

목 차

이 곳에 게재된 판시사항, 결정요지, 심판대상조문, 참조조문 및 참조판례 등은 독자의 편의를 위하여 작성한 것으로서 헌법재판소 결정 원문의 일부가 아님을 밝힙니다. 【판례편찬과】

(판례집 9-1, 611 헌법재판소판례집 제9권1집 611쪽)
 (판례집 9-1, 90, 96~98 헌법재판소판례집 제9권1집 90쪽
 부터 시작되는 판례의 96~98쪽)
 (공보 23, 602 헌법재판소공보 제23호 602쪽)

제17권1집

판례목록

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	판 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2005. 2. 3. 2001헌가9·10 · 11·12·13· 14·15, 2004헌가5(병합) 민법 제781조 제 1항 본문 후단 부 분 위헌제청 등 (전원재판부)	1. 위헌제청되지 않은 법 률조항을 심판대상에 포함시킨 사례 2. 헌법과 전통의 관계 3. 호주제가 헌법에 위반 되는지 여부(적극) 4. 위헌결정으로 초래되 는 다른 법제도의 공 백을 이유로 헌법불합 치결정을 한 사례	헌법 제9조, 제 36조 제1항, 민법 (2005. 3. 31. 법률 제 7427호로 개정되기 전 의 것) 제778조, 제 779조, 제781조 제 1항 본문 후단, 제 784조, 제785조, 제 787조, 제788조, 제 789조, 제826조 제 3항 본문, 제980조, 제984조, 제991조, 호적법 제8조	헌법 불합 치 (반대, 별개 의견 있음)	1
2005. 2. 3. 2004헌가8	외국비디오물을 수입 할 경우에 반드시 영상물	헌법 제21조, 구 음반·비디오물	위헌 (합헌)	51

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
<p>구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률 제16조 제1항 등 위헌제청 (전원재판부)</p>	<p>등급위원회로부터 수입추천을 받도록 규정하고 있는 구 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되기 전의 것) 제16조 제1항 등이 사전검열에 해당하는지 여부 (적극)</p>	<p>및 게임물에 관한 법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되기 전의 것) 제16조 제1항 본문 중 외국비디오물에 관한 부분·제5항, 제24조 제3항 제2호, 제29조 제1항 제4호 중 제16조 제1항의 외국비디오물의 수입 부분, 제30조 제5호 중 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물을 유통 또는 보관한 자 부분, 공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제17조 내지 제24조</p>	<p>의견 있음)</p>	
<p>2005. 2. 3. 2003헌바1 형사소송법 제221조의3 제1항 등 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 치료감호기간의 상한을 정하지 아니한 사회보호법 제9조 제2항(이하 '이 사건 법률조항'이라고 부른다)이 과잉금지의 원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극) 2. 법관 아닌 사회보호위원회가 치료감호의 중</p>	<p>헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제9조 제2항, 제25조 제2항, 제28조, 제32조 제1항·제2항, 제33조 제2항, 제34조 제1항·제2</p>	<p>합헌, 각하 (반대의견 있음)</p>	<p>70</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>료여부를 결정하도록 한 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항에서 “피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어”라고 규정한 부분이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)</p>	<p>항, 제35조의2 제1항, 형사소송법(1980. 12. 18. 법률 제3282호로 개정된 것) 제221조의3, 제172조 제1항</p>		
<p>2005. 2. 3. 2004헌바10 사회복지사업법 제23조 제2항 등 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 사회복지법인의 재산을 보건복지부령이 정하는 바에 따라 기본재산과 보통재산으로 구분하도록 규정한 사회복지사업법 제23조 제2항의 규정내용 중 기본재산과 보통재산의 의미가 불명확하여 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>2. 사회복지사업법 제23조 제2항이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>3. 사회복지법인의 기본재산을 처분함에 있어 보건복지부장관의 허</p>	<p>헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조, 제34조, 제37조 제2항, 제75조, 헌법재판소법 제68조 제2항, 사회복지사업법 제1조, 제2조, 제4조 제1항, 제23조 제1항·제2항·제3항 제1호, 제42조, 제48조</p>	<p>합헌</p>	<p>97</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>가를 받도록 규정한 사회복지사업법 제23조 제3항 제1호와 사회복지법인의 운영자유, 재산권과의 관계</p> <p>4. 사회복지사업법 제23조 제3항 제1호가 입법형성의 한계를 일탈하거나 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반되는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 2. 3. 2003헌마359 자원의절약과재활용촉진에관한법률 제9조 제1항 제2호 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 합성수지재질의 포장재에 대한 제한을 규정하고 있는 자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것, 이하 ‘법률’이라 한다) 제9조 제1항 제2호, 동법시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정된 것) 제7조 제3항 제4호 및 제품의포장재질·포장방법에관한기준등에관한규칙(2003. 4. 3. 환경부령 제137호로 전문개정된 것) 제8조 제1항, [별표 3] 1.라.(이하 ‘이 사건 법규들’이라 한다)가 직업선택의 자유 제한에 있어 과잉</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제75조, 제95조, 자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제1조, 제9조, 제10조, 제12조, 제16조, 제19조, 자원의절약과재활용촉진에관한법률시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정된 것) 제7조 제3항 제4호, 제품의포장재질·포장방법에관한기준등에관한규칙(2003. 4. 3.</p>	<p>기각</p>	<p>116</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>금지의 원칙에 어긋나는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법규들이 평등의 원칙에 어긋나는지 여부(소극)</p> <p>3. 위 법률 제9조 제1항이 위임입법에 있어 위임기준의 명확성과 예측가능성에 어긋나는지 여부(소극)</p>	<p>환경부령 제137호로 전문개정된 것) 제8조 제1항, [별표 3] 1.라.</p>		
<p>2005. 2. 3. 2003헌마544 · 603(병합) 대기환경보전법 시행규칙 제8조 제1호 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 휘발유에 첨가하는 물질인 엘피파워와 세녹스의 제조자인 청구인들의 어떠한 기본권을 제한하는지에 대한 주장이 없는 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호에 대한 청구가 적법한지 여부(소극)</p> <p>2. 대기환경보전법시행규칙 제8조 제1호 본문 중 “1% 미만” 부분(이하 ‘비율조항’이라 한다)이 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인들의 영업의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것 및 이러한 제한규정을 신</p>	<p>대기환경보전법 시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 개정된 것) 제8조 제1호 본문 중 ‘1퍼센트 미만’ 부분· 제2호, 제103조 제1항, 제104조 제1항, [별표 30] 제2호 라목 본문 중 ‘제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다.’는 부분, 대기환경보전법(2002. 12. 26. 법률 제 6826호로 일부 개정된 것) 제1조, 제2조 제12호, 제41조, 제55조 제4호, 석유사업법(2002. 1. 26. 법</p>	<p>각하, 기각</p>	<p>133</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>설하면서 경과규정을 두지 아니한 것이 청구인들의 신뢰에 반하여 청구인들의 영업의 자유를 침해하는 것인지 여부(소극)</p> <p>4. 대기환경보전법시행규칙 [별표 30] 제2호 라목 본문 중 ‘제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다.’는 부분(이하 ‘용기조항’이라 한다)이 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>5. 이 비율조항 및 용기조항(이하 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 청구인들과 같은 첨가제 제조업자를 석유정제업자 또는 석유수출입업자와 달리 취급하고 있다는 점에서 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>6. 이 비율조항이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>를 제6627호로 개정된 것) 제26조, 제33조 제3호, 석유사업법시행령(2003. 6. 30. 대통령령 제18038호로 개정된 것) 제30조</p>		

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	7. 이 사건 조항들이 모 법의 위임범위를 일탈 하여 헌법 제37조 제2 항의 기본권 제한의 범 률유보의 원칙 및 헌법 제95조에 위반되는지 여부(소극)			
2005. 2. 3. 2003헌마930 음반·비디오물 및게임물에 관한 법률 제27조 제2 항 등 위헌확인 (전원재판부)	1. 일반게임장업에서 18 세이용가 게임물의 설 치비용을 제한함으로 써 결과적으로 전체이 용가 게임물의 설치를 일정비율 강제하고 있 는 음반·비디오물및 게임물에 관한법률(200 1. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이 라 한다) 제27조 제2항 및 전체이용가 게임물 과 18세이용가 게임물 을 구분하여 비치·관 리하고, 18세이용가 게 임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지표 시를 하도록 규정한 법 제32조 제4호가 게임 장업자의 직업수행의 자유를 침해하는지 여 부(소극) 2. 법 제27조 제2항이 일 반게임장의 영업장 및 그 시설물에 대한 게임	음반·비디오 물및 게임물 에 관 한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문 개정된 것) 제27조 제2항, 제32조 제4 호, 음반·비디오 물및게임물에 관한 법률시행령(2001. 10. 20. 대통령령 제 17395호로 전문개정 된 것) 제10조	기각	167

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>장업자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>3. 법 제27조 제2항이 일반게임장에 출입하는 청소년으로 하여금 18세이용가 게임물을 이용하도록 방지·조장함으로써 청소년보호의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 2. 3. 2004헌마216 공직선거및선거부정방지법 제33조 제1항 제2호 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 국회의원선거의 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제33조 제1항 제2호가 청구인의 정치적 기본권을 침해하거나 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 후원회 지정권자를 공직선거법 제60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자로 한정하고 있는 정치자금에 관한 법률(이하 ‘정치자금법’이라 한다) 제5조 제1항 제4호가 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제10조, 제12조, 제27조, 공직선거 및 선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제33조 제1항 제2호, 정치자금에 관한 법률(2004. 3. 12. 법률 7191호로 개정된 것) 제5조 제1항 제4호, 행정법 제18조, 제18조의2</p>	<p>기각</p>	<p>184</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2005. 2. 24. 2001헌바71 주택건설촉진법 제3조 제8호 등 위헌소원 (전원재판부)	1. 경제적 활동을 규제하 는 경제사회적 입법사 항에 대한 위헌심사기 준 2. 전기간선시설의 설치 비용을 설치방법에 상 관 없이 그 설치의무자 에게 부담시키는 주택 건설촉진법 제36조 제 3항이 설치의무자의 기 업경영의 자유나 재산 권 등 기본권을 침해하 는지 여부(소극) 3. 전기간선시설의 구체 적인 설치범위를 대통 령령에 위임한 주택건 설촉진법 제36조 제4 항이 포괄위임입법금지 원칙에 위배되는지 여 부(소극) 4. 재판관 5인이 위헌의 견으로 다수이기는 하 지만 위헌정족수를 채 우지 못하여 합헌결정 을 한 사례	헌법 제10조, 제 15조, 제23조, 제 35조 제3항, 제37 조 제2항, 제75조, 택지개발촉진법 (1980. 12. 31. 법률 제 3315호로 제정된 것) 제14조 제1항에 의 하여 준용되는 주 택건설촉진법 제36 조 제3항(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개 정된 것) 제1문 및 제4항(1981. 4. 7. 법 률 제3420호로 개정된 것) 중 전기간선시 설에 관계된 부분, 기업활동규제완 화에 관한 특별조 치법 제24조 제2 항, 전기사업법 제 14조, 제15조, 제 47조, 집단에너지 사업법 제18조 제 1항	합헌 (위헌 의견 있음)	196
2005. 2. 24. 2003헌바72 지방세법 제288 조 제1항 등 위헌 소원 (전원재판부)	1. 조세감면 대상 설정에 관한 헌법적 요청 2. 장학단체가 그 고유업 무에 직접 사용하는 부 동산 중 임대용 부동산 을 재산세·도시계획	헌법 제11조 제 1항, 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호 로 개정된 것) 제288 조 제1항·제2항 본문 가운데 장학	합헌	228

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	세 및 공동시설세의 면제대상에서 제외한 지방세법 제288조 제2항 본문이 헌법에 위반되는지 여부(소극)	단체가 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산 중 임대용 부동산을 재산세·도시계획세 및 공동시설세의 면제대상에서 제외한 부분, 구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제290조 제1항 제18호,		
2005. 2. 24. 2004헌바26 소득세법 제81조 제1항 위헌소원 (전원재판부)	1. 가산세제도에 대한 헌법적 요청 2. 종합소득과세표준의 과소신고에 대하여 20%의 가산세를 부과하도록 규정한 소득세법 제81조 제1항 본문이 헌법에 위반되는지 여부(소극)	헌법 제37조 제2항, 소득세법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 것) 제70조, 제81조 제1항 본문 중 “거주자가 제70조의 규정에 의하여 신고하여야 할 소득금액에 미달하게 신고한 때에는 신고하여야 할 금액에 미달한 당해 소득금액이 종합소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 20에 상당하는 금액	합헌	242

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
		을 결정세액에 가산한다” 부분		
<p>2005. 2. 24. 2003헌마31, 2004헌마695(병합) 국민건강보험법 제49조 제4호 위헌확인 (전원재판부)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 교도소에 수용된 때에는 국민건강보험급여를 정지하도록 한 국민건강보험법 제49조 제4호가 수용자의 건강권, 인간의 존엄성, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극) 2. 위 조항이 미결수용자에게 있어서 무죄추정의 원칙에 위배되는지 여부(소극) 3. 위 조항이 수용자의 재산권을 침해할 수 있는지 여부(소극) 4. 위 조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극) 	<p>국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제49조 제4호, 제66조, 행정법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것) 제26조, 제28조</p>	기각	254
<p>2005. 2. 24. 2003헌마289 행정법시행령 제145조 제2항 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 교도소 내 규율 위반을 이유로 조사수용된 수형자에 대하여 교도소장이 조사기간 중 집필을 금지할 수 있도록 한 구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항 본문 중 “집필” 부분에 대한 헌법소원 	<p>헌법 제10조, 제37조 제2항, 제75조, 행정법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16579호로 개정된 것) 제145조 제2항, 구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항,</p>	위헌, 각하 (반대의견 있음)	261

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>이 직접성을 구비하고 있는지 여부(소극)</p> <p>2. 행정법상 징벌의 일종인 금지처분을 받은 자에 대하여 금지기간 중 집필을 전면 금지한 행정법시행령 제145조 제2항 본문 중 “집필” 부분이 법률유보의 원칙에 위반되는지 여부(적극)</p> <p>3. 위 행정법시행령 제145조 제2항 본문 중 “집필” 부분이 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부(적극)</p>	<p>행정법 제1조, 제2조, 제3조, 제33조의3, 제45조, 제46조</p>		
<p>2005. 2. 24. 2004헌마442 주권상장폐지확정결정취소 (전원재판부)</p>	<p>1. 한국증권거래소의 법적 지위</p> <p>2. 한국증권거래소의 상장법인인 청구인회사에 대한 상장폐지확정결정이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되는지 여부(소극)</p>	<p>헌법재판소법 제68조 제1항 본문, 구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되고 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제71조, 제73조, 제75조, 제76조의2, 제76조의3, 제76조의4 제1항, 제78조, 제85조 제1항, 제88조, 제206조의7</p>	<p>각하</p>	<p>284</p>
<p>2005. 3. 31. 2003헌가20 구 학교용지확보</p>	<p>1. 학교용지확보를 위하여 공동주택 수분양자들에게 학교용지부담</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제31조 제2항·제3항, 제37조</p>	<p>위헌</p>	<p>294</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
<p>에관한특례법 제2조 제2호 등 위헌제청 (전원재판부)</p>	<p>금을 부과할 수 있도록 하고 있는 구 학교용지 확보에관한특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되고 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호, 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서…… 공동주택을 분양 받은 자에게 학교용지 확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 의무교육의 무상원칙에 반하는지 여부(적극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부(적극)</p>	<p>제2항, 구 학교용지 확보에관한특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되고 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서…… 공동주택을 분양받은 자에게 학교용지 확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다는 부분, 부담금관리기본법 제2조</p>		
<p>2005. 3. 31. 2004헌가27, 2005헌바8(병합) 형사소송법 제457조의2 위헌제청 등 (전원재판부)</p>	<p>1. 약식절차에서 피고인이 정식재판을 청구한 경우 약식명령보다 더 중한 형을 선고할 수 없도록 한 형사소송법 제457조의2(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해</p>	<p>헌법 제27조, 제103조, 형사소송법 제448조, 제450조, 제453조, 제457조의2, 형법 제41조, 제50조, 제62조, 제63조</p>	<p>합헌</p>	<p>312</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 법관의 양형결정권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 3. 31. 2001헌바87 구 의료법 제25 조 제1항 등 위헌 소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한 자” 부분이 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 의료인, 의료법인 등 일정한 자만 의료기관을 개설할 수 있도록 규정하고 있는 위법 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제15조, 제36조 제3항, 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단, 제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분, 의료법 제2조</p>	<p>합헌 (반대의견 있음)</p>	<p>321</p>
<p>2005. 3. 31. 2003헌바12 근로기준법 제 110조 위헌소원</p>	<p>1. 근로기준법 제110조 중 “제30조 제1항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000</p>	<p>근로기준법 제5조, 제30조, 제32조, 제107조, 제110조 중 ‘제30조</p>	<p>합헌 (반대의견 있음)</p>	<p>340</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
(전원재판부)	<p>만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정한 것 가운데 “근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 함으로써 제30조 제1항을 위반한 사용자”에 대한 부분(이하 이 부분만을 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 형사처벌의 대상이 되는 해고의 기준을 일반추상적 개념인 “정당한 이유”의 유무에 두고 있는 것이 헌법상 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 법정형의 경중의 면에서 자의적이고 불균형한 처벌로서 형벌체계의 정당성을 해치는 과잉금지 원칙에 반하는지 여부(소극)</p>	<p>제1항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정한 것 가운데 ‘근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 함으로써 제30조 제1항을 위반한 사용자’에 대한 부분, 제113조, 제115조, 남녀고용평등법 제11조, 제14조, 제19조, 제37조, 노동조합및노동관계조정법 제81조, 제90조</p>		
<p>2005. 3. 31. 2003헌바34 형사소송법 제361조의4 제1항 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 소송기록접수통지를 받은 후 일정한 기간 내 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소 기각결정을 하도록 규정하고 있는 형사소송법 제361조의4 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항, 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제361조의2, 제361조의3, 제361조의4 제1항</p>	합헌	363

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>라 한다)이 헌법 제27조 제1항의 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 3. 31. 2003헌바55·93 (병합) 구 법인세법 제18조의3 제2항 제3호 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호 중 “농경지” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 “공유수면 매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과하지 아니한 것”을 제외하지 않은 것이 조세평등주의에 위반되는지 여부(소극)</p> <p>2. 위 법률조항이 차입금과다법인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제23조, 제38조, 헌법재판소법 제68조 제2항, 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호 중 “농경지” 부분, 구 법인세법(1982. 12. 21. 법률 제3577호로 개정된 것) 제59조의3 제1항 제19호, 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정된 것) 제18조의3 제1항, 구 법인세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13195호로 개정된 것) 제43조의2 제1항·제3항·제4항·제5항·</p>	<p>합헌 (반대의견 있음)</p>	<p>371</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		제6항·제11항, 구 법인세법시행규칙(1986. 3. 31. 재무부령 제1671호로 개정된 것) 제18조 제4항 제7호, 구 법인세법시행규칙(1990. 4. 4. 재무부령 제1818호로 개정된 것) 제18조 제4항 제12호, 구 법인세법시행규칙(1991. 2. 28. 재무부령 제1844호로 개정된 것) 제18조 제3항 제5호 가목 및 제21항, 구 법인세법시행규칙(1996. 12. 31. 총리령 제609호로 개정된 것) 제18조 제3항 제5호 가목 및 제21항 제1호		
2005. 3. 31. 2003헌바92 민사집행법 제158조 등 위헌소원 (전원재판부)	1. 배당기일에 이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 보도록 한 민사집행법 제158조(이하 '이 사건 조항'이라 한다)가 이의한 사람의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)	민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제158조, 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제596조	합헌	396

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	2. 이 사건 조항이 이의 한 사람을 그 상대방 또는 민사집행법 제 154조 제2항의 청구이 의의 소의 원고에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하여 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극) 3. 이 사건 조항이 이의 한 사람의 재산권을 침해하는지 여부(소극)			
2005. 3. 31. 2003헌바113 구 하천법 제33조 제4항 위헌소원 (전원재판부)	1. 당해소송의 행정처분 취소 청구(예비적 청구)가 부적법하여 각하되는 경우에 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(소극) 2. 쟁송기간이 경과하거나 적법한 전심절차를 거치지 아니한 후에 행정처분의 무효확인 청구(주위적 청구)를 하고, 그 행정처분의 근거법률이 위헌이라고 다투는 경우에 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(소극)	헌법재판소법 제68조 제2항, 구 하천법(1999. 2. 8. 법률 제5893호로 전문개정되기 전의 것) 제33조 제4항, 지방자치법 제131조 제3항·제5항·제6항, 행정소송법 제18조 제1항, 제20조	각하 (반대 의견 있음)	413
2005. 3. 31. 2004헌바29 직업안정법 제46	직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조 제1항 제2호	헌법 제12조 제1항, 제21조 제4항, 직업안정법(1994. 1.	위헌	429

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
조 제1항 제2호 위헌소원 (전원재판부)	가 규정하고 있는 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로 직업소개·근로자 모집 또는 근로자공급을 한 자 중 “공중도덕상 유해한 업무” 부분이 명확성의 요구를 충족하는지 여부(소극)	7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조 제1항 제2호 중 “공중도덕상 유해한 업무” 부분, 영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호로 전문개정된 것) 제22조 제2항		
2005. 3. 31. 2003헌마87 한중국제결혼절차 위헌확인 (전원재판부)	<p>1. 한국인(청구인)과 결혼한 중국인 배우자(장○염)가 한국에 입국하기 위하여 결혼동거목적 거주(F-2) 사증발급을 신청함에 있어 주중국 대한민국대사(피청구인)가 전화예약에 의한 방법으로 사증신청접수일을 지정한 행위(이하 ‘이 사건 전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위’라 한다)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)</p> <p>2. 위 사증발급을 신청함에 있어 피청구인이 중국인 배우자와의 교제과정, 결혼하게 된 경위, 소개인과의 관계, 교제경비내역 등을 당해 한국인이 직접 기재</p>	헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항, 제75조, 출입국관리법 제1조, 제7조 제1항, 제8조 제1항·제2항, 제10조 제1항, 출입국관리법시행령 제11조 제2항, 출입국관리법시행규칙 제9조 제4호, 제76조 제1항	각하, 각각	437

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>한 서류를 제출할 것을 요구하는 조치(이하 '이 사건 결혼경위 등 기재요구 행위'라 한다)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되는지 여부(적극)</p> <p>3. 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위가 보충성원칙의 예외에 해당 하는지 여부(적극)</p> <p>4. 이 헌법소원 청구 이후 피청구인이 위 사증을 발급하여 이를 위장○염에게 교부하였다 하더라도 심판의 이익이 있는지 여부(적극)</p> <p>5. 피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위가 법률유보원칙이나 과잉금지원칙, 또는 평등원칙에 위배되는 것으로서 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 3. 31. 2004헌마436 형사소송법 제246조 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<p>1. 사인소추를 금지하고 있는 형사소송법 제246조의 규정에 의한 기본권 침해할 안 날을 “고소한 때”로 볼 것인지 여부(적극)</p>	<p>형사소송법 제246조, 제247조 제1항</p>	<p>각하 (반대 의견 있음)</p>	<p>455</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	2. 기소편의주의를 규정 한 형사소송법 제247 조 제1항과 자기관련 성 여부(소극)			
2005. 4. 28. 2002헌가25 공공용지의취득 및손실보상에관 한특례법 제9조 제3항 위헌제청 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 환매대상 토지 등의 가격이 취득 당시에 비 하여 현저히 변경되었 을 때에 협의 혹은 관 할 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 규 정한 구 공공용지의취 득및손실보상에 관한 특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 공익사 업을위한토지등의취득및 보상에관한법률 부칙 제2 조에 의하여 2003. 1. 1.자 로 폐지되기 전의 것, 이하 '공특법'이라 한다) 제9조 제3항(이하 '이 사건 법률 조항'이라 한다)의 입법 목적 2. 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙 에 위반되는지 여부(소 극) 3. 이 사건 법률조항이 재 산권을 침해하는지 여 부(소극) 4. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위반되 는지 여부(소극) 	헌법 제11조, 제 23조, 제75조, 구 공공용지의취득 및손실보상에관 한특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정 된 공익사업을위한토 지등의취득및보상에 관한법률 부칙 제2조 에 의하여 2003. 1. 1. 자로 폐지되기 전의 것) 제9조 제1항· 제3항, 구 공공용 지의취득및손실 보상에관한특례법 시행령 제7조 제1 항	합헌	461

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	5. 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)			
2005. 4. 28. 2003헌가23 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호 등 위헌제청 (전원재판부)	1. 헌법상 조세법률주의와 포괄위임입법금지 원칙에서 위임의 구체성 요구 정도와 한계 2. 조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제120조 제1항 제6호에 적용되는 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극) 3. 이 사건 법률조항과 관련된 하위법령에 대한 판단 여부(소극)	조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호, 제120조 제1항 제6호에 적용되는 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산” 부분, 구 조세특례제한법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정된 후 2002. 12. 30. 대통령령 제17829호로 개정되기 전의 것) 제3조 제2항, 조세특례제한법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정된 것) 제35조 제1항 제3호, 조세특례제한법시행규칙(2002. 3. 30. 재정경제부령 제253호로 개정된 것) 제3조 제1항	합헌 (위헌의견 있음)	478
2005. 4. 28. 2003헌바73 구 공유수면매립	1. 면허 없이 공유수면을 매립한 데 따른 원상회복의무가 면제된 경우	헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제23조, 제37	합헌 (반대의견)	496

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
법 제26조 제2항 등 위헌소원 (전원재판부)	<p>당해 매립공사에 투입되거나 설치된 시설 기타의 물건을 국유화할 수 있도록 규정한 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항·제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 재산권 수용 규정인지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 무면허 매립자의 재산권, 평등권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>조 제2항, 제119조 제1항, 제126조, 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제26조 제1항·제2항 및 같은 조 제3항 중 “면허 없이 공유수면을 매립한 경우에 같은 조 제2항을 준용하는 부분”</p>	있음)	
2005. 4. 28. 2003헌바40 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 등 위헌소원 (전원재판부)	<p>1. 정부투자기관이 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 한 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(적극)</p> <p>2. 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항을 재정경제부령으로 정하도록 한 정부투자기관관리기본법 제20</p>	<p>헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항, 제75조, 정부투자기관관리기본법 제2조 제1항, 제20조 제2항 및 같은 조 제3항의 “제2항의 규정에 의한 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다.”고 한 규정 중 “입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분”,</p>	헌법 불합치	508

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>조 제3항 중 “입찰참가 자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분”이 포괄 위임금지원칙에 위반되는지 여부(적극)</p> <p>3. 입찰참가자격제한의 근거규정의 전면적 효력 상실을 막기 위하여 헌법불합치결정을 하고 그 계속적용을 명한 사례</p>	정부투자기관 회계규칙 제23조 제1항		
<p>2005. 4. 28. 2004헌바65 도로교통법 제70조 제2항 제2호 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>도로교통법상 음주운전금지규정(제41조 제1항)에 위반하여 사람을 사상한 후, 교통사고 사상자 구호의무 및 교통사고 신고의무(같은 법 제50조 제1항 및 제2항)를 이행하지 않음으로써 벌금 이상의 형을 선고받고, 운전면허가 취소된 사람은 운전면허가 취소된 날부터 5년간 운전면허를 받을 자격이 없다고 규정하고 있는 도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)</p>	<p>도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분, 제41조, 제42조, 제50조, 제70조 제2항, 제78조</p>	합헌	528

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
<p>2005. 4. 28. 2004헌마219 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항 위헌확인 (전원재판부)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 국회의원의 피선거권 행사연령을 “25세 이상”으로 정한 것의 위헌여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 가진다고 보아, 예외적으로 권리보호이익을 인정할 사례 2. 공무담임권의 내용을 구체화하는 입법형성권의 범위와 한계 3. 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상의 국민으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부(소극) 	<p>헌법 제25조, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제16조 제2항, 국민투표법 제7조, 근로기준법 제62조, 병역법 제8조 제1항, 제11조</p>	<p>기각</p>	<p>547</p>
<p>2005. 5. 26. 2003헌가7 형사소송법 제312조 제1항 위헌제정 (전원재판부)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건을 정한 형사소송법 제312조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 본문이 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항 단서가 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지 여부(소극) 	<p>헌법 제27조 제1항 형사소송법1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것, 이하 같다) 제312조 제1항 본문 중 “검사가 피의자 … 의 진술을 기재한 조서” 부분 및 동 조항 단서, 형사소송법 제244조, 제308조, 제309조, 제310조, 제310조의2, 제312조, 제317조</p>	<p>합헌 (보충, 반대 의견 있음)</p>	<p>558</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
<p>2005. 5. 26. 2003헌가17 구 증권거래법 제 207조의2 제2호 등 위헌제청 (전원재판부)</p>	<p>1. 대통령령에 정하는 바에 위반하여 행하여지는 유가증권의 시세고정·안정 목적의 매매거래 등을 금하고 있는 구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제3항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)</p> <p>2. 위 조항이 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부(적극)</p> <p>3. 위 조항을 구성요건으로 하는 처벌조항인 같은 법 제207조의2 제2호 중 제188조의4 제3항에 관한 부분의 위헌 여부(적극)</p>	<p>구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제2호 중 제188조의4 제3항에 관한 부분, 제188조의4 제3항, 구 증권거래법시행령(1999. 5. 27. 대통령령 제16367호로 개정되고, 2005. 1. 27. 대통령령 제18687호로 개정되기 전의 것) 제83조의8</p>	<p>위헌</p>	<p>579</p>
<p>2005. 5. 26. 2004헌가6 구 소득세법 제 80조 등 위헌제청 (전원재판부)</p>	<p>1. 누진과세제도 하에서 혼인한 부부에게 조세부담의 증가를 초래하는 부부자산소득합산과세를 규정하고 있는 구 소득세법 제80조 제1항 제2호가 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부를 판단하는 심사기준으로 비례원칙이 적용되는지 여부(적극)</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항, 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전문개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호, 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것)</p>	<p>위헌 (반대의견 있음)</p>	<p>592</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	극) 2. 위 구 소득세법 제80 조 제1항 제2호가 헌법 제36조 제1항에 위반 되는지 여부(적극)	제70조 제1항, 구 소득세법시행령(1 977. 12. 30. 대통령령 제8786호로 개정되고 1994. 12. 31. 대통령 령 제14467호로 전문 개정되기 전의 것) 제 131조		
2005. 5. 26. 2004헌가10 공익사업을위한 토지등의취득및 보상에관한법률 제91조 제1항 위 헌제청 (전원재판부)	1. 재산권 침해의 심사기 준 2. 협의취득 내지 수용 후 당해사업의 폐지나 변경이 있는 경우 환매 권을 인정하는 대상으 로 토지만을 규정하고 있는 공익사업을위한 토지등의취득및보상 에관한법률 제91조 제 1항이 구 건물소유자 의 재산권을 침해하는 지 여부(소극) 3. 위 조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제23조 제 1항, 공익사업을위 한토지등의취득및 보상에 관한 법률 (2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정된 것) 제91조 제1항 중 “토지” 부분	합헌	608
2005. 5. 26. 2002헌바67 농수산물유통및 가격안정에 관한 법률 제25조 제2 항 제2호 위헌소 원 (전원재판부)	금고 이상의 실형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되거나 면제되지 아 니한 자는 중도매업 허가 를 받을 수 없다고 규정 한 농수산물유통및가격 안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개 정된 것, 이하 ‘농안법’이라 한	헌법 제123조 제 4항, 농수산물유통 및 가격안정에 관 한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문 개정된 것) 제25조 제2항 제2호, 제1조, 제2조, 제25조	합헌	616

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	다) 제25조 제2항 제2호 (이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)			
2005. 5. 26. 2003헌바86 구 의료법 제2조 제1항 등 위헌소원 (전원재판부)	1. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하는 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 진단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 진단에 관한 부분이 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극) 2. 위 조항들이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극) 3. 위 조항들이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)	구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조 제1항·제2항, 제5조, 제25조 제1항 본문의 진단부분, 제60조 제1항, 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 진단에 관한 부분, 보건범죄단속에 관한특별조치법 제5조	합헌	630
2005. 5. 26. 2004헌바27·51 (병합) 지방세법 제112조 제2항 위헌소원 (전원재판부)	고급오락장에 대한 취득세를 중과세함에 있어 상속으로 인한 취득을 그 적용대상에서 제외하지 않고, 취득목적에 대한 고려 없이 취득세를 중과세하도록 규정한 지방세법 제112조 제2항 제4호가 재산권을 과도하게 제한하는지 여부(소극)	헌법 제23조 제1항, 제37조 제2항, 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제104조 제8호, 제112조 제1항·제2항 제4호, 구 지방세법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17447호로 개정되고 2003. 12. 30.	합헌	644

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		대통령령 제18194호 로 개정되기 전의 것) 제84조의3 제3항		
2005. 5. 26. 2004헌바90 민법 제766조 제 1항 위헌소원 (전원재판부)	피해자나 그 법정대리 인이 “피해 및 가해자”를 안 때에는 불법행위로 인 한 손해배상청구권의 소 멸시효기간을 단기 3년 으로 정한 민법 제766조 제1항이 헌법상 보장된 피해자의 재산권을 침해 하는지 여부(소극)	헌법 제23조 제 1항, 제27조 제1 항, 제37조 제2항, 민법(2002. 1. 14. 법 률 제6591호로 개정된 것) 제162조 제1항, 제766조 제1항· 제2항	합헌	660
2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병 합) 주민등록법 제17 조의8 등 위헌확 인 등 (전원재판부)	1. 이 사건 심판대상(개인 의 지문정보 수집, 보관, 전 산화 및 범죄수사 목적 이 용)과 개인정보자기결 정권의 관련 여부(적극) 2. 위 심판대상이 법률유 보의 원칙에 위배되는 지 여부(소극) 3. 위 심판대상이 개인정 보자기결정권을 과잉 제한하는 것인지 여부 (소극)	주민등록법시행 령(2005. 3. 31. 대통 령령 제18772호로 개 정되기 전의 것) 제33 조 제2항에 의한 별지 제30호서식 중 열 손가락의 회 전지문과 평면지문 을 날인하도록 한 부분, 주민등록법 시행규칙 제9조 중 주민등록증발급 신청서를 송부하 도록 한 부분, 경찰 법 제3조, 경찰관 직무집행법 제2조, 공공기관의개인정 보보호에관한법률 제1조, 제5조, 제 10조 제1항·제2	기각, 각하 (반대 의견 있음)	668

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
		항, 제6호, 주민등록법 제1조, 제17조의8 제1항·제2항·제3항·제5항, 제17조의10 제1항		
2005. 5. 26. 2001헌마728 수갑 및 포승 시 용(施用) 위헌확인 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 구속된 피의자가 검사 조사실에서 수갑 및 포승을 사용한 상태로 피의자신문을 받은 경우에 대하여 바로 헌법소원을 제기한 것이 보충성의 원칙에 어긋나는지 여부(소극) 2. 청구인이 이 사건 심판청구 후 확정판결을 받고 구치소에서 출소하였기 때문에 이 사건 헌법소원이 권리보호이익이 없어 부적법한지 여부(소극) 3. 청구인이 2001. 9. 28., 9. 29., 10. 4., 10. 5. 등 일자에 검사조사실에 소환되어 피의자신문을 받을 때 계호교도관이 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받도록 한 이 사건 계구 	헌법 제10조, 제12조 제1항, 제27조 제4항, 제37조 제2항, 형사소송법 제198조의2, 제200조, 제221조, 제275조의2, 행형법 제1조의2 제3호, 제6조 제1항, 제14조 제1항·제2항·제4항, 행형법시행령 제45조, 제46조 제1항, 계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 개정된 것) 제298조 제1호·제2호, 계구의 제식과사용절차에 관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것) 제2조 제1항 제1호, 제4조, 제5조 제1항·제2항, [별표 2], [별표 3]	인용 (위헌 확인) (반대 의견 있음)	709

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	사용행위가 과잉금지 원칙에 어긋나게 청구인의 신체의 자유를 침해하여 위헌인 공권력 행사인지 여부(적극)			
2005. 5. 26. 2002헌마699, 2005헌마192(병합) 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호 위헌확인 (전원재판부)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호의 입법목적 2. 위 법률조항이 지방자치단체의 장의 공무담임권을 과도하게 침해하여 헌법 제25조에 위반되는지 여부(소극) 3. 위 법률조항이 유죄의 판결이 확정되지 아니한 피고인에 대하여 유죄가 선고되었음을 이유로 불이익을 주는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위배되는지 여부(소극) 4. 국회의원 또는 다른 행정기관의 장에 대하여는 위와 같은 제도를 두고 있지 않으면서 지방자치단체의 장에 대 	헌법 제11조, 제25조, 제27조 제4항, 지방자치법(2002. 3. 25. 법률 제6669호로 개정된 것) 제101조의2 제1항 제3호, 지방자치법 제90조의2	기각 (위헌, 별개의견 있음)	734

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>하여만 위 법률조항과 같은 규정을 두는 것은 합리적 이유없이 지방 자치단체의 장을 차별하는 것으로 헌법 제11조 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 5. 26. 2004헌마49 계호근무준칙 제 298조 등 위헌확인 (전원재판부)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 법무부 훈령인 계호근무준칙 제298조 제1호·제2호에 대해 공권력행사성과 직접성을 인정할 수 있는지 여부(적극) 2. 검사조사실에서의 구속 피의자에 대한 계구사용에 관한 원칙 3. 검사조사실에서의 계구사용을 원칙으로 정한 위 계호근무준칙조항과, 도주, 폭행, 소요, 자해 등의 위험이 구체적으로 드러나거나 예견되지 않음에도 여러 날 장시간 피의자신문을 하면서 계구로 피의자를 속박한 행위가 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극) 	<p>계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부 훈령 제 422호로 개정된 것) 제298조 제1호·제2호, 행형법 제 14조, 행형법시행령 제45조, 제46조 제1항, 계구의제식과사용절차에 관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것) 제4조 제 1항 제1호·제2호</p>	<p>인용 (위헌 확인) (반대의견 있음)</p>	<p>754</p>
<p>2005. 5. 26. 2004헌마62 택지개발업무처리 지침 제21조</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 이주대책대상자 인정의 기준일인 택지개발 예정지구지정을 위한 공람공고일 이후 2002. 	<p>헌법 제10조, 제 11조, 제23조, 택지개발업무처리지침(주환 58540-87</p>	<p>기각, 각하</p>	<p>772</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
제1항 위헌확인 (전원재판부)	<p>11. 19. 내지 같은 달 21.부터 그 지구 내의 가옥을 취득하고 거주하기 시작한 청구인들이 2004. 1. 19. 택지개발업무처리지침(주환 58540-87 1999. 6. 24.) 제 21조 제1항(이하 '이 사건 지침 조항'이라 한다)에 대한 헌법소원을 제기한 경우 청구기간의 준수 여부(소극)</p> <p>2. 택지개발촉진법 제12조 제4항에서 준용한 공익사업을위한토지등의취득및보상에 관한 법률 제78조 제1항이 이주대책대상자에 대한 이주대책의 수립·실시를 대통령령으로 정하도록 위임하였음에도 불구하고 같은법시행령 제40조에 이주대책의 수립·실시에 관하여 필요한 사항을 규정하지 아니하였는지 여부(소극)</p>	<p>1999. 6. 24.) 제1조, 제21조 제1항, 부칙 제1조, 공익사업을위한토지등의취득및보상에 관한 법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제78조 제1항, 부칙 제2조 내지 제4조, 택지개발촉진법 제3조, 제3조의3, 제9조, 제12조, 공익사업을위한토지등의취득및보상에 관한 법률시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17854호로 제정된 것) 제40조, 택지개발촉진법시행령 제5조 제1항·제2항, 제7조 제1항·제5항</p>		
2005. 5. 26. 2004헌마671 헌법재판소법 제 68조 제1항 등 위헌확인	<p>1. 헌법소원에 대한 적법요건 규정이 입법자의 입법형성의 영역에 속하는 것인지 여부(적극)</p> <p>2. 헌법소원심판청구의 적</p>	<p>헌법 제10조, 제11조, 제12조 제1항, 제27조, 제37조 제2항, 제103조, 헌법재판소법</p>	기각	785

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
(전원재판부)	법요건으로 기본권 침해의 직접성을 요구하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 “기본권을 침해받은” 부분이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)	제68조 제1항 본문 중 ‘기본권을 침해받은’ 부분, 형법 제129조, 제130조, 제132조		
2005. 6. 30. 2003헌가19 지방세법 제110조 제1호 단서 위헌제청 (전원재판부)	재판의 전제성이 없다고 하여 각하한 사례	헌법재판소법 제41조 제1항, 지방세법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되고 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 개정되기 전의 것) 제104조 제8호, 제105조 제10항, 제110조 제1호	각하	791
2005. 6. 30. 2005헌가1 국가를당사자로 하는계약에 관한 법률 제27조 제1항 위헌제청 (전원재판부)	1. 국가를당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 중 “입찰참가 자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정 기간으로 규정하고 있는 부분”이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(적극) 2. 위 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(적극) 3. 위 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하는 이유	국가를당사자로 하는 계약에 관한 법률 제27조 제1항 중 “입찰참가 자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분”, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률시행령 제76조 제1항·제2항·제7항, 국가를당사자로 하는 계약에 관한 법률시행규칙 제76조 제1항·제2항·[별표 2]	헌법 불합치	796

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
2005. 6. 30. 2002헌바83 노동조합및노동 관계조정법 제91 조 제1호 등 위헌 확인 (전원재판부)	1. 명확성 판단의 기준 2. 노동조합및노동관계 조정법 제42조 제2항 및 제91조 제1호 중 “제 42조 제2항” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극) 3. 이 사건 법률조항들이 책임주의 내지 비례원 칙에 반하는지 여부(소극) 4. 이 사건 법률조항들이 단체행동권을 과도하 게 제한하는지 여부(소극) 5. 이 사건 법률조항들이 평등권을 침해하는지 여부(소극)	헌법 제11조 제 1항, 제12조 제1 항, 제13조 제1항, 제33조 제1항, 제 37조 제2항, 노동 조합및노동관계 조정법 제42조 제 2항 및 제91조 제1 호 중 ‘제42조 제2 항’ 부분	합헌 (반대 의견 있음)	812
2005. 6. 30. 2003헌바47 회사정리법 제126 조 등 위헌소원 (전원재판부)	1. 회사정리법 제126조 제 1항 중 정리담보권 신 고에 관한 부분, 제127 조 제3항 중 정리담보 권 신고의 추완은 정리 계획안심리를 위한 관 계인집회가 끝나기 전 까지만 할 수 있도록 제한한 부분, 제237조 제1항 단서 중 신고하 지 않은 정리담보권자 에게 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시항 고를 할 수 없도록 한	헌법 제23조, 제 37조 제2항, 구 회 사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고, 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지 되기 전의 것) 제12조, 제14조, 제15조, 제 16조, 제46조, 제 47조, 제123조, 제 124조, 제125조, 제 126조 제1항 중 정 리담보권 신고에 관한 부분, 제127 조 제3항 중 정리	합헌 (일부 위헌 의견 있음)	834

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>부분, 제241조 본문 중 신고하지 않은 정리담보권의 실권에 관한 부분(이하 '이 사건 심판대상조항들'이라 한다)이 정리담보권자의 재산권의 본질을 침해하거나 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 심판대상조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 심판대상조항들이 정리담보권자의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>담보권 신고의 추완은 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지만 할 수 있도록 제한한 부분, 제138조, 제141조, 제143조, 제144조, 제164조, 제237조 제1항 단서 중 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시 항고를 할 수 없도록 한 부분, 제241조 본문 중 신고하지 않은 정리담보권의 실권에 관한 부분, 제242조, 제243조</p>		
<p>2005. 6. 30. 2003헌바49, 2005헌마287(병합) 형법 제62조 제1항 단서 위헌소원 등 (전원재판부)</p>	<p>금고 이상의 형의 선고를 받아 집행중 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대해서는 집행유예를 하지 못하도록 규정하고 있는 형법 제62조 제1항 단서가 헌법에 위반되거나 기본권을 침해하는지 여부(소극)</p>	<p>형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제62조 제1항 단서, 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고, 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제37조, 제38조, 제39조, 제63조, 제64조, 제65조</p>	<p>합헌</p>	<p>870</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
<p>2005. 6. 30. 2003헌바114 구 외국환거래법 제27조 제1항 제 8호 등 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라 한다)에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위를 하고자 하는 거주자 또는 비거주자는 그 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급을 해서는 아니되고(법 제15조 제3항), 이를 위반하여 지급을 한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다(법 제27조 제1항 제8호 후단)고 규정한 각 조항이 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 북한의 주민이나 단체가 법 제15조 제3항에서 말하는 “거주자”나 “비거주자”에 해당하는지에 관한 판단이 헌법 제3조의 영토조항과 관련이 있는 헌법적 문제인지 여부(소극)</p>	<p>헌법 제3조, 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것) 제27조 제1항 제8호 후단 및 제15조 제3항 중 각 미신고 외국환 지급의 금지부분, 외국환거래법(2000. 10. 23. 법률 제6277호로 개정된 것) 제3조, 제18조 제1항</p>	<p>합헌</p>	<p>879</p>
<p>2005. 6. 30. 2003헌바117 민사소송법 제393</p>	<p>1. 민사소송법 제393조가 부대항소인의 동의 없는 항소인의 항소취</p>	<p>헌법 제10조, 제27조, 제37조 제2항, 민사소송법(2002. 1.</p>	<p>합헌</p>	<p>897</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
<p>조 제1항 등 위헌 확인 (전원재판부)</p>	<p>하를 허용함으로써 부 대항소인이 항소심재 판을 받을 권리를 침해 한 것인지 여부(소극)</p> <p>2. 위 조항이 부대항소인 이 상고하여 유리한 파 기환송판결을 받은 경 우에까지 적용되어 결 과적으로 상고심재판 의 효력을 상실하게 하 는 것이 부대항소인의 상고심재판을 받을 권 리를 침해한 것인지 여 부(소극)</p> <p>3. 위 조항이 피고와 부 대항소인, 환송 전 항 소심 중국판결을 선고 받은 자와 파기환송 후 항소심의 부대항소인 을 차별함으로써 평등 권을 침해한 것인지 여 부(소극)</p> <p>4. 부대항소의 종속성에 항소심의 재판을 받을 권리에 대한 제한을 정 당화할 합리성이 내재 하는지 여부(적극)</p>	<p>26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제266 조, 제267조 제1항, 제393조</p>		
<p>2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합)</p>	<p>1. 특정경제범죄가중처 벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개 정된 것) 제5조 제4항 제</p>	<p>헌법 제11조 제 1항, 제37조 제2항, 특정경제범죄가 중처벌등에관한법</p>	<p>합헌 (반대 의견 있음)</p>	<p>907</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
특정경제범죄가 중처벌등에 관한 법률 제5조 제4 항 제1호 위헌소 원 (전원재판부)	1호(이하 ‘이 사건 법률조 항’이라 한다)가 평등원 칙에 위배되는지 여부 (소극) 2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배 되는지 여부(소극)	률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것) 제2조 제1호, 제5조, 제5조 제4항 제1 호, 특정범죄가중 처벌등에 관한 법률 제2조 제1항, 형법 제129조, 제357조		
2005. 6. 30. 2004헌바21 구 초·중등교육 법 제21조 제2항 별표 2 위헌소원 (전원재판부)	1. 구 초·중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호로 개 정되기 전의 것) 제21조 제2항 [별표 2] 특수학 교 정교사(2급)란의 제 4호(이하 ‘이 사건 법률조 항’이라 한다)가 청구인 들의 평등권을 침해하 는지 여부(소극) 2. 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침 해하는지 여부(소극)	헌법 제11조 제 1항, 제15조, 제37 조 제2항, 구 초· 중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호 로 개정되기 전의 것) 제21조 제2항·제 2항 [별표 2] 특수 학교 정교사(2급)란 의 제4호·제3항· 제4항, 교원자격검 정령 제19조 제1항	합헌	919
2005. 6. 30. 2004헌바33 공직선거및선거 부정방지법 제86 조 제1항 제2호 등 위헌소원 (전원재판부)	1. 공무원에 대하여 “선 거운동의 기획에 참여 하거나 그 기획의 실시 에 관여하는 행위”를 금지하고 이를 위반하 는 경우 형사처벌하는 공직선거및선거부정 방지법 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1 항 제10호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 죄	헌법 제11조 제 1항, 제12조, 제13 조, 제21조 제1항, 제37조 제2항, 공 직선거및선거부정 방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정 된 것) 제86조 제1 항 제2호, 제255조 제1항 제10호, 공 직선거및선거부정	합헌 (반대 의견 있음)	927

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>형법정주의의 명확성 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는지 여부(소극)</p> <p>3. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p>	<p>방지법 제9조 제1항, 제58조, 제60조 제1항 제4호, 제85조 제1항</p>		
<p>2005. 6. 30. 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 구 상속세및증여세법 제41조의2 제1항 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 중 “타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우”가 명의신탁이 증여세 회피의 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하도록 규정한 것이 비례의 원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>2. 위 조항들이 명의신탁이 증여세 회피를 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하도록 규정한 것이 평등원칙</p>	<p>구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되고 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 중 “타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우” 및 제5항, 국세기본법 제14조 제1항, 구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 및 제5항</p>	<p>합헌 (반대의견 있음)</p>	<p>946</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	<p>및 실질적 조세법률주의, 죄형법정주의 및 무죄추정원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>3. 명의신탁이 증여세 이외의 다른 조세 회피를 목적으로 이용되는 경우에도 증여세를 부과하도록 규정한 구법 제 41조의2 제5항이 비례의 원칙과 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>4. 헌법상 체계정당성의 원리 및 그 위반에 대한 심사 기준</p> <p>5. 명의신탁이 증여세 이외의 다른 조세 회피를 목적으로 이용되는 경우에도 증여세를 부과하도록 규정한 구법 제 41조의2 제5항이 체계정당성에 위반되어 위헌이 되는지 여부(소극)</p>			
<p>2005. 6. 30. 2004헌바42 공무원연금법 제 43조의2 위헌소원 (전원재판부)</p>	<p>1. 공무원연금액 조정규정의 구체적 내용</p> <p>2. 공무원 연금수급권의 법적 성격</p> <p>3. 공무원연금급여를 전국소비자물가변동률에 따라 조정하도록 하면서(공무원연금법 제43</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항, 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제43조의2 제1항 및 부칙 제9조 제1항, 공</p>	<p>합헌 (반대의견 있음)</p>	<p>973</p>

결정연월일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관시사항	관련조문	결과	면수
	<p>조의2 제1항) 이러한 조정규정을 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 적용하도록 하는 공무원연금법 부칙 제9조 제1항이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>4. 위와 같은 부칙조항이 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(소극)</p> <p>5. 위와 같은 물가연동제 조정 규정이 재산권, 행복추구권을 침해하는지 여부(소극) 및 직업공무원제도의 근간을 훼손하는지 여부(소극)</p> <p>6. 위와 같은 물가연동제 조정 규정이 평등원칙에 위반되게 퇴직연금수급자를 차별하는지 여부(소극)</p>	<p>무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제43조 제3항·제4항, 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항, 공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것) 제43조의2 제3항, 부칙 제9조 제2항</p>		
<p>2005. 6. 30. 2003헌마841 뉴스통신진흥에 관한법률 제10조 등 위헌확인</p>	<p>1. 제3자에 대한 자기관련성의 판단기준</p> <p>2. 규율의 직접 상대방이 아닌 제3자에게 자기관련성을 인정한 사례</p>	<p>헌법 제11조 제1항, 제21조 제1항·제3항, 뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률</p>	<p>기각</p>	<p>996</p>

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
(전원재판부)	3. 주식회사 연합뉴스를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대한 재정지원 등을 규정한 뉴스통신진흥에 관한 법률 제10조 등 심판대상조항이 개인대상법률로서 헌법에 위반되는지 여부(소극) 4. 심판대상조항이 경영자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극) 5. 심판대상조항이 경영자인 청구인들의 경쟁의 자유를 침해하는지 여부(소극)	제6905호로 제정된 것) 제1조, 제2조, 제6조, 제10조, 제19조, 제20조, 제23조, 부칙 제3조, 제4조		
2005. 6. 30. 2004헌마859 서훈추천부작위 등 위헌확인 (전원재판부)	1. 국가에게 독립유공자와 그 유족에 대한 예우를 해 줄 헌법상 의무가 있는지 여부(적극) 2. 국가보훈처장이 독립유공자(순국선열 및 애국지사)로 인정받기 위한 전제로서 요구되는 서훈추천을 거부한 것에 대하여 행정부작위 헌법소원이 가능한지 여부(소극) 3. 대통령의 영전 미수여 행위에 대해 행정부작	헌법 전문(前文), 제80조, 독립유공자 예우에 관한 법률 제4조, 상훈법 제5조, 제7조	각하	1016

결 정 연 월 일, 사건번호, 사건명 (재판부)	관 시 사 항	관 련 조 문	결과	면수
	위 헌법소원으로 다룰 수 있는지 여부(소극)			

부 록

수록사건색인 1023
 헌법재판소의 위헌여부심판 법령조항 1028
 사항색인 1032
 법령색인 1039

책 명	헌재판례 17-1
분류번호	101-106호
FILE명	17-1.HWP
페이지	1-1022
편집	나연(2005.2.18)
1 차	나연(2005.8.23)
2 차	나연(2005.9.8)
3 차	찬(05.9.20)
4 차	
5 차	

민법 제781조 제1항 본문 후단부분 위헌제청 등

(2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15,
2004헌가5(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 위헌제청되지 않은 법률조항을 심판대상에 포함시킨 사례
2. 헌법과 전통의 관계
3. 호주제가 헌법에 위반되는지 여부(적극)
4. 위헌결정으로 초래되는 다른 법제도의 공백을 이유로 헌법불합치결정을 한 사례

【결정요지】

1. 처의 부가(夫家)입적을 규정한 민법 제826조 제3항 후단은 무호주로의 변경을 구하면서 호주제의 위헌성을 다투는 위헌제청신청의 취지와 무관하지 않을 뿐 아니라, 법원이 위헌제청한 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단과 결합하여 호주제의 골격을 이루고 있으므로 호주제의 위헌 여부라는 중요한 헌법문제의 보다 완전한 해명을 위하여 그 조항의 위헌 여부도 심판의 대상으로 삼아 한꺼번에 심리·판단하는 것이 헌법재판의 객관적 기능에 비추어 상당하다.

2. 가. 헌법은 국가사회의 최고규범이므로 가족제도가 비록 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있다 하더라도 헌법의 우위로부터 벗어날 수 없으며, 가족법이 헌법이념의 실현에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다.

나. 우리 헌법은 제정 당시부터 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언함으로써 우리 사회 전래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단을 표현하였으며, 현행 헌법에 이르러 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다. 한편, 헌법 전문

과 헌법 제9조에서 말하는 “전통”, “전통문화”란 역사성과 시대성을 띤 개념으로서 헌법의 가치질서, 인류의 보편가치, 정의와 인도정신 등을 고려하여 오늘날의 의미로 포착하여야 하며, 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 한계가 도출되므로, 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.

3. 가. 심판대상조항인 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문이 그 근거와 골격을 이루고 있는 호주제는 “호주를 정점으로 가(家)라는 관념적 집합체를 구성하고, 이러한 가를 직계비속남자를 통하여 승계시키는 제도”, 달리 말하면 남계혈통을 중심으로 가족집단을 구성하고 이를 대대로 영속시키는데 필요한 여러 법적 장치로서, 단순히 집안의 대표자를 정하여 이를 호주라는 명칭으로 부르고 호주를 기준으로 호적을 편제하는 제도는 아니다.

나. 호주제는 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별로서, 호주승계 순위, 혼인 시 신분관계 형성, 자녀의 신분관계 형성에 있어서 정당한 이유없이 남녀를 차별하는 제도이고, 이로 인하여 많은 가족들이 현실적 가족생활과 가족의 복리에 맞는 법률적 가족관계를 형성하지 못하여 여러모로 불편과 고통을 겪고 있다. 송조(崇祖)사상, 경로효친, 가족화합과 같은 전통사상이나 미풍양속은 문화와 윤리의 측면에서 얼마든지 계승, 발전시킬 수 있으므로 이를 근거로 호주제의 명백한 남녀차별성을 정당화하기 어렵다.

다. 호주제는 당사자의 의사나 복리와 무관하게 남계혈통 중심의가의 유지와 계승이라는 관념에 뿌리박은 특정한 가족관계의 형태를 일반적으로 규정·강요함으로써 개인을 가족 내에서 존엄한 인격체로 존중하는 것이 아니라가의 유지와 계승을 위한 도구적 존재로 취급하고 있는데, 이는 혼인·가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 헌법 제36조 제1항에 부합하지 않는다.

라. 오늘날 가족관계는 한 사람의 가장(호주)과 그에 복속하는 가족(家屬)으로 분리되는 권위주의적인 관계가 아니라, 가족원 모두가

인격을 가진 개인으로서 성별을 떠나 평등하게 존중되는 민주적인 관계로 변화하고 있고, 사회의 분화에 따라 가족의 형태도 모와 자녀로 구성되는 가족, 재혼부부와 그들의 전혼소생자녀로 구성되는 가족 등으로 매우 다변화되었으며, 여성의 경제력 향상, 이혼율 증가 등으로 여성이 가구주로서 가장의 역할을 맡는 비율이 점증하고 있다. 호주제가 설사 부계혈통주의에 입각한 전래의 가족제도와 일정한 연관성을 지닌다고 가정하더라도, 이와 같이 그 존립의 기반이 붕괴되어 더 이상 변화된 사회환경 및 가족관계와 조화되기 어렵고 오히려 현실적 가족공동체를 질곡하기도 하는 호주제를 존치할 이유를 찾아보기 어렵다.

4. 호주제의 골격을 이루는 심판대상조항들이 위헌으로 되면 호주제는 존속하기 어렵고, 그 결과 호주를 기준으로 가별로 편제토록 되어 있는 현행 호적법이 그대로 시행되기 어려워 신분관계를 공식·증명하는 공적 기록에 중대한 공백이 발생하게 되므로, 호주제를 전제하지 않는 새로운 호적체계로 호적법을 개정할 때까지 심판대상조항들을 잠정적으로 계속 적용케 하기 위하여 헌법불합치결정을 선고한다.

재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견

현행법상의 호주제는 고대 이래 조선 중기까지 이어져온 우리 고유의 합리적 부계혈통주의의 전통을 이어받아 부계혈통주의의 존립을 위한 극히 기본적인 요소만을 담고 있는 것으로서, 일제 잔재로서의 색채를 불식하고 우리 고유의 관습으로 복귀한 것으로 평가할 수 있으며, 혼인과 가족관계를 규율하는 가족법은 전통성·보수성·윤리성을 강하게 가질 수밖에 없어서 혼인과 가족관계에 관한 헌법규정을 해석함에 있어서는 가족법의 전통적 성격을 고려하지 않을 수 없고, 특히 가족법의 영역에서 도식적인 평등의 잣대로 우리의 전통문화를 함부로 재단함으로써 전통가족문화가 송두리째 부정되고 해체되는 결과를 초래하여서는 아니 되는바, 현행법상의 호주제는 전통 가족제도의 핵심인 부계혈통주의에 입각한 가의 구성 및 가통의 계승을 위한 제도로서 이를 위하여 마련된 처의 부가입적 원칙, 자의 부가입적 원칙 및 호주승계제도는 우리 사회

의 오랜 전통과 현실에 기초한 것일 뿐만 아니라 여성에 대한 실질적 차별을 내용으로 하고 있는 것으로 보기 어렵다는 점에서 평등원칙에 위반되지 아니하며, 호주제가 신분관계를 일방적으로 형성되는 측면이 있다고 하더라도 이는 가족제도를 법제화하는 과정에서 부득이한 것일 뿐만 아니라 임의분가, 호주승계권의 포기 등 이를 완화하는 제도를 두고 있으므로 개인의 존엄을 존중하지 않는 것이라 보기도 어려우므로 결국 헌법 제36조 제1항에 위반되지 아니한다.

재판관 김영일의 위 반대의견에 대한 별개의견

민법 제781조 제1항 본문 후단이 규정하고 있는 자의 부가입적 원칙이 그 자체로서 위헌은 아니나, 그 원칙에 대한 예외의 설정이 너무 좁게 한정되어 있어서 다수의견이 지적하는 바와 같이 현실에 맞지 않고 불합리하게 자의 의사를 지나치게 제한하고 모를 실질적으로 차별하므로 개인의 존엄 및 평등의 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없어, 결론적으로 민법 제778조, 제826조 제3항 본문은 헌법에 위반되지 아니하나, 민법 제781조 제1항 본문 후단은 헌법에 위반된다.

재판관 김효종의 반대의견

민법이 가제도(家制度)를 두고 있는 것은 헌법 제36조 제1항이 제도보장의 하나로 규정한 가족제도를 형성하고 유지하는 데 기여한다 할 것이고, 각개의 가(家)에 호주를 두고 있는 것은 우리의 전통문화에 터잡은 것으로 봄이 상당하므로, 민법 제778조가 법적 개념으로서 가(家)의 존재를 인정하고 여기에 호주의 관념을 도입하였다 하여 헌법 제36조 제1항을 비롯한 헌법에 위배된다고 볼 수 없으며, 호주제의 양성차별적 요소는 민법 제984조 등 위헌성이 있는 관련 개별규정의 효력을 상실시키거나 입법적 개선이 이루어지면 해소될 수 있는 문제여서 그러한 위헌적 요소가 가제도의 기본조항인 민법 제778조에 본질적으로 내재된 문제라고 볼 수 없다. 따라서 민법 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문에 관하여는 위헌이라는 다수의견과 견해를 같이 하지

만 민법 제778조는 가족제도의 보장을 위한 입법재량의 범위 내에서 이루어진 입법적 조치로서 헌법에 위반된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제778조(호주의 정의) 일가의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다.

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제781조(자의 입적, 성과 본) ① 자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.

②, ③ 생략

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제826조(부부간의 의무) ①, ② 생략

③ 처는 부의 가에 입적한다. 그러나 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부가 처의 가에 입적할 수 있다.

④ 생략

【참조조문】

헌법 제9조, 제36조 제1항

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제779조(가족의 범위) 호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 본법의 규정에 의하여 그 가에 입적한 자는 가족이 된다.

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제784조(부의 혈족 아닌 처의 직계비속의 입적) ① 처가 부의 혈족 아닌 직계비속이 있는 때에는 부의 동의를 얻어 그 가에 입적하게 할 수 있다.

② 전항의 경우에 그 직계비속이 타가의 가족인 때에는 그 호주의 동의를 얻어야 한다.

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제785조(호주의 직계혈족의 입적) 호주는 타가의 호주 아닌 자기의 직계존속이나 직계비속을 그 가에 입적하게 할 수 있다.

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제787조(처 등의 복적과 일가창립) ① 처와 부의 혈족 아닌 그 직계비속은 혼인의 취소 또는 이혼으로 인하여 그 친가에 복적하거나 일가를 창립한다.

② 부가 사망한 경우에는 처와 부의 혈족 아닌 그 직계비속은 그 친가에 복적하거나 일가를 창립할 수 있다.

③ 전2항의 경우에 그 친가가 폐가 또는 무후되었거나 기타 사유로 인하여 복적할 수 없는 때에는 친가를 부흥할 수 있다.

현재 2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합)

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제788조(분가) ① 가족은 분가할 수 있다.

② 미성년자가 분가합에는 법정대리인의 동의를 얻어야 한다.

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제789조(법정분가) 가족은 혼인하면 당연히 분가된다. 그러나 호주의 직계비속장남자는 그러하지 아니하다.

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제980조(호주승계개시의 원인) 호주승계는 다음 각 호의 사유로 인하여 개시된다.

1. 호주가 사망하거나 국적을 상실한 때
2. 양자인 호주가 입양의 무효 또는 취소로 인하여 이적된 때
3. 여호주가 친가에 복적하거나 혼인으로 인하여 타가에 입적한 때
4. 삭제

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제984조(호주승계의 순위) 호주승계에 있어서는 다음 순위로 승계인이 된다.

1. 피승계인의 직계비속남자
2. 피승계인의 가족인 직계비속여자
3. 피승계인의 처
4. 피승계인의 가족인 직계존속여자
5. 피승계인의 가족인 직계비속의 처

민법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 제991조(호주승계권의 포기) 호주승계권은 이를 포기할 수 있다.

호적법 제8조(호적의 편제) 호적은 시, 읍, 면의 구역내에 본적을 정하는 자에 대하여 호주를 기준으로 하여 가별로 이를 편제한다.

【참조판례】

1. 현재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14
현재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 172
2. 현재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205
현재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 19
3. 현재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 445, 446

【당 사 자】

제청법원 서울지방법원서부지원(2001헌가9)

서울지방법원북부지원(2001헌가10 내지 15)

대전지방법원(2004헌가5)

당해사건 서울지방법원서부지원 2000호파988 입적신고불수리처분에 대한

불복신청(2001헌가9)

서울지방법원북부지원 2000호파1673 호적공무원의 처분에 대한 불복신청(2001헌가10)

서울지방법원북부지원 2000호파1674·1675·1676·1677·1678 호적공무원의 처분에 대한 불복신청(2001헌가11 내지 15)

대전지방법원 2002호파722 호적사무관장자처분에 대한 이의신청(2004헌가5)

【주 문】

1. 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문은 헌법에 합치되지 아니한다.
2. 위 법률조항들은 입법자가 호적법을 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2001헌가9·10 사건

당해사건의 신청인들은 혼인하였다가 이혼하고 일가를 각 창립한 자들로써, 전 부(夫)와의 사이에 태어난 그들 자(子)의 친권행사자이며 양육자인데도 그들 자(子)의 호적은 부(父)인 전 부(夫)가 호주로 있는 가(家)에 편제되어 있다. 신청인들은 그들의 자(子)를 자신의 가(家)에 입적시키기 위하여 2000. 10.경 관할 호적관청에 각기 입적신고를 하였으나 호적관청은 민법 제781조 제1항 본문을 들어 입적신고를 받아들이지 아니하였다.

이에 신청인들은 당해사건 법원에 각 호적관청의 처분에 대한 불복을 신청하였고, 그 재판계속 중에 민법 제778조, 제781조 제1항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 당해사건 법원은 2001. 3. 27.(2001헌가9 사건의 경우) 및 같은 달 29.(2001헌가10 사건의 경우) 민법 제781조 제1항 본문 중 후단에 대한 신청은 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하고, 나머지 조항에 대한 신청은 모두 각하하였다.

(2) 2001헌가11 내지 15 사건

당해사건의 신청인들은 혼인하여 각 그 배우자와 하나의 가(家)를 이루어 동일한 가적에 올라 있고, 호적상 호주는 부(夫)인 신청인들(2001헌가11·14

헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합)

사건의 경우) 또는 신청인들의 부(夫)(2001헌가12·13·15 사건의 경우)로 되어 있다. 신청인들은 부(夫)가 호주로 되어 있는 가를 무호주, 즉 호주가 없는 가로 바꾸기 위하여 2000. 10.경 또는 동년 11.경 각기 관할 호적관청에 호주 변경신고를 하였으나, 호적관청들은 현행법상 무호주제도는 인정되지 않는다는 이유로 호주변경신고의 수리를 거부하였다.

이에 신청인들은 당해사건 법원에 각 호적관청의 수리거부처분에 대한 불복을 신청하였고, 그 재판계속 중에 민법 제778조, 제826조 제3항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 당해사건 법원은 2001. 3. 29. 민법 제826조 제3항 본문에 대한 신청은 모두 각하하고, 민법 제778조에 대한 신청은 모두 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

(3) 2004헌가5 사건

당해사건의 신청인들은 서로 혼인하여 동일한 가계에 올라 있고, 호적상 호주는 부(夫)인 신청인으로 되어 있다. 신청인들은 부(夫)가 호주로 되어 있는 가를 무호주, 즉 호주가 없는 가로 바꾸기 위하여 2002. 3.경 관할 호적관청에 호주변경신고를 하였으나, 호적관청은 현행법상 무호주제도는 인정되지 않는다는 이유로 호주변경신고의 수리를 거부하였다.

이에 신청인들은 당해사건 법원에 호적관청의 수리거부처분에 대한 불복을 신청하였고, 그 재판계속중에 민법 제778조, 제826조 제3항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 당해사건 법원은 2004. 2. 9. 민법 제826조 제3항 본문에 대한 신청은 각하하고, 민법 제778조에 대한 신청은 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

(1) 헌법재판은 단순히 제청신청인이나 헌법소원 청구인의 주관적 권리구제만을 위한 제도가 아니고, 객관적 헌법질서를 수호·유지하기 위한 제도이기도 하다.

헌법재판소는 피청구인 또는 심판대상을 직권으로 확정하기도 하고(헌재 1993. 5. 13. 91헌마190, 판례집 5-1, 312, 320; 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 232), 위헌제청되지 않은 법률조항이라 하더라도 체계적으로 밀접 불가분의 관계에 있거나 동일한 심사척도가 적용되는 등의 경우에는 그 법률조항도 심판대상에 포함시켜 위헌제청된 법률조항과 함께 그 위헌 여부를 판단하기도 하였다(헌재 1999. 1. 28. 98헌가17, 판례집 11-1, 11, 14; 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 172). 이는 모두 헌법재판의 객관적 기능을

충실히 구현하고자 하는 취지에서 비롯된 것이다.

(2) 민법 제826조 제3항 본문에 대한 심판의 필요성이 있는지 본다.

당해사건의 신청인들 중 무호주로의 호주변경신고를 한 신청인들의 본질적 취지는 부부의 어느 일방도 호주가 됨이 없이 동등한 가족구성원으로 되는 가(家)를 구성하게 해달라는 것이고, 여기에는 처의 무조건적인 부가(夫家)입적을 다투는 취지도 포함되어 있다고 볼 것이므로, 호주 지위의 설정에 관한 민법 제778조와 더불어 처의 부가(夫家)입적에 관한 민법 제826조 제3항 본문 또한 제청신청의 취지와 무관하다고 볼 수 없다.

뿐만 아니라 민법 제826조 제3항 본문은 제778조, 제789조와 밀접한 관계에 있는 조항이다. 전자는 후자와 결합하여, 남녀가 혼인하면 처는 부(夫)의 가(夫가 호주일 수도 있고 아날 수도 있다)에 강제로 편입된다는 법률결과를 창출하는 것인데, 이는 민법 제778조가 근거조항인 호주제의 핵심적 내용의 하나를 이루고 있는 것이다.

호주제의 위헌 여부가 쟁점인 이 위헌제청사건에서 민법 제826조 제3항 본문이 위와 같은 정도로 민법 제778조와 긴밀한 관계에 있다면, 설사 제청법원의 견해와 같이 전자의 조항에 엄밀한 의미의 재판의 전제성이 없다 하더라도, 호주제의 위헌 여부라는 중요한 헌법문제의 보다 완전하고 입체적인 해명을 위하여 그 조항에 대하여도 심판의 필요성을 인정하여 그 위헌 여부까지도 심판의 대상으로 삼아 한꺼번에 심리·판단하는 것이 위에서 본 헌법재판의 객관적 기능에 비추어 보아 상당하다 할 것이다.

(3) 그렇다면 이 사건 심판의 대상은 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문의 위헌 여부이고, 이 법률조항들 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

민법 제778조(호주의 정의) 일가의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다.

제781조(자의 입적, 성과 본) ① 자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다.

제826조(부부간의 의무) ③ 처는 부의 가에 입적한다. 그러나 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부가 처의 가에 입적할 수 있다.

[관련조항]

제779조(가족의 범위) 호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 본법의 규정 에 의하여 그 가에 입적한 자는 가족이 된다.

헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합)

제784조(부의 혈족 아닌 처의 직계비속의 입적) ① 처가 부의 혈족아닌 직계비속이 있는 때에는 부의 동의를 얻어 그 가에 입적하게 할 수 있다.

② 전항의 경우에 그 직계비속이 타가의 가족인 때에는 그 호주의 동의를 얻어야 한다.

제785조(호주의 직계혈족의 입적) 호주는 타가의 호주아닌 자기의 직계존속이나 직계비속을 그 가에 입적하게 할 수 있다.

제787조(처 등의 복적과 일가창립) ① 처와 부의 혈족아닌 그 직계비속은 혼인의 취소 또는 이혼으로 인하여 그 친가에 복적하거나 일가를 창립한다.

② 부가 사망한 경우에는 처와 부의 혈족아닌 그 직계비속은 그 친가에 복적하거나 일가를 창립할 수 있다.

제788조(분가) ① 가족은 분가할 수 있다.

제789(법정분가) 가족은 혼인하면 당연히 분가된다. 그러나 호주의 직계비속 장남자는 그러하지 아니하다.

제980조(호주승계개시의 원인) 호주승계는 다음 각 호의 사유로 인하여 개시된다.

1. 호주가 사망하거나 국적을 상실한 때
2. 양자인 호주가 입양의 무효 또는 취소로 인하여 이적된 때
3. 여호주가 친가에 복적하거나 혼인으로 인하여 타가에 입적한 때

제984조(호주승계의 순위) 호주승계에 있어서는 다음 순위로 승계인이 된다.

1. 피승계인의 직계비속남자
2. 피승계인의 가족인 직계비속여자
3. 피승계인의 처
4. 피승계인의 가족인 직계존속여자
5. 피승계인의 가족인 직계비속의 처

제991조(호주승계권의 포기) 호주승계권은 이를 포기할 수 있다.

2. 제청이유와 관계기관의 의견
- 가. 제청이유

(1) 민법 제778조는 “일가의 계통을 승계한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다.”라고 규정함으로써 모든 가(家)에는 반드시 호주가 존재하는 이른바 호주제도를 우리 가족제도의 기본원칙으로 선언하고 있다. 그러나 이 법조제에 의한 호주제도는 호주에게

우월적 지위를 부여하여 일가를 구성하는 구성원들로 하여금 호주를 정점으로 강제적이고 일률적으로 순위 지위지계 함으로써 존엄한 인격을 가진 개인들이 평등한 차원에서 공동체를 형성하는 것을 불가능하게 하고 있으므로 위 법조는 민주적 기본질서를 규정한 헌법 전문 및 제4조에 위반된다.

(2) 위와 같이 호주제도는 개인에게 자신의 법적 지위를 스스로 형성할 기회를 부여하지 아니하는 결과 개인의 의사와 무관하게 각자를 지배·복종 관계에 강제로 편입시키고 호주 아닌 가족을 호주에게 종속시킴으로써 개인의 자율적인 법률관계 형성을 전면적으로 부인하고 열위의 지위를 강제하여 인격권을 침해하는 결과를 가져오므로 위 법조는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에도 위반된다.

(3) 위 법조에 기초하는 호주제도는 혼인과 가족생활에서 그 구성원 상호간의 평등한 법률관계 형성을 막고 남성에게 호주가 되는 우선적인 지위를 인정함으로써 합리적 근거 없이 아내의 지위를 남편보다 하위에, 어머니의 지위를 아버지보다 하위에 각 위치하게 하는 정당성 없는 남녀차별을 초래하여 성별에 의한 차별을 금지한 헌법 제11조 제1항과 개인의 자율적 의사와 양성의 평등에 기초한 혼인생활과 가족생활의 자유로운 형성을 보장하는 헌법 제36조 제1항에 각 위반된다.

