정판결의 기판력은 그와 소송물을 달리 하는 당해사건에 미치지 아니하고, 따라서 기판력배제를 내용으로 하는 이 사건 부칙조항은 당해사건에 적용되지 아니하며, 안○만은 이 사건 부칙조항이 없더라도 개정 특조법에 기하여 손실보상금청구를 할 수 있다.

라. 그렇다면 이 사건 부칙조항은 당해사건의 재판에 적용되지도 아니할 뿐만 아니라, 이에 대한 위헌결정이 내려진다고 하더라도 그로 인하여 당해사건의 재판결과에 영향을 미치지 아니하기 때문에, 이 사건 부칙조항의 위헌여부는 당해사건 재판의 전제가 되지 아니한다. 그러므로 이 부분 위헌제청은 부적법하여 각하하여야 한다고 보는 것이다.

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

## 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제5조 제1항 위헌제청

(2004. 11. 25. 2004헌가15 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 법률로 부령에 위임을 하는 경우 그 위임입법의 한계
2. 오수처리시설의 방류수수질기준에 대하여 아무런 정함이 없이 이를 환경부령으로 정하도록 위임하고 있는 오수·분뇨및축산폐수의 처리에관한법률 제5조 제1항 중 “오수처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다” 부분이 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 우리 헌법은 제75조와 제95조에서 위임입법의 근거를 마련하는 한편 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 법률로 부령에 위임을 하는 경우라도 적어도 법률의 규정에 의하여 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것이다.

이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 법률조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.

2. 첫째, 수질환경의 여건은 기후변화, 산업발전의 정도와 생활수준의 향상 등과 같은 경제적·사회적 상황에 따라 수시로 변동하는

것이며, 수질환경기준설정은 고도의 전문성·과학성이 필요한 영역으로서 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률이 추구하는 자연환경과 생활환경의 청결 및 수질오염의 감소라는 공익목적에 효율적으로 달성하기 위해서는 방류수수질기준을 환경부령으로 정하여 상황에 맞게 유동적으로 대처할 필요가 있다.

둘째, 환경에 관한 일반법인 환경정책기본법과 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제1조, 제2조 및 제5조를 유기적·체계적으로 고려하여 볼 때, 방류수수질기준의 경우에도 수질오염실태파악을 위한 측정자료로서 환경정책기본법상의 수질환경기준 항목인 수소이온농도, 생물학적산소요구량, 부유물질, 대장균군수 등을 측정항목으로 정할 것으로 충분히 예측할 수 있으며, 측정수치와 관련하여서도 환경기준을 유지할 수 있을 정도의 수준을 요구할 것으로 대강의 예측이 가능하다.

그러므로 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제5조 제1항 중 “오수처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)은 방류수수질기준을 탄력적으로 규제한다는 측면에서 일정 정도의 위임의 불가피성이라는 측면, 그리고 위임의 명확성이나 수범자의 예측가능성이라는 측면에서 보아 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

#### 재판관 김영일의 반대의견

당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적인 해석을 통하여 판단해야 한다는 점을 고려하더라도, 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률의 다른 규정과 환경에 관한 일반법인 환경정책기본법으로부터는 일반적인 수질환경의 측정기준에 관한 사항만 예측할 수 있을 뿐 어느 정도의 범위 내에서 방류수수질이 허용되는지에 대해서는 이를 예측할 수 있는 자료가 전혀 없으며, 이 사건 법률조항은 과태료부과조항인 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제58조 제1항 제1호와 결합하여 과태료를 부과하는 구성요건적 조항이 되므로, 비록 이 사건 법률조항이 형법법규는 아니라 하더라도 이와 유사하게 기본권을 제한하는 요소가 강하다는 점에서, 위임의

명확성에 대하여 형법법규에 버금가는 엄격한 요구를 해야 하는바, 이 사건 법률조항은 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되는 규정으로서 위헌으로 판단되어야 한다.

### 【심판대상조문】

오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5864호로 개정된 것) 제5조 (방류수수질기준) ① 오수처리시설·단독정화조·분뇨처리시설·축산폐수처리시설 및 축산폐수공공처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다.

②, ③ 생략

### 【참조조문】

헌법 제75조, 제95조

수질환경보전법 제8조(배출허용기준) ① 폐수배출시설(이하 “배출시설”이라 한다)에서 배출되는 오염물질의 배출허용기준은 환경부령으로 정한다.

②~⑦ 생략

### 【참조판례】

1. 헌재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8

헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 423

### 【당 사 자】

제청법원 인천지방법원

당해사건 인천지방법원 2004과97 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 위반(과태료 결정에 대한 이의신청)

### 【주 문】

오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5864호로 개정된 것) 제5조 제1항 중 “오수처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상  
가. 사건의 개요

(1) ○○환경산업주식회사는 김포시 양촌면 ○○리 271의 3에서 공장식당을 운영·관리하는 회사로서, 2003. 9. 19. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제5조 및 같은 법 시행규칙 제9조의 규정에 의한 오수처리시설의 방류수수질기준을 위반하였음을 사유로 같은 해 12. 4.경 김포시장으로부터 과태료 2,200,000원을 부과 받았다.

(2) 위 회사가 2004. 1. 3.경 위 과태료처분에 불복하여 이의신청하자, 김포시장은 인천지방법원에 비송사건절차법에 의한 과태료 재판을 하도록 통보하였고, 위 법원은 2004. 3. 19. 원처분과 같은 내용의 결정을 하였다. 이에 위 회사는 이 결정에 대하여 인천지방법원 2004과97호로 이의신청(이하 ‘당해사건’이라고 한다)을 제기하였고, 인천지방법원은 재판의 계속 중 직권으로 위 과태료 사건의 적용법조인 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제5조 제1항이 포괄위임입법금지 원칙에 위배되어 위헌이라고 하면서 위헌제청하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5864호로 개정된 것, 이하 ‘오분법’이라 한다) 제5조 제1항 중 “오수처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다”(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이며(제정법원은 오분법 제5조 제1항 전체에 대하여 위헌제청신청을 하였으나, 당해 사건 이의신청인과 관련되는 것은 제5조 중 ‘오수처리시설’ 부분이므로, 이와 같이 심판의 대상을 한정한다), 심판대상 조문 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

#### 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률

제5조(방류수수질기준) ① 오수처리시설·단독정화조·분뇨처리시설·축산폐수처리시설 및 축산폐수공공처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다.

#### ②~④ 생략

제58조(과태료) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 500만 원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제5조의 규정에 의한 오수처리시설 또는 분뇨처리시설(제35조 제4항 제2호의 규정에 의한 분뇨등처리업자가 설치한 경우에 한한다)의 방류수수질기준을 위반하여 방류한 자(오수처리시설의 경우 준공검사 후 방류수수질검사에 합격할 때까지는 당해 시설의 시공자를 말한다)

오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률시행규칙

제9조(오수처리시설 등의 방류수수질기준) ① 법 제5조 제1항의 규정에 의한 오수처리시설·단독정화조·분뇨처리시설·축산폐수처리시설 및 축산폐수공공처리시설의 방류수수질기준은 별표 1과 같다. 다만, 하수도법 제2조의 규정에 의한 하수종말처리시설 또는 수질환경보전법 제25조의 규정에 의한 폐수종말처리시설에 오수를 유입시켜 처리하는 오수처리시설 및 단독정화조의 경우를 제외한다.

[별표 1] : 별지 참조

수질환경보전법

제8조(배출허용기준) ① 폐수배출시설(이하 “배출시설”이라 한다)에서 배출되는 오염물질의 배출허용기준은 환경부령으로 정한다.

2. 제청법원의 제청신청이유 및 이해관계기관의 의견

가. 제청법원의 제청신청이유

이 사건 법률조항은 ‘오수처리시설·단독정화조·분뇨처리시설·축산폐수처리시설 및 축산폐수공공처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정한다’라고 규정하고 있는바, 이는 오수·분뇨 등의 처리시설을 하는 일반 국민으로 하여금 방류수의 수질 기준에 대하여 어떠한 측정기준에 입각하여 어느 정도의 범위 내에서 오염을 허용하는지에 관한 최소한의 정보 제공하지 아니한 채 입법사항을 포괄적으로 환경부령에 위임함으로써 포괄위임법금지 원칙에 위배되어 위헌이다.

나. 환경부장관의 의견

(1) 환경에 관한 기본법인 환경정책기본법 제10조 제1항 및 제2항에서는 정부가 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 환경기준을 설정하도록 하고, 동법의 위임에 의하여 동법시행령 제2조 및 별표 1에서는 대기·소음·수질에 대하여 환경기준을 설정하고 있는데, 오분법과 관련되는 수질환경 기준으로는 하천·호소·지하수·해역별로 구분하여 각각의 수소이온농도(pH)·생물학적산소요구량(BOD, mg/L)·총대장균군(총대장균군수/100mL)의 구체적인 측정수치를 정하고 있다. 따라서 환경정책기본법상 수질환경기준과 오분법 제1조, 제2조 및 제5조 제2항을 유기적·체계적으로 고려하여 볼 때, 방류수수질기준의 경우에도 수질오염실태파악을 위한 측정자료로서 환경정책기본법상의 수질환경기준 항목인 수소이온농도, 생물학적산소요구량, 부유물질, 대장균군수 등을 측정항목으로 정할 것으로 충분히 예측할

수 있고, 측정수치와 관련하여서는 환경기준을 유지할 수 있을 정도의 수준을 요구할 것으로 대강의 예측이 가능하다.

(2) 수질환경의 여건은 기후변화, 산업발전의 정도와 생활수준의 향상 등과 같은 경제적·사회적 상황에 따라 수시로 변동하는 것으로서 복잡·다양한 양태를 보이고 있어, 오분법이 추구하는 자연환경과 생활환경의 청결 및 수질 오염의 감소라는 공익목적은 효율적으로 달성하기 위해서는 방류수수질기준을 탄력적으로 규제할 필요가 있고, 더욱이 각 처리시설의 운영실태분석, 기술적 처리수준분석, 수질실험결과 분석 등의 과정을 거쳐 산출되는 방류수수질기준을 상세히 정하는 것은 고도의 전문성을 요하여 법률로써 이를 명확하게 규정하기가 입법기술상 불가능하므로 환경부령으로 정하여 상황에 맞게 유동적으로 대처할 필요가 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 포괄위임입법금지원칙에 위배되어 위헌이라고 볼 수 없다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건 법률조항의 개관

##### (1) 수질환경에 관한 법적 규제

우리나라는 환경에 관한 일반법으로 환경정책기본법을 두어 환경정책의 기본이 되는 사항을 정하도록 하고(환경정책기본법 제1조), 수질의 보전과 오염 방지를 위하여 물의 존재위치와 이용 등에 따라 해양, 하천, 지하수, 상수원, 호소 등에 관한 개별법률을 마련하고 있으며, 간접적으로 수질에 영향을 미칠 수 있는 각 오염원별로 법률을 제정하고 있다. 전자에는 하천법, 지하수법, 해양오염방지법, 수도법 등이 있으며, 후자로는 오분법, 수질환경보전법, 하수도법 등이 있다.

이와 같이 수질환경에 관한 법적 규제는 환경정책기본법을 기준으로 하여 다양한 법률로 규율되고 있는데, 환경에 관한 일반법인 환경정책기본법 제10조 제1항은 “정부는 국민의 건강을 보호하고 쾌적한 환경을 조성하기 위하여 환경기준을 설정하여야 하며, 환경여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되도록 하여야 한다”고 규정하고 있고, 이에 따라 환경정책기본법시행령 제2조 및 별표 1에서 수질환경기준을 정하고 있다.

이러한 환경정책기본법상의 수질환경기준은 쾌적한 환경을 조성하여 사람의 건강을 보호하기 위하여 요구되는 환경상의 조건으로서 행정상의 목표가 되어, 오염 방지대책의 근거가 되고, 그 기준을 초과하지 아니하도록 해야 하는 목표가 된다.

한편 환경에 관한 개별 법률에서는 수질환경에 관한 허용한도 및 수인한도를 정하는 기준을 두고 있는데 이는 법적 구속력을 가지는 규제기준으로서 국민 개인이나 사업자를 수범자로 하고, 기준 위반 시에는 형벌 또는 과태료의 제재를 부과한다. 수질환경보전법에서 정하고 있는 폐수배출시설의 배출허용기준 및 오분법에서 정하고 있는 오수처리시설의 방류수수질기준이 이에 해당한다.

(2) 이 사건 법률조항의 내용

오분법은 오수·분뇨 및 축산폐수를 적정하게 처리하여 자연환경과 생활환경을 청결히 하고 수질오염을 감소시킴으로써 국민보건의 향상과 환경보전에 이바지함을 목적으로 하는 법률이다(제1조). 오수라 함은 액체성 또는 고체성의 더러운 물질이 섞이어 그 상태로는 사람의 생활이나 사업활동에 사용할 수 없는 물로서 사람의 일상생활과 관련하여 수세식화장실·목욕탕·주방 등에서 배출되는 것을 말하고, 오수처리시설이라 함은 오수를 심전·분해 등 환경부령이 정하는 방법에 의하여 정화하는 시설(단독정화조 제외)을 말한다(제2조 제1호, 제5호). 오수처리시설의 설치 의무자는 오수를 배출하는 건물 등을 설치하는 자로서, 오수를 하수도법 제2조의 규정에 의한 하수종말처리시설 또는 수질환경보전법 제25조의 규정에 의한 폐수종말처리시설로 유입시켜 처리하는 경우는 제외한다(제9조 제1항).

이 사건 법률조항은 오수처리시설의 방류수수질기준은 환경부령으로 정하도록 하고 있으며, 이에 따라 오분법시행령 제9조 제1항 및 별표 1에서 방류수수질기준을 정하고 있다. 그리고 오수처리시설의 방류수수질기준을 위반하여 방류한 자는 500만 원 이하의 과태료에 처한다(제58조 제1항 제1호).

그런데 위와 같이 이 사건 법률조항은 오수처리시설의 방류수수질기준에 대하여 아무런 정함이 없이 이를 환경부령으로 정하도록 위임하고 있으므로, 이것이 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는지 여부가 문제된다.

나. 이 사건 법률조항의 포괄위임입법금지원칙 위반 여부

(1) 일반론

입법위임의 필요에 의하여 우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고

있다.

한편, 헌법 제95조는 “……행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률……의 위임……으로……부령을 발할 수 있다”고 규정하여, 대통령령의 경우와는 달리 “구체적으로 범위를 정하여”라는 제한을 규정하고 있지 아니하나, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 법률의 위임에 의한 부령의 경우에도 법률의 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률로 부령에 위임을 하는 경우라도 적어도 법률의 규정에 의하여 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것이다.

이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 위임입법의 위와 같은 구체성, 명확성의 요구 정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화된다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591; 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8 등 참조).

또한, 법률조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59; 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 635; 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 423).

## (2) 이 사건 법률조항에 대한 검토

### (가) 위임의 필요성

수질환경의 여건은 기후변화, 산업발전의 정도와 생활수준의 향상 등과 같은 경제적·사회적 상황에 따라 수시로 변동하는 것이다. 또한 오염원의 배출 기준 혹은 방류기준은 수질기준의 달성에 밀접한 영향을 미치므로, 어떤 수질

기준이 설정되어 있는 수역에서 그곳에 오수를 배출하는 오염원의 방류기준이 당해 수질기준을 달성하기에 불충분하게 되면 그 달성에 필요한 보다 엄격한 방류기준이 적용되거나 오염물질의 삭감이 할당된다. 또한 과학이 발달함에 따라 신종 과학물질이 수없이 많이 생산되고 있으며 이러한 신종물질은 건강에 치명적인 영향을 미칠 때가 많이 있으므로, 이러한 경우를 대비할 필요성이 있다.

한편 수질환경기준설정은 고도의 전문성, 과학성이 필요한 영역으로서 오염물질에 대한 위해성 평가와 환경역학, 환경독성학 등의 과학적 연구방법을 통하여 그 기준설정의 근거를 마련해야 하며, 건강에 영향을 미치는 신종 물질에 대한 연구 또한 필요하다. 환경정책기본법의 수질환경기준은 오염물질에 대한 위험성확인, 노출평가, 용량반응평가 및 위해도 결정 등의 위해성 평가에 따라 준거치(criteria)를 정하고, 위해성 관리 측면에서 수질환경기준을 설정한다고 한다. 구체적인 오분법상의 방류수수질기준 역시 각 처리시설의 운영실태분석, 기술적 처리수준분석, 수질실험결과 분석 등의 과정을 거쳐 산출되는 것으로서 고도의 전문성을 요하여 법률로써 이를 일반·추상적으로 명확하게 규정하기가 입법기술상 불가능하다.

이와 같이 수질환경은 수시로 변화하고, 고도의 전문성, 과학성을 지닌 영역으로서, 오분법이 추구하는 자연환경과 생활환경의 청결 및 수질오염의 감소라는 공익목적은 효율적으로 달성하기 위해서는 방류수수질기준을 환경부령으로 정하여 상황에 맞게 유동적으로 대처할 필요가 있다.

(나) 위임의 명확성, 수법자의 예측가능성에 대한 평가

오분법은 환경에 관한 일반법인 환경정책기본법과 함께 파악하여야 한다. 방류수수질기준을 정하고 있는 오분법 제5조 제3항에서 “시·도는 환경정책기본법 제10조 제3항의 규정에 의한 환경기준의 유지가 곤란하다고 인정하는 때에는 당해 지방자치단체의 조례로 제1항의 기준보다 엄격한 방류수수질기준을 정할 수 있다”고 규정하고 있는 것과 같이, 오분법은 환경정책기본법과 결합하여 수질환경에 관한 사항을 규율하고 있다고 볼 수 있기 때문이다.

환경정책기본법 제10조 제1항 및 같은 법 시행령 제2조 및 별표 1에서 정하고 있는 수질환경기준은 수질오염으로부터 수역의 자연상태와 수자원의 질을 보전할 목적으로, 하천, 호소, 지하수, 해역으로 나누어 그 기준을 제시하고 있는데, 하천의 수질환경의 기본항목은 수소이온농도(pH)·생물학적산소요구량(BOD, mg/L)·부유물질량(SS, mg/L)·용존산소량(DO, mg/L)·총대

장균군(총대장균군수/100mL)의 생활환경 항목 5개 및 건강보호 항목 9개 등 총 14개 항목으로 구성되어 있다.

따라서 환경정책기본법상 수질환경기준과 오분법 제1조, 제2조 및 제5조를 유기적·체계적으로 고려하여 볼 때, 방류수수질기준의 경우에도 수질오염실태과악을 위한 측정자료로서 환경정책기본법상의 수질환경기준 항목인 수소이온농도, 생물학적산소요구량, 부유물질, 대장균군수 등을 측정항목으로 정할 것으로 충분히 예측할 수 있다.

한편, 측정수치와 관련하여서는 환경기준을 유지할 수 있을 정도의 수준을 요구할 것으로 대강의 예측이 가능하고, 위에서 본 바와 같이 수질환경의 여건이 수시로 변하고, 오수처리시설의 방류수수질기준은 여타의 수질기준과 연동하여 변화하는 점을 생각할 때, 더 이상의 구체적인 수치를 법률에서 일일이 나열하는 것은 수질환경의 변화에 따라 유동적으로 대처한다는 오분법의 취지에 비추어 타당하지 않다.

### (3) 소 결

그러므로 이 사건 법률조항은 방류수수질기준을 탄력적으로 규제한다는 측면에서 일정 정도의 위임의 불가피성이라는 측면, 그리고 위임의 명확성이나 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 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

### 5. 재판관 김영일의 반대의견

나는 아래에서 밝히는 바와 같은 이유로, 이 사건 법률조항이 헌법 제75조 및 제95조에 규정된 포괄위임금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 보는 바이다.

#### (1) 포괄위임금지의 원칙의 의미

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하고, 헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 행정입법의 근거를 마련함과 동시에 입법권의 위임

은 “구체적으로 범위를 정하여” 하도록 하여 입법위임의 명확성을 요구하고 있다. 즉, 행정부도 위임받은 입법권을 행사할 수 있으나, 단 행정부에 의한 입법권의 행사는 수권법률이 명확하다는 전제 하에서만 가능한 것이다.

입법권은 원칙적으로 입법자에 속하나, 입법자가 엄청나게 증가한 규율의 수요를 충족시키기에는 역부족이므로, 현대의 사회적 법치국가에서 입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고 입법자에게 부여된 본연의 과제를 충실히 이행할 수 있도록 하기 위하여 불가피하다. 입법권의 위임은 입법자의 지위와 기능을 약화시키는 것이 아니라, 입법자의 업무를 경감하여 입법자가 공동체의 중요한 정치적 결정에 전념케 함으로써 입법권의 의미있는 사용을 가능하게 하는 것이다. 따라서 입법영역에서의 입법자와 행정부 사이의 과제배분은 불가피하며, 다만, 입법권의 위임과 관련된 위험 즉, 입법권의 포기를 방지하여 입법자의 책임과 기능을 확보하는 것이 중요하다. 헌법 제75조 및 제95조는 “의회의 업무부담을 경감해야 할 필요성”과 “행정부의 규율권한을 입법부의 의사에 종속시킴으로써 행정입법의 민주적 정당성을 확보해야 한다는 요청”을 함께 고려하여 조화를 이룬 결과라 할 수 있다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바49, 판례집 15-2하, 502, 526).

(2) 포괄위임여부를 판단하는 일반적 기준

헌법재판소는 헌법 제75조 및 제95조의 ‘입법위임의 명확성원칙’과 관련하여 일관되게, “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.”고 하여 예측가능성의 이론에서 출발하고 있다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598, 607). 또한 헌법재판소는 “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 판시함으로써 “법률의 명확성여부는 일반적 법률해석방법에 의하여 판단된다.”는 중요한 기준을 제시하고 있다(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 164). 뿐만 아니라, 헌법재판소는 “위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규제 대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. ……기본권침해영역에서는 급부행정 영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성요건이 완화되

어야 한다.”고 판시하여 행정부에 입법권을 위임하는 수권법률의 명확성을 판단함에 있어서 규율대상의 특성에 따라 심사의 엄격성이 달라져야 한다는 것을 밝혔다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 30 참조).

요컨대, 수권법률의 명확성의 정도에 대한 요구는 일반적으로 확정될 수 있는 성질의 것이 아니라, “규율하고자 하는 생활영역이 입법자로 하여금 어느 정도로 상세하고 명확하게 규정하는 것을 가능하게 하는가.”하는 규율대상의 특수성 및 수권법률이 당사자에 미치는 규율효과에 따라 다르다. 즉, 다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면, 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없으며, 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구된다는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항이 헌법 제95조의 ‘포괄위임금지의 원칙’에 위반되는지 여부

이 사건 법률조항은 오수처리시설을 하는 일반국민으로 하여금 방류수의 수질 기준에 대하여 어떠한 측정기준에 입각하여 어느 정도의 범위 내에서 오염을 허용하는지에 관한 최소한의 정보도 제공하지 아니한 채 이를 포괄적으로 환경부령에 위임하고 있다. 즉, 이 사건 법률조항은 행정부에 입법권을 위임하면서 행정부가 위임된 입법권을 행사함에 있어서 준수해야 할 기본방침을 전혀 제시하고 있지 않으므로, 헌법 제75조의 요청에 부합하는지 하는 의문이 제기된다.

먼저, 이 사건 법률조항이 규율하는 방류수수질기준은 다수의견이 지적하는 바와 같이 수질환경을 비롯한 여타의 사회·경제적 환경에 따라 그 기준이 수시로 변할 수 있고, 수질환경기준설정은 고도의 전문성, 과학성이 필요한 영역이므로, 규율대상의 특수성은 인정된다.

그런데 방류수수질기준은 무엇을 준거로 하여 측정되는지, 그리고 어느 정도의 오염을 허용하는지의 두 가지 의미를 가지고 있으므로, 이 사건 법률조항은 이 두 가지 사항을 행정입법에 위임하는 것이다. 그러나 입법권을 위임하는 법률이 충분히 명확한지 여부를 당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적인 해석을 통하여 판단해야 한다는 점을 고려하더라도, 오분법의 다른 규정과 환경에 관한 일반법인 환경정책기본법으로부터는 일반적인 수질환경의 측정기준에 관한 사항만 예

측할 수 있을 뿐 어느 정도의 범위 내에서 방류수수질이 허용되는지에 대해서는 이를 예측할 수 있는 자료가 전혀 없다. 다수의견은 “측정수치와 관련하여서는 환경기준을 유지할 수 있을 정도의 수준을 요구할 것으로 대강의 예측이 가능하다.”고 하고 있으나, 오분법의 규정 및 환경정책기본법의 규정을 살펴보아도 환경기준을 유지할 수 있을 정도의 수준이 어느 정도인지를 예측하기 어렵다.

그러므로 이 사건 법률조항은 입법권의 위임과 관련된 위험 즉, 입법권의 포기를 방지하여 입법자의 책임과 기능을 확보하는 것이 중요하다는 관점에서 볼 때, 위임입법의 한계를 벗어난 것이다.

더욱이 이 사건 법률조항의 오수처리시설의 방류수수질기준을 위반하여 오수를 방류한 경우 이 사건 법률조항은 과태료부과조항인 오분법 제58조 제1항 제1호와 결합하여 과태료를 부과하는 구성요건적 조항이 되므로, 비록 이 사건 법률조항이 형법법규는 아니라 하더라도 이와 유사하게 기본권을 제한하는 요소가 강하다는 점에서 위임의 명확성에 대하여 형법법규에 버금가는 엄격한 요구를 해야 한다고 생각한다. 즉, 위임법률에 의한 기본권제한의 효과가 크므로, 당사자는 규율의 내용에 관하여 보다 확실하게 파악해야 할 필요성이 있는 것이다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌바49, 판례집 15-2하, 502, 528 참조).

결론적으로 이 사건 법률조항으로부터 환경부령이 정할 내용의 대강을 전혀 예측할 수 없고, 다른 한편으로는 오수처리시설의 방류수수질기준에 관하여 전적으로 행정부에 위임하는 것을 정당화하는 합리적인 사유를 발견할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 입법위임의 명확성을 요청하는 헌법 제75조에 위반되는 규정으로서 위헌으로 판단되어야 한다.

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

[별지]

(오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률시행규칙)

[별표 1] <개정 1999. 8. 9, 2002. 12. 14.>

방류수수질기준(제9조 제1항 관련)

1. 오수처리시설 및 단독정화조의 방류수수질기준

지역	구분		단독정화조	오수처리시설
	항목			
수변구역	생물화학적 산소요구량제거율(%)		65 이상	-
	생물화학적 산소요구량(mg/ℓ)		100 이하	10 이하
	부유물질량(mg/ℓ)		-	10 이하
특정지역	생물화학적 산소요구량 제거율(%)		65 이상	-
	생물화학적 산소요구량(mg/ℓ)		100 이하	20 이하
	부유물질량(mg/ℓ)		-	20 이하
기타지역	생물화학적 산소요구량 제거율(%)		50 이상	-
	생물화학적 산소요구량(mg/ℓ)		-	20 이하
	부유물질량(mg/ℓ)		-	20 이하

토양침투처리방법에 의한 단독정화조의 방류수수질기준은 다음과 같다.

가. 1차 처리장치에 의한 부유물질 50퍼센트 이상 제거

나. 1차 처리장치를 거쳐 토양침투시킬 때의 방류수의 부유물질량 250mg/ℓ 이하

골프장 및 스키장에 설치된 오수처리시설의 방류수수질기준은 생물화학적 산소요구량 10mg/ℓ 이하, 부유물질량 10mg/ℓ 이하로 한다. 다만, 숙박시설이 있는 골프장에 설치된 오수처리시설의 방류수수질기준은 생물화학적 산소요구량 5mg/ℓ 이하, 부유물질량 5mg/ℓ 이하로 한다.

- 비고 : 1. 이 표에서 수변구역은 영 제2조의2 제3호에 해당하는 구역으로 하고, 특정지역은 영 제2조의2 제1호·제2호 및 제4호 내지 제7호에 해당하는 구역 또는 지역으로 한다.
2. 수변구역 또는 특정지역이 하수도법 제6조의 규정에 의한 인가를 받은 하수종말처리시설, 동법 제6조의2의 규정에 의한 협의를 마친 마을하수도 또는 수질환경보전법 제26조의 규정에 의한 승인을 얻은 폐수종말처리시설의 예정처리구역에 해당되는 경우에는 당해 지역에 설치된 단독정화조에 대하여 기타지역의 방류수수질 기준을 적용한다.
  3. 특정지역이 수변구역으로 변경된 경우에는 변경당시 당해 지역에 설치된 오수처리시설 및 단독정화조에 대하여 그 변경일로부터 3년까지는 특정지역의 방류수수질 기준을 적용한다.
  4. 기타지역이 수변구역 또는 특정지역으로 변경된 경우에는 변경당시 당해 지역에 설치된 오수처리시설 및 단독정화조에 대하여 그 변경일로부터 3년까지는 기타지역의 방류수수질 기준을 적용한다.

## 지방공무원법 제62조 제1항 제3호 위헌소원

(2004. 11. 25. 2002헌바8 전원재판부)

### 【판시사항】

지방자치단체의 직제가 폐지된 경우에 해당 공무원을 직권면직할 수 있도록 규정하고 있는 지방공무원법 제62조 제1항 제3호가 직업공무원제도를 위반하는 것인지 여부(소극)

### 【결정요지】

지방공무원법 제62조 제1항 제3호에서 지방자치단체의 직제가 폐지된 경우에 행할 수 있도록 하고 있는 직권면직은 행정조직의 효율성을 높이기 위한 제도로서 행정수요가 소멸하거나 조직의 비대화로 효율성이 저하되는 경우 불가피하게 이루어지게 된다. 한편, 우리 헌법 제7조가 정하고 있는 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하며 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되도록 하는 공직구조에 관한 제도로 공무원의 정치적 중립과 신분보장을 그 중추적 요소로 한다. 이러한 직업공무원제도하에서 입법자는 직제폐지로 생기는 유희인력을 직권면직하여 행정의 효율성 이념을 달성하고자 할 경우에도 직업공무원제도에 따른 공무원의 권익이 손상되지 않도록 조화로운 입법을 하여야 하는데, 직제가 폐지되면 해당 공무원은 그 신분을 잃게 되므로 직제폐지를 이유로 공무원을 직권면직할 때는 합리적인 근거를 요하며, 직권면직이 시행되는 과정에서 합리성과 공정성이 담보될 수 있는 절차적 장치가 요구된다.

그런데 국가와 공공단체의 공직에 관한 인력수급계획에 관해서 입법자는 국가와 공공단체가 해결해야 할 공적과제의 양, 예산규모, 인력수급정책 등을 종합적으로 고려하여 폭넓은 재량권을 가지고 입법을 할 수 있는바, 지방자치법 제102조, 제103조, 제8조 제2항 등에

의하면 행정조직의 개폐는 지방자치법에서 정하고 있는 사무범위와 사무배분기준 등에 따라 다른 지방자치단체와 균형을 해치지 않고 행정조직의 운영이 합리적으로 이루어질 수 있는 적정 정원의 규모를 보장하는 범위 내에서 이루어져야 할 것이므로 이 사건 직제폐지는 최소한의 합리성을 담보할 수 있는 근거를 가지고 행해진다 할 것이다.

한편, 행정조직의 개폐에 관한 문제에 있어 입법자가 광범위한 입법형성권을 가진다 하더라도 행정조직의 개폐로 인해 행해지는 직권면직은 보다 직접적으로 해당 공무원들의 신분에 중대한 위협을 주게 되므로 직제 폐지 후 실시되는 면직절차에 있어서는 보다 엄격한 요건이 필요한데, 이와 관련하여 지방공무원법 제62조는 직제의 폐지로 인해 직권면직이 이루어지는 경우 임용권자는 인사위원회의 의견을 듣도록 하고 있고, 면직기준으로 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려하도록 하고 있으며, 면직기준을 정하거나 면직대상을 결정함에 있어서 반드시 인사위원회의 의결을 거치도록 하고 있는바, 이는 합리적인 면직기준을 구체적으로 정함과 동시에 그 공정성을 담보할 수 있는 절차를 마련하고 있는 것이라 볼 수 있다. 그렇다면 이 사건 규정이 직제가 폐지된 경우 직권면직을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하더라도 이것이 직업공무원제도를 위반하고 있다고는 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

지방공무원법(1998. 9. 19 법률 제5568호로 개정된 것) 제62조(직권면직) ① 공무원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 임용권자는 직권에 의하여 이를 면직시킬 수 있다.

1. 삭제
  2. 삭제
  3. 지방자치단체의 폐지·분합 및 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 된 때
  - 4.~8. 생략
- ②~⑤ 생략

### 【참조조문】

지방공무원법 제1조(목적) 이 법은 지방자치단체의 공무원(지방자치단체의 경비로써

부담하는 지방공무원을 말하며, 이하 “공무원”이라 한다)에게 적용할 인사행정의 근본기준을 확립하여 지방자치행정의 민주적이며 능률적인 운영을 도모함을 목적으로 한다.

지방공무원법 제60조(신분보장의 원칙) ① 공무원은 형의 선고·징계 또는 이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만, 1급공무원은 그러하지 아니하다.

② 삭제

지방공무원법 제62조(직권면직) ① 생략

② 임용권자는 제1항의 규정에 의하여 면직시킬 경우에는 미리 당해 인사위원회의 의견을 들어야 한다. 다만, 제1항 제7호의 규정에 의하여 면직시킬 경우에는 당해 인사위원회의 동의를 얻어야 하며, 시·군·구의 5급 이상 공무원은 시·도인사위원회의 동의를 얻어야 한다.

③ 임용권자는 제1항 제3호의 규정에 의하여 소속공무원을 면직시킬 때에는 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려하여 면직기준을 정하여야 한다.

④ 제3항의 면직기준을 정하거나 제1항 제3호의 규정에 의하여 면직대상자를 결정함에 있어서는 미리 당해 인사위원회의 의결을 거쳐야 한다.

⑤ 생략

지방공무원법 제67조(처분사유설명서의 교부 및 심사의 청구) ① 임용권자가 공무원에 대하여 징계처분을 행할 때와 강임·휴직·직위해제 또는 면직처분을 행할 때에는 그 공무원에게 대하여 처분의 사유를 기재한 설명서를 교부하여야 한다. 다만, 본인의 원에 의한 강임·휴직 또는 면직처분의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의한 설명서의 교부를 받은 공무원이 그 처분에 불복이 있을 때에는 설명서를 받은 날부터 공무원이 제1항에서 정한 처분 이외의 그 의사에 반하는 불이익처분을 받았을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날부터 각각 30일 이내에 심사위원회에 대하여 당해 처분의 심사를 청구할 수 있다. 이 경우에는 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다.

③ 본인의 의사에 반하여 파면 또는 해임이나 제62조 제1항 제7호의 규정에 의한 면직처분을 하였을 때에는 그 처분을 한 날부터 40일 이내에는 후임자의 보충발령을 하지 못한다. 다만, 인력관리상 후임자를 보충하여야 할 불가피한 사유가 있는 경우(제4항의 규정에 의한 가결정을 행한 경우를 제외한다)에는 당해 인사위원회의 의결을 거쳐 후임자의 보충발령을 할 수 있다.

④ 제2항의 규정에 의한 소청심사청구가 파면 또는 해임이나 제62조 제1항 제7호의 규정에 의한 면직처분으로 인한 경우에는 심사위원회는 그 청구를 접수한 날로부터 5일 이내에 당해 사건의 최종결정이 있을 때까지 후임자의 보충발령을 유예하게 하는 가결정을 할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 의하여 심사위원회가 가결정을 한 경우에는 가결정을 한 날로부터 20일 이내에 최종결정을 하여야 하며, 임용권자는 그 최종결정이 있을 때까지 후임자를 보충발령하지 못한다.

⑥ 심사위원회는 제4항의 규정에 의한 가결정을 한 경우를 제외하고는 소청심사청구를 접수한 날로부터 60일 이내에 이에 대한 결정을 하여야 한다. 다만, 심사위원회의 의결이 불가피하다고 인정되는 경우에는 30일을 연장할 수 있다.

지방자치법 제8조(사무처리의 기본원칙) ① 생략

② 지방자치단체는 조직 및 운영의 합리화에 노력하고 그 규모의 적정화를 도모하여야 한다.

③ 생략

지방자치법 제102조(행정기구) ① 지방자치단체의 행정사무를 분장하기 위하여 필요한 행정기구를 두되, 시·도에 있어서는 대통령령이 정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하고, 시·군 및 자치구에 있어서는 대통령령이 정하는 기준에 따라 시·도지사의 승인을 얻어 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

② 생략

지방자치법 제103조(지방자치단체의 공무원) ① 지방자치단체에는 당해 지방자치단체의 경비로써 부담하는 지방공무원을 두되, 그 정원은 대통령령이 정한 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다.

② 지방자치단체는 제1항의 지방공무원의 정원관리에 있어서 그 규모의 적정화와 운영의 합리화를 도모하여야 한다.

③~⑤ 생략

근로기준법 제31조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.

② 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다.

③ 사용자는 제2항의 규정에 의한 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 “근로자대표”라 한다)에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다.

④ 사용자는 제1항의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 일정규모이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관에게 신고하여야 한다.

⑤ 생략

## 【참조판례】

헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 409

헌재 2004. 11. 25. 2002헌바8

헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557

헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224

헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 755-756

헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-353

헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 444-445

## 【당 사 자】

청 구 인 김○훈 외 2인

대리인 변호사 임선숙

당해사건 광주지방법원 2001구1672호 직권면직처분취소

## 【주 문】

지방공무원법 제62조 제1항 제3호(1998. 9. 19. 법률 제5568호로 개정된 것) 중 ‘지방자치단체의 직제 개폐에 의하여 폐직된 때’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 1990.경 지방공무원으로 임용된 후 광주광역시 산하의 광주광역시 상수도사업본부(이하 ‘상수도사업본부’라 한다)에 배치되어 근무하던 중 정부의 구조조정계획에 따라 2000. 12. 29. 광주광역시 상수도사업본부장에 의하여 직권면직되기까지 지방조무원 검침원으로 복무하던 자들인데, 이들은 광주광역시가 1998. 9.경 광역시지방공무원정원조례(조례 제2818호), 동시행규칙(규칙 제2300호), 광주광역시지방공무원정원배정규정(훈령 제743호)을 공포하여 광주광역시 상수도 검침업무를 수행하던 조무원직제를 폐지하고, 총정원을 축소하게 되자 직권면직 처분을 당하게 된 것이다.

(2) 이에 청구인들은 2001. 6. 8.경 광주광역시 상수도사업본부장을 상대로 위 처분의 취소를 구하는 직권면직처분취소소송을 제기하였고, 광주지방법원 2001구1672호로 계속중인 위 직권면직처분취소소송에서 직권면직처분의 근거가 된 지방공무원법 제62조 제1항 제3호 규정이 헌법 제7조의 직업공무원제도 등에 위배된다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으며, 이 신청이

기각되자 2002. 1. 24. 위 규정에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 지방공무원법 제62조 제1항 제3호(1998. 9. 19. 법률 제 5568호로 개정된 것) 중 ‘지방자치단체의 직제 개폐에 의하여 폐직된 때’ 부분 (이하 ‘이 사건 규정’이라 한다. 청구인들은 위 규정 3호 전체에 대해 위헌제청신청을 하였으나 청구인들에게 문제가 된 면직처분은 위 3호 중 지방자치단체의 직제 개폐 부분 만이므로 심판대상을 이에 한정한다) 그 내용과 관계 규정의 내용은 다음과 같다.

제62조(직권면직) ① 공무원이 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 임용권자는 직권에 의하여 이를 면직시킬 수 있다.

3. 지방자치단체의 폐지·분합 및 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 된 때

② 임용권자는 제1항의 규정에 의하여 면직시킬 경우에는 미리 당해 인사위원회의 의견을 들어야 한다. 단서 생략.

③ 임용권자는 제1항 제3호의 규정에 의하여 소속공무원을 면직시킬 때에는 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려하여 면직기준을 정하여야 한다.

④ 제3항의 면직기준을 정하거나 제1항 제3호의 규정에 의하여 면직대상자를 결정함에 있어서는 미리 당해 인사위원회의 의결을 거쳐야 한다.

제1조(목적) 이 법은 지방자치단체의 공무원(지방자치단체의 경비로써 부담하는 지방공무원을 말하며, 이하 “공무원”이라 한다)에게 적용할 인사행정의 근본기준을 확립하여 지방자치행정의 민주적이며 능률적인 운영을 도모함을 목적으로 한다.

제60조(신분보장의 원칙) ① 공무원은 형의 선고·징계 또는 이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만, 1급공무원은 그러하지 아니하다.

제67조(처분사유설명서의 교부 및 심사의 청구) ① 임용권자가 공무원에 대하여 징계처분을 행할 때와 강임·휴직·직위해제 또는 면직처분을 행할 때에는 그 공무원에게 대하여 처분의 사유를 기재한 설명서를 교부하여야 한다. 다만, 본인의 원에 의한 강임·휴직 또는 면직처분의 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의한 설명서의 교부를 받은 공무원이 그 처분에 불복이 있을 때에는 설명서를 받은 날부터 공무원이 제1항에서 정한 처분 이외의 그의 의사에 반하는 불이익처분을 받았을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날부터 각각 30일 이내에 심사위원회에 대하여 당해 처분의 심사를 청구할 수 있다. 이 경우에는 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다.

2. 청구인의 주장과 법원의 위헌제청신청 기각 이유 및 관계기관의 의견가. 청구인의 주장

(1) 지방자치단체의 폐치·분합권과 예산안의 심의·확정권을 모두 국회가 가지고 있는 현실에서 이 사건 규정은 기존 지방자치단체 조직의 폐치·분합에 대한 구체적이고 합리적인 기준을 설정함이 없이 ‘지방자치단체의 직제의 개폐에 의하여 폐직 또는 과원이 생긴 때’ 지방자치단체 공무원을 직권면직할 수 있도록 하고 있는 바, 이는 정권교체에 따른 국정운영의 중단과 혼란을 방지하여 일관되고 안정적인 공무를 수행한다는 직업공무원제도의 본질을 훼손하는 것이다.

(2) 객관적인 사유에 의한 직업의 자유 제한은 명백하고 현존하는 위험이 존재하는 경우에 한하여 그 합헌성이 인정된다고 할 것인바, 이 사건 규정은 직권면직을 최소화할 수 있는 정당한 기준 설정이나 방법의 강구 없이 업무의 공공성을 고려하지 않은 채 검침사업을 민간에 위탁하여 기존 검침원들을 직권면직할 수 있도록 하고 있으므로 직업의 자유를 침해하는 것이다.

(3) 광주광역시 본청 공무원과 사업소 공무원은 동일한 지방자치단체에 소속된 공무원인데 본청 산하 사업소 직제가 폐지되었다 하여 사업소 공무원만 직권면직대상자로 선정하는 것은 우연히 사업소에 배정되어 근무하였다는 이유만으로 공무원직을 상실케하는 것으로서 평등원칙에 위반된다고 할 것이고, 국가의 행정작용은 법률에 따라 이루어져야 하는데도 공공의무를 민간위탁계약에 의해 처리하는 것은 법치행정의 원리를 위반하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

지방자치단체의 폐치·분합 및 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등으로 폐직이나 과원이 발생했음에도 불구하고 이를 그대로 유지하는 것은 저비용, 고효율의 정부를 실현하기 위한 목적에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 지방공무원법 제62조 제3항, 제4항은 임용권자가 이 사건 규정의 소속공무원을 면직시킬 때 임용형태, 업무실적, 직무수행능력, 징계처분사실 등을 고려하도록 하고 있고, 면직대상자를 결정함에 있어서 미리 당해 인사위원회의 의결을 거

치도록 하고 있으므로 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 않는다.

다. 행정자치부장관의 의견

직업공무원제도는 헌법이 보장하는 제도보장의 하나로 입법자는 직업공무원제도에 관하여 최소한 보장의 원칙의 한계 내에서 폭넓은 입법형성의 자유를 가지는 바, 지방자치단체의 폐지 등에 의하여 폐직이 생긴 경우 이에 해당하는 공무원을 직권면직 할 수 있도록 하는 것은 직업공무원제도의 본질을 침해하는 것이라 보기 어렵고, 지방자치단체의 폐지, 분합 및 직제와 정원의 개폐, 예산의 증감은 행정조직의 효율적 운용이나 예산의 효율화와 같은 국가목적이나 공공의 이익을 위한 것으로 이로 인해 발생하게 되는 관련 공무원의 면직처분은 어쩔 수 없는 불가피한 것으로서 직업의 자유를 침해한다고 볼 수 없으며, 헌법 제11조의 평등은 상대적 평등을 의미하는 것으로서 이 사건 면직이 평등원칙 위반이라고 할 수 없고, 지방자치단체의 사무위탁은 지방자치법 제95조 제3항에 의거하여 이루어지는 것인바, 이것이 법치행정원리에 위반된다고 볼 수도 없다.

3. 판 단

가. 이 사건에서 문제되는 헌법 위반

청구인들은 이 사건 규정이 직업공무원제도를 위반하고 있다고 주장하면서, 직업의 자유 침해도 함께 주장한다.

그런데 국민이 선택하고 수행하고자 하는 직업이 공직인 경우에는 공무담임권과 결부되고 그것을 통하여 실현되므로 공직의 경우 공무담임권은 직업선택의 자유에 대한 특별기본권이어서 후자의 적용을 배제한다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 409). 따라서 청구인들이 직업의 자유 침해를 주장하고 있다고 하더라도 헌법재판소는 그 주장에 구애됨이 없이 공무담임권 침해 여부를 판단할 수 있다.

한편, 헌법 제25조는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.’라고 규정하여 국민에게 선거직공무원을 비롯한 모든 국가기관 및 지방자치단체의 공직에 취임할 수 있는 권리를 내용으로 하는 공무담임권을 보장하고 있다(헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557). 공무담임권을 보장한다는 것은 모든 국민이 현실적으로 국가나 공공단체의 직무를 담당할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받는 것, 즉 공직취임의 기회를 자의적으로 배제당하지 않음을 의미한다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224).

그러므로 직업공무원의 경우에는 능력에 따라 임용될 수 있는 균등한 기회가 보장되어야 하며, 직무수행능력과 무관하게 예컨대 성별·종교·사회적 신분·출신지역 등을 기준으로 선발하는 것은 원칙적으로 자의적인 차별로서 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 된다(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 755-756).

공무담임권이 위와 같은 내용을 가진다고 할 때 이 사건 규정을 공무담임권 침해 문제로 판단할 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 그런데 직제가 폐지된 경우 임용권자가 직권으로 면직할 수 있도록 하고 있는 이 사건 규정은 공무원의 공직취임문제와는 거의 관련이 없고 이미 공무원으로 임용된 자의 그 신분 상실과 관련된다할 것이다. 그리고 공무원의 신분상실 문제는 직업공무원제도의 중심을 이루는 공무원 신분보장의 문제로서 공무원의 신분을 박탈함에 있어서는 당해 공무원이 불합리하게 그의 권리나 이익을 침해당하지 않도록 보호해야 한다는 것을 내용으로 한다. 따라서 이 사건 규정의 직권면직에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 공무담임권 침해 문제가 아닌 직업공무원제도 위반 문제만을 판단하는 것으로 족하다.

그밖에 청구인들은 광주광역시에 소속된 조무원들도 청구인들과 신분상 동일한 조무원이므로 이 사건 직권면직대상에 포함시켰어야 하나 이들을 그 대상에 포함시키지 않고 상수도사업본부에 근무하는 조무원만을 면직대상에 포함시킨 것은 평등원칙 위반이며, 이 사건 수도검침 업무와 같은 공공업무를 민간위탁계약에 의해 처리하는 것은 법치행정원리의 위반이라고 주장한다. 그러나 위 주장들은 이 사건 규정의 위헌성 여부와는 직접적으로 관련이 없는 주장이므로 이에 대해서는 별도로 판단하지 않는다.

#### 나. 직업공무원제도 위반 여부

(1) 직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 이러한 직업공무원제도를 운영함에 있어서는 인사의 공정성을 유지하는 장치가 중요하지만 특히 공무원의 정치적 중립과 신분보장은 그 중추적 요소라고 할 수 있다. 그러나 보장이 있으므로 해서 공무원은 어떤 특정정당이나 특정상급자를 위하여 충성하는 것이 아니고 국민전체에 대한 공복으로서 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 되는 것으로 이는 당해 공무원의 권리나 이익의 보호에 그치지 않고 국가통

치 차원에서의 정치적 안정의 유지와 공무원으로 하여금 상급자의 불법 부당한 지시나 정실에 속박되지 않고 오직 법과 정의에 따라 공직을 수행하게 하는 법치주의의 이념과 고도의 합리성, 전문성, 연속성이 요구되는 공무의 차질 없는 수행을 위한 것이다(헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-353).

우리 헌법 제7조가 보장하고 있는 이러한 직업공무원제도는 주관적 권리가 아닌 객관적 법규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 일단 헌법에 의해 제도로서 보장된 이상 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 그 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 444-445).

헌법 제7조에 따른 공무원의 신분보장을 정하고 있는 법률로는 지방공무원법과 국가공무원법 등이 있고, 지방공무원법 제60조와 국가공무원법 제68조는 ‘공무원은 형의 선고·징계 또는 이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강입 또는 면직을 당하지 아니한다’는 내용을 규정하고 있다. 이 사건 규정은 바로 위 지방공무원법 제60조의 ‘이 법이 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 면직을 당하지 않는다’는 규정을 구체화한 것으로서 ‘지방자치단체의 직제 개폐에 의하여 폐직된 때’를 직권면직의 사유로 정하고 있는바, 이 직권면직은 법률에서 정한 일정한 사유가 발생한 경우에 공무원 본인의 의사와 관계없이 임용권자가 일방적으로 해당 공무원에 대해 면직을 행할 수 있는 제도로 행정조직의 효율성을 높이기 위한 제도이다.

(2) 기본적으로 공무원은 공익실현을 위해 국가나 지방자치단체가 고용한 자들이므로 이들을 통해 실현하고자 하는 공익이 사후적인 사정의 변화로 사라지거나 축소된 경우 그 고용의 필요성도 사라지게 될 것이다. 따라서 이들이 담당할 공적 업무의 존재는 공무원 신분을 유지하고 근로를 계속 제공할 수 있는 전제조건이 되는데, 그 전제조건인 변화로 유희 인력이 발생하게 되면 행정의 효율성 차원에서 이들에 대한 정리가 부득이하게 실행될 수 있다.

더구나 공무원의 정치적 중립과 신분보장을 통해 행정의 계속성과 안정성을 확보하여 국가기능의 효율성을 증대하고자 하는 직업공무원제도가 그 본래의 취지와 달리 공무원 개인에게 평생직업을 보장하는 장치로 변질되어 행정의 무능과 국가 기능의 비효율을 초래해서는 안된다는 점과 국가경영의 경

비부담 주체가 국민이고 공무원은 국민전체에 대한 봉사자라는 점을 감안하면, 행정의 효율성 및 생산성 제고 차원에서는 행정수요가 소멸하거나 조직의 비대화로 효율성이 저하되는 경우 직제를 폐지하거나 인원을 축소하는 것은 불가피한 선택에 해당할 것이다.

(3) 그런데 한편, 위에서 본 것처럼 우리 헌법은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원의 신분이 보장되도록 하는 직업공무원제도를 두고 있으므로 국가나 지방자치단체가 행정조직을 운영하기 위해 공무원을 확보, 유지, 관리함에 있어서 효율성만을 추구할 수는 없다. 지방공무원법과 국가공무원법이 행정의 민주성과 능률성 확보를 그 목적(각 제1조)으로 하면서도, 지방공무원법 제60조와 국가공무원법 제68조에 공무원 신분보장에 관한 규정을 두고 있는 것은 행정의 효율성과 능률성을 추구할 때 공무원의 권익보호가 배제되어서는 안 된다는 행정조직의 구성원리를 나타내는 것들이라 할 수 있다. 따라서 직업공무원제도하에서 입법자는 행정의 효율성 이념과 직업공무원제도에 따른 공무원의 권익보호가 적절히 조화되도록 입법을 하여야 한다. 만약 공무원이 공법상의 근무 및 충성관계를 바탕으로 국가와 특수한 관계를 맺고 있다는 이유로 이들의 권리를 제약하고 많은 의무를 부과하면서 그 신분을 보호할 수 있는 제도적 장치를 마련하지 않는다면, 이들의 불안정한 지위로 인해 행정의 안정성과 계속성은 담보될 수 없을 것이고, 직업공무원제도가 추구하는 공무의 원활한 수행이라는 목적은 달성될 수 없을 것이다.

(4) 더구나 오늘날은 국가간 무한경쟁시대의 전개에 따른 국제환경의 변화로 국가경쟁력 강화를 위한 사회 각 분야의 개혁이 요구되고 있고, 이는 곧 공적부문에 대한 효율성 향상의 요구로 이어져 행정조직의 비능률을 해소하고 행정의 간소화, 합리화를 꾀하기 위해 공무원의 감원이 필요한 경우가 많이 발생하고 있다. 이에 따라 공직사회에서는 효율성 증대를 위해 사기업의 경영기법을 도입하는 한편, 일부 사기업에서는 근로자의 복지를 위해 연금제도를 도입하는 등 공·사 부문이 서로 영향을 주고받는 가운데 양자 사이에 신분적 특성의 차이가 점점 상대화되어가고 있다. 따라서 행정을 담당할 우수한 인력의 확보나 행정의 안정성과 연속성을 보장하기 위해서는 공무원 신분의 특수성만을 강조할 수 없고, 오히려 공무원과 사기업 근로자 사이의 유사성을 인정하는 가운데 공직의 특수성을 인정해야 할 필요가 있는 경우에만 이를 달리 취급하는 유연한 접근이 필요하다. 다만 공무원은 사경제 활동에 있어서와 같이 영리추구를 목적으로 하지 않고 국민과 국가를 위한 봉사를

목적으로 하므로 이윤획득을 주목적으로 삼는 사기업 등과는 차이가 있다는 점에서 입법을 할 때 국민전체에 대한 봉사자라는 공무원의 특수한 지위는 여전히 고려되어야 할 것이다.

(5) 이 사건 직제폐지로 인한 직권면직이 헌법위반 문제가 없는지를 판단하기 위해서는 우선 이 사건 직권면직과 같은 성질을 가지고 있는 사기업 근로자의 정리해고에 관한 현행법 체계를 살펴볼 필요가 있다. 만약 헌법상 직접적 보호규정을 두고 있지 않은 사기업근로자의 정리해고는 함부로 하지 못하도록 보호장치를 두고 있으면서 공무원의 경우만 일방적으로 정부나 지방자치단체의 결정에 의해 사기업의 정리해고에 해당하는 직권면직을 당하도록 한다면 이는 공무원 신분보장을 규정하고 있는 헌법 정신에 부합되기 어려울 것이기 때문이다.

근로기준법은 사기업 근로자에 대한 정리해고와 관련하여 정리해고 과정에서 발생할 수 있는 불합리성을 제거하기 위해 그 적정성을 보장하기 위한 여러 가지 제도를 마련하고 있다. 근로기준법 제31조 제1항은 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다는 것을 명확히 하고 있는데, 이것은 사기업의 사용자가 경영상 필요를 이유로 하여 함부로 근로자를 해고하지 못하도록 하는 최소한의 장치라고 할 수 있다. 또한 사용자는 긴박한 경영상 필요에 의해 정리해고를 할 때도 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하고, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 그에 따라 그 대상자를 선정하여야 하며(제2항), 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에 그 노동조합에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 하고(제3항), 대통령령이 정하는 일정규모 이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 노동부장관에게 이를 신고하여야 한다(제4항). 이처럼 근로기준법은 사기업 정리해고의 경우 긴박한 경영상의 필요라는 정리해고 요건 외에 근로자가 정리해고 되는 과정에서 불합리하게 불이익을 당하지 않도록 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있다. 이외에도 사기업 근로자들은 헌법에서 보장하는 노동3권을 행사하여 불합리한 정리해고안의 일부를 철회시키거나 해고예고기간을 연장하는 등 유리한 조건을 얻어내기 위한 교섭을 벌일 수 있다.

(6) 이에 비해 공무원의 경우는 행정의 안정성과 계속성의 유지를 위해 노동3권 보장이 상대적으로 제한될 수 있도록 되어 있고(헌법 제33조 제2항),

그렇지 않더라도 행정조직폐지, 기구축소, 인건비에 대한 예산삭감 등의 문제는 국가전체의 정책방향이나 국민경제와 직결되는 문제로 성질상 해당 조직의 공무원이 적극적으로 이에 개입할 수 없다는 한계가 있다. 그러나 직제가 폐지되면 공무원의 신분을 잃게 되는 자들을 위해 적절한 방어책을 강구해 줄 필요가 있음은 물론인데, 직제폐지를 이유로 공무원을 직권면직할 때는 합리적인 근거를 요하며, 직권면직이 시행되는 과정에서 합리성과 공정성이 담보될 수 있도록 절차적 장치를 두어야 할 것이다. 행정조직의 폐지는 궁극적으로 그 배후에 있는 공무원들의 신분 상실이라는 결과를 불러오게 되므로 아무런 제약 없이 행정조직의 폐지가 이루어질 수 있도록 한다면 이는 해당 공무원들에게 불의의 타격이 될 것이고, 또한 면직 규모나 그 대상자 선정과 관련해서도 그 합리성과 적정성을 담보할 수 있는 제도가 마련되어 있지 않다면 해당 공무원의 권익을 부당히 훼손하여 직업공무원제도를 둔 헌법의 취지를 위반하게 될 것이다.

(7) 청구인들은 이 사건 규정이 행정조직의 폐지에 있어 구체적인 정당한 기준도 없이 지방자치단체 공무원을 직권면직할 수 있도록 하고 있으므로 직업공무원제도의 본질을 훼손하는 것이라고 주장한다.

그런데 국가와 공공단체의 공직에 관한 인력수급계획에 관해서 입법자는 국가와 공공단체가 해결해야 할 공적과제의 양, 예산규모, 인력수급정책 등을 종합적으로 고려하여 폭넓은 재량권을 가지고 입법을 할 수 있다. 그러므로 이 사건의 직제폐지 기준도 이러한 폭넓은 재량권의 범위 안에서 그 범위와 규모를 조절할 수 있도록 최소한의 합리성을 담보할 수 있는 것이면 될 것이다.

이 사건 지방공무원법은 지방자치단체의 공무원에게 적용할 인사행정의 근본기준을 확립하는 것을 목적으로 하는 법률이고, 지방자치단체의 행정조직 구성에 관해서는 지방자치단체의 종류와 그 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고 있는 지방자치법이 적용되므로 직제폐지의 기준에 대해서는 지방자치법을 함께 살펴볼 필요가 있다.

지방자치법 제102조 제1항은 지방자치단체의 행정사무를 분장하기 위하여 필요한 행정기구를 두되, 시·도에 있어서는 대통령령이 정하는 범위 안에서 당해 지방자치단체의 조례로 정하고, 시·군 및 자치구에 있어서는 대통령령이 정하는 기준에 따라 시·도지사의 승인을 얻어 당해 지방자치단체의 조례로 정한다고 규정하고 있고, 제103조 제1항은 지방자치단체에는 당해 지방자

치단체의 경비로써 부담하는 지방공무원을 두되, 그 정원은 대통령령이 정한 기준에 따라 당해 지방자치단체의 조례로 정한다, 제2항은 지방자치단체는 제1항의 지방공무원의 정원관리에 있어서 그 규모의 적정화와 운영의 합리화를 도모하여야 한다고 정하고 있으며, 이 외에도 제8조 제2항에서는 지방자치단체는 조직 및 운영의 합리화에 노력하고 그 규모의 적정화를 도모하여야 한다는 조직구성과 운영의 기본원칙을 정하고 있다. 이들 규정에 의하면 행정조직의 개폐는 지방자치법에서 정하고 있는 사무범위와 사무배분기준 등에 따라 다른 지방자치단체와 균형을 해치지 않고 행정조직의 운영이 합리적으로 이루어질 수 있는 적정 정원의 규모를 보장하는 범위 내에서 이루어져야 할 것임으로 위 규정들은 원활한 국정과제 수행을 위한 근거 규정으로서 뿐만 아니라 직제폐지와 관련해서도 최소한의 합리성을 담보할 수 있는 규정들이라 할 수 있다. 물론 위 규정들이 행정조직 개폐에 관한 아주 구체적인 기준이라고는 할 수 없으나, 국가나 지방자치단체의 행정과제의 원활한 수행을 방해하지 않기 위해서는 행정조직의 개폐의 필요성과 같은 전형적인 정책결정 문제에 있어서 이들 규정 이상으로 구체적이고 경직된 기준을 법정하도록 요구해서는 안될 것이다.

(8) 한편, 행정조직의 개폐에 관한 문제가 위에서 본 것처럼 정책판단의 문제로 입법자의 입법형성권이 존중되어야 하는 영역이기 때문에 광범위한 재량이 인정된다 하더라도 행정조직의 개폐로 인해 행해지는 직권면직은 보다 직접적으로 해당 공무원들의 신분에 중대한 위협을 주게 되므로 직제 폐지 후 실시되는 면직 절차에 있어서는 보다 엄격한 요건이 필요하다. 이와 관련하여 지방공무원법 제62조 제2항은 직제의 폐지로 인해 직권면직이 이루어지는 경우 임용권자는 인사위원회의 의견을 듣도록 하고 있고, 제3항은 면직기준으로 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등을 고려하도록 하고 있으며, 제4항은 면직기준을 정하거나 면직대상을 결정함에 있어서 반드시 인사위원회의 의결을 거치도록 하고 있는바, 이는 합리적인 면직기준을 구체적으로 정함과 동시에 그 공정성을 담보할 수 있는 절차를 마련하고 있는 것이라 볼 수 있다. 대법원도 국가공무원법 제70조 제1항 제3호의 ‘직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 되었을 때’ 행해지는 직권면직 규정과 관련하여 같은 조 제3항의 임용형태·업무실적·직무수행능력·징계처분사실 등의 면직기준 규정은 객관적이고 공정한 기준에 의하지 아니한 자의적인 직권면직을 제한함으로써 직업공무원의 신분을 두텁

게 보장하려는데 그 취지가 있는 것(대법원 2002. 9. 27. 선고 2002두3775 판결)이라고 하였다.

그 외에도 임용권자는 공무원에 대하여 징계처분을 행할 때와 면직처분 등을 행할 때 그 공무원에게 대하여 처분의 사유를 기재한 설명서를 교부하도록 하고 있으며(지방공무원법 제67조 제1항), 설명서를 교부받은 공무원은 일정기간 내에 심사위원회에 당해 처분의 심사를 청구할 수 있다(같은 조 제2항). 위와 같은 규정들은 모두 면직대상자의 선정 과정에서 충분히 적정성을 담보하는 규정들이라 할 것이다.

그렇다면 이 사건 규정이 직제가 폐지된 경우 직권면직을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하더라도 이것이 직업공무원제도를 위반하고 있다고는 볼 수 없다.

#### 4. 결 론

이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 산업재해보상보험법 제38조 제6항 등 위헌소원

(2004. 11. 25. 2002헌바52 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 산재보험수급권의 법적 성격
2. 재해근로자의 평균임금이 높은 경우 보험급여를 제한하기 위하여 최고보상기준금액을 규정한 산업재해보상보험법 제38조 제6항(최고보상기준금액 부분에 한하여)과 장의비의 최고금액을 규정한 제45조(최고금액 부분에 한하여, 이하 위 두 조항을 “이 사건 법률조항”이라 한다)가 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 산재보험제도는 보험가입자(사업주)가 납부하는 보험료와 국고 부담을 재원으로 하여 근로자에게 발생하는 업무상 재해라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도이므로 이 제도에 따른 산재보험수급권은 사회보장수급권의 하나에 속한다. 한편 산업재해보상보험법상의 보험급여가 보험사고로 초래되는 가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성을 가진다(산재보험은 보험급여의 지급에 대응하여 사용자의 보상책임을 면제한다)는 점에서 산재보험수급권은, 적어도 이 사건에서와 같이 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인에게 있어서는 재산권의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이다.

2. 당해사건의 재해근로자는 최고보상제도가 시행된 이후에 업무상재해를 입었으므로 그가 가지는 산재보험수급권은 최고보상기준금액을 한계로 확정된다. 따라서 재해근로자로서는 이 사건 법률조항에 의하여 비로소 최고보상기준금액을 한계로 한 산재보험수급권을 획득하게 되므로 재산권 침해를 주장할 지위에 있지 않으며, 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청

구인 역시 재산권의 침해를 주장할 지위에 있지 않다고 보아야 할 것이므로 이 사건 법률조항은 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.

3. 고임금 근로자를 고용한 경우 사업주가 보다 높은 보험료를 납부한다고 하더라도 이는 한정된 재원으로 보다 많은 재해근로자와 그 유족들에게 적정한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하며 소득재분배의 기능을 수행하기 위한 것으로서 최고보상제도를 도입한 입법자의 결정에는 나름대로 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 평등원칙에 위반되지 않는다.

4. 이 사건 법률조항은 보험급부를 하는 것을 규율영역으로 삼고 있으므로 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성, 명확성의 요구는 완화될 수 있다. 저소득근로자와 고소득근로자 사이에 보험급여의 현격한 차이를 줄임으로써 보험급여수준의 형평성을 제고하고 소득재분배기능을 높이기 위한다는 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 보아, 최고보상기준금액은 전체근로자의 임금수준, 고임금 근로자의 분포, 임금상승률, 산재보험의 수지현황, 산재보험기금의 상황, 국가의 재정부담능력 등을 기준으로 정하여질 것과 장의비의 경우에는 산업재해보상보험법 제45조 제1항을 그 입법목적과 함께 고려해 볼 때에 종전에 지급한 1인당 장의비의 평균치와 최고보상기준금액 등을 기준으로 정하여질 것임은 쉽사리 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

#### 재판관 김영일의 반대의견

산재보험급여는 재해근로자 개인에게 생존적 중요성을 갖는 것이고 최고보상제도는 재산권의 성격을 갖는 산재보험수급권을 직접 제한하는 내용이어서 헌법상 기본권의 실현과 관련된 중요한 사항이라고 할 수 있으므로, 이에 관한 사항을 하위법규에 위임함에 있어서는 위임의 구체성과 명확성이 보다 엄격하게 요구된다고 할 것이다.

다수의견은 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 최고보상기준금액과 장의비의 최고금액이 전체근로자의 임금수준, 고임금근로자의 분포, 임금상승률 등을 기준으로 정하여질 것임을 예측할 수 있다고 하나,

이러한 기준은 법률조항이 아닌 시행령조항의 내용을 살펴보고 나서야 비로소 상정할 수 있는 내용으로 보이므로 다수의견은 시행령조항의 내용을 모두 예측가능성 유무를 판단하는 잘못을 범하고 있다.

아울러 국가의 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무 그리고 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호할 의무를 규정하고 있는 헌법의 정신(제34조 제2항·제6항)과 최고보상제도로 인하여 재해근로자가 자신과 가족의 생존을 의지할 수밖에 없는 산재보험금수급권이 제한을 당한다는 측면을 고려해 본다면, 최고보상기준금액 등의 산정기준, 방법, 절차 등에 관하여는 입법자 스스로 최소한의 기준을 정립한 다음 나머지 세부적인 사항에 대하여 입법위임을 하였어야 한다.

### 【심판대상조문】

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제38조(보험급여의 종류와 산정기준 등) ①~⑤ 생략

⑥ 보험급여(장의비를 제외한다)의 산정에 있어서 당해 근로자의 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 당해 근로자의 평균임금으로 한다. 다만, 최저보상기준금액을 적용함에 있어서 휴업급여 및 상병보상연금의 경우에는 그러하지 아니하다.

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제45조(장의비) ① 생략  
② 제1항의 규정에 의한 장의비가 대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관이 고시하는 최고금액을 초과하거나 최저금액에 미달하는 경우에는 그 최고금액 또는 최저금액을 각각 장의비로 한다.

### 【참조조문】

헌법 제11조, 제23조, 제75조, 제95조

산업재해보상보험법 제55조의2(수급권의 대위) 보험가입자가 소속 근로자의 업무상의 재해에 대하여 이 법에 의한 보험급여의 지급사유와 동일한 사유로 민법 기타 법령에 의하여 보험급여에 상당하는 금품을 수급권자에게 미리 지급한 경우로서 당해금품이 보험급여에 대체하여 지급한 것으로 인정되는 경우 보험가입자는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위한다.

산업재해보상보험법시행령 제26조의2(최고·최저보상기준금액) ① 법 제38조 제6항 본

문의 규정에 의한 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 한다.

- ② 최고보상기준금액과 최저보상기준금액을 산정함에 있어서 원단위 미만은 이를 버린다.
- ③ 최고보상기준금액과 최저보상기준금액의 적용기간은 당해연도 9월 1일부터 다음연도 8월 31일까지로 한다.

산업재해보상보험법시행령 제40조의2(장의비 최고·최저금액의 산정) ① 법 제45조 제2항의 규정에 의한 장의비의 최고금액 및 최저금액은 전년도 장의비 수급권자에게 지급된 1인당 평균장의비 일액의 90일분에 장의비 최고금액의 경우에는 법 제38조 제6항의 규정에 의한 최고보상기준금액의 30일분을 합하여 산정하고, 장의비 최저금액의 경우에는 법 제38조 제6항의 규정에 의한 최저보상기준금액의 30일분을 합하여 산정한다.

- ② 장의비 최고금액 및 최저금액을 산정함에 있어서 원단위 미만은 이를 버린다.
- ③ 장의비 최고금액 및 최저금액의 적용기간은 당해연도 9월 1일부터 다음 연도 8월 31일까지로 한다.

### 【참조판례】

- 1. 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513  
헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 448-449
- 2. 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 22  
헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 949  
헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406  
헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103, 117-118
- 3. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 102-103  
헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 377-378  
헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2상, 103, 114-115
- 4. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30  
헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585  
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59  
헌재 1997. 12. 24. 95헌마390, 판례집 9-2, 817, 829  
헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82, 판례집 15-2상, 131, 143

### 【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○전업  
대표이사 이○우  
대리인 법무법인 한강

담당변호사 조찬만 외 4인  
당해사건 서울행정법원 2001구8024 유족보상일시금및장의비대체지급보  
험급여 차액분 부지급결정취소

## 【주 문】

산업재해보상보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제38조 제6항 중 “보험급여(장의비를 제외한다)의 산정에 있어서 당해 근로자의 평균임금 또는 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금이 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하는 경우에는 최고보상기준금액을 당해 근로자의 평균임금으로 한다”는 부분과 제45조 제2항 중 “제1항의 규정에 의한 장의비가 대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관이 고시하는 최고금액을 초과하는 경우에는 그 최고금액을 장의비로 한다”는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

(1) 망 신○호(이하 “망인”이라 한다)는 청구인의 경기 포천군 군내면 ○○리 소재 사업장에서 2000. 7. 1.부터 활선전공으로 근무하여 오던 중 2000. 7. 23. 17:55경 위 사업장의 전주 위에 올라가 고압전류를 변압기에 연결시키는 작업을 하다가 감전되어 사망하였다.

(2) 청구인은 망인의 유족에게 망인의 평균임금을 금 250,000원으로 계산하여 금 305,000,000원을 지급한 후(장의비는 직접 지출하였다) 근로복지공단(이하 “공단”이라 한다)에게 망인의 유족을 대위하여 유족보상일시금과 장의비를 청구하였는데, 공단은 망인의 평균임금을 산업재해보상보험법(이하 “산재법”이라 한다), 산재법시행령(이하 “시행령”이라 한다) 그리고 노동부장관의 고시에 의한 최고보상기준금액인 금 122,807원에 의하여, 장의비 역시 산재법, 시행령 및 위 고시에 의한 최고금액인 금 8,599,940원에 의하여 계산한 뒤 유족보상일시금 및 장의비로 금 168,249,040원을 지급하였다.

(3) 청구인은 2000. 12. 18. 자신이 망인의 유족에게 지급한 금액과의 차액을 지급해 줄 것을 공단에 청구하였으나, 공단은 2001. 2. 5. 이미 지급한 유족보상일시금 및 장의비가 산재법, 시행령 및 고시에 따라 산정된 것이라고

하면서 이를 거절하는 부지급결정처분(이하 “이 사건 처분”이라 한다)을 하였다.

(4) 이에 대하여 청구인은 공단을 상대로 서울행정법원에 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송(당해사건)을 제기하였고 위 소송의 계속 중 이 사건 처분의 근거가 된 산재법 제38조 제6항과 제45조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청(2002아660)을 하였으나, 위 법원이 2002. 5. 16. 당해사건에서 청구인의 청구를 기각함과 동시에 위 제청신청을 기각하자 2002. 6. 10. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 산재법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제38조 제6항 중 “최고보상기준금액”에 관한 부분과 제45조 제2항 중 “최고금액”에 관한 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌여부이며 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

##### (1) 심판대상조항

산재법 제38조(보험급여의 종류와 산정기준 등) ⑥ 보험급여(장의비를 제외한다)의 산정에 있어서 당해 근로자의 평균임금 또는 제3항 내지 제5항의 규정에 의하여 보험급여의 산정기준이 되는 평균임금이 대통령령이 정하는 바에 따라 매년 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액을 초과하거나 최저보상기준금액에 미달하는 경우에는 최고보상기준금액 또는 최저보상기준금액을 각각 당해 근로자의 평균임금으로 한다. 다만, 최저보상기준금액을 적용함에 있어서 휴업급여 및 상병보상연금의 경우에는 그러하지 아니하다.

산재법 제45조(장의비) ② 제1항의 규정에 의한 장의비가 대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관이 고시하는 최고금액을 초과하거나 최저금액에 미달하는 경우에는 그 최고금액 또는 최저금액을 각각 장의비로 한다.

##### (2) 관련규정

산재법 제38조(보험급여의 종류와 산정기준 등) ③ 보험급여의 산정에 있어서 그 근로자가 소속된 사업과 동일한 직종의 근로자에게 지급되는 통상임금이 변동되거나 사업의 폐지·휴업 기타 부득이한 사유가 있을 때에는 대통령령이 정하는 기준에 따라 평균임금을 증감할 수 있다.

④ 보험급여의 산정에 있어서 당해 근로자의 근로형태가 특이하여 평균임금을 적용하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 대통령령이 정하는 산정방법에 따라 산정한 금액을 평균임금

으로 한다.

⑤ 보험급여의 산정에 있어서 진폐 등 대통령령이 정하는 직업병으로 인하여 보험급여를 받게되는 근로자에게 그 평균임금을 적용하는 것이 근로자의 보호에 적당하지 아니하다고 인정되는 경우에는 대통령령이 정하는 산정방법에 따라 산정한 금액을 당해 근로자의 평균임금으로 한다.

산재법 제45조(장의비) ① 장의비는 근로자가 업무상의 사유에 의하여 사망한 경우에 지급하되, 평균임금의 120일분에 상당하는 금액을 그 장제를 행하는 자에게 지급한다.

산재법 제55조의2(수급권의 대위) 보험가입자가 소속 근로자의 업무상의 재해에 대하여 이 법에 의한 보험급여의 지급사유와 동일한 사유로 민법 기타 법령에 의하여 보험급여에 상당하는 금품을 수급권자에게 미리 지급한 경우로서 당해 금품이 보험급여에 대체하여 지급한 것으로 인정되는 경우 보험가입자는 대통령령이 정하는 바에 따라 당해 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위한다.

산재법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 부칙 제1조(시행일) 이 법은 2000년 7월 1일부터 시행한다. 다만, 제41조 제2항·제44조 제3항 및 제77조의2의 개정규정은 2001년 1월 1일부터 시행한다.

시행령 제26조의2(최고·최저보상기준금액) ① 법 제38조 제6항 본문의 규정에 의한 최고보상기준금액은 과거 3년간의 전체근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자 분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 하고, 최저보상기준금액은 최저임금법에 의한 최저임금의 전년 대비 조정률 등을 기준으로 하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 한다.

② 최고보상기준금액과 최저보상기준금액을 산정함에 있어서 원단위 미만은 이를 버린다.

③ 최고보상기준금액과 최저보상기준금액의 적용기간은 당해 연도 9월 1일부터 다음 연도 8월 31일까지로 한다.

시행령 제40조의2(장의비 최고·최저금액의 산정) ① 법 제45조 제2항의 규정에 의한 장의비의 최고금액 및 최저금액은 전년도 장의비 수급권자에게 지급된 1인당 평균장의비 일액의 90일분에 장의비 최고금액의 경우에는 법 제38조 제6항의 규정에 의한 최고보상기준금액의 30일분을 합하여 산정하고, 장의비 최저금액의 경우에는 법 제38조 제6항의 규정에 의한 최저보상기준금액의 30일분을 합하여 산정한다.

② 장의비 최고금액 및 최저금액을 산정함에 있어서 원단위 미만은 이를 버린다.

③ 장의비 최고금액 및 최저금액의 적용기간은 당해연도 9월 1일부터 다음 연도 8월 31일까지로 한다.

노동부고시(2000. 6. 30. 제2000-23호) 산재법에 의한 최고보상기준금액 산재법 제39조 제6항 및 시행령 제26조의2의 규정에 의하여 보험급여 산정 시 적용할 최고보상기준금액을 다음과 같이 고시합니다.

1. 최고보상기준금액 : 122,807원(1일)
2. 적용시기 : 2000년 7월 1일 ~ 2001년 8월 31일

노동부고시(2000. 6. 30. 제2000-25호) 산재법에 의한 장의비 최고, 최저금액 산재법 제45조 제2항 및 시행령 제40조의2의 규정에 의하여 장의비 수급권자에게 지급할 장의비의 최고금액과 최저금액을 다음과 같이 고시합니다.

1. 장의비 최고금액은 8,599,940원, 최저금액은 5,638, 130원으로 함
2. 적용시기 2000년 7월 1일 ~ 2001년 8월 31일

#### 2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

##### 가. 청구인의 주장

산재법 제62조 제1항은 “보험료는 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험요율을 곱한 금액으로 한다”고 규정하고, 제63조 제1항은 “보험요율은 매년 9월 30일 현재 과거 3년간의 임금총액에 대한 보험급여총액의 비율을 기초로 한다”고 규정하고 있다.

산재보험급여의 최고보상기준 및 장의비 최고보상기준이 위와 같이 개정·신설되었음에도 보험료의 산출과 납부에 관한 규정은 개정되지 않아 산재법이 개정되기 전과 동일하게 보험료의 산출과 납부가 이루어지고 있으므로, 이 사건 법률조항은 재해근로자의 평등권과 재산권을 침해한다.

##### 나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 산재법이 제38조 제4항 및 제6항을 신설한 목적은 한정된 재원으로 보다 많은 재해근로자 및 그 유족들에게 적절한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자간에 보험급여의 형평성을 제고하며 소득재분배의 기능을 수행하기 위한 것이다. 따라서 이러한 입법의 결과 최고보상기준금액이 재해근로자가 실제 수령하는 평균임금에 다소 미치지 못하고 최고장의비가 실제 지출한 장의비에 미치지 않는다고 하더라도 그 재량범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 평등의 원칙을 위반하였다고 단정할 수 없다.

그런데 비록 임금총액을 기준으로 하여 보험료를 징수한다고 하더라도 보험금을 지급함에 있어서 근로자의 최저임금을 보장하고 소득재분배를 실현하려는 산재보험의 기능, 취지, 목적 등에 비추어 볼 때 최고보상기준금액 및 최고장외비를 규정한 이 사건 법률조항은 입법자의 재량범위 내라고 할 것이어서 평등원칙에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 산재보험급여 수급권은 손실전보적 성격 뿐 아니라 생활보장적 성격을 가진 사회보장수급권의 하나로서 순수한 재산권이 아니므로, 그 구체적 내용을 형성함에 있어서 입법자는 산재법의 입법목적에 알맞도록 독자적으로 규율할 수 있고 여기에 필요한 정책판단과 결정은 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 할 것이다.

사회보장법제는 무엇보다도 국가의 재정능력, 전반적 사회보장수준과 유리하여 생각할 수 없는 것으로서 한정된 재원으로 재해근로자 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하고 사회보험으로서의 소득재분배 기능을 제대로 작동하게 하면서 재해근로자간의 급여격차를 완화하기 위하여 수급권의 제한은 불가피하다고 할 것이다.

따라서 고임금의 근로자에 대하여 일정한 액수 이상의 산재보험급여 수급권을 제한하는 이 사건 법률조항은 재산권보장원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 근로복지공단과 노동부장관의 의견

(1) 평등원칙과 재산권보장원칙 위반여부

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 동일하다.

(2) 포괄위임금지원칙 위반여부

산재보험제도는 그 재원의 한계로 인하여 사회적 최저한의 보장이 내재적 한계일 수밖에 없으며 한정된 재원으로 최적의 보험급여를 지급하기 위해서는 사회적·경제적 여건을 고려하지 않을 수 없다. 또한 보험제정에 관한 사실관계는 매우 다양하고 수시로 변화될 것이 예상되므로 최고보상한도액의 산정에 관한 내용을 법률로 상세히 정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다.

그리고 이 사건 법률조항은 정률보상과 사회보험이라는 성격에 기초한 것으로서 이미 최고한도액의 설정이 예정되어 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항의 위임을 받아 규정될 시행령의 내용이 구체적으로 어떻게 결정될 것인지에 관한 대강의 기준이 이미 법률에 밝혀져 있다고 보아야 한다.

따라서 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

(3) 헌법불합치결정

(가) 보험급여액은 보험료산정의 기초를 이루는데 이미 4년에 걸쳐 지급된 보험급여액이 보험료에 반영되어 있으므로 만일 이 사건 법률조항이 위헌으로 선언되어 그 차액을 지급해야 한다면 단기수시상등의 원칙 하에 단위 회계연도(1년) 기준 순부과방식을 채택하고 있는 산재보험제정에 막대한 영향을 미쳐 산재보험사업이 중대한 위기에 처하게 될 것이다.

또한 산재보험은 사용자책임보험의 일종으로서 재해근로자에게 지급된 보험급여의 한도 안에서 사업주의 민사상 손해배상책임이 면제되므로 이에 근거하여 재해근로자의 민사상 실손해액이 보험급여액보다 많은 경우(재해근로자의 평균임금이 최고보상기준금액을 초과하는 경우 대부분 여기에 해당한다)에는 이미 지급된 보험급여액을 기준으로 사용자와 합의에 의하거나 민사소송을 통하여 이미 그 차액을 지급받았을 터인데, 이 사건 법률조항이 위헌으로 결정된다면 위와 같은 법적 안정성을 해치게 될 것이다.

(나) 2000. 7. 1.부터 2004. 7. 31.까지의 최저임금 수급자와 최저보상기준 수급자는 62,095명으로 최고보상기준 수급자 4,225명보다 훨씬 많은 것으로 나타나 최고·최저보상제도에 의하여 보다 많은 근로자에게 산재보험의 혜택이 주어지고 있음을 알 수 있다.

만일 이 사건 법률조항이 위헌으로 선언된다면 최저임금법 및 최저보상기준에 의하여 당초지급액보다 더 많이 지급된 보험급여는 행정의 신뢰보호원칙상 회수하기 어렵고, 최고보상기준에 의하여 당초지급액보다 적게 지급된 보험급여는 당해 근로자나 사업주의 청구에 따라 지급할 수밖에 없으므로 산재보험제정이 어려워지게 될 것이다.

(다) 따라서 이 사건 법률조항에 위헌의 소지가 있다고 하더라도 입법자가 그 하자를 치유할 때까지 효력을 유지하도록 해야 한다.

### 3. 판 단

#### 가. 산재보험수급권의 법적 성격

산재보험제도는 보험가입자(사업주)가 납부하는 보험료와 국고부담을 재원으로 하여 근로자에 발생하는 업무상 재해라는 사회적 위험을 보험방식에 의하여 대처하는 사회보험제도(사회보장기본법 제3조 제2호)이므로 이 제도에 따른 산재보험수급권은 이른바 사회보장수급권의 하나에 속한다.

그런데 이러한 산재보험수급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 산재보험수급권의 구체적 내용인 수급요건·수급권자의 범

위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다(헌재 1999. 4. 29. 97헌마 333, 판례집 11-1, 503, 513 참조). 산재법은 제4장에서 보험급여의 내용을 구체적으로 규정하고 있는바, 근로자의 부상·질병·신체장해 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 한다고 규정하고 그 내용으로 요양급여, 휴업급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 상병보상연금, 장의비를 규정하고 있으며 보험급여의 수급권자, 산정기준, 지급시기 등을 규정하고 있다. 따라서 산재보험수급권은 법률에 의하여 구체적으로 형성되는 권리라고 할 것이다.

한편 산재법상의 보험급여가 보험사고로 초래되는 가입자의 재산상의 부담을 전보하여 주는 경제적 유용성을 가진다(산재보험은 보험급여의 지급에 대응하여 사용자의 보상책임을 면제한다)는 점에서 산재보험수급권은, 적어도 이 사건에서와 같이 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인에게 있어서는 재산권의 성질을 갖는다고 보아야 할 것이다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마1, 판례집 15-2하, 441, 448-449 참조).

#### 나. 최고보상제도의 입법목적

재해근로자 사이에 평균임금의 격차가 현저하여 산재보험급여액(장의비 제외) 또한 상대적으로 많은 격차를 보임에 따라, 보험급여의 최고(최저)보상한도를 설정함으로써 급여수준의 형평성을 제고하고 제한적이거나 소득재분배 기능을 높이기 위하여 최고(최저)보상제도가 도입되었다.

또한, 장의비는 장례를 치른 자에 대하여 실비를 변상하기 위해 지급하는 급여임에도 종전에는 사망근로자의 소득에 따라 장의비를 지급하고 최고(최저)한도의 제한을 두지 않아 재해근로자 사이에 장의비 지급액이 현격한 차이를 보였으므로, 수급자간의 형평성을 제고하기 위하여 장의비의 최고(최저)한도를 정하게 되었다.

#### 다. 재산권 침해여부

앞서 본 바와 같이 산재보험수급권은 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 다시 말하여 산재보험수급권이 헌법상의 재산권으로 보호를 받기 위해서는, 우선 입법자에 의하여 수급요건, 수급권자의 범위, 급여금액 등 구체적 사항이 법률에 규정됨으로써 구체적인 법적 권리로 형성되어야 한다(헌재2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 949; 2003. 7. 24. 2002헌마51, 판례집 15-2상 103, 117-118 참조).

그런데 당해사건의 재해근로자는 최고보상제도가 시행된 이후인 2000. 7. 23. 업무상재해를 입었으므로 그가 가지는 산재보험수급권은 최고보상기준금

액을 한계로 확정된다. 따라서 위 재해근로자로서는 이 사건 법률조항으로 인해 이미 획득한 산재보험수급권의 제한을 받는 것이 아니라 이 사건 법률조항에 의하여 비로소 최고보상기준금액을 한계로 한 산재보험수급권을 획득하게 되므로 재산권 침해를 주장할 지위에 있지 않다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 22; 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1406 참조).

그렇다면, 평균임금을 기초로 산정한 보험급여에 상당한 금액을 미리 수급권자에게 지급하고 수급권자의 보험급여를 받을 권리를 대위하여 보험급여의 지급을 구한 청구인 역시 재산권의 침해를 주장할 지위에 있지 않다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 청구인의 재산권을 침해하지 않는다.

라. 평등원칙 위반여부

(1) 산재법은 임금총액을 기준으로 하여 보험료를 산정하므로 고임금을 받는 근로자의 경우에는 사업주가 높은 보험료를 납부함에도 최고보상제도로 인하여 납부한 보험료에 상응하는 보험급여를 받지 못하는 측면이 있다. 따라서 이 사건 법률조항으로 말미암아 보험급여의 제한을 받는 근로자와 제한을 받지 않은 근로자를 차별한다고도 볼 수 있다.

헌법 제11조 제1항은 평등원칙 내지 평등권을 보장하고 있으나, 여기에서 말하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 102-103; 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 377-378 참조).

(2) 산재법상의 보험급여는 궁극적으로 업무상재해를 당한 근로자가 직업과 사회에 복귀하여 스스로의 힘으로 생활을 영위할 수 있도록 기여하여야 하고 이러한 사회정책적 요청에 충실하기 위해서는 산재법이 직업재활과 사회재활을 위한 급여를 충분히 갖추고 있어야 한다. 따라서 재해근로자가 산재사고 이전에 받아오던 임금수준의 보험급여를 산재사고 이후에도 받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

그러나, 사회보장급여의 하나인 산재보험급여의 내용이나 징수방법 등을 구체적으로 확정하는 문제는 산재보험기금의 상황, 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 측면 및 보험기술적 측면과 같은 제도 자체의 특성 등 여러 가지 요소를 고려할 필요에서 입법자에게

광범위한 입법형성의 자유가 주어진 영역이므로(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바 51, 판례집 15-2상, 103, 114-115), 최고보상제도의 시행으로 말미암아 재해근로자가 받는 보험급여가 실제 수령하는 평균임금에 미치지 못하고 최고장의 비가 실제 지출한 장의비보다 적다고 하더라도 재량범위를 현저하게 벗어나지 않는 한 평등원칙에 위반된다고 볼 수는 없다.

산재법이 임금총액을 기준으로 보험료를 산정하도록 규정하고 있어 고임금근로자를 고용한 경우 사업주가 보다 높은 보험료를 납부한다고 하더라도, 이는 한정된 재원으로 보다 많은 재해근로자와 그 유족들에게 적절한 사회보장적 급여를 실시하고 재해근로자 사이에 보험급여의 형평성을 제고하며 소득재분배의 기능을 수행하기 위한 것으로서 최고보상제도를 도입한 입법자의 결정에는 나름대로 합리적인 이유가 있다.

따라서 최고보상제도가 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이어서 평등원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

마. 포괄위임금지원칙 위반여부

이 사건 법률조항은 “대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액(장의비의 경우에는 최고금액)”이라고 규정하고 있을 뿐 최고보상기준금액과 최고금액의 산정기준, 방법 및 절차 등에 대한 대강을 법률조항만 가지고는 짐처럼 예측하기가 어려우므로 포괄위임금지원칙의 위반여부가 문제된다.

(1) 위임입법의 필요성과 그 한계

현대 사회복지국가에 있어서는 사회현상이 복잡·다기해지고 전문적, 기술적 행정기능이 요구됨에 따라 그때 그때의 사회경제적 상황의 변화에 대하여 신속하고 적절히 대응할 필요성이 커지는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문에 국민의 권리·의무에 관한 것이라 하여 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능하므로, 일정한 사항에 관하여는 행정부에 입법권을 위임하는 것이 불가피하다.

그러나 입법권의 위임은 반드시 한정적으로 행해져야 하는바, 만일 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 결과가 되고, 행정권에 의한 자의적인 기본권 침해의 초래할 위험이 있다. 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 …에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 위임의 구체성·

명확성을 요구하고 있다. 여기에서 위임의 구체성·명확성이라 함은, 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 뜻하고, 그러한 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1994. 6. 30. 93헌가15등, 판례집 6-1, 576, 585; 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59 등 참조).

특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 영역에서보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 수익적 급부행정영역 또는 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 경우에는 위임의 구체성, 명확성에 대한 요구가 보다 완화된다 할 것이다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 29-30; 1997. 12. 24. 95헌마390, 판례집 9-2, 817, 829 참조).

## (2) 판 단

이 사건 법률조항은 산재보험수급권자에 대하여 보험급부를 하는 것을 규율영역으로 삼고 있으므로 이 사건 법률조항이 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성, 명확성의 요구는 완화될 수 있다.

한편, 입법권을 위임하는 법률이 충분히 명확한지 여부는 당해 법률조항만이 아니라 그 규범이 위치하는 법률 전체를 포함한 관련법조항의 체계적인 해석을 통하여 판단해야 하는데, 특히 이 경우 수권의 목적으로부터 수권의 내용이 구체화될 수 있고 이로써 수권의 범위가 어느 정도 예측될 수 있기 때문에 수권의 목적, 즉 당해 법률조항의 입법목적은 중요한 의미를 가진다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82, 판례집 15-2상, 131, 143).

이 사건 법률조항의 입법목적은, 저소득근로자와 고소득근로자 사이에 보험급여의 현격한 차이를 줄임으로써 보험급여수준의 형평성을 제고하고 소득재분배기능을 높이기 위한 것이다.

이러한 입법목적에 비추어 보아 최고보상기준금액(장의비 제외)은 전체근로자의 임금수준(적어도 전체근로자 임금지 평균치보다는 높은 수준에서 결정될 것임은 충분히 예측할 수 있다), 고임금 근로자의 분포(고임금 근로자의 분포를 고려하여 상위 몇 퍼센트 선에서 결정될 것도 예측이 가능하다), 임금

상승률, 산재보험의 수지현황, 산재보험기금의 상황, 국가의 재정부담능력 등을 기준으로 정하여질 것과 장의비의 경우에는 “장의비는 … 평균임금의 120일분에 상당하는 금액을 그 장제를 행하는 자에게 지급한다”고 규정한 산재법 제45조 제1항을 그 입법목적과 함께 고려해 볼 때에 종전에 지급한 1인당 장의비의 평균치와 최고보상기준금액 등을 기준으로 정하여질 것임은 쉽사리 예측할 수 있다.

실제로 시행령 제26조의2 제1항은 “법 제38조 제6항 본문의 규정에 의한 최고보상기준금액은 과거 3년간의 전체근로자의 임금수준과 임금계층별 근로자 분포비 및 임금상승률 등을 고려하여 매년 노동부장관이 고시한 금액으로 하고”라고 규정하고 있고, 제40조의2 제1항은 “법 제45조 제2항의 규정에 의한 장의비의 최고금액은 전년도 장의비 수급권자에게 지급된 1인당 평균장의비 일액의 90일분에 법 제38조 제6항의 규정에 의한 최고보상기준금액의 30일분을 합하여 산정하고”라고 규정하고 있어 이 사건 법률조항의 입법목적으로부터 예측할 수 있는 산정기준을 반영하고 있다.

결론적으로, 이 사건 법률조항에서 입법자가 직접 규정한 내용만 가지고서도 그 입법목적으로부터 대통령령과 노동부장관의 고시로 정할 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있으므로 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다.

#### 4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 모두 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 의한 것이다.

#### 5. 재판관 김영일의 반대의견

나는 다수의견과는 달리 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위반된다고 생각하므로 아래와 같은 위헌의견을 밝히는 바이다.

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”으로 한정함으로써 일반적이고 포괄적인 위임입법은 허용되지 않는다는 것을 명백히 하고 있다. 이는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로

써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능을 넘겨서는 안 된다는 것을 천명한 것이다(헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122, 판례집 13-1, 962, 973; 2003. 7. 24. 2001헌바96, 판례집 15-2상, 58, 89 참조).

여기에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고 명확하게 규정되어 있어서, 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미하며, 위임입법의 위와 같은 구체성·명확성의 요구정도는 각종 법률이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것이지만, 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 632-633; 2003. 4. 24. 2002헌가15, 판례집 15-1, 360, 366-367).

다수의견은 이 사건 법률조항이 보험급부를 하는 것을 규율영역으로 삼고 있으므로 위임입법으로서 갖추어야 할 구체성·명확성의 요구가 완화된 수 있다고 한다. 그러나 산재보험급여는 재해근로자 개인에게 생존적 중요성을 갖는 것이고 최고보상제도는 재산권의 성격을 갖는 산재보험수급권을 직접 제한하는 내용인어서 헌법상 기본권의 실현과 관련된 중요한 사항이라고 할 수 있으므로, 이에 관한 사항을 하위법규에 위임함에 있어서는 위임의 구체성과 명확성이 보다 엄격하게 요구된다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 단순히 “대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관이 고시하는 최고보상기준금액(장의비의 경우에는 최고금액)”이라고만 규정하고 있어, 이 조항만 가지고는 도저히 최고보상기준금액과 최고금액(이하 ‘최고보상기준금액 등’이라 한다)의 산정기준, 방법 및 절차 등의 대강을 예측할 수 없도록 되어 있다.

한편, 위임입법의 경우 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있는지 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다는 것이 우리재판소의 일관된 견해이다(2001. 11. 29. 2000헌바23, 판례집 13-2, 606, 624; 2003. 10. 30. 2002헌바81, 판례집 15-2하, 67, 82 등 참조). 이 사건으로 돌아와 보면, 산재법의 관련 법조항 전체를 살펴보아도 최고

보상기준금액 등의 산정기준, 방법 및 절차를 판단하기 어렵다. 다수의견은 이 사건 법률조항의 입법목적에 비추어 최고보상기준금액 등이 전체근로자의 임금수준, 고임금근로자의 분포, 임금상승률 등을 기준으로 정하여질 것임을 예측할 수 있다고 하나, 이러한 기준은 법률조항이 아닌 시행령조항의 내용을 살펴보고 나서야 비로소 상정할 수 있는 내용으로 보이므로 다수의견은 시행령조항의 내용을 모두 예측가능성 유무를 판단하는 잘못을 범하고 있다.

아울러 국가의 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무 그리고 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호할 의무를 규정하고 있는 헌법의 정신(제34조 제2항, 제6항)과 최고보상제도로 인하여 재해근로자가 자신과 가족의 생존을 의지할 수밖에 없는 산재보험금수급권이 제한을 당한다는 측면을 고려해 본다면, 최고보상기준금액 등의 산정기준, 방법, 절차 등에 관하여는 입법자 스스로 최소한의 기준을 정립한 다음 나머지 세부적인 사항에 대하여 입법위임을 하였어야지, 이 사건 법률조항과 같은 백지위임의 입법형식을 취함으로써 그에 관한 판단권을 전적으로 행정부의 재량에 맡겨서는 아니 될 것이다.

결국 이 사건 법률조항은 최고보상제도 자체만을 규정할 뿐 최고보상기준금액 등의 산정기준과 방법 그리고 절차 일체를 포괄적으로 하위법규에 입법을 위임함으로써 포괄위임금지원칙을 위반하고 있는 것이다.