(4) 우리 사회의 가족제도를 유지하기 위하여 개인의 권리를 부득이 제한할 필요가 있다 하더라도 위 법조에 의하여 형성되는 호주제도는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 법익의 최소침해성 및 법익침해의 균형성을 갖춘 정당한 기본권 제한이 아닐 뿐만 아니라 기본권의 본질적 내용까지 침해하고 있어 위 법조는 과잉금지원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항에 위배된다.

(5) 민법 제781조 제1항 본문 후단은 부계중심주의 원칙을 채택하여 자녀가 속할 가를 원칙적으로 아버지의 가로 정하여 남녀의 성(性)에 따른 차별을 두고 있으므로 헌법 제11조 제1항 및 제36조 제1항에 위배된다.

(6) 민법 제781조 제1항 본문 후단을 비롯한 자녀의 입적에 관한 민법의 체계는 일단 아버지의 가에 속하게 된 자녀가 부모의 이혼 등으로 아버지와 가족공동생활이 불가능하게 된 경우에도 자녀에 대하여 어머니의 가로의 전적의 여지를 두지 아니하고 있는데 이는 모자의 권리를 지나치게 침해하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위배된다.

나. 법무부장관의 의견

정부는 가족제도에 있어 헌법상의 인간의 존엄과 가치, 양성평등의 이념을

보다 충실히 구현하고, 기존의 호주제를 중심으로 한 가족제도로 인한 사회적 문제를 해결함과 동시에 현실의 다양한 가족형태를 포용하고 국민의 변화된 가족관념과 새로운 가족제도 구성에 대한 국민적 여망을 반영하여, 호주제 폐지, 자녀 성(姓)결정에 있어 부성(父姓)강제 완화, 자녀의 복리를 위한 성의 변경 허용을 근간으로 하는 민법개정안을 국회에 제출하였다.

다. 여성부장관, 국가인권위원회의 의견
위 제청이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 호주제의 개관

(1) 민법 제778조 등과 호주제의 관계

헌법재판소는 심판대상이 된 법률조항의 위헌 여부만을 판단한다. 그런데 어떤 법률조항은 법률 내에서 고립하여 존재하는 것이 아니라, 다른 법률조항들을 전제로 하거나 조건으로 하기도 하고, 다른 법률조항들과 결부하여 하나의 법률효과를 지향하기도 한다. 그러한 법률조항의 의미와 기능은 체계적 관련성 속에서만 올바르게 이해될 수 있다. 특히 민법 제778조와 같이 어떤 법제도의 근거조항인 경우 더욱 그러하다. 호주제는 민법 제4편 제2장 ‘호주와 가족’을 중심으로 한 여러 법률조항들이 그물망처럼 서로 연결되어 구성된 제도이다. 민법 제778조는 그러한 호주제의 근거조항으로서 핵심적 위상을 차지하고 있는 조항이다. 따라서 민법 제778조는 호주제와의 관련성을 떠나서는 고립적으로 그 위헌 여부를 제대로 판단할 수 없다.

한편 민법 제781조 제1항 본문 후단 및 제826조 제3항 본문 또한 호주제의 골격을 구성하는 주요 법률조항들이고 민법 제778조와도 불가분의 밀접한 관계에 있다.

그렇다면 이 사건 심판대상조항들의 위헌 여부는 결국 호주제라는 제도 자체의 위헌 여부로 귀착된다고 할 것이므로, 이 사건에서는 호주제 전반의 내용, 위헌 여부를 살펴보고 이와 결부시켜서 심판대상조항들의 위헌 여부를 판단함이 상당하다.

(2) 호주제의 개념

호주제의 개념을 정의한 법률조항은 따로 없다. 호주제란 민법 제4편 제2장 ‘호주와 가족’, 동편 제8장 ‘호주승계’를 중심으로 일정한 법률조항들을 묶어, 이러한 법률조항들의 연결망이 형성하는 법적 상태를 지칭하는 말이나, 민법의 개별조항들이 담고 있는 내용들을 종합하여 보면 결국 ‘호주제’란 ‘호주를

정점으로 가(家)라는 관념적 집합체를 구성·유지하고, 이러한 가를 원칙적으로 직계비속남자에게 승계시키는 제도'라고 집약하여 정리할 수 있고, 이를 달리 말하여 보면 남계혈통을 중심으로 가족집단을 구성하고 이를 대대로 영속시키는데 필요한 여러 법적 장치라고도 할 수 있다. 호주제가 단순히 집안의 대표자를 정하여 이를 호주라는 명칭으로 부르고 호주를 기준으로 호적을 편제하는 제도는 아니다.

(3) 호주제의 구성요소

호주제를 위와 같이 정리한다면 결국 호주제의 핵심적인 구성요소는 '가(家)의 구성'과 '호주승계'라고 할 수 있다.

(가) 가(家)의 구성

민법은 가(家)의 개념을 여러 곳에서 사용하면서도 정의규정은 두고 있지 않다. 그러나 민법 제778조와 제779조 및 기타 관련조항을 모아 보면 가란 원칙적으로 호주와 가족으로 구성됨을 알 수 있다. 호주란 "일가(一家)의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자"를 말하고(민법 제778조), 가족이란 "호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 민법의 규정에 의하여 그 가에 입적한 자"를 말한다(민법 제779조). 자(子)는 부가(父家)에 입적하고(민법 제781조 제1항 본문 후단), 처는 부(夫)의 가에 입적한다(민법 제826조 제3항 본문). 이러한 조항들을 통하여 호주와 가족으로 이루어지는 가의 기본형이 구성된다. 모든 국민은 호주 또는 가족으로서 반드시 어떤 가에 속하게 된다.

가는 호주를 중심으로 하여 호주와 가족이라는 신분관계로 상호간에 연결된 관념적인 가족단체로서, 현실생활공동체와는 무관하다. 망부의 장남자로서 호주의 지위를 승계한 가상의 인물 갑(甲)의 예를 들어 보면, 갑이 가족을 떠나 다른 곳에서 내연의 처와 동거하고 있더라도, 혹은 갑의 장남자인 을(乙)이 그의 처와 아들을 데리고 나와 독립가계를 꾸리고 있더라도 이들은 법률상 여전히 같은 가에 귀속되며, 호주는 여전히 갑이다.

이러한 가의 구성은 법률상 강제된다. 이 법률상 강제의 대표적인 내용을 신분당사자별로 나누어 살펴보면, 첫째, 민법 제778조의 요건이 충족되면 본인의 의사와 무관하게 법률상 당연히 호주로 된다. 둘째, 장남자가 아닌 남자는 혼인하면 일가를 따로 거느리고 호주가 된다(민법 제778조, 제789조). 그러나 여자가 혼인하면 민법 제826조 제3항에 따라 '친정의 가족'에서 '남편이 호주인 가의 가족' 또는 '시가의 가족'으로 신분관계가 변동된다. 셋째, 자녀가

출생하면 당연히 부가(父家)에 입적한다(민법 제781조 제1항 본문 후단). 이 혼한 여자가 자녀의 친권자와 양육자로 지정되어 자녀를 보살피며 생활공동체를 이루더라도 그 자녀는 어머니와 가를 이루지 못하고 여전히 아버지가 호주인 가의 가족으로 남는다.

이와 같이 호주제는 호주를 정점으로 가를 구성하며, 가족원은 평등하고 독립된 인격체로서 파악되는 것이 아니라 호주의 배우자, 호주의 혈족, 호주의 혈족의 배우자와 같은 식으로 호주와의 관계자로서만 파악된다(민법 제779조). 호주제는 호주를 가의 중심적 지위에 두고 가족원을 주변적 지위에 배치하여 놓고 있다. 그러므로 호주의 변경이 있는 경우에는 전 호주의 가족은 신 호주의 가족이 된다는 민법 제780조의 규정은 호주제의 당연한 귀결이라 하겠다.

(나) 호주의 권한과 의무

구 민법상 호주는 가 내부에서 상당한 권한을 행사할 수 있었으나, 1990년의 민법개정으로 그 권한이 대폭 축소되었다. 현재 호주의 권한은 다음과 같다.

첫째, 가족의 거가(去家)에 대한 동의권. 가족이 그 모의 재혼가에 입적할 경우 종래의 호주는 거가에 대한 동의권을 가진다(민법 제784조 제2항).

둘째, 직계혈족을 입적시킬 권한. 호주는 타가의 호주 아닌 자기의 직계존속이나 직계비속을 자신의 가에 입적시킬 수 있다(민법 제785조).

셋째, 친족회에 관한 권한. 가정법원에 대하여 친족회 소집을 청구할 권한(민법 제966조), 친족회에 출석하여 의견을 개진할 수 있는 권한(민법 제968조), 친족회의 결의에 갈음할 재판을 청구할 권한(민법 제969조), 친족회의 결의에 대한 이의의 소를 제기할 권한(민법 제972조).

넷째, 폐가할 수 있는 권한. 일가창립 또는 분가로 인하여 호주가 된 자는 타가에 입양하기 위하여 폐가할 수 있고(민법 제793조), 여(女) 호주는 혼인하기 위하여 폐가할 수 있다(민법 제794조).

구 민법은 호주에 대하여 가족부양의무를 지우고 있었으나(제797조), 1990년 개정 시 삭제되었다.

이와 같이 1990년의 민법 개정으로 호주의 권한은 매우 빈약하게 되었고, 호주의 의무는 전혀 없게 되었다. 여기서 호주의 가부장적 권한이 거의 삭제되었으므로 호주제는 실질적으로 형해화된 것이고, 상징적인 의미만 있는 것이 아니냐는 의문이 있을 수 있다. 그러나 아직도 거가동의권, 직계혈족 입적권과 같은 권리가 유보되어 있다는 점은 차치하더라도, 강제적 가의 구성과

이에 수반되는 가족관계의 강제형성, 가의 승계라는 호주제의 요소는 엄존하고 있고, 이는 상징적인 의미만 지니는 것이 아니라 민사실체법적 효과를 지니고 있다. 가장 대표적인 사례만 보더라도, 여자가 혼인하면 친가의 가족에서 시가 또는 부가(夫家)의 가족으로 신분이 전환되고, 자녀가 이혼한 모를 따라 재혼가정에서 가족공동체를 꾸리고 있더라도 재혼 부가(夫家)의 가족이 될 수 없으며, 호주의 장남자가 사망하고 그 처와 자녀들이 시가와와는 별도로 완전히 독립된 생활공동체로 살아가더라도 그 처를 중심으로 한 독립적인 가족관계를 따로 형성하지 못하고 여전히 그 처의 시아버지이자 그 자녀들의 할아버지인 호주와의 가족관계에 얽매이게 된다. 신분관계를 이와 같이 강제로 변화시키기도 하고 변화를 방해하기도 하는 것은 엄연한 법적 효과이다.

(다) 호주의 승계(가의 영속성)

민법 제980조는 호주가 사망한 때 등의 경우에 호주승계가 되도록 규정하고 있으며, 민법 제778조는 일가의 계통을 계승한 자는 호주가 된다고 규정하고 있다. 여기서 일가의 계통의 계승이란 곧 호주승계에 다름 아니다.

그런데 민법 제984조는 호주승계의 순위를, ① 직계비속남자 ② 가족인 직계비속여자 ③ 처 ④ 가족인 직계존속여자 ⑤ 가족인 직계비속의 처로 정하고 있다. 즉, 사망한 전 호주의 아들, 손자, 미혼의 딸, 처, 어머니, 며느리 순으로 되어 있어 철저히 남성우월적 서열을 매기고 있음을 알 수 있다.

이와 같은 호주승계제도를 통하여 가는 그 구성원의 사망, 혼인, 분가 등에도 불구하고 부단히 후세에 이어지게 되어 그 영속성이 보장되는바, 그 기초에는 남계혈통은 계승되어야 한다는 관념이 놓여 있다.

구 민법은 호주의 직계비속장남자의 임의분가를 금지하고(제788조 제1항 단서), 호주상속권은 이를 포기하지 못하도록 함으로써(제991조), 호주라는 법적 지위를 강제로 승계시키고 있었다. 그러나 현행 민법은 호주의 직계비속장남자의 임의분가도 허용하고(민법 제788조 제1항), 호주승계권의 포기를 허용함으로써(민법 제991조) 강제적 호주승계의 제도는 해소되었다. 그러나 호주승계순위의 남성우월로 인하여 실제 직계비속남자들 모두(예컨대, 형제들 모두 또는 아들·손자 모두) 호주승계권을 포기하지 않는 한 호주의 지위는 남자에 의해 승계되므로, 호주승계포기조항으로 인하여 남계혈통의 계승이라는 호주제도 본래의 취지와 기능에 큰 변화가 생겼다고는 평가하기 어렵다.

나. 헌법과 전통

호주제를 비롯한 가족제도에 관하여는 그것이 민족의 역사와 문화에 뿌리

박은 전통이므로 이를 함부로 합리성의 잣대로 평가하거나 남녀평등의 도식으로 재단하여서는 아니 되고, 그와 같이 하였을 경우 규범과 국민들의 의식간에 괴리만 부채질하게 된다는 논리가 있을 수 있다. 그러므로 헌법과 전통, 헌법과 가족법간의 관계에 관하여 살펴본다.

(1) 헌법과 가족법

헌법은 모든 국가질서의 바탕이 되고 한 국가사회의 최고의 가치체계이므로 다른 모든 법적 규범이나 가치보다 우선하는 효력을 가진다는 점에 대하여는 이론이 있을 수 없다. 헌법은 한 국가의 최고규범으로서 입법·행정·사법과 같은 모든 공권력의 행사가 헌법에 의한 제약을 받는 것은 물론, 사법(私法)상의 법률관계도 직·간접적으로 헌법의 영향을 받게 된다. 헌법재판소는 일찍이 “헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다.”고 설파한바 있다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205).

가족제도는 민족의 역사와 더불어 생성되고 발전된 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있기는 하나, 그렇다고 하여 가족제도나 가족법이 헌법의 우위로부터 벗어날 수 있는 특권을 누릴 수 없다. 만약 이것이 허용된다면 민법의 친족상속편에 관한 한 입법권은 헌법에 기속되지 않으며, 가족관계의 가치질서는 헌법의 가치체계로부터 분리될 수 있다는 결론에 이르게 되는데 이것이 입헌민주주의에서 용납될 수는 없다.

만약 헌법이 가족생활이나 가족제도에 관하여 중립적인 태도를 취하고 있다면 다른 헌법규정과 저촉되지 않는 한 전통적 가족제도는 가급적 존중함이 바람직할 것이다. 그러나 헌법이 가족생활에 관하여 중립을 지키지 않고 스스로 어떤 이념·가치, 제도를 채택하고 있다면 그것이 가족생활·가족제도에 관한 최고규범이 되어야 함은 물론이다. 오늘날 헌법은 가족생활관계도 이를 단순히 사인(私人)간의 사적 문제로만 파악하지 않고 그것이 국민생활 내지 국가생활의 한 요소가 될 수 있다는 것을 인정하고 이를 헌법사항에 포함시키기에 이르렀다. 그리하여 오늘날 많은 국가의 헌법에서 가족생활관계에 대해서도 그 근본이 되는 원칙을 헌법의 한 내용으로 다루고 있다. 우리 헌법도 제36조 제1항에서 혼인과 가족생활에 관한 규정을 두고 있다.

특히 정치·사회적 변혁기에 새로운 정치·사회질서, 새로운 가치와 이념을 지향하면서 제정된 헌법(우리의 제헌헌법이 이에 해당한다)의 경우, 헌법

에 부합하지 않는 전래의 제도를 헌법에 맞게 고쳐나가라는 헌법제정권자의 의사가 표출되기도 한다. 물론 이 과정에서 국민의 법감정이나 정서와 헌법규범간의 괴리현상이 나타날 수 있다. 새로운 헌법이념의 채택에도 불구하고 고래로부터 이어져 온 의식은 쉽게 변하지 않을 수 있기 때문이다. 그러나 가족법의 역할은 사회현상이나 국민의 법감정을 단순히 반영하는데 그치는 것이 아니다. 공동체의 최고가치질서인 헌법이념을 적극적으로 계도하고 확산시키는 역할 또한 가족법의 몫이다. 그런데 가족법이 이러한 역할을 수행하기는커녕 헌법이념의 확산에 장애를 초래하고, 헌법규범과 현실과의 괴리를 고착시키는데 일조하고 있다면 그러한 가족법은 수정되어야 한다.

(2) 전통과 민주적 가족제도 : 헌법 제9조와 제36조 제1항의 관계

헌법 전문은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민”을 강조하고 있으며, 헌법 제9조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 한편 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 여기서 헌법 제9조와 제36조 제1항간의 관계를 어떻게 설정할 것인지, 어떻게 조화롭게 해석할 것인지 문제되는데, 그 해답의 단초는 헌법 제36조 제1항의 특별한 입헌취지에 더하여 전통 내지 전통문화의 헌법적 의미를 조명하는 데에서 찾을 수 있다.

헌법 제36조 제1항의 연혁을 살펴보면, 제헌헌법 제20조에서 “혼인은 남녀동권(男女同權)을 기본으로 하며, 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”고 규정한 것이 그 시초로서, 헌법제정 당시부터 평등원칙과 남녀평등을 일반적으로 천명하는 것(제헌헌법 제8조)에 덧붙여 특별히 혼인의 남녀동권을 헌법적 혼인질서의 기초로 선언한 것은 우리 사회 전래의 혼인·가족제도는 인간의 존엄과 남녀평등을 기초로 하는 혼인·가족제도라고 보기 어렵다는 판단 하에 근대적·시민적 입헌국가를 건설하려는 마당에 종래의 가부장적인 봉건적 혼인질서를 더 이상 용인하지 않겠다는 헌법적 결단의 표현으로 보아야 할 것이다. 이러한 헌법의 의지는 1980년 헌법에서 더욱 강화되었다. 양성평등 명령이 혼인관계뿐만 아니라 모든 가족생활로 확장되었고, 양성평등에 더하여 개인의 존엄까지 요구하였다. 여기에 현행 헌법은 국가의 보장무를 덧붙임으로써 이제 양성평등과 개인의 존엄은 혼인과 가족제도에 관한 최고의 가치규범으로 확고히 자리잡았다.

한편, 헌법 전문과 헌법 제9조에서 말하는 ‘전통’, ‘전통문화’란 역사성과 시

대성을 띤 개념으로 이해하여야 한다. 과거의 어느 일정 시점에서 역사적으로 존재하였다는 사실만으로 모두 헌법의 보호를 받는 전통이 되는 것은 아니다. 전통이란 과거와 현재를 다 포함하고 있는 문화적 개념이다. 만약 전통의 근거를 과거에만 두는 복고주의적 전통개념을 취한다면 시대적으로 특수한 정치적·사회적 이해관계를 전통이라는 이름 하에 보편적인 문화양식으로 은폐·강요하는 부작용을 낳기 쉬우며, 현재의 사회구조에 걸맞는 규범 정립이나 미래지향적 사회발전을 가로막는 장애요소로 기능하기 쉽다. 헌법재판소는 이미 “헌법 제9조의 정신에 따라 우리가 진정으로 계승·발전시켜야 할 전통문화는 이 시대의 제반 사회·경제적 환경에 맞고 또 오늘날에 있어서도 보편타당한 전통윤리 내지 도덕관념이라 할 것이다.”(헌재 1997. 7. 16. 95헌가 6등, 판례집 9-2, 1, 19)고 하여 전통의 이러한 역사성과 시대성을 확인한바 있다.

따라서 우리 헌법에서 말하는 ‘전통’ ‘전통문화’란 오늘날의 의미로 재해석된 것이 되지 않으면 안 된다. 그리고 오늘날의 의미를 포착함에 있어서는 헌법이념과 헌법의 가치질서가 가장 중요한 적도의 하나가 되어야 할 것임은 두 말할 나위가 없고 여기에 인류의 보편가치, 정의와 인도의 정신 같은 것이 아울러 고려되어야 할 것이다. 따라서 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다는 자명한 한계가 도출된다. 역사적 전승으로서 오늘의 헌법이념에 반하는 것은 헌법 전문에서 타과의 대상으로 선언한 ‘사회적 폐습’이 될 수 있을지언정 헌법 제9조가 ‘계승·발전’시키라고 한 전통문화에는 해당하지 않는다고 보는 것이 우리 헌법의 자유민주주의원리, 전문, 제9조, 제36조 제1항을 아우르는 조화적 헌법해석이라 할 것이다.

결론적으로 전래의 어떤 가족제도가 헌법 제36조 제1항이 요구하는 개인의 존엄과 양성평등에 반한다면 헌법 제9조를 근거로 그 헌법적 정당성을 주장할 수는 없다.

다. 호주제의 위헌성

(1) 양성평등원칙 위반

(가) 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서 양성의 평등대우를 명하고 있으므로 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 금지되고, 성질상 오로지 남성 또는 여성에게만 특유하게 나타나는 문제의 해결을 위하여 필요

한 예외적 경우에만 성차별적 규율이 정당화된다. 과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않는다.

호주제는 남계혈통을 중심으로 인위적 가족집단인 가를 구성하고 이를 승계한다는 것이 그 본질임은 위에서 본바와 같다. 인위적 가족집단인 가를 구성·유지하는 것이 정당한지 여부를 차치하고서, 남계혈통 위주로 가를 구성하고 승계한다는 것은 성에 따라 아버지와 어머니를, 남편과 아내를, 아들과 딸을, 즉 남녀를 차별하는 것인데, 이러한 차별을 정당화할 만한 사유가 없다.

송조(崇祖)사상, 경로효친, 가족화합과 같은 전통사상이나 미풍양속의 보존을 위하여 호주제를 존치하여야 한다는 견해도 있을 수 있으나, 그러한 것은 문화와 윤리의 측면에서 얼마든지 계승, 발전시킬 수 있다. 호주제를 유지한다고 하여 그러한 전통문화나 미풍양속이 저절로 배양되는 것도 아니고, 호주제를 폐지한다고 하여 그러한 것이 저절로 폐기되는 것도 아니다.

호주제의 남녀차별은 가족 내에서의 남성의 우월적 지위, 여성의 종속적 지위라는 전래적 여성상에 뿌리박은 차별로서 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별에 지나지 않는다.

(나) 호주승계 순위의 차별

민법 제778조는 민법 제984조와 결합하여 호주 지위의 승계적 취득에 있어 철저히 남성우월적 서열을 매김으로써 남녀를 차별적으로 취급하고 있다. 남자라는 이유만으로 어머니와 누나들을 제치고 아들이, 또한 할머니, 어머니를 제치고 유아인 손자가 호주의 지위를 차지하게 된다. 미혼의 딸도 아들이나 손자가 없을 경우에는 호주가 될 수 있으나, 나중에 혼인하게 되면 남편 또는 시아버지가 호주인 가의 가족원으로 입적되므로 평생을 미혼으로 지내지 않는 한 호주의 지위를 계속 유지한다는 것은 불가능하다. 호주제는 모든 직계 비속남자를 정상적 호주승계자로 놓고 고안된 제도이며, 여자들은 남자들이 없을 경우 일시적으로 가를 계승시키기 위하여 보충적으로 호주 지위가 주어지는 잔여범주로서 존재하는 것이다.

(다) 혼인 시 신분관계 형성의 차별

혼인이란 남녀가 평등하고 존엄한 개인으로서 자유로운 의사의 합치에 의하여 생활공동체를 이루는 것이어야 하므로 부부관계라는 생활공동체에 있어 남녀는 동등한 지위를 유지하여야 한다. 그런데 민법 제826조 제3항 본문에 의하여 여자는 혼인하면 법률상 당연히 부(夫)의 가에 입적하게 되는데, 이

조항은 민법 제789조와 결합하여 다음과 같은 법률효과를 일으킨다.

첫째, 부(夫)가 호주의 직계비속장남자인 경우에, 부는 법정분가하지 않고 그대로 자신의 가에 머무는 반면, 처는 종래 소속되어 있던 자신의 가를 떠나 부의 가의 새로운 가족원이 된다(대개의 경우 친정아버지가 호주인 가에서 시아버지가 호주인 가로의 전입을 의미한다).

둘째, 부(夫)가 호주의 직계비속장남자가 아닌 경우에, 부는 법정분가하면서 새로운 가의 호주가 되는 반면, 처는 부의 가에 입적되므로 입부혼을 제외하고는 그 가의 가족원이 될 뿐 호주지위를 획득할 수 없다. 부부는 혼인관계의 대등한 당사자로서 부부공동체에 있어 동등한 지위와 자격을 누려야 할 것임에도 불구하고 이러한 처의 입적제도는 처의 부에 대한 수동적·종속적 지위를 강제한다.

처의 입적제도는 호주승계에 있어서 여자의 열등적 지위와 결합하여 여성으로 하여금 어려서는 아버지(때로는 오빠 또는 남동생)의 가에, 혼인하여서는 남편의 가에, 늙어서는 아들의 가에 귀속토록 하고 있는데, 이는 여성에 대한 봉건적 삼종지의(三從之義)의 한 모습을 오늘날에 재현하고 있는 것이라 할 수 있을지언정 개개의 여성을 존엄한 독립적 인격체로서 존중하라는 헌법 제36조 제1항에서 예정하고 있는 여성의 모습과는 거리가 멀다.

실제 처의 입적이라는 법률적 제도가 사회심리적으로 미치는 영향은 매우 광범위하고 깊다. 법률적으로는 단순히 소속 가의 변경에 불과하지만, 이것이 여성의 사회적 지위에 대한 인식에 미치는 상징적, 심리적 의미는 매우 중대하다. 혼인과 동시에 ‘호적을 파서’ 남편의 호적으로 옮긴다는 것은 이제 친정과의 결별이자 시가의 일원으로 편입되었다는 것에 대한 공식적인 확인의 의미를 지닌다. 실제 많은 여자들이 혼인신고 시에 정체성의 혼돈·상실이라는 경험을 겪는다고 한다. 그러한 공식적 확인을 통해 가족구성원의 인식과 심리에 이제 혼인한 여자는 ‘출가외인(出嫁外人)’으로 내면화되고, 가족관계에 있어 시대와 친정이라는 이분법적 차별구조가 정착된다. 가족관계에 대한 이러한 인식과 양상은 당연히 남아선호라는 병폐와 연결되고, 사회적 관계어로 확장되었을 때에는 남성우위·여성비하의 사회적 풍토를 조성·유지하게 된다.

민법 제826조 제3항 단서는 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부(夫)가 처의 가에 입적할 수 있도록 하고 있지만(이른바 입부혼), 이러한 제도를 두었다 하여 본문조항의 남녀차별성이 상쇄될 수 없다. 현실적으로 입부혼이 거의 행해지고 있지 않을 뿐 아니라(통계를 보면 2000년도 보통의 혼인

신고는 368,151건, 처가입적 혼인신고는 24건, 1999년도의 경우 전자는 398,040건, 후자는 34건, 1998년도의 경우 전자는 396,206건, 후자는 6건임을 알 수 있다), 법률적으로도 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때로 한정하고 있는 점, 처가에의 입적 여부를 부가 자유롭게 결정할 수 있게 한 점에서 처의 부가(夫家)입적의 경우와는 분명히 차별적 취급을 하고 있는 것이다. 보다 본질적으로 보면 입부혼 또한 가계계승의식의 발현으로서, 부계혈통계승의 영속화를 위해 1회적·잠정적으로 모계를 활용하는 편법에 불과하다.

(라) 자녀의 신분관계 형성의 차별

1) 부가입적(父家入籍)원칙의 문제

민법 제781조 제1항 본문 후단은 “자는 …… 부가에 입적한다.”고 규정하고 있다. 이 조항에 따라 혼인중의 자(子)는 출생에 의하여 당연히 부가(父家)에 입적한다. 입부혼(入夫婚)의 경우에는 반대로 부부간의 자는 모가(母家)에 입적한다(민법 제826조 제4항). 부가 외국인인 때에도 모가에 입적한다(민법 제781조 제1항 단서). 혼인외의 자는 부가 인지함으로써 부가에 입적한다. 부의 인지가 없는 혼인외의 자는 모가에 입적한다(민법 제781조 제2항).

이와 같이 현행 민법은 극히 예외적 경우를 제외하고는 자를 부가에 입적하는 것으로 규정하고 있다.

자녀가 태어나면 당연히 부가(父家)에 입적된다는 것은 그 자체로 가의 존재를 전제로 하여 자녀를 부계혈통만을 잇는 존재로 간주하겠다는 부계혈통우위의 사고에 기초한 것인데, 이는 자녀가 부모의 양계혈통을 잇는 존재라는 자연스럽고 과학적인 순리에 반하며, 부에 비하여 모의 지위를 열위에 둠으로써 부당히 차별하는 것이다. 모가에 입적할 수 있는 예외적 규정을 두고 있지만 이는 모두 부가로의 입적이 불가능한 경우로 한정되어 그 범위가 너무 협소하므로 원칙적인 남녀차별성을 치유할 수 없다.

자를 부가에 입적시킨다는 이 민법조항의 본질적인 의의는 단순히 호적법상 호적편제의 기준에 그치는 것이 아니라 남계혈통을 통한 가의 계승이라는 호주제의 관철에 있다. 대부분 호주의 지위를 겸하고 있는 부의 가에 자녀를 편입시키는 것은 ‘호주 중심의 가의 구성’을 위한 불가결의 요소를 이루며, 또한 ‘후손을 통한 가의 계승’이라는 호주제의 또 다른 내용을 실현하기 위한 전제가 된다.

2) 부모가 이혼한 경우의 문제

자(子)에 대한 신분법적 규율은 첫째로, 자의 복리향상에 그 목적을 두어야

하고, 둘째, 가능한 한 친자관계 당사자의 자율적 결정을 존중하는 것이어야 한다. 그런데 일률적으로 자를 부가(父家)에 입적하도록 함으로써 부모가 이혼한 경우에 대단히 심각한 문제가 야기된다. 부모가 이혼한 경우에는 모가 자녀를 양육하는 경우가 훨씬 더 많으며, 우리 사회의 이혼율 증가와 더불어 이혼 후 모가 자녀와 함께 사는 모자가정의 수가 점점 더 늘어나고 있다.

그런데 현실적으로 모(母)가 자녀의 친권자와 양육자로 지정되어 생활공동체를 형성하더라도 자녀는 민법 제781조 제1항 본문 후단에 따라 여전히 부(父)의 호적에 남아 있게 된다. 즉, 법적인 가족관계는 부자간에 있을 뿐이지, 모자간에는 존재하지 않는다. 단지 부(夫)의 혈족 아닌 처의 직계비속만이 친가복적이나 일가창립을 통하여 모와 동적(同籍)할 수 있을 뿐이다(민법 제787조 제1항).

그리하여 부의 양육권 포기, 재혼 등으로 부와 자녀간의 교류가 전혀 단절되어 있더라도, 자녀학대, 성추행, 폭행 등으로 가정파탄의 원인을 부가 제공한 경우에도, 당사자인 자녀가 아무리 부가를 떠나 모가에의 입적을 원하더라도, 부 스스로 자녀의 모가입적을 분명히 원하는 경우에도 그 자녀는 여전히 부가에 소속되고 그 부가 자녀들의 호주가 된다. 반면 모는 주민등록상의 '동거인'에 불과하게 된다. 모와 자녀가 현실적 가족생활대로 법률적 가족관계를 형성하지 못하여 비정상적 가족으로 취급됨으로써 사회생활을 하는데 여러모로 불편할 뿐 아니라 극심한 정신적 고통을 겪게 된다. 이러한 결과는 헌법에 반함은 물론 오늘날의 가족현실에도 전혀 부합하지 않는다.

3) 인수입적(引收入籍)의 문제

처가 부(夫)의 혈족이 아닌 직계비속을 가에 입적시키려면 부의 동의가 있어야 하며, 이 경우에 그 직계비속이 타가(他家)의 가족인 때에는 그 호주의 동의를 얻어야 한다(민법 제784조). 그리하여 이혼 후 자녀를 양육하여 오다가 재혼한 처가 전부(前夫) 소생의 자녀들과 함께 살더라도 재혼한 부(夫)의 동의가 없으면 자녀들과 각기 다른 가의 구성원이 될 수밖에 없다. 설령 재혼한 부가 동의하더라도, 전부(前夫)가 동의하지 않으면 자녀들은 전부(前夫)의 가를 떠날 수 없다.

재혼을, 특히 여성의 재혼율이 점차 높아지고 있는 상황에서 이런 문제 또한 심각한 사회문제로 대두되고 있다.

부(夫)가 처의 혈족이 아닌 직계비속을 입적함에는 처의 동의라는 제한이 없는데 비하여, 처의 경우 위와 같은 제한을 둔 것은 부계혈족 아닌 혈족의

부가(夫家)입적을 제한하려는 것이고(제784조 제1항의 경우), 또한 가계계승을 고려한 것으로서(동조 제2항의 경우) 역시 남계혈통만을 중시하는 호주제의 정신과 맞닿아 있다.

4) 미혼모의 경우의 문제

미혼모가 자녀를 출산한 경우 부가 인지하지 않으면 모가에 입적한다(민법 제781조 제2항). 그러나 생부가 인지하면 모나 자녀의 의사에 상관없이 부의가에 입적된다. 생부가 모와 혼인할 의사가 없고, 자녀를 양육하지도, 그럴 의사가 없더라도 생부의 일방적 행위에 의하여 자녀는 가족관계의 엄청난 변화를 감수하여야 하는데, 이 또한 남성우월적 사고에 터잡은 것이다.

(2) 개인의 존엄 위반

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄을 존중하는 가운데 성립되고 유지되어야 함을 분명히 하고 있다. 혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역이다. 이러한 영역에서 개인의 존엄을 보장하라는 것은 혼인·가족생활에 있어서 개인이 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 혼인과 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 의미이다. 혼인과 가족생활을 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것은 인간의 존엄성을 최고의 가치로 삼고 민주주의원리와 문화국가원리에 터잡고 있는 우리 헌법상 용납되지 않는다. 국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하다(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 445, 446 참조).

따라서 혼인·가족제도가 지닌 사회성·공공성을 이유로 한 부득이한 사유가 없는 한, 혼인·가족생활의 형성에 관하여 당사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것이다.

그런데 호주제는 당사자의 의사와 자결권을 무시한 채 남계중심의 가제도의 구성을 강제하고 이를 유지하기 위하여 신분당사자의 법률관계를 일방적으로 형성한다.

첫째, 대한민국 국민은 예외 없이 호주이든, 가족이든 법률상의 가족단체인에게 소속되어야 한다.

둘째, 개인의 의사에 반하여 호주의 지위를 강제로 부여한다. 호주가 되면가의 대표자로서의 지위, 일가의 계통을 계승하는 자의 지위에 놓이게 되며, 몇 가지 호주로서의 권한도 부여받게 된다. 이는 법률상 무의미한 지위라고

할 수 없다. 그런데 민법 제778조의 요건이 충족되면 본인의 의사와 무관하게 법률상 당연히 호주로 되어, 자신과 가족에 관하여 의미있는 신분법상의 지위를 강요당하게 된다(다만, 승계취득의 경우 적극적으로 포기권을 행사한다면 호주의 지위를 면할 수 있다). 당해사건 제청신청인들의 사례는 이러한 문제점을 잘 보여준다. 부부 어느 쪽도 호주가 되길 원치 않았음에도 불구하고 그러한 무호주선택권은 인정되지 않고 혼인으로 인한 법정분가의 효과로 부(夫)에게 호주의 지위가 강제되었던 것이다.

셋째, 모든 개인은 가족 내에서 평등하고 존엄한 개체로서가 아니라 호주와의 관계를 통하여 가족 내의 신분적 지위가 자리매김 된다. 물론 여기에서 호주는 중심적 존재로서, 나머지 가족원은 주변적 존재로서 위계화된 가족질서 내에 배치된다.

이와 같이 호주제는 개인을 독립적 인격체로서 존중하는 것이 아니라 오로지 남계혈통 중심의 가의 유지와 계승이라는 목적을 위한 대상적·도구적 존재로 파악하고 있다. 호주제는 혼인과 가족생활 당사자의 복리나 선택권을 무시한 채 가의 유지와 계승이라는 관념에 뿌리박은 특정한 가족관계의 형태를 법으로써 일방적으로 규정하고 강요하는 것인데, 이는 혼인과 가족생활에서 개인의 존엄을 존중하라는 헌법 제36조 제1항의 요구에 부합하지 않는다.

(3) 변화된 사회환경과 가족상(家族像)

부계혈통주의에 입각한 가부장적 가족제도가 우리 민족 전래의 가족제도임을 인정하고, 호주제가 그러한 가족제도와 일정한 연관성을 가진다고 가정하더라도 호주제가 성립·유지될 수 있었던 사회적 배경은 오늘날 더 이상 존재하지 않는다.

조선 후기에 이르러 확산된 부계혈통주의에 입각한 가부장적 가족제도의 이념적 배경은 중법사상과 성리학이라 할 것인바, 이것이 오늘날의 우리 사회를 직접 이끌어가는 지도적 이념이나 원리라고 하기는 어렵고, 따라서 그에 기초한 가족제도 또한 오늘날 현대가족의 표준이 되기 어렵다.

조선후기와는 사회·경제적 환경도 완전히 바뀌었다. 가부장제의 경제적 토대는 농경사회였다. 그런데 20세기 중반에 본격적으로 시작된 산업화의 진전은 우리 사회를 크게 변모시켰다. 농업중심사회에서 산업사회로의 이행이라고 표현할 수 있는 생산관계의 변화는 경제뿐만 아니라 사회·정치·문화 등 모든 면에서 변화를 초래하였다. 도시화의 진전, 핵가족의 정착으로 가족공동체의 모습과 생활원리가 판이하게 달라졌고, 대중교육의 발달, 여성의 사

회진출 증가는 개인의 자유의식, 여성의 인권의식을 신장시켰다.

오늘날 가족이란 일반적으로 부모와 미혼자녀로 구성되는 현실의 생활공동체를 의미하는 것으로 인식되고 있고, 대부분의 가족이 그러한 소가족의 형태를 띠고 있다. 가족의 기능이나 가족원의 역할분담에 대한 의식도 현저히 달라졌고 특히 남녀평등관념이 정착되고 있다. 이제 가족은 한 사람의 가장(호주)과 그에 복속하는 가족(家屬)으로 분리되는 권위주의적인 조직이 아니며, 가족원 모두가 인격을 가진 개인으로서 존중되는 민주적인 관계로 변화하고 있다. 부부의 관계는 물론 부모와 자녀의 관계도 대화와 상호 존중의 원리에 의해 형성·유지되어야 한다는 관념이 확산되고 있다.

한편, 사회의 분화에 따라 가족의 형태도 매우 다변화되고 있다. 부모와 자녀로 구성되는 전형적 가족뿐 아니라 자녀가 없는 부부만의 가족, 모와 자녀로 구성되는 가족, 재혼부부와 그들의 전혼소생자녀들로 구성되는 가족들도 많다. 할아버지부터 손자녀까지 같이 사는 3세대이상 가구는 급격히 감소하고 있다. 여성의 경제력 향상, 이혼율 증가 등으로 여성이 가구주로서 가장의 역할을 맡는 비율이 점증하고 있다.

호주제와 가계도는 이러한 오늘날의 현실적 가족의 모습과 더 이상 조화되지 않으며 그 존립기반이 이렇게 무너진 지금 호주제를 더 이상 존치할 필요는 없다고 할 것이다.

호주제라는 법률제도를 폐지한다 하여 숭조(崇祖)사상, 경로효친과 같은 전통문화나 미풍양속이 더불어 폐기되는 것이 아니며, 가문이 무너지거나 혈통의 뿌리가 사라지는 것도 아니다. 개인의 혈통이나 가계의 전승은 족보를 통하여 충분히 그 목적을 달성할 수 있고, 숭조사상, 경로효친과 같은 미풍양속은 사회·문화·윤리의 문제로서 호주제라는 법제도와 무관하게 얼마든지 유지·발전시킬 수 있음을 분명히 하여 둔다.

라. 심판대상조항들의 위헌성

이상 살펴본 바와 같이 호주제는 헌법 제36조 제1항에 위반된다. 심판대상조항인 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문은 호주제의 핵심적 구성부분을 이루는 법규범이다. 위 법률조항들은 혹은 독자적으로 혹은 서로 결부하여, 혹은 다른 호주제 관련조항들과의 체계적 연관성을 통하여 호주제를 존속시키며 구체적으로 실현시키고 있으므로 위에서 본바와 같은 호주제가 지닌 위헌성을 심판대상조항들은 고스란히 지니고 있다.

결론적으로, 민법 제778조는 당사자의 의사와 자결권을 외면한 채 법률로

호주의 지위를 강요한다는 점에서 개인의 존엄에 반할 뿐만 아니라 호주 지위의 획득에 있어 남녀를 차별하고 있으며, 민법 제781조 제1항 본문 후단 및 민법 제826조 제3항 본문은 당사자의 의사와 자율적 선택권을 무시한 채 혼인 및 자녀에 관한 신분관계를 일방적으로 형성한다는 점에서 개인의 존엄에 반하고 나아가 정당한 이유 없이 남녀를 차별한다.

이상과 같은 이유로 심판대상조항들은 헌법에 위반된다.

다. 헌법불합치 결정의 선택

심판대상조항들은 호주제의 골격을 이루며 호주제와 불가분의 일체를 이루는 핵심요소이므로 이 조항들이 위헌으로 되면 호주제 및 가제도도 더 이상 존속하기 어렵다. 위헌결정으로 호주제가 폐지되면 호주를 기준으로 가별로 편제토록 되어 있는 현행 호적법이 그대로 시행되기 어려워, 신분관계를 공시·증명하는 공적 기록에 큰 공백이 생긴다. 이러한 법적 상태는 신분관계의 중요한 변동사항을 호적이 따라가지 못하는 것으로서 중대한 법적 공백을 의미한다. 호주제를 전제하지 않는 새로운 호적정리체계로 호적법을 개정하는 데에는 일정한 시간이 소요되는 반면, 그 동안 국민들의 신분관계의 변동사항을 방지할 수는 없으므로 부득이 헌법불합치결정을 선고하면서 호적법 개정 시까지 심판대상조항들을 잠정적으로 계속 적용케 하는 것이 필요하다. 입법자는 조속히 호적법을 개정하여 위헌인 호주제의 잠정적인 지속을 최소화할 의무가 있다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 아래 5.와 같은 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견·아래 6.과 같은 재판관 김영일의 위 반대의견에 대한 별개의견과 아래 7.과 같은 재판관 김효종의 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견

다수의견은 호주제 자체가 헌법 제36조 제1항에 위반된다고 한 다음, 호주제의 핵심적 구성부분으로서 호주제가 지닌 위헌성을 고스란히 지니고 있는 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단 및 제826조 제3항 본문도 모두 위헌이라고 한다.

그런데 우리는 호주제가 헌법에 위반된다는 다수의견에 대하여 반대하므로, 다음과 같은 반대의견을 밝히기로 한다.

가. 호주제의 의의와 호주의 지위

호주제란 호주를 중심으로 가(家)를 구성하고, 이러한 가를 원칙적으로 직

계비속남자에게 승계시키는 제도이다. 이러한 호주제는 부계혈통주의(父系血統主義)에 입각한 가의 구성 및 가통의 계승을 위한 제도라는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다.

민법의 제정이래 규정되어 온 호주제는 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 민법을 개정하면서 호주상속제도를 호주승계제도로 하고 호주의 권한을 대폭 축소하는 등 대폭적인 수정이 가하여져, 호주의 권한은 매우 빈약하게 되었고, 호주의 의무는 전혀 없게 되었다.

이와 같이 호주의 가족에 대한 지배권·통제권이 완전히 제거됨으로써 호주는 가장 또는 호주권자로서의 지위를 박탈당하게 되었으나, 호주는 여전히 호적면상의 필두자(筆頭者)로서의 지위는 그대로 보유하고 있다. 원래 호주와 가족간의 권리의무관계를 의미하는 것이었던 호주제는 1990년 민법의 개정으로 가족법상의 권리의무제도로서는 유명무실하게 되었으나, 현행 민법은 이와 같이 호주제에 담겨 있던 권리의무관계를 거의 다 없애면서도 가적의 법정에 관한 규정은 여전히 남겨 두고 있고, 호적법은 그러한 가적을 호적편제의 기준으로 삼고 있기 때문에, 호주제는 호적편제의 기준으로 되는 점에서는 여전히 의미를 가지고 있기 때문이다.

또한 호주의 가통계승자로서의 지위를 확보해 주는 규정이 거의 삭제되고, 호주상속인에게 인정되었던 제사용 재산의 승계권이 제사주제자에게로 옮겨진 점(민법 제1008조의3) 등으로 인하여 호주의 가통계승자로서의 성격이 많이 탈색되었으나, 호주승계제도가 있는 이상 호주는 적어도 상징적인 의미의 가통계승자로서의 지위를 여전히 보유하고 있다고 할 수 있다.

나. 우리나라의 전통적 가족제도 및 호적제도

(1) 유사 이래 거의 대부분의 문화권에서 인류의 보편적인 가족제도는 부계주의원리에 의해 형성·유지되어 왔듯이, 우리나라의 경우도 부계혈통주의는 전 역사를 통하여 유지되어온 원칙이었다고 할 수 있고, 부계혈통주의를 기반으로 한 가족제도는 고대에서 시작하여 고려를 거쳐 조선시대에 이르기까지 점진적으로 발전하여 왔다.

우리나라의 전통적 가족제도의 특징은 모계적 요소를 강하게 뺀으로써 여성을 존중하는 비교적 합리적인 부계혈통주의의 모습을 갖고 있었다는 점에서 찾아볼 수 있다.

우리나라에서는 고대 이래 혼인으로 맺어진 두 개의 부계혈족집단(父系血族集團)은 동등한 관계를 형성하여, 여자는 혼인을 하게 되면 부(夫)의 혈족

집단의 구성원의 신분을 취득하되, 본래 자신의 혈족집단의 구성원의 신분을 잃지 않으며, 남자 또한 자신의 혈족집단의 신분을 유지하면서 여자의 혈족집단의 구성원의 신분을 새로이 취득하였다. 즉, 여자는 혼인 후에도 원래의 부계혈족집단의 구성원으로서 신분상·재산상의 지위를 유지하였기 때문에, 여자의 지위는 남자에 비하여 그다지 열등하지 않을 수 있었다.

이러한 모계적 요소로서는 고구려에서 행해진 이래 조선시대에 이르기까지 보편적으로 유지되면서 여성의 지위보장에 큰 역할을 해온 남귀여가혼(男歸女家婚)의 혼인풍습을 들 수 있고, 여자가 혼인을 하더라도 원래의 부계혈족집단의 표지인 부(父)의 성을 그대로 사용하는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

이러한 점은 동서양을 막론하고 부계혈통주의에 따른 가족제도를 형성한 대부분의 나라에서 남성위주의 혼인문화를 발전시켜 왔고, 여자는 혼인을 하게 되면 본래의 성을 변경하여 부(夫)의 성을 사용하도록 하는 것과는 명백히 구별되는 특징이라고 할 수 있다.

이러한 우리의 가족제도의 특징은 고려시대를 거쳐 조선시대 중기까지 이어져 재산상속에 있어서 자녀의 균분상속이 인정되고 조상에 대한 봉사도 자녀가 윤행(輪行)하는 등 여자는 남자와 거의 대등한 지위를 유지할 수 있었다.

그러나 조선시대 중기 이후 점차로 합리적인 부계혈통주의의 모습이 퇴색하면서 남계중심의 완고한 부계혈통주의가 자리잡게 되어 혼인한 여자에게는 본래의 부계혈족집단의 구성원으로서의 신분을 인정하지 않고 그로부터 배제하기 시작하였으며, 이는 필연적으로 친자제도·혼인제도·상속제도 등 가족제도 전반에 커다란 영향을 미쳐 여자의 지위를 몹시 열악하게 변화시키는 결과를 초래하였다.

이로 인하여 조선후기에 접어들면서 가족제도가 점차로 가부장적 성격을 띠기 시작하였으나, 호주는 경국대전 이래 대전회통에 이르기까지 대외적으로는 호적의 필두자로서 국가에 대하여 책임을 부담하고 대내적으로 가족을 통솔하는 지위를 가지고 있었을 뿐, 국가에 의하여 법적인 권한이 부여된 것은 아니었다.

(2) 고려사(高麗史) 식화지(食貨志)에 의하면, 고려시대의 호적에는 호주 및 호주와 동거하는 자식·형제·질(姪)·서(壻) 등의 친족의 세계(世系)는 물론이고 노비와 그 세계까지도 기록하도록 하고 있는데, 이것은 호적이 단순

한 징세와 부역을 위한 장부의 기능과 함께 신분과 출계를 확인할 수 있는 증명부의 역할을 겸하고 있었다는 것을 보여준다. 즉, 고려의 호적은 징세와 부역을 위해서 사실상의 거주를 기준으로 편제되었으면서도, 친족의 출계를 기록하여 족보적 기능을 하고 있었다. 고려의 호적은 부계와 함께 처계를 기록하다가, 점차 범위가 확대되면서 모계도 포함되었고, 사조(四祖)를 기록하는 호적과 팔조(八祖)를 기록하는 호적이 있었다.

조선시대의 호적은 경국대전에 이르러서 호주의 사조와 호주의 처의 사조가 기록되고 가족으로서 솔거하는 자녀와 서(壻) 그리고 노비 등을 기재하도록 하여 근본적으로는 고려의 호적제를 본받으면서도 그 범위를 축소하여 사조호구식(四祖戶口式)으로 규정하였다. 이것은 조선시대에 이르러서는 호적 외에도 가계를 기록하는 족보가 사용되면서 호적에 있어서의 출계의 기록을 통한 신분증명의 기능이 축소되었으므로 호적에 팔조에 이르기까지 기록할 필요가 없었기 때문이다(손헌경, “한국가족법상의 성씨에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 1996 참조).

다. 호주제의 전통성 문제

현행법상의 호주제는 친황제를 유지·강화할 목적으로 창안된 일본의 가제도, 가독(家督)상속제도가 식민지 지배를 통하여 이식된 것이므로 우리의 전통적 가족제도 또는 순풍양속이라 할 수 없다는 비판이 있다.

우리의 전통적인 호주의 지위는 강력한 가부장권이 인정되는 것이 아니라 집안 어른 정도의 상대적인 의미를 가지고 있었고, 제사자·봉사자(奉祀者)의 계승은 있었으며, 호주가 상속의 대상으로 되는 것은 아니었다.

그런데 일제식 호주제는 가에 포함되는 가족원의 범위가 매우 넓고, 그 가족원을 호주가 강력한 호주권으로써 통솔하며, 가의 재산도 호주로부터 호주(원칙적으로 장남)에게 단독상속시키는 것을 그 특징으로 하는 것으로서 이것을 두고 우리의 전통적 가족제도 또는 순풍양속이라 할 수 없음은 물론이다. 그러나 이러한 비판은 1990년 민법개정 이전의 호주제에 대하여는 상당부분 타당한 것이었을지 몰라도, 적어도 1990년 개정 이후의 현행법상의 호주제에 대하여 이를 일제유산이라고 쉽사리 매도하기는 어렵다고 할 것이다.

우선 호주 또는 호주제라는 용어 자체가 일제의 잔재라고 볼 수 없다.

원래 호주라는 용어는 이미 고려시대에 사용되었고, 조선시대에는 호수인(戶首人) 또는 호주라고도 부르다가 가장(家長)으로 통일되었으며, 호주, 호수인, 가장은 가의 공법상의 대표자의 뜻이었고 대한제국시대에 이르러 호

주라고 통칭되고 그 이후 법률상의 용어로 확립되어 오늘에 이르고 있는 것이다.

다음으로 현행법상의 호주제는 앞에서 본 일제식 호주제의 특징적 요소들을 모두 제거하고 있다.

분가제도에 의하여 완화된 현행법상의 가제도는 우리 고유의 대가족제를 상징적으로 표상하는 정도에 지나지 아니하고, 현행법상 호주에게는 호적부상의 필두자로서의 지위와 호주승계제도를 통하여 인정되는 상징적인 의미의 가통계승자로서의 지위만이 남아 있는데, 이와 같은 지위는 고대로부터 이어온 부계혈통주의의 상징적 표현으로서 우리의 전통으로부터 유리된 것이 아니다.

즉, 현행법상의 호주제는 조선 후기의 완고하게 변질된 부계혈통주의가 아닌 고대 이래 조선 중기까지 이어져온 우리 고유의 합리적 부계혈통주의의 전통을 이어받아 부계혈통주의의 존립을 위한 극히 기본적인 요소만을 담고 있는 것으로서, 일제의 잔재로서의 색채를 불식하고 우리 고유의 관습으로 복귀한 것으로 평가할 수 있다.

라. 호주제와 사회환경의 변화

호주제는 그것이 성립·유지될 수 있었던 사회적 배경이 존재하지 않고 가족의 형태가 다변화된 오늘날에는 현실적 가족의 모습과 더 이상 조화될 수 없으며, 현실적 가족공동체를 질곡하고 민주적 사회발전을 저해하는 요소로 작용할 뿐이라는 비판이 있다.

우리나라에서도 농업사회에서 산업사회로의 이행과 도시화의 진전으로 인하여 가족공동체의 모습이 일반적으로 부모와 미혼자녀로 구성되는 핵가족의 형태로 바뀌었음은 부인할 수 없는 사실이다.

우리 민법도 이러한 현실을 감안하여 직계비속장남자를 포함하여 임의분가를 허용하고(민법 제788조 제1항), 혼인신고로 자동적으로 분가되는 법정분가의 제도(직계비속장남자는 제외)를 마련함으로써(민법 제789조), 호적과 현실 생활공동체를 될 수 있는 대로 부합시키고 부부중심의 가족제도를 실현할 수 있도록 하고 있다. 또한 호적법 제19조의2 제2항 제1호에서 입양, 입양의 취소, 파양, 이혼 기타의 사유로 인하여 타가에 입적하여야 할 자에게 배우자나 직계비속이 있는 때에는 법정분가에 준하여 신호적을 편제하도록 하고 있는 것도 부부중심의 가족제도를 실현시키고자 하는 취지이다.

이제 호주의 권리가 대부분 삭제되어 거의 호적편성의 기준을 정하는 행정

기술상의 제도에 지나지 않게 된 현행법상의 호주제는 호적에 등재되는 가족의 범위를 정함에 있어, 직계비속장남자의 임의분가는 허용하되, 법정분가는 인정하지 않아 삼대(三代) 가족을 가능하게 함으로써 우리의 전통적인 가족 제도를 고려하고, 호주승계의 순위에 있어 남자우선의 원칙을 규정하여 상징적인 의미에서 우리의 전통적인 부계혈통주의를 반영하고 있는 정도에 불과하다고 할 것이다.

비록 오늘날 우리의 가족형태에서 핵가족이 절대다수를 차지하고 있다고 하더라도, 아직도 부모를 모시는 삼대 가족이 상당수 존재하고 있고, 이는 여전히 권장되어야 할 우리의 전통적인 미풍양속인 것이다.

그렇다면 임의분가제도를 통하여 호적상 등재되는 가족구성관계의 선택권을 부여함으로써 삼대 가족을 강요하지는 않으면서도, 이러한 가족관계가 호적상 반영될 수 있는 길을 열어놓고 있는 호주제가 현실적 가족공동체를 질곡하고 민주적 사회발전을 저해하는 요소로 작용하고 있다고 보기는 어렵다.

마. 호주제의 합헌성

(1) 혼인제도와 가족제도의 제도적 보장의 헌법규범적 의미

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정함으로써 민주적인 혼인제도와 가족제도를 헌법적 차원에서 보장하고 있다.

그러나 혼인과 가족생활은 인류의 역사와 더불어 전통과 관습의 모습으로 존재하면서 오늘에까지 이어져 온 것이므로, 혼인과 가족관계를 규율하는 가족법은 전통성·보수성·윤리성을 강하게 가질 수밖에 없다. 따라서 혼인과 가족관계에 관한 헌법규정을 해석함에 있어서도 가족법의 전통적 성격을 고려하지 않을 수 없고, 이를 도외시한 헌법해석은 규범과 현실의 괴리를 심화시켜 헌법생활의 혼란을 초래할 우려가 크다고 할 것이다.

그렇다면 헌법 제36조 제1항이 보장하고 있는 혼인과 가족생활에 대한 제도적 보장도 혼인과 가족생활의 민족문화적 전통성 때문에 당연히 이에 바탕을 둔 혼인제도와 가족제도의 보장을 뜻한다고 보아야 한다.

더욱이 헌법 제9조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”라고 하여 국가의 전통문화의 계승·발전 의무를 명문으로 규정하고 있는 터이므로, 현재의 혼인제도 및 가족제도가 전통문화의 근간을 이룬다고 할 수 있는 우리 고유의 혼인제도와 가족제도를 그대로 답습해야 하는 것은 물론 아니라 하더라도, 그로부터 완전히 유리된 형태의 것이 되어

서는 안 될 것이다.

이와 같은 이유로 혼인과 가족생활에 관한 헌법 또는 가족법의 규정을 해석·판단함에 있어서는 그 성격상 긴장관계에 있는 양성평등의 요청과 전통 존중의 요청을 함께 충족시킬 수 있는 조화로운 방안을 모색하여야 할 것이나, 오늘의 시점에서 우리의 혼인과 가족생활에서 요구되는 평등의 내용이 구체적으로 어떠한 것이어야 하는지를 규명하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다.

평등사상이 역사적으로 다양한 변천과정을 거쳐오면서 약자에 대한 억압과 소외를 해소하는 데 결정적인 기여를 해온 것은 부인할 수 없다.

그러나 현대의 사회는 기존의 전통과 질서, 권위가 부정되고 해체되어 가는 경향을 띠으로써 ‘해체의 시대’로 특징지어지기도 하는바, 평등의 이념이 전통 부정과 질서해체의 논리로 남용될 가능성도 경계하지 않을 수 없다. 특히 가족법의 영역에서 도식적인 평등의 잣대로 우리의 전통문화를 함부로 재단함으로써 전통가족문화가 송두리째 부정되고 해체되는 결과를 초래해서는 안 될 것이다.

(2) 양성평등의 원칙 위반 여부

(가) 심사의 기준

평등원칙의 위반 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어지는데, 우리 재판소는 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우로서 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들고 있다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787).

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활의 영역에서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는바, 이러한 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 호주제가 양성평등의 원칙에 위반되는지 여부를 심사함에 있어서는 비례심사를 해야 할 것이다.

(나) 비례의 원칙 위반 여부

1) 입법목적의 정당성

호주제의 입법목적으로는 전통적인 가족제도의 계승·발전과 함께 호적편제의 기준의 정립을 들 수 있으나, 호적편제의 기준의 정립은 부수적 입법목

적에 지나지 아니하고 그 주된 목적은 전자에 있다고 보아야 할 것이다.

호주제를 통하여 계승·발전시키고자 하는 전통적인 가족제도의 핵심은 부계혈통주의에 입각한 가의 구성 및 가통의 계승이라고 요약할 수 있으므로, 호주제의 입법목적이 정당한 것으로 인정되기 위해서는 부계혈통주의의 유지 필요성이 먼저 규명되지 않으면 안 될 것이다.

가족이나 친족집단의 존속과 통합을 꾀하기 위해서는 가통의 정립을 통한 최소한의 기준과 질서의 부여가 요청된다는 점은 이를 부인하기 어렵다.

가통의 정립이 반드시 부계혈통주의에 의해서만 가능한 것은 아니라 하더라도, 우리나라뿐 아니라 세계 대부분의 나라가 전통적으로 부계혈통주의 및 이에 입각한 가통계승을 통하여 가족집단 및 친족집단의 유지에 필요한 질서를 부여하는 방법을 택하여 왔으며, 여기에는 남녀의 자연적 차이 및 사회적·경제적·정치적 여건 등이 복합적으로 작용하였을 것으로 추정된다.

가족에 있어서 모자관계는 생래적으로 증명되고, 인간이 출생하여 성장하는 과정에서 모자간의 공동생활과 이를 통한 양육이 필수적이라고 한다면, 부자관계나 부자간의 공동생활은 반드시 그러하다고 볼 수 없다. 이러한 상황에서 부성주의(父姓主義) 등으로 대표되는 부계혈통주의는 부의 자에 대한 책임의식을 고취함으로써 모자관계에 비하여 소원할 수밖에 없는 부자간의 유대강화에 이바지하고 나아가 가족의 존속과 통합에 크게 기여하였을 것으로 생각된다.

무릇 모든 질서와 제도는 많은 경우 차별과 소외를 수반하기 마련이라고 할 것인데, 부계혈통주의의 오랜 전통하에서 여성들이 가족 내에서 소외의 고통을 겪어왔음은 부인할 수 없는 사실이고, 부계혈통주의가 가부장적 성격을 강하게 갖는 경우에는 여성이 느끼는 소외의 정도 또한 더욱 극심하였을 것이다. 우리나라의 경우는 적어도 조선 중기에 이르기까지는 여성을 존중하는 합리적인 부계혈통주의의 전통이 이어져 온 것은 앞에서 본 바와 같다.

이와 같이 부계혈통주의는 정도의 차이는 있을지라도 필연적으로 여성의 소외를 수반한다는 점에서 그동안 단점만이 지나치게 부각되어 온 점이 있으나, 부계혈통주의는 가족 및 친족집단 나아가 인류사회에 질서를 부여함으로써 인류가 문명사회로 나아가는 데 커다란 기여를 하였고, 이에 입각한 가통계승제도는 인류로 하여금 천박한 당대주의(當代主義)에서 벗어나 문화의 전승을 가능하게 함으로써 인류문명에 폭과 깊이를 더하여 왔다는 점에서 그 의미를 과소평가할 수 없고, 이러한 사정은 지금에 와서도 크게 다를 것이 없

다고 할 것이다.

부계혈통주의가 갖는 위와 같은 기능은 모계혈통주의에 의하더라도 대체로 달성될 수 있다고 할 것이나, 역사적으로 부계혈통주의가 정착된 상황에서 일거에 전통을 뛰어넘어 모계혈통주의로 전환하기는 어렵다고 할 것이고, 그렇다고 하여 양계혈통주의를 취하는 방법으로는 가통의 정립을 통하여 질서를 부여함으로써 가족이나 친족집단의 존속과 통합을 도모한다는 본래의 목적을 달성하는 것이 불가능함은 말할 필요도 없을 것이다.

위에서 본 바와 같이 부계혈통주의의 필요성과 그 부득이함이 인정된다면, 어떻게 하면 이를 합리적으로 운용함으로써 이에 필연적으로 수반되는 여성 차별과 소외를 최소화할 것인가의 문제만이 남는다고 할 것이다.

그렇다면 호주제가 계승·발전시키고자 하는 전통적인 가족제도가 부계혈통주의에 근거하고 있다는 이유만으로 호주제의 입법목적 자체가 부당한 것이라고는 보기 어렵고, 이러한 점은 기본적으로 가족법이 갖고 있는 전통성과 보수성 및 국가의 전통문화의 계승·발전 의무를 명문으로 규정하고 있는 헌법 제9조에 비추어 보면 더욱 명백하다고 할 것이다.

2) 차별대우의 적합성

현행 민법상 호주제를 구성하고 있는 대표적인 원칙 및 제도로서는 처(妻)의 부가(夫家)입적 원칙, 자(子)의 부가(父家)입적 원칙 및 호주승계제도를 들 수 있는바, 이들 중 처의 부가입적 원칙과 자의 부가입적 원칙은 부계혈통주의에 입각한 가의 구성을 위한 것이고, 호주승계제도는 부계혈통주의에 입각한 가통의 계승을 보장하기 위한 제도라고 할 수 있다.

따라서 호주제는 위와 같은 원칙 및 제도를 통하여 입법자가 추구하는 전통적인 가족제도의 계승 및 발전이라는 입법목적의 달성을 촉진하고 있다고 할 것이므로, 정취수단으로서의 적합성을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

3) 차별효과의 최소침해성

호주제를 구성하고 있는 처의 부가입적 원칙, 자의 부가입적 원칙 및 호주승계제도가 구체적으로 차별효과의 최소침해성을 충족하고 있는지를 본다.

가) 처의 부가입적 원칙과 자의 부가입적 원칙

여자가 혼인하면 부모를 떠나 남편의 가족이 된다는 관념은 농경사회 이래의 오랜 부계혈통주의 내지 부계중심사회의 전통하에서 당연한 것으로 자리잡았고, 현재에도 대체로 세계적인 관행으로 받아들여지고 있다고 할 수 있다.

우리나라의 경우 오랜 기간 이어져 온 남귀여가혼의 전통하에서도 남자가 일정기간 여자의 집에서 생활한 다음에 중국에는 여자가 남자의 집으로 옮겨와서 생활하였고, 조선 중기 이후 남귀여가혼의 전통이 퇴색하고 친영례(親迎禮) 또는 반친영례(半親迎禮)의 풍속이 자리잡게 되면서 여자가 혼인하면 남편의 가족으로서 생활의 터전을 부모에게서 남편에게로 옮긴다는 인식은 더욱 확고한 것으로 자리잡게 되었으며, 이러한 현실은 지금에 와서도 크게 변한 것이 없다고 할 것이다.

민법 제826조 제3항 본문에서 “처는 부의 가에 입적한다.”라고 하여 처의 부가입적 원칙을 규정하고 있는 것은 혼인과 동시에 여자의 생활기반이 남편으로 이동하는 현실을 반영하는 동시에 부부가 같은 호적에 등재될 수 있도록 하기 위한 호적편성상의 기술에 관한 문제에 지나지 않는 것이고, 위와 같이 보편화된 가족생활관계를 반영한 단순한 호적기록의 변경을 두고 여자의 신분의 종속적 변경이라고 보는 것은 지나친 것이다.

또한 민법 제826조 제3항 단서에 이른바 입부혼에 관한 규정을 두어 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부가 처의 가에 입적할 수 있는 길을 열어두고 있다.

민법 제781조 제1항 본문 후단에서 정하고 있는 자의 부가입적 원칙은 처의 부가입적 원칙에 따른 부수적이고 필연적인 결과일 뿐만 아니라, 이 또한 우리 사회의 오랜 전통과 현실을 반영하고 있는 것임은 말할 필요도 없을 것이다.

그렇다면 처의 부가입적 원칙과 자의 부가입적 원칙은 그것이 부계혈통주의에 입각한 가의 구성을 위한 전제로서 우리 사회의 오랜 전통과 현실에 기초한 것일 뿐만 아니라, 여성에 대한 실질적 차별을 내용으로 하고 있는 것으로 보기 어렵다는 점에서 차별효과의 최소침해성을 충족시키고 있다고 할 것이다.

나) 호주승계제도

민법 제984조는 호주승계의 순위에 있어서 남자우선의 원칙을 규정하고 있는바, 이는 기본적으로 부계혈통주의에 입각한 가통의 계승을 보장하기 위한 것이지만, 처의 부가입적 원칙과 관련하여 호적사무의 편의를 고려한 측면도 있다.

즉, 여자는 혼인하면 남편의 가에 입적하게 되어 친가의 가통을 영구적으로 이어갈 수 없게 되므로, 남자우선의 원칙을 적용하면 여자를 호주로 하게 될

경우 혼인시 여자의 거가(去家)로 인한 호주의 변동으로 초래되는 호적사무의 번거로움과 인적·물적 낭비를 피할 수 있다는 장점이 있다.

결국 위와 같은 호주승계제도 또한 호주의 지위가 호적기제의 기준 즉, 호적부상의 필두자에 지나지 않는 상황에서, 우리의 전통 및 호적사무의 편의를 고려하여 호주승계에 있어 남자를 우선적으로 고려한 것일 뿐이므로, 여성에 대한 실질적 차별을 내용으로 하고 있는 것으로 보기 어렵다는 점에서 차별효과의 최소침해성을 충족시키고 있다고 할 것이다.

따라서 호주제를 구성하고 있는 처의 부가입적 원칙, 자의 부가입적 원칙 및 호주승계제도는 어느 것이나 차별효과의 최소침해성에 위배되지 아니하므로, 호주제는 차별효과의 최소침해성의 요건도 충족하고 있다고 할 것이다.

4) 법익의 균형성

입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있는지를 본다.

호주제는 우리의 전통적인 가족제도가 그 근간으로 삼고 있는 부계혈통주의를 지탱하는 하나의 축을 이루고 있음은 분명하다고 할 것이나, 부계혈통주의는 호주제에 의하여만 지지되는 것은 아니고, 오히려 부계혈통주의를 유지함에 있어 보다 근본적이고 핵심적인 역할을 하는 것은 부성주의(父姓主義) 내지 부자동성(父子同姓)의 원칙이라고 할 수 있다.

따라서 현행의 호주제가 폐지되거나 수정된다고 하여 바로 부계혈통주의가 형해화된다거나, 우리의 전통적인 가족제도가 일거에 붕괴의 위기에 처하리라고 단정하기는 어렵고, 다만 부계혈통주의에 근거하고 있는 제도적 장치인 호주제의 존립 여부를 부성주의의 미래와도 무관하다고 할 수 없으므로, 호주제와 부성주의는 상호보완의 관계 또는 ‘순망치한(唇亡齒寒)’의 관계에 있다고 할 수 있다.

그렇다면 앞에서 본 바와 같이 부계혈통주의의 필요성과 그 부득이함이 인정되고, 호주제의 입법목적에 부계혈통주의에 입각한 가의 구성 및 가통의 계승을 핵심으로 하는 전통적인 가족제도의 계승·발전이 있다고 하더라도, 그러한 사실만으로 현행의 호주제가 합헌인 것으로 볼 수 없음은 물론이다.

만일 호주제로 인한 여성에 대한 차별대우의 정도가 심하여 호주제를 통하여 달성하려고 하는 입법목적에 비추어 법익균형성을 상실한 나머지, 오히려 호주제가 부계혈통주의의 합리적 운용에 장애가 되는 것으로 평가되기에 이른다면 그러한 호주제는 위헌을 면치 못하게 될 것이다.

우선 호주제가 법익의 균형성 요건을 충족하고 있는지를 심사하기 위하여

는 그로 인하여 초래되고 있는 차별효과를 살펴볼 필요가 있다.

호주제로 인하여 여성들에게 초래되는 차별효과로는 우선 호주제로 인하여 여성을 남성에 비하여 이차적·종속적·열위적 존재로 인식되게 함으로써 여성의 사회적 지위에 상징적·심리적으로 불리한 영향을 미칠 우려가 있음을 들 수 있다. 그 밖에 구체적인 경우의 실제적인 차별효과로서 부모가 이혼한 경우, 인수입적(引收入籍)의 경우, 미혼모의 경우 등에 여성이나 자가 겪게 되는 곤란 등을 들 수 있으나, 이는 주로 자의 부가입적의 원칙에 있어 그 예외설정의 협소함에서 비롯되는 것이라고 할 수 있다.

한편, 현행의 호주제를 통하여 달성될 수 있는 입법목적이나 호주제의 유지를 통하여 현실적으로 얻게 되는 이익을 살펴보면 다음과 같다.

우선 호주제를 통하여 부계혈통주의에 입각한 가의 구성 및 가통의 계승을 핵심으로 하는 전통적인 가족제도를 계승·발전시킴으로써 우리 민족이 예로부터 중시하고 있는 가족 및 친족공동체의 존속·통합에 기여할 뿐만 아니라, 전통에 대한 존중의식을 고양함으로써 날로 팽배해져 가는 물질주의 및 개인주의의 폐단을 막아내고 완화시키는 데 기여할 수 있을 것이다.

또한 호적기재에 있어 삼대 가족의 길을 열어 놓음으로써 상징적으로나마 우리의 전통적 미풍양속이라고 할 수 있는 부모를 모시고 봉양하는 전통을 고무하고 조장하는 데 도움이 되고, 이를 통하여 날로 심각해져 가는 노인문제의 해결에도 일조를 할 수 있을 것이다.

그리고 현실적인 면에서 보더라도, 호주제를 기준으로 한 호적편제방법의 변경에 따른 인적·물적인 면에서의 막대한 국가적 비용을 절약할 수 있고, 호주 등의 개념을 사용하고 있는 수많은 법령의 개정에서 오는 혼란과 번거로움을 피할 수 있을 것이다.

호주제로 인하여 초래되는 여성들에 대한 차별효과는 결코 경시될 수 없는 것으로서 법익의 균형성의 문제는 판단하기가 쉽지 아니하다.

그러나 근본적으로 부계혈통주의를 폐지하지 아니하는 한, 그로 인하여 초래되는 여성들에 대한 불리한 상징적·심리적 효과를 완전히 불식하기는 어려운 것이고, 구체적인 경우의 실제적인 차별효과는 호주제의 근간을 건드리지 않고서도 자의 부가입적의 원칙에 대한 수정·보완 등을 통하여 해결할 수 있는 문제라는 점을 고려한다면, 현행법상의 호주제가 법익균형성을 상실한 제도라고 단정하기는 어렵다.

(다) 소결론

헌법상의 호주제는 남성에 비하여 여성을 비례의 원칙에 반하여 차별하는 것으로는 볼 수 없고, 따라서 평등의 원칙에 위반되지 아니한다.

(3) 개인의 존엄 위반 여부

헌법 민법상 처의 부가입적 원칙, 자의 부가입적 원칙 및 호주승계제도 등으로 구성되어 있는 호주제는 그로 인하여 대한민국 국민은 예외 없이 호주 또는 가족으로 법률상의 가족단체인 가에 소속되어야 하고, 호주지위의 취득이 강요되며, 가족의 신분적 지위가 호주와의 관계를 통하여 설정되는 등 신분관계가 일방적으로 형성되는 측면이 있다고 하더라도, 이는 가족제도를 법제화하고 이를 호적제도와 연계시키는 과정에서 부득이한 것으로 인정될 수 있다.

그리고 헌법 민법이 법제화하고 있는 가족제도의 내용을 살펴볼 때, 호주의 직계비속장남자의 경우도 임의분가가 가능하도록 하였으며(민법 제788조 제1항), 호주승계권을 포기할 수 있도록 하여 호주승계를 임의화하였을 뿐만 아니라(민법 제991조), 호주가 가족에 대하여 행사할 수 있는 권한이 실질적으로 모두 소멸되어 호주의 지위가 호적기재의 기준 즉, 호적부상의 필두자 나아가 상징적인 의미의 가통계승자에 지나지 않는 점 등을 고려하면, 개인의 존엄을 실질적으로 침해하는 요소를 발견하기 어렵다고 할 것이므로, 이를 두고 혼인과 가족생활에서 개인의 존엄을 존중하라는 헌법 제36조 제1항의 명령에 위배되는 것으로는 보기 어렵다.

바. 결 론

위에서 본 바와 같은 이유로 호주제는 헌법 제36조 제1항에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

다만, 구체적으로 이 사건 심판대상인 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문의 위헌 여부에 대하여, 재판관 김영일의 견해는 민법 제778조, 제826조 제3항 본문은 헌법에 위반되지 아니하나 제781조 제1항 본문 후단은 아래 6.과 같은 이유로 헌법에 위반된다는 것이고, 재판관 권성의 견해는 호주제가 헌법에 위반되는 것으로 볼 수 없는 이상 호주제의 주요 구성부분을 이루는 위 조항들 모두가 헌법에 위반되지 아니한다는 것이다(가족과 혈연은 자연적으로 생성되어 실재하는 실체이지 단순한 관념상의 존재는 아니다. 호주제도는 실체로서 존재하는 가족과 혈연을 인식하는 기호의 체계로서 하나의 기술에 해당한다. 인식의 기술이 인식의 대상인 실체의 존재와 가치에 영향을 미칠 수 없다는 통상의 논리에 의하면 호주제도는 가족과 혈

연의 존재 및 가치에 무슨 영향을 미칠 수 없는 것이다. 중벌제나 가부장제와 같은 문화적 요소가 호주제도라는 인식기술에 덧씌워지는 일이 있지만 이렇듯 덧씌워진 문화적 외피가 일으키는 문제는 문화의 변천과 법률의 변화에 의하여 자연적으로 해결되는 것이고 또 그렇게 해결되는 것이 바람직한 일이다. 여성이 갖는 인간으로서의 존엄성에 대한 존중을 명하는 헌법의 정신과 원칙은 호주제와 같은 기술적 기호의 체계가 침범할 수 있는 영역의 밖에 있는 것이다).

6. 재판관 김영일의 위 반대의견에 대한 별개의견

나는 민법 제781조 제1항 본문 후단이 규정하고 있는 자의 부가입적 원칙이 그 자체로서 위헌이라고는 보지 아니하나, 민법 제781조 제1항 본문 후단은 그 원칙에 대한 예외의 설정과 관련하여 다음과 같은 이유로 위헌이라고 생각하므로, 별개의견을 밝히기로 한다.

처의 부가입적 원칙에 대하여는 혼인의 취소 또는 이혼이나 부의 사망의 경우에 친가복적, 친가부흥, 일가창립 등으로 부의 가적에서 이탈할 수 있는 길이 열려 있다(민법 제787조). 그런데 자의 부가입적 원칙에 대하여는 부가 외국인인 때(민법 제781조 제1항 단서), 부를 알 수 없을 때(동조 제2항), 입부혼의 경우(민법 제826조 제4항) 등 모가에 입적할 수 있는 예외적 규정을 두고 있기는 하나, 이는 모두 부가로 입적이 불가능한 경우로 한정되어 그 범위가 너무 좁다는 점에서, 다수의견이 지적하는 바와 같이, 다음과 같은 문제가 있다.

우선 부모가 이혼한 경우에는 모가 자녀를 양육하는 경우가 훨씬 더 많은 실정에서 현실적으로 모가 자녀의 양육자로 지정되어 생활공동체를 형성하더라도, 자녀는 민법 제781조 제1항 본문 후단에 따라 여전히 부의 호적에 남아 있게 된다. 즉, 이러한 경우 당사자인 자녀가 아무리 부가를 떠나 모가에 입적을 원하더라도 그 자녀는 여전히 부가에 소속되고 그 부가 자녀들의 호주가 되며, 반면 모는 주민등록상의 동거인에 불과하게 된다.

또한 미혼모가 자녀를 출산한 경우 부가 인지하지 않으면 ‘부를 알 수 없는 자’로서 모가에 입적하지만(민법 제781조 제2항), 생부가 인지하면 모나 자녀의 의사에 상관없이 부의 호적에 입적된다. 생부가 모와 혼인할 의사가 없고, 자녀를 양육할 의사가 없는 경우에도 그러하다.

위와 같은 경우는 자의 입적과 관련하여 현실에 맞지 않고 불합리하게 자의 의사를 지나치게 제한하고 모를 실질적으로 차별하는 것으로서 개인의 존

업 및 평등의 원칙에 반하는 것으로서 위헌이라고 하지 않을 수 없는바, 이러한 문제는 모두 자의 부가입적 원칙에 대한 예외가 협소하게 설정되어 있는데 따른 것으로서, 이 경우 위헌의 책임은 자의 부가입적 원칙을 정하고 있는 민법 제781조 제1항 본문 후단에서 찾을 수밖에 없을 것이다.

한편, 부가 처의 혈족이 아닌 직계비속을 입적함에는 처의 동의라는 제한이 없는 데(민법 제781조 제1항 본문 후단 또는 제782조 제1항) 비하여, 인수입적에 관하여 규정하고 있는 민법 제784조는 처가 부의 혈족이 아닌 직계비속을 가에 입적시키려면 부의 동의를 있어야 하며, 이 경우에 그 직계비속이 타가의 가족인 때에는 그 호주의 동의를 얻도록 규정하고 있다. 위 조항 또한 호주제와 관련하여 여성을 실질적으로 차별하는 조항으로 지적되고 있으나, 이 사건 심판대상과 직접 관련이 있는 것으로 보기는 어렵다.

결론적으로, 나는 이 사건 심판대상 중 민법 제778조, 제826조 제3항 본문은 헌법에 위반되지 아니한다고 보나, 다만, 자의 부가입적 원칙을 규정하고 있는 제781조 제1항 본문 후단은 그 원칙 자체가 위헌은 아니나 원칙에 대한 예외의 협소한 설정으로 개인의 존엄 및 평등의 원칙에 반하는 결과가 되어 헌법에 위반된다고 보는 것이다.

7. 재판관 김효종의 반대의견

나는 이 사건 각 심판대상조항중 민법 제781조 제1항 본문 후단, 제826조 제3항 본문에 관하여는 위헌이라는 다수의견과 견해를 같이 하지만 민법 제778조에 관하여는 다수의견과 견해를 달리 하므로 아래와 같이 반대 의견을 밝힌다.

가. 호주제 및 가제도(家制度)와 그 관련조항

(1) 호주제 및 가제도의 개념

호주제의 개념을 정의하거나 그 효과를 따로 규정한 법률조항은 없다. 호주제란 민법 제4편 제2장 ‘호주와 가족’, 동편 제8장 ‘호주승계’를 중심으로 일정한 법률조항들을 묶어 이러한 법률조항들이 규율하는 법적 상태를 지칭하는 말이고, 현행 민법의 개별조항들을 종합하여 보면 결국 ‘호주제’란 ‘호주를 정점으로 가(家)라는 관념적 집합체를 구성·유지하고, 이러한 가(家)를 원칙적으로 직계비속남자에게 승계시키는 제도’라고 집약하여 정리할 수 있다. 그리고 법적 의미에서의 ‘가(家)’는 호주를 중심으로 하여 호주와 가족이라는 신분관계로 상호간 법률상 연결된 관념적인 호적상의 가족단체를 의미한다고 할 수 있다.

다만 이와 같이 파악된 호주제 및 가제도의 개념은 현재 존재하는 실정제도의 원칙적인 모습, 그것도 그 개략적 윤곽만을 반영함에 그친다고 할 것이고, 이러한 개념이 고착화되어 호주제가 개념편연적으로 부계혈통주의를 관철하기 위한 수단이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

(2) 현행법상 관련규정의 구성체계

민법 제778조는 “일가의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주가 된다.”고 규정하여 호주를 정의하고 있으며, 가(家)에 관하여 직접 정의한 조항은 없지만, 민법 제779조는 “호주의 배우자, 혈족과 그 배우자 기타 본법의 규정에 의하여 그 가(家)에 입적한 자는 가족이 된다.”고 규정하여 그 구성원의 범위를 정하고 있다.

그런데 위 호주제 및 가제도의 기본적 틀을 정하고 있는 위 민법 제778조는 실질적으로는 별다른 내용을 담고 있지 않은 형식적 규정에 불과하고, 그 구체적 내용은 다른 개별규정에서 정하고 있다. 그리고 가족의 범위 역시 민법 제779조만으로 확정될 수 없고, 배우자, 혈족 등에 관한 다른 개별규정이 적용되어야만 구체화되고 특정될 수 있다. 즉, 입법자는 호주제 및 가제도에 관한 민법의 규정들을 입법기술적으로 형식적 틀만을 정한 기본조항과 그 실질적 내용을 정한 개별조항으로 나누어 규정하고 있다. 이와 같은 조문 구성체계만 보더라도, 호주제가 부계혈통주의 또는 남성우월주의와 연결된 흔적을 기본조항인 민법 제778조에서는 찾아보기 어렵다.

따라서 추상적인 일반론에 기초하여 호주제 및 가제도 전반에 본질적으로 위헌성이 내포되어 있다고 보는 다수의견은 재고될 필요가 있고, 그 위헌 여부를 판단함에 있어서는 제도 전체의 대체적인 성격을 참고하되 위헌 여부가 문제되는 개별조항을 면밀히 검토하여 위헌적인 요소와 그 범위를 정확히 가려내는 작업이 선행될 필요가 있으며, 이와 같은 점이 충분히 고려되지 않은 채 호주제 및 가제도를 구성하는 개별조항에 위헌성이 있다는 이유로 기본조항인 민법 제778조도 위헌이라고 판단하는 것은 문제가 있다.

(3) 호주제 및 가제도의 기본성격

호주제 및 가제도의 기본성격, 특히 호주의 법적 성격에 관하여는, 호주제와 부계혈통주의가 밀접, 불가분의 관계에 있다고 보는 이른바 계종제도설(繼宗制度說)이 주장된 바 있으나, 현행 민법상 호주가 언제나 남계의 혈통에 따라 승계되는 것만은 아니라는 점 등을 고려하면, 호주는 가(家)의 형식적인 주재자로서 호적상 기준자의 지위에 불과하다고 봄이 상당하다. 이와 같이 호

주제의 법적 성격에 대해서 논란이 있음에도 불구하고 극히 보수적인 견해에 따라 호주제가 본질적으로 부계혈통주의를 유지하기 위한 수단이라고 단정하는 다수의견에는 찬성하기 어렵다.

민법 제778조는 가제도를 전제로 하고 있고 일가의 다른 구성원과 구별되는 호주라는 지위를 상정하고 있는바 이와 같은 구별이 헌법적으로 어떻게 평가될 것인가의 문제가 있을 뿐이다. 다수의견이 지적하고 있는 호주제의 부계혈통주의적 또는 남성우월주의적 경향은, 민법 제781조 제1항 본문 후단 및 민법 제826조 제3항 본문과 같은 개별규정들에 반영되어 있을 따름이다.

나. 호주제 및 가제도의 헌법적 의의

(1) 가족제도의 헌법적 보장

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 이 조항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다는 내용과 국가는 혼인과 가족생활을 보장하여야 한다는 내용을 아우르고 있다. 논리적으로 보자면, 국가가 혼인과 가족생활의 존재를 보장하여야 한다는 일차적인 당위명제와 나아가 이를 토대로 그 구체적 내용이 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 형성되어야 한다는 이차적인 당위명제를 함께 담고 있다고 봄이 상당하다. 다른 한편 헌법은 제9조에서 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정하여 만일 가족제도에 담겨 있는 내용이 전통문화 또는 민족문화에 맞닿아 있다면, 이것 역시 헌법적인 보호의 대상이 될 수 있고, 경우에 따라서는 헌법 제36조 제1항이 정한 헌법적 가치, 즉 혼인과 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등이라는 가치와 상충되어 이를 해결하기 위한 헌법적 해석이 요구될 수 있다. 그런데 여기서 간과해서는 아니 될 것은, 헌법 제36조 제1항은 일차적으로 어떤 경우에도 혼인과 가족생활 자체는 보장하겠다는 것을 분명히 하고 있으므로, 혼인제도와 가족제도의 존재 그 자체는 서로 상이한 가치관의 대립에도 불구하고 유지되어야 한다는 것이 헌법제정권력자의 가치적 결단이라는 점이다.

그러면 가족제도를 보장하는 헌법 제36조 제1항의 헌법적 의미를 어떻게 이해하여야 하는 것인가?

우선 헌법 제36조 제1항은 전래된 가족제도를 입법자의 자유로운 처분으로부터 보호하기 위하여 가족제도에 대한 제도보장을 규정한 것으로 보아야 한

다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 180 참조).

제도보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권력자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 그 목적이 있다. 이러한 제도보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수 없다(헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 444, 445 참조).

따라서 입법자는 헌법적으로 보호되는 가족제도를 법률로써 구체적으로 형성할 수 있지만, 이러한 입법적 형성은 가족제도 자체를 폐지할 수 없음은 물론이고 그 본질적 내용을 침해할 수 없다는 한계 내에서 이루어져야 한다. 그리고 제도보장의 대상인 가족제도는 그 존재 자체 또는 본질적 내용을 보장하기 위하여 필요한 범위 내에서는 일정 부분 국민의 기본권 제한을 정당화하는 사유가 될 수 있고, 그 범위 내에서 입법자는 가족제도 존치의 정당성에 대한 논증책임에서 해방될 수 있다고 보아야 한다.

(2) 가제도의 헌법적 의미

가제도는 위와 같은 헌법적 보장의 대상인 가족제도의 사법상(私法上) 구현 형태라고 할 수 있다. 가족제도의 보장을 위해서는 가(家)와 가족(家族)이라는 개념을 법적으로 명확히 규율할 필요가 있고, 이로써 공권력에 대한, 또는 공권력에 의한 보호의 대상과 범위가 보다 명확히 드러나게 되어 가족제도 보호의 보다 확고한 기초를 마련할 수 있게 된다. 가령 가족의 해체 또는 경시(輕視)를 초래할 수 있는 공권력의 작용에 대해서는 그로부터 방어되어야 할 대상이 사전에 보다 명확하게 인식될 수 있고, 조세행정, 급부행정 등의 영역에서 가족을 지원하는 정책을 수립, 시행함에 있어서 그 지원의 대상을 민법상 가(家)와 가족(家族)이라는 개념을 기초로 하여 이를 직접 또는 수정하여 사용함으로써 공권력 행사의 통일과 형평성을 기할 것을 기대할 수 있다.

가제도와 개인 사이에 빚어지는 긴장관계에서 발생하는 헌법적 문제는 아래에서 다시 검토하기로 한다.

(3) 호주제의 헌법적 의미

헌법이 보장하는 가족제도와 민법상 호주제 사이에 필연적인 상관관계가 있다고 보기는 어렵다. 가제도가 민법상 인정되고 가(家) 및 가족을 공시하는 호적제도가 인정된다면 적어도 호적상 필두자(筆頭者)로서의 의미가 있을 수 있겠으나, 이것은 헌법이 직접 요구한다기보다는 입법정책상의 문제에 불과하다고 볼 수 있다. 다만, 가족제도의 유지, 강화가 요구된다면 그 구심점으로서의 호주의 지위가 필요하다는 관점이 있을 수 있겠으나, 이 경우에도 가(家)와 가족들 사이의 유대감 또는 연대성에 대한 상징적 의미 이상을 갖기 어렵고, 역시 입법정책적으로 결정될 문제라고 생각된다.

다만 호주제와 관련하여서는 상충하는 개인의 존엄 및 양성의 평등이라는 헌법적 가치와 전통문화라는 헌법적 가치 사이에서 어느 범위에서 실제 조화로운 해석이 가능한지가 문제될 수 있는데, 이 점에 관하여는 아래에서 상세히 보기로 한다.

다. 민법 제778조의 위헌 여부

(1) 문제의 소재

다수의견이 호주제에 대한 위헌성의 근거로 들고 있는, 호주승계 순위에서의 양성의 차별 등 사유들은 헌법 제36조 제1항 전단에 저촉되는 것이어서 이에 기초한 위헌론은 충분히 수용할 만하다. 따라서 이와 같은 사유에 해당하는 관련 개별규정은 헌법에 위배되어 그대로 유지될 수 없다. 같은 맥락에서 자(子)의 부가입적(父家入籍)을 규정함으로써 부계혈통주의적인 요소를 담고 있는 민법 제781조 제1항 본문 후단 및 처(妻)의 부가입적(夫家入籍)을 규정함으로써 남성우월주의적인 요소를 담고 있는 민법 제826조 제3항 본문은 앞에서 본 바와 같이 헌법에 위반된다는 다수의견에 찬성하므로, 이에 관한 판시 이유를 모두 원용한다.

그러나 민법 제778조에 관하여는 다수의견이 호주제가 개별규정의 내용을 떠나서 그 본질상 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별을 하고 있고 개인의 의사에 반하여 가족단체인 가(家)에 소속하거나 호주의 지위를 부여받을 것이 법률적으로 강제되는 것이 개인의 존엄에 반한다고 하여 위헌이라고 보고 있는바 이에 대하여는 동의할 수 없다.

민법 제778조가 담고 있는 중요한 규범적 내용은 ① 가(家)의 존재를 인정하고[해석상 개인은 가(家)에 소속하여야 한다는 요청을 도출할 수 있다], ② 그 가(家)에는 법률이 정하는 일정한 방법에 의하여 결정되는 호주가 있어야

한다는 두 가지 점이다.

다수의견은 위 각 규범적 내용이 헌법 제36조 제1항에 저촉된다고 보고 있으므로 아래에서는 위 각 사항의 헌법적합성에 관하여 살펴본다.

(2) 민법 제778조의 규범적 내용

민법 제778조는 호주가 되는 자로서 ‘일가의 계통을 계승한 자’, ‘분가한 자’ 또는 ‘기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자’를 들고 있지만, 여기에서도 앞서 조문의 구성체계와 관련하여 본 바와 같이 부계혈통주의적·남성우월주의적 요소를 찾아볼 수 없다.

먼저 ‘일가의 계통을 계승한 자’에 관하여 보건대, 이에 관하여는 호주승계에 관한 민법 제984조 이하의 개별조항들이 규정하고 있다. 민법 제984조가 정한 호주승계 순위는 피승계인의 직계비속남자를 최우선 순위로 한 것(같은 조 제1호)만을 보더라도 부계혈통주의적인 요소가 강하게 반영된 것은 사실이다. 그러나 이와 같은 양성차별적 요소는 민법 제984조 및 관련 개별규정이 위헌이라고 보아 그 효력을 상실시키거나 입법적 개선이 이루어지면 해소될 수 있는 문제여서 위와 같은 위헌적 요소가 기본조항인 민법 제778조에 본질적으로 내재된 문제라고 보는 것은 논리적 비약이다.

그리고 ‘분가한 자’와 관련해서는 가족이 혼인하는 경우에는 법률상 당연히 분가되는 법정분가제도(민법 제788조 본문)가 특히 문제된다. 여기서 여자는 혼인으로 인하여 남편의 분가호적에 입적함으로써(민법 제826조 제3항 본문) 위 법정분가의 대상에 포함되지 않으므로, 이러한 법정분가에 관한 개별규정들에 의하면 남성우월에 입각한 양성의 차별이 존재한다고 볼 여지가 없지 않다. 그러나 이는 법정분가제도 또는 처의 부가입적(夫家入籍) 원칙에 내재된 문제일 뿐이지, 법정분가는 물론 양성을 균등하게 취급하는 임의분가(민법 제788조 제1항)의 경우에도 함께 적용되는 민법 제778조 소정의 ‘분가한 자’에 내재한 문제라고 볼 수는 없다.

나아가 ‘기타 사유로 인하여 일가를 창립하거나 부흥한 자’에 관하여 본다. 일가의 부흥은 복적의 경우에 일가창립과 선택적으로 취할 수 있는 제도이므로(민법 제786조 제2항, 제787조 제3항), 복적 및 일가창립과 함께 살펴본다. 일가창립이 인정되는 다양한 사유들(민법 제781조 제3항 본문, 제782조 제2항, 제786조 제1항, 제787조 제1항, 제2항 등) 중 특히 양성차별적 요소를 지닌 것을 찾아보기 어렵고, 다만, 처가 혼인의 취소 또는 이혼으로 인하여 일가를 창립하거나 친가에 복적할 수 있도록 하는 조항(민법 제787조 제1항)이 여

자의 지위를 달리 규정하고 있는 것이라고 볼 여지가 있다. 그렇지만, 이 경우에도 복적 또는 일가창립은 처의 부가입적(夫家入籍) 원칙의 반면으로 혼인관계가 해소되는 경우의 처리를 규정한 것으로 독자적인 의미가 있다고 보기 어렵고, 이를 두고 여자를 차별한 것이라고 본다 하더라도 이는 그 개별규정에 국한된 의미가 있는 것이어서 민법 제778조와 연관시킬 것은 아니다.

따라서 민법 제778조가 규정하고 있는 개개의 사유를 살펴보다라도 그것이 개별규정과 연관되지 않는 이상 그 규정 자체가 개별규정의 내용을 떠나서 본질적으로 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별을 하고 있다고 보기는 어렵고, 민법에 가(家)라는 개념 및 호주라는 개념을 도입함으로써 그 형식적, 기본적인 틀만을 제시하고 있을 따름이다. 그러므로 남은 문제는 가(家)의 존재와 호주의 지위를 인정하는 조치의 헌법적합성이라 할 수 있다.

(3) 가(家)의 존재의 인정

헌법 제36조 제1항에 의하여 가족제도가 헌법제정권력자에 의하여 특히 보호의 가치가 있다고 인정되고 있음은 앞서 본 바와 같고, 그 범위에서 헌법은 개인의 기본권과 저촉하는 경우에도 가족제도 자체는 유지되어야 한다는 가치적 결단을 이미 내렸다고 보아야 한다. 따라서 이 부분에 관하여 입법자가 갖는 형성적 자유는 헌법 제36조 제1항이 정한 기준에 저촉되지 않는 한 매우 광범위하다 할 것이고, 입법자가 형성한 법적 규율이 가족제도의 취지에 반하거나 자의적 조치라고 할 만큼 현저히 불합리하지 않는 이상 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 그러므로 앞서 본 바와 같이 가족제도에 관한 법률적 기초를 공고히 하고 가족간의 법률관계를 명확히 하기 위하여 민법이 가제도(家制度)를 두고 있는 것은 헌법이 보장하는 가족제도를 형성하고 유지하는 데 기여한다 할 것이어서 법적 개념으로서의 가(家)의 존재 자체를 규정하고 있는 민법 제778조가 헌법 제36조 제1항을 비롯한 헌법에 위배된다고 볼 수 없다.

그리고 법률상 강제적으로 개인이 가(家)에 속하게 되는 것이 개인의 존엄에 반하는 것인지에 관한 문제는 인간과 사회 간의 관계에 관한 깊은 통찰을 요한다고 할 수 있다. 인간의 이성을 절대화하여 인간을 추상화된, 고립적인 개별 존재로 파악하는 입장에서는, 개인이 자신의 의사에 반하여 타인과 관계를 맺게 되는 것에 대하여 부정적 시각을 가질 수 있을 것이다. 그렇지만 다른 한편, 현실에 존재하는 구체적 인간은 타인과의 관계에서만 존재할 수 있는 실존적 구조를 갖고 있다고 이해하는 입장에서는, 사회적 존재로서의 개인

이 타인과 관계를 맺는 원초적인 출발점인 가족관계를 법적 관념에 반영하는 것은 오히려 인간의 본성에 부합한다는 시각 또한 있을 수 있다. 이와 같이 인간과 그 존재양식이 다양한 시각에서 달리 이해될 수 있음을 고려한다면, 헌법 스스로 보호하고자 하는 가족에 각 개인이 속하도록 하고 있는 입법적 조치가 개인의 존엄을 침해한다고 단정하기 어렵다. 오히려 헌법은 각 개인은 가족관계에서 사회적 관계의 공고한 기초를 찾아야 하고, 이를 기초로 할 때에만 사회적 연대성의 강화와 정치적 통합이 가능하다는 전제에 서 있다고 보아야 할 것이다.

또한 민법 제778조가 개인이 가(家)에 속하여야 한다고 규정하고 있다 하더라도, 이 규정 자체는 이에 따른 법률효과를 전혀 규정하고 있지 않으므로, 민법 제778조가 규정하는 가(家)와 개인의 관계는 관념적인 것으로서 상징적인 의미 이상을 가질 수 없어서 그로 인한 기본권 침해의 정도가 심대하다고 보기 어렵다. 헌법이 명문의 규정을 두어 가족제도를 특히 보장하고 있는 것은, 가족제도 존립을 위하여 위와 같은 최소한의 제약은 개인이 수용하지 않을 수 없음을 전제로 하고 있다고 보아야 할 것이다.

따라서 민법 제778조가 가(家)의 존재를 규정하고 개인이 이에 속하게 하였다 하더라도 이를 헌법에 위배된다고 볼 수는 없다.

(4) 호주의 지위

(가) 민법 제778조는 위와 같은 가족제도에 터 잡은 각개의 가(家)에 호주를 두고 있는바, 이는 아래에서 보는 바와 같이 우리의 전통문화에 터 잡은 것으로 봄이 상당하다.

즉, 고려의 가족제도는 부계혈족주의를 바탕으로 하고 있었으나, 처(모)가 혼인으로 인하여 본래의 혈족집단의 구성원으로서의 신분과 부(夫)의 혈족집단의 구성원으로서의 신분을 동시에 가지고 있었기 때문에 처(모)족이 존중되고 처(모)의 지위가 열락하지 않았고, 가족관계가 가부장적인 구조를 가지고 있지 않았다. 고려사 식화지(高麗史 食貨志)에 의하면 호적에는 호주 및 호주와 동거하는 자식·형제·질(姪)·서(壻) 등 친족의 세계(世系)는 물론이고 노비와 그 세계(世系)까지도 기록하도록 하고 있다.

조선시대에도 중기까지는 재산상속에 있어서 자녀의 균분상속이 인정되고 조상에 대한 봉사(奉祀)도 자녀가 윤행(輪行)하는 등 여자의 지위는 남자에 비하여 열등하지 않았다. 경국대전(經國大典)에도 호적은 호주의 사조(四祖)와 호주의 처의 사조(四祖)가 기록되고 가족으로서 솔거(率居)하는 자녀와

서(壻) 그리고 노비 등을 기재하도록 하여 근본적으로는 고려의 호적제를 본받았다. 그러나 그 후 점차 성씨제도가 정비되고 체계화되면서 수직적 부계혈족주의와 결합하여 부계혈통주의가 강화됨으로써 필연적으로 가족제도의 변천을 초래하게 되어 여자의 지위를 극히 열악하게 하였으며 친자제도를 비롯한 혼인제도·상속제도의 전반에 걸쳐서 커다란 영향을 미쳤다.

한편, 조선의 가족제도는 1896년에 ‘호구조사규칙’이 칙령으로 공포되어 새로운 호적제도가 시행되면서 호주의 사조(四祖)만을 기재하게 하여 가족제도가 더욱 남계중심의 부계혈족주의로 진전되었다.

이와 같이 호주의 구체적인 지위는 시대의 변화에 따라 달리 나타나고 있지만, 호주라는 관념 자체는 가족제도에 가부장적 성격이 강하게 나타났는지 여부와 상관없이 일관되게 유지되었다. 이는 적어도 가족제도와 더불어 ‘호주’라는 관념은 우리의 전통문화에 깊이 뿌리 내린 문화적 침전물이라고 할 수 있음을 보여주는 것이므로, 헌법 제9조에 의하여 그 계승·발전이 보장될 필요가 있다.

(나) 한편, 호주라는 관념을 인정한다면 호주와 가족 간에는 가족 내 지위에 차이가 존재하고 호주의 지위가 강요되는 것이므로, 이것이 개인의 존엄에 반하는 것인지, 호주 아닌 가족의 평등권을 침해하는 것인지가 문제된다.

이와 같은 문제상황에서는 헌법 제36조 제1항 전단이 규정하고 있는 헌법적 가치와 헌법 제9조가 규정하고 있는 헌법적 가치의 상충이 일어나고 있는데, 헌법 스스로 서로 저촉될 수 있는 가치를 헌법질서 내에 수용하면서 그 상충관계를 해결할 만한 명확한 기준을 제시하지 아니한 것은, 입법자가 상충하는 가치를 둘러싼 이익상황을 정확히 진단하고 범공동체 구성원들의 가치적 지향점이 담겨 있는 정치적 의사를 수렴하여 상충하는 각 가치가 갖는 타당영역 사이의 경계를 법률로 설정하라는 뜻이라고 해석된다. 이에 따라 입법자에게는 입법의 방식·내용·형식의 결정에 있어서는 일정한 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit), 즉 입법재량이 원칙적으로 귀속된다. 그러나 입법자의 입법재량도 일정한 한계를 갖게 마련이므로, 입법자가 구체적으로 입법적 형성을 한 경우에 사법적 심사의 범위는 입법자의 입법재량 행사가 그 한계를 일탈하였는지 여부에 국한되고, 그 심사에 있어서의 기준은 입법권이 자의적으로 행사되어서는 아니 된다는 자의금지의 원칙을 기준으로 삼아야 한다.

(다) 이를 전제로 민법 제778조가 추상적인 ‘호주’라는 관념을 도입한 것이 입법재량의 범위에 속하는 것인지 여부에 관하여 본다.

우선 가족제도가 존재한다면, 그 가족 구성원들의 구심점이 될 수 있는 호주라는 관념을 도입하는 것은 오히려 자연스러운 현상이라고 볼 수 있다. 가족을 호적편제의 기준으로 삼는 경우에는 호주를 중심으로 하여 각 가족구성원들의 관계를 표시하는 것이 호적사무의 능률을 기하고 가독성을 높일 수 있을 뿐만 아니라, 가족의 구심점으로서의 호주를 인정하고 가족구성원인 자녀들의 성이 통일적으로 정해지도록 규율하는 등의 조치는 가족의 유대감과 연대성을 보다 강화하는 측면이 있어 가족제도의 존속, 유지에 기여하는 바가 없지 않다. 게다가 우리의 전통에 터 잡은 호주제라는 것은 생존한 존속에 대한 봉양(奉養)과 사망한 조상에 대한 봉사(奉祀)와 무관하지 아니하고, 이를 미풍양속으로 여겨온 전통적 민족의식이 투영되어 있다 할 것이므로, 이를 계승·발전시키기 위하여 호주라는 관념을 입법에 반영한 것만을 들어 입법제량을 남용한 것이라고 보기 어렵다. 현행 민법에 이르기까지 구 법상 갖고 있던 호주의 실질적 권한은 상당 부분 배제되어 호주의 지위가 단순한 호적상 기준자, 즉 필두자(筆頭者)의 지위에 불과하게 되었음을 고려하면, 호주의 관념을 민법에 도입한 것만으로 호주가 아닌 국민을 차별하여 그의 기본권이 심각하게 침해되었다고 보기도 어렵다고 판단된다. 따라서 양성의 평등을 침해하는 등 위헌적 요소가 있는 개별규정이 효력을 상실하거나 합헌적으로 수정된다면, 굳이 형식적, 추상적으로 호주의 관념만을 인정한 민법 제778조가 입법제량을 벗어난 위헌적 규정이라고 할 수 없다.

그리고 가령, 호주제를 유지하되 그 호주승계의 순위를 남녀의 구분 없이 세대(항렬)와 연령 순으로 일용 규정하고, 가족 구성원의 합의 등에 의하여 그 순위를 변경할 수 있는 길을 열어 준다면, 부계혈통의 유지에 대한 자부심이 남다른 가계에서는 부계혈통에 따른 호주승계를 그대로 유지할 것이고, 부계혈통주의를 봉건적 악습이라고 보는 가계에서는 이와는 다른 방식으로 호주를 결정할 것이다. 이렇듯 각기 달리 나타날 수 있는 각 개인 또는 가족집단의 취향과 의사결정에 국가가 간섭할 필요는 없는 것이다. 이와 같이 개인 권리 보장의 영역과 전통문화의 영역이 조화를 이룰 수 있는 가능성이 전혀 없지 않음에도, 이를 전적으로 배제한 채 호주제 전반에 영향을 미칠 수 있는 민법 제778조를 포괄적으로 위헌이라고 판단하는 것은, 오히려 전통문화의 계승·발전에 장애요인으로 작용할 수 있다는 점에서 더욱 큰 문제점을 안고 있다.

나아가 민법 제778조에 의하여 호주가 되는 것이 강요된다는 점에 관하여

보더라도, 누가 호주가 되는가도 민법 제778조에 의하여 바로 결정되는 것은 아니고 개별규정의 내용을 종합하여야 판단이 가능한 것이므로, 그 구체적 결정방법에 문제가 있다면 그 개별규정이 위헌인 것이지만 민법 제778조가 당연히 위헌이라고 볼 수는 없다. 앞서 본 바와 같이 입법적 형성의 내용에 따라서는 누가 호주가 될 것인가를 당사자들의 합의에 의하여 정하는 방식을 취할 수도 있는 것이므로, 민법 제778조가 특정 개인이 호주가 되는 것을 강요하고 있다고 보기 어렵다. 그리고 호주는 단지 호적상 기준자 또는 필두자의 지위를 가짐에 불과하여 현실적으로 개인의 신체와 행동의 자유에 큰 영향을 미치는 것은 아니고 상징적 의미만을 갖는다고 볼 수 있는데, 이러한 상징적 의미라는 것은 사회 구성원들의 가치관에 따라 달리 평가될 수 있는 상대적인 것이다. 따라서 민법 제778조에 의하여 개인의 존엄이 다소 영향을 받는 측면이 있다 하더라도, 이는 상대적인 것으로서 과대평가되어서는 아니 될 것이고, 나아가 호주제가 가족제도의 존속, 유지에 미치는 앞서 본 바와 같은 긍정적 효과를 고려해 보면, 민법 제778조가 일가의 관념적 필두자로서 호주라는 개념을 인정하였고 이에 따라 의사에 반하여 호주가 되는 경우가 생긴다고 하여 그것이 현저히 자의적인 방식에 의하여 개인의 존엄을 침해하는 위헌적인 조치라고 할 수 없다.

(라) 그렇다면 민법 제778조가 호주에 관하여 규정하고 있는 것도 입법자의 입법재량의 범위 내에서 이루어진 입법적 조치라고 할 것이므로, 이를 헌법 제36조 제1항에 위배된 위헌인 규정이라고 할 수 없다.

라. 결 론

이상의 이유로 이 사건 심판대상 조항 중 민법 제781조 제1항 본문 후단 및 민법 제826조 제3항 본문은 헌법 제36조 제1항에 위배되어 헌법에 위반된다고 할 것이나, 민법 제778조는 가족제도의 보장을 위한 입법재량의 범위 내에서 이루어진 입법적 조치로서 헌법에 위반되지 아니한다.

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

구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제16조 제1항 등 위헌제청

(2005. 2. 3. 2004헌가8 전원재판부)

【판시사항】

외국비디오물을 수입할 경우에 반드시 영상물등급위원회로부터 수입추천을 받도록 규정하고 있는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조 제1항 등이 사전검열에 해당하는지 여부(적극)

【결정요지】

외국비디오물을 수입할 경우에 반드시 영상물등급위원회로부터 수입추천을 받도록 규정하고 있는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조 제1항 등에 의한 외국비디오물 수입추천제도는 외국비디오물의 수입·배포라는 의사표현행위 전에 표현물을 행정기관의 성격을 가진 영상물등급위원회에 제출토록 하여 표현행위의 허용 여부를 행정기관의 결정에 좌우되게 하고, 이를 준수하지 않는 자들에 대하여 형사처벌 등의 강제조치를 규정하고 있는바, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이라는 요소를 모두 갖추고 있으므로, 우리나라 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당한다.

재판관 송인준의 합헌의견

영화, 비디오 등의 영상물은 그 영향력이나 파급효과 등의 측면에서 볼 때 상영·보급 이전 단계에서 내용에 대한 사전검증절차가 필요한 부분이라 할 수 있고, 또한 영상물등급위원회는 행정기관적 색채를 불

식한 민간 자율기관에 해당한다고 할 것이므로, 외국비디오물에 대한 영상물등급위원회의 수입추천제도는 영상물에 대한 필요하고도 적절한 사전검증절차로서 우리나라 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당하지 아니한다.

【심판대상조문】

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조(음반·비디오물 또는 게임물의 수입)
① 외국에서 제작된 음반(음반의 원판을 포함한다. 이하 “외국음반”이라 한다)·비디오물(비디오물의 원판을 포함한다. 이하 “외국비디오물”이라 한다) 또는 게임물(게임물의 원판을 포함한다. 이하 “외국게임물”이라 한다)을 수입하고자 하는 자는 공언법 제17조의 규정에 의한 영상물등급위원회(이하 “영상물등급위원회”라 한다)의 추천을 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②~⑤ 생략

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제29조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~3. 생략

4. 제16조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 추천을 받지 아니하고 외국음반·외국비디오물 또는 외국 게임물을 수입 또는 제작한 자

5.~10. 생략

② 생략

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제30조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~4. 생략

5. 제24조 제3항 각 호의 규정에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 유통·시청 제공 또는 오락제공 등을 하거나 유통·시청제공 또는 오락제공등의 목적으로 진열 또는 보관한 자 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물을 유통 또는 보관한 자 부분

【참조조문】

헌법 제21조

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조(음반·비디오물 또는 게임물의 수입)

①~④ 생략

⑤ 영상물등급위원회는 외국음반·외국비디오물 또는 외국게임물이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 수입추진을 할 수 없다.

1. 헌법의 민주적 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있는 경우
2. 폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 경우
3. 국제적 외교관계, 민족의 문화적 주체성등을 훼손하여 국익을 해할 우려가 있는 경우

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제24조(폐쇄 및 수거조치 등) ①, ② 생략
 ③ 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 1에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.

1. 생략
2. 제16조 또는 제17조의 규정에 의한 추진을 받지 아니하고 수입·제작 또는 반입된 음반·비디오물 또는 게임물

3.~5. 생략

④~⑥ 생략

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제17조(영상물등급위원회) 공연의 공공성 및 윤리성을 유지함과 아울러 연소자 관객을 보호하기 위하여 영상물등급위원회를 둔다.

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제18조(구성) ① 위원회는 문화예술·영상·청소년·법률·교육·언론 등의 분야 중 대통령령으로 정하는 기관·단체가 영화·비디오 등 공연 및 게임에 관한 전문지식과 경험이 있는 자 중에서 선정한 15인을 대한민국예술원회장이 추천하고 대통령이 이를 위촉하여 구성한다.

② 위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제19조(위원장 등) ① 위원회에 위원장 1인과 부위원장 1인을 둔다.

② 위원장과 부위원장은 위원 중에서 호선한다.

③ 위원장은 위원회를 대표하고 위원회의 업무를 총괄한다.

④ 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 부위원장이 그 직무를 대행하며, 위원장과 부위원장이 모두 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원 중 연장자의 순으로 그 직무를 대행한다.

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제20조(위원의 임기) ① 위원장·부위원장·위원의 임기는 3년으로 한다.

② 위원의 결원이 생겼을 때에는 결원된 날부터 30일 이내에 제18조의 규정에 의하여 그 보궐위원을 위촉하여야 하며, 보궐위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

③ 임기가 만료된 위원장을 포함한 위원은 제18조의 규정에 의하여 그 후임자가 선임될

때까지 그 직무를 행한다.

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제21조(위원의 대우 및 겸직금지)

- ① 위원 중 상임위원에 대하여는 보수를 지급하며, 비상임위원은 명예직으로 하되 위원회의 규정이 정하는 바에 따라 직무수행경비 등 실비를 지급할 수 있다.
- ② 상임위원은 위원회의 규정이 정하는 경우를 제외하고는 영리를 목적으로 하는 다른 직무를 겸직할 수 없다.

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제22조(위원의 결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 위원이 될 수 없다.

- 1. 공무원(교육공무원 및 법관은 제외한다)
- 2. 정당법에 의한 당원
- 3. 국가공무원법 제33조 각 호의 1에 해당하는 자
- 4. 기타 대통령령이 정하는 자

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제23조(위원의 직무상 독립과 신분 보장) ① 위원은 임기중 직무상 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다.

② 위원은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 그의 의사에 반하여 면직되지 아니한다.

- 1. 제22조의 결격사유에 해당하는 경우
- 2. 장기간의 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없게 된 경우

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것) 제24조(위원회의 직무 등) ① 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- 1. 영상물의 상영등급분류에 관한 사항
 - 2. 위원회 운영계획의 수립·시행에 관한 사항
 - 3. 위원회 규정의 제정·개정 등에 관한 사항
 - 4. 기타 이 법 또는 다른 법률에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정된 사항
- ② 위원회는 위원회가 상영등급을 분류한 영상물 등에 대한 국민의 반응을 정기적으로 조사하여야 하고, 이를 등급분류 등 관련업무에 반영하여야 한다.
- ③ 위원회는 영상물관련업체 등이 제1항 제1호의 규정에 의한 심의·의결 사항의 준수 여부를 확인하기 위하여 영상물 수입·제작자 등 관련자에게 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 위반사항에 대하여는 시정을 요구할 수 있다.

【참조판례】

- 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212
- 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134

【당 사 자】

제청법원 대법원(2004. 4. 13. 2001초472 위헌제청신청)

당해사건 대법원 2001도3495 음반·비디오물및게임물에관한법률위반

【주 문】

구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정되기 전의 것) 제16조 제1항 본문 중 외국비디오물에 관한 부분, 제29조 제1항 제4호 중 제16조 제1항의 외국비디오물의 수입 부분, 제30조 제5호 중 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물을 유통 또는 보관한 자 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인 손○철은 동생인 청구의 손○진과 공모하여, 영상물등급위원회의 수입추천을 받지 아니하고, 1999. 12. 초순경부터 2000. 11. 22.경까지 사이에 서울 영등포구 여의도동 ○○빌딩에 있는 자신의 사무실에서 “아마존”등의 인터넷 사이트를 통하여 음란·선정성이나 폭력성이 삭제되지 아니한 외국영화 DVD 600점을 우송받아 외국의 비디오물을 수입하고, 이를 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 통하여 유통하거나 유통목적으로 보관하였다는 이유로 음반·비디오물및게임물에관한법률위반혐의로 대구지방법원에 기소되어 500만 원의 벌금형을 선고받았다(대구지방법원 2000고단8228).

(2) 제청신청인은 같은 법원에 항소하였으나 기각되었고(2001노167), 대법원에 상고하여 소송계속중(2001도3495), 영상물등급위원회의 수입추천제도를 규정하고 있는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제16조 제1항 등에 대하여 위헌제청신청을 하였고(2001초472), 대법원은 동법 제16조 제1항 본문 중 외국비디오물에 관한 부분, 제29조 제1항 제4호 중 제16조 제1항의 외국비디오물의 수입부분, 제30조 제5호 중 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물의 유통 또는 보관한 자 부분의 위헌 여부가 위 사건의 재판의 전제가 됨을 인정하여, 2004. 4. 13. 위 법률조항들에 대하여 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개

정되기 전의 것, 이하 “법”이라 한다) 제16조 제1항 본문 중 외국비디오물에 관한 부분, 제29조 제1항 제4호 중 제16조 제1항의 외국비디오물의 수입부분, 제30조 제5호 중 제24조 제3항 제2호의 수입비디오물의 유통 또는 보관한 자 부분이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다(이하 “이 사건 법률조항들”이라 한다).

법 제16조(음반·비디오물 또는 게임물의 수입) ① 외국에서 제작된 음반(음반의 원판을 포함한다. 이하 “외국음반”이라 한다)·비디오물(비디오물의 원판을 포함한다. 이하 “외국비디오물”이라 한다) 또는 게임물(게임물의 원판을 포함한다. 이하 “외국게임물”이라 한다)을 수입하고자 하는 자는 공연법 제17조의 규정에 의한 영상물등급위원회(이하 “영상물등급위원회”라 한다)의 추천을 받아야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

⑤ 영상물등급위원회는 외국음반·외국비디오물 또는 외국게임물이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 수입추천을 할 수 없다.

1. 헌법의 민주적 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있는 경우
2. 폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 경우
3. 국제적 외교관계, 민족의 문화적 주체성등을 훼손하여 국익을 해할 우려가 있는 경우

법 제29조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~3. 생략

4. 제16조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 추천을 받지 아니하고 외국음반·외국비디오물 또는 외국게임물을 수입 또는 제작한 자

5.~10. 생략

② 생략

법 제30조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~4. 생략

5. 제24조 제3항 각 호의 규정에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 유통·시청제공 또는 오락제공 등을 하거나 유통·시청제공 또는 오락

제공 등의 목적으로 진열 또는 보관한 자

법 제24조(폐쇄 및 수거조치등) ①, ② 생략

③ 문화관광부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 1에 해당하는 음반·비디오물 또는 게임물을 발견한 때에는 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있다.

1. 생략

2. 제16조 또는 제17조의 규정에 의한 추천을 받지 아니하고 수입·제작 또는 반입된 음반·비디오물 또는 게임물

3.~5. 생략

④~⑥ 생략

○ 영상물등급위원회의 근거규정은 [별지]로 첨부.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유 및 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

(1) 원심판결은 제청신청인이 영상물등급위원회의 추천을 받지 아니하고 외국비디오물을 수입하고, 또한 등급분류도 받지 아니한 외국비디오물을 유통 및 유통목적으로 보관하였다는 공소사실에 대하여 이 사건 법률조항들을 적용한 제1심판결을 유지하였다. 따라서 이 사건 법률조항들의 위헌 여부는 제청신청인의 상고에 따른 이 법원의 재판의 전제가 된다.

(2) 헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속하고, 이 사건에서 문제되고 있는 비디오물은 의사표현의 수단인 되기도 하므로 그 제작·수입 및 유통 등은 헌법 제21조 제1항에 의하여 보장을 받는다.

법 제16조 제1항이 정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 수입추천제도는, 실질적으로 행정기관인 영상물등급위원회가 외국비디오물의 수입에 앞서 그 내용을 심사하여, 법 제16조 제5항의 수입추천 배제사유에 해당하는 외국비디오물에 대하여는 수입·유통 등을 금지하고, 수입추천을 받지 아니한 외국비디오물을 수입·유통할 경우에는 형사처벌까지 할 수 있도록 하고 있는 점에 비추어, 헌법 제21조 제2항이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당한다.

나. 문화관광부장관의 의견

(1) 영화는 시청각을 표현수단으로 하는 영상매체의 특수성으로 말미암아

일단 상영되고 나면 그 자극이나 충격이 매우 강하게 그리고 직접 전달되어 영향력이 클 뿐만 아니라, 비디오의 보급이 일반화되면서 그 파급효과가 광범위해졌고, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 이를 효율적으로 규제할 방법마저 없으므로 영화·비디오를 상영 또는 보급하기 이전에 심사·규제할 필요가 있다.

(2) 영상물등급위원회는 각 전문분야별 순수 민간인으로 구성된 기관·단체에서 선정한 사람을 대한민국예술원회장이 추천하여 대통령이 위촉하도록 하고 있어 위원회 구성에서 행정권이 조금이라도 영향을 미칠 여지가 없다고 할 것이고, 음반·비디오물및게임물에관한법률의 입법취지 및 범규정을 종합하여 해석할 때 영상물등급위원회는 자율성이 보장된 민간기관으로 보아야 할 것이다.

따라서 자율적 민간기구인 영상물등급위원회에 의한 외국비디오의 수입추천제도는 행정권이 주체가 된 사전심사절차라는 사전검열의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지의 원칙에 위반되지 않는다.

3. 판 단

가. 검열금지에 관한 헌법규정과 검열의 개념

우리나라 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”고 규정하여 언론의 자유를 일반적으로 보장하고, 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정하여 언론에 대한 검열금지원칙을 헌법에서 명문화하고 있다.

현행헌법은 명문으로 언론에 대한 검열금지원칙을 선언하면서, 헌법이 금지하는 검열이 구체적으로 어떠한 것인지에 대하여는 규정하고 있지 않다. 헌법재판소는 헌재 1996. 10. 4. 선고 93헌가13등 영화법 제12조 등에 대한 위헌제청 사건에서 다음과 같이 검열제도가 금지되어야 하는 이유와 더불어 헌법 제21조 제2항에서 규정하는 검열개념의 기준을 제시하였다.

“헌법 제21조 제1항과 제2항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가지며, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서의 검열은 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다. 이러한 검열제가 허용될 경

우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 직접 그 금지를 규정하고 있는 것이다.

그러므로 헌법 제21조 제2항이 언론·출판에 대한 검열금지를 규정한 것은 비록 헌법 제37조 제2항이 국민의 자유와 권리를 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있다고 할지라도, 언론·출판의 자유에 대하여는 검열을 수단으로 한 제한만은 법률로써도 허용되지 아니 한다는 것을 밝힌 것이다. 물론 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식에 구애됨이 없이 실질적으로 위에서 밝힌 검열의 개념에 해당되는 모든 것을 그 대상으로 하는 것이다.

그러나 검열금지의 원칙은 모든 형태의 사전적인 규제를 금지하는 것이 아니고, 단지 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻한다. 그러므로 검열은 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요건을 갖춘 경우에만 이에 해당하는 것이다(판례집 8-2, 212, 222-223).”

위 결정에서 헌법재판소는 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단 등의 요소를 사전검열의 판단기준으로 제시하였다.

위 결정에서 제시된 위와 같은 기준은 그 후 검열이 문제된 일련의 헌법재판소 결정들에서 판단의 기준이 되었으며, 현재 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 영화진흥법 제21조 제4항 위헌제청 사건에서는 위 기준에 입각하여, 영상물 등급위원회가 영화에 대한 등급분류를 일정 기간 보류할 수 있게 하는 영화진흥법상의 ‘영화등급분류보류제도’가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는 것으로 위헌이라고 선언하였다.

나. 수입추천제도의 연혁 및 내용

(1) 입법연혁

외국비디오물 수입추천제도는 1991. 3. 8. 법률 제4351호에 의해 제정된 음반및비디오물에관한법률이 규정하고 있던 외국비디오물 수입허가제도에서부터 비롯되었다. 당시 음반및비디오물에관한법률 제13조 제1항은 외국비디오

물을 수입 또는 반입하거나 이를 국내에서 판매·배포·대여 등의 목적으로 복제하고자 할 때에는 문화부장관의 허가를 받도록 규정하고 있었고, 같은법 제24조 제1항 제2호는 제13조 제1항을 위반한 자에 대해서 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다.

1995. 12. 6. 법률 제5016호에 의해 음반및비디오물에관한법률이 전문개정되면서, 문화부장관에 의한 수입허가제도는 공연윤리위원회에 의한 수입추천 제도로 바뀌었고, 이 때부터 추천을 받지 아니하고 수입된 외국비디오물의 유통에 대해서도 별도의 형사처벌이 부과되었다.

1997. 4. 10. 음반및비디오물에관한법률의 일부개정으로 수입추천의 주체가 한국공연예술진흥협의회로 바뀌었다가, 1999. 2. 8. 법률 제5925호에 의해 제정된 음반·비디오물및게임물에관한법률에 의해, 수입추천의 주체는 다시 영상물등급위원회로 바뀌었으며, 추천을 받지 아니하고 외국비디오물을 수입하는 행위와 추천을 받지 아니하고 수입된 외국비디오물의 유통 및 유통목적 보관행위 등에 대해 부과하는 형벌도 강화되었다. 1999. 2. 8. 법률 제5925호에 의해 제정된 음반·비디오물및게임물에관한법률이 규정하고 있는 수입추천제도 관련조항들이 바로 제청신청법원의 당해사건에 적용되는 법률로서 이 사건 심판대상조항들이다(외국비디오물에 대한 수입추천제도는 2001. 5. 24. 음반·비디오물및게임물에관한법률 전문개정시에 완전히 폐지되었다).

(2) 수입추천제도의 내용

이 사건 법률조항들에 의해 인정되고 있는 외국비디오물 수입추천제도는, 외국비디오물을 수입하고자 하는 자는 수입하고자 하는 외국비디오물에 대하여 수입하기 전에 반드시 영상물등급위원회로부터 수입추천을 받도록 하고, 이 때 영상물등급위원회는 수입추천신청의 대상이 된 당해 외국비디오물이 음반·비디오물및게임물에관한법률 및 영상물등급위원회가 정하는 일정한 기준에 해당한다고 판단되는 경우에 수입추천을 하지 않을 수 있으며, 수입추천을 받지 아니한 자는 당해 외국비디오물을 수입하거나 유통시킬 수 없고, 이를 위반한 자에 대하여는 형사처벌을 부과하는 제도를 말한다.

외국비디오물에 대한 수입추천제도의 연혁과 수입추천불가 판정의 기준에 관한 관련조항(법 제16조 제5항)을 살펴 볼 때, 이 사건 법률조항의 입법취지는 유통을 위한 외국비디오물의 수입 이전에 외국비디오물의 내용을 검토하여 당해 비디오물의 내용이 일정한 기준에 해당하는 경우에는 그 수입을 원칙적으로 금지하거나 추천을 받지 아니하고 수입된 외국비디오물의 유통을

금지함으로써, 폭력·음란의 과도한 묘사로부터 청소년 및 공서양속을 보호하고, 기타 국가안전보장이나 질서유지를 위해 외국비디오물을 규제하기 위한 것으로 보인다.

다. 수입추천제도가 검열금지원칙에 위반되는지 여부

(1) 외국비디오물의 수입과 언론·출판의 자유

헌법 제21조 제1항은 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 규정하여 언론·출판의 자유를 보장하고 있는바, 의사표현의 자유는 바로 언론·출판의 자유에 속한다.

“음반 및 비디오물도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며, 이러한 작용을 하는 음반 및 비디오물의 제작은 언론·출판의 자유에 의해서도 보호된다.”는 것이 헌법재판소의 판례이다(헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284; 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 401 참조).

외국비디오물의 수입·배포행위도 의사형성적 작용이라는 관점에서 당연히 의사의 표현·전파 형식의 하나에 해당함을 인정할 수 있으므로, 외국비디오물의 수입·배포행위 역시 언론·출판의 자유의 보호범위 내에 있고, 이러한 영역에 대한 사전검열은 우리나라 헌법이 금지하는 것으로 허용되지 않는다고 할 것이다.

(2) 수입추천제도가 사전검열에 해당하는지 여부

이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 외국비디오물 수입추천제도가, 헌법재판소가 헌법상 금지되는 사전검열의 판단기준으로 제시한 “일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단” 등의 요소를 갖춘 사전검열제도에 해당하는지 여부를 살펴본다.

(가) 법 제16조 제1항은 외국에서 제작된 비디오물을 수입하고자 하는 자는 반드시 수입하고자 하는 비디오물에 대하여 영상물등급위원회로부터 수입추천을 받도록 규정하고, 같은 조 제5항은 영상물등급위원회가 수입추천할 수 없는 비디오물에 관한 내용상의 심사기준을 규정하고 있다. 이러한 관련조항과 제도의 취지에 비추어 볼 때 외국비디오물이라는 표현물이 국내에서 유통되기 위해서는 수입추천업무를 담당하는 기관에 유통 이전에 제출되어야 한다는 점은 이론의 여지가 없다.

(나) 헌법상의 검열금지원칙은 검열이 행정권에 의하여 행하여지는 경우에 한정하여 적용되므로 외국비디오물의 수입추천기관인 영상물등급위원회가 검열과 관련하여 행정기관에 해당하는지 여부가 문제된다.

헌법재판소는 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정에서 영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호로 전문개정된 것) 제21조 제4항이 규정하고 있던 영화의 상영등급분류보류제도의 위헌성 여부를 심사하면서, 영상물등급위원회의 성격과 관련하여 다음과 같이 판시하였다.

“영화에 대한 심의 및 상영등급분류업무를 담당하고 등급분류보류결정권을 갖고 있는 영상물등급위원회의 경우에도, 비록 이전의 공연윤리위원회나 한국공연예술진흥협의회와는 달리 문화관광부장관에 대한 보고 내지 통보의무는 없다고 하더라도, 여전히 영상물등급위원회의 위원을 대통령이 위촉하고(공연법 제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(공연법 제18조 제2항, 공연법시행령 제22조), 국가예산의 범위 안에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(공연법 제30조) 등에 비추어 볼 때, 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있다고 보지 않을 수 없다. 영상물등급위원회가 비록 그의 심의 및 등급분류활동에 있어서 독립성이 보장된 기관이라 할지라도(공연법 제23조), 그것이 검열기관인가 여부를 판단하는 데 있어서 결정적인 것이라고는 할 수 없다. 심의기관의 독립성이 보장되어야 하는 것은 단지 심의절차와 그 결과의 공정성 및 객관성을 확보하기 위하여 모든 형태의 심의절차에 요구되는 당연한 전제일 뿐이기 때문이다. 국가에 의하여 검열절차가 입법의 형태로 계획되고 의도된 이상, 비록 검열기관을 민간인들로 구성하고 그 지위의 독립성을 보장한다고 해서 영화진흥법이 정한 등급분류보류제도의 법적 성격이 바뀌는 것은 아니다. 따라서 이러한 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도는 ‘행정권이 주체가 된 사전심사절차’라는 요건도 충족시킨다.”

영상물등급위원회는 2001. 5. 24. 법 개정시에 그 근거규정이 공연법에서 음반·비디오물및게임물에관한법률로 바뀌고 관련조항의 일부 내용이 변경되었지만, 이 사건 법률조항들에서 인정되고 있는 외국비디오물의 수입추천업무를 수행하는 영상물등급위원회는 개정전 공연법에 의거 설치되고 있던 것으로서 위 헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정에서 영화의 상영등급분류보

류제도의 운영주체로서 행정기관성 여부를 판단하였던 바로 그 영상물등급위원회와 동일한 것이다.

따라서 이 사건 영상물등급위원회는 검열과 관련해서는 그 조직과 구성면에서 행정권의 성격을 가진 행정기관에 해당한다고 할 것이다.

(다) 다음으로 이 사건 수입추천제도가 ‘허가를 받지 아니한 의사표현의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단’ 등의 요소를 갖추고 있는지에 관해 본다.

법에 의하면, 외국비디오물이 유통을 위해 수입되기 위해서는 그 수입 이전에 영상물등급위원회로부터 수입추천을 받아야 하고(법 제16조 제1항), 외국비디오물의 내용이 일정한 기준에 해당하는 경우에는 영상물등급위원회가 수입추천을 할 수 없게 되어 있으며(법 제16조 제5항), 추천을 받지 않고 외국비디오물을 수입하거나 또는 추천을 받지 아니하고 수입된 외국비디오물을 유통하거나 유통목적으로 보관하였을 경우에는 각 형사벌이 부과되고(법 제29조 제1항 제4호 및 제30조 제5호), 추천을 받지 않고 수입된 비디오물에 대해서는 문화관광부장관 등이 관계공무원으로 하여금 이를 수거하여 폐기하게 할 수 있게 되어 있다(법 제24조 제3항 제2호).

이러한 법의 내용에 비추어 볼 때, 외국비디오물의 내용이 법 및 영상물등급위원회가 정하는 일정한 기준에 해당하는 경우에는 외국비디오물 수입업자가 자진해서 문제되는 내용을 삭제하거나 수정하지 않는 한 당해 외국비디오물은 원천적으로 국내에서의 유통이 금지될 수 있다. 비록 그 외형적인 형태가 ‘수입추천’이라고는 하지만, 이는 영상물등급위원회의 추천을 받지 아니하는 한 외국비디오물을 통한 의사표현이 금지되는 것을 의미하므로, 이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 수입추천제도는 실질적으로 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지에 해당하는 것으로 평가할 수 있다.

또한 이 사건 법률조항들에 의해 인정되고 있는 외국비디오물 수입추천제도는 그 절차를 관철하는 수단으로서 형사처벌규정 및 강제수거·폐기규정을 수반하고 있으므로, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이라는 요소도 구비하고 있음이 명백하다.

(3) 소결론

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 외국비디오물 수입추천제도는, 외국비디오물의 수입·배포라는 의사표현행위전에 표현물을 행정기관의 성격을 가진 영상물등급위원회에 제출토록 하여 표현행위의 허용

여부를 행정기관의 결정에 좌우되게 하고, 이를 준수하지 않는 자들에 대하여 형사처벌 등의 강제조치를 규정하고 있는바, 허가를 받기 위한 표현물의 제출 의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이라는 요소를 모두 갖추고 있으므로, 우리나라 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 송인준의 합헌의견이 있는 외에는 관여재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 송인준의 합헌의견

나는 위 다수의견에서 언급하고 있는 헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정의 반대의견에서 영상물에 대한 사전검증절차의 필요성에 관하여 다음과 같은 의견을 피력한 바 있다(판례집 13-2, 134).

“무릇, 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현으로 인한 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정된다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다.

그러나, 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 어떤 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지니고 있다. 바로 이러한 표현은 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않고, 따라서 이에 대한 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인된다.

헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 이는 표현의 자유에 있어서의 이러한 한계를 설정한 것으로서 헌법상 보호되지 않는 표현을 예시한 것이라고 할 것이다.

‘인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것’이라고 정의되는 음란표현은 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그

해악이 해소되기 어려우므로 언론·출판의 자유에 의하여 보호할 수 없는 표현의 일례라 할 수 있다.

이와 같이 어떠한 표현이 헌법 제21조 제1항에서 보호되는 ‘언론·출판의 자유’에 해당되지 아니한다면, 이러한 표현은 사전에 적절한 방식으로 검증하고 여과할 필요가 있다고 보아야 할 것이다.

…… 영화는 시청각을 표현수단으로 하는 영상매체의 특수성으로 말미암아 일단 상영되고 나면 그 자극이나 충격이 매우 강하게 그리고 직접 전달되어 영향력이 아주 크다. 그뿐 아니라, 비디오의 보급이 일반화되면서 그 파급효과가 광범위하게 이루어질 수 있게 되었고, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 이를 효율적으로 규제할 방법마저 없다. 그러므로 영화를 상영 또는 보급하기 이전에 심사·규제해야 할 필요가 있음은 물론, 특히 청소년이 음란, 폭력 등 영화에 접근하는 것을 미리 막아야 할 절실함도 크다.

영화에 대하여 이미 다단계의 등급을 분류하는 제도가 마련되어 있어 청소년에게 유해한 영상물에 대한 접근이 차단되어 있으므로 등급분류보류제도는 청소년보호라는 공익과는 직접적인 관계가 없다는 주장은 법령상의 규제와 현장에서의 실행 사이에 괴리가 큰 현실을 간과한 것으로서, 더욱이 현재와 같이 동일한 영화관에서 여러 등급의 영화가 동시에 상영되는 제도하에서는 청소년보호라는 공익은 여전히 큰 의미를 지니고 있다.”

비디오 기기가 이미 광범하게 보급되고, 거의 모든 영화가 다시 비디오물로 재생되는 현실에서 영상매체로서의 비디오물 또한 그 영향력과 파급효과라는 면에서의 사전검증절차 필요성은 영화에 못지않음은 말할 나위도 없고, 나아가 다음과 같은 이유에 비추어 볼 때 비디오물에 대한 사전검증절차의 필요성은 오히려 영화의 그것에 비해 더 크다고 말 할 수 있을 것이다.

영화의 경우에는 극장이라는 한정된 공간에서 상영되므로, 제한상영가 등급을 부여받는 영화는 제한상영관에서만 상영하도록 규제할 수 있고, 그에 대한 선전물의 배포·게시 또한 위 제한상영관 내에서만 할 수 있도록 규제할 수 있기 때문에, 유통단계에서의 이용자별 출입제한 및 청소년 보호를 위한 규제 등을 효과적으로 할 수 있다. 그러나 비디오물은 극장에서만 상영될 수 있는 영화와는 달리 누구든지, 언제, 어디서라도 손쉽게 접근할 수 있다는 점에서 유통단계에서의 관리가 영화에 비해 상대적으로 더욱 어렵다고 할 수 있으므로, 오히려 영화보다도 상영·보급 이전 단계에서의 내용에 대한 사전검증 필요성이 더 크다고 할 것이다. 특히 외국비디오물의 경우에는 내용과

관련하여 제작에 관한 형사책임을 물을 수도 없을 뿐만 아니라, 청소년의 정서를 해치는 지나치게 음란하거나 폭력적인 내용이 적지 않다는 현실을 고려할 때, 이러한 외국비디오물이 무분별하게 수입되어 국내의 청소년들에게 유포되는 것을 방지할 필요성은 매우 크다고 할 것이다.

또한 최근 인터넷 문화가 급속도로 발달하여 그 유포속도는 상상을 초월할 정도로 가속화 되었는데, 불법적 내용의 비디오물이 인터넷을 통해 유포될 경우에 그 해악이 정말 심대할 것임은 명약관화한 것이다. 최근 불법적으로 인터넷에 유포되어 사회적 물의를 야기하고 있는 연예인 관련 비밀파일 사건이 그 단적인 예가 될 것이다.

외국비디오물의 수입추천업무를 담당하고 있는 영상물등급위원회의 성격에 관하여도 나는 위에서 언급한 헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정에서, 영상물등급위원회 위원이 각 전문분야별 순수 민간인으로 구성된 기관·단체에서 선정한 사람에 대한민국의 예술원회장이 추천하여 대통령의 형식적 위촉으로 선임되는 점, 과거와 달리 문화관광부장관에 대한 심의결과 보고의무 및 문화관광부장관의 위원장·부위원장 승인제도가 없다는 점, 위원장·부위원장을 위원회가 호선하고 위원의 임기가 법정되어 있으며, 임기중 직무상 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니하고 그의 의사에 반하여 면직되지 아니하는 점, 위원회에 대한 국고보조가 20%에도 미치지 아니하는 점 등을 들어, “영상물등급위원회는 과거 공연윤리위원회나 한국공연예술진흥협의회에 대하여 행정기관성을 인정하여 검열기관으로 본 헌법재판소의 결정취지에 따라 행정기관적 색채를 불식하고 출범한 것으로서 행정권과는 독립된 민간 자율기관”이라고 실시한 바 있다.

이러한 점들을 종합해 볼 때, 나는 이 사건 법률조항들이 규정하고 있는 외국비디오물에 대한 영상물등급위원회의 수입추천제도는 영상물에 대한 필요하고도 적절한 사전검증절차로서 우리나라 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당하지 아니한다고 생각한다.

다수의견이 검열금지의 원칙을 엄격히 적용하고자 하는 것은 과거 권위주의적 정부하에서 검열을 정부입장의 옹호 내지 홍보수단으로 악용하던 데 대한 반응으로 일면 이해할 수 있는 측면은 있으나, 표출된 후의 교정이 불가능한 해약으로부터 건전한 사회윤리의식과 청소년을 보호하여 국가사회의 건전성을 유지하는 것은 가치혼돈시대의 최소한의 보호장치로서 결코 포기될 수 없는 것이다.

따라서 나는 이 사건 법률조항들이 헌법에 위반되지 아니한다고 생각한다.

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

[별 지]

○ 영상물등급위원회의 근거규정

영상물등급위원회는 이 사건 당시 공연법에 의해 설치되었고, 따라서 직무 범위에 관하여도 공연법에 규정되어 있었다.

공연법(1999. 2. 8. 법률 제5924호로 전문개정된 것)

제17조(영상물등급위원회) 공연의 공공성 및 윤리성을 유지함과 아울러 연소자 관객을 보호하기 위하여 영상물등급위원회를 둔다.

제18조(구성) ① 위원회는 문화예술·영상·청소년·법률·교육·언론 등의 분야 중 대통령령으로 정하는 기관·단체가 영화·비디오 등 공연 및 게임에 관한 전문지식과 경험이 있는 자 중에서 선정한 15인을 대한민국예술원회장이 추천하고 대통령이 이를 위촉하여 구성한다.

② 위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제19조(위원장 등) ① 위원회에 위원장 1인과 부위원장 1인을 둔다.

② 위원장과 부위원장은 위원 중에서 호선한다.

③ 위원장은 위원회를 대표하고 위원회의 업무를 총괄한다.

④ 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 부위원장이 그 직무를 대행하며, 위원장과 부위원장이 모두 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원 중 연장자의 순으로 그 직무를 대행한다.

⑤ 위원장을 제외한 위원은 비상임으로 한다.

제20조(위원의 임기) ① 위원장·부위원장·위원의 임기는 3년으로 한다.

② 위원의 결원이 생겼을 때에는 결원된 날부터 30일 이내에 제18조의 규정에 의하여 그 보궐위원을 위촉하여야 하며, 보궐위원의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

③ 임기가 만료된 위원장을 포함한 위원은 제18조의 규정에 의하여 그 후 임자가 선임될 때까지 그 직무를 행한다.

제21조(위원의 대우 및 겸직금지) ① 위원 중 상임위원에 대하여는 보수를 지급하며, 비상임위원은 명예직으로 하되 위원회의 규정이 정하는 바에 따라 직무수행경비 등 실비를 지급할 수 있다.

② 상임위원은 위원회의 규정이 정하는 경우를 제외하고는 영리를 목적으로 하는 다른 직무를 겸직할 수 없다.

제22조(위원의 결격사유) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 위원이 될 수 없다.

1. 공무원(교육공무원 및 법관은 제외한다)
2. 정당법에 의한 당원
3. 국가공무원법 제33조 각 호의 1에 해당하는 자
4. 기타 대통령령이 정하는 자

제23조(위원의 직무상 독립과 신분보장) ① 위원은 임기중 직무상 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니한다.

② 위원은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 그의 의사에 반하여 면직되지 아니한다.

1. 제22조의 결격사유에 해당하는 경우
2. 장기간의 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없게 된 경우

제24조(위원회의 직무 등) ① 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 영상물의 상영등급분류에 관한 사항
2. 위원회 운영계획의 수립·시행에 관한 사항
3. 위원회 규정의 제정·개정등에 관한 사항
4. 기타 이 법 또는 다른 법률에 의하여 위원회의 직무 또는 권한으로 규정된 사항

② 위원회는 위원회가 상영등급을 분류한 영상물 등에 대한 국민의 반응을 정기적으로 조사하여야 하고, 이를 등급분류 등 관련업무에 반영하여야 한다.

③ 위원회는 영상물관련업체 등이 제1항 제1호의 규정에 의한 심의·의결사항의 준수 여부를 확인하기 위하여 영상물 수입·제작자 등 관련자에게 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 위반사항에 대하여는 시정을 요구할 수 있다.

제25조(의결정족수) 위원회의 의사는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 제24조 제1항 제3호에 관한 사항은 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

제26조(회의공개) ① 위원회의 회의는 위원회의 규정이 정하는 바에 따라 공개되어야 한다. 다만, 위원회가 특히 필요하다고 인정하여 의결한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 위원회는 위원회의 규정이 정하는 바에 따라 회의록을 작성하여야 한다.

제27조(소위원회 등) ① 위원회는 제24조 제1항 제1호 및 제4호의 규정에 의한 직무를 수행하기 위하여 필요한 경우 소위원회 등을 구성·운영할 수 있다.

② 소위원회의 구성과 운영에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규정으로 정한다.

제28조(사무국) ① 위원회의 사무를 보조하기 위하여 위원회에 사무국을 둔다.

② 사무국에 사무국장 1인을 두며, 위원장이 위원회의 동의를 얻어 임명한다.

③ 이 법에 규정된 것 외에 위원회사무국의 조직 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규정으로 정한다.

제29조(위원회 규정의 제정과 개정 등) 위원회의 규정을 제정 또는 개정 등을 하고자 할 때에는 20일 이상 미리 예고하여야 하며, 필요한 경우 위원회는 이를 관보 등에 게재·공포할 수 있다.

제30조(지원) 위원회의 운영에 필요한 경비는 국고에서 보조할 수 있다.

형사소송법 제221조의3 제1항 등 위헌소원

(2005. 2. 3. 2003헌바1 전원재판부)

【판시사항】

1. 치료감호기간의 상한을 정하지 아니한 사회보호법 제9조 제2항(이하 “이 사건 법률조항”이라 부른다)이 과잉금지의 원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 법관 아닌 사회보호위원회가 치료감호의 종료 여부를 결정하도록 한 이 사건 법률조항이 재판청구권을 침해하거나 적법절차의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항에서 “피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어”라고 규정한 부분이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 이 사건 법률조항이 치료감호의 종료시점을 일정한 기간의 도과시점으로 하지 않고 감호의 필요가 없을 정도로 치유된 때로 정한 것은, 치료감호가 지향하는 정신장애 범죄자의 치료를 통한 사회복귀와 시민의 안전 확보라는 목적을 확실하게 달성하기 위한 취지이므로 그 입법목적은 정당하다. 그리고 치료감호의 종료시점을 치유의 완성시점으로 정한 것은 보안처분의 본질에 부합하고, 치료감호의 목표인 피치료감호자의 개선과 사회보호를 위한 효과적이고 적절한 하나의 수단이 된다.

나. 치유효과를 기대할 수 있는 경우에는 정하여진 기간의 도과에 따라 피치료감호자를 석방하는 것보다는 재범의 위험이 없을 정도로 치유가 될 때까지 수용상태에서 계속 치료하는 것이 “개선과 보안”이라는 치료감호의 목적달성에 있어서 피치료감호자에게 보다 부담이 적으면서도 더 효과적인 방법이라고 할 것이고, 계속 치료하더라도 치유가 불가능하다고 판단되는 경우에도 이들을 석방한 뒤 엄격한 보호관찰을 실시하거나 친족에게 치료와 보호를 위탁하는 방법

은, 피치료감호자를 계속 수용하면서 적정수준의 가료를 계속하는 것보다, 피치료감호자의 부담이 더 적은 대체수단이 된다고 단정할 수 없다. 따라서 치료감호에 기간을 정하지 않고 치유가 완성될 때까지 피치료감호자를 계속 수용하면서 치료를 하는 것보다 피치료감호자의 기본권을 덜 제한하면서도 대등한 치료 및 보안의 효과를 갖는 대안을 찾기는 어렵다.

다. 치료감호의 기간을 미리 법정하지 않고 계속 수용하여 치료할 수 있도록 하는 것은 정신장애자의 개선 및 재활과 사회의 안전에 모두 도움이 되고 이로서 달성되는 사회적 공익은 상당히 크다고 할 수 있다. 한편, 피치료감호자는 지속적인 치료감호를 통하여 정신장애로부터의 회복을 기대할 수 있는 이익도 있을 뿐만 아니라, 가중료, 치료위탁 등 법적 절차를 통하여 장기수용의 폐단으로부터 벗어날 수도 있으므로, 이 사건 법률조항이 치료감호에 기간을 정하지 아니함으로 말미암아 초래될 수 있는 사익의 침해는 그로써 얻게 되는 공익에 비하여 크다고 볼 수 없다.

라. 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 신체의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

2. 가. 이 사건 법률조항은 법관의 선고에 의하여 개시된 치료감호를 사회보호위원회가 그 종료 여부를 결정하도록 규정하고 있으나, 피치료감호자 등은 치료감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 사회보호위원회에 신청할 수 있고, 위원회가 신청을 기각하는 경우에 이들은 그 결정에 대하여 행정소송을 제기하여 법원에 의한 재판을 받을 수 있다고 해석되므로, 피치료감호자 등의 재판청구권이 침해된 것이 아니다.

나. 사회보호위원회의 구성이나 심사, 의결 및 결정 절차에 비추어 보면 사회보호위원회는 독립성과 전문성을 갖춘 특별위원회로서 준사법적 성격을 겸유하는 점, 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자와 의사의 자격이 있는 자로 구성된 사회보호위원회로 하여금 재범의 위험성이 상존하는지 여부를 판단하도록 한 것은 정신의학적 평가와 법률적 평가의 불가결적 연계성에 기초한 합리적인 조치로서 그 정당성을 인정할 수 있는 점, 치료감호의 종료에 대한 피치료감호자 측의 신청권이 보장되어 있고 그 절차에의 참여권이 피치료감

호자 측에게 어느 정도 보장되어 있으며, 피치료감호자 측이 신청한 치료감호의 종료청구가 기각될 경우 이에 대한 행정소송이 가능한 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 사회보호위원회에 치료감호의 종료 여부를 결정할 권한을 부여한 것이 적법절차에 위배된다고 할 수 없다.