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

## 상속세및증여세법 제41조의2 위헌소원

(2004. 11. 25. 2002헌바66 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제43조 제1항 본문 및 그 단서 제1호, 제2항 후단(이하 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 명의신탁이 증여세 회피를 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하도록 규정한 것이 비례의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 위 심판대상조항들이 명의신탁이 증여세 회피를 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하도록 규정한 것이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 명의신탁이 증여세 이외의 다른 조세 회피를 목적으로 이용되는 경우에도 증여세를 부과하도록 규정한 구법 제43조 제5항이 비례의 원칙과 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 헌법상 체계정당성의 원리 및 그 위반에 대한 심사 내용

5. 명의신탁이 증여세 이외의 다른 조세 회피를 목적으로 이용되는 경우에도 증여세를 부과하도록 규정한 구법 제43조 제5항이 체계정당성에 위반되어 위헌이 되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 심판대상조항들은 명의신탁을 내세워 증여세를 회피하는 것을 방지하여 조세정의와 조세평등을 관철하고 실질과세의 원칙이 형식에 흐르지 않고 진정한 실질과세가 이루어지도록 이를 보완하려는 목적을 가진 것이어서 입법목적의 정당성이 인정되며, 증여세회피의 목적을 가진 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하는 것은 증여세의 회피를 방지하고자 하는 증여추정조항의 목적을 달성하는 데 적합한 수단이고, 명의신탁을 이용한 조세회피행위를 방지하는 데 있어서

적합한 다른 대체수단으로는 명의신탁을 아예 금지하면서 그 사법적 효력을 부인하고 위반자에 대하여 형사처벌을 가하는 방법과 증여세 회피목적이 있는 명의신탁에 대하여 증여세 대신 과징금을 부과하는 방법이 있으나, 증여세를 회피하는 명의신탁의 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 다른 대체수단보다 납세의무자에게 더 많은 피해를 준다고 볼 수 없으므로 최소침해의 원칙에 어긋나지 않음과 동시에, 명의신탁을 이용한 증여세 회피행위에 대하여 증여세 부과를 통하여 명의수탁자가 입는 불이익은 그 책임을 고려할 때 크게 부당하지 않는데 반하여, 명의신탁에 대한 증여세 부과가 명의신탁이 증여세를 회피하는 수단으로 이용되는 것을 방지하는 데 기여함으로써 조세정의와 조세공평이라는 공익을 실현하는 것은 다대하여 법익비례의 원칙에도 위배되지 않으므로, 결국 심판대상조항들은 비례의 원칙에 위배되지 않는다.

2. 증여를 받지 아니한 사람에게 증여세를 부과하는 것은 실질과세의 원칙에 어긋날 수 있으나 증여를 은폐하는 수단으로 명의신탁을 이용한 경우에 이를 제재하는 방법으로 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 조세의 공평을 실현하기 위한 적절한 방법으로서 그 합리성이 인정되므로 실질과세의 원칙에 대한 예외로서 허용되며, 명의신탁에 동조함으로써 명의신탁자의 증여세 회피행위를 가능하게 한 명의수탁자의 책임을 고려할 때 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 중 누구에게 일차적인 납세의무를 부과할 것인지의 문제는 입법재량에 속하고, 명의신탁에 이르게 된 경위나 유형, 그에 내재된 반사회성의 정도 등을 참작할 것인지 여부 및 그 참작의 방법이나 정도 등도 역시 입법의 재량에 속하므로, 명의수탁자와 일반 수증자가 서로 동일하지 않음에도 불구하고 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하는 차별취급은 합리적인 이유가 있으므로 평등 원칙에 어긋나지 않는다.

3. 명의신탁에 의한 조세의 회피는 증여세에 한정된 것이 아니고 상속세, 소득세, 취득세 등 각종의 국세와 지방세 그리고 관세에 대하여도 가능하므로, 증여세 이외의 다른 조세에 대하여도 명의신탁의 방법으로 이를 회피하는 것을 방지하고 그 회피행위를 제재하여야 할 필요성은 증여세의 경우와 조금도 다를 바 없다. 그러므로 증

여세 이외의 다른 조세를 명의신탁에 의하여 회피하는 행위를 제재하기 위하여 그러한 명의신탁에 대하여 조세회피의 목적을 추정하고, 이를 증여로 추정할 수 있도록 조세범위를 확장하는 조항은, 증여세회피의 경우에 관하여 위에서 본 바와 동일한 이유로, 그 입법목적이 정당하고 그 수단이 입법목적의 달성에 적합하며 최소침해의 원칙에 어긋나지 아니하고 법익 간의 비례가 유지되므로, 비례의 원칙에 대한 침해라고 할 수 없고 평등의 원칙에도 어긋나지 않는다.

4. 체계정당성의 원리는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청이며, 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는데, 이러한 체계정당성 위반은 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 일정한 헌법의 규정이나 원칙을 위반하여야만 비로소 위헌이 되며, 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법 재량이 인정된다.

5. 심판대상조항들이 조세범위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에, 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른, 증여세를 부과하도록 증여추정을 하게 되는데, 이 경우의 증여세가 비록 과징금의 성격을 갖는다고 하더라도, 이는 체계정당성의 원칙에 위배되는 외관을 가질 수 있으나, 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 명의신탁에 인정되는 경우에도 명의신탁을 증여로 추정하여 증여세를 부과하도록 한 입법의 선택에는 합리적인 이유가 존재하고 여기에 입법재량의 한계를 현저히 일탈한 잘못이 있다고 볼 수 없으므로 체계부정합으로 인한 위헌의 문제는 발생하지 않는다.

재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선희의  
반대의견

구 상속세및증여세법 제43조 제1항 본문 및 제1호, 같은 법조 제2항 후단규정, 같은 법조 제5항(이하 '심판대상조항들'이라 한다)이 명의신탁을 이용한 각종 조세의 회피를 방지하여 조세평등과 조세정의를 달성하고자 하는 입법목적은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 공공복리

의 증진에 기여한다고 여겨지므로, 그 정당성이 인정되지만, 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정된 경우에 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른 증여세를 부과하는 것은 체계정당성에도 위배되고, 과징금의 형태로 증여세를 부과하는 형식을 택하는 것은 결코 합리적인 사유가 존재한다고 볼 수 없으므로 적합성 원칙에 위배되며, 나아가 심판대상조항들이 행정적 제재로서 과징금을 부과해야 할 사항을 그보다 금전적 부담이 크고 실질에도 맞지 않는 증여세를 부과하는 것은 법체계의 정당성에도 부합하지 않을 뿐만 아니라 최소침해성원칙에 위배되며, 심판대상조항들이 명의신탁을 이용하여 증여세가 아닌 다른 조세의 회피행위에 대하여 지나치게 고율의 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 납세의 공평성을 구현하고자 하는 공익을 감안하더라도 막중한 금전적인 부담을 담세능력이 전혀 없는 명의수탁자에게 지우게 되는 과중한 결과를 초래하게 되어, 심판대상조항들에 의하여 입게 되는 명의수탁자의 불이익은 조세정의와 조세공평의 실현이라는 공익에 비해 훨씬 크다고 아니할 수 없으므로, 법익 간의 균형성을 잃고 있어서, 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배된다.

심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 있는 경우와 심지어 조세회피를 의도하지 않거나 그러한 인식조차 없이 사실상 명의를 빌려준 경우에 경제적 이익의 이전이 없는 통상의 명의신탁을 일률적으로 증여로 보고 담세능력의 정도를 고려하지 아니한 채 고율의 증여세를 부과함으로써, 명의신탁재산에 대한 실질적인 권리 내지 이익을 취득하지 아니하고 단순히 권리의 외양만을 취득하여 담세능력이 없는 명의신탁자를 재산을 증여받은 자와 동일하게 취급하여 고율의 증여세를 부과하는 것은 명의수탁자를 자의적으로 불리하게 취급하는 것으로서 평등원칙에 위배된다. 따라서 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 헌법에 위반된다.

**【심판대상조문】**

구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고, 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조(명의신탁재산의 증여추정) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 추정한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 등기등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우
- 2. 생략
- ② 제1항 제2호에 규정된 유예기간중에 실질소유자명의로 전환하지 아니하거나 이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기 등을 하는 경우에는 제1항 제1호의 규정을 제외하고 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.
- ③, ④ 생략
- ⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.
- ⑥ 생략

**【참조조문】**

국세기본법 제14조(실질과세) ① 과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있는 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.

② 생략

구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제32조의2(제3자명의로 등기등을 한 재산에 대한 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등(이하 “등기등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다. 다만, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피목적없이 타인의 명의를 빌려 등기등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 생략

③ 제1항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호·제7호에 규정된 국세·지방세 및 관세법에 규정된 관세를 말한다.

구 상속세법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14862호로 개정되고, 1996. 12. 31. 대통령령 제15193호로 개정되기 전의 것) 제40조의6(증여의제로 보지 아니하는 경우) 법 제32조의2 제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 때”라 함은 부동산 외의 재산이 다음 각 호의 1

에 해당하는 경우를 말한다.

1. 실질소유자가 국내에 거주하지 아니하는 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 한 경우
2. 명의가 도용된 경우
3. 기타 제3자명의로 등기등을 한 경우로서 관할세무서장이 조세회피의 목적이 없다고 인정하는 경우

구 상속세및증여세법시행령(1996. 12. 31 대통령령 제15193호로 개정되고, 1998. 12. 31 대통령령 제15971호로 개정되기 전의 것) 제32조(조세회피목적이 없는 것으로 인정되는 경우 등) ① 법 제43조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 실질소유자가 비거주자인 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 한 경우
2. 신탁업법 또는 증권투자신탁업법의 규정에 의하여 신탁업을 영위하는 자가 등기등을 요하는 재산에 신탁재산인 사실을 표시하는 경우

②, ③ 생략

구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되고, 2002. 12. 18. 법률 제 6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2(명의신탁재산의 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국제기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 재산의 등기등을 한 경우
2. 주식 또는 출자지분(이하 이 조에서 “주식등”이라 한다) 중 1997년 1월 1일전에 신탁 또는 약정에 의하여 타인명의로 주주명부 또는 사원명부에 기재되어 있거나 명의개서되어 있는 주식 등에 대하여 1998년 12월 31일까지의 기간(이하 이 조에서 “유예기간”이라 한다) 중 실제소유자명의로 전환한 경우. 다만, 당해 주식 등을 발행한 법인의 주주(출자자를 포함한다)와 특수관계에 있는 자 및 1997년 1월 1일 현재 미성년자인 자의 명의로 전환한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 타인의 명의로 재산의 등기등을 한 경우와 제1항 제2호의 규정에 의한 유예기간 중에 주식등의 명의를 실제소유자명의로 전환하지 아니하는 경우에는 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.

③ 제1항 제2호의 규정은 주식등을 유예기간 중에 실제소유자명의로 전환하는 자가 당해 주식을 발행한 법인 또는 그 출자된 법인의 본점 또는 주된 사무소의 관할세무서장에게 그 전환내용을 대통령령이 정하는 바에 따라 제출하는 경우에 한하여 이를 적용한다.

④ 제1항의 규정은 신탁업법 또는 증권투자신탁업법에 의한 신탁재산인 사실의 등기등을 하는 경우와 비거주자가 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

- ⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 “조세”라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.
- ⑥ 제1항 제2호의 규정에 의한 특수관계에 있는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.

### 【참조판례】

- 2. 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 142-143
- 5. 헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등, 판례집 10-1, 410, 426

### 【당 사 자】

청 구 인 한○수

대리인 변호사 안용득 외 1인

당해사건 서울행정법원 2001구10058 증여세부과처분취소

### 【주 문】

구 상속세및증여세법 (1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1항 본문 및 제1호, 동조 제2항 후단 및 동조 제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구의 ○○화학공업주식회사의 대표이사 청구의 권○섭이 1997. 12. 29. 청구의 회사의 주식 20만주를 청구인 명의로 배정받고 청구인 명의로 주식대금 10억 원을 납부한 다음 같은 달 31. 청구의 회사의 주주명부에 청구인을 주주로 등재하였다.

(2) 용산세무서장은 청구의 권○섭이 청구인에게 위 주식을 명의신탁하였다고 인정하고 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조에 의하여 청구인에게 증여세 금698,256,000원을 부과하였다.

(3) 청구인은 서울행정법원에 위 증여세부과처분의 취소를 구하는 소송(2001구10058)을 제기하고 명의신탁을 증여로 의제하도록 규정한 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위 법조

항에 대한 위헌법률심판제청신청(2001아1781)을 하였으나 법원이 원고의 청구와 위헌법률심판제청신청을 모두 기각하자 이 사건 소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상조항

청구인은 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2에 대하여 위헌법률심판제청신청 및 헌법소원을 하였지만 이 규정은 1999. 1. 1. 이후에 이루어진 명의신탁에 대하여 적용되는 것이고 이 사건 명의신탁에 의한 주주명부 등재일은 1997. 12. 31.이므로 이 명의신탁에 대하여는 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전면개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 구 상속세및증여세법(이하 구법이라 부른다) 제43조가 적용되는 것이어서 이 사건의 심판대상을 위 법 제43조로 조정한다.

그리고 당해사건은 구법 시행후의 주식의 명의신탁에 대한 증여세 부과처분을 취소청구의 목적으로 하고 있으므로 당해사건에 적용될 법률은 구법 제43조 중에서 제1항 본문 및 제1호, 그리고 동조 제2항 중 “이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기등을 하는 경우에는 제1항 제1호의 규정을 제외하고 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.”라고 하는 부분 및 동조 제5항만이므로 이 사건의 심판대상을 이 부분으로 한정한다.

심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

구법 제43조(명의신탁재산의 증여추정) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 추정한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 등기등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우

② 제1항 제2호에 규정된 유예기간중에 실질소유자명의로 전환하지 아니하거나 이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기 등을 하는 경우에는 제1항 제1호의 규정을 제외하고 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.

⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.

(2) 관련 법규정

(가) 국세기본법 제14조(실질과세) ① 과세의 대상이 되는 소득·수익·재산·행위 또는 거래의 귀속이 명의일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있는 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.

② 생략

(나) 구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것)

제32조의2(제3자명의로 등기등을 한 재산에 대한 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서등(이하 “등기등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다. 다만, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피목적없이 타인의 명의를 빌려 등기등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 생략

③ 제1항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호·제7호에 규정된 국세·지방세 및 관세법에 규정된 관세를 말한다.

(다) 구 상속세법시행령(1995. 12. 30. 대통령령 제14862호로 개정되고 1996. 12. 31 대통령령 제15193호로 개정되기 전의 것)

제40조의6(증여의제로 보지 아니하는 경우) 법 제32조의2 제1항 단서에서 “대통령령이 정하는 때”라 함은 부동산외의 재산이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 실질소유자가 국내에 거주하지 아니하는 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 한 경우
2. 명의가 도용된 경우
3. 기타 제3자명의로 등기등을 한 경우로서 관할세무서장이 조세회피의 목적이 없다고 인정하는 경우

(라) 구 상속세및증여세법시행령(1996. 12. 31 대통령령 제15193호로 개정되어 1998. 12. 31 대통령령 제15971호로 개정되기 전의 것)

제32조(조세회피목적없는 것으로 인정되는 경우 등) ① 법 제43조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 실질소유자가 비거주자인 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 한 경우
2. 신탁업법 또는 증권투자신탁업법의 규정에 의하여 신탁업을 영위하는 자가 등기등을 요하는 재산에 신탁재산인 사실을 표시하는 경우

②, ③ 생략

(마) 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것)

제41조의2(명의신탁재산의 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 재산의 등기등을 한 경우

2. 생략

② 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우와 제1항 제2호의 규정에 의한 유예기간중에 주식 등의 명의를 실제소유자명으로 전환하지 아니하는 경우에는 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.

③ 생략

④ 제1항의 규정은 신탁업법 또는 증권투자신탁업법에 의한 신탁재산인 사실의 등기등을 하는 경우와 비거주자가 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 “조세”라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.

⑥ 생략

2. 청구인의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 심판대상조항들에 의하면 명의신탁의 경우 명의수탁자가 증여세를 부담하게 된다. 그러나 세금은 실제 소유자에게 그리고 조세회피목적이 있는 때에 부과되어야 함에도 불구하고 단지 명의만을 대여하였을 뿐이고 실질적으로 증여받지도 않은 명의수탁자에게, 그리고 유예기간 내에 실명으로 전환하지 않으면 명의수탁자에게 조세회피목적이 있었는지 여부를 묻지 않고 일률

적으로 증여세를 부과하는 것은 조세평등주의 또는 실질적 조세법률주의에 위배된다.

(2) 부동산실명제법의 과징금 조항에 대해 명의신탁의 숨은 의도가 어느 정도 반사회적인지, 위반 유형에 따른 차등부과 방법은 없는지, 다른 참작사유가 없는지 등을 고려하지 않고 모든 부동산명의신탁자에 대해 일률적인 비율로 과징금을 정해 놓은 것은 경우에 따라 지나친 제재가 될 수 있다는 것이 헌법재판소의 판례인데 하물며 본인이 전혀 모르는 사이에 명의를 도용당했을 수도 있고 조세회피에 공모할 의사가 전혀 없을 수도 있는 명의수탁자에게 일률적으로 부동산가액의 30%보다 더 많은 세금을 부과하는 것은 과잉금지 원칙에 위배된다. 그러므로 조세회피목적으로 명의신탁을 했다고 하더라도 재산의 실제소유자를 제재할 일이지 명의수탁자가 증여받은 것으로 추정하여 그에게 증여세를 부담하도록 해서는 안 된다.

(3) 세금은 형벌과 마찬가지로 심판대상조항은 법률의 규정 없이 세금을 부과함으로써 죄형법정주의에 반하고 국민이 국가의 주인으로 대우받을 권리를 침해하며 명의신탁을 증여로 추정함에 따라 무죄추정을 받을 권리를 침해하므로 이 조항들은 위헌이다.

나. 법원의 제청신청기각이유 요지 : 별지 1과 같다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견 요지 : 별지 2와 같다.

3. 명의신탁에 대한 증여세 부과 입법연혁과 판례의 변천 : [별지 3]과 같다.

#### 4. 증여추정의 구조

##### 가. 추정의 단계적 구조

구법 제43조 제1항은 “권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 추정”(이하 증여추정조항이라고 부른다)하고 다만 “조세회피목적없이 타인의 명의로 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우”(제1호)(이하 추정배제조항이라고 부른다)에는 그러하지 아니하다라고 규정하고 있다. 그리고 구법 제43조 제2항 후단규정은 “... 이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기등을 하는 경우에는 제1항 제1호의 규정을 제외하고 조세회피목적에 있는 것으로 추정한다.”(이하 회피목적추정조항이라고 부른다)라고 규정하고 있다. 또한 구법 제43조 제5항은

“제1항 제1호 및 제2항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국세 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.”(이하 조세범위확장조항이라고 부른다)라고 규정하고 있다.

이 네 개의 조항을, 명의신탁에 대한 증여세부과의 입법연혁과 판례의 변천 [별지 3]을 배경으로 하고 조문전체의 흐름에 주목하여, 이를 분석하면 다음과 같은 단계적 구조가 드러난다.

우선 증여추정조항은 ‘권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우’라고 규정하고 있는데 이는 종래 문체가 되어온 소위 명의신탁관계를 지칭하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 명의신탁관계의 존재는 증여추정을 위한 제1단계의 요건이고 이것은 주로 사실인정의 문제가 된다. 그러므로 증여추정을 위하여는 제1단계로 명의신탁관계의 존재가 입증되어야 하고 그 입증의 책임은 조세당국이 진다.

증여인지 또는 명의신탁인지에 대하여 다툼이 남아 있는 상태에서는 이 조항은 아직 적용될 수 없다. 왜냐하면 이 조문은 앞에서 언급한 것처럼 ‘실질소유자와 명의자가 다른 경우’라는 것을 명백히 그 적용요건으로 규정하고 있기 때문이다. 이 단계에서는 ‘실질소유자와 명의자가 다른 경우’라는 요건에 관하여 증거에 의한 적극적인 사실인정이 필요한 것이지 추정이 동원되는 것이 아니다.

명의신탁이 입증되면 다음 단계로 그 입증된 명의신탁에 대하여 조세회피의 목적이 추정된다(조세회피목적추정조항의 적용). 추정의 반복은 물론 가능하다. 실질과 외형을 분리하는 명의신탁은, 그렇게 하여야 할 동기나 목적을 굳이 은폐하고자 하기 때문에 채택되는 법률관계인데, 이러한 은폐된 동기나 목적은 조세법의 입장에서는 조세부담의 회피로 대부분 파악되고 이러한 파악은 실제에 부합할 고도의 개연성을 갖는 점에서 그 합리성이 인정된다.

조세당국이 명의신탁관계의 존재를 입증하는데 성공하고 나아가 반증이 없거나 배척되어 조세회피목적의 존재를 추정받는 데까지 성공하면 제3단계로 증여의 추정이 행하여진다(증여추정조항의 적용). 명의신탁이 은폐된 증여일 가능성이 실제로 높다는 것에 그 추정의 근거가 있을 것이지만 한편 조세회피의 수단으로 명의신탁이 이용되는 것을 제재하는 입법의 수단으로 증여세의 부과를 선택하기로 한다면 이때는 증여세부과의 형식상 근거를 갖추게 하기 위하여 명의신탁을 증여로 추정하는 조치가 불가피하게 필요하게 된다.

끝으로 증여추정이 적용되지 않는 예외사유가 있다. 바로 구법 제43조 제1

항 단서 제1호(조세회피목적없이 타인의 명의로 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우)에 해당하는 경우이다. 구 상속세및증여세법시행령(1996. 12. 31. 대통령령 제15193호로 개정되고 1998. 12. 31. 대통령령 제15971호로 개정되기 전의 것) 제32조 제1항은, 법 제43조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 경우”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다라고 규정하면서 1. 실질소유자가 비거주자인 경우로서 법정대리인 또는 재산관리인의 명의로 등기등을 한 경우 2. 신탁업법 또는 증권투자신탁업법의 규정에 의하여 신탁업을 영위하는 자가 등기등을 요하는 재산에 신탁재산인 사실을 표시하는 경우를 들고 있다.

이 두가지 경우에는 증여추정규정의 적용이 처음부터 없는 것이고 이것은 추정의 번복과는 달리 보아야 할 것이다. 그렇다면 위와 같은 적용제외사유 이외의 경우에도 추정의 번복이 가능한 것인가 하는 의문이 있는데 사실상 매우 어렵다고 보아야 할 것이다. 예컨대 명의도용과 같은 사유가 인정될 경우라고 하더라도 이것은 명의신탁을 인정할 수 없게 만듦으로써 애당초 증여추정규정의 적용을 배제하는 것이 될 뿐이지 이것이 증여추정을 번복할 사유는 되지 못한다고 이해한다면 더욱 그렇다. 그러나 이것은 우선적으로 법원의 해석에 달려 있는 일이다.

결국 명의신탁에 대하여 증여세가 부과되기 위하여는 논리상 위에서 본 바와 같은 네단계의 과정을 거쳐야 되는 것으로 이해된다. 그러나 증여추정에 대한 이러한 이해의 문제는 먼저 법원의 해석에 의하여 결정될 성질의 것이고 그 해석이 위헌의 문제를 일으키지 않는 한 이는 존중될 것이다.

#### 나. 쟁 점

이 사건에서는 명의신탁이 증여세회피의 목적으로 이용되는 경우와 증여세 이외의 조세회피를 목적으로 이용되는 경우를 구분하여 검토한다. 전자의 경우에는 구법 제43조 제1항 본문 및 그 단서 제1호, 제2항 후단이 규정하는 소위 증여추정(추정의 배제 및 조세회피목적의 추정을 포함한다)이 재산권에 대한 과도한 제한이 되어, 바꾸어 말하면 비례의 원칙에 어긋나서, 위헌이 아닌가 하는 점이 주된 쟁점이 된다. 그밖에 증여의 추정이 실질과세의 원칙, 평등의 원칙, 죄형법정주의 또는 무죄추정의 원칙을 위반한 것인지 여부도 부차적으로 문제가 된다.

후자의 경우에는 구법 제43조 제5항이 규정하는 조세범위의 확장이 체계부정합의 문제를 야기하여 결과적으로 재산권에 대한 과도한 제한을 초래하는

것이 아닌지 또는 평등원칙에 위배되는 것은 아닌지 여부가 쟁점이 된다. 바꾸어 말하면 심판대상조항들이 증여세 회피의 수단으로 이용되는 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하는 데 그치는 것이 아니라 여기서 더 나아가 조세범 위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에도, 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른, 증여세를 부과하게 되는데 이것은 비록 이러한 증여세가 과징금의 성격을 갖는다고 하더라도, 체계정합성 또는 체계정당성에 위배되어 헌법상 비례의 원칙과 평등원칙의 위배를 결과하는 것은 아닌지 여부가 문제된다.

먼저 명의신탁이 증여세회피의 목적으로 이용되는 경우에 관하여 증여추정조항(아래 5.에서는 추정배제조항 및 회피목적추정조항을 포함하는 의미로 사용한다)이 헌법에 위반되는지 여부를 검토하고 이어 명의신탁이 증여세 이외의 조세회피를 목적으로 이용되는 경우에 관하여 조세범위확장조항의 위헌 여부를 검토한다.

#### 5. 증여추정조항의 위헌 여부

##### 가. 비례의 원칙 위반 여부

##### (1) 목적의 정당성

명의신탁은 실정법상의 근거 없이 판례에 의하여 형성되고 발전된 제도로써 대외적으로는 재산의 소유권을 타인 명의로 이전하되 내부적으로는 실제의 권리자가 여전히 소유권을 보유하기로 약정하는 법률관계이다.

주식 등의 재산을 증여하면서 명의신탁을 이용하여 이를 은폐하면 과세관청에서 제한된 인원과 능력으로 이를 찾아내어 증여세를 부과하기가 어렵다. 증여는 통상 부자지간 등 긴밀한 관계에 있는 자간에 은밀하고 묵시적으로 이루어지는데 이들이 담합하여 증여를 은폐할 경우에는 더욱 그 포착이 어렵다. 그러므로 명의신탁이 증여세의 회피수단으로 널리 이용될 우려가 존재한다. 더구나 수인의 명의로 분산까지 할 경우에는 누진세율의 적용도 피할 수 있어 조세 부담이 경감된다. 이러한 현상을 방지하면 교활한 자는 이득을 보고 정직한 자는 손해를 보게 되는데 이것이 만연할 경우 조세체계가 와해될 가능성이 있다. 당사자들은 일단 명의신탁관계를 내세웠다가 조세시효가 완성되기 전에 그것이 증여임이 과세관청에 포착되면 증여세를 납부하고 그것이 포착되지 않은 채 조세시효가 완성되면 영구적으로 증여세를 면탈하려는 유혹에 빠지게 되기가 쉽기 때문이다. 실제로도 명의신탁이 증여세의 부담 자체를 회피하거나 증여세의 누진을 회피하는 수단으로 이용되는 사례가 허다

하리라는 점을 능히 수궁할 수 있다.

심판대상조항들(이곳 5.에서는 조세범위확장조항을 제외하는 의미로 사용한다)은 이처럼 명의신탁을 내세워 증여세를 회피하는 것을 방지하여 조세정의와 조세평등을 관철하고 실질과세의 원칙이 형식에 흐르지 않고 진정한 실질과세가 이루어지도록 이를 보완하려는 목적을 가진 것이다. 심판대상조항들의 이러한 입법목적은 그 정당성을 충분히 인정할 수 있다.

### (2) 수단의 적합성

증여세회피의 목적을 가진 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하는 것이 증여세의 회피를 방지하고자 하는 증여추징조항의 목적을 달성하는 데 적합한 수단이 되는 것은 분명하다.

### (3) 피해의 최소화

명의신탁을 이용한 조세회피행위를 방지하는 데 있어서 증여세를 부과하는 방법보다 납세의무자의 피해를 더 적게 하는 다른 대체수단이 존재하는지 여부를 살펴본다.

우선 생각할 수 있는 대체수단은 명의신탁을 아예 금지하면서 그 사법적 효력을 부인하고 위반자에 대하여 형사처벌을 가하는 방법이다. 실제로 부동산산실권리자명의등기에관한법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호로 제정되고 2002. 3. 30. 법률 제6683호로 개정된 것)은 부동산에 관한 명의신탁약정을 금지하고(제3조), 명의신탁약정은 이를 무효로 하며(제4조 제1항), 명의신탁약정에 따라 행하여진 물건변동은 무효이고(제4조 제2항), 이를 위반한 명의신탁자에 대하여는 당해 부동산 가액의 100분의 30의 범위안에서 과징금을 부과하고(제5조 제1항), 과징금을 부과받은 명의신탁자가 지체없이 자신의 명의로 등기를 하지 않으면 이행강제금(100분의 10에서 100분의 20, 제6조)이 부과되며, 명의신탁금지규정을 위반한 명의신탁자와 수탁자를 형벌(신탁자는 제7조 제1항에 의거, 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금; 수탁자는 제7조 제2항에 의거, 3년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금)에 처하도록 규정하고 있다.

이러한 방법은 증여세 회피목적의 유무에 관계 없이 명의신탁약정을 실제 범상 무효로 하는 것인데 이 문제는 본래 사법의 영역에 속하는 것으로서 조세법의 본래적 규율범위에는 포함되지 않는 것이어서 체계상 적절치 않은데다가 명의신탁자와 수탁자 모두에게 징역 또는 벌금의 형사처벌을 부과하는 것이 과도한 제재가 될 우려가 있다. 이러한 제재는 증여세의 부과보다 납세

의무자에게 더 무거운 부담이 될 수는 있을지언정, 본질적으로 보다 가벼운 부담이 된다고는 말할 수 없다.

그밖의 다른 대체수단으로는 증여세 회피목적이 있는 명의신탁에 대하여 증여세 대신 과징금을 부과하는 방법을 생각할 수 있다.

이 경우에 과징금의 금액과 증여세의 금액을 비교하여 그 경중을 논하는 것은 본질적인 것이 되지 못한다. 왜냐하면 양자 모두 그 금액의 크기는 과징금의 비율 및 증여세의 세율을 정하는 입법의 재량에 의하여 결정되는데 이러한 입법의 재량은 가변적이기 때문이다.

문제는 세금의 부과와 과징금의 부과 중 어느 것이 본질적으로 납세의무자에게 더 무거운 부담이 되는가 하는 것인데 이는 경중을 가리기 어려운 문제이다. 최소한으로 말하여 세금이 과징금보다 언제나 더 무거운 부담이 되는 것이라고 단언할 수는 없다.

그렇다면 증여세를 회피하는 명의신탁의 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 다른 대체수단보다 납세의무자에게 더 많은 피해를 준다고 볼 수는 없고 따라서 이것은 최소침해의 원칙에 어긋나지 않는다고 할 것이다.

#### (4) 법익의 비례성

명의신탁을 이용한 증여세 회피행위에 대하여 고율의 증여세를 명의수탁자에게 부과하는 것은 그에게 상당한 금전적 부담이 되지만 이것은 증여세회피의 목적이 인정되는 경우에 한하는 것인데 명의수탁자는 자신의 명의를 빌려줌으로써 증여세회피를 가능하게 한 사람이므로 어느 정도 그에 대한 책임을 질 수 밖에 없다. 더구나 명의신탁에 조세회피의 목적이 있다고 하는 것은 추정에 불과하므로 그러한 목적이 없음을 반증하면 증여의 추정을 받지 않게 되어 명의수탁자가 증여세를 부담하는 불이익을 입지 않게 된다. 이러한 점을 종합하여 고려하면 증여세 부과를 통하여 명의수탁자가 입는 불이익은 크게 부당한 것이라고 할 수는 없다.

이에 반하여 명의신탁에 대한 증여세의 부과는 명의신탁이 증여의 은폐수단으로 이용되거나 증여세의 누진부담을 회피하는 수단으로 이용되는 것을 방지하는 데 결정적으로 기여함으로써 조세정의와 조세공평이라는 공익을 실현하는 중요한 역할을 수행한다.

그렇다면 심판대상조항들은 사익에 비하여 현저하게 다대한 공익의 우선적 추구를 도모하고 있으므로 법익비례의 원칙에도 위배되지 않는다.

#### (5) 소결론

그러므로 심판대상조항들은 비례의 원칙에 위배되지 아니한다.

나. 평등원칙 등의 위배 여부

(1) 증여를 받지 아니한 사람에게 증여세를 부과하는 것은 실질과세의 원칙에 어긋날 수 있다. 그러나 증여를 은폐하는 수단으로 명의신탁을 이용한 경우에 이를 제재하는 하나의 방법으로, 조세회피의 목적이 인정되는 제한적인 범위 내에서, 증여세를 부과하는 것은 앞에서 본 바와 같이 조세정의와 조세의 공평을 실현하기 위한 적절한 방법으로서 그 합리성이 인정되므로 실질과세의 원칙에 대한 예외로서 이를 허용할 수 있는 것이고 이는 헌법에 위반되지 않는다(헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 142-143).

(2) 유예기간 내에 실명으로 전환하지 않거나 이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기 등을 하는 경우에는 명의수탁자에게 조세회피의 목적이 있었는지 여부를 묻지 않고 일률적으로 증여세를 부과하는 것은 조세평등주의 또는 실질적 조세법률주의에 위반된다고 청구인은 주장한다.

그러나 구법 제43조 제2항, 즉 회피목적추정조항은 조세회피의 목적을 추정하는 규정일 뿐이므로 추정이 번복되면 조세회피의 목적은 인정되지 않게 되고 그 결과 증여추정조항 즉 구법 제43조 제1항 본문은 적용되지 않는다. 따라서 조세회피목적이 없는 경우에도 이 규정이 적용됨을 전제로 한 위 주장은 이유가 없다(추정의 번복에 관하여는 앞의 4. 증여추정의 구조 중 가. 추정의 단계적 구조 부분 참조).

(3) 증여세 회피의 목적으로 명의신탁을 한 재산의 실제 소유자를 제재하지 않고 명의수탁자를 제재하는 것, 본인이 전혀 모르는 사이에 명의를 도용당하거나 증여세의 회피를 공모할 의사가 전혀 없었던 명의수탁자에게까지 일률적으로 높은 증여세를 부과하는 것, 명의신탁의 경위나 유형, 그에 내재된 반사회성의 정도 등을 참작하지 않고 일률적인 제재를 가하는 것 등은 조세평등의 원칙과 실질과세의 원칙에 어긋난다고 청구인은 주장한다.

그러나 명의를 도용당한 경우는 명의신탁이 아니므로 증여추정조항이 적용되지 아니하고, 증여세 회피의 목적이 인정되지 아니하는 경우(추정의 번복) 역시 증여추정조항이 적용되지 아니한다. 또한 명의신탁에 동조함으로써 명의신탁자의 증여세 회피행위를 가능하게 한 명의수탁자의 책임을 고려할 때 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 중 누구에게 일차적인 납세의무를 부과할 것인지의 문제는 입법의 재량에 속한다. 명의신탁에 이르게 된 경위나 유형, 그에 내재된 반사회성의 정도 등을 참작할 것인지 여부 및 그 참작의 방법이

나 정도 등도 역시 입법의 재량에 속한다. 따라서 이와 다른 전제에서 있는 위 주장들은 모두 이유 없다.

또한 명의수탁자가 명의신탁에 동조하여 명의신탁자의 증여세회피를 가능하게 하였다 하더라도 그 책임은 방조 정도에 불과하여 그렇게 크다고는 할 수 없는데도 이를 일반 납세책임과 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하는 것은 평등의 원칙에 어긋난다고 청구인은 주장한다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 그렇게 하지 않으면 증여세의 회피기도를 효과적으로 차단할 수 없다는 합리적인 이유가 있으므로 그러한 취급은 평등의 원칙에 어긋나는 것이 아니라고 할 것이다.

다. 죄형법정주의 및 무죄추정의 원칙 등의 위반 여부

세금은 형벌과 마찬가지로 심판대상조항이 법률의 규정 없이 세금을 부과함으로써 죄형법정주의를 위반하고 국민이 국가의 주인으로 대우받을 권리를 침해하며 명의신탁을 증여로 추정함에 따라 무죄추정을 받을 권리를 침해하므로 이 조항들은 위헌이라고 청구인은 주장한다.

그러나 심판대상조항들에 의하여 부과되는 증여세는 비록 과징금의 성격을 갖는 면이 있다고는 하지만 어디까지나 법률이 규정하는 세금의 하나일 뿐이므로 이를 형법상의 벌금으로 볼 수는 없는 것이고 따라서 이에 대하여는 헌법상의 죄형법정주의나 무죄추정의 원칙이 적용될 수 없어 위 주장은 이유가 없다.

6. 조세범위확장조항의 위헌 여부

가. 명의신탁은 증여세 이외의 조세의 회피방법으로도 얼마든지 이용될 수 있다. 구체적으로 몇가지 예를 들어 살펴보면 다음과 같다.

① 국세징수법 제86조(1996. 12. 30. 법률 제5190호로 개정된 것)는 납세자에게 고지된 국세가 체납된 때로서 납세자에게 재산이 없다고 판명된 때(동시행령 제83조 제1항 제1호)에는 결손처분을 하도록 하고 있는데 명의신탁에 의하여 재산이 없는 상태를 허위로 작출하고 결손처분을 받아 조세의 납부를 면탈할 수 있다.

② 명의신탁을 이용하여 주식을 미리 상속인에게 이전하여 상속세를 회피할 수 있다.

③ 명의신탁을 이용하여 주식의 소유를 분산함으로써 주식배당소득에 대한 합산과세를 회피하여 누진적 소득세 부담을 회피할 수 있다.

④ 구 소득세법 제94조(1995. 12. 29. 법률 제5108호로 개정된 후 1998. 12.

28. 법률 제5580호로 개정되기 전의 것) 및 소득세법시행령 제158조 제1항(1996. 12. 31. 대통령령 제15191호로 개정된 후 1998. 12. 31. 대통령령 제15969호로 개정되기 전의 것)은 자산총액중 토지, 건물 및 부동산에 관한 권리의 가액 합계액이 50%인 법인과 주식 등의 합계액이 차지하는 비율이 50% 이상인 법인에 대하여 과점주주가 당해법인의 주식을 50% 이상 양도하는 경우에 발생하는 양도소득에 대하여 누진적 양도소득세율 30% 내지 50%를 적용하여 소득세를 납부하여야 하는데 명의신탁을 통하여 과점주주의 지위를 벗어나면 누진적 소득세부담을 경감, 회피할 수 있다.

⑤ 지방세법 제105조 제6항(1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정된 것) 및 지방세법시행령 제78조 제1항(1997. 10. 1. 대통령령 제15489호로 개정된 것)에 의하면 비상장법인의 주식 또는 지분을 취득하여 과점주주(51% 이상)가 된 경우 당해 법인의 부동산 등을 취득한 것으로 보기 때문에 과점주주는 당해 법인이 소유하는 취득세 과세대상 물건 가액에 주식소유비율에 따라서 곱하여 산정한 취득세를 취득한 주식에 대하여 납부하여야 하는데 명의신탁을 통하여 과점주주가 되는 것을 방지하면 과점주주가 주식취득에 대하여 부담할 취득세를 회피할 수 있다.

⑥ 정상거래를 가장한 부의 이전을 방지하기 위해 세법에서는 특수관계자의 범위를 규정하고 있는데 명의신탁을 이용하여 특수관계자가 되는 범위를 벗어나게 되면 상속세및증여세법상 특수관계자에게 적용되는 각종 조세회피방지규정들, 예컨대 저가양도 및 고가양수, 부동산무상사용, 무상금전대부, 합병, 증자 및 감자, 전환사채 발행 등을 통한 이익에 대해서 증여세를 부과하는 규정들을 회피하여 상속세와 증여세를 회피할 수 있으며, 소득세법, 법인세법, 부가가치세법 등에 존재하는 특수관계자에게 적용되는 조세회피방지규정을 회피하여 소득세, 법인세, 부가가치세 등을 회피할 수 있다.

⑦ 국세기본법 제39조(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 개정된 것)에 의하면 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인이 납부할 국세·가산금·채납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 부족액에 대하여 당해법인의 발행주식총수의 100분의 51 이상의 주식을 소유한 과점주주가 부족액에 지분율을 곱하여 산출한 금액에 대하여 제2차납세의무를 지도록 되어 있는데 명의신탁을 통하여 제2차납세의 무자가 되지 않도록 하거나 지분율을 줄여 조세를 회피 또는 경감할 수 있다.

나. 명의신탁에 의한 조세의 회피는 증여세에 한정된 것이 아니고 앞에서

본 바와 같이 상속세, 소득세, 법인세, 부가가치세, 취득세 등 각종의 국세와 지방세 그리고 관세에 대하여도 가능하다. 증여세의 경우에는 증여가 아닌 명의신탁임을 내세워 이를 회피하고, 증여세 이외의 경우에는 명의신탁이 아닌 진정한 양도임을 가장하여 이를 회피하는 것이 다를 뿐이다. 마치 두 얼굴을 가진 가면과 같다. 증여세 이외의 다른 조세에 대하여도 명의신탁의 방법으로 이를 회피하는 것을 방지하고 그 회피행위를 제재하여야 할 필요성은 증여세의 경우와 조금도 다를 바 없다. 그러므로 증여세 이외의 다른 조세를 명의신탁에 의하여 회피하는 행위를 제재하기 위하여 그러한 명의신탁에 대하여 조세회피의 목적을 추정하고, 일정한 예외하에, 이를 증여로 추정할 수 있도록 조세범위를 확장하는 조항은, 증여세회피의 경우에 관하여 앞에서 이미 본 바와 동일한 이유로, 그 입법목적이 정당하고 그 수단이 입법목적의 달성에 적합하며 최소침해의 원칙에 어긋나지 아니하고 법익간의 비례가 유지되어 재산권에 대한 과도한 침해라고 할 수 없고 나아가 평등의 원칙에도 어긋나지 않는다고 판단되므로 이는 헌법에 위반되지 않는다.

다. 다만 이 경우에는 체계정당성의 문제를 조금 더 언급할 필요가 있다.

왜냐하면 증여추정조항들이 명의신탁을 이용하여 증여세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에 증여추정을 하는 데 그치는 것이 아니라 조세범위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에도, 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른, 증여세를 부과하도록 증여추정을 하게 되는데 이러한 경우의 증여세가 비록 과징금의 성격을 갖는다고 하더라도, 이는 체계정당성의 원칙에 위배되는 외관을 보이기 때문이다.

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

그러나 일반적으로 일정한 공권력작용이 체계정당성에 위반한다고 해서 곧

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

또한 입법의 체계정당성위반과 관련하여 그러한 위반을 허용할 공익적인 사유가 존재한다면 그 위반은 정당화될 수 있고 따라서 입법상의 자의금지원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다. 나아가 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대하여는 입법의 재량이 인정되어야 한다. 다양한 입법의 수단 가운데서 어느 것을 선택할 것인가 하는 것은 원래 입법의 재량에 속하기 때문이다. 그러므로 이러한 점에 관한 입법의 재량이 현저히 한계를 일탈한 것이 아닌 한 위헌의 문제는 생기지 않는다고 할 것이다.

이 사건에서 보면 증여세 이외의 조세를 회피할 목적이 인정되는 경우에 명의신탁을 증여로 추정하여 증여세를 부과하는 입법수단을 입법자가 선택한 것은 이미 앞에서 본 바와 같이 조세회피를 방지하고 이를 제재하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하고 그 수단이 조세회피행위의 방지라는 입법목적 달성에 적당하고 나아가 증여세 이외의 조세를 회피하고자 하는 명의신탁에 대한 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 형벌이나 과징금을 과하는 등의 다른 대체수단에 비하여 납세의무자에게 더 많은 피해를 준다고 볼 수도 없고 명의수탁자가 입게 되는 재산상의 불이익보다 이로써 달성되는 공익이 현저히 크다고 판단된다.

그렇다면 조세범위확장조항을 통하여, 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 명의신탁에 인정되는 경우에도 명의신탁을 증여로 추정하여 증여세를 부과하도록 한 입법의 선택에는 합리적인 이유가 존재하고 여기에 입법재량의 한계를 현저히 일탈한 잘못이 있다고 볼 수 없고 따라서 체계부정함으로 인한 위헌의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이다(헌재 1998. 4. 30. 선고 96헌바87, 97헌바5·29 결정; 대법원 1996. 4. 12. 선고 95누13555 판결; 1996. 5. 10. 선고 95누11573 판결; 1996. 5. 10. 선고 95누10068 판결; 1999. 7. 23. 선고 99두2192 판결; 1999. 12. 24. 선고 98두13133 판결 참조).

## 7. 결 론

그렇다면 구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1항 본문 및 제1호, 동조 제2항 후단규정, 동조 제5항은 헌법에 위반되지 않으므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정에 대하여는 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선희의 아래 8.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 의견이 일치된다.

8. 재판관 김영일, 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선희의 반대의견

우리는 구 상속세및증여세법 제43조 제1항 본문 및 제1호, 같은 법조 제2항 후단규정, 같은 법조 제5항이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 헌법에 위반된다고 보므로, 이에 반대의견을 밝힌다.

가. 심판대상조항들이 비례의 원칙에 위배되는지 여부

심판대상조항들이 과연 위헌심사의 중요한 기준이 되는 헌법상 비례의 원칙에 합당한 것인지를 살핀다.

(1) 먼저 심판대상조항들이 명의신탁을 이용한 각종 조세의 회피를 방지하여 조세평등과 조세정의를 달성하고자 하는 입법목적은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 공공복리의 증진에 기여한다고 여겨지므로, 그 정당성이 인정되는 점은 다수의견과 같다.

(2) 그러나 명의신탁재산에 대하여 증여추정을 한 규정의 취지는 그 실질이 증여임에도 조세회피의 목적으로 명의신탁에 의한 재산으로 거짓 주장하는 것을 방지하기 위해서 명의신탁이라는 형식에도 불구하고 그 실제관계를 중시하여 증여로 추정한다는데 주안점이 있다고 할 것이다.

따라서 증여세의 부과대상은 명의신탁으로 은폐된 증여에 한정되는 것으로 보아야 한다.

처음부터 조세회피를 의도하지 아니하거나, 또는 조세회피의 목적을 인식조차 하지 못하고 사실상 명의를 빌려 준 명의수탁자에 대하여 명의수탁자의 적극적인 입증을 통하여 과세대상에서 제외될 수 있는 길이 열려있기는 하나, 법 제43조 제1항 본문 및 법 제43조 제2항 후단규정에 의거 이종의 추정규정을 둔 탓에 실제에 있어서는 일률적으로 조세회피의 목적이 인정되는 것으로 해석되어 증여세를 부과하는 것은 아무런 재산상 이익이 없음에도 불구하고

증여세를 부과하는 셈이 되는바, 이는 증여세의 본질에 반할 뿐 아니라, 그 입법목적을 달성하기 위한 적절한 방법이라고 볼 수도 없다.

특히 증여의 실질이 없음이 명백함에도 불구하고 일률적으로 증여로 보아 증여세를 부과하는 것은 지나치게 과세행정편의주의적인 발상이고 다른 종류의 조세의 회피행위를 제재할 의도로 심판대상조항들이 증여세를 부과하는 조치는 부당한 결부로서, 국가행위형식의 남용에 해당한다고 아니할 수 없다.

비록 명의신탁이 강제집행면탈이나, 증여세 아닌 조세의 회피 등 탈법적으로 악용되는 사례가 있다고 하더라도 이를 규제하기 위하여 증여세를 회피할 목적이 없는 명의신탁에 대해서까지, 회피하려는 조세와는 그 세목이 전혀 다르고 세율도 가장 높은 증여세를 일률적으로 부과하는 것은 결코 적절한 방법이라고 할 수 없기 때문이다.

이러한 맥락에서 볼 때, 명의신탁에 대한 제재적 징벌은 과징금 등의 부과나 처벌의 방법으로 하여야 할 것이지, 회피하려는 조세와 전혀 무관한 증여세를 부과하는 것을 용인해서는 안된다.

그러므로 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정된 경우에 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른 증여세를 부과하는 것은 체계정당성에도 위배되는 면이 없지 아니하고, 후술하는 바와 같이 과징금의 형태로 증여세를 부과하는 형식을 택하는 것도 결코 합리적인 사유가 존재한다고 볼 수 없다.

그렇다면 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에까지 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 그 방식에 있어서 적합성원칙에 위배된다.

(3) 나아가 심판대상조항들이 다수의견이 주장하는 바와 같이 어떠한 조세이든 조세회피의 목적이 있다고 인정되는 경우 과징금으로서 제재의 성격을 가진 증여세를 부과하는 것이라면, 그러한 입법목적을 달성하기 위한 대체수단으로는 명의신탁을 허용하되 조세회피목적이 있는 경우에는 굳이 행정질서벌의 특성과는 거리가 먼 증여세를 부과할 것이 아니라, 제재수단으로 과징금을 부과하는 내용으로 특별법을 제정하는 것이 입법체계에 있어 보다 더 적합할 것이다. 다시 말해서 심판대상조항들이 규정하고 있는 명의신탁에 대한 증여세 부과 제도를 과징금 부과 형태로 특별법에 별도로 규정하는 것이 보다 온당한 입법형식이 될 것이다.

특히 주식 등의 자산에 대하여는 명의신탁을 허용하되, 조세회피목적이 있

는 명의신탁에 대하여는 증여세 대신 과징금을 부과하고, 명의신탁자와 명의수탁자가 이를 연대하여 납부하도록 하며, 이 경우 과징금은 부동산실권리자명의등기에관한법률(제5조)에서 규정하는 과징금 10% 내지 30%, 국세기본법(제47조)에서 규정하는 가산세 10% 내지 30%와 마찬가지로, 10% 내지 30%의 범위 내에서 명의신탁재산의 금액에 따라서 차등적으로 부과하도록 할 수 있을 것이다.

이처럼 특별법 제정을 통한 10% 내지 30% 범위 내의 과징금의 부과는 심판대상조항들에 의하여 부과되는 10% 내지 45% 범위 내의 증여세보다는 명의수탁자의 금전적 부담이 줄어 들게 되고, 이는 곧 대체수단의 형식으로 명의수탁자가 명의신탁자와 연대하여 과징금을 부담함으로써 발생하는 금전적인 불이익이 심판대상조항들의 입법수단을 통한 금전적인 불이익보다는 더 작다고 할 것이어서, 과연 심판대상조항들이 입법목적달성을 위하여 납세의 무자에게 부담을 덜 주는 보다 완화된 방법을 채택하였는지 강한 의구심을 불러 일으킨다. 이런 관점에서 보면 심판대상조항들은 앞서 지적한 바와 같이 성질상 행정적 제재로서 과징금을 부과해야 할 사항을 그보다 금전적 부담이 크고 실질에도 맞지 않는 증여세를 부과하는 형식이 되어 법체계의 정당성에도 부합하지 않을 뿐만 아니라 최소침해성원칙에 위배되는 면이 없지 않다.

(4) 끝으로 심판대상조항들에 의하여 입게 되는 명의수탁자의 불이익은 조세정의와 조세공평의 실현이라는 공익에 비해 훨씬 크다고 아니할 수 없다.

구체적으로 살펴보면, 먼저 증여세의 회피행위에 대하여 고율의 증여세를 부과하는 것은 납득할 수 있으나, 증여세가 아닌 다른 조세의 회피행위에 대하여서까지 고율의 증여세를 부과하는 것은 지나치게 과다하다. 왜냐하면 부동산실권리자명의등기에관한법률(제5조)에서 규정하는 과징금은 10% 내지 30%에 해당되고, 국세기본법(제47조)상 가산세는 10% 내지 30%에 해당되는데 반하여, 증여세율은 10% 내지 45%에 해당되기 때문이다.

또한 조세회피를 의도하지 아니하거나, 그러한 인식조차 없이 사실상 명의를 빌려 준 명의수탁자에 대하여서까지 일률적으로 그 명의신탁에 조세회피의 목적이 인정된다 하여 증여세를 부과하는 것은 아무런 이익이 없는 경우에도 증여세를 부과하는 셈이 되어 명의수탁자에게 과도한 책임을 묻는 결과가 된다.

그리고 심판대상조항들에 의거하여 명의수탁자에게 증여세를 부과하는 제도는 그 자체가 자산의 무상이전이라는 증여세의 실질을 결하는 것으로서,

조세회피의 목적이 없었다는 것을 납세자가 적극적으로 입증할 경우 과세대상에서 제외될 수는 있으나, 앞서 살펴 본 바와 같이 실제에 있어서는 모든 경우 조세회피의 목적이 있는 것으로 의제되는 것으로 해석되는 점에 비추어 보면, 모든 명의수탁자에게 증여세를 부과할 수 있는 결과가 되고 그 재산가액이 큰 경우에는 명의수탁자가 그 납세의무를 도저히 감당할 수 없게 된다.

특히 명의수탁자가 장차 상속인 등이 될 수 없는 또는 특수관계가 없는 자에게 명의신탁을 한 경우에는 조세회피를 의도한 사람은 명의신탁자인데, 영등하게 경제적 이익을 무상취득한 바도 없는 명의수탁자가 감내하기 어려운 조세부담을 지게 되는 가혹한 결과에 이르게 된다.

이처럼 심판대상조항들이 명의신탁을 이용하여 증여세가 아닌 다른 조세의 회피행위에 대하여 지나치게 고율의 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 납세의 공정성을 구현하고자 하는 공익을 감안하더라도 경우에 따라서는 막중한 금전적인 부담을 담세능력이 전혀 없는 명의수탁자에게 지우게 되는 과중한 결과를 초래하게 되어 법익간의 균형성을 잃고 있다고 할 것이다.

(5) 그렇다면 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배된다고 할 것이다.

나. 심판대상조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부

심판대상조항들은 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 있는 경우와 심지어 조세회피를 의도하지 않거나 그러한 인식조차 없이 사실상 명의를 빌려준 경우와 같이 경제적 이익의 이전이 없는 통상의 명의신탁을 일률적으로 증여로 보고 담세능력의 정도를 고려하지 아니한 채 고율의 증여세를 부과하고 있다.

또한 증여추정의 제도를 증여세 회피의 경우뿐만 아니라 증여세가 아닌 다른 조세의 회피는 물론 조세회피의 의도가 없는 경우에까지 확대하여 사실상 증여행위가 있는 것으로 의제하여 무차별적으로 증여세를 부과하고 있다.

그렇다면 심판대상조항들이 명의신탁재산에 대한 실질적인 권리 내지 이익을 취득하지 아니하고 단순히 권리의 외양만을 취득하여 담세능력이 없는 명의수탁자를 재산을 증여받은 자와 동일하게 취급하여 고율의 증여세를 부과하는 것은 명의수탁자를 자의적으로 불리하게 취급하는 것으로서 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

이상으로 우리는 심판대상조항들은 헌법에 위반된다고 생각한다.

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

[별지 1]

법원의 제청신청기각이유의 요지

(1) 명의신탁제도가 조세회피의 수단으로 악용되는 사례가 허다하기 때문에 이를 효과적으로 방지하기 위하여 조세법상의 대원칙인 실질과세의 원칙을 회생시키면서 명의신탁을 이용한 조세회피 내지 조세포탈을 원천적으로 봉쇄하겠다는 것이 이 사건 법률조항들의 입법의도이다. 다만 조세회피의 목적이 없이 부득이 명의신탁의 형식을 빌린 경우에는 그 적용을 제한하되 법령이 명문으로 인정하는 예외적인 경우 외에는 명의신탁의 예외를 인정하지 않고 과세요건이 충족된 것으로 취급하려는 입법자의 의도가 짙게 깔려 있다.

(2) 국가가 과세권을 행사함에 있어 조세의 회피나 면탈을 억제하기 위한 규정을 두는 것과 담세력에 따른 공평한 부담의 실현 수단으로 과세의 종목과 과세방법을 선택하는 등 조세정의의 실현과 국가의 과세기능 측면에서 생기는 여러 문제를 조정·결정하는 것은 입법자의 광범위한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이것을 위헌이라고 단정할 수 없다.

(3) 그러므로 이 사건 법률조항들의 입법목적에 비추어 볼 때 명의신탁의 증여추정규정의 적용에 의해 별다른 이익을 얻지 못한 명의수탁자에게 불리한 결과가 발생할 수 있는 점은 인정되나 이는 상속세및증여세법의 목적과 취지를 고려한 입법자의 재량범위 내에 속한다고 봄이 상당하고 달리 납세의 무자들 사이에 실질조세의 원칙이나 조세평등주의를 침해한 것이라고 볼 수 없으며 또한 과잉금지의 원칙에 반한다고 볼 수도 없다. 게다가 증여세는 세금이지 벌금이 아니므로 결국 죄형법정주의 등 기타 헌법상의 제원칙에 위반한다고 볼 수도 없다.

[별지 2]

재정경제부장관 및 국세청장의 의견 요지

(1) 명의신탁제도는 그동안 탈법·탈세 등의 수단으로 악용되어 왔기 때문에 명의신탁재산에 대하여 조세회피를 효과적으로 방지하여 조세징의를 실현한다는 입법의도와 증여는 통상 부자기간 등 특수관계에 있는 자간에 은밀하고 묵시적으로 이루어지기 때문에 증여의 당사자들이 담합하여 증여사실을 은폐하려고 하는 경우에 과세관청의 제한된 인원과 능력으로 일일이 증여사실을 포착하는 것이 쉬운 일이 아니며, 특히 증여의 은폐수단으로 명의신탁을 이용할 경우 당사자들은 일단 가장된 법률관계를 취하였다가 그것이 과세관청에 포착되면 증여사실을 부인하거나 그 때에 조세를 납부하고, 조세시효 기간중에 포착되지 않으면 명의신탁시점에서 증여하였다고 주장하여 조세를 포탈하려는 유혹에 빠지게 될 수 있어 부득이 실질과세원칙에 대한 예외로서 증여세 과세규정을 둔 것임을 고려할 때 명의신탁재산에 대하여 수증자에게 증여세를 과세토록 한 법 제43조는 실질과세원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

(2) 명의신탁을 이용한 조세회피 내지 조세포탈을 원천적으로 봉쇄하겠다는 입법의도와 명의신탁은 명의신탁자와 명의수탁자간 약정을 전제로 한 것이므로 명의신탁자의 탈법 또는 탈세행위에 명의수탁자가 조력한 점을 감안할 때 납세의무를 명의신탁자 또는 명의수탁자에게 둘 것인지의 여부는 입법자의 광범위한 재량범위에 속한다고 할 수 있고, 실질과세원칙에 예외 내지는 특례를 둔 것만으로 조세평등주의에 위배되지 아니한다는 헌법재판소의 결정 취지와 증여세가 수증자에게 1차적으로 납세의무를 지우고 수증자가 납세자력을 상실한 경우 증여자에게 2차적으로 납세의무를 지우고 있음을 고려할 때 납세의무자 사이에 그 재량범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없어 조세평등주의를 침해한 것으로 볼 수 없다.

(3) 부동산실권리자명의등기에관한법률은 부동산에 관한 명의신탁약정을 무효로 하고 실권리자 명의등기의무를 위반한 자에 대하여는 당해 부동산평가액과 의무위반 경과기간을 기준으로 당해 부동산가액의 10%~30%(헌법불합치 결정전에는 부동산가액의 30%)에 상당하는 과징금을 부과하는 외에 이행강제금과 벌칙도 병과가 가능한 반면, 명의신탁재산에 대해서는 명의신탁재산 가액의 크기에 따라 10%~50%의 증여세만 부과하게 되므로 부동산실권리자명의등기에관한법률상의 제재보다 무겁지 아니하여 명의신탁재산에 대한 증여세 부과가 과잉금지의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

(4) 명의신탁재산에 대한 증여추정을 규정한 법 제43조는 일정한 요건을 충족하는 경우 수탁자에게 증여세를 부과하기 위한 규정으로 당사자간 약정이 아닌 명의도용, 조세회피목적이 없음을 납세자가 입증하는 경우에는 증여세 납부의무에서 벗어날 수 있으며 증여세는 형법상의 벌금이 아닌 조세이므로 죄형법정주의 및 무죄로 추정될 권리를 위반하였다고 볼 수 없다.

[별지 3]

명의신탁에 대한 증여세 부과의 입법연혁과 판례의 변천

(1) 구 상속세법 제32조의2가 1974. 12. 21.에 제정되기 이전에는 명의신탁에 대해 증여세를 부과한다는 직접적인 법규정이 없었으며 구 상속세법 제34조의4(1952. 11. 30. 법률 제261호로 제정되고 1960. 12. 30. 법률 제573호로 개정된 것)가 포괄적 증여의제에 관한 사항을 규정하고 있을 뿐이었다.

그런데 과세당국은 구 상속세법 제34조의4에 의거하여 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하였다.

이에 대해 대법원은 1965. 5. 25. 선고 65누4 판결에서 수탁자가 위탁자와의 대내적 관계에서 완전한 소유권을 취득하지 못하였다고 하여도 수탁자가 그 신탁계약에 의하여 대가 없이 이익을 취득한 것이라면 이는 상속세법상 증여를 받은 것으로 해석된다고 판시하여 구 상속세법 제34조의4에 의거한 명의신탁에 대한 증여세 부과를 인정한 후 상당기간 동안 이러한 견해를 유지하였다.

그러나 그 후 대법원은 1975. 4. 22. 선고 74누139 판결에서 구 상속세법 34조의4는 실질상 양수자에게 이익이 없는 경우라도 이를 양자간의 내부관계로 보고 그 부분을 증여받은 것으로 의제한다는 취지로 해석될 수 없다는 이유로 명의신탁이 있더라도 실질적인 이익이 없으면 증여세를 부과할 수 없다고 설시하면서 종전의 견해를 변경하였다.

(2) 그러던 중 국회는 1974. 12. 21. 명의신탁재산을 증여로 보도록 규정하는 구 상속세법 제32조의2(1974. 12. 21. 법률 제2691호로 신설된 것)를 제정하였다. 위 법조는 “재산에 대하여 신탁을 설정한 경우에 신탁법 제3조의 규정에 의하여 신탁재산인 사실을 등기 또는 등록하지 아니하거나, 증권에 표시하지 아니하거나, 주권과 사채권에 관하여는 또한 주주명부 또는 사채원부에 기재하지 아니하고 수탁자의 명의로 등기·등록·표시 또는 기재된 신탁재산

은 당해 등기·등록·표시 또는 기재한 날에 위탁자가 그 신탁재산을 수탁자에게 증여한 것으로 본다.”라고 규정하였다.

이에 따라 과세관청이 위 구 상속세법 제32조의2를 적용하여 명의신탁을 증여한 것으로 보아 증여세를 부과한 과세처분에 대하여 대법원은 “명의신탁은 신탁법 제1조 제2항이 규정하는 신탁법상의 신탁이라고 할 수 없으므로 명의신탁인 사실을 신탁법 제3조의 규정에 의하여 이를 등기하지 않았다 하여 그 명의신탁을 상속세법 제32조의2 소정의 증여로 볼 수 없다.”라고 판시한 후(대법원 1979. 1. 16. 선고 78누396 판결) 일관된 견해를 지속하였다(대법원 1982. 6. 22. 선고 82누9 판결 등).

대법원의 위 판결 이후 납세의무자는 무상으로 소유권을 이전한 뒤 증여세가 부과되면 문제의 등기이전은 증여가 아니라 명의신탁에 의한 것임을 입증함으로써 증여세 납부의무를 면할 수 있게 되었다.

(3) 그리하여 국회는 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하기 위하여 1981. 12. 31. 구 상속세법 제32조의2(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정되어 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)를 다음과 같이 개정하였다. “① 권리의 이전이나 그 행사에 등기·등록·명의개서 등(이하 “등기등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기등을 한 날에 실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다. ② 제1항의 규정은 신탁법 또는 신탁업법에 의한 신탁재산인 사실을 등기 등을 하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.”

그 후 대법원은 “상속세법 제32조의2 제1항의 증여의제규정은 실질소유자와 명의자 사이에 합의가 있거나 의사소통이 있어 명의자 앞으로 등기 등이 경료된 이상 그들간의 내부관계가 어떠하든지 간에, 즉 그들간에 실질적인 증여가 있건 없건 또는 신탁법상의 신탁의 설정이건 단순한 명의신탁에 불과하건 간에 그 등기 등을 한 때에 증여가 있는 것으로 본다는 취지로 해석하여야 한다.”라고 판시(1987. 4. 28. 선고 86누486 판결 등)하면서 명의신탁에 대한 증여세 부과를 인정하였다.

(4) 그런데 헌법재판소는 1989. 7. 21. 구 상속세법 제32조의2 제1항(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정된 후, 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)은 “조사회피의 목적 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한

다.”라는 한정합헌결정을 선고하였다(헌재 1989. 7. 21. 선고 89헌마38, 판례집 1, 131).

(5) 그 후 국회는 헌법재판소의 위 결정의 취지를 반영하고자 1990. 12. 31. 구 상속세법 제32조의2(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되어 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것)를 개정하여 제1항에 “다만, 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 한 것 중 부동산등기특별조치법 제7조 제2항의 규정에 의한 명의신탁에 해당하는 경우 및 조세회피목적 없이 타인의 명의를 빌려 등기등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 때에는 그러하지 아니하다.”라는 단서규정을 신설하였다.

(6) 그런데 대법원은 1992. 3. 10.에 선고한 91누3956 판결에서 구 상속세법 제32조의2 제1항(1981. 12. 31. 법률 제3474호로 개정된 후 1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되기 전의 것)은 권리의 이전이나 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서 증여를 은폐하여 증여세를 회피하기 위한 수단으로 명의신탁 제도가 악용되려는 것을 방지하려는 데 그 입법 취지가 있다고 하여 그 등기 등의 명의를 달리하게 된 것이 증여를 은폐하여 증여세를 회피하기 위한 것이 아니라면 이를 증여로 볼 것이 아니라고 판시한 후 이 견해를 견지하였다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92누10685 판결; 1994. 5. 24. 선고 92누13455 판결; 1995. 9. 29. 선고 95누8768, 8775, 8782 판결 등 참조).

(7) 그러자 국회는 1993. 12. 31. 구 상속세법 제32조의2(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되기 전의 것) 제1항 단서에 규정된 ‘조세회피목적’이 의미하는 조세의 범위를 모든 조세로 확대하여 증여의제규정을 적용할 수 있도록 하기 위하여 법률 제4662호로 구 상속세법 제32조의2에 제3항을 신설하여 “제1항에서 조세라 함은 국세기본법 제2조 제1호·제7호에 규정된 국세·지방세 및 관세법에 규정된 관세를 말한다.”라고 규정하였다.

(8) 한편 대법원은 1995. 11. 14. 선고한 94누11729 판결에서 구 상속세법 제32조의2 제1항(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정된 후 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것)의 입법 취지가 명의신탁 제도를 이용한 조세회피 행위를 효과적으로 방지하여 조세정의를 실현한다는 취지에서 실질과세의 원칙에 대한 예외를 인정한 데에 있다 하여 명의신탁의 목적에 조세회피목적이 포함되어 있지 않은 경우에만 위 단서의 적용이 가능한데 그 단서 소정의 조세를 명문의 근거 없이 증여세에 한정할 수 없다는 견해를 확립한 후

그 이후의 판결에서도 이러한 견해를 일관되게 견지하여 왔다(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누13555 판결; 1996. 5. 10. 선고 95누11573 판결; 1996. 5. 10. 선고 95누10068 판결; 1999. 7. 23. 선고 99두2192 판결; 1999. 12. 24. 선고 98두13133 판결 참조).

(9) 그런데 헌법재판소는 1998. 4. 30. 선고 96헌바87, 97헌바5·29 결정에서 조세회피목적없이 명의신탁을 한 경우를 증여의제대상에서 제외하고 있는 구 상속세법(1990. 12. 31. 법률 제4283호로 개정되고 1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제32조의2 제1항 단서 중 ‘조세(회피목적)에 증여세 이외의 다른 조세를 포함하는 것으로 해석하더라도 합헌이라고 선고하였다.

(10) 국회는 1996. 12. 30. 구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되어 신설된 후 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 개정시, 종전 제32조의2의 규정을 제43조로 변경하면서 부동산실권자명의등기에관한법률이 1995. 7. 1.부터 시행됨에 따라 부동산(토지, 건물)을 명의신탁 증여추정 대상에서 제외하였고, 주식에 대하여는 조세회피 목적을 확인하기 어려워 증여세 과세의 실효성이 떨어지는 문제가 있어 2년(1997. 1. 1.~1998. 12. 31.)의 유예기간을 설정하고 유예기간 중 실명전환한 과거의 명의신탁주식에 대해서는 증여세를 면제하는 특례를 인정하여 주식의 실명전환을 유도하는 대신, 1997. 1. 1. 이후 명의신탁하거나 유예기간 종료일 후 발견되는 명의신탁 주식에 대하여는 조세회피 목적이 있는 것으로 추정하도록 규정하였다.

## 통신비밀보호법 제2조 제7호 등 위헌소원

(2004. 11. 25. 2002헌바85 전원재판부)

### 【판시사항】

구 통신비밀보호법 제3조 본문, 제16조 제1호의 각 ‘전기통신의 감청’에 관한 부분 중 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득”하는 부분이 명확성원칙에 반하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

구 통신비밀보호법은 감청의 정의규정을 통해 감청의 대상, 속성, 수단, 내용 등을 명시함으로써 감청개념의 명확화와 구체화를 도모하고 있으며, 감청의 정의에 사용된 표현도 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 자주 사용되는 일반적인 용어들이며, 또한 “전기통신”이나 “감청설비”에 관한 정의조항을 두어 전기통신의 감청개념을 더욱 명료하게 하고 있으므로, 감청금지 및 처벌 조항이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

### 【심판대상조문】

통신비밀보호법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제3조(통신 및 대화 비밀의 보호) 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.

1.~5. 생략

통신비밀보호법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제16조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열, 전기통신의 감청 또는 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하거나 그 취득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자
2. 생략

### 【참조조문】

헌법 제18조

통신비밀보호법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1.~2. 생략
3. “전기통신”이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다
- 4.~6. 생략
7. “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다
8. “감청설비”라 함은 대화 또는 전기통신의 감청에 사용될 수 있는 전자장치·기계장치 기타 설비를 말한다. 다만, 전기통신 기기·기구 또는 그 부품으로서 일반적으로 사용되는 것 및 청각교정을 위한 보청기 또는 이와 유사한 용도로 일반적으로 사용되는 것 중에서, 대통령령이 정하는 것은 제외한다

### 【참조판례】

헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658-658

헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 47

헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33

### 【당 사 자】

청 구 인 우○주

대리인 법무법인 대중종합법률사무소

담당변호사 채형석

당해사건 춘천지방법원 2002노37 통신비밀보호법위반, 전파법위반

### 【주 문】

통신비밀보호법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것) 제3조 본문, 제16조 제1호의 각 ‘전기통신의 감청’에 관한 부분 중 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득”하는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 강원98바○○호 견인차 운전업무에 종사하면서, 1999. 10. 23. 위 견인차에 스탠다드 무전기를 설치하여 주파수를 원주경찰서 무선사용주파수에 맞춘 후 위 무전기를 이용하여 교통사고에 관한 경찰관의 무선내용을 청취하였다는 이유로 통신비밀보호법 제16조 제1호, 제3조 위반으로 춘천지방법원에 기소되어, 위 법원에서 징역 1년에 집행유예 3년을 선고받고(2000고단19) 항소하여 항소심에 계속중(춘천지방법원 2002노37), 위 법률조항들 및 같은 법 제2조 제7호에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하여 기각되자(춘천지방법원 2002초기62), 2002. 10. 10. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판대상은 통신비밀보호법(2000. 12. 29. 법률 제6305호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제3조 본문, 제16조 제1호의 각 ‘전기통신의 감청’에 관한 부분 중 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득”하는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다(청구인은 통신비밀보호법 제2조 제7호, 제3조, 제16조 제1호 전부에 대하여 심판을 청구하였으나, 청구인은 당사자의 동의 없이 무전기를 이용하여 교통사고에 관한 경찰관의 무선내용을 청취하였다는 이유로 법 제16조 제1호, 제3조 위반으로 처벌받았으므로, 당해사건의 범죄사실에 비추어 보면 위 조항들 중 그 위헌여부가 재판의 전제가 되는 부분은 법 제16조 제1호, 제3조 본문의 각 ‘전기통신의 감청’에 관한 부분 중 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여” “통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득”하는 부분에 한하므로, 직권으로 심판대상을 이에 한정한다. 또한 법 제2조 제7호의 감청의 정의 부분은 이 사건 법률조항들에 규정된 ‘전기통신의 감청’의 해석에 관련된 조항일 뿐, 당해사건에 직접 적용된 조항이 아니므로 심판대상에서 제외한다).

법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1~2호 생략

3. “전기통신”이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하

여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.

4~6호 생략

7. “감청”이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.
8. “감청설비”라 함은 대화 또는 전기통신의 감청에 사용될 수 있는 전자장치·기계장치 기타 설비를 말한다. 다만, 전기통신 기기·기구 또는 그 부품으로서 일반적으로 사용되는 것 및 청각교정을 위한 보청기 또는 이와 유사한 용도로 일반적으로 사용되는 것 중에서 대통령령이 정하는 것은 제외한다.

제3조(통신 및 대화비밀의 보호) 누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다.

각 호 생략.

제16조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

1. 제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열, 전기통신의 감청 또는 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하거나 그 취득한 통신 또는 대화의 내용을 공개하거나 누설한 자

2. 생략

2. 청구인의 주장, 법원 및 이해관계인 의견 요지

가. 청구인의 주장

(1) 법 제2조 제7호는 “감청이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다.”고 규정하여, 모든 종류의 전자적 정보의 흐름에 있어서 송·수신 당사자의 명시적 동의 없이 그 정보의 내용을 알게 되었을 경우 이를 감청으로 간주하여 그 알게 된 사람을 무차별적으로 처벌할 수 있게 하므로 헌법의 명확성원칙에 위배된다.

(2) 또한 법 제2조 제3호에서 정하는 “전기통신”의 의미와 정보통신망이용

촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제1호에서 정하는 “정보통신망”의 구별이 모호하여 감청한 자에 대한 이중처벌의 위험이 있다.

(3) 법 제16조는 제3조 소정의 감청금지에 위반한 자를 7년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있는데, 유사한 행위를 처벌하도록 규정하고 있는 전기통신사업법 제69조, 전과법 제82조 제1항, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제62조는 각기 다른 법정형을 규정하고 있으므로, 같은 행위에 대한 처벌에 있어 법정형에 차이를 두고 있는 법 제16조 제1호는 헌법 제10조 평등원칙에 반한다.

나. 법원의 위헌제청신청기각이유의 요지

(1) 법 제2조 제7호, 제3조는 누구나 위 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있다 할 것이어서, 헌법상 요구되는 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 ‘정보통신망의 이용과 관련’하여 그 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함을 그 입법목적으로 하고 있는바, 통신비밀보호법과 그 입법취지 및 적용대상이 달라 이중처벌의 위험이 있다 할 수 없다.

(3) 법 제16조는 전기통신사업법, 전과법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 등과 입법취지가 다르고 적용대상을 구별하여 규정하고 있으므로, 위 법률들의 법정형에 차이가 있다는 사실만으로, 그로 인하여 법 제16조 제1호가 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 법무부장관 및 춘천지방검찰청 원주지청장의 의견

대체로 법원의 견해와 같다.

3. 판 단

가. 통신비밀보호법의 입법취지

헌법 제18조에서는 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.”라고 규정하여 통신의 비밀보호를 그 핵심내용으로 하는 통신의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 통신의 자유를 기본권으로서 보장하는 것은 사적 영역에 속하는 개인간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하겠다는 취지에서 비롯된 것이다.

통신은 기본적으로 개인과 개인간의 관계를 전제로 하는 것이지만, 통신의 수단인 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기 때

문에, 통신의 영역은 다른 사생활 영역에 비하여 국가에 의한 침해 가능성이 매우 큰 영역이라 할 수 있고, 이것이 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해서 기본권으로 보호하고 있는 이유라 할 것이다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658-658 참조).

통신비밀보호법이 제정되기 전에는 통신비밀의 침해는 형법, 우편법 등의 개별법에 의해 규제되어 왔다. 그런데 현대사회가 정보사회로 변모하고 과학기술의 발전으로 많은 새로운 통신수단이 개발됨에 따라 사람들은 한편으로는 광범하고 신속한 정보를 향유할 수 있게 되었으나, 다른 한편으로는 통신의 비밀에 대한 침해를 가능케하는 많은 감청장치들도 함께 개발되어 사생활의 비밀과 통신의 자유가 심각한 위협을 받게 되었다. 이에 따라 통신비밀의 보호 및 제한에 관한 사항을 포괄적, 체계적으로 정비하여 개인의 사생활의 비밀과 통신의 비밀과 자유를 보장하기 위하여 1993. 12. 27. 법률 제4650호로 통신비밀보호법이 제정되었다.

나. 명확성원칙 위배 여부

(1) 죄형법정주의의 명확성원칙

법 제3조 본문의 감청금지규정은 원칙적으로 통신의 자유와 비밀을 보장하기 위한 것이므로 통신자의 입장에서 보면 기본권 우호적 성격을 가진다. 그러나 이 사건에서 보는 바와 같이 감청금지규정은 법 제16조 제1호의 처벌조항의 구성요건으로 기능하므로, 처벌조항과 그 구성요건조항인 이 사건 법률조항들은 죄형법정주의에서 요구하는 명확성원칙을 충족하여야 한다.

죄형법정주의 원칙은 죄와 형을 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 규정하는 것을 그 핵심적 내용으로 하고, 나아가 형식적 의미의 법률로 규정할더라도 그 법률조항이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 즉 처벌조항의 구성요건이 추상적이거나 모호한 개념을 사용하고 있다거나 지나치게 포괄적이거나 광범위하다면, 법규수범자는 처벌규정을 통해서 어떠한 행위가 금지되는지, 그리고 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 없을 것이기 때문에, 우리 헌법상의 죄형법정주의 원칙은 죄와 형을 법률로 규정할 것을 요청할 뿐만 아니라, 필연적으로 그 법률규정 자체의 명확성까지 함께 요구하는 것이다.

다만, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제 of 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 47; 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33 등 참조).

(2) ‘전기통신의 감청’ 개념의 명확성

(가) 이 사건 법률조항 제3조는 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.”고 규정하여 전기통신의 감청을 일반적으로 금지하고 있고, 법 제16조 제1호는 제3조의 규정에 위반하여 전기통신을 감청한 자를 7년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항들에서 사용하는 ‘전기통신의 감청’이라는 용어가 무엇을 의미하는지 여부에 대한 해석이 필요한데, 법은 제2조에서 ‘전기통신’ 및 ‘감청’의 개념을 정의하는 조항을 두고 있으므로, 이러한 정의의 내용은 마땅히 이 사건 법률조항들에서 사용하고 있는 ‘전기통신의 감청’이라는 용어의 해석에 있어서 그 전제가 된다고 할 것이다.

(나) 법 제2조 제7호는 당해사건에서 문제되고 있는 감청의 개념을 “전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득하는 것”으로 정의하고 있다. 즉 감청은 그 대상에 있어서는 전기통신에 국한되고, 그 방법에 있어서는 당사자의 동의 없이 이루어지며, 그 수단에 있어 일정한 장치, 즉 전자장치·기계장치 등이 사용되고, 그 내용으로서 통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득하는 것이라 할 수 있다.

국어사전의 정의에 의하면 ‘감청’은 ‘몰래 엿들음’을 의미한다. 이러한 사전적 정의에 비추어 법에서 정의하고 있는 감청 개념을 살펴보면, 감청은 ‘몰래 엿듣는’ 행위를 기본관념으로 하여 엿듣는 행위의 대상에 있어서는 ‘전기통신’으로 국한하고, 엿듣는 행위의 수단으로는 ‘전자장치, 기계장치 등’의 일정한 장치를 사용하는 것으로 한정하며, 엿듣는 행위의 구체적 내용을 ‘통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득하는 것’으로 구체적으로 표현하고 있다는 점에서, 원칙적으로 법에서 정의되기 전에 일반적으로 사용되는 ‘감청’이라는 용어의 의미보다 그 대상과 내용, 수단 등을 더 명료하게 한정하고 있다고 말할 수 있다. 즉 법은 감청의 대상(전기통신), 속성(당사자의 동의없이), 수단(전자

장치, 기계장치등의 사용), 내용(통신의 음향을 청취하여 그 내용을 지득) 등을 명시함으로써 감청개념의 명확화와 구체화를 도모하고 있다고 할 것이다.

또한 감청의 정의에 사용된 ‘전기통신’, ‘당사자의 동의없이’, ‘기계장치, 전자장치 등을 사용하여’, ‘통신의 음향을 청취하여’, ‘그 내용을 지득’하는 것이라는 표현을 살펴보면, 이러한 용어들은 이 법에 특이하게 사용되어 별도의 독자적인 개념정의를 필요로 하는 용어가 아니라, 일반인이 일상적으로 사용하거나 다른 법령들에서도 자주 사용되는 일반적인 용어들로서, 특별한 경우를 제외하고는 법관의 보충적 해석작용이 없더라도 일반인들도 그 대강의 법적 의미를 이해할 수 있는 표현이라고 할 것이며, 법에서 사용된 맥락 또한 그러한 일반적으로 사용되는 의미범위를 넘어서지 않는다고 할 것이다.

(다) 나아가 법은 전기통신의 감청 개념을 더욱 구체화하기 위하여 제2조 제3호 “‘전기통신’이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.”, 같은 조 제8호 “‘감청설비’라 함은 대화 또는 전기통신의 감청에 사용될 수 있는 전자장치·기계장치 기타 설비를 말한다. 다만, 전기통신 기기·기구 또는 그 부품으로서 일반적으로 사용되는 것 및 청각교정을 위한 보청기 또는 이와 유사한 용도로 일반적으로 사용되는 것 중에서, 대통령령이 정하는 것은 제외한다.”는 규정을 두고 있다.

즉 법은 감청의 대상인 전기통신의 개념에 관하여 제2조 제3호에서 특히 “‘전기통신’이라 함은 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음향·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다.”고 규정하여 통신의 수단과 그 형태 및 행위를 열거, 적시하는 방법으로 전기통신의 개념을 더욱 구체화시키고 있다.

다만, 위 조항이 감청의 대상으로서의 전기통신의 범위를 다소 열거적이면서도 개괄적으로 표현하고 있지만, 통신비밀의 침해의 위험으로부터 통신의 자유를 보호하고자 제정된 법의 입법취지와 종래의 전통적 통신수단인 유선 통신외에 과학기술의 발전에 따라 새로이 생겨난 현대적인 통신수단에 대해서도 통신의 자유와 비밀을 보호하여야 할 필요성이 있다는 점을 고려한다면, 이러한 표현은 전기통신의 개념을 확장하는 것이 아니라 더욱 구체화 시키는 것으로 이해되고, 그 범위 또한 일반인이 예견할 수 없을 정도로 광범하다고 할 수는 없다.

전기통신에 대한 감청의 수단으로서의 ‘전자장치, 기계장치 등’이라는 표현

도 기본적으로 “전기통신의 감청에 사용될 수 있는 전자장치, 기계장치 기타 설비”라는 같은 조 제8호의 ‘감청설비’에 대한 정의와 관련하여 이해될 수 있고, 이러한 ‘전자장치, 기계장치 등’이라는 표현이 지나치게 광범하다거나 무엇을 의미하는지 파악하기 어렵다고 할 수는 없다.

즉, 이 사건 법률조항들의 전기통신의 감청 개념이 법 제2조 제3호, 제7호에서 규정하고 있는 현대적 통신수단을 망라하는 것으로 이해된다고 해서, 그것만으로 지나치게 광범하다고 할 수는 없으며, 이 사건 법률조항들의 전기통신의 감청 개념은 위에서 본 바와 같이 그 대상, 수단, 속성, 방법 등과 관련하여 관련조문을 통해 충분히 구체화되어 표현되어 있다고 할 것이다.

### (3) 소결론

통신의 자유를 규정하고 있는 헌법과 이를 구체화하고 있는 법의 입법취지 그리고 법의 체계적 해석을 통해 볼 때, 보통의 상식을 가진 일반인이라면 이 사건 법률조항들을 통해 금지하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠할지를 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항들이 명확성원칙에 위배된다고 할 수 없다.

#### 다. 이중처벌금지원칙 위배 등

(1) 청구인은 법 제2조 제3호에서 정하는 “전기통신”의 의미와 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제2조 제1호에서 정하는 “정보통신망”의 구별이 모호하여, 결과적으로 감청한 자는 이중처벌을 당할 수 있다고 주장한다.

살피건대 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 정보통신망의 이용을 촉진하고 정보통신서비스를 이용하는 자의 개인정보를 보호함과 아울러 정보통신망을 건전하고 안전하게 이용할 수 있는 환경을 조성하고자 하는 법으로, 동법 제2조 제1호는 정보통신망을 ‘전기통신기본법 제2조 제2호의 규정에 의한 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체계’라고 규정하고 있는바, 통신의 비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 하는 통신비밀보호법과 그 입법취지 및 적용대상이 달라 이중처벌의 위험이 있다고 할 수 없다.

(2) 청구인은 이 사건 법률조항들과 유사한 행위를 처벌하도록 규정하고 있는 전기통신사업법 제69조는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금, 전과법 제82조 제1항은 10년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금, 정보통신

신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제62조는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 각 처하도록 규정하고 있는데 반하여, 이 사건 법률조항 제16조 제1호는 제3조의 감청금지에 위반한 자를 7년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있으므로, 결과적으로 법 제16조 제1호는 헌법 제10조의 평등원칙에 반한다고 주장한다.

살피건대 통신비밀보호법, 전기통신사업법, 전파법, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률은 각 그 입법취지가 다르고 그 적용대상을 구별하여 규정하고 있으므로, 위 법률들의 법정형에 차이가 있다는 사실만으로 법 제16조 제1호가 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

#### 4. 결 론

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

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

## 약사법 제55조 제2항 등 위헌소원

(2004. 11. 25. 2003헌바104 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 광고를 금지하는 약사법 제55조 제2항과 제74조 제1항 제1호 중 제55조 부분(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 죄형법정주의에 위반되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 영업의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고를 금지함으로써 식품에 대하여 그 약리적 효능에 대한 표시·광고를 금지하는 반면, 식품위생법시행규칙은 건강보조식품의 신체에 대한 식품영양학적·생리학적 기능 및 작용의 표현을 허용하고 있는바, '의학적 효능·효과'와 '식품영양학적·생리학적 기능 및 작용'이라는 애매모호한 표현을 사용하여 처벌 여부를 규정하는 것이 죄형법정주의에 위반되는지 여부가 문제되나, 이 사건 법률조항의 '의학적 효능·효과'와 식품위생법시행규칙의 '식품영양학적·생리학적 기능 및 작용'이라는 표현은 약사법 및 식품위생법의 다른 규정들과의 체계 조화적 해석 등을 통해 법률적용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있으므로 불확정개념의 사용으로부터 오는 문언적 불명료성의 문제는 없으며, 식품이 의약품과 동일한 성분을 함유하였고 하더라도 식품이라는 본질적 한계로 인하여 그 효능·효과의 광고에 있어서 의약품과 같은 효능·효과가 있다는 표시·광고를 금지해야 할 합리적인 이유가 있으므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

2. 이 사건 법률조항에 의하여 식품에 대한 건강관련 표시·광고

가 일체 금지되는 것이 아니라 의약품이 아닌 식품의 약리적 기능에 대한 광고는 일정한 요건 및 한계 내에서 허용되며, 이러한 본질적인 한계를 넘어서 식품이 마치 특정 질병의 치료·예방 등에 효과가 있다거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주는 것과 같은 의학 적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고에 대해서만 규제하는 것으로 해석하는 한 이 사건 법률조항은 헌법 제 37조 제2항에 위반하여 청구인을 비롯한 식품제조업자 등의 영업의 자유 등을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

약사법(1973. 3. 13. 법률 제2611호로 개정된 것) 제55조(판매 등의 금지) ① 생략  
② 의약품이 아닌 것은 그 용기·포장 또는 첨부문서에 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시를 하거나 이와 같은 내용의 광고를 하여서는 아니 되며, 이와 같은 의약품과 유사하게 표시되거나 광고된 것을 판매하거나 판매의 목적으로 저장 또는 진열하여서는 아니 된다.

약사법(1994. 12. 31. 법률 제4852호로 개정된 것) 제74조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제5조 제3항·제16조 제1항·제21조 제1항·제26조 제1항·제34조 제1항·제34조의2·제35조 제1항·제45조 제1항·제55조(제59조 및 제61조에서 준용하는 경우를 각각 포함한다)의 규정에 위반한 자
  2. 생략
- ② 생략

### 【참조조문】

헌법 제12조, 제13조, 제15조, 제22조 제2항, 제37조 제2항

헌법재판소법 제68조 제2항

- 약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제2조(정의) ①~③ 생략  
④ 이 법에서 “의약품”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 물품을 말한다.
1. 대한약전에 수재된 물품으로서 의약외품이 아닌 것
  2. 사람 또는 동물의 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되는 물품으로서 기구·기계 또는 장치가 아닌 것
  3. 사람 또는 동물의 구조·기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 물 품으로서 기구·기계 또는 장치가 아닌 것
- ⑤~⑮ 생략  
식품위생법(2002. 8. 26. 법률 제6724호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사

용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “식품”이라 함은 모든 음식물을 말한다. 다만, 의약으로서 섭취하는 것은 제외한다.

2.~9. 생략

식품위생법(2002. 8. 26. 법률 제6724호로 개정되기 전의 것) 제11조(허위표시 등의 금지) ① 식품 등의 명칭·제조방법 및 품질에 관하여는 허위표시 또는 과대광고를 하지 못하고, 포장에 있어서는 과대포장을 하지 못하며, 식품·식품첨가물의 표시에 있어서는 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시를 하거나 광고를 하여서는 아니된다. 식품·식품첨가물의 영양가 및 성분에 관하여도 또한 같다.

② 생략

식품위생법(2002. 8. 26. 법률 제6724호로 개정되기 전의 것) 제77조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제10조 제2항(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다), 제11조 제1항, 제19조 제1항, 제22조 제4항·제5항, 제25조 제3항 또는 제39조의 규정에 위반한 자
2. 제16조 제2항, 제17조 제1항(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제56조 제1항 및 제2항(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 검사·출입·수거 또는 압류를 거부하거나 방해 또는 기피한 자
3. 제21조(제69조에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 의한 시설기준 또는 제22조 제3항의 규정에 의한 조건에 위반한 영업자
4. 삭제
5. 제29조 제1항 또는 제31조 제1항의 규정에 의한 영업자가 지켜야 할 사항을 지키지 아니한 자
6. 제58조 제1항의 규정에 의한 영업정지명령에 위반하여 계속 영업을 한 자(제22조 제5항의 규정에 의하여 영업을 신고를 한 자에 한한다) 또는 동조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 영업소의 폐쇄명령에 위반하여 영업을 계속한 자
7. 제59조 제1항의 규정에 의한 제조정지명령에 위반한 자
8. 제62조 제1항의 규정에 의하여 관계공무원이 부착한 봉인·계시문등을 함부로 제거 또는 손상한 자

식품위생법시행규칙(2001. 7. 31. 보건복지부령 제199호로 개정되기 전의 것) 제6조(허위표시·과대광고 및 과대포장의 범위)

① 법 제11조의 규정에 의한 허위표시·과대광고의 범위는 용기·포장 및 라디오·텔레비전·신문·잡지·음곡·영상·인쇄물·간판 기타의 방법에 의하여 식품 등의 명칭·제조방법·품질·영양가·원재료·성분 또는 사용에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위중 다음 각 호의 1에 해당하는 것으로 한다.

1. 생략
2. 질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고
- 3.~13. 생략

②, ③ 생략

식품위생법 시행규칙(2001. 7. 31. 보건복지부령 제199호로 개정되기 전의 것) [별표 3] 허위표시·과대광고로 보지 아니하는 표시 및 광고의 범위와 그 적용대상식품(제6조 제2항 관련)

1. 적용대상식품

건강보조식품·특수영양식품 및 인삼제품류

- 2. 표시 및 광고(표시는 식품의 용기·포장에 기재하는 문자, 숫자 또는 도형을 말하고 광고는 라디오, 텔레비전, 신문, 잡지, 영상, 제품판매와 관련한 제품설명서와 특정회 원용 제품설명서 등 인쇄물을 통한 제품선전 및 소개를 말한다)

가. 유용성

- (1) 신체조직 기능의 일반적인 증진을 주목적으로 하는 표현, 다만, 질병의 예방과 치료에 관한 사항을 표현할 수 없다(예시: 건강유지, 건강증진, 체질 개선, 식이요법, 영양보급 등의 표현은 가능하나 당뇨병, 변비 등 질병예방과 치료라는 표현 등은 할 수 없다).
- (2) 식품영양학적으로 공인된 사실의 표현(예시: 임신수유기영양보급, 병후회복시영양보급, 노약자영양보급, 환자에 대한 영양보조 등)
- (3) 제품에 함유된 주요성분의 신체조직 기능에 대한 식품영양학적·생리학적인 기능 및 작용의 표현(예시: 비타민, 칼슘, 철, 아미노산, 지방산 등의 기능 및 작용)

나. 용도

- (1) 제품의 제조목적이나 주요용도에 따라 용도의 표현  
(예시: 유아식, 환자식 등)
- (2) 특정질병을 지칭하지 아니하는 단순한 권장 내용의 표현  
(예시: 발육기, 성장기, 임신수유기, 갱년기, 노화기에 좋다 등)

다. 섭취방법·섭취량

제품의 성질상 섭취방법과 섭취량을 표현하여야 할 경우 해당 제품의 식품영양학적 기준으로 가장 적합하다고 생각되는 섭취방법 및 섭취량

- 라. 기타 허위표시·과대광고로 보지 아니하는 표시 및 광고의 범위 등과 관련한 세부사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

**【참조판례】**

- 1. 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260  
헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748  
헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 194-195
- 2. 헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375

**【당 사 자】**

청 구 인 유○만

대리인 변호사 송정우

**【주 문】**

약사법(1973. 3. 13. 법률 제2611호로 개정된 것) 제55조 제2항 중 “의약품이 아닌 것은 그 용기·포장 또는 첨부서류에 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 …내용의 광고를 하여서는 아니 되며…” 부분과 약사법(1994. 12. 31. 법률 제4852호로 개정된 것) 제74조 제1항 제1호 중 “…제55조…의 규정에 위반한 자” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 스타미네랄을 제조·판매하는 ○○의 대표인 자로서, 의약품이 아닌 것은 그 용기·포장 또는 첨부서류에 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시를 하거나 이와 같은 내용의 광고를 하여서는 안 됨에도 불구하고, 2000. 9. 초순경 청구인이 제조·판매하는 스타미네랄을 복용하고 질병을 치료하였다는 체험담이 수록된 책자 1,000부를 제작한 다음, 의약품이 아닌 위 스타미네랄을 판매하면서 이를 교부하여 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 광고를 하였다는 이유로 기소되었다.

(2) 서울지방법원동부지원은 2003. 1. 16. 청구인에게 식품위생법위반으로 벌금 700,000원을 선고하였으며(서울지방법원동부지원 2001고단1899), 청구인은 이에 불복하여 서울지방법원에 항소를 제기하였다(서울지방법원 2003노1048). 위 항소심 소송계속 중 약사법위반으로 적용법조 및 공소사실을 선택적으로 변경하는 공소장변경이 이루어졌으며, 청구인은 위 법원에 약사법 제55조 제2항 및 제74조 제1항 제1호가 최형법정주의의 명확성원칙에 위배되고 청구인의 직업의 자유, 출판의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 위헌제청신청(서울지방법원 2003초기2492)을 하였다.

그러나 서울지방법원이 2003. 10. 8. 위 2003노1048호 사건에 대하여 약사법위반을 인정하여 벌금 700,000원을 선고함과 동시에 위 위헌제청신청을 기각하자, 청구인은 2003. 12. 4. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 약사법(1973. 3. 13. 법률 제2611호로 개정된 것) 제55조 제2항 중 의약품이 아닌 것에 관하여 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 내용의 광고를 금지하는 부분과 약사법(1994. 12. 31. 법률 제4852호로 개정된 것) 제74조 제1항 제1호 중 제55조 부분(이하 총칭하여 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다(청구인은 약사법 제55조 제2항 및 제74조 제1항 제1호 전체를 심판청구의 대상으로 삼고 있지만, 당해사건의 공소사실과 관련되는 부분은 의약품이 아닌 것에 관하여 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 내용의 광고를 금지하고 있는 부분에 국한되므로 이 사건 심판대상을 위와 같이 한정함이 상당하다).

이 사건 법률조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 이 사건 법률조항

약사법 제55조(판매 등의 금지) ② 의약품이 아닌 것은 그 용기·포장 또는 첨부문서에 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시를 하거나 이와 같은 내용의 광고를 하여서는 아니 되며, 이와 같은 의약품과 유사하게 표시되거나 광고된 것을 판매하거나 판매의 목적으로 저장 또는 진열 하여서는 아니 된다.

약사법 제74조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. …제55조…의 규정에 위반한 자

(2) 관련 규정

약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제2조(정의) ④ 이 법에서 “의약품”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 물품을 말한다.

1. 대한약전에 수재된 물품으로서 의약외품이 아닌 것
2. 사람 또는 동물의 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되는 물품으로서 기구·기계 또는 장치가 아닌 것
3. 사람 또는 동물의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 물품으로서 기구·기계 또는 장치가 아닌 것

식품위생법(2002. 8. 26. 법률 제6724호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘식품위생법’이라고 한다) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “식품”이라 함은 모든 음식물을 말한다. 다만, 의약으로서 섭취하는 것은 제외한다.

식품위생법 제11조(허위표시 등의 금지) ① 식품 등의 명칭·제조방법 및 품질에 관하여는 허위표시 또는 과대광고를 하지 못하고, 포장에 있어서는 과대포장을 하지 못하며, 식품·식품첨가물의 표시에 있어서는 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시를 하거나 광고를 하여서는 아니된다. 식품·식품첨가물의 영양가 및 성분에 관하여도 또한 같다.

식품위생법 제77조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. …제11조 제1항…의 규정에 위반한 자

식품위생법시행규칙(2001. 7. 31. 보건복지부령 제199호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘식품위생법시행규칙’이라고 한다) 제6조(허위표시·과대광고 및 과대포장의 범위) ① 법 제11조의 규정에 의한 허위표시·과대광고의 범위는 용기·포장 및 라디오·텔레비전·신문·잡지·음곡·영상·인쇄물·간판·기타의 방법에 의하여 식품등의 명칭·제조방법·품질·영양가·원재료·성분 또는 사용에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위중 다음 각 호의 1에 해당하는 것으로 한다.

2. 질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견 요지가. 청구인의 주장

(1) 식품위생법에서는 의약품으로 섭취하는 것을 제외한 모든 식물물을 ‘식품’이라고 규정하고 있으며 그러한 식품 중에 식품위생법시행규칙 제6조 제2항 [별표 3]에서 정한 일정한 요건을 갖춘 경우에는 광고 등을 허용하는 예외규정을 두고 있는 반면, 약사법에서는 허가 등의 유무에 관계없이 일률적으로 의약품이 아닌 것, 즉 식품 전부에 대하여 광고를 금지하고 있어 법률규정 자체가 상충되고 어느 법률을 적용하느냐에 따라서 결론이 달라지므로 법률이 통일적으로 적용되어야 한다는 헌법원리에 반한다.