3. 감호의 필요가 없을 정도로 치유되었다고 하는 것은 재범의 위험성이 없게 되었다는 것을 의미하는 것으로 보아야 하고, 재범의 위험성이라는 개념은 비록 추상적이긴 하지만 건전한 일반상식을 가진 수범자에 의하여, 그리고 법관의 해석에 의하여, 형법과 형사소송법 그리고 사회보호법의 전반적 체계와 내용에 비추어 그 의미의 범위가 일의적으로 충분히 귀결될 수 있는 정도의 것이라고 인정되므로, 이 사건 법률조항에서 “피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어”라고 규정한 부분이 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

재판관 윤영철, 재판관 김효종, 재판관 전효숙의 반대이견

1. 가. 이 사건 법률조항이 치료감호기간에 상한을 두지 아니한 것은 방법의 적정성과 법익의 균형성의 요건을 충족시키지 못하므로, 과잉금지 원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해하고 있다. 치료효과를 기대할 수 없거나 치유가능성이 없는 피치료감호자를 계속 수용하도록 하는 것은, 그 수단에 의해 이루고자 하는 사회복귀 및 사회보호라는 목적의 달성에 유용하지 못하거나 부적합할 뿐만 아니라, ‘치료 없는 치료감호’ 또는 ‘치유가능성이 배제된 치료감호’를 인정하는 것이 되어 치료감호의 개념과 본질에도 부합하지 못한다. 그리고 피치료감호자에게 재범의 위험성이 인정되는 한 즉 감호의 필요가 없을 정도로 치유되지 않는 한 종신토록 자유가 박탈된 채 수용될 수 있다는 것은 위험부담의 분배 없이 피치료감호자의 자유만 일방적으로 박탈하는 것으로서, 그로 인하여 침해되는 피치료감호자의 기본권과 보호되는 사회적 법익 사이에 균형이 유지되고 있다고는 볼 수 없다.

나. 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 절대적 부정기의 치료감호

는 위험부담의 분배 없이 피처분자의 자유를 일방적으로 박탈함으로써 법치국가의 형벌권제한원리인 비례의 원칙에 반하고, 인간을 사회방위의 목적을 위한 수단으로 전락시킴으로써 인간의 존엄을 해치는 것이므로, 절대적 부정기형 금지의 요청에 들어맞지 않아, 결국 형사제재의 명확성을 충족시키지 못하는 것으로서 보안처분법정주의에 위반된다.

2. 가. 치료감호는 형사사법처분의 하나로서 신체의 자유 박탈을 그 내용으로 하는 보안처분이므로 좁은 의미의 적법절차의 원칙 즉 형벌에 관한 적법절차의 원칙이 엄격히 적용되어야 하고, 법관에 의한 재판받을 권리와 같이 완전한 사법심사를 보장하기 위한 권리가 형벌의 경우와 동일하게 보장되어야 한다. 형사제재의 영역에서 법관에 의한 재판받을 권리의 보장은 적법절차의 원칙에서 도출되는 가장 핵심적인 절차적 요청이기 때문이다. 이 사건 법률조항은 치료감호의 종료 여부에 관한 결정을 행정부 소속기관인 사회보호위원회로 하여금 담당하게 하고 있어 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다. 이 사건 법률조항이 치료감호의 종료요건으로 규정한 ‘감호의 필요가 없을 정도로 치유되어’라는 것은 재범의 위험성이 없어진 것을 의미하며, 치료감호의 선고나 종료 여부를 판단할 때의 재범의 위험성은 본질적으로 같을 뿐만 아니라 규범적·법률적 판단이라는 점에서 법관의 권한에 속한다. 또 치료감호의 선고시에 재판했던 법관으로 하여금 일정기간이 지난 후 재범의 위험성을 다시 심사하도록 하는 것이 더 합리적일 수 있으며, 그 과정에서 재판절차상 진술권이나 심문청구권이 피치료감호자에게 당연히 보장되므로 적법절차의 원칙에도 보다 충실해질 수 있다.

나. 사회보호위원회는 행정부소속 기관으로서의 본질을 벗어나기 어려우므로, 법관에 의한 재판받을 권리의 의의나 치료감호의 형사제재적 성격, 재범의 위험성 판단의 본질 및 기본권침해의 우려 등을 고려할 때 치료감호의 종료 여부를 결정하기에 적절한 기관으로 보기 어렵고, 피치료감호자 등은 사회보호위원회에 치료감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있고, 사회보호위원회가 신청을 기각하는 경우에 이들은 그 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다 하되

라도 단지 법관에 의한 사후적인 심사절차가 규정되어 있다는 것만으로는 엄격한 형사사법절차에 의해 처음부터 법관에 의하여 공정하게 재판 받을 권리가 충분히 보장된다고 보기 어렵다.

【심판대상조문】

형사소송법(1980. 12. 18. 법률 제3282호로 개정된 것) 제221조의3(감정의 위축과 감정 유지의 청구) ① 검사는 제221조의 규정에 의하여 감정을 위축하는 경우에 제172조 제3항의 유치처분이 필요할 때에는 판사에게 이를 청구하여야 한다.

② 판사는 제1항의 청구가 상당하다고 인정할 때에는 유치처분을 하여야한다. 제172조 및 제172조의2의 규정은 이 경우에 준용한다.

형사소송법(1980. 12. 18. 법률 제3282호로 개정된 것) 제172조(법원 외의 감정) ① 법원은 필요한 때에는 감정인으로 하여금 법원 외에서 감정하게 할 수 있다.

②~⑧ 생략

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제9조(치료감호의 내용) ① 생략

② 치료감호시설에의 수용은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가종료결정을 받을 때까지로 한다.

③ 생략

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제25조(가출소·가종료 등의 심사·결정) ① 생략

② 사회보호위원회는 피치료감호자에 대하여 그 집행개시 후 매 6월 종료 또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 매 6월 종료 여부를 심사·결정한다.

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제28조(치료의 위탁) ① 사회보호위원회는 제8조 제1항 제1호 전단의 규정에 의한 피치료감호자가 그 집행개시 후 2년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있다. 제8조 제1항 제1호 후단에 규정된 자 중 치료감호만을 선고받은 자도 또한 같다.

② 사회보호위원회는 치료감호와 형이 병과되어 형기상당의 치료감호를 집행 받은 자에 대하여는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있다.

③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 사회보호위원회가 치료의 위탁을 결정함에 있어서는 피치료감호자의 친족으로부터 치료감호시설 외에서의 입원·치료를 보증하는 뜻의 서

약서를 제출받아야 한다.

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제32조(사회보호위원회) ① 보호 처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 7인 이내의 위원과 의사의 자격이 있는 2인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다.

③~⑤ 생략

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제33조(심사) ① 생략

② 위원회는 제1항의 규정에 의한 심사를 위하여 필요한 때에는 법무부소속 공무원으로 하여금 결정에 필요한 사항을 조사하게 하거나 피감호자 및 피보호관찰자(이하 이 둘을 합하여 “피보호자”라 한다) 기타 관계자를 직접 소환·심문하거나 조사할 수 있다.

③, ④ 생략

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제34조(의결 및 결정) ① 위원회의 회의는 위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 때에는 위원장이 결정한다.

② 결정은 이유를 붙이고 출석한 위원들이 기명날인한 문서로써 한다.

사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제35조의2(피치료감호자 등의 심사신청) ① 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 위원회에 감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있다.

②~④ 생략

【참조판례】

- 2. 헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 568
- 3. 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383
- 헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804, 813

【당 사 자】

청 구 인 윤○순

공주치료감호소 수용중

국선대리인 변호사 정영덕

당해사건 전주지방법원 2002고합76·81(병합) 정보통신망이용촉진및정보 보호등에관한법률위반, 무고, 출판물에의한명예훼손(인정된 죄명 명예훼손), 폭행 및 2002감고5(병합) 치료감호

【주 문】

1. 사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제9조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다.
2. 청구인의 나머지 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 전주지방법원에 당해사건이 계속중 심판대상 기재 법률조항에 대하여 위헌 여부심판의 제청신청(2002초기216)을 하였으나 일부 각하, 일부 기각되자 이 소원을 제기하였다.

나. 심판대상

심판대상조항은 ① 형사소송법(1980. 12. 18. 법률 제3282호로 개정된 것) 제221조의3 및 제172조 제1항 ② 사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제9조 제2항이다.

청구인은 치료감호의 종료시점을 규정한 사회보호법 제9조 제2항에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 있지만 동법 제8조가 규정한 치료감호의 요건에 비추어 볼 때 동법 제8조 제1항 제1호 소정의 심신장애자와 제2호 소정의 마약중독자 등은 그 재범의 위험성이나 치료가능성의 정도에 차이가 있을 수 있다. 따라서 치료감호의 종료시점과 관련하여 제9조 제2항의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 심신장애자에 대한 그것과 마약중독자에 대한 그것을 바로 같은 기준으로 판단하는 것은 타당하지 않을 수 있다. 그런데 이 사건의 청구인에 대하여는 심신장애자라 하여 치료감호가 청구된 경우이다. 그러므로 이 사건에서는 이 조항에 대한 위헌 여부의 판단을, 심신장애자에 대하여 규정하고 있는 사회보호법 제8조 제1항 제1호의 치료감호에 대한 것만으로, 한정하여 판단하기로 한다.

(1) 심판대상조항

형사소송법 제221조의3(감정의 위축과 감정유치의 청구) ① 검사는 제221조의 규정에 의하여 감정을 위축하는 경우에 제172조 제3항의 유치처분이 필요할 때에는 판사에게 이를 청구하여야 한다.

② 판사는 제1항의 청구가 상당하다고 인정할 때에는 유치처분을 하여야 한다. 제172조 및 제172조의2의 규정은 이 경우에 준용한다.

형사소송법 제172조(법원 외의 감정) ① 법원은 필요한 때에는 감정인으로 하여금 법원 외에서 감정하게 할 수 있다.

②~⑧ 생략

사회보호법 제9조(치료감호의 내용) ① 치료감호의 선고를 받은 자(이하 "피치료감호자"라 한다)에 대하여는 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 한다.

② 치료감호시설에의 수용은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가종료결정을 받을 때까지로 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 치료감호시설과 치료 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(2) 관련조항

○ 사회보호법 제8조(치료감호) ① 보호대상자가 다음 각 호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다.

1. 심신장애자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 동조 제2항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때

2. 마약·향정신성의약품·대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질이나 알코올을 식음·섭취·흡입·흡연 또는 주입받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때

② 제1항 제2호의 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질은 대통령령으로 정한다.

○ 나머지 관련조항은 [별지 1] 기재와 같다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

형사소송법 제221조의3 및 제172조 제1항은 검사의 감정유치청구, 법원의 감정유치결정 및 법원의감정허용결정의 각 요건에 대하여 '필요할 때', '인정할 때' 및 '필요한 때'로 규정하고 사회보호법 제9조 제2항은 치료감호시설에의 수용기간을 '피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유될 때까지'라고 규정하고 있는데 이 조항들은 추상적이고 모호하게 규정되어 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 그에 대한 피고인의 이의신청권 등을 부여하지 아니하고 있으므로 헌법 제10조(인간의 존엄성), 헌법 제11조 제1항(평등권), 헌법

제27조 제1항(재판청구권) 동조 제4항(무죄추정), 동조 제5항(재판절차에서의 진술권) 등을 위반한 것이다.

나. 관계기관의 의견 : [별지 2] 기재와 같다.

3. 형사소송법 제221조의3 및 제172조 제1항에 대한 판단

헌법소원에서는 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 당해사건의 재판의 전제로 되어야 하는데 검사의 감정유치청구, 판사의 감정유치결정 및 법원의감정 허용결정 등을 규정하고 있는 위 법률조항들은 당해사건인 치료감호청구사건의 재판에 직접 적용되는 법률은 아니다. 그러므로 이 조항들에 관한 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하여 부적법하다.

4. 사회보호법 제9조 제2항에 대한 판단

가. 신체의 자유에 대한 침해 여부

사회보호법(이하 ‘법’이라 부른다) 제9조 제2항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라고 부른다)은 “치료감호시설에의 수용은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가중료결정을 받을 때까지로 한다.”라고 규정하여 치료감호기간의 상한을 정하여 놓지 않고 있는데 이렇게 되면 피치료감호자를 무기한 또는 평생 동안 치료감호시설에 수용할 수 있게 되는데 이것이 헌법상 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해하는 것이 아닌지 여부에 대하여 먼저 검토한다.

이 사건 법률조항에 의하면 치료감호의 종료시기는 사회보호위원회가 감호를 종료 또는 가중료한다고 결정한 때이지만 그러한 결정의 실체적 요건은 ‘감호의 필요가 없을 정도로 치유’되는 것이므로 이 사건에서는 위와 같은 실체적 요건에 따라 치료감호의 종료시기를 ‘치유가 완성된 때’로 보고 이하에서 그 논의를 전개한다(여기서의 치유의 ‘완성’은 완벽한 의미의 완성만을 가리키는 것은 물론 아니다, 이하 같은 의미로 사용한다).

(1) 치료감호처분과 비례의 원칙

치료감호는 재범의 위험성이 있는 정신장애 범죄자를 치료감호시설에 수용하여 치료·개선하고 이로써 사회의 안전을 도모하는 조치로서 대인적·자유박탈적 보안처분의 일종이다.

보안처분의 경우에는 보안처분을 정당화하고 한계지우는 지도원리로서 비례의 원칙이 특히 강조된다. 형벌은 책임주의에 의하여 제한을 받지만 보안처분은 책임에 따른 제제가 아니어서 책임주의의 제한을 받지 않는다. 그러므로

보안처분에 있어서는 형벌에 대해 책임주의가 기능하는 바와 같은 역할을 하는 것이 바로 비례의 원칙이다. 목적과 수단 사이에 상당한 비례관계가 유지되어야 한다는 비례의 원칙을 우리의 헌법과 법률은 명문화하고 있지는 않지만 이를 인정하는 것은 법치국가의 원리상 당연하다.

비례의 원칙은 보안처분의 선고 여부를 결정할 때 뿐만 아니라 보안처분을 종료할 것인지 여부를 판단할 때에도 적용된다.

(2) 비례의 원칙의 위반 여부

㉠ 목적의 정당성

치료감호는 정신장애 범죄자에게 단순히 형벌을 가하는 데서 그칠 것이 아니라 양질의 의료를 베풀어 정신장애의 질병을 치료함으로써 그의 사회복지를 도모함과 동시에 재범을 방지하여 시민의 안전을 확보하는 것이 보다 바람직하다는 데서 채택된 제도이다. 따라서 그 지향하는 바의 목적은 정당하고 나아가 이 사건 법률조항이 치료감호의 종료시점을 일정한 기간의 도과시점으로 하지 않고 감호의 필요가 없을 정도로 치유된 때로 정한 것은 이러한 목적을 확실하게 달성하기 위한 취지이므로 이 조항의 입법목적 또한 그 정당성을 인정할 수 있다.

㉡ 방법의 적정성

치료감호는 정신장애 범죄자의 범죄성을 제거하기 위한 치료·개선처분이므로 그 종료시점을 일정한 기간의 도과시점으로 정하지 않고 치유가 완성된 때로 정한 것은 보안처분의 본질에 부합하는 것으로 볼 수 있다. 병원의 입원 환자에 대하여 미리 그 치료기간을 결정하기 어려운 경우가 있는 것처럼 치료감호의 경우에도 감호의 필요가 없을 정도로 치유가 되기까지의 기간을 미리 알 수 없는 경우가 있을 것임은 물론이고 나아가 평균적인 치유완성기간 내지 적정기간이라는 것을 산정할 수 있는 과학적·합리적 자료가 아직은 충분치 않다고 보이므로 치료감호의 종료를 일정한 기간의 도과로 정하는 대신 치유의 완성이라는 목표가 성취되는 때까지로 정하는 것은 치료감호의 목적을 달성하는 데 적합하다고 할 것이다.

독일, 스위스, 오스트리아, 덴마크를 비롯한 많은 나라가 정신장애 범죄자에 대한 치료감호에 기간을 두지 않고 있는 것도 이러한 이유 때문이라고 이해된다.

따라서 치료감호의 종료시점을 일정한 기간의 도과시로 정하지 않고 치유의 완성시점으로 정한 것은 치료감호의 목표인 피치료감호자의 개선과 사회

보호를 위한 효과적이고 적절한 하나의 수단이 된다.

다만 치료를 계속하더라도 치유가 불가능하다고 판단되는 경우에도 피치료감호자를 계속 감호시설에 수용한다면 이는 무기한 또는 평생 동안 피치료감호자의 신체의 자유를 박탈하는 결과가 되는데 이것은 치료감호의 목적에 반하고 신체의 자유에 대한 가혹한 침해가 되어 위헌이 아닌가 하는 의문이 일응 제기될 수 있다.

그러나 치유불가능의 판정이 정신의학상 그렇게 용이한 것이 아니고 나아가 가사 이러한 판단이 가능하다고 하더라도 이러한 정신장애자를 친족에게 돌려보내거나 길거리에 방치하는 것보다는 오히려 감호시설에 이들을 계속 수용하여 적절한 수준의 치료를 베풀면서 보호하는 것이 피치료감호자 본인, 그의 친족 및 사회 모두의 안전을 위하여 더욱 적합하다고 보이므로 이러한 의문은 타당한 것이 못된다.

㉔ 피해의 최소성

치료감호의 종료시점을 일정한 기간의 종료시로 정하여 놓는 방법을 선택한다면 그 기간이 종료되는 때에는 가사 피치료감호자가 완전히 치유되지 아니하여 재범의 위험성이 잔존한다고 하더라도 일단 피치료감호자를 석방하고 이후 다른 조치를 강구하여야 할 것이다. 다른 조치로는 계속적인 보호관찰과 치료감호소 밖의 병원에서 계속적인 통원치료나 입원치료를 받도록 하는 것 등을 생각할 수 있다. 그렇지만 그 어느 것이나 비용과 안전 그리고 계속적 치료의 보장이라는 측면에서 피치료감호자와 그 친족 및 사회에 더 부담이 된다고 보는 것이 상당하다.

우선 보호관찰은 국가가 지출하여야 하는 많은 인력과 비용에 상응하는 효과의 확실성이 담보되지 아니하여 이것이 실제로는 효과적으로 집행되기 어렵고, 다음으로 친족들이 보호를 맡는 것은 비용의 부담과 다른 가족의 안전에 대한 우려 때문에 친족이 그 인수를 꺼릴 수도 있어 궁극에는 사실상 방치의 상태에 이르고 말 우려가 있으며 그밖의 사회시설이 이를 담당할 경우에도 비용의 규모나 치료의 수준 및 책임의식의 정도에 있어 치료감호소의 그것보다 우월하다고 보기 어렵기 때문이다.

그렇다면 계속적인 치료로 치유효과를 기대할 수 있는 경우에는 정하여진 기간의 도과에 따라 이를 석방하는 것보다는 기간을 고려하지 말고 재범의 위험이 없을 정도로 치유가 될 때까지 피치료감호자를 수용상태에서 계속 치료하는 것이 '개선과 보안'이라는 치료감호의 목적달성에 있어서 피치료감호

자에게 보다 부담이 적으면서도 더 효과적인 방법이라고 할 것이다.

또한 계속 치료하더라도 치유가 불가능하다고 판단되는 경우라고 하여 이들을 석방한 뒤 엄격한 보호관찰을 실시하거나 친족에게 치료와 보호를 위탁하는 방법은, 피치료감호자를 계속 수용하면서 적정수준의 가료를 계속하는 것보다, 피치료감호자의 부담이 더 적은 대체수단이 된다고 단정할 수는 없다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 보호관찰이나 친족의 치료인수가 치료감호소에서의 치료와 보호보다 우월하다고 보기 어렵기 때문이다. 결국 이러한 다른 방법들은 피치료감호자 본인과 친족 및 사회일반에 대하여 오히려 더 부담스럽고 더 위협할 수 있는 것이다.

따라서 치료감호에 기간을 정하지 않고 치유가 완성될 때까지 피치료감호자를 계속 수용하면서 치료를 하는 것보다 피치료감호자의 기본권을 덜 제한하면서도 대등한 치료 및 보안의 효과를 갖는 대안을 찾기는 어렵다고 할 것이다.

㉔ 법익의 균형성

우리나라의 전체 범죄자 중에서 정신장애 범죄자의 비율은 그다지 높다고 볼 수 없으나 정신장애자가 행한 범죄 중에서 강력범죄가 상당수를 차지하고 있기 때문에 정신장애 범죄자들을 방치하는 것은 사회안전을 해할 우려가 매우 크다고 할 것이다.

정신질환은 치료가 쉽지 않아 치료에 장기를 요하는 경우가 많음에도 불구하고 일정한 기간이 경과하였다고 하여 재범의 위험성이 상존하는 피치료감호자를 석방하는 것은, 앞에서 이미 본 바와 같이, 비록 보호관찰을 실시하는 등의 보완조치를 취한다고 하더라도 개선과 보호의 양면에서 매우 미흡하다고 보지 않을 수 없다.

그러므로 치료감호의 기간을 미리 법정하지 않고 그 대신 재범의 위험성이 제거될 정도에 이르기까지 피치료감호자를 계속 수용하여 치료할 수 있도록 하는 것은 정신장애자의 개선 및 재화와 사회의 안전에 모두 도움이 되고 이로써 달성되는 사회적 공익은 상당히 크다고 할 수 있다.

물론 치료감호기간에 상한이 없기 때문에 피치료감호자가 장기간 수용될 우려가 있고 이로써 그 신체의 자유가 장기간 제한당하는 불이익을 입는 것을 결코 가볍게 볼 수는 없다. 그러나 지속적인 치료감호를 통하여 피치료감호자는 정신장애로부터의 회복을 기대할 수 있는 이익도 있을 뿐만 아니라 피치료감호자는 가중료, 치료위탁 등 법적 절차를 통하여 장기수용의 폐단으

로부터 벗어날 수도 있다.

1996. 12. 12. 사회보호법의 개정으로 새로이 도입된 가중료제도는 비교적 재범의 위험성이 적은 피치료감호자를 조기 출소시키는 절차이고(법 제25조 제2항) 치료위탁제도는 일정한 피치료감호자를 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설 외에서 치료할 수 있도록 위탁하는 제도이다(법 제28조).

그렇다면 이 사건 법률조항이 치료감호에 기간을 정하지 아니함으로 말미암아 초래될 수 있는 사익의 침해는 그로써 얻게 되는 공익에 비하여 결코 크다고 볼 수 없다.

(3) 소결론

따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하므로 청구인의 신체의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

나. 법원에 의한 재판받을 권리의 침해 여부 및 적법절차의 위반 여부

(1) 재판청구권의 침해 여부

청구인은 이 사건 법률규정이 재판절차에서의 진술권을 침해한다고 주장하지만 재판절차에서의 진술권은 형사피해자에게 인정되는 권리인데 청구인은 형사피해자가 아니므로 이 주장은 이유 없다. 그러나 청구인의 이러한 주장은 법원에 의한 재판받을 권리 즉 재판청구권에 대한 침해를 주장하는 취지라고 이해되므로 이에 관하여 검토한다.

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법원에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은, 법관의 선고에 의하여 개시된 치료감호를 법관이 아닌 사회보호위원회가 그 종료 여부를 결정하도록 규정하고 있으므로 이는 피치료감호자가 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아닌지 여부가 문제된다.

그러나 비록 법관이 아닌 사회보호위원회에 재범의 위험성의 소멸 여부를 판단하여 치료감호의 종료 여부를 결정할 권한이 부여되어 있긴 하지만 그 판단 및 결정이 최종적인 것이 아니어서 그에 불복하는 피치료감호자 등이 법원에 출소하여 통상의 소송절차에 따라 치료감호의 종료 여부에 관하여 법원에 의한 재판을 받을 수 있다고 한다면 법원에 의한 재판을 받을 권리(재판청구권)는 보장되고 있다고 보아야 할 것이다.

이 사건에서 보면 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 치료감호의 종

료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 사회보호위원회에 신청할 수 있고(법 제 35조의2 제1항) 위원회가 신청을 기각하는 경우에 이들은 그 결정에 대하여 행정소송을 제기하여 법원에 의한 재판을 받을 수 있다고 해석된다. 그렇다면 피치료감호자 등의 재판청구권은 침해된 것이 아니라고 할 것이다.

(2) 적법절차의 위배 여부

헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 …… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 하여 적법절차의 원칙을 선언하고 있다. 이 헌법규정이 보안처분을 처벌 또는 강제노역과 나란히 열거하고 있다는 규정의 형식에 비추어 보거나 보안처분이 처벌 또는 강제노역에 버금가는 중대한 기본권의 제한을 수반한다는 그 내용에 비추어 보거나 보안처분에도 적법절차의 원칙이 적용되어야 함은 당연한 것이다. 다만 보안처분에는 다양한 형태와 내용이 존재하므로 각 보안처분에 적용되어야 할 적법절차의 범위 내지 한계에도 차이가 있어야 할 것이다(헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 568 참조).

청구인은 이 사건 법률조항이 위와 같은 적법절차에 위배된다고 주장한다.

이러한 주장의 당부를 판단함에 있어서는 다음과 같은 몇가지 내용이 고려되어야 한다.

첫째, 보호처분(치료감호를 포함한다)의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 설치된 사회보호위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 7인 이내의 위원과 의사의 자격이 있는 2인 이내의 위원으로 구성한다(법 제32조 제1항·제2항). 사회보호위원회는 심사를 위하여 필요한 때에는 피감호자 및 피보호관찰자 기타 관계자를 직접 소환·심문하거나 조사할 수 있고 법무부소속 공무원으로 하여금 결정에 필요한 사항을 조사하게 할 수 있다(법 제33조 제2항). 사회보호위원회의 회의는 위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결되다가 부동수인 때에는 위원장이 결정하며 그 결정은 이유를 붙이고 출석한 위원들이 기명날인한 문서로써 한다(법 제34조 제1항·제2항).

이러한 구성이나 심사, 의결 및 결정 절차에 비추어 보면 사회보호위원회는 독립성과 전문성을 갖춘 특별위원회로서 준사법적 성격을 겸유한다.

둘째, 치료감호의 종료요건으로 규정된 ‘감호의 필요가 없을 정도로 치유되어’라는 것은 재범의 위험성이 소멸된 것을 의미하는 것인바 재범의 위험성이 소멸된 여부를 판단하는 것은 단순한 법률적 판단이 아니라 그에 앞서 피치

료감호자의 정신장애의 종류, 정도 및 치유 여부 등에 관한 정신의학적 진단이 필수적으로 선행되어야 하는 판단이고 이러한 정신의학적 진단 내지 평가는 재범의 위험성을 판단함에 있어 결정적으로 중요한 의미를 갖는다. 그러므로 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자와 의사의 자격이 있는 자로 구성된 사회보호위원회로 하여금 재범의 위험성이 상존하는지 여부를 판단하도록 한 것은 정신의학적 평가와 법률적 평가의 불가결적 연계성에 기초한 합리적인 조치로서 그 정당성을 인정할 수 있다.

셋째, 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 치료감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 사회보호위원회에 신청할 수 있고(법 제35조의2 제1항) 위원회는 필요한 때에는 피치료감호자 기타 관계자를 직접 소환·신문하거나 조사할 수 있게 되어있으므로(법 제33조 제2항) 치료감호의 종료에 대한 피치료감호자측의 신청권이 보장되어 있고 그 절차에의 참여권이 피치료감호자측에게 어느 정도 보장되어 있다. 더구나 앞에서 본 바와 같이 피치료감호자측이 신청한 치료감호의 종료청구가 기각될 경우 이에 대한 행정소송이 가능하다.

이상과 같은 여러 가지 내용을 종합하여 보면 전문가로 구성되고 독립성이 보장된 위원회가 당사자의 참여하에 적절한 증거조사를 통하여 치료감호를 종료할지 여부를 결정하고 이 결정에 대한 법원에의 출소가 가능하므로 이 사건 법률조항이 사회보호위원회에 치료감호의 종료 여부를 결정할 권한을 부여한 것이 적법절차에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 소 결

따라서 치료감호를 종료할지 여부에 관한 결정을 사회보호위원회로 하여금 담당하게 하고 있는 이 사건 법률조항이 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해하거나 적법절차의 원칙에 위반되거나 재판절차에서 진술할 권리를 침해하거나 권력분립의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 명확성의 원칙 위배 여부 및 그 밖의 주장에 대한 판단

(1) 청구인은 이 사건 법률조항에서 치료감호의 종료시점을 ‘피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어’라고 규정한 부분이 명확성의 원칙에 위반된다는 취지의 주장을 하므로 이에 관하여 본다.

법치주의에서 파생되는 명확성의 원칙은, 금지된 행위가 무엇이고 허용되는 행위가 무엇이며 금지에 대한 위반의 효과가 어떤 것인지를 누구나 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 법률에 구성요건과 형

벌규정이 명확하게 규정될 것을 요구하는 헌법상의 원칙이다. 치료감호는 원래 범죄에 대한 직접적인 처벌은 아니기 때문에 그 선고와 집행에 있어서 무죄추정의 원칙이 적용될 여지는 없는 것이고 따라서 무죄추정의 원칙에 어긋난다는 청구인의 주장은 이유 없는 것이지만, 한편 치료감호는 범죄에 대한 형사재판절차의 종결단계에서 판사가 판결로 선고하는 강제처분의 일종이고 그 내용이 자유의 박탈을 포함하므로 치료감호의 종료시점에 관한 규정에 대하여도 명확성의 원칙은 적용되어야 할 것이다.

그러나 위에서 말하는 명확성의 요구라는 것은 일체의 가치판단을 배제하고 객관적 사실의 단순한 존부에 따라 법률이 거의 기계적으로 적용될 수 있도록 그렇게 규정되어야 한다는 것까지를 요구하는 것은 아니다. 왜냐하면 법률은 다양한 시간과 장소에서 다양한 사람에 의하여 발생하는 동일 내지 유사한 사태에 관하여 구체적 타당성을 확보하면서도 통일적이고 형평에 맞게 적용되어야 할 규범의 집합이므로 성문법은 본질적으로 어느 정도까지는 추상적 개념을 사용하여 구성하는 것이 불가피한만큼 일체의 가치판단이 배제된 채로 적용될 수 있는 법률의 형성과 존재에 대한 기대는 무리이기 때문이다. 또한 명확한지 여부는 정도의 문제인데 이 정도라는 것은 적용의 주체 내지 판단의 주체에 따라 다를 수밖에 없기 때문에 판단자가 누구인가에 따라 명확 여부가 달라질 수 있는 것이다. 일반적인 행위규범의 경우에는 일차적으로는 그 규범의 수범자가, 그리고 재판의 단계에 이르러서는 그 규범을 해석, 적용하는 법관이 그 판단의 주체가 된다. 그러므로 결국 명확성의 요구라는 것은 일차적으로는 건전한 일반상식을 가진 수범자에 의하여 법규정의 의미의 범위가 대체로 파악될 수 있는 정도의 것이어야 하고 그런 가운데 중국적으로는 법관이, 심급과정을 거치면서, 관계법규 전반에 대한 종합적이고 유기적인 이해를 기초로 이를 해석하여 그 의미의 범위를 일의적으로 귀결시킬 수 있는 정도의 것이어야 한다는 요청으로 보아야 한다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804, 813 참조).

그런데 위에서 감호의 필요가 없을 정도로 치유되었다고 하는 것은, 그에 앞선 치료감호 선고의 요건에 비추어 볼 때, 결국 재범의 위험성이 없게 되었다는 것을 의미하는 것으로 보아야 하고 재범의 위험성이라는 개념은 비록 추상적이긴 하지만 건전한 일반상식을 가진 수범자에 의하여, 그리고 법관의 해석에 의하여, 형법과 형사소송법 그리고 사회보호법의 전반적 체계와 내용

에 비추어 그 의미의 범위가 일의적으로 충분히 귀결될 수 있는 정도의 것이라고 인정된다. 그렇다면 이 사건 법률조항에서 ‘피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어’라고 규정한 부분이 명확성의 원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 한편, 앞에서 신체의 자유 및 적법절차의 원칙 등과 관련하여 살펴본 바에 따르면 이 사건 법률조항이 청구인의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해한다고 볼 여지도 없다.

5. 결 론

따라서 사회보호법(1996. 12. 12. 법률 제5179호로 개정된 것) 제9조 제2항은 헌법에 위반되지 아니하고 형사소송법(1980. 12. 18. 법률 제3282호로 개정된 것) 제221조의3 및 제172조 제1항에 대한 심판청구는 부적법하므로 다음 6.과 같은 위헌의견을 가진 재판관 윤영철, 재판관 김효종, 재판관 전효숙을 제외한 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 윤영철, 재판관 김효종, 재판관 전효숙의 반대의견

우리는 이 사건 심판청구 중 각하되는 부분에 대하여는 다수의견과 견해를 같이 하나, 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견의 견해에 대하여는 다음과 같은 이유로 반대한다.

가. 치료감호기간의 상한을 정하지 아니한 점에 관하여

(1) 신체의 자유의 침해

(가) 이 사건 법률조항은 자유박탈적 보안처분의 일종인 치료감호기간의 상한을 두지 않아 피치료감호자의 신체의 자유를 제한하는 규정이라 할 수 있으므로, 그 위헌 여부를 판단하려면 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙이 준수되었는지를 기준으로 삼아야 한다.

(나) 이 사건 법률조항에서 치료감호기간의 상한을 두지 않은 것이 다수의견이 실시하는 바와 같이 입법목적의 정당성, 피해의 최소성의 원칙에는 어긋나지 아니한다고 볼 수 있다.

그러나 이 사건 법률조항이 치료감호기간에 상한을 두지 아니한 것은 다음과 같은 이유에서 방법의 적정성과 법익의 균형성의 요건을 충족시키지 못한다.

우선 피치료감호자에게 치료를 계속하더라도 치료효과를 기대할 수 없거나 치유가 불가능하다고 판단되는 경우에는 신체의 자유가 심각하게 침해될 수 있다. 원칙적으로 피치료감호자를 감호의 필요가 없을 정도로 치유될 때까지

치료감호시설에 수용하도록 하고 있는 이 사건 법률조항에 의한다면, 피치료감호자는 평생동안 자유를 박탈당할 수가 있는 것이다. 치료효과를 기대할 수 없거나 치유가능성이 없는 자를 계속 수용하도록 하는 것은, 그 수단에 의해 이루고자 하는 사회복지 및 사회보호라는 목적의 달성에 유용하지 못하거나 부적합할 뿐만 아니라, ‘치료 없는 치료감호’ 또는 ‘치유가능성이 배제된 치료감호’를 인정하는 것이 되어 치료감호의 개념과 본질에도 부합하지 못하는 부적절한 방법이다.

다음으로 치료감호기간에 상한이 없기 때문에 피치료감호자에게 재범의 위험성이 인정되는 한 즉 감호의 필요가 없을 정도로 치유되지 않는 한 종신토록 자유가 박탈된 채 수용될 수 있다는 것은 위험부담의 분배 없이 피치료감호자의 자유만 일방적으로 박탈하는 것으로서, 치료감호의 목적이 비단 사회방위에 그치는 것이 아니라 치료를 통한 개선에도 있다는 점을 감안하더라도, 그로 인하여 침해되는 피치료감호자의 기본권과 보호되는 사회적 법익 사이에 균형이 유지되고 있다고는 볼 수 없다.

또 이 사건 법률조항은 피치료감호자가 행한 범죄행위의 경중이나 피치료감호자의 재범의 위험성의 정도에 따라 처분기간을 차별화하지 않고 있는바, 이는 보호되는 사회적 법익의 정도에 따라 침해되는 기본권의 정도를 조절하지 아니한 것으로서, 이러한 점에 있어서도 법익의 균형성의 원칙을 충족시키지 못하고 있다.

한편, 다수의견은 치료감호기간의 상한을 정하지 아니함으로 인한 사익의 침해가 그로써 얻게 되는 공익보다 크지 않다고 보는 논거의 하나로, 법이 가중료, 치료위탁 등 장기수용의 폐단을 완화할 수 있는 법적 절차를 두고 있다는 것을 든다.

그러나 가중료제도는 재범의 위험성이 적은 피치료감호자에 대하여 적용되는 절차로서 치료효과를 기대할 수 없거나 치유가능성이 없는 자를 비롯하여 재범의 위험성이 적지 않다고 인정되는 자에게는 적용되기 어려운 제도이고, 친족에 대한 치료위탁제도는 비용의 부담 등을 이유로 친족이 인수를 꺼릴 가능성이 많아 실효성이 있는 제도라고 보기 어려우므로, 이러한 절차의 존치를 이유로 피치료감호자의 불이익이 과소평가되어서는 안 될 것이다.

이미 행해졌거나 장래에 예상되는 범죄와 치료감호에 의해 초래되는 기본권침해 간에는 균형이 이루어져야 하는바, 일정한 수용기간이 경과한 이후에는 이러한 비례관계가 무너지게 되어 재범의 위험성을 이유로 형사사법처분

인 치료감호에 의한 수용을 계속하는 것은 정당화되기 어렵다고 할 것이므로, 그 이후의 위협방지의 목적은 치료감호가 아닌 보호관찰이나 정신보건법이 규정하고 있는 행정법상 원호처분인 각종 입원제도 등을 통하여 달성하는 것이 바람직할 것이다.

(다) 따라서 이 사건 법률조항은 방법의 적정성(치료효과를 기대할 수 없거나 치유가 불가능한 경우) 또는 법익의 균형성 요건을 충족시키지 못한다고 할 것이므로, 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해하고 있다고 할 것이다.

(2) 보안처분법정주의의 위반

(가) 헌법 제12조 제1항 후문은 “누구든지 …… 법률 …… 에 의하지 아니하고는 …… 보안처분 …… 을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있는데, 이는 보안처분의 법률주의를 넘어 보안처분법정주의를 천명한 것으로 보아야 한다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5, 판례집 1, 69, 81 참조).

보안처분법정주의는 아직 그 구체적인 내용이 체계적으로 확립되어 있다고 보기는 어렵지만, 죄형법정주의의 하위원리들은 최대한 보안처분법정주의의 내용으로 인정되어야 한다. 보안처분도 형벌과 같이 형사제재에 속하고, 보안처분대상자의 자유와 인권도 형벌대상자의 경우와 마찬가지로 보호되어야 하기 때문이다.

죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 구성요건과 형벌규정이 명확하게 규정될 것을 요구하는바, 형벌규정의 명확성의 요청은 범죄의 결과인 형벌은 그 의미를 일의적으로 파악할 수 있을 정도로 명확한 개념으로 규정되어야 하고 절대적 부정기형은 금지되어야 한다는 요청을 내포하고 있으므로 이 사건 법률조항이 그 요청에 들어맞는지를 살펴본다.

(나) 이 사건 법률조항은 치료감호의 기간과 관련하여 “피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어”라고 규정하고 있는바, 다수의견이 실시하고 있는 바와 같이 그 의미의 범위가 일의적으로 귀결될 수 있을 정도이므로 개념의 명확성은 충족된다고 할 수 있다.

(다) 그러나 형벌규정의 명확성의 요청 중 후자 즉 절대적 부정기형 금지의 요청에는 들어맞지 않는다.

절대적 부정기형의 금지는 형사상 제재의 형식을 불문하고 과잉제재를 포함으로써 개인의 자유를 보장하기 위한 최소한의 인권보장적 사과의 발현이라고 보아야 한다. 보안처분은 장래의 위험성에 대한 합목적적 처분이므로 그

기간을 부정기로 할 필요성이 있기는 하나 그렇다고 하여 상한기간을 정하지 않은 절대적 부정기의 보안처분까지 정당화되거나 허용될 수는 없다고 할 것이다. 절대적 부정기의 보안처분은 위험부담의 분배 없이 피처분자의 자유를 일방적으로 박탈함으로써 법치국가의 형벌권제한원리인 비례의 원칙에 반하고, 인간을 사회방위의 목적을 위한 수단으로 전락시킴으로써 인간의 존엄을 해치는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 절대적 부정기의 치료감호는 형사제재의 명확성을 충족시키지 못하는 것으로서 보안처분법정주의에 위반된다.

나. 사회보호위원회가 치료감호의 종료 여부를 결정하도록 한 점에 관하여
 (1) 헌법 제12조 제1항 후문에서 선언하고 있는 적법절차의 원칙은 좁은 의미로는 형사소송절차와 관련하여 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로서 국민의 재판청구권과 결부되어 형사피고인인 국민의 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성·유지할 것을 요구한다. 형벌에 버금가는 중대한 기본권의 제한을 수반하는 보안처분에도 좁은 의미의 적법절차의 원칙이 적용되어야 함은 헌법재판소의 선례도 이미 인정하고 있다(헌재 1997. 11. 27. 92헌바28, 판례집 9-2, 548, 568 참조).

(2) 치료감호는 형사사법처분의 하나로서 신체의 자유 박탈을 그 내용으로 하는 보안처분이므로 좁은 의미의 적법절차의 원칙 즉 형벌에 관한 적법절차의 원칙이 엄격히 적용되어야 하고, 법관에 의한 재판을 받을 권리와 같이 완전한 사법심사를 보장하기 위한 권리가 형벌의 경우와 동일하게 보장되어야 할 것이다. 형사제재의 영역에서 법관에 의한 재판을 받을 권리의 보장은 적법절차의 원칙에서 도출되는 가장 핵심적인 절차적 요청이기 때문이다. 법관에 의한 재판을 받을 권리는, 삼권분립의 정신에 따라 입법권과 행정권으로부터 독립된 법원에 속하여 헌법상 그 신분과 직무의 독립이 보장되고 법률이 정한 자격을 갖춘 법관에 의하여 법률이 정한 절차에 따라 공정한 재판받을 권리를 의미한다.

(3) 그런데 이 사건 법률조항은 치료감호의 종료 여부에 관한 결정을 행정부 소속기관인 사회보호위원회로 하여금 담당하게 하고 있어 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다.

이 사건 법률조항이 치료감호의 종료요건으로 규정한 ‘감호의 필요가 없을

정도로 치유되어'라는 것은 재범의 위험성이 없어진 것을 의미하며, 치료감호의 선고시에도 재범의 위험성 여부가 그 중요한 요건이 된다. 치료감호의 선고나 종료 여부를 판단할 때의 재범의 위험성은 본질적으로 같을 뿐만 아니라 규범적·법률적 판단이라는 점에서 법관의 권한에 속한다. 또 피치료감호자의 특성이나 재범의 위험성에 대해 숙지하고 있는, 치료감호의 선고시에 재판했던 법관으로 하여금 일정기간이 지난 후 재범의 위험성을 다시 심사하도록 하는 것이 더 합리적일 수 있으며 그 과정에서 형사재판절차상 진술권이나 심문청구권이 피치료감호자에게 당연히 보장되므로 적법절차의 원칙에도 보다 충실하다. 법 제33조 제2항은 사회보호위원회가 피치료감호자를 심문할 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 사회보호위원회가 필요하다고 인정하는 경우에 한정되어 피치료감호자의 형사절차상권리가 충분히 보장된다고 보기 어렵다.

또한 치료감호의 기간은 보안처분의 본질상 부정기로 선고되고 사후의 치료 여부에 따라 감호기간이 확정되는 것으로서 치료감호의 종료 여부 결정에 의해 피치료감호자의 신체의 자유가 회복될 수도 있고 계속 제한되기도 하는 양면성이 있기 때문에 인신구속의 경우와 마찬가지로 법관이 그 종료 여부를 결정해야 한다. 그런데도 치료감호의 종료에 관한 권한을 사회보호위원회에 맡겨 사실상 법관의 판결을 변경할 수 있게 하는 것은 법관의 고유권한을 침해화하고 치료감호의 형사사법적 성격을 유명무실하게 하며 신체의 자유를 임의적인 제한대상으로 약화시키는 것이다.

이 점에서, 과거의 범행에 대한 법관의 완결적 판단을 전제로 개전의 정 등 재판시와는 다른 기준에 의하여 수행자를 형기보다 먼저 석방할 것인지 여부만을 판단하고 가석방된 사람의 신체의 자유는 언제나 회복되는 결과를 초래하여 적어도 수행자에게 불리하게는 작용하지 않으므로 누가 가석방 여부를 판단할 것인가를 단순히 행형에 관한 입법정책문제로 볼 수 있는 것과는 다르다.

(4) 다수의견은 사회보호위원회가 독립성과 전문성을 갖춘 특별위원회로서 준사법기관적 성격을 갖고 있고, 피치료감호자의 재범의 위험성의 소멸 여부를 판단할 때 정신의학적 진단이 필수적이고 결정적으로 중요하므로 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 자와 의사의 자격이 있는 자로 구성된 사회보호위원회로 하여금 치료감호의 종료 여부를 결정하도록 하는 것이 적절하다고 주장한다.

그러나 사회보호위원회는 행정부소속 기관으로서의 본질을 벗어나기는 어렵다고 할 것이므로, 앞에서 살펴본 법관에 의한 재판받을 권리의 의의나 치료감호의 형사제재적 성격, 재범의 위험성 판단의 본질 및 기본권침해의 우려 등을 고려할 때 치료감호의 종료 여부를 결정하기에 적절한 기관으로 보기 어렵고, 법관이 재범의 위험성을 판단할 때에 정신의학전문가의 감정 등 조력을 받을 수 있는 것이므로 위원회 구성원의 다양성만으로 법관에 의하여 재판받을 권리를 제한하는 근거로 삼기도 부족하다.

또 다수의견은 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 사회보호위원회에 치료감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있고(법 제35조의2 제1항), 사회보호위원회가 신청을 기각하는 경우에 이들은 그 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있으므로 법관에 의한 재판받을 권리가 침해된 것이 아니라고 주장하나, 단지 법관에 의한 사후적인 심사절차가 규정되어 있다는 것만으로는 엄격한 형사사법절차에 의해 처음부터 법관에 의하여 공정하게 재판받을 권리가 충분히 보장된다고 보기 어렵다.

다. 결론적으로 우리는 이 사건 법률조항은 치료감호기간의 상한을 정하지 아니한 점과 관련하여 신체의 자유를 침해하고 보안처분법정주의에 위반되며, 사회보호위원회가 치료감호의 종료 여부를 결정하도록 한 점과 관련하여 적법절차의 원칙에 위반되고 법관에 의한 재판받을 권리를 침해하므로 헌법에 위반된다고 보아, 이에 반대의견을 밝히는 바이다.

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

[별지 1] 관련조항

○ 사회보호법

제1조(목적) 이 법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다.

제25조(가출소·가중료 등의 심사·결정) ① 생략

② 사회보호위원회는 피치료감호자에 대하여 그 집행개시 후 매 6월 종료

또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 매 6월 종료 여부를 심사·결정한다.

제28조(치료의 위탁) ① 사회보호위원회는 제8조 제1항 제1호 전단의 규정에 의한 피치료감호자가 그 집행개시 후 2년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있다. 제8조 제1항 제1호 후단에 규정된 자 중 치료감호만을 선고받은 자도 또한 같다.

② 사회보호위원회는 치료감호와 형이 병과되어 형기상당의 치료감호를 집행 받은 자에 대하여는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있다.

③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 사회보호위원회가 치료의 위탁을 결정함에 있어서는 피치료감호자의 친족으로부터 치료감호시설 외에서의 입원·치료를 보증하는 뜻의 서약서를 제출받아야 한다.

제32조(사회보호위원회) ① 보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 7인 이내의 위원과 의사의 자격이 있는 2인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다.

③ 위원회는 다음 각 호의 사항을 심사·결정한다.

1. 피보호감호자에 대한 가출소 및 그 취소와 보호감호면제에 관한 사항
- 1의2. 피보호감호자에 대한 제7조 제2항의 규정에 의한 위탁에 관한 사항
2. 피치료감호자에 대한 치료의 위탁·가종료 및 그 취소와 치료감호종료 여부에 관한 사항
3. 피보호관찰자에 대한 준수사항의 부과 및 지시·감독과 그 위반시의 제재에 관한 사항
4. 기타 제1호 내지 제3호에 관련된 사항

④ 위원회에는 전문적 학식과 덕망이 있는 자 중 위원장의 제청으로 법무부장관이 위촉하는 자문위원을 둘 수 있다.

⑤ 위원회의 구성·운영·서무 및 자문위원의 위촉 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제33조(심사) ① 위원회는 심사자료에 의하여 제32조 제3항에 규정된 사항을 심사한다.

② 위원회는 제1항의 규정에 의한 심사를 위하여 필요한 때에는 법무부소

속 공무원으로 하여금 결정에 필요한 사항을 조사하게 하거나 피감호자 및 피보호관찰자(이하 이 둘을 합하여 “피보호자”라 한다) 기타 관계자를 직접 소환·심문하거나 조사할 수 있다.

③, ④ 생략

제34조(의결 및 결정) ① 위원회의 회의는 위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 때에는 위원장이 결정한다.

② 결정은 이유를 붙이고 출석한 위원들이 기명날인한 문서로써 한다.

제35조의2(피치료감호자 등의 심사신청) ① 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 위원회에 감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있다.

② 생략

③ 위원회가 제1항의 규정에 의한 신청을 기각하는 경우에는 결정서에 그 이유를 명시하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 신청은 치료감호의 집행이 개시된 날부터 6월이 경과한 후에 하여야 한다. 신청이 기각된 경우에는 6월이 경과한 후에 다시 신청할 수 있다.

[별지 2] 관계기관의 의견

(1) 전주지방법원의 위헌제청신청기각이유

(가) 국민의 기본권을 제한하려면 반드시 법률에 의하여야 하고, 그 법률은 일반성과 명확성을 갖추어야 하나, 여기서 명확하다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전제 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미한다고 할 것이다.

형사소송법 제221조의3 제1항, 제2항, 제172조 제1항에 있어서 피의자 및 피고인의 신체 또는 정신을 감정하는 데 필요한 경우를 모두 범조문에 열거한다는 것은 입법상 불가능한 것이고, 위 법률조항들은 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 범문의 의미가 구체화되어 해결될 수 있으므로, 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

(나) 치료감호는 범죄성정신장애자의 치료를 위한 개선처분이므로 기간을

제한할 성질이 아닐 뿐만 아니라 사회보호법은 치료기간의 부당한 장기화를 방지하기 위하여 심신장애자에 대한 치료감호에 관하여 치료감호의 집행을 개시한 후 2년 또는 형기상당의 치료보호를 집행 받았을 때에 친족에게 치료를 위탁할 수 있고(사회보호법 제28조), 사회보호위원회는 그 집행개시 후 또는 치료위탁 후 매 6월 집행의 종료 여부를 결정하도록(사회보호법 제25조 제2항) 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 사회보호법 제9조 제2항이 신체의 자유(헌법 제12조 제1항), 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항), 변호사의 조력을 받을 권리(헌법 제27조 제4항), 국민의 자유와 권리 존중·제한 규정(헌법 제37조), 평등권(헌법 제11조), 인간의 존엄과 가치, 행복추구권(헌법 제10조) 및 권력분립의 원칙 등을 위반하였다고 할 수 없다.

(2) 법원행정처장의 의견

(가) 청구인은 이미 감정유치 결정을 받아 감정을 종료하고 유치가 해제되었으며, 현재 구속영장의 효력에 따라 구속되어 있을 뿐이므로, 감정유치에 관한 형사소송법 제221조의3 제1항, 제2항, 제172조 제1항은 치료감호 재판의 전제가 되는 법률조항이 아니고, 따라서 위 법률조항들에 대한 심판청구는 부적법하다.

(나) 사회보호법 제9조 제2항에서 규정하는 ‘피치료감호자가 감호의 필요성이 없을 정도로 치유되어’라는 표현은 정당한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성 있는 원칙을 도출할 수 있어 명확성의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.

더구나 사회보호위원회의 심사·결정을 통하여 치료감호가 종료되고, 피치료감호자나 그 법정대리인 및 친족도 사회보호위원회에 감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있으므로(사회보호법 제35조의2), 절차상 피치료감호자의 기본권이 보장되어 있다.

(3) 법무부장관의 의견

(가) 형사소송법 제221조의3 제1항 중 “필요할 때”, 같은 조 제2항 중 “인정할 때”, 제172조 제1항 중 “필요한 때” 부분은 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 법문의 의미가 구체화되어 해결될 수 있으므로 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 무죄추정의 원칙에 반한다거나, 재판절차친술권, 인간의 존엄과 가치, 평등권 등을 침해한다고 할 수 없다.

(나) 사회보호법 제9조 제2항은 “치료감호시설에의 수용은 피치료감호자가

감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가중료결정을 받을 때까지로 한다.”라고 규정하고 있는바, 위 조항의 위헌 여부에 대해서는 치료감호를 절대적 부정기형으로 한 점, 치료감호의 종료 여부를 사회보호위원회가 심사·결정하는 점이 주로 문제된다.

(다) 치료감호는 보안처분의 일종으로서 치료감호의 목적은 피치료감호자의 치료·개선을 통한 사회의 방위에 있으므로 절대적 부정기형은 치료감호의 목적에 부합하고, 치료에 필요한 적정기간을 정할 수 있는 과학적·합리적인 근거가 없을 뿐만 아니라 보안의 면에 있어서도 위험성이 있는 한 감호를 계속해야 할 필요성 때문에 그 기간에 제한을 두지 않는 것은 보안처분인 치료감호의 본질상 당연한 것이다.

또한 위 조항은 사회보호법 제정당시 치료감호의 수용기간이 “완치되어 사회보호위원회의 종료결정을 받을 때까지”로 되어 있던 것을 “감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가중료결정을 받을 때까지”로 개정함으로써 치료감호의 종료 시기를 완화하고, 사회적 위험성이 적은 피치료감호자에 대하여는 가중료결정으로 치료감호시설에서의 수용이 종료될 수 있도록 하고 있다.

그리고 사회보호법은 심신장애자에 대한 치료감호에 관하여 사회보호위원회는 치료감호의 집행개시 후 2년을 경과한 때 또는 형기상당의 치료감호를 집행 받은 때에는 그 친족에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있도록 하고 있고(사회보호법 제28조), 사회보호위원회는 피치료감호자에 대하여 그 집행개시 후 매 6월 종료 또는 가중료 여부를, 가중료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가중료 또는 치료위탁 후 매 6월 종료 여부를 심사·결정하도록 하고 있다(사회보호법 제25조).

한편, 사회보호법은 비록 비례성의 원칙을 명문으로 규정하고 있지는 아니하나, 치료감호 종료 여부를 심사·결정할 때에는 비례성의 원칙을 준수하여야 한다.

그렇다면 치료감호가 절대적 부정기형으로 선고된다고 하여 인신구속이 부당하게 장기화된다고 볼 수 없다.

(라) 치료감호기간을 누가 결정하는가의 문제는 형벌의 집행권을 어디에 둘 것인가에 따라 결정되는 것으로서, 집행기간을 법원에서 결정하는가 또는 특별위원회에서 결정할 것인가는 입법정책에 속하는 문제라고 보아야 하므로, 형벌의 가석방이 적정절차에 반할 수 없는 것과 같이 사회보호위원회가

감호기간을 결정하는 것도 정의 이념에 반하는 것이라고 보기 어렵다.

또한 사회보호법 제33조 제2항은 사회보호위원회가 심사를 위하여 필요한 때에는 피치료감호자를 직접 심문할 수 있다고 규정하고 있고, 사회보호법 제35조의2는 피치료감호자 등의 치료감호의 종료 여부에 대한 심사신청권을 보장하고 사회보호위원회가 신청을 기각하는 경우에는 결정서에 그 이유를 명시하도록 규정하고 있으며, 피치료감호자 등은 사회보호위원회의 심사신청거부처분이나 기각결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있으므로 법원에 의한 통제도 담보되어 있다고 할 것이다.

그러므로 사회보호위원회가 치료감호의 종료 여부 등에 관한 심사·결정을 한다고 해서 권력분립의 원칙에 위배되거나, 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수 없다.

(마) 따라서 사회보호법 제9조 제2항이 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유, 재판을 받을 권리를 침해하거나, 권력분립의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

사회복지사업법 제23조 제2항 등 위헌소원

(2005. 2. 3. 2004헌바10 전원재판부)

【판시사항】

1. 사회복지법인의 재산을 보건복지부령이 정하는 바에 따라 기본 재산과 보통재산으로 구분하도록 규정한 사회복지사업법 제23조 제2항의 규정내용 중 기본재산과 보통재산의 의미가 불명확하여 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
2. 사회복지사업법 제23조 제2항이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 사회복지법인의 기본재산을 처분함에 있어 보건복지부장관의 허가를 받도록 규정한 사회복지사업법 제23조 제3항 제1호와 사회복지법인의 운영자유, 재산권과의 관계
4. 사회복지사업법 제23조 제3항 제1호가 입법형성의 한계를 일탈하거나 기본권제한의 입법한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 사회복지사업법 제23조 제2항은 “사회복지법인의 재산은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분한다.”고 규정하고, 위 법률조항과 같은 조 제3항 제1호는 결합하여 사회복지법인이 기본재산을 처분할 때 보건복지부장관의 허가를 받도록 하고 있어 위 제23조 제2항은 기본권을 제한하는 성질을 가지고 있으므로, 그 입법에 있어서 명확성의 원칙을 준수할 것이 요구된다. 그러나, 기본재산과 보통재산에 관한 사전적 의미 및 통상적 사용법이나 사회복지사업법의 관련조항들, 그리고 하위법령인 보건복지부령 제12조 제2항을 종합하여 보면, 사회복지법인의 기본재산은 사회복지법인이 정관에 정한 목적사업을 수행하는데 꼭 필요한 재산으로서, 통상 사회복지시설 등을 설치하는데 직접 사용되는 재산(목적사

업용 기본재산)과 임대수입이 있는 건물이나 주식 등 그 수익으로 목적사업의 수행에 필요한 경비를 충당하기 위한 재산(수익용 기본 재산)이 속할 것이라고 충분히 해석이 가능하여 집행당국에 의한 자의적 해석의 여지를 주거나 수범자의 예견가능성을 해할 정도로 불명확하다고 볼 여지는 없다.

2. 사회복지사업법 제23조 제2항이 위임되는 사항이 무엇인지 명시적으로 밝혀놓고 있지는 않지만, 사회복지법인의 기본재산과 보통재산이라는 개념은 본질적으로 그 해석에 한계가 있고, 위 법률조항에서 보건복지부령에 위임하고자 하는 내용은 사회복지법인의 기본재산과 보통재산이 구체적으로 무엇을 의미하고 어떻게 구분될 것인지, 사회복지법인의 존립과 운영에 필요하여 반드시 갖추어야 할 기본재산의 규모는 어느 정도인지 등이라는 것은 누구라도 충분히 예측할 수 있다고 보일 뿐만 아니라 위와 같은 사항 외에 새로이 국민의 권리를 제한할 가능성이 있는 내용을 담을 것이라고 보여지지도 않으므로, 포괄위임금지의 원칙에 반하지 않는다.

3. 사회복지사업법 제23조 제3항 제1호는 사회복지법인이 그 기본재산을 처분하기 위하여는 보건복지부장관의 허가를 받지 않으면 되지 않도록 규정하고 있으므로, 사회복지법인의 운영에 관련된 각종 경제활동, 특히 물적·인적 시설의 관리와 운영에 있어 보건복지부의 관여를 받게 됨으로써 헌법 제10조의 행복추구권의 구체적인 한 표현인 일반적인 행동자유권 내지 사적자치권으로 보장되는 사회복지법인의 운영의 자유의 한 내용인 재산을 자유롭게 관리할 권리를 제한하고 있다. 한편, 사회복지법인의 기본재산에 관하여 보건복지부장관의 허가를 받지 못한 처분의 사법적 효력은 일반적으로 무효라고 해석하는 것이 대법원 판례의 경향이기 때문에, 사회복지법인의 채권자나 기본재산에 관한 권리를 취득한 자는 보건복지부장관의 허가가 결여되었다는 이유로 사후에 권리의 취득이 무효로 돌아감으로써 경제적 손실을 입게 될 수 있으므로, 이럴 경우 그들에게 실질적으로 불이익을 입히게 되어 재산권에 영향을 미치는 것이다.

4. 사회복지사업법 제23조 제3항 제1호는 사회복지법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지 보호와 재정의 적정을 기함으로써 사회복지법인의 건전한 발달을 도모하고 사회복지법인의

로 하여금 그 본래의 사업목적사업에 충실하게 하려는데 그 목적이 있으므로 그 입법목적은 정당하고, 법인의 기본재산을 처분함에 있어 사회복지법인이 설립자나 법인 운영자의 사익이나 자의적 경영을 방지하기 위하여 보건복지부장관의 허가를 받도록 하는 것은 그 목적을 달성하는데 적절한 수단이라 하지 않을 수 없다. 또한 사회복지법인의 모든 재산에 대하여 보건복지부장관의 허가를 요하는 것이 아니라 정관에 등재된 기본재산만을 허가의 대상으로 제한하고 있고, 파산법에 의한 파산절차를 통한 채권변제절차를 막고 있는 것도 아니므로, 위 법률규정은 피해의 최소성이라는 요건을 갖춘 것이다. 아울러 입법자가 위 법률조항의 입법을 통하여 사회복지법인의 운영 자유와 거래의 안전이나 거래의 상대방의 재산권보다 사회복지법인의 재정의 건전화에 대한 공익적 요구를 더욱 중요한 가치로 선택한 것을 두고 합리적인 근거가 없는 기본권의 침해라 할 수 없다.

【심판대상조문】

사회복지사업법 제23조(재산 등) ① 생략

- ② 법인의 재산은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분하며, 기본재산은 그 목록과 가액을 정관에 기재하여야 한다.
- ③ 법인은 기본재산에 관하여 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여는 그러하지 아니하다.
 1. 매도·증여·교환·임대·담보제공 또는 용도변경하고자 할 때
 2. 생략
- ④ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제23조, 제34조, 제37조 제2항, 제75조

헌법재판소법 제68조 제2항

사회복지사업법 제1조(목적) 이 법은 사회복지사업에 관한 기본적 사항을 규정하여 사회복지의 필요로 하는 사람의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회복지의 전문성을 높이며, 사회복지사업의 공정·투명·적정을 기하고, 지역사회복지의 체계를 구축함으로써 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 한다.

사회복지사업법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “사회복지사업”이라 함은 다음 각 목의 법률에 의한 보호·선도 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담·부랑인 및 노숙인보호·직업보호·무료숙박·지역사회복지·

의료복지·재가복지·사회복지관운영·정신질환자 및 한센병력자 사회복지에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원 을 목적으로 하는 사업을 말한다.

가. 국민기초생활보장법

나. 아동복지법

다. 노인복지법

라. 장애인복지법

마. 모·부자복지법

바. 영유아보육법

사. 성매매방지및피해자보호등에관한법률

아. 정신보건법

자. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률

차. 입양촉진및절차에관한특례법

카. 일제하일본군위안부피해자에대한생활안정지원및기념사업등에관한법률

타. 사회복지공동모금회법

파. 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률

하. 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률

거. 농어촌주민의보건복지증진을위한특별법

2. “사회복지법인”이라 함은 사회복지사업을 행할 목적으로 설립된 법인을 말한다.
3. “사회복지시설”이라 함은 사회복지사업을 행할 목적으로 설치된 시설을 말한다.
4. “사회복지서비스”라 함은 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움을 필요로 하는 모든 국민에게 상담·재활·직업소개 및 지도, 사회복지시설의 이용 등을 제공하여 정상적인 사회생활이 가능하도록 제도적으로 지원하는 것을 말한다.
5. “보건의료서비스”라 함은 국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 보건의료인이 행하는 모든 활동을 말한다.

사회복지사업법 제4조(복지증진의 책임) ① 국가와 지방자치단체는 사회복지를 증진할 책임을 진다.

②, ③ 생략

사회복지사업법 제23조(재산 등) ① 법인은 사회복지사업의 운영에 필요한 재산을 소유하여야 한다.

②~④ 생략

사회복지사업법 제42조(보조금 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 사회복지사업을 수행하는 자 중 대통령령이 정하는 자에 대하여 필요한 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 보조금은 그 목적 외의 용도에 사용할 수 없다.

③ 국가 또는 지방자치단체는 제1항의 규정에 의하여 보조금을 받은 자가 다음 각 호의 1에 해당할 때에는 이미 교부한 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다.

1. 사위 기타 부정한 방법으로 보조금의 교부를 받은 때
2. 사업목적외의 용도에 보조금을 사용한 때
3. 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때

사회복지사업법 제48조(압류금지) 이 법 및 제2조 제1호 각 목의 법률에 의하여 지급된 금품과 이를 받을 권리는 압류하지 못한다.

【참조판례】

1. 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341
헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78
2. 헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341
헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 61
4. 대법원 2002. 6. 28. 2000다20090, 공 2002. 8. 15. (160), 1764

【당 사 자】

청 구 인 김○중
대리인 법무법인 세명
담당변호사 김응문
당해사건 서울중앙지방법원 2003가단130071 소유권이전등기말소

【주 문】

사회복지사업법 제23조 제2항, 제3항 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
 - 가. 사건의 개요

(1) 청구의 사회복지법인 ○○사회복지개발원(이하 “청구의 법인”이라고 한다)은 1992. 10. 6.경 사회복지시설 운영지원사업 및 어린이집 위탁운영사업 등을 목적으로 사회복지사업법 제16조의 규정에 의하여 설립된 사회복지법인이다.

(2) 당해소송의 계쟁 부동산은 1994. 4. 15.경 청구의 법인 명의로 소유권이 전등기가 경료된 다음 1995. 1. 5.경 청구의 법인의 기본재산으로 편입되었다가, 청구의 법인의 채권자인 청구의 박○기의 신청에 따라 위 부동산에 대한 강제경매절차(서울지방법원 2002타경11329)가 진행되어 청구인이 2003. 2. 13.

위 부동산을 낙찰받은 다음, 위 부동산에 관하여 서울지방법원 관악등기소 2003. 2. 13. 접수 제7484호로 소유권이전등기를 경료하였다.

(3) 그러자, 청구의 법인은 위 부동산에 관하여 청구인이 위 낙찰을 받을 때까지 사회복지사업법 제23조 제3항, 제52조 제1항에 의한 주무관청인 서울시장의 허가를 받은 바는 없이 청구인 명의로 강제경매절차에서의 경락을 원인으로 하여 소유권이전등기가 되었으므로 위 소유권이전등기는 원인무효라고 주장하면서 서울지방법원에 2003가단130071호로 청구인을 상대로 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하라는 소를 제기하였고, 청구인은 위 소송 중 사회복지법인의 기본재산에 관하여 처분을 제한하는 취지의 사회복지사업법의 관련조항들이 포괄위임입법금지의 원칙 등에 위반되고, 청구인의 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 같은 법원에 위헌제청신청을 하였으나 2004. 1. 5. 기각되자(서울지방법원 2002카기10346호), 2004. 1. 20. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 이 사건 심판대상으로 사회복지사업법(이하 “이 사건 법률”이라 한다) 제23조 제2항과 제3항을 삼고 있으나, 같은 조 제3항 제2호는 사회복지법인이 보건복지부령이 정하는 금액 이상을 1년 이상 장기차입하고자 할 때 보건복지부장관의 허가를 받도록 하는 규정으로 사회복지법인의 기본재산을 보건복지부장관의 허가 없이 처분할 수 있는지를 다투는 이 사건과는 직접적인 관련이 없으므로, 이는 이 사건 심판대상에서 제외되어야 함이 상당하다.

따라서, 이 사건 심판대상은 이 사건 법률 제23조 제2항, 제3항 제1호가 헌법에 위반되는지 여부이고, 위 법률조항들 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

사회복지사업법 제23조(재산 등) ① 법인은 사회복지사업의 운영에 필요한 재산을 소유하여야 한다.

② 법인의 재산은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분하며, 기본재산은 그 목록과 가액을 정관에 기재하여야 한다.

③ 법인은 기본재산에 관하여 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여는 그러하지 아니하다.

1. 매도·증여·교환·임대·담보제공 또는 용도변경하고자 할 때
2. 보건복지부령이 정하는 금액 이상을 1년 이상 장기차입하고자 할 때

2. 청구인 주장과 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률 제23조 제2항은 사회복지법인의 재산을 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분하고, 그 구분의 세부적인 사항은 보건복지부령으로 위임하고 있는 바, 기본재산과 보통재산은 그 어의가 명확하지 않은 모호한 개념으로 법률에서 그 기준을 명확하고 구체적으로 규정하지 않고 보건복지부령에 위임한 것은 포괄위임입법금지의 원칙 등에 반한다.

한편, 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호에 따르면, 사회복지법인의 채권자로서는 사회복지법인에 대하여 강제집행을 할 수 없어, 사회복지법인의 귀책사유로 인하여 채무를 부담하게 되더라도 책임지지 않아도 된다는 결과가 되므로, 청구인에게 보장된 헌법상의 재산권을 본질적으로 과도하게 침해하고, 아울러 사회복지법인을 부당하게 우대하는 것으로 청구인의 평등권을 침해하는 것이다.

나. 서울중앙지방법원의 위헌제청기각결정의 이유

이 사건 법률 제23조 제2항은 법인의 재산을 기본재산과 보통재산으로 구분하고, 그 구분의 세부적 사항에 관하여 보건복지부령이 정하도록 위임하고 있지만, 이 사건 법률 제1조, 제2조, 제23조 제1항 등 관련조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하여 보면 보건복지부령에 규정될 기본재산은 사회복지사업의 운영에 필요한 기본적 재산에 속하는 것으로서 대강 어떤 것이 될지 예측할 수 있다고 보이므로, 위 법률조항이 입법위임의 명확성을 요하는 헌법 제72조에 위반된다고 보기 어렵다.

이 사건 법률 제23조 제3항 제1호에 관하여서는, 국가와 지방자치단체에는 인간다운 생활을 할 권리의 보장을 위하여 사회복지를 증진할 책임이 있고 사회복지사업의 운영 또는 지원이 공동체 다수의 이익과 밀접하게 연관되어 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 입법자가 위 법률조항의 입법을 위하여 거래의 안전이나 재산권보다 사회복지법인의 재정의 건전화에 대한 공익적 요구를 더욱 중요한 가치로 선택한 것을 두고 합리적인 근거가 없는 자의적인 차별 또는 침해라고 볼 수 없고, 또한 청구인의 주장과 같이 위 법률조항이 강제경매의 경우에도 적용되는 것으로 전제하더라도 위에서 본 바와 같은 이유 및 채권자로서도 사회복지법인의 기본재산이 아닌 그 밖의 보통재산을 집행한다거나 파산법 등의 특별절차 등을 통하여 채권을 변제받을 길이 열려있는 점

등을 고려할 때 이를 두고 헌법이 보장하고 있는 재산권 또는 평등권에 대한 자의적인 침해라고 볼 수 없다.

다. 보건복지부장관의 의견

(1) 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호는 사회복지법인에 대한 국가의 감독권을 목적으로 하는 규정일 뿐 사회복지법인과 거래한 제3자의 법률관계를 규정한 것은 아니고, 이를 어기고 거래한 경우 그 사법적 효력이 부인되는지 여부는 전적으로 법률의 해석과 적용의 문제이므로, 청구인의 위 법률조항에 대한 헌법소원부분은 부적법하다.

(2) 이 사건 법률 제23조 제2항은 급부행정영역을 규율하는 법률로서 위임의 구체성과 명확성의 요구가 완화될 뿐만 아니라, 법문의 취지상 법관의 보충적인 가치판단을 통하여 그 의미내용을 확인할 수 있으므로, 명확성의 원칙 및 포괄위임금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호는 사회복지법인의 설립자나 업무수행자의 권한을 합리적으로 견제하고 감독하는 기능을 가지고 있고, 기본재산의 목록과 가액을 정관에 기재하도록 하고 있어 제3자에게 불측의 손해를 주지 않도록 배려하고 있으므로, 청구인의 재산권과 평등권을 과도하게 침해한다고 볼 수 없다.

3. 적법요건에 대한 판단

보건복지부장관은 사회복지법인이 기본재산을 처분할 때 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호에 따른 허가요건을 갖추지 않은 경우 그 거래행위의 사법적 효력이 부인되는지 여부는 전적으로 법률의 해석과 적용의 문제인데, 청구인의 이 사건 헌법소원은 위 법률조항을 사회복지법인의 기본재산은 채권자의 공취력에 복종하지 않는다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 것이므로, 이는 법률의 해석과 적용에 대하여 다투는 것이니 부적법하다고 주장한다.

그러나, 청구인이 제출한 이 사건 헌법소원 심판청구서의 청구취지는 위 법률조항 자체가 헌법에 위반된다고 명시되어 있다. 또한 청구이유에 나타난 청구인의 주장은, 대법원의 기존판례를 살펴보면 위 법률조항이 사회복지법인의 기본재산에 대한 임의처분 뿐만 아니라 강제경매의 경우에도 적용되어 사회복지법인의 기본재산은 채권자의 공취력에 복종하지 않는다고 해석될 것이므로, 그러한 해석을 할 수 밖에 없게 하는 위 법률조항은 헌법상 보장된 재산권 및 평등권을 침해한다는 것임을 알 수 있다.

따라서, 청구인은 보건복지부장관의 의견과는 달리 위 법률조항의 해석을

다투고 있다고 볼 수 없고 위 법률조항 자체의 위헌 여부를 다투는 것이 명백하므로, 이 사건 청구가 부적법하다고 할 수 없다.

4. 이 사건 법률 제23조 제2항의 위헌 여부

가. 청구인의 주장요지

청구인은 이 사건 법률 제23조 제2항에 따르면, 사회복지법인의 재산은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분한다고 규정하고 있는 바, 여기에서 기본재산과 보통재산은 그 어의가 명확하게 구분되지 아니하는 모호한 개념일 뿐만 아니라, 그 구분에 관하여 보건복지부령에 위임하고 있지만 법률에 그 위임의 범위나 한계를 정하지도 않았으므로, 포괄위임 금지의 원칙에 위배된다고 주장한다.

그러므로, 이 사건 법률 제23조 제2항에서 규정하는 기본재산과 보통재산의 의미가 불명확하여 헌법상의 명확성원칙에 반하는지 여부와 재산의 구분 및 범위 등을 보건복지부령에 위임하고 있는 것이 위임입법의 한계를 일탈한 것인지 여부를 살펴본다.

나. 명확성의 원칙의 위반 여부

(1) 명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다. 이러한 명확성의 원칙을 산술적으로 엄격히 관찰하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용은 부득이하다고 할 수밖에 없으며, 당해 법률이 제정된 목적과 타규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비 여부가 가려져야 한다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78).

(2) 이 사건 법률 제23조 제2항은 같은 조 제3항 제1호와 결합하여 사회복지법인이 기본재산을 처분할 때 보건복지부장관의 허가를 받도록 규정하고 있어 기본권을 제한하는 성질을 가지고 있으므로, 그 입법에 있어서 명확성의 원칙을 준수할 것이 요구된다. 그런데, 이 사건 법률 제23조 제2항은 법인의 재산을 기본재산과 보통재산이라는 개념을 사용하여 구분하고 있는데 그 개념을 선뜻 파악할 수 없는지 살펴본다.

(3) 우선 사전적 의미에서 기본재산은 어떠한 단체가 영위하는 사업의 기본이 되는 재산이라 할 수 있고, 그에 대비되는 보통재산은 기본재산에 속하

지 않지만 사업의 운영에 사용되는 그 밖의 재산을 뜻하며, 통상 그런 의미로 사용되는 것이다.

한편, 이 사건 법률의 입법목적은 제1조에서 규정한바와 같이 사회복지사업에 관한 기본적 사항을 규정하여 사회복지의 필요로 하는 사람의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회복지의 전문성을 높이며, 사회복지사업의 공정·투명·적정을 기하고, 지역사회복지의 체계를 구축함으로써 사회복지의 증진에 이바지하는 것이고, 제2조 제1호에 의하면, 사회복지사업이라 함은 같은 호 각 목의 법률에 의한 보호·선도 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담·부랑인 및 노숙인보호·직업보도·무료숙박·지역사회복지·의료복지·재가복지·사회복지관운영·정신질환자 및 한센병력자 사회복지사업에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업을 말하고, 같은 조 제2호에 의하면 사회복지법인이라 함은 사회복지사업을 행할 목적으로 설립된 법인을 말한다. 따라서, 사회복지법인은 사회복지사업을 수행하기 위하여 필요한 재산을 소유할 것이 필연적으로 요구되므로, 이 사건 법률 제23조 제1항에서는 사회복지법인은 사회복지사업의 운영에 필요한 재산을 소유하여야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 제2항에서는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분하고 기본재산은 그 목록과 가액을 정관에 기재하여야 한다고 규정하고 있다.

위와 같이 기본재산과 보통재산의 사전적 의미 및 통상적 사용법이나 위에서 본 이 사건 법률의 관련조항들, 그리고 하위법령인 보건복지부령 제12조 제2항을 종합하여 보면, 사회복지법인의 기본재산은 사회복지법인이 정관에 정한 목적사업을 수행하는데 꼭 필요한 재산이라고 볼 수 밖에 없다. 따라서, 사회복지법인의 기본재산에는, 사회복지시설의 운영을 목적으로 하는 법인이란, 건물이나 운동장 등 사회복지시설 등을 설치하는데 직접 사용되는 재산(목적사업용 기본재산)과 임대수입이 있는 건물이나 주식 등 그 수익으로 목적사업의 수행에 필요한 경비를 충당하기 위한 재산(수익용 기본재산)이 속할 것이고, 일정한 출연재산에서 얻어지는 과실 등으로 다른 시설이나 보호대상자 등 사회복지사업을 지원하는 것을 목적으로 하는 법인이라면, 법인의 운영경비의 전액을 충당할 수 있는 재산이 될 것이다. 한편, 사회복지법인의 보통재산은 기본재산 이외의 재산으로 법인의 운용에 소요되는 재산으로 집기, 비품, 현금 등이 될 것임을 알 수 있다.

(4) 따라서, 이 사건 법률 제23조 제2항에서 사용하고 있는 기본재산과 보통재산은 위와 같은 의미로 충분히 해석이 가능하여 집행당국에 의한 자의적 해석의 여지를 주거나 수범자의 예견가능성을 해할 정도로 불명확하다고 볼 여지는 없다고 할 것이다.

다. 포괄위임금지의 원칙의 위반 여부

(1) 우리 헌법 제75조의 규정 취지는 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 범치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 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, 53, 61).

(2) 사회복지법인의 기본재산과 보통재산이라는 개념은 그 사전적 의미 및 통상적 사용법이나 이 사건 법률의 관련규정 등을 종합하여 충분히 해석이 가능하다는 것은 이미 앞에서 살펴본 바와 같으므로, 위 기본재산과 보통재산의 개념은 본질적으로 그 해석에 한계가 있다. 한편, 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호에서는 법인의 기본재산을 처분하고자 할 때는 보건복지부장관의 허가를 받도록 규정하고 있으므로, 기본재산의 개념은 그 처분의 제한과 관련을 맺고 있음을 알 수 있다.

따라서, 이 사건 법률 제23조 제2항은 ‘법인의 재산은 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 기본재산과 보통재산으로 구분하고 기본재산은 그 목록과 가액을 정관에 기재하여야 한다’고 규정하여 위임되는 사항이 무엇인지 명시적으로 밝혀놓고 있지는 않지만, 위 법률조항에서 보건복지부령에 위임하고자 하는 내용은 사회복지법인의 기본재산과 보통재산이 구체적으로 무엇을 의미하고 어떻게 구분될 것인지, 사회복지법인의 존립과 운영에 필요하여 반

드시 갖추어야 할 기본재산의 규모는 어느 정도인지 등이라는 것은 누구라도 충분히 예측할 수 있다고 보일 뿐만 아니라 위와 같은 사항 외에 새로이 국민의 권리를 제한할 가능성이 있는 내용을 담을 것이라고 보여지지도 않는다.

(3) 그렇다면, 이 사건 법률 제23조 제2항에 의하여 위임되어 보건복지부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다 할 것이므로, 포괄위임입법금지를 선언한 헌법 제75조에 위반되지 아니한다.

5. 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호의 위헌 여부

가. 국가의 사회보장·사회복지 증진의무와 사회복지법인과의 관계

우리 헌법 제34조 제1항은 모든 국민에게 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 보장하면서 이 권리의 실효성을 확보하기 위하여 같은 조 제2항에서는 국가의 ‘사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무’를 규정하고 있다. 따라서, 국가는 모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 최저생활을 보장하고 국민 개개인이 생활의 수준을 향상시킬 수 있도록 제도와 여건을 조성하여 그 시행에 있어 형평과 효율의 조화를 기함으로써 복지사회를 실현하도록 노력하여야 한다(사회보장기본법 제2조 참조). 한편, 사회보장의 일부분으로 ‘사회복지서비스’라 함은 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움을 필요로 하는 모든 국민에게 상담·재활·직업소개 및 지도·사회복지시설이용 등을 제공하여 정상적인 사회생활이 가능하도록 지원하는 제도를 의미하고(같은 법 제3조 제4호), 위와 같은 각종 사회복지서비스에 대한 총칭적인 성격을 가지는 법률이 이 사건 법률이다.

이 사건 법률의 입법목적은 사회복지사업에 관한 기본적 사항을 규정하여 사회복지의 필요로 하는 사람의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 사회복지의 전문성을 높이며, 사회복지사업의 공정·투명·적정을 기하고, 지역사회복지의 체계를 구축함으로써 사회복지의 증진에 이바지하는 것이다(제1조). 사회복지 증진의 책임은 현대사회의 사회문제가 국가·사회적 원인에 기인하는 것이 많고 사회복지의 궁극적 목표가 사회통합을 통한 국민국가의 형성에 있다고 볼 때 당연히 국가에 있다 할 것이므로, 이 사건 법률 제4조 제1항에는 국가와 지방자치단체는 사회복지를 증진할 책임이 있다고 규정하여 이를 명백히 하고 있다. 그러나, 동서양을 막론하고 초기의 사회복지사업은 민간주도로 이루어졌고, 특히 우리나라의 경우에는 현재까지도 시설복지사업이 민간주도로 이루어지고 있음을 감안하여, 이 사건 법률은 민간사회복지사업을

지원하고 이들의 조직을 강화하여 그 운영의 공정·적절을 도모하기 위하여 공익법인제도를 도입하였다. 그리하여, 이 사건 법률은 제2조 제2호에서 사회복지사업을 행할 목적으로 설립된 법인을 사회복지법인이라고 정의하고, 제2장에서 사회복지법인의 설립과 정관에 관한 사항, 임원 및 재산에 관한 사항, 해산 및 합병에 관한 사항 등을 규정하고 있다.

따라서, 사회복지법인은 국가의 사회복지증진의무를 분담하고 있으므로, 이를 지원하고 보호하기 위하여 국가는 사회복지법인에게 필요한 비용의 전부 또는 일부를 보조금으로 지급하여 직접적으로 지원하고(제42조 제1항), 사회복지법인이 운영하는 사업에 출연 또는 기부한 재산은 상속세와 증여세, 소득세, 법인세 및 지방세가 감면되고, 사회복지법인의 고유목적사업에 대하여는 법인세가 면제되는 등 세제상의 간접적인 지원을 주고 있으며, 사회복지관련 법률에 의하여 지급된 금품과 이를 받을 권리는 압류하지 못하도록 되어 있다(제48조).

나. 사회복지법인에 대한 규제 의 필요성

그러나, 사회복지법인에 대하여 위와 같은 혜택이 주어지는 한편, 이를 기회로 사회복지법인의 설립자나 운영자가 이것을 사적인 목적에 이용함으로써 사회복지법인을 통한 각종 탈법행위가 이루어질 가능성이 있고, 방만하고 자의적인 경영을 한 결과 공익의 중요한 역할을 분담하는 사회복지법인 자체의 존속을 위협할 수 있어, 오히려 사회에 폐해를 끼치는 결과를 초래할 수 있다. 따라서, 국가는 사회복지법인의 자율성을 침해하지 않는 범위 내에서 사회복지법인이 사회복지사업을 공명하고 적정하게 행하고 있는지를 살필 필요가 있다.

그리하여, 민법에는 비영리법인의 설립허가제, 감독청에 의한 감사 및 감독권, 설립허가의 취소 등이 규정되어 있다. 그러나 이러한 몇 가지 규정만으로는 사회복지법인의 공익성을 유지·감독하기에는 미흡하므로, 이 사건 법률에서는 사적자치의 원칙 아래 공익성을 보장하면서 그 본래의 목적사업에 충실하게 하여 복지사회건설에 공헌할 수 있도록 사회복지법인에 대한 민법 이외의 특례규정을 마련하여 두고 있다. 즉, 정관의 기재사항의 법정, 법인의 설립·정관변경·합병에 대한 보건복지부장관의 허가, 임원의 자격과 임원수 및 취임요건, 이사회운영, 감사의 권한과 의무, 법인재산의 관리, 주무관청의 지도·감독권 등을 이 사건 법률에서 규정하고 있다.

한편, 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호는 사회복지법인의 기본재산에 관하

여 매도·증여·교환·임대·담보제공 또는 용도변경을 하고자 할 때 보건복지부장관의 허가를 받도록 규정하고 있어, 국가가 사회복지법인의 재산관리에도 직접적인 규제를 가하는 제도를 마련하고 있다. 이는 사회복지법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지 보호와 재정의 적정을 기함으로써 사회복지법인의 건전한 발달을 도모하고 사회복지법인으로 하여금 그 본래의 사업목적사업에 충실하게 하려는데 그 목적이 있다 할 것(대법원 2002. 6. 28. 선고 2000다20090 판결 참조)이다.

다. 사회복지법인의 운영의 자유와 재산권을 침해하는지 여부

(1) 위 법률조항과 사회복지법인의 운영의 자유 및 재산권과의 관계

자유민주주의사회는 다양한 가치관과 능력을 가진 사람들의 창의적이고 자발적인 노력이 모여 균형과 조화를 이루는 것을 주요한 특징으로 한다. 사회복지법인은 설립자의 자발적인 의사와 재산출연으로 다양하고 특색 있는 목적을 구현하기 위하여 설립·운영되는 것으로서 독자적인 운영방식에 따라 개성 있는 복지사업을 실시할 수 있도록 그 설립의 자유와 물적·인적시설운영의 자율성을 보장하는 것은 헌법이념실현에 이바지하는 것이다. 이에 따라 모든 국민에게 사회복지법인을 설립할 자유가 인정되고 사회복지법인은 복지사업의 주체로서 이용자에게 대한 자율적인 복지사업을 행하기 위한 포괄적인 법인운영권을 보장받아야 한다. 이러한 ‘사회복지법인의 운영의 자유’는 헌법 제10조에서 보장되는 행복추구권의 구체적인 한 표현인 일반적인 행동자유권 내지 사적자치권으로 보장되는 것이다.

그런데, 이 사건 법률조항에 의하면 사회복지법인은 그 기본재산을 처분하기 위하여는 보건복지부장관의 허가를 받지 않으면 안되도록 규정하고 있으므로, 사회복지법인의 운영에 관련된 각종 경제활동, 특히 물적·인적 시설의 관리와 운영에 있어 보건복지부의 관여를 받게 됨으로써 사회복지법인의 운영의 자유의 한 내용인 재산을 자유롭게 관리할 권리를 제한받고 있다고 볼 수 있다.

한편, 위 법률조항은 사회복지법인의 기본재산에 대한 처분에 관하여 보건복지부장관의 허가를 받도록 되어 있고, 허가를 받지 못한 처분의 사법적 효력은 일반적으로 무효라고 해석하는 것이 대법원 판례의 경향이다. 따라서, 사회복지법인의 처분행위로 인하여 권리를 취득한 거래의 상대방이나 경매 등을 통하여 사회복지법인의 재산을 취득하려는 자는 보건복지부장관의 허가가 결여되었다는 이유로 사후에 권리의 취득이 무효로 돌아감으로써 경제적

손실을 입게 될 수 있으므로, 이럴 경우 그들이 실질적으로 재산권에 영향을 받는 것으로 볼 수 있다.

(2) 사회복지법인의 운영의 자유 및 재산권의 침해 여부

그러므로 아래에서는, 입법자가 사회복지법인의 재산관리를 규제할 때 입법형성권을 자의적으로 행사하여 헌법 제37조 제2항에 의한 합리적인 입법한계를 일탈함으로써, 사회복지법인의 운영의 자유와 재산권의 본질적인 내용을 과도하게 침해하고 있는지 여부를 살펴보도록 한다.

(가) 입법목적의 정당성과 수단의 적절성

이미 앞에서 본바와 같이 국가는 헌법 제34조 제2항에 의하여 사회복지를 증진시킬 의무를 부담하고 있어 사회복지법인의 운영에 필요한 비용의 상당부분을 보조하고 세제상의 혜택을 주는 등 직간접적인 지원을 하고 있고, 사회복지법인도 국가와 더불어 복지사업이라는 공익사업의 한축을 담당하고 있기 때문에, 사회복지를 증진시켜야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사회복지법인의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지므로, 국가는 사회복지법인의 운영에 있어서 자율성을 인정하면서도 감독과 통제의 제약을 부과할 수 있다. 특히, 사회복지법인이 설립자나 법인 운영자의 사익이나 자의적 경영을 방지하기 위하여 국가가 관여하여 사회복지법인의 재산관리에 관여할 수 있어야 할 것이다.

이 사건 법률 제23조 제3항 제1호는 사회복지법인의 기본재산에 관하여 매도·증여·교환·임대·담보제공 또는 용도변경을 하고자 할 때 보건복지부장관의 허가를 받도록 규정하고 있어, 국가가 사회복지법인의 재산관리에 도 직접적인 규제를 가하는 제도를 마련하고 있다. 이는 사회복지법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지 보호와 재정의 적정을 기함으로써 사회복지법인의 건전한 발달을 도모하고 사회복지법인으로 하여금 그 본래의 사업목적사업에 충실하게 하려는데 그 목적이 있다 할 것이다.

따라서, 위 법률조항의 입법목적은 정당하다 할 것이고, 법인의 기본재산을 처분함에 있어 사회복지법인이 설립자나 법인 운영자의 사익이나 자의적 경영을 방지하기 위하여 보건복지부장관의 허가를 받도록 하는 것은 그 목적이 달성하는데 적절한 수단이라 하지 않을 수 없다.

(나) 피해의 최소성

위 법률조항 및 시행규칙 제14조 제2항으로 말미암아 사회복지법인의 기본재산에 관한 임대계약을 갱신하는 경우를 제외한 기본재산에 대한 그 밖의

처분은 보건복지부장관의 허가를 받아야 하는 제한이 따르고, 대법원 판례의 경향을 살펴보면 보건복지부장관의 허가를 얻지 아니한 거래행위의 사법적 효력은 무효가 될 소지가 크다.

그런데, 보건복지부장관의 허가가 필요한 것은 사회복지법인의 재산 모두에 적용되는 것이 아니고 사회복지법인의 기본재산만이 그 대상이 될 뿐이다. 즉, 사회복지법인의 보통재산은 제한 없이 처분 및 거래의 대상이 될 수 있다. 또한, 이 사건 법률 제28조 제1항 및 제3항에 따르면, 사회복지법인은 목적사업의 경비에 충당하기 위하여 필요한 때에는 법인의 설립목적 수행에 지장이 없는 범위 안에서 수익사업을 할 수 있고 수익사업에 대한 회계는 법인의 다른 회계와 분리하여 계리하여야 하는 바, 그와 같은 수익사업용 재산도 기본재산과는 달리 제한 없이 처분 및 거래의 대상이 될 수 있다.

한편, 기본재산의 대상이 되더라도 이 사건 법률 제23조 제2항에 의하면 처분 및 거래의 제한이 되는 기본재산은 정관에 그 목록과 가액이 기재되어야 하므로, 거래의 상대방으로서는 사회복지법인의 정관을 열람하여 이 사건 법률로 인한 불측의 손해를 어느 정도 예방할 수 있다.

또한, 사회복지법인의 기본재산이라고 하더라도 이 사건 법률조항으로 인하여 그 처분이 완전히 금지되어 있는 것도 아니고, 보건복지부장관의 허가를 득하면 이를 처분할 수 있는 것이고, 사회복지법인은 보건복지부장관의 위법·부당한 불허가에 대하여 행정소송 등을 통하여 이를 다퉴 수 있는 길이 열려 있다.

다음으로, 법인의 채권자들이 법인의 기본재산을 강제경매하는 외에 자신의 채권을 보전할 수 있는 방법으로 사회복지법인의 기본재산이 아닌 그 밖의 재산을 강제집행하거나 사회복지법인이 채무초과상태가 되어 기본재산을 처분하지 않으면 채무변제가 불가능한 경우에는 파산법에 의한 파산신청을 하여 그 절차에서 채권을 변제받는 방법도 없는 것은 아니다. 한편, 강제경매와 관련하여서도 경락인이 대금을 납입한 후 소유권이전등기를 마쳤으나 보건복지부장관의 허가요건을 갖추지 못하여 위 소유권이전등기의 말소등기절차를 이행하여야 하더라도 사후에 위 경매절차에서 배당받은 자들에 대하여 그 배당금에 대하여 반환을 구할 수 있을 것이므로, 그 피해가 상당부분 회복될 수 있다.

위와 같은 점을 감안하여 보면, 사회복지법인의 모든 재산에 대하여 보건복지부장관의 허가를 요하는 것이 아니라 정관에 등재된 기본재산만을 허가의

대상으로 제한하고 있고, 파산법에 의한 파산절차를 통한 채권변제절차를 막고 있는 것도 아니므로, 위 법률규정은 피해의 최소성이라는 요건을 갖추었다고 보아야 할 것이다.

(다) 법익의 균형성

먼저, 사회복지법인의 운영자유의 측면에서 본다.

국가와 지방자치단체는 인간다운 생활을 할 권리의 보장을 위하여 사회복지자를 증진할 책임이 있고 사회복지사업의 운영 또는 지원이 공동체 다수의 이익과 밀접하게 연관되어 있다. 특히 사회복지법인과 관련된 각종 재산권은 사회복지법인이 운영하는 시설의 이용자 등 다수의 생활에 큰 영향을 미치는 것이다. 한편, 우리나라의 사회복지시설의 현황을 보면 1885년 최초의 사회복지시설로서 ‘천주교 고아원’이 설립된 이래 개인과 종교단체 등 민간에 의한 사회복지시설사업이 펼쳐졌고, 해방과 6·25이후 수많은 피난민과 전쟁고아들에 대한 구제사업과 시설보호사업 등이 민간에 의하여 이루어졌으며, 현재에도 사회복지법인이 사회복지시설을 다수 경영하고 있는 실정이다.

그리하여, 국가는 사회복지법인에게 보조금을 지급하는 등 직접적인 지원 외에도 세제혜택을 주는 등 간접적인 지원을 하는 한편, 사회복지법인이 올바르게 운영될 수 있도록 지도·감독할 책임도 있다 할 것이므로, 회계감사와 업무감독 뿐만 아니라 사회복지법인의 재산의 운용에 대하여도 일정한 규제를 할 권한이 주어져야 한다. 그렇지 않으면, 사회복지법인의 설립자나 운영자의 자의나 방만한 운영으로 인하여 사회복지법인의 기본재산이 처분된다면 사회복지법인의 시설 및 지원을 이용하는 사회적 약자들에 대한 보호가 방기될 위험이 있다.

따라서, 사회복지법인의 재산의 원활한 관리 및 유지 보호와 재정의 적정을 기함으로써 사회복지법인의 건전한 발달을 도모하고 사회복지법인으로 하여금 그 본래의 사업목적사업에 충실하게 하기 위하여 사회복지법인의 기본재산을 처분하는데 보건복지부장관의 허가를 받도록 하는 공익은 사회복지법인의 운영자유 못지 않은 중요성을 가지고 있다 하지 않을 수 없다.

다음으로 사회복지법인에 대한 채권자나 거래의 상대방 및 사회복지법인의 재산을 취득하고자 하는 자와 관련하여 본다.

사회복지법인이 채무를 부담하여 이를 변제하지 못하거나 사회복지법인의 기본재산을 취득하려고 하는 자에게 위 법률조항은 불측의 손해를 줄 수도 있다. 그러나, 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률 제23조 제3항 제1호는

사회복지법인의 영속성을 보장하기 위한 수단으로서 그 공익이 매우 크다는 점, 사회복지법인의 채권자는 사회복지법인의 기본재산외의 다른 재산으로 채권을 만족시킬 수 있고, 경우에 따라서는 파산절차를 통하여 채권을 만족시킬 수도 있다는 점, 사회복지법인의 기본재산 중 가장 문제가 되는 부동산의 경우에는 이를 취득하려는 자는 거래의 통념상 부동산의 현상태가 어떠한가를 조사하여야 할 일반적인 주의의무가 있다고 할 것이므로 외관상 사회복지법인의 기본재산에 관하여는 정관을 열람하여 이를 살펴볼 의무가 있다는 점 등을 고려하여 보면, 이 역시 사회복지법인의 기본재산에 대한 처분제한의 공익을 능가한다고 보기 어렵다.

(라) 소결론

그렇다면, 입법자가 위 법률조항의 입법을 통하여 사회복지법인의 운영자유와 거래의 안전이나 거래의 상대방의 재산권보다 사회복지법인의 재정의 건전화에 대한 공익적 요구를 더욱 중요한 가치로 선택한 것을 두고 합리적인 근거가 없는 기본권의 침해라 할 수 없다.

라. 평등의 원칙 위반 여부

청구인은 사회복지법인의 기본재산은 그 처분을 함에 있어 보건복지부장관의 허가를 받도록 하고 있으므로, 사회복지법인이 채무를 지더라도 보건복지부장관의 허가가 없으면, 그 채권자는 사회복지법인의 기본재산으로 채권을 만족받을 수 없게 되는 결과를 초래하는 바, 이는 사회복지법인을 부당하게 우대하는 것으로 평등의 원칙에 위배되는 것이라고 주장한다.

평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있는 것이다. 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인의 주장처럼 사회복지법인의 기본재산에 대한 강제경매로 인하여 권리를 취득한 경락인이 보건복지부장관의 허가가 없다는 이유로 사후에 권리변동의 효력이 없는 것으로 귀결되더라도, 이는 앞에서 본 바와 같이 사회복지법인의 특수성을 고려하여 그 재산의 원활한 관리 및 유지 보호와 재정의 적정을 기함으로써 사회복지법인의 건전한 발달을 도모하고 사회복지법인으로 하여금 그 본래의 사업목적사업에 충실하게 하려는 공익을 고려한 것으로 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

6. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여재판관

전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

자원의절약과재활용촉진에관한법률 제9조 제1항 제2호 등 위헌확인

(2005. 2. 3. 2003헌마359 전원재판부)

【판시사항】

1. 합성수지재질의 포장재에 대한 제한을 규정하고 있는 자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것, 이하 ‘법률’이라 한다) 제9조 제1항 제2호, 동법시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정된 것) 제7조 제3항 제4호 및 제품의포장재질·포장방법에관한기준등에관한규칙(2003. 4. 3. 환경부령 제137호로 전문개정된 것) 제8조 제1항, [별표 3] 1.라.(이하 ‘이 사건 법규들’이라 한다)가 직업선택의 자유 제한에 있어 과잉금지의 원칙에 어긋나는지 여부(소극)
2. 이 사건 법규들이 평등의 원칙에 어긋나는지 여부(소극)
3. 위 법률 제9조 제1항이 위임입법에 있어 위임기준의 명확성과 예측가능성에 어긋나는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제9조 제1항 제2호, 동법시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정된 것) 제7조 제3항 제4호 및 제품의포장재질·포장방법에관한기준등에관한규칙(2003. 4. 3. 환경부령 제137호로 전문개정된 것) 제8조 제1항, [별표 3] 1.라.는 식품제조·가공업소에서 제조·가공하는 면류제품의 포장용기로 사용되는 합성수지재질의 용기 중 일정비율을 연차적으로 줄여 친환경재질의 것으로 대체하여 합성수지 포장폐기물의 매립·소각에 따른 환경오염을 줄여서 쾌적한 환경속에서 생활할 국민의 권리를 확보하고 공공복리를 증진시키는 것을 목적으로 규정된 것으로, 합성수지재질의 면류용기는 재활용이 어렵고 그 수거와 재활용을 위한 처리에 비용이 많이 들어 결국

현재의 수준으로는 그 재활용가치가 미미하다고 인정되므로, 그 입법 목적을 위한 규제수단으로서 재활용부담금의 부과 기타 이와 유사한 다른 방안들이 이 사건 법규들이 채택하고 있는 소위 연차적 감량시책에 비하여 보다 적은 비용으로 대등한 또는 우월한 효과를 거둘 수 있다고 볼 수 없고, 이 사건 법규들로 인하여 청구인들이 입는 불이익에 비하여 합성수지 폐기물이 감량됨으로써 환경오염이 개선되는 공익이 훨씬 더 크고 중요하다. 그렇다면 이 사건 법규들은 기본권제한에 있어서 준수되어야 할 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배되지 않으므로 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

2. 합성수지포장재의 썩지 않고 부피가 큰 특성으로 인하여 그 폐기물의 매립공간이 많이 필요하다는 점, 그 폐기물의 수거·매립·소각 및 재활용 비용이 과다하게 든다는 점 및 환경친화적인 재질의 대체용기가 개발되어 있다는 점에서, 합성수지 재질의 면류용기는 종이나 유리 또는 캔 등의 용기 및 다른 경포장재 등과 다른 점이 있기 때문에 그 폐기물의 재활용보다는 사용량 자체의 감량 쪽으로 시책을 정하여 이들과 다른 취급을 하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이므로, 이 사건 법규들은 평등의 원칙에 어긋나지 않는다.

3. 이 사건 법률의 입법목적과 규제체계에 비추어 볼 때, 위 법 제 9조 제1항의 위임에 의하여 대통령령으로 정할 “합성수지재질로 된 포장재를 사용하는 제품”이라는 것은, 제품의 특성상 재활용이 불가능하거나 재활용기술의 수준에 비추어 그 재활용에 경제성이 없거나 용기의 수·크기·용량이나 사용방법 및 폐기물의 수거율과 수거비용 등에 비추어 재활용에 경제성이 없으면서 폐기물 처리비용이나 처리시설 등을 감안할 때 환경부하가 상당하여 불가피하게 그 발생 자체를 억제할 수밖에 없는 것이 그에 해당 것이고 따라서 이러한 내용이 그 제품의 범위를 정할 대강의 기준이 될 것임을 관계자들이 어렵지 않게 예측할 수 있다. 또한 이러한 제품의 구체적인 범위는 법률에서 이를 직접 규정하는 것보다는 위에서 본 바와 같은 기준하에서 제품과 포장재에 대한 진전된 과학적 연구의 성과, 폐기물처리 체계의 효율성, 폐기물처리시설의 용량, 폐기물의 수거율과 수거비용, 재활용기술의 수준과 비용, 대체용기의 개발과 보급상황 등을 행정부에서 종합적으로 검토하여 대통령령으로 이를 정하는 것이 더

타당하고, 나아가 구체적인 연차별 줄이기의 기준과 같은 세부의 실행목표는 시장의 상황변화를 감안하여 환경부장관이 주무부처와 협의하여 적절한 수준으로 시기에 맞게 이를 결정하는 것이 또한 합리적이다. 그렇다면 이 사건 법규의 위임조항들은 포괄위임금지의 원칙에도 어긋난다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제9조(포장폐기물의 발생 억제) ① 대통령령이 정하는 제품을 제조·수입 또는 판매하는 자(이하 “제조자등”이라 한다)는 포장폐기물의 발생을 억제하고 재활용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 사항을 지켜야 한다.

1. 생략
2. 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준

②~④ 생략

자원의절약과재활용촉진에관한법률시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정된 것) 제7조(포장의 재질·방법 등에 관한 기준 준수 대상제품) ①, ② 생략
 ③ 법 제9조 제1항 제2호의 규정에 의한 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 기준을 지켜야 하는 제품은 다음 각 호와 같다.

- 1.~3. 생략
4. 식품위생법시행령 제7조의 규정에 의한 식품제조·가공업소에서 제조·가공하는 면류
5. 생략

제품의포장재질·포장방법에관한기준등에관한규칙(2003. 4. 3. 환경부령 제137호로 전문개정된 것) 제8조(합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준) ① 영 제7조 제3항의 규정에 의한 제품의 제조자등이 지켜야 하는 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준은 별표 3과 같다.

[별표 3] 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 기준(제8조 제1항 관련)

1. 영 제7조 제3항 제1호 내지 제4호의 규정에 해당하는 제품

제 품 의 종 류	대 상 포장재	연차별 줄이기 기준		
		2003년·2004년	2005년·2006년	2007년 이후
가. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한 법률시행령 제14조의 규정에 의한 신고대상 닭사육시설에서 생산되는 계란	난 좌	60%이상	70%이상	80%이상
	팩	35%이상	40%이상	45%이상

제 품 의 종 류	대 상 포장재	연차별 줄이기 기준		
		2003년·2004년	2005년·2006년	2007년 이후
나. 농수산물유통및가격안정에관한법률 제2조의 규정에 의한 농수산물도매시장, 농수산물공판장, 민영농수산물도매시장, 농수산물종합유통센터를 통하여 거래되는 사과·배	반침접시	15%이상	20%이상	25%이상
다. 매장면적 165㎡ 이상의 판매업소에서 판매되는 청과부류·축산부류·수산부류	반침접시	10%이상	20%이상	25%이상
라. <u>식품위생법시행령 제7조의 규정에 의한 식품제조·가공업소에서 제조·가공하는 면류</u>	용 기	20%이상	30%이상	35%이상

비 고 : 1. 연차별 줄이기 기준은 합성수지재질외의 재질로 된 포장재를 사용한 제품 비율과 합성수지재질로 된 포장재의 사용량을 줄인 비율을 합한 것으로 한다.

2. 합성수지재질외의 재질로 된 포장재를 사용한 제품비율은 당해연도에 제조·수입·판매한 제품수량 중 합성수지재질외의 재질로 된 포장재를 사용한 제품의 수가 차지하는 비율로 산정한다.
3. 합성수지재질로 된 포장재의 사용량을 줄인 비율은 당해연도에 제조·수입·판매한 제품수량을 기준으로 동일 수량의 제품에 사용된 전년도 합성수지재질 포장재 사용량 대비 당해연도 합성수지재질 포장재 사용량의 감소율로 산정 한다. 다만, 직접 회수하여 재사용한 양은 당해연도 합성수지재질 포장재 사용량에서 제외한다.

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항, 제75조, 제95조

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제1조 (목적) 이 법은 자원재활용을 촉진하여 폐기물을 적정하게 처리하고 자원을 효율적으로 이용하도록 함으로써 환경의 보전과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제9조 (포장폐기물의 발생 억제) ① 대통령령이 정하는 제품을 제조·수입 또는 판매하는 자(이하 “제조자등”이라 한다)는 포장폐기물의 발생을 억제하고 재활용을 촉진하기 위하여 다

음 각 호의 1에 해당하는 사항을 지켜야 한다.

1. 포장재질·포장방법(포장공간비율 및 포장횡수를 말한다. 이하 같다)에 관한 기준
2. 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준

② 제1항의 규정에 의한 제품의 포장재질·포장방법에 관한 기준 및 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 목표 등 구체적인 사항은 환경부장관이 주무부장관과 협의하여 환경부령으로 정한다.

③ 환경부장관은 환경부장관이 고시한 간이측정방법에 따라 측정하여 제1항의 규정에 의한 기준을 위반한 것으로 인정되는 제조자등에 대하여 환경부령이 정하는 바에 따라 기간을 정하여 환경부령이 정하는 전문기관으로부터 제품의 포장방법 및 포장재의 재질에 관한 검사를 받도록 명할 수 있다.

④ 환경부장관은 제조자등에 대하여 환경부령이 정하는 바에 따라 포장방법 및 포장재의 재질을 포장의 겉면에 표시하도록 권장하여야 한다.

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제10조(1회용품의 사용 억제 등) ① 대통령령이 정하는 음식점·목욕장·백화점 그 밖의 업종을 경영하는 사업자는 대통령령이 정하는 바에 따라 1회용품의 사용을 억제하고 무상으로 제공하지 아니하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 백화점 등을 경영하는 사업자는 대통령령이 정하는 바에 따라 재활용제품의 교환·판매장소를 설치·운영하여야 한다.

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제12조(폐기물부담금) ① 환경부장관은 폐기물의 발생을 억제하고 자원의 낭비를 막기 위하여 대기환경보전법 제2조의 규정에 의한 특정대기유해물질, 수질환경보전법 제2조의 규정에 의한 특정수질유해물질 또는 유해화학물질관리법 제2조의 규정에 의한 유독물을 함유하고 있거나, 재활용이 어렵고 폐기물 관리상의 문제를 초래할 가능성이 있는 제품·재료·용기(제16조의 규정에 의한 제품 및 포장재를 제외한다) 중 대통령령이 정하는 제품·재료·용기의 제조업자 또는 수입업자로 하여금 그 폐기물의 처리에 드는 비용을 매년 납부하게 할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 제조업자 또는 수입업자가 납부하여야 하는 비용(이하 “폐기물부담금”이라 한다)의 산출기준·납부시기·납부절차 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 환경부장관은 폐기물부담금을 납부하여야 하는 자가 납부기한 이내에 납부하지 아니하는 때에는 30일 이상의 기간을 정하여 이를 독촉하여야 한다. 이 경우 체납된 폐기물부담금에 대하여는 100분의 5에 상당하는 가산금을 부과한다.

④ 제3항의 규정에 의하여 독촉을 받은 자가 그 기간 이내에 폐기물부담금 또는 가산금을 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

⑤ 폐기물부담금 및 제3항의 규정에 의한 가산금은 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계의 세입으로 한다.

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제16조

(제조업자 등의 재활용 의무) ① 생산·유통단계에서 재질·구조 또는 회수체계의 개선 등을 통하여 회수·재활용을 촉진할 수 있거나 사용 후 발생하는 폐기물의 양이 많은 제품·포장재 중 대통령령이 정하는 제품·포장재의 제조업자 또는 수입업자(포장재의 경우 포장재를 이용한 제품의 판매업자를 포함하되, 대통령령이 정하는 업종 및 규모의 사업장을 운영하는 자에 한한다. 이하 “재활용의무생산자”라 한다)는 그 제품·포장재의 폐기물을 재활용(폐기물관리법 제44조의2의 규정에 의한 폐기물재활용신고자 또는 대통령령이 정하는 자에게 위탁하여 재활용하는 경우를 포함한다)하거나 제27조의 규정에 의한 재활용사업공제조합에 분담금을 납부하여야 한다.

② 재활용의무생산자 또는 재활용사업공제조합이 제1항의 규정에 의하여 위탁하여 재활용하는 경우에는 중소기업의사업영역보호및기업간협력증진에관한법률에 의하여 보호되는 중소기업의 사업영역을 침해하지 아니하도록 하는 등 대통령령이 정하는 바에 따라 재활용을 위탁받는 자의 권익이 최대한 보호되도록 계약을 체결하고, 계약당사자는 성실하게 계약을 이행하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 재활용의무생산자 및 그로부터 재활용을 위탁받은 자는 환경부령이 정하는 제품·포장재별 재활용의 방법 및 기준에 따라 재활용하여야 한다.

자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것) 제19조(재활용부과금의 징수 등) ① 환경부장관은 재활용의무생산자가 제16조의 규정에 의한 의무를 이행하지 아니하거나 제27조의 규정에 의한 재활용사업공제조합이 조합원의 재활용의무를 대행하지 아니하는 경우에는 재활용의무량 중 재활용되지 아니한 폐기물의 재활용에 드는 비용에 그 100분의 30 이하에 상당하는 금액을 더한 금액(이하 “재활용부과금”이라 한다)을 재활용의무생산자 또는 재활용사업공제조합으로부터 징수할 수 있다.

② 재활용부과금의 산출기준이 되는 폐기물의 재활용에 드는 비용과 그 납부시기·절차 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 환경부장관은 제1항의 규정에 의하여 재활용부과금을 납부하여야 하는 자가 납부기한 이내에 납부하지 아니하는 때에는 30일 이상의 기간을 정하여 이를 독촉하여야 한다. 이 경우 체납된 재활용부과금에 대하여는 100분의 5에 상당하는 가산금을 부과한다.

④ 제3항의 규정에 의하여 독촉을 받은 자가 그 기간 이내에 재활용부과금 또는 가산금을 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

⑤ 재활용부과금 및 제3항의 규정에 의한 가산금은 환경개선특별회계법에 의한 환경개선특별회계의 세입으로 한다.

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○ (대표이사 박○육) 외 3인

대리인 법무법인 신촌

담당변호사 김문희

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 폴리에틸렌, 폴리스티렌 등 합성수지를 원료로 하여 라면용기 등 식품포장용기를 제조·판매하는 회사이다.

청구인들은 자원의절약과재활용촉진에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6653호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제9조 제1항 제2호, 자원의절약과재활용촉진에관한법률시행령(2002. 12. 18. 대통령령 제17808호로 전문개정된 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제7조 제3항 제4호 및 제품의포장재질·포장방법에관한기준등에관한규칙(2003. 4. 3. 환경부령 제137호로 전문개정된 것, 이하 ‘규칙’이라고 한다) 제8조 제1항, [별표 3] 1.라. 등이 합성수지로 만든 라면용기의 사용량을 규제함으로써 청구인들의 직업선택의 자유 및 평등권을 침해한다는 이유로 그 위헌확인을 구하는 이 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

심판대상조항은 ① 법 제9조 제1항 제2호 ② 시행령 제7조 제3항 제4호 ③ 규칙 제8조 제1항, [별표3] 1.라.(이하 이 조항들을 ‘이 사건 법규들’이라 한다)이고 그 내용 및 관련법규의 내용은 다음과 같다.

법 제9조(포장폐기물의 발생억제) ① 대통령이 정하는 제품을 제조·수입 또는 판매하는 자(이하 “제조자등”이라 한다)는 포장폐기물의 발생을 억제하고 재활용을 촉진하기 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 사항을 지켜야 한다.

1. 포장재질·포장방법(포장공간비율 및 포장횟수를 말한다. 이하 같다)에 관한 기준

2. 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준

② 제1항의 규정에 의한 제품의 포장재질·포장방법에 관한 기준 및 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 목표 등 구체적인 사항은 환경부장관이 주무부장관과 협의하여 환경부령으로 정한다.

③, ④ 생략

시행령 제7조(포장의 재질·방법 등에 관한 기준 준수 대상제품) ①, ②

생략

③ 법 제9조 제1항 제2호의 규정에 의한 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 기준을 지켜야 하는 제품은 다음 각 호와 같다.

1. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률시행령 제14조의 규정에 의한 신고대상 닭사육시설에서 생산되는 계란
2. 농수산물유통및가격안정에관한법률 제2조의 규정에 의한 농수산물도매시장, 농수산물공판장, 민영농수산물도매시장, 농수산물종합유통센터를 통하여 거래되는 사과·배
3. 매장면적 165제곱미터 이상의 판매업소에서 판매되는 청과부류·축산부류·수산부류
4. 식품위생법시행령 제7조의 규정에 의한 식품제조·가공업소에서 제조·가공하는 면류
5. 전기용품안전관리법시행규칙 제3조의 규정에 의한 안전인증대상전기용품 중 전기기기류, 오디오·비디오응용기기, 정보사무기기

규칙 제8조(합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준) ① 영 제7조 제3항의 규정에 의한 제품의 제조자등이 지켜야 하는 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기에 관한 기준은 별표 3과 같다.

[별표 3] 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 기준(제8조 제1항 관련)

1. 영 제7조 제3항 제1호 내지 제4호의 규정에 해당하는 제품

제 품 의 종 류	대 상 포장재	연차별 줄이기 기준		
		2003년·2004년	2005년·2006년	2007년 이후
가. 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률시행령 제14조의 규정에 의한 신고대상 닭사육시설에서 생산되는 계란	난 좌	60%이상	70%이상	80%이상
	팩	35%이상	40%이상	45%이상
나. 농수산물유통및가격안정에관한법률 제2조의 규정에 의한 농수산물도매시장, 농수산물공판장,	받침접시	15%이상	20%이상	25%이상

제 품 의 종 류	대 상 포장재	연차별 줄이기 기준		
		2003년· 2004년	2005년· 2006년	2007년 이후
민영농수산물도매시장, 농수산물 종합유통센터를 통하여 거래되는 사과·배				
다. 매장면적 165㎡ 이상의 판매업소 에서 판매되는 청과부류·축산부 류·수산부류	받침접시	10%이상	20%이상	25%이상
<u>라. 식품위생법시행령 제7조의 규정 에 의한 식품제조·가공업소에서 제조·가공하는 면류</u>	용 기	20%이상	30%이상	35%이상

비 고 : 1. 연차별 줄이기 기준은 합성수지재질외의 재질로 된 포장재를 사용한 제
품비율과 합성수지재질로 된 포장재의 사용량을 줄인 비율을 합한 것으
로 한다.

2. 합성수지재질외의 재질로 된 포장재를 사용한 제품비율은 당해연도에
제조·수입·판매한 제품수량 중 합성수지재질외의 재질로 된 포장재
를 사용한 제품의 수가 차지하는 비율로 산정한다.
3. 합성수지재질로 된 포장재의 사용량을 줄인 비율은 당해연도에 제조·
수입·판매한 제품수량을 기준으로 동일 수량의 제품에 사용된 전년도
합성수지재질 포장재 사용량 대비 당해연도 합성수지재질 포장재 사용
량의 감소율로 산정 한다. 다만, 직접 회수하여 재사용한 양은 당해연
도 합성수지재질 포장재 사용량에서 제외한다.

2. 청구인들의 주장요지 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인들의 주장요지

합성수지용기는 이를 수거하면 재활용이 가능한 유용한 자원임에도 불구하고 이 사건 법규들은, 그 수거율을 높여 쓰레기를 줄이면서 이를 재활용하려
는데 중점을 두지 아니하고 그 사용 자체를 못하게 함으로써 오히려 폐기물
이 늘어나게 하고 있다. 부담금을 부과하는 등의 방법으로도 폐기물의 회수율
을 높이는 목적을 능히 달성할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법규들은 일정

한 비율로 사용 자체를 금지함으로써 입법목적은 달성하려고 하는데 이것은 과잉금지원칙의 하나인 법익침해 최소성의 원칙에 위배되어 직업선택의 자유를 침해한다.

포장재로서 종이, 알루미늄, 유리, 캔 등 다양한 재질이 사용되고 있는데 이 사건 법규들은 그 중 합성수지 재질의 포장재만 유독 사용 자체를 규제하고 있고 또한 합성수지재질 포장재 중에서도 경포장재인 컵라면용기 등에 대해서만 유독 규제를 가하는 것으로 그 차별에 합리적인 이유가 없으므로 평등의 원칙에 위배된다.

이 사건 법규들은 “대통령령이 정하는 제품”이라고만 규정하고 있을 뿐 그 제품이 어떠한 내용의 것인지에 관하여 아무런 기준이 제시되어 있지 아니하고 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기의 양에 대한 상한조차 제시하지 아니하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙에 위배된다.

나. 관계기관의 의견요지 : [별지 1]과 같다.

3. 합성수지제품에 대한 규제의 필요성 및 외국의 규제례

가. 합성수지제품에 대한 규제의 필요성

기록에 나타난 자료에 의하면 다음과 같은 사실 등을 인정할 수 있다.

(1) 합성수지의 사용은 지속적으로 증가하는 추세에 있는데 우리나라의 경우 2001년도에 약 500만톤의 합성수지를 사용하여 1인당 연간 합성수지 소비량이 106kg으로 세계 7위의 다소비 국가에 해당한다. 또한 컵라면 용기의 재질인 폴리스티렌페이퍼(PSP)는 2001년도에 총 11,871톤이 생산되어 컵라면 용기로 7,000여톤, 과일 및 농·축·수산부류 반침접시 및 1회용품(도시락류) 등으로 5,000여톤이 각 사용되었다.

(2) 합성수지 포장재는 당해연도 사용량의 약 70%가 1년 이내에 폐기물로 배출되고 특히 합성수지로 된 생활용품은 대부분이 당해연도에 전량 배출되어 연간 220-250만톤의 합성수지 폐기물이 발생된다.

(3) 그리고 합성수지 포장폐기물은 대부분 매립처리(쓰레기매립률 76.2%) 되는데 성질상 아직은 난분해성이고 부피가 커서 매립에는 많은 땅이 필요하고 토질의 안정화를 저해하여 매립지 건설 및 유지에 비용이 많이 든다.

(4) 특히 소각처리시에는 다이옥신 등 유해물질을 발생시켜 환경오염을 유발하므로 주민들의 심한 반대로 소각장 건설이 어렵다.

(5) 합성수지 재질은 재활용면에서 경제성이 없어 부득이 자치단체가 재활용을 위한 수집·운반을 맡고 있는데 생활쓰레기 1톤을 수집·운반·처리하

는 데 약 10-15만 원의 비용이 드는 데 비하여 같은 양의 컵라면 용기인 폴리스티렌페이퍼(PSP) 포장폐기물을 재활용하기 위하여 수거·운반하는 데에는 그 8-11배인 114만 원의 비용이 든다. 이에 따라 PSP 포장폐기물 1톤의 재활용에 따른 재생가치는 총 재활용비용[수집·재활용비용 1,489,000원/톤(수거·운반비 1,140,000원/톤, 매입비 214,000원/톤, 운반·처리비용 135,000원/톤)]의 30%에 불과한 톤당 452,000원으로 나타나 컵라면 용기의 재활용은 그 비용에 비하여 재활용으로 얻을 수 있는 효과가 매우 미미하다.

(6) 그리고 우리나라의 생산자책임재활용제도는 수거·운반은 지방자치단체가 하고 생산자는 이를 재활용하는 체계이므로 총 재활용비용의 76.5%(1,140,000원/톤)는 자치단체가 부담하고 생산자는 23.5%(349,000원/톤)만을 부담한다.

(7) 그리하여 폐기물의 수집·제거에 비용이 많이 들고, 환경을 크게 오염시키며 재활용가치가 미미한 합성수지재질의 포장용기를 친환경적 재질로의 대체를 유도하기 위하여 ‘합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기 정책’이 나왔다.

나. 외국의 합성수지 재질의 제품에 대한 규제례 : [별지 2]와 같다.

4. 직업선택의 자유 침해 여부

가. 이 사건 법률에서는 합성수지재질의 포장재에 대한 기본적인 제한을 규정하고, 시행령에서는 그 규제대상 제품을 구체적으로 규정하며, 규칙에서는 구체적인 연도별 줄이기 기준을 설정하고 있는데 이들은 서로 결합하여, 합성수지재질로 된 면류 용기의 사용을 연차적으로 줄여나간다는 하나의 효과발생에 연계되어 있으므로 그 위헌 여부를 판단함에 있어서 이들 규정을 하나로 묶어 함께 검토한다.

이 사건 법규들이 면류의 용기로 사용되는 합성수지의 연차별감량을 규정함으로 말미암아 합성수지재질 라면용기나 그 원단의 제조·판매업에 종사하는 청구인들의 시장 규모가 점차 축소되어 청구인들의 직업수행의 자유가 제한되고 나아가 중국에는 그 영업 자체를 할 수 없게되는 결과를 초래할 우려도 있어서 직업선택의 자유가 제한받게 된다고 청구인들은 주장한다.

나. 우선 이 사건 법규들은 식품제조·가공업소에서 제조·가공하는 면류의 포장용기로 사용되는 합성수지재질의 용기 중 일정비율을 연차적으로 줄여 친환경재질의 것으로 대체하도록 함으로써 합성수지 포장폐기물의 매립·소각에 따른 환경오염을 줄여서 쾌적한 환경속에서 생활할 국민의 권리를 확

보하고 공공복리를 증진시키는 것을 목적으로 하므로 그 목적의 정당성을 인정할 수 있고 나아가 이러한 내용의 규제는 그와 같은 목표의 달성에 적합한 수단이 되므로 그 수단의 적절성 또한 인정된다.

다. 청구인들은 합성수지재질로 된 포장용기는 이를 수거하면 재활용이 가능한 유용한 자원이므로 합성수지재질로 된 포장재의 사용 자체를 줄이는 것 보다는 이를 수거하여 재활용하도록 촉진하는 시책, 예컨대 부담금을 부과하는 등의 방법이, 포장폐기물의 발생을 더 억제하여 환경보호에 더 기여할 수 있다고 주장한다.

그러나 앞에서 본 합성수지제품의 사용실태와 폐기물처리의 문제점에 비추어 볼 때 합성수지재질의 면류용기는 재활용이 어렵고 그 수거와 재활용을 위한 처리에 비용이 많이 들어 결국 현재의 수준으로는 그 재활용가치가 미미하다고 인정되므로 비록 청구인들 주장의 재활용부담금의 부과 기타 이와 유사한 다른 방안들을 채택한다고 하여도 이러한 실정하에서는 이 대체용 방안들이 이 사건 법규들이 채택하고 있는 소위 연차적 감량시책에 비하여 보다 적은 비용으로 대등한 또는 우월한 효과를 거둘 수 있다고 볼 아무런 자료가 없어 위 주장은 이유 없다.

라. 이 사건 법규들로 말미암아 청구인들이 제조하는 면류의 용기 판매량이 줄어드는 불이익을 청구인들이 입지만 이에 비하여 합성수지 폐기물이 감량됨으로써 환경오염이 개선되는 공익이 훨씬 더 크고 중요하다고 보아야 한다.

마. 그렇다면 이 사건 법규들은 기본권제한에 있어서 준수되어야 할 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위배되지 않고 따라서 직업선택의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

5. 평등원칙 위배 여부

① 합성수지재질의 포장재는 썩지 않고 부피가 커서 매립시 많은 공간이 필요하다는 점에서 종이·유리·캔 등과 다르고 ② 매립이나 소각에 있어서 합성수지재질 중의 경포장재(병, 접시, 사발 등 어떤 모양의 형태를 갖춘 포장재)는 같은 재질의 연포장재(의류, 약품류, 문구류, 스넥, 과자, 화장품류 등을 포장하는 필름류의 포장재)에 비하여 비용이 많이 드는 점에서 이들과도 다르고 ③ 경포장재 중에서도 합성수지재질의 면류용기는 생활·소비용품 포장재로서 우리나라의 쓰레기 수거 및 처리체계에 비추어 이를 수거하여도 재활용이 어렵고 비용이 많이 드는데다가 종이 등과 같은 보다 환경친화적인 재질의 대체용기가 개발되어 대체가 점차 가능하다는 점에서 다른 경포장재들

과 다른 점이 있다.

이러한 여러 가지 점에서 합성수지 재질의 면류용기는 종이나 유리 또는 캔 등의 용기 및 다른 경포장재 등과 다른 점이 있기 때문에 그 폐기물의 재활용보다는 사용량 자체의 감량 쪽으로 시책을 정하여 이들과 다른 취급을 하는 것은 합리적인 이유가 있는 것이고 따라서 평등의 원칙에 어긋나지 않는다.

또한 청구인들은 라면용기, 도시락용기 등 합성수지 포장용기에 대한 전과정환경영향평가(LCA) 등에 관한 자료를 제출하면서 위 LCA에 의하면 종이 재질의 포장용기가 합성수지재질의 포장용기에 비하여 환경에 미치는 영향이 더 크게 나타남에도 불구하고 이 사건 법규들이 합성수지 재질의 포장용기에 대하여 더 엄격히 규제하는 것은 평등원칙에 어긋난다고 주장한다. 그러나 이 자료들은 원료의 취득과 제품의 생산과정에서 발생하는 환경에 대한 영향을 평가한 것이고 제품의 사용, 수거, 폐기, 소각 및 재활용과정에서의 환경에 대한 영향의 평가는 제외되어 있는데, 합성수지재질의 용기는 그 생산·제조 과정에서보다 수거·폐기·소각 및 재활용 과정에서 발생하는 환경오염이 더 문제가 되는 것이므로 이처럼 수거·폐기·소각 및 재활용 과정에서 발생하는 환경영향의 평가가 제외된 자료만으로는 청구인들의 주장을 인정하기 어렵다. 또한 위 자료에 의하여 종이컵이 라면용기 등에 비하여 환경에 더 나쁜 영향을 끼치는 점이 가사 인정된다고 하더라도, 합성수지재질의 면류용기 등이 환경에 유해하지 않다는 점이 이 자료가 밝히지 않고 있는 이상, 이것은 종이컵에 대한 더 엄격한 규제를 정당화할 자료는 될지언정 합성수지 재질의 면류용기 등에 대한 규제가 위헌이라는 것을 뒷받침할 자료는 되지 못한다(현행법은 종이컵 자체도 일회용품으로 분류하여 그 사용 자체를 엄격히 규제하고 있다. 자원의절약과재활용촉진에관한법률시행규칙 제4조 별표 2 참조).

따라서 이 사건 법규들이 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

6. 포괄위임입법금지 위배 여부

이 사건 법규들은 “대통령령이 정하는 제품”이라고만 규정하고 있을 뿐 그 제품이 어떠한 내용의 것인지에 관하여 아무런 기준을 제시하지 아니하고 합성수지재질로 된 포장재의 연차별 줄이기의 양에 대한 상한조차 제시하지 아니하고 있으므로 포괄위임금지원칙에 위배된다고 청구인들은 주장한다.

그러나 위임조항 자체에 어떤 기준이나 범위가 설정되어 있지 않다고 하더

라도 법 전체의 체계와 내용에 비추어 관계자들이 그 대강의 기준과 범위를 합리적으로 인식할 수 있는 경우에는 이를 포괄위임이라고 할 수는 없다.

그런데 이 사건에서 보면 법은 자원의 재활용을 촉진하여 폐기물을 적정하게 처리하고 자원을 효율적으로 이용하도록 함으로써 환경의 보전과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었고(법 제1조) 법 제2장은 ‘자원의 절약과 폐기물의 발생억제’에 대하여 규율하고 있고 법 제3장은 ‘폐기물 재활용의 촉진’을 규정하고 있어 법의 전체적인 규율목표와 방향은 폐기물의 발생억제와 재활용의 촉진을 통하여 자원을 절약하고 궁극적으로 국민 전체의 쾌적한 생활환경을 보전하는데 있음을 알 수 있다. 그에 따라 법은 ① 재활용이 불가능하거나 과도한 환경부담을 야기하는 포장재 등은 그 수거체제나 처리시설 등을 감안하여 그 사용을 억제하는 방법으로 이를 규제하고(법 제9조, 제10조), ② 유해물질 또는 유독물을 함유하고 있거나, 재활용이 어렵고 폐기물관리상의 문제를 초래할 가능성이 있는 제품·재료·용기 등의 경우에는 그 제조업자 또는 수입업자로 하여금 그 폐기물 처리에 드는 비용을 매년 납부하도록 하여 이를 규제하고(법 제12조), ③ 그 밖에 생산·유통단계에서 재질·구조 또는 회수체계의 개선 등을 통하여 회수·재활용을 촉진할 수 있거나 사용 후 발생하는 폐기물의 양이 많은 제품·포장재의 경우에는 그 제품·포장재의 제조업자 또는 수입업자에게 재활용의무를 부담시키거나 재활용사업공제조합에 일정한 분담금을 납부하도록 하여 이를 규제하고(법 제16조), ④ 재활용의무 등을 이행하지 아니한 자에게는 재활용의무량 중 재활용되지 아니한 폐기물의 재활용에 드는 비용에 그 100분의 30 이하에 상당하는 금액을 더한 금액의 재활용부과금을 징수하여 규제하는(법 제19조) 등 여러 방법을 규정하고 있음이 드러난다.

이러한 법의 목적과 규제체계에 비추어 볼 때 포장폐기물 자체의 발생억제를 위하여, 법 제9조 제1항의 위임에 의하여 대통령령으로 정할 ‘합성수지재질로 된 포장재를 사용하는 제품’이라는 것은, 제품의 특성상 재활용이 불가능하거나 재활용기술의 수준에 비추어 그 재활용에 경제성이 없거나 용기의 수·크기·용량이나 사용방법 및 폐기물의 수거율과 수거비용 등에 비추어 재활용에 경제성이 없으면서 폐기물 처리비용이나 처리시설 등을 감안할 때 환경부하가 상당하여 불가피하게 그 발생자체를 억제할 수밖에 없는 것이 그에 해당할 것이고 따라서 이러한 내용이 그 제품의 범위를 정할 대강의 기준이 될 것임을 관계자들이 어렵지 않게 예측할 수 있다.

또한 이러한 제품의 구체적인 범위는 법률에서 이를 직접 규정하는 것보다는 위에서 본 바와 같은 기준하에서 제품과 포장재에 대한 진전된 과학적 연구의 성과, 폐기물처리체계의 효율성, 폐기물처리시설의 용량, 폐기물의 수거율과 수거비용, 재활용기술의 수준과 비용, 대체용기의 개발과 보급상황 등을 행정부에서 종합적으로 검토하여 대통령령으로 이를 정하는 것이 더 합리적이다.

나아가 구체적인 연차별 줄이기의 기준과 같은 세부의 실행목표는 시장의 상황변화를 감안하여 환경부장관이 주무부처와 협의하여 적절한 수준으로 시기에 맞게 이를 결정하는 것이 또한 합리적이다.

그렇다면 이 사건 법규의 위임조항들은 포괄위임금지의 원칙에 어긋난다고 볼 수 없다.

7. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법규들은 헌법에 위반되지 아니하므로 청구인들의 심판청구를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별지 1]

관계기관의 의견

나. 환경부장관의 의견

합성수지재질 컵라면 용기 중 일정비율을 연차적으로 친환경재질로 대체하도록 하는 원천적 발생억제 정책은 합성수지 포장폐기물의 매립·소각에 따른 환경영향을 사전예방하고, 국민 모두가 쾌적한 환경속에서 생활할 권리를 확보하고 공공복리를 증진시키고자 하는 것으로, 규제범위 한도 내에서 합성수지재질 컵라면 용기와 종이재질 컵라면 용기를 선택적으로 사용하여 영업행위가 가능하도록 하여 기본권의 제한이 최소한도에 그치도록 하고 있고, 환경공익과 기본권 제한간에 균형이 이루어져 있는 것이므로 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

법에서 연차별 줄이기 기준을 지켜야 하는 제품을 구체적으로 열거하지 않은 것은 세부대상 제품 등이 산업발전에 따라 변화할 수 있어 이를 일일이 법률에 열거하지 않았던 것이므로 포괄위임입법금지원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

합성수지재질로 된 포장재에 대한 규제는 산업용에 대하여 규제하지 않으며 생활용품에 대하여만 규제하고 있으며, 포장재의 재질, 제품의 유통 특성, 규제대상 사업장의 규모, 재질대체가능성 등을 종합적으로 고려하여 각각의 포장재에 대하여 동일한 규제를 실시하여 품목간 평등의 원칙을 지키고 있다. 포장재로 사용되는 컵라면(면류) 용기에 대하여 2003년도 20% 이상, 사과·배 받침접시는 15% 이상, 농·축·수산부류 받침접시는 10% 이상의 연차별 줄이기 기준을 적용하는 등 동일 재질의 포장재에 대하여 제품 특성 등을 고려한 일정한 규제수단을 적용하고 있다. 제품 및 포장재의 종류별로 특성을 고려하여 동일제품의 포장재를 사용하는 모든 사업자에게 동일한 기준을 적용하고 있는 점으로 볼 때, 폴리스티렌페이퍼(PSP) 포장재에 대한 규제는 평등의 원칙이 지켜지고 있다.

[별지 2]

나. 외국의 합성수지 재질의 제품에 대한 규제례

(1) 미국 캘리포니아 주법에 의하면 모든 음식물에 대한 포장용기로 폴리스티렌 제품을 사용하는 것을 원칙적으로 금지하고 있고 다만 예외적으로 그에 대체할 만한 용기가 없고 그 사용금지가 가혹한 부담을 야기하는 경우에만 사용을 허용하고 있고(California Berkeley 시조례 section 11.60.030, 11.60.070 참조), 메인 주법에서도 원칙적으로 모든 음식물에 대한 포장용기로 폴리스티렌 제품을 사용하지 못하도록 규정하고 있고 다만 재활용이 가능한 경우에만 예외적으로 사용을 허용하고 있다[Main Law Title 38 ; Water and Navigation §1652 ; 1993, C. 323, §1 (amd) 참조].

(2) 독일의 경우 폐기물정책의 우선순위를 감량(발생억제), 재활용, 처리의 순으로 규정하고 있고 폐기물의경제적재활용의촉진및환경친화적처리보장을 위한법률(Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen ; KrW-/AbfG, 1994)에서는 원천적 감량과 EPR(Extended Producer Responsibility)원칙을 국가차원의 정

책으로 선언하여 규제하고 있다. EPR원칙이란 제품생산자나 포장재를 이용한 제품의 생산자에게 그 제품이나 포장재의 폐기물에 대하여 일정량의 재활용의무를 부여하여 재활용하게 하고 이를 이행하지 않을 경우 재활용에 소요되는 비용 이상의 재활용부과금을 생산자에게 부과하는 제도를 말한다. 같은 법 제22조 내지 제26조에서 생산물책임 등에 관하여 규율하고 있는데 같은 법 제22조 제1항에 의하면 생산물을 제작, 제조, 가공, 소비 및 판매하는 자는 경제적 재활용의 목적을 달성하기 위한 책임을 부담하고 생산물책임을 이행하기 위하여 생산물은 그 제조 및 사용시에 가능한 한 폐기물의 발생을 억제할 수 있고 사용 후 생긴 폐기물의 환경친화적 이용과 처리를 보장할 수 있는 형태로 만들어져야 한다고 규정하고 있다. 즉, 사용 자체를 자제하거나 제한하는 것에서 나아가 원천적으로 제조, 생산단계에서부터 규제하고 있음을 볼 수 있다.

(3) 일본의 플라스틱 등 제품에 대한 규율은 순환형사회형성추진기본법(2000년)에 따라 재활용에 관한 자원유효허용촉진법과 폐기물촉진법으로 대별하여 규율하고 있는데 동법 제4조와 제5조에서는 사업자 및 소비자의 책무와 국가의 책무를 아울러 규정하고 있다. 즉, 사업자와 소비자는 반복해서 사용할 것이 가능한 용기포장의 사용, 용기포장의 과도한 사용의 억제 등 용기포장 사용의 합리화에 따라 용기포장폐기물의 배출을 억제하도록 노력함과 동시에 분리기준적합물의 재상품화를 해서 얻어진 물건 또는 이를 사용한 물건의 사용 등에 따라 용기포장폐기물의 분리수집, 분리기준적합물의 재상품화 등을 촉진하도록 노력하여야 하고(제4조) 국가는 용기포장폐기물의 분리수집, 분리수집적합물의 재상품화 등을 촉진하기 위하여 필요한 자금을 확보하는 등을 비롯한 그 밖의 조치를 강구하도록 노력하여야 한다(제5조)라고 규정하고 있다.

대기환경보전법시행규칙 제8조 제1호 등 위헌확인

(2005. 2. 3. 2003헌마544·603(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 휘발유에 첨가하는 물질인 엘피파워와 세녹스의 제조자인 청구인들의 어떠한 기본권을 제한하는지에 대한 주장이 없는 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호에 대한 청구가 적법한지 여부(소극)

2. 대기환경보전법시행규칙 제8조 제1호 본문 중 “1% 미만” 부분(이하 ‘비율조항’이라 한다)이 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인들의 영업의 자유를 침해하는지 여부(소극)

3. 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것 및 이러한 제한규정을 신설하면서 경과규정을 두지 아니한 것이 청구인들의 신뢰에 반하여 청구인들의 영업의 자유를 침해하는 것인지 여부(소극)

4. 대기환경보전법시행규칙 별표 30 제2호 라목 본문 중 “제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다.”는 부분(이하 ‘용기조항’이라 한다)이 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

5. 이 비율조항 및 용기조항(이하 ‘이 사건 조항들’이라 한다)이 청구인들과 같은 첨가제 제조업자를 석유정제업자 또는 석유수출입업자와 달리 취급하고 있다는 점에서 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

6. 이 비율조항이 청구인들의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

7. 이 사건 조항들이 모법의 위임범위를 일탈하여 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보의 원칙 및 헌법 제95조에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 청구인들은 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호에 대하여 이

와 같은 규정을 제정하도록 위임한 근거가 분명하지 않다는 주장 및 엘피파워와 세녹스(‘이 사건 제품들’이라 한다)가 석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품에 해당하지 아니한다는 주장만 하고 있을 뿐 이 사건 규칙 제8조 제2호에 의해 청구인들의 어떠한 기본권이 제한되고 있는지에 대해 주장하고 있지 아니하다. 먼저 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호의 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호에서는 첨가제의 구체적 정의를 환경부령에 위임하고 있음이 명백하므로 위임의 근거가 분명하지 않다는 주장은 이유없고, 직권으로 살펴봐도 석유사업법에 의하여 이미 제조 등이 금지되는 유사석유제품을 대기환경보전법상의 첨가제에서 제외한다고 하여 이러한 규정이 대기환경보전법상 첨가제라는 명목으로 판매되고 있는 이 사건 제품들의 제조자인 청구인들의 어떠한 기본권을 제한한다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 규칙 제8조 제2호에 대한 이 사건 심판청구는 특정 기본권과의 관련을 확인할 수 있을 정도로 구체적인 주장이 나타나 있지 아니할 뿐만 아니라 직권으로 살펴봐도 기본권 관련성이 인정되지 않으므로 부적법하다.

2. 이 비율조항의 입법목적은 법률이 단순히 “소량”이라고 한 것을, 첨가제 본연의 사용량에 부합하는 정도로, 규칙에서 명확히 규정하여 유사연료가 대기환경보전법상의 첨가제로 유통되는 것을 방지하고자 한 것이므로 그 입법목적은 정당하다. 또한 첨가제 본래의 사용 목적에 비추어 볼 때 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것은 그 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법일 뿐만 아니라 이렇게 첨가비율을 제한하는 방법 이외에 달리 위와 같은 입법 목적을 달성할 수 있는 적절한 다른 수단을 찾기 어려우므로 피해최소성의 원칙도 충족시킨다. 마지막으로 이 비율조항으로 말미암아 청구인들이 입는 불이익은 이 사건 제품들의 판매량이 감소되어 영업에 곤란을 겪게 된다는 것인 반면, 이 비율조항의 시행으로 얻을 수 있는 공익은 이 사건 제품들이 사실상 휘발유를 대체하는 연료로 사용되면서도 명목상으로는 첨가제로 유통되어 연료 내지 유사휘발유에 가해지는 각종 규제를 회피하는 것을 방지함으로써 휘발유에 부과되는 각종 조세를 탈세하는 것을 방지할 수 있고 유해 가스의 배출을 억제하여 국민의 건강과 환경을 보호할 수 있다는 것이므로 이러한

공익은 청구인들이 입는 불이익보다 훨씬 크다고 할 것이어서 법익의 균형성도 갖추었다.

3. 청구인들은 대기환경보전법상 첨가제의 첨가량이 “소량”으로만 규정되어 있고 첨가비율에 대한 제한이 없는 상태에서 이 사건 제품들에 대하여 그 첨가비율을 40%로 하여 대기환경보전법상의 첨가제로 적합판정을 받았으므로 이 사건 제품들을 첨가비율을 40%로 하는 첨가제로 제조·판매할 수 있을 것이라고 신뢰하고 이 사건 제품들을 제조·판매하기 위한 시설 투자 등을 했다고 보인다. 그러나 한편 청구인들이 이 사건 제품들을 선전한 행태, 이 사건 제품들의 실제 유통상황 등을 고려해 보면 청구인들은 처음부터 이 사건 제품들을 첨가제가 아니라 휘발유를 대체하는 연료로 인식하고 있었던 것으로 보여지고 통상 기준 물질의 40%에 이르는 정도는 “소량”에 해당하지 않는다고 볼 수 있으므로 청구인들이 이 사건 제품들을 첨가비율을 40%로 하여 대기환경보전법상의 첨가제로 제조·판매할 수 있을 것이라고 신뢰한 데 대하여 헌법적으로 보호가치 있는 신뢰이익을 인정하기 어려운 반면, 이 비율조항에서 첨가제의 첨가비율을 제한함으로써 얻게 되는 공익은 위에서 본 바와 같이 매우 크고 중대한 것이라 할 것이므로 이 비율조항은 청구인들의 신뢰에 반하여 기본권제한의 합리적인 입법한계를 넘어 청구인들의 영업의 자유를 침해하고 있는 것으로 판단되지 아니한다.

4. 이 용기조항의 입법목적은 위 비율조항의 실효성을 담보함으로써 유사연료가 대기환경보전법상의 첨가제로 유통되는 것을 방지하고자 하는 것으로 그 입법목적은 정당하다. 다음으로 첨가제는 일반 주유소 등에서 소비자가 직접 구입하여 연료에 첨가하므로 첨가제의 공급용기의 크기를 일정 용량 이하로 제한하게 되면 소비자들이 첨가제를 대량으로 주입하여 이를 연료로 사용하는 것이 어느 정도 곤란하게 될 것이므로 이 용기조항에서 공급용기의 크기를 첨가제 본연의 사용량에 부합하는 정도로 법정하고 있는 것은 그 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 될 수 있다. 또한 이 사건 제품들을 제외한 현재 시중에 유통되고 있는 자동차용 휘발유의 첨가제는 대부분 위 새로운 기준에 적합한 소형 용기에 담겨져 판매되고 있는 현실을 고려할 때 첨가제 제조업자들의 피해를 최소화하면서도 소비

자로 하여금 첨가제의 첨가비율을 준수하게 할 수 있는 다른 적절한 수단을 생각하기 어려우므로 피해최소성의 원칙을 충족한다고 할 것이며 공급용기의 크기를 제한함으로써 청구인들이 받게 되는 불이익에 비해 이로써 얻게 되는 공익이 위에서 살펴본 바와 같이 현저히 크고 중대하다고 할 것이어서 법익의 균형성도 갖추었다.

5. 엠티비이(MTBE : Methyl Tertiary Butyl Ether, 메틸 t-부틸 에테르)는 정품휘발유의 제조과정에서 당연히 혼합되는 휘발유의 구성성분 내지는 그 제조원료 중 하나인 반면 이 사건 제품들은 완제품인 휘발유에 추가로 첨가된다는 점에서 두 물질 사이에는 본질적인 차이가 있고 이러한 차이로 인하여 엠티비이는 완제품인 휘발유에 이미 포함되어 있어 정품 휘발유에 부과되는 교통세 등의 각종 세금을 탈세할 가능성이 원천적으로 없고 유사휘발유로 사용되어 휘발유의 유통질서를 해할 가능성도 전혀 없기 때문에 위와 같은 차별을 둔 것이다. 따라서, 이 사건 조항들을 엠티비이에 적용하지 아니하는 것은 합리적인 이유있는 차별이라고 할 것이므로 이 사건 조항들에 의해 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

6. 이 비율조항으로 인해 이 사건 제품들의 첨가비율이 줄어들게 됨으로써 그 판매량이 감소될 것이 비록 예상되지만 이로써 초래되는 영업이익의 감소는 법개정으로 인한 기업활동의 사실적·법적 여건의 변화에 따른 것으로서 이로 인해 증감되는 영업이익은 장래의 불확실한 기대이익에 불과하여 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다. 또한 이 사건 제품들을 휘발유에 1% 미만으로 첨가하는 경우에는 그 효능이 나타나지 아니하여 소비자들이 이 사건 제품들을 매수하지 아니할 것이므로 사실상 청구인들이 이 사건 제품들을 제조·판매하는 영업을 포기해야 한다고 하더라도 청구인들의 기업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고 일정한 경제적 목표를 달성하기 위하여 취한 국가의 경제정책적 조치에 의하여 유발된 사경제의 행위가 아니라 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다. 그렇다면 이 사건 제품들의 판매부진으로 인해 청구인들이 이 사건 제품들을 제조·판매하는 영업을 포기함으로써 초래되는 재산적 손실은 헌법 제

23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

7. 대기환경보전법상 첨가제의 첨가비율로 법정한 “소량”의 의미는 대기환경보전법의 목적 및 일반적인 첨가제의 특성을 고려할 때 사실상 자동차의 연료로서 사용되거나 휘발유를 대체할 수 없는 정도의 범위로서 “휘발유의 전체 용량에 비해 극히 적은 분량”을 의미하는 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 “자동차용 연료에 부피기준으로 1% 미만”이라고 규정한 것은 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호의 “소량”의 의미를 지나치게 제한한 것이 아니므로 모법의 위임범위를 일탈하여 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다. 또한, 대기환경보전법 제2조 제12호는 첨가제의 첨가량을 “소량”으로만 규정하고 “첨가제라 함은 …… 환경부령으로 정하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있으므로 “소량”의 의미도 환경부령에 위임한 것으로 볼 수 있다. 이러한 위임에 따르면 이 사건 규칙 제8조는 첨가제의 의미를 그 첨가비율, 종류 등으로 구체화하고 있는데 그 중 이 비율조항은 첨가제의 첨가비율을 “자동차용 연료에 부피기준으로 1퍼센트 미만의 비율”로 정하고 있는 것이므로 이 비율조항의 내용은 모법의 위임범위를 벗어난 것이 아니라고 할 것이다. 한편, 일반적으로 제품의 제조시 지켜야 할 기준 가운데에는 필요한 경우 제품인 내용물을 담는 용기에 관한 것도 포함될 수 있으므로 첨가제 제조기준에서 첨가제를 담아 공급하는 용기의 크기에 관하여 규정한다고 하여 이를 가리켜 모법의 위임범위를 벗어난 것이라고 할 수 없는바 이 용기조항은 근거법령인 대기환경보전법 제41조 제1항으로부터 위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정한 것이 아니다.

【심판대상조문】

대기환경보전법시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것) 제8조(첨가제) 법 제2조 제12호의 규정에 의한 첨가제는 다음 각 호에 해당하는 물질로서 그 종류는 별표 6과 같다.

1. 자동차용연료에 부피기준으로 1퍼센트 미만의 비율로 첨가하는 물질. 다만, 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유 제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 물질의 경우에는 동 비율을 적용하지 아니한다.

2. 석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품에 해당하지 아니하는 물질
[별표 30] 자동차연료 및 첨가제 제조기준(제103조 관련)

1. 생략

2. 첨가제 제조기준

가.~다. 생략

라. 제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에, 경유용첨가제의 경우에는 2ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다. 다만, 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유 수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 첨가제의 경우에는 그러하지 아니하다.

【참조조문】

대기환경보전법(2002. 12. 26. 법률 제6826호로 일부 개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 대기오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고 대기환경을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 한다.

대기환경보전법(2002. 12. 26. 법률 제6826호로 일부 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1.~11. 생략

12. “첨가제”라 함은 탄소와 수소만으로 구성된 물질을 제외한 화학물질로서 자동차의 연료에 소량을 첨가함으로써 자동차의 성능을 향상시키거나 자동차 배출물질을 저감시키는 화학물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다.