(2) 약사법은 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 내용의 광고를 금지하나, 식품위생법시행규칙은 제품에 함유된 주요성분의 신체조직기능에 대한 식품영양학적, 생리학적 기능 및 작용의 표현을 건강보조식품 등의 광고로 사용할 수 있도록 하고 있다. 그러나 비타민, 철 등을 함유한 식품의 식품영양학적, 생리학적 기능이나 작용의 표현은 이것을 중요요소로 함유한 약품의 의학적 효능·효과의 표현과 구별

이 쉽지 않다. 그러므로 의학적 효능·효과와 생리학적 기능·작용이라는 애매모호하고 구별이 쉽지 않은 표현을 사용하여 처벌 여부를 규정하는 것은 죄형법정주의에 반한다.

(3) 독점규제및공정거래에관한법률에서는 당해 제품에 대하여 소비자의 판단을 오도할 가능성이 있는 허위, 과장된 내용이 포함되지 않는 한 자유로이 일반문헌 등의 내용을 인용하여 광고할 수 있도록 되어 있으며, 특허법에서는 특허발명이 물건을 생산하는 방법인 경우에는 그 방법을 사용하는 행위 이외에 그 방법에 의하여 생산한 물건도 업으로서 독자적으로 실시할 수 있도록 하여 식품의 경우 제조·판매하는 것과 영업적으로 사용하는 행위 등을 권리로 보호하고 있는바, 그러한 권리의 실현방법으로서 당연히 그 효능·효과에 대하여 광고를 할 수 있다. 따라서 이를 제한하는 것은 헌법에서 발명가, 과학기술자 등의 권리를 특별히 보호하고 있는 취지에 반한다.

#### 나. 법원의 위헌제청신청기각이유

(1) 의약품은 질병을 치료·예방하거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것임에 비하여, 식품은 영양섭취를 주된 목적으로 하는 음식물로서, 의약품과 식품은 그 개념, 사용목적, 규율체계 등의 면에서 엄격히 구분되며, 식품위생법 제11조, 식품위생법시행규칙 제6조 제1항 제2호는 식품으로 인한 위생상의 위해를 방지하기 위한 것이지만, 약사법 제55조 제2항은 의약품이 아닌 식품이 마치 의학적 효능·효과가 있는 것처럼 오인하여 발생할 수 있는 위해를 방지하여 국민보건 향상에 기여함을 그 목적으로 하고 있다.

(2) 식품위생법 제11조 및 식품위생법시행규칙 제6조 제1항 제2호는 식품 등에 대하여 마치 특정 질병의 치료·예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 것인 양 광고하여 소비자로서 하여금 의약품으로 혼동·오인하게 하는 광고만을 규제하고 있는 것으로 한정적으로 봄이 상당하고, 식품으로서 갖는 효능이라는 본질적 한계를 넘는 경우에는 식품위생법시행규칙 제6조 제1항 제2호 뿐만 아니라 약사법 제55조 제2항에도 위반된다. 이러한 취지에서 보면 약사법 제55조 제2항에서 의약품이 아니면서 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 내용의 광고를 규제하면서 별도로 그 예외 규정을 두고 있지 아니한 것 자체가 식품위생법 및 그 시행규칙 등에서 일정한 요건 하에 허용하고 있는 광고와 반드시 모순되는 것은 아니며, 위 약사법 규정과 식품위생법 규정은 입법목적이 다르고 그 관점이 다르기 때문에 가사 동일한

행위가 양 규정에 모두 저촉되는 경우가 발생한다고 하여 청구인이 주장하는 바와 같은 헌법원리에도 반하지 않는다.

(3) 식품위생법 규정은 의약품이 아닌 식품의 약리적 기능에 대한 광고를 일정한 요건 및 한계 내에서 이를 허용하고, 약사법 제55조 제2항 또한 그러한 본질적인 한계를 넘어서 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 광고에 대해서만 규제하는 것으로 해석되며, 이 사건 법률조항의 규제를 통하여 보호하려는 이익이 국민의 생명·건강이라는 점, 식품광고의 본질적 한계를 일탈한 광고는 그러한 이익에 중대한 손실을 초래할 위험이 크다는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항에서 의약품과 식품을 차별하여 일정한 광고를 제한하는 것에는 합리적인 이유가 있으므로, 위 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되거나, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권, 직업의 자유, 출판의 자유, 저작자·발명가의 보호규정, 재산권 등을 침해하는 것이라고도 볼 수 없다.

다. 서울동부지방법검찰청장의 의견

의약품이 아닌 식품에 본래의 효능에 부수하여 일부 약리적 효능이 있다고 하여 이를 의약품과 동일하게 취급하여 약리적 효능에 관한 광고를 전면적으로 허용할 경우, 이로 인한 무분별한 허위·과대광고로 인해 소비자에게 피해를 줄 위험성이 있으므로 국민건강의 보호를 위하여 그 제한의 필요성이 크다고 할 것이다. 한편 청구인은 식품위생법 관련 규정을 통해 자신이 제조한 식품의 일부 약리적 효능을 식품이 갖는 본질적 한계 내에서 얼마든지 자유롭게 광고할 수 있는 길이 열려 있으므로 청구인이 주장하는 기본권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

라. 보건복지부장관의 의견

(1) 식품산업으로 인한 위해의 발생은 국민 모두의 건강을 위협한다는 점에서 식품광고에 대한 규제는 단순히 정보의 왜곡·불평등으로 인한 시장실패를 보완한다는 측면 뿐만 아니라 잘못된 광고로 인한 불특정 다수 국민의 건강에 미치는 해악을 방지하고자 하는 차원에서 고려되어야 한다.

(2) 건강과 관련하여 입증되지 아니한 정보를 식품의 표시·광고에 이용할 경우, 소비자에게 다음과 같은 피해를 입힐 수 있다. 첫째, 소비자가 입증된 다른 방법 대신에 상대적으로 입증되지 아니한 치료방법에 의존함으로써 치료시기를 놓칠 수 있으며, 둘째, 소비자가 입증되지 아니한 식품의 유용성 광고에 현혹되어 필요하지 않은 제품을 구입함으로써 경제적 손실을 초래하고,

셋째, 새로운 연구결과에 의하여 그 정보가 잘못된 것으로 판정될 경우 기존의 모든 건강정보를 불신하게 되고, 국민건강정책의 기본원칙인 '건전하고 균형형 식생활의 유지'에 대한 부정적인 자세를 야기하여 국민건강 전반에 결정적인 악영향을 미칠 수 있다.

외국의 경우 어느 나라에서도 식품에 대하여 질병의 진단, 처치, 치료 및 예방과 관련된 표현을 허용하는 입법례가 보고된 바가 없다.

(3) 현행법하에서도 의약품과는 별도로 일반적인 식품에도 함유되어 있는 특정성분이 강화되었거나 건강보조적 기능이 공인된 성분이 다량 함유되어 있는 식품을 1991년 '건강보조식품'이라는 이름으로 제도화하여, "신체조직기능의 일반적 증진을 주목적으로 하는 표현", "식품영양학적으로 공인된 사실의 표현" 등 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고를 일부 허용하고 있다.

(4) 각종 시험 등 막대한 시간과 비용을 투자하여 안전성·유효성이 입증된 의약품과는 달리 식품은 엄격한 절차를 거쳐 그 효능과 안정성이 입증된 것이 아님에도, 이러한 식품에 대하여 질병의 치료에 효능이 있다는 등의 광고를 허용하게 되면 과학적으로 증명되지 않은 사실에 대한 광고를 제한없이 하게 됨으로써 다수 소비자에 피해를 가져올 수 있는데, 이러한 피해를 예방하는 것이 국가의 기본 책무이다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건의 쟁점

이 사건 법률조항은 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고를 금지하고 있다. 의약품은 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것을 말하므로(약사법 제2조 제4항), 이 사건 법률조항은 의약품이 아닌 것에 대하여 질병의 예방이나 치료에 효능·효과가 있다거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 준다는 표시·광고를 금지하는 것이다.

그러나 식품이나 식품에 함유된 영양소도 경우에 따라 일정한 약리적 작용을 할 수 있고, 사람의 건강증진과 질병의 치료 및 예방에 일정한 역할을 할 수 있다는 사실이 점차 받아들여지고 있으며, 이에 관한 과학적 연구성과도 축적되어 가고 있다. 칼슘, 마그네슘과 같은 미네랄(Mineral), 그리고 비타민(Vitamin)은 주로 식품을 통하여 섭취되거나 그것에서 추출한 특정 영양소를 정제하여 섭취되는데, 이들은 생명현상에 필수적인 유기물로서 그 섭취가 부

족하거나 균형이 깨어지면 질병을 유발하거나 악화시키는 것으로 알려져 있다. 영양학적으로도 식품영양과 질병 사이에 밀접한 관련이 있다고 한다. 만성퇴행성질환의 경우 특히 식생활이 질병의 예방과 밀접한 관련이 있음은 주지의 사실이다. 이와 같이 어떠한 식품에 일정한 약리적 효능이 있다면 그에 관한 정확한 정보를 제공하는 것은 국민의 건강수준 향상을 위하여 필요한 일이다(헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375, 386-387).

그런데 이 사건 법률조항에 의하면 비록 식품에 위와 같은 질병의 치료, 예방 등 약리적 효능이 있다 하더라도 이를 표시하거나 광고하는 것이 금지되며, 당해사건에서 청구인은 건강식품을 제조·판매하면서 의학적 효능·효과가 있다는 광고를 하여 이 사건 법률조항에 위반하였다는 이유로 기소되어 벌금형을 선고받았다.

따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항이 식품에 대하여 그 약리적 효능에 대한 표시·광고를 금지하는 것이 헌법에 위배되는지 여부이다.

#### 나. 의약품과 식품에 대한 광고의 규제

##### (1) 의약품 및 식품의 개념과 규율체계

현행 약사법과 식품위생법의 관련규정은 의약품과 식품의 개념을 독자적으로 규정하고 엄격하게 분리하여 규율하고 있다.

약사법 제2조 제4항은 의약품을 “1. 대한약전에 수재된 물품으로서 의약품이 아닌 것, 2. 사람 또는 동물의 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되는 물품으로서 기구·기계 또는 장치가 아닌 것, 3. 사람 또는 동물의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 물품으로서 기구·기계 또는 장치가 아닌 것”이라고 정의하고 있다. 한편 식품위생법 제2조 제1호에서는 “식품이라 함은 모든 음식물을 말한다. 다만, 의약으로서 섭취하는 것은 제외한다.”고 규정하고 있다.

현행법상 의약품은 그 제조업자나 수입자가 품목별로 품목허가를 받거나 품목신고를 하여야 하고(약사법 제26조, 제34조), 허가를 받은 판매업자가 아니면 의약품을 판매할 수 없는 등 그 제조 및 판매 등이 엄격하게 규율되고 있다(약사법 제35조).

이에 반해 식품은 주로 위생상의 위해를 방지한다는 측면에서 식품의 품목 자체를 제한하는 규율을 하지 아니하고, 일반적으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 위해식품의 판매 등을 금지하는 방식을 취하고 있다(식품위생법 제4조). 다만 2003년부터 건강기능식품을 제조하거나 수입하는 경우에는 품목제

조신고 또는 수입신고를 하도록 되어 있다(건강기능식품에관한법률 제7조, 제8조).

또한 의약품을 취급하는 자로서는 약사·한약사를 두고 있고 식품을 취급하는 자로서는 조리사·영양사를 각각 두고 있는데, 전자가 그 자격요건에 있어서 훨씬 엄격하며, 약사·한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없을 뿐만 아니라(약사법 제16조) 의약품을 조제할 수도 없다(약사법 제21조).

(2) 의약품 및 식품에 대한 광고의 규제

이 사건 법률조항에 의하여 의약품이 아닌 것은 그 용기·포장 또는 첨부 문서에 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시를 하거나 이와 같은 내용의 광고를 하는 것이 금지되어 있다.

식품위생법도 위 약사법 제55조 제2항과 동일한 취지의 내용을 규정하고 있는바, 보다 구체적으로 살펴보면 식품위생법 제11조 제1항은 식품·식품첨가물의 표시에 있어서 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고를 금지하고 있고, 식품위생법 시행규칙 제6조는 식품에 대한 허위표시·과대광고의 하나로 식품 등의 명칭·제조방법·품질·영양가·원재료·성분 또는 사용에 대한 정보를 나타내거나 알리는 행위 중 “질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고”를 규정하고 있다.

한편 식품위생법시행규칙 제6조 제2항 [별표 3]에 의하면, 건강보조식품·특수영양식품 및 인삼제품류의 경우에는 그 유용성과 관련하여 (1) 신체조직 기능의 일반적인 증진을 주목적으로 하는 표현(다만, 질병의 예방과 치료에 관한 사항을 표현할 수 없다), (2) 식품영양학적으로 공인된 사실의 표현, (3) 제품에 함유된 주요성분의 신체조직 기능에 대한 식품영양학적·생리학적 기능 및 작용의 표현이 허용된다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건 법률조항의 입법취지

의약품은 질병의 진단·치료·경감·처치 또는 예방의 목적으로 사용되거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주기 위한 목적으로 사용되는 것이다. 이 사건 법률조항은 의약품이 아닌 것에 대하여 질병을 치료·예방하거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주는 것과 같은 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고를 금지함으로써 보건위생상의 위해를 방지하여 국민보건 향상에 기여함을 그 목적으로 하고 있다(약사법 제1조).

## (2) 이 사건 법률조항의 정당한 의미

청구인은, 식품위생법에서는 의약으로 섭취하는 것을 제외한 모든 식품을 ‘식품’으로 규정하면서 식품 중에 식품위생법시행규칙 제6조 제2항 [별표 3]에서 정한 일정한 요건을 갖춘 경우에는 광고 등을 허용하는 예외규정을 두고 있는 반면, 약사법에서는 허가 등의 유무에 관계없이 일률적으로 의약품이 아닌 것, 즉 식품 전부에 대하여 광고를 금지하고 있어 법률규정 자체가 상충되고 어느 법률을 적용하느냐에 따라서 결론이 달라지므로 법률이 통일적으로 적용되어야 한다는 헌법원리에 반한다고 주장한다.

먼저 식품위생법이 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고를 금지하고 있는 내용을 살펴보면, 식품위생법 제11조 제1항 및 같은법시행규칙 제6조 제1항 제2호는 식품에 대하여 질병의 치료에 효능이 있다는 내용 또는 의약품으로 혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고를 금지하고 있으나, 이는 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고를 전부 금지하고 있는 것으로 볼 것이 아니며, 그러한 내용의 표시·광고라 하더라도 그것이 식품으로서 갖는 효능이라는 본질적 한계 내에서 식품에 부수되거나 영양섭취의 결과 나타나는 효과임을 표시·광고하는 것까지 위 법령조항이 금지하는 것은 아니다. 즉 위 법령조항은 식품 등에 대하여 마치 특정 질병의 치료·예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 것인 양 표시·광고하여 소비자로 하여금 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하고 있는 것으로 한정적으로 풀이하여야 한다(헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375, 387-388 참조).

그리고 식품위생법시행규칙 제6조 제2항 [별표 3]에 따라 건강보조식품 등에 대하여 허용되는 표시·광고는 약사법 제55조 제2항이 금지하고 있는 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시나 광고에 해당하지 않는다는 것이 대법원의 판례이다(대법원 2002. 9. 6. 선고 2000도1233 판결).

따라서 이 사건 법률조항에 의하더라도 식품에 대한 건강관련 표시·광고가 일체 금지되는 것은 아니며, 식품위생법과 같은법시행규칙조항에 의하여 허용되는 건강관련 표시·광고는 약사법에 의하더라도 여전히 이를 할 수 있다. 이 사건 법률조항은 식품 등에 대하여 마치 특정 질병의 치료·예방 등에 효과가 있다거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주는 것과 같은 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고만을 규제하고 있는 것으로 해석된다. 위와 같은 점에서 볼 때 식품위생법과 약사법 규정은

상충되지 않으며, 이에 관한 청구인의 주장은 이유없다.

(3) 죄형법정주의의 명확성 원칙 위배 여부

(가) 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구하고 있다.

그러나 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석이 필요하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 규정하고 있다면 이는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260; 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 그리고 처벌법규에서 어느 정도의 보편적이거나 일반적인 뜻을 지닌 용어를 사용하는 것은 부득이하므로 당해 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계 조화적 해석 등을 통해 법률적용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있다면 이러한 경우에는 명확성 원칙에 위반된다고 할 수 없을 것이다(헌재 2004. 2. 26. 2001헌바75, 판례집 16-1, 184, 194-195).

(나) 청구인은 비타민, 철 등을 함유한 식품의 식품영양학적, 생리학적 기능이나 작용의 표현은 이것을 중요요소로 함유한 약품의 의학적 효능·효과의 표현과 구별이 쉽지 않음에도 의학적 효능·효과와 생리학적 기능·작용이라는 애매모호하고 구별이 쉽지 않은 표현을 사용하여 처벌 여부를 규정하는 것은 죄형법정주의에 반한다고 주장한다.

1) 이 사건 법률조항은 의약품이 아닌 것에 대하여 “의학적 효능·효과”가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고를 금지하고 있다. 의약품은 약사법 제2조 제4항 제1호의 대한약전에 수재된 것 외에 사람 또는 동물의 질병의 진단, 치료, 경감, 처치 또는 예방에 사용됨을 목적으로 하는 것이거나 혹은 사람 또는 동물의 신체의 구조 또는 기능에 약리적 기능을 미치게 하는 것이 목적으로 되어 있는 것을 의미하므로, “의학적 효능·효과”가 있다는 것은 위와 같은 의약품의 목적으로 사용되거나 약효가 있다는 것을 뜻하며, 의학적

효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고는 의약품이 아닌 것이 의약품으로서의 효능·효과가 있다고 소비자가 오인할 가능성이 있는 표시·광고를 의미한다고 해석된다.

반면 건강보조식품이란 신체의 육체적, 생리적 측면에서 유용성을 기대하여 섭취할 목적으로 식품소재의 함유된 성분을 그대로 원료로 하거나 이들에 들어 있는 특정성분을 분리 또는 추출, 농축, 정제, 혼합 등의 방법으로 제조·가공한 식품을 말하며, 이는 의약품과 일반 식품의 중간 기능을 가지고 있는 것으로서 인체의 건강증진 및 보건용도를 기대하여 섭취하는 것이라 할 수 있다. 이러한 건강보조식품의 목적에서 볼 때 식품위생법시행규칙에서 허용하고 있는 건강보조식품의 신체에 대한 “식품영양학적·생리학적 기능 및 작용”의 표현이란 건강보조식품의 성분이 인체의 구조 및 기능에 대하여 영양소를 조절, 영양분을 보급·보완한다거나 신체의 성장, 발달 및 신체의 정상적인 기능에 대한 생리적인 역할에 관한 표현을 말하는 것임을 알 수 있다.

2) 한편 의약품은 안전성과 유효성의 검사를 거치고 이에 따른 제조 및 판매 등이 허가제로 엄격히 관리되고 있는 반면, 식품은 일반적으로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 위해식품의 판매 등을 금지하는 방식으로 의약품만큼 엄격히 관리되고 있지 않으며, 이는 의약품이 국민보건에 미치는 영향 등이 식품보다는 훨씬 더 크고 중요하기 때문이라 할 수 있다.

이러한 이유에서 의약품과 동일한 성분을 함유한 식품이 질병의 치료나 예방의 효능을 가진다면 그 제품은 식품으로서가 아니라 의약품으로서 허가받아 판매하고 광고를 하여야 한다. 의약품으로서의 효능을 전문적으로 입증하고 소비자의 위생에 위해가 생길 수 있는지 여부를 검사하는 의약품으로서의 허가절차를 거치지 아니한 채 의약품으로 생각될 수 있도록 선전하는 것은, 그 광고를 신뢰한 환자 내지 소비자들로 하여금 부작용 등의 위험에 처하게 만들 우려가 있으므로 이를 금지할 필요가 있다.

3) 위에서 본 바와 같이 “의학적 효능·효과”와 “식품영양학적·생리학적 기능 및 작용”이라는 표현은 약사법 및 식품위생법의 다른 규정들과의 체계 조화적 해석 등을 통해 법률적용단계에서 다의적인 해석의 우려 없이 그 의미가 구체화될 수 있으므로 불확정개념의 사용으로부터 오는 문언적 불명료성의 문제는 없으며, 식품이 의약품과 동일한 성분을 함유하였다 하더라도 식품이라는 본질적 한계로 인하여 그 효능·효과의 광고에 있어서 의약품과 같은 효능·효과가 있다는 표시·광고를 금지해야 할 합리적인 이유가 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 할 것이다.

(4) 직업의 자유 등 침해 여부

(가) 헌법재판소는 헌재 2000. 3. 30. 97헌마108 결정에서 이 사건 법률조항과 동일한 취지에서 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고를 금지하고 있는 식품위생법 제11조 제1항 및 같은법시행규칙 제6조 제1항 제2호가 식품제조업자 등의 직업행사의 자유(영업의 자유)와 표현의 자유 등을 헌법 제37조 제2항에 위반하여 침해하는 것으로 볼 수 없으며 합헌결정을 내린 바 있는데(판례집 12-1, 375), 그 결정이유의 요지는 다음과 같다.

「가. 식품의 효능에 관하여 표시·광고하는 것은 식품의 제조·판매에 관한 영업활동의 중요한 한 부분을 이루므로 이 사건 법령조항에 의하여 식품제조업자 등의 직업행사의 자유(영업의 자유)가 제한되며, 식품의 효능에 관한 광고는 식품판매를 위한 상업적 광고표현에 해당하므로 이 사건 법령조항은 표현의 자유를 제한하는 것이기도 하다. 그러나 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한할 수 있다.

나. 식품의 약리적 효능에 관하여 일부 과학적으로 검증된 바 있다 하더라도 전반적으로 보아 아직 과학적·의학적으로 확립된 설명을 할 수 있는 단계에 있는 것은 아니다. 이러한 상황에서 식품의 약리적 효능에 관한 광고를 전면적으로 허용하는 것이 좋을지는 신중히 접근하여야 할 문제이다. 그러한 광고를 아무 제한없이 전면적으로 허용할 경우 무분별한 허위·과대광고, 마치 의약품인 양 소비자를 오도하는 광고의 사태현상이 염려되고, 이에 따라 소비자의 정확한 판단을 그르치게 할 위험성이 높으며, 그 결과 오신·과신으로 말미암은 여러 가지 부작용이 예상된다. 따라서 식품의 약리적 효능에 관한 허위·과대광고, 마치 질병의 치료·예방 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품인 양 소비자를 오도하는 표시·광고는 국민건강 보호를 위하여 규제되지 아니하면 아니된다.

다. 이 사건 법령조항은 식품의 약리적 효능에 관한 표시·광고를 전부 금지하고 있는 것이 아니라 식품광고로서의 본질과 한계를 벗어나 질병의 치료 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하는 것으로 한정적으로 풀이하면, 부당하게 의약품인 양 오도하는 표시·광고를 규제함으로써 국민의 건강을 보호한다는 입법목적을 적절히 달성할 수 있을 뿐만 아니라, 식품이 가지고 있는 약리적 효능에 관한

정보를 적절히 소비자에게 제공할 수도 있게 됨으로써 과잉규제로 인한 헌법 위반의 소지도 아울러 없어진다. 요컨대, 이 사건 법령조항은 그 적용범위를 위와 같은 합헌적인 범위 밖까지 부당히 확장하지 아니하는 한 청구인을 비롯한 식품제조업자 등의 영업의 자유, 광고표현의 자유 또는 학문의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 침해하는 것이라고 볼 수는 없다.」

(나) 이 사건 법률조항에 대해서도 위 97헌마108 결정과 달리 보아야 할 이유가 없다. 즉 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 소비자를 오도하는 표시·광고는 국민건강 보호를 위하여 규제할 필요성이 있다. 그리고 이 사건 법률조항에 의하여 식품에 대한 건강관련 표시·광고가 일체 금지되는 것이 아니라 의약품이 아닌 식품의 약리적 기능에 대한 광고는 일정한 요건 및 한계 내에서 허용되며, 이러한 본질적인 한계를 넘어서 식품이 마치 특정 질병의 치료·예방 등에 효과가 있다거나 사람의 구조기능에 약리학적 영향을 주는 것과 같은 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고에 대해서만 규제하는 것으로 해석된다. 따라서 위와 같이 해석하는 한 위 97헌마108 결정에서 판시하고 있는 바와 같이 이 사건 법률조항은 헌법 제37조 제2항에 위반하여 청구인을 비롯한 식품제조업자 등의 영업의 자유, 광고표현의 자유 등을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

(5) 발명가·과학기술자 등의 권리 보호규정 위배 여부

(가) 헌법 제22조 제2항은 발명가의 권리를 법률로써 보호하도록 하고 있고, 이에 따라 특허법은 특허권자에게 업(業)으로서 그 특허발명을 실시할 권리를 독점적으로 부여하고 있다(특허법 제94조). 따라서 특허권자가 특허발명의 방법으로 생산한 물건을 판매하는 것은 특허권의 본질적 내용의 하나이며, 특허발명의 방법에 의하여 생산한 물건에 발명의 명칭과 내용을 표시하는 것은 특허실시권에 내재된 요소라고 할 수 있다(헌재 2000. 3. 30. 99헌마143, 판례집 12-1, 404, 413-414 참조).

(나) 청구인은 특허법에 의하여 식품을 특허발명한 경우 이를 제조·판매하는 것과 영업적으로 사용하는 행위 등이 권리로서 보호되므로, 그러한 권리의 실현방법으로서 당연히 그 효능·효과에 대하여 광고를 할 수 있다고 주장한다.

그런데 의약발명에 있어서 약리효과는 그 출원 전에 명세서 기재의 약리효과를 나타내는 약리기전이 명확히 밝혀진 경우와 같은 특별한 사정이 있지 않은 이상 특정 물질에 그와 같은 약리효과가 있다는 것을 약리데이터 등이

나타난 시험으로 기재하거나 또는 이에 대신할 수 있을 정도로 구체적으로 기재하여야만 비로소 발명이 완성되었다고 볼 수 있는 동시에 명세서의 기재 요건을 충족하였다고 볼 수 있으므로(대법원 2003. 10. 10. 선고 2002후2846 판결; 2001. 11. 13. 선고 99후2396 판결; 2001. 11. 30. 선고 2001후65 판결 등 참조), 의약발명의 방법에 의하여 생산한 의약품에는 약리효과를 표시할 수 있다고 할 것이다.

그러나 일반적인 식품의 발명인 경우에는 식품에 함유된 성분, 예를 들어 칼슘, 마그네슘과 같은 미네랄이나 비타민 등이 약리적 효능을 가진다고 할지라도 이는 그동안의 과학적 연구성과에 의하여 식품영양학적이거나 생리학적으로 공인된 사실인 경우가 거의 대부분이라 할 것이므로 식품의 발명의 효과로서 그러한 약리적 효능을 표시하는 것은 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

그러므로 식품의 발명에 있어서 그 구성성분의 약리적 효능을 표시하는 것이 특허권에 의하여 보호된다고 보기 어려우며, 따라서 이를 금지하는 이 사건 법률조항은 발명가의 권리를 보호하는 헌법 제22조 제2항에 위반되지 않는다고 할 것이다.

#### 4. 결 론

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

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

## 구 병역법 제71조 제1항 단서 제6호 위헌소원

(2004. 11. 25. 2004헌바15 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 통상 31세가 되면 입영의무 등이 감면되거나 해외체제를 이유로 병역연기를 한 사람에게는 36세가 되어야 이에 해당되도록 한 구 병역법 제71조 제1항 단서 제6호가 평등권을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 조항이 거주이전의 자유를 제한하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 징병연기 사유로서 유학 등을 이유로 국외체제를 하게 되는 경우는 비교적 장기간이며, 비록 31세 이전에 해외유학을 마치고 귀국하였다 하더라도 이들에 대한 구체적 병역의무 부과과정의 각 단계에서 다시 연기 사유가 발생할 수 있고, 병역처분이 변경되는 과정에서도 상당한 기간이 소요될 수 있어 국외체제를 이유로 징병검사 연기를 받았던 사람에 대하여 입영의무 등 감면연령을 36세부터로 늦추어야 할 합리적 이유가 있다. 위 조항은 국방의 의무를 면하게 해주는 수혜적 규정이므로 국회의 입법재량이 존중되어야 할 것인데, 해외체제 혹은 거주를 이유로 징병연기가 이루어졌던 사람에 대해서 헌법상의 국방의 의무가 부당하게 감면되지 않도록 입영의무 등 감면연령을 통상보다 연장한 것이 입법재량을 벗어난 자의적인 것이라 할 수 없다. 따라서 위 조항은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

2. 위 조항에 관계없이 청구인은 자유롭게 해외에 거주하거나 해외로 이전할 수 있는바, 거주이전의 자유의 보호범위를 '거주이전을 이유로 국방의 의무를 면할 수 있는 혜택의 시기가 다른 사람보다도 늦어지지 않을 것'까지 포함하는 것으로 볼 수 없으므로, 해외에 체재한 사실 때문에 입영의무 등 감면연령이 31세부터가 아닌 36세부터 적용된다고 해서 이를 거주이전의 자유의 제한이라고 할 수 없다.

**【심판대상조문】**

구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정되고 2000. 12. 26. 법률 제6287호로 개정되기 전의 것) 제71조(입영의무 등의 감면) ① 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다.

- 1.~5. 생략
- 6. 제60조 제1항 제2호의 사유로 징병검사 또는 입영 등이 연기된 사람
- 7.~8. 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조 제1항, 제14조, 제37조 제2항

병역법 제60조(징병검사 및 입영 등의 연기) ① 지방병무청장은 징병검사대상자로서 다음 각 호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 징병검사를 연기할 수 있다.

- 1. 생략
- 2. 국외에 체재 또는 거주하고 있는 사람
- 3. 생략
- ②~⑤ 생략

병역법 제61조(입영기일 등의 연기) ① 징병검사·징집(모집을 포함한다) 또는 소집통지서를 받은 사람 또는 받을 사람으로서 질병·심신장애·재난 등의 사유로 그 의무이행기일에 이를 이행하기 어려운 사람에 대하여는 원에 의하여 그 기일을 연기할 수 있다. 다만, 재난 등 대통령령이 정하는 사유로 입영기일 등의 연기원서의 제출이 곤란한 경우에는 지방병무청장이 직권으로 그 기일을 연기할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 의무이행기일이 연기된 사람에 대하여는 다시 기일을 정하여 통지서를 송달하여야 한다. 다만, 징집 또는 소집통지서를 받은 사람이나 받을 사람으로서 질병 또는 심신장애로 그 병역을 감당할 수 없다고 인정되는 사람에 대하여는 신체검사를 받게 하여 병역처분을 변경할 수 있다.

병역법 제65조(병역처분변경 등) ① 현역병(제21조·제24조 및 제25조의 규정에 의하여 복무중인 사람과 현역병입영대상자를 포함한다) 또는 보충역으로서 제1호에 해당하는 사람에 대하여는 신체검사를 거쳐 보충역편입·제2국민역편입 또는 병역면제의 처분을, 제2호에 해당하는 사람에 대하여는 보충역편입 또는 공익근무요원소집의 연기나 해제를, 제3호에 해당하는 사람에 대하여는 보충역편입 또는 제2국민역으로의 편입을 할 수 있다.

- 1. 전상·공상·질병 또는 심신장애로 인하여 그 병역을 감당할 수 없는 사람
- 2. 가족과 같이 국외로 이주하는 사람
- 3. 수형·고령 등 대통령령이 정하는 사유로 그 병역에 적합하지 아니하다고 인정되는 사람

② 예비역 또는 제2국민역으로서 제1항 제1호에 규정된 사유로 그 병역을 감당할 수 없는

사람에 대하여는 원에 의하여 필요한 경우 신체검사를 거쳐 제2국민역편입 또는 병역면제의 처분을 할 수 있으며, 국외에서 가족과 같이 영주권을 얻은 사람 또는 영주권제도가 없는 나라에서 무기한 체류자격을 얻은 사람의 경우에는 병역면제의 처분을 할 수 있다.

③ 예비역의 병 중 수형자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 제2국민역에 편입할 수 있다.

④ 제1항 제2호 및 제2항 후단과 제64조 제1항 제2호의 규정에 의하여 가족과 같이 국외이주하는 등의 사유로 보충역에 편입된 사람, 공익근무요원소집이 연기되거나 해제된 사람 또는 병역을 면제받은 사람이 국내에서 영주할 목적으로 귀국하는 등 대통령령이 정하는 사유에 해당하는 때에는 그 처분을 취소하고 병역의무를 부과할 수 있다.

⑤ 지방병무청장은 공익근무요원소집대상보충역으로서 제60조 제1항 제1호의 규정에 의한 사유로 국외를 왕래하는 선박의 선원으로로서 3년 이상 공익근무요원소집이 연기된 사람에 대하여는 제55조의 규정에 의한 교육소집을 실시하며, 그 교육소집을 마친 때에는 공익근무요원의 복무를 마친 것으로 본다.

⑥ 지방병무청장은 보충역 또는 제2국민역으로서 질병 또는 심신장애가 치유되었거나 학력이 변동되어 현역 또는 공익근무요원의 복무를 원하는 사람에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 처분을 취소하고 병역처분을 변경할 수 있다.

⑦ 지방병무청장은 공익근무요원 소집대상자가 제27조의 규정에 의하여 결정된 공익근무요원 배정인원보다 많은 경우에는 소집대상자의 학력·보충역편입연도 등을 감안하여 대통령령이 정하는 기준에 따라 그 중 일부를 제2국민역에 편입할 수 있다.

병역법 제71조(입영의무 등의 감면) ① 정병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다.

1. ~10. 생략

② 생략

## 【참조판례】

1. 대법원 2002. 9. 10. 2002두1786

헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 710, 716

## 【당 사 자】

청 구 인 이○성

대리인 법무법인 동인

담당변호사 정충수 외 5인

당해사건 서울고등법원 2002누14319 보충역편입처분취소

## 【주 문】

구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정되고 2000. 12. 26. 법률 제6287호로 개정되기 전의 것) 제71조 제1항 단서 제6호는 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

청구인은 1969. 9. 15.생으로 1988. 2. 15. 징병신체검사에서 신체등위 2급 판정으로 현역입영대상처분을 받았으나, 해외유학으로 인한 국외 체제를 이유로 1989. 5. 8.부터 1995. 12. 22.까지 국외여행허가를 받아 입영을 연기하였다. 그 후 청구인은 1996. 1. 6. 재신체검사 및 1996. 2.경 정밀신체검사를 받은 결과 신체등위 5급 판정으로 제2국민역편입처분을 받았다. 그러나 2000. 5. 30. 서울지방병무청장은 동 제2국민역편입처분이 신체검사판정 군의관 등에 대한 청탁 및 금품제공으로 위법·부당하게 이루어진 것이라는 이유로 이를 취소하였다.

청구인은 2000. 6. 20. 재신체검사를 하였는데 신체등위 4급 판정으로 보충역편입처분을 받았다. 서울지방병무청장은 2000. 8. 24. 청구인에게 2000. 10. 16.까지 입영하라는 공익근무요원소집처분을 하였다.

청구인은 위 보충역편입처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 1심에서 패소하였으나(서울행정법원 2000구29444호) 항소심에서는 서울지방병무청장의 재량권남용이 인정된다는 이유로 위 공익근무요원소집처분이 취소되었다(서울고등법원 2001누5387. 항소심에서 청구취지가 변경되었다). 그러나 대법원은 공익근무요원을 소집하는데 있어 지방병무청장의 재량이 있다고 볼 수 없다며 이를 과기환송 하였고(2002두820), 동 사건은 현재 서울고등법원에 계속 중이다(당해사건).

청구인은 당해사건에서 구 병역법 제71조 제1항 단서 제6호에 대하여 위헌 제청을 신청하였으나(2003아85) 기각되자, 2004. 2. 7. 동 조항이 청구인의 평등권과 거주이전의 자유를 침해한다며 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 병역법(1999. 2. 5. 법률 제5757호로 개정되고 2000. 12. 26. 법률 제6287호로 개정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제71조

제1항 단서 제6호(이하 “이 사건 조항”이라 한다)의 위헌 여부이다. 2000. 12. 26. 이 사건 조항은 법률 제6287호로 종전의 제71조 제1항 제6호에서 제7호로 변경되었으나 내용은 같다.

법 제71조(입영의무 등의 감면) ① 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무는 31세부터 면제되며, 면제된 사람은 제2국민역에 편입한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 36세부터 면제된다.

6. 제60조 제1항 제2호의 사유로 징병검사 또는 입영 등이 연기된 사람

법 제60조(징병검사 및 입영 등의 연기) ① 지방병무청장은 징병검사대상자로서 다음 각 호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 징병검사를 연기할 수 있다.

2. 국외에 체재 또는 거주하고 있는 사람

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 조항은 단순히 국외에 체재 또는 거주하고 있는 사람이라는 사유로 징병검사 또는 입영 등이 연기된 사람에 대하여 국내 귀국 시기나 귀국 후의 병무처리여부와 상관없이 무조건 병역의무면제연령을 36세로 연장함으로써 국내에서 취학 등 다른 사유로 징병검사 등이 연기된 사람들과의 관계에서 아무런 근거 없이 차별대우하는 것이므로 헌법 제11조의 평등원칙에 반한다.

이 사건 조항은 해외체재의 전력이 있는 사람에 대하여 병역의무면제연령을 36세로 연장함으로써 해외에서 자유롭게 거주를 이전할 수 없게 하거나 해외 거주를 이유로 합리적 근거 없이 불이익한 대우를 하고 있는바, 이는 헌법 제14조의 거주이전의 자유를 침해하는 것이다.

이 사건 조항은 해외체재를 사유로 현재 징병검사 등이 연기중인 사람에 대해서만 병역의무면제연령을 연장하여도 그 입법목적으로 충분히 달성할 수 있음에도 불구하고 병역의무면제연령이 연장되는 대상자를 과거에 해외체재로 인하여 징병검사 등을 연기 받은 전력이 있는 사람 모두로 확대하고 있는바, 이는 국내에 귀국한지 이미 수년이 경과되어 해외체재를 기화로 병역을 면탈할 우려가 전혀 없는 사람들마저도 병역의무면제연령 연장대상자로 규정함으로써 그 입법의 목적을 넘어서서 과도하게 적용대상자를 규정한 것이므로, 이는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각 이유

이 사건 조항의 입법취지가 국외 체재 또는 거주 사유로 징병검사 또는 입영 등이 연기된 사람이 병역의무를 면탈하는 것을 방지하려는 데 있는 점, 국외 체재 또는 거주 사유로 한 징병검사 또는 입영의 연기는 특별한 사정이 없는 한 병역의무자의 연령이 31세가 되기 전까지만 가능하도록 규정되어 있는 점, 구체적 병역의무 부과과정인 징병검사, 입영, 입영기일 등의 각 단계에서 연기의 사유가 발생할 수 있고(법 제60조, 제61조), 병역처분이 변경되는 과정에서도 상당한 기간이 소요될 수 있는데(법 제65조), 특히 국외 체재나 거주를 이유로 징병검사나 입영이 연기되는 경우는 국내거주자의 다른 연기 사유와 달리 그 연기기간이 장기이므로 31세가 되기 전에 이러한 연기를 받았던 자 모두에 대하여 병역면제 연령을 36세부터로 늦추어야 할 합리적 이유가 있다고 보이는 점(대법원 2002. 6. 25. 선고 2001두5125 판결 참조) 등을 고려하면, 이 사건 조항이 국외 체재 또는 거주를 이유로 징병검사 또는 입영이 연기된 사람들을 객관적이고 합리적인 이유 없이 자의적으로 차별하거나 정의와 형평에 반하는 것으로서 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

이 사건 조항은 그 자체가 신청인이나 국민에게 거주이전의 자유를 제한하거나 국외이주를 제한하는 규정이 아니다. 징집대상자의 범위를 결정하는 문제는 본질적으로 입법자 등의 입법형성권이 광범위하게 인정되어야 하는 영역인 점을 고려하면, 이 사건 조항이 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위배된 것이라 할 수 없다.

다. 국방부장관의 의견

대체로 법원의 위 기각결정이유와 같다.

### 3. 판 단

가. 평등의 원칙 위배 여부

(1) 법 제71조(입영의무 등의 감면) 제1항 본문은 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무가 31세부터 면제되도록 하였으나, 단서는 각 호에 해당하는 사람은 이를 36세부터 면제되도록 하였다. 그 각 호에는 “정당한 사유 없이 징병검사 등을 기피하고 있는 사람”(제1호), “공중보건의사, 공익법무관 등의 편입이 취소된 사람”(제2호), “직무교육명령에 응하지 아니하여 공익근무요원의 소집이 취소된 사람”(제3호), “허가 없이 출국하거나 국외 체류 중인 사람”(제5호), “제60조 제1항 제2호의 사유로 징병검사 또는 입영 등이 연기된 사람”(제6호)이 포함되고 있다.

이 사건 조항은 해외유학을 이유로 병역연기를 받은 사람을 모두 포함하는

것으로서, 현재 해외유학 중인 사람뿐만 아니라 해외유학 후 국내에 돌아와 있는 사람에게도 적용된다(대법원 2002. 9. 10. 선고 2002두1786 판결).

(2) 이 사건 조항은 징병검사·현역병입영 또는 공익근무요원소집의무의 면제에 관한 것이고(이하 이를 ‘입영의무 등 감면’이라고 한다), 국방의 의무는 헌법상 의무이므로 입영의무 등을 감면하는 입법은 수혜적인 사항에 속하는바, 이 사건 조항은 병역형성 영역에 있어서 입법자가 광범위한 입법형성권 내에서 징집대상자의 범위를 정할 수 있는 영역에 속한다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 710). 따라서 이 사건 조항이 평등의 원칙(평등권)에 위배되는지 여부는 합리적 이유가 있는 차별인지 여부에 달려있다(같은 결정, 판례집 14-2, 704, 716 참조).

(3) 이 사건 조항은 이미 해외유학을 마치고 돌아온 사람에게도 적용되는 결과, 같은 국내 거주자들 사이에 해외유학으로 징병검사 연기를 받은 사람은 36세의 입영의무 등 감면기준이 적용되고, 다른 국내 거주자는 31세의 기준이 적용되게 되는 차별이 있게 된다.

그런데 징병연기 사유로서 유학 등을 이유로 국외체제를 하게 되는 경우는 비교적 장기간이며, 비록 31세 이전에 해외유학을 마치고 귀국하였다고 하더라도 이들에 대한 구체적 병역의무 부과과정인 징병검사, 입영, 입영기일 등의 각 단계에서 연기의 사유가 발생할 수 있고(병역법 제60조, 제61조), 병역처분이 변경되는 과정에서도 상당한 기간이 소요될 수 있어(병역법 제65조), 그러한 연기를 받았던 자에게 대하여 입영의무 등 감면연령을 36세부터로 늦추어야 할 합리적 이유가 있다(위 대법원 2002두1786 판결 참조). 또한 이 사건 조항은 국방의 의무를 면하게 해주는 수혜적 규정이므로 이에 대한 국회의 입법재량이 존중되어야 할 것인데, 해외체제 혹은 거주를 이유로 징병연기가 이루어졌던 사람에 대해서 헌법상의 국방의 의무가 부당하게 감면되지 않도록 입영의무 등 감면연령을 통상보다 연장한 것이 입법재량을 벗어난 자의적인 것이라 할 수 없다.

다만 청구인의 주장대로 해외체제 후 31세가 되기 전에 이미 귀국해 있는 사람들의 경우, 통상적인 경우와 같이 31세부터 입영의무 등을 감면해 주는 것이 형평성에 맞는 측면이 있으나, 해외체제 또는 주거를 이유로 한 징병연기는 통상 장기간이고, 해외에서의 사정에 따라 귀국시기가 31세에 임박하게 될 수가 있고, 위 병역법 조항들이 여러 가지 실체적 혹은 행정적 측면에서 각종 연기제도를 두고 있는 것을 감안하면, 이 사건 조항이 그와 같은 구분을

하지 않고 있다고 하더라도, 이를 불합리하거나 자의적인 것이라고 단정할 수는 없는 것이다.

그러므로 이 사건 조항은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

나. 거주이전의 자유 침해 여부

청구인은 이 사건 조항이 해외 체재의 전력이 있는 자에 대해서만 소집의 무연령을 연장함으로써 불이익한 대우를 하는 것은 거주이전의 자유를 침해한다고 주장한다.

그러나 이 사건 조항은 해외거주를 이유로 징병검사를 연기 받은 사람들에게 입영의무 등 감면연령이 36세부터 적용된다는 것이며, 이 사건 조항이 있더라도 청구인은 자유롭게 해외에 거주하거나 해외로 이전할 수 있다. 따라서 해외에 체재하게 되면 그 감면연령이 다른 사람보다 늦춰지게 된다고 해서 이를 거주이전의 자유의 제한이라고 할 수는 없다. 즉, 이 사건에서 거주이전의 자유의 보호범위를 ‘거주이전을 이유로 국방의 의무를 면할 수 있는 혜택의 시기가 다른 사람보다도 늦어지지 않을 것’까지 포함하는 것으로 볼 수는 없는 것이다.

그러므로 해외에 체제한 사실 때문에 입영의무 등 감면연령이 31세부터가 아닌 36세부터 적용된다고 해서 이를 거주이전의 자유의 제한이라고 할 수 없다. 또한 그렇게 판단하는 이상 이 사건에서 별도로 과잉금지원칙 위배 여부를 판단하지 않는다.

#### 4. 결 론

이상의 이유에서 이 사건 조항은 헌법에 위반되지 않으므로 관여재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 김영일 권 성 김효종 김경일(주심)

송인준 주선희 전효숙 이상경

## 개항질서법 제37조 위헌소원

(2004. 11. 25. 2004헌바35 전원재판부)

### 【판시사항】

1. ‘누구든지 개항의 항계 안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서 어로를 하여서는 아니된다’는 개항질서법 제37조(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)가 죄형법정주의상 명확성원칙을 위반하는 것인지 여부(소극)
2. 이 사건 규정이 소형선박을 가진 자와 중대형 선박을 가진 자를 차별하고 있는지 여부(소극)
3. 이 사건 규정이 소형선박을 이용하여 어로를 하는 자의 직업의 자유를 침해하고 있는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있어야 함을 의미하는바, 처벌규정에 대한 예측가능성 유무를 판단할 때는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.

그런데 이 사건 어로제한위반죄의 특성과 관련규정들을 유기적으로 고려할 때 이 사건 규정이 금지하는 어로는 내·외국적의 선박이 상시 출입할 수 있는 항구 또는 항만의 경계 안에서 선박이 개항질서법에서 정하고 있는 항행방법에 따라 운항하는 것을 방해하거나 항만 내에 설치한 시설물을 그 목적에 따라 이용하는 것을 방해할 수 있는 곳에서의 어로로서 선박교통의 안전과 질서에 위험을 줄 수 있는 어로가 될 것인바, 그 의미하는 바가 지나치게 광범위하다거나

불분명하여 어로 단속이 이루어지는 장소를 전혀 예측할 수 없다고는 할 수 없을 것이므로 죄형법정주의에서 파생되는 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 규정은 개항의 항계 안, 그 중에서도 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서는 누구에게나 모든 어로를 금지하고 있으므로 선박의 크기에 따른 어로행위 차별을 찾아볼 수 없다. 이 사건 규정에 의하면 소형 선박이든 중·대형 선박이든 그 크기에 상관없이 개항의 항계 안에서는 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서 어로를 할 수 없을 것이고, 그 이외의 지역에서만 어로가 가능할 것이다. 따라서 이 사건 규정이 청구인의 평등권을 침해한다는 주장은 이유 없다.

3. 개항의 항계 안에서는 수많은 선박이 입·출항, 정박 또는 계류할 뿐만 아니라 각종의 하역작업 및 선박의 건조, 수리 등이 이루어지고, 항 내 각 분야의 업무에 종사하는 각종 소형선박, 부선 등이 빈번하게 왕래하므로 해난사고의 발생 가능성이 높는데, 이 사건 규정은 해난 사고의 위험성이 특히 높은 위와 같은 개항의 항계 안, 그 중에서도 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서의 어로만을 금지하고 있다. 또한 선박의 충돌 등으로 인한 사고는 일반적으로 그 규모가 크기 때문에 한번의 사고로 다수인의 생명·신체에 중대한 피해를 입히게 되고, 충돌 등으로 인한 유류의 유출은 인근 어장까지도 피해를 입히는 복합적인 손해를 일으킨다는 점에서 그 사고를 사전에 예방할 필요성이 크다. 그러므로 이 사건 규정이 사고위험이 높은 일정 수역에서의 어로를 제한하고 있다고 하더라도 이것이 청구인의 직업의 자유를 침해하고 있다고는 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

개항질서법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것) 제37조(어로의 제한) 누구든지 개항의 항계 안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소 또는 제11조 제2항의 규정에 의하여 지방해양수산청장이 지정·고시한 항로에서는 어로(어구 등의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니된다.

### 【참조조문】

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 개

항의 항계 안에서 선박교통의 안전 및 질서를 유지함을 목적으로 한다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제11조(항로 등) ① 개항의 항계 안에 출입하거나 개항을 통과하는 잠종선 외의 선박은 대통령령이 지정하는 항로를 따라 항행하여야 한다. 다만, 해양사고를 피하기 위한 경우 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 생략

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제12조(항로 안의 정박 등 금지) ① 선박은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 항로 안에 정박 또는 정류하거나 예인되는 선박을 항로 안에 방치하여서는 아니된다.

1. 해양사고를 피하고자 할 때
2. 운전의 자유를 상실한 때
3. 인명 또는 급박한 위험이 있는 선박의 구조에 종사할 때
4. 제33조의 규정에 의하여 지방해양수산청장의 허가를 받은 공사 또는 작업에 종사할 때

② 생략

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제13조(항법) ① 항로 밖에서 항로에 들어오거나 항로에서 항로 밖으로 나가는 선박은 항로를 항행하는 다른 선박의 진로를 피하여 항행하여야 한다.

② 선박은 항로 안에서 나란히 항행하지 못한다.

③ 선박이 항로 안에서 다른 선박과 마주칠 우려가 있는 경우에는 오른쪽으로 항행하여야 한다.

④ 선박은 항로 안에서 다른 선박을 추월하여서는 아니된다.

⑤ 모든 선박은 항로를 항행하는 위험물적재선박 또는 해상교통안전법 제2조 제8호의 규정에 의한 홀수제약선의 진로를 방해하여서는 아니된다.

⑥ 지방해양수산청장은 선박교통의 안전을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 제1항 내지 제5항 외에 별도의 항법 등에 관한 사항을 따로 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 선박은 이에 따라 항행하여야 한다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제14조(대피) 개항의 방파제의 입구 또는 입구 부근에서 출항하는 선박과 마주칠 우려가 있는 입항하는 동력선은 방파제 밖에서 출항하는 선박의 진로를 피하여야 한다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제15조(속력 등의 제한) ① 개항의 항계 안과 항계의 부근에 있는 선박은 다른 선박에 위험을 미치지 아니할 정도의 속력으로 항행하여야 한다.

② 개항의 항계 안에 있는 범선은 돛을 줄이거나 예인선에 끌리어 항행하여야 한다.

③ 해양경찰서장은 선박이 고속항행할 경우 다른 선박에 현저하게 피해를 줄 우려가 있다고 인정되는 개항을 관할하는 지방해양수산청장에게 항계 안에서의 선박의 항행최고속력을 지정할 것을 요청할 수 있다.

④ 지방해양수산청장은 제3항의 규정에 의한 요청을 받은 때에는 특별한 사유가 없는 한 항계 안의 항행최고속력을 지정하여 이를 고시하여야 한다. 이 경우 선박은 고시된 항행최고속력의 범위 안에서 항행하여야 한다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제16조(방파제·부두 등 부근의 항행) 선박이 개항의 항계 안에서 방파제, 부두, 해안으로 길게 뻗어나온 육지부분, 잔교 등 공작물의 튀어나온 부분 또는 정박중인 선박의 우현을 보고 항행할 때에는 이에 접근하고, 좌현을 보고 항행할 때에는 멀리 돌아야 한다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제17조(잡종선 등의 대피)

- ① 개항의 항계 안에 있는 잡종선은 동력선과 범선의 진로를 방해하여서는 아니 된다.
- ② 개항의 항계 안에 있는 예인선·급수선·급유선 및 통선과 공사 또는 작업에 종사하는 선박 등은 다른 선박의 진로를 방해하여서는 아니 된다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제19조(항행선박 간의 거리) 개항의 항계 안에서 2척 이상의 선박이 항행할 때에는 서로 상당한 거리를 유지하여야 한다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것) 제46조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

- 1. 제5조 본문, 제13조 제1항 내지 제5항, 제24조 제1항, 제33조 제1항, 제34조 제1항 또는 제37조의 규정에 위반한 자
- 2. 제20조 제2항, 제33조 제2항, 제38조 제2항 또는 제42조의 규정에 의한 명령이나 처분에 위반한 자

항만법(2001. 5. 24. 법률 제6487호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1. “항만”이라 함은 선박의 출입, 사람의 승·하선, 화물의 하역·보관 및 처리 등을 위한 시설이 구비된 것을 말하며 지정항만 및 지방항만으로 구분한다.
- 2. “지정항만”이라 함은 국민경제와 공공의 이해에 밀접한 관계가 있는 항만으로서 대통령령으로 그 명칭·위치 및 구역이 지정된 항만을 말한다.
- 3. “지방항만”이라 함은 지정항만 외의 항만으로서 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)가 그 명칭·위치 및 구역을 지정·공고한 항만을 말한다.
- 4. “항만구역”이라 함은 제2호 및 제3호의 규정에 의한 항만의 구역을 말한다.
- 5. “립항구역”이라 함은 제49조 제1항의 규정에 의한 립항지역과 도시계획법 제33조 제1항 제7호의 규정에 의한 시설보호지구(항만시설의 보호를 위한 것에 한한다)를 말한다.
- 6. “항만시설”이라 함은 항만구역 안에 있는 다음 각 목의 1에 해당하는 시설과 항만구역 밖에 있는 다음 각 목의 1에 해당하는 시설로서 해양수산부장관 또는 시·도지사(이하 “관리청”이라 한다)가 지정·고시한 것을 말한다.

가. 기본시설

- (1) 항로·정박지·선류장·선회장 등 수역시설

- (2) 방파제 · 방사계 · 파제제 · 방조제 · 도류제 · 갑문 · 호안 등 외곽시설
- (3) 도로 · 교량 · 철도 · 궤도 · 운하 등 립항교통시설
- (4) 안벽 · 물양장 · 잔교 · 돌핀 · 선착장 · 램프 등 계류시설

나. 기능시설

- (1) 삭제
- (2) 선박의 입 · 출항을 위한 항로표식 · 신호 · 조명 · 항무통신시설 등 항행보조시설
- (3) 고정식 또는 이동식 하역장비 · 화물이송시설 · 배관시설 등 하역시설
- (4) 대합실 · 여객승강용 시설 · 소화물취급소 등 여객이용시설
- (5) 창고 · 야적장 · 컨테이너장치장 및 컨테이너조작장 · 싸이로 · 저유시설 · 화물터미널 등 화물의 유통 · 판매시설
- (6) 선박을 위한 급유 · 급수시설 및 얼음의 생산공급시설 등 선박보급시설
- (7) 삭제
- (8) 삭제
- (9) 항만의 관제 · 홍보 · 보안시설
- (10) 삭제
- (11) 삭제
- (12) 항만시설용 부지
- (13) 어항법 제2조 제3호 나목의 기능시설(어항구에 있는 것에 한한다)
- (14) 어항법 제2조 제3호 다목의 문화 · 복지시설(어항구에 있는 것에 한한다)
- (15) 방음벽 · 방진망 · 수림대 등 공해방지시설

다. 지원시설

- (1) 보관창고 · 집배송장 · 복합화물터미널 · 정비고 등 배후유통시설
- (2) 선박기자재 · 선용품 등의 보관 · 판매 · 전시 등을 위한 시설
- (3) 화물의 조립 · 가공 · 포장 등을 위한 시설
- (4) 공공서비스 · 시설관리 등 항만관련 업무용 시설
- (5) 항만시설을 사용하는 자(이하 “사용자”라 한다), 여객 등 항만을 이용하는 자 및 항만종사자의 휴게소 · 숙박소 · 진료소 · 위락시설 · 연수장 · 주차장 · 차량통관장 등 후생복지 및 편의제공시설
- (6) 항만관련 산업의 기술개발, 벤처지원 등 연구시설
- (7) 그 밖에 해양수산부령이 정하는 항만기능의 지원을 위한 시설

라. 항만친수시설

- (1) 낚시터 · 유람선 · 낚시어선 · 모터보트 · 요트 및 윈드서핑 등의 수용을 위한 해양레저용 기반시설
- (2) 해양박물관 · 어촌민속관 · 해양유적지 · 공연장 · 학습장 · 갯벌체험장 등 해양문화 · 교육시설
- (3) 해양전망대 · 산책로 · 해안녹지 · 조경시설 등 해양공원시설

(4) 인공해변·인공습지 등 준설토를 재활용하여 조성한 인공시설

- 7. “항만배후단지”라 함은 무역항의 항만구역 및 임항구역 안에서 지원시설과 항만친수 시설을 집단적으로 설치·육성함으로써 항만의 부가가치 및 항만관련 산업활동을 증진하고 항만을 이용하는 자의 편의 향상에 이바지하기 위하여 제36조의 규정에 의하여 지정·개발하는 지역을 말한다.
- 8. 삭제
- 9. “항만운영전산망”이라 함은 항만관리운영의 효율화를 도모하고 항만의 과학적 관리를 위한 정책결정을 지원하며 항만이용자에게 편의를 제공하기 위하여 설치·운영하는 종합전산처리조직을 말한다.

**【참조판례】**

- 1. 헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748  
헌재 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 92-93  
헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260  
헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383  
헌재 1995. 5. 25. 93헌바23, 판례집 7-1, 640, 655  
헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748  
헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260-261  
헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137  
헌재 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 93
- 2. 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 63  
헌재 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 258, 274  
헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 539
- 3. 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-2, 537, 543  
헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 594  
헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 870

**【당 사 자】**

청 구 인 홍○용

대리인 공익법무관 정해영 외 2인

당해사건 대구지방법원 포항지원 2003고단501호 개항질서법위반

**【주 문】**

개항질서법 제37조(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것) 중 ‘누구든지 개항의 항계안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서는 어로(어구의

설치를 포함한다)를 하여서는 아니 된다'는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

청구인은 포항시 선적의 연안선망 어선의 본선(대○호 7.93t)과 보조선(대□호 4.99t)의 소유자로서 위 선단선 선원인 청구외 김○식, 하○명의 사용자인 바, 청구인의 업무에 관하여 위 청구외인들이 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 포항개항장의 항계안인 포항시 북구 포항구항 북방파제 동방 약 0.5마일 해상에서 어로행위를 하였다는 이유로 개항질서법 제37조 등 위반으로 공소제기되어 대구지방법원 포항지원(2003고단501)에서 소송 계속 중, 개항질서법 제37조에 대해 동 법원에 위헌제청신청(2003초기687)을 하였으나 기각되자, 2004. 5. 12. 위 규정에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 개항질서법 제37조(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것) 중 '누구든지 개항의 항계안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서는 어로(어구의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니 된다'는 부분(이하 '이 사건 규정'이라 한다. 청구인은 개항질서법 제37조 전부에 대해서 위헌제청신청을 하고 있으나 당해사건에서 청구인에게 문제가 된 부분은 이 사건 규정이므로 심판대상을 이 부분으로 한정한다)으로서 그 내용과 관계규정의 내용은 다음과 같다.

제37조(어로의 제한) 누구든지 개항의 항계안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소 또는 제11조 제2항의 규정에 의하여 지방해양수산청장이 지정·고시한 항로에서는 어로(어구의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니 된다.

개항질서법(2002. 12. 11. 법률 제6775호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다)

제46조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제5조 본문, 제13조 제1항 내지 제5항, 제24조 제1항, 제33조 제1항, 제34조 제1항 또는 제37조의 규정에 위반한 자
2. 생략

제1조(목적) 이 법은 개항의 항계 안에서 선박교통의 안전 및 질서를 유지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “개항”이라 함은 내·외국적의 선박이 상시 출입할 수 있는 항을 말한다.

2~9호 생략

제11조(항로 등) ① 개항의 항계안에 출입하거나 개항을 통과하는 잡종선의 선박은 대통령령이 지정하는 항로를 따라 항행하여야 한다. 다만, 해양사고를 피하기 위한 경우 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제12조(항로안의 정박 등 금지) ① 선박은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 항로안에 정박 또는 정류하거나 예인되는 선박을 항로안에 방치하여서는 아니 된다.

1. 해양사고를 피하고자 할 때
2. 운전의 자유를 상실한 때
3. 인명 또는 급박한 위험이 있는 선박의 구조에 종사할 때
4. 제33조의 규정에 의하여 지방해양수산청장의 허가를 받은 공사 또는 작업에 종사할 때

② 생략

제13조(항법) ① 항로 밖에서 항로에 들어오거나 항로에서 항로 밖으로 나가는 선박은 항로를 항행하는 다른 선박의 진로를 피하여 항행하여야 한다.

② 선박은 항로 안에서 나란히 항행하지 못한다.

③ 선박이 항로 안에서 다른 선박과 마주칠 우려가 있는 경우에는 오른쪽으로 항행하여야 한다.

④ 선박은 항로 안에서 다른 선박을 추월하여서는 아니 된다.

⑤ 모든 선박은 항로를 항행하는 위험물적재선박 또는 해상교통안전법 제2조 제8호의 규정에 의한 홀수제약선의 진로를 방해하여서는 아니 된다.

⑥ 지방해양수산청장은 선박교통의 안전을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 제1항 내지 제5항 외에 별도의 항법 등에 관한 사항을 따로 정하여 고시할 수 있다. 이 경우 선박은 이에 따라 항행하여야 한다.

제14조(대피) 개항의 방파제의 입구 또는 입구 부근에서 출항하는 선박과 마주칠 우려가 있는 입항하는 동력선은 방파제 밖에서 출항하는 선박의 진로

를 피하여야 한다.

제15조(속력 등의 제한) ① 개항의 항계 안과 항계의 부근에 있는 선박은 다른 선박에 위험을 미치지 아니할 정도의 속력으로 항행하여야 한다.

② 개항의 항계 안에 있는 범선은 돛을 줄이거나 예인선에 끌리어 항행하여야 한다.

③, ④ 생략

제16조(방파제·부두 등 부근의 항행) 선박이 개항의 항계 안에서 방파제, 부두, 해안으로 길게 뻗어나온 육지부분, 잔교 등 공작물의 튀어나온 부분 또는 정박중인 선박의 우현을 보고 항행할 때에는 이에 접근하고, 좌현을 보고 항행할 때에는 멀리 돌아야 한다.

제17조(잠종선 등의 대피) ① 개항의 항계안에 있는 잠종선은 동력선과 범선의 진로를 방해하여서는 아니된다.

② 개항의 항계 안에 있는 예인선·급수선·급유선 및 통선과 공사 또는 작업에 종사하는 선박 등은 다른 선박의 진로를 방해하여서는 아니 된다.

제19조(항행선박 간의 거리) 개항의 항계 안에서 2척 이상의 선박이 항행할 때에는 서로 충돌을 예방할 수 있는 상당한 거리를 유지하여야 한다.

항만법(2001. 5. 24. 법률 제6487호로 개정된 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “항만”이라 함은 선박의 출입, 사람의 승·하선, 화물의 하역·보관 및 처리 등을 위한 시설이 구비된 것을 말하며 지정항만 및 지방항만으로 구분한다.
6. “항만시설”이라 함은 항만구역 안에 있는 다음 각 목의 1에 해당하는 시설과 항만구역밖에 있는 다음 각 목의 1에 해당하는 시설로서 해양수산부장관 또는 시·도지사(이하 “관리청”이라 한다)가 지정·고시한 것을 말한다.

가. 기본시설

- (1) 항로·정박지·선유장·선회장 등 수역시설
- (2) 방파제·방사제·파제제·방조제·도류제·갑문·호안 등 외곽 시설
- (3) 도로·교량·철도·궤도·운하 등 임항교통시설
- (4) 안벽·물양장·잔교·돌핀·선착장·램프 등 계류시설

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 규정은 ‘누구든지 개항의 항계 안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서는 어로(어구의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니된다’고 규정하고 있는데, 이 규정만으로는 그 적용범위가 지나치게 광범위하고 내용이 불분명하여 개항 항계 안의 어느 구간이 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소인지를 전혀 예측할 수 없으므로 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 위반된다.

(2) 이 사건 규정은 개항 항계 안에서는 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서의 어로행위를 제한하면서 개항 항계 밖에서는 지방해양수산청장이 수로로 지정, 고시한 장소에서의 어로행위만 제한하고 있는데, 이는 청구인과 같이 소형선박을 이용하여 개항 항계 안에서 어로를 하는 자와 중·대형 선박을 이용하여 항계 밖에서 어로행위를 하는 자를 합리적인 이유 없이 차별하는 것으로 청구인의 평등권을 침해한다.

(3) 소형 선박을 운행하는 자의 항계 안에서의 어로행위는 그 생계 및 생존이 달린 문제임에도 불구하고, 이 사건 규정은 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소를 구체적으로 적시하거나 하위 법령에 위임하여 그 범위를 명확히 하지 아니하고 단속기관의 자의적인 판단에 따라 어민들의 어로행위를 제한할 수 있도록 하고 있으므로 이는 과잉금지의 원칙을 위반하여 직업의 자유를 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각 이유

(1) 이 사건 규정의 장소는 내·외국적의 선박이 상시 출입할 수 있는 항인 개항의 항계 안의 수역 중에서 정박선박의 인근수역, 항로, 정박지, 선회장, 방파제내 수역 및 기타 선박이 항행할 수 있는 수역으로, 선박을 이용한 어로행위가 그 곳을 운항하는 다른 선박의 안전 운행에 방해가 될 우려가 있는 장소를 일컫는다 할 것이므로 그 의미가 모호하고 광범위하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 해상여건의 다양성, 가변성에 비추어 볼 때 이 사건 규정을 더 구체화한다는 것은 입법기술상 곤란할 것이어서 죄형법정주의 원칙에 반한다 할 수 없다.

(2) 개항질서법 및 이 사건 규정은 선박의 규모 등에 따라 개항의 항계를 경계로 하여 어로행위를 규제하고 있는 것이 아니므로 청구인의 평등권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

(3) 이 사건 규정은 개항의 항계 안에 있는 모든 장소에서의 어로행위를 제

한하는 것이 아니라 선박교통의 안전과 질서를 유지하고자 하는 일정 목적 하에서 선박 교통방해의 가능성이나 위험성이 있는 특정 장소에서의 어로행위를 제한하는 것이고, 이러한 제한은 해난 사고의 중대성 및 위험성 등을 고려할 때 과잉금지의 원칙에 위반된다 할 수 없으므로 직업의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다.

다. 대구지방법검찰청 포항지청장 및 해양수산부장관의 의견 대체로 법원의 위헌제청신청 기각 이유와 같다.

### 3. 판 단

가. 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙 위반여부

(1) 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 92-93; 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260).

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석 방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것이 아니다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 1995. 5. 25. 93헌바23, 판례집 7-1, 640, 655; 2000. 6. 29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748). 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 260-261).

그리고 처벌규정에 대한 예측가능성 유무를 판단할 때는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137; 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 93).

이 사건 규정은 ‘누구든지 개항의 항계 안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서는 어로(어구의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니 된다’는 것으로 이 규정이 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙을 위반하고 있는지를 판단하기 위해서는 이 사건 규정뿐만이 아니라 그 입법목적 및 관련 규정들을 모두 유기적으로 살펴서 수범자가 처벌하고자 하는 행위가 무엇인지를 예측할 수 있는지 살펴보아야 한다.

(2) 그런데 이 사건 규정의 범죄는 선박 교통 방해의 결과를 요하지 않고 교통 방해의 우려만 있으면 처벌하는 범죄이기 때문에 단속이 되는 구체적인 행위나 상황, 그 기준 등을 명확히 해 놓지 않으면 단속하는 자의 자의적인 판단에 따라 범죄의 성립 여부가 결정될 수 있으므로 구체적인 결과의 야기를 요건으로 하는 범죄보다 엄격하게 구성요건을 정할 필요가 있을 것으로 보인다. 그렇지만 한편, 이 사건 범죄는 그 보호법익의 상대적 중대성이나 피해의 대량성 등에 비추어 결과 발생을 사전에 차단하기 위해 위험 발생 가능성 자체로 이를 처벌하는 범죄이므로 보다 광범위하게 예방적 차원의 조치가 허용됨을 전제로 한다는 점에서 다른 유형의 범죄에 비해 어느 정도는 완화된 구성요건을 필요로 하게 된다는 특성을 가진다. 이러한 범죄의 경우에 개별적인 사안에서 그 특수한 사정을 고려할 수 있는 가능성을 배제한다면 이를 처벌하려는 제도 마련의 취지는 그 의미를 상실하게 될 것이기 때문이다. 결국 이러한 범죄의 성립 여부는 그 위험의 내용이나 정도, 보호하고자 하는 법익의 성격이나 구체적인 행위의 결과가 야기할 인적, 물적 손해의 정도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이고, 그 구성요건도 그러한 판단이 가능할 수 있는 형태를 띠게 될 것이다. 따라서 범죄 구성요건의 구체성 정도는 이 사건과 같은 범죄에서는 다소 완화될 수밖에 없다.

또한 이 사건 어로 단속이 이루어지는 해상은 계절, 시간, 기상, 조류 등의 변화에 따라 수시로 그 조건이 달라질 수 있고, 그 밖에 선박의 항행방향이나 어로행위 당시의 선박통행현황, 당해 어로행위에 수반된 선박 및 어구의 규모 등에 따라서도 얼마든지 달라질 수 있으므로 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 어로인지 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 사정도 종합적으로 고려되어야 할 것이고, 이러한 점도 이 사건 범죄의 구성요건을 정할 때 고려해야 할 요소가 될 것이다. 이 경우 만약 일일이 금지되는 행위유형을 열거하거나 아주 구체적으로 단속되는 어로행위를 명시하게 된다면 해상이라는 특수한

조건으로 인해 발생하는 유동적이고 가변적인 상황에 적절히 대처할 수 없을 것이기 때문이다.

이상에서 보듯이 이 사건 범죄의 구성요건을 정함에 있어서는 어느 정도 추상적이고 일반적인 표현의 사용이 부득이 할 것이므로 이러한 전제하에서 구체적인 규정의 의미를 살피는 것이 필요하다.

(3) 먼저 이 사건 규정 중 ‘개항의 항계 안’이 의미하는 바를 보면 ‘개항’은 내·외국적의 선박이 상시 출입할 수 있는 항을 말하고(법 제2조 제1호), ‘항계’는 항구 또는 항만의 경계를 의미하므로 이는 내·외국적의 선박이 상시 출입할 수 있는 항구 또는 항만의 경계 안이란 뜻임이 분명하다. 그리고 해상교통질서를 유지하고 사고를 사전에 예방하기 위해서는 해상교통의 경우도 육상의 교통과 같이 정해진 항로를 따라 정해진 방법으로 운행하여야 하고, 선박의 원활한 교통을 돕기 위해 설치된 시설물은 용도에 따라 바르게 사용하여야 할 것이므로 이 사건 ‘선박교통에 방해할 줄 우려가 있는 장소에서의 어로’란, 법이 정하고 있는 항행방법에 따라 선박이 운항하는 것을 방해하거나 이 사건 규제가 이루어지는 개항 항계 안의 시설물 이용을 어렵게 하여 선박교통의 안전 및 질서에 위협을 줄 우려가 있는 곳에서의 어로행위를 의미한다고 할 것이다. 결국 이 사건 규정이 의미하는 행위는 내·외국적의 선박이 상시 출입할 수 있는 항구 또는 항만의 경계 안에서 선박이 법에서 정하고 있는 항행방법에 따라 운항하는 것을 방해하거나 항만 내에 설치한 시설물을 그 목적에 따라 이용하는 것을 방해할 수 있는 곳에서의 어로로서 선박교통의 안전과 질서에 위협을 줄 수 있는 행위가 될 것이다.

그런데 법에서 정하고 있는 항행방법에 관하여 보면, 우선 개항의 항계 안에 출입하거나 개항을 통과하는 선박은 잠종선을 제외하고는 항로를 따라 항행하여야 하고, 잠종선은 동력선과 범선의 진로를 방해해서는 안되며(법 제11조, 제17조), 긴급사유가 있는 이외에는 항로 안에서 정박할 수 없고(법 제12조), 항로 밖에서 들어오거나 나가는 선박은 항로를 항행하는 다른 선박의 진로를 피하여 항행하여야 하며(법 제13조), 개항의 방파제의 입구 또는 입구 부근에서 출항하는 선박과 마주칠 우려가 있는 입항하는 동력선은 방파제 밖에서 출항하는 선박의 진로를 피하여야 하고(법 제14조), 개항의 항계 안과 항계의 부근에 있는 선박은 다른 선박에 위협을 미치지 아니할 정도의 속력으로 항행하여야 하며(법 제15조 제1항), 선박이 개항의 항계 안에서 방파제, 부두, 해안으로 길게 뻗어나온 육지부분, 잔교 등 공작물의 튀어나온 부분 또

는 정박중인 선박의 우현을 보고 항행할 때에는 이에 접근하고, 좌현을 보고 항행할 때에는 멀리 돌아야 하며(법 제16조), 개항의 항계 안에서 2척 이상의 선박이 항행할 때에는 서로 충돌을 예방할 수 있는 상당한 거리를 유지하여야 한다(법 제19조). 따라서 개항의 항계 안을 통행하는 선박은 위와 같은 항행 방법을 지켜야 하고, 다른 선박들의 위와 같은 항행 방법에 의한 운항을 방해할 수 있는 곳에서의 어로행위는 제한된다 할 것이다.

또한 개항의 항계 안에서는 수많은 선박이 입·출항, 정박 또는 계류할 뿐만 아니라 각종의 하역작업, 선박의 건조, 수리 등이 이루어지게 되는데, 위와 같이 선박의 항해나 정박 등을 위해 설치한 항만법상의 시설, 예컨대 항로, 정박지, 선유장, 선회장 등의 수역이나 그 인근 수역에서 어로행위를 하게 되면 이러한 시설물 이용을 방해하여 선박교통의 안전과 질서에 방해를 줄 가능성이 크므로 이러한 곳에서의 어로행위도 제한될 것이다.

그렇다면 이 사건 규정이 ‘선박교통을 방해할 우려’라는 다소 추상적이고 일반적인 용어를 사용하고 있다고 하더라도 이 범죄의 성질과 이 사건 개항 질서법 및 관련 규정들을 유기적으로 살펴볼 때, 그 의미하는 바가 지나치게 광범위하고 불분명하여 어로행위 단속이 이루어지는 장소를 전혀 예측할 수 없다고는 할 수 없을 것이므로 죄형법정주의에서 파생되는 명확성 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

#### 나. 평등권 침해 여부

헌법 제11조 제1항은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다’고 규정하고 있다. 이러한 평등은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니고, 법을 적용하거나 입법을 함에 있어서 불합리한 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하는 것이다. 따라서 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하게 된다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 63; 1996. 10. 4. 95헌가1등, 판례집 8-2, 258, 274; 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 539).

그런데 이 사건 규정은 ‘누구든지 개항의 항계 안의 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서는 어로(어구 등의 설치를 포함한다)를 하여서는 아니 된다’는 것으로 그 어디에서도 선박의 크기에 따라 어로행위를 차별하는 내용은 찾아볼 수 없다. 이 사건 규정에 의하면 소형 선박이든 중·대형 선박이든 그 크기에 상관없이 개항의 항계 안에서는 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서 어로를 할 수 없을 것이고, 그 이외의 지역에서만 어로를 할 수

있을 것이다. 개항질서법 제37조는 이 사건 규정 이외에도 ‘제11조 제2항의 규정에 의하여 지방해양수산청장이 지정·고시한 항로에서의 어로’도 금지하고 있는데, 이 규정에 의하더라도 어로가 금지되는 곳이 아니면 선박의 크기를 불문하고 어로가 가능할 것이다. 따라서 이 사건 규정상으로는 선박의 크기에 따른 법률상 차별이 존재한다고 볼 수 없다. 다만 연안에서 멀어지면 해상조건이 달라지고, 선박의 크기에 따라 구비할 수 있는 장비의 수준도 달라질 것이므로 사실상으로는 선박의 크기가 수역에 따라 어로행위 가능 여부를 좌우할 수는 있을 것이다. 그러나 이러한 현상은 이 사건 규정이 소형선박과 중·대형 선박을 차별한 결과로 생기는 것이 아니라 선박이 여러 가지 해상조건을 견딜 수 있는 크기와 장비를 갖추고 있는가와 같은 사실상의 차이에서 비롯되는 결과라고 할 것이므로 이 사건 규정에 의해서는 차별이 발생한다고 할 수 없고, 결국 평등권을 침해하고 있다는 청구인의 주장은 이유 없다 할 것이다.

#### 다. 직업의 자유 침해 여부

(1) 헌법은 제15조에서 ‘모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다’고 하여, 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하고 있다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업행사의 자유에 대한 제한의 경우 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-2, 537, 543; 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 594; 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 870).

(2) 일반적으로 해상은 태풍이나 폭풍과 같은 자연의 위협에 항상 노출되어 있고, 해상에서의 사고는 육상과는 달리 사고가 발생하더라도 신속하고 효과적인 구조를 기대할 수 없으며, 사고 현장은 기후나 파도 등의 영향으로 현장 보존이 어렵고, 육지와 떨어진 고립성 등으로 인해 현장 접근성이 용이하지 않다는 특징을 가진다. 특히 삼면이 바다로 둘러싸여 있는 우리나라 해상은 크고 작은 섬들이 산재해 있고 협수로가 많아 항행에 매우 불리할 뿐만 아니라 연안 수역은 수많은 섬과 암초, 정치어망과 양식장이 널려 있고, 좁은 항의 입구로 상선과 어선이 집결하기 때문에 충돌이나 좌초의 위험이 높다. 그리고

이 사건 규정의 개항의 항계 안에서는 제한된 조건을 가진 수역에 수많은 선박이 입·출항, 정박 또는 계류할 뿐만 아니라 각종의 하역작업 및 선박의 건조, 수리 등이 이루어지고, 항내 각 분야의 업무에 종사하는 각종 소형선박, 부선 등의 왕래가 빈번하므로 해난사고의 발생 가능성은 더욱 높아진다 할 것이다. 따라서 이러한 곳에서 선박교통의 안전과 질서를 유지하기 위해서는 선박통행이나 어로작업에 있어 많은 주의가 필요하며, 그 실효성을 거두기 위해서는 선박교통을 방해할 우려가 있는 행위들에 대해 일정 정도의 단속이 불가피하게 요구된다. 특히 최근 들어 우리나라는 지속적인 경제성장과 개방화 정책 및 해양레저 활동의 증가로 개항과 그 주변에서의 선박 통행량이 증가하고 있으므로 이러한 요청은 배가되고 있다고 볼 수 있다.

사정이 위와 같음에도 해상 어느 곳에서도 모든 어로행위를 용인한다면 이것은 해난사고의 빈번한 원인이 되어 원활한 선박교통의 흐름과 안전을 방해하게 될 것이다. 그리하여 이 사건 규정은 해상 가운데서도 특히 해난 사고의 위험성이 높은 개항의 항계 안, 그 중에서도 선박교통에 방해할 줄 우려가 있는 장소에서의 어로행위만을 금지하고 있는바, 개항의 항계 안이 선박의 입·출항 등을 위해 설정된 수역임을 감안할 때 이 사건 규정이 정하고 있는 곳에서의 어로행위 제한은 불가피하다고 할 것이다.

(3) 또한 선박의 충돌 등으로 인한 사고의 피해는 도로에서의 자동차 충돌 등으로 인한 사고의 경우보다 일반적으로 그 규모가 크기 때문에 한번의 사고로 다수인의 생명·신체에 중대한 피해를 입히게 되고, 선박이 충돌하거나 좌초하는 경우 선박 자체는 물론 그 속구의 손괴와 그러한 손괴로 인한 유류의 유출로 인근 어장까지도 피해를 입히는 복합적이고 다발적인 손해가 발생하게 된다는 점에서 이러한 피해를 가져오는 사고를 사전에 예방할 필요성은 매우 큰데 반해, 이 사건 규정에 의해 제한되는 어로행위는 개항의 항계 안, 그 중에서도 선박교통에 방해가 될 우려가 있는 장소에서의 어로행위로 그 밖의 지역에서의 어로행위는 얼마든지 가능하다는 점에서 그 제한으로 인해 개인이 입게되는 불이익은 그다지 크다고 할 수 없다. 더구나 이 사건 규정이 금지하는 곳에서 어로행위를 하게 되면 사고의 발생 가능성은 그만큼 증가하게 될 것인데, 이러한 곳에서의 어로행위 금지는 어로행위를 제한 당하는 선박 자체의 잠재적 사고 위험성도 낮추게 된다는 점에서 행위 제한을 당하는 자에게 불이익만을 가져다 주는 것도 아니다. 그러므로 이 사건 규정이 직업의 자유를 침해하고 있다고는 볼 수 없다.

4. 결 론

이에 관여한 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 공인회계사법 제7조 제1항 등 위헌확인

(2004. 11. 25. 2002헌마809 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 구 공인회계사법시행령(2001. 6. 18. 대통령령 제17238호로 개정되고, 2004. 4. 1. 대통령령 제18352호로 개정되기 전의 것. 이하 “법시행령”이라 한다) 제12조 제4항 및 제5항, 구 실무수습에관한규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되고, 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것. 이하 “실무수습규정”이라 한다) 제9조 제3항 및 제4항에 대한 심판청구가 직접성요건을 충족하는지 여부(소극)

2. 공인회계사시험 합격인원을 대폭 증원하면서도 이들에 대한 실무수습기관의 지정을 법정화하지 않은 구 공인회계사법(2001. 3. 28. 법률 제6426호로 개정되고, 2003. 12. 11. 법률 제6994호로 개정되기 전의 것. 이하 “법”이라 한다) 제7조 제1항에 대한 심판청구가 직접성요건 및 청구기간요건을 갖추었는지 여부(적극)

3. 법 제7조 제1항이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 법 제7조 제1항이 입법의무를 위반하여 청구인들의 직업선택의 자유나 평등권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 가. 법시행령 제12조 제4항 및 제5항은 실무수습의 관할권 및 그 행사에 관한 규정으로서, 실무수습을 받고자 하는 공인회계사시험 합격자들의 기본권행사에 아무런 영향을 미치지 못하는 절차적 규정이다. 따라서 위 시행령조항들로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성은 전혀 없으므로, 위 시행령조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

나. 실무수습규정 제9조 제3항은 ‘실무수습기관을 정하지 못한 경우 실무수습기간의 인정 여부 및 산정에 관한 규정’으로서, 위 조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 여지는 없고, 또한 같은 조 제4항은 ‘실무수습기관을 정하지 못한 경우 공인회계사회 회장이 실

무수습이 가능하도록 실무수습기관을 지정할 수 있음'을 규정한 것으로서, 그 자체로서 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 아니라 오히려 수혜적인 규정이므로 위 조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성은 없으므로, 이에 대한 심판청구 역시 부적법하다.

2. 가. 법 제7조 제1항은 실무수습의 의무와 2년 이상의 수습기간을 스스로 정함으로써 공인회계사의 자격이 있는 자에게 직접 2년 이상의 실무수습 의무를 부과하고 있으므로 이에 대한 심판청구는 직접성의 요건을 충족하고 있다.

나. 2002년도 제37회 공인회계사시험의 최종합격자 발표일은 2002. 9. 19.이고, 이들 합격자를 대상으로 한 제14기 수습공인회계사 연수 중 연수생들이 법정실무수습 보장과 실무수습제도 개선 등을 요구하며 시위 및 농성 등 집단행동을 하는 한편 2002. 11. 4.부터 연수거부에 들어간 이 사건의 경우 이 사건 심판청구일인 2002. 12. 27.부터 역산하여 90일이 되는 2002. 9. 28. 이전에 청구인들이 법 제7조 제1항에 의한 기본권침해 사실을 알고 있었다고 볼 만한 명백한 자료가 없으므로, 법 제7조 제1항에 대한 심판청구는 청구기간을 준수하였다.

3. 법 제2조는 공인회계사의 직무범위를 “회계에 관한 감사·감정·증명·계산·정리·입안 또는 법인설립 등에 관한 회계(제1호), 세무대리(제2호), 제1호 및 제2호에 부대되는 업무(제3호)”로 규정하고 있다. 따라서 실무수습의 ‘내용’은 이와 같은 공인회계사의 직무를 행하기 위하여 필요한 사항이고, 이를 위해서는 공인회계사의 직무를 배울 수 있는 수습기관에서의 실무수습이 이루어져야 할 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있다. 또한 법 제7조 제1항은 실무수습의 ‘범위’, 즉 기간은 공인회계사 직무의 중요성을 감안하여 최소한 2년 이상 받아야 한다는 것을 스스로 규정하고 있다. 요컨대, 실무수습기관을 포함하여 실무수습에 관하여 대통령령으로 위임할 내용 및 범위는 법 제7조 제1항 자체 또는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하면 이를 쉽게 예측할 수 있도록 규정하고 있다고 할 것이다. 따라서 법 제7조 제1항이 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다.

4. 가. 직업선택의 자유 침해 여부

법 제2조의 규정에 의하면, 공인회계사는 타인의 위촉에 의하여 회계에 관한 감사·감정·증명·계산·정리·입안 또는 법인설립 등에 관한 회계(제1호), 세무대리(제2호), 제1호 및 제2호에 부대되는 업무(제3호)를 행한다. 그리고 정부가 2001년도부터 공인회계사시험 합격자를 1,000명 이상으로 확대한 것은 공인회계사 자격취득자들이 회계법인에만 머무르지 않고 일반회사 등으로 폭넓게 진출하여 회계의 투명성을 제고하는데 기여하도록 하고자 한 것이다. 청구인들을 비롯하여 공인회계사시험을 준비하는 사람들은 회계감사 업무를 하는 공인회계사, 즉 “감사인”이 되기를 원하는 것이 통상적이다. 그러나 입법자가 마련한 공인회계사 자격제도는 감사인만에 한정되는 것이 아니며(법 제2조 참조), 나아가 감사인이 되기 위하여 반드시 회계법인에서 실무수습을 받아야만 하는 것도 아니다. 즉, 이 사건 심판청구 당시에도 청구인들을 포함한 공인회계사시험 합격자들이 실무수습을 받을 수 있는 대상기관은 회계법인 이외에도 많은 기관이 마련되어 있었기 때문에(실무수습규정 제3조 참조), 법규범적으로는 부족한 상태가 아니라 오히려 충분한 상황이었다. 요컨대, 입법자가 전문적 지식이 요구되는 공인회계사에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있다고 할 것이고, 법 제7조 제1항은 그 내용이 명백히 불합리하다거나 불공정하다고 평가할 수 없으므로, 이로 말미암아 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한 것이라고 할 수 없다.

#### 나. 평등권의 침해 여부

다른 전문자격사의 경우 실질적으로 전문자격사의 업무를 수행할 수 있도록 법령에서 실무수습기관의 지정에 관한 규정을 두고 있음에도 불구하고 법 제7조 제1항은 이러한 조치를 마련하고 있지 않으나, 공인회계사를 포함하여 우리나라 전문자격사의 경우 법률뿐만 아니라 시행령에서도 ‘실무수습기관의 지정’에 관하여 직접 규율하는 경우는 없다. 따라서 다른 전문자격사의 경우와는 달리 특별히 공인회계사의 경우에만 이를 규정하지 아니하였음을 전제로 평등권을 침해하였다고 할 수 없다.

**【심판대상조문】**

구 공인회계사법(2001. 3. 28. 법률 제6426호로 개정되고, 2003. 12. 11. 법률 제6994호로 개정되기 전) 제7조(등록) ① 공인회계사의 자격이 있는 자가 제2조의 규정에 의한 직무를 행하고자 하는 경우(회계법인의 사원 또는 직원이 되고자 하는 경우를 포함한다)에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 2년 이상의 실무수습을 받은 후 재정경제부장관에게 등록하여야 한다. 다만, 제6조 제1항 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 실무수습을 면제한다.

②, ③ 생략

동법시행령(2001. 6. 18. 대통령령 제17238호로 개정되고, 2004. 4. 1. 대통령령 제18352호로 개정되기 전의 것) 제12조(실무수습) ①~③ 생략

④ 실무수습에 관한 사항은 공인회계사회가 이를 관리한다.

⑤ 실무수습의 내용·방법·절차 및 실무수습기간의 합산 기타 필요한 사항은 공인회계사회가 재정경제부장관의 승인을 얻어 정한다.

구 실무수습에관한규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되고, 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것) 제9조(실무수습기관에서의 실무수습) ①~② 생략

③ 수습공인회계사가 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일 이내에 제3조 각 호의 1에 해당하는 기관을 정하지 못한 경우에는 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일까지를 실무수습기간으로 인정하고 그 기간 이후에는 실무수습을 정지한다.

④ 회장은 수습공인회계사가 제3항의 규정에 의한 기간 내에 실무수습기관을 정하지 못한 경우에는 회계법인의 의견을 들어 회계법인을 실무수습기관으로 지정하여 실무수습을 하게 할 수 있다.

⑤ 생략

**【참조조문】**

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제75조

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

구 공인회계사법(2001. 3. 28. 법률 제6426호로 개정되고, 2003. 12. 11. 법률 제6994호로 개정되기 전의 것) 제2조(직무범위) 공인회계사는 타인의 위촉에 의하여 다음 각 호의 직무를 행한다.

1. 회계에 관한 감사·감정·증명·계산·정리·입안 또는 법인설립 등에 관한 회계
2. 세무대리
3. 제1호 및 제2호에 부대되는 업무

구 공인회계사법(2001. 3. 28. 법률 제6426호로 개정되고, 2003. 12. 11. 법률 제6994호로 개정되기 전의 것) 제3조(자격) 공인회계사시험에 합격한 자는 공인회계사의 자격이 있다.

구 공인회계사법시행령(2001. 6. 18. 대통령령 제17238호로 개정되고, 2004. 4. 1. 대통령령 제18352호로 개정되기 전의 것) 제12조(실무수습) ① 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습은 다음 각 호의 1의 기관에서 행하여야 한다.

1. 회계법인

1의2. 주식회사의외부감사에관한법률 제3조 제1항 제3호의 규정에 의한 감사반

2. 공인회계사회

3. 금융감독원(주식회사의외부감사에관한법률에 의한 외부감사관련업무, 주권상장법인 또는 등록법인의 재무관리사무를 담당하는 부서에 한한다)

4. 기타 공인회계사회의 추천을 받아 재정경제부장관이 정하는 기관

② 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습은 제1항 제1호 내지 제3호의 기관인 경우에는 그 기간을 2년 이상으로, 제1항 제4호의 기관인 경우에는 그 기간을 3년 이상으로 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 실무수습기간을 산정함에 있어 2 이상의 기관에서 실무수습을 행한 자에 대하여는 각 기관의 실무수습기간을 합산한다.

④, ⑤ 생략

구 실무수습에관한규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되고, 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것) 제2조(실무수습의 내용) 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습은 법시행령 제12조 제1항의 규정에 의한 실무수습기관(이하 “실무수습기관”이라 한다)에서의 실무수습과 한국공인회계사회 회계연수원(이하 “회계연수원”이라 한다)에서의 연수로 한다.

구 실무수습에관한규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되고, 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것) 제3조(실무수습기관) 제2조의 규정에 의한 실무수습기관은 다음 각 호와 같다.

1. 한국공인회계사회

2. 회계법인

3. 주식회사의외부감사에관한법률에 의한 감사반

4. 금융감독원. 다만, 주식회사의외부감사에관한법률에 의한 외부감사 관련업무, 상장법인 또는 등록법인의 재무관리업무를 담당하는 부서에 한한다.

5. 정부조직법에 의한 중앙행정기관. 다만, 기업회계·회계감사 또는 직접세 세무회계에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.

6. 정부가 출자한 기관(정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관을 포함한다). 다만, 재무제표 작성업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.

7. 주식회사의외부감사에관한법률에 의한 외부감사대상회사. 다만, 재무제표의 작성업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.

8. 종합금융회사에관한법률에 의한 종합금융회사·보험업법에 의한 보험회사 및 여신전문금융업법에 의한 여신전문금융회사의 경우에는 기업여신 및 심사업무를 주로 담당하는 부서, 증권거래법에 의한 증권회사의 경우에는 유가증권의 인수관련 업무

- 를 주로 담당하는 부서에 한한다.
9. 은행법에 의한 은행금융기관, 중소기업은행법에 의한 중소기업은행, 한국산업은행법에 의한 한국산업은행, 장기신용은행법에 의한 장기신용은행, 한국수출입은행법에 의한 한국수출입은행. 다만, 기업여신 심사업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  10. 대학 또는 전문대학. 다만, 전임으로서 회계학에 대한 교수를 담당하는 경우에 한한다.
  11. 국군장교. 다만, 경리 또는 회계감사에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  12. 한국은행법에 의한 은행감독원. 다만, 금융기관의 경영분석·지도 및 검사업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  13. 예금자보호법에 의한 예금보험공사. 다만, 부모은행의 재무상황 및 기업의 경영상황 분석업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  14. 증권거래법에 의한 증권거래소. 다만, 유가증권의 상장심사 및 상장법인의 재무관리에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  15. 증권거래법에 의한 증권관리위원회가 지정한 신용평가회사. 다만, 기업 및 유가증권의 신용평가업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  16. 개별법에 의하여 설립된 신용보증기관. 다만, 기업에 대한 보증심사업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  17. 증권거래법의 규정에 의해 재정경제부장관의 허가를 받은 상장회사협의회. 다만, 기업회계 또는 외부감사에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  18. 금융감독위원회의 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙에 의하여 설립허가를 받은 한국회계연구원. 다만, 회계관련연구에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  19. 증권거래법에 의한 한국증권업협회. 다만, 유가증권의 등록심사 및 협회등록법인의 재무관리에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
  20. 정부출연연구기관등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률에 의한 정부출연연구기관. 다만, 기업의 재무제표에 대한 분석 및 검증업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.

구 실무수습에 관한 규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되어 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것) 제9조(실무수습기관에서의 실무수습) ① 공인회계사시험에 합격한 자는 제5조의 규정에 의한 등록을 하고 한국공인회계사회를 실무수습기관으로 하여 회계연수원에서 1년차 연수를 이수하여야 한다. 다만, 특별한 사정에 의하여 회계연수원의 1년차 연수를 이수하지 못할 경우에는 실무수습기관을 정하여 회장의 승인을 얻어 실무수습을 개시할 수 있다.

② 수습공인회계사는 제1항의 규정에 의한 회계연수원의 1년차 연수를 이수하고 제3조 각 호의 1에 해당하는 기관을 정하여 실무수습을 하여야 한다.

③ 수습공인회계사가 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일 이내에 제3조 각 호의 1에 해당하는 기관을 정하지 못한 경우에는 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일까지를 실무수습기간으로 인정하고 그 기간 이후에는 실무수습을 정지한다.

④ 회장은 수습공인회계사가 제3항의 규정에 의한 기간 내에 실무수습기관을 정하지 못

한 경우에는 회계법인의 의견을 들어 회계법인을 실무수습기관으로 지정하여 실무수습을 하게 할 수 있다.

⑤ 수습공인회계사는 회계연수원의 연수기간을 제외하고 실무수습기관의 정상근무시간에 상근하여야 한다.

건축사법 제7조(건축사자격 등의 취득) ① 건축사가 되고자 하는 자는 제14조의 규정에 의한 건축사자격시험에 합격하여야 한다.

② 건축사보가 되고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 바에 의하여 건설교통부장관에게 신고하여야 한다.

건축사법 제14조(건축사자격시험) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 건축사자격시험에 응시할 수 없다.

1. 제15조의 규정에 의한 건축사예비시험에 합격한 자로서 건축사예비시험 응시자격 취득일부터 5년 이상 건축에 관한 실무경력(연구경력을 포함한다. 이하 같다)이 있는 자

2. 삭제

3. 삭제

4. 삭제

5. 외국에서 건축사면허를 받거나 자격을 취득한 자로서 통산하여 5년 이상 건축에 관한 실무경력이 있는 자

6. 삭제

② 제1항 제5호에 해당하는 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 건축사자격시험의 일부를 면제할 수 있다.

변호사법 제4조(변호사의 자격) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 변호사의 자격이 있다.

1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자

2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자

법원조직법 제72조(사법연수생) ① 사법연수생은 사법시험에 합격한 자 중에서 대법원장이 임명하며, 별정직공무원으로 한다.

② 사법연수생의 수습기간은 2년으로 한다. 다만, 필요한 때에는 대법원규칙이 정하는 바에 따라 수습기간을 변경할 수 있다.

③ 사법연수생이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 면직할 수 있다.

1. 국가공무원법 제33조 각 호의 1에 해당하는 경우

2. 품위를 손상시키는 행위를 한 경우

3. 수습의 태도가 심히 불량하여 수습성적이 불량한 경우

4. 질병으로 인하여 수습이 불가능한 경우

④ 법원은 직권으로 사법연수생을 변호인으로 선정할 수 있다.

법원조직법 제72조의2(사법연수생 수습의 목적) 사법연수생의 수습은 법률전문가로서의 이론과 실무를 연구·습득하고 높은 윤리의식과 국민에 대한 봉사정신을 함양함으로써

써 법치주의의 확립과 민주주의의 발전에 이바지할 수 있는 법조인을 양성함을 목적으로 한다.

- 법원조직법 제73조(조직) ① 사법연수원에 원장 1인, 부원장 1인, 교수 및 강사를 둔다.  
② 원장은 대법원장의 지휘를 받아 사법연수원의 사무를 관장하며, 소속직원을 지휘·감독한다.  
③ 부원장은 원장을 보좌하여 사법연수원의 사무를 처리하며, 원장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 부원장이 그 권한을 대행한다.  
④ 사법연수원에 사법연수원장비서관과 사법연수원부원장비서관을 둔다.  
⑤ 사법연수원장비서관과 사법연수원부원장비서관은 법원사무관 또는 5급상당의 별정직 공무원으로 보한다.

법원조직법 제74조(사법연수원장 등) ① 사법연수원장은 판사 중에서, 부원장은 검사 중에서 대법원장이 보한다.

② 사법연수원 교수는 다음 각 호의 1에 해당하는 자 중에서 대법원장이 보하거나 사법연수원장의 제청을 받아 대법원장이 임명한다.

1. 판사
  2. 검사
  3. 변호사
  4. 학사 또는 석사학위를 취득한 자로서 대법원규칙이 정하는 실적 또는 경력이 있는 자
  5. 박사학위를 취득한 자
- ③ 강사는 상당한 학식과 경험이 있는 자 중에서 사법연수원장이 위촉한다.  
④ 사법연수원에서 전임으로 근무하는 판사 및 검사는 제5조 제3항의 규정에 의한 판사의 수 또는 검사정원법에 의한 검사의 수에 산입하지 아니한다.

법원조직법 제74조의2(교수의 지위 등) ① 판사나 검사가 아닌 사법연수원 교수(이하 “전임교수”라 한다)는 특정직공무원으로 한다.

- ② 전임교수의 임기는 10년으로 하되, 연임할 수 있다. 다만, 신규채용되는 교수는 3년의 범위 내에서 1차에 한하여 대법원규칙이 정하는 바에 의하여 기간을 정하여 임용할 수 있다.  
③ 전임교수의 정년은 판사에 준하고, 징계에 관하여는 법관징계법을 준용한다. 이 경우 동법(제5조를 제외한다)중 “법관”은 “전임교수”로 본다.  
④ 전임교수의 직명과 임용 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

법원조직법 제74조의3(초빙교수) ① 변호사자격(외국의 변호사자격을 포함한다)이 있는 자 또는 특수한 분야에 관하여 전문지식과 경험이 있다고 인정되는 자는 초빙교수로 임용할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 초빙교수의 임용절차와 임용조건 및 복무에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

법원조직법 제74조의4(교수요원의 파견) ① 법원행정처장은 사법연수원장이 요청하는 경우에는 다른 국가기관·공공단체·교육기관·연구기관 기타 필요한 기관에 대하여 교

수요원의 파견을 요청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 사법연수원에 파견된 교수요원에 대하여는 대법원규칙이 정하는 수당을 지급할 수 있다.

법원조직법 제74조의5(사법연수원운영위원회) ① 사법연수원에 교육의 기본방향, 교과과정 기타 대법원규칙이 정하는 사법연수원의 운영과 교육에 관한 중요사항을 심의하기 위하여 운영위원회를 둔다.

② 운영위원회는 대법원장이 위촉하는 10인 이상 15인 이하의 위원으로 구성하되, 그 임기는 2년으로 하며 연임할 수 있다.

③ 운영위원회의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

법원조직법 제75조(사무국) ① 사법연수원에 사무국을 두고, 사무국에는 과를 두며, 그 설치 및 분장사무는 대법원규칙으로 정한다.

② 국에는 국장, 과에는 과장을 둔다.

③ 국장은 법원이사관 또는 법원부이사관으로, 과장은 법원부이사관·법원서기관 또는 법원사무관으로 보한다.

④ 국장과 과장은 상사의 명을 받아 국 또는 과의 사무를 관장하고, 소속직원을 지휘·감독한다.

법원조직법 제76조(위임사항) 사법연수생의 임명·수습 및 보수 기타 사법연수원의 운영에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정하되, 사법연수원 교육의 자율성과 운영의 중립성을 최대한 보장하여야 한다.

지가공시및토지등의평가에관한법률 제14조(자격) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 감정평가사의 자격이 있다.

1. 감정평가사 제1차시험 및 제2차시험에 합격하고 대통령령이 정하는 기간 이상의 실무수습을 마친 자
2. 대통령령이 정하는 기관에서 5년 이상 감정평가와 관련된 업무에 종사한 자로서 감정평가사 제2차시험에 합격한 자

② 제1항의 감정평가사 제1차시험·제2차시험 및 실무수습에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

변리사법 제3조(자격) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 변리사의 자격이 있다.

1. 변리사시험에 합격한 자
2. 변호사법에 의하여 변호사의 자격을 가진 자로서 변리사등록을 한 자.
3. 삭제

② 삭제

변리사법 제5조(등록) ① 변리사의 자격을 가진 자가 변리사로서의 업무를 개시하고자 하는 때에는 특허청장에게 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 등록을 하고자 하는 자는 등록신청 전에 대통령령이 정하는 바에 따라 1년 이상의 실무수습을 마쳐야 한다. 다만, 제3조 제1항 제2호의 규정에 의한 변호사, 제4조의3 제1항 및 제2항의 규정에 해당하는 자 또는 제5조의3의 규정에 의하여 등

록이 취소된 후 재등록하는 자의 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 변리사의 등록신청 기타 등록에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

세무사법 제3조(세무사의 자격) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 세무사의 자격을 가진다.

1. 제5조의 규정에 의한 세무사자격시험에 합격한 자
2. 삭제
3. 공인회계사의 자격이 있는 자
4. 변호사의 자격이 있는 자

세무사법 제6조(등록) ① 세무사의 자격을 가진 자 중 제3조 제1호에 해당하는 자가 세무대리의 업무를 개시하고자 할 때에는 재정경제부에 비치하는 세무사등록부에 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 등록은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 3년 이상으로 한다.

③ 재정경제부장관은 제1항의 규정에 의하여 등록을 신청한 자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 등록을 거부하여야 한다.

1. 제4조 각 호의 1에 해당하는 경우
  2. 제12조의5 제1항의 규정에 의한 실무교육을 받아야 할 자가 이를 받지 아니한 경우
  3. 제16조의 규정에 위반되는 경우
- ④ 재정경제부장관은 제3항의 규정에 의하여 등록을 거부하는 경우에는 등록신청을 받은 날부터 30일 이내에 신청인에게 그 사유를 통지하여야 한다.

세무사법 제12조의5(세무사의 교육) ① 세무사의 자격이 있는 자가 세무대리의 업무를 개시하고자 하는 때에는 제6조의 규정에 의한 등록을 하기 전에 재정경제부령이 정하는 바에 의하여 6월(제5조의2의 규정에 해당하는 자가 세무사자격시험에 합격한 경우에는 1월) 이상의 실무교육을 받아야 한다.

② 제6조 제1항의 규정에 의하여 등록한 세무사는 재정경제부령이 정하는 바에 의하여 그 업무수행에 필요한 교육을 받아야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 교육에 관한 교육과목·장소·시기 및 이수방법 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다.

공인노무사법 제3조(자격) 제3조의2의 규정에 의한 공인노무사 자격시험에 합격한 자는 공인노무사의 자격을 가진다.

공인노무사법 제5조(등록) ① 공인노무사의 자격이 있는 자가 제2조의 규정에 의한 직무를 개시하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 소정의 실무수습을 마친 후 노동부장관에게 등록하여야 한다. 다만, 제3조의3 제1항 각 호의 1에 해당하는 자와 제2항의 규정에 의한 대통령령이 정하는 노동관계 업무에 10년 이상 종사한 자는 실무수습을 면제한다.

② 삭제

③ 제1항의 규정에 의한 등록신청은 이중으로 할 수 없다.

헌재 2004. 11. 25. 2002헌마809

④ 노동부장관은 제19조 제1항 제1호 또는 제20조의 규정에 의하여 등록이 취소된 날부터 3년이 경과되지 아니한 자에 대하여는 제1항의 규정에 의한 등록을 거부하여야 한다.

### 【참조판례】

2. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813  
헌재 2003. 7. 24. 2003헌마97, 판례집 15-2상, 181
3. 헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598  
헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141
4. 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283  
헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449

### 【당 사 자】

청 구 인 강○천 외 261인 (별지 청구인명단과 같음)  
대리인 법무법인 정일  
담당변호사 변정수 외 1인

### 【주 문】

1. 구 공인회계사법(2001. 3. 28. 법률 제6426호로 개정되어 2003. 12. 11. 법률 제6994호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항에 대한 심판청구를 기각한다.  
2. 위 법시행령(2001. 6. 18. 대통령령 제17238호로 개정되어 2004. 4. 1. 대통령령 제18352호로 개정되기 전의 것) 제12조 제4항 및 제5항, 구 실무수습에관한규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되어 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것) 제9조 제3항 및 제4항에 대한 심판청구를 각하한다.

### 【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상  
가. 사건의 개요

청구인들은 2001년도 및 2002년도 공인회계사시험에 합격하여 제14기 회계연수원 실무수습등록을 마친 수습공인회계사들로서, 이 사건 심판청구일 현재까지 실무수습기관을 지정받지 못한 자들이다.

2000년 이전까지는 공인회계사시험의 합격인원이 실무수습기관, 특히 회계법인에서 수용할 수 있는 인원을 초과하지 않았으므로, 위 시험에 합격하면 회계법인 등에서 실무수습을 받는데 큰 어려움이 없었다. 그러나 2001년부터

재정경제부가 합격인원을 전년도의 550명에서 1,000명으로 증원함에 따라 시험에 합격하고도 실무수습기관을 정하지 못하는 사태가 초래되었다. 구체적으로 보면, 2001년도에는 제13기 회계연수원 실무수습등록자 734명 중 240여 명이, 2002년도에는 제14기 회계연수원 실무수습등록자 966명 가운데 수습포기자를 제외한 952명 중 청구인들을 포함한 375명이 실무수습기관을 정하지 못하고 있다.

이에 청구인들은 2002. 12. 27. 위와 같이 공인회계사시험 합격인원을 대폭 증원하면서도 이들에 대한 실무수습기관의 지정을 법정화하지 않은 공인회계사법 제7조 제1항, 동법시행령 제12조 제4항 및 제5항, 실무수습에관한규정 제9조 제3항 및 제4항<sup>1)</sup>이 직업선택의 자유, 평등권, 행복추구권 등 헌법상 보장된 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

심판의 대상은 구 공인회계사법(2001. 3. 28. 법률 제6426호로 개정되어 2003. 12. 11. 법률 제6994호로 개정되기 전의 것. 이하 “법”이라 한다) 제7조 제1항, 동법시행령(2001. 6. 18. 대통령령 제17238호로 개정되어 2004. 4. 1. 대통령령 제18352호로 개정되기 전의 것. 이하 “법시행령”이라 한다) 제12조 제4항 및 제5항, 구 실무수습에관한규정(공인회계사회 내규로서, 2001. 9. 11. 개정되어 2003. 6. 27. 개정되기 전의 것. 이하 “실무수습규정”이라 한다) 제9조 제3항 및 제4항(이하 위 조항들을 모두 합하여 “이 사건 법령조항”이라 한다)의 위헌 여부이며, 이들 조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

#### (1) 심판대상

[법] 제7조(등록) ① 공인회계사의 자격이 있는 자가 제2조의 규정에 의한 직무를 행하고자 하는 경우(회계법인의 사원 또는 직원이 되고자 하는 경우를 포함한다)에는 대통령이 정하는 바에 의하여 2년 이상의 실무수습을 받은 후 재정경제부장관에게 등록하여야 한다. 다만, 제6조 제1항 각 호의 1에 해당하는 자에 대하여는 실무수습을 면제한다.

[법시행령] 제12조(실무수습) ④ 실무수습에 관한 사항은 공인회계사회가 이를 관리한다.

---

1) 원래의 심판청구서에서는 위 규정 제9조 제1항도 청구취지에 포함되었으나, 2003. 1. 27. 청구취지를 변경하여 위 제1항을 청구취지에서 제외하였다.

⑤ 실무수습의 내용·방법·절차 및 실무수습기간의 합산 기타 필요한 사항은 공인회계사회가 재정경제부장관의 승인을 얻어 정한다.

[실무수습규정] 제9조(실무수습기관에서의 실무수습)

③ 수습공인회계사가 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일 이내에 제3조 각 호의 1에 해당하는 기관을 정하지 못한 경우에는 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일까지를 실무수습기간으로 인정하고 그 기간 이후에는 실무수습을 정지한다.

④ 회장은 수습공인회계사가 제3항의 규정에 의한 기간내에 실무수습기관을 정하지 못한 경우에는 회계법인의 의견을 들어 회계법인을 실무수습기관으로 지정하여 실무수습을 하게 할 수 있다.

(2) 관련규정

[법] 제2조(직무범위) 공인회계사는 타인의 위촉에 의하여 다음 각 호의 직무를 행한다.

1. 회계에 관한 감사·감정·증명·계산·정리·입안 또는 법인설립 등에 관한 회계
2. 세무대리
3. 제1호 및 제2호에 부대되는 업무

제3조(자격) 공인회계사시험에 합격한 자는 공인회계사의 자격이 있다.

[법시행령] 제12조(실무수습) ① 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습은 다음 각 호의 1의 기관에서 행하여야 한다.

1. 회계법인

1의2. 주식회사의외부감사에관한법률 제3조 제1항 제3호의 규정에 의한 감사반

2. 공인회계사회

3. 금융감독원(주식회사의외부감사에관한법률에 의한 외부감사 관련업무, 주권상장법인 또는 등록법인의 재무관이 사무를 담당하는 부서에 한한다)

4. 기타 공인회계사회의 추천을 받아 재정경제부장관이 정하는 기관

② 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습은 제1항 제1호 내지 제3호의 기관인 경우에는 그 기간을 2년 이상으로, 제1항 제4호의 기관인 경우에는 그 기간을 3년 이상으로 한다.

③ 제2항의 규정에 의한 실무수습기간을 산정함에 있어 2 이상의 기관에서

실무수습을 행한 자에 대하여는 각 기관의 실무수습기간을 합산한다.

[실무수습규정] 제2조(실무수습의 내용) 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습은 범시행령 제12조 제1항의 규정에 의한 실무수습기관(이하 “실무수습기관”이라 한다)에서의 실무수습과 한국공인회계사회 회계연수원(이하 “회계연수원”이라 한다)에서의 연수로 한다.

제3조(실무수습기관) 제2조의 규정에 의한 실무수습기관은 다음 각 호와 같다.

1. 한국공인회계사회
2. 회계법인
3. 주식회사의외부감사에관한법률에 의한 감사반
4. 금융감독원. 다만, 주식회사의외부감사에관한법률에 의한 외부감사 관련업무, 상장법인 또는 등록법인의 재무관리업무를 담당하는 부서에 한한다.
5. 정부조직법에 의한 중앙행정기관. 다만, 기업회계·회계감사 또는 직접세 세무회계에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
6. 정부가 출자한 기관(정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관을 포함한다). 다만, 재무제표 작성업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
7. 주식회사의외부감사에관한법률에 의한 외부감사대상회사. 다만, 재무제표의 작성업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
8. 종합금융회사에관한법률에 의한 종합금융회사·보험업법에 의한 보험회사 및 여신전문금융업법에 의한 여신전문금융회사의 경우에는 기업여신 및 심사업무를 주로 담당하는 부서, 증권거래법에 의한 증권회사의 경우에는 유가증권의 인수관련 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
9. 은행법에 의한 은행금융기관, 중소기업은행법에 의한 중소기업은행, 한국산업은행법에 의한 한국산업은행, 장기신용은행법에 의한 장기신용은행, 한국수출입은행법에 의한 한국수출입은행. 다만, 기업여신 심사업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
10. 대학 또는 전문대학. 다만, 전임으로서 회계학에 대한 교수를 담당하는 경우에 한한다.
11. 국군장교. 다만, 경리 또는 회계감사에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
12. 한국은행법에 의한 은행감독원. 다만, 금융기관의 경영분석·지도 및 검

사업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.

13. 예금자보호법에 의한 예금보험공사. 다만, 부보은행의 재무상황 및 기업의 경영상황 분석업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
14. 증권거래법에 의한 증권거래소. 다만, 유가증권의 상장심사 및 상장법인의 재무관리에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
15. 증권거래법에 의한 증권관리위원회가 지정한 신용평가회사. 다만, 기업 및 유가증권의 신용평가업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
16. 개별법에 의하여 설립된 신용보증기관. 다만, 기업에 대한 보증심사업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
17. 증권거래법의 규정에 의해 재정경제부장관의 허가를 받은 상장회사협의회. 다만, 기업회계 또는 외부감사에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
18. 금융감독위원회의 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙에 의하여 설립허가를 받은 한국회계연구원. 다만, 회계관련연구에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
19. 증권거래법에 의한 한국증권업협회. 다만, 유가증권의 등록심사 및 협회등록법인의 재무관리에 관한 업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.
20. 정부출연연구기관등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률에 의한 정부출연연구기관. 다만, 기업의 재무제표에 대한 분석 및 검증업무를 주로 담당하는 부서에 한한다.

제9조(실무수습기관에서의 실무수습) ① 공인회계사시험에 합격한 자는 제5조의 규정에 의한 등록을 하고 한국공인회계사회를 실무수습기관으로 하여 회계연수원에서 1년차 연수를 이수하여야 한다. 다만, 특별한 사정에 의하여 회계연수원의 1년차 연수를 이수하지 못할 경우에는 실무수습기관을 정하여 회장의 승인을 얻어 실무수습을 개시할 수 있다.

② 수습공인회계사는 제1항의 규정에 의한 회계연수원의 1년차 연수를 이수하고 제3조 각 호의 1에 해당하는 기관을 정하여 실무수습을 하여야 한다.

## 2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인들의 주장요지

(1) 청구인들은 모두 공인회계사시험에 합격하여 이미 공인회계사의 자격을 취득한 사람들인데, 실무수습을 받을 기회조차 얻지 못하여 중국에는 공인회계사로서 등록을 하여 그 직무를 수행할 수 없게 될 처지에 놓여 있다. 법

제7조 제1항은 공인회계사시험에 합격한 자에게 ‘2년 이상의 실무수습’을 받을 것을 요구하면서도, 그러한 ‘실무수습의 지정’에 관하여 이 사건 법령조항 어디에서도 아무런 조치를 취하지 않고 있는 것은 청구인들의 직업선택의 자유와 행복추구권을 과도하게 침해하는 것이다.

(2) 변호사, 세무사, 또는 관세사 등 다른 전문자격사의 경우에는 실무수습과 관련하여 주무기관이 적극적으로 실무수습기관을 정하여 전원이 수습을 받을 수 있도록 규정하고 있는 것과 비교할 때, 공인회계사시험에 합격한 자들에게는 이러한 조치를 마련하지 않는 것은 합리적인 이유없이 차별대우를 하는 것이다.

(3) 법 제7조 제1항은 공인회계사시험에 합격한 자가 공인회계사의 직무를 행하고자 하는 경우에는 “대통령령이 정하는 바에 의하여 2년 이상의 실무수습을 받은 후 재정경제부장관에게 등록하여야 한다.”고 규정하였는바, 이에 따른 법시행령 제12조는 ‘실무수습의 지정’에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 이에 관한 사항을 모두 포괄적이고 일반적으로 공인회계사회에 위임하고 있으므로, 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반된다.

나. 재정경제부장관의 의견요지

(1) 본안전 항변

(가) 청구인들은 공인회계사 2차시험에 합격함으로써 합격통보와 함께 실무수습 등록안내에 의하여 이 사건 법령조항에 관하여 알게 되었다. 즉, 2001년도 합격자들은 물론이고 2002년도 합격자들의 경우에도 2002년도 공인회계사 2차시험발표가 2002. 9. 23. 있었고, 그들이 합격통지 및 등록안내를 받은 같은 해 9월말 경에는 이 사건 법령조항에 의한 기본권침해의 사실을 알았다 할 것이므로, 이로부터 60일이 경과하여 2002. 12. 27. 청구한 이 사건 헌법소원심판은 청구기간을 도과한 것이다.

(나) 법 제7조 제1항은 실무수습에 관한 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 하고 있는바, 위 규정 자체로 인하여 청구인들의 기본권이 직접 침해당하고 있지 않으므로 직접성요건이 흠결되어 부적법하다. 또한 법시행령 제12조 제4항 및 제5항은 청구인 등 국민의 기본권에 관련된 사항을 규정하는 조항이 아니고 실무수습에 관한 업무분장 및 공인회계사회의 실무수습 지도·관리업무에 관하여 규정하고 있는 것에 불과하므로, 청구인들이 위 시행령규정에 의하여 직접 기본권을 침해받았다고 볼 수 없어 위 시행령조항에 대한 헌법소원도 부적법하다. 뿐만 아니라, 실무수습규정 제9조 제3항은 실무

수습기간의 인정 여부에 관한 절차적 규정으로서 청구인들의 기본권침해를 초래하지 않는 규정이고, 동조 제4항은 청구인들에게 이익을 부여하는 규정으로서 그 자체에 의하여 청구인들의 기본권이 침해된다고 볼 수 없으므로, 위 실무수습규정 조항에 대한 헌법소원도 마찬가지로 기본권침해의 직접성을 결여한 부적법한 청구이다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 공인회계사의 등록요건인 실무수습에 관하여 법률에서 구체적인 세부 사항까지 규정할 수는 없으므로, 법 제7조 제1항은 실무수습의 의무와 실무수습기간만을 규정하고 나머지 사항에 관하여는 대통령령에 위임하고 있는 것이다. 또한, 법시행령 제12조 제4항 및 제5항은 같은 조 제1항, 제2항, 제3항에서 규정한 이외의 나머지 세부적 사항 및 전문적인 수습내용을 규정하는 것이므로, 이와 같은 사항에 관하여는 실무를 담당하는 하위기관에 위임할 수밖에 없다. 따라서 위 법령조항들이 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(나) 등록요건으로 실무수습을 의무화하고 있는 모든 전문자격사 제도에서 실무수습기관의 지정을 의무화하는 경우는 거의 없고, 대부분 실무수습만을 의무화하고 있을 뿐이다. 또한, 각 전문자격사제도의 업무특성상 실무수습과정의 세부적 운영에 있어서 차이가 있을 수밖에 없으므로, 실무수습기관의 지정을 의무화하고 있지 않은 이 사건 법령조항이 평등원칙에 위반되어 위헌이라고 할 수 없다. 한편, 청구인들은 모든 수습공인회계사들이 실무수습을 받기를 원하는 회계법인의 경우 실제로는 29세 미만의 명문대 출신 남성들을 위주로 선발한다고 주장하나, 설사 그 주장이 사실이라 하더라도 이는 국가기관이 아닌 개별 회계법인이 자체적으로 실시하고 있는 관행이라 할 것이고, 그 이유가 이 사건 법령조항 때문인 것은 아니다.

(다) 수습공인회계사들은 회계법인뿐만 아니라 다수의 기타 실무수습기관에서 실무수습을 할 수 있으므로 실무수습의 기회가 충분히 보장되어 있다. 다만, 기타 기관에서의 실무수습이 무보수이거나 실무수습 내용이 불만족스럽다는 이유로, 회계법인에서의 실무수습을 받기 위하여 기타 실무수습기관에서의 실무수습 기회를 스스로 포기하고 있는 것이다. 즉, 청구인들은 회계법인 이외에도 기타 실무수습기관에서의 실무수습을 마치고 공인회계사 등록을 할 수 있으므로, 이 사건 법령조항에 의하여 직업선택의 자유 및 행복추구권을 침해받고 있다고 할 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 법시행령 제12조 제4항, 제5항 및 실무수습규정 제9조 제3항, 제4항에 대한 청구부분

(1) 법시행령 제12조는 법 제7조 제1항의 규정에 의한 실무수습에 관하여 구체적으로 규정하고 있는데, 제1항에서 ‘실무수습의 기관’을, 제2항에서 ‘실무수습의 기간’을, 제3항에서는 2 이상의 기관에서 실무수습을 한 경우 ‘실무수습기간의 산정방법’을 각 규정하고 있다. 이어서 제4항은 “실무수습에 관한 사항은 공인회계사회가 이를 관리한다.”고 하여 실무수습에 대한 관할권을 공인회계사회에 부여하고 있고, 제5항은 “실무수습의 내용·방법·절차 및 실무수습기간의 합산 기타 필요한 사항은 공인회계사회가 재정경제부장관의 승인을 얻어 정한다.”고 하여, 공인회계사회가 실무수습에 대한 관할권을 독자적으로 행사할 수 있는 것이 아니라 재정경제부장관의 승인을 얻어 결정할 수 있음을 규정하고 있다.

그렇다면, 법시행령 제12조 제4항 및 제5항은 실무수습의 관할권 및 그 행사에 관한 규정으로서, 실무수습을 받고자 하는 공인회계사시험 합격자들의 기본권행사에 아무런 영향을 미치지 못하는 절차적 규정이다. 따라서 위 시행령조항들로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성은 전혀 없으므로, 위 시행령조항에 대한 심판청구는 부적법하다.

(2) 실무수습규정 제9조 제1항 및 제2항은 공인회계사시험에 합격한 자는 회계연수원의 1년차 연수를 이수하고 동 규정 제3조가 정하는 기관에서 실무수습을 받아야 한다고 규정하고 있다. 이어서 제3항은 “수습공인회계사가 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일 이내에 제3조 각 호의 1에 해당하는 기관을 정하지 못한 경우에는 회계연수원의 1년차 연수종료 후 30일까지를 실무수습기간으로 인정하고 그 기간 이후에는 실무수습을 정지한다.”고 규정하고 있고, 제4항은 “(공인회계사회) 회장은 수습공인회계사가 제3항의 규정에 의한 기간내에 실무수습기관을 정하지 못한 경우에는 회계법인의 의견을 들어 회계법인을 실무수습기관으로 지정하여 실무수습을 하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

그런데 실무수습규정 제9조 제3항은 ‘실무수습기관을 정하지 못한 경우 실무수습기간의 인정 여부 및 산정에 관한 규정’으로서, 위 조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해될 여지는 없는 것으로 판단될 뿐만 아니라, 청구인들이 이 사건 심판청구를 통하여 다투고자 하는 바가 “수습기관을 정하지 못한 경

우 실무수습을 정지하는 것 또는 실무수습기간으로 인정하는 기간(30일)이 너무 단기라는 것”도 아니라는 점에서도 청구이유에 부합되지 않는다. 또한, 같은 조 제4항은 ‘실무수습기관을 정하지 못한 경우 공인회계사회 회장이 실무수습이 가능하도록 실무수습기관을 지정할 수 있음’을 규정한 것으로서, 그 자체로서 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 아니라 오히려 수혜적인 규정 이므로 위 조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성은 없다고 할 것이므로, 이에 대한 심판청구 역시 부적법하다고 할 것이다.

나. 법 제7조 제1항에 대한 청구부분

(1) 직접성요건

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 하고, 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823). 그런데 법 제7조 제1항은 실무수습의 의무와 2년 이상의 수습기간을 스스로 정함으로써 공인회계사의 자격이 있는 자에게 직접 2년 이상의 실무수습 의무를 부과하고 있다. 그러므로 법 제7조 제1항에 대한 심판청구 부분은 직접성의 요건을 충족하고 있다.

(2) 청구기간

2003. 3. 12. 법률 제6861호로 개정된 헌법재판소법 제69조 제1항의 규정에 의하면, 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 그리고 위와 같이 개정된 헌법재판소법의 청구기간조항은 구법시행 당시 청구된 헌법소원사건으로서 신법시행 이후에 종결될 사건들에 대해서도 적용된다(헌재 2003. 7. 24. 2003헌마97, 판례집 15-2상, 181, 184-185). 청구인들 중 2001년도 공인회계사시험에 합격한 강○복 등 8명은 당시 대학이나 대학원에 재학중이었기 때문에 수습공인회계사 등록을 하지 못하고 2002년도에 제14기 수습공인회계사 등록을 하였다고 한다. 따라서 이들에 대하여는 2002년도 공인회계사시험 합격자들인 나머지 청구인들과 마찬가지로 취급해야 할 것이다.

2003. 1. 8. 접수된 재정경제부장관의 사실조회 회보에 따르면, 2002년도 제 37회 공인회계사시험의 최종합격자 발표일은 2002. 9. 19.이다. 이후 공인회계

사회에서는 ‘회계연수원’ 주관으로 2002. 10. 4. 향군회관에서 입교식을 갖고 제14기 수습공인회계사 등록대상자 966명 중 실제로 등록한 952명에 대한 1년차 연수를 같은 해 11. 18.까지 예정으로 실시하던 중, 연수생들이 법정실무수습 보장과 실무수습제도 개선 등을 요구하며 재정경제부·금융감독원에서의 시위와 공인회계사회에서의 농성 등 집단행동을 하는 한편 같은 해 11. 4. 부터 연수거부에 들어가자, 회계연수원은 같은 해 11. 11. 이들 연수생에 대한 연수중단조치를 내렸다. 그러므로 청구기간의 기산점을 언제로 하느냐 하는 점이 문제되나, 이 사건 심판청구일인 2002. 12. 27.부터 역산하여 90일이 되는 2002. 9. 28. 이전에 청구인들이 법 제7조 제1항에 의한 기본권침해 사실을 알고 있었다고 볼 만한 명백한 자료가 없다. 따라서 법 제7조 제1항에 대한 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다고 봄이 타당하다.

#### 4. 본안에 대한 판단

그러므로 이하에서는 법 제7조 제1항(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)의 위헌 여부를 살핀다.

##### 가. 공인회계사 실무수습제도의 현황

##### (1) 공인회계사 등록요건으로서의 실무수습

(가) 1989. 12. 30. 법률 제4167호로 개정되기 전의 구 공인회계사법 제2조(자격) 제1항은 “성년 이상의 대한민국의 국민으로서 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 공인회계사의 자격이 있다.”고 하면서 제1호에서 ‘공인회계사 제1차시험 및 제2차시험에 합격하고 2년 이상 시보로서 실무수습을 종료한 후 제3차시험에 합격한 자’로 규정하고 있었다. 그리고 동법 제5조(등록)는 공인회계사로서 업무를 개시하고자 할 때에는 공인회계사등록부에 등록을 하여야 하는데, 이러한 등록을 하고자 하는 자는 공인회계사회를 거쳐 재무부장관에게 등록을 신청하여야 한다고 규정하였다. 따라서 실무수습은 제3차시험의 ‘응시요건’이었고, 공인회계사의 자격요건과 등록요건 사이에는 등록신청 절차만이 있을 뿐이었다.

(나) 그러나 위 1989. 12. 30. 개정법 제2조(공인회계사자격시험)는 공인회계사가 되고자 하는 자는 공인회계사 자격시험에 합격하여야 하며, 동 자격시험은 제1차시험과 제2차시험으로 한다고 규정하는 한편, 제5조(등록)는 공인회계사 자격시험에 합격하여 공인회계사의 자격을 가진 자로서 공인회계사의 업무를 개시하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 2년 이상의 실무수습을 종료한 후에 재무부장관에게 등록하여야 한다고 규정하여, 실무수

습이 종전의 ‘3차시험 응시요건’에서 현재와 같이 ‘등록 및 업무개시 요건’으로 변경되었다. 이와 같이 제도를 변경한 이유는 여타 국가자격시험과는 달리 3단계의 시험과 실무수습과정을 거쳐야 공인회계사자격을 부여받을 수 있기 때문에 동 시험응시자에게 상대적으로 과중한 부담을 안겨주었을 뿐만 아니라 실무수습제도도 당초 목적과는 달리 3차시험의 준비과정으로 이용되는 문제점이 발생하였기 때문이라고 한다(제147회국회 재무위원회 제8차회의(1989. 11. 27.) 회의록, 52·54면).

(2) 회계연수원에서의 연수 및 실무수습기관에서의 실무수습

(가) 이 사건 심판청구 당시의 법령에 따르면 공인회계사시험에 합격한 자에게는 공인회계사의 자격이 주어지나(법 제3조), 공인회계사로서의 업무를 수행하려면 회계법인, 감사반, 공인회계사회, 금융감독원에서 실무수습을 받는 경우에는 2년 이상, 기타 공인회계사회의 추천을 받아 재정경제부장관이 정하는 기관에서 실무수습을 받는 경우에는 3년 이상의 실무수습을 받은 후 재정경제부장관에게 등록하여야 한다(법 제7조, 법시행령 제12조, 실무수습규정 제4조 참조). 여기에서 ‘실무수습’이란 법시행령 제12조 제1항 소정의 실무수습기관에서의 실무수습과 회계연수원에서의 연수를 말한다(실무수습규정 제2조).<sup>2)</sup>

(나) 공인회계사시험에 합격하여 공인회계사의 자격을 갖춘 자는 법 제7조 제1항 및 법시행령 제12조 제2항의 규정에 따른 실무수습을 위한 등록을 하고 동 실무수습기간 중에 회계연수원이 정하는 연수과정을 200시간 이상 이수하여야 하는데, 회계연수원에서의 연수는 1년차 연수와 2년차 연수로 구분하여 실시한다(실무수습규정 제13조 제1항·제3항).

(다) 실무수습을 받을 수 있는 기관에 관하여 법시행령(제12조 제1항)은 회계법인, 감사반, 공인회계사회, 금융감독원, 그외 재정경제부장관이 정하는 기관을 규정하고 있는데, 앞에서 본 바와 같이 법시행령 제12조 제1항 제1호 내

---

2) 2003. 12. 11. 법률 제6994호 개정법 제7조 및 2004. 4. 1. 대통령령 제18352호 개정시행령 제12조, 그리고 2003. 6. 27.의 개정예 이어 2004. 6. 15. 개정된 실무수습규정의 규정에 따르면, 실무수습기관에서의 실무수습을 1년 이상 이수하고 회계연수원에서 실시하는 1년차 연수과정을 이수한 수습공인회계사는 동법 제7조 제1항의 규정에 의한 공인회계사 등록이 가능하게 되었다. 그리고 실무수습기관에서 실무수습을 받지 못하는 자를 위하여 회계연수원에 별도의 실무수습(이른바 ‘특별실무수습’) 과정이 설치되었다.

지 제3호에서 규정하는 기관인 “회계법인, 감사반, 공인회계사회, 금융감독원”에서 실무수습을 받는 경우에는 2년 이상, 법시행령 제12조 제1항 제4호가 규정하는 기관인 “기타 공인회계사회의 추천을 받아 재정경제부장관이 정하는 기관”에서 실무수습을 받는 경우에는 3년 이상의 실무수습을 받아야 한다. 이와 같이 3년 이상의 실무수습을 요하는 기관은 실무수습규정 제3조 제5호 내지 제20호에서 규정하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 침해되는 기본권

청구인들은 이 사건 법률조항으로 말미암아 공인회계사로 등록하여 공인회계사의 직무를 수행할 수 없게 되어 직업선택의 자유, 행복추구권 및 평등권이 침해되었다고 주장한다. 그런데, 헌법재판소는 행복추구권을 다른 기본권에 대한 보충적 기본권의 성격을 지닌다고 보고 있다. 예컨대, “행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로, 공무담임권이라는 우선적으로 적용되는 기본권이 존재하여 그 침해 여부를 판단하는 이상 행복추구권 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다.”고 한 사례(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 408)가 그것이다. 그러므로, 이 사건에서는 직업선택의 자유라는 우선적으로 적용되는 기본권의 침해 여부가 문제되는 것이므로 행복추구권은 그 적용이 배제되는 것으로 보아야 할 것이다. 그 밖에 변호사 등 다른 직역의 전문자격사와의 관계에 있어서 청구인들과 같은 수습공인회계사들을 차별대우하고 있는지의 여부, 즉 평등권의 침해 여부도 문제된다.

(2) 포괄위임금지원칙의 위배 여부

(가) 청구인들은, 이 사건 법률조항은 공인회계사의 자격이 있는 자가 공인회계사의 직무를 행하고자 하는 경우에는 “대통령령이 정하는 바에 의하여” 2년 이상의 실무수습을 받은 후 재정경제부장관에게 등록해야 한다고만 규정하였을 뿐, “실무수습기관의 지정”에 관하여는 사실상 아무런 규정을 하고 있지 않으며, 이에 따른 법시행령 제12조 제4항·제5항은 “실무수습에 관한 사항은 공인회계사회가 이를 관리한다(제4항). 실무수습의 내용·방법·절차 및 실무수습기간의 합산 기타 필요한 사항은 공인회계사회가 재정경제부장관의 승인을 얻어 정한다(제5항).”고만 규정하여, 실무수습기관의 지정을 포함한 실무수습에 관한 실질적인 내용을 포괄적이고 일반적으로 공인회계사회에 위임하고 있으므로 포괄위임금지원칙에 위배된다고 주장한다.

(나) 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).

(다) 그러므로 살펴건대, 이 사건 법률조항은 공인회계사의 직무를 행하기 위한 공인회계사의 ‘등록요건’을 정하는 규정이다. 즉, 공인회계사로 등록하려면 “① 공인회계사의 자격이 있어야 하고, ② 2년 이상의 실무수습을 받은 후, ③ 재정경제부장관에게” 등록을 하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 ‘2년 이상의 실무수습’에 관한 구체적인 사항을 대통령령에 위임하는 형식을 취하고 있다.

이에 따른 범시행령 제12조는 실무수습의 기관(제1항), 실무수습의 기간(제2항), 2 이상의 기관에서 실무수습을 한 경우 실무수습기간의 산정방법(제3항)을 규정하고, 이어서 실무수습에 관한 사항은 공인회계사회가 이를 관리하되(제4항), 실무수습의 내용·방법·절차 및 실무수습기간의 합산 기타 필요한 사항은 공인회계사회가 재정경제부장관의 승인을 얻어 정한다(제5항)고 하여, 공인회계사회가 실무수습에 관한 관할권을 독자적으로 행사할 수 있는 것이 아니라 재정경제부장관의 승인을 얻어 결정할 수 있음을 규정하고 있다.

한편, 법 제2조는 공인회계사의 직무범위를 “회계에 관한 감사·감정·증명·계산·정리·입안 또는 법인설립 등에 관한 회계(제1호), 세무대리(제2

호), 제1호 및 제2호에 부대되는 업무(제3호)”로 규정하고 있다. 따라서 실무수습의 ‘내용’은 이와 같은 공인회계사의 직무를 행하기 위하여 필요한 사항이고, 이를 위해서는 공인회계사의 직무를 배울 수 있는 수습기관에서의 실무수습이 이루어져야 할 것임을 어렵지 않게 예측할 수 있다고 할 것이다. 또한 이 사건 법률조항은 실무수습의 ‘범위’, 즉 기간은 공인회계사 직무의 중요성을 감안하여 최소한 2년 이상 받아야 한다는 것을 스스로 규정하고 있다.

요컨대, 실무수습기관을 포함하여 실무수습에 관하여 대통령령으로 위임할 내용 및 범위는 이 사건 법률조항 자체 또는 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하면 이를 쉽게 예측할 수 있도록 규정하고 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위배된다는 청구인들의 주장은 그 이유없다.

### (3) 입법 의무의 위반으로 인한 기본권 침해 여부

#### (가) 쟁점의 정리

청구인들이 이 사건 심판청구를 통하여 실질적으로 다투고자 하는 바는, 이 사건 법률조항이 공인회계사란 직업을 행사하기 위하여 공인회계사시험의 합격 후 2년 이상의 실무수습을 받을 것을 규정하면서도 “실무수습을 실질적으로 받을 수 있도록 실무수습기관의 지정에 관하여 국가에게 아무런 조성의무를 부과하지 않는 것”은 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해한다는 것으로 볼 수 있다. 즉, 이 사건 법률조항이 공인회계사의 등록요건으로서 ‘공인회계사자격’(공인회계사시험합격) 및 ‘2년 이상의 실무수습’이 필요하고 그 등록은 재정경제부장관에게 한다는 내용을 정하고 있을 뿐, 수습공인회계사들이 실무수습을 제대로 받을 수 있도록 하는 ‘실무수습기관의 지정’에 대하여 아무런 규율을 하지 않은 입법의 결함, 즉 부진정 입법부작위로 말미암아 청구인들의 직업선택의 자유, 평등권 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하여 위헌인지 여부가 문제가 된다고 할 것이다.

#### (나) 직업선택의 자유 침해 여부

1) 헌법재판소는 “의사·한의사나 치과의사와 같이 국민의 생명과 건강을 다루는 직업의 경우와 변호사·변리사나 건축사 등과 같이 전문적 지식과 기술을 가져야만 직업을 원활히 행사할 수 있다고 판단되는 직업에 대해 실시되고 있는 면허제도는 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 국회가 제정한 법률로 전면적으로 금지시켜 놓은 다음 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것으로서 그 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니

다.”(헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 308) 라고 하면서, “입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다.”(헌재 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449, 460)고 한 바 있는데, 이러한 판시는 전문가자격사의 하나인 공인회계사의 경우에도 적용된다고 할 것이다.

2) 법 제2조의 규정에 의하면, 공인회계사는 타인의 위촉에 의하여 회계에 관한 감사·감정·증명·계산·정리·입안 또는 법인설립 등에 관한 회계(제1호), 세무대리(제2호), 제1호 및 제2호에 부대되는 업무(제3호)를 행한다. 그리고 정부가 2001년도부터 공인회계사시험 합격자를 1,000명 이상으로 확대한 것은 공인회계사 자격취득자들이 회계법인에만 머무르지 않고 일반회사 등으로 폭넓게 진출하여 회계의 투명성을 제고하는데 기여하도록 하고자 한 것이다(금융감독원의 ‘2001. 10. 26.자 보도자료’ 참조).

그런데도 대부분의 실무수습 예정자들은 여전히 수습기관으로 회계법인을 선호하고 있다. 이와 관련하여 실무수습규정 제9조 제3항은 “1년차 연수종료 후 30일 이내에 실무수습기관을 정하지 못한 경우에는 실무수습이 정지된다.”고 규정하고, 제4항은 “회장은 수습공인회계사가 제3항의 규정에 의한 기간내에 실무수습기관을 정하지 못한 경우에는 회계법인의 의견을 들어 회계법인을 실무수습기관으로 지정하여 실무수습을 하게 할 수 있다.”고 규정하고 있으나, 위 제4항의 규정은 ‘회장은 회계법인과 협의하에 회계법인에서의 실무수습을 주선할 수 있다’는 정도의 의미에 불과한 것으로 보인다.

3) 대부분의 수습생들이 회계법인에서 실무수습을 받기를 원하는 이유와 그럼에도 불구하고 회계법인에 배정되지 못하는 경우가 생기는 이유는 다음과 같다.

먼저 수습공인회계사의 입장에서 보면, 회계법인은 다른 수습기관보다 보수가 높은 경제적 이점이 있을 뿐만 아니라, 다른 수습기관에 비하여 회계법인에서 수습하는 경우 수습기간 동안 공인회계사의 업무전반 특히 회계감사 업무에 대하여 전문적인 수습을 받을 수 있고,<sup>3)</sup> 또한 공인회계사의 실무수습

---

3) 이 사건 심판청구서의 ‘참고자료 1’로 첨부된 「실무수습기관 대량 미지정 사태의 해결을 위한 공인회계사 실무수습제도 개선방안」(제14기회계연수원 공인회계사실무수습

은 사실상 채용의 의미를 갖기 때문에, 실무수습을 마치고 계속 근무할 수 있는 기관으로서 회계법인을 선호하는 것이다.

한편 회계법인의 입장에서 보면, 수습공인회계사들로 하여금 정상적인 공인회계사로서의 업무를 수행할 수 있도록 하기 위해서는 막대한 수습교육비를 투자하여야 하는데, 이렇게 교육투자비를 지출하여 양성한 수습공인회계사를 당해 회계법인에서 계속 고용하지 못하여 그들이 타 회계법인이나 다른 기관에서 근무하게 된다면, 수습기관인 회계법인에서는 지출한 교육비 등으로 막대한 경제적 손실이 발생할 뿐만 아니라, 수습공인회계사들이 수습기간 중에 인지한 피감사업체에 대한 경영상의 비밀보장도 어렵기 때문에 당해 회계법인에서 필요로 하는 인원 이상의 수습공인회계사의 채용을 꺼리는 것이다.

4) 청구인들을 비롯하여 공인회계사시험을 준비하는 사람들은 회계감사 업무를 하는 공인회계사, 즉 “감사인”<sup>4)</sup>이 되기를 원하는 것이 통상적이다. 그러나 입법자가 마련한 공인회계사 자격제도는 감사인만에 한정되는 것이 아니며(법 제2조 참조), 나아가 감사인이 되기 위하여 반드시 회계법인에서 실무수습을 받아야만 하는 것도 아니다. 즉, 이 사건 심판청구 당시에도 청구인들을 포함한 공인회계사시험 합격자들이 실무수습을 받을 수 있는 대상기관은 회계법인 이외에도 많은 기관이 마련되어 있었기 때문에(실무수습규정 제3조 참조), 법규범적으로는 부족한 상태가 아니라 오히려 충분한 상황이었다.

요컨대, 입법자가 전문적 지식이 요구되는 공인회계사에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있다고 할 것이고, 이 사건 법률조항은 그 내용이 명백히 불합리하다거나 불공정하다고 평가할 수 없으므로, 이로 말미암아 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한 것이라고 할 수 없다.

(다) 평등권의 침해 여부

---

제도개선위원회, 2002. 12. 20.)에 의하면, “현재 우리나라에서 수습공인회계사가 회계와 감사에 대하여 체계적으로 훈련받을 수 있는 곳은 현실적으로 회계법인밖에 없다.”고 한다.

4) 현행 주식회사의외부감사에관한법률 및 동법시행령에 의하면 원칙적으로 직전 사업년도말의 자산총액이 70억원 이상인 주식회사는 재무제표를 작성하여 ‘감사인’에 의한 회계감사를 받아야 하는데(동법 제2조, 동법시행령 제2조), 여기에서 감사인은 “회계법인”과 공인회계사회에 등록을 한 “감사관”을 말한다(동법 제3조).

청구인들은, 다른 전문자격사의 경우 실질적으로 전문자격사의 업무를 수행할 수 있도록 법령에서 실무수습기관의 지정에 관한 규정을 두고 있음에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이러한 조치를 마련하고 있지 않으므로 공인회계사시험 합격자들을 합리적인 이유없이 차별대우하고 있다고 주장한다.

그러므로 다른 전문자격사의 실무수습제도를 보면, 일정기간 이상의 ‘실무경력’을 자격시험의 “응시요건”으로 정하고 있는 분야로 건축사가 있고(건축사법 제7조·제14조), 시험합격과는 별도로 전문자격사의 “자격”을 취득하기 위하여 필수적으로 실무수습기관에서의 ‘실무수습’이 요구되는 분야로는 변호사(변호사법 제4조, 법원조직법 제72조~제76조), 감정평가사(지가공시및토지등의평가에관한법률 제14조)가 있으며, 한편 전문자격사의 자격취득과는 별도로 업무수행을 위한 “등록요건”으로 ‘실무수습’ 또는 ‘실무교육’을 요구하는 분야로는 공인회계사 외에 변리사(변리사법 제3조·제5조), 세무사(세무사법 제3조·제6조·제12조의5), 관세사(관세사법 제4조·제7조), 공인노무사(공인노무사법 제3조·제5조) 등이 있다.

그러나 공인회계사를 포함하여 우리나라 전문자격사의 경우 법률뿐만 아니라 시행령에서도 ‘실무수습기관의 지정’에 관하여 직접 규율하는 경우는 없다. 따라서 다른 전문자격사의 경우와는 달리 특별히 공인회계사의 경우에만 이를 규정하지 아니하였음을 전제로 평등권을 침해하였다는 청구인들의 주장은 그 이유 없다고 할 것이다.

### 5. 결 론

그러므로 이 사건 법률조항에 대한 심판청구는 이를 기각하고, 나머지 심판청구는 이를 각하하기로 하여 재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

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

[별지] 청구인 명단 : 생략

## 형사소송법 제380조 등 위헌확인

(2004. 11. 25. 2003헌마439 전원재판부)

### 【판시사항】

소송기록접수통지를 받은 후 일정한 기간 내 상고이유서를 제출하지 않은 경우 상고기각결정을 하도록 규정하고 있는 형사소송법 제380조(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 헌법 제27조 제1항이 규정하는 재판청구권이 상고심재판을 받을 권리를 반드시 포함하는 것이 아니고 입법자가 형성한 법률에 의하여 재판을 받을 권리를 의미하는 한, 상고이유서 미제출의 경우 상고기각결정을 할지 아니면 상고이유서 제출의무를 부과하지 않을지 여부는 기본적으로 입법자가 형사 상고심의 구조와 성격, 형사사법 절차의 특성을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제라는 점에서, 일정한 경우 법률로써 상고심재판을 받을 기회를 제한하는 것은 가능하다.

2. 상고심의 신속·원활한 재판이라는 입법목적에 갖고, 소송기록접수통지를 받은 후 일정한 기간 내 상고이유서를 제출하지 않은 경우 상고기각결정을 하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 그 목적에 있어서 정당하고 그 목적 달성을 위하여 적절한 방법을 사용하고 있을 뿐만 아니라, 당사자의 책임이 아닌, 우편집배원의 고의·과실로 인하여 소송기록접수통지를 송달받지 못하여 상고이유서를 제출하지 못한 경우에도 형사소송법상 판결정정제도, 상소권회복청구 등의 구제절차를 갖추고 있는 점에서 최소침해성의 원칙도 충족하고 있어 과잉금지원칙에 위반되지 아니하므로, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

## 재판관 김영일의 반대이견

1. 이 사건 법률조항은 단지 소송기록접수통지를 받은 후 일정기간 내에 상고이유서를 제출하지 못하였을 경우 상고기각결정을 하도록 하는 규정일 뿐, 상고권과 관련된 청구인의 기본권을 직접 침해하는 규정이라고 할 수 없다. 왜냐하면 대법원의 상고기각결정이라는 재판이 매개되어 청구인이 상고심재판을 받지 못하게 된 것이지, 이 사건 법률조항의 직접적인 효력에 의하여 청구인의 재판청구권이 침해된 것이 아니기 때문이다. 따라서 법령에 대한 이 사건 심판청구는 직접성이 없어 부적법하다.

2. 이 사건 법률조항은 상고기각결정의 요건과 효력을 규정하는 절차에 관한 규정으로서 형벌에 관한 법률조항이라고는 볼 수 없고, 청구인에 대한 형사소송은 대법원의 상고기각결정에 의하여 확정되었으므로, 가사 청구인이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 제기한 이 사건 헌법소원이 인용된다고 하더라도 청구인에 대한 유죄판결이 확정되어 재심청구를 더 이상 할 수 없는 이상 청구인에게 권리보호이익이 있다고 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제380조(상고기각 결정) 상고인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다. 단, 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.

### 【참조조문】

헌법 제27조 제1항

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제345조(상소권회복청구권자) 제338조 내지 제341조의 규정에 의하여 상소할 수 있는 자는 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소의 제기기간 내에 상소를 하지 못한 때에는 상소권회복의 청구를 할 수 있다.

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제379조(상고이유서와 답변서) ① 상고인 또는 변호인이 전조의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 상고이유서를 상고법원에 제출하여야 한다.

- ② 상고이유서에는 소송기록과 원심법원의 증거조사에 표현된 사실을 인용하여 그 이유를 명시하여야 한다.
- ③ 상고이유서의 제출을 받은 상고법원은 지체없이 그 부분 또는 등본을 상대방에 송달하여야 한다.
- ④ 상대방은 전항의 송달을 받은 날로부터 10일 이내에 답변서를 상고법원에 제출할 수 있다.
- ⑤ 답변서의 제출을 받은 상고법원은 지체없이 그 부분 또는 등본을 상고인 또는 변호인에게 송달하여야 한다.

### 【참조판례】

- 1. 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 186  
헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 867
- 2. 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372  
헌재 1995. 1. 20. 90헌바1, 판례집 7-1, 1, 11-12

### 【당 사 자】

청 구 인 지○원  
대리인 변호사 임광규

### 【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

### 【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상  
가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2003. 3. 20. 광주고등법원에서 출판물에의한 명예훼손죄 등으로 유죄판결을 선고받고 같은 날 대법원에 상고하였는데, 대법원은 같은 해 5. 14. 청구인이 소송기록접수통지를 받은 날로부터 20일 이내에 상고이유서를 제출하지 않았다는 이유로 형사소송법 제380조에 의하여 상고기각 결정을 하였고, 청구인은 같은 해 5. 16. 대법원으로부터 위 형사사건의 상고기각결정문을 송달받았다.

(2) 이에 청구인은, 자신은 물론 위 소송기록접수통지의 송달보고서에 수령인으로 기재된 자신의 아들 청구외 지○영(당시 초등학교 4학년생)이 소송기

록접수통지를 받지 않았음에도 우편집배원은 지○영이 이를 수령하였다고 기재하였고 대법원은 이를 근거로 하여 상고기각결정을 한 것이라고 주장하면서, 같은 해 5. 18. 대법원에 상고기록접수통지서 송달신청서를 제출하고 같은 해 6. 2. 상고이유서를 각 제출하였으나, 자신이 책임질 수 없는 사유로 법정기간 내에 상고이유서를 제출하지 못한 것을 이유로 형사소송법 제346조에 따른 상소권회복청구는 하지 않았다.

(3) 그 대신 청구인은 2003. 7. 2. 이와 같이 우편집배원의 고의 또는 과실에 의하여 소송기록접수통지를 받지 못하여 상고이유서를 법정기간 내에 제출하지 못함으로써 상고기각 결정을 받을 경우, 형사소송법 제380조 및 제379조 제1항은 이를 구제하기 위하여 동법 제345조 내지 제348조 소정의 상소권회복청구절차와 같은 절차규정을 마련하고 있지 않으므로 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

청구인은 심판청구서에서 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제380조 및 제379조 제1항 모두를 심판대상으로 기재하고 있다. 그러나, 제379조 제1항은 단지 소송기록접수의 통지를 받은 후 일정한 기간(20일) 내에 상고이유서를 상고법원에 제출하여야 한다고만 규정하고 있고 청구인의 주장도 20일 이내의 상고이유서 제출의무 자체가 위헌이라는 것은 아니므로, 위와 같이 일정한 기간내에 상고이유서를 제출하지 않았을 경우 별도의 구제절차 없이 상고기각 결정을 하도록 규정한 제380조(이하 “이 사건 법률조항”이라고 한다)만을 이 사건의 심판대상으로 한정함이 상당하다고 할 것이다. 심판대상조항과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

##### (1) 심판대상

제380조(상고기각결정) 상고인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 상고를 기각하여야 한다. 단, 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.

##### (2) 관련규정

제379조(상고이유서와 답변서) ① 상고인 또는 변호인이 전조의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 상고이유서를 상고법원에 제출하여야 한다.

제345조(상소권회복청구권자) 제338조 내지 제341조의 규정에 의하여 상소할 수 있는 자는 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소의

제기기간 내에 상소를 하지 못한 때에는 상소권회복의 청구를 할 수 있다.

제347조(상소권회복에 대한 결정과 즉시항고) ① 상소권회복의 청구를 받은 법원은 청구의 허부에 관한 결정을 하여야 한다.

② 전항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

제378조(소송기록접수와 통지) ① 상고법원이 소송기록의 송부를 받은 때에는 즉시 상고인과 상대방에 대하여 그 사유를 통지하여야 한다.

② 전항의 통지 전에 변호인의 선임이 있는 때에는 변호인에 대하여도 전항의 통지를 하여야 한다.

## 2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

### 가. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 우편집배원이 고의나 과실로 소송관계 서류를 송달하지 않아 상고인이 법정기간 내에 상고이유서를 제출하지 못하게 됨으로써 대법원으로부터 상고기각결정을 받을 경우, 형사소송법 제345조 내지 제348조가 규정하고 있는 상소권회복절차와 같이 상고심재판을 받을 기회를 부당하게 상실한 사람을 구제할 절차규정이 마련되어 있지 않으므로 헌법상 재판청구권을 침해하는 위헌의 법률조항이다.

### 나. 법원행정처장의 의견요지

#### (1) 적법요건에 대한 의견

상고인이 책임질 수 없는 사유로 상소이유서 제출기간 내에 상소이유서를 제출하지 못한 경우에도 형사소송법 제345조의 상소권회복청구권이 적용되는 바, 결국 이 사건은 청구인이 상소권회복청구에 의하여 다룰 수 있었던 사항으로서 헌법소원의 적법요건인 보충성 원칙에 어긋난다.

#### (2) 본안에 대한 의견

상고기각결정 제도는 재판청구권의 보장이라는 국민의 권리를 존중하는 한편, 한정된 자원의 합리적인 배분, 재판의 적정과 신속의 보장 등을 고려한 입법자의 합헌적인 재량행사에 해당할 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항은 상고이유서를 제출하지 않아 당사자가 상고기각결정을 받는 불이익을 보완하기 위하여 상고장에 상고이유를 기재하는 경우를 예외로 규정하고 있는 점에 비추어 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

## 3. 판 단

### 가. 적법요건에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제1항 단서는, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에

는 그 절차를 모두 거친 후에 헌법소원을 제기할 수 있다고 하여 헌법소원의 보충성 원칙을 규정하고 있다. 그런데 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제가 될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 소송을 제기하는 길이 없어 달리 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공보 18, 590 등 참조).

살피건대, 청구인의 헌법소원은 이 사건 법률조항 자체를 다투는 것으로서 달리 구제절차가 존재하지 않고, 상소권회복청구 절차가 있으므로 보충성의 원칙에 반한다는 법원행정처장의 의견은 부당한 상고기각결정에 대한 불복방법을 예시한 것에 불과하므로, 이 사건 헌법소원 심판청구가 보충성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다는 주장은 받아들일 수 없다.

#### 나. 본안에 대한 판단

##### (1) 재판청구권의 의의

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는바, 그 전단의 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 “법률에 의한” 재판을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판을 받되 범대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실제법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지로서 이는 법관이 범대로가 아닌, 자의와 전단에 의한 재판을 하는 것을 배제한다는 것이다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 186). 또한 재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 볼 때, 헌법상의 “재판”을 받을 권리란, 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 적어도 한 차례의 심리검토의 기회는 보장되어야 한다는 것을 의미한다(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 867).

##### (2) 과잉금지원칙의 위배 여부

(가) 헌법 제27조 제1항이 규정하는 “법률에 의한” 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정되기는 하나(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 60), 그러한 입법을 함에 있어서는 비록 완화된 의미일지언정 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기

본원칙 내지는 입법활동의 한계를 의미하는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 원칙은 준수되어야 한다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372 참조).

헌법 제27조 제1항이 규정하는 재판청구권이 상고심재판을 받을 권리를 반드시 포함하는 것이 아니고 입법자가 형성한 법률에 의하여 재판을 받을 권리를 의미하는 한, 상고이유서 미제출의 경우 상고기각결정을 할지 아니면 상고이유서 제출의무를 부과하지 않을지 여부는 기본적으로 입법자가 형사 상고심의 구조와 성격, 형사사법 절차의 특성을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제라는 점에서, 일정한 경우 법률로써 상고심재판을 받을 기회를 제한하는 것은 가능하다고 할 것이다. 다만, 우리 형사소송법은 원칙적으로 형사판결에 대하여 항소와 상고를 인정하는 3심제도를 근간으로 하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는 방법으로 3심제도를 근간으로 하는 상고심재판을 받을 권리를 배제한다면 청구인의 재판청구권을 침해할 수 있으므로 이에 관하여 살펴본다.

(나) 상고인이 상고한 후 일정한 기간 내에 상고이유서를 제출하지 않은 경우 결정으로 상고를 기각하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 기본적으로 심급제도를 완성하기 위한 규정의 하나이다. 즉, 형사소송법은 형사재판의 당사자에게 상고권을 부여함(제371조)과 동시에 상고이유서 제출을 필요적인 것으로 함(제379조)으로써 상고심재판의 심판대상을 원칙적으로 상고이유서에 포함된 사유에 한정하고 있으며, 이 사건 법률조항은 일정한 기간 내에 상고이유서를 제출하지 않을 경우 본안 판단으로 들어가지 않고 형식적인 재판인 상고기각결정을 하도록 하여 상고심재판의 신속하고 원활한 운영을 도모하고 있다. 이는 심급제도가 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견 자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제(헌재 1995. 1. 20. 90헌바1, 판례집 7-1, 1, 11-12)라는 점에서, 입법자가 국민의 재판청구권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어 추구할 수 있는 정당한 목적일 뿐만 아니라 그 수단의 적절성도 인정된다고 할 것이다.

한편, 이 사건에서 청구인이 주장하는 바와 같이 당사자의 책임이 아닌, 우편집배원의 고의·과실로 인하여 소송기록접수통지를 송달받지 못하여 상고이유서를 제출하지 못한 경우에도 다음과 같은 형사소송법상 구체절차가 존재한다. 첫째 이 사건 법률조항 단서에서는 일정한 기간 내에 상고이유서를

제출하지 못한 경우라도 상고장에 이유의 기재가 있는 때에는 상고기각결정의 예외로 한다고 규정함으로써 당사자로부터 상고심재판을 받을 기회를 쉽게 박탈하지 않고 있으며, 둘째 형사소송법 제400조는 상고법원의 판결내용에 오류가 있음이 명백한 경우에는 직권 또는 신청에 의하여 스스로 판결을 정정할 수 있도록 판결정정 제도를 규정하고 있는바(대법원 1979. 11. 30. 선고 79도952 판결; 2003. 6. 10. 선고 2002다67628 판결) 이 규정에 의한 정정의 대상에는 판결뿐만 아니라 결정도 포함된다. 셋째 형사소송법 제345조는 상소권자가 자기 또는 대리인의 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소제기기간 내에 상소를 하지 못하여 소멸한 상소권을 법원의 결정에 의하여 회복할 수 있도록 상소권회복청구 제도를 규정하고 있는데, 단순히 상소를 하지 못한 경우뿐만 아니라 부적법한 소송기록접수통지로 인하여 상소이유서를 제출하지 못한 경우도 이에 포함된다(대법원 1994. 11. 29.자 94도39 결정; 2002. 8. 16.자 2002모99 결정 참조). 따라서 상고심재판을 받을 기회를 제한함에 있어 여러 가지 대안조치가 마련되어 있다는 점에서 최소침해성의 원칙도 충족하고 있다.

또한, 이 사건 법률조항은 당사자가 상고기록접수통지를 받은 날로부터 20일의 기간 내에 상고이유서를 제출하지 않은 경우에만 상고기각결정을 하도록 하고 있는데, 만일 당사자가 형사소송법상 규정된 상고이유서 제출기간을 만연히 초과하였음에도 이에 대한 불이익이 없다면 상고이유서 제출을 통한 상고심 심판대상의 확정과 이로 인한 신속·원활한 상고심재판을 목적으로 하는 상고이유서 제출제도는 유명무실하게 될 것이다. 따라서, 이 사건 법률조항이 추구하는 상고심의 신속·원활한 재판이라는 공익은 당사자의 권리구제라는 사익과 비교하여 그 중요성이 결코 가볍지 않다고 할 것이므로 법익의 균형성도 갖추고 있다.

(다) 결국, 이 사건 법률조항은 입법목적에 있어서 정당하고 그 목적 달성을 위하여 적절한 방법을 사용하고 있을 뿐만 아니라 최소침해성이나 법익균형성도 충족하고 있어 과잉금지원칙에 위반되지 아니하므로, 청구인의 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

#### 4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김영일의 아래 5.와 같은 반대 의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견 일치에 의한 것이다.

## 5. 재판관 김영일의 반대이견

나는 이 사건 헌법소원심판청구가 직접성, 권리보호이익을 흠결하여 그 적법요건을 갖추지 못하였으므로 각하되어야 한다고 생각하므로 다음과 같이 그 의견을 밝힌다.

## 가. 법령에 대한 헌법소원의 직접성원칙과 관련하여

(1) 법령에 대한 헌법소원의 경우 그 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 하는데, ‘기본권침해의 직접성’이란, 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 말한다(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192). 이러한 직접성을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반생송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141). 결국 법령을 집행하는행위가 존재하지 아니하고 바로 법령으로 말미암아 직접 기본권이 침해되는 예외적인 경우에만 직접 법률에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.

다만, 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원사건에 있어서 예외적으로 첫째, 당해법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 경우(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104)와 둘째, 당해집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등으로서 당해법률의 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 203)에는 당해법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다고 판시한 바 있다.

(2) 청구인은 소송기록접수통지를 송달받는 과정에서 발생한 하자로 인하여 상실한 상소권을 회복할 수 있는 절차가 이 사건 법률조항에 마련되어 있지 않다는 이유로 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다. 그런데 이 사건 법률조항은 단지 소송기록접수통지를 받은 후 일정기간 내에 상고이유서를 제출하지 못하였을 경우 상고기각결정을 하도록 하는 규정일 뿐, 상고권과 관련된

청구인의 기본권을 직접 침해하는 규정이라고 할 수 없다. 왜냐하면 청구인이 주장하는 바와 같이 소송기록접수통지를 자신의 책임질 수 없는 사유로 송달 받지 못하여 법정기간 내에 상고이유서를 제출하지 못한 경우 이를 회복하여 줄 규정이 이 사건 법률조항에 없다고 하더라도, 청구인으로 하여금 상고심의 재판관을 받지 못하게 한 재판청구권침해 등 기본권침해가 있었다면, 이는 대법원이 소송기록접수통지가 송달된 때로부터 20일 이내에 상고이유서를 제출하지 않았다고 하여 이 사건 법률조항을 적용하여 상고기각결정을 함으로써 비로소 발생한 것이기 때문이다. 즉, 대법원의 상고기각결정이라는 재판이 매개되어 청구인이 상고심재판을 받지 못하게 된 것이지, 이 사건 법률조항의 직접적인 효력에 의하여 청구인의 재판청구권이 침해된 것은 아니다.

나아가 이 사건 법률조항이 앞에서 살펴 본 직접성 요건의 예외에 해당하는지 살펴보면, 이 사건 법률조항이 일의적이고 명백한 것이어서 법원의 심사와 재량의 여지 없이 상고기각결정을 반복적, 기계적으로 행한다고 하기도 하는 이 사건 법률조항은 구체적인 소송사건에서 법원에 의하여 해석, 적용이 되는 재판규범이라고 할 것이다. 또한 이 사건에서 청구인은 부적법한 송달로 인하여 상고기각결정을 받은 경우 이를 구제할 절차가 이 사건 법률조항에 없다고 주장하지만, 다수의견이 밝히는 바와 같이 청구인이 부당하다고 주장하는 경우에 대비하여 판결정정 및 상소권회복청구 등 형사소송법에 구제절차가 구비되어 있으므로 청구인은 대법원에 판결정정신청 또는 상소권회복청구를 함과 동시에 이 사건 법률조항의 위헌여부를 다툴 수 있었고, 결국 직접성 요건의 예외에 해당한다고도 할 수 없다.

(3) 결국 지금까지 법원의 재판이 개재된 경우 법령에 의한 기본권침해의 직접성을 일관하여 부정하여 온 여러 헌법재판소결정들(헌재 1997. 9. 25. 96헌마41; 1999. 5. 27. 98헌마372; 2000. 4. 29. 2002헌마756; 2000. 11. 8. 2000헌마666 등 참조)과 같이, 이 사건 법률조항 역시 그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 법규범이 아니고, 구체적인 소송사건에서 법원에 의한 해석, 적용이 되는 이른바 재판규범으로서 법원의 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 법규범이므로, 법원에 의한 해석, 적용을 기다리지 아니하고 바로 위 조항 자체로 인하여 청구인의 기본권이 직접 침해된 것이라고는 볼 수 없다.

#### 나. 권리보호이익과 관련하여

(1) 헌법재판소법 제75조, 제47조에 의하면, 같은 법 제68조 제1항 및 같은

조 제2항에 의한 헌법소원사건에서 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 위헌으로 결정된 경우에는 그 위헌 법률에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여 각각 재심을 청구할 수 있으나, 비형벌법규에 대하여는 같은 법 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서 위헌으로 결정된 경우에만 관련된 소송사건에 대해 재심을 청구할 수 있을 뿐, 같은 법 제68조 제1항에 의한 헌법소원에서는 재심사유가 되지 않는다.

이 사건에 돌아와 살펴보면, 청구인이 위헌이라고 주장하는 이 사건 법률조항은 상고기각결정의 요건과 효력을 규정하는 절차에 관한 규정으로서 형벌에 관한 법률조항이라고는 볼 수 없고, 청구인에 대한 형사소송은 대법원의 상고기각결정에 의하여 확정되었으므로, 가사 청구인이 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 제기한 이 사건 헌법소원이 인용된다고 하더라도 청구인에 대한 유죄판결이 확정되어 재심청구를 더 이상 할 수 없는 이상 청구인에게 권리보호이익이 있다고 볼 수 없다.

(2) 다음으로 이 사건의 구체적인 사정을 감안하여 권리보호이익의 유무를 살펴본다.

앞에서 다수의견이 밝히는 바와 같이 청구인이 상고기각결정이 부당하다고 하여 법원에 신청할 수 있는 구제방법은 상소권회복청구와 판결정정신청이다. 위 신청들이 인용되기 위하여 청구인이 하여야 할 가장 중요한 것은, 자신이 주장하는 바와 같이 우편집배원의 고의, 과실로 인하여 소송기록접수통지가 자신에게 송달되지 않았음을 증명하여야 한다는 점일 것이다.

기록에 의하면, 청구인은 2003. 3. 20. 상고장을 제출하였는데, 청구인에 대한 소송기록접수통지의 송달보고서상에는 청구인의 아들 지○영이 2003. 4. 12. 위 접수통지를 수령하였다고 기재된 사실, 지○영은 당시 만 9세 5개월 가량의 초등학교 4학년이었던 사실, 지○영은 위 접수통지 자체를 수령하지 않았다고 청구인은 주장하고 있는 사실을 인정할 수 있다.

이와 관련하여 대법원은, 형사소송절차에 있어서도 법 제65조에 따라 보충 송달에 관한 민사소송법 제172조 제1항은 준용되어야 하므로, 피고인의 동거 가족에게 서류가 교부되고 그 동거가족이 사리를 변식할 능력이 있는 이상 피고인이 그 서류의 내용을 알지 못한 경우에도 송달의 효력은 있다 할 것인바, 사리를 변식할 능력이 있다고 하려면, 사법제도 일반이나 소송행위의 효력까지 이해할 필요는 없다 하더라도 적어도 송달의 취지를 이해하고 영수한 서류를 수송달자에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 정도의 능력은 있어야

한다고 하면서, 피고인의 아들이 이 사건 송달 당시 10세정도라면 송달로 인하여 생기는 형사소송절차에 있어서의 효력까지 이해하였다고 볼 수는 없으나, 그 송달 자체의 취지를 이해하고 영수한 서류를 송달을 받을 아버지(피고인)에게 교부하는 것을 기대할 수 있는 능력정도는 있다고 볼 것이므로 피고인에 대한 소송기록접수통지의 송달은 적법하다고 판시하였다(대법원 1996. 6. 3. 96모32 결정 참조).

그렇다면 청구인에 대한 소송기록접수통지의 송달보고서는 공문서로서 그 진정성립이 추정되므로 청구인이 다른 증거방법에 의하여 송달실시행위가 적법하게 이루어졌음을 증명할 수 없는 한 소송기록접수통지를 청구인의 아들이 수령함으로써 청구인에 대한 송달이 적법하게 이루어졌다고 할 것이므로, 법원이 부적법한 송달을 전제로 한 청구인의 주장을 받아들여 상소권회복청구나 판결정정을 인용하기는 실제적으로 어렵다고 판단된다.

결국 이 사건 법률조항의 위헌여부와 관계없이 청구인이 이 사건에서 주장하는 사유만으로는 청구인이 상고심재판을 다시 받을 기회를 얻기 힘들다고 보여지기 때문에 청구인의 이 사건 헌법소원에 대해서는 어느 모로 보나 권리보호이익을 인정하기 어렵다.

#### 다. 결 론

법령이 기본권을 직접 침해하였다는 이유로 법령을 심판대상으로 하는 헌법소원에 대해서는 다른 구제절차가 없기 때문에 보충성의 원칙이 적용되지 않고 헌법재판소만이 재판할 권한을 갖는다. 그러한 이유 때문에 법령에 대한 헌법소원에서 직접성 요건의 충족이 더욱 중요한 의미를 갖고 특별히 예외사유가 없는 한 그 요건을 엄격하게 해석하는 것이 바람직하다.

이 사건에 있어서 청구인이 궁극적으로 구하고자 하는 것은 상고심재판을 받는 것으로서, 자신이 침해받았다고 생각하는 기본권을 구제하는 가장 직접적인 방안은 이 사건 법률조항에 의하여 이루어진 집행행위 즉, 상고기각결정에 대하여 다투는 것일 것이다. 그러나 법률상 원칙적으로 재판소권이 금지되어 있어 이 사건 법률조항 자체를 심판대상으로 한 헌법소원을 제기한 것으로 보이는데, 이는 앞에서 본 바와 같이 직접성 및 권리보호이익을 흠결한 이상 헌법소원제도의 취지를 회피하려는 우회 방법의 하나에 불과하다(실질적으로는 입법부작위를 다투고 있는 것으로 보아 이에 상응한 판단과 주문이 나가야 옳은 것이라고 판단된다). 이 사건 법률조항이 구체적 타당성을 결여한 것으로 보인다는 외면적인 이유로 이러한 우회적인 방법을 반복하여 용인

한다면, 원칙과 예외의 기준이 모호해질 것이고, 이것은 헌법심판제도의 발전에 있어서도 바람직한 일은 아닐 것이다.

따라서 이 사건 법률조항에 대한 청구인의 헌법소원심판청구는 그 적법요건을 흠결하여 각하되어야 할 것이라고 보는 바이다.

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

## 독거 및 징벌 수용실 창문폐쇄 등 위헌확인

(2004. 11. 25. 2004헌마178 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 헌법소원의 대상으로 삼은, 피청구인의 징벌실 창문폐쇄 사실이 있었는지 여부(소극)
2. 행형법시행령 제145조 제2항 중 자비부담물품사용금지 부분에 대하여 법령에 대한 헌법소원의 청구기간이 준수되었는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사의 사실이 아예 존재하지 아니하는 경우에는 그 심판청구는 부적법하다고 할 것인데, 기록에 의하면 청구인이 수용된 울산구치소의 징벌수용실은 법무부 시설기준규칙(2002. 12. 30. 법무부 훈령 제475호로 개정된 것)에 따라 설치되어 있으며, 달리 청구인이 주장하는 바와 같이 징벌수용실의 창틀을 아크릴판이나 철판으로 폐쇄한 사실을 인정할 아무런 자료가 없으므로 이는 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사의 부존재로 귀착되어 이 부분 헌법소원은 부적법하다.

2. 헌법재판소법 제69조 제1항에 의하여 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 기산점인 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용 받게 된 최초의 날을 의미하는 것으로 보는 것이 상당하다. 즉, 일단 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 그 때로부터 당해 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 진행이 개시되며, 그 이후에 새로이 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’한다고 하여서 일단 개시된 청구기간의 진행이 정지되고 새로운 청구기간의 진행이 개시된다고 볼 수는 없다.

청구인은 금지 처분을 처음 받은 2001. 3. 16.경 행형법시행령 제145조 제2항의 적용으로 자비부담물품인 담요의 사용이 금지되었으므로 이 때 ‘법령에 해당하는 사유’가 발생한 것으로 보아야 한다.

그렇다면 2001. 3. 16.경을 기준으로 헌법소원이 청구기간이 기산되고, 그 이후에 청구인이 새로이 금지 처분을 받았다고 하여 새로이 청구기간이 기산되는 것은 아니므로, 2001. 3. 16.로부터 1년이 훨씬 지난 2004. 3. 8. 청구된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 초과하여 부적법하다.

**【참조조문】**

헌법재판소법 제68조 제1항

헌법재판소법 제69조(청구기간) ① 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 의한 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.

② 생략

**【참조판례】**

- 1. 헌재 2003. 2. 27. 2002헌마543
- 2. 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 공보 92, 535

**【당 사 자】**

청 구 인 서○교  
(울산구치소 수용중)  
국선대리인 변호사 조영선  
피청구인 울산구치소장

**【주 문】**

청구인의 심판청구를 각하한다.

**【이 유】**

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상
  - 가. 청구인은 2001. 4. 18. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도)죄로 징역 3년을 선고받고 대법원에서 그 형이 확정되어 울산구치소에서 형의 집행 중에 있는 자로서, 2004. 2. 21. 구치소 직원에 대한 상해 및 공무집행방해 혐

의로 같은 달 26. 금치 40일의 징벌 처분을 받았다.

나. 청구인은 위 금치 집행 기간 중에, 피청구인이 징벌수용실의 창문을 철판으로 폐쇄한 행위 및 징벌실 수용자에게 자비부담물품의 사용을 금지하고 있는 행형법시행령 제145조 제2항 본문은 청구인의 헌법상 기본권을 침해하는 것이라고 주장하면서 2004. 3. 8. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

#### 다. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 (1) 피청구인이 청구인에 대한 금치 처분 집행 기간 중인 2004. 2. 26.부터 이 사건 헌법소원심판 청구일인 같은 해 3. 8.까지 청구인이 수용된 징벌실의 창문을 철판으로 폐쇄한 행위(이하 ‘징벌실 창문 폐쇄’라 한다) 및 (2) 같은 기간 동안 청구인에게 자비부담물품인 담요 사용을 금지한 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것, 이하 같다) 제145조 제2항 본문 중 자비부담물품의 사용 금지 부분(이하 ‘이 사건 시행령 조항’이라 한다)의 위헌여부이다(청구인은 독거수용실의 창문도 철망으로 폐쇄되어 있다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하나, 청구인이 언제 독거수용실에 수용되었는지에 대한 구체적인 주장이 없고, 주된 청구취지는 징벌수용실의 창문 폐쇄로 보이므로, 독거수용실에 관한 청구 부분은 심판의 대상으로 삼지 않는다). 심판대상의 내용 및 관련 조항은 다음과 같다.

#### 행형법시행령

제145조(징벌의 집행) ① 징벌은 징벌의 선고가 있는 후 지체없이 집행하여야 한다.

② 금치의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 운동, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전시청 및 자비부담물품의 사용을 금지한다. 다만, 미결수용자의 소송서류작성, 변호인과의 접견 및 서신수발은 예외로 하며, 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있다.

#### ③, ④ 생략

행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것)

제22조(의류 등의 자비부담) ① 소장은 필요하다고 인정하는 경우 수용자에게 의류·침구 기타 생활용품 및 음식물의 자비부담을 허가할 수 있다.

② 미결수용자가 법률이 정하는 수사·재판·국정감사 또는 조사에 참석할 때 사용하기 위하여 의류 및 신발의 자비부담을 신청하는 경우에는 특히 부

적당하다고 인정되는 사유가 없는 한 당해 소장은 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 자비부담의 의류·침구 기타 생활용품 및 음식물에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법시행령

제85조(자비부담의류등의 허가) ① 소장은 수용자가 자비부담으로 구입한 의류(수형자의 겉옷을 제외한다)·침구 기타 생활용품을 사용하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 자비부담생활용품의 품목 및 수량은 소장이 정한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 피청구인은 구치소내 수용질서의 확립을 위해 행형법의 징벌에 관한 규정을 적용함에 있어서 헌법이 보장하는 기본권의 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 함에도 불구하고, 청구인이 수용된 징벌수용실의 창문을 아크릴판이나 철판으로 폐쇄하여 내부에서 창문을 여닫지 못하도록 한 것은 청구인의 생명권, 생존권을 침해한 위헌적인 행위이다.

(2) 행형법시행령 제145조 제2항에 따르면 금지처분을 받은 자는 자비부담 물품을 사용할 수 없도록 하고 있는바, 위 시행령으로 말미암아 청구인의 기본권이 직접 침해되며, 위 시행령의 내용은 위임입법의 한계를 일탈하였을 뿐 아니라 과잉금지원칙에 반하여 청구인의 건강권과 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다.

나. 피청구인의 의견 요지

(1) 적법성에 관한 의견

청구인의 주장과 같이 징벌실 또는 독거실의 창문이 여닫지 못하도록 폐쇄되어 있다는 것은 사실과 다르고, 과거 극히 일부분인 징벌수용실에 수용자의 신체적 보호와 계호의 목적 등으로 설치된 철판이 있었으나 이미 모두 제거되었으며 또한 징벌집행이 종료됨에 따라 청구인의 주장은 권리보호의 이익이 없으므로 심판청구가 부적법하다.

(2) 본안에 관한 의견

(가) 징벌수용실 창문 폐쇄 주장에 대하여

징벌수용실 창문은 “독거수용실 외부에 먼한 거실창문의 재질은 플라스틱

또는 AL계 창문틀에 강화유리 5mm끼우기(이중창) 또는 복층유리시 내부·외부 강화유리 5mm로 한다”라는 법무부 시설기준규칙(2002. 12. 30. 법무부 훈령 제475호)에 의하여 창문을 열 수 있도록 설치되어 있으며 창문이 아크릴 판으로 폐쇄되어 창문을 여닫을 수 없다는 청구인의 주장은 사실과 다르다.

다만 울산구치소 시설은 지하 1층 지상 5층의 고층건물로 건축되어 있고 시설구조상 외곽주벽이 설치되어 있지 않아 구금시설의 질서와 안전에 위해를 주는 행위 및 교정사고를 방지할 목적으로 1994년부터 극히 일부인 징벌수용실에 환기·통풍·조명 등을 고려하여 창문을 여닫을 수 있도록 한 상태에서 철망(가로 세로 1cm)을 설치하고 있었으나 법무부 시설환경개선 지침에 따라 2002년에서 2003년에 걸쳐 제거되었다.

(나) 징벌수용 중 자비부담물품인 담요의 사용금지 주장에 대하여

청구인은 적법한 절차를 거쳐 금지처분의 집행을 위하여 징벌수용실에 수용되었다. 자비부담물품인 담요사용금지는 금지처분에 수반되는 조치이며, 징벌수용자에 대하여도 일상생활에 필요한 관급담요와 깔판담요를 사용할 수 있도록 지급한다. 청구인에 대한 자비부담물품인 담요사용 금지는 모두 법령에 따른 것으로서 적법하므로, 청구인의 주장은 이유 없다.

### 3. 판 단

#### 가. 창문 폐쇄에 대한 심판청구 부분

헌법재판소법 제68조 제1항의 규정에 의하면 “공권력”의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 여기에서 말하는 헌법소원의 대상으로서의 공권력이란 입법·사법·행정의 모든 권력이 포함됨은 물론 이른바 권력적 사실행위도 포함된다. 한편 우리 재판소는 “일반적으로 어떤 행정상의 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다”고 결정한 바 있다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485).

그런데 피청구인은 청구인이 주장하는 것과 같은 공권력 행사 자체가 없었다고 주장하고 있는바, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사의 사실이 아예 존재하지 아니하는 경우에는 그 심판청구는 부적법하므로(헌재 2003. 2. 27. 2002헌마543, 판례집 미계제), 청구인이 수용된 울산구치소의 징

별실 창문이 청구인의 주장과 같이 철판으로 폐쇄되어 있었는지 여부가 문제된다.

행형법 제11조 제1항은 “수용자는 독거수용한다. 다만, 필요한 경우에는 혼거수용할 수 있다”고 규정되어 있으나, 실제로는 그 반대로 대부분 혼거수용하고 예외적으로 독거수용하고 있다. 한편 적법한 절차에 의하여 금지의 징벌을 받은 수용자는 징벌실에 수용된다(행형법시행령 제145조 제2항 본문).

그런데 각 거실의 창문에 관하여, 법무부 시설기준규칙(2002. 12. 30. 법무부 훈령 제475호로 개정된 것)에 의하면, 외부에 면한 거실창문은 수용거실 바닥에서 1700mm 이상 떨어져 있어야 하며, 그 재질은 플라스틱 또는 AL계 창문틀에 강화유리 5mm 끼우기(이중창) 또는 복층 유리시에는 내부·외부 강화유리 5mm로 한다고 규정되어 있으며, 모든 창문에는 철격자 환풍이 설치된다.

이 사건 기록에 편철되어 있는 관련자료(울산구치소의 징벌수용실의 사진, 수용자 김○희, 박○만, 전○민의 진술서)에 의하면, 울산구치소의 징벌수용실은 위 시설기준규칙에 따라 설치되어 있으며, 징벌수용실의 경우 교정사고의 방지를 위하여 내벽의 재질을 다르게 하고 있을 뿐, 창문을 모두 여닫을 수 있도록 설치되어 있다. 또한 혼거수용실과 독거수용실의 경우 통상 수용자들이 자유로이 창문을 창틀에서 떼어내 생활하고 있으며, 징벌수용실의 경우 내부에서 창문을 떼어낼 수는 없으나, 사동 근무자들에게 부탁하여 바깥쪽에서 창문을 떼어낼 수 있다.

다만, 피청구인이 스스로 인정하고 있는 바와 같이, 1994년부터 울산구치소 내에 4개가 있는 징벌수용실에만 철망(가로 세로 1cm 간격의 철망으로서 창문을 열어 환기, 환풍을 할 수 있도록 되어 있었음)을 설치하고 있었으나, 2002. 10.경 법무부의 시설환경개선 지침에 따라 2004년 이전에 모두 제거한 사실이 인정된다.

따라서 달리 청구인이 주장하는 바와 같이 징벌수용실의 창틀을 아크릴판이나 철판으로 폐쇄한 사실을 인정할 아무런 자료가 없다. 그렇다면 이는 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사의 부존재로 귀착되므로 이 부분 헌법소원은 부적법하다.

나. 이 사건 시행령조항에 대한 심판청구 부분

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면 헌법소원의 심판은 기본권침해의 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에

청구하여야 하며, 법률에 대한 헌법소원의 청구기간은 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원을 청구해야 한다.

여기서 청구기간 산정의 기산점이 되는 ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’이란 법령의 규율을 구체적이고 현실적으로 적용 받게 된 최초의 날을 의미하는 것으로 보는 것이 상당하다. 즉, 일단 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’하면 그 때로부터 당해 법령에 대한 헌법소원의 청구기간의 진행이 개시되며, 그 이후에 새로이 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’한다고 하여서 일단 개시된 청구기간의 진행이 정지되고 새로운 청구기간의 진행이 개시된다고 볼 수는 없다. 여기에서 더 나아가 ‘법령에 해당하는 사유가 발생’한 이후에 당해 법령의 규율을 적용받게 되는 사유가 발생하는 때마다 새로이 청구기간이 진행된다고 본다면 사실상 법령에 대한 헌법소원에 대하여는 청구기간의 제한이 적용되지 아니하는 것으로 보는 결과를 초래하게 될 것이고, 이는 법령소원의 경우에도 헌법재판소법 제69조 제1항의 청구기간요건이 적용되어야 함을 일관되게 판시하고 있는 우리 재판소의 입장에 반한다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마484, 공보 92, 535).

살피건대, 피청구인이 제출한 자료에 의하면, 청구인은 2001. 3. 16. 금치 처분을 받아 징벌실 수용되어 자비부담물품인 담요의 사용이 금지되었고, 같은 해 11. 30. 금치 처분을 받았으나 징벌 유예되었던 사실이 있으며, 2003. 11. 25. 금치 처분을 받아 징벌실에 수용되고 자비부담물품인 담요의 사용이 금지되었고, 2004. 2. 26. 금치 처분을 받아 징벌실에 수용되고 자비부담물품인 담요의 사용이 금지되었다.

따라서 청구인은 금치 처분을 처음 받은 2001. 3. 16.경 이 사건 법률조항으로 인하여 자비부담물품인 담요의 사용이 금지되었으므로 이 때 ‘법령에 해당하는 사유’가 발생한 것으로 보아야 한다. 한편 기록에 의하면, 청구인은 위 금치처분을 받기 전인 2001. 3. 14. 조사실에 수용 중, 담당 근무자에게 깔판이 없으니 한 장 넣어달라고 하여 담당근무자가 건조하여 둔 것을 한 장 넣어주자 깔판이 축축하다고 하면서 고함을 치며 소란을 피운 사실도 있는 것으로 보아 위 금치처분을 받을 때 자비부담물품인 담요의 사용이 금지된다는 사실도 알았다고 할 것이다. 그렇다면 2001. 3. 16.경을 기준으로 헌법소원이 청구기간이 기산되고, 그 이후에 청구인이 새로이 금치 처분을 받았다고 하여 새

로이 청구기간이 기산되는 것은 아니므로, 2001. 3. 16.로부터 1년이 훨씬 지난 2004. 3. 8. 청구된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 초과하여 부적법하다.

4. 결 론

이 사건 심판 청구 중 징벌실 창문폐쇄에 관한 부분은 청구인이 주장하는 공권력 행사의 존재가 인정되지 아니하므로 부적법하고, 행형법시행령 제145조 제2항 본문 중 자비부담물품사용 부분은 청구기간을 초과하여 부적법하므로, 각 심판청구를 모두 각하하기로 하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항 위헌제청

(2004. 12. 16. 2003헌가12 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정한 폭력행위등처벌에관한법률(이하 “폭처법”이라 한다) 제3조 제2항 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)이 형벌과 책임 간의 비례성원칙에 위반되는지 여부(적극)

2. 이 사건 법률조항이 다른 범죄와의 관계에서 형벌의 체계정당성에 어긋나고 평등원칙에 위반되는지 여부(적극)

3. 종전에 같은 조항에 대하여 합헌결정이 있었음에도 판례를 변경한 사례

### 【결정요지】

1. 형사법상 책임원칙은 기본권의 최고이념인 인간의 존엄과 가치에 근거한 것으로, 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다. 따라서 기본법인 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현하고 있다고 볼 때, 사회적 상황의 변경으로 인해 특정 범죄에 대한 형량이 더 이상 타당하지 않을 때에는 원칙적으로 법정형에 대한 새로운 검토를 요하나, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안된다.

이 사건 법률조항을 포함한 폭처법 제3조 제2항은 동 조항의 적용 대상인 형법 본조에 대하여 일률적으로 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고, 이에 따라 원래의 법정형은 낮게는 폭행(제260조 제1항)이나 협박(제283조 제1항)과 같이 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 상해(제257조 제1항) 또는 공갈

(제350조)과 같이 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고, 그 행위가 야간에 행해지고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 사정만으로 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지 원칙 내지는 비례 원칙에도 어긋난다.

2. 폭처법 제3조 제2항에 해당하는 범죄와 유사하거나 관련있는 범죄로서 동 조항에 해당하지 아니하는 범죄를 살펴 보면, 예컨대 형법 제259조 제1항의 상해치사의 경우 사람의 사망이라는 엄청난 결과를 초래한 범죄임에도 3년 이상의 유기징역형으로 그 법정형이 규정되어 있다. 그런데, 상해치사의 범죄를 야간에 흉기 기타 물건을 휴대하여 범한 경우에도 그 법정형은 여전히 3년 이상의 유기징역형을 고려하면, 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항의 협박죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 법정형은 형벌의 체계정당성에 어긋난다.

또한, 예컨대 야간에 위험한 물건을 휴대하여 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하는 것이 폭력행위의 근절이라는 입법 목적을 달성하기 위하여 불가피한 입법자의 선택이었다 하더라도, 이 사건 법률조항은 이러한 폭력행위자를 행위내용 및 결과불법이 전혀 다른, “협박”을 가한 자를 야간에 위험한 물건의 휴대라는 범죄의 시간과 수단을 매개로, 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자와 동일하다고 평가하고 있다. 이것은 달리 취급하여야 할 것을 명백히 자의적으로 동일하게 취급한 결과로서, 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 평등원칙에도 위배된다.

3. 이 사건 법률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는데 필요한 정도를 현저히 이탈하여 과잉금지원칙에 위배되며, 형벌체계상의 균형성을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에도 위반된다.

따라서, 이와는 달리 폭처법(1961. 6. 20. 법률 제625호로 제정되고 1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 1995. 3. 23. 94헌가4 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도내에서 이를 변경하기로 한다.

### 【심판대상조문】

- 폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조(집단적 폭행 등) ① 생략  
② 야간에 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.  
③, ④ 생략

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항

- 폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제2조(폭행 등)  
① 상습적으로 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포, 감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.  
②~④ 생략

- 폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조(집단적 폭행 등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.  
②~④ 생략

- 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제257조(상해, 존속상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.  
②, ③ 생략

- 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제259조(상해치사) ① 사람의 신체를 상해하여 사망에 이르게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.  
② 생략

- 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제260조(폭행, 존속폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.  
②, ③ 생략

- 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제283조(협박, 존속협박) ① 사람을 협

박한 자는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

②, ③ 생략

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

**【참조판례】**

1. 헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225  
헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242
2. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225
3. 헌재 1995. 3. 23. 94헌가4, 판례집 7-1, 342

**【당 사 자】**

제 청 법 원 서울북부지방법원

제청신청인 김○석

대리인 공익법무관 유기성

당 해 사 건 서울북부지방법원 2003고단25 폭력행위등처벌에관한법률위반

**【주 문】**

폭력행위등처벌에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항 중 “야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자” 부분은 헌법에 위반된다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 ① 2002. 12. 25. 03:40경 서울 노원구 월계동 287 소재 조흥은행 앞 길에서, 그 곳을 지나가던 피해자 최○선(여, 16세), 같은 김○련(여, 16세) 일행에게 아무런 이유 없이 시비를 걸었다가 피해자들이 화를 낸다는 이유로 주먹 등으로 위 피해자들을 때려 상해를 가하고, ② 같은 일시경 위 조흥은행 앞 인근 건물에 있는 ‘두꺼비학교’ 호프집에서, 위와 같이 제청신

청인으로부터 맞은 피해자 최○선·김○런 및 같은 정○숙(여, 16세)이 위 호프집 안으로 제청신청인을 쫓아오자 그 곳 주방에 놓여 있던 위험한 물건인 식칼을 손에 들고 위 피해자들을 향하여 휘두르면서 생명이나 신체에 어떠한 해악을 가할 듯한 태도를 보여 위 피해자들을 협박하였다는 혐의로 서울지방법원 북부지원(2004. 2. 1. 서울북부지방법원으로 승격)에 위 ①항에 대하여는 폭력행위등처벌에관한법률(이하 “폭처법”이라 한다) 제2조 제2항·제1항, 형법 제257조 제1항, 위 ②항에 대하여는 폭처법 제3조 제2항·제1항, 제2조 제1항, 형법 제283조 제1항 위반죄로 기소되었다.

(2) 이에 제청신청인은 그 소송의 계속중에 2003초기253호로 폭처법(1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항이 위헌이라고 주장하며 위헌제청신청을 하였고, 위 법원은 이 신청을 받아들여 이 사건 위헌제청을 하였다.

#### 나. 심판대상 및 관련규정

제청법원은 이 사건 제청결정의 ‘주문’에서 “폭처법 제3조 제2항”의 위헌 여부에 관한 심판을 제청한다고 하고 있으나, 그 ‘이유’에서는 “야간에 위험한 물건을 휴대하여 ‘협박’의 죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처한다”는 규정 부분에서 폭처법 제3조 제2항의 위헌성이 극명하게 드러난다고 보아 “야간에 위험한 물건을 휴대하여 ‘협박죄’를 범한 누범”인 제청신청인이 관련된 이 사건만을 위헌제청한다고 기재하고 있다. 따라서 이 사건의 심판대상은 폭처법 제3조 제2항 중 “야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항(협박)의 죄를 범한 자” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)만으로 한정하는 것이 상당하다고 할 것이다. 심판대상 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

##### (1) 심판대상

[폭처법 (1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것)]

제3조(집단적 폭행 등) ② 야간에 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

##### (2) 관련규정

[폭처법 (1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것)]

제3조(집단적 폭행 등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처

한다.

③ 상습적으로 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

④ 이 법 위반(형법 각 본조를 포함한다)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우도 제3항과 같다.

제2조(폭행 등) ① 상습적으로 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포·감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입·퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

② 야간 또는 2인 이상이 공동하여 제1항에 열거된 죄를 범한 때에는 각 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

③ 이 법 위반(형법 각 본조를 포함한다)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항에 열거된 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우에도 제1항과 같다.

④ 제2항(2인 이상이 공동하여 죄를 범한 경우에 한한다) 및 제3항의 경우에는 형법 제260조 제3항 및 제283조 제3항을 적용하지 아니한다. (개정 2001. 12. 19.)

[형법 (1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)]

제257조(상해) ① 사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제260조(폭행) ① 사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제276조(체포·감금) ① 사람을 체포 또는 감금한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

제283조(협박) ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.

③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.

제319조(주거침입·퇴거불응) ① 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 장소에서 퇴거요구를 받고 응하지 아니한 자도 전항의 형과 같다.

제324조(강요) 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

제350조(공갈) ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 방법으로 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.

제366조(재물손괴 등) 타인의 재물, 문서 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 자는 3년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.

## 2. 법원의 위헌제청이유와 이해관계인의 의견

### 가. 제청법원의 위헌심판제청 이유요지

(1) 이 사건 법률조항과 폭처법 제2조 제1항을 결합하여 고려할 때 이 사건 법률조항은 “야간에” “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여”라는 공통의 표지가 있는 경우에, 예컨대 야간에 위험한 물건을 휴대하여 ‘상해’를 가한 자와 야간에 위험한 물건을 휴대하여 ‘협박’을 가한 자 사이에는 행위의 내용과 결과불법에 있어 객관적으로 명백한 차이가 있음에도 불구하고 이를 같은 법정형으로 처벌하도록 규정하고 있는바, 이는 그 행위자의 책임이 죄질과 적절히 비례한다고 할 수 없다.

(2) 검사는 어떤 자가 “야간에 위험한 물건을 휴대하여” ‘상해’의 범죄를 저지른 경우뿐만 아니라 ‘협박’의 범죄를 저지른 경우에도 예외없이 이 사건 법률조항을 적용하여야 할 의무가 있고 그것이 폭처법의 입법목적과 특별법 우선의 법리에 부합하는 것임에도 불구하고, 실제로는 폭처법 제2조 제2항 또는 형법 본조를 곧바로 적용하는 경우가 드물지 않다. 이때 협박의 경우 피고인이 피해자와 합의한 경우에는 법원으로서 불고불리의 원칙상 피고인에 대하여 공소기간의 판결을 선고할 수밖에 없다(폭처법 제2조 제4항, 5) 형법 제283조 제3항, 형사소송법 제327조 참조). 이와 같은 불합리한 법 적용의 이면에는 헌법상 평등원칙에 어긋나는 이 사건 법률조항이 자리잡고 있는 것이다.

---

5) 2001. 12. 19. 법률 제6534호로 개정된 것.

(3) 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항과 검사의 기소독점권의 결합에 따라 5년 이상의 유기징역에 처해질 특정 폭력행위자가 경우에 따라서는 공소기각의 판결에서부터 벌금형, 유기징역형에 이르기까지 다양한 형사판결을 받도록 만들고 있는데, 이러한 결과는 검사가 적용법조를 선택한 결과이지 법관이 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 심판한 결과가 아니라는 점에서 법관의 재판권을 침해하는 결과에 이르고 있다.

#### 나. 법무부장관 및 서울북부지방법검찰청 검사장의 의견요지

(1) 폭처법 제3조 제2항이 특별히 가중하고 있는 형법상의 각죄가 비록 행위의 태양이 각기 다르고 죄질과 위험성의 정도가 각기 다르다 하더라도 두 가지의 특수한 구성요건, 즉 “야간에” “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여”라는 두 가지 요건을 구비할 경우에는 그 어느 것이나 동일한 정도의 위험성이 있게 됨을 고려하여 같은 유형의 독립된 하나의 범죄형태로 규정하게 된 것이라고 할 수 있으므로 비례의 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

(2) 폭처법 제3조 제2항의 법정형은 야간에 흉기를 휴대한 경우에는 폭행 또는 협박을 가한 자든 상해 또는 체포·감금, 갈취한 자든지 간에 그 ‘위험성’으로 말미암아 최소 5년의 징역형에 처해야 한다는 것을 의미할 뿐이고, 형법상의 각 본조에 따라 법정형 5년 이상 15년 이하의 범위에서 충분히 다르게 취급할 수 있기 때문에 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 검사의 법률적용의 문제는 우리 형사소송법이 기소편의주의와 기소독점주의를 선택하고 있는 결과로 모든 형벌조항의 적용에 있어서 동일하게 발생하는 문제이지 이 사건 법률조항에 한정된 문제는 아니다. 따라서 이러한 검사의 적용법조 선택으로 인해 법관의 독립성이 침해된다고 할 수 없다.