대기환경보전법(2002. 12. 26. 법률 제6826호로 일부 개정된 것) 제41조(자동차연료 또는 첨가제의 규제) ① 자동차에 사용하는 연료 또는 첨가제를 제조(수입을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 기준에 적합하게 제조하여야 한다.

② 누구든지 제1항의 규정에 의하여 환경부령이 정하는 자동차 연료 또는 첨가제의 제조기준에 적합하지 아니하게 제조된 유류제품 등을 자동차 연료 또는 첨가제로 공급·판매하거나 사용하여서는 아니된다. 다만, 학교·연구기관 등 환경부령이 정하는 자가 시험·연구 목적으로 자동차 연료 또는 첨가제를 제조·공급하거나 사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 환경부장관은 연료 또는 첨가제로 인하여 환경상의 위해가 발생하거나 인체에 현저하게 유해한 물질이 배출된다고 인정하는 때에는 환경부령이 정하는 바에 의하여 연료 또는 첨가제의 제조·판매 또는 사용을 규제할 수 있다.

대기환경보전법(2002. 12. 26. 법률 제6826호로 일부 개정된 것) 제55조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~3. 생략

4. 제41조 제1항 또는 제2항 본문의 규정을 위반하여 자동차 연료 또는 첨가제를 제조하거나 공급·판매한 자

대기환경보전법시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것) 제103조(자동차연료 또는 첨가제의 제조기준 등) ① 법 제41조 제1항의 규정에 의한 자동차 연료 또는 첨가제의 제조기준은 별표 30과 같다.

②, ③ 생략

대기환경보전법시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것) 제104조(연료 또는 첨가제의 규제) ① 국립환경연구원장은 법 제41조 제3항의 규정에 의하여 자동차용 연료 또는 첨가제로 인하여 환경상의 위해가 발생하거나 인체에 현저하게 유해한 물질이 배출된다고 인정되는 경우에는 당해 연료 또는 첨가제의 사용제한, 다른 연료로의 대체 또는 제작자동차의 단위연료량에 대한 목표주행거리의 설정 등 필요한 조치를 할 수 있다.

② 삭제

석유사업법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 일부 개정된 것) 제26조(유사석유제품의 제조 등의 금지) 누구든지 석유제품에 다른 석유제품 또는 석유화학제품을 혼합(석유제품의 종류간 또는 등급이 다른 석유제품간 혼합하는 것을 포함한다)하거나 석유화학제품에 다른 석유화학제품을 혼합하는 등의 방법으로 제조된 것으로서 대통령령이 정하는 제품(이하 "유사석유제품"이라 한다)을 생산 또는 판매하거나, 판매목적인 유사석유제품임을 알고 이를 저장·운송 또는 보관하여서는 아니된다.

석유사업법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 일부 개정된 것) 제33조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~2. 생략

3. 제26조의 규정에 위반한 자

석유사업법시행령(2003. 6. 30. 대통령령 제18038호로 일부 개정된 것) 제30조(유사석유제품) 법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품은 조연체·첨가제 기타 명목의 여하를 불문하고 자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차와 동법시행령 제2조 각 호의 규정에 의한 기계 및 차량(휘발유 또는 경유를 연료로 사용하는 것에 한한다)의 연료로 사용되어 질 수 있는 것을 말한다. 다만, 다음 각 호의 에너지는 이를 유사석유제품으로 보지 아니한다.

1. 대체에너지개발및이용·보급촉진법 제2조의 규정에 의한 대체에너지

2. 기타 산업자원부장관이 에너지 이용효율의 향상을 위하여 이용보급을 확대할 필요가 있다고 인정하여 고시한 에너지

【참조판례】

2. 현재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1458-1459

3. 현재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 683

현재 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910

현재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 667-668

현재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 145

5. 현재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469, 477

헌재 2005. 2. 3. 2003헌마544·603(병합)

헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 785

헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 402-403

6. 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 44

7. 헌재 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 495

【당 사 자】

청 구 인 1. 주식회사 ○○(2003헌마544)

대표이사 음○복

대리인 법무법인 신촌

담당변호사 김문희 외 2인

2. 주식회사 □□(2003헌마603)

대표이사 성○숙

대리인 법무법인 김·신 앤드 유

담당변호사 정경식 외 7인

【주 문】

청구인들의 심판청구 중 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호에 대한 부분을 각하하고 나머지 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌마544 사건

청구인 주식회사 ○○는 자동차 연료용 휘발유에 첨가하는 물질인 엘피파워(LP-Power)를 제조·판매하는 회사이다.

환경부는 2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 대기환경보전법시행규칙을 개정하여 같은 규칙 제8조 제1호 본문에서 자동차 연료용 첨가제(이하 ‘첨가제’라고만 한다)의 첨가비율을 자동차용 연료의 부피기준으로 1% 미만으로 제한함과 아울러 같은 규칙 별표 30 제2호 라목 본문에서 첨가제를 담아 공급하는 용기의 크기를 휘발유용 첨가제의 경우 0.55ℓ 이하로 규정하였다.

청구인은 위 엘피파워에 대하여 국립환경연구원에서부터 최대첨가비율을 40%로 하여 대기환경보전법상 첨가제로 적합판정을 받아 이를 제조·판매하

여 오고 있는데 위와 같이 개정된 규정들로 인하여 엘피파워의 판매량이 급격히 줄어들게 되었다고 주장하면서 위 조항들은 청구인의 직업선택의 자유, 재산권, 평등권 등을 침해한다고 하여 2003. 8. 16. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였고 2003. 8. 28. 이 사건 청구취지에 “석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품에 해당하는 물질을 자동차 연료용 첨가제에서 제외하는 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호는 헌법에 위반된다.”는 내용을 추가하였다.

(2) 2003헌마603 사건

청구인 주식회사 □□는 자동차 연료용 휘발유에 첨가하는 물질인 세녹스(Cenox)를 제조·판매하는 회사로서 세녹스에 대하여 국립환경연구원으로부터 최대첨가비율을 40%로 하여 대기환경보전법상 첨가제로 적합판정을 받아 이를 제조·판매하여 오고 있는데 환경부가 2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 대기환경보전법시행규칙을 개정하여 같은 규칙 제8조에서 첨가제의 첨가비율을 자동차용 연료의 부피기준으로 1% 미만으로 제한함과 아울러 같은 규칙 별표 30 제2호 라목에서 첨가제를 담아 공급하는 용기의 크기를 휘발유용 첨가제의 경우 0.55ℓ 이하로 규정함에 따라 더 이상 세녹스를 판매할 수 없게 되었다고 주장하면서 위 조항들은 청구인의 직업선택의 자유, 재산권, 평등권 등을 침해한다고 하여 2003. 9. 8. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

2003헌마544 사건의 심판청구서에 의하면 청구인은 대기환경보전법시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것, 이하 ‘이 사건 규칙’이라고 한다) 제8조 제1호 본문 ‘자동차용 연료에 부피기준으로 1퍼센트 미만의 비율로 첨가하는 물질’ 중 ‘1퍼센트 미만’ 부분과 같은 조 제2호 및 이 사건 규칙 별표 30 제2호 라목 본문에 대하여 위헌확인을 구한다. 한편 2003헌마603 사건의 심판청구서에 의하면 청구인은 이 사건 규칙 제8조와 별표 30 제2호 라목 전체에 대하여 위헌확인을 구한다.

그러나 청구인들의 주장을 살펴보면 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한하는 내용 및 첨가제의 공급용기를 휘발유용 첨가제의 경우 0.55ℓ 이하로 제한하는 내용을 문제삼는 것이고 또한 청구인들의 주장에 의하면 엘피파워 및 세녹스(이하 ‘이 사건 제품들’이라 한다)는 휘발유에 첨가하는 물질이라는 것이므로 이 사건 규칙 별표 30 제2호 라목 본문 중 경유용 첨가제에 대한 부분은 이 사건과 무관하다.

따라서 이 사건 심판의 대상을 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문 중 ‘1퍼센트 미만’ 부분, 같은 조 제2호 및 이 사건 규칙 별표 30 제2호 라목 본문 중 ‘제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다.’는 부분의 위헌 여부로 한다. 이 사건 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

대기환경보전법시행규칙 (2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것) 제8조(첨가제) 법 제2조 제12호의 규정에 의한 첨가제는 다음 각 호에 해당하는 물질로서 그 종류는 별표 6과 같다.

1. 자동차용 연료에 부피기준으로 1퍼센트 미만의 비율로 첨가하는 물질.
다만, 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 물질의 경우에는 동 비율을 적용하지 아니한다.
2. 석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품에 해당하지 아니하는 물질

[별표 30] 자동차연료 및 첨가제 제조기준(제103조 관련)

2. 첨가제 제조기준

라. 제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에, 경유용 첨가제의 경우에는 2ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다. 다만, 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 첨가제의 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 관련조항 : 별지 1과 같다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견 : [별지 2] 같다.

3. 적법요건에 관한 판단

헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자’라는 것은 ‘헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하는 자’로 해석하여야 하며 소원청구인은 자신의 기본권에 대한 공권력주체의 제한행위가 위헌적인 것임을 어느 정도 구체적으로 주장하여야 한다. 그러므로 소원청구인이 기본권침해의 가능성을 확인할 수 있을 정도의 구체적 주장을 하지 않고 막연한 주장만을 하는 경우에는 그 소원청구는 부적법한 것이 될 것이다.

청구인들은 이 사건 규칙 제8조 제2호에 대하여 이와 같은 규정을 제정하

도록 위임한 근거가 분명하지 않다는 주장 및 엘피파워와 세녹스가 석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품에 해당하지 아니한다는 주장만 하고 있을 뿐 이 사건 규칙 제8조 제2호에 의해 청구인들의 어떠한 기본권이 제한되고 있는지에 대해 주장하고 있지 아니하다(그런데 이 사건 규칙 제8조는 ‘첨가제’라는 제목하에 “법 제2조 제12호의 규정에 의한 첨가제는 다음 각 호에 해당하는 물질로서 그 종류는 별표 6과 같다.”라고 규정하고 같은 조 제2호에서는 ‘석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품에 해당하지 아니하는 물질’이라는 규정을 두어 첨가제에 해당하지 아니하는 물질을 규정하고 있다. 따라서 이 사건 규칙 제8조 제2호는 대기환경보전법상의 첨가제의 정의를 구체화하는 규정이라고 할 수 있는데 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호에서는 “첨가제라 함은 탄소와 수소만으로 구성된 물질을 제외한 화학물질로서 자동차의 연료에 소량을 첨가함으로써 자동차의 성능을 향상시키거나 자동차 배출물질을 저감시키는 화학물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다.”고 하여 첨가제의 구체적 정의를 환경부령에 위임하고 있음이 명백하므로 위임의 근거가 분명하지 않다는 주장은 이유없다).

직권으로 살펴보아도 유사석유제품은 석유사업법 제26조에 의해 그 생산 또는 판매가 금지되어 있고 석유사업법시행령 제30조에 의하면 석유사업법 제26조의 규정에 의해 제조 등이 금지되는 유사석유제품은 조연제·첨가제 기타 명목의 여하를 불문하고 자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차와 동법시행령 제2조 각 호의 규정에 의한 기계 및 차량(휘발유 또는 경유를 연료로 사용하는 것에 한한다)의 연료로 사용되어질 수 있는 것을 말하는데(별지 1. 관련조항의 내용 부분 참조) 석유사업법에 의하여 이미 제조 등이 금지되는 유사석유제품을 대기환경보전법상의 첨가제에서 제외한다고 하여 이러한 규정이 대기환경보전법상 첨가제라는 명목으로 판매되고 있는 이 사건 제품들의 제조자인 청구인들의 어떠한 기본권을 제한한다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 규칙 제8조 제2호에 대한 이 사건 심판청구는 특정 기본권과의 관련을 확인할 수 있을 정도로 구체적인 주장이 나타나 있지 아니할 뿐만 아니라 직권으로 살펴보아도 기본권 관련성이 인정되지 않으므로 부적법하다.

4. 규칙개정 의의와 목적

가. 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문 중 ‘1퍼센트 미만’ 부분과 별표 30 제2호 라목 본문 중 “제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에

답아서 공급하여야 한다.”는 부분의 개정의미

이 사건 규칙 제8조 제1호 본문 중 ‘1퍼센트 미만’ 부분(이하 ‘비율조항’이라 한다)은 첨가제의 첨가비율에 관해서, 같은 규칙 별표 30 제2호 라목 본문 중 “제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에 답아서 공급하여야 한다.”는 부분(이하 ‘용기조항’이라 한다)은 첨가제의 공급용기의 크기에 관해서 각 규정하고 있는데 첨가제의 첨가비율과 공급용기의 크기에 관해서는 대기환경보전법상 별다른 규제가 없다가 2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 대기환경보전법시행규칙이 일부 개정되면서 이 비율조항 및 용기조항에 도입되었다. 한편 이 사건 규칙의 부칙 제1항에서는 동 규칙은 공포일로부터 시행한다고 하고 있고 제2항에서는 “이 규칙 시행당시 제103조 제2항의 규정에 의하여 환경부장관이 지정하는 검사기관으로부터 첨가제 제조기준에 적합한 것으로 검사를 받은 첨가제 중 제8조 및 별표 30 제2호 라목의 개정규정에 적합한 첨가제의 경우에는 당해 검사기관으로부터 이 규칙에 의한 첨가제 제조기준에 적합한 것으로 검사를 받은 것으로 본다.”라고 규정하고 있어 이 사건 조항들(비율조항과 용기조항을 통칭한다. 이하 같다)이 시행된 2003. 8. 5.부터 이 사건 제품과 같이 자동차용 연료에 부피기준으로 1% 이상 첨가하도록 되어 있는 첨가제는 더 이상 대기환경보전법상의 첨가제에 해당하지 아니하게 되었고 휘발유용 첨가제의 경우 그 공급용기의 크기를 0.55ℓ 이하로 해야 하는 규제를 받게 되었다.

따라서 이 사건 제품들이 휘발유에 40%까지 첨가하는 것을 전제로 하는 한 대기환경보전법의 첨가제에는 해당하지 않게 되는데 청구인들이 이 사건 제품들을 계속하여 휘발유에 40%까지 첨가하는 것으로 판매하고자 하는 경우에는 그간 이 사건 제품들이 사실상 자동차의 연료로 사용되어 온 실태에 비추어 대기환경보전법상의 첨가제에 대한 규제가 아니라 연료에 대한 규제를 받게 될 것으로 예상된다. 여기서 대기환경보전법상 첨가제와 연료에 대한 규제를 살펴보면 대기환경보전법 제41조, 같은 법 시행규칙 제103조, 제104조에서 이를 규정하고 있는데 첨가제와 연료의 제조기준에 관한 구체적인 사항은 이 사건 규칙 별표 30에 규정되어 있고 그 내용은 [별지 3]과 같다.

나. 이 사건 조항들의 입법목적

대기환경보전법 제2조 제12호는 첨가제를 정의하면서 자동차의 연료에 ‘소량’ 첨가하는 것으로만 규정하고 그 위임을 받은 환경부령에서도 첨가제의 첨가량에 관해서는 이를 명백히 규정하지 아니하였다. 이로 인하여 이 사건 제

품들이 휘발유에 40%까지 첨가하는 것으로 하여 대기환경보전법상 첨가제로 적합관정을 받은 후 사실상 휘발유를 대체하는 연료로 사용되는 문제점이 발생하였다.

그러자 법률상 애매한 '소량'의 범위를 첨가제 본연의 사용량에 부합하는 정도로 명확히 규정하여 그 첨가량을 제한하는 한편, 첨가제의 공급용기의 크기도 그 사용량에 알맞은 정도로 제한하여 소비자들이 이를 대량으로 주입하는 것을 곤란하게 함으로써 유사연료가 대기환경보전법상의 첨가제로 유통되는 것을 방지할 목적으로 이 사건 조항들이 등장한 것이다.

5. 직업의 자유 침해 여부

가. 비율조항에 대하여

청구인들은 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한하는 것은 이 사건 제품을 제조·판매하지 못하게 금지하는 것과 다름없어 청구인들의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한다.

헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유(영업의 자유)를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다(헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1458).

이 비율조항이 청구인들의 이러한 직업의 자유를 침해하는지 살펴보기로 한다.

(1) 직업의 자유에 대한 침해 여부

이 비율조항이 연료에 첨가제를 사후적으로 첨가하는 행위를 규제하는 것이라고 보면 그 제한을 받는 사람은 첨가행위를 하는 사람 즉, 연료 및 첨가제의 구입·사용자이고 첨가제를 제조·판매하는 사람은 아니다. 이렇게 보면 청구인들이 이 비율조항으로 인하여 직업의 자유가 침해된다는 일은 성립되지 않는다.

원래 첨가제는 휘발유의 불완전연소에 수반하여 발생하는 여러 문제들을 방지·개선하여 자동차의 성능을 향상시키고 배출물질을 저감시키기 위해 사용되는 것으로서 그 자체로서 자동차의 연료로서 사용되거나 또는 휘발유를 대체하는 기능이 있어서는 아니된다. 그런데 만일 첨가의 비율을 1% 미만으로 강제하는 것이 위와 같은 첨가제의 본질에 합당한 첨가제의 제조를 불가능하게 하거나 매우 어렵게 한다면 이 비율의 규정은 청구인들의 직업선택이

나 수행의 자유를 직접 침해하게 될 것이다. 그러나 첨가의 비율을 1% 미만으로 하여서는 위와 같은 첨가제의 본질에 합당한 첨가제의 제조가 불가능하다는 점에 대하여는 아무런 입증이 없다. 오히려 이 사건 제품들을 제외한 현재 시중에 유통되고 있는 자동차용 휘발유의 첨가제는 그 첨가비율이 휘발유 대비 0.08 내지 0.8%로서 전부 1% 미만인 점이 기록에 의하여 인정되는 점을 고려하면 실제의 상황은 반대임을 알 수 있다.

그러므로 이 비율조항이 청구인들의 직업의 자유를 직접 침해한다는 주장은 이유가 없다.

(2) 사실상 제한의 문제

다만 이 비율조항으로 인하여 이 사건 제품들을 소비자들이 덜 구입하게 되고 이로 인하여 청구인들의 영업이 사실상 축소되거나 불가능하게 되는 사태를 생각할 수 있는데 이것이 과연 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인들의 영업의 자유를 침해한다고 볼 수 있는지 여부도 문제될 것이므로 이 점을 살펴본다.

직업의 자유의 한 내용인 영업의 자유는 기본권제한 입법의 한계조항인 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 이를 제한할 수 있는 것이고 이 자유를 구체적으로 어느 정도까지 제한할 수 있는지에 관하여 우리 재판소는 좁은 의미의 영업선택의 자유에 비하여 영업수행의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 폭 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 판시하고 있다(헌재 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1458-1459). 그러나 그 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정한 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것이다. 따라서 이 비율조항이 과잉금지의 원칙에 위반되는 것인지 여부를 검토한다.

우선 이 비율조항의 입법목적은 이미 앞에서 본 바와 같이 법률이 단순히 '소량'이라고 한 것을, 첨가제 본연의 사용량에 부합하는 정도로, 규칙에서 명확히 규정하여 유사연료가 대기환경보전법상의 첨가제로 유통되는 것을 방지하고자 한 것이므로 그 입법목적은 정당하다.

또한 첨가제는 이미 앞에서 본 바와 같은 그 본래의 목적에 비추어, 그리고 현재 시중에 유통되고 있는 다른 휘발유용 첨가제의 첨가비율이 모두 1% 미만이라는 점에 비추어 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것은 그 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법일 뿐만 아니라 이렇게 첨가비율을 제한하는 방법 이외에 달리 위와 같은 입법 목적을 달성할 수 있

는 적절한 다른 수단을 찾기 어려우므로 피해최소성의 원칙도 충족시킨다고 할 것이다.

마지막으로 이 비율조항으로 말미암아 청구인들이 입는 불이익은 이 사건 제품들의 판매량이 감소되어 영업에 곤란을 겪게 된다는 것이고 만약 이 사건 제품들을 예전처럼 휘발유에 40%까지 첨가하는 것으로 판매하고자 하는 경우에는 대기환경보전법상 첨가제가 아니라 연료에 대한 규제를 받게 되어 대기환경보전법상 연료제조기준 등 좀 더 까다로운 법적 규제를 충족시켜야 한다는 것이다. 반면, 이 비율조항의 시행으로 얻을 수 있는 공익은 이 사건 제품들이 휘발유에 40%씩 첨가하는 것으로 하여 사실상 휘발유를 대체하는 연료로 사용되면서도 명목상으로는 첨가제로 유통되어 연료 내지 유사휘발유에 가해지는 각종 규제를 회피하는 것을 방지함으로써 첫째, 휘발유에 부과되는 각종 조세를 탈세하는 것을 방지할 수 있고 둘째, 서울중앙지방법원 2004. 8. 11. 선고 2003노10870사건과 같은 법원에서 같은 날 선고된 2003노10866사건의 판결에 의하면 세녹스를 휘발유와 비교하여 시험한 결과 법령상 연료나 연료첨가제의 규제대상 물질은 아니지만 인체에 해로운 발암성 물질로 널리 알려진 포름알데히드, 아세트알데히드 등이 휘발유보다 세녹스에서 더 많이 배출되었는데 이는 세녹스에 함유된 ‘알콜성분’으로 인한 것이며 엘피파워 또한 세녹스와 마찬가지로 메탄올 등 알콜성분이 함유되어 있어 엘피파워에서도 역시 포름알데히드 등이 배출될 것으로 예상되는 사실을 인정할 수 있고 특히, 현재 알콜성분에 따른 배출가스에 대한 규제가 미비한 상황이므로 이 비율조항의 시행으로 이러한 유해 가스의 배출을 억제하여 국민의 건강과 환경을 보호할 수 있다는 것이다. 따라서 이러한 공익은 위에서 본 청구인들이 입는 불이익보다 훨씬 크다고 할 것이어서 법익의 균형성도 갖추었다고 하겠다.

그렇다면 이 비율조항이 과잉금지의 원칙에 위반하여 헌법 제15조에 의하여 보장된 청구인들의 영업의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

(3) 신뢰보호의 원칙 위반 여부

한편 이 비율조항에 의해 청구인들은 이 사건 제품들을 대기환경보전법상의 첨가제로는 휘발유에 40%까지 첨가하여 판매할 수 없게 되었는데 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것 및 이러한 제한규정을 신설하면서 경과규정을 두지 아니한 것이 첨가비율에 대한 제한이 없는 기왕의 법규를 신뢰하고 영업을 하여온 청구인들의 신뢰에 반하여 청구인들

의 영업의 자유를 침해하는 것인지 여부를 검토한다.

국민이 종전의 법률관계나 제도가 장래에도 지속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 이에 적응하여 법적 지위를 형성하여 온 경우 국가는 법치국가의 원칙에 의한 법적 안정성을 위하여 권리의무에 관련된 법규·제도의 개폐에 있어서 국민의 기대와 신뢰를 보호하지 않으면 안된다. 그러나 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률 등은 신축적으로 변할 수밖에 없고 변경된 새로운 법질서와 기존 법질서 사이에는 경우에 따라 어느 정도 이해관계의 상충이 생길 수 있으므로 국민들이 공권력행사에 관하여 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리와 같이 보호되는 것은 아니다. 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 비추어 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호할 필요성이 있다고 인정되어야 비로소 보호의 대상이 되는 것이며 만일 구법질서가 더 이상 적절하지 못하고 합목적적이지 아니하다면 이를 보호할 수 없는 것이다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 683; 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896, 910 참조). 다만 공익적 목적에 의하여 헌법적으로 보호되는 신뢰이익을 제한하는 경우에도 기본권제한의 한계인 과잉금지의 원칙은 준수되어야 하므로 신뢰이익 제한규정의 위헌 여부는 결국 신뢰이익과 공공복리의 중요성을 비교, 형량하여 결정하여야 할 것이다(헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651, 667-668; 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128, 145 참조). 만일 현존상태의 지속에 대한 신뢰가 우선되어야 할 경우라면 입법자는 지속적 또는 과도적으로 이를 보호하는 조치를 취하여야 할 의무가 있으며 이는 경과규정의 형태로 나타난다고 할 수 있다.

우선 청구인들에게 보호가치 있는 신뢰이익이 존재하는지 여부를 살펴보면 청구인들은 대기환경보전법상 첨가제의 첨가량이 ‘소량’으로만 규정되어 있고 첨가비율에 대한 제한이 없는 상태에서 이 사건 제품들에 대하여 국립환경연구원에서부터 그 첨가비율을 40%로 하여 대기환경보전법상의 첨가제로 적합판정을 받았으므로 이 사건 제품들을 첨가비율을 40%로 하는 첨가제로 제조·판매할 수 있을 것이라고 신뢰하고 이 사건 제품들을 제조·판매하기 위한 시설 투자 등을 했다고 보인다. 그러나 한편 청구인들이 이 사건 제품들을 선전하면서 사실상 비싼 휘발유를 대체하여 연료로 사용할 수 있는 저렴한 가격의 제품으로 광고해 온 점, 이 사건 제품들이 사실상 처음부터 휘발유를 대신하는 연료로 인식되어 유통되어 온 점, 이 사건 제품들을 제외한 현재 시

중에 유통되고 있는 자동차용 휘발유의 첨가제는 그 첨가비율이 휘발유 대비 0.08 내지 0.8%로서 전부 1% 미만인 점 등을 고려해 보면 청구인들은 처음부터 이 사건 제품들을 첨가제가 아니라 휘발유를 대체하는 연료로 인식하고 있었던 것으로 보여진다. 또한 이 비율조항의 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호는 첨가제를 “탄소와 수소만으로 구성된 물질을 제외한 화학물질로서 자동차의 연료에 소량을 첨가함으로써 자동차의 성능을 향상시키거나 자동차 배출물질을 저감시키는 화학물질로서 환경부령으로 정하는 것”으로 규정하여 첨가제의 구체적 첨가비율을 환경부령으로 정할 가능성을 열어 두고 있고, 여기서 ‘소량’이란 적은 분량을 의미하는 것으로 통상 기준 물질의 40%에 이르는 정도는 이에 해당하지 않는다고 볼 수 있으므로 환경부령에서 그 의미를 구체화하는 경우 그 양은 40% 미만이 될 것임은 쉽게 예상할 수 있다. 그렇다면 청구인들이 이 사건 제품들을 첨가비율을 40%로 하여 대기환경보전법상의 첨가제로 제조·판매할 수 있을 것이라고 신뢰한 데 대하여 헌법적으로 보호가치 있는 신뢰이익을 인정하기 어렵다고 할 것이다.

반면, 이 비율조항에서 첨가제의 첨가비율을 제한함으로써 얻게 되는 공익은 이 사건 제품들이 사실상 휘발유를 대체하는 연료로 사용되면서 명목상으로는 첨가제로 유통되어 연료 내지 유사휘발유에 가해지는 각종 규제를 회피하는 것을 방지함으로써 결과적으로 휘발유에 부과되는 각종 조세를 탈세하는 것을 방지하고 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 제품들에 함유된 알콜성분에 의해 배출되는 포름알데히드 등의 유해한 배기가스의 배출을 억제하여 국민의 건강과 환경을 보호할 수 있다는 것으로 이러한 공익은 매우 크고 중대한 것이라 할 것이다. 한편 청구인들이 대기환경보전법상의 연료제조기준 등 관련법규를 충족시킨다면 이 사건 제품들을 예전처럼 휘발유에 40%까지 첨가하는 일종의 연료로 제조·판매할 수도 있다.

그렇다면 이 사건에서 청구인들에게 보호가치 있는 신뢰이익을 인정하기 어렵다고 할 것이고 설령, 청구인들에게 신뢰이익이 인정된다 하더라도 위와 같은 공익과 비교, 형량할 때 이 비율조항에서 추구하는 공익이 훨씬 중요하다고 할 것이므로 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것이 청구인들의 신뢰에 반하여 기본권제한의 합리적인 입법한계를 넘어 청구인들의 영업의 자유를 침해하고 있는 것으로 판단되지 아니한다. 아울러 이 사건 제품들이 명목상으로는 첨가제라고 하면서 실제로는 휘발유를 대체하는 연료로 사용되는 것은 대기환경보전법상 첨가제의 성격에 부합하지 아니하

는, 사실상 탈법행위의 성질을 가지는 것이므로, 이 비율조항에 대하여 경과 규정을 두지 않은 것이 불합리하다고 할 수 없다.

그렇다면 이 비율조항은 신뢰보호의 원칙에 위반하여 청구인들의 영업의 자유를 침해하지 아니한다.

나. 용기조항에 대하여

이 용기조항에 의하면 청구인들은 이 사건 제품들을 0.55ℓ 이하의 용기에 담아 공급·판매해야 하는데 이러한 규제가 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는지가 문제되므로(이 용기조항에 대해서도 위에서 살펴본 바와 같은 이유로 좁은 의미의 직업선택의 자유 침해 문제는 발생하지 아니한다) 이 용기조항이 과잉금지의 원칙에 위반되는 것인지 여부를 검토하기로 한다.

우선 이 용기조항의 입법목적은 휘발유용 첨가제의 공급용기를 0.55ℓ 이하로 법정하여 이 비율조항의 실효성을 담보함으로써 유사연료가 대기환경보전법상의 첨가제로 유통되는 것을 방지하고자 하는 것으로 그 입법목적은 정당하다고 하겠다.

다음으로 첨가제는 일반 주유소 등에서 소비자가 직접 구입하여 연료에 첨가하므로 그 첨가비율을 준수하게 할 실질적인 장치가 없어 첨가제의 첨가비율을 준수하게 할 필요에서 이 용기조항에서 첨가제의 공급용기를 0.55ℓ 이하로 제한하게 된 것임을 고려하면 첨가제의 공급용기에 대한 규제를 할 필요성이 인정되고 이 용기조항에서와 같이 첨가제의 공급용기의 크기를 일정 용량 이하로 제한하게 되면 소비자들이 첨가제를 대량으로 주입하여 이를 연료로 사용하는 것이 어느 정도 곤란하게 될 것이므로 이 용기조항에서 공급용기의 크기를 첨가제 본연의 사용량에 부합하는 정도로 법정하고 있는 것은 그 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 방법이 될 수 있다고 하겠다.

또한 이 사건 제품들을 제외한 현재 시중에 유통되고 있는 자동차용 휘발유의 첨가제는 그 첨가비율이 휘발유 대비 0.08 내지 0.8%로서 전부 1% 미만이고 판매 또한 대부분 위 새로운 기준에 적합한 소형 용기에 담겨져 판매되고 있는바 이러한 현실을 고려할 때, 이 용기조항처럼 첨가제의 공급용기를 0.55ℓ 이하로 규정하는 것 이외의 방법으로 첨가제 제조업자들의 피해를 최소화하면서도 소비자로 하여금 첨가제의 첨가비율을 준수하게 할 수 있는 다른 적절한 수단을 생각하기 어려우므로 피해최소성의 원칙을 충족한다고 할 것이며 공급용기의 크기를 제한함으로써 청구인들이 받게 되는 불이익에 비해 이로써 얻게 되는 공익이 위에서 살펴본 바와 같이 현저히 크고 중대하다

고 할 것이어서 법익의 균형성도 갖추었다고 하겠다.

그렇다면 이 용기조항이 과잉금지의 원칙에 위반하여 헌법 제15조에 의하여 보장된 청구인들의 직업수행의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

6. 평등권 침해 여부

이 사건 규칙 제8조 제1호 단서와 별표 30 제2호 라목 단서는 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 물질의 경우에는 이 사건 조항들에서 정하고 있는 첨가비율의 제한 및 공급용기의 크기 제한 규정을 적용하지 아니한다고 하고 있는데 이 사건 조항들이 청구인들과 같은 첨가제 제조업자를 석유정제업자 또는 석유수출입업자와 달리 취급하고 있다는 점에서 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다. 여기서 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 물질은 엠티비이(MTBE : Methyl Tertiary Butyl Ether, 메틸 t-부틸 에테르)를 가리키므로 엠티비이와 이 사건 제품들을 달리 취급하는 것이 불합리한 차별로서 청구인들의 평등권을 침해하는 것인지를 살펴보기로 한다.

가. 평등권의 심사기준

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(헌재 2001. 10. 25. 2000헌마5, 판례집 13-2, 469, 477).

한편 평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있는데 우리 재판소는 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우로서 첫째, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 불구하고 그러한 기준을 근거로 또는 그러한 영역에서 차별을 하는 경우 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들고 있다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 785; 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 402-403 참조).

이 사건은 위 결정에서 비례심사를 하여야 할 첫번째 경우인 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에 해당하지 아니하고 또한 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우로 보이지도 아니하므로 본건에서 평등권에 대한 심사는 자의금지원칙에 의한 심사로 족하다고 할 것이다.

나. 엠티비이와 이 사건 제품의 비교

위 서울중앙지방법원 2004. 8. 11. 선고 2003노10870 사건과 2003노10866 사건의 판결에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

엠티비이는 납 사용에 따른 환경오염에 대한 세계 각국의 우려 및 자동차 배기가스의 공해 배출물을 감소시키고자 하는 노력에 의해 1980년대 중반부터 옥탄가 향상제로서 각광을 받기 시작하였는데, 같은 합산소 화합물 중에서도 메탄올, 에탄올 등의 알콜 화합물은 증기압이 높고 금속재질에 대한 부식성, 수급 등의 문제점 때문에 대중적으로 사용되지 못하고 대신 에테르 화합물인 엠티비이는 옥탄가, 증기압, 비등점 등의 여러 측면에서 우위를 차지하고 있어 무연휘발유의 첨가제로서 중심적 역할을 차지하게 되었다(그 첨가비율은 6~12%로서 석유정제업자마다 조금씩 차이를 보인다).

위와 같이 에테르계인 엠티비이와 알콜계인 이 사건 제품들이 모두 합산소 기제로서 휘발유의 완전연소를 돕는다는 점에서는 동일하다. 그러나 석유사업법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 일부 개정된 것) 제24조 제2항의 위임에 따라 산업자원부장관이 석유제품의 품질기준 등을 규정하기 위해 마련한 ‘석유제품의 품질기준과 검사방법 및 검사수수로에 관한 고시’에 따르면 자동차용 휘발유의 품질기준 중 “산소함량”은 엠티비이(MTBE)에 함유되어 있는 산소량을 말한다고 규정되어 있고, 위 석유사업법 제24조 및 제25조에서는 석유정제업자 등 석유사업자로 하여금 산업자원부장관이 정한 석유제품의 품질기준에 비추어 석유제품의 품질을 저하시키는 행위를 금지하도록 하고 필요한 경우 산업자원부장관으로 하여금 이를 단속하도록 규정하고 있어 국내에서 제조·유통되는 모든 정품휘발유에는 반드시 엠티비이가 포함되어야 한다. 그렇다면 엠티비이는 정품휘발유의 제조과정에서 당연히 혼합되는 휘발유의 구성성분 내지는 그 제조원료 중 하나라 할 것이고 이에 반하여 이 사건 제품들은 완제품인 휘발유에 추가로 첨가된다는 점에서 두 물질 사이에는 본질적인 차이가 있다 할 것이며 이러한 차이로 인하여 이 사건 제품들과는 달리 엠티비이는 완제품인 휘발유에 이미 포함되어 있어 정품 휘발유에 부과되는 교통세

등의 각종 세금을 탈세할 가능성이 원천적으로 없고 유사휘발유로 사용되어 휘발유의 유통질서를 해할 가능성도 전혀 없으며 정품 휘발유의 경우 그 속에 포함되어 있는 엠티비이의 양은 위 석유제품의품질기준과검사방법및검사수수료에관한고시에서 정하고 있는 양으로 언제나 일정할 것이어서 엠티비이가 이 사건 제품들처럼 본래 예정하고 있는 사용량을 초과하여 사용될 염려도 없다.

다. 판 단

그렇다면 이 사건 제품들이 휘발유에 40%까지 이를 첨가하면서도 대기환경보전법 제2조 제2호 소정의 ‘소량’으로 해석되어 대기환경보전법상의 첨가제로 적합관정을 받고 실제로는 휘발유를 대체하는 연료로 사용되는 것을 방지하고자 함을 이 비율조항은 그 입법목적으로 하고 있고 또한 이 용기조항은 이 비율조항에서 정한 첨가비율을 준수하게 할 실질적인 장치를 마련하고자 한 것인데, 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 물질인 엠티비이는 이 사건 제품들처럼 시장에서 소비자의 임의의 선택에 의해 휘발유를 대체하는 연료로 사용되어 위와 같은 문제를 발생시킬 가능성이 없으므로 엠티비이에 대해서는 이러한 규제를 할 필요성이 없다고 할 것이다. 따라서 이 사건 조항들에서 규정하고 있는 첨가비율의 제한 및 공급용기의 크기 제한 규정을 엠티비이에 적용하지 아니하는 것은 합리적인 이유있는 차별이라고 할 것이므로 이 사건 조항들에 의해 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

7. 재산권 침해 여부

청구인들은 이 비율조항으로 인하여 이 사건 제품들을 휘발유에 1% 미만으로 첨가하게 됨으로써 이 사건 제품들의 판매량이 줄어들게 되었고 또한 이 사건 제품들을 휘발유에 1% 미만으로 첨가하는 경우에는 그 효능이 나타나지 아니하여 소비자들이 이를 매수하지 아니할 것인바 이는 청구인들로 하여금 이 사건 제품들을 제조·판매하지 못하게 하는 것과 다름없어 청구인들의 재산권을 침해한다고 주장한다.

헌법상 보장된 재산권은 원래 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치있는 구체적인 권리이므로 구체적 권리가 아닌 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권 보장의 대상이 아니다(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 44).

그런데 이 비율조항으로 인해 이 사건 제품들의 첨가비율이 줄어들게 됨으로써 그 판매량이 감소될 것이 비록 예상되지만 이로써 초래되는 영업이익의 감소는 법개정으로 인한 기업활동의 사실적·법적 여건의 변화에 따른 것으로서 이로 인해 증감되는 영업이익은 장래의 불확실한 기대이익에 불과하여 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

또한 이 사건 제품들을 휘발유에 1% 미만으로 첨가하는 경우에는 그 효능이 나타나지 아니하여 소비자들이 이 사건 제품들을 매수하지 아니할 것이므로 사실상 청구인들이 이 사건 제품들을 제조·판매하는 영업을 포기해야 한다고 하더라도 청구인들의 영업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고 일정한 경제적 목표를 달성하기 위하여 취한 국가의 경제정책적 조치에 의하여 유발된 경제의 행위가 아니라 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임하에 행위하면서 범질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다. 그렇다면 이 사건 제품들의 판매부진으로 인해 청구인들이 이 사건 제품들을 제조·판매하는 영업을 포기함으로써 초래되는 재산적 손실은 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29, 44).

따라서 이 비율조항은 청구인들의 재산권을 침해하지 아니한다.

8. 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보의 원칙 및 헌법 제95조에 위반되는지 여부

청구인들은 이 비율조항이 첨가제를 자동차용 연료의 부피기준으로 1% 미만으로 첨가하도록 제한한 것은 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호의 ‘소량’의 범위를 지나치게 제한한 것이어서 모법의 위임범위를 일탈한 것이고 이 사건 조항들이 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호, 같은 법 제41조 제1항으로부터 위임받은 범위 이외의 사항을 규율하여 헌법 제37조 제2항에서 요구하는 법률에 의한 기본권 제한원칙을 위반한 것이라고 주장하므로 이 사건 조항들이 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 법률유보의 원칙 및 헌법 제95조에 위반되는지 여부에 대해 살펴본다.

가. 기본권 제한의 법률유보의 원칙 및 위임입법의 한계

위임입법의 내용에 관한 헌법적 한계는 그 수범자가 누구냐에 따라 입법권자에 대한 한계와 수권법률에 의해 법규명령을 제정하는 수임자에 대한 한계로 구별할 수 있다. 법률의 우위원칙에 따른 위임입법의 내용적 한계는 후자에 속한다. 그러므로 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적

의 범위 안에서 정해야 한다(헌재 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 495).

한편 이러한 위임입법의 한계에 관한 내용은 헌법 제95조가 정하고 있는 총리령, 부령에의 위임의 경우에도 그대로 적용된다.

나. 판 단

먼저 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것이 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호의 ‘소량’의 범위를 지나치게 제한한 것으로서 모법의 위임범위를 일탈한 것인지에 대하여 살펴본다.

대기환경보전법은 대기오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고 대기환경을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 한다. 한편 자동차용 휘발유의 첨가제는 이미 앞에서 본 바와 같이 본래 휘발유의 불완전연소에 수반하여 발생하는 여러 문제들을 방지·개선하여 자동차의 성능을 향상시키고 배출물질을 저감시키기 위해 사용되는 것으로서 이러한 첨가제에는 대부분 독성물질인 질소를 포함하는 아민계통이나 황을 포함하는 설펜류가 많이 포함되어 있어 이를 많이 첨가하게 되면 그 부작용으로 환경에 유해한 여러 물질을 생성하게 된다. 이는 사람의 인체뿐 아니라 자연환경에 심대한 영향을 미치게 되므로 첨가제는 아주 극소량만이 휘발유에 첨가되어야 할 뿐 그 자체로서 자동차의 연료로서 사용되거나 또는 휘발유를 대체하는 기능이 있어서는 아니된다 할 것이다(이 사건 제품들을 제외한 현재 시중에 유통되고 있는 자동차용 휘발유의 첨가제는 그 첨가비율이 휘발유 대비 0.08 내지 0.8%로서 전부 1% 미만이다). 그렇다면 대기환경보전법상 첨가제의 첨가비율로 법정한 ‘소량’의 의미는 대기환경보전법의 목적 및 일반적인 첨가제의 특성을 고려할 때 사실상 자동차의 연료로서 사용되거나 휘발유를 대체할 수 없는 정도의 범위로서 ‘휘발유의 전체 용량에 비해 극히 적은 분량’을 의미하는 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 ‘자동차용 연료에 부피기준으로 1% 미만’이라고 규정한 것은 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호의 ‘소량’의 의미를 지나치게 제한한 것이 아니므로 모법의 위임범위를 일탈하여 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다.

다음으로 이 비율조항이 근거법령인 대기환경보전법 제2조 제12호로부터 위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정한 것인지 여부에 관하여 살펴본다.

대기환경보전법 제2조 제12호는 “첨가제라 함은 탄소와 수소만으로 구성된

물질을 제외한 화학물질로서 자동차의 연료에 소량을 첨가함으로써 자동차의 성능을 향상시키거나 자동차 배출물질을 저감시키는 화학물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다.”고 규정하고 있는데 위와 같이 첨가제의 첨가량을 ‘소량’으로만 규정하면서 “첨가제라 함은 …… 환경부령으로 정하는 것을 말한다.”라고 규정하고 있으므로 ‘소량’의 의미도 환경부령에 위임한 것으로 볼 수 있다. 이러한 위임에 따른 이 사건 규칙 제8조는 첨가제의 의미를 그 첨가 비율, 종류 등으로 구체화하고 있는데 그 중 이 비율조항은 첨가제의 첨가비율을 ‘자동차용 연료에 부피기준으로 1퍼센트 미만의 비율’로 정하고 있는 것이다. 그렇다면 이 비율조항의 내용은 모법의 위임범위를 벗어난 것이 아니라고 할 것이다.

다음으로 이 용기조항이 근거법령인 대기환경보전법 제41조 제1항으로부터 위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정한 것인지 여부에 관하여 본다.

대기환경보전법 제41조 제1항은 “자동차에 사용하는 연료 또는 첨가제를 제조하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 기준에 적합하게 제조하여야 한다.”고 규정하고 있는데 일반적으로 제품의 제조시 지켜야 할 기준 가운데에는 필요한 경우 제품인 내용물을 담는 용기에 관한 것도 포함될 수 있다. 따라서 첨가제 제조기준에서 첨가제를 담아 공급하는 용기의 크기에 관하여 규정한다고 하여 이를 가리켜 모법의 위임범위를 벗어난 것이라고 할 수 없다. 또한 이 용기조항에서 첨가제의 공급용기를 규정한 것은 위와 같이 첨가제의 정의에서 규정한 첨가비율을 준수하게 하기 위한 것이다. 그렇다면 이 용기조항의 내용이 첨가제의 제조기준에 해당하지 아니한다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 조항들은 모법의 위임범위를 일탈하거나 모법에 근거가 없는 것이 아니므로 헌법 제95조상의 위임입법의 한계와 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법률유보의 원칙에 위배되지 아니한다고 할 것이다.

9. 헌법 제119조 등의 위반 여부

청구인 주식회사 ○○는 헌법 제119조에 의하면 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하고 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있게 되어 있는 한편, 헌법 제123조 제3항 및 제5항에서는 국가는 중소기업을 보호·육성할 책임이 있고 그 자율적 활동과 발전을 보장하도록 하고 있는데 이 사건 조항들은 이와 같은 헌법의 규정에 위반된다고 주장한다. 그러나 이 미 앞에서 검토한 바에 의하면 이 사건 조항들이 대한민국의 경제질서에 어

곳나거나 중소기업을 보호·육성할 국가의 책임에 어긋나는 내용을 포함하고 있다고는 볼 수 없어 이 주장은 이유가 없다.

또한 청구인 주식회사 □□는 이 사건 조항들이 배출가스 저감효과가 있는 세녹스의 제조·판매를 사실상 금지시키는 결과를 초래하여 결과적으로 일반 국민이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 기회를 차단하므로 일반 국민의 인간다운 생활을 할 권리 및 환경권을 침해하는 것이고 소비자인 일반 국민이 세녹스를 연료첨가제로 자유롭게 선택하여 사용할 기회를 박탈하는 것이어서 일반 국민의 행복추구권도 침해한다고 주장하지만 그와 같이 인정할 근거가 부족하고 나아가 이러한 주장은 청구인의 기본권이 침해되었다는 주장이 아니므로 따로 판단하지 않는다.

10. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인들의 심판청구 중 대기환경보전법시행규칙 제8조 제2호에 대한 부분은 부적법하여 각하하고, 나머지 심판청구는 이유없어 이를 모두 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별지 1] 관련조항

○ 대기환경보전법(2002. 12. 26. 법률 제6826호로 일부 개정된 것)

제1조(목적) 이 법은 대기오염으로 인한 국민건강 및 환경상의 위해를 예방하고 대기환경을 적정하게 관리·보전함으로써 모든 국민이 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있게 함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

12. “첨가제”라 함은 탄소와 수소만으로 구성된 물질을 제외한 화학물질로서 자동차의 연료에 소량을 첨가함으로써 자동차의 성능을 향상시키거나 자동차 배출물질을 저감시키는 화학물질로서 환경부령으로 정하는 것을 말한다.

제41조(자동차연료 또는 첨가제의 규제) ① 자동차에 사용하는 연료 또는

첨가제를 제조(수입을 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 자는 환경부령이 정하는 기준에 적합하게 제조하여야 한다.

② 누구든지 제1항의 규정에 의하여 환경부령이 정하는 자동차 연료 또는 첨가제의 제조기준에 적합하지 아니하게 제조된 유류제품 등을 자동차 연료 또는 첨가제로 공급·판매하거나 사용하여서는 아니된다. 다만, 학교·연구기관 등 환경부령이 정하는 자가 시험·연구목적으로 자동차 연료 또는 첨가제를 제조·공급하거나 사용하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 환경부장관은 연료 또는 첨가제로 인하여 환경상의 위해가 발생하거나 인체에 현저하게 유해한 물질이 배출된다고 인정하는 때에는 환경부령이 정하는 바에 의하여 연료 또는 첨가제의 제조·판매 또는 사용을 규제할 수 있다.

제55조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제41조 제1항 또는 제2항 본문의 규정을 위반하여 자동차 연료 또는 첨가제를 제조하거나 공급·판매한 자

○ 대기환경보전법시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것)

제103조(자동차연료 또는 첨가제의 제조기준 등) ① 법 제41조 제1항의 규정에 의한 자동차 연료 또는 첨가제의 제조기준은 별표 30과 같다.

제104조(연료 또는 첨가제의 규제) ① 국립환경연구원장은 법 제41조 제3항의 규정에 의하여 자동차용 연료 또는 첨가제로 인하여 환경상의 위해가 발생하거나 인체에 현저하게 유해한 물질이 배출된다고 인정되는 경우에는 당해 연료 또는 첨가제의 사용제한, 다른 연료로의 대체 또는 제작자동차의 단위연료량에 대한 목표주행거리의 설정등 필요한 조치를 할 수 있다.

○ 석유사업법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 일부 개정된 것)

제26조(유사석유제품의 제조등의 금지) 누구든지 석유제품에 다른 석유제품 또는 석유화학제품을 혼합(석유제품의 종류간 또는 등급이 다른 석유제품간 혼합하는 것을 포함한다)하거나 석유화학제품에 다른 석유화학제품을 혼합하는 등의 방법으로 제조된 것으로서 대통령령이 정하는 제품(이하 “유사 석유제품”이라 한다)을 생산 또는 판매하거나, 판매목적인 유사석유제품임을 알고 이를 저장·운송 또는 보관하여서는 아니된다.

제33조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제26조의 규정에 위반한 자

○ 석유사업법시행령(2003. 6. 30. 대통령령 제18038호로 일부 개정된 것)

제30조(유사석유제품) 법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품은 조연제·첨가제 기타 명목의 여하를 불문하고 자동차관리법 제2조 제1호의 규정에 의한 자동차와 동법시행령 제2조 각 호의 규정에 의한 기계 및 차량(휘발유 또는 경유를 연료로 사용하는 것에 한한다)의 연료로 사용되어 질 수 있는 것을 말한다. 다만, 다음 각 호의 에너지는 이를 유사석유제품으로 보지 아니한다.

1. 대체에너지개발및이용·보급촉진법 제2조의 규정에 의한 대체에너지
2. 기타 산업자원부장관이 에너지 이용효율의 향상을 위하여 이용보급을 확대할 필요가 있다고 인정하여 고시한 에너지

[별지 2] 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 2003헌마544 사건

(가) 엘피파워는 휘발유에 최고 40%까지 첨가할 수 있는 것으로 적합판정을 받은 제품으로서 대기환경보전법시행규칙 제8조 제1호가 개정되기 전까지는 휘발유에 10 내지 20%씩 첨가하도록 판매하여 왔는데 같은 규칙의 개정 에 따라 그 첨가비율이 1% 미만으로 제한되었다. 이에 따라 엘피파워의 판매량이 급격히 줄어들게 되었을 뿐만 아니라 엘피파워를 같은 규칙의 개정내용에 따라 1% 미만으로 첨가할 경우에는 그 효능이 나타나지 아니하여 소비자 들이 이를 구입하지 아니할 것이 예상된다. 이는 청구인으로 하여금 엘피파워 를 제조·판매하지 못하게 하는 것과 다름없어 청구인의 직업선택의 자유 및 재산권을 침해한다.

(나) 이 사건 규칙 제8조 제1호 단서와 별표 30 제2호 라목 단서에서는 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차 연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보장하는 과정에서 첨가하는 물질의 경우에는 이러한 첨가비율과 공급용기의 제한을 적용하지 아니한다는 규정을 두고 있는데 이와 같이 석유정제업자 또는 석유수출입업자 등 대기업에 대하여는 첨가제의 첨가비율과 공급용기에 관하여 아무런 규제를 하지 아니하면서 중소기업인 청구인에게만 규제를 가하는 것은 헌법상의 평등원칙에 위반 된다.

(다) 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문이 첨가제를 자동차용 연료의 부피기준으로 1% 미만으로 첨가하도록 제한한 것은 모법인 대기환경보전법 제2조 제12호의 ‘소량’의 범위를 지나치게 제한한 것으로서 모법의 위임범위를 일탈한 것이다.

(라) 헌법 제119조에 의하면 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하고 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있게 되어 있는 한편, 헌법 제123조 제3항 및 제5항에서는 국가는 중소기업을 보호·육성할 책임이 있고 그 자율적 활동과 발전을 보장하도록 하고 있는데 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문과 별표 30 제2호 라목 본문은 이와 같은 헌법의 규정에 위반된다.

(2) 2003헌마603 사건

(가) 이 사건 규칙 제8조는 첨가제가 그 본연의 목적에 맞지 않게 사용되는 것을 방지하고자 그 첨가비율을 1% 미만으로 제한하고 있는데 첨가제가 본연의 목적에 맞게 사용된다는 것은 첨가제가 적합판정을 받은 첨가비율의 범위 내에서 그 본래의 용도인 첨가제로 사용되는 것을 의미하므로 첨가비율을 현저하게 낮은 수준으로 제한하는 것은 위와 같은 목적을 달성하는 적합한 수단이라고 할 수 없고 적합판정을 받은 첨가비율을 초과하여 판매하는 행위 자체를 단속하지 아니하고 첨가비율 자체를 현저하게 축소하여 청구인이 사실상 영업을 중단할 수밖에 없도록 한 것은 최소침해의 원칙에도 반한다. 나아가 위와 같은 제한으로 세녹스에 대해 최대첨가비율을 40%로 하여 적합판정을 받아 시설투자 등을 한 청구인은 사실상 영업을 중단할 수밖에 없어 막대한 손해를 입게 되고 일반 국민은 대기환경보전에 기여할 수 있는 첨가제를 사용할 수 없게 되어 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 권리를 침해받게 됨으로써 법익균형성의 원칙에도 반한다. 따라서 이 사건 규칙 제8조는 과잉금지의 원칙을 위반하여 청구인의 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유를 침해한다.

(나) 그 동안 세녹스는 자동차의 연료탱크에 주유기를 통하여 직접 주입하는 방법으로 판매되고 있었는데 이 사건 규칙 별표30 제2호 라목이 신설됨에 따라 0.55ℓ 이하의 용기에 담아 공급할 수밖에 없게 되었다. 이는 첨가제의 판매방법을 제한함으로써 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는 것이다.

(다) 대기환경보전법 제2조 제12호는 첨가제가 어떠한 물질을 의미하는 것인지를 환경부령으로 구체화하도록 한 것일 뿐 첨가제의 첨가비율을 환경부

령으로 정하도록 위임한 것으로 볼 수 없고, 같은 법 제41조 제1항 또한 첨가제의 제조기준을 환경부령으로 정하도록 위임한 것일 뿐 첨가제의 첨가비율을 정하도록 위임한 것이라고 할 수 없으므로 이 사건 규칙 제8조가 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한한 것은 법률의 근거없이 하위법규를 통하여 청구인의 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 법률에 의한 기본권 제한원칙을 정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다. 또한 이 사건 규칙 제8조가 휘발유에 40%까지 첨가하여 사용할 경우 배출가스 저감효과가 있는 세녹스를 휘발유에 1% 미만으로만 사용하도록 하여 배출가스 저감효과가 현저히 줄어들게 하는 것은 모법인 대기환경보전법의 입법취지에 반하는 것으로 모법의 위임범위를 일탈한 것이다.

(라) 대기환경보전법 제41조 제1항에서는 환경부령으로 첨가제의 제조기준을 정하도록 위임하고 있는데 일반적으로 제조기준이라 함은 첨가제의 품질, 성상, 구성성분과 같이 첨가제의 제조에 관한 사항만을 의미한다고 보아야 하므로 이 사건 규칙 별표30 제2호 라목이 제조기준이라는 명목하에 첨가제의 공급용기를 제한하고 있는 것은 위 모법의 위임의 범위를 벗어난 것이다. 이는 법률의 근거없이 하위법규를 통하여 청구인의 직업선택의 자유 및 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 법률에 의한 기본권 제한 원칙을 정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다.

(마) 이 사건 규칙 부칙 제1항은 같은 규칙을 그 공포일로부터 시행하도록 규정하면서 같은 부칙 제2항에서 그 시행당시 첨가제 제조기준에 적합한 것으로 검사를 받은 첨가제 중에서 같은 규칙 제8조 및 별표 30 제2호 라목의 개정규정에 적합한 첨가제의 경우 이 규칙에 의한 첨가제 제조기준에 적합한 것으로 검사를 받은 것으로 본다는 규정을 두고 있을 뿐 그 외에 세녹스와 같이 1% 이상의 첨가비율로 적합판정을 받은 첨가제에 대하여는 일체의 경과 규정이나 유예기간을 두고 있지 아니하며 기타 재산상의 손실을 최소화하거나 이를 보상할 수 있는 어떠한 조치도 마련하고 있지 않다. 첨가비율을 1% 미만으로 제한하는 이 사건 규칙 제8조는 현재 진행중인 사실관계 및 법률관계에 작용하는 부진정소급입법으로서 기존의 적합판정을 신뢰하여 시설투자를 하고 상당한 기간동안 이 사건 제품을 제조·판매해 온 청구인의 재산권을 신뢰보호의 원칙에 반하여 침해하는 것이다.

(바) 이 사건 규칙 제8조는 첨가제의 첨가비율을 1% 미만으로 제한하면서도 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자가 석유제품을 제조하는 과

정에서 사용하는 첨가제에 대해서는 이러한 첨가비율의 제한을 적용하지 아니하도록 하고 있어 석유정제업자의 경우 첨가제인 엠티비이 등을 약 15%의 범위 내에서 첨가할 수 있게 되는데 첨가제는 차량 연료에 혼합하여 성능을 향상시키거나 배출가스를 저감하는 물질로서 이미 제조된 휘발유 등 연료에 사후적으로 첨가하더라도 이러한 첨가제 본연의 기능을 수행함에는 아무런 문제가 없는 것인데도 이를 달리 취급하고 있는 것이다. 따라서 이 사건 규칙 제8조는 합리적인 이유없이 석유정제업자와 첨가제 제조업자를 차별하는 것으로 청구인의 평등권을 침해한다.

(사) 이 사건 규칙 제8조와 별표 30 제2호 라목은 배출가스 저감효과가 있는 세녹스의 제조·판매를 사실상 금지시키는 결과를 가져오는데 이는 일반 국민이 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 기회를 차단하는 것으로 일반 국민의 인간다운 생활을 할 권리 및 환경권을 침해하는 것이고 또한 소비자인 일반 국민이 이 사건 제품을 연료첨가제로 자유롭게 선택하여 사용할 기회를 박탈하는 것이어서 일반 국민의 행복추구권도 침해한다.

나. 환경부장관의 의견

(1) 2003헌마544 사건

(가) 대기환경보전법의 첨가제, 즉 '자동차의 연료에 소량을 첨가함으로써 자동차의 성능을 향상시키거나 자동차 배출물질을 저감시키는 것'이라면 1% 미만을 첨가하여도 그 효능이 나타날 수 있다. 현재 유통중인 첨가제의 대부분이 자동차용 연료의 부피기준으로 1% 미만을 첨가하는 것으로 검사를 받아 제조·판매되고 있고 이들 제품은 첨가제 제조기준에 적합한 것으로 확인된다. 아울러 1% 이상 첨가하는 제품으로 제조·판매하고자 하는 경우에는 석유사업법의 관련 규정과 대기환경보전법의 연료제조기준에 적합하게 하여 연료로 제조·판매할 수 있으므로 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문으로 인하여 청구인의 직업선택의 자유 및 재산권을 침해당하였다고 볼 수 없다. 또한 헌법 제23조는 '재산권의 내용과 한계는 법률로 정하고 그 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야'한다고 규정하고 있는데 청구인이 주장하는 재산권의 침해는 엘피파워가 석유사업법 제26조의 규정에 의한 유사석유제품으로 판정을 받아 정상적으로 유통이 불가능해진 데서 비롯된 것이므로 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문이 청구인의 재산권을 침해하는 것은 아니다.

(나) 석유사업법의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차 연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 물질

에 대하여 첨가비율의 제한을 두지 아니한 것은 위 연료제조업자가 연료를 제조하는 과정에서 첨가하는 물질은 연료에 부과되는 각종 조세를 부과받는 등 연료의 일부로 관리되고 아울러 위와 같은 연료제조업자의 경우에는 최종적으로 첨가제 제조기준보다 훨씬 엄격한 연료제조기준을 만족시켜야 하므로 사후에 자동차를 운행하는 자가 연료에 첨가하는 첨가제와는 다른 수준의 관리가 필요하다고 보기 때문이다. 즉, 이 사건 규칙 제8조 제1호 단서 및 같은 규칙 별표 30 제2호 라목 단서는 관리 목적 및 체계상 필요하여 연료제조업자인 석유정제업자(석유수출입업자 포함)와 첨가제 제조업자간에 차이를 둔 것에 불과하다.

(다) 이 사건 규칙 제8조 제1호 본문은 대기환경보전법에서 ‘소량’이라고만 규정한 첨가비율의 범위를 구체적으로 명시하여 해석상 논란의 소지를 없앤데 불과하며 같은 규정이 신설되기 이전에도 이미 40여개 이상의 중소기업이 100여개 이상의 첨가제를 위 기준에 맞게 제조·판매하여 온 점에 비추어 볼 때 같은 규정이 중소기업의 자율과 발전을 침해한 것이라고 할 수 없다.

오히려 청구인이 엘피파워를 첨가제라는 명목하에 교통세 등을 부담하지 아니하고 휘발유보다 훨씬 싼 가격으로 판매하여 시장에서 우위를 점하게 되자 다른 사업자들도 이를 모방하여 세녹스 등의 유사제품을 첨가제로 시장에 내놓았다. 자동차용 연료에 부과기준으로 40%나 첨가되는 이러한 제품들이 대규모로 판매될 경우 사업자들은 교통세 등 높은 세금을 부과받는 휘발유를 생산하지 아니하고 손쉬운 방법으로 용제와 일부 알콜을 혼합한 엘피파워와 같은 제품을 생산하게 될 것인데 이로 인하여 연료의 유통질서에 커다란 혼란을 가져오고 국가의 재정기반이 위협받는 결과가 초래될 수도 있다.

(2) 2003헌마603 사건

2003헌마603 사건에 대한 환경부장관의 의견은 2003헌마544 사건에서 제시한 의견과 대체로 동일하고 추가된 내용은 다음과 같다.

(가) 대기환경보전법에서 ‘소량’의 기준을 명시적으로 제시하지 않았다고 할지라도 이 사건 규칙 제8조 제1호는 법률상 소량으로 규정한 입법취지에 부합하게 국내외의 사례와 경험적 판단에 따라 소량의 범위를 1% 미만으로 구체화하여 집행상의 혼란을 방지하고자 한 것이므로 이는 청구인의 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다.

(나) 일반적 의미에서 제품이라 함은 그 제품의 내용물만을 의미하는 것이 아니라 내용물을 담는 용기·포장재를 포함한 전체를 의미한다고 볼 수 있다.

므로 첨가제 제조기준에서 첨가제를 포장하는 용기에 관하여 규정한다고 하여 이를 가리켜 모법의 위임범위를 벗어났다고 보기 어렵다.

[별지 3]

대기환경보전법시행규칙 별표 30 자동차연료 및 첨가제 제조기준(제103조 관련)

1. 자동차연료 제조기준

가. 휘발유

기준항목	적용기간	
	2001년 12월 31일까지	2002년 1월 1일부터
방향족화합물함량(부피%)	35 이하	35 이하
벤젠함량(부피%)	2 이하	1.5 이하
납 함 량(g/l)	0.013 이하	0.013 이하
인 함 량(g/l)	0.0013 이하	0.0013 이하
산소함량(무게%)	1.3 이상 2.3 이하	1.0 이상 2.3 이하
올레핀함량(부피%)	23 이하	18(23) 이하
황 함 량(ppm)	200 이하	130 이하
증기압(kPa, 37.8℃)	82 이하	70 이하
90%유출온도(℃)	175 이하	175 이하

- 비 고 : 1. 올레핀함량에 대하여 ()안의 기준을 적용할 수 있다. 이 경우 방향족 화합물함량을 30 이하로 적용한다.
2. 벤젠함량 기준의 경우 2005년 이후에는 1.0 이하로 한다.
3. 매년 4월 1일부터 10월 31일까지 출고되는 제품에 대하여는 산소함량을 2.3 이하로 한다.
4. 황함량 기준은 2002년에 한하여 평균 120 이하, 최고 150 이하를 적용 할 수 있다.
5. 증기압 기준은 2001년까지는 4월 1일부터 10월 31일까지, 2002년부터는 6월 1일부터 8월 31일까지 출고되는 제품에 대하여 적용한다.
6. 위 표에 규정되지 아니한 자동차연료의 제조기준에 대하여는 석유사업법에 의한다.

나. 경 유

기준항목	적용기간	2001년 12월 31일까지	2002년 1월 1일부터
	10%잔류탄소량(%)		0.15 이하
밀도@15℃(kg/m ³)		-	815 ~ 855
황 함 량(무계%)		0.05 이하	0.043 이하
다 고 리 방 향 족		-	-
윤 활 성		-	-

비 고 : 1. 다고리방향족 및 윤활성의 기준은 환경부장관이 고시하는 측정방법에 따라 2001년 7월 1일 이후 환경부장관이 정하여 고시한다.

2. 위 표에 규정되지 아니한 자동차연료의 제조기준에 대하여는 석유사업법에 의한다.

다. LPG

항 목	기 준
황함량	0.02%
증기압(40℃, MPa)	1.27 이하
밀도(g/cm ³)	0.500 ~ 0.620
등판부식(40℃, 1시간)	1 이하
100ml 증발잔류물(ml)	0.05이하

비 고 : 1. 매년 11월 1일부터 3월 31일까지 출고되는 제품의 프로판 혼합비율은 15% 이상, 30% 이하로 한다.

2. 위 표에 규정되지 아니한 자동차연료의 제조기준에 대하여는 석유사업법에 의한다.

2. 첨가제 제조기준

가. 첨가제 제조자가 제시한 최대의 비율로 첨가제를 자동차연료에 혼합한 경우의 성분(첨가제+연료)이 제1호의 자동차연료 제조기준에 적합하여야 하며,

혼합된 성분 중 카드뮴(Cd)·구리(Cu)·망간(Mn)·니켈(Ni)·크롬(Cr)·철(Fe)·아연(Zn) 및 알루미늄(Al)의 농도는 각각 1.0mg/ℓ 이하이어야 한다.

나. 첨가제 제조자가 제시한 최대의 비율로 첨가제를 자동차의 연료에 주입한 후 시험한 배출가스 측정치가 첨가제를 주입하기 전 보다 배출가스 항목별로 10% 이상 초과하지 아니하여야 하고, 배출가스 총량은 첨가제를 주입하기 전보다 5% 이상 증가하여서는 아니된다.

다. 법 제36조의2 제1항의 규정에 의하여 환경부장관이 정하는 배출가스 저감장치의 성능 향상을 위하여 사용하는 첨가제의 제조기준은 환경부장관이 정하여 고시한다.

라. 제조된 휘발유용 첨가제의 경우에는 0.55ℓ 이하의 용기에, 경유용 첨가제의 경우에는 2ℓ 이하의 용기에 담아서 공급하여야 한다. 다만, 석유사업법 제2조의 규정에 의한 석유정제업자 또는 석유수출입업자가 자동차연료인 석유제품을 제조하거나 품질을 보정하는 과정에서 첨가하는 첨가제의 경우에는 그러하지 아니하다.

음반·비디오물및게임물에관한법률 제27조 제2항 등 위헌확인

(2005. 2. 3. 2003헌마930 전원재판부)

【판시사항】

1. 일반게임장업에서 18세이용가 게임물의 설치비율을 제한함으로써 결과적으로 전체이용가 게임물의 설치를 일정비율 강제하고 있는 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제27조 제2항 및 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하고, 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지표시를 하도록 규정한 법 제32조 제4호가 게임장업자의 직업수행의 자유를 침해하는지 여부(소극)

2. 법 제27조 제2항이 일반게임장의 영업장 및 그 시설물에 대한 게임장업자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

3. 법 제27조 제2항이 일반게임장에 출입하는 청소년으로 하여금 18세이용가 게임물을 이용하도록 방치·조장함으로써 청소년보호의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법 제27조 제2항은 일반게임장업으로 등록한 자가 게임장 내에 전체이용가 게임물을 비치하지 않고 18세이용가 게임물만을 설치하여 실질적으로 성인전용게임장 영업을 하는 것을 금지함으로써 게임장의 사행화 및 도박장화를 방지하여 건전한 사회기풍을 조성하려고 함에 있는 것으로 일반게임장업자가 게임장 내에 18세이용가 게임물을 제공하는 것 자체를 금지하는 것이 아니라 일반게임장업자로 하여금 두 종류 게임물의 설치비율을 조정하여 전체이용가 게임물을 일정 부분 설치할 것을 요구하고 있는 것에 그치고 있으므로 위 조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

법 제32조 제4호가 일반게임장업자에게 청소년의 18세이용가 게임물 이용을 방지하기 위한 조치를 취할 의무를 부과하고 있는 것은 청소년 보호라는 입법목적에 기여하는 효과적이고 적절한 수단이다 할 것이고, 게임제공업자의 직업수행의 자유를 덜 제한하는 방법을 상정하기도 어려우므로 위 조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

2. 법 제27조 제2항은 일반게임장 내에 상대적으로 수익성이 적은 전체이용가 게임물을 일정비율 설치하여 공중의 이용에 제공하게 함으로써 일반게임장업자가 소유권 또는 이용권을 확보한 영업장 및 그 시설물을 더 큰 수익을 올리는 방향으로 이용하는 것을 제한하고 있으나, 이는 성인전용게임장의 설치를 허용하고 있지 않은 현행법하에서 일반게임장으로 등록된 뒤 18세이용가 게임물만을 비치·제공함으로써 실질적으로 성인전용게임장 영업을 하는 것을 막아 건전한 국민생활을 저해하는 과도한 사행심의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하기 위한 것이고, 위와 같은 재산권행사의 제한으로 인하여 일반게임장업자가 받게 되는 불이익은 위 공익목적에 비하여 과도한 것이라고 할 수 없으므로 위 조항이 헌법이 보장하고 있는 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 것은 아니다.

3. 음반·비디오물및게임물에관한법률은 일반게임장업자에게 전체이용자 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하고 18세이용가 게임물의 비치장소에 청소년의 출입금지 표시를 하게 하였으며, 청소년에게 18세이용가 게임물을 제공하는 것을 금하고 있고, 위와 같은 영업자 준수사항을 위반한 경우 영업정지등 행정처분과 형사상 처벌을 받게 함으로써 일반게임장에 출입하는 청소년의 보호에 필요한 여러 조치를 마련하고 있으므로, 법 제27조 제2항이 일반게임장에 출입하는 청소년의 보호에 다소 미흡한 점이 있다고 하더라도 그것만으로 청소년으로 하여금 18세이용가 게임물을 이용하도록 방지·조장하는 것이라거나 청소년보호의 원칙에 반하는 것이라고 할 수는 없다.

【심판대상조문】

음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정된 것) 제27

조(비디오물 시청제공업 등의 등록) ① 생략

② 제1항의 규정에 의한 일반게임장업을 영위하고자 하는 자는 18세이용가 게임물을 대통령령이 정하는 비율 이상 설치·운영하여서는 아니 된다. 이 경우 관광진흥법에 의한 호텔업 및 유원시설업에서 일반게임장을 영위하는 경우에는 그 설치비율을 달리 정할 수 있다.

③ 생략

음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정된 것) 제32조(유통관련업자의 준수사항) 제2조 제8호 내지 제12호의 규정에 의한 영업(복합유통·제공업의 경우에는 제8호 내지 제11호에 해당하는 영업이 포함된 영업에 한한다)을 영위하는 자(이하 "유통관련업자"라 한다)는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

1.~3. 생략

4. 일반게임장업자는 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하여야 하며, 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지 표시를 할 것

5.~7. 생략

【참조조문】

음반·비디오물및게임물에관한법률시행령(2001. 10. 20. 대통령령 제17395호로 전문개정된 것) 제10조(일반게임장의 18세이용가 게임물 설치비율) 법 제27조 제2항의 규정에 의하여 일반게임장업을 영위하는 자가 설치·운영할 수 있는 18세이용가 게임물의 설치비율은 총 게임물수(3인 이상의 이용자가 동시에 이용할 수 있는 게임물의 경우에는 그 이용자수를 게임물수로 본다)의 100분의 60 이내로 한다. 다만, 관광진흥법 제3조 제1항의 규정에 의한 호텔업 시설 및 유원시설업 시설 안에서 일반게임장업을 영위하고자 하는 경우에는 그 설치비율을 100분의 80 이내로 한다.

【참조판례】

1. 헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 49
2. 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 373
헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 91
헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651

【당 사 자】

청 구 인 백○수

대리인 변호사 정영천

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2003. 8. 18.부터 부산 ○구 ○○동 1200의 11에서 음반·비디오물 및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정된 것) 제2조 제9호 나목의 일반게임장인 ‘○○오락실’을 운영하여 온 자로서, 2003. 11. 11. 부산광역시 동구청장으로부터 전체이용가 게임물을 설치하지 아니하고 18세이용가 게임물만을 설치함으로써 위 법률 제32조 제4호를 위반하였다는 이유로 위 법률 제39조 제1항 제5호에 따라 10일간(2003. 11. 12.~2003. 11. 21.)의 영업정지처분을 받았고, 1년 이내에 동일한 위반사항으로 적발될 경우 가중처벌한다는 경고까지 받았다.

이에 청구인은 ‘일반게임장업을 영위하고자 하는 자는 18세이용가 게임물을 대통령령이 정하는 비율 이상 설치·운영하여서는 아니 된다’고 규정하고 있는 위 법률 제27조 제2항 및 ‘일반게임장업자는 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하여야 하며, 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지 표시를 할 것’을 규정하고 있는 위 법률 제32조 제4호가 청구인의 재산권 및 직업선택의 자유를 침해하며 헌법 제34조 제4항이 정하고 있는 청소년 보호 정신에도 위반된다고 2003. 12. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제27조 제2항, 제32조 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 규정 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제27조(비디오물 시청제공업 등의 등록) ① 비디오물 시청제공업, 일반게임장업 또는 노래연습장업을 영위하고자 하는 자는 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장·군수 또는 구청장에게 등록하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 일반게임장업을 영위하고자 하는 자는 18세이용가 게임물을 대통령령이 정하는 비율 이상 설치·운영하여서는 아니 된다. 이 경우 관광진흥법에 의한 호텔업 및 유원시설업에서 일반게임장을 영위하는 경우에는 그 설치비율을 달리 정할 수 있다.

③ 생략

제32조(유통관련업자의 준수사항) 제2조 제8호 내지 제12호의 규정에 의한 영업(복합유통·제공업의 경우에는 제8호 내지 제11호에 해당하는 영업이 포함된 영업에 한한다)을 영위하는 자(이하 “유통관련업자”라 한다)는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

4. 일반게임장업자는 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하여야 하며, 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지 표시를 할 것

음반·비디오물및게임물에관한법률시행령(2001. 10. 20. 대통령령 제17395호로 전문개정된 것)

제10조(일반게임장의 18세이용가 게임물 설치비용) 법 제27조 제2항의 규정에 의하여 일반게임장업을 영위하는 자가 설치·운영할 수 있는 18세이용가 게임물의 설치비용은 총 게임물수(3인 이상의 이용자가 동시에 이용할 수 있는 게임물의 경우에는 그 이용자수를 게임물수로 본다)의 100분의 60 이내로 한다. 다만, 관광진흥법 제3조 제1항의 규정에 의한 호텔업 시설 및 유원시설업 시설 안에서 일반게임장업을 영위하고자 하는 경우에는 그 설치비용을 100분의 80 이내로 한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

현행 음반·비디오물및게임물에관한법률은 게임제공업을 전체이용가 게임물만을 설치하여 제공하는 청소년게임장업과 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 같이 제공하는 일반게임장업으로만 구분하고 있고(법 제2조 제9호 가목, 나목), 18세이용가 게임물만을 설치하여 청소년의 출입을 제한하는 형태의 성인전용게임장업은 허용하고 있지 아니하다.