### 3. 판 단

#### 가. 폭처법의 제정 및 개정 경위

##### (1) 제정 경위

폭처법은 일본의 폭력행위등처벌에관한법률을 모델로 1961. 6. 13. 국가재건최고회의 제3차 상임위원회에서 의결되어 같은 달 20. 법률 제625호로 공포·시행되었다.<sup>6)</sup> 폭처법의 제정이유는 자유당정권 시절부터 사회문제화된

6) 그 밖에 군사정부는 국가재건비상조치법 제22조에 따라 1961. 6. 22. 자유당 말기에 위세를 떨치던 단체적 폭력행위자를 엄단키 위하여 소급법인 “특수범죄처벌에 관한특별법”(공포일로부터 3년 6월까지 소급시행)을 제정하고, 1961. 12. 13. 형법에 의하여 처벌할 수 없는 폭력행위자에 대한 노역취급을 내용으로 하는 “폭력행

집단적 또는 상습적으로 폭력행위 등을 자행하여 사회질서를 문란하게 하고 사회불안을 조성하는 자 등을 처벌함(동법 제1조)으로써 사회질서를 바로잡고 불안을 해소하기 위한 것이었다. 즉, 근대적 범죄현상에 따른 폭력행위자로서 사회적 질서문란이나 불안조성이라는 “사회적 법익”을 침해한 경우에 이 특별법에 의하여 가중처벌하고 그 단속을 강화하자는 것이었다.

전문 10개조 및 부칙으로 된 제정 당시의 폭처법은 야간에 또는 상습적으로 형법 제257조 제1항(상해), 제260조 제1항(폭행), 제276조 제1항(체포·감금), 제283조 제1항(협박), 제319조(주거침입·퇴거불응), 제324조(폭력에 의한 권리행사방해), 제350조(공갈) 또는 제366조(손괴)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역으로 가중처벌하고(동법 제2조), 이러한 범죄들을 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 범한 자 또는 “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나” 수인이 공동하여 그 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역으로 가중처벌하며(동법 제3조 제1항), 동 조항의 죄를 “야간에” 또는 “상습적으로” 범한 자는 3년 이상의 유기징역으로 가중처벌하도록 규정하였다(동법 제3조 제2항).

## (2) 개정 경위

폭처법은 지금까지 5차례, 즉 1962. 7. 14. 법률 제1108호(1차), 1980. 12. 18. 법률 제3279호(2차), 1990. 12. 31. 법률 제4294호(3차), 1993. 12. 10. 법률 제4590호(4차), 2001. 12. 19. 법률 제6534호(5차)로 각 개정되었는데, 폭처법의 개정은 언제나 처벌을 강화하고 새로운 처벌조항을 신설하는 방향으로 이루어졌다. 그 중 이 사건 법률조항과 관련이 있는 개정은 제1차 내지 제3차 개정이다.

(가) 제1차 개정의 계기가 된 것은 대법원판례였다. 즉, 대법원은 1962. 5. 10. 선고 한 62오20 판결에서 “2인 이상이 합동하여 야간에 사람의 신체에 상해를 가하였다고 하더라도 그것이 사회질서를 문란케 하고 사회적 불안을 조성케 한 경우가 아니면 일반형법이 적용되고 폭처법이 적용되지 아니한다.”고 판시하였다. 이에 따라 국가재건최고회의는 1962. 7. 14. 법률 제1108호로 폭처법을 개정하여 제1조(목적)를 “본법은 집단적, 상습적 또는 야간에 폭력행위 등을 자행하는 자 등을 처벌함을 목적으로 한다.”고 개정하였다. 이는 사회질서를 문란케 하고 사회적 불안을 조성케 하는 등의 사회적 법익침해에

---

위자등단속에관한특례법”을 제정하였다(이 법은 1963. 9. 19. 폐지되었다).

이르지 아니하는 이러한 폭력행위까지 동법의 적용대상으로 확대한 것으로서, 형법규정에 비추어 볼 때 특별법으로서의 의의가 많이 감소하게 되었다.

(나) 폭처법에 대한 제2차 개정은 국가보위입법회의에서 1980. 12. 18. 법률 제3279호로 이루어졌다. 동 개정법은 종전의 제3조 제2항을 “② 야간에 제1항의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”와 “③ 상습적으로 제1항의 죄를 범한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.”으로 나누어 ‘야간의’ 폭력행위에 대하여는 종전과 같이 3년 이상의 유기징역형으로, ‘상습적인’ 폭력행위에 대하여는 무기 또는 5년 이상의 징역형으로 형을 가중하였다.

한편, 1990. 12. 31. 법률 제4294호 제3차 개정의 취지는 조직폭력사범, 상습폭력사범, 집단폭력사범 및 흉기사용폭력사범을 엄벌하여 민생치안의 확립에 이바지하려는 것이었다. 그리하여 동 개정법 제3조 제1항은 법정형을 2년 이상의 유기징역에서 3년 이상의 유기징역으로 가중하였고, 동조 제2항도 법정형을 3년 이상의 유기징역에서 5년 이상의 유기징역으로 가중하였다.

### (3) 일본의 경우

우리나라 폭처법 제정의 모델이었던 일본의 대정(大正) 15년(1926) 4. 10. 법률 제60호 제정 폭력행위등처벌에관한법률은 그 후 몇 차례의 개정을 거쳐 평성(平成) 15년(2003) 7. 18. 법률 제122호로 최종개정되었다. 동법은 제1조(집단적 폭행·협박·훤기), 제1조의2(총포 등에 의한 상해), 제1조의3(상습적 상해·폭행·협박·훤기), 제2조(집단적 면회강청, 강경한 담판협박), 제3조(집단에 의한 살인 등을 위한 이익의 공여·수수) 등 5개의 조문을 두고 있는데, 우리 폭처법 제3조 제2항과 같이 “야간에” 이루어진 폭력행위에 대한 가중처벌규정은 없다.

### 나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

#### (1) 형사특별법의 일반예방 목적과 중벌의 문제점

형벌은 범인에 의해 저질러진 규범침해를 이유로 그 범인에게 내려지는 공적·사회윤리적 반가치판단이다. 그러나 국가작용으로서의 형벌인 만큼 범죄와는 질적으로 다른 도덕적 우월성을 지녀야 한다.

(가) 국가의 형벌권을 정당화하는 이론으로는 보통 응보이론, 일반예방이론, 특별예방이론, 절충이론 등이 알려져 있다. 폭처법과 같은 형가중적 특별법<sup>7)</sup>은 사회 일반에서 물의를 빚고 있는 특정 범죄행위를 기존의 형량보다 중

7) 이러한 예는 폭처법 외에 특정범죄가중처벌법, 특정경제범죄가중처벌법, 특정강

한 형으로 처벌한다. 이는 범죄로부터 일반 사회인을 보호하고 아울러 일반인을 위하(威嚇)시킴으로써 그러한 범죄를 예방하려는 소위 “소극적 일반예방”의 목적에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그러므로 형가중적 특별법의 제정은 일반예방이라는 형사정책적 목적의 달성을 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다.

그러나 특정 범죄행위에 대한 처벌의 필요성이 아무리 높고 범죄행위에 대한 사회적 반감이 고조된 상태라 하더라도 형법의 기본원칙인 죄형의 균형성을 무시하면서까지 형량을 높이는 것은 바람직하지 않다. 형벌이 지나치게 가혹하거나 잔인하면 일시적으로는 범죄 억지력을 발휘할지 모르지만 결국에는 중벌에 대해 면역성과 무감각이 생기게 될 뿐이고, 나아가 범죄예방과 범질서 수호로 이어지는 것이 아니라 법의 권위를 실추시키고 범질서의 영속성과 안정을 저해하는 요인이 될 뿐이다.

(나) 일찍이 몽테스키외는 “모든 이완의 원인을 살펴보면 이완은 범죄를 처벌하지 않았던 것의 결과이지 형벌을 경감한 결과가 아니라는 것을 알게 된다. 형벌을 받아도 부끄럽지 않다고 생각하는 나라가 있다면 그것은 폭정의 결과이다. 폭정은 악당에 대해서나 정직한 사람에 대해서나 동일한 형벌을 과해 왔기 때문이다. 그리고 만약 잔혹한 형에 의해서 사람들이 억압되어 있는 나라가 있다고 하면 그것도 역시 대부분 정부의 폭력의 결과라고 간주할 수 있다. 그러한 정부는 이런 형을 가벼운 죄에도 행사해 왔기 때문이다.”라고 하여 중벌의 문제점을 지적하였다.<sup>8)</sup>

이는 규범준수를 담보할 것으로 기대되는 요소로서 더 큰 비중을 차지하는 것은 “제재의 양 내지 강도”(Sanktionshöhe)가 아니라 “제재의 개연성 내지 가능성”(Sanktionswahrscheinlichkeit)이라는 것을 말해 준다. 즉, 규범을 위반한 경우에 제재가 가해질 개연성 내지 가능성이 높을수록 규범준수의 실효성을 높일 수 있는 것이다.

## (2) 형벌과 책임간의 비례성원칙 위반 여부

형사법상 책임원칙은 기본권의 최고이념인 인간의 존엄과 가치에 근거한 것으로, 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임, 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다.

---

력범죄의 처벌에 관한 특별법 등이 있다.

8) 몽테스키외, 「법의 정신」(이명성 역), 홍신문화사, 2003, 82면.

(가) 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230). 따라서 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는데 대한 입법자의 입법형성권이 무제한으로 인정될 수는 없다. 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.

이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지이다. 원래 특별법은 일반법의 제정 이후 사회적 변화를 반영하여 일반법을 보완 혹은 대체하기 위해 제정되는 것으로서 그 용도는 어디까지나 한시적이고 제한적이지 않으면 안된다. 폭처법 역시 다른 법률과 마찬가지로 범죄와 형벌은 헌법질서에 기초한 그 시대의 가치체계와 일치하도록 제정되어야 하는 것이다. 그러므로, 그 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는, 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242, 252-253 참조).

(나) 범죄와 형벌의 균형은 헌법질서에 기초한 그 시대의 가치체계와 일치되어야 한다. 행위의 불법성에 대한 인식에 일정한 가치합의가 있다고 해도 그 행위에 대한 법적 평가는 헌법의 가치체계를 존중하면서 형벌법규 전반에 걸쳐 일정한 비례관계가 갖추어지지 않으면 안되는 것이다. 따라서 기본법인 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현하고 있다고 볼 때, 사회적 상황의 변경으로 인해 특정 범죄에 대한 형량이 더 이상 타당하지 않을 때에는 원칙적으로 법정형에 대한

새로운 검토를 요하나, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안된다.

이 사건 법률조항을 포함한 폭처법 제3조 제2항은 동 조항의 적용대상인 형법 본조에 대하여 일률적으로 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고, 이에 따라 원래의 법정형은 낮게는 폭행(제260조 제1항)이나 협박(제283조 제1항)과 같이 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 상해(제257조 제1항) 또는 공갈(제350조)과 같이 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 그 행위가 야간에 행해지고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 사정만으로 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지 원칙 내지는 비례의 원칙에도 어긋난다고 아니할 수 없다.

(다) 야간의 폭력행위는 범행, 증거인멸 및 도피가 용이하고 피해가 증대되며, 야간에 있어서의 일반인의 휴식을 깨뜨리거나 심리적 불안을 조성할 가능성이 큰 것이 사실이다.

그러나 폭처법이 제정될 때와는 달리 오늘날 우리 사회는 이미 도시화가 이루어진 산업사회로 접어들어 야간의 생활활동이 빈번해졌기 때문에, 범죄행위가 야간에 이루어졌다는 이유만으로 사회구성원의 평온을 해하는 정도가 일률적으로 주간보다 크다고 할 수는 없다.

앞에서 본 바와 같이 일본의 폭력행위등처벌에관한법률은 야간에 이루어진 폭력행위에 대한 가중처벌규정이 없다. 또한, 우리 법무부가 1992년 폭처법의 관계규정을 형법에 흡수하는 한편 폭처법을 폐지한다는 내용으로 마련한 형법개정안(제121조, 제126조, 제140조, 제143조, 제160조, 제178조, 제216조, 제231조 등)에서도, 야간이라는 이유만으로 형을 가중하는 근거가 뚜렷하지 않다는 이유로<sup>9)</sup> 형벌의 가중요소로서 “야간”이라는 구성요건을 배제하고 있다.

(3) 형벌의 체계정당성 및 평등원칙의 위반 여부

(가) 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상

---

9) 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서」, 1992, 123·125·126면 참조.

의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는, 인간의 존엄성과 가치를 보살피는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등의 원칙에 반하는 위헌적 법률이라는 문제가 제기된다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바 24, 판례집 4, 225, 233 참조).

폭처법 제3조 제2항에 해당하는 범죄와 유사하거나 관련있는 범죄로서 동조항에 해당하지 아니하는 범죄를 살펴 보면, 예컨대 형법 제259조 제1항의 상해치사의 경우 사람의 사망이라는 엄청난 결과를 초래한 범죄임에도 3년 이상의 유기징역형으로 그 법정형이 규정되어 있다. 그런데, 상해치사의 범죄를 야간에 흉기 기타 물건을 휴대하여 범한 경우에도 그 법정형은 여전히 3년 이상의 유기징역형을 고려하면, 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항의 협박죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 법정형이 형벌의 체계정당성에 어긋남을 알 수 있다.

(나) 물론 야간에 흉기 등을 소지하고 폭력을 행사하는 것이 주간에 흉기 등을 소지하지 아니하고 폭력을 행사하는 경우보다 그 죄질이 중하고 위험성도 높으므로 중하게 처벌하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 그러나, 그 법정형을 가중하는 것도 형법상의 기존 법정형을 기준으로 일정 정도를 가중하는 것이 옳고, 그 가중의 정도도 유사범죄와 비교하여 현저히 부당하지 아니한 범위내에서 가중하도록 해야 하는 것이 타당하다고 할 것이다.

그런데, 예컨대 야간에 위험한 물건을 휴대하여 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하는 것이 폭력행위의 근절이라는 입법목적을 달성하기 위하여 불가피한 입법자의 선택이었다 하더라도, 이 사건 법률조항은 이러한 폭력행위자를 행위내용 및 결과불법이 전혀 다른, “협박”을 가한 자를 야간에 위험한 물건의 휴대라는 범죄의 시간과 수단을 매개로, 상해를 가한 자 또는 체포·감금, 갈취한 자와 동일하다고 평가하고 있다. 이것은 달리 취급하여야 할 것을 명백히 자의적으로 동일하게 취급한 결과로서, 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 평등원칙에도 위배된다고 할 것이다.

#### (4) 여론(餘論)

형사특별법은 형법전이 미처 범죄로 파악하지 못했던 신종 범죄의 신속한 규율이라든가 일정 영역에 있어서 보다 자세하고 구체적인 규정을 둘 필요성이 있는 경우에만 한정적으로 제정되는 것이 바람직하다. 그러나 우리나라의

경우 법률의 철저한 집행을 통하여 범죄를 억지하는 것이 아니라 중형을 규정한 법률의 제정을 국민들에게 홍보함으로써 위하(威嚇)를 통한 범죄의 억지를 꾀하고 있다는데 문제의 심각성이 있다. 이는 폭처법을 포함한 우리나라 대부분의 형사특별법이 일반법인 형법에 규정된 범죄의 형가중만을 내용으로 하고 있다는 데서 잘 드러나고 있다.

중벌주의가 언제나 부정적인 효과만 있다고는 볼 수 없다. 그러나 중벌주의에만 의존하는 형사정책은 문제가 있다. 폭처법의 경우 범죄발생시간이나 장소, 수단, 전과, 상습성 등에 따른 형벌가중을 규정하고 있다. 그러나 이러한 사유에 대하여 가중처벌하는 것이 반드시 특별법 제정을 통해서만 달성될 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면, 이러한 차이는 그 차이가 중대하지 않는 한 법정형의 범위내에서 해결할 수 있고, 만일 법정형이 이들 범죄의 다양한 유형을 차별화하여 적용하기에 한계가 있다면 법정형을 강화할 수도 있을 것이기 때문이다. 예컨대, 앞에서 본 법무부의 1992년 형법개정안은 그러한 방안의 하나로 볼 수 있을 것이다.

#### 4. 결 론

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되며, 형벌체계상의 균형성을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에도 위반된다 할 것이므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

따라서, 이와는 달리 폭처법(1961. 6. 20. 법률 제625호로 제정되고 1990. 12. 31. 법률 제4294호로 개정된 것) 제3조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 헌재 1995. 3. 23. 94헌가4 결정은 이 결정의 견해와 저촉되는 한도내에서 이를 변경하기로 한다.

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

## 구 노동조합및노동관계조정법 제40조 제2항 등 위헌소원

(2004. 12. 16. 2002헌바57 전원재판부)

### 【판시사항】

노동조합과 사용자 및 노동조합및노동관계조정법 제40조 제1항이 정하는 자 외 제3자가 단체교섭 또는 쟁의행위에 간여하는 것을 금지하고 이를 위반하였을 경우 처벌하도록 규정하고 있는 노동조합및노동관계조정법 제40조 제2항 및 제89조 제1호 중 ‘간여’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 죄형법정주의가 요구하는 명확성 원칙에 위반되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

이 사건 법률조항의 입법목적과 경위, 법률의 전반적인 체계, 법문의 구성 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항에서 말하는 “간여”란, 단체교섭이나 쟁의행위에 관련된 제3자의 행위를 전체적으로 평가하여 볼 때 단체교섭이나 쟁의행위의 강요·유도·조장·억압 등 노동관계 당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 영향을 미칠 만한 간섭행위를 포괄하는 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 의미는 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하여 누구나 파악할 수 있다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 위반된 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항을 위헌으로 판단하여야 할 다른 사유도 찾아볼 수 없다.

### 재판관 전효숙의 한정합헌의견

이 사건 법률조항은 적법 또는 불법을 가리지 않고 단체교섭 및 쟁의행위에 대하여 근로자와 사용자 외 원칙적으로 제3자의 간여를 금지하고 있는데, 이는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 제3자가 적법한 단체교섭 등에 간여하여 실질적으로 도움을 주거나 영향력을 행사하는 것을

국가가 법률로써 금지하는 것은 헌법에 의하여 보장되는 근로3권을 약화시키게 되고 이는 결국 헌법 제10조 후문이 규정하고 있는 국가의 기본권 보장의무를 위반하는 것이다. 둘째, 적법행위에 간여하는 것을 처벌하는 것은 자연적 정의와 죄형법정주의의 정신에 배치된다. 기본적인 행위 자체에 아무런 위법성을 발견할 수 없음에도 그러한 행위에 관여하였다는 사유로 처벌한다는 것은 자연적 정의관에 반하기 때문이다. 마지막으로, 노사관계 특히 단체교섭 또는 쟁의행위와 같이 사회적으로 중대한 문제에 대하여 노사 관계자를 제외한 제3자가 아무런 행위나 표현을 하지 못한다고 하는 것은 헌법 제10조 전문이 규정하는 행복추구권의 하나인 일반적 행동자유권과 표현의 자유를 침해할 개연성이 매우 높다. 따라서 이 사건 법률조항이 합헌성을 유지하기 위해서는 그 적용범위를 좁혀 적법한 단체교섭 또는 쟁의행위에 대하여 제3자가 간여한 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 한정적으로 해석하여야 할 것이다.

### 【심판대상조문】

노동조합및노동관계조정법 제40조(노동관계의 지원) ① 생략

② 제1항 각 호 외의 자는 단체교섭 또는 쟁의행위에 간여하거나 이를 조종·선동하여서는 아니된다.

노동조합및노동관계조정법 제89조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제37조 제2항, 제38조 제1항, 제40조 제2항 또는 제42조 제1항의 규정에 위반한 자
2. 생략

### 【참조조문】

헌법 제10조

구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제12조의2(제3자 개입 금지) 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와의 단체교섭에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나, 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제삼자개입으로 보지

아니한다.

구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제13조의2(제3자 개입금지) 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다.

### 【참조판례】

헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4  
헌재 1993. 3. 11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29

### 【당 사 자】

청 구 인 진○구  
대리인 법무법인 바른법률  
담당변호사 정귀호  
당해사건 서울고등법원 2001노2159 직권남용권리행사방해 등

### 【주 문】

노동조합및노동관계조정법 제40조 제2항 및 제89조 제1호 중 ‘간여’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

### 【이 유】

#### 1. 사건의 개요 및 심판 대상

##### 가. 사건의 개요

청구인은 1998. 3. 23.경부터 1999. 6. 8.경까지 대검찰청 공안부장으로 재직하면서 전국의 노동 관련 사건 등 공안 관련 검찰 업무를 지휘·감독하며 공안사범 합동 수사본부장으로서 노사 문제 등에 대한 관련 기관의 업무를 조정·총괄하던 자로서, 1998. 9. 22. 서울 서초구 서초동 소재 대검찰청 공안부장실에서 ○○공사 사장인 강○복에게 전화로 ‘○○공사의 직장폐쇄를 풀고 구조조정을 단행하라’는 취지로 말함으로써 ○○공사와 그 노동조합 사이에 진행 중이던 쟁의행위에 간여하였다는 혐의로 기소되어 유죄판결을 선고받았다. 청구인은 항소하여 그 소송(서울고등법원 2001노2159) 계속 중에 노동조

합및노동관계조정법 제40조 제2항, 제89조 제1호 중 ‘간여’ 부분이 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2002초기82), 서울고등법원은 2002. 6. 14. 그 제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 27. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판 대상

이 사건의 심판대상은 노동조합및노동관계조정법 제40조 제2항 및 제89조 제1호 중 ‘간여’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)의 위헌여부인바, 그 규정의 내용은 다음과 같다.

노동조합및노동관계조정법

제40조(노동관계의 지원) ① 노동조합과 사용자는 단체교섭 또는 쟁의행위와 관련하여 다음 각 호의 자로부터 지원을 받을 수 있다.

1. 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체 또는 총연합단체
2. 당해 사용자가 가입한 사용자단체
3. 당해 노동조합 또는 당해 사용자가 지원을 받기 위하여 행정관청에게 신고한 자
4. 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자

② 제1항 각 호 외의 자는 단체교섭 또는 쟁의행위에 간여하거나 이를 조종·선동하여서는 아니된다.

제89조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제37조 제2항, 제38조 제1항, 제40조 제2항 또는 제42조 제1항의 규정에 위반한 자
  2. 청구인의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
- 가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항의 ‘간여’라는 개념에는 조종·선동·방해는 물론 단순한 조언·충고 내지 의견 개진까지도 포함되는 것으로 해석할 수 있으므로 그 의미가 명확하지 않고 포괄적이다. 이러한 문제점은 청구인에 대한 형사사건의 제1심과 항소심의 판결 이유에서 두드러지게 나타난다. 제1심과 항소심은, 피고인의 이 사건 행위가 ‘단순한 조언 내지 권고의 성격을 벗어나 조폐공사의 직장폐쇄에 관한 의사결정에 다소나마 영향을 미칠 수 있는 객관적이고도 구체적인 간여행위’에 해당한다고 판단하였는데, 어떠한 구체적인 조언 내지 권고를 ‘단순한’ 조언 내지 권고로 볼 것인지 아니면 타인의 의사결정에

‘다소나마 영향을 미칠 수 있는 간여 행위’로서 볼 것인지 그 기준이 너무나 모호하고 막연하다.

(2) 이 사건 법률조항은 폐지된 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제 5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제13조의2를 개정한 규정이다. 구 노동쟁의조정법 제13조의2는 ‘직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다’라고 규정하여 ‘개입’ 행위를 목적범의 형태로 한정하고 행위의 태양에 제한을 두고 있음에 반하여, 이 사건 법률 조항은 행위 개념 중 ‘방해’ 및 간여의 목적을 삭제하고 그 순서도 ‘간여’를 ‘조종·선동’에 앞서서 규정함으로써 도리어 위헌인 법률로 개악하였다.

결국, 이 사건 법률조항 중 ‘간여’ 부분은, 자의에 의하지 않는 통상적인 해석으로는 ‘간여’의 개념을 명확히 할 수 없으므로 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙을 위배하여 위헌이다.

#### 나. 법원의 제정신청 기각이유

이 사건 법률조항 중 ‘간여’라는 용어는 건전한 상식을 가진 사람의 통상 해석 방법에 의하여 그 개념을 쉽사리 파악할 수 있음이 명백하여 위 행위의 해당 여부는 누구나 예견할 수 있으므로, 그 구성요건이 명확성을 결하여 죄형법정주의에 위배되는 것이 아니다.

#### 다. 노동부장관의 의견

이 사건 법률 조항에서 사용된 ‘간여’라는 용어가 다소 포괄적인 개념을 사용하고 있다고 할지라도 이는 입법 기술상 불가피한 것이며, 그 의미에 관하여는 법률의 전체적인 체계, 입법목적, 법문의 구성 등에 의하여 해석이 가능하므로, 이 사건 법률 조항의 ‘간여’ 부분은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.

#### 라. 서울지방검찰청 검사장의 의견

정부는 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 및 구 노동쟁의조정법을 폐지하고 노동조합및노동관계조정법을 제정하면서, 구 노동조합법 제12조의2 및 구 노동쟁의조정법 제13조의2의 각 제3자 개입금지에 관한 규정을 개정하여 이 사건 법률조항을 신설하였다. 헌법 재판소는 위 구 노동조합법 제12조의2 및 구 노동쟁의조정법 제13조의2의 규

정이 합헌이라는 결정을 하면서도 위 법률조항의 ‘영향을 미칠 목적’ 및 ‘개입’이라는 용어가 광범위한 해석의 여지를 두고 있다고 지적하였는바, 헌법재판소의 결정을 존중하는 의미에서 이 사건 법률조항에 ‘영향을 미칠 목적’이라는 용어를 삭제하고 ‘개입’ 대신에 더욱 명확한 의미를 지닌 ‘간여’라는 용어를 사용하게 되었다. 따라서 이 사건 법률 조항의 ‘간여’ 부분은 명확성의 원칙에 위배되지 않으므로 청구인의 이 사건 청구는 이유 없다.

### 3. 판 단

가. 구 노동조합법 등의 제3자 개입금지조항에 대한 헌법재판소의 기존 결정

폐지되기 전의 구 노동조합법 제12조의2는 “직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와의 단체교섭에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나, 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다.”라고 규정하고 있었고, 폐지되기 전의 구 노동쟁의조정법 제13조의2는 “직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다.”라고 규정하고 있었다.

헌법재판소는 1990. 1. 15. 위 구 노동쟁의조정법 제13조의2에 대하여(89헌가103, 판례집 2, 4), 1993. 3. 11. 위 구 노동조합법 제12조의2에 대하여(92헌바33, 판례집 5-1, 29) 모두 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 그 이유의 요지는, 위 법률조항들에 규정된 “...기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위”란, 쟁의행위나 단체교섭에 개입한 제3자의 행위를 전체적으로 평가하여 노동관계 당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 대하여 영향을 미칠 목적 아래 이루어진 쟁의행위나 단체교섭의 강요·유도·조장·억압 등의 간섭행위를 포괄하는 것으로 보아야 할 것이므로, 어떠한 행위가 거기에 해당하는지의 여부는 누구나 예견할 수 있고, 따라서 처벌법규의 구성요건에 요구되는 명확성을 충족한다는 것이다.

나. 명확성원칙의 위반 여부

이 사건 법률조항은 단체교섭이나 쟁의행위에 관한 의사결정이 노동관계 당사자의 책임 아래 자주적으로 이루어지도록 함으로써 자율성과 대등성에 기초한 노동관계의 발전을 도모하기 위한 것으로서, 그 입법목적의 점에서는 구 노동조합법 및 구 노동쟁의조정법의 제3자 개입금지조항과 다를 바 없다.

다만, 이 사건 법률조항은 구 법률의 제3자 개입금지조항에 대하여 헌법재판소가 그 결정에서 광범위한 해석의 여지를 두고 있다고 지적한 문구인 “영향을 미칠 목적”, “개입”을 삭제하고 대신 “간여”라는 문구를 사용하고 있다. 또한 현행 노동조합및노동관계조정법은 단체교섭 또는 쟁의행위와 관련한 제3자의 정당한 조력행위를 “지원”이라고 표현하면서 지원 가능한 제3자의 범위를 구 법률에 비하여 명확히 함과 동시에 확대하였고, 제3자에 의하여 간여·조종·선동이 금지되는 분야를 단체교섭과 쟁의행위로 국한하였다.

이와 같은 이 사건 법률조항의 입법목적과 경위, 법률의 전반적인 체계, 법문의 구성 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항에서 말하는 “간여”란, 단체교섭이나 쟁의행위에 관련된 제3자의 행위를 전체적으로 평가하여 볼 때 단체교섭이나 쟁의행위의 강요·유도·조장·억압 등 노동관계 당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 영향을 미칠 만한 간섭행위를 포괄하는 것으로 보아야 할 것이고, 이러한 의미는 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하여 누구나 파악할 수 있다 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 위반된 것이라 할 수 없고, 이 사건 법률조항을 위헌으로 판단하여야 할 다른 사유도 찾아볼 수 없다.

4. 결 론

이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 전효숙의 아래 5.와 같은 한정합헌의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견 일치에 의한 것이다.

5. 재판관 전효숙의 한정합헌의견

나는 적법한 단체교섭 또는 쟁의행위에 노동조합과 사용자 및 구 노동조합 및노동관계조정법 제40조 제1항이 정하는 자 외 제3자가 간여한 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 한정적으로 해석하는 한 합헌이라고 생각하므로 다음과 같이 그 의견을 밝힌다.

가. 이 사건 법률조항의 제정

구 노동쟁의조정법 제13조의2 및 구 노동조합법 제12조의2는 노동조합의 설립 등과 단체교섭, 쟁의행위에 관하여 제3자의 개입금지를 규정하고 있었는데, 이 사건 법률조항은 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 구 노동조합및노동관계조정법이 제정되면서 위 제3자 개입금지 규정을 대체하여 신설되었다.

앞서 다수의견이 밝힌 바와 같이 이 사건 법률조항은 구 노동조합법 등의 제3자 개입금지 규정과 비교하여, 근로관계를 지원할 수 있는 제3자의 범위에 기존에 있던 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체 또는 총연합단체 및 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자 외에 당해 사용자가 가입한 사용자 단체 및 당해 노동조합 또는 사용자가 지원을 받기 위하여 행정관청에게 신고한 자를 추가하고 제3자에 의하여 간여·조종·선동이 금지되는 분야를 단체교섭 또는 쟁의행위로 축소하였으며 법문 중에 ‘기타 영향을 미칠 목적’과 ‘개입’을 삭제하고 ‘간여’라는 용어를 사용하였다. 그러나 위와 같이 종전의 제3자 개입금지 규정의 많은 부분이 개정되었고, ‘간여’라는 용어의 명확성을 인정할 수 있다고 하더라도, 노사관계의 자주성과 산업평화에 의한 국민경제의 발전을 강조하며 원칙적으로 단체교섭과 쟁의행위에 제3자가 간여하는 것을 금지하는 이 사건 법률조항의 근본적인 문제점이 해결된 것은 아니다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 헌법 제33조 제1항이 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있는데, 헌법재판소는 이러한 근로3권을 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’으로 보고 있다. 이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13, 판례집 10-1, 32, 33-33 참조). 물론 근로3권 역시 질서유지나 공공복리라는 관점에서 내재적인 제약이 있으며 그 제한은 노동기본권 보장의 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지·증진할 필요를 비교형량하여 양자가 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정되어야 할 것이다(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2,

729, 731 참조).

(2) 국가는 헌법 제10조 후문에 따라 국민의 기본권인 근로3권을 보장하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 사회권적 성격을 띤 자유권으로서의 근로3권을 보장하기 위하여 노사간의 자주성과 실질적인 대등성을 확보하기 위한 적극적인 활동을 하여야 하는 한편, 근로3권을 저해하는 행위를 하지 말아야 할 소극적 의무도 부담하고 있다.

이 사건 법률조항은 적법 또는 불법을 가리지 않고 단체교섭 및 쟁의행위에 대하여 근로자와 사용자 외 원칙적으로 제3자의 간여를 금지하고 있는데, 단체교섭 및 쟁의행위가 국가에 의하여 보호받아야 할 대상이고 더욱이 그것이 노동관계법 등이 정하는 범위 내의 적법한 것이라면, 뒤에서 자세히 보는 바와 같이 제3자가 적법한 행위에 가담하여 조력하거나 협력하는 행위를 위법하다고 처벌할 수는 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 제3자가 적법한 단체교섭 등에 간여하여 실질적으로 도움을 주거나 영향력을 행사하는 것을 국가가 법률로써 금지하는 것은 헌법에 의하여 보장되는 근로3권을 약화시키게 되고 이는 결국 국가의 기본권 보장 의무를 위반하는 것이라고 할 것이다.

(3) 현재 89헌가103 결정의 한정합헌의견이 적절히 지적하는 바와 같이, 적법행위에 간여하는 것을 처벌하는 것은 자연적 정의와 죄형법정주의의 정신에 배치된다. 적법한 단체교섭 또는 쟁의행위에 간여하는 것과 더 나아가 조종·선동을 하더라도 그 단체교섭 등이 적법한 한도 내에 머문다면 그 행위를 한 근로자 및 사용자는 물론이고 간여·조종·선동한 자 역시 처벌되어서는 안될 것이다. 기본적인 행위 자체에 아무런 위법성을 발견할 수 없음에도 그러한 행위에 관여하였다는 사유로 처벌한다는 것은 자연적 정의관에 반하기 때문이다. 한편, 적법한 쟁의행위라고 하더라도 불법적인 것으로 되기 쉽고 쟁의행위가 미치는 사회적 영향력이 매우 큰 점을 제3자 개입금지의 근거로 삼을 수 있을지 모르나, 적법한 쟁의행위가 불법으로 변하지 않는 이상 간여한 제3자에 대한 처벌은 단순한 범죄발생의 위험성 자체에 대한 처벌로서 심히 부당하다고 하지 않을 수 없다. 또한, 쟁의행위와 달리 단체교섭의 경우는 위와 같이 불법적인 단체교섭으로 변하여 산업평화에 영향을 미칠 위험과 가능성이 크다고 할 수도 없다.

결국 단체교섭 또는 쟁의행위가 적법한 테두리 내에 존재한다면 이와 관련된 간여·조종·선동 역시 형사적으로 처벌받아서는 안되고, 단체교섭 등이 불법적인 것인 경우에 한하여 이에 개입한 자를 처벌하는 것이 죄형법정주의

에 부합한다고 할 것이다.

(4) 이 사건 법률조항은 근로자와 사용자가 자주적으로 노사관계를 해결하여 산업평화에 이바지할 것을 근본적인 목적으로 하여 그 방법론으로 일정한 범위 내의 자를 제외하고 다른 제3자의 개입을 금지하고 있다. 이는 노사관계의 실질적인 대등을 전제로 할 때 그 의미가 있는데, 이러한 대등한 관계를 유지하기 위해서 현 시대에 있어서 필요한 것은 외부를 차단하여 노사를 고립시키는 것이 아니라 사회 내 존재하는 다양한 의견과 정보 및 조력을 합법적인 범위 내에서 취득하도록 만들어주어야 한다는 것이다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항이 노동관계를 지원할 수 있는 자의 범위 내에 '당해 노동조합 또는 사용자가 지원을 받기 위하여 행정관청에게 신고한 자'를 포함한 것은 진실보한 것으로 평가할 수 있지만 이것만으로는 부족하다. 왜냐하면, 단순히 노사관계자가 지원을 받기 위하여 신고한 자만이 단체교섭 등에 간여할 수 있다면 신고절차의 번거로움 또는 신분의 노출로 인하여 불이익을 받을 우려 등으로 인한 단체교섭 등에 관한 조력, 간여 등이 위축될 위험을 피할 수 없고 이로 인한 다양한 사회적 제의건의 표명을 기대할 수 없기 때문이다.

현대사회는 급격하게 변화하고 있으므로 사회 내 현상을 하나의 가치에 의하여 일률적으로 정의하거나 파악하는 것은 실질적으로 매우 어렵고 이렇게 해결하는 것이 바람직한 것도 아니다. 노사관계 특히 단체교섭 또는 쟁의행위와 같이 사회적으로 중대한 문제에 대하여 노사 관계자를 제외한 제3자가 아무런 행위나 표현을 하지 못한다고 하는 것은 헌법 제10조 전문이 규정하는 행복추구권의 하나인 일반적 행동자유권과 표현의 자유를 침해할 개연성이 매우 높다. 사회적으로 긍정적이든 부정적이든 가치가 있는 행위에 대하여 간여하는 것은 사회 내 구성원 사이의 의사형성의 과정으로서, 그 행위가 반사회성을 갖지 않는 적법한 것이라면 이러한 과정에 참여하는 것은 일반적 행동자유권과 표현의 자유의 관점에서 논의되고 보호되어야 하기 때문이다. 노동조합및노동관계조정법 제49조는 노동관계 당사자가 쟁의행위를 자주적으로 조정할 수 있도록 국가로 하여금 조력하여야 할 책무를 규정하고 있는데, 이것 역시 큰 틀에서 본다면 제3자 개입의 일종이라고 할 것인데, 단지 국가의 책무만을 강조할 것이 아니라 사회 구성원의 다양한 의견을 통한 단체교섭 및 쟁의행위의 합리적인 해결을 도모하는 것이 더욱 타당하다고 생각한다.

다. 결 론

결국 적법한 단체교섭 또는 쟁의행위에 대하여도 간여하는 것을 금지하고

이를 위반하였을 경우 형사처벌을 하는 것은, 국가의 기본권 보장 의무 및 죄형법정주의의 위반 및 표현의 자유 등의 침해인 점에 비추어 위헌이라고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 합헌성을 유지하기 위해서는 그 적용 범위를 좁혀 적법한 단체교섭 또는 쟁의행위에 노동조합과 사용자 및 구 노동조합 및 노동관계조정법 제40조 제1항이 정하는 자 외 제3자가 간여한 경우에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 한정적으로 해석할 수밖에 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 합헌이라고 보는 다수의견에 찬성할 수 없고 위와 같이 한정적으로 해석하는 한 합헌이라고 보아야 할 것이다.

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

## 구 국세기본법 제45조의2 등 위헌소원

(2004. 12. 16. 2003헌바78 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 법원에 위헌제청신청을 한 바 없는 법률조항 및 당해사건 재판에 적용되지 않는 법률조항에 대한 헌법소원심판청구의 적법 여부(소극)
2. 경정청구기간을 법정신고기한 경과 후 1년 이내로 규정한 구 국세기본법 제45조의2 제1항 중 “법정신고기한 경과 후 1년 이내” 부분이 납세의무자의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 각하 또는 기각된 때에만 청구할 수 있고, 또 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제로 되어야 하는데, 청구인들은 국세기본법 제45조의2 제1항·제2항 중 각 청구기간에 관한 부분 및 구 국세기본법 제45조의2 제3항·제4항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 아니하였고 따라서 법원의 각하 또는 기각결정도 없었으므로 청구인들의 이 부분 심판청구는 부적법하고, 또 구 국세기본법 제45조의2 제2항 중 청구기간에 관한 부분은 후발적 사유에 의한 경정청구에 관한 것으로서 당해사건에 적용될 여지가 없어 재판의 전제성이 인정되지 않으므로 이에 대한 심판청구 역시 부적법하다.
2. 경정청구제도는 납세의무자가 과다신고된 과세표준 및 세액의 감액을 주장할 수 있는 유일한 권리구제수단인바, 경정청구기간 내에 경정청구를 하지 아니하면 조세쟁송을 제기할 수 없어 행정소송에 의한 구제의 길마저 차단된다는 점에서 경정청구기간을 단기간으로 제한하는 것은 납세의무자의 권리구제를 위한 법원에의 접근권, 즉 재판청구권을 제한하는 측면이 있다. 다만, 경정청구권의 행사기간을 정하는 것은 조세행정의 원활한 운영과 조세법률관계의 조속한

안정 등과 같은 공익상의 필요와 납세의무자의 권익보호라는 서로 상충하는 이익을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제로서, 조세법률관계의 성질 및 조세법의 체계, 기간 내 권리행사의 가능성, 과세관청에 의한 자기시정의 개연성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고, 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다.

구 국세기본법 제45조의2 제1항이 경정청구기간을 법정신고기한 경과 후 1년 이내로 제한한 것은 조세행정의 원활한 운영과 조세법률관계의 조속한 안정을 도모하기 위한 것으로서, 신고납세방식의 조세이든 부과과세방식의 조세이든 납세의무자의 성실하고 정확한 신고가 적정한 과세권 행사의 기초가 된다는 점을 감안할 때, 경정청구기간을 일정하게 제한하는 것은 납세의무자에 대하여 그 기한 내에 자신의 과세표준 및 세액에 대한 계산을 충분히 검토하도록 하여 기한 내 신고의 적정화를 기함과 함께 조세법률관계의 조기안정, 세무행정의 능률적 운용 등 제반 요청을 만족시키기 위하여 권리로써 경정을 청구할 수 있는 기한을 정하는 한편, 당해 기한 내에 청구가 없는 경우에도 관할 세무서장은 직권조사에 의하여 신고한 세액이 과다하다고 인정하는 때에는 적극적으로 감액경정을 함으로써 납세자의 정당한 권리는 보호될 수 있다고 본 취지를 반영한 것이다. 나아가, 일반적으로 납세의무자는 당초 본인이 신고한 과세표준이나 세액이 과다하다는 사실을 다음의 신고기가 도래하는 시점인 6개월 내지 1년 이내에는 그 오류를 발견할 수 있다고 할 것이므로 1년 이하를 과세단위로 하여 세액을 산출하는 대부분의 신고납세방식 세목에서 1년의 기간은 납세자로 하여금 자신이 신고한 것에 대해 재고를 할 수 있는 충분한 기간이 될 수 있다고 할 것이다. 따라서 경정청구기간을 법정신고기한으로부터 1년으로 정한 것이 납세의무자의 권리구제를 위한 재판청구권 행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 짧은 것이라고 볼 수 없으므로 납세의무자의 재판청구권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

구 국세기본법(1994. 12. 22. 법률 제4810호로 개정되고, 2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정되기 전의 것) 제45조의2(경정 등의 청구) ① 과세표준신고서를 법정신고기한내에 제출한 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 법정신고기한 경과 후 1년 이내에 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정후의 과세표준 및 세액을 말한다)의 결정 또는 경정을 관할세무서장에게 청구할 수 있다.

1. 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정후의 과세표준 및 세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과하는 때
  2. 과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정후의 결손금액 또는 환급세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 결손금액 또는 환급세액에 미달하는 때
- ② 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 발생한 때에는 제1항에서 규정하는 기간에 불구하고 그 사유가 발생한 날부터 2월 이내에 결정 또는 경정을 청구할 수 있다.
1. 최초의 신고·결정 또는 경정에 있어서 과세표준 및 세액의 계산근거가 된 거래 또는 행위 등이 그에 관한 소송에 대한 판결(판결과 동일한 효력을 가지는 화해 기타 행위를 포함한다)에 의하여 다른 것으로 확정된 때
  2. 소득 기타 과세물건의 귀속을 제3자에게로 변경시키는 결정 또는 경정이 있는 때
  3. 조세조약의 규정에 의한 상호합의가 최초의 신고·결정 또는 경정의 내용과 다르게 이루어진 때
  4. 결정 또는 경정으로 인하여 당해 결정 또는 경정의 대상이 되는 과세기간 외의 과세기간에 대하여 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과한 때
  5. 제1호 내지 제4호와 유사한 사유로서 대통령령이 정하는 사유가 당해 국세의 법정 신고기한 경과 후에 발생한 때
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 결정 또는 경정의 청구를 받은 세무서장은 그 청구를 받은 날부터 2월 이내에 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 결정 또는 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 그 청구를 한 자에게 통지하여야 한다.
- ④ 결정 또는 경정의 청구 및 통지절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국세기본법(2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정되고, 2003. 12. 30. 법률 7008호로 개정되기 전의 것) 제45조의2(경정 등의 청구) ① 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 법정신고기한 경과 후 2년 이내에 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)의 결정 또는 경정을 관할세무서장에게 청구할 수 있다.

1. 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과하는 때
2. 과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 결손금액 또는 환급세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 결손금액 또는 환급세액에 미달하는 때

②~④ 생략

국세기본법(2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정된 것) 제45조의2(경정 등의 청구) ① 생략

② 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 발생한 때에는 제1항에서 규정하는 기간에 불구하고 그 사유가 발생한 것을 안 날부터 2월 이내에 결정 또는 경정을 청구할 수 있다.

1. 최초의 신고·결정 또는 경정에 있어서 과세표준 및 세액의 계산근거가 된 거래 또는 행위 등이 그에 관한 소송에 대한 판결(판결과 동일한 효력을 가지는 화해 기타 행위를 포함한다)에 의하여 다른 것으로 확정된 때
2. 소득 기타 과세물건의 귀속을 제3자에게로 변경시키는 결정 또는 경정이 있을 때
3. 조세조약의 규정에 의한 상호합의가 최초의 신고·결정 또는 경정의 내용과 다르게 이루어진 때
4. 결정 또는 경정으로 인하여 당해 결정 또는 경정의 대상이 되는 과세기간 외의 과세기간에 대하여 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과한 때
5. 제1호 내지 제4호와 유사한 사유로서 대통령령이 정하는 사유가 당해 국세의 법정 신고기한경과후에 발생한 때

③, ④ 생략

**【참조조문】**

헌법 제27조 제1항

**【참조판례】**

1. 헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177, 188  
헌재 1999. 12. 23. 99헌가5등, 판례집 11-2, 703, 715
2. 헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252, 266  
헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787  
헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773  
헌재 2003. 11. 27. 2003헌바2, 판례집 15-2하, 281, 295

**【당 사 자】**

청 구 인 1. 주식회사 ○○건설

대표이사 서○문

2. 서○문

대리인 법무법인 서면

담당변호사 이운조

당해사건 부산지방법원 2003구합1258 법인세등감액경정거부처분취소

**【주 문】**

1. 구 국세기본법(1994. 12. 22. 법률 제4810호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정되기 전의 것) 제45조의2 제1항 중 “법정신고기한 경과 후 1년 이내” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인들의 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 주식회사 ○○건설(이하 ‘○○건설’이라 한다)과 청구인 서○문은 각 주택건설업을 영위하고 있는 자이다.

(2) 청구인 ○○건설은 2000. 3. 30. 동래세무서장에게 1999년 귀속 법인세 과세표준 및 세액을 각 4,836,184, 074원 및 1,342,131,540원으로 신고하였으나, 동래세무서장에 의하여 위 법인세 과세표준 및 세액이 2001. 6. 11. 각 5,012,159,764원 및 1,391,404,733원으로, 2001. 10. 4. 각 6,512,159,764원 및 1,811,404,733원으로 2차에 걸쳐 각 증액경정되었다.

(3) 청구인 서○문은 2000. 5. 31. 남부산세무서장(1999. 8. 20. 세무서통폐합으로 수영세무서장에게 그 업무가 승계되었다)에게 1999년 귀속 종합소득세 과세표준 및 세액을 각 4,080,000원 및 224,400원으로 신고하였으나, 2001. 10. 4.자로 청구인 부영건설의 1999년 귀속 법인세 과세표준이 6,512,159,764원으로 증액되면서 과세표준 증가액 1,500,000,000원이 청구인 ○○건설의 대표이사인 청구인 서○문에게 상여처분되었으므로 청구인 서○문의 1999년 귀속 종합소득세 과세표준 및 세액이 1,504,080,000원 및 588,632,000원으로 증액되어야 하나, 청구인 서○문은 이를 수정신고하지 아니하였고, 수영세무서장도

아직 증액경정결정을 하지 아니하였다.

(4) 청구인 ○○건설은 1999년 귀속 법인세 과세표준 및 세액을 신고할 당시 투자유가증권처분손실금 1,213,610,000원을 손금산입하지 아니하였다는 이유로 2002. 8. 29. 동래세무서장에 대하여 위 투자유가증권처분손실을 손금산입하여 위 법인세의 과세표준 및 세액을 각 5,298,549,764원 및 1,471,593,933원으로 감액하여 달라는 취지의 경정청구를 하였으나, 2002. 10. 17. 동래세무서장으로부터 구 국세기본법(1994. 12. 22. 법률 제4810호로 개정되고 2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국세기본법’이라 한다) 제45조의2 제1항 소정의 경정청구기간이 도과된 후 제기된 것이므로 경정청구를 각하한다는 취지의 통지를 받았다.

(5) 청구인 서○문도 1999년 귀속 종합소득세 과세표준 및 세액을 신고할 당시 투자유가증권처분손실금 639,260,000원을 필요경비로 산입하지 아니하였다는 이유로 2002. 8. 29. 수영세무서장에 대하여 위 투자유가증권처분손실을 필요경비로 산입하여 위 종합소득세의 과세표준 및 세액을 각 712,658,173원 및 272,063,269원으로 감액하여 달라는 취지의 경정청구를 하였으나, 2002. 10. 30. 수영세무서장으로부터 구 국세기본법 제45조의2 제1항 소정의 경정청구기간이 도과된 후 제기된 것이므로 경정청구를 각하한다는 취지의 통지를 받았다.

(6) 이에 청구인들은 각 국세심판을 거쳐 위 동래세무서장과 수영세무서장의 각 통지가 위법한 경정거부처분이라고 주장하며 부산지방법원에 그 취소를 구하는 소를 제기하고(2003구합1258) 그 소송계속 중 경정청구기간을 제한하고 있는 구 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항의 위헌여부가 그 재판의 전제가 된다고 하여 위헌제청신청(2003아330)을 하였으나, 위 법원이 2003. 8. 28. 위헌제청신청 중 구 국세기본법 제45조의2 제2항에 대한 부분은 각하하고 같은 조 제1항에 대한 부분은 기각하자, 2003. 9. 26. 구 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항의 위헌확인과 더불어 구 국세기본법 제45조의2 제3항, 제4항 및 국세기본법 제45조의2 제1항(2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정되고 2003. 12. 30. 법률 제7008호로 개정되기 전의 것, 이하 같다), 제2항(2000. 12. 29. 법률 제6303호로 개정된 것, 이하 같다)의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

청구인들은 구 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항과 국세기본법 제45조의2

제1항, 제2항 전부에 대하여 헌법소원을 청구하고 있으나, 청구인들이 문제삼고 있는 부분은 위 조항들 중 경정청구기간을 제한한 것의 위헌여부임이 심판청구이유서의 기재에 비추어 명백하므로 심판의 대상을 이와 관련된 부분으로 한정함이 상당하다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 구 국세기본법 제45조의2 제1항 중 “법정 신고기한 경과 후 1년 이내” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)과 같은 조 제2항, 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항 중 각 청구기간에 관한 부분, 그리고 구 국세기본법 제45조의2 제3항, 제4항의 위헌여부이고, 그 내용은 다음과 같다.

구 국세기본법

제45조의2(경정 등의 청구) ① 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 법정신고기한 경과 후 1년 이내에 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)의 결정 또는 경정을 관할세무서장에게 청구할 수 있다.

1. 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과하는 때
2. 과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 결손금액 또는 환급세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 결손금액 또는 환급세액에 미달하는 때

② 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 발생한 때에는 제1항에서 규정하는 기간에 불구하고 그 사유가 발생한 날부터 2월 이내에 결정 또는 경정을 청구할 수 있다.

1. 최초의 신고·결정 또는 경정에 있어서 과세표준 및 세액의 계산근거가 된 거래 또는 행위 등이 그에 관한 소송에 대한 판결(판결과 동일한 효력을 가지는 화해 기타 행위를 포함한다)에 의하여 다른 것으로 확정된 때
2. 소득 기타 과세물건의 귀속을 제3자에게로 변경시키는 결정 또는 경정

이 있을 때

3. 조세조약의 규정에 의한 상호합의가 최초의 신고·결정 또는 경정의 내용과 다르게 이루어진 때
4. 결정 또는 경정으로 인하여 당해 결정 또는 경정의 대상이 되는 과세기간 외의 과세기간에 대하여 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과한 때
5. 제1호 내지 제4호와 유사한 사유로서 대통령령이 정하는 사유가 당해 국세의 법정신고기한 경과 후에 발생한 때

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 결정 또는 경정의 청구를 받은 세무서장은 그 청구를 받은 날부터 2월 이내에 과세표준 및 세액을 결정 또는 경정하거나 결정 또는 경정하여야 할 이유가 없다는 뜻을 그 청구를 한 자에게 통지하여야 한다.

④ 결정 또는 경정의 청구 및 통지절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

국세기본법

제45조의2(경정 등의 청구) ① 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 법정신고기한 경과 후 2년 이내에 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)의 결정 또는 경정을 관할세무서장에게 청구할 수 있다.

1. 과세표준신고서에 기재된 과세표준 및 세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 과세표준 및 세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과하는 때
2. 과세표준신고서에 기재된 결손금액 또는 환급세액(각 세법의 규정에 의하여 결정 또는 경정이 있는 경우에는 당해 결정 또는 경정 후의 결손금액 또는 환급세액을 말한다)이 세법에 의하여 신고하여야 할 결손금액 또는 환급세액에 미달하는 때

② 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 발생한 때에는 제1항에서 규정하는 기간에 불구하고 그 사유가 발생한 것을 안 날부터 2월 이내에 결정 또는 경정을 청구할 수 있다.

1. 최초의 신고·결정 또는 경정에 있어서 과세표준 및 세액의 계산근거가 된 거래 또는 행위 등이 그에 관한 소송에 대한 판결(판결과 동일한 효력을 가지는 화해 기타 행위를 포함한다)에 의하여 다른 것으로 확정된 때
  2. 소득 기타 과세물건의 귀속을 제3자에게로 변경시키는 결정 또는 경정이 있는 때
  3. 조세조약의 규정에 의한 상호합의가 최초의 신고·결정 또는 경정의 내용과 다르게 이루어진 때
  4. 결정 또는 경정으로 인하여 당해 결정 또는 경정의 대상이 되는 과세기간 외의 과세기간에 대하여 최초로 신고한 국세의 과세표준 및 세액이 세법에 의하여 신고하여야 할 과세표준 및 세액을 초과한 때
  5. 제1호 내지 제4호와 유사한 사유로서 대통령령이 정하는 사유가 당해 국세의 법정신고기한 경과 후에 발생한 때
2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청기각 등 이유 및 관계기관의 의견가. 청구인들의 주장

국세부과의 제척기간 내에는 납세의무자의 경정청구권이 당연히 존재하는 것임에도 불구하고 국세기본법 제26조의2 제1항이 국세부과의 제척기간을 5년 내지 15년으로 정하고 있음에 반해 구 국세기본법 제45조의2 제1항과 제2항이 납세의무자의 경정청구권 행사기간을 과세표준신고서를 법정신고기간 내에 제출한 자의 경우 법정신고기한 경과 후 1년(국세기본법 제45조의2 제1항은 2년), 그리고 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자로서 일정한 사유가 발생한 경우에는 그 사유가 발생한 날부터 2월(국세기본법 제45조의2 제2항은 사유가 발생한 것을 안 날부터 2월)로 제한함으로써 경정청구기간을 국세부과권의 제척기간보다 단기로 정한 것은 납세의무자를 조세채권자에 비하여 불합리하게 차별하는 것이며, 또한 법인세법 제66조와 소득세법 제80조가 과세표준과 세액을 신고하지 아니한 납세의무자에 대하여는 과세당국이 법인세 및 소득세의 과세표준을 조사 경정하도록 하고 있는 점에 비추어 과세표준과 세액을 자진신고한 납세의무자에 비하여 이를 신고하지 않은 불성실납세의무자의 경정청구권을 우대하는 결과를 초래하여 평등원칙에 위반되고, 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청기각 등 이유

(1) 이 사건 법률조항에 대하여

납세의무자에게 과세표준신고에 있어서의 오류 등의 시정을 장기간 허용하면 조세법률관계가 극히 불안정하게 되어 원활한 조세행정의 수행이 어렵게 되므로 납세의무자의 경정청구권의 행사기간을 적절하게 제한할 필요가 있고, 납세의무자의 경정청구권은 조세채무의 감면 내지 환급세액의 증액을 목적으로 하는 것이지만, 과세관청의 경정결정은 조세채무의 증액뿐만 아니라, 감면을 통하여 적정한 조세의 부과를 목적으로 하는 것으로서 양자는 그 취지 및 기능이 다르며, 납세의무자는 과세요건의 사실관계 및 과세자료의 지득이 용이하므로 당초 신고한 과세표준이나 세액이 과다하거나 환급세액이 과소하다는 사실을 쉽게 알 수 있고, 또한 이를 이유로 바로 경정청구권을 행사할 수 있는 반면에 과세관청으로서는 세무조사 등을 하지 아니하고는 납세의무자가 신고한 과세표준이나 세액의 당부를 알기 어려워 신고된 과세표준 및 세액에 오류나 탈루가 있다 하더라도 이를 신속히 경정할 수 없다는 점에 비추어 보면 과세관청의 경정결정권 행사기간과 납세의무자의 경정청구권 행사기간에 차이가 있다 하더라도 이는 입법자의 광범위한 입법형성의 자유영역에 속하는 것이라고 봄이 상당하고, 그러한 차이를 두는 것이 납세의무자의 재산권의 본질적 내용을 침해한다거나 평등의 원칙, 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(2) 구 국세기본법 제45조의2 제2항 중 청구기간에 관한 부분에 대하여

청구인들이 주장하는 경정청구사유인 투자유가증권처분손실은 과세표준 및 세액 신고 당시 이미 발생한 것이어서 구 국세기본법 제45조의2 제2항에서 규정하고 있는 이른바 후발적 경정청구사유에 해당하지 아니하고, 따라서 구 국세기본법 제45조의2 제2항이 당해사건에 적용될 여지는 없으므로 이 부분에 대한 위헌제청신청은 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

다. 국세청장의 의견

(1) 이 사건 법률조항에 대하여

신고납세방식의 조세에 대하여 국세부과 제척기간 내에는 언제든지 경정을 청구할 수 있게 한다면 납세자의 정확한 신고를 기초로 하고 있는 신고납세방식의 제도적 취지에 반하게 되므로 법정신고기한 내 신고의 정확성 유도를 위하여, 그리고 조세법률관계의 조기안정 및 조세행정의 원활한 수행을 위하여 경정청구기간을 국세부와 제척기간보다 단기로 제한하는 것이 필요하며, 부과과세방식의 조세의 경우 불복기간을 부과처분일부부터 90일 이내로 제한하

고 있는 점에 비추어 신고납세방식의 조세의 경우 이를 부과제척기간 내에는 언제든지 시정할 수 있는 기회를 부여한다면 부과세방식의 납세자를 오히려 역차별하는 결과가 된다.

또한 납세자는 당초 본인이 신고한 과세표준이나 세액이 과다하다는 사실을 다음의 신고기가 도래하는 시점인 6개월 내지 1년 이내에는 그 오류를 발견할 수 있다고 할 것이고, 같은 조 제2항이 후발적 경정청구사유가 발생한 날부터 2월 이내에 경정청구를 할 수 있도록 규정하여 납세자의 권익을 최대한 보장하고 있는 점을 감안하면 당초 신고시의 오류를 정정할 수 있는 경정청구권의 행사기간을 법정신고기한 경과 후 1년 이내로 하였다고 하여 납세자의 권리가 지나치게 침해된다고 할 수 없다.

(2) 구 국세기본법 제45조의2 제2항 중 청구기간에 관한 부분에 대하여 법원의 위헌제청신청 각하이유와 대체로 같다.

(3) 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항 중 각 청구기간에 관한 부분에 대하여

국세기본법 부칙(2000. 12. 29. 제6303호) 제1항은 “이 법은 공포한 날부터 시행한다.”, 제2항은 “제45조의2 제1항의 개정규정은 이 법 시행일이 속하는 과세기간분부터 적용한다.”고 규정하고 있으므로 1999년 귀속 법인세 및 소득세에 관한 경정청구의 적법성여부를 다루는 당해사건에 2000. 12. 29. 개정된 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항이 적용될 여지는 없으므로 이 부분은 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

라. 재정경제부장관의 의견

국세청장의 의견과 대체로 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항 중 각 청구기간에 관한 부분 및 구 국세기본법 제45조의2 제3항, 제4항

헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원심판은 법률의 위헌여부심판의 제청신청을 하여 그 신청이 각하 또는 기각된 때에만 청구할 수 있는 것인데(헌재 1997. 8. 21. 93헌바51, 판례집 9-2, 177, 188; 1999. 12. 23. 99헌가5등, 판례집 11-2, 703, 715 등 참조), 청구인들은 국세기본법 제45조의2 제1항, 제2항 중 각 청구기간에 관한 부분 및 구 국세기본법 제45조의2 제3항, 제4항에 대한 위헌여부심판의 제청신청을 하지 아니하였고, 따라서 법원의 각하 또는 기각의 결정도 없었으므로, 청구인들의 이 부분 심판청구는 헌법재

판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

나. 구 국세기본법 제45조의2 제2항 중 청구기간에 관한 부분

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 법원에 계속된 구체적 사건에 적용할 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 하는바, 구 국세기본법 제45조의2 제2항은 후발적 사유에 의한 경정청구제도에 관한 규정으로서 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자 또는 국세의 과세표준 및 세액의 결정을 받은 자가 그 계산근거가 된 거래 또는 행위 등이 판결에 의하여 다른 것으로 확정된 때 등의 후발적 사유가 있는 경우에 그 경정을 청구할 수 있음을 규정하고 있다. 그런데 청구인들이 주장하는 경정청구사유인 투자유가증권처분손실은 과세표준 및 세액 신고 당시 이미 발생한 것이어서 구 국세기본법 제45조의2 제2항에서 규정하고 있는 후발적 경정청구사유에 해당하지 아니하여 위 조항이 당해사건에 적용될 여지는 없으므로 이 부분 심판청구는 재판의 전제성이 없어 부적법하다.

#### 4. 본안에 대한 판단

##### 가. 경정청구제도의 입법연혁 및 취지

경정청구제도는 납세의무자가 과세표준 및 세액을 과다하게 신고하여 납부한 경우 과다신고·납부한 세액의 경정을 청구할 수 있는 제도로서 1994. 12. 22. 법률 제4810호로 국세기본법 개정시 신설되었다. 그 개정 전의 국세기본법 제45조는 후발적 사유에 의한 경정청구제도 없이, 증액수정 및 감액수정을 포괄하는 수정신고제도만을 두고 있었고, 그 수정신고기한을 법인세 및 부가가치세는 법정신고기한 경과 후 6월, 기타의 국세는 법정신고기한 경과 후 1월 내로 제한하였다. 그러나 수정신고기한이 너무 짧고 또 후발적 사유에 의한 수정신고제도가 인정되지 아니하여 납세의무자로부터 많은 불만이 있었고, 다른 한편 감액수정신고의 경우에는 과세표준과 세액의 확정이 신고대로 되는 것이 아니라, 정부의 조사와 결과통지 및 경정절차를 거치게 된다는 점에서 증액수정신고와는 그 효과가 서로 다르므로 이를 구분하여 규정하게 된 것이다.

경정청구제도는 그 사유가 신고시부터 원시적으로 존재한 경우에 관한 통상의 경정청구(국세기본법 제45조의2 제1항)와 그 사유가 신고 후에 발생한 경우에 관한 후발적 사유에 의한 경정청구(같은 조 제2항)로 나뉜다. 통상의 경정청구는 경정청구기간 내에 납세의무자의 귀책사유로 인한 잘못(납세자의

착오, 부지, 계산상의 실수 등)이 발견된 경우 일어날 수 있는 것인 데 비해, 후발적 경정청구는 신고 후에 어떤 사유의 발생과 함께 과세요건사실에 변동이 생긴 경우 일어날 수 있는 것이다.

따라서 경정청구제도는 객관적으로 존재하는 진실한 세액을 초과하여 착오 등으로 과다신고·납부한 경우에 이를 시정하거나, 일정한 후발적 사유의 발생으로 말미암아 과세표준 및 세액 등의 산정기초에 변동이 생긴 경우에 납세자의 이익을 위하여 그러한 사정을 반영하여 시정케 하는 법적 장치이다(헌재 2000. 2. 24. 97헌마13등, 판례집 12-1, 252, 266). 또한 경정청구제도는 납세의무자의 권리를 사후적으로 구제하는 제도로서, 납세의무자가 경정청구를 하고 이에 대하여 과세관청이 경정청구의 이유가 없다고 한 경우 이에 불복하는 납세의무자는 국세심사·심판청구를 할 수 있고, 이에 의하여 만족을 얻지 못하면 행정소송을 제기할 수 있다는 점에서 납세의무자의 권리를 보호하는 기능을 한다.

#### 나. 이 사건 법률조항의 위헌여부

##### (1) 이 사건의 쟁점

납세의무자가 경정청구를 하고 이에 대하여 과세관청이 경정청구의 이유가 없다고 한 경우 이에 불복하는 납세의무자는 국세심사·심판청구를 거쳐 행정소송을 제기할 수 있다는 점에서 경정청구제도가 납세의무자의 권리를 보호하는 기능을 함은 앞서 살펴본 바와 같다.

그러나 법정신고기한 내 과세표준 및 세액 등이 과다신고되었는데 납세의무자가 기한 내에 경정청구를 하지 아니한 경우 과세관청이 직권에 의하여 그 과다신고내용을 시정·감액결정하는 것은 가능하지만 납세의무자는 다른 권리구제수단에 의해 그 감액을 주장하는 것이 허용되지 아니한다.

이와 같이 경정청구제도는 납세의무자가 과다신고된 과세표준 및 세액의 감액을 주장할 수 있는 유일한 권리구제수단인바, 경정청구기간 내에 경정청구를 하지 아니하면 조세쟁송을 제기할 수 없어 행정소송에 의한 구제의 길마저 차단된다는 점에서 경정청구기간을 단기간으로 제한하는 것은 납세의무자의 권리구제를 위한 법원예의 접근권 즉, 재판청구권을 제한하는 측면이 있다.

이와 같은 관점에서 이하에서는 경정청구기간을 법정신고기한부터 1년으로 제한한 이 사건 법률조항이 납세의무자의 재판청구권을 침해하는지의 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

(2) 재판청구권의 침해여부

(가) 경정청구기간 설정에 관한 입법형성권과 그 한계

과세표준신고란 객관적으로 존재하는 납세의무의 크기를 납세의무자가 스스로 확인·산정하여 과세관청에게 알리는 행위이므로 납세의무자가 착오 등으로 인하여 객관적으로 존재하고 있는 진실한 세액보다 과다하게 신고한 경우에는 진실한 세액으로 바로잡을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않으면 안 된다. 다만, 과세표준신고에 있어서의 오류 등의 시정을 무기한으로 허용하게 되면 조세법률관계가 극히 불안정한 상태에 있게 되어 원활한 조세행정의 수행을 어렵게 하므로 그 시정기간을 제한할 필요가 있다 할 것인바, 이와 같은 경정청구권의 행사기간을 정하는 것은 조세행정의 원활한 운영과 조세법률관계의 조속한 안정 등과 같은 공익상의 필요와 납세의무자의 권익보호라는 서로 상충하는 이익을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제로서, 조세법률관계의 성질 및 조세법의 체계, 기간 내 권리행사의 가능성, 과세관청에 의한 자기시정의 개연성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고, 그것이 입법부에 주어진 합리적인 재량의 한계를 일탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다.

(나) 입법자의 재량범위 일탈여부

이 사건 법률조항이 경정청구기간을 법정신고기한 경과 후 1년 이내로 제한한 것은 조세행정의 원활한 운영과 조세법률관계의 조속한 안정을 도모하기 위한 것이다. 일반적으로 경정청구기간을 장기로 인정하게 되면, 그 동안의 국가재정은 항상 불안정한 상태에 놓이게 되므로 그 기간을 일정하게 제한하는 것은 불가피하고, 또한 경정청구기간을 장기로 정하는 것은 실질적으로 신고기한의 연장을 인정하는 것이 되어 법정신고기한을 정한 취지를 무색하게 하여 법률관계의 불안정을 초래하는 등의 부적절한 측면이 있다.

우리의 조세법구조는 조세채권자의 조세채무에 대한 결정권에 대응하여 조세채무자에게는 과세표준 및 세액의 신고에 의한 조세채무의 확정권을 부여하는 신고납세제도를 그 기본적 골격으로 하고 있다. 이는 과세물건의 파악은 누구보다도 납세의무자가 정확히 알고 있다는 전제 아래 그에게 일차적으로 그 측정작업을 맡기는 제도로서 신고납세제도의 실효성확보를 위해서는 납세의무자의 정확한 신고가 필수적이다. 물론 법문상 경정청구제도를 신고납세에 한정한다는 제한을 두지 않고 있으므로 부과세방식의 조세에 대하여도 경정청구제도가 인정된다 할 것인바, 부과세방식의 조세에 있어서는 납세

의무자의 신고가 과세관청의 부과처분을 위한 참고자료에 불과하여 신고납세 방식의 조세의 경우 납세의무자의 신고가 조세채무확정의 효과가 있는 것과 차이가 있기는 하지만, 누락·오류 등이 객관적으로 발견되지 않는 한, 납세의무자의 신고를 존중하여 결정함이 원칙이므로 부과과세방식의 조세에 있어서도 납세의무자의 정확한 신고는 매우 중요하다 할 것이다.

이와 같이 신고납세방식의 조세이든 부과과세방식의 조세이든 납세의무자의 성실하고 정확한 신고가 적정한 과세권행사의 기초가 된다는 점을 감안할 때, 경정청구기간을 일정하게 제한하는 것은 납세의무자에 대하여 그 기한 내에 자신의 과세표준 및 세액에 대한 계산을 충분히 검토하도록 하여 기한 내 신고의 적정화를 기함과 함께 조세법률관계의 조기안정, 세무행정의 능률적 운용 등 제반요청을 만족시키기 위하여 권리로서 경정을 청구할 수 있는 기한을 정하는 한편, 당해기한 내에 청구가 없는 경우에도 관할세무서장은 직권 조사에 의하여 신고한 세액이 과다하다고 인정하는 때에는 적극적으로 감액 경정을 함으로써 납세자의 정당한 권리는 보호될 수 있다고 본 취지를 반영한 것이다.

나아가 일반적으로 납세의무자는 당초 본인이 신고한 과세표준이나 세액이 과다하다는 사실을 다음의 신고기가 도래하는 시점인 6개월 내지 1년 이내에는 그 오류를 발견할 수 있다고 할 것이므로 1년 이하를 과세단위로 하여 세액을 산출하는 대부분의 신고납세방식 세목에서 1년의 기간은 납세자로 하여금 자신이 신고한 것에 대해 재고를 할 수 있는 충분한 기간이 될 수 있다고 할 것이다.

이상과 같은 사정들을 감안할 때, 경정청구기간을 법정신고기한부터 1년으로 정한 것이 납세의무자의 권리구제를 위한 재판청구권행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도로 짧은 것이라고 볼 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항이 경정청구기간을 법정신고기한부터 1년으로 정한 것은 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것으로서 납세의무자의 재판청구권을 침해하는 것이라고는 볼 수 없다.

### (3) 평등원칙위반 주장 등에 대한 판단

(가) 청구인들은 경정청구기간을 국세부과권의 제척기간보다 단기로 정한 것은 납세의무자를 조세채권자에 비하여 불합리하게 차별하는 것으로서 평등의 원칙에 위반된다고 주장한다.

헌법상 평등의 원칙은 일반적으로 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의

적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있는 것으로 해석되고, 평등원칙위반여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 허용되는 입법형성권의 정도에 따라서 달라지는데(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조), 특별한 사정이 없는 한, 법률의 평등원칙위반여부는 입법자의 자의성이 있는지의 여부만을 심사하게 된다.

자의금지원칙의 위반에 대한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가 하는 차별취급의 여부와 ② 이러한 차별취급이 자의적인가의 여부라고 할 수 있다. ①의 기준과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한지의 여부에 대한 판단은 일반적으로 관련 헌법규정 및 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있다. 그리고 ②의 기준과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미한다.

그런데 이 사건의 경우 납세의무자의 경정청구권은 과세표준 및 세액의 감소나 결손금액 또는 환급세액의 증가를 목적으로 하는 것인 반면, 과세관청의 경정결정은 과세표준 및 세액의 증가뿐 아니라 감소를 통하여 적정한 조세의 부과를 목적으로 하는 것으로서 양자는 그 취지 및 기능 등 여러 가지 측면에서 본질적으로 상이한 제도로 봄이 상당하므로 경정청구권을 가지는 납세의무자와 국세부과권을 가지는 조세채권자를 '본질적으로 동일한 두 개의 비교집단'이라고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반하여 청구인들의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(나) 청구인은 법인세법 제66조와 소득세법 제80조의 규정내용에 비추어볼 때, 이 사건 법률조항은 과세표준과 세액을 신고하지 않은 불성실납세의무자의 경정청구권을 우대하는 결과를 초래하여 평등원칙에 위반된다고 주장하나, 법인세법 제66조와 소득세법 제80조는 국세부과권의 제척기간 내에 과세권자가 할 수 있는 과세표준과 세액의 결정 및 경정에 관한 규정으로서 납세의무자가 과세표준과 세액을 신고하지 아니한 경우의 결정·경정뿐만 아니라, 납세의무자가 과세표준과 세액을 신고한 경우의 경정도 함께 규정하고 있으며, 경정청구권을 행사할 수 있는 자는 과세표준신고서를 법정신고기한 내에 제출한 자에 한정되고 법정신고기한 내에 신고하지 아니한 자는 경정청구를 할 수 없음이 이 사건 법률조항의 법문상 명백하므로, 이 사건 법률조항이 과세표준과 세액을 신고한 납세의무자를 신고하지 아니한 납세의무자에 비하여 차별한다고 볼 수 없다.

(다) 청구인들은 이 사건 법률조항이 납세의무자의 경정청구권 행사기간을 국세부과권의 제척기간에 비하여 지극히 단축시킨 것은 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 주장한다.

일반적으로 조세와 재산권의 관계에 있어서 조세의 부과 징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙적으로 재산권의 침해가 되지 않는다고 하더라도 그로 인하여 납세의무자의 사유재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게되는 경우에는 재산권의 침해가 될 수 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773; 2003. 11. 27. 2003헌바2, 판례집 15-2 하, 281, 295).

그러나 경정청구기간을 국세부과권의 제척기간보다 단기로 정하였다는 이유만으로 재산권침해가 생기는 것은 아니며, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항이 경정청구권의 행사기간을 제한한 데에 합리적 이유가 있는 이상 경정청구기간을 법정신고기한 경과 후 1년 이내로 제한하였다고 하여 청구인의 사유재산에 관한 이용·수익 처분권이 중대한 제한을 받게 되는 것이 아니므로 재산권의 침해가 되지 않는다고 할 것이다.

#### 5. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하고, 청구인들의 나머지 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 도로교통법 제78조 제1항 단서 위헌소원

(2004. 12. 16. 2003헌바87 전원재판부)

### 【판시사항】

음주측정거부자에 대해 필요적으로 면허를 취소할 것을 규정한 도로교통법 제78조 제1항 단서 제8호가 재산권, 직업선택의 자유, 행복추구권, 또는 양심의 자유 등에 대한 과도한 금지에 해당하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

도로교통법 제41조 및 그 시행령 제31조는 혈중 알콜농도가 0.05% 이상의 경우를 음주운전으로 규정하고 있고 음주운전자에 대하여는 그 면허를 취소할 수 있도록 규정하고 있다. 그러므로 음주운전 여부를 가리기 위하여는 음주의 정도가 백분율(%)로 표시되는 방법의 측정을 할 수밖에 없고(必要的 前置) 만일 이를 거부 내지 회피하는 것을 용인하게 되면 음주운전, 즉 혈중 알콜농도의 수치 0.05% 이상임을 인정할 수 없게 되어 음주운전자는 면허의 취소라는 행정적 제재의 범주에서 원천적으로 벗어나게 된다. 그렇게 되면 많은 음주운전자들이 자연히 음주측정을 거부하게 되고 이렇게 되면 음주운전에 대한 효과적인 단속이 매우 어렵게 된다. 이러한 폐단을 방지하기 위하여 법은 음주측정 거부자에 대한 형사처벌의 법정형을 음주운전자에 대한 그것과 동일하게 규정하고 마찬가지로 이유로 음주측정 거부자에 대한 행정제재를 음주운전자에 대한 그것의 상한(운전면허의 취소)과 동일하게 규정하고 있다.

그렇다면 음주측정거부에 대한 행정상의 제재를 임의적 면허취소로 하지 않고 필요적 면허취소로 규정하는 것은 그 입법목적이 정당하고 입법목적의 달성에 효과적이고도 불가피한 수단이 된다.

나아가 음주운전으로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 엄청난 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성에서 필연적으로 파생되는 음주측정거부에 대한 제재의 공익적 중대성 또한 크다. 한편 음주측

정 거부자가 운전면허를 필요적으로 취소당하여 입는 개인적인 불이익 내지 그로부터 파생되는 여타의 간접적 피해의 정도는 위에서 본 공익의 중대함에 결코 미치지 못한다.

또한 음주운전이 초래할 수 있는 잠재적인 사고 위험성의 심각도에 비추어 볼 때 음주운전행위 및 음주측정 거부행위의 심각한 위험성은 여러 가지 다른 이유에 의하여 현실로 발생하는 경미한 교통사고의 경우와는 비교할 수 없을 정도로 훨씬 더 크다. 따라서 음주측정 거부행위에 대한 제재로서 운전면허를 반드시 취소하도록 하는 것이 법익 간의 균형을 도외시한 것이라고 보기 어렵다.

또한 앞에서 본 바에 의하면 음주측정은 음주운전을 단속하기 위한 불가피한 전치적(前置的) 조치라고 인정되므로 경찰관의 음주측정요구에 응하는 것은 법률이 운전자에게 부과한 정당한 의무라고 할 것이고 법률이 부과한 이러한 정당한 의무의 불이행에 대하여 이 정도의 제재를 가하는 것은 양심의 자유나 행복추구권 등에 대한 침해가 될 수 없다.

#### 재판관 김효종의 반대의견

음주운전의 방지에 의한 교통질서의 확립과 국민의 생명, 신체의 보호가 긴요하여 행정적 제재를 강화할 필요가 있었다 하더라도 구 도로교통법(1999. 8. 31. 법률 제5999호로 개정된 것) 제78조 제1항 단서의 임의적 면허취소·정지조항이 규정하고 있는 규제권한의 범위 내에서도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능하였다고 할 것이다. 왜냐하면, 음주측정거부의 경우에도 음주의 정도, 음주운전을 하게 된 경위, 운전거리 및 측정거부를 하게 된 경위 및 그 이후의 태도 등 제반 사정을 고려하여 위법의 정도에 상응하게 면허의 취소나 정지 등의 제재수단을 선택함으로써 입법목적은 효과적으로 달성하면서도 그에 필요한 범위내에서만 기본권을 제약하는 것이 가능하여 그 과정에서 발생할 수 있는 권리침해도 최소화할 수 있었기 때문이다.

그리고 이 사건 법률조항은 현대 사회·가정·경제생활에 있어서 필수적인 수단인 자동차를 운행하는데 필요한 면허를 취소하는 것으로 직업의 선택이나 수행 등 직업의 자유와 행복추구권과 같은 기본적인 인

권에 대한 제한을 규정하는 것이다. 그리고 음주측정불응으로 인하여 운전면허가 취소되는 경우 그로부터 1년간 운전면허를 받을 수 없고, 청구인과 같이 개인택시운송사업에 종사하는 자의 경우에는 개인택시운송사업면허까지 취소될 뿐만 아니라 그 취소일로부터 2년간 여객자동차운송사업면허를 취득할 수도 없고 개인택시운송사업면허의 양도, 양수마저 제한된다. 이처럼 자동차의 운행을 직업의 직접적인 수단으로 이용하는 국민에게는 특히 생계에 지장을 초래하게 될 만큼 중대한 제약이 된다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 일체의 구체적·개별적 사정을 전혀 고려하지 아니하고 모두 필요적으로 면허를 취소하도록 규정함으로써, 공익침해의 정도가 현저히 낮은 경우에도 반드시 면허를 취소할 수밖에 없게 하고 있으니, 이는 보호하고자 하는 공익에 비하여 기본권침해의 정도가 과중하다고 하지 아니할 수 없고 따라서 법익균형성의 원칙에 위배된다 할 것이다.

또한 음주측정거부자에 대해서는 필요적 운전면허취소의 제재를 가하고 도주차량운전자에 대해서는 임의적 운전면허취소의 제재를 가함에 그치는 것은 형평의 관념에도 어긋난다고 하지 않을 수 없다.

### 【심판대상조문】

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제78조(면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제3호, 제5호 내지 제8호, 제10호 내지 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

1.~7. 생략

8. 제41조 제2항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때

8의2.~16. 생략

②, ③ 생략

**【참조조문】**

구 도로교통법(1999. 1. 29. 법률 제5712호로 개정된 것) 제78조(면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제3호, 제5호 내지 제12호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

1.~7. 생략

8. 제41조의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 술에 취한 상태에 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때

9.~13. 생략

②, ③ 생략

구 도로교통법(1999. 8. 31. 법률 제5999호로 개정된 것) 제78조(면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제3호, 제5호 내지 제7호, 제10호 내지 제12호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

1.~7. 생략

8. 제41조의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 하거나 술에 취한 상태에 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때

9.~13. 생략

②, ③ 생략

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제41조(주취중 운전금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차 등(건설기계관리법 제26조 제1항 단서의 규정에 의한 건설기계 외의 건설기계를 포함한다. 이하 이 조·제42조·제43조 및 제107조의2에서 같다)을 운전하여서는 아니된다.

② 경찰공무원은 교통안전과 위협방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 술에 취하였는지의 여부를 측정된 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의하여 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 대통령령으로 정한다.

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제50조(사고발생시의 조치) ① 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴(이하 “교통사고”라 한다)한 때에는

그 차의 운전자 그 밖의 승무원(이하 “운전자 등”이라 한다)은 곧 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 제1항의 경우 그 차의 운전자 등은 경찰공무원이 현장에 있는 때에는 그 경찰공무원에게, 경찰공무원이 현장에 없는 때에는 가장 가까운 경찰관서(경찰지서·파출소·출장소를 포함한다. 이하 같다)에 지체없이 사고가 일어난 곳, 사상자 수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그밖의 조치상황 등을 신속히 신고하여야 한다. 다만, 운행중인 차만이 손괴된 것이 분명하고 도로에서의 위험방지와 원활한 소통을 위하여 필요한 조치를 한 때에는 그러하지 아니하다.

③~⑤ 생략

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제70조(운전면허의 결격사유) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 당해 각호에 규정된 기간이 지나지 아니하면 운전면허를 받을 자격이 없다. 이 경우 제1호 내지 제4호에 있어서는 벌금 이상의 형(집행유예를 포함한다)의 선고를 받은 자에 한한다.

1.~5. 생략

6. 제1호 내지 제5호에 정한 경우 외의 사유로 운전면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 1년(원동기장치자전거면허를 받고자 하는 경우에는 6월). 다만, 적성검사를 받지 아니하거나 운전면허증을 갱신하지 아니하여 운전면허가 취소된 사람 또는 제1종 운전면허를 받은 사람이 적성검사에 불합격되어 다시 제2종 운전면허를 받고자 하는 사람의 경우에는 그러하지 아니하다.

7. 생략

도로교통법시행령 제31조(술에 취한 상태의 기준) 법 제41조의 규정에 의한 술에 취한 상태의 기준은 혈중 알콜농도가 0.05퍼센트 이상으로 한다.

여객자동차운수사업법 제7조(결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 여객자동차운송사업의 면허를 받거나 등록을 할 수 없다. 법인의 경우 그 임원 중에 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 있는 경우에도 또한 같다.

1.~4. 생략

5. 여객자동차운송사업의 면허 또는 등록이 취소된 후 그 취소일부터 2년이 경과되지 아니한 자

여객자동차운수사업법 제76조(면허취소 등) ① 건설교통부장관 또는 시·도지사(터미널사업 및 대통령령이 정하는 여객자동차운송사업의 경우에 한한다)는 여객자동차운수사업자가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 면허·등록·허가 또는 인가를 취소하거나, 6월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나, 노선폐지·감차 등을 수반하는 사업계획의 변경을 명할 수 있다. 다만, 제4호 및 제6호의 경우에는 면허 또는 등록을 취소하여야 한다.

1.~4. 생략

5. 제6조·제30조 또는 제38조의 규정에 의한 여객자동차운송사업·자동차대여사업 또

는 터미널사업의 면허기준 또는 등록기준에 미달하게 된 때. 다만, 3월 이내에 그 기준을 충족시킨 때에는 그러하지 아니하다.

6.~16. 생략

② 생략

여객자동차운수사업법시행령 제31조(사업면허·등록취소 및 사업정지의 처분기준 및 그 적용) ① 처분관할관청은 법 제74조의 규정에 의한 자가용자동차의 사용제한 또는 금지처분과 법 제76조의 규정에 의한 여객자동차운수사업자에 대한 면허의 취소 등의 처분을 다음 각 호의 구분에 따라 별표 2의 기준에 의하여 행하여야 한다.

1. 사업면허취소·사업등록취소·사업허가취소 또는 사업인가취소 : 사업면허·사업등록·사업허가 또는 사업인가의 취소
2. 노선폐지명령 : 제3조 제1호의 규정에 의한 노선여객자동차운송사업에서의 위반행위와 관련된 노선의 폐지명령
3. 감차명령 : 면허를 받거나 등록을 한 자동차중의 일부(제2호의 노선폐지명령을 받은 경우에는 폐지된 노선을 운행하는 자동차 전부를 말하며, 별표 2의 처분기준에서 감차할 자동차의 대수를 명시하지 아니한 경우에는 위반행위를 한 자동차 전부를 말한다)의 감차명령
4. 운행정지 : 위반행위를 한 여객자동차운수사업용자동차 또는 자가용자동차의 사용정지
5. 사업전부정지 : 사업면허 또는 사업등록 전부의 정지
6. 사업일부정지 : 위반행위와 직접 관련된 자동차의 2배수의 자동차(위반행위와 직접 관련된 자동차가 없는 때에는 제3조 제1호의 규정에 의한 노선여객자동차운송사업에 있어서는 수입이 가장 많은 운행계통을 운행하는 자동차 중 5대의 자동차, 제3조 제2호의 규정에 의한 구역여객자동차운송사업에 있어서는 자동차의 보유대수가 1대인 경우에는 당해 자동차, 그 외의 경우에는 사업자가 보유한 자동차 중 5대의 자동차)에 대한 사용정지

②~⑤ 생략

**【참조판례】**

- 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가19·20(병합), 판례집 14-1, 235  
 헌재 1998. 5. 28. 96헌가12, 판례집 10-1, 560  
 헌재 2000. 6. 1. 99헌가11, 판례집 12-1, 575

**【당 사 자】**

청 구 인 이○계

국선대리인 변호사 이정호

당해사건 광주지방법원 2003구합841 자동차운전면허취소처분취소

## 【주 문】

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제78조 제1항 단서 중 제8호 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

(1) 청구인은 제1종 보통면허를 소지하고 개인택시를 운전하다가 2003. 3. 18. 00:10경 주취운전을 의심한 교통경찰관의 음주측정 요구에 불응하였다.

(2) 청구인이 술에 취한 상태에 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰관의 음주측정 요구에 불응하였다는 이유로 전라남도지방경찰청장은 도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제78조 제1항 단서 중 제8호를 적용하여 2003. 4. 28. 청구인의 자동차운전면허를 취소하였다.

(3) 청구인은 면허취소의 취소를 구하는 행정소송(광주지방법원 2003구합 841)을 제기하고 위 법 규정에 대하여 위헌여부심판의 제청신청(2003아58)을 하였으나 기각되자 이 소원을 제기하였다.

#### 나. 심판의 대상

심판대상조항은 도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라고 부른다) 제78조 제1항 단서 중 제8호 부분이다. 그 내용은 다음과 같다.

제78조(면허의 취소·정지) ① 지방경찰청장은 운전면허(연습운전면허를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 사람이 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 행정자치부령이 정하는 기준에 의하여 운전면허를 취소하거나 1년의 범위 안에서 그 운전면허의 효력을 정지시킬 수 있다. 다만, 제1호 내지 제3호, 제5호 내지 제8호, 제10호 내지 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

#### 1.~7. 생략

8. 제41조 제2항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있음에도 불구하고 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 때

8의2. 제41조 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 한 때

8의3.~17. 생략

관련규정

법 제41조(주취중 운전금지) ① 누구든지 술에 취한 상태에서 자동차 등(건설기계관리법 제26조 제1항 단서의 규정에 의한 건설기계외의 건설기계를 포함한다. 이하 이 조·제42조·제43조 및 제107조의2에서 같다)을 운전하여서는 아니된다.

② 경찰공무원은 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.

③ 제2항의 규정에 의하여 술에 취하였는지의 여부를 측정한 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 얻어 혈액채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의하여 운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준은 대통령령으로 정한다.

법 시행령 제31조(술에 취한 상태의 기준) 법 제41조의 규정에 의한 술에 취한 상태의 기준은 혈중 알콜농도가 0.05퍼센트 이상으로 한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 음주운전의 단속은 음주측정 거부자의 자동차운전면허를 임의적으로 취소하는 방법으로도 효과적인 달성이 가능함에도 불구하고 음주의 정도, 음주운전 및 음주측정거부의 경위, 운전면허의 취소로 인한 사익침해의 정도 등 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려함이 없이 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우에까지 운전면허를 반드시 취소하도록 하는 것은 피해최소성의 원칙에 위배하여 과도하게 행복추구권과 양심의 자유, 직업선택의 자유, 재산권 등을 침해한다.

(2) 음주측정불응으로 인하여 운전면허가 취소되면 그로부터 1년간 운전면허를 받을 수 없고 개인택시운송사업면허까지 취소될 뿐만 아니라 그 취소일로부터 2년간 여객자동차운송사업면허를 취득할 수도 없고 개인택시운송사업면허의 양도, 양수마저 제한되는 등 재산권에 대한 중대한 침해가 발생한다. 이러한 침해는 자동차운전면허의 필요적 취소에 의하여 보호하려는 공익에 비하여 기본권침해의 정도가 과중하여 법익균형성의 원칙에 위배된다.

(3) 운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때의 면허취소가 임의적인 것임에 비하여(법 제78조 제1항 단서 제4호) 사고발생 여부와 관계 없이 음주측정 거부만을 이유로 면허의 필요적 취소라는 중한 행정적 제재를 가하는 것은 형평의 원칙에 위반된다.

(4) 음주측정기를 입에 대고 호흡하도록 강요하는 것은 술을 마시지 않은 자에 대하여는 불필요한 행동의 강제가 되고 술을 마신 자에 대하여는 스스로 자신의 범죄사실을 수사기관에 알리도록 진술을 강제하는 것과 마찬가지로 양심의 자유나 행동의 자유의 본질적인 내용을 제한한다.

나. 범인의 위헌심판제청신청 기각결정의 요지 : 별지 1.과 같다.

다. 경찰청장의 의견요지 : 별지 2.와 같다.

3. 음주측정거부에 대한 제재의 입법경위와 입법취지 및 사건처리실무

가. 입법경위 및 입법취지 : 별지 3.과 같다.

나. 사건처리실무 : 별지 4.와 같다.

#### 4. 판 단

이 사건 법률조항이 재산권, 직업선택의 자유, 행복추구권, 또는 양심의 자유에 대한 과도한 금지에 해당하는지 여부에 대하여 검토한다.

국가와 사회의 질서유지 및 공공복리를 위하여 술에 취한 상태에서의 자동차운전(이하 음주운전이라고 줄여 부른다)을 효과적으로 단속, 억제할 필요성이 존재함은 두말할 필요가 없다. 법은 혈중 알콜농도가 0.05% 이상의 경우를 음주운전으로 규정하고 있고(법 제41조 제4항, 범시행령 제31조) 음주운전자에 대하여는 그 면허를 취소할 수 있도록 규정하고 있다(법 제78조 제1항 제8호의2). 그러므로 음주운전 여부를 가리기 위하여는 음주의 정도가 백분율(%)로 표시되는 방법의 측정을 할 수밖에 없고(必要的 前置) 만일 이를 거부내지 회피하는 것을 용인하게 되면 음주운전, 즉 혈중 알콜농도의 수치 0.05% 이상임을 인정할 수 없게 되어 음주운전자는 면허의 취소라는 행정적 제재의 범주에서 원천적으로 벗어나게 된다. 음주운전자에 대한 형사처벌(법 제107조의2 제1호) 측면에서 볼 때에도 혈중 알콜농도의 수치 0.05% 이상임을 입증할 방법이 없기 때문에 형사처벌의 범주에서 완전히 벗어나게 된다. 그렇게 되면 많은 음주운전자들이 자연히 음주측정을 거부하게 되고 이렇게 되면 음주운전에 대한 효과적인 단속이 매우 어렵게 된다.

이러한 폐단을 방지하기 위하여는 음주측정 거부자에 대한 제재를 불가피하게 무겁게 조치할 수밖에 없는 사정이 존재한다. 이러한 이유로 법은 음주

측정 거부자에 대한 형사처벌의 법정형을 음주운전자에 그것과 동일하게 규정하고(법 제107조의2 제1호 및 제2호) 마찬가지로 이유로 음주측정 거부자에 대한 행정제재를 음주운전자에 대한 그것의 상한(운전면허의 취소)과 동일하게 규정하고 있는 것이다.

그렇다면 음주측정거부에 대한 행정상의 제재를 임의적 면허취소로 하지 않고 필요적 면허취소로 규정하는 것은 그 입법목적이 정당하고 입법목적의 달성에 효과적이고도 불가피한 수단이 된다고 할 것이다.

나아가 음주운전으로 인하여 개인과 사회 그리고 국가가 입는 엄청난 피해를 방지하여야 할 공익적 중대성은 아무리 강조하여도 결코 지나치다고 할 수 없고 그러한 공익적 중대성에서 필연적으로 파생되는 음주측정거부에 대한 제재의 공익적 중대성 또한 그에 못지않게 크다고 할 것이다. 한편 음주측정 거부자가 운전면허를 필요적으로 취소당하여 입는 개인적인 불이익 내지 그로부터 파생되는 여타의 간접적 피해의 정도는 위에서 본 공익의 중대함에 결코 미치지 못한다.

또한 음주운전이 초래할 수 있는 잠재적인 사고 위험성의 심각도에 비추어 볼 때 음주운전행위 및 음주측정 거부행위의 심각한 위험성은 여러 가지 다른 이유에 의하여 현실로 발생하는 경미한 교통사고의 경우와는 비교할 수 없을 정도로 훨씬 더 크다. 따라서 음주측정 거부행위에 대한 제재로서 운전면허를 반드시 취소하도록 하는 것이 법익간의 균형을 도외시한 것이라고 보기 어렵다.

또한 앞에서 본 바에 의하면 음주측정은 음주운전을 단속하기 위한 불가피한 전치적(前置的) 조치라고 인정되므로 경찰관의 음주측정요구에 응하는 것은 법률이 운전자에게 부과한 정당한 의무라고 할 것이고(법 '제4장 운전자 및 고용주 등의 의무'의 장에 음주측정에 응할 의무에 관한 제41조 제2항이 규정되어 있다) 법률이 부과한 이러한 정당한 의무의 불이행에 대하여 이 정도의 제재를 가하는 것은 양심의 자유나 행복추구권 등에 대한 침해가 될 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 재산권, 직업선택의 자유, 행복추구권 또는 양심의 자유에 대한 과도한 제한에 해당하지 않는다.

## 5. 결 론

도로교통법(2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 것) 제78조 제1항 단서 중 제8호 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에

대하여는 아래 6.과 같은 재판관 김효종의 반대의견이 있는 외에는 다른 관여 재판관 전원의 의견이 일치된다.

#### 6. 재판관 김효종의 반대의견

나도 교통질서의 확립과 피해자의 구호에 만전을 기하기 위하여 필요한 입법조치를 하고 행정제재를 강화하여야 한다는 데에는 이론이 없다. 다만, 운전면허의 임의적 취소·정지만으로도 그 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 필요적 취소를 규정한 이 사건 법률조항은 과잉규제로 헌법에 위반된다고 생각되어 다음과 같이 반대의견을 밝혀둔다.

##### 가. 피해의 최소화

입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수 있는 경우에 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 필요적 규정을 둔다면, 이는 비례의 원칙의 한 요소인 ‘최소침해의 원칙’에 위배된다는 것을 우리 헌법재판소는 여러 차례 확인한 바 있다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가12, 판례집 10-1, 560, 568; 2000. 6. 1. 99헌가11등, 판례집 12-1, 575, 585).

그런데 음주측정거부자에 대한 행정제재의 연혁을 보면, 원래 이에 대해서는 임의적 운전면허 정지·취소사유로 하였다가 1999. 1. 29. 법률 제5712호 개정법률로 필요적 면허취소로 하였으며, 이어 1999. 8. 31. 법률 제5999호에 의해 임의적 면허취소사유로 하였다가 이 사건 심판대상법률인 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 법에 의해 다시 필요적 면허취소사유로 회귀한 것이다. 그렇다면, 설사 음주운전의 방지에 의한 교통질서의 확립과 국민의 생명, 신체의 보호가 긴급하여 행정적 제재를 강화할 필요가 있었다 하더라도 구법의 임의적 면허취소·정지조항이 규정하고 있는 규제권한의 범위내에서도 충분히 그 목적을 달성하는 것이 가능하였다고 할 것이다. 왜냐하면, 음주측정거부의 경우에도 음주의 정도, 음주운전을 하게 된 경위, 운전거리 및 측정거부를 하게 된 경위 및 그 이후의 태도 등 제반 사정을 고려하여 위법의 정도에 상응하게 면허의 취소나 정지 등의 제재수단을 선택함으로써 입법목적은 효과적으로 달성하면서도 그에 필요한 범위내에서만 기본권을 제약하는 것이 가능하여 그 과정에서 발생할 수 있는 권리침해도 최소화할 수 있었기 때문이다.

그런데 이 사건 법률조항은 이에 그치지 아니하고 위와 같은 제반 사정이거나 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하고 그 사유에 해당하거만 하면 반드시 운전면허를 취소하도록 규정하고 있다. 이

에 따라 위법의 정도나 비난의 정도가 극히 미약한 경우까지도 재량의 여지 없이 운전면허를 취소할 수밖에 없게 되어 있다.

그러나 위에서 본 바와 같이 종전의 임의적 취소·정지 제도로도 철저한 단속, 엄격한 범집행 등 그 운용을 하기에 따라서는 위의 입법목적은 효과적으로 달성할 수 있었을 것으로 보이므로, 기본권 침해의 정도가 덜한 임의적 취소·정지 제도의 적절한 운용을 통하여 입법 목적을 달성하려는 노력을 기울이지 아니한 채 기본권 침해의 정도가 한층 큰 필요적 취소제도를 도입한 이 사건 법률조항은 행정편의적 발상으로서 피해최소성의 원칙에 위반된다 할 것이다.

또한 우리 입법자는 음주측정거부자에 대해 임의적 면허취소규정을 두었다가 필요적으로 면허취소규정을 두는 등 일관되지 아니한 입장을 취해 오고 있다. 이는 바로 음주측정거부자에 대해 필요적 면허취소규정을 두어야 할 필연적인 정책적 요청이 있다고 단정할 수 없음을 의미한다. 즉 입법자로서는 음주측정거부자에 대해서도 임의적 면허취소사유로 함으로써 음주운전 방지에 의해 교통질서를 확립하고 국민의 생명과 신체, 재산을 보호하려는 입법 목적을 달성할 수 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 음주측정거부자에 대해 필요적 면허취소사유로 한 것은 그 입법목적달성에 적정하지 않은 수단을 택한 것이어서 과잉규제에 해당한다고 할 것이다.

즉 임의적 취소나 정지로도 그 입법목적은 달성할 수 있는 한 권리구제의 만전을 기하기 위하여서라도 이 사건 법률조항과 같은 경우 행정청에게 그 취소처분여부에 대하여 구체적인 사정을 고려할 재량의 여지를 주고 사후에 그 행정청의 판단의 타당성 여부를 법원에서 판단받도록 하는 것이 타당하다. 더욱이 운전면허는 현대 생활을 하는데 있어서 필수적인 것이므로 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다는 점도 고려해야 한다.

#### 나. 법익의 균형성

이 사건 법률조항은 현대 사회·가정·경제생활에 있어서 필수적인 수단인 자동차를 운행하는데 필요한 면허를 취소하는 것으로 직업의 선택이나 수행 등 직업의 자유와 행복추구권과 같은 기본적인 인권에 대한 제한을 규정하는 것이고, 음주측정불응으로 인하여 운전면허가 취소되는 경우 그로부터 1년간 운전면허를 받을 수 없고(법 제70조 제2항 제6호), 청구인과 같이 개인택시운송사업에 종사하는 자의 경우에는 개인택시운송사업면허까지 취소될 뿐만 아니라(여객자동차운수사업법 제76조 제1항 제5호 및 같은 법 시행령 제31조

제1항 별표2의 25번), 그 취소일로부터 2년간 여객자동차운송사업면허를 취득할 수도 없고(여객자동차운수사업법 제7조 제5호), 개인택시운송사업면허의 양도, 양수마저 제한되는 등 자동차의 운행을 직업의 직접적인 수단으로 이용하는 국민에게는 특히 생계에 지장을 초래하게 될 만큼 중대한 제약이 된다.

음주운전방지를 통한 교통질서의 확립과 국민의 생명, 신체의 보호가 대단히 중요한 공익임에는 틀림이 없다. 그러나 위와 같이 자동차의 운전으로 생업을 영위하는 개인에게 있어서는 장기간의 운전면허취소는 생계에 심각한 타격을 초래한다. 이러한 사익의 침해를 결코 가볍게 볼 수는 없는 것이다.

그렇다면 모든 경우에 대하여 일률적으로 면허를 취소하게 할 것이 아니라 행정당국이나 법원의 재판과정에서 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 공익침해의 정도에 상응하는 제재조치를 선택할 수 있는 재량의 여지를 부여하는 것이 법익형량의 요청을 충족하는 길이라 할 것이다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 일체의 구체적·개별적 사정을 전혀 고려하지 아니하고 모두 필요적으로 면허를 취소하도록 규정함으로써, 공익침해의 정도가 현저히 낮은 경우에도 반드시 면허를 취소할 수밖에 없게 하고 있으니, 이는 보호하고자 하는 공익에 비하여 기본권침해의 정도가 과중하다고 하지 아니할 수 없고, 따라서 법익균형성의 원칙에 위배된다 할 것이다.

또한 청구인이 음주측정을 거부한 2003. 3. 18. 당시 시행되고 있던 이 사건 법률 조항에 의하면, 교통사고로 사람을 사상한 후 법 제50조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 구호조치 또는 경찰관서예의 신고를 하지 아니한 자에 대해서는 필요적 운전면허취소가 아니라 임의적 운전면허취소의 제재를 가하도록 하고 있다. 그렇다면 현행 법대로라면 이 사건과 같이 단순히 음주측정을 거부한 자에 대해서는 필요적으로 운전면허를 취소하고, 교통사고를 일으키고 그대로 도주한 자에 대해서는 임의적으로 운전면허를 취소할 수 있음에 그치는 결과가 된다. 그러나 음주측정거부자에 대한 제재는 장차 음주운전을 함으로써 교통사고를 발생시킬 위험이 있는 자에 대한 제재이고, 교통사고 후 도주한 운전자에 대한 제재는 이미 교통사고를 야기하고도 필요한 구호조치나 경찰관서예의 신고를 하지 아니한 자에 대한 제재임에 비추어 그 불법의 정도를 서로 비교하면 음주측정거부자의 불법성보다 도주차량운전자의 불법성이 훨씬 크다고 할 것이다. 그런데도 음주측정거부자에 대해서는 필요적 운전면허취소의 제재를 가하고 도주차량운전자에 대해서는 임의적 운전면허취소의 제재를 가함에 그치는 것은 형평의 관념에도 어긋난다고 하지 않

을 수 없다.

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

[별지 1] 법원의 위헌심판제청신청 기각결정의 요지

이 사건 법률조항은 경찰공무원이 운전자의 외관·태도·운전행태 등의 객관적 사정을 종합하여 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 판단하여 음주운전 방지와 그 규제를 위한 공익상 필요에 의하여 운전자에게 3회 이상 음주측정을 요구하였음에도 이에 불응한 자에 대한 것이고, 도로교통에서 일어나는 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험과 장애를 방지·제거하기 위해서는 음주운전을 방지하고 이를 규제할 필요가 있다는 공익상 요청에 비추어 보면 위와 같은 음주측정 불응행위는 도로를 이용하여 자동차 등을 운행할 기본적인 자격이 결여되었다고 볼 수 있는 확실한 징표라고 할 것이어서, 음주측정불응자에 대하여 도로를 사용하여 자동차 등의 운행을 할 수 있는 혜택이나 특권을 누리고 그것을 영업의 수단으로 사용할 수 있는 이익을 제한하는 것이 불합리하다고 할 수는 없다.

[별지 2] 경찰청장의 의견요지

도로교통법위반행위에 대한 운전면허 취소 등의 처분은 성질상 기속재량행위이거나 기속행위에 해당하는 것으로 행정처분의 요건에 해당하는 경우 특별한 사정이 없는 한 처분을 하여야 하는 것이므로 청구인이 주장하는 개인적 사정은 음주운전 단속전후 또는 행정처분에 있어 고려되어야 할 사항이 아니다.

[별지 3] 이 사건 법률조항의 입법경위 및 입법취지

우리나라 도로교통법이 1961. 12. 31. 법률 제941호로 제정될 당시 필요적 면허취소 규정은 존재하지 않았고 임의적 면허취소·정지 규정만으로 규제하

고 있었는데 산업사회로 발전하면서 자동차 수가 늘어나고 이에 따라 교통사고가 증가하게 되어 교통질서 확립이 사회질서의 기본문제로 부각됨에 따라 수 차례에 걸친 법개정(1973. 3. 12. 법률 제2591호, 1984. 8. 4. 법률 제3744호, 1991. 12. 14. 법률 제4421호, 1995. 1. 5. 법률 제4872호, 1999. 1. 29. 법률 제5712호, 2001. 1. 26. 법률 제6392호 등)을 통하여 필요적 면허취소 규정을 둠과 아울러 그 사유를 확대하여 왔고, 그 일환으로 음주측정거부자에 대한 필요적 면허취소를 규정한 이 사건 법률조항은 1999. 1. 29. 법률 제5712호 개정 법률로 도입되었다(그 이전에는 임의적 정지·취소사유였음). 이어 1999. 8. 31. 법률 제5999호에 의해 음주측정거부자에 대해 임의적 면허취소사유로 하였다가 이 사건 심판대상법률인 2001. 1. 26. 법률 제6392호로 개정된 법에 의해 다시 필요적 면허취소사유로 회귀한 것이다. 그 이후 현재까지 음주측정거부를 필요적 면허취소사유로 하는 이러한 법의 태도는 지속되고 있다.

이처럼 우리나라에서 음주측정거부자에 대해 필요적으로 운전면허를 취소하도록 하고 있는 이유는 다음과 같다. 우리나라에 있어 자동차 및 운전면허소지자의 급증과 국민들의 과음하는 음주습성으로 인하여 음주운전교통사고는 대폭 증가하는 추세이고 인명과 재산의 피해 등 사회적 손실은 막대하다. 이에 따라 음주운전은 심각한 사회문제로 대두되고 있어 교통상의 위험을 방지하기 위하여 음주운전 방지와 그 규제는 절실한 공익상의 요청이 되고 있다. 그리고 음주운전 규제를 위해서는 음주측정이 필수적으로 요청된다고 할 것인바, 법은 우리의 이러한 교통현실과 국민의 교통질서의식, 문화 등을 감안하여 위와 같이 필수적으로 요청되는 음주측정을 관철하기 위한 행정적 제재수단으로 이 사건 법률조항을 두어 음주측정불응자의 면허를 필요적으로 취소하도록 하고, 법 제70조 제2항 제6호에 의하여 그 취소 후 1년간의 운전면허 결격기간을 부여하고 있으며, 형사적 제재로 법 제107조의2 제2호에 의하여 음주측정불응자에 대하여 2년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금형에 처하도록 규정하고 있는 것이다.

이러한 범규정의 입법취지는 모두 교통안전과 위험예방을 위하여 음주운전을 방지함으로써 바람직한 교통문화가 정착되도록 하고 건전한 교통질서를 확립하고자 하는데 있으며 궁극적으로는 도로교통에서 일어나는 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험과 장해를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보함에 그 목적이 있다고 할 것이다.

[별지 4] 음주측정거부자에 대한 사건처리실무

(1) 경찰청 교통단속처리지침

경찰청은 도로에서의 교통안전 확보, 교통소통 촉진, 교통장애물 제거, 교통법규 위반자 단속 등 교통업무에 관한 처리기준과 절차 등을 구체적으로 규정함으로써 업무처리의 공정성·정확성·능률성 제고를 목적으로 교통단속처리지침을 마련하고 있는데 위 지침 제38조 제11항에는 음주측정 요구에 불응하는 운전자에 대하여는 음주측정불응에 따른 불이익을 10분 간격으로 3회 이상 명확히 고지하고 이러한 고지에도 불구하고 측정을 거부하는 때(최초 측정요구시로부터 30분 경과)에 주취운전자 적발보고서를 작성함으로써 형사입건하도록 규정되어 있다.

(2) 음주측정불응죄에 관한 대법원 판례의 태도

대법원은 “법 제107조의2 제2호의 음주측정불응죄는 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람이 같은 법 제41조 제2항의 규정에 의한 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 경우에 성립하는 것인바, 여기서 ‘술에 취한 상태’라 함은 음주운전죄로 처벌되는 음주수치인 혈중 알콜농도 0.05% 이상의 음주상태를 말한다고 보아야 할 것이므로 음주측정불응죄가 성립하기 위하여서는 음주측정요구 당시 운전자가 반드시 혈중 알콜농도 0.05% 이상의 상태에 있어야 하는 것은 아니지만 적어도 혈중 알콜농도 0.05% 이상의 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있어야 하는 것이고 나아가 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는지 여부는 음주측정요구 당시 개별 운전자마다 그의 외관·태도·운전행태 등 객관적 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.”(대법원 2002. 6. 14. 선고 2001도5987 판결)라고 판시하는 등 음주측정불응죄의 구성요건인 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는지 여부를 엄격히 해석하고 그에 따라 가벌성이 없는 경우 그 범죄성립을 부인하고 있는바, 그에 해당하는 경우 이 사건 법률조항에 의한 필요적 면허취소의 대상이 되지 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항이 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 일체의 가능성을 배제하고 있는 것은 아니다.

## 상고심절차에관한특례법 제5조 등 위헌소원

(2004. 12. 16. 2003헌바105 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 재판청구권과 재심청구권과의 관계
2. 재심사유를 한정적으로 규정하고 있는 민사소송법 제451조 제1항이 청구인의 재판청구권과 평등권을 침해한 것인지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 헌법 제27조 제1항이 보장하고 있는 재판청구권은 헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 않는 한 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 함을 그 핵심적 내용으로 한다. 상소심에서 심판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 규정이 없고 상소문제가 일반 법률에 맡겨진 우리 법제하에서 재판청구권에 모든 사건에 대해 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 할 수는 없고, 마찬가지로 재심청구권 역시 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없으며, 어떤 사유를 재심사유로 정하여 재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정판결에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제이다.

2. 민사소송법 제451조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)은 재심사유를 한정적으로 열거하고 있으나, 이는 확정판결의 법적 안정성을 유지하고 불필요한 재심을 방지하여 분쟁해결의 실효성을 확보함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 것으로서 재심제도의 취지에 부합하는 것이고, 이 사건 법률조항의 규정내용을 살펴보면 재심사유가 객관적이고 구체적으로 열거되어 있어 법원의 자의적 판단의 소지를 배제하고 있다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 그와 같이 재심사유를 한정하고 있다고 하더라도 이는 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보여지고, 달리 입법자가 그 재량을 행사함에 있어서 헌법재판소가 개입하여야 할 정도

로 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사함으로써 불완전하거나 불충분한 입법에 이른 것으로 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없다.

또한 상고심절차에관한특례법(이하 ‘특례법’이라 한다) 제4조 제1항 제3호 및 제5호에 해당하는 심리불속행 예외사유를 명백히 적기하였음에도 불구하고 대법원이 재심대상판결에서 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각한 경우를 재심사유로 새로이 허용하는 것은 특례법의 입법목적에 정면으로 배치되는 것으로서 특례법의 제정취지를 몰각하는 결과가 될 뿐만 아니라, 재심제도의 취지에도 어긋난다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항에서 재심제도의 취지에 부합하게 재심사유를 한정하면서 청구인의 주장과 같은 사유를 재심사유에서 제외한 것이므로, 이 사건 법률조항이 청구인을 합리적 이유없이 차별대우하여 헌법 제11조의 평등권을 침해한다고 볼 수도 없다.

### 【심판대상조문】

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제451조(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 종국판결에 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 수여에 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 받은 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, ③ 생략

**【참조조문】**

헌법 제11조, 제27조 제1항·제3항, 제101조 제2항

상고심절차에관한특례법 제1조(목적) 이 법은 상고심절차에 관한 특례를 규정함으로써 대법원이 법률심으로서의 기능을 효율적으로 수행하게 하고 법률관계를 신속하게 확정할 것을 목적으로 한다.

상고심절차에관한특례법 제4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각 호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

- 1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
- 2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
- 3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때
- 4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때
- 5. 제1호 내지 제4호 외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
- 6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

② 생략

③ 상고이유에 관한 주장이 제1항 각 호의 사유(가압류 및 가처분에 관한 판결의 경우에는 제1항 제1호 내지 제3호의 사유)를 포함하는 경우에도 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 제1항의 예에 의한다.

- 1. 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때
- 2. 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때

상고심절차에관한특례법 제5조(판결의 특례) ① 제4조 및 민사소송법 제429조 본문의 규정에 의한 판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

②, ③ 생략

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349-350
- 헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 186-187
- 헌재 1995. 1. 20. 90헌바1, 판례집 7-1, 1, 11-12

**【당 사 자】**

청 구 인 송○섭

대리인 변호사 김인식(2004. 3. 8. 사임)

당해사건 대법원 2003재다590 해고무효확인등

**【주 문】**

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제451조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1994. 1. 8. 여러 계열사들로 이루어진 ○○그룹에 의해 채용되어 1996. 10. 1.부터는 그 계열사인 ○○다이아몬드 주식회사에 소속되어 근무하던 중 2001. 3. 31.자로 위 회사로부터 해촉된다는 통보를 받고 위 회사를 상대로 해고무효확인 등의 소송을 제기하여 제1심(서울지방법원 서부지원 2001가합2761) 및 항소심(서울고등법원 2001나71158)에서 청구인이 근로기준법상의 근로자임을 인정할 수 없다는 이유로 청구가 기각되었다.

(2) 그 후 상고심(대법원 2002다40487)에서 청구인이 근로기준법이 정하는 근로자에 해당한다고 하여 파기환송하자, 위 회사는 2002. 11. 22. 청구인이 위 회사의 근로자이고 청구인에 대한 해촉통보(해고)가 무효임을 전제로 하여 청구인에 대한 복직을 허용하였다.

(3) 이에 청구인은 환송후 항소심(서울고등법원 2002나62205)에 이르러 해고무효확인 부분의 소를 취하하였고, 서울고등법원은 위 항소심에서 청구인의 임금지급청구 부분에 대하여 일부인용의 판결을 하였으며, 이에 청구인과 위 회사는 모두 대법원에 상고하였으나(2003다32902) 대법원은 상고인들의 상고이유에 관한 주장은 상고심절차에관한특례법(이하 '특례법'이라 한다) 제4조의 심리불속행 사유에 해당한다고 하여 특례법 제5조에 의하여 이유를 기재하지 아니한 상고기각판결(이하 '대상판결'이라 한다)을 하였다.

(4) 청구인은 대법원에 대상판결에 대하여 재심의 소(2003재다590)를 제기하는 한편, 특례법 및 민사소송법 제451조에 대하여 위헌제청신청(2003카기97)을 하였으나, 2003. 11. 14. 이 신청이 기각되자, 같은 해 12. 7. 이 사건 헌

법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제451조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

이 사건 심판청구서에 의하면, 청구인은 특례법 전체 및 민사소송법 제451조에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있다. 청구인의 주장취지는 ‘특례법 제4조 제1항 제3호 및 제5호에 해당하여 심리불속행 사유가 되지 아니함에도 불구하고 대법원이 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각한 경우’에는 마땅히 이를 재심사유로 삼을 수 있어야 함에도 불구하고 특례법 및 민사소송법 제451조에서 이러한 경우를 재심사유로 명시적으로 규정하지 아니한 것이 헌법에 위반된다는 것이므로, 이는 입법의 불완전, 불충분을 다투는 부진정입법부작위에 대한 헌법소원에 해당한다. 그런데 가사 청구인 주장의 재심사유를 추가로 규정하기로 한다고 하더라도, 상고심절차에 관한 특례를 규정하는 특례법에 새로이 이에 관한 규정을 둘 것이 아니라, 기왕에 재심사유를 규정하고 있는 이 사건 법률조항에 이를 추가함이 마땅할 것이다. 그렇다면 청구인의 주장은 재심사유를 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 불완전, 불충분을 주장하는 데 귀착된다고 할 것이므로, 이 사건 심판의 대상은 이 사건 법률조항에 한정하기로 한다.

이 사건 법률조항의 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

민사소송법 제451조(재심사유) ① 다음 각 호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중급판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 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 판

결에 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, ③ 생략

(2) 관련조항

특례법 제4조(심리의 불속행) ① 대법원은 상고이유에 관한 주장이 다음 각 호의 1의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 때에는 더 나아가 심리를 하지 아니하고 판결로 상고를 기각한다.

- 1. 원심판결이 헌법에 위반하거나 헌법을 부당하게 해석한 때
- 2. 원심판결이 명령·규칙 또는 처분의 법률위반 여부에 대하여 부당하게 판단한 때
- 3. 원심판결이 법률·명령·규칙 또는 처분에 대하여 대법원판례와 상반되게 해석한 때
- 4. 법률·명령·규칙 또는 처분에 대한 해석에 관하여 대법원판례가 없거나 대법원판례를 변경할 필요가 있는 때
- 5. 제1호 내지 제4호 외에 중대한 법령위반에 관한 사항이 있는 때
- 6. 민사소송법 제424조 제1항 제1호 내지 제5호의 사유가 있는 때

② 가압류 및 가처분에 관한 판결에 대하여는 상고이유에 관한 주장이 제1항 제1호 내지 제3호의 사유를 포함하지 아니한다고 인정되는 경우 제1항의 예에 의한다.

③ 상고이유에 관한 주장이 제1항 각 호의 사유(가압류 및 가처분에 관한 판결의 경우에는 제1항 제1호 내지 제3호의 사유)를 포함하는 경우에도 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 제1항의 예에 의한다.

- 1. 그 주장 자체로 보아 이유가 없는 때
- 2. 원심판결과 관계가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때

특례법 제5조(판결의 특례) ① 제4조 및 민사소송법 제429조 본문의 규정에 의한 판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있다.

② 제1항의 판결은 선고로 요하지 아니하며, 상고인에게 송달됨으로써 그 효력이 생긴다.

③ 생략

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

재판청구권이 모든 사건에서 3심을 보장하는 것은 아니더라도 민사소송법의 본질적 요체는 대법원까지의 3심에 있으므로 그에 대한 제한은 꼭 필요한 경우에 한정되어야 한다. 상고심에 대하여는 재심사유에 해당하지 않는 한 다시 불복할 수 있는 방법이 없으므로 상고심에서는 심리할 사항을 철저히 조사하여 사실의 존부에 대하여 오인이 없어야 하고, 특례법에 의하여 심리불속행 이유불기재 기각판결을 하는 경우에는 그 예외사유에 대한 판단을 자의적으로 해서는 안된다.

그런데 청구인이 상고이유로서 특례법 제4조 제1항 제3호 및 제5호의 심리불속행 예외사유에 해당하는 사항을 명백히 적기하였음에도 불구하고 대법원은 대상판결에서 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각하였는바, 특례법 및 이 사건 법률조항이 이러한 경우를 재심사유로 명시적으로 규정하지 아니한 것은 헌법에 위반된다.

나. 대법원의 위헌제청신청기각이유

민사소송에 있어서 어떠한 경우를 재심사유로 규정하여 재심을 허용할 것인가 하는 문제는, 재판의 확정력에 따른 법적안정성의 요구와 불합리한 판단을 취소하는 합리성의 요구를 어떻게 조화시킬 것인가에 관한 문제로, 원칙적으로 입법자의 판단 또는 형성의 자유에 속하는 사항이라고 할 것이다.

그러므로 심리불속행 제도를 규정하고 있는 특례법이 청구인 주장과 같은 재심사유를 따로 두고 있지 아니하거나, 재심사유를 열거하여 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 청구인 주장의 사유를 재심사유에 포함시키지 아니하였다고 하여, 이를 두고 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 사건의 쟁점

이 사건 법률조항은 재심사유를 규정하고 있는바, 재심의 소는 이 사건 법률조항에서 한정적으로 열거하고 있는 재심사유가 있는 경우에 한하여 허용

된다.

이 사건의 쟁점은 재심사유를 한정적으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항이 확정판결에 존재하는 청구인 주장의 사유와 같은 그 밖의 하자를 주장할 기회를 실질적으로 박탈함으로써 청구인의 재판청구권과 평등권을 침해한 것인지 여부이다.

나. 재판청구권과 재심청구권

(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 재판청구권을 보장하고 있다.

재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 하는 것임에 비추어 보면, 재판청구권은 헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 않는 한 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 함을 그 핵심적 내용으로 한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바25, 판례집 4, 343, 349-350 참조).

심급제도는 하급심의 잘못된 재판을 상소심으로 하여금 바로잡게 함으로써 재판청구권을 실질적으로 보장하기 위한 하나의 수단이라고 할 수 있고, 우리 헌법도 제101조 제2항에서 “법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다”라고 규정하고 있는 등 대법원과 하급법원으로 구성되는 심급제도를 제도적으로 보장하고 있으므로, 입법자가 상소가능성을 전반적으로 폐지하든지 또는 국민의 중요한 법생활영역에서 전반적으로 배제하는 것은 헌법에 위반된다.

그러나 상소심에서 심판을 받을 권리를 헌법상 명문화한 규정이 없고 상소 문제가 일반 법률에 맡겨진 우리 법제하에서 재판청구권에 모든 사건에 대해 상소법원의 구성법원에 의한, 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리까지도 당연히 포함된다고 할 수는 없다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 186).

심급의 반복에 의한 절차의 지연은 헌법 제27조 제3항에 의한 ‘신속한 재판을 받을 권리’라는 재판청구권의 또 다른 측면과 배치될 수 있고, 모든 사건에 대하여 아무런 제한 없이 상소를 허용하는 것은 제한된 사법자원의 효율적 활용과 합리적 분배를 저해할 수 있다. 따라서 심급제도는 사법에 의한 권리 보호에 관하여 한정된 사법자원의 합리적인 분배의 문제인 동시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지의 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문

제로 돌아가므로 기본적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이다(헌재 1995. 1. 20. 90헌바1, 판례집 7-1, 1, 11-12 참조).

(2) 재심은 확정된 중국판결에 재심사유에 해당하는 중대한 하자가 있는 경우에 그 판결의 취소와 이미 종결되었던 사건의 재심판을 구하는 비상의 불복 신청방법이다. 확정판결에 중대한 하자가 있는 경우에 법적 안정성을 후퇴시키고 구체적 정의의 실현을 위해 예외적으로 마련된 것이 재심제도인 것이다.

재심은 그것이 판결에 대한 불복방법의 하나인 점에서는 상소와 마찬가지로, 재심은 상소와는 달리 확정판결에 대한 불복방법이고 확정판결에 대한 법적 안정성의 요청은 미확정판결에 대한 그것보다 훨씬 크기 때문에, 상소보다 더 예외적으로 인정되어야 한다는 점에서 다를 뿐이다.

따라서 재판청구권과 재심청구권과의 관계도 대체로 앞에서 살펴본 재판청구권과 상소권과의 관계와 크게 다르지 않다고 할 수 있다.

즉 재심청구권 역시 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없고, 어떤 사유를 재심사유로 정하여 재심을 허용할 것인가는 입법자가 확정판결에 대한 법적 안정성, 재판의 신속·적정성, 법원의 업무부담 등을 고려하여 결정하여야 할 입법정책의 문제라고 할 것이다(헌재 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 187 참조).

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건 법률조항은 재심사유를 한정적으로 열거하고 있으나, 이는 확정된 중국판결의 법적 안정성을 유지하고 불필요한 재심을 방지하여 분쟁해결의 실효성을 확보함과 아울러 법원의 업무부담을 경감하기 위한 것으로서 재심제도의 취지에 부합하는 것이고, 이 사건 법률조항의 규정내용을 살펴보면 재심사유가 객관적이고 구체적으로 열거되어 있어 법원의 자의적 판단의 소지를 배제하고 있다고 할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항이 그 규정하는 바와 같이 재심사유를 한정하고 있다고 하더라도 이는 입법자에게 주어진 합리적 재량의 범위 내의 것으로 보여지고, 달리 입법자가 그 재량을 행사함에 있어서 헌법재판소가 개입하여야 할 정도로 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사함으로써 불완전하거나 불충분한 입법에 이른 것으로 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없다.

(2) 한편, 청구인은 청구인이 상고이유로서 특례법 제4조 제1항 제3호 및 제5호에 해당하는 심리불속행 예외사유를 명백히 적기하였음에도 불구하고 대법원이 대상판결에서 심리불속행 사유에 해당한다고 판단하여 상고를 기각

하였는바, 이 사건 법률조항이 이러한 경우를 재심사유로 규정하지 않은 것은 헌법에 위반된다고 주장한다.

특례법은 상고심절차에 관한 특례를 규정함으로써 대법원이 법률심으로서의 기능을 효율적으로 수행하게 하고 법률관계를 신속하게 확정함을 목적으로 하는 법으로서(특례법 제1조), 상고이유에 중대한 법령위반에 관한 사항이 포함되어 있지 아니하거나 이러한 사항이 포함되어 있는 경우에도 상고이유가 그 자체로 보아 이유가 없거나 원심판결에 영향을 미치지 아니하는 때에는 심리를 속행하지 아니하고 판결로 상고를 기각하도록 하면서(특례법 제4조 제1항·제3항) 절차의 신속을 기하기 위하여 심리불속행의 사유로 인한 상고기각판결이나 상고이유서불제출로 인한 상고기각판결에는 이유를 기재하지 아니할 수 있도록 하고 있다(특례법 제5조 제1항).

생각건대, 위와 같이 일정한 심리불속행 사유가 있는 경우에는 이유불기재의 상고기각판결을 할 수 있도록 규정하고 있는 특례법 조항 자체에 대하여 그 위헌성을 주장함은 별론으로 하고[우리 재판소는 이미 1997. 10. 30. 선고 97헌바37등 결정(판례집 9-2, 502)에서 위와 같은 특례법의 핵심조항에 대하여 헌법에 위반되지 아니한다는 취지의 결정을 한 바 있다], 청구인이 주장하는 바와 같은 사유를 재심사유로 새로이 허용하는 것은 특례법의 입법목적에 정면으로 배치되는 것으로서 특례법의 제정취지를 몰각하는 결과가 될 뿐만 아니라, 재심제도의 취지에도 어긋난다고 하지 않을 수 없다.

(3) 따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제27조 제1항의 재판청구권을 침해하는 것이라 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항에서 재심제도의 취지에 부합하게 재심사유를 한정하면서 청구인의 주장과 같은 사유를 재심사유에서 제외한 것이므로, 이 사건 법률조항이 청구인을 합리적 이유없이 차별대우하여 헌법 제11조의 평등권을 침해한다고 볼 수도 없다.

#### 4. 결 론

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

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

## 지방자치법 제33조 제1항 제5호 위헌 확인

(2004. 12. 16. 2002헌마333·451(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 지방공사 직원의 지방의회의원 겸직을 금지하고 있는 지방자치법 제33조 제1항 5호 중 “지방공사의 직원” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’라 한다)에 대한 심판청구가 자기관련성이 인정되기 위한 요건 및 지방선거에 출마하여 낙선 또는 당선된 자의 요건 충족 여부(적극)
2. 지방선거에 출마하여 낙선 또는 당선된 자의 이 사건 법률조항에 대한 직접성 및 현재성 요건의 충족 여부(적극)
3. 이 사건 법률조항이 권력분립과 정치적 중립성 보장의 관점에서 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부(적극)
4. 이 사건 법률조항이 지방공사직원직과 지방의회의원직의 상근성 내지 직무전념성의 관점에서 공공복리를 위하여 필요한 기본권의 제한에 해당되는지 여부(적극)
5. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌인지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 지방공사의 직원이 지방의회의원을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 다투는 이 헌법소원에서 자기관련성을 인정하기 위하여는, 청구인들이 첫째 지방의회의원선거에 입후보하기 위한 요건 즉 피선거권을 갖추고, 둘째 2002. 6. 13. 실시된 위 지방의회의원선거에 입후보하기 위한 준비를 하고 있었다는 사실에 대한 소명이 있어야 할 것이다. 그런데 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항에 의하면, 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은, 동법 제19조 소정의 피선거권 결격사유가 없는 한 그 지방의회의원의 피선거권이 있다. 기록에 의하면 청구인

들은 피선거권을 갖고 있다고 인정되고, 실제로 청구인들은 위 지방선거에 출마하여 낙선(청구인 1) 또는 당선(청구인 2)된 사실이 인정되므로 자기관련성이 있다.

2. 청구인 1.의 경우 비록 이 사건 심판청구 당시 위 지방선거는 실시되지 않은 상태이기 때문에 현실적으로 동 청구인이 지방공사인 서울특별시지하철공사의 직원직과 지방의회의원직 사이에서 한 가지 직을 선택할 수밖에 없는 상황이었던 것은 아니다. 그러나, 이 사건 법률조항은 청구인과 같은 지방공사의 직원이 지방의회의원직에 입후보할지 여부를 고려함에 있어 다른 집행행위를 요함이 없이 직접적으로 제한하는 규정이므로 직접성을 인정할 수 있고, 이 사건 심판청구 당시 위 지방선거가 임박해 있었기 때문에 현재성도 인정된다. 청구인 2.의 경우는 위 지방선거에서 당선되어 실제로 이 사건 법률조항에 의하여 지방공사 전라남도강진의료원의 6급 간호사직에서 퇴직한 사실이 인정되므로 직접성 및 현재성 요건을 충족한다.

3. 지방공사는 그 사업내용이나 목적에 있어 사기업에 비하여 공공적 성격이 강하고, 그 조직·운영·이용관계 등에 있어서도 강한 공법적 특수성이 인정된다. 또한 지방공사의 임원뿐만 아니라 직원들도 지방공사의 소유와 이익의 귀속주체인 지방자치단체의 이익을 대변할 지위에 있는 자로서 국고업무를 담당하는 공무원과 별다른 차이가 없다. 따라서, 지방자치단체의 영향력하에 있는 지방공사의 직원이 지방의회에 진출할 수 있도록 하는 것은 권력분립 내지는 정치적 중립성 보장의 원칙에 위배되고, 결과적으로 주민의 이익과 지역의 균형된 발전을 목적으로 하는 지방자치의 제도적 취지에도 어긋난다. 이러한 위헌성을 배제하기 위해서 입법자가 지방공사의 직원직과 지방의회 의원직의 겸직을 금지하는 규정을 마련하여 청구인들과 같은 지방공사 직원의 공무담임권을 제한한 것은 공공복리를 위하여 필요한 불가피한 것으로서 헌법적으로 정당화될 수 있다.

4. 지방의회의원은 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 한다(지방자치법 제34조 제1항). 또한, 지방공사의 직원은 상근직 직원으로서 취업규칙에서 정하는 근로시간 동안 직장에서 근무를 해야 하는 의무를 부담하고 있으므로, 지방의회의원의 겸직은 이러한 상근성과 상충된다. 따라서, 지방공사 직원의 지

방의회의원 겸직을 금지하는 입법은, 지방의회의원과 지방공사 직원 모두의 직무수행에 있어 성실성을 보장하고 그에 따라 지방공사의 효율적 관리와 운영을 도모하는 한편, 지방의회 기능의 활성화를 통한 지방자치제도의 정착이라고 하는 공공복리를 위하여 필요한 기본권의 제한에 해당된다.

5. 그렇다면, 이 사건 법률조항에 의하여 지방공사의 직원이 지방의회의원직을 겸할 수 없도록 하는 것은 공공복리를 위한 필요성이 인정되고, 겸직금지로 인하여 공무담임권이나 평등권, 또는 직업선택의 자유 등 기본권이 제한된다 하여도 이 때에 얻는 이익은 지방공사의 직원들이 이 사건 법률조항으로 말미암아 지방의회의원직과 지방공사의 직원의 직 중에서 어느 한 쪽을 선택해야 함으로써 잃는 이익과 비교 형량하여 볼 때 결코 적다고 할 수 없어 헌법에 위배된다고 할 수 없다.

#### 재판관 김영일의 반대의견

지방공사의 직원은 지방공사의 경영에 있어서 심의·의결권을 행사하거나 또는 집행책임을 지는 지위에 있지 않기 때문에 이해의 충돌이 있을 수 없고 경영에 대한 영향력이 임원과는 달리 제한되어 있으므로, 임원 이외의 직원에 대한 겸직금지는 권력분립과 정치적 중립성 보장의 관점에서 타당한 논거를 찾기 힘들다. 지방공사는 지방직영기업(지방공기업법 제8조, 제26조, 제27조, 제35조, 제40조 참조)과는 달리 지방의회의 직접적 통제를 받지 않으며, 가사 지방자치단체장을 통하여 간접적으로 부당한 영향력을 행사할 것이 염려된다면, 그때를 대비하여 특정의 관련의제에 관한 토론 및 의결에 관여시키지 않는 배제입법의 정도면 족한 것이다. 나아가, 이 문제는 당해 지방공사의 설치자가 관할하는 지역의 지방의회의원만을 겸직금지하는 것으로 해결할 수 있는 것이므로, 이 사건 법률조항처럼 지방공사직원의 공무담임권 자체를 전면적으로 제한하는 입법으로까지 비약시킬 일은 아니다.

청구인과 같은 지방공사직원들이 의원직을 겸함으로써 인하여 본래의 직무에 다소 충실하지 못할 가능성을 배제할 수는 없으나, 이와 같은 지

방공사의 불이익은 지방자치제도의 정착과 공무담임권의 최대한 보장을 위해 양보할 수 있는 법적 이익인 동시에 우리 헌법상 요구되는 여러가지 가치의 실현을 위하여 우리 사회공동체의 공동부담으로 인수해야 하는 부분이라고 할 것이다. 뿐만 아니라, 예컨대 의원직을 겸하는 직원이 의원직 수행으로 인하여 규정된 근로시간을 채우지 못하는 경우에는 일정 비율로 급여를 감액하는 방법 등을 통하여 공무담임권을 보장할 수도 있고, 나아가 지방공사직원의 직을 ‘휴직’할 수 있도록 하는 규정을 둘 수도 있을 것이다. 그러므로 이러한 방법을 고려함이 없이 일률적으로 겸직을 제한하는 것은 기본권제한의 최소한의 원칙에 위배된다.

지방공사의 임원은 지방공사의 경영에 실질적으로 관여하며, 주요업무사항은 모두 임원들의 권한사항으로 되어 있는데 반하여, 지방공사의 직원은 정관이 정하는 바에 따라 사장이 임명할 뿐, 지방공사의 경영에 관여하거나 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 권한은 전혀 가지고 있지 아니하다. 따라서 지방공사의 직원에 대하여 임원과 마찬가지로 지방의회의원을 겸직할 수 있는 공무담임권을 배제하는 것은 합리적인 이유없이 다른 것을 갈게 취급하는 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배된다.

### 【심판대상】

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제33조(겸직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

- 1.~4. 생략
  5. 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임·직원
  - 6.~7. 생략
- ② 생략

### 【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제25조

공직선거및선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정된 것) 제16조(피선거권)

- ①, ② 생략
- ③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치

단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

④ 생략

공직선거및선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개전된 것) 제49조(후보자등록 등) ① 후보자의 등록은 대통령선거에 있어서는 선거일전 24일, 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서는 선거일전 15일(이하 “후보자등록신청개시일”이라 한다)부터 2일간(이하 “후보자등록기간”이라 한다) 관할선거구선거관리위원회에 서면으로 신청하여야 한다.

②~⑤ 후보자의 등록신청서와 추천서의 서식, 공개방법, 후보자정보공개자료의 제출·발송·서식, 소명자료의 서식 및 문양 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정한다.

국회법 제29조(겸직) ①, ② 생략

③ 정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 교원이 의원으로 당선된 때에는 임기중 그 교원의 직은 휴직된다.

④, ⑤ 생략

정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 국회의원선거권이 있는 자는 공무원 기타 그 신분을 이유로 정당가입 기타 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에도 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 그러나 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, 국회의원의 보좌관·비서관·비서 및 국회 교섭단체의 정책연구위원과 고등교육법 제14조(교직원의 구분) 제1항 및 제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사인 교원을 제외한다.

2. 총장·학장·교수·부교수·조교수·전임강사를 제외한 사립학교의 교원

3. 기타 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자

4. 삭제

5. 삭제

지방자치법 제26조의2(지방의회의원의 선거) 지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.

지방자치법 제31조(의원의 임기) ① 지방의회의원의 임기는 4년으로 한다.

②~④ 삭제

지방자치법 제32조(의원의 의정활동비 등) ① 지방의회의원에게 다음 각 호의 비용을 지급한다.

1. 의정자료의 수집·연구와 이를 위한 보조활동에 소요되는 비용을 보전하기 위하여 매월 지급하는 의정활동비

2. 본회의 또는 위원회의 의결이나 의장의 명에 의하여 공무로 여행할 때 지급하는 여비
3. 회기중의 활동을 지원하기 위하여 지급하는 회기수당

② 생략

지방자치법 제33조(검직 등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

- 1.~2. 생략
3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다)
- 4.~7. 생략

지방자치법 제34조(의원의 의무) ① 지방의회의원은 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 한다.

②~③ 생략

지방자치법 제35조(지방의회의 의결사항) ① 지방의회는 다음 사항을 의결한다.

1. 조례의 제정 및 폐기
2. 예산의 심의·확정
3. 결산의 승인
4. 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 징수
5. 기금의 설치·운용
6. 대통령령으로 정하는 중요재산의 취득·처분
7. 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치·처분
8. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산외 의무부담이나 권리의 포기
9. 청원의 수리와 처리
10. 외국 지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항
11. 기타 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항

② 지방자치단체는 제1항의 사항외에 조례가 정하는 바에 의하여 지방의회에서 의결되어야 할 사항을 따로 정할 수 있다.

지방자치법 제35조의2(서류제출요구) ① 본회의 또는 위원회는 그 의결로 안전의 심의와 직접 관련된 서류의 제출을 당해 지방자치단체의 장에 대하여 요구할 수 있다.

② 위원회가 제1항의 요구를 할 때에는 의장을 경유하여야 한다.

지방자치법 제36조(행정사무감사 및 조사권) ① 지방의회는 매년 1회 당해 지방자치단체의 사무에 대하여 시·도에 있어서는 10일, 시·군 및 자치구에 있어서는 7일의 각 범위 내에서 감사를 실시하고, 지방자치단체의 사무중 특정사안에 관하여 본회의 의결로 본회의 또는 위원회로 하여금 조사하게 할 수 있다.

② 제1항의 조사를 발의하고자 할 때에는 이유를 명시한 서면으로 하여야 하며, 재적의원 3분의 1 이상의 연서가 있어야 한다.

③ 지방자치단체 및 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무와 시·도의 사무에 대하여 국

회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 그 감사를 각각 당해 시·도의회와 시·군 및 자치구의회가 행할 수 있다. 이 경우 국회와 시·도의회는 그 감사결과에 대하여 당해 지방의회에 필요한 자료를 요구할 수 있다.

④ 제1항의 감사 또는 조사와 제3항의 감사를 위하여 필요한 때에는 현지확인을 하거나 서류제출을 요구할 수 있으며, 지방자치단체의 장 또는 관계공무원이나 그 사무에 관계되는 자를 출석하게 하여 증인으로서 선서한 후 증언하게 하거나 참고인으로서 의견의 진술을 요구할 수 있다.

⑤ 제4항의 규정에 의한 증언에서 허위증언을 한 자에 대하여는 고발할 수 있으며, 제4항의 출석요구를 받은 증인이 정당한 이유없이 출석하지 아니하거나 증언을 거부하는 때에는 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

⑥ 제5항의 규정에 의한 과태료 부과절차는 제20조의 규정에 의한다.

⑦ 제1항의 감사 또는 조사와 제3항의 감사를 위하여 필요한 사항은 국정감사및조사에관한법률에 준하여 대통령령으로 정하고, 제4항 및 제5항의 선서·증언·감정등에 관한 절차는 국회에서의증언·감정등에관한법률에 준하여 대통령령으로 정한다.

지방자치법 제37조(행정사무처리상황의 보고와 질문응답) ① 지방자치단체의 장 또는 관계공무원은 지방의회나 그 위원회에 출석하여 행정사무의 처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있다.

② 지방자치단체의 장 또는 관계공무원은 지방의회나 그 위원회의 요구가 있는 때에는 출석·답변하여야 한다. 다만, 특별한 사유가 있는 경우에 지방자치단체의 장은 관계공무원으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다.

③ 제1항 또는 제2항에 의하여 지방의회 또는 그 위원회에 출석하여 답변할 수 있는 관계공무원은 조례로 정한다.

지방자치법 제37조의2(의회규칙) 지방의회는 회의 기타 내부운영에 관하여 이 법에 정한 것을 제외하고 필요한 사항을 규칙으로 정할 수 있다.

지방자치법 제41조(개회·휴회·폐회와 회의일수) ①~② 생략

③ 연간 회의총일수는 정례회 및 임시회를 합하여 시·도에 있어서는 120일, 시·군 및 자치구에 있어서는 80일을 초과할 수 없다.

지방자치법 제53조(위원회의 개회) 위원회는 회기중 위원장이 필요하다고 인정하거나 재적위원 3분의 1 이상의 요구가 있는 때에 개회한다. 다만, 폐회중에는 본회의의 의결이 있거나 의장이 필요하다고 인정할 때, 재적위원 3분의 1 이상의 요구 또는 지방자치단체의 장의 요구가 있는 때에 한하여 개회할 수 있다.

지방자치법 제137조(지방공기업의 설치·운영) ① 지방자치단체는 주민의 복지증진과 사업의 효율적 수행을 위하여 지방공기업을 설치·운영할 수 있다.

② 지방공기업의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

지방공기업법 제2조(적용범위) ① 이 법은 다음 각 호의 1에 해당하는 사업(그에 부대되는 사업을 포함한다. 이하 같다)중 제5조의 규정에 의하여 지방자치단체가 직접 설치·경영하는 사업으로서 대통령령이 정하는 기준이상의 사업(이하 “지방직영기업”이라 한다)

과 제3장 및 제4장에 의하여 설립된 지방공사와 지방공단이 경영하는 사업에 대하여 각각 적용한다.

1. 수도사업(간이상수도사업을 제외한다)
2. 공업용수도사업
3. 궤도사업(도시철도사업을 포함한다)
4. 자동차운송사업
5. 지방도로사업(유료도로사업에 한한다)
6. 하수도사업
7. 주택사업
8. 토지개발사업
9. 의료사업

② 지방자치단체는 다음 각 호의 1에 해당하는 사업중 경상경비의 5할 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업을 지방직영기업·지방공사 또는 지방공단이 경영하는 경우에는 논쟁의 여지가 정하는 바에 의하여 이 법을 적용할 수 있다.

1. 민간인의 경영참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업
2. 제1항 각 호의 1에 해당하는 사업중 동항 본문의 규정에 의한 대통령령이 정하는 기준에 미달하는 사업

③ 지방자치단체의 장은 제1항 각 호의 1에 해당하는 사업중 동항 각 호 외의 부분의 규정에 의한 대통령령이 정하는 기준에 미달하는 사업에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 제22조의 규정을 준용할 수 있다.

지방공기업법 제8조(관리자의 권한) 관리자는 다음 각 호의 사항을 제외한 지방직영기업의 업무를 관리·집행한다. 다만, 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 예산안을 의회에 제출하는 사항
2. 결산을 의회의 승인에 붙이는 사항
3. 의회의 의결을 요하는 사항으로서 그 의안을 의회에 제출하는 사항
4. 지방자치법 제130조 제2항의 규정에 의한 과태료를 과하는 사항

지방공기업법 제26조(예산안의 제출) ① 지방자치단체의 장은 지방직영기업의 관리자가 작성한 예산안을 조정하여 사업연도 개시 전에 의회에 제출하고, 그 의결을 얻어야 한다.

② 지방자치단체의 장이 관리자가 작성한 예산안을 수정할 때에는 관리자의 의견을 들어야 한다.

③ 지방자치단체의 장이 지방직영기업의 예산안을 의회에 제출할 때에는 관리자가 작성한 사업운영계획 기타 대통령령이 정하는 서류를 함께 제출하여야 한다.

지방공기업법 제27조(수입금마련 지출) 사업량의 증가로 인하여 경비에 부족이 생긴 때에는 관리자는 당해 사업량의 증가로 인한 증가수입에 상당한 금액을 그 증가수입에

관련된 업무의 직접비에 사용할 수 있다. 이 경우 관리자는 지방자치단체의 장과 지방의회에 이를 보고하여야 한다.

지방공기업법 제35조(결산) ① 관리자는 매사업연도말일 현재로서 모든 장부를 마감하여 결산을 하여야 한다.

② 관리자는 매사업연도 종료후 2월 이내에 당해 지방직영기업의 결산을 작성하고 이를 당해연도의 사업보고서 및 기타 대통령령이 정하는 서류와 함께 당해 지방자치단체의 장에게 제출하여야 한다.

③ 지방자치단체의 장은 제2항의 규정에 의한 결산 및 사업보고서와 기타 서류에 공인회계사의 회계감사보고서를 첨부하여 다음 연도 지방의회에 제출하여 승인을 얻어야 한다.

지방공기업법 제40조(중요자산의 취득·처분) ① 지방직영기업의 자산 중 대통령령이 정하는 중요한 자산의 취득 및 처분은 예산으로 지방의회의 의결을 얻어야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 지방의회의 의결을 얻은 때에는 지방재정법 제77조 제1항 및 지방자치법 제35조 제1항 제6호의 규정에 의하여 지방의회의 의결을 얻은 것으로 본다.

지방공기업법 제46조(업무상황공표) ① 관리자는 조례가 정하는 바에 의하여 매사업연도마다 2회이상 지방직영기업의 업무상황을 설명하는 서류를 당해 지방자치단체의 장에게 제출하여야 한다. 이 경우에 지방자치단체의 장은 지체없이 이를 공표하여야 한다.

② 관리자는 결산서, 재무제표, 연도별 경영목표, 경영실적 평가결과, 기타 경영에 관한 중요사항을 대통령령이 정하는 바에 의하여 지역주민에게 공시하여야 한다.

③ 삭제

지방공기업법 제49조(설립) ① 지방자치단체는 제2조의 규정에 의한 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우에는 지방공사(이하 “공사”라 한다)를 설립할 수 있다.

② 지방자치단체가 공사를 설립하고자 할 때에는 그 설립·업무 및 운영에 관한 기본적인 사항을 조례로 정하여야 한다.

③ 지방자치단체가 공사를 설립하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 주민복리 및 지역경제에 미치는 효과·사업성 등 지방공기업으로서의 타당성 여부를 사전에 검토하여야 한다.

지방공기업법 제51조(법인격) 공사는 법인으로 한다.

지방공기업법 제53조(출자) ① 공사의 자본금은 지방자치단체가 전액을 현금 또는 현물로 출자한다.

② 공사의 운영을 위하여 필요한 경우에는 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위 안에서 지방자치단체외의 자(외국인 및 외국법인을 포함한다)로 하여금 출자하게 할 수 있다. 증자의 경우에도 또한 같다.

③ 제2항의 경우에는 공사의 자본금은 주식으로 분할·발행한다. 이 경우에 발행하는 주식의 종류, 1주의 금액, 주식발행의 시기, 발행주식의 총수, 주금의 납입시기 및 납입방법은 조례로 정한다.

지방공기업법 제61조(임·직원의 겸직제한) 공사의 임원 및 직원은 그 직무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며, 임원은 지방자치단체의 장의, 직원은 사장

의 허가없이 다른 직무를 겸할 수 없다. 다만, 상근이 아닌 임원은 그러하지 아니하다.

지방공기업법 제64조(사업연도) 공사의 사업연도는 지방자치단체의 일반회계의 회계연도에 의한다.

지방공기업법 제65조(예산) ① 공사의 사장은 매 사업연도의 사업계획 및 예산을 당해 사업연도 개시 전까지 편성하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의하여 편성한 예산은 이사회의 의결로 확정된다. 예산이 확정된 후에 생긴 불가피한 사유로 인하여 예산을 변경하는 경우에도 또한 같다.

③ 공사의 사장은 제2항의 규정에 의하여 예산이 성립 또는 변경된 때에는 지체없이 지방자치단체의 장에게 보고하여야 한다.

지방공기업법 제66조(결산) ① 공사는 매 사업연도의 결산을 당해 사업연도종료후 2월 이내에 완료하여야 한다.

② 공사는 결산완료후 결산서를 작성하여 대통령령이 정하는 서류 및 지방자치단체의 장이 지정하는 공인회계사의 회계감사보고서를 첨부하여 지체없이 지방자치단체의 장에게 보고하여 승인을 얻어야 한다.

③ 삭제

지방공기업법 제71조(대행사업의 비용부담) ① 공사는 국가 또는 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있으며, 이 경우에 필요한 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담한다.

② 제1항의 규정에 의한 비용의 부담에 관하여 필요한 사항은 대통령령이 정하는 것을 제외하고는 조례로 정한다.

지방공기업법 제73조(감독) 지방자치단체의 장은 공사의 업무를 감독한다.

지방공기업법 제74조(보고 및 검사 등) 행정자치부장관 및 지방자치단체의 장은 공사의 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 검사할 수 있으며 필요한 보고를 명할 수 있다.

지방공기업법 제75조의2(업무상황 등 공표) 제46조를 준용한다. 이 경우 “관리자”를 “사장”으로 본다.

지방공기업법 제75조의3(공무원의 파견·겸임) 지방자치단체의 장은 공사가 수행하는 사업의 지원을 위하여 필요한 경우에는 그 소속공무원을 공사에 파견하거나 겸임하게 할 수 있다.

지방공기업법 제79조(국고지원) 국가는 지방공기업의 원활한 경영을 위하여 필요한 경우에는 지방자치단체에 대하여 당해 지방자치단체가 출자할 자본금 기타 필요한 경비의 일부를 보조할 수 있다.

지방공기업법 제83조(별칙적용의 의제) 공사와 공단의 임원 및 대통령령이 정하는 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 이를 공무원으로 본다.

지방공기업법시행령 제80조(별칙적용에 있어서 공무원으로 의제되는 직원의 범위) 법 제83조에서 “대통령령이 정하는 직원”이라 함은 공사와 공단의 정관상 과장 또는 팀장 이상의 직원을 말한다.

**【참조판례】**

- 3. 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678  
헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722  
대법원 1994. 12. 27. 94도618, 공1995상, 739
- 4. 헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63  
헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. 신○배 (2002헌마333)  
          대리인 변호사 박인제 외 1인
- 2. 전○덕 (2002헌마451)  
          대리인 변호사 김정진  
          법무법인 명인  
          담당변호사 민경도 외 1인

**【주 문】**

청구인들의 심판청구를 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 1.은 지방공기업인 서울특별시지하철공사 ○○차량사업소 정비팀 소속 전동차전기직 6급 선임직원으로서 2002. 6. 13. 제3회 전국동시 지방선거가 실시됨에 따라 거주지인 경기도 가평군 가평읍 선거구에서 기초자치단체인 가평군의회 의원선거에 입후보하기 위하여 준비를 하고 있었으나, 지방자치법 제33조 제1항 제5호에서 지방공사의 임원뿐만 아니라 직원의 지방의회의원직 겸직을 금지하고 있어 비록 당선이 되더라도 11년이 넘게 유일한 생업으로 근무해 온 위 지하철공사에서 사직해야 할 처지에 놓이게 되었다. 이에 청구인은 2002. 5. 14. 위 지방자치법 규정 중 “지방공사의 직원” 부분이 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 평등권, 공무담임권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.<sup>1)</sup>

---

1) 한편, 공직선거및선거부정방지법은 지방공사의 직원에 대하여 공직선거 입후보자채는 제한하지 않고 있다(제53조 제1항 제6호 참조). 그리하여 청구인은 위 지방선거에

(2) 청구인 2.는 지방공기업인 지방공사 전라남도 ○○의료원에서 간호직 6급의 직원이었던 자로서 2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시 지방선거에서 민주노동당 전라남도 비례대표의원에 출마하여 당선되었다. 그런데 지방자치법 제33조 제1항 제5호에서 지방공사의 임원뿐만 아니라 직원의 지방의회의원직 겸직을 금지하고 있어 청구인은 1993. 10. 11.부터 근무해 온 위 의료원을 2002. 6. 30. 퇴직하였다. 이에 청구인은 2002. 7. 5. 위 지방자치법 규정 중 “지방공사의 직원” 부분이 청구인의 헌법상 보장된 기본권인 평등권, 공무담임권, 직업선택의 자유를 침해하는 위헌의 법률조항이라고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상 및 관련규정

심판의 대상은 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것) 제33조 제1항 제5호 중 “지방공사의 직원” 부분(이하 “이 사건 법률조항”이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상

지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것)

제33조(겸직등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

5. 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임·직원

(2) 관련규정

(가) 지방자치법(1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정된 것)

제33조(겸직등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

1. 국회의원, 다른 지방의회의 의원
2. 헌법재판소재판관, 각급선거관리위원회위원, 교육위원회의 교육위원
3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다)
4. 정부투자기관관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관(한국방송공사와 한국은행을 포함한다)의 임·직원
6. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합·임업협동조합·연연

---

출마하였으나 낙선하였다.

초생산협동조합·인삼협동조합(이들 조합의 중앙회와 연합회를 포함한다)의 상근 임·직원과 이들 조합의 중앙회장이나 연합회장

7. 정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 교원

제34조(의원의 의무) ① 지방의회의원은 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 한다.

제70조(의원의 퇴직) 지방의회의 의원이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 의원의 직에서 퇴직된다.

1. 의원이 겸할 수 없는 직에 취임한 때

(나) 공직선거및선거부정방지법(2002. 3. 7. 법률 제6663호로 개정된 것, “이하 공직선거법”이라 한다)

제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 60일(…)까지 그 직을 그만두어야 한다. (단서 생략)

6. 지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근임원

(다) 지방공기업법(2002. 3. 25. 법률 제6665호로 개정된 것)

제61조(임·직원의 겸직제한) 공사의 임원 및 직원은 그 직무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며, 임원은 지방자치단체장외, 직원은 사장의 허가없이 다른 직무를 겸할 수 없다. 다만, 상근이 아닌 임원은 그러하지 아니하다.

2. 청구인들의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인들의 주장요지

지방자치법 제33조에서 지방의회의원의 겸직을 금지하는 것은 권력분립의 원칙상 행정부의 집행기구에 해당하는 직책과의 겸직 및 정치적 중립이 요구되는 직책과의 겸직은 허용되지 않는다는 취지이다.

그런데 지방공사는 기본적으로 경제성에 의거하여 경영하고 있고 상법 중 주식회사에 관한 규정이 준용되는 기업체이고, 더구나 임원이 아닌 직원은 별칙 적용상 공무원에 의제되는 것 이외에는 일반 사기업체의 피용자와 다를 바 없다.

뿐만 아니라 지방의회의원은 명예직으로서 기초의원의 경우 연 80일 이내, 광역의원의 경우 연 120일 이내의 회기만 가지는 등, 누구나 생업에 종사하면서 그 직을 수행할 수 있고 그것이 풀뿌리민주주의로서 지방자치의 참모습이

므로 특별한 사정이 없는 한 누구나 이에 참여할 수 있어야 한다.

또한 의원직을 겸하는 직원이 의원직 수행으로 인하여 규정된 근로시간을 채우지 못하는 경우에는 급여를 감액하는 방법, 휴직의 방법 등을 통하여 덜 침해적인 방법으로 기본권을 제한하면서 공익을 달성할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항은 일률적으로 겸직을 금지하고 있어 과잉금지원칙에 위배된다.

그러므로 지방공사의 직원이라는 이유로 국민주권과 민주주의의 구현장인 지방의회에 구성에 참여할 수 있는 기회를 실질적으로 박탈하는 이 사건 법률조항은 청구인들과 같은 지방공사 직원의 공무담임권과 평등권, 직업선택의 자유를 침해하는 위헌의 법률이다.

나. 행정자치부장관의 의견요지

(1) 본안전 항변(2002헌마333에 대하여)

공직선거법 제14조에 의하면 지방의회의원의 임기는 지방선거에 의한 전임 의원의 임기만료일의 다음날(제3대 지방의원의 경우는 2002. 7. 1.)부터 개시되며, 당선인으로 결정되기 위해서는 동법 제190조에 의거 지방선거에서 유효투표의 다수를 얻어야 한다. 그런데 이 사건 심판청구는 지방선거가 실시되기 전이고, 따라서 청구인 1.의 당선 여부 자체가 불확실한 상태였기 때문에 기본권침해의 자기관련성·현재성·직접성을 갖추지 못하여 부적법하다.

(2) 본안에 대한 의견

지방공사를 포함한 지방공기업은 그 사업내용이나 목적에 있어 사기업에 비하여 공공적 성격이 강하고 그 조직·운영·이용관계 등에 있어서도 공법적 특수성이 인정된다. 또한 지방공기업의 임원뿐만 아니라 직원도 유기적 통일체로서 기능하는 기업조직내의 위계질서와 인간관계로 인하여 임원의 경영 방침에 따라 그 기관의 이익을 위해 업무를 수행하는 것이 일반적이므로, 지방공기업의 직원이 지방의회의원과 겸직할 수 있도록 하는 것은 권력분립의 원칙에 어긋난다.

또한 지방공기업의 직원은 상근직으로서 근로시간 동안 직장에서 근무를 해야 하는 의무를 부담하고 있으므로 지방의회의원과의 겸직은 이러한 상근성과 상충된다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 기본권이 제한된다고 하더라도 이는 지방의회의원과 지방공기업 직원 모두의 직무수행의 성실성을 보장하고, 그에 따라 지방공기업의 효율적 관리와 운영을 도모하는 한편 지방의

회 기능의 활성화를 통한 지방자치제도의 정착이라는 공공복리를 위하여 필요한 제한이라고 할 수 있다.

다. 서울특별시시장의 의견(2002헌마333에 대하여)

(1) 본안전 항변

이 사건 법률조항은 청구인과 같은 지방공사 직원의 지방의회 의원선거에서의 입후보 자체를 금지하고 있지 아니하며, 실제로 청구인은 위 2002. 6. 13. 지방선거에서 가평군의회 의원선거에 가평읍선거구에 출마하여 낙선한 바 있고, 현재에도 서울특별시지하철공사의 직원으로 재직하고 있다. 따라서 현재 청구인은 지방의회 의원직과 지방공사 직원직간의 취사선택의 문제에 처해 있지 아니하므로 권리보호의 이익이 없어 부적법하다.

(2) 본안에 대한 의견

위 행정자치부장관의 의견과 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 법적관련성

(1) 자기관련성

지방공사의 직원이 지방의회의원을 겸직하지 못하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 다투는 이 헌법소원에서 자기관련성을 인정하기 위하여는, 청구인들이 첫째 지방의회의원선거에 입후보하기 위한 요건 즉 피선거권을 갖추고, 둘째 2002. 6. 13. 실시된 위 지방의회의원선거에 입후보하기 위한 준비를 하고 있었다는 사실에 대한 소명이 있어야 할 것이다.

그런데 공직선거법 제16조 제3항에 의하면, 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 동법 제19조 소정의 피선거권 결격사유가 없는 한, 그 지방의회의원의 피선거권이 있다. 기록에 의하면 청구인들은 피선거권을 갖고 있다고 인정되고, 실제로 청구인 1.은 위 지방선거에 출마하여 낙선하였고 청구인 2.는 당선된 사실이 인정되므로 자기관련성이 있다.

(2) 직접성 및 현재성

청구인 1.의 경우 비록 이 사건 심판청구 당시 위 지방선거는 실시되지 않은 상태이기 때문에 현실적으로 동 청구인이 지방공사인 서울특별시지하철공사의 직원직과 지방의회의원직 사이에서 한 가지 직을 선택할 수밖에 없는 상황이었다는 것은 아니다. 그러나, 이 사건 법률조항은 청구인과 같은 지방공사의 직원이 지방의회의원직에 입후보할지 여부를 고려함에 있어 다른 집행

행위를 요함이 없이 직접적으로 제한하는 규정이므로 직접성을 인정할 수 있고, 이 사건 심판청구 당시 위 지방선거가 임박해 있었기 때문에 현재성도 인정된다고 할 것이다.

청구인 2.의 경우는 위 지방선거에서 당선되어 실제로 이 사건 법률조항에 의하여 ○○의료원의 6급 간호사직에서 퇴직한 사실이 인정되므로 직접성 및 현재성 요건을 충족한다.

#### 나. 청구기간

법령에 대한 헌법소원의 청구기간은 그 법률의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 하고, 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원을 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항. 헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89, 101 참조).

이 사건 법률조항은 1994. 3. 16. 법률 제4741호로 개정·공포되고 같은 날부터 시행되었다(동법 부칙 제1조). 한편 위 제3회 지방선거는 2002. 6. 13. 행해졌고 그 후보자등록은 선거일전 16일부터 2일간인바(공직선거법 제49조 제1항), 2002. 5. 14. 및 같은 해 7. 5. 심판청구된 이 사건 헌법소원은 청구기간을 준수하였다.

#### 다. 권리보호이익과 헌법적 해명의 필요성

청구인 1.의 경우 헌법소원심판을 청구한 뒤에 위 지방선거는 2002. 6. 13. 실시되어 이미 종료하였고 청구인은 동 선거에 출마하여 낙선하였으므로, 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다고 할 수도 있다.

그런데 지방공사의 직원이 지방의회의원을 겸직하는 것을 또는 반대로 지방의회의원이 지방공사의 직원을 겸직하는 것을 금지하는 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관하여는 아직 그 해명이 이루어진 바가 없고, 만약 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 있을 각종 지방선거에서 청구인과 같은 지방공사의 직원들이 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상된다. 따라서 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관한 판단은 위헌적인 법률조항에 의한 기본권침해의 위험을 사

전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다.

라. 소 결

이상 본 바와 같이 이 사건 심판청구는 법률에 대한 헌법소원으로서의 적법요건을 모두 갖추었다.

4. 본안에 대한 판단

가. 겸직금지의 입법연혁

(1) 지방자치법상의 겸직제한

(가) 1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정된 지방자치법은 제55조에서 선거관리위원회위원과 선거사무에 관계있는 공무원은 그 관제구역 내에서는 지방의회의원의 피선거권이 없고, 재직중의 검찰관과 경찰관은 피선거권이 없다고 규정하고 있었을 뿐 달리 정부투자기관이나 공기업의 임·직원에 대한 겸직제한 규정은 없었다.

동법은 1956. 2. 13. 법률 제385호로 개정되면서 위 제55조를 삭제하고 제71조의2를 신설하여, 선거관리위원회위원과 공무원이 후보자가 되려고 할 때에는 당해 지방의회의원과 시·읍·면장의 임기만료전 50일까지 그 직이 해임되어야 하되, 지방의회의원이 당해 지방의회의원선거에 있어서 후보자가 되는 경우에는 예외로 한다고 규정하였으나, 마찬가지로 정부투자기관이나 공기업의 임·직원에 대한 겸직제한 규정은 없었다.

(나) 지방의회의원이 지방공기업의 임·직원의 직을 겸할 수 없다는 내용은 1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 지방자치법 제33조 제1항 제5호에서 비로소 처음으로 규정되었는데, 동법 제33조 제1항의 내용은 다음과 같다.

제33조(겸직등 금지) ① 지방의회의원은 다음 각 호의 1에 해당하는 직을 겸할 수 없다.

1. 국회의원, 다른 지방의회의 의원
2. 헌법재판소재판관, 각급선거관리위원회위원, 교육위원회의 교육위원
3. 국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원(정당법 제17조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원을 제외한다).
4. 정부투자기관관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 임·직원
5. 제138조(지방공기업이 아닌 지방공사 및 공단의 설립) 또는 지방공기업

법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임·직원

6. 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합의 임·직원

7. 정당법 제17조 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 언론인 및 교원

(다) 그 후 1994. 3. 16. 법률 제4741호 개정법에서 이 사건 법률조항과 같이 조항의 내용에 약간의 수정이 있었다.

(2) 지방의회의원선거법 및 공직선거법상의 겸직제한

(가) 1988. 4. 6. 법률 제4005호로 제정된 지방의회의원선거법 제28조 제1항 제8호는 “지방자치법 제138조 또는 지방공기업법 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 임·직원”은 지방의회의원의 임기만료전 90일까지 그 직에서 해임되어야 한다고 규정하였는바, 1990. 12. 31. 법률 제4311호로 지방의회의원 선거법이 전면개정되면서 위 조항은 제35조로 조문위치가 바뀌었으나 그 내용은 변함이 없었다.

(나) 그 후 1994. 3. 16. 정치개혁의 일환으로 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원선거, 지방자치단체장선거에 대한 개별 선거법들을 통괄하여 규정한 공직선거법이 법률 제4739호로 제정·공포되었는데, 동법 제53조 제1항 제6호는 “지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임·직원”은 선거일전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다고 규정하였다.

한편, 2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 공직선거법 제53조 제1항은 다음 각 호의 1에 해당하는 자로서 후보자가 되고자 하는 자는 선거일전 60일까지 그 직을 그만두어야 한다고 규정하면서 제6호를 “지방공기업법 제2조(적용범위)에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근임원”으로 개정하여 현재에 이르고 있다. 즉, 지방공사의 ‘직원’에 대하여는 상근성 여부를 불문하고 공직선거에 입후보하는 것 자체는 제한하지 않고 있다.

나. 지방공기업의 성격 및 그 직원의 지위

(1) “공기업”으로서의 지방공기업의 성격

국가 또는 지방자치단체가 사회공공의 복리를 증진하기 위하여 개인자본으로는 합리적인 경영을 기대하기 어려운 기간산업이라든가, 성질상 사인에게 경영시키는 것이 적합하지 않은 기본적인 생활수단 또는 국토방위 등에 직결되는 사업을 관리·경영하지 않을 수 없다. 이와 같이 국가 또는 지방자치단체가 사인의 경제생활에 개입하여 그것을 감독·유도할 뿐만 아니라 직접 기업가로서 활동한지는 오래되었고, 이러한 의미에서 “공기업”이란 국가 또는

지방자치단체 및 그에 의하여 설립된 법인이 사회공공의 이익을 위하여 직접 경영하거나 경영에 참가하는 기업을 말한다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678, 682).

우리나라에는 공기업에 관하여 규정한 일반법은 없으나, 국가가 직접 그의 행정조직에 의하여 수행하는 공기업의 예산과 회계에 대하여는 ‘기업예산회계법’이, 국가가 자본금의 2분의 1 이상을 출자한 법인을 통한 공기업에 대하여는 ‘정부투자기관관리기본법’이, 그리고 지방자치단체가 설립·경영하는 공기업에 대하여는 ‘지방공기업법’이 각각 일반적인 사항을 규정하고 있다.

지방공기업법은 원래 1969. 1. 29. 지방자치단체가 경영하는 기업의 조직, 재무 및 경영의 기준을 정하여 그 경영을 합리화함으로써 지방자치의 발전에 기여하도록 하기 위하여 법률 제2101호로 제정되었는데, 1980. 1. 4. 법률 제 3233호에 의한 개정으로 제정 당시의 마지막 조항인 제48조의 다음에 제3장 지방공사, 제4장 지방공단, 제5장 보칙, 제6장 벌칙의 규정이, 즉 제49조 내지 제83조가 신설됨으로써 지방자치단체가 지방공사와 지방공단을 설립·운영할 수 있는 근거가 마련되었다. 지방공기업법의 적용범위는 수도사업(간이상수도사업 제외), 공업용수도사업, 궤도사업(도시철도사업 포함),<sup>2)</sup> 자동차운송사업, 지방도로사업(유료도로사업에 한함), 하수도사업, 주택사업, 토지개발사업, 의료사업<sup>3)</sup> 및 각 부대사업 등이다(동법 제2조 제1항).<sup>4)</sup>

일반적으로 지방공기업은 공기업의 특성으로서 공공복리의 증진이라는 ‘공공성’과 이윤추구라는 ‘기업성’, 그리고 그 활동범위가 지역에 한정되어 있다는 ‘지역성’의 세 가지 요소를 그 특성으로 하고 있다.

(2) 지방공사 임·직원의 지위

지방공사의 “임원”은 사장을 포함한 이사 및 감사로 하는데, 사장과 감사는 대통령령이 정하는 바에 의하여 지방공기업의 경영에 관한 전문적인 식견과

- 2) 청구인 1.이 소속된 “서울특별시지하철공사”가 그 한 예이다.
- 3) 청구인 2.가 소속되었던 “지방공사 전라남도 ○○의료원”이 그 한 예이다.
- 4) 그 밖에 “민간인의 경영참여가 어려운 사업으로서 주민복리의 증진에 기여할 수 있고, 지역경제의 활성화와 지역개발의 촉진에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업”이나 위 “제1항 각 호의 1에 해당하는 사업 중 동항 본문의 규정에 의한 대통령령이 정하는 기준에 미달하는 사업”도 경상경비의 5할 이상을 경상수입으로 충당할 수 있는 사업을 지방직영기업·지방공사 또는 지방공단이 경영하는 경우에는 조례가 정하는 바에 의하여 이 법을 적용할 수 있다고 규정하고 있다(같은 조 제2항).

능력이 있는 자 중에서 지방자치단체장이 임면(任免)하고, 이사는 지방자치단체장의 승인을 얻어 사장이 임면한다(지방공기업법 제58조). 지방공사의 “직원”은 정관이 정하는 바에 의하여 사장이 임면한다(동법 제63조).

한편, 지방공사의 임원 및 직원은 그 직무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며, 임원은 지방자치단체장의, 직원은 사장의 허가없이 다른 직무를 겸할 수 없는데, 다만 상근이 아닌 임원은 그러하지 아니하다(동법 제61조).

지방공사의 임원 및 대통령령이 정하는 직원은 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서는 공무원으로 의제된다(동법 제83조). 여기에서 대통령령이 정하는 직원이란 지방공사의 정관상 “과장 또는 팀장 이상”의 직원(이하 “간부직원”이라 한다)을 말한다(동법시행령 제80조).

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 지방의회의원의 직무형태와 이 사건 법률조항의 입법취지

(가) 지방의회의원은 주민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출되며(지방자치법 제26조의2), 임기는 4년이다(동법 제31조).

지방의회의의 권한으로는 “1. 조례의 제정 및 개폐, 2. 예산의 심의·확정, 3. 결산의 승인, 4. 법령에 규정된 것을 제외한 사용료·수수료·분담금·지방세 또는 가입금의 부과와 징수, 5. 기금의 설치·운용, 6. 대통령령으로 정하는 중요재산의 취득·처분, 7. 대통령령으로 정하는 공공시설의 설치·처분, 8. 법령과 조례에 규정된 것을 제외한 예산의 의무부담이나 권리의 포기, 9. 청원의 수리와 처리, 10. 외국 지방자치단체와의 교류협력에 관한 사항, 11. 기타 법령에 의하여 그 권한에 속하는 사항”에 관한 의결권(동법 제35조), 당해 지방자치단체의 장에 대한 자료제출요구권(동법 제35조의2), 행정사무감사 및 조사권(동법 제36조), 행정사무처리상황의 보고요구 및 질문권(동법 제37조), 기타 의회규칙의 제정권(동법 제37조의2) 등이 있다.

지방자치법 제32조 제1항의 규정에 의하면, 지방의회의원은 의정자료의 수집·연구와 이를 위한 보조활동에 소요되는 비용을 보전하기 위하여 매월 지급되는 ‘의정활동비’(제1호)와 본회의 또는 위원회의 의결이나 의장의 명에 의하여 공무로 여행할 때 지급되는 ‘여비’(제2호), 그 밖에 회기중의 활동을 지원하기 위하여 지급되는 ‘회기수당’(제3호)을 받을 수 있다.

1994. 3. 16. 법률 제4741호 개정법 제32조 제1항은 “지방의회의원은 명예직으로 하되, 다음 각 호의 비용을 지급한다.”고 규정하여 지방의회의원직이 ‘명

예직'임을 명시하였으나, 2003. 7. 18. 법률 제6927호 개정법은 “지방의회의원에게 다음 각 호의 비용을 지급한다.”고 규정하여 지방의회의원직이 명예직임을 삭제하였다. 이와 같이 개정한 이유는, 당시의 법 제32조는 지방의회의원을 명예직으로 하여 재정적으로 취약한 능력있는 젊은 인재의 의회 진출을 막고 있으며, 의정단상에 진출한 의원조차 의정활동에 전념치 못하게 함으로써 지방의회의 의정기능 활성화를 저해하고 있기 때문에 이와 같이 지방의회의원을 명예직으로 한 규정을 삭제하여 의정활동에 따라 비용을 지급하도록 하기 위한 것이라고 한다(제240회 국회 법제사법위원회 제4차회의(2003. 6. 27.) 회의록 30면 참조).

(나) 원래 공직자에 대한 입후보제한 및 겸직금지 “입법과 행정간의 권력분립”이라는 헌법상의 원칙을 유지하고 실현시키는데 그 입법취지가 있다. 구체적으로 말하면 법률의 집행이나 적용을 맡고 있는 공직자가 동시에 법률의 제정에 관여하는 현상, 즉 집행공직자가 의원겸직을 통하여 행정의 통제자가 되어 자신을 스스로 통제하는 것을 허용하지 않고 이로써 이해충돌의 위험성을 방지하자는 것이다.

또한, 입법기관의 의원직과 집행기관의 공직을 동시에 맡을 수 없게 하는 이른바 겸직금지는 자유민주적 정당국가의 공직제도가 필요로 하는 공직자의 “정치적 중립성”의 요청과도 불가분의 연관성을 갖는다. 헌법재판소는 공무원에 대한 정치적 중립성의 필요성에 관하여, “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자로서의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)”이라고 하면서, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 “공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것”이라고 판시한 바 있다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 759).

이 사건 법률조항은 공무원을 대상으로 하는 권력분립 및 정치적 중립성의 요청이 지방공사의 직원들에게도 원칙적으로 해당된다고 보아 규정된 것이라고 할 수 있다.

(2) 권력분립과 정치적 중립성 보장의 관점

(가) 공무원직과 지방의회의원직의 겸직을 금지하는 것(지방자치법 제33조 제1항 제3호)은 헌법상 권력분립의 원칙과 공무원의 중립성 보장을 관철시키기 위한 것으로서 그 합헌성은 일반적으로 인정되고 있다. 그러므로 이러한 권력분립 및 정치적 중립성 보장의 요청이 지방공사의 직원직과 지방의회의 의원직 사이에도 마찬가지로 적용될 수 있는지를 살핀다.

(나) 우선 우리 지방자치단체의 기관구성은 기관분립주의를 원칙으로 하고 있는바, 의사결정기능을 담당하는 의회와 집행기능을 담당하는 집행기관을 분리하여 상호견제와 균형에 의하여 자치행정을 운영하도록 하고 있다.

한편 지방자치법 제137조는 “지방자치단체는 주민의 복리증진과 사업의 효율적 수행을 위하여 지방공기업을 설치·운영할 수 있다(제1항). 지방공기업의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다(제2항).”고 규정하고 있는바, 이에 따라 제정된 법률이 지방공기업법이다. 지방공기업법 제1조는 “이 법은 지방자치단체가 직접 설치·운영하거나 법인을 설립하여 경영하는 기업의 운영에 관하여 필요한 사항을 정하여 그 경영을 합리화함으로써 지방자치의 발전과 주민의 복리증진에 기여하게 함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다.

(다) 지방공기업법 제3장에 규정되어 있는 지방공사는 지방자치단체에 의하여 설립된 법인으로 사회공공의 이익을 위하여 경영하는 지방공기업의 하나이며, 강학상 “특수법인기업” 또는 “법인체기업”으로 분류할 수 있다. 지방공기업법상 지방공사는 다음과 같은 공법적 특수성이 인정되고 있다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678, 682-685).

지방공사는 지방공기업법 제2조의 규정에 의한 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우 지방자치단체에 의하여 법인으로 설립될 수 있고, 이 경우 그 설립·업무 및 운영에 관한 기본적인 사항은 조례로 정하여진다(제49조, 제51조).<sup>5)</sup>

지방공사의 자본금은 지방자치단체가 전액을 현금 또는 현물로 출자하되, 필요한 경우에는 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위 안에서 지방자

---

5) 예컨대 이 사건의 청구인 1.이 소속된 서울지하철공사의 경우 “서울특별시지하철공사설치조례”가 있고, 청구인 2.가 소속되었던 ○○의료원의 경우 “지방공사전라남도순천·강진의료원설치조례”가 있다.

치단체 이외의 자로 하여금 출자하게 할 수 있고(제53조), 국가는 지방공사를 포함한 지방공기업의 원활한 경영을 위하여 필요한 경우 지방자치단체에 대하여 당해 지방자치단체가 출자할 자본금 기타 필요한 경비의 일부를 보조할 수 있다(제79조).

지방공사의 사업연도는 지방자치단체의 일반회계의 회계연도에 의한다(제64조). 지방공사의 사장은 매 사업연도의 사업계획 및 예산을 당해 사업연도 개시 전까지 편성하여야 하는데, 사장은 예산이 성립 또는 변경된 때에는 지체없이 지방자치단체장에게 보고하여야 한다(제65조). 또한, 지방공사는 매 사업연도의 결산을 당해 사업연도 종료 후 3월내에 완료하여 결산서를 작성한 후 대통령령이 정하는 서류 및 지방자치단체장이 지정하는 공인회계사의 회계감사보고서를 첨부하여 지체없이 지방자치단체장에게 보고하여 승인을 얻어야 한다(제66조). 한편, 지방공사는 국가 또는 지방자치단체의 사업을 대행할 수 있는데, 이 경우에 필요한 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담한다(제71조).

지방자치단체장은 지방공사의 업무를 감독하고(제73조), 행정자치부장관 및 지방자치단체장은 지방공사의 업무·회계 및 재산에 관한 사항을 검사하는 한편 필요한 보고를 명할 수 있다(제74조). 그리고, 지방자치단체장은 지방공사가 수행하는 사업의 지원을 위하여 필요한 경우에는 그 소속 공무원을 지방공사에 파견하거나 겸임하게 할 수 있다(제75조의3).

지방공사의 사장은 조례가 정하는 바에 의하여 매 사업연도마다 2회 이상 지방공사의 업무상황을 설명하는 서류를 당해 지방자치단체장에게 제출하여야 하고, 지방자치단체장은 지체없이 이를 공표하여야 하며, 사장은 결산서·재무제표·연도별 경영목표·경영실적 평가결과 기타 경영에 관한 중요사항을 대통령령이 정하는 바에 의하여 지역주민에게 공시하여야 한다(제75조의2, 제46조).

따라서 지방공사는 그 사업내용이나 목적에 있어 사기업에 비하여 공공적 성격이 강하고, 그 조직·운영·이용관계 등에 있어서도 강한 공법적 특수성이 인정된다고 할 것이다.

(라) 위와 같이 지방공사는 법령 및 당해 지방자치단체의 조례에 의하여 설립된 공공단체로서 공공성 및 독점성을 가지는 경우가 대부분이다. 그리고, 지방공사의 업무는 지방자치단체가 지방자치의 발전과 지역주민의 복지증진이라는 존립목적보다 능률적이고 효율적으로 달성하기 위해 행하는 활동

의 일부라고 보아야 할 것이다.

또한 지방공사의 임원뿐만 아니라 직원들도 지방공사의 소유와 이익의 귀속주체인 지방자치단체의 이익을 대변할 지위에 있는 자들로서 국고업무를 담당하는 공무원과 별다른 차이가 없다. 따라서, 지방공사의 소속원이 지방의회의원의 신분을 가지는 경우 그가 임원이든 간부직원이든 일반직원이든간에 지방의회의 일원으로서 동일한 지위와 권한을 가지는 것이고, 그렇다면 지방의회의원직을 겸직하지 못하도록 할 필요성은 임원·간부직원·일반직원 모두 동일하다고 할 것이다.

즉, 지방공사의 직원은 유기적 통일체로서 기능하는 공기업조직 내의 위계질서와 인간관계로 인하여 임원이나 간부직원의 경영방침에 따라 그 기관의 이익을 위해 업무수행을 하는 경우가 일반적이라 할 것이므로, 지방공사의 직원이 지방의회의원의 직을 겸직하도록 허용한다면 지방공사는 공기업이익의 증진이라는 목표를 위하여 그 직원인 지방의회의원을 통하여 지역주민의 이익을 도외시한 채 해당 지방공사의 경제적·행정적 편의만을 도모하는 방향으로 자치입법과 행정에 부당한 영향력을 가할 수 있는 위험성 또한 적지 않을 것으로 예상된다.

따라서, 지방공사는 지방직영기업처럼 지방의회의 직접적 통제(지방공기업법 제8조, 제26조, 제27조, 제35조, 제40조)를 받지는 않지만, 지방자치단체의 영향력하에 있는 지방공사의 직원이 지방의회에 진출할 수 있도록 하는 것은 권력분립 내지는 정치적 중립성 보장의 원칙에 위배되고, 결과적으로 주민의 이익과 지역의 균형된 발전을 목적으로 하는 지방자치의 제도적 취지에도 어긋난다.

이러한 위험성을 배제하기 위해서 입법자가 지방공사의 직원직과 지방의회의원직의 겸직을 금지하는 규정을 마련하여 청구인들과 같은 지방공사 직원의 공무담임권을 제한한 것은 공공복리를 위하여 필요한 불가피한 것으로서 헌법적으로 정당화될 수 있다고 할 것이다.

### (3) 상근성 내지 직무전념성의 관점

지방의회의 의원은 주민의 선거에 의하여 선출되고 주민 전체의 대표자로서 의회활동을 통하여 주민의 개별의사를 총합·형성할 임무를 지닌다. 따라서 지방의회의원은 공공의 이익을 우선하여 양심에 따라 그 직무를 성실히 수행하여야 한다(지방자치법 제34조 제1항). 또한, 지방공사의 직원은 상근직 직원으로서 취업규칙에서 정하는 근로시간<sup>6)</sup> 동안 직장에서 근무를 해야 하

는 의무를 부담하고 있으므로, 지방의회의원의 겸직은 이러한 상근성과 상충된다.

즉, 지방의회의원은 그 직무의 성실한 수행을 위해서는 연간 80일(기초의회의 경우) 내지 120일(광역의회의 경우)동안 개최되는 지방의회의 정기회와 임시회에 참석해야 하고(지방자치법 제41조 제3항), 그 밖에도 위원회 활동이 있는바 위원회는 회기중에 열리는 것이 원칙이지만 폐회중에도 열릴 수 있다(동법 제53조).

그러므로, 지방공사의 직원이 지방의회의원의 직을 겸하는 경우 직장에 상근할 의무를 저버리거나 아니면 지방공사 직원으로서의 근무를 위하여 지방의회의원의 직무수행에 소홀하게 되는 결과를 쉽게 예상할 수 있다. 더구나 이제 지방의회의원은 단순한 명예직으로 보기 어렵다고 할 수 있고, 복잡 다양한 현대행정의 특성상 상시성과 전문성이 요구되는 직이라고 보아야 한다.

따라서 지방공사 직원의 지방의회의원 겸직을 금지하는 입법은, 지방의회의원과 지방공사 직원 모두의 직무수행에 있어 성실성을 보장하고 그에 따라 지방공사의 효율적 관리와 운영을 도모하는 한편, 지방의회 기능의 활성화를 통한 지방자치제도의 정착이라고 하는 공공복리를 위하여 필요한 기본권의 제한에 해당된다 할 것이다.

#### (4) 소 결

그렇다면, 이 사건 법률조항에 의하여 지방공사의 직원이 지방의회의원직을 겸할 수 없도록 하는 것은 공공복리를 위한 필요성이 인정되고, 겸직금지로 인하여 공무담임권이나 평등권, 또는 직업선택의 자유 등 기본권이 제한된다 하여도 이 때에 얻는 이익은 지방공사의 직원들이 이 사건 법률조항으로 말미암아 지방의회의원직과 지방공사의 직원의 직 중에서 어느 한 쪽을 선택해야 함으로써 잃는 이익과 비교 형량하여 볼 때 결코 적다고 할 수 없어 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

#### 5. 결 론

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항은 청구인들과 같은 지방공사 직원의 공무담임권이나 평등권, 또는 직업선택의 자유를 침해한다고 할 수 없으므로, 청구인들의 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결

---

6) 예컨대 위 서울특별시지하철공사의 취업규칙에서 정하는 근로시간은 1일 8시간, 주 44시간이다(취업규칙 제10조).

정은 아래 6.과 같은 재판관 김영일의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

#### 6. 재판관 김영일의 반대의견

다수의견은 이 사건 법률조항이 청구인들의 공무담임권 등 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 판단하여 청구인들의 심판청구를 기각하였다. 나는 이 사건 법률조항이 청구인들의 공무담임권, 평등권, 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 보는 바이므로 그 이유를 다음과 같이 밝힌다.

#### 가. 지방자치제도의 의의와 위헌판단의 기준

지방자치제도는 민주정치의 요체이며 현대의 다원적 복합사회가 요구하는 정치적 다원주의를 실현시키기 위한 제도적 장치로서 주민의 자발적인 참여·협조로 지역 내의 행정관리·주민복지·재산관리·산업진흥·지역개발·문화진흥·지역민방위 등(헌법 제117조 제1항, 지방자치법 제9조 참조) 그 지방의 공동관심사를 자율적으로 처리해 나간다면, 국가의 과제도 그만큼 감축되고 주민의 자치역량도 아울러 배양되어 국민주권주의와 자유민주주의 이념구현에 크게 이바지할 수 있다. 민주주의의 본질은 국가권력의 형성 및 행사의 근거를 국민적 합의에 두므로 지방자치가 진실로 민주정치의 발전에 기여할 수 있기 위하여는 무엇보다도 지방의회의 구성이 당해 지역주민 각계각층의 의견이 민주적이고도 합리적으로 수렴된 유루(遺漏)없는 합의에 의하여 이루어질 수 있도록 제도화되어야 할 필요가 있는 것이다(헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 100-101; 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 551).

그러므로 공무담임권 등 참정권의 제한은 국민주권에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 헌법의 민주적 기본질서를 침해할 위험성이 큰 것으로서 민주주의의 원리와는 배치되는 것이기 때문에 필요한 최소한의 정도에 그쳐야 할 것이다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 80; 2000. 1. 27. 99헌마123, 판례집 12-1, 75, 86). 따라서 과연 이 사건 검칙금지규정이 청구인들과 같은 지방공사직원의 참정권 등을 과도하게 침해하였다고 볼 수 있는가 여부를 결정함에 있어서는 침해된 기본권의 헌법상 지위 및 중요성, 기본권침해의 정도와 기본권을 제한함으로써 달성하려는 공익상 목적 내지 필요 등을 비교교량하여 그와 같은 공익목적의 달성을 위하여 기본권의 침해가 불가피한 것이었는지 여부를 판단하여야 할 것이다.

우선 침해되는 기본권의 중요성과 침해의 정도에 관하여 보건대, 공무담임권 등 참정권은 선거를 통하여 통치기관을 구성하고 그에 정당성을 부여하는 한편, 국민 스스로 정치형성과정에 참여하여 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단이라는 점에서 아주 중요한 기본권이다. 그런데 이 사건 법률조항은 비록 지방의회의원선거에 입후보하는 것 자체를 금지하는 규정이고 단지 겸직만을 금지하는 것이기는 하나, 지방의회의원이 아직까지는 사실상 명예직인 점을 고려하면 청구인들과 같은 지방공사직원이 지방의회의원선거에 입후보하고자 하는 의욕 자체를 꺾는다는 측면을 무시할 수 없고, 어렵게 입후보하여 당선이 되는 경우에도 지방공사직원의 직을 포기해야 하므로 공무담임권에 대한 중대한 제한이 아닐 수 없다.

다음, 이 사건 법률조항의 내용인 겸직금지규정으로 달성하려는 공익상 목적은 다수의견도 지적하는 바와 같이 첫째, 권력분립과 정치적 중립성 보장, 둘째, 상근성 내지는 직무전념성의 보장이라고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 이와 같은 공익목적의 달성을 위하여 필요한 최소한의 조치에 해당되는지의 여부를 살핀다.

#### 나. 권력분립과 공직자의 정치적 중립성 보장의 관점

##### (1) 지방공사 임·직원에 대한 공무담임권 제한의 근거

다수의견이 들고 있는 바, 공무원에 대하여 권력분립 및 정치적 중립성이 요구되고 정치활동이 제한되는 논거가 공무원이 아닌 지방공사의 직원에 대하여도 타당한 것인가의 점이 문제된다.

우선 ‘국민전체의 봉사자설’이나 ‘공적 중개자설’은 공무원의 지위에 고유한 설명으로서 공무원이 아닌 지방공사의 직원에는 적용될 수 없다. 다음으로 공무원을 외부의 정치적 간섭이나 엽관계의 폐단으로부터 보호한다는 ‘공무원의 이익보호설’은, 지방공사의 임·직원은 정당에 가입할 수 있는 등 정치활동이 허용되는 점(정당법 제6조 참조)에 비추어 지방공사의 임·직원에는 적용될 수 없다. 끝으로 정치와 행정의 분리 즉, ‘권력분립’의 관점에서 본다면, 만일 지방공사를 공무를 수행하는 기관이라고 보는 경우 지방공사 소속의 임·직원은 당연히 공무원과 마찬가지로의 제한을 받는 것이 필요할 것이다. 그러나 지방공기업법상의 지방공사란 해당기관의 공무원성에 착안하여 구성된 개념이 아니고, 단지 지방자치단체에 의한 소유·지배의 대상이 되는 기업이라는 데 착안한 것이다. 그렇다면 지방공사의 임·직원이라는 점만에 의하여는 공무원에 해당되는 제한을 일률적으로 받아야 할 근거는 없다고 할

것이다.

다만, 지방공사의 소유와 이익의 귀속주체는 지방자치단체 즉, 행정기관이라고 할 것이므로 입법기관에 의한 행정기관의 통제의 필요상 지방공사의 구성원 중 '행정기관의 이익을 대변할 지위에 있는 자'가 입법기관의 구성원이 되는 것은 헌법상 권력분립의 원칙에 위배된다고 할 수 있다. 즉, 지방공사의 임·직원에게 정치활동이 허용됨에도 불구하고 공무담임권을 제한할 수 있는 근거는, 임·직원 중 '행정부의 이익을 대변할 지위에 있는 자'의 업무집행의 중립성을 보장하고 권력분립을 유지하기 위하여 필요하다는 데에서 찾을 수 밖에 없을 것이다.

그렇다면 지방공사의 구성원 중 어떤 범위의 자들이 '행정기관의 이익을 대변할 지위에 있는 자'에 해당된다고 볼 수 있는지가 문제라고 할 것이다. 이에 대하여는 ① 지방공사의 임원만이 해당된다는 설, ② 임원은 물론이고 지방공기업법 제83조, 동법시행령 제80조에 의하여 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어 공무원으로 의제되는 직원인 과장 또는 팀장 이상의 직원(이하 '간부직원'이라 한다)까지 포함된다는 설, ③ 임원과 간부직원뿐만 아니라 지방공사의 모든 직원이 포함된다는 설로 나누어 볼 수 있다.

(2) 지방공사의 임·직원 중 '행정부의 이익을 대변할 지위에 있는 자'의 범위

(가) 먼저 전직원 포함설은, 지방공사의 경우 일반 사기업에 비하여 그 공공적 성격이 강하여 그의 조직·운영·이용관계 등에 있어서 공법적 특수성이 인정되므로 이러한 지방공사 소속의 직원들은 임원들과 마찬가지로 정치적 중립성이 요구되고, 따라서 지방의회의원직과의 겸직을 금지하는 것은 불가피한 제한이라고 할 수 있다는 견해이다. 다수의견은 기본적으로 이러한 입장인 것으로 보인다.

살피건대, 정치활동을 할 국민의 권리가 민주주의사회에서 갖는 중요성을 감안한다면 국민의 정치활동의 제약의 정도는 필요한 최소한의 것이라야 한다. 지방공사의 임원은 지방공사의 경영에 실질적으로 관여하며, 주요업무사항은 모두 임원들의 권한사항으로 되어 있는데 반하여, 지방공사의 직원은 정관이 정하는 바에 따라 사장이 임명하는 자들로서 지방공사의 경영에 관여하거나 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 권한은 가지고 있지 않다. 따라서 이들이 일당일파(一黨一派)에 편향된 활동을 함으로써 이것이 직무집행에 영향을 미치고 지방공사의 공정한 운영을 해치며, 나아가 사무의 계속성, 안정성 및

능률성을 저해하게 될 위험성이 있다고 할 수는 없다.

(나) 다음으로 간부직원 포함설은, 지방공사는 지방자치단체가 소유·지배하는 공공적 성격이 강한 기업체로서 국가 내지는 지방자치단체의 정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 지방공사의 '임원'뿐만 아니라 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어 공무원으로 의제되는 '간부직원'도 일반공무원과 마찬가지로 정치적 중립의무를 부담하고 그로 인하여 공무담임권이 제한된다는 견해이다.

그러나 지방공기업법 제83조, 동법시행령 제80조에 의하여 지방공사의 간부직원에 대하여 형법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어 공무원으로 의제하는 이유는, 지방자치단체가 소유·지배하는 공공적 성격이 강한 기업체는 국가 내지는 지방자치단체의 정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 간부직원에 대하여는 일반공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하여 그 직무의 불가매수성을 확보하고자 하는 데 있는 것이지, 위 규정으로 인하여 지방공사의 간부직원이 공무원과 마찬가지로의 정치적 중립의무를 부담하는 것은 아니라고 할 것이다. 이는 국민에게 불리한 법률규정은 보호법익과 관련하여 엄격하게 해석해야 하는 것이고 함부로 유추해석을 허용할 것은 아니기 때문이다(대법원 1994. 12. 27. 94도618, 공1995상, 739; 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 762-763 참조). 그러므로 지방공사의 직원은 공무원이 아니고 지방공기업법 제83조, 동법시행령 제80조의 취지가 위와 같다면, 지방공사의 직원 중 공무담임권이 제한되는 범위를 위 법령에 의한 간부직원을 기준으로 하는 것도 합리적 이유를 찾기 어렵다고 할 것이다.

(다) 참고로 외국의 입법례를 보면, 일본의 경우 지방자치법은 제92조에서 보통지방공공단체<sup>7)</sup>의 의회의원은 중의원의원과 참의원의원 및 지방공공단체의 의회의원과 상근직원을 겸할 수 없다고 규정하고 있을 뿐이고, 공직선거법 제89조 제1항 및 동법시행령 제90조 제3항도 지방공영기업에 종사하는 직원(이들은 일반직에 속하는 지방공무원이다. 지방공영기업등의노동관계에 관한 법률 제3조 제4호)으로서 재직 중 공직후보자로 될 수 없는 자를 과장 또는 이에 상당하는 직 이상의 주된 사무소(본사)에 있는 직에 있는 자로 한정하고

---

7) 일본의 지방자치법 제1조의3(지방공공단체의 종류)의 규정에 의하면, 지방공공단체는 '보통'지방공공단체와 '특별'지방공공단체로 나뉘는데, 전자에는 都·道·府·縣(우리의 광역자치단체)과 市·町·村(우리의 기초자치단체)가 있고, 후자에는 특별구·지방공공단체의 조합·재산구·지방개발사업단이 있다.

있다. 즉, 일반직 지방공무원으로서 지방공영기업의 과장 또는 이에 상당하는 직 이상의 주된 사무소에 있는 직의 아래에 해당하는 자들은 지방의회의원에 임후보할 수 있고, 겸직금지 대상이 되지 않는다. 일반직 지방공무원이 아닌 자들은 물론 지방의회의원이 될 수 있다.