음반·비디오물및게임물에관한법률시행령 제10조에 따르면 일반게임장에 설치할 수 있는 18세이용가 게임물은 총 게임물수의 100분의 60 이내로 제한되므로 결국 100분의 40 이상은 전체이용가 게임물을 설치하여야 하는데, 일단 게임장에 청소년의 출입이 허용되면 게임장업자가 청소년이 18세이용가 게임물을 이용하지 못하도록 일일이 통제하는 것은 사실상 불가능하다.

따라서 이 사건 법률조항들이 일반게임장에 반드시 일정비율 이상 전체이용가 게임물을 비치하도록 강제하는 것은 오히려 일반게임장에 청소년의 출입을 방지, 조장하고 청소년들을 사행성이 높은 18세이용가 게임물에 노출시키는 결과를 초래하여 청소년의 복지향상을 위해 노력해야 한다는 헌법정신

에 위배될 뿐만 아니라, 청소년을 자식으로 두고 있는 청구인으로서 일반게임장의 영업을 그만 둘 수밖에 없게 되어 청구인의 직업선택의 자유도 침해받게 된다.

또한, 일반게임장의 경우 등록을 위하여 바닥면적 50제곱미터 이상을 확보하여야 함에도 불구하고 손님들이 거의 이용하지 않는 전체이용가 게임물을 100분의 40 상당 설치하여야 하는바, 이는 거액을 들여 영업장을 개설하고서도 그 중 상당부분을 영업에 사용하지 못하는 결과가 됨으로써 부당하게 재산권을 침해당하게 된다.

나. 문화관광부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

청구인에 대한 영업정지처분은 청구인이 이를 다투지 아니하여 2003. 11. 21.경 이미 확정된 것이고, 장래 다시 이 사건 법률조항들에 대한 위반으로 영업정지처분이나 형사처벌을 받게 될 가능성이 있다고 하더라도 그와 같은 단순한 잠재적인 가능성만으로는 기본권 침해의 현재성을 인정할 수 없다.

또한, 이 사건 법률조항들 자체로는 청구인의 기본권을 침해하지 아니하고 영업정지처분이나 형사처벌 등 별도의 집행행위가 매개되어야만 하므로 침해의 직접성을 인정할 수도 없다.

청구인으로서 위 영업정지처분에 대하여 행정소송 등의 구제절차를 밟고 그 과정에서 이 사건 법률조항들의 위헌 여부를 다룰 수 있었음에도 불구하고 이와 같은 사전구제절차를 거치지 아니한 채 곧바로 이 사건 헌법소원을 제기한 것이므로 보충성의 원칙에도 위반된다.

(2) 본안에 관하여

첫째, 법 제27조 제2항은 일반게임장에 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 설치하여 성인과 청소년 모두 출입할 수 있게 함으로써 일반게임장의 사행화 및 도박장화를 방지하고 건전한 가족 오락공간이 되도록 하고 있고, 법 제32조 제4호는 일단 일반게임장으로 영업허가를 받은 자가 18세이용가 게임물만을 설치, 제공함으로써 탈법으로 성인전용오락 영업을 하는 것을 금하고 있다.

일반게임장은 전체이용가 게임물 구역과 18세이용가 게임물 구역을 “높이 1.5미터 이상 칸막이”로 구획하도록 음반·비디오물및게임물에관한법률시행규칙 제5조 별표 2에서 규정되어 있고, 18세이용가 게임물의 비치장소에는 “청소년출입금지”라는 안내문을 반드시 게시하도록 의무화되어 있으므로 영

업자의 허락 또는 방치·묵인 없이도 18세이용가 게임물에 대한 청소년의 접근성이 보장되는 것은 아니다. 따라서 이 사건 법률조항들이 청소년보호에 역행하는 것이 아니다.

둘째, 현행법은 일반게임장에 대하여 바닥면적 500제곱미터 이상을 확보할 것을 요구하고 있지 아니하므로, 재산권침해 주장은 더 나아가 살펴 볼 것이 이유 없다.

셋째, 법 제27조 제2항은 직접적으로는 전체이용가 게임물을 100분의 40 이상 설치하도록 강제하고 있는 것이 아니라 대통령령에 그 비율을 위임하고 있고 다만 시행령 제10조가 18세이용가 게임물의 설치를 100분의 60 이내로 제한하고 있는데 그치고 있을 뿐인데, 가사 그와 같은 규제비율이 법 제27조 제2항으로부터 직접 도출된다고 하더라도 직업선택의 자유는 무제한적인 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항에 따라 ‘국민의 문화적인 삶의 질 향상’이나 ‘청소년의 보호’라는 공공복리를 위하여 필요한 범위 내에서 제한할 수 있는 것으로, 법 제27조 제2항은 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니다.

3. 적법요건에 관한 판단

이 사건 법률조항들은 별도의 집행행위 없이 직접 일반게임장업 영업자인 청구인으로 하여금 18세이용가 게임물을 일정 비율 이상 설치·운영하지 못하도록 하고, 18세이용가 게임물과 전체이용가 게임물을 서로 구분하여 비치·관리하여야 할 뿐만 아니라 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지 표시를 할 의무를 부과하고 있는바, 이러한 의무부과는 청구인의 직업수행의 자유, 재산권의 행사를 현재 직접 제한하고 있는 것이라 할 수 있으므로, 자기관련성, 직접성, 현재성 요건이 인정된다.

또한, 이 사건에서와 같이 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어 구제절차가 있는 경우가 아니므로 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204; 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589 참조).

그렇다면 청구인의 심판청구는 적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 전자유통기장업에 관한 규제법률의 변화

(1) 구 공중위생법(1986. 5. 10. 법률 제3822호로 제정된 것)

구 공중위생법 제2조 제1항 제1호 바목, 구 공중위생법시행령(1986. 11. 11. 대통령령 제11999호로 제정된 것) 제3조 제4호 나목에 처음 규정되기 시작한 전자유기장업은 성인용 전자유기장업과 청소년용 전자유기장업으로 나뉘었는데, 성인용 전자유기장업은 유기장업의 일종인 당구장업(위 시행령 제3조 제4호 가목)과 함께 18세 미만의 자의 이용이 제한되었다(위 법 제4조 제3항, 제12조 제2항 제3호 라목, 시행령 제5조). 성인전용유기장업소가 아닌 유기장업소에서는 성인전용유기장업소에만 설치·사용할 수 있는 유기기구를 설치·사용할 수 없었다(위 법 제12조 제2항 제3호 다목). 당시 전자유기장업을 포함한 유기장업은 보건사회부령이 정하는 시설 및 설비를 갖추고 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 했다.

1995. 12. 29. 법률 제5100호로 개정된 구 공중위생법은 성인전용전자유기장업소에만 설치되던 기계식유기기가 사행행위에 사용될 우려가 있다는 이유로 유기장업 중 18세 미만의 자의 이용을 규제하는 영업에 관한 종전의 규정을 폐지함으로써 성인전용유기장 영업이 금지되었고, 이에 따라 1996. 6. 29. 대통령령 제15091호로 개정된 구 공중위생법시행령에서도 종전에 성인용 전자유기장업과 청소년용 전자유기장업으로 구분되던 것이 컴퓨터게임장 단일 명칭으로 변경되었다(위 시행령 제3조 제3호 가목).

(2) 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것)

구 공중위생관리법(1999. 2. 8. 법률 제5839호로 제정된 것) 부칙 제2조로 구 공중위생법이 폐지되고, 구 공중위생법 및 동 시행령에서 규율되던 컴퓨터 게임장업을 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정된 것) 제2조 제5호 다목에서 게임제공업이란 명칭으로 규정하게 되었다.

당시 게임물의 등급은 전체이용가, 12세이용가, 18세이용가(위 법 제18조 제2항)로 분류되었고 그 중 전체이용가 또는 18세이용가에 한하여 게임장에서 제공될 수 있었는데, 게임물 중 사행성이 지나친 경우 사용불가로 결정하여 등급분류대상에서 배제하였다(위 법 제18조 제3항).

게임제공업은 종전의 허가제에서 등록제로 바뀌어 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추고 문화관광부장관, 시장, 군수, 자치구의 구청장에게 등록하도록 하였는데(위 법 제7조 제2항), 게임장은 18세이용가 등급의 게임물도 오락제

공할 수 있는 종합게임장과 전체이용가 등급의 게임물에 한하여 오락제공할 수 있는 그 밖의 게임제공업소로 구분되었다.

위 종합게임장은 시·도지사로부터 지정을 받아야만 가능하고 종합게임장에 설치하는 18세이용가 등급의 게임물은 일정비율로 제한되며(위 법 제21조 제1항), 18세이용가 게임물과 그 외의 게임물은 분리·관리하여야 한다(위 법 제21조 제3항).

종합게임장에서 설치할 수 있는 18세이용가 등급의 게임물은 100분의 50의 범위 안에서 문화관광부장관이 고시로 정하고, 종합게임장의 지정을 받은 자는 종합게임장안의 18세이용가 게임물의 이용 장소에 “18세미만 이용불가”라는 표시를 하고 연소자가 이를 이용하지 못하도록 하여야 한다(1999. 5. 15. 대통령령 제16312호로 제정된 구 음반·비디오물및게임물에관한법률시행령 제28조 제3항, 제4항). 종합게임장은 전용바닥면적이 500제곱미터 이상이어야 한다(1999. 5. 21. 문화관광부령 제21호로 제정된 구 음반·비디오물및게임물에관한법률시행규칙 제5조, 별표2 제2호).

(3) 현행 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전면개정된 것)

현행 음반·비디오물및게임물에관한법률은 게임물의 등급을 전체이용가, 18세이용가로만 구분하고 있고(법 제20조 제2항 제2호), 게임장업을 전체이용가 게임물만을 제공할 수 있는 청소년게임장업과 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분·설치하여 제공하는 일반게임장업으로 나누고 있는데(법 제2조 제9호), 청소년게임장업은 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장·군수 또는 자치구의 구청장에게 신고하는 것으로 족하나(법 제26조 제2항), 일반게임장업은 문화관광부령이 정하는 시설을 갖추어 시장·군수 또는 구청장에게 등록하여야 한다(법 제27조 제1항).

일반게임장업자는 18세이용가 게임물을 대통령령이 정하는 비율 이상 설치하지 못하나 관광진흥법에 의한 호텔업 및 유원시설업에서 일반게임장을 영위하는 경우에는 그 설치비율을 달리 정할 수 있다(법 제27조 제2항). 이에 따라 음반·비디오물및게임물에관한법률시행령(2001. 10. 20. 대통령령 제17395호로 전문개정된 것) 제10조는 일반게임장업자가 운영할 수 있는 18세이용가 게임물의 설치비율을 100분의 60 이내로 정하고 있으나, 관광진흥법 제3조 제1항의 규정에 의한 호텔업 시설 및 유원시설업 시설 안에서 일반게임장업을 영위하고자 하는 경우에는 그 설치비율을 100분의 80 이내로 정하

였다. 구법에서 종합게임장의 시설기준으로 요구되던 전용바닥면적 500제곱미터 이상의 요건이 일반게임장에는 더 이상 요구되지 않는다.

나. 이 사건 법률조항들의 위헌 여부

(1) 직업의 자유 침해 여부

(가) 헌법은 제15조에서 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 하여 직업의 자유를 보장하고 있다. 헌법은 “직업선택의 자유”만을 언급하고 있지만, 제15조는 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’뿐이 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장한다. 직업선택의 자유와 직업행사의 자유는 기본권주체에 대한 그 제한의 효과가 다르기 때문에 제한에 있어서 적용되는 기준도 다르며, 특히 직업수행의 자유에 대한 제한은 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 작기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수 있다.

법 제2조 제9호는 청소년게임장업과 일반게임장업만을 규정하고 있는바, 문화관광부장관 또는 시장·군수·구청장은 적법하게 등록한 일반게임장업자가 법 제27조의 시설기준(18세이용가 게임물의 설치비율 등)에 위반될 때 또는 법 제32조의 규정에 의한 영업자 준수사항(구분 비치·관리 및 18세이용가 게임물의 비치장소에 청소년의 출입금지 표시를 하는 것)을 위반한 때에는 영업의 폐쇄 또는 등록의 취소를 하거나 6월 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있고(법 제39조 제1항 제3호, 제5호), 등록을 하지 아니하고 영업을 하는 자에 대하여는 당해 영업을 폐쇄하기 위한 조치들을 취할 수 있다(법 제42조 제1항). 또한, 등록하지 아니하고 일반게임장업을 하거나, 일반게임장업자가 제32조 제4호의 규정에 위반하여 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하지 아니한 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해지고(법 제50조 제2호, 제4호), 일반게임장업자가 18세이용가 게임물을 대통령령이 정하는 비율 이상 설치·운영할 경우 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(법 제51조 제2호).

결국 이 사건 법률조항들은 일반게임장업자로 하여금 18세이용가 게임물을 대통령령이 정하는 비율 이상 설치·운영할 수 없도록 함으로써 게임제공업의 영업내용을 제한하고, 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리할 의무 및 18세이용가 게임물의 비치장소에 청소년의 출입금지표시를 할 의무를 부과하는 것으로, 청구인의 직업수행의 자유를 제한하는

규정이다. 청구인의 경우 성인전용게임장 영업을 할 수 없다고 하더라도 성인 전용게임장업은 하나의 독립된 직업내역이 아니라 단지 게임제공업을 수행하는 방법의 하나에 해당할 뿐이기 때문이다(헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 49 참조).

그러나 직업수행의 자유를 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항에 의거한 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다. 즉, 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 위반되지 아니하기 위해서는 직업행사에 대한 제한이 공익상의 이유로 충분히 정당화되고, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법목적을 달성하기에 적절해야 하며, 입법 목적을 달성하기 위하여 동일하게 적절한 수단들 중에서 기본권을 되도록 적게 제한하는 수단을 선택하여야 하고, 제한의 정도와 공익의 비중을 비교형량하여 추구하는 입법목적과 선정된 입법수단 사이에 균형적인 비례관계가 성립하여야 한다.

(나) 법 제27조 제2항

게임제공업에 종사하려고 하는 자로서는 법 제2조 제9호 단서와 같이 다른 법에 의한 허가를 받은 경우를 제외하고는 청소년게임장업이나 일반게임장업을 선택할 수 있을 뿐인데, 일반게임장업을 선택한 경우 일정 비율 내에서만 18세이용가 게임물을 설치하여 영업을 할 수 있다는 점에서 직업수행의 자유가 제한되고 있음은 분명하다.

2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정된 법은 개정안 심사 과정에서 성인전용게임장 설치를 허용하여 청소년게임장과 분리함으로써 청소년보호를 강화하는 방안이 검토되었으나 성인전용게임장을 허용할 경우 게임기구가 사행행위에 이용될 우려가 있고 국민들로부터도 사행행위를 조장한다는 오해를 받을 수 있다는 점, 당시 게임장업자 중 다수가 경제성을 이유로 18세이용가 등급의 게임물을 설치하길 원하면서도 엄격한 시설기준이 적용될 것이 예상되는 성인전용게임장 대신 청소년과 성인 모두를 상대로 한 영업형태를 원하였던 점 등의 이유로 결국 성인전용게임장의 설치를 허용하지 않되 기존의 종합게임장에 비하여 상대적으로 완화된 시설기준을 적용하기로 하였다. 이에 따라 구법의 종합게임장이 시·도지사의 지정을 받아야만 운영할 수 있었던 것을 일반게임장은 별도의 지정 없이도 할 수 있도록 하였고, 종합게임장의 시설기준으로 요구되던 전용바닥면적 500제곱미터 이상의 요건도 폐지하여 종전에 18세이용가 게임을 제공할 수 없었던 자들에게도 그 선택에 따라 성인을 상대로 한 게임제공업을 겸할 수 있도록 일반게임장의 요건을 완화하

였다.

이와 같은 입법과정 및 법 제2조 제9호와 관련하여 볼 때, 법 제27조 제2항의 입법목적은 일반게임장업으로 등록된 자가 게임장 내에 전체이용가 게임물을 비치하지 않고 18세이용가 게임물만을 설치하여 실질적으로 성인전용게임장 영업을 하는 것을 금지함으로써 게임장의 사행화 및 도박장화를 방지하여 건전한 사회기풍을 조성하려고 함에 있다고 할 수 있다.

한편, 현행법상 사행행위를 허용하고 있는 각종 법률들이 있으나, 위 법률들은 공익목적에 따른 일정한 사유가 있는 경우에만 엄격한 요건 하에 예외적으로 이를 허가하고 있다.

즉, 사행행위등규제및처벌특례법(1991. 3. 8. 법률 제4339호로 전문개정된 것) 제2조 제1호의 사행행위영업은 재해구제, 사회복지사업 및 공익사업을 위한 재원을 마련하기 위한 경우 등 공공복리의 증진, 상품의 판매선전, 관광진흥과 관광객의 유치촉진을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에 한하여(위 법 제5조, 동 시행령 제3조) 지방경찰청장 또는 경찰청장의 허가를 받아 할 수 있고(위 법 제4조 제1항), 관광진흥법(2004. 10. 16. 법률 제7232호로 개정된 것) 제3조 제1항 제5호의 카지노업은 호텔업시설 또는 국제회의업시설의 부대시설 안이나, 우리나라와 외국간을 왕래하는 여객선 안에서 카지노업을 하고자 하는 경우에 한하여 문화관광부장관의 허가를 받아 영업할 수 있다(위 법 제20조 제1항, 제5조 제1항, 동 시행령 제28조). 경륜·경정은 지방자치단체 또는 국민체육진흥법에 의하여 설립된 서울올림픽기념국민체육진흥공단만이 문화관광부장관의 허가를 받아 시행할 수 있는데(경륜·경정법 제4조 제1항), 그 수익금은 국민체육진흥기금·청소년육성기금 및 중소기업진흥및산업기반기금에 출연하거나 지방체육진흥등을 위한 지방재정확충 지원, 기타 문화관광부장관이 인정하는 공익사업 등 공익목적에만 사용하여야 하고(위 법 제15조), 서울올림픽기념국민체육진흥공단이 발행하는 체육진흥투표권의 수익금도 문화·체육사업의 지원에 쓰이도록 하고 있다(국민체육진흥법 제22조의2, 제22조의7). 관광복권은 문화관광부장관이 발행하며(관광진흥법 제70조 제1항), 복권및복권기금법 상의 복권은 국무총리 산하의 복권위원회, 복권발행업무의 위탁을 받은 자 또는 재위탁을 받은 자가 아니면 발행할 수 없고(복권및복권기금법 제4조 제1항), 그 기금의 배분 및 용도도 엄격하게 규정되어 있다(위 법 제23조).

성인전용게임장업은 앞서 본 바와 같이 구 공중위생법(법률 제3822호) 제

정 당시 허용되었다가 1995. 12. 29. 구 공중위생법(법률 제5100호) 개정시 사행행위에 이용될 우려가 있다는 이유로 폐지된 이후 현행 법에 이르기까지 허용되고 있지 아니한바, 앞서 개별 법률에서 허용되고 있는 사행행위들의 경우와 달리 성인전용게임장업에는 이를 허용할 특별한 공익목적이 있다고 할 수 없고 그 운영주체 및 수익의 귀속자 또한 사인을 전제로 하고 있으므로, 법 제27조 제2항이 건전한 사회기풍 조성을 위하여 성인전용게임장의 설치를 불허하고 있는 것에 대하여 그 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 위 조항에서 18세이용가 게임물을 일정비율 이상 설치할 수 없도록 규정한 것은 위와 같은 입법목적에 기여하는 적절한 수단이라고 할 수 있다.

법 제27조 제2항은 일반게임장업자가 게임장 내에 18세이용가 게임물을 제공하는 것 자체를 금지하고 있는 것은 아니다. 오히려 현행 법은 앞서 본 바와 같이 일반게임장에 대하여 종전의 종합게임장에 요구되던 시·도지사의 지정절차를 폐지하였고 시설기준으로서 요구되던 최소면적 기준을 삭제하는 등 성인을 상대로 한 게임제공업의 문호를 완화하였다. 18세이용가 게임물이 전체이용가 게임물에 비하여 청구인에게 더 큰 경제적인 이득을 가져다준다고 하더라도 위 조항은 청구인으로 하여금 두 종류 게임물의 설치비율을 조정하여 전체이용가 게임물을 일정 부분 설치할 것을 요구하고 있는 것에 그치고 있는바, 직업수행의 자유를 이보다 더 적게 제한하는 방법을 상정하기 어려우므로 최소침해성의 원칙을 위배한 것도 아니고, 청구인이 입는 불이익이 법 제27조 제2항이 추구하는 목적의 달성으로 인한 공익보다 더 크다고 할 수도 없으므로 법익의 균형성도 인정된다.

그렇다면, 법 제27조 제2항은 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

(다) 법 제32조 제4호

법 제32조 제4호는 일반게임장 내에서 18세이용가 게임물과 전체이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하고 18세이용가 게임물의 비치장소에는 청소년의 출입금지 표시를 할 의무를 부과하고 위반시 제재를 가함으로써 직업수행의 자유를 제한하고 있는바, 그 입법목적은 청소년 보호에 있다고 할 것이다.

성인전용게임장이 허용되고 있지 아니하여 18세이용가 게임물과 전체이용가 게임물이 같은 게임장 업소 내에서 제공되는 현행법 상의 일반게임장에 있어서 법 제32조 제4호가 게임제공업자에게 위와 같은 의무를 부과하

고 있는 것은 일반게임장 내에서 청소년 보호라는 입법목적에 기여하는 효과적이고 적절한 수단이 된다고 할 것이고, 달리 게임제공업자의 직업수행의 자유를 덜 제한하는 방법을 상정하기 어려우므로 침해의 최소성 요건도 충족된다.

또한, 법 제32조 제4호가 게임제공업자에게 위와 같은 사항을 준수할 의무를 부과함으로써 일반게임장업자가 입게 되는 불이익보다 위 조항으로 인하여 보호되는 공익이 더 크다고 볼 수 있으므로 법익의 균형성 원칙에 위배되는 것도 아니다.

결국, 법 제32조 제4호에 의한 의무부과는 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.

(2) 재산권 침해 여부(법 제27조 제2항)

청구인은 일반게임장의 경우 등록을 위하여 바닥면적 500제곱미터 이상을 확보하여야 함에도 불구하고 경제성이 있는 18세이용가 게임물은 100분의 60 밖에 설치할 수 없고 현실적으로 손님들이 거의 이용하지 않고 있는 전체이용가 게임물을 100분의 40 상당 설치하여야 하는바, 이는 거액을 들여 게임장을 개설하고서도 그 중 100분의 40 상당을 영업에 사용하지 못하는 결과가 됨으로써 부당하게 재산권을 침해당하는 것이라고 주장한다.

우선, 구 음반·비디오물및게임물에관한법률시행규칙(1999. 5. 21. 문화관광부령 제21호로 제정된 것) 제5조, 별표 2 제2호가 종합게임장의 시설기준의 하나로 요구하고 있었던 전용면적 500제곱미터 이상의 요건을 현 음반·비디오물및게임물에관한법률시행규칙(2001. 11. 16. 문화관광부령 제57호로 전문개정된 것)이 일반게임장의 요건으로 요구하고 있지 않음은 앞서 본 바와 같다.

헌법은 모든 국민의 재산권은 보장되나, 그 내용과 한계는 법률로 정하고, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다(헌법 제23조 제1항·제2항)고 규정하고 있다. 재산권의 보장은 사적유용성과 처분권의 보장을 그 내용으로 하나 이와 같은 사적유용성과 처분권은 재산권의 사회구속성(헌법 제23조 제2항)과 재산권의 형성적 법률유보(헌법 제23조 제1항 제2문)에 의한 제한의 테두리 안에서 보장된다고 할 수 있다.

재산권의 사회적 구속성은 적극적으로 공공복리에 적합하도록 재산권을 행사하여야할 의무를 부과한다. 재산권이 개인의 자유 확보에 중요한 의미를 가질수록, 그 재산권은 그만큼 강한 보호를 향유한다. 반면 재산권이 사회적인

관련성을 갖고 사회적인 기능을 가지면 가질수록 재산권의 내용과 한계를 결정하는 입법자의 형성의 권한의 폭은 넓게 된다고 할 수 있다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 373). 이 경우에도 헌법 제23조 제1항 제1문에 의하여 보장된 재산권의 귀속과 재산권의 본질을 침해하여서는 안 된다.

법 제27조 제2항은 일반게임장 내에 상대적으로 수익성이 적은 전체이용가 게임물을 일정비율 설치하여 공중의 이용에 제공하게 함으로써 일반게임장업자가 소유권 또는 이용권을 확보한 영업장 및 그 시설물을 더 큰 수익을 올리는 방향으로 이용하는 것을 제한하고 있는바, 일반게임장은 공중에게 게임물을 제공하기 위한 것으로 그 영업장 및 영업시설에 관한 청구인의 재산권은 사회적 관련성을 갖고 있는 것이므로, 단순히 개인의 자유형성의 표현에 해당하는 재산권이 문제된 경우와는 보장의 정도에 있어서 차이가 있을 수밖에 없다.

위와 같은 재산권 행사의 제한은 앞서 본 바와 같이 성인전용게임장의 설치를 허용하고 있지 않은 현행 법 하에서 일반게임장으로 등록한 뒤 18세이용가 게임물만을 비치·제공함으로써 실질적으로 성인전용게임장 영업을 하는 것을 막아 건전한 국민생활을 저해하는 과도한 사행심의 유발을 방지하고 선량한 풍속을 유지하기 위한 것이므로 법 제27조 제2항은 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 18세이용가 게임물을 일정비율 이상 설치하지 못하게 하는 것은 위 공익목적 달성에 효과적이고 적합한 수단일 뿐만 아니라, 위와 같은 재산권 제한으로 인하여 일반게임장업자가 받게 되는 불이익이 위 공익목적에 비하여 과도한 것이라고 할 수 없으므로 침해의 최소성, 법익의 균형성도 갖추고 있다고 할 것이다.

따라서 법 제27조 제2항은 과잉금지의 원칙에 반한다거나 재산권의 본질적인 내용을 침해하고 있는 것이 아니므로 헌법이 보장하고 있는 재산권을 침해하는 것이 아니다.

한편, 청구인의 주장을 영업장 및 영업시설물에 대한 이용제한 자체에 대한 것이 아니라 법 제27조 제2항으로 인하여 18세이용가 게임물을 더 많이 설치하여 수익을 얻을 기회가 제한된다는 점을 다투는 것으로 본다고 하더라도 그것은 헌법이 보호하고 있는 재산권 보장의 대상은 아니므로 재산권침해의 문제가 발생하지 아니한다.

헌법 제23조 제1항에서 보호하고 있는 재산권은 이미 재산권 주체에게 현존하고 있는 재산적 가치가 있는 재화의 존속을 보호하는 것을 내용으로

하고 있고 단순한 수익의 기회나 가능성을 보호하지 않기 때문이다. 우리 재판소는 「헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산적 가치가 있는 구체적 권리이다. 그러므로 구체적 권리가 아닌, 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아니다」라고 판시한 바 있다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 91; 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651).

(3) 청소년보호 원칙 위반 여부(법 제27조 제2항)

청구인은, 성인전용게임장을 별도로 허용하고 청소년의 출입을 금지하는 대신 법 제27조 제2항이 일반게임장에 18세이용가 게임물과 전체이용가 게임물을 같이 설치하게 하여 청소년의 출입을 허용함으로써 청소년으로 하여금 18세이용가 게임물을 이용할 수 있도록 방치·조장하는 것과 다름이 없으므로 위 조항은 헌법 제34조 제4항이 규정하고 있는 청소년보호의 원칙에 위반된다고 주장하고 있다.

살피건대, 청소년의 보호라는 측면에서만 본다면 청소년의 출입이 제한되는 성인전용게임장을 별도로 두는 것이 현실적으로 더 효과적인 방법이 될 것이나 법은 성인전용게임장의 사행화·도박장화를 우려하여 이를 허용하지 않고, 그 대신 일반게임장업자에게 전체이용가 게임물과 18세이용가 게임물을 구분하여 비치·관리하고 18세이용가 게임물의 비치장소에 청소년의 출입 금지 표시를 하게 하였으며(법 제32조 제4호), 청소년에게 18세이용가 게임물을 제공하는 것을 금하고 있고(법 제32조 제5호), 위와 같은 영업자 준수사항을 위반한 경우 영업의 폐쇄 또는 등록의 취소나 6월 이내의 영업의 정지(법 제39조 제1항 제5호)의 행정처분과 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금(법 제50조 제4호)의 형벌을 부과함으로써 일반게임장에 출입하는 청소년의 보호에 필요한 여러 조치를 마련하고 있다.

따라서 법 제27조 제2항이 일반게임장에 출입하는 청소년의 보호에 다소 미흡한 점이 있다고 하더라도 그것만으로 위 조항이 청소년으로 하여금 18세이용가 게임물을 이용하도록 방치·조장하는 것이라거나 청소년보호의 원칙에 반하여 헌법에 위반되는 것이라고 할 수는 없다.

5. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로 이 사건 심판청구를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결

정한다.

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

공직선거및선거부정방지법 제33조

제1항 제2호 등 위헌확인

(2005. 2. 3. 2004헌마216 전원재판부)

【판시사항】

1. 국회의원선거의 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제33조 제1항 제2호가 청구인의 정치적 기본권을 침해하거나 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 후원회지정권자를 공직선거법 제60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자로 한정하고 있는 정치자금에관한법률(이하 ‘정치자금법’이라 한다) 제5조 제1항 제4호가 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 선거운동의 기간을 제한하는 것 자체가 청구인의 정치적 기본권을 과도하게 제한하는 것이 아니라고 할 때, 선거운동의 기간을 어느 정도로 할 것인지 여부는 입법정책에 맡겨져 있다고 볼 수 있고, 그 구체적인 기간이 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다면 이 역시 위헌이라고 볼 수 없다.

이 사건 공직선거법 규정상 선거기간이 14일로 단축되어 선거운동기간이 종전에 비하여 3일 단축되었으나, 선거일 전 120일부터 예비후보자로 등록할 수 있는 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자에 대한 공직선거법 제60조의3에 의한 선거운동의 허용, 후보자 및 후보자가 되려는 자의 인터넷을 통한 선거운동의 허용 등 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거운동 방법이 다양화된 점을 고려한다면, 위 기간이 유권자인 선거구민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 부족한 기간이라고 단정할 수 없다.

그렇다면 이 사건 심판대상인 공직선거법 제33조 제1항 제2호에서

정하는 선거운동 기간은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 않는다.

2. 현행 공직선거법 제60조의2는 예비후보자 등록 제도를 신설하여, 예비후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 120일부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하도록 하고, 예비후보자로 등록한 자는 후원회를 지정할 수 있도록 하여 후원회를 통한 정치자금의 조달에 있어서의 제한을 완화하였는바(정치자금법 제5조 제1항 제4호), 정치자금법의 입법 목적을 고려할 때 후원회를 통한 정치자금조달이 허용되는 대상자를 선정함에 있어 특징이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 제외한 것은 위와 같은 입법 목적을 실현하기 위한 불가피한 선택이고, 예비후보자로 등록 가능한 시점을 선거일 전 120일로 정한 것 역시 예비후보자로 등록되면 관할선거구선거관리위원회의 규제를 받으며 일부 선거운동이 허용되고 후보자 등록무효 규정의 준용을 받는 등 후보자에 준하는 지위가 부여되는 점을 생각할 때(공직선거법 제60조의2, 제60조의3), 그것이 우리 재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라고 단정할 수도 없으므로, 이 사건 정치자금법 규정은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제33조(선거기간)

① 선거별 선거기간은 다음 각 호와 같다.

1. 생략
2. 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일
3. 생략

②, ③ 생략

정치자금에관한법률(2004. 3. 12. 법률 7191호로 개정된 것) 제5조(후원회) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

- 1.~3. 생략
4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자[공직선거법

제60조의2(예비후보자등록) 제1항의 규정에 의하여 등록된 예비후보자를 말한다. 이하 “국회의원후보자등”이라 한다. 다만, 국회의원후보자등이 후원회를 둔 국회의원인 경우는 제외한다.

5. 생략

②~⑤ 생략

【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.

【참조판례】

1. 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 31-32, 37

헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 690, 691

2. 헌재 2000. 6. 1. 99헌마576, 판례집 12-1, 724, 730

헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558, 564-565

【당 사 자】

청 구 인 김 ○

대리인 변호사 김정진

【주 문】

청구인의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 ○○당 서울 ○○ 갑 지구당 위원장으로서, 2004. 4. 15. 실시될 제17대 국회의원 총선거에 ○○당 서울 ○○ 갑 지역구 후보로 출마할 예정이다.

청구인은 국회의원 선거기간을 14일로 정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제33조 제1항 제2호 및 국회의원이 아닌 정치인은 예비후보자등록이 가능한 선거일 전 120일이 되어야 비로소 후원회 지정이 가능하도록 한 정치자금에관한법률 제5조 제1항으로 인하여, 현역 국회의원이나 지명도가 높은 정치인이 아닌 정치신인들은 선거운동의 자유, 참정권, 공무담임권을 침해받고 있으며, 위 규정들은 선거운동 기간 및 선거자금을 마련하기 위한 후원회 설치 기간에 있어 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 차별하고 있으므로 평등원칙 및 헌법 제116조 제1항에 규정된 선거운동의 기회 평등에도 위배된다고 주장하면서, 2004. 3. 18. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제33조 제1항 제2호, 정치자금에관한법률(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정된 것, 이하 ‘정치자금법’이라 한다) 제5조 제1항 제4호 중 “공직선거법 제60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록된 예비후보자” 부분의 위헌 여부이며(청구인은 정치자금법 제5조 제1항에서 후원회 설치가 가능한 기간을 정함에 있어 국회의원인 후보자와 국회의원 이 아닌 후보자를 차별하고 있는 점을 문제삼는 것이므로, 제5조 제1항 중 국회의원 후보자 및 예비후보자에 관련된 제4호만을 심판의 대상으로 삼는 것이 타당하며, 이 이외에 정치자금법의 기본원칙을 정하고 있는 정치자금법 제2조 제1항은 심판의 대상에서 제외한다), 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

공직선거법

제33조(선거기간) ① 선거별 선거기간은 다음 각 호와 같다.

1. 대통령선거는 23일

2. 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일

② 생략

③ “선거기간”이라 함은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일까지를 말한다.

정치자금법

제5조(후원회) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자(이하 “후원회지정권자”라 한다)는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다.

1. 정당의 중앙당[정당법 제8조(신고)의 규정에 의한 중앙당창당준비위원회를 포함한다], 정당의 시·도당

2. 국회의원

3. 대통령선거의 당내경선후보자가 되고자 하는 예비후보자[공직선거법 제60조의2(예비후보자등록) 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자(이하 “대통령선거경선 예비후보자”라 한다)를 말한다. 이 경우 당해 정당의 당헌·당규 등의 규정에 의한 대통령선거의 후보자선출을 위한 경선일이 대통령선거경선예비후보자 등록 개시일 전에 확정된 때에는 그 때부터 대통령선거경선예비후보자로 한다]

4. 지역선거구(이하 “지역구”라 한다)국회의원선거의 후보자 및 예비후보자[공직선거법 제60조의2 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자를 말한다. 이하 “국회의원 후보자 등”이라 한다]. 다만, 국회의원후보자 등이 후원회를 둔 국회의원인 경우는 제외한다.

5. 정당의 중앙당[정당법 제3조(구성)의 규정에 의한 중앙당을 말한다] 대표의 당내 경선후보자(이하 “당대표경선후보자”라 한다)

[관련조항]

공직선거법

제59조(선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조의2(예비후보자등록)의 규정에 의하여 등록한 예비후보자(이하 “예비후보자”라 한다)가 제60조의3(예비후보자의 선거운동)의 규정에 의하여 선거운동을 하는 경우

2. 후보자가 후보자등록기간 중 제60조의3 제1호 내지 제3호의 규정에 의

한 방법으로 선거운동을 하는 경우

3. 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우

정치자금법

제2조(기본원칙) ① 누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다.

②, ③ 생략

제60조의2(예비후보자 등록) ① 예비후보자가 되고자 하는 자(비례대표국회의원선거 및 비례대표시·도의원선거를 제외한다)는 선거일 전 120일(선거일 전 120일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(후원회에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 의하여 등록된 지구당후원회는 이 법 시행일에 해산하고, 시·도지부의 후원회는 당해 지정권자인 정당의 당부가 정당법(2004. 3. 12. 법률 제7190호로 개정) 부칙 제3조(당지부에 관한 경과조치)의 규정에 의하여 시·도당으로 된 때에는 이 법의 규정에 의하여 등록된 시·도당의 후원회로 본다.

제5조(정당의 중앙당 및 시·도당과 후원회에 관한 경과조치) 이 법에 의한 정당의 중앙당 및 시·도당의 후원회는 이 법 시행 후 2년 후에 이를 폐지하고, 정당의 중앙당 및 시·도당의 후원회와 관련된 규정은 모두 폐지한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 공직선거법 제정 이래로 국회의원 선거기간은 17일이었으나, 2004. 3. 12. 개정으로 종전 17일에서 14일로 단축되었다. 14일간의 선거기간 동안 국회의원 후보자가 선거권자에게 후보자에 대한 정보를 자유롭게 전달하는 것은 사실상 불가능하므로, 이러한 규정은 선거운동의 자유를 과도하게 침해하는 것으로서 청구인의 정치적 의사표현의 자유, 선거운동을 하기 위한 목적인 결사의 권리, 참정권, 공무담임권을 침해하며, 단시간에 선거권자에게 자신을 알려야 하는 정치신인들은 선거기간 이전부터 지명도가 높은 후보자 또는 국회의원인 후보자에 비하여 선거권자에게 정보를 제공할 기회에 있어 차별을

받고 있으므로 평등의 원칙에도 어긋난다.

(2) 정치자금법 제2조 제1항은 정치자금법에 의하지 아니하고는 누구든지 정치자금을 기부받을 수 없다고 규정하는바, 법 제5조 제1항에 의하면 국회의원은 4년 내내 후원회를 둘 수 있음에 반하여, 국회의원이 아닌 정치인은 후원회를 두지 못하고 선거법 제60조의2 제1항에 의한 예비후보자등록이 가능한 선거일 전 120일이 되어야 비로소 후원회 지정이 가능하다. 따라서 이는 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 후원회 설치 기간에 있어 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 평등원칙 및 헌법 제116조 제1항에 규정된 선거운동의 기회 평등에도 반하는 것이다.

나. 중앙선거관리위원회의 의견

“특별한 의견이 없다.”

3. 판 단

가. 공직선거법 제33조 제1항 제2호의 위헌 여부

(1) 선거운동기간 제한에 관한 공직선거법 규정 및 연혁

공직선거법에 의하면 선거운동은 당해 후보자 등록 마감일의 다음날부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다(제59조). 그런데 후보자등록 마감일의 다음날부터 선거일까지를 선거기간이라고 말하고(제33조 제3항), 공직선거법 제33조 제1항에서 각 대통령 선거, 국회의원 선거, 지방자치단체의 의회 의원 및 장 선거의 선거기간을 규정하므로, 공직선거법 제33조 제1항에서 선거기간을 어떻게 정하는가에 따라 선거운동기간이 정해지는 것이다. 따라서 국회의원선거의 선거기간을 정하고 있는 공직선거법 제33조 제1항 제2호는 법 제59조와 결합하여 구체적으로 국회의원선거운동을 할 수 있는 기간을 제한하고 있는 것이다.

2004. 3. 12. 개정으로 공직선거법 제33조 제1항 제2호는 구 공직선거법 제정 당시부터 17일로 정해져 있던 국회의원의 선거기간을 14일로 정하였다. 이에 따라 국회의원의 선거운동기간은 종래 16일에서 13일로 3일이 단축되었다.

그런데 한편 위 개정에서는 선거 운동 기간 규정의 예외를 두어, 예비후보자로 등록한 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자가 공직선거법 제60조의3 각 호에 의한 예비후보자 선거운동을 하는 경우 및 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우는 예외적으로 선거운동기간의 제한을 받지 아니하고 할 수 있도록 하였다(제59조 단서 각 호).

따라서 공직선거법의 선거 운동 규제 체제가 선거운동의 주체, 방법, 기간에 관하여 포괄적, 원칙적으로 금지한 다음 특별히 법이 허용하는 사람들만이 법정의 기간 내에 법정의 방법으로만 선거운동을 할 수 있도록 한 점을 고려할 때(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 31-32), 현행 공직선거법의 선거운동기간은 종전에 비하여 단축되었지만, 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거운동의 방법은 사실상 확대되었다고 볼 수 있다.

(2) 선거운동기간 제한 규정에 대한 헌재 결정례

우리 재판소는 “선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다” 라고 규정한 구 대통령선거법 제34조 및 구 공직선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정되어 1994. 12. 22. 법률 제4796호로 개정 전의 것) 제59조의 선거운동기간 제한규정에 대하여 각 합헌판단을 한 바 있다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15; 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677).

그 요지는 다음과 같다.

『기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 지나친 경쟁으로 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다. …… 선거운동 기간의 제한은 그 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다.』

한편 위 결정례에서 각 선거 관련 조항의 구체적인 선거운동기간은 구 대통령선거법에 의한 대통령선거운동기간의 경우 최대 28일에서 최소 23일(93헌가4등 사건), 구 공직선거법에 의한 국회의원선거운동기간의 경우 최대 16일(94헌마97 사건)이었다. 구 대통령선거법에 의한 대통령선거운동기간에 대해서는 “28일 내지는 23일이라는 선거운동기간은 우리나라의 영토 넓이와 유권자의 수, 특히 오늘날 신문, 방송 등 대중정보매체가 광범위하게 보급되어 있고, 선거운동에 있어서도 그와 같은 대중정보매체의 활용이 중요성을 더해가고 있는 점, 전국이 1일 교통권에 들어간 현재의 교통수단 등에 미루어 볼 때 유권자인 국민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 결코

부족한 기간이라 할 수 없다”고 판시하였으며(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 37), 구 공직선거법에 의한 국회의원선거운동기간이 최대 16일인 것이 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것인지 여부는 별도의 쟁점이 되지 않았으나, 대통령선거운동기간과 다소 차이가 있다고 하여도 심판대상인 선거운동기간 제한규정 자체에 대하여 달리 판단해야 할 필요성이 인정되지는 아니한다고 판시하였다(헌재 1995. 11. 30. 94헌마97, 판례집 7-2, 677, 690-691).

(3) 이 사건 공직선거법 규정의 위헌 여부

이 사건 헌법소원에서도 위 결정에서 판시한 “선거운동기간 제한 규정의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등”에 대하여 달리 판단해야 할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니한다.

다만 청구인은 이 사건 심판대상인 공직선거법 규정이 종래의 국회의원 선거기간이 17일이었던 것을 14일로 단축함으로써, 국회의원 후보자가 선거권자에게 후보자에 대한 정보를 자유롭게 전달하는 것을 불가능하게 할 정도로 선거운동기간을 과도하게 제한하는 것이라고 주장한다.

살피건대, 선거 운동의 기간을 제한하는 것 자체가 청구인의 정치적 기본권을 과도하게 제한하는 것이 아니라고 할 때, 선거운동의 기간을 어느 정도로 할 것인지 여부는 입법정책에 맡겨져 있다고 볼 수 있고, 그 구체적인 기간이 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다면 이 역시 위헌이라고 볼 수 없다.

이 사건 공직선거법 규정상 선거기간이 14일로 단축되어 선거 운동 기간이 종전에 비하여 3일 단축되었으나, 앞에서 본 바와 같이 선거일 전 120일부터 예비후보자로 등록한 예비후보자 및 후보자등록기간 중의 후보자에 대한 제 60조의3 규정에 의한 선거운동의 허용, 후보자 및 후보자가 되려는 자의 인터넷을 통한 선거 운동의 허용 등 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거 운동 방법이 다양화된 점을 고려한다면, 위 기간이 유권자인 선거구민으로서 각 후보자의 인물, 정견, 신념 등을 파악하기에 부족한 기간이라고 단정할 수 없다.

그렇다면 이 사건에서 심판의 대상인 공직선거법 제33조 제1항 제2호에서 정하는 선거운동기간은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 헌법에 위반되지 않는다.

나. 정치자금법 제5조 제1항 제4호의 위헌 여부

(1) 정치자금법의 후원회 규정

정치자금법은 정치자금의 적절한 제공을 보장하고 그 수입과 지출상황을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함(제1조)을 그 목적으로 하는 것으로서, 종래 정치자금의 수수가 부정과 부패에 연결되고 경제인에 대한 정치인의 보복사태가 없지 아니하였던 우리나라의 정치자금 실태에 대한 반성에서 비롯된 것이다.

위와 같은 목적을 달성하기 위하여 정치자금법은 제2조 제1항에서 누구든지 이 법에 의하지 아니한 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다고 규정하여 정치자금 조달에 있어서 법이 정하는 엄격한 절차와 방법에 따를 것을 요구하는 한편, 제5조 이하에서 후원회를 통한 정치자금의 조달방법에 대하여 상세한 규정을 두고 있다.

후원회제도는 모든 사회구성원들로 하여금 자발적인 정치참여의식을 높여 유권자 스스로 정당이나 정치인을 후원하도록 함으로써 정치에 대한 신뢰감을 높이고 나아가 비공식적인 정치자금을 양성화시키는 계기로 작동되도록 하는 데에 그 입법목적이 있다(헌재 2000. 6. 1. 99헌마576, 판례집 12-1, 724, 730).

후원회를 통한 정치자금 조달방법에 있어서 정치자금법 제5조 제1항은 정당의 중앙당과 시·당, 국회의원 또는 지역구 국회의원선거의 후보자 및 예비후보자국회의원입후보등록을 한 자[공선법 제60조의2(예비후보자등록) 제1항의 규정에 의하여 등록한 예비후보자를 말한다]는 각각 하나의 후원회를 지정하여 둘 수 있다고 규정하며 제6조 및 제6조의2, 제6조의3, 제6조의4 등에서 후원회를 통한 정치자금의 모집에 관하여 규정하고 있는바, 위 법률조항들에 의하면 국회의원이나 정당 등은 선거기간 이전에도 자유로이 후원회를 설립하고 그 후원회를 통하여 정치자금을 조달할 수 있으나, 국회의원이 아닌 정치인은 후원회를 두지 못하고 공직선거법 제60조의2 제1항에 의한 예비후보자등록이 가능한 선거일 전 120일이 되어서야 비로소 후원회 지정이 가능하다. 따라서 국회의원이 아닌 후보자가 후원회를 통하여 정치자금을 조달하는 것은 사실상 제한을 받고 있다고 할 것이다.

(2) 국회의원입후보예정자에게 후원회를 둘 수 없도록 한 구 정치자금법 제3조 제8호에 관한 결정례

구 정치자금법(2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되기 전의 것)에 의하면

국회의원 후보자등록을 하기 전인 국회의원 입후보예정자는 후원회를 둘 수 없었다. 이러한 내용의 구 정치자금법 제3조 제8호에 대하여 우리 재판소는 다음과 같은 취지로 그것이 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다고 판시하였다(헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558, 564-565).

『정치자금은 애당초 정치활동을 위하여 소요되는 경비로만 지출되어야 하고 사적경비로 지출하거나 부정한 용도로 지출하여서는 아니되는 것이며(정치자금법 제2조 제3항) 또 그 운용에 있어서 국민의 의혹을 사는 일이 없도록 공명정대하여야 하고 그 회계는 공개되어야 하는 것이므로(정치자금법 제2조 제2항), 그러한 정치자금의 조달이 허용되는 대상자도 위와 같은 요구들에 합당하도록 객관적으로 명확할 것을 요한다.

그런데 정당이나 국회의원 그리고 국회의원입후보등록자는 이미 정치활동을 위한 경비의 지출이 객관적으로 예상되는 명확한 위치에 있는 자들인 반면, 단순한 국회의원입후보예정자는 어느 시점을 기준으로 그러한 위치를 인정할 것인가가 객관적으로 명확하지 아니하다.

따라서 엄격한 절차와 방법에 의한 정치자금의 조달을 통하여 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 나아가 민주정치의 건전한 발전에 기여함(제1조)을 그 목적으로 하는 정치자금법으로서는 후원회를 통한 정치자금조달이 허용되는 대상자로서 입후보등록을 한 입후보자만을 그 대상으로 하고 그 특징이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 그 대상에서 제외하였다 하더라도, 이는 위와 같은 입법목적을 실현하기 위한 불가피한 선택인 것이며 그것이 우리 재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행사한 것이라고 단정할 수도 없다.

그렇다면 정치자금법 제5조 제1항과 제6조 제1항·제3항으로 인하여 무소속 입후보예정자인 청구인이 사실상 차별적인 불이익을 입었다 하더라도 이는 합리적 이유가 있는 차별로서 그것이 헌법상 평등원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다(헌재 1996. 8. 29. 96헌마99 참조).』

(3) 정치자금법 제5조 제1항 제4호가 평등원칙 및 헌법 제116조 제1항의 선거운동의 기회 평등의 원칙에 위배되는지 여부

예비후보자등록 제도를 두고 있지 않았던 구 공직선거법 규정에 의하면, 현직 국회의원이 아닌 정치인은 국회의원후보자등록을 한 다음에야 후원회를 지정할 수 있고, 구 공직선거법 제49조 제1항에 의하면 국회의원후보자등록은 선거일 전 16일부터 할 수 있었으므로 현직 국회의원이 아닌 자는 후원회

를 통하여 정치자금을 조달하는 것이 사실상 선거기간에 한해서만 가능하였다. 그런데 현행 공직선거법 제60조의2는 예비후보자등록 제도를 신설하여, 예비후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 120일부터 관할선거구선거관리위원회에 피선거권에 관한 증명서류를 첨부하여 예비후보자등록을 서면으로 신청하도록 하고, 예비후보자로 등록한 자는 후원회를 지정할 수 있도록 하여 후원회를 통한 정치자금의 조달에 있어서의 제한을 완화하였다(정치자금법 제5조 제1항 제4호).

청구인은 예비후보자가 선거일 전 120일이 되어서야 예비후보자등록이 가능한 점을 들어 여전히 국회의원인 후보자에 비하여 후원회를 설치할 수 있는 기간에 있어 불합리한 차별이 있다고 주장한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 정치자금법의 입법목적은 고려할 때, 후원회를 통한 정치자금조달이 허용되는 대상자를 선정함에 있어 특징이 객관적으로 명확하지 아니한 단순한 입후보예정자를 제외한 것은 위와 같은 입법목적의 실현하기 위한 불가피한 선택이며, 예비후보자로 등록 가능한 시점을 선거일 전 120일로 정한 것 역시 예비후보자로 등록되면 관할선거구선거관리위원회의 규제를 받으며 일부 선거운동이 허용되고 후보자 등록무효 규정의 준용을 받는 등 후보자에 준하는 지위가 부여되는 점을 생각할 때(공직선거법 제60조의2, 제60조의3), 그것이 우리 재판소가 관여하여야 할 정도로 입법재량을 현저히 불합리하게 또는 자의적으로 행한 것이라고 단정할 수도 없으며, 달리 종전 결정과 다르게 판단할 사정의 변경이 있다고 보이지 아니하므로, 이 사건 정치자금법 규정은 평등의 원칙에 위배되지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 심판대상 규정들이 선거운동 기간 및 선거자금을 마련하기 위한 후원회 설치 기간에 있어 국회의원인 후보자와 국회의원이 아닌 후보자를 차별하는 데 합리적인 이유가 있어 평등원칙에 위배되지 아니하므로 이 사건 심판청구는 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

주택건설촉진법 제3조 제8호 등 위헌소원

(2005. 2. 24. 2001헌바71 전원재판부)

【판시사항】

1. 경제적 활동을 규제하는 경제사회적 입법사항에 대한 위헌심사 기준
2. 전기간선시설의 설치비용을 설치방법에 상관없이 그 설치의무자에게 부담시키는 주택건설촉진법 제36조 제3항이 설치의무자의 기업경영의 자유나 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부(소극)
3. 전기간선시설의 구체적인 설치범위를 대통령령에 위임한 주택건설촉진법 제36조 제4항이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 재판관 5인이 위헌의견으로 다수이기는 하지만 위헌정족수를 채우지 못하여 합헌결정을 한 사례

【결정요지】

1. 전기간선시설의 설치비용을 누구에게, 어느 정도로 부담시킬 것인지의 문제는 개인의 본질적이고 핵심적 자유영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙을 적용함에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것이다.
2. 주택건설촉진법 제36조 제3항이 전기간선시설의 설치비용을 그 설치방법에 상관없이 전부 청구인의 부담으로 하는 것은 헌법 제35조의 주택개발정책과 관련한 국가의 의무를 실현하려는 것으로 이를 통하여 국민들에게 더욱 저렴한 가격으로 택지 및 주택을 공급할 수 있게 하고, 간선시설의 설치비용을 둘러싼 분쟁을 사전에 방지함으로써 적기에 전기의 공급을 가능하게 하며 주택개발정책의 효율적인 집행을 가능하게 하므로 그 입법목적의 정당성을 쉽게 긍정할 수 있고, 이로써 서민들의 주거생활안정과 문화적이고 쾌적한 주거생활의 실현에 효과적으로 기여하므로 그 수단의 적절성도 인정된다.

전기간선시설을 지중으로 설치함으로써 발생하는 비용의 부담이 가공설치에 비하여 매우 큼에도 주택건설사업으로 인한 새로운 전력 수요에 공하기 위하여 필요한 전기간선시설의 설치비용을 모두 청구인에게 부담시킴으로써 발생하는 일시적인 비용부담의 증가나 재무구조의 악화는 전력산업의 구조적 특성 및 전기간선시설의 성격에서 비롯된 것으로 전기의 공급이라는 공적 기능을 일부 대행하는 청구인(한국전력공사)의 법적 지위를 고려할 때 불가피한 제한이다. 그리고 청구인이 제정한 기본공급약관에 의하면 일률적으로 전기수요자로부터 표준공사비를 징수하고 있으므로 이를 통하여 지중설치비용의 전부 또는 일부를 충당할 수 있고, 여기에서 청구인이 사실상 독점적으로 전기공급사업을 영위함으로써 얻는 독점이윤과 오랜 기간에 걸친 간선시설 설치비용의 전기요금으로의 산업에 따른 비용의 보전으로 인한 수익 등을 보태어 보면 결코 청구인의 재산상황에 수인한도를 넘는 침해가 발생하였다고 할 수 없다.

나아가 농경생활 중심의 정착사회에서 벗어나 고도의 공간적 이동성을 그 특징으로 하는 현대산업사회에서 택지 또는 주택단지의 전기간선시설을 지중으로 설치함으로써 얻는 도시환경 및 도시미관의 개선이라는 공익적 효과는 현재 거주하는 입주민만을 위한 것이 아니라, 앞으로 이 지역에 거주하게 될 장래의 모든 입주민들을 위한 것이므로 그로 인한 공익의 범위가 이로 인한 청구인의 재산상 손실 등 침해된 사익에 비하여 결코 적다고 단정할 수도 없다.

따라서 위 주택건설촉진법 제36조 제3항은 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한입법의 한계내의 것으로 설치의무자의 기업경영의 자유나 재산권 등 기본권을 침해한다고 할 수 없다.

3. 주택건설촉진법 제3조 제8호는 “간선시설이라 함은 도로·상하수도·전기시설·가스시설·통신시설 및 지역난방시설 등 주택단지 안의 기간시설과 그 기간시설을 당해 주택단지 밖에 있는 동종의 기간시설에 연결시키는 시설을 말한다.”라고 하여 간선시설의 범위를 명확하게 정의하고 있고, 여기에 이 사건 위임조항의 개정연혁과 주택건설촉진법의 입법목적 및 그 주요 내용 등을 종합하여 보면 그 위임에 의하여 대통령령에서 정하게 될 전기간선시설의 설치의무의 범위라는 것이 대체로 “주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지

또는 공동주택의 단지경계선까지의 것”으로 되리라는 것은 이해관계인들이 어렵지 않게 예측할 수 있다.

4. 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문 중 전기간선시설에 관한 부분에 대하여는 재판관 5인이 위헌의견이고 재판관 4인이 합헌의견이어서 비록 위헌의견이 다수이긴 하지만 법률의 위헌선고에 필요한 정족수 6인에 미달하므로 이 부분에 대하여 헌법에 위반되지 않는다는 선고를 한 사례.

재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 이상경의 위헌의견

지중설치보다 가공설치의 방법에 의할 경우에는 동일한 효능을 가진 전기간선시설을 7분의 1 내지 10분의 1 정도의 적은 비용으로 시설할 수 있으므로 이는 택지를 보다 저렴한 가격으로 공급하도록 하는 데 기여하면서도 청구인의 비용부담이라는 피해를 최소화할 수 있는 다른 대체수단이 되어 지중설치로 인한 초과비용을 청구인에게 부담시키는 것은 과잉금지 원칙에 어긋난다. 그리고 시가지 미관의 개선이 택지의 분양을 용이하게 하고 주민들에게 미관상 보다 유리한 환경을 제공한다고 하는 공익은 그 혜택의 범위가 주로 그 주택단지 안에서 생활하는 주민들로 한정되어 그 공익적 효과가 그렇게 크다고 볼 수 없는 반면, 청구인이 입는 비용부담상의 피해는 통상의 가공설치의 경우 보다 7~10배에 달하여 매우 크다.

따라서 청구인이 입는 재산상의 피해에 비하여 시가지미관의 개선이라는 공익은 그다지 크다고 볼 수 없으므로, 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문이 지중설치로 인하여 증가되는 공사비용의 전부를 청구인에게 부담시키는 것은 비례의 원칙에 어긋난다.

【심판대상조문】

택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조(간선시설의 설치) ① 간선시설의 설치에 관하여는 주택건설촉진법 제36조의 규정을 준용한다.

② 생략

주택건설촉진법(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) 제36조(간선시설의 설치)

①, ② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 이를 부담한다. 이 경우 제1항 제1호의 간선시설의 설치비용은 그 2분의 1의 범위 안에서 국가가 이를 보조할 수 있다.

④ 제1항에 의한 간선시설의 종류별 설치범위는 대통령령으로 정한다.(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 것)

【참조조문】

헌법 제10조, 제15조, 제23조, 제35조 제3항, 제37조 제2항, 제75조

기업활동규제완화에관한특별조치법 제24조(산업단지개발사업 비용부담에 관한 특례)

① 생략

② 제1항의 규정에 의하여 산업단지에 전기를 공급하기 위하여 설치한 전기간선시설 및 배전시설의 설치비용은 전기를 공급하는 자가 부담한다. 다만, 산업단지개발사업의 시행자·입주기업·지방자치단체등의 요청에 의하여 전기간선시설 및 배전시설을 지중에 설치하는 경우에는 전기를 공급하는 자와 지중에 설치할 것을 요청하는 자가 각각 100분의 50의 비율로 그 설치비용을 부담한다.

③ 생략

전기사업법 제14조(전기공급의 의무) 발전사업자 및 전기판매사업자는 정당한 사유없이 전기의 공급을 거부하여서는 아니된다.

전기사업법 제15조(송·배전용 전기설비의 이용요금 등) ① 송전사업자 또는 배전사업자는 그 전기설비의 이용요금 기타 이용조건에 관한 사항을 정하여 산업자원부장관의 인가를 받아야 한다. 이를 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

② 산업자원부장관은 제1항의 규정에 의한 인가를 하고자 하는 경우에는 전기위원회의 심의를 거쳐야 한다.

전기사업법 제47조(전력산업기반조성계획의 수립·시행) ① 산업자원부장관은 전력산업의 지속적인 발전과 전력수급의 안정을 위하여 전력산업의 기반조성을 위한 계획(이하 “전력산업기반조성계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다.

② 전력산업기반조성계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 전력산업발전의 기본방향에 관한 사항

2. 제49조 각 호에 규정된 사업에 관한 사항

3. 전력산업전문인력의 양성에 관한 사항

4. 전력분야의 연구기관 및 단체의 육성·지원에 관한 사항

5. 석탄산업법 제3조의 규정에 의한 석탄산업 장기계획상 발전용 공급량의 사용에 관한 사항

6. 기타 전력산업의 기반조성을 위하여 필요한 사항

③ 전력산업기반조성계획의 수립·시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

헌재 2005. 2. 24. 2001헌바71

집단에너지사업법(건설비용의 부담금) 제18조 ① 사업자는 공급시설의 건설비용의 전부 또는 일부를 그 사용자에게 부담하게 할 수 있다.

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433
2. 헌재 2003. 5. 15. 2001헌바90, 판례집 15-1, 520

【당 사 자】

청 구 인 한국전력공사

대표자 사장 한○호

대리인 법무법인 세종

담당변호사 이건웅 외 1인

법무법인 대륙

담당변호사 여상조

당해사건 서울지방법원 99가합56906호 전기간선시설설치비반환 청구

【주 문】

택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제3항(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) 제1문 및 택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제4항(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 것)은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인과 한국토지공사는 택지개발예정지구인 대구칠곡3지구에 관하여 1998. 10. 9.에, 그리고 같은 청구하복대지구에 관하여 1997. 2. 17.에, 각 전기간선시설공사비부담계약을 체결하였다. 청구인과 한국토지공사는 전기간선시설을 가공설치가 아닌 지중설치로 시설함에 따른 공사비추가소요분을 한국토지공사가 부담하기로 합의하여 그 추가소요분을 한국토지공사가 청구인에게

납부하였다.

(2) 전기간선시설의 설치방법에 관계없이 어느 경우에도 설치비용 전부를 청구인이 부담하여야 한다고 한국토지공사는 주장하면서, 이미 지급된 추가 공사비 등의 환급을 구하는 소(서울지방법원 99가합56906호)를 제기하였다.

청구인은 위 소송에서 전기간선시설의 설치비용부담의무를 청구인에게 부과하고 있는 이 사건 심판대상 법조항들(다음 '나' 부분)에 대하여 위헌법률심판의 제청신청(서울지방법원 2000카기15532)을 하였으나 기각되자 이 소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

심판대상은 택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제3항(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) 제1문 및 제4항(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 것) 중 전기간선시설에 관계된 부분의 위헌 여부이다.

청구인은 이밖에 택지개발촉진법 제2조(용어의 정의) 제4호, 주택건설촉진법 제3조(용어의 정의) 제8호, 주택건설촉진법 제36조(간선시설의 설치) 제1항도 함께 심판대상으로 열거하고 있지만 이 사건에서의 쟁점은 전기간선시설의 지중설치비용 중 가공설치비용 상당액의 초과부분을 청구인이 언제나 부담할 의무가 있는가 하는 것인데 위의 3개 조항은 이러한 의무의 존재와 범위를 직접 정하는 규정이 아니므로 이들을 심판대상에서 제외하고 택지개발촉진법 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문 및 제4항으로 심판대상을 한정하며 다시 그중에서도 전기간선시설에 관계된 부분으로 한정한다.

심판대상 법조항(밑줄 친 부분) 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조(간선시설의 설치) ① 간선시설의 설치에 관하여는 주택건설촉진법 제36조의 규정을 준용한다.

주택건설촉진법 제36조(간선시설의 설치) ① 사업주체가 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택을 건설하거나 대통령령으로 정하는 면적 이상의 대지를 조성하는 경우에 다음 각 호에 해당하는 자는 그 해당 간선시설을 설치하여야 한다.

1. 도로 및 상하수도시설은 지방자치단체
2. 전기시설·가스공급시설 또는 지역난방시설은 당해 지역에 전기·

가스 또는 난방을 공급하는 자(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것)

3. 통신시설 및 우편함은 국가 또는 한국전기통신공사

② (생략)

③ 제1항의 규정에 의한 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 이를 부담한다. 이 경우 제1항 제1호의 간선시설의 설치비용은 그 2분의 1의 범위 안에서 국가가 이를 보조할 수 있다(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것).

④ 제1항에 의한 간선시설의 종류별 설치범위는 대통령령으로 정한다(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 것).

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
가. 청구인의 주장

(1) 주택건설촉진법 제36조 제1항이 청구인에게 전기간선시설의 설치의무를 부과하고 나아가 그 제3항에서 그 비용부담의무까지 부과하는 것은 전기간선시설을 통상적인 가공설치의 방법으로 시설하는 것을 전제로 하는 규정이다. 그러므로 가공설치보다 훨씬 더 비용이 드는 지중설치를 강제하면서 그 더 드는 비용까지도 청구인에게 강제로 부담시키는 것을 위 제3항이 의미한다면 이는 계약자유의 원칙과 영업의 자유를 침해하고 청구인의 재산권을 침해하는 것이다.

(2) 주택건설촉진법 제36조 제4항은 아무런 기준과 범위를 정하지 아니한 채 전기간선시설의 종류별 설치범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데 이는 포괄적인 입법위임을 금지하는 헌법 제75조에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유 : [별지 1]과 같다.

다. 건설교통부장관의 의견 : [별지 2]와 같다.

라. 산업자원부장관의 의견 : 청구인의 주장과 대체로 동일하다.

마. 한국토지공사의 의견 : 건설교통부장관의 그것과 대체로 동일하다.

3. 입법의 내용

가. 전기간선시설의 범위

전기간선시설의 의미를 규정하는 이 사건 당시의 관계법령의 내용은 다음과 같다.

○ 택지개발촉진법 제2조(용어의 정의) 제4호(1980. 12. 31. 제정 법률 제3315호) “간선시설”이라 함은 주택건설촉진법 제3조 제8호에서 정하는 시설을 말한다.

○ 주택건설촉진법 제3조(용어의 정의) 제8호(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) “간선시설”이라 함은 도로·상하수도·전기시설·가스시설·통신시설 및 지역난방시설 등 주택단지(2 이상의 주택단지를 동시에 개발하는 경우에는 각각의 주택단지를 말한다)안의 기간시설과 그 기간시설을 당해 주택단지 밖에 있는 동종의 기간시설에 연결시키는 시설을 말한다. 이 경우 주택단지의 범위는 대통령령으로 정한다.

그러므로 주택단지안의 기간시설을 A라 하고 주택단지 밖에 있는 동종의 기간시설을 B라고 하고 그 둘을 연결하는 시설을 C라고 할 때 [간선시설=A+C]가 된다.

또한 주택단지의 범위를 규정하는 관계법령의 내용은 다음과 같다.

○ 구 주택건설촉진법시행령(1993. 2. 20. 대통령령 제13850호로 신설되어 1999. 4. 30. 대통령령 제16283호로 개정되기 전의 것) 제3조(주택단지의 범위) 법 제3조 제8호의 규정에 의한 주택단지의 범위는 법 제33조의 규정에 의한 주택건설사업계획 또는 대지조성사업계획의 승인을 얻어 주택과 부대시설 및 복리시설을 건설하거나 대지를 조성하는 일단의 토지를 말한다. 다만, 철도·고속도로·자동차전용도로·기간도로·폭 20m 이상인 일반도로(도시계획예정도로를 포함한다) 기타 이와 유사한 시설로 분리된 토지는 이를 각각 별개의 주택단지로 본다.

○ 주택건설촉진법시행령 제3조 단서(1999. 4. 30. 대통령령 제16283호로 개정된 것) 다만, 철도·고속도로·자동차전용도로·기간도로·폭 20m 이상인 일반도로, 폭 8미터 이상인 도시계획예정도로, 기타 이와 유사한 시설로 분리된 토지는 이를 각각 별개의 주택단지로 본다.

나. 설치의무 및 비용부담의무의 범위

이 사건과 관련하여 청구인의 전기간선시설설치의무 및 비용부담의무의 근거가 되는 관계법령의 내용은 다음과 같다.

○ 주택건설촉진법 제36조(1977. 12. 31. 법률 제3075호로 개정된 것) ① 다른 법령에 의하여 간선시설의 설치의무가 있는 자(이하 ‘간선시설설치의무자’라 한다)는 국민주택의 사업주체가 일정 규모 이상의 국민주택을 집단으로 건설할 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 간선시설을 설치하여야 한다.

② 생략

○ 주택건설촉진법 제36조(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 것) ① 사업주체가 대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택을 건설하거나 대통령령으로

정하는 면적 이상의 대지를 조성하는 경우에 다음 각 호에 정하는 자는 그 해당 간선시설을 설치하여야 한다.

1. 도로 및 상하수도시설은 지방자치단체
2. 전기시설 또는 가스공급시설은 당해 지역에 전기 또는 가스를 공급하는 자
3. 통신시설 및 우편함은 국가 또는 한국전기통신공사

② 생략

③ 제1항의 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 부담한다. 다만, 제1항 제2호의 전기시설의 설치의무자가 부담할 설치비용은 주택단지까지의 전기시설(주택단지 안에 송변전시설을 설치하는 경우에는 이를 포함하되, 주택단지 안의 배전시설은 이를 제외한다)의 설치비용으로 하며, 제1항 제1호의 간선시설의 설치비용은 그 2분의 1의 범위 안에서 국가가 이를 보조할 수 있다.

④ 제1항에 의한 간선시설의 종류별 설치범위는 대통령령으로 정한다.

○ 주택건설촉진법시행령(1982. 5. 20. 대통령령 제10826호로 개정된 것) 제35조(간선시설의 설치등) ① 법 제36조 제1항에서 “대통령령으로 정하는 호수 이상의 주택”이라 함은 100호 이상 집단으로 건설하는 주택을 말하며, “대통령령으로 정하는 면적 이상의 대지”라 함은 16,500㎡ 이상의 면적을 일단으로 하여 조성하는 대지를 말한다.

○ 주택건설촉진법시행령 제35조 제4항 별표 6(1981. 8. 24. 대통령령 제10448호로 개정된 것)

3. 전기시설

법 제36조 제3항의 규정에 의한 전기시설로 한다.

○ 주택건설촉진법시행령 제35조 제4항 별표 6(1990. 7. 16. 대통령령 제13056호로 개정된 것)

3. 전기시설

주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지 또는 공동주택의 단지경계선까지로 한다. 다만, 단지 안에 개설예정인 도시계획도로가 있는 경우에는 그 도로까지로 한다.

○ 주택건설촉진법 제36조(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) ①, ②,

④ 생략

③ 제1항의 규정에 의한 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 이를 부담한다. 이 경우 제1항 제1호의 간선시설의 설치비용은 그 2분의 1의 범위 안

에서 국가가 이를 보조할 수 있다.

○ 주택건설촉진법시행령 제35조 제4항 별표 6(1993. 2. 20. 대통령령 제 13850호로 개정된 것)

3. 전기시설

주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지 또는 공동주택의 단지경계선 까지로 한다.

그러므로 주택단지 안의 기간시설을 A라 하고 주택단지 밖에 있는 동종의 기간시설을 B라고 하고 그 둘을 연결하는 시설을 C라고 할 때 [설치 의무 및 비용부담의무 있는 간선시설=C] 즉, A를 제외한 연결시설에 한정하는 것이 된다.

4. 관련사실

가. 지중설치의 장단점과 현황 및 전망

(1) 지중선로는 미관측면에서 가공선로보다 우수하지만 초기투자비가 가공선로에 비하여 약 7 내지 25배 정도 많이 들고 고장의 위치를 찾는데 시간이 오래 걸리고 정전시간이 길어지며 대부분 지하에 집합시설되어 있기 때문에 한 시설물에서 발생한 사고가 다른 시설물로 파급되어 여러 설비가 동시에 마비되는 대형사고로 이어질 가능성이 있어 안전측면에서 가공선로보다 반드시 우수하다고 보기는 어렵다.

(2) 지중선로는 건설에 많은 시간이 걸려 부하증가에 신속히 대처하기 곤란하고 지상에 시설되는 기기(변압기, 개폐기)가 통행지장과 미관저해를 일으킨다.

(3) 2002년 말 현재 우리 나라의 지중화율이 9.7%이다.

(4) 가공선로의 지중화에 관한 청구인의 기준은 다음과 같다.

지중선로는 투자의 효율성이 낮아 가공시설로 설치하는 것을 원칙으로 한다. 다만 부하밀도, 시설회전수, 현장여건 등에 의하여 가공시설의 설치, 운영이 곤란한 경우에 한하여 지중으로 설치한다. 기설 가공선로 중 지중화가 필요한 선로에 대해서는 지중화 심의를 거쳐 지중화 우선순위를 결정한 뒤 연차적으로 사업을 시행한다. 또한 신개발지역에서 개발자 또는 입주자가 공사비를 부담하면서 지중으로 공급받을 것을 원하는 경우 요청자가 원하는 방법으로 시설하되 기설 가공설비에 대해서는 현재와 같이 가공설비 확충 및 유지관리가 기술적으로 곤란한 지역 및 지방자치단체가 도시정비차원에서 요청하고 공사비의 일부를 지원하는 지역에 한하여 제한적으로 지중화사업

을 시행한다.

나. 지중설치비용의 요금반영 문제

현행 전기요금은 전기의 사용용도에 따라 요금을 차등 적용하는 용도별 요금체계이며 동일 종별을 전압(저압, 고압A, 고압B)으로 구분하여 요금을 책정한다.

아울러 요금책정의 기준이 되는 공급원가는 해당 고객집단의 시간대별 사용비중, 피크(peak) 기여율 등 부하형태와 전력공급 발생단계에 의해 결정되며 현재 종별, 전압별로 구분하여 산정하고 있다. 전기요금은 전기상품에 대한 대가로서 전기를 생산한 발전소, 송변전선로 및 배전선로를 거쳐 운송하는 설비운영비가 포함되지만 고객별로 최초에 전기를 공급하기 위한 접속비용(공사비)은 전기요금에 포함되지 않으며 또한 전기는 생산에서 공급까지의 비용 추적이 어렵고 고객별 부하형태가 다양하여 고객별 공급원가의 산정이 불가능하고 따라서 특정고객에 대하여 공사비를 반영한 요금을 설계하는 것은 곤란하다.

다. 청구인 및 한국토지공사의 주식분포상황

(1) 청구인(2003. 6. 30. 현재)

정부의 보유주식이 전체의 32.35%이고 산업은행의 보유주식이 전체의 21.57%이어서 이를 합하면 전체의 53%를 상회한다. 그밖에 외국인이 보유하는 주식도 전체의 25.47%에 달한다.

(2) 한국토지공사(2002. 12. 31. 현재)

정부지분이 73.1%이고 산업은행의 지분이 26.9%이다.

5. 택지개발촉진법 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제3조 제3항 제1문의 위헌 여부에 대한 판단

가. 재판관 김영일, 재판관 김효중, 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 합헌 의견

(1) 전기공급을 둘러싼 비용의 부담구조와 비용부담으로 인하여 제한되는 기본권

(가) 전기의 공급은 원칙적으로 전기를 사용하고자 하는 수요자의 전기사용신청을 청구인과 같은 전기공급업자가 승낙함으로써 성립하는 전기공급계약에 따라 이루어지는데, 전기라는 상품이 가지는 공공재로서의 성격 및 생산요소임과 동시에 최종적인 소비재로서의 국민경제적 중요성에 비추어 전기사업법 등에서 이러한 사법상의 계약관계에 대하여 여러 가지 공법상의

규제를 가하고 있다. 그러므로 어떤 종류의 전기를 누구에게 어떠한 방법으로 공급할 것인지, 그리고 전기공급의 대가로서 전기요금과 전기공급에 필요한 간선시설 등 전기공급시설의 설치비용을 누구에게 어느 정도로 부담하게 할 것인지는 기본적으로 당사자의 약정에 따라 정해지겠지만, 전기사업법은 전기공급업자에게 전기공급계약체결의무를 부과하고(제14조), 전기공급업자가 산업자원부장관의 인가를 받아 제정한 전기요금 기타 공급조건에 관한 약관(기본공급약관)에 따라 전기공급계약을 체결하여 전기를 공급하도록 규정하고 있다(제15조).