독일의 경우도 지방공기업의 단순노무자의 공무원임권은 법률로 제한할 수 없고 지방공기업의 사무직원(hauptberufliche Angestellte)의 경우 ‘동일한 지방자치단체’의 의회의원 겸직금지규정이 있었으나, 이마저도 연방헌법재판소에 의해 위헌으로 선언되었다. 즉, 연방헌법재판소는 1978. 4. 4. 선고한 결정에서 지방자치단체(Gemeinde)가 50% 이상의 지분을 가지고 있는 공·사법상의 법인에서 본업으로 근무하고 있는 직원이 동일한 게마인데(in einer Gemeinde)의 명예직 의원을 겸하는 것을 금지하는 바이에른주 지방자치법규<sup>8)</sup>(제31조 제4항 제3호)의 규정에 대하여, 동 규정에 따라 본업으로서 근무하고 있는 직원들이 기업적 의사결정에 그 어떤 결정적 영향을 미칠 수 없음에도 불구하고 게마인데의 명예직 의원이 될 수 없도록 하고 있는 한 위헌이라고 선언하였다.<sup>9)</sup>

그 밖에, 다른 선진국가들에 있어서도 지방공사의 임원이 아닌 직원에게까지 겸직금지규정을 두고 있는 경우는 찾아보기 어렵다.

(3) 그러므로 지방공사의 임·직원 중 ‘행정부의 이익을 대변할 지위에 있는 자’의 범위는 지방공사에 대하여 권력분립 및 정치적 중립성 보장의 원칙을 적용하는 취지에 비추어 제한적으로 해석되어야 한다.

지방공사의 임원은 공무원이 아니지만 앞에서 본 바와 같이 지방공사의 경영에 실질적으로 관여하며, 주요업무사항은 모두 임원들의 권한사항으로 되어 있는 점에 비추어 공무원을 대상으로 하는 규제가 그들에게도 원칙적으로 준용되어야 하므로, 지방공사의 임원에 대하여는 공무원과 마찬가지로 지방의회의원과의 겸직금지가 요청되고, 이는 권력분립 및 정치적 중립성의 원칙과도 합치되는 것이다(임원설). 반면에, 지방공사의 임원 이외의 직원은 지방공사의 경영에 있어서 심의·의결권을 행사하거나 또는 집행책임을 지는 지

---

8) “1977. 7. 8.의 지방자치단체대의기관의법적지위의개정에관한법률에 따른 바이에른주 자치단체규칙”(Artikel 31 Absatz 4 Nr.3 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern in der Fassung des Gesetzes zur Änderung der Rechtsstellung kommunaler Mandatsträger vom 8. Juli 1977)

9) BVerfGE 48, 64.

위에 있지 않기 때문에 이해의 충돌이 있을 수 없고 경영에 대한 영향력이 임원과 달리 제한되어 있으므로, 임원 이외의 직원에 대한 겸직금지에는 그 업무의 성질에 비추어 볼 때, 권력분립과 정치적 중립성 보장의 관점에서 타당한 논거를 찾기 힘들다고 할 것이다.

한편, 청구인들과 같은 지방공사의 직원이 그 직을 유지한 채 지방의회에 진출하여 소속 지방공사의 이익을 위하여 지방의회에서 부당하게 영향력행사를 하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 그러나 지방공사는 지방직영기업(지방공기업법 제8조, 제26조, 제27조, 제35조, 제40조)과는 달리 지방의회의 직접적 통제를 받지 않으며, 가사 지방자치단체장을 통하여 간접적으로 부당한 영향력을 행사할 것이 염려된다면, 그때를 대비하여 특정의 관련의제에 관한 토론 및 의결에 관여시키지 않는 배제입법의 정도면 족한 것이다. 나아가 백보를 양보하여, 이 문제는 당해 지방공사의 설치자가 관할하는 지역의 지방의회의 원만을 겸직금지하는 것으로 해결할 수 있는 것이므로, 이 사건 법률조항처럼 지방공사직원의 공무담임권 자체를 전면적으로 제한하는 입법으로까지 비약시킬 일은 아니라고 할 것이다.

#### 다. 상근성 내지 직무전념성과의 관계

(1) 공무원의 복무에 관한 규정을 보면, 공무원은 국민에 대한 봉사자로서 직무전념의무와 성실의무를 부담하고 있는바(국가공무원법 제56조·제58조·제64조, 지방공무원법 제48조·제50조·제56조 참조), 공무원이 그 직을 유지한 채 다른 직을 겸하는 것은 겸직업무의 수행을 위하여 원래의 직무에 전념하거나 성실하지 못할 우려가 큰 만큼 공무원의 위와 같은 의무에 상치된다 할 것이다. 그러나 지방공사의 직원에 대하여는 국민에 대한 봉사자인 공무원과 같은 직무전념의무를 인정할 수 있는 법령상의 근거를 발견할 수 없다.

다만, 지방공기업법 제61조(임·직원의 겸직제한)는 “공사의 임원 및 직원은 그 직무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며, 임원은 지방자치단체의 장의, 직원은 사장의 허가없이 다른 직무를 겸할 수 없다. 다만, 상근이 아닌 임원은 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 또한 청구인 1.은 서울특별시지하철공사의 상근직 직원이고, 청구인 2.도 역시 강진의료원의 상근직 직원이었으므로 위 공사 및 의료원의 「취업규칙」에서 정하는 근로시간 동안 직장에서 근무를 해야 하는 의무를 부담하고 있으나, 지방공사 직원의 이러한 근무의무는 사법상의 고용계약상에 의한 근로제공의무에 불과한 것으로서 공무원의 직무전념의무와는 상이하다 할 것이다.

(2) 지방의회의원은 아직까지는 사실상 명예직으로서 지방의회의 정기회와 임시회에 참석하고 그 회의일수는 연간 80일(기초의회의 경우) 내지 120일(광역의회의 경우)을 초과하지 아니한다. 그러므로 지방공사의 직원이 지방의회의원의 직을 겸하는 경우 의원의 직을 성실하게 수행하기 위해서는 종전직장에 나가지 못하는 날이 있을 수밖에 없으므로, 상근성을 내용으로 하는 지방공사직원의 근무의무와 상충될 수 있다.

그러나 원래 명예직이란 그 성질상 특히 양립하기 어려운 사유가 없으면 응당 다른 직에 종사가 예정되어 있는 직인바, 사실상 명예직인 지방의회의원에게 의정활동비와 여비, 회기수당이 지급된다 하더라도, 이는 실비변상의 수준에 불과한 것이므로 생계를 유지하는 데 충분하지 못하고 포기해야 할 직에서 얻을 수 있는 수입을 대신하지 못할 것이므로, 겸직을 금지함은 공무담임권뿐만 아니라 실질적인 직업선택의 자유의 제한이 된다고 할 것이다(헌재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 80 참조).

(3) 한편, 청구인과 같은 지방공사직원들이 의원직을 겸함으로써 본래의 직무에 다소 충실하지 못할 가능성을 배제할 수는 없으나, 이와 같은 지방공사의 불이익은 지방자치제도의 정착과 공무담임권의 최대한 보장을 위해 양보할 수 있는 법적 이익인 동시에 우리 헌법상 요구되는 여러가지 가치의 실현을 위하여 우리 사회공동체의 공동부담으로 인수해야 하는 부분이라고 할 것이다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 764-765 참조).

뿐만 아니라, 이와 같은 이익의 충돌이 문제된다면, 이를 이유로 지방의회의원의 직을 맡을 수 있는 공무담임권을 겸직금지과 같은 방법으로 제한할 것이 아니라 상호간의 이익을 조정할 수 있는 제도 예컨대, 의원직을 겸하는 직원이 의원직 수행으로 인하여 규정된 근로시간을 채우지 못하는 경우에는 일정 비율로 급여를 감액하는 방법 등을 통하여 공무담임권을 보장할 수도 있다.<sup>10)</sup> 나아가 지방공사직원의 직을 '휴직'할 수 있도록 하는 규정을 둘 수도 있을 것이다. 참고로 국회법 제29조 제3항은 정당법 제6조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 교원(대학교수)이 국회의원으로 당선된 때에는 임기 중 그 의원의 직은 휴직된다고 규정하고 있는바, 지방의회의원의 경우에도 마찬가지로 제도가 필요하다고 할 것이다. 그러므로 이러한 방법을 고려함이

---

10) 지방의회의원을 겸하는 직원도 의회에 출석한 때에는 회기수당을 받을 것으로 급여의 감액을 감수할 수 있을 것이다.

없이 일률적으로 검직을 제한하는 것은 기본권제한의 최소한의 원칙에 위배된다 할 것이다.

라. 평등권침해여부

앞에서 본 바와 같이 지방공사의 임원은 지방공사의 경영에 실질적으로 관여하며, 주요업무사항은 모두 임원들의 권한사항으로 되어 있는데 반하여, 지방공사의 직원은 정관이 정하는 바에 따라 사장이 임명할 뿐, 지방공사의 경영에 관여하거나 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 권한은 전혀 가지고 있지 않다. 따라서 지방공사의 직원에 대하여 임원과 마찬가지로 지방의회 의원을 검직할 수 있는 공무담임권을 배제하는 것은 합리적인 이유없이 다른 것을 같게 취급하는 것으로서 헌법상의 평등원칙에 위배된다고 할 것이다.

마. 결 론

결국 이 사건 법률조항은 그 필요성에 대한 뚜렷한 근거없이 지방공사의 임원뿐만 아니라 직원에 대해서까지 지방의회의원의 검직을 금지시키는 것이고, 이로 말미암아 지방공사의 직원인 청구인들의 공무담임권 및 평등권, 그리고 직업선택의 자유를 침해하는 것이므로, 나는 이 사건 법률조항에 대하여 위헌을 선고하여야 한다고 보는 바이다.

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

## 접견불허처분 등 위헌확인

(2004. 12. 16. 2002헌마478 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 수형자에 대한 기본권 제한의 한계
2. 금지 처분을 받은 수형자에 대하여 금지 기간 중 접견, 서신수발을 금지하고 있는 행형법시행령 제145조 제2항 중 접견, 서신수발 부분이 수형자의 통신의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)
3. 금지 처분을 받은 수형자에 대하여 금지 기간 중 운동을 금지하는 행형법시행령 제145조 제2항 중 운동 부분이 수형자의 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 등을 침해하는지 여부(적극)
4. 피청구인이 접견횟수 초과를 이유로 청구인에 대하여 변호사와의 접견을 불허한 처분이 수형자의 재판청구권 등을 침해하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 수형자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여, 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되며, 수용 시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 이들 기본권의 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다.

2. 금지 징벌의 목적 자체가 징벌실에 수용하고 엄격한 격리에 의하여 개전을 촉구하고자 하는 것이므로 접견·서신수발의 제한은 불가피하며, 행형법시행령 제145조 제2항은 금지 기간 중의 접견·서신수발을 금지하면서도, 그 단서에서 소장으로 하여금 “교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정되는 때”에는 금지 기간 중이라도 접견·서신수발을 허가할 수 있도록 예외를 둬으로써 과도한 규제가 되지 않도록 조치하고 있으므로, 금지 수형자에 대한 접견·서신수

발의 제한은 수용시설 내의 안전과 질서 유지라는 정당한 목적을 위하여 필요·최소한의 제한이다.

3. 실외운동은 구금되어 있는 수형자의 신체적·정신적 건강 유지를 위한 최소한의 기본적 요청이라고 할 수 있는데, 금치 처분을 받은 수형자는 일반 독거 수용자에 비하여 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 등이 금지되어(행형법시행령 제145조 제2항 본문) 외부세계와의 교통이 단절된 상태에 있게 되며, 환기가 잘 안 되는 1평 남짓한 징벌실에 최장 2개월 동안 수용된다는 점을 고려할 때, 금치 수형자에 대하여 일체의 운동을 금지하는 것은 수형자의 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 해칠 위험성이 현저히 높다.

따라서 금치 처분을 받은 수형자에 대한 절대적인 운동의 금지는 징벌의 목적을 고려하더라도 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한의 범위를 벗어난 것으로서, 수형자의 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

4. 형이 확정되어 자유형의 집행을 위하여 수용되어 있는 수형자는 미결수용자의 지위와 구별되므로 접견의 빈도 등이 상당 정도 제한될 수밖에 없고, 수형자와 변호사와의 접견을 일반 접견에 포함시켜 제한하더라도 접견 횟수에 대한 탄력적 운용, 서신 및 집필문서 발송, 전화통화에 의하여 소송준비 또는 소송수행을 할 수 있으므로 피청구인의 접견 불허 처분이 헌법 제27조의 재판청구권 등 청구인의 헌법상 보장된 권리를 침해하는 것이라고 보기는 어렵다.

### 【참조조문】

헌법 제10조, 제12조, 제27조

행형법 제18조(접견) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 접견할 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 제1항의 규정에 의한 변호인과의 접견은 예외로 한다.

④ 접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법 제18조의2(서신) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 서신을 주고 받을 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 서신을 검열할 수 있다. 다만, 제66조 제2항 각 호 외의 부분 본문의 규정에 의한 변호인과의 서신은 예외로 한다.

④ 서신의 검열·발송 및 교부는 신속히 하여야 한다.

⑤ 소장이 교부를 허가하지 아니한 서신은 이를 폐기한다. 다만, 폐기하는 것이 부적당하다고 인정되는 경우에는 석방할 때 본인에게 교부할 수 있다.

⑥ 서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법시행령 제145조 제2항

### 【참조판례】

1. 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1. 653, 662  
헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63  
헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 562
2. 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 428
4. 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 430

### 【당 사 자】

청 구 인 김○형

대리인 법무법인 한결

담당변호사 이상희 외 3인

피청구인 안양교도소장

### 【주 문】

1. 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것) 제145조 제2항 중 “금치의 처분을 받은 자는 접견, 서신수발 … 을 금지한다.” 부분에 대한 심판청구를 기각한다.

2. 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것) 제145조 제2항 중 “금치의 처분을 받은 자는 …운동…을 금지한다.” 부분은 헌법에 위반된다.

3. 피청구인이 2002. 6. 29. 청구인과 변호사 이상희의 접견을 불허한 처분에 대한 심판청구를 기각한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1998. 10.경 사기 등으로 징역 5년을 선고받고 그 형이 확정되어 전주교도소에 수감 중이던 2002. 3.경 ‘전북평화와인권연대’라는 인권단체 소속 활동가 전○형에게 서신을 발송하려고 하였으나, 위 교도소가 이를 불허하자, 위 전○형과의 접견을 통해 “변호사를 선임하여 위 불허처분에 대하여 소송을 진행하고 싶다”는 의견을 전하여 동인이 변호사를 선임하여 소송을 준비하던 중이던 같은 해 4. 26. 안양교도소로 이송되었다.

(2) 청구인이 안양교도소로 이송된 직후, 피청구인은 청구인에 대하여 부정물품을 은닉하였다는 등의 이유로 2개월의 금지처분을 하고 청구인의 가족인 김○미에게 금지처분 사실과 금지처분 집행 기간 중 청구인을 접견하거나 청구인과 서신수발을 할 수 없다는 내용의 통지를 하였다. 또한 전○형이 안양교도소에 청구인과의 접견 가능 여부를 전화로 확인하였으나 청구인이 금지처분 중에 있기 때문에 접견을 할 수 없다는 답변을 받았다. 한편, 청구인은 금지집행 기간이 종료된 후 청구인을 접견한 전○형에게 전주교도소의 위서신발송불허처분과 관련한 소송을 제기하기 위한 변호사선임을 요청하여 전○형이 이상희 변호사에게 청구인의 사건을 의뢰하자, 위 변호사는 사건 수임을 위하여 2002. 6. 29. 청구인과의 접견을 시도하였으나, 피청구인은 청구인이 월 접견 횟수 4회를 전부 채웠다는 이유로 접견을 허가하지 아니하였다.

(3) 이에 청구인은 피청구인이 위 금지처분 집행 기간(2002. 4. 일자불상경부터 2002. 5. 일자불상경까지) 중에 제3자와의 접견, 서신수발 및 운동을 금지한 행위 및 그 근거법령인 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것, 이하 같다) 제145조 제2항, 그리고 2002. 6. 29.자 이상희 변호사와의 접견을 불허한 처분 및 그 근거법령인 행형법시행령 제56조로 말미암아 헌법상 보장된 청구인의 인격권·건강권·통신의 자유·재판청구권 등의 기본권을 침해당하였다고 주장하면서 2002. 7. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

##### (1) 심판 대상의 정리

청구인은 피청구인이 금지처분 집행 기간(2002. 4. 일자불상경부터 2002. 5. 일자불상경까지) 중에 제3자와의 접견, 서신수발 및 운동을 금지한 행위 및

그 근거법령인 행형법시행령 제145조 제2항에 대하여 심판을 청구하고 있다. 그러나 교도소장의 처분 혹은 권력적 사실행위를 대상으로 한 헌법소원 사건에서 그 심판의 대상은 ○월 ○일자 접견불허처분, 접견시간연장불허처분, 서신검열·지연교부·지연발송행위, 발송거부처분 등으로 특정되어 있는 것과 비교할 때, 위와 같이 청구인이 심판을 구하는 피청구인의 행위는 공권력 행사로서 특정되었다고 볼 수 없으며, 청구인의 주장을 살펴보더라도 피청구인이 위 기간 중 청구인의 접견·서신수발·운동을 금지하기 위하여 어떤 구체적인 집행행위를 하였다는 점을 찾아볼 수 없다.

따라서 청구인의 주장은 행형법시행령 제145조 제2항에 의하여 위 기간 중 일체의 접견·서신수발·운동이 일률적으로 금지된 것이 위헌이라는 취지로 보이므로 이 부분 심판의 대상은 행형법시행령 제145조 제2항 본문 중 접견·서신수발·운동 부분이 수형자의 기본권을 제한함에 있어 헌법 제37조 제2항을 준수하였는지 여부로 한정한다.

다음으로, 청구인은 2002. 6. 29.자 이상희 변호사와의 접견을 불허한 처분 및 그 근거법령인 행형법시행령 제56조에 대한 심판청구를 하고 있는데, 위 접견불허처분은 공권력 행사로서 특정되어 있음이 분명하고, 한편 청구인은 피청구인이 행형법 제18조 제2항의 ‘교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유’에 해당한다고 볼 만한 사정이 전혀 없음에도 청구인과 이상희 변호사와의 접견을 불허한 처분은 과도하게 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하고 있어 구체적인 집행행위에 의하여 기본권을 침해하였다는 취지로 보이므로, 이 부분 심판의 대상은 접견불허처분으로 본다.

## (2) 심판의 대상 및 관련조항의 내용

이 사건 심판의 대상은 i) 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것, 이하 같다) 제145조 제2항 중 접견, 서신수발, 운동 부분, 그리고 ii) 피청구인이 2002. 6. 29. 청구인과 변호사 이상희의 접견을 불허한 처분(이하 ‘접견불허처분’이라 한다)의 위헌성 여부이다.

### 행형법시행령

#### 제145조(징벌의 집행) ① 생략

② 금치의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 운동, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 및 자비부담물품의 사용을 금지한다. 다만, 미결수용자의 소송서류작성, 변호인과의 접견 및 서신수발은 예외로 하며, 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하

다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있다.

[관련규정]

행형법

제46조(징벌) ① 생략

② 징벌의 종류는 다음과 같다.

1. 경고

2. 1월 이내의 신문 및 도서열람의 제한

3. 2월 이내의 신청에 의한 작업의 정지

4. 작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감

5. 2월 이내의 금치

③ 징벌은 동일한 행위에 대하여 거듭하여 부과할 수 없으며, 행위의 동기와 경중, 행위 후의 정황 기타 사정을 참작하여 수용목적을 달성하는 데 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

④ 징벌을 부과함에 있어서 필요한 기준은 법무부장관이 정한다.

제18조(접견) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 접견할 수 있다.

② 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 제1항의 규정에 의한 허가를 하여야 한다.

③ 소장은 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다. 다만, 제66조 제1항의 규정에 의한 변호인과의 접견은 예외로 한다.

④ 접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법시행령 제56조(접견의 횟수) ① 수형자의 접견횟수는 매월 4회로 한다. 다만, 소장은 20세 미만의 수형자 또는 이에 준하는 처우를 받는 수형자와 행형 성적이 우수한 수형자에 대하여는 접견횟수를 증가시킬 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 행형법 제46조 제2항은 5가지 징벌의 종류를 정하고 있고 그 중에서 제5호는 “2월 이내의 금치”를 규정하고 있을 뿐이며, 금치가 징벌실 수용(독방구금)을 의미하거나 징벌실 수용 이외에 추가적으로 수용자의 일체의 모든 권리를 제한한다는 뜻은 아님에도 불구하고, 금치의 집행 중에 접견, 서신, 운동을 포괄적으로 금지하고 있는 행형법시행령 제145조 제2항은 법률의 위임

없는 기본권의 제한으로서 위헌이다.

또한 금지처분을 받은 자는 외부세계와의 교통이 단절된 상태에서 독방에 갇혀 지내야 하므로 금지 자체만으로 정신, 육체적으로 치명적인 해악을 가하는 것인데, 피청구인이 청구인에게 금치의 집행 중에 접견, 서신수발, 운동 등을 포함한 모든 활동을 포괄적으로 금지한 조치는 과도하게 수형자의 인격권과 건강에 관한 권리, 일반적 행동자유권을 침해하는 것으로서 위헌이다.

(2) 헌법 제12조 제4항에 의하면 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가지며, 형사소송법 제34조에서는 미결수용자들의 변호인 접견권에 대해 규정하고 있다. 청구인과 같은 기결수형자의 경우에도 교도소 내의 부당한 처우나 교도관의 불법(가혹)행위를 이유로 국가를 상대로 소송을 제기할 때 구금상태라는 제약과 자신의 직속 통제기관과 경쟁해야 한다는 점에서 소송상대에 비하여 불리한 지위에 있을 수밖에 없고, 이 점은 형사재판에서 구속 피고인의 지위와 크게 다를 것이 없으므로 공정한 재판을 받기 위해서는 변호사와의 접견이 보장되어야 한다. 그러므로 피청구인이 행형법 제18조 제2항의 '교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유'에 해당한다고 볼 만한 사정이 전혀 없음에도 청구인과 이상희 변호사와의 접견을 불허한 처분은 과도하게 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리 및 재판청구권을 침해하는 것으로서 위헌이다.

#### 나. 피청구인의 의견 요지

(1) 금지라는 말 자체가 규율을 위반한 수형자에 대한 무거운 징벌의 하나로서 일정기간 독거실에 가두어 접견·서신수발·도서열람 등을 금하는 것이며, 금지처분 기간 중의 처우 제한은 교정 행정 업무의 특성과 행형의 목적을 달성하기 위한 최소한의 제한조치이다.

청구인은 행형법시행령 제145조에서 금지기간 중에 접견, 서신수발, 운동 등을 제한하는 것은 법률의 위임 없는 기본권의 제한이라고 주장하나, 행형법 제18조 제4항, 제18조의2 제6항, 제24조에서 각 접견, 서신수발, 운동에 관한 처우의 내용을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있으므로 법률의 위임이 있는 것이다.

(2) 기결수형자는 형사소송 절차 중에 있는 미결수용자와는 신분이 다르며, 기결수형자에게도 민사, 행정 등의 소송 계속 여부에 관계없이 접견횟수 제한과 무관하게 접견이 자유로이 허용된다고 하면 소송을 빙자하여 변호사 접견을 하려는 수용자를 제재할 수 없게 되어 다른 수용자와의 형평성 문제 및 담

배, 마약 등 부정물품이 교정시설 내에 반입되는 문제가 발생하여 부당하다. 따라서 이미 징역형이 확정되어 수형자로서 교도소에 수용된 자에게는 교정시설의 안녕이나 질서유지를 위하여 변호인의 조력을 받을 권리가 제한되어야 함은 불가피하다.

다. 법무부장관의 의견 요지

(1) 적법성에 관한 의견

(가) 직접성

청구인에 대한 금지집행 중 접견 등 제한은 금지 처분으로 인한 것이고, 위와 같은 제한의 직접적 근거규정은 행형법시행령 제145조 제2항이며, 별도의 집행행위에 의한 것이 아니다. 즉, 이 사건의 경우 청구인은 법령에 근거하여 구체적인 집행행위를 매개로 하여 기본권이 침해되는 것이 아니라 법령에 해당하는 사유(금지처분)가 발생하여 기본권의 제한 내지 침해를 받게 되는 경우에 해당되는 것이다.

(나) 보충성

헌법재판소의 결정례에서도 접견신청에 대한 교도소장의 불허처분에 대하여 행정소송 등을 거치지 아니하고 제기한 헌법소원은 부적법하다고 각하한 바 있는데(헌재 1998. 2. 27. 96헌마179), 피청구인의 접견불허처분과 관련하여 청구인은 다른 법률상의 구제절차를 거친 바 없으므로, 이 부분 헌법소원 심판청구는 보충성 원칙에 위배되어 부적법하다.

(2) 본안에 관한 의견

대체로 피청구인의 의견과 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 행형법시행령 제145조 제2항 중 접견·서신수발·운동 부분

(1) 기본권침해의 직접성

행형법시행령 제145조 제2항 본문은 “금치의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 접견, 서신수발…운동…을 금지한다.”고 규정하면서, 단서에서 “…소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이를 법령 자체에서 청구인의 자유를 제한하거나 권리를 박탈하는 것으로 볼 수 있는지 살펴본다.

(2) 먼저, 접견·서신수발 부분에 대하여 보면, 행형법시행령 제145조 제4항은 “소장은 수용자가 금치의 처분을 받아 접견 및 서신수발이 금지된 경우

에는 당해 수용자의 가족 또는 친지에게 그 사실을 통지하여야 한다. 다만, 수용자가 통지를 원하지 아니하는 경우에는 예외로 한다”고 규정되어 있는바, 위 조항은 별도의 집행행위를 매개로 하지 않고 금지 처분을 받으면 접견·서신수발이 금지되는 것을 전제로 하고 있다고 할 것이다.

다만 위 제145조 제2항 단서에 의할 때 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있으며, 피청구인이 접견 신청에 대한 허부(許否)의 의사표시를 함에 있어서 재량권이 있음이 인정되나, 위와 같은 접견·서신수발 금지의 통지를 받은 가족이나 금지 처분을 받은 수형자 본인, 혹은 제3자가 접견신청을 하는 것은 예외적인 경우이고, 그 외에는 금지 처분을 받은 수형자에게 접견·서신수발이 금지된다고 보는 것이 일반적이므로, 제도적으로 금지 처분을 받은 자에 대해서는 별도의 집행행위 없이 행형법시행령 제145조 제2항에 의하여 접견·서신수발이 금지되는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항 중 접견·서신수발 부분은 기본권침해의 직접성이 인정된다.

한편, 운동 부분의 경우 행형법 제24조에 의하여 교도소장은 대통령이 정하는 바에 의하여 수용자에 대하여 건강유지에 필요한 운동을 하도록 하여야 하고, 행형법시행령 제96조 제1항에서 “소장은 수용자에게 매일 1시간 이내의 실외운동을 시행한다.”고 규정하고 있다. 수형자의 운동을 위해서는 피청구인의 적극적인 조치가 요구되므로, 행형법시행령 제145조 제2항 본문에서 금지 기간 중 운동을 금지한다고 규정하면서 아무런 예외규정을 두지 않음에 따라 별도의 집행행위 없이 곧바로 운동이 금지되는 효과가 나타난다. 그러므로 금지 기간 중 수형자의 운동이 금지되는 것은 법령 자체에서 청구인의 자유를 제한하는 것으로부터 나오는 사실상의 효과로 보아야 하고, 따라서 운동에 관한 행형법시행령 제145조 제2항은 기본권침해의 직접성이 인정된다.

#### 나. 접견불허처분 부분

##### (1) 보충성

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구하여야 한다(헌법재판소법 제68조 제1항 단서). 헌법재판소는 미결수용자 접견신청에 대한 교도소장의 불허처분에 대하여 행정심판법, 행정소송법에 의하여 행정심판, 행정소송이 가능할 것이므로 이러한 구제절차를 거치지 아니하고 제기한 헌법소원은 부적법하다고 판시한 바 있으나(헌재 1998. 2. 27. 96헌마179, 판례집 미계제), 이 사건 접견불허처분은 이미 집행이

종료되었고 행정심판이나 행정소송을 제기하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 많다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 416-417; 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 661 참조).

따라서 청구인으로서의 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어렵고, 청구인에게 소송의 제기를 요구하는 것은 우회적인 절차를 강요하는 것이므로 이 사건 심판청구는 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당하여 적법하다.

#### (2) 권리보호이익

피청구인의 접견불허처분은 이미 종료되었지만 헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있는 것인데, 위와 같은 소송이 계속 중이지 않은 기결수형자의 변호사와의 접견을 일 반접견에 포함시켜 일률적으로 제한하는 것은 수형자의 재판청구권 및 이에 서 파생되는 변호사의 도움을 받을 권리와 관계에서 그 위헌 여부가 해명 되어야 할 중요한 문제이고, 그러한 접견불허처분은 행형법의 규정에 따라 앞으로 계속될 것으로 보인다. 따라서 이 부분 심판청구는 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 그 해명이 필요하고 동종행위의 반복위험 성도 있어 심판청구의 이익이 있다.

#### 다. 소결

이 사건 심판청구는 적법하다.

#### 4. 본안에 대한 판단

가. 행형법시행령 제145조 제2항 중 각 접견, 서신수발, 운동 부분의 위헌 여부

##### (1) 금치의 의의

징벌은 수용 시설 내의 안전과 질서 유지를 위하여 제정된 규율을 위반한 수용자에 대해 과해지는 불이익처분을 말한다. 징벌은 시설 내에 수용되어 있는 자가 공동생활을 하기 위해 따라야 할 규칙들을 명확히 하고 그 규칙에 따 르도록 유도한다는 점에서 일반예방의 효과를 가지며, 다른 한편으로는 징벌 을 받은 자가 장차 의무위반을 자제하도록 하는 경고기능을 가질 수 있다는 점에서 특별예방의 효과도 가진다. 징벌의 성격에 관해서는 의견이 나뉘나, 판례는 “행형법상의 징벌은 수형자의 교도소내의 준수사항 위반에 대하여 과 하는 행정상의 질서벌의 일종으로서 사회일반의 형벌법령에 위반한 행위에 대한 형사책임과는 그 목적, 성격을 달리하는 것…”이라고 판시하였다(대법원

2000. 10. 27. 선고 2000도3874 판결).

징벌 중에서 금치는 가장 중한 징벌로서 대상자를 징벌실에 구금하고 일정한 생활조건에 제약을 가하는 것을 말한다. 독일의 일반적 견해에 따르면 금치는 징벌 가운데 최후의 수단으로서 중대한 규율위반이나 반복 혹은 집단적 규율위반이 인정되는 경우에만 과해질 수 있다. 그러나 우리나라의 경우는 가장 중한 징벌인 금치의 부과 사유가 되는 규율위반이 다른 종류의 징벌 부과 사유와 구별되지 않으며, 행형법 제46조 제1항 제1호 내지 4호의 사유 및 구제소자규율및징벌에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제3조에 나열되어 있는 35가지 중 33가지의 규율 위반에 대하여 모두 금치의 사유가 될 수 있도록 규정하고 있다.

한편 행형법 제46조 제1항에서는 징벌의 종류로서 “2월 이내의 금치”<sup>1)</sup>를 규정하고 있을 뿐이며 그 내용이나 집행방법에 대해서는 아무런 정함이 없으므로, 우리 행형법의 해석만으로는 ‘금치’가 징벌실 수용 외에 어떠한 불이익을 수반하는 것인지 알 수 없으며, 행형법시행령 제145조 제2항 본문에서 “금치의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 접견, 서신수발…운동…을 금지한다.”고 규정함으로써 금치 기간 중 수행자는 접견, 서신수발, 운동이 금지되는 것이다.

## (2) 수행자의 법적 지위와 그 기본권 제한

징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자는 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며, 교도소는 “수형자를 격리하여 교정·교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것”을 목적으로 하는 국가기관이다(행형법 제1조, 제2조, 제3조). 따라서 교도소에서 수행자의 복역관계(재소관계)는 위와 같은 행형 목적을 달성하기 위하여, 자유형의 선고를 받은 자를 행형법 등의 규정에 따라 수용함으로써, 국가와 수행자간에 성립하는 특수한 법률관계라고 할 수 있다. 이에 따라 수행자는 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다.

그러나 이러한 수행자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으

---

1) 한편, 2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정된 수용자규율및징벌에관한규칙에서는 금치 징벌의 상한을 1월로 낮추었으나, 여전히 행형법 제46조 제2항에서는 ‘2월 이내의 금치’라고 규정하고 있으므로, 금치의 최장기간을 2월이라고 보고 판단한다.

며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제 10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수형자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 수형자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마 163, 판례집 15-2하, 562, 562).

이와 같이 수형자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여, 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되며(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 662 참조), 수용 시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 이들 기본권의 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소화 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 234; 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 595; 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63 참조).

### (3) 법률유보 원칙의 준수 여부

#### (가) 접견·서신수발 부분

행형법의 관련 조항들을 살펴보면, 일반 수형자는 교도소장의 허가를 받아 접견·서신수발을 할 수 있으며, 교도소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 허가하여야 한다(행형법 제18조 제1항, 제18조의2 제1항). 즉, 일반 수형자에게 있어서 접견·서신수발도 원칙적으로 교도소장의 허가를 받아서 할 수 있는 허가 사항인 것이다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항에서 금치의 처분을 받은 수형자에 대하여 접견·서신수발을 금지하고 예외적으로 허가할 수 있도록 규정한 것은 일반 수형자에 비하여 접견·서신수발이 더 제한된다는 의미이지 법률의 근거 없이 새로운 기본권 제한을 하는 것으로는 볼 수 없다.

구체적으로 법률의 근거를 살펴보면, 행형법 제18조의2 제6항은 “서신의 검열 및 제한에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고, 제18조 제4항은 “접견의 횟수·시간·장소 및 접견참여 기타 접견에 관하여 필

요한 사항은 대통령령으로 정한다”고 규정하고 있다. 따라서 행형법 제18조의 2 제6항을 서신의 제한에 관한 위임규정으로 볼 수 있는 반면, 접견에 관한 제18조 제4항은 다소 포괄적인 것이 사실이다. 그러나 여기서 “기타 접견에 관하여 필요한 사항”이 위 행형법 제18조 제2항이 정하고 있는 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”의 구체화를 의미한다고 해석하는 것이 행형법의 다른 규정들과의 체계적인 해석과 위 법률조항의 문리적 해석에 반한다고 보기 어렵다. 따라서 행형법시행령 제145조 제2항은 행형법 제18조 제4항 및 제18조의2 제6항의 위임을 받아 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”를 구체화한 규정으로 볼 수 있으므로, 위 시행령조항이 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반되어 위헌이라고는 볼 수 없다.

(나) 운동 부분

행형법 제24조는 “소장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 수용자에 대하여 건강유지에 필요한 운동 및 목욕을 하도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 수형자들의 실외운동은 자유형의 집행을 위하여 구금되어 있는 수형자의 건강유지를 위해 꼭 필요한 것인 한편, 교도소의 안전과 질서의 유지를 위하여 엄격한 관리 하에 이루어질 수밖에 없다. 즉, 수형자의 실외운동을 위해서는 수형자의 인솔과 질서유지를 위한 교도소 측의 적극적인 조치가 필요하므로, 행형법 제24조는 이와 같은 조치를 마련할 교도소장의 의무를 규정하면서, 구체적인 내용은 대통령령으로 정할 수 있도록 위임하고 있는 것이다. 이에 따라 같은 법시행령 제96조 제1항에서는 “소장은 수용자에게 매일 1시간 이내의 실외운동을 시행한다. 다만, 작업의 종류에 따라 운동이 필요 없다고 인정하는 때 또는 우천 기타 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외로 한다.”고 규정하고 있다.

그런데 위 법 제24조는 “대통령령이 정하는 바에 의하여” 수형자에게 운동을 하도록 하여야 한다고 규정하고 있고, 위에서 본 바와 같이 구금되어 있는 수형자에게 실외운동은 제한적으로 인정될 수밖에 없으므로, 금치 징벌을 받은 수형자에 대한 실외운동의 절대적 금지를 규정한 행형법시행령 제145조 제2항 본문이 법률의 근거 없이 새로운 기본권 제한을 하고 있다고는 볼 수 없다. 다만 금치 기간 중의 실외운동의 절대적 금지가 법률상 근거규정에 위배되거나 과잉금지원칙에 위배되어 위헌인지의 문제가 있을 수 있다.

(4) 과잉금지원칙 준수 여부

(가) 입법목적의 정당성 및 수단의 상당성

수형자를 격리하고 교정·교화하여 사회에 복귀하도록 하는 행형법의 목적을 달성하기 위해서는 무엇보다 수형자의 안전한 구금이 확보되어야 한다. 이를 위해서 행형 기관은 교도소의 안전과 질서를 유지해야 할 과제를 안게 된다. 규율과 질서의 문란으로 인하여 수형자나 시설직원의 생명 혹은 신체에 위험을 야기하게 되면, 행형의 본질적 목표인 수형자교육을 통한 재사회화는 말할 것도 없고 시설처우의 기본적 전제조건인 구금확보가 불가능하게 되고, 나아가 수형자 및 교도소직원의 안전에도 직접적으로 영향을 미칠 수 있다.

그러므로 징벌 중에서 가장 중한 징벌인 금치 처분을 받은 자를 엄격한 격리에 의하여 외부와의 접촉을 금지시키고 구속감과 외로움 속에 반성에 전념토록 함으로써 수용 질서를 확립하고자 하는 행형법시행령 제145조 제2항의 입법 목적은 정당하며, 금치 기간 동안 징벌실에 수용하는 것 이외에 일반 수형자에게 허여(許與)된 권리인 접견, 서신수발, 운동에 제한을 가하는 것은 이와 같은 목적을 달성하기 위하여 필요 적절한 수단이다.

(나) 최소침해성 및 법익균형성

자유형 수형자는 구금에 의하여 신체의 자유를 비롯한 기본권이 불가피하게 제한되며, 외부접촉을 전제로 하거나 행형 시설의 적극적인 조력을 요하는 기본권들도 행형 목적을 달성하기 위하여 상당 정도 제한된다. 그러므로 교도소의 안전과 질서를 위협하는 규율 위반 행위를 한 수형자에 대하여 징벌을 통하여 법질서 준수 의식을 향상하고자할 때, 그 징벌이 효과가 있으려면 일반 수형자에게도 제한적으로 인정되고 있는 권리를 더 제한하는 것이 불가피하다. 일반 수형자에게 허여(許與)되는 권리에 대한 제한을 하지 않은 채 징벌실에 수용하는 것은 일반 독거 구금과 다를 바 없으므로 징벌로서의 의미가 없다. 다만, 그 기본권 제한의 정도가 필요 최소한의 제한이어야 하며, 기본권의 본질적인 내용을 침해해서는 안 된다.

1) 접견·서신수발 부분

자유형의 본질상 수형자에게는 외부와의 자유로운 교통·통신에 대한 제한이 수반되며, 수형자에게 통신의 자유를 구체적으로 어느 정도 인정할 것인가의 기준은 기본적으로 입법권자의 입법정책에 맡겨져 있다고 할 것이다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 428 참조).

금치 징벌의 목적 자체가 징벌실에 수용하고 엄격한 격리에 의하여 개전을 촉구하고자 하는 것이므로 접견·서신수발의 제한은 불가피하다. 그런데 행형법시행령 제145조 제2항은 금치 기간 중의 접견·서신수발은 금지한다고

규정하면서도, 그 단서에서 소장으로 하여금 “교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정되는 때”에는 금지 기간 중이라도 접견·서신수발을 허가할 수 있도록 예외를 둬으로써, 접견·서신이 일률적으로 금지됨으로 인하여 수형자가 금지처분을 다투기 위한 변호사 접견 및 서신수발도 할 수 없게 되는 등 과도한 규제가 되지 않도록 조치하고 있다.

일반 수형자도 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”가 있으면 접견 또는 서신수발이 제한되며 접견 횟수는 매월 일정하게 제한된다는 점을 고려할 때(행형법 제18조 제2항, 제18조의2 제2항, 같은 법시행령 제56조 참조), 위와 같은 행형법시행령 제145조 제2항의 금지 수형자에 대한 접견·서신수발의 제한은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리라는 정당한 목적을 위한 필요·최소한의 제한으로서 수형자의 교통·통신의 권리를 과도하게 제한하는 것이 아니다.

## 2) 운동 부분

앞에서 본 바와 같이 수형자가 규율 위반을 한 경우에, 교도소의 안전과 질서를 유지하기 위해서는 징벌을 부과하여 일반 수형자에 비하여 더 강한 기본권의 제한을 하는 것은 불가피하다.

그러나 헌법 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”라고 천명하고 있다. 이는 우리 헌법이 보장하고 있는 모든 기본권의 이념적 기초일 뿐 아니라 그 종국적 목적임을 엄숙히 확인하는 것이라 아니할 수 없다. 이는 비록 자유형 수형자, 그 중에서도 규율을 위반하여 금지 처분을 받은 수형자라고 하여도, 우리와 같은 인간으로서 가지는 기본적인 존엄과 가치를 훼손할 수 없다는 의미를 내포한 것이다. 우리나라가 가입되어 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이른바 B규약) 제10조에서 “자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급되어야 한다”고 규정하고, 제7조에서 “가혹한, 비인도적인 또는 모욕적인 처우나 형벌”의 금지규정을 두고 있는 것은 바로 이와 같은 인간에 대한 기본적 권위를 존중하는 보편적 정신의 제도적 발현이라 할 것이다.

이 사건으로 돌아와 보면, 실외운동은 구금되어 있는 수형자의 건강유지에 필요하며, 일반 독거수용자의 경우 행형법시행령에서 혼자 수용자에게 매일 1시간 이내로 실시하는 실외운동의 운동시간을 2시간까지 연장할 수 있다고 규정할 정도로 운동은 신체적·정신적 건강 유지를 위하여 최소한의 기본적

요청이라고 할 수 있다(행형법시행령 제96조 제2항). 그런데 금치 처분을 받은 수형자는 일반 독거 수용자에 비하여 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전 시청 등이 금지되어(행형법시행령 제145조 제2항 본문) 외부세계와의 교통이 단절된 상태에 있게 된다. 또한 금치 처분을 받은 자는 환기가 잘 안 되는 1평 남짓한 징벌실에 수용되는데, 운동의 금지는 단순히 운동을 하지 못한다는 것뿐 아니라 금치 기간 동안 징벌실 밖으로 나와 실외 공기를 흡입할 수 있는 기회가 일체 거부된 채 좁은 징벌실에 구금되는 것을 의미하고, 그 기간은 최장 2개월로서(행형법 제46조 제2항 제5호), 자료에 의하면 2001. 7. 1.부터 2003. 6. 30.까지 2월 이하의 금치 및 1월 이하의 금치가 전체 징벌의 90% 이상을 차지하고 있다.

그러므로 이와 같이 금치 처분을 받아 외부세계와의 교통이 단절된 채 1평 남짓한 좁은 징벌실에 수용되는 수형자에 대하여, 최장 2개월 동안 일체의 운동이 금지될 경우 수형자는 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 해칠 위험성이 현저히 높다. 물론 제도적으로 금치의 처분을 받은 자는 의무관이 그의 건강을 진단한 후 그 건강에 해가 없다고 인정하는 경우가 아니면 집행하지 못하도록 하고 있고(행형법시행령 제145조 제4항), 의무관이 금치 집행 중인 자를 ‘수시로’ 진단하도록 하고는 있으나(같은 영 제146조), ‘수시로’라는 표현은 ‘시간 나는 대로’라고 해석될 여지가 있어 금치 징벌을 받은 자의 건강 보호를 위하여 충분한 조치를 마련하고 있다고 보기 어렵다.

아무리 가장 중한 징벌인 금치 처분을 받은 수형자라고 하여도 인간으로서의 기본적 건강을 유지할 수 없도록 하는 조치를 수인하도록 강요하는 것은 문명국가에서는 이를 수용하기 어려운 비인도적인 징벌이라 아니할 수 없다. 또한 금치 기간의 장단(長短)에 관계없이, 또한 예외의 여지없이 금치 처분을 받은 수형자의 운동을 절대적으로 금지하는 것은 지나치게 징벌 집행의 편의만을 위한 조치라고 할 것이다.

그렇다면 금치 처분을 받은 수형자에 대한 절대적인 운동의 금지는 징벌의 목적을 고려하더라도 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어난 것이며, 수형자의 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에 이르렀다고 판단된다.

##### (5) 소 결

이 사건 시행령 제145조 제2항 중 1) 접견·서신수발 부분은 기본권 제한

의 근거가 법률에 유보되어 있고, 단서에서 예외적으로 허가를 할 수 있도록 규정하고 있으므로 과잉금지원칙에 위배하여 수형자의 통신의 자유 등을 침해한다고 볼 수 없고, 2) 운동 부분은 법률에 기본권 제한의 근거가 있으나, 과잉금지원칙에 위배하여 지나치게 수형자의 기본권을 제한하는 것으로서 수형자의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 침해하여 위헌이다.

나. 피청구인의 접견불허처분에 대한 심판청구 부분

(1) 형이 확정된 수형자(기결수)에게도 변호인 접견교통권이 인정되는지 여부

헌법 제12조 제4항 본문은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’라고 규정하여 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상의 권리로서 보장하고 있고, 이에 근거하여 형사소송법 제30조 제1항은 ‘피고인 또는 피의자는 변호인을 선임할 수 있다’라고 규정하고 있다.

헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 피해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 59).

우리 재판소는 변호인의 조력을 받을 권리가 수형자의 경우에도 그대로 보장되는지에 대하여, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법과 법률의 규정 및 취지에 비추어보면 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다고 선언한 바 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2 416, 430).

대법원도 구 행형법상 수형자에 대한 변호인의 접견교통권에 대하여, “수형자는 자유형의 처벌을 받고 있는 자의 본질적 지위상 미결수용자에 비하여 접견 등의 빈도가 대폭 제한되어야 하고 그 제한의 정도는 일반적 접견권의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교도소장 등 관계행정청의 재량에 속한다”고 판시(대법원 1998. 4. 28. 선고 96다48831 판결, 미공간)함으로써 같은 입장을 취하고 있다.

그러므로 형의 집행 중에 있는 수형자에게 행형법 제18조에 의하여 변호인과의 접견교통권이 인정된다고 하더라도, 이는 헌법상의 권리는 아니므로, 이 사건에서 청구인에 대한 접견의 제한은 헌법 제12조의 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 제한이 아니라 헌법 제27조의 재판청구권의 내용으로서 변호사

의 도움을 받을 권리에 대한 제한으로 보아야 한다.

(2) 청구인의 재판청구권의 침해 여부

(가) 일반인과의 접견교통권 및 그 제한

우리 행형법을 비롯하여 각국의 입법례는 수형자의 일반인 접견권에 대하여 제한을 하고 있다. 수형자의 교화·갱생을 위하여 접견의 자유를 허용하는 것이 필요하다고 하더라도, 구금시설은 다수의 수형자를 집단으로 관리하는 시설로서 규율과 질서유지가 필요하므로 수형자의 접견의 자유에는 내재적 한계가 있다고 하지 않을 수 없다. 즉, 구금의 목적을 달성하기 위해서는 우선 수형자의 신체적 구속을 확보하여야 하고 교도소 내의 수용질서 및 규율을 유지하여야 할 뿐만 아니라, 수형자의 교화·개선에 해로운 물질이나 서신수발을 허용해서는 안 된다. 또한 형이 확정되어 자유형의 집행을 위하여 수용되어 있는 수형자는 미결수용자의 지위와는 구별되므로, 접견의 빈도 등이 상당 정도 제한될 수밖에 없다. 그러므로 수형자의 경우 월 접견 횟수를 제한하는 목적은 정당하다고 할 것이다.

문제는 변호사와의 접견을 일반접견에 포함시켜 월 4회의 횟수 제한을 받도록 하는 것이 수형자의 재판청구권을 침해하는지 여부이다.

(나) 일반접견에 변호사와의 접견을 포함시키는 것의 위헌 여부

1) 기결수형자는 형사소송 절차 중에 있는 미결수용자와는 신분이 다르며, 기결수형자에게도 민사, 행정 등의 소송 계속 여부에 관계없이, 접견횟수 제한과 무관하게 접견이 허용된다고 하면 소송을 빙자하여 변호사 접견을 하려는 수용자를 제재할 수 없게 되어 수형자의 접견 횟수를 제한하는 규정의 취지를 몰각함은 물론 수용질서의 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 이미 징역형이 확정되어 수형자로서 교도소에 수용된 자에게는 교정시설의 안녕이나 질서유지를 위하여 변호사와의 접견도 일반접견과 같이 보아 제한되어야 함은 불가피하다.

2) 수형자는 접견 이외에 서신수발 또는 전화통화에 의해서도 변호사와 접촉하여 소송을 준비할 수 있다. 행형법 제18조의2 제1항·제2항은 수용자는 소장의 허가를 받아 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있되, 소장은 교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유가 없는 한 이를 허가하여야 한다고 규정하고 있고, 행형법시행령 제62조 제3항은 그 구체적 사유를 열거하고 있으므로, 이에 해당하지 않는 한 수용자는 변호사와의 서신수발 및 집필문서의 발송에 의하여 소송준비를 할 수 있다.

3) 행정법시행령 제57조에서 소장은 수용자의 교회사 특히 필요하다고 인정할 때에는 월 접견 횟수 제한에 불구하고 수용자의 접견을 허가할 수 있다고 규정하고 있으므로, 교도소 시설 내의 부당함을 호소하는 소송이나 국가배상 청구 등의 민사소송을 제기한 수형자가 변호사 선임제, 소송서류, 사건 번호 등의 제출을 통하여 이를 소명하기만 하면 교도소장은 월 접견 횟수의 제한에 관계없이 변호인 접견을 허가해 주고 있다.

다만 아직 소송이 진행 중이거나 정식으로 변호사를 선임하지 않고 앞으로 소송을 제기하려고 하는 수형자는 당장 소송 진행 여부를 입증할 수 없으므로 월 접견 횟수를 이미 채운 경우에는 며칠 간 변호인과의 접견이 지연될 수밖에 없게 되나, 앞에서 본 바와 같이 소송 계속 여부에 관계없이 제한된 접견횟수를 초과하여 접견을 자유로이 허용할 수는 없으므로, 이것은 수형자의 구금 목적을 달성하고 구금 질서를 유지하기 위하여 일반 접견권을 제한함에 따라 발생하는 불가피한 결과이고, 며칠 간의 소 제기의 지연이 제27조의 재판청구권의 본질적인 침해라고 보기도 어렵다.

4) 이와 같이 수형자와 변호사와의 접견을 일반 접견과 같이 제한하더라도 접견 횟수에 대한 탄력적 운용, 서신 및 집필문서 발송, 전화통화에 의한 소송 준비 또는 소송수행을 할 수 있으므로 피청구인의 접견 불허 처분이 헌법 제27조의 재판청구권 등 청구인의 헌법상 보장된 권리를 침해하는 것이라고 보기는 어렵다.

(다) 이 사건 접견불허처분의 위헌 여부

청구인은 자신을 접견한 전준형에게 전주교도소의 서신발송불허처분과 관련한 소송을 제기하기 위한 변호사선임을 요청하였고, 이에 따라 전준형은 이상희 변호사에게 청구인의 사건을 의뢰하여 위 이상희 변호사가 2002. 6. 29. 청구인과의 접견을 통하여 사실관계와 소송제기 여부의 가능성을 확인하기 위하여 접견신청을 하였다.

그러나 위와 같은 사정을 안양교도소측이 알 수 없었을 뿐 아니라, 기록에 의하면 이상희 변호사는 청구인과 관계 있는 법률사건에 관여하고 있는지 여부의 확인을 구하는 안양교도소 변호인 접견실 근무자에 대하여 변호사 선임 계약서 기타 소송이 계속 중임을 알 수 있는 어떠한 서류도 제출하지 않았고, 청구인은 월 접견횟수 4회를 모두 채운 상태였으므로 위 접견신청에 대하여 이를 불허한 사정이 인정된다.

또한 청구인이 변호사의 도움을 받아 제기하려고 하는 소송은 청구인이 이

전에 수용되었던 전주교도소의 교도소장의 처분에 대한 민사소송으로서, 이때 청구인의 지위가 수사의 결과에 따라 유·무죄가 결정되는 형사절차에서의 피고인의 지위와 같다고 할 수 없으며, 신속한 재판을 받을 권리가 특별히 보장되어야 하는 경우라고 볼 수도 없다. 또한 위에서 본 바와 같이 서신 및 집필문서 발송, 전화통화에 의한 소송준비 또는 소송수행을 할 수 있으므로, 피청구인의 접견불허처분이 헌법 제27조의 재판청구권 등 청구인의 헌법상 보장된 권리를 침해하는 것이라고 보기 어렵다.

(3) 소 결

피청구인의 접견불허처분이 헌법 제27조의 재판청구권 및 이에서 파생되는 변호사의 도움을 받을 권리 등 청구인의 헌법상 보장된 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

5. 결 론

행형법시행령 제145조 제2항 중 접견, 서신수발 부분은 수형자의 통신의 자유 등을 침해하지 아니하고, 위 조항 중 운동 부분은 수형자의 인간의 존엄성, 신체의 자유 등을 침해하여 헌법에 위반되며, 피청구인이 2002. 6. 29. 청구인과 변호사인 이상희와의 접견을 불허한 처분은 청구인의 재판청구권을 침해하는 것이 아니므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

## 대한민국정부와 중화인민공화국정부간의 마늘교역에 관한 합의서 등 위헌확인

(2004. 12. 16. 2002헌마579 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 일정한 시기부터 한국의 민간기업이 자유롭게 수입할 수 있다고 한 중국과의 마늘교역에 관한 합의 내용이 마늘재배농가의 재산권 등 기본권을 침해할 가능성이 있는지 여부(소극)
2. 위와 같은 합의 내용을 공개할 정부의 의무가 인정되는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 대한민국정부와 중화인민공화국정부 간 합의된 중국산 마늘에 대한 수입제한조치는 당면한 구체적 경제상황에 적응하지 못한 농가를 한시적으로 보호하여 대응조치를 할 시간적 여유를 주기 위한 것일 뿐, 장기간 혹은 기한 없이 계속적으로 중국산 마늘에 대한 수입장벽을 지속하여 마늘재배농가에 유리한 경제적 법적 상황을 확보하여 주기 위한 것은 아니다. 따라서 마늘재배농가에게 위 수입제한조치가 다시 연장되는 것에 대한 어떠한 법적 신뢰도 부여될 수 없고, 마늘재배농가는 단지 기존의 수입제한조치를 활용하여 자신의 계획에 따라 경영을 조정하여야 할 뿐이므로 국가가 이러한 제한조치를 연장하지 아니한다고 하여도 마늘재배농가의 재산권이 제한되는 것으로 볼 수 없다. 또한 경영상황의 악화로 마늘재배를 중단해야 하더라도 이로써 직업선택의 자유가 어떠한 영향을 받는다고 볼 수 없다. 적법절차위반과 조약체결에 관한 헌법규정 및 권력분립원칙은 원칙들이 그 자체로 어떠한 주관적인 권리를 보장한다고 보기는 어렵다.

2. 알 권리에서 파생되는 정부의 공개의무는 특별한 사정이 없는 한 국민의 적극적인 정보수집행위, 특히 특정의 정보에 대한 공개청

구가 있는 경우에만 비로소 존재하므로, 정보공개청구가 없었던 경우 대한민국과 중화인민공화국이 2000. 7. 31. 체결한 양국 간 마늘교역에 관한 합의서 및 그 부속서 중 '2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 자유롭게 마늘을 수입할 수 있다'는 부분을 사전에 마늘재배농가들에게 공개할 정부의 의무는 인정되지 아니한다. 또한 공포의무가 인정되는 일정범위의 조약의 경우에는 공개청구가 없더라도 알 권리에 상응하는 공개의무가 예외적으로 인정되는 것으로 생각해 볼 수도 있으나 위 부속서의 경우 그 내용이 이미 연도의 의미를 명확히 하고 한국이 이미 행한 3년간의 중국산 마늘에 대한 긴급수입제한 조치를 그 이후에는 다시 연장하지 않겠다는 방침을 선언한 것으로 집행적인 성격이 강하고, 특히 긴급수입제한조치의 연장은 중국과의 합의로 그 연장여부가 최종적으로 결정된 것으로 볼 수 없는 점에 비추어 헌법적으로 정부가 반드시 공포하여 국내법과 같은 효력을 부여해야한다고 단정할 수 없다.

#### 재판관 권 성의 별개의견

대한민국과 중화인민공화국이 2000. 7. 31. 체결한 양국 간 마늘교역에 관한 위 합의서는 소위 고시류조약에 해당하는 것으로 이러한 고시류조약을 체결하는 행정부의 권한은 성질상 매우 폭넓은 재량을 수반하지 않을 수 없으며 행정부의 이러한 재량은 본질적으로 전문적임과 동시에 전략적인 사항인 데다가 상호주의에서 벗어날 수 없는 것이어서 결국은 상황을 종합적이고 통시적으로 파악하여 흐름을 장악하는 행정당국자의 식견의 수준에 그 품질이 좌우될 수밖에 없다. 따라서 헌법재판소는 이 문제에 관하여 일단은 경원(敬遠)의 위치에 서 있으면서 고시류조약체결과 관련하여 헌법과 법률이 정한 절차를 현저히 일탈하거나 남용한 것이 두드러지게 들어난 경우에 한하여 기본권침해의 유무를 살피는 것이 옳으므로 헌법과 법률이 정한 절차를 현저히 일탈하거나 남용한 것이 아닌 한 이 사건의 고시류조약체결과 관련한 정부의 권한 행사 및 그 내용은 헌법소원의 대상이 되지 못한다.

**【참조조문】**

헌법 제6조 제1항, 제60조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제20조(세이프가드조치의 재검토 등) ① 무역위원회는 세이프가드조치의 기간이 3년을 초과하는 경우에는 그 기간의 2분의 1이 경과되기 전에 세이프가드조치에 대한 완화 또는 해제여부를 다시 검토(이하 “중간재검토”라 한다)하여야 한다.

② 무역위원회는 중간재검토 결과 세이프가드조치를 완화 또는 해제할 필요가 있다고 판정한 때에는 이를 관계중앙행정기관의 장에게 건의할 수 있다.

③ 무역위원회는 중간재검토 결과 국내산업의 구조조정촉진조치가 필요하다고 판정한 때에는 그 조치의 시행을 관계중앙행정기관의 장에게 건의할 수 있다.

④ 중앙행정기관의 장이 제2항 또는 제3항의 규정에 의한 건의를 받은 경우에는 제19조 제1항 및 제2항의 규정을 준용한다.

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817  
헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1455  
헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 691-692
- 2. 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 246  
헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513  
헌재 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500, 509

**【당 사 자】**

- 청 구 인 1. 김○자 외 5인  
          대리인 변호사 김태욱
- 2. 백○선  
          대리인 변호사 송기호
- 피청구인 외교통상부장관

**【주 문】**

청구인들의 심판청구를 모두 각하한다.

**【이 유】**

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000. 7. 31. 우리 정부의 통상대표는 중국의 통상대표와 대한민국과 중화인민공화국 간의 마늘교역에 관한 합의서에 서명하였다. 위 합의내용에 의하면 대한민국은 2000년부터 3년간 매년 일정량의 중국산 마늘을 수입하기로 하고 중국은 한국산 휴대전화단말기 등에 대한 수입중단조치를 철회하기로 하였으며 다만 한국이 이미 행한 3년간의 중국산 마늘에 대한 긴급수입제한 조치를 계속 유지하기로 하였다. 이에 따라 외교통상부는 2000. 8. 1. 보도자료를 통해 중국산 마늘의 수입물량은 1999년도 수입물량 이하로 사실상 동결되었다고 공개하고 이를 국민들에게 홍보하였다. 그러나 사실은 중국과의 위 합의의 내용 중 ‘2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 (추가관세를 물지 않고 마늘을) 자유롭게 수입할 수 있다’는 내용이 부가되어 있었으며, 이는 한국 통상대표가 위 합의서의 ‘부속서한’의 형태로 작성하여 중국측에 전달되었다. 이와 같은 부속서의 내용은 외교통상부가 공개하지 아니하여 국민들에게 알려지지 아니한 상태로 있다가 위 긴급수입제한 조치의 연장 여부와 관련하여 무역위원회가 이를 심사하는 과정에서 언론의 취재에 의하여 알려지고 2002. 7. 16. 신문보도를 통하여 국민들에게 공개되었다.

(2) 청구인들은 마늘을 재배하여오던 농민들로서 중국산 마늘이 대량 수입되어 싼 가격에 유통되면 심각한 피해를 입을 것을 우려하여 마늘교역에 관한 중국과의 위 합의 중 2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 자유롭게 수입할 수 있다고 한 부속서의 내용부분과 위 내용을 국민에게 알리지 아니한 외교통상부장관의 부작위가 청구인들의 알 권리와 재산권 등을 침해하고 헌법상 적법절차의 원칙과 명확성의 원칙 등에도 위배되어 위헌이라는 이유로 2002. 9. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건 심판의 대상은 ① 대한민국과 중화인민공화국이 2000. 7. 31. 체결한 양국 간 마늘교역에 관한 합의서(이하 ‘이 사건 합의서’라 한다) 및 그 부속서(이하 ‘이 사건 부속서’라 한다) 중 ‘2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 자유롭게 수입할 수 있다’는 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)과 ② 외교통상부 장관이 중국과의 위 이 사건 조항을 국민들에게 알리지 아니한 부작위(이하 ‘이 사건 부작위’라 한다)가 헌법에 위반하여 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지 여부이다.

2. 청구인들의 주장과 외교통상부장관의 의견요지

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 합의서와 부속서 중 '2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 자유롭게 수입할 수 있다'는 부분은 2003년부터는 우리 정부가 중국으로부터의 마늘 수입에 대하여 긴급수입제한 조치를 취하지 않겠다는 것을 중국과 합의한 것으로서, 이는 주권적 사항을 포기한 것이고 이를 정식 합의서에 포함시키지 않고 별도의 이면서신을 교부하는 방법으로 합의한 것은 마늘을 재배하는 농민인 청구인들의 정보접근권, 정보수집권 등의 알권리를 침해하는 것이며 이러한 방식 자체가 적법절차에 위배된다. 또 이는 주권의 제약에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약에 해당하므로 국회의 동의와 대통령의 비준을 받아야 함에도 불구하고 이를 받지 아니하였으므로 헌법에 위반된다.

(2) 게다가 이 사건 조항은 휴대전화기 등의 수출을 위하여 불합리하게 마늘재배농민에게 심각한 피해를 가하는 것으로서 평등의 원칙에 위배되고, 위 전화기 등 수출업자들을 위하여 마늘재배농민인 청구인들의 직업선택의 자유와 재산권을 침해한다. 나아가 이 사건 조항은 입법사항에 대하여 일방적으로 외국과 합의한 것으로 권력분립의 원칙에 위배되며, 그 내용도 불명확하여 명확성의 원칙에도 반한다.

(3) 이 사건 부속서의 위 조항은 우리나라와 중국 간의 이 사건 합의의 주요한 내용의 하나임에도 불구하고 외교통상부 장관은 이를 약 2년간 국민들에게 알리지 아니한 채 은폐하여 오다가 긴급수입제한 조치의 연장 여부가 문제되면서 알려지게 되었다. 이러한 부작위는 국민의 알권리를 침해한 것이며, 그 공권력 행사의 내용, 방식, 목적 등의 관점에서 적정성과 합리성이 없어 헌법상 적법절차의 원칙에 위배된다.

나. 외교통상부장관의 의견

(1) 이 사건 조항은 2003. 1. 1.부터 마늘 긴급수입제한 조치를 발동하지 않도록 노력하겠다는 약속인 이른바 '신사협정'에 불과하며 곧바로 국가 간의 법률관계가 발생하는 것이 아니므로 별도의 구체적 집행행위가 없는 한 청구인들의 기본권을 침해할 수 없어 권리침해의 직접성이 없다. 또 이 사건 조항에 의하여 침해될 수 있는 것은 이를 비준, 동의하지 못한 대통령과 국회의 권한이므로 청구인들과 같은 국민은 권리침해의 자기관련성이 없다. 2000. 7. 31. 체결된 이 사건 합의서는 이 사건 조항을 포함하여 2000. 8. 2.부터 시행되었고 이 사건 헌법소원의 심판청구는 2002. 9. 13.에야 제기되어 청구기간을

도과하였으므로 각하되어야 한다.

(2) 이 사건 조항을 국민에게 알리지 아니한 조치는 헌법에 의하여 작위의 무가 특별히 구체적으로 규정된 경우가 아니므로 헌법소원의 대상이 될 수 있는 부작위가 아니다. 또 피청구인은 2002. 7. 16. 이 사건 합의서 부속서에 위와 같은 내용이 포함되어 있다는 사실을 언론에 확인하여 보도되어 이 사건 조항은 이미 공지의 사실이 되었으므로 권리보호의 이익이 상실되었다. 또 이는 행정부작위에 해당하여 행정심판과 행정소송의 사전구제절차를 거쳐야 함에도 청구인들은 이를 거치지 아니한 채 헌법소원을 제기하였으므로 이 사건 심판청구는 보충성이 결여되어 각하되어야 한다.

(3) 양국의 합의 내용 중 일부를 합의서 본문이 아닌 별도의 서신형식으로 작성 교부한 것은 당사국 간에 양해만 되면 취할 수 있는 방식이며 가령 이 사건 조항을 조약으로 본다 고 하더라도 헌법 제60조 제1항에서 정하는 재정적 부담을 지우는 것이거나 주권의 제약에 관한 것을 내용으로 하고 있지 않으므로 반드시 국회의 동의와 대통령의 비준을 받아야 하는 것은 아니다.

또한 국가기관은 공공기관의정보공개에관한법률에 따라 국민의 청구를 받고 보유·관리하고 있는 정보를 공개하여야 할 뿐 국민이 요구하지도 아니한 분야의 모든 정보를 공개하여야 하는 것은 아니며 정부가 이 사건 합의 내용을 의도적으로 은폐한 것도 아니다. 따라서 이 사건 조항을 즉시 공개하지 아니한 부작위가 적법절차의 원칙에 위배되거나 알 권리를 침해하지는 않는다.

(4) 이 사건 합의서와 이 사건 조항은 우리나라가 시행한 중국산 마늘 긴급수입제한 조치에 대한 중국측 보복조치인 한국산 휴대전화기 등에 대한 잠정수입중단조치를 해제함과 동시에 3년간 마늘 긴급수입제한 조치를 시행함으로써 우리 마늘 산업의 경쟁력 강화에 필요한 시간을 확보하기 위한 것이므로 전체적으로 보아 자의적이라 할 수 없어 평등의 원칙이나 농어민의 보호 원칙에 위배되지 않으며 이로써 국민의 직업의 자유나 재산권이 침해되는 것도 아니다.

### 3. 적법요건에 대한 판단

#### 가. 이 사건 조항에 대한 청구

(1) 헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구하여야 한다고 규정하고 있고 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원심판을 청구할

수 있다는 뜻이므로, 공권력의 행사로 인하여 헌법소원을 청구하고자 하는 자가 법적 지위에 아무런 영향을 받지 않거나 단순히 사실적 또는 경제적인 이해관계로만 관련되어 있는 경우 그 공권력의 행사를 대상으로 헌법소원을 청구하는 것은 허용되지 아니한다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315, 판례집 11-1, 802, 817; 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1455).

(2) 우선 청구인들은 이 사건 조항으로 말미암아 재산권과 직업선택의 자유를 침해받는다고 주장한다. 이 사건 조항에 의하면 2003. 1. 1. 이후에는 중국산 마늘에 대한 국내 마늘산업 보호조치가 더 이상 존재하지 않게 되므로 마늘을 재배하고 있는 청구인들의 경우 값싼 중국산 마늘과 경쟁할 수밖에 없고 결국 경제적으로 큰 타격을 입거나 경우에 따라서 마늘재배로는 더 이상 생계를 유지할 수 없는 상황에 놓일 수 있다.

그러나 오늘날 경제나 재정의 면에서 국가의 유도적·조정적 조치나 법률이 증가함에 따라 국가의 행위가 개인의 영업이나 이윤추구에 영향을 미치는 경우가 빈번해졌다 하더라도, 개인이나 기업의 단순한 이윤추구의 기회나 유리한 법적 상황이 지속되리라는 기대나 희망은 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. 예컨대 금리나 관세율의 변경과 같은 조치는 단지 영업의 기회나 영업여건 등 사실적 또는 법적 상황에 따른 이윤획득의 기회에만 영향을 미치는 것으로 그 결과 재산적 손실이 발생하더라도 이로써 헌법에 의하여 보호되는 재산권의 침해가 된다고 할 수 없다. 개인은 위와 같은 조치를 자신의 행위와 결정의 기준으로 삼아 계획을 세우고 그로 인한 기회를 활용할 뿐이기 때문이다.

이 사건에서 중국산 마늘에 대한 수입제한조치는 중국산 마늘의 수입이 단기간에 급격히 증대할 경우 국내시장의 가격에 중대한 영향을 주고 이에 따라 국내 마늘재배농가의 경영이 악화되는 것을 방지하지 위하여 3년의 기한으로 행하여진 것이다. 이는 당면한 구체적 경제상황에 적응하지 못한 농가를 한시적으로 보호하여 대응조치를 할 시간적 여유를 주기 위한 것일 뿐, 장기간 혹은 기한 없이 계속적으로 중국산 마늘에 대한 수입장벽을 지속하여 마늘재배농가에 유리한 경제적 법적 상황을 확보하여 주기 위한 것은 아니다. 따라서 마늘재배농가에게 위 수입제한조치가 다시 연장되는 것에 대한 어떠한 법적 신뢰도 부여될 수 없고, 마늘재배농가는 단지 기존의 수입제한조치를 활용하여 자신의 계획에 따라 경영을 조정하여야 할 뿐이므로 국가가 이러한 제한조치를 연장하지 아니한다고 하여도 마늘재배농가인 청구인들의 재산권

이 제한되는 것으로 볼 수 없다.

또한 수입제한조치하의 마늘재배로 인한 경제적 이익이 재산권으로 보장되지 않는 것과 마찬가지로 경제적으로 계속적인 경영이 가능한 마늘재배의 기회가 기본권으로서 보장되는 것은 아니므로 경영상황의 악화로 마늘재배를 중단해야 하더라도 이로써 청구인들이 직업선택의 자유에 어떠한 영향을 받는다고 볼 수 없다.

(3) 청구인들은 이 사건 조항을 정식합의서에 포함시키지 않고 별도의 이면서신을 교부하는 방법으로 합의한 것 자체가 청구인들의 알권리를 침해하였다고 주장하나 알권리는 정부가 가진 정보를 공개하는지 여부에 관계되는 것이므로 이 사건 부속서에 이 사건 조항이 포함되어 있다는 점만으로 알 권리의 제한이 있다고 볼 수는 없다.

또한 청구인들은 이 사건 합의서 및 조항에 의하여 휴대전화기 등을 수출하는 자들에 비하여 마늘재배농민들이 불합리하게 차별받는다고 주장하나 헌법상 평등권이 중국으로 휴대전화기 등을 수출하는 자들과 마늘재배농사 사이에 시장에서의 경쟁여건과 이익이 같도록 보장하지는 않으며 달리 이 사건 조항으로 불합리한 차별이 생기는 점을 찾아볼 수 없다.

그밖에 청구인들은 이 사건 조항은 그 내용이 불명확하여 명확성의 원칙에 위반되며 기본권을 침해한다고 주장하기도 하나 이 사건 조항의 내용이 청구인들이 주장하는 바와 같은 불명확한 점을 찾아볼 수 없다.

(4) 청구인들은 기본권 침해의 주장과 별도로 이 사건 조항은 주권적 사항을 포기한 것으로서 이를 정식 합의서에 포함시키지 않고 별도의 이면서신을 교부하는 방법으로 합의한 방식 자체가 문제되고 그 내용의 적정성과 합리성을 인정할 수 없으므로 적법절차에 위반되며, 이 사건 조항은 주권의 제약에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약에 해당하므로 국회의 동의와 대통령의 비준을 받아야 함에도 불구하고 이를 받지 아니하였으므로 이를 규정한 헌법규정 및 권력분립원칙에 위반된다고 주장한다.

헌법소원심판을 청구할 수 있기 위해서는 청구인들의 ‘헌법상 보장된 기본권’이 침해되어야 하며 여기서 헌법상 보장된 기본권은 그 최소한의 의미로서 ‘헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권’으로 파악할 수 있다(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 691-692).

그러나 모든 국가작용의 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것인지를 판단하

기 위한 일반적인 헌법원칙의 하나인 적법절차원칙이나 국회와 대통령의 권한의 분배로서 조약의 국회동의 및 대통령의 비준을 규정한 헌법 제60조 제1항과 제70조 또는 권력분립원칙이 그 자체로 청구인들에게 어떠한 주관적인 권리를 보장한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 주장 자체로 청구인들의 주관적인 권리가 침해된다고 볼 수 없고 이 사건 조항에 의한 기본권 침해 가능성을 인정할 수 없다.

(5) 그러므로 이 사건 조항은 청구인들의 재산권 등 기본권을 침해할 여지가 없으므로 이 부분 심판청구는 부적법하다.

나. 이 사건 부작위에 대한 청구

(1) 청구인들은 외교통상부 장관이 이 사건 조항에서 중국과 ‘2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 냉동·초산조제 마늘을 자유롭게 수입할 수 있다’고 합의한 것은 중국산 마늘에 대한 수입제한 조치를 더 이상 연장하지 않는다는 취지로서 정부에게는 이를 마늘재배농가들에게 공개할 의무가 있음에도 불구하고 공개하지 않았으므로 마늘재배농가인 청구인들의 알 권리를 침해하였다고 주장한다.

(2) 알 권리는 국민이 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해를 받지 않음을 보장하고 의사형성이나 여론 형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집에 대한 방해의 제거를 청구할 수 있는 권리(헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 246)로서, 원칙적으로 국가에게 이해관계인의 공개청구 이전에 적극적으로 정보를 공개할 것을 요구하는 것까지 알 권리로 보장되는 것은 아니다. 따라서 일반적으로 국민의 권리의무에 영향을 미치거나 국민의 이해관계와 밀접한 관련이 있는 정책결정 등에 관하여 적극적으로 그 내용을 알 수 있도록 공개할 국가의 의무는 기본권인 알 권리에 의하여 바로 인정될 수는 없고 이에 대한 구체적인 입법이 있는 경우에만 비로소 가능하다.

이와 같이 알 권리에서 파생되는 정부의 공개의무는 특별한 사정이 없는 한 국민의 적극적인 정보수집행위, 특히 특정의 정보에 대한 공개청구가 있는 경우에만 비로소 존재하므로, 청구인들의 정보공개청구가 없었던 이 사건의 경우 이 사건 조항을 사전에 마늘재배농가들에게 공개할 정부의 의무는 인정되지 아니한다.

(3) 한편 공포의무가 인정되는 일정범위의 조약의 경우에는 공개청구가 없더라도 알 권리에 상응하는 공개의무가 예외적으로 인정되는 것으로 생각해

볼 수도 있다.

그러나 이 사건 부속서의 경우 그 내용이 이 사건 합의서에 표기된 연도의 의미를 명확히 하고 한국이 이미 행한 3년간의 중국산 마늘에 대한 긴급수입제한 조치를 그 이후에는 다시 연장하지 않겠다는 방침을 선언한 것으로 집행적인 성격이 강하고, 특히 긴급수입제한조치의 연장은 국내법상 이해관계인의 산업피해조사 신청이 있는 경우 무역위원회의 조사와 건의를 거쳐 중앙행정기관의 장이 결정하도록 되어 있어(불공정무역행위조사및산업피해구제에 관한법률 제20조) 중국과의 합의로 그 연장여부가 최종적으로 결정된 것으로 볼 수 없는 점에 비추어 헌법적으로 정부가 반드시 공포하여 국내법과 같은 효력을 부여해야한다고 단정할 수 없다.

따라서 공포에 대한 헌법규정의 위반여부와는 별도로 청구인들의 정보공개청구가 없었던 이 사건의 경우 이 사건 조항을 사전에 마늘재배농가들에게 공개할 정부의 의무가 존재한다고 볼 특별한 사정이 있다고 보기는 어렵다.

(4) 공권력의 불행사 내지 행정부작위에 대한 헌법소원의 경우 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 인정되지 않는 경우에는 그 헌법소원은 부적법한 것이 된다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500, 509).

앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 조항을 공개할 정부의 의무는 인정되지 아니하므로 정부의 공개의무가 있음을 전제로 한 청구인들의 이 사건 부작위에 대한 심판청구는 부적법한 것으로 판단된다.

#### 4. 결 론

따라서 청구인들의 심판청구를 모두 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 권 성의 아래 5와 같은 별개의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

#### 5. 재판관 권 성의 별개의견

가. 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 규정하는 기본권의 침해라는 것은 성질상으로는 헌법소원이 인용되기 위한 법률요건의 하나에 해당하므로 이것은 원래 소송요건이 되는 사항은 아니다. 기본권의 침해가 인정되면 소원은 (다른 법률요건까지도 인정되는 한에서는) 인용되어야 할 것이고 기본권의 침해가 인정되지 아니하면 소원은 기각되어야 하는 것이 재판절차의 일반 원리에 부합하기 때문이다. 사실 기본권의 침해 유무는 법령소원이 아닌 일반의 헌법소원에서 가장 핵심적인 실체적 사항이므로 소송요건으로 다루는 것이

적절치 않고 오히려 본안이 되어야 할 사항이다.

다만, 기본권침해가 인정될 가능성이 없음이 주장 자체로 보아 명백한 경우에 소송경제를 위하여 예외적으로 이를 각하하기로 하는 것은 입법정책으로서는 가능할 수 있을 것이지만 기본권침해의 인정 가능성이 없다는 것이 어느 정도로 명백할 때에 이를 소송요건으로 삼을 것인지 하는 것은 실제로는 매우 애매하다. 만일 이를 소송요건으로 하면서 그 범위를 너무 느슨하게 넓혀 놓는다면 이것은 앞에서 언급한 재판절차의 일반원리에 어긋나고 국민의 재판청구권을 제한한다는 비판을 받게 된다.

이러한 관점에서 볼 때 헌법재판소의 선례 중에 기본권침해의 개연성이 없다고 하여 소원을 각하한 것으로 보이는 것들은 이를 원용함에 있어 신중을 요한다.

나. 이 사건 합의서는 소위 고시류조약에 해당하는 것으로 볼 것인바 이러한 고시류조약을 체결하는 행정부의 권한은 성질상 매우 폭넓은 재량을 수반하지 않을 수 없다. 국제관계에서 무엇을 얻고 무엇을 줄 것인가의 판단은 불가피하게 자국의 이익 중 어느 것을 어느 정도 우선시키고 어느 것을 어느 정도 희생시켜야 할 것인지에 대한 판단을 당연히 포함하는 것이다. 이러한 판단의 결과에 따라 자국민의 누군인가가 어떤 사항에 관하여 어느 정도의 직·간접적인 이익을 얻게 되고 반면 다른 일부의 국민이 다른 사항에 관하여 어느 정도의 직·간접적인 피해를 볼 수밖에 없게 된다. 그 재량은 누가 할 것인가. 어차피 행정부의 몫이 될 수밖에 없고 그 책임도 같은 곳에 귀속될 수밖에 없다.

행정부의 이러한 재량은 본질적으로 전문적임과 동시에 전략적인 사항인데다가 상호주의에서 벗어날 수 없는 것이어서 결국은 상황을 종합적이고 통시적으로 파악하여 흐름을 장악하는 행정당국자의 식견의 수준에 그 품질이 좌우될 수밖에 없다.

다. 물론 고시류조약의 품질에 관하여 헌법재판소도 독자적인 평가를 못할 것은 없다. 그러나 국가의 권한을 책임의 원칙하에 독립된 여러 기관에 분산시켜야 한다는 이치에 비추어 볼 때 헌법재판소는 이 문제에 관하여 일단은 경원(敬遠)의 위치에 서 있으면서 고시류조약체결과 관련하여 헌법과 법률이 정한 절차를 현저히 일탈하거나 남용한 것이 두드러지게 들어난 경우에 한하여 기본권침해의 유무를 살피는 것이 옳다.

그렇다면 헌법과 법률이 정한 절차를 현저히 일탈하거나 남용한 것이 아닌

한 이 사건의 고시료조약체결과 관련한 정부의 권한행사 및 그 내용은 헌법 소원의 대상이 되지 못하고 따라서 이 소원은 각하되어야 한다.

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

## 화물자동차운수사업법시행규칙 제3조의2 제1항 제1호 등 위헌확인 · 화물자동차운수사업법 제2조 제3호 등 위헌확인

(2004. 12. 16. 2003헌마226 · 270 · 298 · 299(병합) 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 뱅형화물자동차의 구조를 정원 3인으로 하도록 한 화물자동차운수사업법시행규칙 제3조 후단 제2호(‘정원제한조항’)와, 뱅형화물자동차가 승객과 화물을 동시에 운송할 경우 승객(화주) 1인당 화물중량 40kg 이상이거나 화물용적 80,000<sup>cm<sup>3</sup></sup> 이상일 것으로 한 화물자동차운수사업법 제2조 제3호 후문 및 동법시행규칙 제3조의2 제1항, 제2항(‘화물제한조항’)이 신뢰보호원칙에 위배하여 6인승 뱅형화물자동차운송사업자의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(한정적극)

2. 위 조항들이 한정위헌결정의 대상이 되지 않는 청구인들의 기본권을 침해한 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 정원제한조항이 제정된 2001. 11. 30. 전에 화물자동차운송사업의 등록을 한 뱅형화물자동차운송사업자들에게 정원제한조항과 화물제한조항(이하 ‘심판대상조항들’이라 한다)이 적용되는 것은 신뢰보호의 원칙에 위반된다.

가. 국민이 어떤 법률이나 제도가 장래에도 그대로 존속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 개폐에 있어서 법치국가의 원칙에 따라 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다. 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당하며, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자

하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙을 위배한다.

나. 2001. 11. 30. 정원제한조항이 제정되기 전 화물자동차운송사업을 등록한 6인승 밴형화물자동차운송사업자들은, 당시 화물자동차영업이 면허제에서 등록제로 전환되었고, 그 전에 승차정원을 3인으로 한정하던 규정과 화물자동차의 바닥면적제한 규정이 폐지되었으며, 따라서 6인승 밴형화물자동차를 등록하여 승객과 화물을 동시에 운송할 수 있었고, 그 경우 화물의 중량이나 부피에 대하여 특별한 제한이 없었기 때문에 동 운송사업에 종사하게 된 것이다. 그렇다면 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들이 종전 법에 대하여 가졌던 신뢰는 정당한 것으로서 보호될만한 가치를 지닌다. 그런데 정원제한조항이 적용되는 경우 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 6인승 콜밴 영업에 대한 종전의 법적 신뢰는 상당히 침해되며, 이에 더 나아가 화물제한조항은 승객 1인당 화물중량 40kg이상이거나 화물부피 80,000<sup>cm<sup>3</sup></sup> 이상이 되도록 제한하므로, 이러한 규제에 의하면 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 콜밴 영업은 애초 등록시 존재 하던 영업 환경에 비추어 볼 때 극히 축소될 수밖에 없어, 심판대상조항들은 청구인들의 법적 신뢰를 심각하게 예상치 못한 방법으로 제약하고 있다. 한편 심판대상조항들은 택시업계와 콜밴업계 사이의 운송질서 확립 차원에서 마련된 것인데, 그러한 운송질서의 유지는 결과적으로 택시업계의 종전 영업범위를 보호하는 것이 되지만, 국민의 운송시설 이용에 새롭게 편의를 주는 것은 아니므로 중대한 공익목적에 해당한다고 볼 수는 없다.

다. 그렇다면 심판대상조항들이 추구하는 운송질서 확립이라는 공익과 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 종전 법에 대한 신뢰 침해의 정도 및 이로 인해 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들에게 초래되는 불이익 등을 비교형량 할 때, 심판대상조항들은 정원제한조항 제정 전에 등록한 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 법적 신뢰를 과도하게 침해하므로, 이들에 대하여 적용되는 한, 신뢰보호의 원칙에 위반된다(한정위헌). 또 이는 기본권을 위헌적인 방법으로 제한하는 것이므로 이들의 직업수행의 자유를 침해한다.

2. 심판대상조항들은 2001. 11. 30. 이후 화물자동차운송사업의 등

록을 한 뱀형화물자동차운송사업자들에 대해서는 신뢰보호원칙에 위반되거나 이들의 기본권을 침해하지 않는다.

이들은 뱀형화물자동차의 정원을 3인으로 제한하는 규정을 알고서 뱀형화물자동차운송사업에 종사하게 되었고, 그 후에도 점차 뱀형화물자동차운송사업에 대한 규제가 강화되는 추세였던 점을 감안할 때, 이들에 대해서는 신뢰보호의 필요성이 강하다고 할 수 없고, 여객운송업과 화물운송업을 구분하고 있는 현행 법제상 뱀형화물자동차는 화물운송이 위주가 되는 점, 면허제로 운영되는 택시의 영업과의 마찰을 줄이기 위해 영업범위를 조정할 필요성이 있는 점 등을 고려하면 심판대상조항들이 입법정책에 대한 입법재량을 벗어나 이들의 직업의 자유를 침해하는 것이라 볼 수 없다.

#### 재판관 김영일, 재판관 송인준의 반대의견

심판대상조항들이 6인승 뱀형화물자동차의 정원을 제한하고, 승객이 동승할 경우 화물을 제한한 것은 면허제로 엄격하게 운영되는 택시업계의 종전 영업범위를 법이 보호해주고자 한 것이고, 이로써 택시업계와 콜밴업계의 영업범위를 각 제도의 취지에 맞게 조정하는 것이다. 그렇다면 심판대상조항들은 택시운송업의 면허제를 포함한 자동차운수사업의 전반적 운송질서 확립을 위한 긴요한 공익목적에 지니고 있다.

6인승 뱀형화물자동차는 기본적으로 화물을 운송하기 위한 것이고, 승객의 운송은 부수적이고 기본적으로 ‘화물자동차’인 점에서, 택시운송사업의 경우 엄격한 면허에 의한 여객자동차사업인 점을 고려하면, 정원제한조항 제정 전에 등록한 6인승 뱀형화물자동차운송사업자들에게 그러한 제한이 없었던 구법에 대한 신뢰의 보호가치가 높은 것이었다고 할 수 없다. 또한 이미 그 전에도 정원제한과 화물실 바닥면적에 관한 규제가 있었고, 그것이 규제완화 차원에서 폐지되었다고 하더라도 택시영업과의 관계에서 추후 유사한 규제가 부과될 가능성은 충분히 예상할 수 있다고 보아야 한다.

따라서 6인승 뱀형화물자동차의 영업범위가 종전보다 축소된다고 하더라도 그것은 화물자동차의 본질적 영업범위를 박탈하는 정도는 아니

며, 동 6인승 밴형화물자동차운송사업자들의 구법에 대한 신뢰이익은 그 보호가치가 중대하거나, 그 침해의 정도가 심하거나, 그 신뢰침해의 방법이 과중한 것이라고 볼 수 없는 반면, 종전부터 면허제로 운영되어 온 택시영업을 보호하기 위하여 밴형화물자동차의 영업 범위를 명확히 제한하여야 할 공익상의 필요성은 매우 중요한 것이므로, 양자를 비교衡量 할 때 이 조항들은 헌법에서 보호되는 신뢰보호원칙을 위배하였다고 볼 수 없다.

### 【심판대상조문】

화물자동차운수사업법시행규칙(2001. 11. 30. 건설교통부령 제304호로 개정된 것) 제3조(화물자동차) 화물자동차운수사업법(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호에서 “건설교통부령이 정하는 자동차”라 함은 자동차관리법시행규칙 별표 1의 규정에 의한 일반형·덤프형·밴형 및 특수용도형화물자동차와 견인형·구난형 및 특수작업형 특수자동차를 말한다. 이 경우 밴형화물자동차는 다음 각 호의 요건을 충족하는 구조이어야 한다.

1. 생략
2. 승차정원이 3인 이하일 것. 다만 경비업법 제4조 제1항의 규정에 따라 동법 제2조 제1호 나목의 호송경비업무 허가를 받은 경비업자의 호송용차량의 경우에는 그러하지 아니하다.

화물자동차운수사업법(2002. 8. 26 법률 제6731호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1.~2. 생략
3. “화물자동차운송사업”이라 함은 타인의 수요에 응하여 화물자동차를 사용하여 화물을 유상으로 운송하는 사업을 말한다. 이 경우 화주가 화물자동차에 동승할 경우에 있어서의 화물은 중량, 용적, 형상 등이 여객자동차운송사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것으로 그 기준 및 대상차량등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다.
- 4.~6. 생략

화물자동차운수사업법시행규칙(2003. 2. 27. 건설교통부령 제352호로 개정된 것) 제3조의2(화물의 기준 및 대상차량) ① 법 제2조 제3호 후단의 규정에 의한 화물은 다음 각 호의 1에 해당하는 것으로 한다.

1. 화주 1인당 화물의 중량이 40킬로그램 이상일 것
2. 화주 1인당 화물의 용적이 80,000세제곱센티미터 이상일 것
3. 불결하거나 악취가 나는 농산물·수산물·축산물, 혐오감을 주는 동물·식물, 기계·기구류 등 공산품, 합판·각목 등 건축기자재 및 폭발성·인화성·부식성 물품

일 것

② 법 제2조 제3호 후단의 규정에 의한 대상차량은 벤형화물자동차로 한다.

### 【참조판례】

1. 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 668  
헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 346
- 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 712-713
- 헌재 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 116
- 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461

### 【당 사 자】

- 청 구 인
1. 이○주 외 5인 (2003헌마226)  
대리인 변호사 신창언 외 1인
  2. 장○춘(선정당사자) (2003헌마270)  
대리인 서원 범무법인  
담당변호사 김교형
  3. 김○인 외 93인 (2003헌마298)  
대리인 변호사 이택수
  4. 황○환 외 172인 (2003헌마299)  
대리인 비전 범무법인  
담당변호사 김선홍  
(위 1., 2., 3., 4. 청구인들 명단은 별지1과 같다)

### 【주 문】

1. 화물자동차운수사업법시행규칙(2001. 11. 30. 건설교통부령 제304호로 개정된 것) 제3조 후단 제2호, 화물자동차운수사업법(2002. 8. 26. 법률 제6731호로 개정된 것) 제2조 제3호 후문, 화물자동차운수사업법시행규칙(2003. 2. 27. 건설교통부령 제352호로 개정된 것) 제3조의2 제1항, 제2항은 2001. 11. 30. 전에 화물자동차운송사업의 등록을 한 6인승 벤형화물자동차운송사업자에게 적용되는 한 헌법에 위반된다.

2. 별지 2 기재 청구인의 심판청구를 각하하고, 별지 3 기재 청구인들의 심판청구를 기각한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

청구인들은 용달화물자동차운송사업을 등록하고 벤형화물자동차(소위 ‘콜벤’)를 이용하여 화물자동차운송사업을 하고 있거나, 하였거나, 동 운송사업의 등록신청을 한 자들이다.

화물자동차운수사업법시행규칙(2001. 11. 30. 건설교통부령 제304호로 개정된 것) 제3조 후단 제2호는 벤형화물자동차의 구조가 승차정원 3인 이하일 것으로 규정하고 있다. 또 화물자동차운수사업법(2002. 8. 26 법률 제6731호로 개정된 것) 제2조 제3호는 화주(貨主)가 화물자동차에 동승할 경우에 있어서의 화물은 중량, 용적, 형상 등이 여객자동차운송사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것으로 그 기준 및 대상차량 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정하도록 규정하고, 이에 따라 동법시행규칙(2003. 2. 27. 건설교통부령 제352호로 개정된 것) 제3조의2 제1항, 제2항은 벤형화물자동차가 화주가 동승할 경우 운송할 수 있는 화물은 화주 1인당 화물 중량이 40kg 이상이거나, 화물 용적이 80,000cm<sup>3</sup> 이상일 것으로 규정하고 있다.

청구인들은 위 각 조항이 헌법상 보장된 청구인들의 직업수행의 자유, 평등권 등을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

그러므로 심판의 대상은 화물자동차운수사업법시행규칙(2001. 11. 30. 건설교통부령 제304호로 개정된 것) 제3조 후단 제2호(이하 “정원제한조항”이라 한다), 화물자동차운수사업법(2002. 8. 26 법률 제6731호로 개정된 것, 이하 “법”이라 한다) 제2조 제3호 후문, 화물자동차운수사업법시행규칙(2003. 2. 27. 건설교통부령 제352호로 개정된 것) 제3조의2 제1항, 제2항(이하 “화물제한조항”이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하였는지 여부이다(이하 이들 모두를 “이 사건 조항”이라 한다).

화물자동차운수사업법시행규칙(2001. 11. 30. 건설교통부령 제304호로 개정된 것) 제3조(화물자동차) 화물자동차운수사업법(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호에서 “건설교통부령이 정하는 자동차”라 함은 자동차관리법시행규칙 별표 1의 규정에 의한 일반형·덤프형·벤형 및 특수용도형화물자동차와 견인형·구난형 및 특수작업형 특수자동차를 말한다. 이 경우 벤형화물자동차는 다음 각 호의 요건을 충족하는 구조이어야 한다.

1. 물품적재장치의 바닥면적이 승차장치의 바닥면적보다 넓은 것
2. 승차정원이 3인 이하일 것. 다만 경비업법 제4조 제1항의 규정에 따라 동법 제2조 제1호 나목의 호송경비업무 허가를 받은 경비업자의 호송용 차량의 경우에는 그러하지 아니하다.

화물자동차운수사업법(2002. 8. 26 법률 제6731호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

3. “화물자동차운송사업”이라 함은 타인의 수요에 응하여 화물자동차를 사용하여 화물을 유상으로 운송하는 사업을 말한다. 이 경우 화주가 화물 자동차에 동승할 경우에 있어서의 화물은 중량, 용적, 형상 등이 여객자동차운송사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것으로 그 기준 및 대상차량 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령으로 정한다.

화물자동차운수사업법시행규칙(2003. 2. 27. 건설교통부령 제352호로 개정된 것) 제3조의2(화물의 기준 및 대상차량)

① 법 제2조 제3호 후단의 규정에 의한 화물은 다음 각 호의 1에 해당하는 것으로 한다.

1. 화주 1인당 화물의 중량이 40킬로그램 이상일 것
  2. 화주 1인당 화물의 용적이 80,000세제곱센티미터 이상일 것
- ② 법 제2조 제3호 후단의 규정에 의한 대상차량은 벤형화물자동차로 한다.
2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견
- 가. 청구인들의 주장

(1) 화물자동차운수사업자가 취급할 수 있는 화물의 개념을 정하면서 화주가 동승할 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하여 정하는 것은 법의 입법취지에 부합하지 않는다. 따라서 법 제2조 제3호 후문이 화주가 동승할 경우의 화물을 “여객자동차운송사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것”으로 한정하여 정정한 것은 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는 것이며, ‘여객자동차운송사업용 자동차’ 개념에는 택시뿐만 아니라 버스도 포함되고 있으므로 이는 명확성원칙에도 위배된다.

(2) 화물제한조항은 사회통념상 여객자동차에 실을 수 있는 화물의 중량과 부피를 초과한 것이므로, “여객자동차운수사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것”이라는 모법의 위임범위를 벗어나 있다. 화물제한조항의 입법목적은 택시운수사업과 벤형화물자동차운수사업 사이의 영업상 분쟁을 해결하기 위한 것인데도 기존 택시운수사업자들의 독과점적 사업이윤만을 보장하기 위한 것

이므로 정당성이 없고, 입법자는 양자를 같이 면허제 혹은 등록제로 하거나 일반적 사회통념에 따라 적정한 화주 1인당 중량·부피 규정을 둬으로써 입법목적은 달성할 수 있음에도 불구하고 청구인들의 영업을 과잉 제한하는 방법을 택하였고, 이는 화물제한조항이 없었던 종전 화물자동차운수사업법에 따른 제도를 신뢰하던 벤형화물자동차운수사업자의 생계를 실질적으로 박탈하는 것으로서 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

(3) 정원제한조항은 자동차관리법이나 화물자동차운수사업법상 위임이 없거나 그 위임의 범위를 벗어난 것이다. 또한 택시운수사업과 벤형화물자동차운수사업의 마찰은 후자가 등록제로 전환되면서 발생되었을 뿐 승차인원이 3인 이상이었기 때문에 발생한 것이 아니므로, 정원제한조항은 과잉금지원칙에 위반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해한다.

(4) 화물제한조항과 정원제한조항은 화물자동차 중 벤형만 자의적으로 차별하므로 청구인들의 평등권을 침해한다.

(5) 2004. 1. 20. 화물자동차운수사업법의 개정으로 화물자동차운송사업은 허가제로 변경되었고, 따라서 택시업계와 콜벤업계의 분쟁은 근본적으로 해결된 것이며 양자의 사업영역을 무리하게 구분할 필요성도 없어졌다.

#### 나. 건설교통부장관의 의견

청구인들 중 일부는 자기관련성이 없고, 법 제2조 제3호 후문 및 정원제한조항에 대한 심판청구는 청구기간이 도과된 것이다.

화물제한조항은 화물자동차운수사업법 제2조 제3호 후단에 따른 범위 내에서 제정되었고, 정원제한조항은 화물자동차운수사업법 제2조 제1호에 따라 제정된 것이므로 법률적 근거가 없다고 할 수 없다.

6인승 벤형화물자동차를 이용하는 화물운송업자도 화물만 운송하는 경우에는 화물제한조항이 적용되지 않고, 화주가 동승할 경우에도 화물제한조항이 허용하는 화물은 계속 운송할 수 있으며, 화물제한조항상의 기준은 택시, 버스와 같은 여객자동차운송약관에서 규정하고 있는 화물 기준과 비교하면 과중한 제한이라고 할 수 없어 직업의 자유가 침해된다고 할 수 없다.

이 사건 조항은 벤형화물자동차를 이용하여 화물운송이라는 본래의 사업목적을 벗어나 여객을 주로 운송하는 불법영업행위를 방지하고자 하는 것이므로, 벤형화물차에 대해서만 화물의 기준을 제한하였다고 하여 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.

### 3. 판 단

가. 적법요건 부분

(1) 이 사건 조항은 화물자동차에 화주가 동승할 경우에 허용되는 화물의 부피와 용적 및 화물자동차의 승차정원 구조에 관한 것으로서 그 위반에 관한 직접적인 제재규정은 없으나, 벤형화물자동차운송사업자는 이 사건 조항에 부합되지 않는 방식의 화물자동차의 영업이나 구조의 설정 혹은 변경이 금지되며, 이 점에서 이 사건 조항은 벤형화물자동차운송사업자의 직업수행의 자유를 제한하는 효과를 갖게 된다. 한편 법 제2조 제3호 후문은 화물의 중량·용적 등을 시행령에 위임하는 형식을 취하고 있지만, 그 내용은 “여객자동차운송사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것”에 한정하고 있으므로, 그 범위 내에서 바로 화물자동차운송사업자의 직업수행의 범위를 제한하고 있다. 이는 국회에서 동 조항의 입법시, 벤형화물자동차에서 화주가 동승할 경우 화물의 중량이 40kg 이상이거나, 용적이 80,000cm<sup>3</sup> 이상으로 건설교통부령에서 규정하는 것을 조건으로 하여 동 조항의 입법안이 논의된 것에서도 알 수 있다(2003헌마226 사건에서 건설교통부장관의 의견서에 첨부된 2002. 7. 30.자 법안심사제2소위원회 심사보고서 참조). 화물제한조항은 위와 같은 입법안을 그대로 반영하여 제정된 것이다.

따라서 법 제2조 제3호 후문은 이 사건에서 화물제한조항과 결합되어 헌법소원의 대상이 되는 것이며, 동 조항과 화물제한조항 및 정원제한조항은 달리 집행행위를 매개로 하고 있지 않으므로 청구인들은 직접 이 조항들을 헌법소원으로 다룰 수 있다. 따라서 이 사건은 법령에 대한 헌법소원심판에서 요구되는 ‘직접성’ 요건이 충족되고 있다.

(2) 정원제한조항은 2001. 11. 30. 개정된 법시행규칙에 신설되었는데, 동 시행규칙 부칙 제2항에 따라 시행 후 최초로 화물자동차운송사업의 등록신청을 하는 것부터 적용되었다. 청구인들은 대부분 정원제한조항의 시행 전에 화물자동차운송사업 등록을 하였거나 정원제한조항 시행 후에 6인승 벤형화물자동차운송사업을 양수한 자들인바, 이들에게 이 사건에서 정원제한조항을 다룰 ‘자기관련성’ 내지 ‘현재성’ 요건을 구비하였는지가 문제된다.

위 부칙 제2항의 ‘등록신청’은 신규등록 신청뿐 아니라 화물자동차의 증차로 인한 변경등록 신청과 교체로 인한 변경신고 신청을 포함하는 것이며(대법원 2004. 6. 11. 선고 2002두12892 판결 참조), 한편 실무상 화물자동차운송사업의 양수 신고를 원인으로 한 등록의 경우는 위 ‘등록신청’에서 제외되고 있다. 기록상 청구인들이 위 부칙 제2항의 ‘등록신청’을 하였다고 볼 자료가

없으며, 따라서 정원제한조항은 그 시행 후 신규로 등록한 자를 제외한 대부분의 이 사건 청구인들에게는 적용되고 있다고 볼 수 없다. 그러나 일반적으로 화물자동차운송업에 있어서 장래의 화물자동차 증차나 교체는 현재로서 확실히 예측될 수 있는 일반적 사항에 속한다고 볼 것이므로, 이 사건에서 동 청구인들에게 정원제한조항을 다룰 자기관련성이 있으며, 현재성 요건도 예외적으로 인정된다고 볼 것이다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935; 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 96 참조). 한편 이와 같이 ‘현재성’을 인정하는 한 청구기간 도과의 문제는 발생하지 않는다(헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750, 757).

(3) 이 사건 청구인들 중 2003헌마226 사건의 청구인 5(한○회)는 현재 더 이상 화물자동차운수사업에 종사하고 있지 아니하므로 이 사건에서 ‘자기관련성’이 인정되지 않는다.

#### 나. 본안에 관한 판단

##### (1) 6인승 밴형화물자동차에 대한 입법연혁

1961. 12. 30. 제정된 자동차운수사업법은 여객자동차운수사업과 화물자동차운수사업을 동일한 내용으로 통일적으로 규율하면서 모두 면허제로 하였으나, 1997년 양자는 분리되어, 화물자동차운수사업법(1997. 8. 30. 제정)은 화물자동차운수사업을 등록제로, 여객자동차운수사업법(1997. 12. 13. 제정)은 여객자동차운수사업을 면허제로 하였다. 화물자동차운송사업은 “주로 화물을 운송하기에 적합하도록 제작된 자동차를 사용하여 화물을 운송하는 사업”을 말하며, 화물자동차는 일반형, 덤프형, 밴형(지붕구조의 덮개가 있는 것을 의미함) 및 특수용도형 화물자동차로 구분되고, 영업대상을 기준으로 일반화물자동차(일정 대수 이상), 개별화물자동차(1대), 용달화물자동차(소형 화물자동차)로 구분된다.

1998. 2. 이전에는 ‘밴형화물자동차’란 이사화물 또는 이와 유사한 화물의 운송에 적합한 구조·설비를 갖춘 것을 말하였으며, 화물실 바닥면적이 승객실 면적보다 2배 이상일 것과 승차정원이 3인 이하일 것(현금, 귀금속 운송의 경우는 제외)이 요구되었다(자동차운수사업법의 위임에 따라 제정된 사업용자동차구조등의기준에관한규칙 제20조, 제21조 참조). 그런데 1998. 2. 그러한 화물자동차분류기준이 규제 완화 차원에서 폐지되었고, 이에 따라 6인승 밴형자동차가 화물자동차로 형식 승인되어 출고될 수 있게 되었다. 당시 6인승 밴형화물자동차는 등록요건만 충족할 경우 운수업이 가능하였고, 화주가 동

승할 경우에 있어서 화물의 중량이나 부피, 자동차 구조상의 승차정원에 관해서 법적 규제가 없었다. 따라서 스타렉스, 카니발과 같은 6인승 밴형 자동차들이 용달화물자동차운송사업으로 등록된 후 승객과 화물을 동시에 운송하게 되었고(2001. 12.말까지 약 8,600여대가 등록됨), 그 과정에서 화물을 소지하지 않은 승객을 운송하는 불법행위를 하거나 일상적인 소지품만 지닌 승객을 운송하는 사례로 인하여 택시업계와 마찰이 발생하였다.

건설교통부는 2001. 3. 운송약관으로 6인승 밴형화물자동차에 화주가 동승할 수 있는 화물의 중량(20kg)과 용적(40,000cm<sup>3</sup>)을 규정하도록 행정개선명령으로 지시하였고, 2001. 4. 28.에는 자동차안전기준에관한규칙이 개정되어 밴형화물자동차는 “물품적재장치의 바닥면적이 승객실의 바닥면적보다 넓을 것”이 추가되었고, 따라서 동 규칙이 시행된(공포일로부터 6개월 후) 2001. 10. 29.부터는 사실상 6인승의 밴형화물자동차는 불가능하게 되었다. 이어서 2001. 11. 30.에는 정원제한조항이 신설되어 밴형화물자동차의 구조는 승차정원 3인 이하로 되었고, 2003. 2. 27.에는 화물제한조항이 신설되어 화주 동승시 화주 1인당 화물중량이 40kg 이상이거나 1인당 화물용적이 80,000cm<sup>3</sup> 이상일 경우만 밴형화물자동차 영업을 가능하게 되었다. 2004. 1. 20. 화물자동차운수사업법이 다시 개정되어 화물자동차운수사업은 허가제로 변경되었다.

## (2) 신뢰보호원칙의 위배 여부

(가) 정원제한조항이 제정되기 전에 6인승 밴형자동차로 화물자동차운송사업을 등록하였던 청구인들의 경우, 이 사건 조항으로 인하여 종전 법에 따라 가능하였던 영업을 상당히 제한될 가능성이 있으므로 헌법상의 신뢰보호원칙에 위배된 것이 아닌지가 문제된다.

(나) 일반적으로 국민이 어떤 법률이나 제도가 장래에도 그대로 존속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 폐지에 있어서 법치국가의 원칙에 따라 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 668; 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 346). 따라서 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 허용될 수 없다(헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704,

712-713).

그런데 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신속적으로 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 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106, 116). 그러므로 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적은 종합적으로 비교형량하여 판단하여야 한다(헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447, 460-461).

(다) 정원제한조항이 제정되기 전에 6인승 밴형화물자동차운송업을 등록한 청구인들의 경우, 이들이 6인승 밴형화물자동차운수업에 종사하게 된 계기는 화물자동차영업이 면허제에서 등록제로 전환되었고, 종전에 승차정원을 3인으로 한정하는 규정 및 화물자동차의 바닥면적에 대한 규정이 폐지되었으며, 따라서 6인승 밴형화물자동차를 등록하여 승객과 화물을 동시에 운송할 수 있게 되었기 때문이다. 또한 승객이 화물을 소지할 경우 화물의 중량이나 부피에 대하여 특별한 규제가 없었던 점도 6인승 밴형화물자동차 운송업을 하게 된 동기라고 볼 수 있다. 그렇다면 동 청구인들이 종전 법에 대하여 가졌던 법적 신뢰는 정당한 것으로 직업의 자유의 행사에 있어서 보호될만한 가치를 지니는 것이다.

그런데 정원제한조항이 동 청구인들에게 적용되면 밴형화물자동차의 정원이 3인승으로 되게 되므로, 이로써 동 청구인들의 종전 법에 대한 신뢰는 상당히 침해될 것이다. 그런데 이러한 제한에서 더 나아가 화물제한조항은 청구인들이 승객(화주)을 운송할 경우 화주 1인당 화물중량 40kg 이상이거나 화물용적 80,000cm<sup>3</sup> 이상이 되도록 규제하였는데, 이러한 규제에 의하면 동 청구인들의 콜벤 영업은 애초 등록시 존재하던 영업 환경에 비추어 볼 때 극히 축소될 수밖에 없다. 통상 대중교통을 이용하는 국민들이 그 정도의 중량이나 부피의 화물을 소지하는 경우는 드물 것이고, 그러한 규제라면 결국 해외여행객 운송과 같은 특수한 경우어나 밴형화물자동차의 승객과 화물 동시 운송이 가능하게 된다. 따라서 이 사건 조항에 의하여 동 청구인들이 종전에 가졌던 영

업범위는 대폭 축소되므로 이들에게 초래되는 불이익은 심각한 것이라고 볼 것이다. 만약 이러한 제한이 청구인들의 화물자동차운송업 등록 당시 존재하였다면 동 청구인들이 과연 6인승 밴형화물자동차운송업에 종사하게 되었을지가 의심될 정도로 이 사건 조항은 청구인들의 법적 신뢰를 심각하고, 예상치 못한 방법으로 제약하고 있다.

한편, 이 사건 조항은 주로 택시업계와 콜밴업계 사이의 운송질서 확립 차원에서 마련된 것인데, 그러한 운송질서의 유지는 결과적으로 택시업계의 종전 영업범위를 보호하는 것이 되지만 국민의 운송시설 이용에 새롭게 편의를 주는 것은 아니다. 물론 택시는 종전부터 면허제로 운영되어 왔고 이에 따른 각종 규제를 받고 있으므로 법은 그 영업범위를 가능한 한 보장해 주어야 할 것이나, 그러한 보장이 반드시 긴밀하거나 중대한 공익목적에 구성한다고 보기는 어렵다. 반면, 이 사건 조항으로 인하여 6인승 밴형화물자동차 운송업종사자가 정원제한조항이 있기 전의 종전 법에 대하여 지녔던 신뢰의 훼손은, 그들이 종전에 누렸던 콜밴 영업에 대한 제한 정도를 볼 때 심각하고 중대한 것이다. 입법자가 애초에 6인승 밴형화물자동차 등록제를 실시하면서 승차정원의 3인 제한이나 승객이 동반하는 화물에 대한 제한규정을 두지 않았던 이상, 그러한 종전 법규정을 믿고 적법하게 등록을 마쳐 영업을 해 온 6인승 밴형화물자동차 운송업종사자에게 뒤늦게 그러한 중대한 제한을 부과하는 것은 이들의 법적 신뢰를 침해하는 것이다. 그렇다면 결국 이 사건 조항이 추구하는 운송질서 확립이라는 공익과 동 청구인들의 종전 법에 대한 신뢰 및 이 사건 조항으로 인해 초래되는 영업상 제한의 정도를 비교형량할 때, 이 사건 조항은 정원제한조항 제정 전에 등록한 청구인들의 법적 신뢰를 과도하게 침해하므로, 이들에게 대하여 적용되는 한 신뢰보호의 원칙에 위반되는 것이다.

또한 이러한 신뢰보호원칙의 위반은 기본권을 위헌적인 방법으로 제한하는 것이므로 이 사건 조항은 이들의 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

(라) 이와 같이 판단한 이상 동 청구인들이 주장한 다른 위헌 사유에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.

(3) 정원제한조항 제정 후 등록한 청구인들의 기본권 침해 여부

(가) 정원제한조항이 제정된 후에 밴형화물자동차를 등록한 청구인들(별지 3 기재)의 경우에는, 정원제한조항의 존재를 인식하고 밴형화물자동차운송사업에 종사하게 되었다는 점에서 정원제한조항과 관련하여 신뢰보호의 필요성이 있다고 할 수 없다. 한편 정원제한조항이 입법될 당시에 이미, 비록 법에

규정되어 있었던 것은 아니지만, 건설교통부의 지시에 의하여 운송약관으로 배형화물자동차에 화주가 동승할 경우 화물의 중량을 20kg 이상으로, 용적을 40,000cm<sup>3</sup> 이상으로 정하도록 되어 있었던 점과, 전반적으로 배형화물자동차운송업에 대한 규제 정도가 강화되어 갔던 점을 감안할 때, 정원제한조항 제정 후 화물제한조항이 제정되기 전에 등록했던 청구인들의 경우에, 구법에 대한 신뢰이익의 보호가치 등과 운송질서의 확립이라는 공익목적에 비교형량할 때 화물제한조항이 동 청구인들에 있어서 신뢰보호원칙을 위반한 것이라 볼 수 없다.

(나) 달리 이 사건 조항이 정원제한조항 후 등록한 청구인들의 기본권을 침해한 것이라 볼 수 없다.

1) 정원제한조항은 화물자동차운수사업법 제2조 제1호 및 자동차관리법 제3조에 근거를 두고 있으며, 운송질서의 확립이라는 입법 목적을 가지지만, 위 청구인들은 정원제한조항이 제정된 후 이를 알고서 배형화물자동차운송업을 등록하였던 점, 일반적으로 여객운송업과 화물운송업을 구분하고 있는 현행 법제상 배형화물자동차는 화물운송이 위주가 되는 것이고 승객의 운송이 위주는 아닌 점, 배형화물자동차에게 5인까지 화물을 동반한 승객을 운송할 수 있게 한다면 면허제로 운영되는 택시의 영업에 불이익을 주는 결과가 되는 점, 정원제한조항이 적용되더라도 2인까지 화주의 동승이 허용되는 점 등을 종합하면, 정원제한조항이 동 청구인들의 직업수행의 자유를 과잉 제한하는 것이라 볼 수 없다.

2) 법 제2조 제3호 후문 및 화물제한조항은 배형화물자동차가 승객을 화물과 같이 운송할 경우 화물의 중량과 부피를 제한하고 있다. 화물자동차는 화물 위주의 운송이 주된 것이고 택시의 경우 원칙적으로 승객이 소지하는 화물의 중량과 부피의 제한이 없는 점을 볼 때, 화물제한조항이 모법의 위임범위를 벗어난 것이라 볼 수 없다. 또 화물제한조항은 택시와 같은 여객운송업과의 영업범위 중복으로 인한 분쟁과 혼란을 방지하려는 운송질서상의 입법 목적을 달성하기 위한 것이고, 배형화물자동차가 화물만을 운송하는 경우에는 그러한 제한이 없으며 동 기준을 충족하는 화물이라면 승객과 함께 운송할 수도 있는 점 등을 종합하면, 법 제2조 제3호 후문 및 화물제한조항이 운송질서 확립에 관한 정책적 입법사항에 대한 재량을 벗어나 동 청구인들의 직업의 자유를 침해하는 것이라 볼 수 없다.

3) 한편 이 사건 조항은 배형화물자동차만을 대상으로 하고 있으나, 이는

그 입법목적을 고려할 때 벤형화물자동차가 영업상 택시와 구분되기 어려운 특성을 지닌 것에 기인한 것이며, 다른 화물자동차의 경우 택시와 영업상 마찰을 야기한 사실이 없었기 때문이므로 그러한 차별이 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

4) 달리 이 사건 조항이 동 청구인들의 기본권을 침해한다고 불만한 사정이 없다.

#### 다. 한정위헌결정의 적용대상

이 사건 조항은 위에서 본 이유에서 신뢰보호의 원칙에 위배되나, 그 위헌성은 정원제한조항이 제정되기 전에 6인승 벤형화물자동차를 등록한 자의 경우에 한정된다. 따라서 정원제한조항이 제정된 2001. 11. 30. 이후에 등록한 자에 대해서는 이 사건 한정위헌결정이 적용되지 않는다. 동 일자 이후에 벤형화물자동차운송업의 양수를 신고하여 등록한 자들에 대해서도, 이들이 정원제한조항을 둔 법시행규칙의 부칙 조항의 해석상 정원제한조항의 적용을 받지 않는 것은 별론으로 하고, 이들에게는 이 사건에서 신뢰보호의 필요성이 강하다고 할 수 없으므로, 한정위헌결정이 적용된다고 할 수 없다.

한편, 2001. 11. 30. 전에 등록한 자라고 하더라도 그 후에 법에 따른 변경등록이나 변경신고를 한 경우에 항상 정원제한조항의 적용이 배제되어야 할 것인지가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 관계 당국이 이 결정의 취지를 고려하여 개별적으로 판단하는 것이 상당하다. 다만 정원제한조항이 시행된 이후 벤형화물자동차의 증차나 교체를 한 경우 신규 차량분에 대해서까지 이 사건 한정위헌결정이 적용된다고 보기는 어려울 것이다. 또 그동안 법규위반으로 승차정원을 3인으로 개조하라는 구조개선명령을 받았던 경우, 그러한 구조개선명령의 적법성 여부는 별론으로 하고, 이 사건 한정위헌결정이 동 구조개선명령의 효력까지 배제하는 취지는 아니라고 볼 것이다.

부연할 것은, 이 사건 조항이 2001. 11. 30. 전에 등록한 6인승 벤형화물자동차운송업자에 대하여 적용이 배제되는 결과, 운영되는 벤형화물자동차 사에서 정원 및 승객 동승시 화물의 용량·부피의 제한에 있어서 차이가 발생하고, 이로써 법집행상의 곤란과 벤형화물자동차 이용에 있어서 혼동을 가져올 수 있으나, 이는 헌법상 신뢰보호원칙이 구현되기 위해서 초래되는 것이므로, 차량외부의 식별방식 등의 개선에 따라 그러한 문제점이 최소화 되도록 하는 것이 바람직하다.

#### 4. 결 론

이상의 이유에서, 이 사건에서 정원제한조항 제정 전에 6인승 뱅형화물자동차를 등록하였던 청구인들의 심판청구는 이유 있으므로 이를 인용하고, 별지2 기재 청구인의 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하고, 별지3 기재 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 김영일, 재판관 송인준의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 김영일, 재판관 송인준의 반대의견

우리는 이 사건 조항이 신뢰보호원칙에 위반되지 않는다고 판단하므로, 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 이 사건 조항의 입법목적의 중요성

이 사건 조항의 목적은 여객자동차운송사업과 뱅형화물자동차운송사업 간의 영업범위를 조정하기 위한 것이며, 이는 6인승 뱅형화물자동차의 영업범위가 택시운송사업의 영업범위와 중복되었기 때문이다. 6인승 뱅형화물자동차 영업이 등록제였던 것에 비하여 택시운송사업은 면허제인바, 동 면허제는 일반택시의 경우 일정한 차량수(서울특별시와 부산광역시 50대 이상, 시는 30대 이상, 군은 10대 이상. 여객자동차운수사업법 제6조 제1항 제2호, 동법시행령 제3조 제2호 다, 동법시행규칙 제12조 제1항, 별표 1의2 제1호), 보유차고면적(일반택시의 경우 대당면적 13㎡-15㎡, 개인택시의 경우 대당면적 10㎡-13㎡, 동법시행규칙 별표 1의2 제2호), 사무실 등 운송부대시설(동법시행규칙 별표 1의2 제3호 참조)이 구비되어야 하고, 개인택시의 경우 일정한 운전경력과 무사고 경력이 구비되어야(동법시행규칙 제17조 참조) 하는 등 엄격한 요건이 충족되어야만 면허가 부여되고, 사업자는 면허를 받은 후에도 관할 당국으로부터 각종 감독과 통제를 받는다. 사업변동 사항을 신고하거나 허가받거나 보고하여야 하며(동법 제9조 내지 제12조, 제17조, 제71조 등 참조), 법령 위반시 각종의 엄격한 행정벌을 받게 되는 점에서(동법 제81조 내지 제85조 참조), 기본적 요건만 갖추면 등록이 이루어지고 최소한의 사후적 통제만 받게 되는 뱅형화물자동차 등록제와는 현격한 차이가 있다. 만일 종전부터 위와 같은 면허제로 운영되던 택시영업의 범위가 단지 등록제로 운영되었던 뱅형화물자동차영업에 의하여 잠식된다면, 이는 법이 엄격한 인적·물적 요소를 갖추어야만 사업이 가능하도록 면허제로 규정하여 엄격한 행정적 통제를 행하면서 한편으로 면허를 받은 사업자의 영업범위를 보호하려던 취지에

어긋나는 것이 된다.

이 사건 조항이 6인승 밴형화물자동차의 정원을 제한하고, 승객이 동승할 경우 화물을 제한한 것은 면허제로 운영되는 택시업계의 종전 영업범위를 법이 보호해주고자 한 것이고, 이로써 택시업계와 클밴업계의 영업범위를 각 제도의 취지에 맞게 조정하는 것이다. 그렇다면 이 사건 조항은 택시운송업의 면허제를 포함한 자동차운수사업의 전반적 운송질서 확립을 위한 긴요한 공익목적에 지니고 있는 것이다.

나. 6인승 밴형화물자동차운송업자의 구법에 대한 신뢰의 정도

(1) 6인승 밴형화물자동차는 기본적으로 화물을 운송하기 위한 것이고, 승객의 운송은 부수적인 경우라고 할 수 있다. 비록 정원제한조항 제정 전에는 6인승 밴형화물자동차의 정원제한이나 승객 동승시 화물제한이 없었다고 하더라도 밴형화물자동차가 기본적으로 ‘화물자동차’인 점에서, 반면에 택시운송사업의 경우는 엄격한 면허에 의한 여객자동차사업인 점을 고려하면, 그러한 제한이 없었던 구법에 대한 신뢰의 보호가치가 높은 것이었다고 할 수는 없다. 또한 이미 그 전에도 정원제한과 화물실 바닥면적에 관한 규제가 있었고, 그것이 규제완화 차원에서 폐지되었다고 하더라도 택시영업과의 관계에서 추후 유사한 규제가 부과될 가능성은 충분히 예상할 수 있다고 보아야 한다. 그러므로 이 사건 조항이 당사자의 구법에 대한 신뢰를 전혀 예상치 못한 방법으로 침해한 것이라고 볼 수 없다.

(2) 또한 이 사건 조항이 있더라도 밴형화물자동차는 승객을 2인까지 운송할 수 있고, 화물제한조항이 정한 기준의 화물을 승객과 같이 운송할 수 있다. 그리고 화물만을 운송하는 경우 특별한 제한도 없다. 그렇다면 6인승 밴형화물자동차의 영업범위가 종전보다 축소된다고 하더라도 그것은 화물자동차의 본질적 영업범위를 박탈하는 정도는 아닌 것이다. 따라서 이 사건 조항에 의한 신뢰이익의 침해는 과중한 것이라 볼 수 없다.

다. 신뢰이익과 공익 간의 비교형량

이상에서 살펴본 바와 같이 청구인들의 구법에 대한 신뢰이익은 그 보호가치가 중대하거나, 그 침해의 정도가 심하거나, 그 신뢰침해의 방법이 과중한 것이라고 볼 수 없는 반면, 종전부터 면허제로 운영되어 온 택시영업을 보호하기 위하여 밴형화물자동차영업의 범위를 명확히 제한하여야 할 공익상의 필요성은 매우 중요한 것이므로, 양자를 비교형량 할 때 이 사건 조항은 헌법에서 보호되는 신뢰보호원칙을 위배하였다고 볼 수 없다. 만일 이 사건 조항

이 다수의견처럼 6인승 뱅형화물자동차운송업자에 대하여 그들의 신뢰를 보호해야 한다는 원칙을 위배한 것이라면, 이는 종전부터 면허제에 따라 엄격한 구비 요건과 사후 규제 하에서 영업을 해온 택시운송업종사자들의 사업에 대한 기대이익 내지 법적 신뢰를 더욱 보호해야 함이 이치에 더 합당한 것임에도 불구하고 도리어 6인승 뱅형화물자동차운송업자의 신뢰를 더 존중해주는 부당한 결과가 된다고 아니할 수 없다.

이상의 이유로 우리는 이 사건 조항이 6인승 뱅형화물자동차운송업자에게 있어서 신뢰보호원칙에 위배되었다고 한 다수의견에 반대하는 것이다.

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

[별지 1] 청구인 명단 : 생략

[별지 2] 생략 (청구인 목록)

[별지 3] 생략 (청구인 목록)

## 공직선거및선거부정방지법

### 제16조 제3항 위헌확인

(2004. 12. 16. 2004헌마376 전원재판부)

#### 【판시사항】

1. 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로서 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 공직선거및선거부정방지법 제16조 제3항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 공무원임권을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항에서 공무원로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여 예외규정을 두고 있는 것이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

#### 【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무원임권을 제한하고 있다고 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항에서 공무원로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여 예외규정을 두고 있는 것은 이들이 공무수행으로 인하여 불이익을 입지 않도록 하면서 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위한 최소한의 거주요건을 규정한 것이라 할 수 있으므로 합리적 근거 있는 차별이라고 보아야 한다.

재판관 윤영철, 재판관 이상경의 반대의견

1. 이 사건 법률조항이 중앙정부에 대한 독자성보다는 대외적 활동에

터잡은 정치적 식견과 행정적 경험이 보다 중요한 의미를 갖는 광역 지방자치단체의 장 선거에 입후보하려는 자에게 보궐선거의 경우에도 60일간의 주민등록 기간을 요구하여 입후보 자체를 불가능하게 하는 것은 우리 헌법이 기본권을 제한하는 입법에 요구하고 있는 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 침해하고 있다.

2. 입법자로서는 법률에 의하여 해외 체류가 강제되는 경우에 한정하여 특례를 인정하든지, 해외 체류 기타의 사유로 입후보희망자의 귀책사유 없이 이 사건 법률조항이 요구하는 주민등록 기간의 충족이 불가능한 모든 경우에 특례를 인정함으로써 입후보 희망자의 직업 이상의 의미가 없는 공무 수행과 사적 업무의 수행 사이에 존재하는 불평등한 취급을 제거하는 입법적 조치를 하였어야 함에도 양자를 합리적 근거 없이 차별하고 있는 이 사건 법률조항은 평등권을 침해하였다.

### 【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5533호로 개정된 것) 제16조(피선거권)

①, ② 생략

③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

④ 생략

### 【참조조문】

헌법 제25조, 제37조 제2항, 제117조 제1항

헌법재판소법 제68조 제1항

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제35조(보궐선거 등의 선거일) ① 생략

② 보궐선거·재선거·중원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 다음 각 호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거·지방의회의원의 중원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시

사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 토요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 토요일에 실시한다. 이 경우 선거일 또는 선거일전일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때에는 그 다음주의 토요일로 한다.

- 2. 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 60일 이내에 실시하되, 선거일은 관할선거구선거관리위원회위원장이 당해 지방자치단체의 장(직무대행자를 포함한다)과 협의하여 선거일전 20일까지 공고하여야 한다.

③~⑤ 생략

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제203조(동시선거의 범위와 선거일) ①, ② 생략

③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거 등 가운데 다음 각 호의 보궐선거 등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시 실시한다. 다만, 그 보궐선거 등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫번째 토요일에 그 보궐선거 등(이하 이 조에서 “연기된 보궐선거 등”이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거 등의 선거일전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등도 동시에 실시한다.

- 1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거 등.
- 2. 임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거 등. 이 경우 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일전 30일 후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등은 그 다음의 보궐선거 등의 선거일에 실시한다.

④ 생략

**【참조판례】**

- 1. 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 550-551
- 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550-565

**【당 사 자】**

청 구 인 박○주

대리인 법무법인 빛고을종합법률사무소  
담당변호사 정규련 외 1인

**【주 문】**

이 사건 심판청구를 기각한다.

## 【이 유】

### 1. 사건의 개요와 심판의 대상

#### 가. 사건의 개요

청구인은 15대 국회의원의 입후보를 앞두고 보궐선거가 예정된 전라남도 화순군으로 주민등록을 옮기고 생활하다가 2004. 6. 15. 실시된 17대 국회의원 선거를 앞두고 광주 ○○구에서 출마하기 위해 2004. 2. 24. 주민등록지를 전라남도 화순군에서 위 주소지로 옮겼다.

2004. 4. 30. 전라남도지사의 갑작스런 사망으로 2004. 6. 5. 예정된 보궐선거에 전라남도지사의 선거도 포함됨에 따라 청구인은 위 보궐선거에 출마하려고 하였으나, 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민에게만 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다는 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제16조 제3항 때문에 출마할 수 없게 되었다. 이에 청구인은 위 법률조항이 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하였다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

#### 나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제16조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며, 위 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제16조(피선거권) ③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. 이 경우 60일의 기간은 그 지방자치단체의 설치·폐지·분할·합병 또는 구역변경[제28조(임기중 지방의회의 의원정수의 조정 등)의 규정에 의한 경우를 포함한다]에 의하여 중단되지 아니한다.

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제35조(보궐선거 등의 선거일) ② 보궐선거·재선거·증원선거와 지방자치단체의 설치·폐지·분할 또는 합병에 의한 지방자치단체의 장 선거는 다음 각 호에 의한다.

1. 지역구국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 보궐선거·재선거, 지방의회의원의 증원선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사

이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 토요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 토요일에 실시한다. 이 경우 선거일 또는 선거일 전일이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 민속절 또는 공휴일인 때에는 그 다음주의 토요일로 한다.

## 2. 생략

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제203조(동시선거의 범위와 선거일) ③ 제35조 제2항 제1호의 규정에 의한 보궐선거 등 가운데 다음 각 호의 보궐선거 등은 임기만료에 의한 선거의 선거일에 동시실시한다. 다만, 그 보궐선거 등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일 후 첫번째 토요일에 그 보궐선거 등(이하 이 조에서 “연기된 보궐선거 등”이라 한다)을 실시하되, 그 연기된 보궐선거 등의 선거일전 30일까지 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등도 동시에 실시한다.

1. 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일 전 40일 내에 선거일이 있는 보궐선거 등
  2. 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일까지 그 실시사유가 확정된 보궐선거 등. 이 경우 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 30일 후에 그 선거의 실시사유가 확정된 보궐선거 등은 그 다음의 보궐선거 등의 선거일에 실시한다.
2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

### 가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 피선거권과 관련하여 실거주를 요건으로 하지 않고 단순히 주민등록이 되어 있는 것만을 요건으로 하고 있어 당해지역 사정을 잘 알거나 그 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 행정구역에 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여하려는 이 사건 법률조항의 입법취지는 사실상 무너지고 있다. 뿐만 아니라, 이 사건의 경우와 같이 선거일로부터 60일 이내에 전혀 예측할 수 없는 보궐선거가 발생하는 경우에는 평소 당해 지역에 관심과 애향심을 가지고 있으면서도 보궐선거를 예측하지 못하여 위 60일까지 주민등록지를 옮기지 못한 청구인과 같은 자들이 입후보를 할 수 없게 됨으로써 보궐선거사유가 선거일로부터 60일 이전에 발생하였을 경

우에 비하여 지방자치단체 장의 경륜이나 능력이 하향화할 수밖에 없다. 또한 공무로 외국에 파견되었다가 귀국한 자들에 대한 예외 규정은 이들에게 국내에 머물면서 예측하지 못한 보궐선거의 발생에 대비하지 못한 사람들에 비해 엄청난 특권을 주는 것으로서 청구인의 평등권, 공무담임권 등을 침해하여 위헌이다.

나. 중앙선거관리위원장의 의견

이 사건과 관련하여 특별한 의견이 없음을 우리 재판소에 통보하여 왔다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 자기관련성과 직접성

청구인은 2004. 6. 5.에 실시된 보궐선거에서 전라남도지사에게 입후보하려고 하였으나 이 사건 헌법소원심판청구 접수일인 2004. 5. 5. 현재 광주 ○○구에 주민등록을 두고 있어 이 사건 법률조항으로 인하여 위 보궐선거에 입후보하는 것이 불가능하였다. 따라서 청구인은 별도의 집행행위를 매개할 것도 없이 이 사건 법률조항에 의해 직접 전라남도지사 보궐선거에서의 피선거권이 박탈되고 있으므로 기본권침해의 자기관련성과 직접성 요건을 갖추고 있다.

나. 현재관련성/청구기간

이 사건 법률조항은 청구인이 공직선거에 후보자로 등록하는 것을 막고 있으므로 후보자등록개시일에 비로소 구체적, 현실적으로 기본권의 침해가 발생한다고 할 것인데, 공선법 제49조 제1항에 의하면 지방자치단체의 장선거에 있어서는 선거일전 15일부터 2일간 후보자등록을 신청하도록 하고 있으므로 전라남도지사의 보궐선거에 입후보하려는 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받게 되는 것은 후보자등록신청개시일인 2004. 5. 21.부터라고 할 것이다.

구체적인 기본권의 침해가 있기 전인 2004. 5. 5.에 청구한 이 사건 헌법소원의 경우를 가리켜 후보등록일 이전에 청구한 것이므로 현재성이 없다고 한다면 기본권구제의 실효성을 기대하기 어려우므로 후보자등록신청개시일 보다 약 이주 전에 청구한 이 사건 심판청구는 현재성의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.

그리고 구체적인 기본권의 침해가 있기 전에 청구한 이 사건 헌법소원심판청구는 현재성 요건이 문제될지언정 청구기간의 준수 여부는 문제가 될 수 없다고 할 것이다.

다. 권리보호이익

이 사건 헌법소원심판이 청구된 뒤에 청구인이 입후보하려고 하였던 전라

남도지사 보궐선거(2004. 6. 5.)는 이미 종료하였으므로 이 사건 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 청구인의 주관적 권리구제는 불가능하게 되었다. 그러나 헌법소원은 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로 심판계속 중 발생한 사정변경으로 인하여 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우에도 그러한 기본권침해행위가 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 유지·수호를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 때에는 예외적으로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다는 것이 우리 재판소의 확립된 판례이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 55-57 등 참조).

그런데 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 60일 이상 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 이 사건 법률조항이 청구인의 기본권을 침해하는 것이라면 앞으로 지방자치단체의 장선거에 입후보하고자 하나 위 요건을 충족하지 못하는 사람들도 이 사건 법률조항에 의하여 반복하여 기본권을 침해당할 것이 확실히 예상되므로 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 대하여는 헌법적 해명의 필요성이 존재한다.

#### 라. 소결론

이 사건 심판청구는 적법하므로 본안에 관한 판단으로 나아가기로 한다.

#### 4. 본안에 관한 판단

##### 가. 이 사건 법률조항의 입법취지

지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 그 지역의 주민이 그 지방주민의 복지에 관한 사무·재산관리에 관한 사무·기타 법령이 정하는 사무(헌법 제 117조 제1항)를 그들의 책임 하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형있는 발전과 아울러 국가의 민주적 발전을 도모하는 데 있다. 지방자치는 국민자치를 지방적 범위 내에서 실현하는 것이므로 지방시정(施政)에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리 민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있다(헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 550-551).

이 사건 법률조항은 위와 같이 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 지역행정에 관심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하고 지방자

치제도의 정착을 위한 규정이라고 할 수 있다.

나. 공무담임권의 침해 여부

(1) 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정하여 국민에게 공무담임권을 보장하고 있다. 피선거권은 선거에 의하여 국가기관 또는 지방자치단체의 구성원으로 선출될 수 있는 자격을 의미하므로 공무담임권에 포함된다.

공무담임권은 다른 기본권과 마찬가지로 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있다(헌법 제37조 제2항).

(2) 이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하고 있다. 그리고 지방자치단체 장의 보궐선거는 전년도 10월 1일부터 3월 31일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 4월중 마지막 토요일에 실시하고, 4월 1일부터 9월 30일까지의 사이에 그 선거의 실시사유가 확정된 때에는 10월중 마지막 토요일에 실시하도록 규정하고 있다(공선법 제35조 제2항 제1호). 위 규정들로 인하여 지방자치단체 장의 보궐선거 실시사유가 보궐선거일인 4월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 3월 31일까지 사이에 확정되거나, 10월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 9월 30일까지 사이에 확정된 때에는 당해 지방자치단체의 관할구역 밖의 사람으로서는 이 사건 법률조항이 요구하는 선거일 현재 계속하여 60일 이상 주민등록이 되어 있어야 한다는 요건을 충족하는 것이 애시당초 불가능하다.

나아가 이 사건의 경우 전라남도지사의 갑작스런 사망으로 전라남도지사의 보궐선거실시사유가 2004. 4. 30. 확정되었는데, 공선법 제203조 제3항 단서에서 “보궐선거등의 선거일이 국회의원 또는 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거의 선거기간개시일전 40일부터 선거일 후 50일까지의 사이에 있는 때에는 당해 임기만료에 의한 선거의 선거일부터 50일후 첫번째 토요일에 그 보궐선거등을 실시”하도록 함에 따라 그 보궐선거는 2004. 6. 5. 실시되었다. 따라서 보궐선거실시사유의 확정일로부터 보궐선거일까지의 기간이 60일이 채 되지 않으므로 청구인과 같이 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 주민등록이 되어 있지 않은 사람은 보궐선거실시사유가 확정

된 후 곧바로 주민등록을 이전하더라도 이 사건 법률조항이 요구하는 60일 이상 주민등록요건을 충족할 수 없어 보궐선거에 입후보하는 것이 불가능하게 되었다. 그러므로 이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권, 나아가 공무담임권을 제한하는 결과를 가져온다.

한편 청구인은 이 사건 법률조항이 헌법 제14조에 의해 보장되는 거주·이전의 자유를 침해한다고 주장하나, 이 사건 법률규정과 같은 공직취임의 자격에 관한 제한규정이 그 공직을 선택하거나 행사하려는 자의 거주·이전을 간접적으로 어렵게 하거나 원하지 않는 지역으로 이주할 것을 강요하게 되어 청구인이 그 거주지의 자유로운 결정과 선택에 사실상 제약을 받는다고 하더라도, 그와 같은 조치가 특정한 공직의 선택 또는 행사에 있어서의 필요와 관련되어 있는 것인 한 그러한 조치에 의하여 공무담임권이 제한될 수는 있어도 거주·이전의 자유가 제한되었다고 볼 수는 없다(헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550-565, 562-563 참조).

따라서 이하에서는 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 침해하는지 여부를 살펴보기로 한다.

(가) 먼저 이 사건 법률조항의 입법목적이 정당한지를 본다.

이 사건 법률조항은 앞에서 살펴본 바와 같이 헌법이 보장한 주민자치를 원리로 하는 지방자치제도에 있어서 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 당해 지역행정에 대한 관심과 애향심이 많은 사람에게 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모함과 아울러 우리나라 지방자치제도의 정착을 위한 규정으로서 그 입법목적의 정당성은 인정된다.

(나) 이 사건 법률조항이 수단의 적합성 및 침해의 최소성 요건을 충족하고 있는지를 본다.

지방자치제도는 일정한 지역을 단위로 그 지역의 주민이 그 지방에 관한 여러 가지 사무를 그들의 책임 하에 자신들이 선출한 기관을 통하여 직접 처리하게 하는 제도로서 지방시정(施政)에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 “풀뿌리 민주주의”를 그 이념적 배경으로 하고 있다.

이처럼 지방자치는 그 주민 중에서 대표를 뽑아 스스로 지역의 공통사무를 처리하도록 하는 이른바 주민자치이기 때문에 지방자치단체의 장에 입후보하려면 해당 지방자치단체의 관할구역 내에서 일정기간 이상 거주하는 것은 필

수적이라고 할 수 있다. 즉 지방자치단체 장의 선거에 입후보하려는 자가 일정기간 해당 선거구역에 거주함으로써 그 지역의 문제와 사정을 자연스럽게 피부로 파악할 수 있게 되며, 주민접촉도가 높아져 해당 지역주민과의 일체감을 형성하는 것이 용이해지므로 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 일정기간 동안 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것은 위 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 거주기간 요건을 둘 경우 그 기간을 어느 정도로 정할 것인지는 입법자의 입법형성권에 속하는 문제이다. 지방자치단체 장의 선거에 있어서 그 지역을 잘 알고 지역민의 고충을 피부로 느끼고 직접 문제를 해결할 수 있는 인재를 선출하기 위해서는 후보자가 주민과 접촉하고 그 지역을 알 수 있도록 하는 충분한 기간이 필요하다. 정보통신이 발달한 현대 사회에서 반드시 당해 지방자치단체의 관할구역 주민이 아니더라도 당해 지방자치단체에 관한 정보를 얻지 못하는 것은 아니겠지만, 주민자치를 기본원리로 하는 지방자치에 있어서 지방자치단체의 장이 애郷심을 가지고 그 지역주민과 일체감을 이루어 이른바 주민접촉도를 높여 가장 기본적인 단위의 민주주의를 구현한다는 점에서 볼 때 60일간의 거주요건은 다른 구역에서 이주하여 온 사람에게 당해 지방자치단체의 제반 사정을 이해하고 주민과 연대감 내지 일체감을 형성할 수 있는 최소한의 기간이라 할 수 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 수단의 적합성 및 피해의 최소성 요건을 갖추고 있다고 보여진다.

(다) 이 사건 법률조항이 법익의 균형성 요건을 갖추고 있는지를 본다.

이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 해당 지방자치단체의 관할구역 내에 선거일 현재 60일 이상 주민등록이 되어 있을 것을 요구함으로써 그 요건을 갖추지 못한 사람에 대하여 피선거권을 포함하는 공무담임권을 제한하고 있다. 그러나 지방자치단체 장의 임기만료에 의한 선거일은 법률에 규정되어 있으므로(공선법 제34조 제1항 제3호) 차기 선거에 입후보하려는 자는 차기선거일 60일 이전에 미리 자신의 주소를 당해 지방자치단체의 관할구역 안으로 이전하면 되고 그것이 그다지 어려운 일이 아니라고 할 것이며, 지방자치단체의 장의 사망·사퇴·자격상실 등으로 갑작스레 보궐선거가 실시됨으로 인하여 이 사건에서의 청구인과 같이 거주요건을 갖추지 못하여 입후보할 수 없게 되었다고 하더라도 일반 단체장선거에서 입후

보가 가능한 이상 그로 인한 공무담임권의 제한은 그다지 크지 않다고 할 것이다.

반면 이 사건 법률조항에 의하여 실현하려는 공익은 주민자치를 기본원리로 하는 지방자치에 있어서 지방자치단체의 장이 그 지역의 문제나 사정을 파악하고 지역주민의 정서에 부응하면서 애향심 및 그 지역주민과의 일체감에 바탕을 두고 자치사무를 처리하는 것을 가능하게 함으로써 지방자치의 능률성과 민주성을 제고한다는 중대한 공공복리적 요청이다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익이 제한되는 사익보다 크므로 법익의 균형성도 인정된다.

(라) 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 제한하고 있다고 볼 수 없다.

#### 다. 평등권 침해 여부

(1) 청구인은 이 사건 법률조항에서 공무로 외국에 파견되었다가 귀국한 자들에 대하여 예외 규정을 두고 있는 것은 이들에게 국내에 머물면서 예측하지 못한 보궐선거의 발생에 대비하지 못한 사람들에 비해 엄청난 특권을 주는 것으로서 청구인의 평등권을 침해한다고 주장한다.

이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하면서, 그에 대한 예외규정으로 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 족하다고 규정하고 있다.

선거를 실시하는 때에는 그 때마다 구청장·시장·읍장·면장은 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거에 있어서 선거일전 19일(선거인명부작성기준일) 현재로 그 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사하여 선거인명부작성기준일로부터 5일 이내에 선거인명부를 작성하여야 하므로(공선법 제37조 제1항), 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일인 선거일전 19일부터 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 된다.

(2) 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. 공무로 외

국에 파견되어 선거일전 60일 후에 귀국한 사람에 대하여도 이 사건 법률조항이 요구하는 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 60일 이상 주민등록이 되어 있을 것을 요구하게 되면 이들은 일반 단체장선거와 보궐선거 모두에서 지방자치단체 장의 피선거권을 박탈당하게 된다. 그러나 개인의 주관적인 사정이 아니라 국가의 공적사무를 수행함으로 인하여 위와 같이 지방자치단체 장의 피선거권이 완전히 박탈되도록 하는 것은 오히려 공무수행자에 대한 부당한 차별이라고 하지 않을 수 없다. 이 사건 법률조항에서 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건인 60일 이상 주민등록요건의 예외로서 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여는 선거인명부작성기준일인 선거일전 19일부터 선거일까지만 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것은 이들이 공무수행으로 인하여 불이익을 입지 않도록 하면서 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위한 최소한의 거주요건을 규정한 것이라 할 수 있으므로 합리적 근거 있는 차별이라고 보아야 한다.

따라서 이 사건 법률조항에 의하여 청구인의 평등권이 침해되었다고 보기는 어렵다.

## 5. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인의 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 윤영철, 재판관 이상경의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

### 6. 재판관 윤영철, 재판관 이상경의 반대의견

가. 우리는 이 사건 법률조항이 합헌이라는 다수의견과 견해를 달리 하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

#### 나. 공무담임권 침해 여부

다수의견은 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200 결정의 취지에 따라 이 사건 법률조항이 청구인의 공무담임권을 제한하기는 하나, 과잉금지원칙의 요청을 충족시키고 있어 합헌이라고 한다. 그러나 위 결정은 기초 지방자치단체 장 선거(전주시장 보궐선거)가 문제된 사안에서 내려진 판단으로서 광역 지방자치단체 장 선거의 경우에도 그대로 타당하다고 할 수 없고, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 이 사건 법률조항 중 광역 지방자치단체 장 선거에 적용되는 부분에 의한 공무담임권의 제한은 과잉금지원칙에 위배된다.

#### (1) 목적의 정당성

이 사건 법률조항은 다수의견이 지적한 바와 같이 지연적 관계를 고려하여 당해 지역사정을 잘 알거나 지역과 사회적·지리적 이해관계가 있어 지역행정에 관심이 많은 사람에게 지방자치단체 장의 피선거권을 부여함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 도모하고 지방자치제도의 정착을 위한 규정이라고 할 수 있다.

이 사건 법률조항의 입법목적 중 이론의 여지 없는 궁극적 지향점은 지방자치행정의 민주성과 능률성이라고 할 수 있고, 지연적 관계 등을 선거제도에 반영하는 것은 이를 위한 수단이라고 할 수 있는데, 입법자는 이 또한 입법목적의 하나로 삼고 있다고 보인다. 그러나 민주성과 능률성이라는 두 가지 자체가 상호 충돌될 가능성이 있을 뿐만 아니라, 지연적 관계가 위 궁극적 지향점에 어떻게 기여할 수 있는지도 명확히 해명되지 아니하였다. 특히 이 사건에서 문제된 시·도와 같은 광역 지방자치단체 장의 경우 그 업무 영역과 성질에 비추어 자치행정의 민주성은 물론, 능률성에도 반하는 결과를 가져올 수 있다는 점을 간과해서는 아니 된다.

지방자치단체 장의 피선거권을 일정한 지연적 관계를 갖고 있는 사람에게만 부여한다는 것은 지방자치단체 장 선출에 관한 선거권자의 선택의 폭을 좁히는 것이므로, 자치행정의 민주성과 저촉되는 측면이 없지 않다. 지연적 관계를 맺고 있는 인사만이 지방자치행정의 책임자인지는 선거인들이 민주적 절차에 따라 검증하고 판단하면 되는 것이므로 법률이 이와 같은 선택가능성을 사전에 봉쇄하는 것은 국민의 주체적인 지방정치 참여를 제약하는 것이다. 이 사건 법률조항이 정하는 바와 같이 거주요건을 두는 것은 오히려 정치적 식견과 행정적 경험을 두루 갖춘 경륜 있는 인사의 입후보에 대한 장벽으로 작용하여 지방자치행정의 민주성을 오히려 저해하게 된다. 이와 같은 현상은 아래에서 보는 바와 같은 광역 지방자치단체가 관장하는 업무의 성격에 비추어 보면 더욱 두드러지게 된다.

나아가 광역 지방자치단체가 관장하게 될 사무의 내용에는(지방자치법 제10조 제1항 제1호 참조), 행정처리결과가 2개 이상의 시·군 및 자치구에 미치는 광역적 사무(가목), 시·도 단위로 동일한 기준에 따라 처리되어야 할 성질의 사무(나목), 지역적 특성을 살리면서 시·도 단위로 통일성을 유지할 필요가 있는 사무(다목), 국가와 시·군 및 자치구간의 연락·조정 등의 사무(라목), 시·군 및 자치구가 독자적으로 처리하기에 부적당한 사무(마목), 2개 이상의 시·군 및 자치구가 공동으로 설치하는 것이 적당하다고 인정되는 규

모의 시설의 설치 및 관리에 관한 사무(바목) 등이 포함되어 있다. 즉, 광역 지방자치단체가 관장하는 사무는 그 지방주민의 복지에 관한 사무·재산관리의 구체적인 집행 그 자체 보다는 광역적 사무의 수행, 국가 및 각 기초 지방자치단체 사이의 연락·조정 등과 같은, 지방자치행정에 대한 거시적인 기획 및 조정에 그 중점이 놓여 있다고 보인다. 또한 중앙정치 또는 중앙정부에 대한 지방자치행정의 독자성이 보다 강하게 요구되는 기초 지방자치단체 장의 경우와는 달리, 광역 지방자치단체의 장은 중앙정치 또는 중앙정부에 대한 독자성보다는 대외적 활동에 더 많은 정치적 식견과 행정적 경험이 보다 중요한 의미를 가질 수 있다. 그러므로 광역 지방자치단체의 구역 중 특정 지역과 밀접한 관계에 있는 지역적 인사가 광역 지방자치단체의 장을 담당하게 된다면, 오히려 사무처리의 공정성, 국가 및 지방단체 사이의 조정능력에 대하여 회의가 제기될 수 있고, 이는 결국 지방자치행정의 능률성에 반하는 결과를 가져오게 된다.

따라서 이 사건 법률조항이 광역 지방자치단체 장의 피선거권에도 지연적 관계 등이 반드시 반영될 것을 목적으로 하고 있다면, 이는 우리 헌법이 추구하는 지방자치제도의 존치 목적, 즉 지방자치행정의 민주성 및 능률성에 반하는 것으로서, 과연 그 입법목적의 설정이 정당하다는 평가를 받을 수 있을지에 대하여 강한 의문이 든다.

## (2) 수단의 적합성

이 사건 법률조항은 위와 같은 입법목적의 실현을 위하여 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하고 있다. 그러나, 이와 같은 자격요건의 설정이 위 입법목적의 실현에 기여할 수 있는지는 현대 정보화사회의 특성과 정책수단의 실효성이라는 관점에서 신중히 검토될 필요가 있다.

우선 현대의 정보화사회에서는 정보통신기술과 전자기술의 급속한 발전에 의해 시간과 거리의 제한을 극복하는 것이 가능하게 되어 정보의 이용이 보편화되고 엄청나게 많은 양의 정보가 수집되어 신속하게 처리되고 전달·공급되게 되었다. 이와 같은 현상은 대중매체의 발달로 인하여 전국 어디에서든 각 지역의 기본적인 정보를 공유하게 되었을 뿐만 아니라, 특히 우리 사회의 정보화 추세, 즉, 전자정보매체의 광범위한 보급으로 인하여 굳이 당해 지방자치단체의 관할구역에 거주하지 않더라도 컴퓨터 등의 정보통신에 힘입어 그 지역에 관한 정보를 구하거나 지역사정을 아는 것이 충분히 가능하게 되

었다는 것을 의미한다.

또한 전라남도를 비롯한 일부 광역 지방자치단체의 도청 소재지가 그 도의 관할 구역 내에 있지 않고 도에서 독립된 직할시 관할구역 내에 아직까지 남아 있는 것도 정보통신 및 교통의 발달로 공간적 중요성이 그다지 크지 않게 되었다는 점에 대한 한 징표라고 할 수 있다. 지방자치단체의 장이 입후보함에 있어서는 관할 구역 내에 주민등록이 되어 있어야 하지만 일단 당선이 된 뒤에는 그 관할 구역에서 벗어난 도청 소재지에서 근무하여야 한다는 것은 우리의 지방자치제도 자체가 지방행정의 담당자는 관할구역 내에 거주하여야 한다는 입법목적에 달성하기에는 부적절하게 형성되어 있음을 보여주는 것이다.

따라서 특정 지역에 주민등록을 두는 것은 주관적인 애향심의 한 징표라고 말할 수 있을지언정, 지역 사정을 잘 파악할 수 있도록 하여 지방자치행정의 능률성에 기여한다고 단언하기는 어렵다고 하겠다. 특히, 보다 거시적인 안목과 조정능력이 요구되는 광역 지방자치단체 장의 자격을 논함에 있어서는 이 사건 법률조항이 부적절한 규율내용을 담고 있음을 명확히 보여준다.

그리고 가사 지방자치는 그 주민 중에서 대표를 뽑아 스스로 지역의 공동 사무를 처리하도록 하는 이른바 주민자치이기 때문에 지방자치단체의 장에 입후보하려면 해당 지방자치단체의 관할구역 내에서 일정기간 이상 거주하는 것이 필요하다는 입장에 선다고 하더라도, 형식적으로 주민등록이 되어 있는 것과 실제 생활의 중심이 된다는 의미에서의 거주와는 필연적인 관련이 없으므로, 이 사건 법률조항이 설정한 주민등록이라는 요건은 입법목적의 달성에 적절한 수단이라고 보기 어렵다. 즉, 주민등록법 제6조 제1항은 30일 이상 거주할 목적으로 그 관할구역 안에 주소 또는 거소를 가진 자를 주민등록의 대상으로 삼고 있어 생활의 중심지가 아닌 거소를 주민등록지로 할 수 있는 길이 열려 있으므로, 주민등록이 항상 실제 생활의 중심지를 반영하고 있는 것은 아니다. 따라서 다른 지역에 생활의 중심지인 주소를 두면서 입후보 예정인 지역에 부차적으로 거소를 두고 형식적으로 주민등록만을 하는 것이 주민등록법상 금지되어 있다고 보기 어렵고, 이와 같은 경우에는 후보자에게 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것이 주민과의 연대감 내지 일체감을 형성하거나 지역사정을 파악함에 있어서 별다른 실익이 없는 상징적 의미만을 갖고 있다.

물론 기초 지방자치단체 장의 경우에는 지역주민과의 연대감 등이 중요한

의미를 가질 수 있고 지방자치제도가 중앙정치권의 영향력에서 자유로운 독자성을 유지하도록 하는 것도 필요하다고 할 수 있으므로, 주민등록의 등재를 요구하는 것이 입법적 재량의 범위 내에 속하는 것으로서 어느 정도 용인될 수도 있겠지만, 광역 지방자치단체 장의 경우에는 그 소관 사무의 특성 등을 고려할 때 주민등록의 등재를 요구하는 것은 입법목적 달성을 위하여 별다른 실효성이 없이 국민의 공무담임권을 제약하고 있다고 볼 수밖에 없다. 따라서 광역 지방자치단체 장 선거의 경우 사건 법률조항이 일정 기간 주민등록의 등재를 요구하는 것은 입법목적 달성을 위하여 적절한 수단의 선택이라고 보기 어렵다.

### (3) 피해의 최소성

앞서 본 바와 같이 지방자치단체 장 선거의 입후보자에게 일정기간 동안 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 것이 주민등록제도의 실상에 비추어 입법목적의 달성에 별다른 실익이 없는 반면, 같은 이유에서 형식적으로 주민등록을 하는 것이 그다지 어려운 일이 아니어서 공무담임권에 대한 침해가 그다지 심각하지 않다는 주장이 있을 수 있다. 즉, 특정 지방자치단체 장의 선거에 입후보하려는 자는 이 사건 법률조항이 요구하는 바에 맞추어 용이하게 주민등록을 할 수 있는 길이 열려 있고, 그 정도의 불편과 수고 정도는 당해 지방자치단체의 장이라는 임무를 수행하기 위하여 수인하여야 할 범위에 속한다고 볼 수 있으며, 주민등록이 되어 있어야 할 기간의 설정 또한 입법적 형성의 자유의 범위 내에 속한다는 것이다. 이와 같은 점을 고려하면 이 사건 법률조항은 기본권 침해의 중대성이라는 시각에서는 크게 문제되지 않을 수 있음은 사실이다.

그러나 이 사건 법률조항으로 인하여 원천적으로 지방자치단체 장 선거에 입후보할 기회 자체가 상실되는 경우가 있다면 문제를 달리 보아야 한다.

다수의견도 지적하는 바와 같이 이 사건 법률조항에 의하면, 지방자치단체 장의 보궐선거 실시사유가 보궐선거일인 4월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 3월 31일까지 사이에 확정되거나, 10월중 마지막 토요일로부터 60일 이내이면서 9월 30일까지 사이에 확정된 때에는 당해 지방자치단체의 관할구역 내에 주민등록이 되어 있지 않은 사람은 이 사건 법률조항이 요구하는 선거일 현재 계속하여 60일 이상 주민등록이 되어 있어야 한다는 요건을 충족하는 것이 불가능하다. 이 사건 청구인의 경우에도 전라남도지사의 보궐선거실시사유 확정일인 2004. 4. 30.부터 보궐선거일인 2004. 6. 5.까지 사이의

기간이 채 60일이 되지 아니하므로, 보궐선거실시사유가 확정된 후 곧바로 주민등록을 이전하더라도 이 사건 법률조항이 요구하는 60일 이상 주민등록오건을 충족할 수 없어 입후보가 불가능하게 된다. 따라서 입법자로서는 일반적으로는 60일이라는 주민등록기간을 설정하더라도 보궐선거의 경우에는 일정한 예외를 인정함으로써 위와 같이 입후보가 원칙적으로 불가능하게 되는 경우를 방지할 수 있는 조치를 고려하였어야 한다. 이 사건 법률조항이 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자에 대하여는 선거인명부 작성 기준일부터 계속하여 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 족하다는 특례를 인정한 것은 그 좋은 예라고 할 수 있다. 물론 기초 지방자치단체의 장과 같이 지역민과의 유대 및 지역현황의 파악이 그 임무수행에 중요한 역할을 할 수 있고 중앙정치권에 대한 독자성 유지가 중요한 의미를 갖는 경우에는 형식적인 주민등록뿐만 아니라 그 지역에 실제 거주할 것이 요청된다고도 볼 수 있으므로, 이보다 경감된 요건인 주민등록을 흠결한 경우에 입후보를 막는 것이 피해의 최소성에 위배된다고 보기 어렵지만, 광역 지방자치단체의 장의 경우에는 실제 거주 자체가 별다른 의미를 갖고 있다고 보기 어려우므로 주민등록기간을 충족시키지 못하여 선거에 입후보할 수 없다는 것은 침해의 최소성 원칙에 반한다.

이와 같이 보궐선거 등의 경우에 거주요건을 갖추지 못하여 입후보할 수 없게 되는 국민의 기본권 침해에 관하여 다수의견은, 일반 단체장선거에서 입후보가 가능하므로 그로 인한 공무담임권의 제한은 그다지 크지 않다고 보고 있으나, 다음 선거에서 입후보가 가능하다는 이유로 이번 선거에서의 공무담임권 침해가 정당화될 수 있다는 논리전개는 선뜻 납득하기 어렵다. 당해 선거에 있어서는 입후보희망자가 자신의 귀책사유 없이 지방자치단체 장 선거에 입후보가 전적으로 좌절되는 것이어서 기본권 침해의 정도가 크지 않다고 할 수 없다. 더구나 이 사건 법률조항에 의하여 앞으로도 같은 공무담임권의 침해가 반복될 것이 예상됨에도 불구하고 그 침해 정도가 크지 않아 합헌이라고 보는 다수의견에는 동의할 수 없다.

#### (4) 법익의 균형성

앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항으로 인하여 실현하고자 하는 공익이 무엇인가 하는 점 자체가 논란의 대상이 될 수 있지만, 그 입법취지가 공익실현에 있다는 점을 인정한다고 하더라도, 그 실상은 지역주민 정서에의 부응, 애향심 및 그 지역주민과의 일체감과 같은 매우 주관적인 성격을 지닌 가치

가 거론되고 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 실현하고자 하는 공익이라는 것은 그 중요성이 크다고 하기 어렵고, 특히 광역 지방자치단체 장 선거의 경우에는 공익성 자체가 크게 퇴색된다고 할 수 있다.

반면, 이로 인하여 국민이 받게 되는 기본권 제한의 정도는 예정된 통상의 선거일에 맞추어 주민등록을 하면 요건을 충족하게 되는 경우와 같이 공무담임권 침해의 정도가 그다지 심하지 않은 경우로부터 앞서 보궐선거의 경우에서 보는 바와 같이 아무런 귀책사유 없이 입후보 자체가 불가능해 짐으로서 공무담임권 침해의 정도가 심각한 경우와 같이 다양한 형태로 나타날 수 있다. 그 중 전자의 경우에는 어느 정도 기본권 침해와 공익의 실현이 균형을 이루고 있어 입법적 형성 자유의 범위 내에 속한다고 할 수 있겠지만, 후자의 경우에는 실현하고자 하는 공익과 이로 인하여 침해되는 기본권 사이의 불균형이 심각하여 입법자의 입법형성에 그대로 내맡겨 둘 수 없는 위헌성을 지니게 된다고 봄이 상당하다.

따라서 보궐선거의 경우와 같이 입후보희망자가 자신의 귀책사유 없이 이 사건 법률조항에 의한 주민등록기간을 충족시키지 못하여 지방자치단체 장 선거에 입후보 할 수 없게 되는 경우에는, 이 사건 법률조항에 의하여 달성하고자 하는 공익이 제한되는 사익보다 크다고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 법익의 균형성을 갖추지 못하였다.

#### (5) 소결론

그렇다면 이 사건 법률조항이 광역 지방자치단체의 장 선거에 입후보하려는 자에게 보궐선거의 경우에도 60일간의 주민등록 기간을 요구하여 입후보 자체를 불가능하게 하는 것은 우리 헌법이 기본권을 제한하는 입법에 요구하고 있는 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 공무담임권을 침해하고 있다.

#### 다. 평등권 침해 여부

이 사건 법률조항은 지방자치단체 장의 피선거권 자격요건으로 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있을 것을 요구하면서, 그에 대한 예외규정으로 공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지 주민등록이 되어 있으면 족하다고 규정하고 있다.

다수의견은 개인의 주관적인 사정이 아니라 국가의 공적 사무를 수행함으로써 인하여 지방자치단체 장의 피선거권이 완전히 박탈되도록 하는 것은 오히려 공무수행자에 대한 부당한 차별에 해당하므로, 위와 같은 특례를 인정한

것은 이들이 공무수행으로 인하여 불이익을 입지 않도록 하면서 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위한 최소한의 거주요건을 규정한 것이라 할 수 있으므로 합리적 근거 있는 차별이라고 한다.

그러나 외국 파견의 기초가 된 공무의 수행이 법률에 의하여 의무 지워진 것이어서 그 공무를 담당하는 국민이 이 사건 법률조항이 정한 주민등록 요건을 충족시키기 위하여 그 공무를 포기하고 귀국할 수 없는 경우를 제외한다면, 공무의 수행과 지방자치단체의 장 선거에의 입후보 사이에는 사적 업무 수행의 경우와 구별되는 특별한 관계를 찾아보기 어렵다. 따라서 공무의 능률적인 수행이 보다 공공복리에 기여할 수 있음을 근거로 그 수행과정에 대하여 우월적 지위를 부여하는 경우와는 구별할 필요가 있다. 지방자치단체 장 선거에의 입후보를 희망하는 자의 직업 이상의 의미를 찾아보기 어려운, 위와 같은 공무상 외국 파견의 경우에 공무의 수행이 일반적으로 사적 업무의 수행보다 더 중요하다고 말할 수 없음에도 불구하고 이를 여하한 명목으로든 우대한다면 이는 국가우월주의적 사고의 반영이라는 비난을 면하기 어려울 것이다. 그럼에도 불구하고 양자를 차별하여 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 공무를 수행하기 위하여 외국에 파견된 자와 사적 업무의 수행을 위하여 외국에 파견된 자를 합리적인 근거 없이 차별하고 있는 것이다.

따라서 입법자로서는 법률에 의하여 해외 체류가 강제되는 경우에 한정하여 특례를 인정하든지, 해외 체류 기타의 사유로 입후보희망자의 귀책사유 없이 이 사건 법률조항이 요구하는 주민등록 기간의 충족이 불가능한 모든 경우에 특례를 인정함으로써 공무 수행과 사적 업무의 수행 사이에 존재하는 불평등한 취급을 제거하는 입법적 조치를 하였어야 함에도 양자를 합리적 근거 없이 차별하고 있는 이 사건 법률조항은 평등권을 침해하였다.

#### 라. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 청구인의 공무담임권과 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단된다.

다만, 이 사건 법률조항 중 평등권을 침해한 특례 규정 부분(괄호 부분)에 대하여 단순 위헌의 선고를 한다면 평등권을 침해하는 차별적 상황은 제거될 것이지만 청구인의 기본권을 침해하는 상황의 개선에는 아무런 도움이 되지 않고, 오히려 그 특례규정의 효력 상실로 인하여 불합리한 기본권 제한에 대한 예외로서 인정되던 보호조치마저 제거됨으로써 위헌성이 더욱 심화되는 측면이 있다. 그리고 광역 지방자치단체 장의 선거에 입후보하려는 자에게 보

궐선거의 경우에도 60일간의 주민등록 기간을 요구하여 입후보 자체를 불가능하게 하는 부분에 관해서도, 이 사건 법률조항의 적용범위를 한정하고 적절한 주민등록기간을 설정함으로써 위헌성을 제거할 수 있음에도 “계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일 전 60일 후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지)” 부분에 대하여 단순 위헌을 선고한다면, 선거인에 대하여 선거인명부작성기준일 현재 주민등록이 되어 있을 것을 요구하는 공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항과 체계상 모순되어 역시 위헌성이 심화되는 측면이 있다.

따라서 이 사건 법률조항에 대하여는 헌법불합치 결정을 함으로써 이에 내재된 위와 같은 위헌성을 개선입법을 통하여 제거되도록 함이 상당하다고 판단된다.

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

## 정당법 제3조 등 위헌확인

(2004. 12. 16. 2004헌마456 전원재판부)

### 【판시사항】

1. 헌법 제8조 제1항이 정당조직의 자유를 포함한 정당의 자유를 보장하는지 여부(적극)
2. 헌법 제8조 제2항이 가지는 의미
3. 정당법 제3조, 정당법 부칙 제5조, 제7조(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)가 정당의 자유를 제한하는지 여부(적극)
4. 위 제한이 기본권의 본질적 내용을 침해하는지 여부(소극)
5. 위 제한이 비례원칙에 반하는지 여부(소극)

### 【결정요지】

1. 헌법 제8조 제1항이 명시하는 정당설립의 자유는 설립할 정당의 조직형태를 어떠한 내용으로 할 것인가에 관한 정당조직 선택의 자유 및 그와 같이 선택된 조직을 결성할 자유를 포괄하는 '정당조직의 자유'를 포함한다. 정당조직의 자유는 정당설립의 자유에 개념적으로 포괄될 뿐만 아니라 정당조직의 자유가 완전히 배제되거나 임의적으로 제한될 수 있다면 정당설립의 자유가 실질적으로 무의미해지기 때문이다. 또 헌법 제8조 제1항은 정당활동의 자유도 보장하고 있기 때문에 위 조항은 결국 정당설립의 자유, 정당조직의 자유, 정당활동의 자유 등을 포괄하는 정당의 자유를 보장하고 있다.

2. 헌법 제8조 제2항은 헌법 제8조 제1항에 의하여 정당의 자유가 보장됨을 전제로 하여, 그러한 자유를 누리는 정당의 목적·조직·활동이 민주적이어야 한다는 요청, 그리고 그 조직이 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직이어야 한다는 요청을 내용으로 하는 것으로서, 정당에 대하여 정당의 자유의 한계를 부과하는 것임과 동시에 입법자에 대하여 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 부과하고 있다. 그러나 이에 나아가 정당의 자유의 헌법적 근거를 제공하는 근거규범으로서 기능한다고는 할 수 없다.

3. 이 사건 법률조항들은 정당의 조직 중 기존의 지구당과 당연락소를 강제적으로 폐지하고 이후 지구당을 설립하거나 당연락소를 설치하는 것을 금지하고 있으므로 정당조직의 자유와 정당활동의 자유를 포함한 정당의 자유를 제한한다.

4. 이 사건 법률조항들이 정당으로 하여금 그 핵심적인 기능과 임무를 전혀 수행하지 못하도록 하거나 이를 수행하더라도 전혀 비민주적인 과정을 통할 수밖에 없도록 하는 것이라면 정당의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이 되지만, 지구당이나 당연락소(이하 '지구당'이라고만 한다)가 없더라도 이러한 기능과 임무를 수행하는 것이 불가능하지 아니하고 특히 교통, 통신, 대중매체가 발달한 오늘날 지구당의 통로로서의 의미가 상당부분 완화되었기 때문에, 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.

5. 첫째, 이 사건 법률조항들의 입법목적인 '고비용 저효율의 정당구조를 개선함'은 그 정당성을 인정할 수 있고, 둘째, 지구당 폐지는 위 입법 목적을 달성하는데 효과적이고 적절한 수단일 뿐만 아니라, 지구당을 강화할 것인가 여부에 관한 선택은 헌법의 테두리를 벗어나지 않는 한 입법자가 합목적적으로 판단할 당·부당의 문제에 그치고 합헌·위헌의 문제로까지 되는 것은 아니어서 지구당을 폐지한 것에 수단의 적정성이 있는가 하는 것은 상대적으로 완화된 심사기준에 의하여 판단하여야 하므로, 수단의 적정성을 인정할 수 있으며, 셋째, 지구당을 폐지하지 않고서는 문제점을 해결할 수 없다는 한국 정당정치 현실에 대한 입법자의 진단이 타당할 뿐만 아니라 이 사건 법률조항들하에서도 정당활동을 할 수 있는 길이 있으므로 침해의 최소성을 인정할 수 있고, 넷째, 이 사건 법률조항들이 달성하려는 공익과 이로 인하여 침해되는 사익 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기 어려워 법익의 균형성을 인정할 수 있으므로, 비례원칙에 반하지 아니한다.

### 【심판대상조문】

정당법 제3조(구성) 정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당(이하 “시·도당”이라 한다)으로 구성한다.

정당법 부칙 제5조(지구당에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전의 지구당의 당원은 그

지구당이 소재하는 시·도를 관할하는 시·도당의 당원으로 본다.

② 이 법 시행 전의 지구당의 재산의 처분에 대하여는 제41조의 규정을 준용한다.

③ 이 법 시행 전의 제24조의2의 규정에 의한 지구당의 관원서류는 중앙당 또는 시·도당에 인계한다.

정당법 부칙 제7조(지구당 등의 등록말소) 이 법 시행 전의 지구당 및 구·시·군연락소는 이 법 시행일에 그 등록이 말소된다.

### 【참조조문】

헌법 제8조 제1항·제2항

공직선거및선거부정방지법 제89조(유사기관의 설치금지) ① 누구든지 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항·제2항의 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락소 외에는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관·단체·조직 또는 시설을 새로이 설립 또는 설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용할 수 없다. 다만, 정당의 중앙당 및 시·도당의 사무소에 설치되는 각 1개의 선거대책기구 및 정치자금에관한법률에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.

② 정당이나 후보자가 설립·운영하는 기관·단체·조직 또는 시설은 선거일 전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 당해 선거구민을 대상으로 선거에 영향을 미치는 행위를 하거나, 그 기관·단체 또는 시설의 설립이나 활동내용을 선거구민에게 알리기 위하여 정당 또는 후보자의 명이나 그 명의를 유추할 수 있는 방법으로 벽보·현수막·방송·신문·통신·잡지 또는 인쇄물을 이용하거나 기타의 방법으로 선전할 수 없다. 다만, 정치자금에관한법률 제6조의5(우편·통신에 의한 모금) 또는 같은 법 제6조의6(광고에 의한 모금)의 규정에 의한 모금을 위한 광고는 그러하지 아니하다.

### 【참조판례】

1. 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812  
헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 304  
헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 537
2. 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812-813
4. 헌재 2003. 12. 18. 2001헌바91등, 판례집 15-2하, 406, 417
5. 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 32

### 【당 사 자】

청 구 인 1. 민주노동당  
대표자 김○경

2. 김 ○

대리인 법무법인 명인

담당변호사 윤종현 외 2인

**【주 문】**

청구인들의 심판청구를 모두 기각한다.

**【이 유】**

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 민주노동당은 2000. 5. 24. 중앙선거관리위원회에 등록한 정당법상의 정당이고, 청구인 김○은 같은 날 관악구선거관리위원회에 등록한 민주노동당 서울특별시지부 ○○지구당의 위원장이었다.

(2) 그런데 정당법이 2004. 3. 12. 법률 제7190호로 개정되어 공포일인 2004. 3. 12.부터 시행됨에 따라, 정당의 지구당제도가 폐지되고 위 ○○지구당의 등록도 말소되었다.

(3) 위와 같이 지구당제도가 폐지되고 ○○지구당의 등록이 말소된 것은, “정당은 수도에 소재하는 중앙당과 국회의원지역선거구를 단위로 하는 지구당으로 구성한다. 다만, 필요한 경우에는 특별시·광역시·도에 당지부를, 구·시·군에 당연락소를 둘 수 있다.”라고 규정한 위 개정 전의 정당법(이하 ‘구 정당법’이라 한다) 제3조가 “정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당으로 구성한다.”는 내용의 정당법(2004. 3. 12. 법률 제7190호, 이하 ‘정당법’이라고 하면 개정된 위 정당법을 가리킨다) 제3조로 개정되고 이에 관련된 경과규정인 정당법 부칙 제7조가 규정됨에 따른 것이다. 한편 정당법 부칙 제5조는 폐지되는 지구당의 당원, 재산, 관련서류의 처리에 관하여 규정하고 있다.

(4) 이에 청구인들은 정당법 제3조 및 정당법 부칙 제5조, 제7조에 의하여 헌법 제8조 제1항이 보장한 정당설립, 활동의 자유, 같은 조 제2항이 보장한 조직선택과 결성의 자유를 침해당하였다고 주장하면서 2004. 6. 3. 위 각 법률조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

정당 지구당의 폐지와 직접적으로 관련되는 법률조항은 정당법 제3조이고,

정당법 부칙 제5조와 제7조는 이를 직접적으로는 규정하고 있지 아니다. 그러나 정당법 부칙 제7조는 지구당의 폐지를 전제로 기존 지구당의 등록을 말소하는 내용을 규정하고 있고, 정당법 부칙 제5조는 지구당의 폐지를 전제로 기존 지구당의 당원, 재산, 관련서류의 처리에 관하여 규정하고 있다. 따라서 정당법 부칙 제5조, 제7조는 정당법 제3조와 함께 지구당의 폐지를 규정하는 조항이라고 할 수 있다.

또한 가사 정당법 제3조만이 지구당 폐지에 관한 조항이라는 전제에 서더라도 만일 정당법 제3조가 위헌으로 선언된다면 정당법 부칙 제5조, 제7조는 독자적인 의미를 가질 수 없기 때문에 양자는 체계적으로 밀접불가분한 관계에 있어, 이들도 함께 심판의 대상으로 삼는 것이 상당하다.

그러므로 이 사건 심판의 대상은 정당법 제3조, 정당법 부칙 제5조, 제7조(이하 위 각 조문을 ‘이 사건 법률조항들’이라고 한다)의 위헌여부이고, 이 사건 법률조항들의 내용은 다음과 같다.

제3조(구성) 정당은 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당(이하 “시·도당”이라 한다)으로 구성한다.

부칙 제5조(지구당에 관한 경과조치)

① 이 법 시행 전의 지구당의 당원은 그 지구당이 소재하는 시·도를 관할하는 시·도당의 당원으로 본다.

② 이 법 시행 전의 지구당의 재산의 처분에 대하여는 제41조의 규정을 준용한다.

③ 이 법 시행 전의 제24조의2의 규정에 의한 지구당의 관련서류는 중앙당 또는 시·도당에 인계한다.

부칙 제7조(지구당의 등록말소) 이 법 시행 전의 지구당 및 구·시·군연락소는 이 법 시행일에 그 등록이 말소된다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

2004. 3. 12. 법률 제7190호로 정당법을 개정된 것은 2002년 대선자금과 관련하여 불거진 불법정치자금문제로 여론의 비난이 일자 부정부패의 본질적인 원인이 지구당에 있는 것처럼 여론을 호도하여 졸속으로 지구당폐지입법을 한 것으로서 다음과 같이 헌법에 위반되어 청구인들의 정당설립·활동의 자유, 조직선택과 결성의 자유를 침해하였다.

(1) 정당제도의 본질적 내용 침해

헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 규정하고 있는바, 위와 같은 목적을 달성하기 위하여 정당의 조직은 (i) 공직 속의 정당, (ii) 토대에서의 정당, (iii) 중앙당으로서의 정당의 세 가지 구성요소로 이루어져야 한다. 그 중 토대로서의 정당은 상향식 민주주의의 토대가 되는 풀뿌리 당원조직을 보장하는 지구당의 모습으로 나타난다. 그러므로 지구당을 폐지한 것은 정당제도의 본질적 내용을 침해한 것이다.

(2) 과잉금지원칙 위반

지구당을 폐지한 취지는 고비용 저효율의 문제를 개선하기 위한다는 것이다. 그러나 고비용 저효율의 문제는 지구당제도 자체의 문제가 아니라, 그 잘못된 운영에서 야기된 것으로, 진성당원으로 이루어진 청구인 민주노동당의 지구당은 이러한 문제가 전혀 없음에도 위 청구인의 지구당을 폐지하는 것은 과잉침해이다.

오히려 지구당을 폐지하는 경우, 정당존립토대의 상실, 각종 연락소나 사조직 등 지구당을 사실상 대신하는 편법의 횡행, 이제 막 자리잡기 시작한 상향식 공천제도에 대한 역행, 원내 진출에 성공한 지역만을 중심으로 정당활동이 이루어지는 지역편중구도의 심화, 중앙당의 비대화와 사조직의 심화로 또다른 고비용구조 창출 등 더 큰 부작용을 가져올 것이다.

나. 국회의장의 의견

(1) 이 사건 법률조항들은 과잉금지의 원칙을 준수하였다.

(가) 지구당폐지가 곧바로 깨끗한 정치풍토의 조성 과 고비용 저효율의 정당구조의 개선을 가져오는 것은 아니지만, 상시조직으로서의 지구당은 그 운영에 막대한 자금이 소요되었고 선거브로커의 활동창구역할을 해왔다는 점을 고려할 때, 고비용 정치구조의 타파와 정치개혁을 위하여 지구당을 폐지한 것은 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(나) 지구당조직을 유지하는 한, 위와 같은 입법 목적을 달성할 별다른 수단이 없다는 점에서 지구당의 폐지는 위 입법 목적을 달성하기 위한 수단으로서 효과적이고 적절한 수단이므로, 이 사건 법률조항들은 수단의 상당성을 갖추었다.

(다) 지구당이 폐지되더라도 공직선거및선거부정방지법 제61조의2가 선거전후에 걸쳐 정당선거사무소를 설치할 수 있도록 하고 있으므로 이 사건 법률조항들은 침해의 최소성이 인정된다.

(라) 전통적인 대의제 민주주의가 참여민주주의로의 방향으로 전환하는 데 있어 지구당이 일정한 역할을 하는 것은 사실이지만, 각종 매체, 인터넷, 시·도당에 대한 의견개진 등 다른 통로를 통하여서도 얼마든지 정치적 의사를 형성하고 전달할 수 있고, 오히려 지구당을 폐지함으로써 더 나은 방향으로의 참여민주주의를 달성할 수 있으므로, 정당활동의 자유를 제한함으로써 오는 사적인 불이익보다 위 입법목적의 달성을 통한 공익이 더 크다.

(2) 지구당이 폐지되더라도 정당활동의 자유가 유명무실해지거나 침해되었다고 할 수 없으므로 기본권의 본질적인 내용이 침해되었다고 볼 수 없다.

### 3. 판 단

#### 가. 이 사건 법률조항들의 의미

구 정당법 제3조는 정당을 수도에 소재하는 중앙당과 국회의원지역선거구를 단위로 하는 지구당으로 구성하도록 함으로써 중앙당과 지구당을 필수적인 조직으로 요구하면서 특별시·광역시·도에 두는 당지부와 구·시·군에 두는 당연락소는 임의적인 조직으로 허용하였다. 이에 비하여 개정된 정당법 제3조는 정당을 수도에 소재하는 중앙당과 특별시·광역시·도에 각각 소재하는 시·도당으로 구성하도록 함으로써 중앙당과 시·도당(종전의 당지부에 대응한다)을 필수적인 조직으로 요구하면서도 그 하부조직인 지구당과 당연락소에 관하여는 명시적 규정을 두고 있지 아니하다.

정당법 제3조가 지구당과 당연락소에 관하여 명시적 규정을 두고 있지 아니한 것은 지구당과 당연락소를 임의적인 조직으로 하여 그 설치여부를 정당의 자율에 맡긴다는 취지가 아니라, 기존의 조직을 폐지하고 이후 그 설립을 금지한다는 취지로 해석된다. 이는 (i) 개정된 정당법의 시행으로 종전 지구당의 당원은 별다른 조치 없이 당연히 시·도당의 당원으로 되고(정당법 부칙 제5조 제1항), 그 재산은 정당해산의 경우에 준하여 처분되며(같은 조 제2항), 당원명부 등 지구당의 관련서류는 중앙당 또는 시·도당에 인계됨으로써(같은 조 제3항), 기존의 지구당은 그 물적·인적 요소가 해체된다는 점, (ii) 더구나 기존 지구당과 구·시·군연락소는 개정된 정당법의 시행일에 등록 자체가 말소되어(정당법 부칙 제7조) 더 이상 법적으로도 존재하지 않게 된다는 점, (iii) 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제89조가 명칭 여하를 불문하고 원칙적으로 유사선거운동기구를 설치하지 못하도록 하고 있다는 점, (iv) 정당법 개정에 관련된 국회 정치개혁특별위원회 및 같은 위원회의 정당법소위원회, 그리고 국회 본회의 회의록에 나타난 정당

법개정의 취지 등에 비추어 볼 때 넉넉히 인정할 수 있는 해석이다.

요컨대, 이 사건 법률조항들은 기존의 지구당과 당연락소를 강제적으로 폐지하고 이후 지구당을 설립하거나 당연락소를 설치하는 것을 금지함을 내용으로 하고 있다.

나. 이 사건 법률조항들이 정당의 자유를 제한하는지 여부

(1) 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”고 규정하여 국민 누구나가 원칙적으로 국가의 간섭을 받지 아니하고 정당을 설립할 권리를 국민의 기본권으로 보장하면서 아울러 그 당연한 법적 산물인 복수정당제를 제도적으로 보장하고 있다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812 참조).

헌법 제8조 제1항이 명시하는 정당설립의 자유는 설립할 정당의 조직형태를 어떠한 내용으로 할 것인가에 관한 정당조직 선택의 자유 및 그와 같이 선택된 조직을 결성할 자유(이하 이를 포괄하여 ‘정당조직의 자유’라 한다)를 포함한다. 정당조직의 자유는 정당설립의 자유에 개념적으로 포괄될 뿐만 아니라, 정당조직의 자유가 완전히 배제되거나 임의적으로 제한될 수 있다면, 정당설립의 자유가 실질적으로 무의미해지기 때문이다.

또한 헌법 제8조 제1항은 정당활동의 자유도 보장한다. 정당의 설립만이 보장될 뿐 설립된 정당이 언제든지 다시 금지될 수 있거나 정당활동이 임의로 제한될 수 있다면, 정당설립의 자유는 사실상 아무런 의미가 없기 때문이다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812; 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 304; 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 537 참조).

이와 같이 헌법 제8조 제1항은 정당설립의 자유, 정당조직의 자유, 정당활동의 자유 등을 포괄하는 정당의 자유를 보장하고 있다.

이러한 정당의 자유는 국민이 개인적으로 갖는 기본권일 뿐만 아니라, 단체로서의 정당이 가지는 기본권이기도 하다. 따라서 개인인 국민으로서 청구인 김용이 정당의 자유를 가지고 있음은 물론, 청구인 민주노동당도 단체로서 정당의 자유를 가지고 있다.

(2) 청구인들은 정당조직의 자유가 헌법 제8조 제2항에 의하여 인정된다는 주장을 하므로 이에 관하여 본다.

헌법 제8조 제2항은 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 규정

하고 있다. 이 규정은 헌법 제8조 제1항에 의하여 정당의 자유가 보장됨을 전제로 하여, 그러한 자유를 누리는 정당의 목적·조직·활동이 민주적이어야 한다는 요청, 그리고 그 조직이 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직이어야 한다는 요청을 내용으로 하는 것으로서 정당에 대하여 정당의 자유의 한계를 부과한 것이다. 또 이 규정은 정당의 핵심적 기능과 임무를 '국민의 정치적 의사형성에 참여'하는 것으로 선언하면서 동시에 위 기능과 임무를 민주적인 내부질서를 통하여 수행할 수 있도록 그에 필요한 입법을 해야 할 의무를 입법자에게 부과하고 있다(헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812-813 참조).

그러나 이에 나아가 헌법 제8조 제2항이 정당조직의 자유를 직접적으로 규정한 것이라고 보기는 어렵다. 앞에서 본 바와 같이 정당조직의 자유는 헌법 제8조 제1항이 보장하는 정당의 자유에 포괄되어 있어 이 규정에 의하여 이미 보장되는 것이기 때문이다. 헌법 제8조 제2항이 정당조직의 자유와 밀접한 관계를 가지고 있는 것은 사실이나, 이는 오히려 그 자유에 대한 한계를 긋는 기능을 하는 것이고, 그러한 한도에서 정당의 자유의 구체적인 내용을 제시한다고는 할 수 있으나, 정당의 자유의 헌법적 근거를 제공하는 근거규범으로서 기능한다고는 할 수 없다.

다만, 그렇다고 하여 청구인들이 주장하는 정당조직의 자유가 부정되는 것은 아니고 헌법 제8조 제1항에 의하여 인정될 수 있음은 위에서 본 바와 같으므로 정당조직의 자유도 헌법상 보장되는 기본권임을 전제로 이 사건 심판청구에 대하여 판단한다.

(3) 앞서 (1)에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들은 정당의 조직 중 기존의 지구당과 당연락소를 강제적으로 폐지하고 이후 지구당을 설립하거나 당연락소를 설치하는 것을 금지하고 있다.

이로써 정당은 중앙당-시·도당-지구당-당연락소로 이루어지는 정당조직 중 상부조직인 중앙당과 시·도당만 설립할 수 있을 뿐 하부조직인 지구당과 당연락소는 가질 수 없게 되었고, 정당을 설립하려는 국민 개인들도 이러한 조직을 할 수 없게 되었다. 이에 따라 정당조직의 자유가 제한을 받게 되었다.

한편, 하부조직인 지구당과 당연락소의 설치가 금지됨에 따라 정당 및 정당조직원들은 이러한 하부조직을 통한 정당활동을 할 수 없게 됨으로써 정당활동의 자유를 제한받게 되었다.

그러므로 이 사건 법률조항은 정당조직의 자유와 정당활동의 자유를 포함한 청구인들의 정당의 자유를 제한하고 있다.

다. 본질적 내용의 침해인지 여부

헌법 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 하고 있으므로, 이 사건 법률조항에 의한 정당자유 제한이 본질적 내용을 침해하는 것인지에 관하여 본다.

기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미하게 되는 기본권의 근본요소를 의미한다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌바 91등, 판례집 15-2하, 406, 417). 앞에서 본 바와 같이 우리 헌법은 정당의 핵심적 기능과 임무를 ‘국민의 정치적 의사형성에의 참여’로 설정하고 있고, 이러한 정치적 의사형성은 민주적인 과정을 통하여 이루어질 것을 요구하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항들이 정당으로 하여금 위와 같은 핵심적인 기능과 임무를 전혀 수행하지 못하도록 하거나 이를 수행하더라도 전혀 비민주적인 과정을 통할 수밖에 없도록 하는 것이라면, 이는 정당의 자유 그 자체를 무의미하게 하고 이를 형해화하는 것으로서 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이 된다.

정당의 핵심적 기능이 국민의 의사형성에 참여하는 것인 까닭에, 정당이 국민들에게 가까이 다가가면 갈수록 그 기능은 원활히 수행될 것이고, 또한 국민들이나 평당원의 의사를 잘 반영하면 할수록 정당조직과 활동의 민주성은 고양될 것이다. 이러한 측면에서 본다면, 지구당이나 당연락소(이하 원칙적으로 지구당과 당연락소를 포괄하여 ‘지구당’이라고만 한다)는 정당의 핵심적 기능을 민주적으로 수행하는 데 매우 효과적인 존재라 아니할 수 없다.

그러나 (i) 지구당을 금지하고 있지 않은 나라에서 지구당이 모든 선거구에 설립되어 있지 않음에도 불구하고 정당이 그 기능을 충실히 수행하고 있는 사례를 흔히 발견할 수 있다는 점, (ii) 지구당이 선거기간 동안 활발하게 활동하다가 선거가 끝난 후에는 그 활동이 약화되거나 미미하고 경우에 따라서는 거의 운영되지 않고 있는 것이 많은 나라들의 운영실태이지만, 정당은 의연하게 그 기능을 하며 존재하고 있다는 점, (iii) 특히 오늘날과 같이 교통과 통신(특히, 인터넷) 및 대중매체가 발달한 상황에서는 지구당이 국민과 정당을 잇는 통로로서 가지는 기능 및 의미가 상당부분 완화되었다는 점 등을 고려할 때, 지구당이 없다고 하더라도 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하여 핵심적 기능과 임무를 수행할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항들이 지구

당의 설립을 금지하더라도 이를 들어 정당의 자유의 본질적 내용을 침해한다고는 할 수 없다.

라. 과잉제한인지 여부

이 사건 법률조항들에 의한 청구인들의 기본권제한이 비례원칙에 위반되는지 여부에 관하여 본다.

(1) 목적의 정당성

이 사건 법률조항들은 ‘고비용 저효율의 정당구조를 개선함’을 그 입법목적으로 하고 있다. 이 사건 법률조항들이 입법될 당시 우리나라 정당구조에 대한 가장 중요한 비판 중의 하나가 비용은 많이 들면서도 효율은 낮고 한편, 막대한 비용의 소요는 정치부패의 원인이 되기도 하였다는 점에 있었다.

이러한 고비용 저효율의 정당구조는 바람직한 정당정치에 대한 장애가 되므로 이를 해소하고자 하는 입법목적은 그 정당성을 인정할 수 있다.

(2) 수단의 적정성

지구당제도를 가지고 있는 나라가 모두 고비용 저효율의 문제점을 드러내고 있지는 않은 점에 비추어 보면, 고비용 저효율의 문제가 지구당의 존재로부터 필연적으로 파생하는 문제라고 단언할 수는 없다. 오히려 한국정치의 고비용 저효율의 문제는 지구당이 아닌 다른 요소 즉, 한국정치의 구조적인 압습과 관행에서 비롯되는 것으로서 지구당제도 자체의 문제는 아니라는 진단도 전혀 설득력이 없는 것이 아니다.

그러나 (i) 상시조직으로서의 지구당은 그 운영에 막대한 자금이 소요되어 왔는데, 이를 폐지한다면 적어도 그로 인한 자금은 소요되지 아니한다는 점, (ii) 지구당은 선거브로커의 활동창구역할을 할 위험에 노출되어 있어 이를 통하여 합법을 가장한 불법적인 자금유통이 이루어질 가능성이 높는데, 지구당을 폐지한다면, 이러한 가능성을 원천적으로 봉쇄할 수 있다는 점, (iii) 지구당이 폐지된다면, 이를 대신하는 음성적인 사조직이 심화되어 또다른 고비용구조를 창출할 위험은 내포되어 있지만, 이러한 조직은 대부분 불법조직으로서 허용되지 아니할 것이고, 또 그로 인한 비용이 지구당으로 인한 비용을 능가하리라고 단정할 수 없다는 점 등을 고려할 때, 앞에서 본 입법목적을 위하여 지구당을 폐지하는 것은 효과적이고 적절한 수단이라고 할 수 있어 수단의 적정성도 인정할 수 있다.

이와 관련하여 청구인은 지구당을 폐지하는 경우 정당존립토대의 상실, 상향식 공천제도에의 역행, 지역편중구도의 심화 등 부작용이 있다는 주장을 하

므로 이에 관하여 본다.

지구당이 정당조직에서 갖는 의미는 어떠한 시각에서 정당을 이해하는가 하는 것과 밀접한 관련이 있다. 대중조직적 정당모델을 이상적인 정당형태로 보는 입장에서는, (i) 지구당 중심으로 정당을 운영하여 지구당의 자율권을 보장하고 지구당에 공직후보 선출권을 부여하며, (ii) 자발적 당원을 확보하고 당원의 당비납부를 제도화하며 자원봉사자를 확보하는 방향의 정당조직을 바람직한 것으로 본다. 한편, 포괄적 선거전문가 정당모델을 이상적인 정당형태로 보는 입장에서는, (i) 지구당은 고비용 정치의 주범이므로 이를 폐지하고 대신 선거를 중심으로 한 후보자 사무실을 개설하며, (ii) 평시에는 축소하여 최소한으로 운영하다가 선거시에 선거조직으로 전환하고, (iii) 공천기능을 수행할 비상설협의체를 설치하는 방향의 정당조직을 바람직한 것으로 본다.

그러므로 지구당을 강화할 것인가의 여부에 관한 선택은 법적인 문제라기 보다는 헌법의 테두리 안에서 입법자가 합목적적으로 판단할 문제로서 헌법의 테두리를 벗어나지 않는 한 그 선택의 재량을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 가사 지구당을 폐지함으로써 일부 바람직하지 않은 결과가 파생된다 하더라도 그것이 헌법의 테두리를 벗어나지 않는 한, 이는 당·부당의 문제에 그치고 합헌·위헌의 문제로까지 되는 것은 아니므로, 그 구체적인 선택의 당부를 엄격하게 판단하여 위헌여부를 가릴 일은 아니다. 결국 지구당을 폐지한 것에 수단의 적정성이 있는가 하는 것을 판단함에 있어서는 상대적으로 완화된 심사기준에 의하여 판단하여야 한다. 이러한 관점에서 볼 때, 이 사건 법률조항들에 대하여 그 수단의 적정성은 보다 쉽게 인정될 수 있다.

### (3) 침해의 최소화

고비용 저효율의 정당구조를 개선한다는 입법목적을 위하여 지구당을 전면적으로 폐지하는 방법보다 정당의 자유를 적게 제한하는 다른 대체수단이 존재한다면, 최소한의 침해라고 할 수 없어 과잉된 제한이 된다.

그러한 완화된 대체수단으로 지구당의 구조조정을 통한 경량화, 운영방식의 개선, 자금의 투명성의 확보 등을 생각할 수 있다. 그러나 한국 정당정치 현실을 볼 때, 고비용 저효율의 병폐는 지구당이라는 정당조직에 너무나 뿌리 깊게 고착되어 양자를 분리할 수 없을 정도의 구조적인 문제로 되어 버렸기 때문에 지구당을 폐지하지 않고 위와 같은 보다 완화된 방법만을 채용하여서는 이러한 문제점을 해결할 수 없다는 것이 이 사건 법률조항을 입법할 당시의 한국 정당정치 현실에 대한 입법자의 진단이고, 이러한 진단은

그 타당성을 인정할 수 있다. 그러므로 한국 정당정치 상황이 변화되어 보다 완화된 방법으로도 이 사건 법률조항이 이루고자 하는 입법목적 달성할 수 있게 되기 전까지는, 이 사건 법률조항들에 침해의 최소성이 있다고 인정할 수 있다.

더구나 이 사건 법률조항들에 의하더라도, (i) 종전에 지구당에 소속되었던 당원들은 시·도당의 구성원으로서 정당활동을 계속할 수 있을 뿐만 아니라, (ii) 교통수단, 인터넷 등 통신수단, 대중매체 등이 고도로 발달된 오늘날 지구당의 부재로 인한 활동의 위축을 최소화할 방법이 널리 열려 있고, (iii) 이 사건 법률조항들과 같은 날 공포·시행된 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호) 제61조, 제61조의2에 따라 선거기간 동안에는 선거운동기구와 정당선거사무소를 설치할 수 있어, 적어도 이 기간 동안에는 종래 지구당이 수행하던 기능을 하는 조직을 가질 수 있으므로, 이 사건 법률조항들에 의한 정당자유 제한을 상당한 정도 완화하고 있다. 침해의 최소성은 이 점에서도 인정될 수 있다.

#### (4) 법익의 균형성

이 사건 법률조항들이 지구당을 폐지함으로써 달성하려고 하는 공익은 고비용 저효율의 정당구조를 개선하고자 하는 것이고, 이로 인하여 침해되는 사익은 청구인들의 정당의 자유이다.

정당의 자유는 민주정치의 전제인 자유롭고 공개적인 정치적 의사형성을 가능하게 하는 것이므로 그 자유가 최대한 보장되어야 함은 물론이지만, 한편, 정당은 그 자유로운 지위와 함께 ‘공공(公共)의 지위’를 함께 가지므로(헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 15-2하, 17, 32 참조) 바람직한 정당제도의 실현이라는 공익을 위하여 일정한 제한을 받게 되고 경우에 따라서는 다른 단체에게는 부과되지 아니하는 의무가 정당에게 부과되기도 한다.

이러한 관점에서 이 사건 법률조항들에 관련된 앞에서 본 공익과 사익을 비교하여 보건대, 양자 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기는 어렵다.

#### (5) 소 결

그러므로 이 사건 법률조항들은 청구인들이 가지는 정당의 자유를 과잉되게 침해한다고 할 수 없어 비례원칙에 반하지 아니한다.

#### 4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항들에는 청구인들이 주장하는 위헌사유가 없고, 달리 헌법에 위반된다고 볼 사유도 발견되지 아니하여, 청구인들이 이 사건 법

를조항들로 인하여 그 기본권을 침해당하였다고 할 수 없으므로 청구인들의 이 사건 심판청구를 모두 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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