이러한 취지에 따라 사실상 독점적 전기공급업자로서 청구인이 제정한 ‘기본공급약관’에 의하면, 일반 다수의 수요자에게 전기를 공급하기 위한 전기공급시설인 ‘일반공급시설’의 경우 원칙적으로 수요자의 비용부담으로 청구인이 이를 설치하되, 개별수요자에 따른 설치비용의 산정이 곤란하므로 공사의 유무나 공사의 내역에도 불구하고 표준공사비로 그 비용을 부담하게 하고, 개별적인 전기수요자가 확정되기 전에 미리 주택단지 등의 구성에 따른 새로운 전력수요에 부응하기 위하여 필요한 전기간선시설 및 단지 내 배전시설 등의 설치비용은 당해 주택사업을 시행하는 사업시행자가 이를 부담하도록 하고 있다. 그리고 예외적으로 주택건설촉진법 등 다른 법령에서 전기간선시설 등의 비용부담에 관하여 특별히 정하는 경우에는 청구인이 공사비의 전부 또는 일부를 부담하도록 하고 있다.

(나) 택지개발촉진법은 도시지역의 주택난을 해소하기 위하여 주택건설에 필요한 택지의 취득·개발·공급 및 관리 등에 관하여 특례를 규정함으로써 국민주거생활의 안정과 복지향상에 기여함을 목적으로 하고, 주택건설촉진법은 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 주거수준의 향상을 기하기 위하여 주택의 건설·공급과 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는바, 이러한 목적의 원활한 실현을 위하여 위 3.항에서 이미 살핀 바와 같이 택지개발촉진법에 의하여 준용되는 주택사업촉진법 제36조는 택지개발사업 또는 주택건설사업의 완료 후 이에 입주할 택지 및 주택 분양자의 생활에 필요불가결한 공공재로서 교통, 물, 전기 등의 공급을 위한 사회간접시설로서 도로, 상·하수도시설, 전기공급시설 등 간선시설의 설치 및 그 비용의 부담에 관하여 규정하고 있다.

그런데 전기간선시설의 비용부담을 정한 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문 부분(이하 ‘비용조항’이라 한다)은 전기간선시설의 설치비용을 전기공급업

자인 청구인이 전부 부담하도록 규정하고 있는바, 이로써 청구인은 전기간선 시설의 설치방법 즉, 통상적인 방법인 가공설치(架空設置)는 물론이고 이에 비해 7~10배 가량 비용이 더 소요되는 지중설치의 경우에도 그 설치비용의 전부를 부담할 의무를 진다.

(다) 전기간선시설은 일정지역의 전기수요자들에게 전기를 공급하기 위한 필수적 공공시설이자 사회간접자본으로서 전기공급의 안전성과 안정성을 확보하기 위하여 전문적인 기술을 가진 전기공급업자인 청구인이 이를 설치하고 관리·소유하여야 할 필요성이 있다. 따라서 그것이 가공으로 또는 지중으로 설치되든 간에 청구인에게 설치의무를 부과한 것은 충분히 그 합리성을 긍정할 수 있고, 이러한 이유에서 전기간선시설의 설치 및 관리의 주체로서 청구인은 이를 설치함에 있어서 기술적·수익적 측면 및 도시환경적 측면을 고려하여 스스로의 경영판단에 따라 가장 효율적이고 적절한 방법을 선택할 수 있는 것이다.

그런데 이 사건 비용조항은 청구인에게 이러한 자율적인 경영판단을 배제하고 사업시행자 또는 사업승인권자가 사전에 결정한 설치방법에 따라 스스로의 비용부담으로 이를 설치할 것을 강요함으로써 직업선택의 자유에 의하여 보장되는 경영의 자유 및 재산권을 제약하고, 전기수요자와 그 설치비용의 분담에 관하여 협의할 계약의 자유도 아울러 제한하고 있으므로 이하에서는 이러한 기본권에 대한 제한이 헌법이 정하는 기본권제한입법의 한계 내의 것인지 여부에 관하여 본다.

(2) 이 사건 비용조항의 위헌 여부

헌법 제10조, 제15조 및 제23조에서 보장되는 계약의 자유, 경영의 자유 및 재산권도 다른 기본권과 마찬가지로 공익을 이유로 제한될 수 있지만, 이 경우에도 이러한 기본권이 공익의 실현을 위하여 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한되어서는 아니된다는 비례의 원칙이 준수되어야 한다(헌법 제37조 제2항).

그런데 이 사건은 청구인의 영업시설인 전기간선시설의 설치비용을 누구에게, 어느 정도로 부담시킬 것인지의 문제로서 개인의 본질적이고 핵심적 자유 영역에 속하는 사항이라기보다는 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항에 해당하므로 비례의 원칙을 적용함에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용된다고 할 것이다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433 등 참조).

(가) 입법목적의 정당성과 수단의 적절성

헌법 제35조 제3항은 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”라고 하여 국민의 주거생활안정을 위한 택지 및 주택개발사업의 시행을 국가의 의무로 규정하고 있고, 이를 위하여 주택건설촉진법은 “주택의 건설·공급과 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관하여 필요한 사항”을 규정하고 있다.

그런데 택지개발사업 또는 주택건설사업의 시행에는 도로·상하수도·전기시설·가스시설·통신시설·지역난방시설 등과 같이 인간의 주거생활에 필수적인 교통, 물, 전기 등 공공재를 공급하기 위한 사회간접자본으로서 대규모 간선시설의 설치가 필수적인바, 만일 그 설치 및 비용부담을 전부 택지 또는 주택건설사업의 시행자에게 맡길 경우 그 사업의 수행이 지연할 뿐만 아니라, 궁극적으로 수분양자 또는 입주자에게 그 비용이 모두 전가되어 저렴하게 택지와 주택을 공급하고자 하는 국가의 주택개발정책의 원활한 수행에 차질이 있을 수밖에 없다.

이에 입법자는 주택건설촉진법 제36조 제1항 및 이 사건 비용조항에서 전기간선시설의 설치의무를 전기공급업자인 청구인에게 부과함과 아울러 그 설치비용도 전부 부담하도록 하고 있는바, 이는 국민들에게 더욱 저렴한 가격으로 택지 및 주택을 공급할 수 있도록 하려는 목적 외에 전기간선시설의 설치비용을 부담할 주체를 명확히 법정하여 이를 둘러싼 분쟁을 사전에 방지함으로써 적기에 전기의 공급을 가능하게 하고 주택개발정책의 효율적인 집행을 가능하게 하려는 것에도 아울러 그 목적이 있다.

따라서 이 사건 비용조항은 헌법이 직접 국가에 부여한 의무를 실현함을 목적으로 하므로 그 입법목적의 정당성을 손쉽게 긍정할 수 있고, 이로써 서민들의 주거생활안정과 문화적이고 쾌적한 주거생활의 실현에 효과적으로 기여하므로 그 수단의 적절성도 인정된다.

(나) 최소침해성 및 법익균형성

1) 전기간선시설의 설치 및 그 비용의 부담자인 청구인 한국전력공사는 전력수급안정과 국민경제발전에 이바지함을 목적으로 한국전력공사법에 근거하여 설립된 법인으로서 2003. 6. 30. 현재 정부와 한국산업은행이 그 발행주식의 53.85%를 소유하고 있는 정부투자기관관리기본법의 적용을 받는 정부투자기관이다. 그리고 청구인은 국민생활의 필수적·기초적 역무이자 모든 산업의 에너지원(源)인 전기의 사실상 독점적 공급업자로서 이 범위에서 국

가의 생존배려적 급부행정을 대행하는 지위에 있다.

전기간선시설은 택지개발 또는 주택건설사업의 완료 후 이에 입주할 수분양자들의 기초적인 주거생활을 위하여 생활필수적인 편익을 제공하는 사회간접시설로서의 성격도 가지지만, 다른 한편, 청구인에게는 자신이 소유하고 사용·관리하며 그로부터 사업수익을 얻는 영업시설이기도 하다. 비록 간선시설의 가공설치와는 달리 지중설치로 인한 비용의 부담이 매우 크다고 하더라도, 청구인으로서 이를 한번 설치함으로써 거의 영구적으로 영업이익을 얻을 수 있을 뿐 아니라, 이들 지중시설을 이용하여 회선임대 등 임대수익이나 다양한 부수적인 사업수익을 창출할 수도 있다.

그리고 청구인이 비용부담의무를 지는 일정규모 이상의 주택건설 또는 택지개발사업으로 인한 간선시설설치의 경우 그 시설의 지중설치로 인하여 청구인에게 일시적으로 매우 큰 비용부담이 발생할 수 있지만, 이는 결과적으로 자신의 영업재산을 확충하고 전기에 대한 새로운 수요를 창출하여 전력공급업자로서 청구인의 사업토대를 굳건히 하는 데도 크게 이바지한다.

한편, 인간생활의 필수적이고 기본적인 수요를 충족하기 위한 공공재로서 전기를 생산·공급·판매하는 전력산업은 그 사업의 시행과 새로운 수요의 창출에 막대한 설비투자비용이 소요되는 대표적인 장치산업(裝置産業)으로서 단기적으로는 쉽사리 그 비용과 수익의 균형을 맞출 수 없는 특성을 가진다. 그리고 이러한 이유로 사업시행의 초기 또는 새로운 전력수요에 응하여 공급설비를 확충할 필요성이 있는 경우에는 일시적으로 막대한 경제적 손실을 감수하더라도 안정적인 전기의 공급을 위하여 발전시설 및 전기공급시설에 지속적으로 설비투자를 할 수 있는 국가나 국가의 하부조직 또는 적어도 국가가 그 지분의 과반수 이상을 확보함으로써 그 소유와 경영의 상당한 부분을 책임지는 청구인과 같은 공사혼합기업 등에게 그 설비 및 공급책임을 맡기고 있는 것이다.

따라서 주택건설사업으로 인한 새로운 전력수요에 공하기 위하여 필요한 전기간선시설의 설치비용을 모두 청구인에게 부담시킴으로써 발생하는 일시적인 비용부담의 증가나 재무구조의 악화는 이러한 전력산업의 구조적 특성 및 전기간선시설의 성격에서 비롯된 것으로 전기의 공급이라는 공적 기능을 일부 대행하는 청구인의 법적 지위를 고려할 때 불가피한 제한이라 볼 것이고, 이러한 이유로 국민의 세금을 재원으로 국가가 청구인회사의 소유와 경영에 참여하는 것이 정당화되는 것이다.

2) 청구인은 전기수요자에게 최초로 전기를 공급하기 위한 접속비용(공사비)을 전기요금에 포함시켜 이를 전기수요자에게 부과하지 않으므로 그러한 지중설치비용이 그대로 청구인의 재산상 손실로 이어진다고 주장한다. 그러나 이미 살핀 바와 같이 청구인이 제정한 기본공급약관에 의하면 수요자에게 전기를 공급하기 위한 공사의 유무 또는 공사의 내역에도 불구하고 일률적으로 전기수요자로부터 표준공사비를 징수하고 있는바, 이로써 청구인은 자신의 비용부담으로 설치한 전기간선시설에 새롭게 연결되는 신규전력수요자로부터 표준공사비라는 명목으로 금전을 징수하여 지중설치비용의 전부 또는 일부로 충당하고 있다. 그리고 이러한 표준공사비의 징수에다 청구인이 사실상 독점적으로 전기공급사업을 영위함으로써 얻는 독점이익 및 오랜 기간에 걸친 간선시설 설치비용의 전기요금으로의 산입에 따른 비용의 보전, 그리고 전력산업발전, 전력공급지원사업을 위한 전기수요자로부터의 부담금 징수와 기금의 설치(전기사업법 제47조 내지 제52조)에 따른 재정지원 등을 보태어 보면, 결코 청구인의 재산상황에 수인한도를 넘는 침해가 발생하였다고 할 수 없다.

3) 주택건설촉진법 제36조 제1항 및 이 사건 비용조항은 단지 전기간선시설의 설치 및 그 비용부담에 관해서만 규율하고 있을 뿐이고, 그 설치방법에 관하여는 따로 규정을 두고 있지 않다. 다만, 주택건설촉진법과 그 시행령의 위임에 따른 시행규칙 제19조 제5항 제1호는 주택건설사업계획의 승인신청서에 사업시행자는 건설교통부장관에게 간선시설의 설치계획도를 제출하도록 규정하고 있고, 주택건설촉진법시행령 제35조 제2항은 건설교통부장관이 주택의 건설 및 대지의 조성에 관한 사업을 승인한 경우 지체 없이 간선시설의 설치의무자에게 그 사실을 통지하도록 규정하고 있는바, 이러한 규정들의 취지와 청구인이 전기간선시설을 지중으로 설치하는 과정에서 사업시행자 및 지방자치단체와 서로 협의하여 그 설치방법 및 지중설치의 범위를 조정·변경하는 과정을 살펴보면, 간선시설의 설치와 관련하여 이해관계인들 사이에 의사소통의 경로가 일체 단절되어 청구인의 의견이 간선시설의 설치방법 등에 반영될 여지가 전혀 없다고 단정할 수 없다.

그러므로 간선시설의 설치방법 여하에도 불구하고 그 설치비용의 전부를 청구인의 부담으로 한다고 하더라도 간선시설의 설치방법과 관련한 청구인의 법적·사실적 절차참여과정과 설치방법의 사후변경을 위한 협의과정 등을 고려할 때, 청구인의 자율적 기업경영권이 완전히 배제된 것으로 보이지는 아니

한다.

4) 나아가 가사 사업시행자 또는 사업승인권자가 일방적으로 간선시설의 지중설치를 결정하고 청구인이 이를 스스로의 비용부담으로 설치하여야 한다고 하더라도, 이로써 얻을 수 있는 공익이 청구인의 침해된 사익에 비하여 적지 않다면 헌법에 위반된다고 할 수 없는 것이다.

청구인이 부담하는 전기간선시설의 설치의무 및 비용부담의무의 구체적 범위는 위 3.항에서 이미 살핀 바와 같이 “주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지 또는 공동주택의 단지경계선까지”로 정하여져 있는데, 이로 인한 도시미관개선과 도시환경개선이라는 공익적 효과는 사업지구 내의 입주주민들은 물론이고 사업지구 밖의 당해 지방자치단체 주민 모두에게 미치는 광범위한 것이다.

이 사건의 전제가 된 대구칠곡3지구와 청주하북대지구와 같이 청구인이 비용부담의무를 지는 100호 이상의 주택건설사업이나 면적 16,500㎡ 이상의 대지 조성사업은 통상 기존의 택지나 주거지역에서 어느 정도 떨어진 지역에서 시행되는데, 기존의 기간시설과 새로운 주택지구 내의 기간시설을 연결하는 간선시설의 지중설치로 인한 도시환경개선의 효과는 기존의 주거지역과 새로운 주거단지를 포괄하는 당해 지방자치단체 주민 모두를 위한 것이기 때문이다.

그리고 농경생활 중심의 정착사회에서 벗어나 고도의 공간적 이동성을 그 특징으로 하는 현대산업사회에서 택지 또는 주택단지의 전기간선시설을 지중으로 설치함으로써 얻는 도시환경 및 도시미관의 개선이라는 공익적 효과는 현재 거주하는 입주주민만을 위한 것이 아니라, 앞으로 이 지역에 거주하게 될 장래의 모든 입주주민들을 위한 것이므로 그로 인한 공익의 범위가 이로 인한 청구인의 재산상 손실 등 침해된 사익에 비하여 결코 적다고 단정할 수도 없는 것이다.

오히려 위에서 본 바와 같이 간선시설의 지중설치로 인한 청구인의 재산적 손실은 표준공사비나 장기적인 독점이윤 등으로 상당 부분 보전될 수 있고, 사업시행과정에서 공식 또는 비공식의 협의과정을 통하여 청구인의 의견을 간선시설의 설치과정에 반영하는 것이 전혀 봉쇄되어 있다고 할 수도 없으므로 간선시설의 지중설치로 인한 청구인의 침해된 사익은 결코 그로 인한 공익보다 크지 않은 것이다.

5) 끝으로 기업활동규제완화에관한특별조치법 제24조 제2항의 소정의 전기간선시설의 설치비용분담이나 이미 우리 재판소가 합헌결정(헌재 2003. 5.

15. 2001헌바90, 판례집 15-1, 520)을 선고한 집단에너지사업법 제18조 제1항 소정의 집단에너지공급시설의 건설비용부담금을 근거로 하여 이와 달리 비용분담의 취지를 전혀 정하지 않은 이 사건 비용조항이 위헌이라는 견해도 있을 수 있으나, 이들 조항들은 헌법 제35조 제2항이 직접 국가에 부여한 의무를 수행하기 위한 주택건설 또는 택지개발사업과는 전혀 그 성격과 취지를 달리하는 산업단지개발사업 또는 일정지역을 단위로 한 집단에너지공급시설과 관련된 것으로 결코 동일한 평면에서 비교할 대상이 아니다. 그리고 이들 조항들이 비용분담 또는 부담금을 규정하는 것은 입법자가 이들 각 규율의 영역에서 그 사업의 내용과 성격, 그로 인한 수익자의 범위 및 수익의 귀속 등을 고려하여 그에 상응하는 비용배분을 위한 입법적인 선택을 한 것이므로 그러한 비용분담 또는 부담금조항이 이 사건의 위헌성 판단에 어떠한 영향을 미치는 것도 아니다.

(3) 청구인의 나머지 주장에 관한 판단

청구인은, 이 사건 택지개발사업에 따른 전기간선시설의 지중설치로 인하여 증가된 설치비용을 모두 자신에게 부담시킬 경우 청구인회사의 주식을 보유한 민간주주의 재산권이 침해되고, 이로 인하여 전기요금의 인상이 불가피해져 일반국민에게 그 부담이 전가되므로 공역무 앞의 평등을 침해하는 결과가 된다고 주장한다.

그러므로 보건대, 이 사건 비용조항이 청구인회사의 주식을 소유하거나 처분하는 데 어떠한 제약도 규정하지 않고, 청구인회사의 주주 역시 스스로의 판단에 따라 임의로 그 주식을 소유하거나 처분할 수 있다. 비록 전기간선시설의 설치비용을 청구인이 부담함으로써 청구인회사의 주주에게 경제적 불이익이 야기될 가능성이 있으나, 그러한 불이익은 단지 간접적·반사적인 것에 불과할 뿐이므로 청구인회사의 주식을 보유하고 있는 주주의 재산권침해는 인정될 여지가 없다.

그리고 전기요금의 인상은 주무장관의 인가를 받아야 하는 사항으로서(전기사업법 제15조, 제16조) 그 결정에 있어서는 시장원리만 작용하는 것이 아니라 전기의 수급상태·물가수준·국가 및 청구인의 재정상태 등이 종합적으로 반영될 것인바, 이 사건 비용조항이 곧바로 일반국민에 대한 전기요금의 인상으로 직결될 것이라고 단정할 수도 없으므로 일반국민의 공역무 앞의 평등이 침해될 여지가 없다고 하겠다.

따라서 청구인의 이러한 주장들은 더 나아가 살펴볼 필요도 없이 이유없다.

(4) 소 결

그렇다면 이러한 여러 가지 사정에 비추어 볼 때, 전기간선시설의 설치비용 전부를 청구인의 부담으로 하는 이 사건 비용조항은 헌법 제37조 제2항이 정하는 기본권제한입법의 한계 내의 것으로 청구인의 재산권, 경영의 자유 등을 침해한다고 할 수 없다.

나. 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 이상경의 위헌의견

(1) 주택건설촉진법 제36조 제1항은 택지개발사업을 시행함에 있어서 청구인과 같이 전기를 공급하는 자에게 전기간선시설의 설치의무를 부과하고 있거니와 그 설치방법에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 원래 전기간선시설은 전기의 위험으로부터 안전을 보장하고 전기의 누실을 방지하면서 효율적으로 송, 배전이 가능하도록 전문적인 기술을 가진 자가 이를 시공하여야 하고 전기를 공급하는 자가 이 시설을 자기의 영업시설로 하여 이를 자기 비용으로 유지·관리하여야 한다는 특징을 가지고 있다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 그 설치방법은, 청구인과 같이 전기를 공급하는 자로서 법률상 전기간선시설의 설치의무를 부담하는 자가 기술적 측면과 수익적 측면 그리고 환경조화적 측면을 함께 고려하여 그 방법을 결정할 수밖에 없다. 전기사업법 제16조에 근거하여 산업자원부장관의 인가를 받아 청구인이 제정한 기본공급 약관에서 전기시설의 설치방법은 가공설치를 원칙으로 한다고 정하고 있는 것(약관 제28조 제1항)은 위에서 본 여러 측면을 종합적으로 고려한 결과의 산물이다. 즉, 지중설치는 가공설치에 비하여 공사기간이 길고 고장의 발견과 수리 및 시설의 대체에 시간이 더 걸리며 지중에 함께 매설된 다른 시설의 영향을 받거나 다른 시설에 영향을 주게 되는 등의 불리한 점이 있는 외에 무엇보다도 공사비용이 가공설치비용의 7배 내지 10배에 달하기 때문에 당연히 가공설치를 원칙으로 하게 된 것이다.

(2) 한편 주택건설촉진법은 위와 같이 그 제36조 제1항에서 청구인에게(주택단지경계선까지의) 전기간선시설의 설치의무를 부과하면서 다른 한편 그 제3항에서 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 이를 부담한다고 규정하여 전기간선시설의 경우 청구인이 그 설치비용을 부담하게 하고 있다. 결국 전기간선시설은 청구인이 그 비용부담으로 이를 설치할 의무가 있게 된다.

원래 청구인은 전기설비의 시설, 전기의 판매 등을 사실상 독점하고 있고 전기간선시설은 청구인의 영업시설이 되기 때문에 주택건설촉진법이 전기간

선시설의 설치의무와 비용부담의무를 청구인에게 부과하는 것은, 그 설치방법을 가공설치라고 전제하는 때에는, 충분히 그 합리성을 인정할 수 있다.

(3) 문제는 보다 적은 비용으로 가공설치가 가능함에도 불구하고 가공이 아닌 지중에 설치하는 경우에 발생한다. 현재의 기술수준하에서는 육상의 경우에 전기간선의 설치방법은 가공설치와 지중설치의 두가지로 일단 구별되는데 위에서 본 것처럼 지중설치는 가공설치에 비하여 공사비가 7배 내지 10배 정도 더 소요되기 때문에 그만큼 더 청구인에게 부담이 된다. 그럼에도 불구하고 주택사업의 시행자가 일방적으로 청구인의 전적인 비용부담으로 지중설치를 요구할 경우에 청구인이 이를 그대로 수인하여야 한다면 이것은 청구인에게 매우 불리하게 된다. 그 불리함의 정도가 만일 청구인의 계약의 자유와 영업의 자유, 그리고 재산권을 과도하게 제한하는 것이라면 이것은 위헌을 면할 수 없다. 위헌의 문제가 생길 수 있다고 보는 이유는 다음과 같다.

(4) 청구인은 전기의 공급이라는 생존배려적 공적과제를 수행하는 법인(한국전력공사법 제2조)이지만 주식회사에 관한 상법규정이 적용되는 주식회사로서(동법 제19조) 주식의 49%까지 민간투자가 가능한(동법 제4조) 공사혼합기업이며 전력자원의 개발, 발전·송전·변전·배전 및 이와 관련된 영업을 하는 기업이고(동법 제13조) 주주권의 보호를 위하여 상임임원의 선임시와 이익금의 처리시에 주주총회의 의결을 거쳐야 하고(동법 제10조, 제14조) 정부가 소유하는 주식 이외의 주식에 대하여는 우선적으로 이익배당이 될 수 있고(동법 제15조) 그 주식 일부가 증권거래소에 상장되어 있다.

이러한 점을 종합적으로 고려하면 전력의 안정적 수급이라는 공적 과제의 수행이 경쟁과 창의를 통하여 효과적으로 개선·확대되고 이윤이 증진되어, 담당기관의 경영의 합리화가 이루어지도록 하기 위하여 법은 청구인을 주식회사의 형태로 조직·운영하고 전력의 수급이라는 공적 과제의 수행을 행정의 방식이 아닌 영업의 방식에 의하도록 규정한 것이라고 보아야 한다.

그렇다면 전기간선시설의 설치 자체는 청구인의 의무로서 공적 과제에 속하지만 그 의무의 수행방식과 비용의 부담문제를 결정하는 것은 청구인의 영업에 속하고 이 부분은 더 이상 순수한 공적 과제라고만 말할 수 없다. 이렇게 보는 것이 청구인을 주식회사의 형태로 조직하여 영업을 하도록 규정하는 법의 취지에 부합하고 나아가 청구인에게 출자한 민간주주들의 이익도 함께 보호·대변하여야 하는 청구인의 기능에 부합한다.

그러므로 청구인은 전기간선시설의 설치방식과 비용부담방식 등을 결정하

는 문제에 관하여 영업의 자유와 그 전제로서의 계약의 자유 및 재산권 등을 가져야 하고 그 범위 내에서 기본권의 주체가 된다고 할 것이다. 기본권으로 보호되는 영역의 하나인 영업의 분야에 청구인이 진입한 이상 그 기본권적 보호를 받는 것은 청구인의 헌법상 권리에 속한다.

그렇기 때문에 주택사업의 시행자가 일방적으로 청구인의 전적인 비용부담으로 지중설치를 요구할 경우에 청구인이 이를 그대로 수인하여야 할 경우의 불리함의 정도가 만일 청구인의 계약의 자유와 영업의 자유, 그리고 재산권을 과도하게 제한하는 것이라면 이것은 위헌을 면할 수 없다고 보는 것이다.

(5) 우선 지중설치가 가공설치보다 훨씬 더 많은 비용이 드는 경우에 지중설치비용의 부담이 일으키는 문제를 검토한다.

지중설치로 인한 공사비의 증가가 청구인에게 재산상 부담이 되어 결국 청구인의 재산권을 제한한다는 것은 분명하다. 그러나 재산권도 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 이를 제한할 수 있는 것이므로(헌법 제37조 제2항) 그 제한이 비례의 원칙을 위반하여 과도한 것이 아니라면 그 제한은 헌법을 위반하는 것은 아니다.

헌법 제35조 제3항은 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 택지개발촉진법과 주택건설촉진법은 이러한 헌법상의 국가의무를 바탕으로 하여 제정된 것이고 청구인의 시설의무 및 비용부담의무를 규정하고 있는 주택건설촉진법 제36조 제3항은 택지개발사업의 시행자로 하여금 택지개발의 비용을 절감하여 보다 저렴한 가격으로 택지를 분양할 수 있도록 하려는 데 그 목적이 있으므로 그 목적의 정당성은 이를 충분히 인정할 수 있고 나아가 이와 같이 전기간선시설을 지중으로 설치하면서 그 비용을 청구인에게 부담시키는 것은 유려한 미관의 시가지로 구성된 택지를 보다 저렴하게 공급할 수 있게 하므로 이 조항은 이러한 목적을 실현하는 데 일단은 적합한 수단이 된다고 볼 수 있다.

그러나 지중설치보다 가공설치의 방법에 의할 경우에는 동일한 효능을 가진 전기간선시설을 7분의 1 내지 10분의 1 정도의 적은 비용으로 시설할 수 있으므로 이는 택지를 보다 저렴한 가격으로 공급하도록 하는 데 기여하면서도 청구인의 비용부담이라는 피해를 최소화할 수 있는 다른 대체수단이 될 수 있다. 그렇다면 지중설치로 인한 초과비용을 청구인에게 부담시키는 것은, 국민의 재산권을 제한함에 있어서 그 피해를 최소화할 수 있는 다른 대체수

단이 없는 경우에만 그 제한이 비례의 원칙에 합당하여 위헌을 면할 수 있다는 파잉금지의 원칙에 일단 어긋난다고 보지 않을 수 없다. 문제는 지중설치에 의하여 얻을 수 있는 가장 큰 이익이라고 할 수 있는 시가지미관의 개선이라는 공익과 청구인이 입는 재산상의 손해라는 사익의 침해를 비교할 때 이러한 사익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 공익의 비중이 크다고 할 수 있는가 하는 점이다. 시가지미관의 개선이 택지의 분양을 용이하게 하고 주민들에게 미관상 보다 유리한 환경을 제공한다고 하는 공익은 그 혜택의 범위가 주로 그 주택단지 안에서 생활하는 주민들로 한정된다는 한계를 갖는다. 다른 한편 지중설치로 인한 추가공사비에 대한 부담을 택지개발사업시행자가 부담한다고 하더라도 그 부담은 바로 택지의 공급가에 반영되어 주민들에게 전가되지만 이러한 전가에 따른 불이익을 받는 사람의 범위 역시 그 주택단지 안의 주민들로 제한된다. 결국 시가지미관의 개선이라는 공익은 제한적인 것이어서 그렇게 크다고 볼 수 없다.

이에 반하여 청구인이 입는 비용부담상의 피해는 통상의 가공설치의 경우보다 7~10배에 달하여 매우 크다고 할 수 있다. 더구나 청구인은 이러한 부담을 바로 다른 데 전가하는 것이 곤란하다. 왜냐하면 고객에게 최초로 전기를 공급하기 위한 접속비용(공사비)은 전기요금에 포함시키지 않는 것이 원칙이고 또한 전기는 생산에서 공급까지의 비용 추적이 어렵고 고객별 부하형태가 다양하여 고객별 공급원가 산정은 불가능하고 따라서 특정고객에 대하여 공사비를 반영한 요금설계는 곤란하기 때문이다. 지중설치비용을 청구인이 부담할 경우 위에서 본 것처럼 단기적으로는 이것이 바로 전기요금에 전가될 수는 없지만 장기적으로 볼 때 이로 인하여 청구인이 입는 재정상의 불이익은 결국 어떤 형태로든 전기요금에 반영될 것인바 이렇게 되면 전기를 사용하는 모든 국민에게 그 피해가 미치게 된다.

또한 국가나 지방자치단체 또는 그 밖의 택지개발사업시행자들이 주택단지를 건설하면서 분양의 편의와 미관의 증진을 위하여 전기간선시설의 지중설치를 요구하는 일은 계속 증가하고 있고 시가지의 미관을 개선하기 위하여 기존의 가공시설을 지중화할 것을 요구하는 일 또한 증가하고 있다. 이러한 추세에 따른다면 청구인의 비용부담의 증가는 계속 확대될 수밖에 없을 것이다.

결국 청구인이 입는 재산상의 피해는 매우 크다고 하지 않을 수 없다.

한편 청구인 회사는 국가가 51% 이상 출자하여 설립된 공법인이고 그 사업도 전체 국민에게 합리적인 가격에 의하여 안정적으로 전기를 공급하는 일

이며 그 영업의 형태는 사실상 독점적인 것이므로 비록 청구인이 지중설치의 모든 비용을 부담한다고 하더라도 이것은 청구인이 향수하는 독점적 이익에 상응한 것으로서 본래의 목적에 적합한 공익적 출연이며 사실상 국고의 출연으로 볼 수 있으므로 이를 개인이 입는 통상의 재산상 손해와 같이 취급할 수는 없다는 점이 지적될 수도 있다. 그러나 공익적인 사업을 수행한다는 점은 청구인이나 한국토지공사나 마찬가지로 청구인과 한국토지공사가 모두 공법인이라고 하더라도 그 주식의 분포상황을 보면 청구인의 경우에는 국가와 산업은행의 지분이 합계 54% 정도임에 반하여 한국토지공사는 오히려 그 주식의 전부를 국가와 산업은행이 소유하고 있으므로 청구인의 비용부담이 실질적으로 국고의 부담이라고 볼 수 있는 측면보다는 오히려 한국토지공사가 그 비용을 부담하는 것이 더욱 국고적 출연의 성질이 강하다고 할 수 있다. 그러므로 위와 같은 지적은 청구인의 재산상 피해를 부정할 이유가 되지 못한다.

따라서 청구인이 입는 재산상의 피해에 비하여 시가지미관의 개선이라는 공익은 그다지 크다고 볼 수 없으므로, 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문이 지중설치로 인하여 증가되는 공사비용의 전부를 청구인에게 부담시키는 것은 비례의 원칙에 어긋난다.

이러한 이치는 다음과 같은 실정법의 규정을 살펴보면 더욱 분명하게 드러난다. 즉, 기업활동규제완화에관한특별조치법(1995. 1. 5. 법률 제490호로 전면 개정된 것) 제24조(산업단지개발사업 비용부담에 관한 특례)는 그 제1항에서 “산업단지에 전기를 공급하는 자는 산업입지및개발에관한법률 제28조의 규정에 불구하고 산업단지개발사업의 시행자가 요청하는 경우 산업단지에 전기를 공급하기 위한 전기간선시설 및 배전시설을 산업단지개발실시계획에서 도시계획시설로 결정된 도로까지 설치하여야 한다.”라고 규정하고 이어 그 제2항에서 “제1항의 규정에 의하여 산업단지에 전기를 공급하기 위하여 설치한 전기간선시설 및 배전시설의 설치비용은 전기를 공급하는 자가 부담한다. 다만, 산업단지개발사업의 시행자·입주기업·지방자치단체 등의 요청에 의하여 전기간선시설 및 배전시설을 지중에 설치하는 경우에는 전기를 공급하는 자와 지중에 설치할 것을 요청하는 자가 각각 100분의 50의 비율로 그 설치비용을 부담한다.”라고 규정한다. 이와 같은 비용의 배분을 주택건설촉진법에서 하지 못할 이유를 찾아볼 수 없다.

그렇다면 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문 가운데, 지중설치비용 중 가

공설치비용 상당액을 초과하는 비용부분까지를 청구인의 의사와 관계없이 언제나 청구인에게 부담시키는 것은 피해최소의 원칙 그리고 법익균형의 원칙에 어긋나서 청구인의 재산권을 침해함은 물론이고 다음 (6)에서 보는 바와 같이 청구인의 계약의 자유 및 영업의 자유를 침해한다고 할 것이다.

따라서 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문 중, 전기간선시설의 설치의무자가 부담할 전기간선시설의 「설치비용」 가운데 가공설치비용 상당액을 초과하는 지중설치비용부분은 헌법에 위반된다.

(6) 다음으로 청구인의 의사와는 전혀 관계없이 지중설치가 강제된다는 점 역시 문제를 일으킨다.

지중설치의 강제가 계약자유 원칙을 제한하는 것임은 여러 설명이 필요 없는 일이고 계약자유 원칙이 헌법 제10조의 행복추구권의 한 내용인 일반적 행동자유권으로부터 도출되는 헌법상의 기본원칙의 하나라는 것 또한 분명하다. 그런데 전기간선시설을 지중에 설치할 것인지 여부 및 그 비용부담을 누가 할 것인지 여부를 결정함에 있어서 청구인의 의사를 고려하거나 청구인과의 합의를 요건으로 하여서는 안된다고 할 무슨 사정이 있다면, 그리고 이러한 문제를 결정함에 있어서 청구인의 의사를 고려하여서는 안될 국가안전보장·질서유지·공공복리상의 무슨 필요가 있다면, 청구인의 의사를 전적으로 배제하는 것이 물론 합리적이라고 볼 수도 있다. 그러나 주택단지를 개발함에 있어서 국가안전보장·질서유지·공공복리의 필요상 청구인의 의사를 배제하여야 할 무슨 사정이 있다고는 볼 수 없는 데다가 앞에서 본 바와 같이 청구인은 국가가 대주주로 되어 있는 공사혼합기업이므로 국가의 안전보장이거나 질서의 유지 및 공공복리의 증진이라는 공익을 도외시키고, 오로지 또는 주로, 사익만을 추구하는 단체라고는 도저히 볼 수 없다. 그렇다면 택지개발사업을 시행함에 있어서 전기간선시설을 지중에 설치할 것인지 여부 및 그 비용부담을 누가 할 것인지 여부를 결정함에 있어서, 본질상 공익도 함께 고려하게 되어 있는 청구인의 의사를, 전적으로 배제하는 것은 합리적인 이유 없이 청구인의 계약의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 할 것이다.

또한 전기간선시설을 설치하는 일은 청구인의 영업행위에 속하고, 설치된 전기간선시설은 청구인의 영업시설이 되어 청구인이 자기의 비용을 들여 계속하여 이를 유지·관리하게 된다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 이러한 여러 가지 상황을 종합적으로 고려할 때 앞에서 본 바와 같은 국가안전보장·질서유지·공공복리상의 특별한 필요가 없다고 보이는 택지개발사업의 시행

에 있어서 청구인의 영업에 속하는 행위에 관하여 청구인의 의사를 완전히 배제하고 이를 결정하는 것은 헌법 제15조에서 보호하고 있는 영업의 자유를 합리적인 이유 없이 침해한다고 보지 않을 수 없다.

더 나아가, 택지개발사업을 시행함에 있어서 전기간선시설을 지중에 시설함으로써 시가지의 미관을 개선하는 등의 공익적 효과가 있음은 물론이지만 이러한 공익과 청구인이 계약의 자유 및 영업의 자유를 제한받게 되어 입는 불이익을 비교할 때, 앞에서 재산권에 대한 침해를 인정하면서 밝힌 바와 같이, 청구인이 입는 불이익을 최소화할 수 있는 다른 대체수단, 즉 가공설치라는 방법이 존재하는 경우에는 그럼에도 불구하고 지중설치를 하여 얻게 되는 공익이 청구인의 불이익에 비하여 그렇게 큰 것이 아니므로 청구인의 의사를 완전히 배제하고 일방적이고 일률적으로 청구인에게 지중설치의 시공 및 그 비용 전부의 부담을 강제하는 것은 기본권제한에 관한 헌법상의 과잉금지의 원칙에 어긋난다.

그렇다면 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문 중 청구인의 의사를 완전히 배제하고 일방적이고 일률적으로 청구인에게 지중설치의 시공 및 그 비용 전부의 부담을 강제하는 부분은 계약자유와 영업의 자유를 합리적인 이유 없이 과도하게 제한하여 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

(7) 소 결

그러므로 주택건설촉진법 제36조 제3항 제1문이 청구인의 의사를 완전히 배제하고 일방적이고 일률적으로 청구인에게 지중설치의 시공 및 그 비용 전부의 부담을 강제함으로써, 전기간선시설의 설치의무자가 부담할 전기간선시설의 「설치비용」에, 가공설치비용 상당액을 초과하는 지중설치비용부분을 포함시키는 것은, 청구인의 다른 위헌주장에 대하여 더 판단할 것도 없이, 청구인의 재산권과 계약자유와 영업의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

6. 택지개발촉진법 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제4항의 위헌 여부에 대한 판단

가. 주택건설촉진법 제36조 제4항은 구체적인 기준과 범위를 정하지 아니한 채 전기간선시설의 종류별 설치범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는데 이는 포괄적인 입법위임을 금지하는 헌법 제75조에 위반된다고 청구인은 주장한다.

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은

사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있다. 여기서 법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임하여야 한다는 것은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 대통령령에 규정될 내용의 대가를 당해 법률로부터 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

그러나 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 다를 수밖에 없으므로 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 명확성의 요건이 완화될 수밖에 없는 것이다. 그러므로 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 비록 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정 및 법령의 연혁 등에 비추어 위임조항에 내재한 위임의 범위나 한계를 대체로 예측할 수 있다면 이를 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없는 것이다. 결국 예측가능성의 유무는 당해 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적, 체계적, 연혁적으로 검토하여 종합적으로 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다.

나. 주택건설촉진법 제36조 제4항의 위헌 여부

주택건설촉진법 제36조 제4항은 1981. 4. 7. 법개정 당시 동조 제3항과 함께 처음 등장한 것인데 이 때의 동조 제3항의 내용은 다음과 같았다.

「③ 제1항의 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 부담한다. 다만, 제1항 제2호의 전기시설의 설치의무자가 부담할 설치비용은 주택단지까지의 전기시설(주택단지 안에 송변전시설을 설치하는 경우에는 이를 포함하되, 주택단지 안의 배전시설은 이를 제외한다)의 설치비용으로 하며, 제1항 제1호의 간선시설의 설치비용은 그 2분의 1의 범위 안에서 국가가 이를 보조할 수 있다.」

한편 동조 제4항의 위임에 의하여 처음으로 제정된 시행령 제35조 제4항은 다음과 같이 규정하고 있었다.

「○ 주택건설촉진법시행령 제35조 제4항 별표 6(1981. 8. 24. 대통령령 제 10448호로 개정된 것)

3. 전기시설

법 제36조 제3항의 규정에 의한 전기시설로 한다.」

이것을 보면 전기간선시설의 설치의무자가 부담할 설치비용은 주택단지까지의 전기시설(주택단지 안에 송·변전시설을 설치하는 경우에는 이를 포함

하되, 주택단지 안의 배전시설은 이를 제외한다)의 설치비용으로 한다는 것이 이미 법률 자체에 규정되어 있기 때문에 시행령에서 따로 전기간선시설의 설치범위를 정할 필요가 없었고 따라서 “전기시설은 법 제36조 제3항의 규정에 의한 전기시설로 한다.”라고 규정하는 것으로 충분하였다.

그러다가 1990. 7. 16. 개정된 동법시행령 제35조 제4항 별표 6이 “전기시설은 주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지 또는 공동주택의 단지경계선까지로 한다. 다만, 단지 안에 개설예정인 도시계획도로가 있는 경우에는 그 도로까지로 한다.”라고 규정함으로써, 시행령에서 정하는 전기간선시설의 설치의무의 범위가 모법인 법 제36조 제3항이 정하는 범위보다도 오히려 넓게 되었다.

그리하여 1992. 12. 8. 개정된 주택건설촉진법 제36조 제3항은 간단히 “제1항의 규정에 의한 간선시설의 설치비용은 그 설치의무자가 이를 부담한다.”라고 규정하면서 종전 규정의 단서에서 정한 구체적인 범위, 즉 “다만, 제1항 제2호의 전기시설의 설치의무자가 부담할 설치비용은 주택단지까지의 전기시설의 설치비용으로 하며”라는 것을 시행령에서 정하게 하였다. 즉, 1993. 2. 20. 개정된 주택건설촉진법시행령 제35조 제4항 별표 6에서 “전기시설은 주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지 또는 공동주택의 단지경계선까지로 한다.”는 취지로 규정을 한 것이다.

이러한 법령개정의 연혁과 주택건설촉진법의 입법목적 및 그 전체의 내용, 특히 주택건설촉진법 제3조 제8호가 “간선시설이라 함은 도로·상하수도·전기시설·가스시설·통신시설 및 지역난방시설 등 주택단지 안의 기간시설과 그 기간시설을 당해 주택단지 밖에 있는 동종의 기간시설에 연결시키는 시설을 말한다.”라고 정의하고 있는 취지 등에 비추어 보면 주택건설촉진법 제36조 제4항의 위입에 의하여 대통령령에서 정하게 될 전기간선시설의 설치의무의 범위라는 것이 대체로 “주택단지 밖의 기간이 되는 시설로부터 택지 또는 공동주택의 단지경계선까지의 것”으로 되리라는 것은 이해관계인들이 어렵지 않게 예측할 수 있는 일이라고 할 것이다.

더구나 전기간선시설의 설치의무의 범위라는 것은, 상당한 정도의 전문기술을 가진 인력을 동원할 수 있는 행정부가 국가의 재정능력과 경제여건 그리고 사실관계의 다양성과 변화 등을 고려하여 능동적, 탄력적으로 판단하여 결정할 필요가 있는 사항이기 때문에 의회가 구체적인 내용을 일일이 정하기는 현실적으로 어려운 점이 있다.

이러한 여러 가지 상황을 종합하여 판단할 때 주택건설촉진법 제36조 제4항의 입법위임을 포괄위임이라고는 볼 수 없다. 따라서 위 법조항은 헌법에 위반되지 않는다.

7. 결 론

그렇다면 택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제3항(1992. 12. 8. 법률 제4530호로 개정된 것) 제1문 중 전기간선시설에 관한 부분에 대하여는 재판관 5인이 위헌의견이고 재판관 4인이 합헌의견이어서 비록 위헌의견이 다수이긴 하지만 법률의 위헌선고에 필요한 정족수 6인에 미달하므로 이 부분은 헌법에 위반되지 않는다는 선고를 하기로 하고 한편, 택지개발촉진법(1980. 12. 31. 법률 제3315호로 제정된 것) 제14조 제1항에 의하여 준용되는 주택건설촉진법 제36조 제4항(1981. 4. 7. 법률 제3420호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이고 이 점에 관하여는 관여재판관 전원의 의견이 일치되므로 이 부분에 대하여도 역시 헌법에 위반되지 않음을 선고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

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

[별지 1]

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 입법과 정책의 재량

전력공급원인 변전소로부터 전기 수요자의 이용시설에 이르기까지의 간선시설의 설치비용을 수요자가 부담하도록 할 것인지 또는 공급자가 부담하도록 할 것인지는 국가의 재정능력과 국민의 소득수준, 전력사업의 성장률, 경제여건 등에 따라 결정될 성질의 것이지 이를 당연히 전기 수요자가 부담하여야 하는 것은 아니다.

전기간선시설의 설치비용부담은 전력이요금체계 더 나아가서는 국가의 소비자물가관리 문제와 맞닿아 있는 문제이다. 만약 경제여건 등이 위 비용을 전기요금에 바로 반영하는 것을 허락하였다면 국가로서는 당연히 변전소로부터

전기 수요자의 개별 계량기까지의 모든 전기시설을 일괄하여 청구인에게 설치하도록 하였을 것이다. 한편, 전력산업의 성장률이 낮은 선진국일수록 신규 전기시설의 설치비용 중 전기공급자의 부담부분이 커지고 수요자 측의 부담은 작아지는 것이 일반적인 경향이라고 한다.

(2) 독점이윤에 의한 시설

국가가 청구인을 유일한 전기사업자로 허가하여 독점적 이윤을 누리게 하는 대신 청구인으로 하여금 청구인의 영업시설이기도 한 사회간접시설인 전기간선시설을 그의 부담으로 설치하도록 한다고 하여 지나치게 가혹하다고 할 수도 없다.

전기요금에 관하여는 물가관리의 측면에서 시설 설치비용이 청구인의 독점 이윤의 일부로 충당될 가능성도 커서 반드시 위 비용이 국민 모두에게 전가된다고 단정하기도 어렵다.

(3) 전기시설의 소유권 귀속에 의한 이익

전력 공급원인 변전소로부터 수요자의 개별 계량기까지에 이르는 시설 중 주택단지의 경계선으로부터 개별 계량기까지의 전기시설은 사업주체가 그 비용으로 설치하여 최종적으로는 전기수요자들이 그 비용을 부담하고서도 청구인의 소유가 되며 청구인이 이를 영업시설로 하여 전기판매사업을 영위하고 있다.

(4) 설치비용의 부담이 반영된 추가

이 사건 각 택지개발사업실시계획 승인·고시경인 1995년 무렵 국가가 청구인의 주식을 75.66% 상당 소유하고 있었고(2001년 무렵의 국가의 청구인 주식 보유율은 32.35% 상당이다), 청구인의 주주들은 청구인의 독점적 전기사업자로서의 지위에 따른 이익과 부담 등 여러 가지 사업여건을 종합적으로 고려하여 청구인의 주식을 매입하였을 것이고 또 청구인의 주식가격에는 위와 같은 사정들이 모두 반영되어 있었을 것이다.

(5) 입법취지

심판대상 법조항은 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 주거수준 향상을 위한 목적으로 주택 또는 택지의 공급가격을 낮춤으로써 그 공급을 촉진하기 위하여 간선시설 설치비용을 사업주체, 종국적으로는 주택을 구입하고자 하는 국민에게 부담시키지 않고, 생활 필수적 서비스를 독점적으로 공급하며 독점 이익을 향유하는 청구인 등에게 부담시키고자 하는 것을 그 입법취지로 하고 있다.

(6) 소 결

따라서 이상을 종합하여 보면 심판대상 범조항은 그 필요성이나 합리적인 이유가 있다고 인정되고, 청구인 주장의 평등권, 재산권 및 영업의 자유에 대한 제한도 그 필요성과 정도, 제한에 의하여 보호되는 공익의 정도 등을 고려하여 볼 때 헌법상 보장되는 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 단정할 수는 없으며 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙 또는 과잉금지 원칙에 반한다고 할 수 없으므로 입법자의 입법형성재량권의 범위를 일탈하였다고 보기는 어렵다.

(7) 위임범위의 한정

심판대상 범조항이 간선시설의 설치의무를 부과하기 위한 주택건설사업 등의 범위, 간선시설의 설치범위, 주택단지 등의 범위 등을 대통령령에 위임하였다고 하더라도 주택건설촉진법은 제3조 제8호에 간선시설에 관한 구체적인 정의규정을 두고 있고, 그 법률 전체에서 법률제정 목적과 규율대상 등을 규정하고 있을 뿐만 아니라 주택건설촉진법 제36조 제1항에서 규정하고 있는 간선시설설치의무자는 국가, 지방자치단체 또는 해당 생활 필수적 서비스의 독점적 공급자들이어서 이들은 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이다.

나아가 위와 같이 대통령령에 위임된 사항들은 국가의 재정능력과 경제여건 등의 변화에 따라 능동적, 탄력적으로 대응할 필요가 있는 사항에 속한다고 할 것이므로, 간선시설의 설치의무를 부과하기 위한 주택건설사업 등의 범위, 간선시설의 설치범위, 주택단지의 범위 등을 대통령령에 위임한 규정이 포괄위임금지의 원칙에 반한다고 할 수도 없다.

[별지 2]

다. 건설교통부장관의 의견요지

도시화 및 산업화로 도로·상하수도·전기·통신시설 등 기반시설이 갖추어진 기존 시가지내에는 주택건설용지가 거의 없는 형편으로 수도권외의 경우 기존 시가지에서 20~50km 떨어진 지역에서 주택단지 조성이나 택지개발사업을 시행할 수밖에 없다. 이와같이 기존 시가지 밖에서 건설되는 주택단지건설에 수반되는 도로·상하수도·전기·통신시설 등을 수익자부담의 원칙에 따라 당해 주택건설사업 또는 택지개발사업을 시행하는 자에게 부담하도록 한다면 새로운 주택건설은 불가능한 결과를 초래한다.

주택의 공급은 분가·혼인 등 새로운 주택수요에 맞추어 일정 수준을 유지하지 않으면 집값·전월세 가격의 폭동요인이 상존하고 있는데, 1998년도의 전국적인 주택가격 폭등, 2001년도의 수도권을 중심으로 한 전월세 파동도 일정수준의 주택공급이 안됨으로 인하여 발생한 사례이다. 따라서 주택건설과 택지개발사업의 원활한 추진을 뒷받침하기 위하여 주택단지건설에 수반되는 도로·상하수도·전기·통신시설 등 필수기반시설과 이들 시설의 공급주체를 주택건설촉진법에서 정하고 간선시설의 설치범위는 대통령령으로 정하도록 규정하고 있는 것이다.

전기간선시설 등 전기공급시설은 전기사업자인 청구인이 소유하고 사용·관리하며 이로부터 수익을 얻는 영업시설로, 전기사업자인 청구인이 비용을 부담하여 자기의 영업시설을 설치하여야 한다. 수도사업소의 수도관, 송유관 공사의 송유관, 한국통신의 통신시설, 가스공사의 가스배관시설도 당해 사업주체에서 영업시설을 설치하여 영업활동에 이용하고 있다. 주택건설촉진법 및 택지개발촉진법에서 전기간선시설 등의 설치주체 및 비용부담의무를 규정한 것은 위와 같이 당연한 사항을 강조한 것일 뿐이다.

주택건설촉진법이나 택지개발촉진법에는 전기간선시설의 설치의무자만 규정하고 있을 뿐이지 설치방법은 규정하고 있지 않으며, 설치비용은 법제처 유권해석에 의하면 설치방법에 불문하고 청구인이 부담하도록 규정하고 있다.

전기간선시설은 가공이든, 지중이든 간에 청구인이 전기를 공급하기 위한 수익시설이며 청구인의 재산으로 귀속된다. 전기간선시설을 지중화로 설치하는 경우 외부 기상여건 등의 영향이 적어 전력공급 신뢰도가 높고 설치의 선진화 및 안전성에 대한 이미지 제고로 주민들의 전기에 대한 신뢰도가 높아 도심과 밀집지역 등은 안정성, 쾌적성, 편의성 등으로 지중화가 요구되고 있다. 선진국일수록, 전력소모량이 많을수록, 국민안전을 우선시하는 국가일수록 지중화를 설치하는 것이 일반적인 추세이고, 우리 나라도 도심 과밀지역을 중심으로 청구인측에서 지중화를 단계적으로 추진하고 있다.

전기간선시설을 지중화하는 경우 쾌적한 도심과 환경조성이 가능하나 이를 택지사업시행자가 부담하는 경우 지중화비용이 택지의 원가상승요인으로 작용하여 저렴한 주택공급을 통한 서민 주거난 해소라는 국가 주택정책 목표달성이 어렵게 된다.

청구인은 지중화시설로 설치된 지하전력구에 케이블티브이 및 시내통신사업을 위한 케이블을 매설한 후 임대사업을 수행하고 있거나 수행준비중에 있

으며(하나로통신 및 지역유선방송), 전기간선시설은 택지지구만을 위한 시설이 아니라 주변의 새로운 수요에 대하여 연결하는 역할을 하므로 지중시설의 수혜자는 당연히 청구인이며 택지지구 내만을 위한 시설도 아니다.

택지개발촉진법이나 주택건설촉진법은 특별한 국가정책 목적을 달성하기 위하여 공익적이고 공법적인 권리·의무 관계를 규정하고 있다. 이러한 법률체계하에서 청구인은 전기간선시설의 설치 및 비용부담의 법률관계가 순수한 사법관계의 성격을 가진다고 주장할 수 없다. 주택건설이나 택지개발의 촉진을 사적인 거래관계에만 맡겨 놓을 수 없기 때문에 공법을 제정한 것이고, 도로·상하수도·전기간선시설의 설치주체를 정한 것이다.

전기간선시설은 가공이든, 지중이든 간에 청구인이 전기를 공급하기 위한 수익시설이며 청구인의 재산으로 귀속된다. 따라서 청구인이 택지지구 내 전기간선시설의 설치비용을 부담한다하여 청구인의 재산권을 침해한다거나 일반국민에게 비용부담을 전가시켜 일반국민의 재산권을 위협적으로 제한한다고 볼 수 없다.

주택건설과 택지개발사업의 원활한 추진을 뒷받침하기 위하여 주택단지건설에 수반되는 도로·상하수도·전기·통신시설 등 필수 기반시설과 이들 시설의 공급주체를 주택건설촉진법에서 정하고 간선시설의 설치범위는 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 주택단지의 위치·규모·건설형태와 기반시설의 종류에 따라 이들 간선시설의 설치범위가 달라 법률에 일일이 열거한다는 것은 입법기술상 불가능하고, 현대산업사회가 유동적이고 가변적으로 간선시설의 설치기법 등이 수시로 변하고 있고 국회가 항시 개원되어 있는 것도 아니므로 행정부에서 즉시 대처할 수 있도록 설치범위를 대통령령에 위임한 것이다.

따라서 주택건설촉진법 제36조의 경우 기반시설의 종류와 공급대상자를 열거하고 있고 당해 법률의 취지와 목적 등을 볼 때 충분히 그 범위의 예측이 가능하므로 위임입법의 범위와 한계를 넘었다고 볼 수 없어 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다.

지방세법 제288조 제1항 등 위헌소원

(2005. 2. 24. 2003헌바72 전원재판부)

【판시사항】

1. 조세감면 대상 설정에 관한 헌법적 요청
2. 장학단체가 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산 중 임대용 부동산을 재산세·도시계획세 및 공동시설세의 면제대상에서 제외한 지방세법 제288조 제2항 본문이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 조세우대조치의 남발은 그에 의하여 조세감면을 받는 특정한 납세자군의 조세부담을 다른 납세자군에게 전가하는 결과를 가져와 조세평등의 이념에 반하고 일반 납세자들의 납세의식을 저하시킬 수 있기 때문에, 입법자가 조세감면 대상을 설정함에 있어 되도록 신중한 입장을 취하여 그러한 조세감면이 가장 절실하거나 시급하다고 생각되는 집단으로 그 범위를 한정하고 사회·경제적 상황의 변화에 따라 그 범위를 조절하는 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.

2. 공익법인에 대한 세제지원이 변칙적인 탈세수단으로 악용되거나 공익성을 빙자한 조세회피의 소지가 있다면 조세감면을 통해 달성하려는 정책목표의 효과보다는 감면이 수반하는 사회적 비용이 더 크게 되어 사회정책적 측면이나 국민경제적 측면에서 바람직하지 못한 현상이 초래된다. 부동산 임대업은 장학단체가 수행하는 수익사업 중 큰 비중을 차지하는 것으로서, 그 수익이 반드시 장학단체의 고유업무에만 사용된다고 보장하기 어렵고, 과세관청이 장학단체의 임대용 부동산에 대하여 임대수익이 장학금 총당에 사용되는지 여부를 일일이 심사하여 면세 여부를 결정하는 것은 그 수익의 사용처 파악에 많은 부가적 행정인력이 소요되어 과세집행당국에 과도한 부

답을 줄 뿐 아니라 그 수익파악의 곤란성 등 법집행에 지장을 초래하고 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있는 등의 한계가 있다. 따라서 입법자가 이러한 현실적 어려움들 속에서 장학단체의 건전한 설립·운용을 위해 임대용 부동산을 면세의 대상에서 제외하는 것은 일응 불가피한 조치로 볼 수 있다.

그리고, 임대용 부동산을 재산세 등의 면제대상에서 제외하면서 그 적용시한을 3년으로 정함으로써 그 기간 만료 후 지방재정상태가 호전되고 건전한 부동산 보유 관행이 확립되면 임대용 부동산이 다시 면제대상에 포함될 여지를 남겨놓고 있는 입법자의 조치가 자의적인 것이라고 볼 수는 없다.

또한, 2005. 1. 1.부터 시행되고 있는 법인세법 제29조 제1항 제4호는 장학단체 수익사업소득의 고유목적사업준비금 설정비율을 종전의 50%에서 80%로 상향조정함으로써 장학단체에 대한 조세경감의 혜택을 확대하였다. 이와 같이 장학단체의 부동산임대소득에 대하여 법인세법상 과세특례가 적용되고 있는 사정에 비추어 보아도 장학단체의 임대용 부동산에 대한 재산세 등까지 면제하지 않았다고 하여 그것이 불합리하다고 보기는 어렵다.

【심판대상조문】

지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것) 제288조(사회단체 등에 대한 감면)

- ① 생략
- ② 정부로부터 허가 또는 인가를 받거나 민법 외의 법률에 의하여 설립 또는 그 적용을 받는 학술연구단체·장학단체·기술진흥단체·문화예술단체·체육진흥단체·청소년단체가 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 다만, 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유 없이 그 고유업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 고유업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다.
- ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항

지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것) 제288조(사회단체 등에 대한 감면)

① 다음 각 호의 법인이 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산(임대용 부동산을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 다만, 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유 없이 그 고유업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 고유업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다.

1. 대한적십자사조직법에 의한 대한적십자사
2. 법률구조법에 의한 대한법률구조공단 및 법률구조법인
3. 소비자보호법에 의한 한국소비자보호원
4. 스카우트활동육성에관한법률에 의한 스카우트주관 단체
5. 한국청소년연맹육성에관한법률에 의한 한국청소년연맹
6. 한국해양소년단연맹육성에관한법률에 의한 한국해양소년단연맹
7. 한국자유총연맹육성에관한법률에 의한 한국자유총연맹
8. 대한민국재향군인회법에 의한 대한민국재향군인회

②, ③ 생략

구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 제290조(공공법인에 대한 과세면제) ① 다음 각 호의 법인이 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대상을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 다만, 취득일부터 1년 이내에 정당한 사유 없이 그 고유업무에 직접 사용하지 아니하거나, 대통령령이 정하는 수익사업에 사용하는 경우에는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다.

1.~17. 생략

18. 정부로부터 허가 또는 인가를 받거나 민법 외의 법률에 의하여 설립되거나 그 직용을 받는 학술연구단체·장학단체·기술진흥단체·문화예술단체·체육진흥단체·청소년단체

②~④ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 535
- 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115
- 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. 29. 98헌바99, 판례집 12-2, 95, 103

【당 사 자】

청 구 인 재단법인 ○○교육재단

대표자 이사장 이○환

대리인 법무법인 대륙

담당변호사 이시윤 외 3인

당해사건 서울행정법원 2003구합10930 재산세등부과처분취소

【주 문】

지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것) 제288조 제2항 본문 가운데 장학단체가 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산 중 임대용 부동산을 재산세·도시계획세 및 공동시설세의 면제대상에서 제외한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2000. 6. 23. 민법 제32조 및 공익법인의설립·운영에관한법률 제4조의 규정에 의하여 서울특별시 교육감으로부터 법인설립 허가를 받고, 같은 달 28. 설립등기를 마친, 장학금 지급 등을 목적으로 하는 공익법인이다.

(2) 서울특별시 중구청장, 서초구청장, 구로구청장은 그 관할구역 내에 위치하고 있는 청구인 소유의 건물들이 임대용 부동산이라 하여 2002. 7. 그 건물들에 대하여 재산세, 도시계획세, 공동시설세, 지방교육세를 부과하는 처분을 하였다.

(3) 이에 청구인은 재산세, 도시계획세 및 공동시설세 면제대상에서 임대용 부동산을 제외하도록 규정하고 있는 지방세법 제288조 제1항 중 괄호 부분, 같은 조 제2항이 위헌이므로 이를 근거로 한 부과처분들이 위법하다면서 그 취소를 구하는 소(서울행정법원 2003구합10930)를 제기하고 위 소송계속 중 위 법률조항들에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 위 법원이 2003. 8. 14. 그 소송 및 신청을 모두 기각하자, 같은 달 23. 위헌제청신청기각결정을 통지받고 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 같은 해 9. 15. 이 헌법소원 심판청구를 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제288조 제1항 중 괄호부분, 같은 조 제2항 전체에 대하여 헌법소원을 청구하고 있다.

그러나 당해사건에서 다투어지는 쟁점으로서 그 위헌 여부가 재판 결과의 판권이 되는 것은 법 제288조 제2항 본문 중 장학단체에 대한 재산세·도시계획세·공동시설세의 면제에 관한 부분에 국한된다. 그런데 이 부분의 법문은 “그 고유업무에 직접 사용하는 부동산”이라고만 되어 있고, “그 고유업무에 직접 사용하는 부동산(임대용 부동산을 제외한다)”이라고 되어 있지는 않다. 그러나, 제288조 제1항 본문에서 취득세 등이 면제되는 부동산에 관하여 “그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산(임대용 부동산을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)”고 규정하고 있으므로 제288조 제2항 본문의 “그 고유업무에 직접 사용하는 부동산”이라는 법문의 실제 내용은 “그 고유업무에 직접 사용하는 부동산(임대용 부동산을 제외한다)”이라고 보아야 한다.

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정된 것) 제288조 제2항 본문 가운데 장학단체가 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산 중 임대용 부동산을 재산세·도시계획세 및 공동시설세의 면제 대상에서 제외한 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제288조(사회단체 등에 대한 감면) ① 다음 각 호의 범인이 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산(임대용 부동산을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 다만, 그 취득일부터 1년 내에 정당한 사유 없이 그 고유업무에 직접 사용하지 아니하는 경우 또는 그 사용일부터 2년 이상 고유업무에 직접 사용하지 아니하고 매각하거나 다른 용도로 사용하는 경우 그 해당 부분에 대하여는 면제된 취득세와 등록세를 추징한다.

1.~8. 생략

② 정부로부터 허가 또는 인가를 받거나 민법 외의 법률에 의하여 설립 또는 그 적용을 받는 학술연구단체·장학단체·기술진흥단체·문화예술단체·체육진흥단체·청소년단체가 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고

유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 단서 생략.

구 지방세법(2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 지방세법’이라 한다)

제290조(공공법인에 대한 과세면제) ① 다음 각 호의 법인이 그 고유업무에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산(제112조 제2항의 규정에 의한 과세대상을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 취득세와 등록세를 면제하고, 과세기준일 현재 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여는 재산세·종합토지세·도시계획세 및 공동시설세를 면제한다. 단서 생략.

1.~17. 생략

18. 정부로부터 허가 또는 인가를 받거나 민법 외의 법률에 의하여 설립되거나 그 적용을 받는 학술연구단체·장학단체·기술진흥단체·문화예술단체·체육진흥단체·청소년단체

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 장학단체가 부동산을 보유하면서 이를 임대하여 그 수익으로 장학사업의 고유목적용을 수행하는 경우에는 투기목적으로 부동산을 보유하는 것과는 무관하므로, 부동산투기 억제에 관한 재산권 제한의 필요범위를 넘어서서 장학사업이라는 공익목적의 임대용 부동산에까지 보유세의 일종인 재산세 등을 부과하는 것은 헌법 제23조 제1항 소정의 재산권보장의 원칙을 위반한 것이다.

(2) 일정한 공익법인이 보유하는 수익용 현금·예금이나 유가증권에 대하여는 재산세 등을 부과하지 아니하면서도 장학단체가 보유하는 수익용 부동산에 대하여만 재산세 등을 부과하는 것은 수익용 부동산을 많이 보유한 장학단체에 대한 부당한 차별로서 헌법 제11조 소정의 평등원칙에 반한다.

(3) 법 제288조에 의하면, 취득세·등록세의 경우 임대용 부동산을 면제대상에서 제외한다는 명확한 규정이 있는 반면, 재산세 등 보유세의 경우 임대용 부동산을 면제대상에서 제외한다는 명확한 규정이 없어 과세요건명확주의 또는 과세요건법정주의라는 조세법률주의에 반한다.

나. 서울행정법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 법률조항의 입법목적은 열악한 지방재정의 개선, 장학단체 등에 의한 부동산의 과잉보유 방지, 장학단체 등의 건전한 설립·운영 등을 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정된다 할 것이고, 이 사

건 법률조항이 임대용 부동산의 경우는 재산세 등의 과세대상으로 삼고 있다 하더라도 임대 이외의 방법으로 부동산을 고유 업무에 사용하는 경우에는 재산세 등의 면제대상으로 삼고 있는 것이므로 피해최소성의 원칙에 위배된다고 볼 수도 없으며, 이 사건 법률조항을 통하여 실현하려는 공익에 비하여 납세자의 재산권 침해가 지나치게 커서 법익의 균형을 잃었다고 보이지도 아니하므로, 이 사건 법률조항이 재산권보장의 원칙을 위반하였다고 할 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 동일 당사자가 보유하고 있는 재산의 종류에 따라 재산세 등의 면제 여부를 달리하고 있을 뿐이고, 특정 납세자에 대하여만 감면조치를 하는 것이 아니므로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 법 제288조 제1항은 취득세 등의 부분에서 팔호의 형식으로 면제대상이 되는 부동산에서 “임대용 부동산을 제외한다. 이하 이 조에서 같다”고 명시하고 있어, 임대용 부동산이 재산세 등의 면제대상에서도 제외됨은 법문 자체에서 명백하다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 조세법률주의에 반한다고 볼 수 없다.

다. 행정자치부장관의 의견

(1) 재산세와 종합토지세의 성격에 비추어 볼 때 부동산을 보유하고 있는 자는 당해 부동산의 보유목적과 관계없이 재산세, 종합토지세의 납세의무가 있다 할 것인데, 이 사건 법률조항은 공공단체가 보유하고 있는 임대용 부동산의 경우 수익사업의 일환으로 해당단체의 고유목적사업에 직접적으로 참여되는 것은 아니어서 일반 납세자와의 차등을 두어 보유세인 재산세와 종합토지세의 면제혜택을 부여할 만한 공익성이 결여되었다고 판단하여 면제대상에서 제외한 것이므로 오히려 조세정의에 부합되는 조치라 할 것으로서 그 목적의 정당성과 방법의 적정성이 인정되고, 청구인의 경우 이 사건 법률조항으로 인하여 일반납세자와 비교하여 종전에 받고 있던 특혜의 정도가 축소되었을 뿐 임대 이외의 방법으로 부동산을 고유업무에 사용하는 경우에는 감면혜택을 받고 있으므로 피해최소성의 원칙에 위배된다고 볼 수도 없으며, 이 사건 법률조항을 통하여 실현하려는 공익에 비하여 납세자의 재산권 침해가 지나치게 커서 법익의 균형을 잃었다고 보이지는 아니하므로 과잉금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(2) 이 사건 법률조항은 종래 감면의 수혜자와 비수혜자간에 불평등을 초래하고 있던 감면제도의 적용범위를 축소하여 비수혜자와의 차별을 완화시키기 위한 조치를 정하고 있으므로 오히려 평등의 원칙을 구현한 것이라 할 것

이고, 입법자가 부동산만 과세대상으로 할 것인지 아니면 현금, 예금, 유가증권 등도 과세대상에 포함시킬지 여부는 과세기술, 경제현실, 조세정책에 비추어 판단하여야 할 입법재량이 관한 사항이며, 이 사건 법률조항이 특정 납세자에 대하여만 조세감면조치를 하는 것이 아니므로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(3) 이 사건 법률조항이 조세법률주의에 반하지 않는다는 이유는 서울행정법원과 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항의 입법연혁 및 취지

이 사건 법률조항은 2000. 12. 31.로 만료되는 구 지방세법상의 지방세 감면규정의 적용시한을 3년간 연장하되 열악한 지방재정상태를 감안하여 그 감면대상과 범위를 합리적으로 축소, 조정하는 과정에서 마련되었다. 장학단체 등 공공법인에 대한 지방세면제는 장학사업 등의 공익적·자선적 성격을 고려하여 이를 세제적으로 뒷받침하여 그 육성을 기하기 위하여 취지에서 1994. 12. 22. 지방세법(법률 제4794호)에 규정(제290조 제1항 제18호)되었고 그 적용시한을 3년으로 제한하였다(부칙 제2조). 그 후 1997. 8. 30. 지방세법 개정시(법률 제5406호) 다시 3년의 기간을 연장하여 2000. 12. 31.까지 적용하도록 하였다(부칙 제2조).

지방세법이 2000. 12. 29. 개정되기 전 제290조 제1항 제18호는 장학단체 등이 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산이라면 임대용인지 여부를 불문하고 재산세, 도시계획세, 공동시설세(이하 '재산세 등'이라 한다)를 면제하도록 규정하고 있었다. 그러나, 지방세 감면규정의 적용에 따라 지방세 감면규모가 커 지방재정의 압박요인으로 작용하여 지방자치단체로부터 이에 대한 축소조정 요구가 제기되었고, 특히 일부에서는 조세감면의 혜택을 이용하여 불필요한 부동산을 소유하는 문제점이 발생함에 따라 2000. 12. 29. 지방세법 개정시 고유업무에 대한 감면을 법령상의 사업으로 축소하는 등 포괄적 감면대상을 특정화 또는 개별화하여 감면범위를 축소하고, 국가정책상 감면이 불가피한 사업도 최대한 감면범위를 축소하여 지방행정서비스에 최소한의 비용부담을 실현하는 방향으로 조정하는 과정에서 장학단체의 임대용 부동산을 재산세 등의 면제대상에서 제외하게 된 것이다. 그리고 그 적용시한을 2001. 1. 1.부터 2003. 12. 31.까지 3년으로 제한하였으며(부칙 제2조 제3항), 2003. 12. 30. 지방세법 개정시(법률 제7013호) 그 적용시한을 2006. 12. 31.까

지로 연장하였다(부칙 제2조).

이와 같이 장학단체에 대한 재산세 등의 면제대상에서 임대용 부동산을 제외하는 것은 조세감면의 범위를 대폭 축소·정비함으로써 지방재정의 개선을 도모하고 이를 통해 증가되는 재원을 중산·서민층 지원과 기업의 경쟁력 강화를 위한 지원을 확충하는데 활용하고자 함과 아울러, 장학단체가 재산세 등의 감면혜택을 활용하여 부동산을 과다보유하거나 재산세 등 감면혜택을 받기 위한 의도로 설립, 운용되는 폐단을 막기 위한 것이었다고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 조세평등주의 위반 여부

(가) 문제의 소재

헌법은 제11조 제1항에서 모든 국민은 법 앞에 평등하고 누구든지 합리적 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 장학단체가 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산 중 임대용 부동산이 아닌 것, 예컨대 사무실이나 기숙사 등의 용도로 사용되는 부동산에 대하여는 재산세 등을 면제하면서 임대용 부동산은 면제대상에서 제외하고 있다. 그리하여 장학단체가 부동산을 임대용으로 사용하느냐 아니면 사무실이나 기숙사 등의 용도에 사용하느냐에 따라 재산세 등의 과세에 있어서 차별을 받게 된다. 그러므로 여기서는 이러한 차별을 헌법적으로 정당화할 만한 합리적인 이유가 있는지가 문제된다.

(나) 심사의 척도

1) 평등원칙 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 영역을 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 장학단체가 고유업무에 직접 사용하는 부동산이 임대용이나 아니냐이며, 규율영역은 재산세와 도시계획세, 공동시설세의 면제 여부에 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 혜택 범위를 결정하는 문제는 이러한 정책적 목적과 조세 부담의 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 행위로서 위 차별기준의 실현 여부를 좌우할 수 있는 지위에 있으며, 그 불이익의 내용이라는 것도 기껏해야 정상적인 조세납부 의무를 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 정당화 여부

1) 장학단체가 그 고유업무에 직접 사용하는 부동산에 대하여 재산세 등의 면제 혜택을 부여하는 이유는 장학단체의 존재 이유가 이윤추구에 있지

않고 사회나 공공의 이익을 위하는데 있다는 점에서 일반과세대상과 동일한 세율을 적용하는 것이 바람직하지 않기 때문이다. 그런데 이러한 입법목적 자체로부터는 장학단체가 부동산을 임대용으로 사용하는 경우와 사무실이나 기숙사 등의 용도로 사용하는 경우를 조세감면에 있어서 달리 취급할 어떠한 이유도 발견되지 않는다. 임대용이든 사무실·기숙사 등의 용도이든 장학단체의 고유업무에 직접 사용되는 부동산으로서 장학사업의 수행이라는 공공의 이익에 기여하기 때문이다.

2) 그러나 차별규정의 객관적 타당성은 입법자가 밝힌 입법동기로부터만 주어질 필요는 없으며, 법률이 가진 의미로부터도 도출될 수 있다. 살피건대, 이 사건 법률조항처럼 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 그러한 조세감면이 가장 절실하거나 시급하다고 생각되는 집단으로 그 범위를 한정하고 사회·경제적 상황의 변화에 따라 그 범위를 조절하는 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 정당화된다고 할 것이다. 이 경우 입법자는 과소포함 규정에 대하여 적용시한을 설정하는 것도 함께 고려하여야 할 것이다.

3) 이 사건 법률조항은 장학단체의 고유업무에 직접 사용하는 부동산이라는 유사성에도 불구하고 임대용 부동산은 면세대상에서 제외하고 있는바, 이러한 면세대상 범위의 설정은 아래에서 보는 바와 같은 이유로 입법자의 재량범위 내에서 합리적인 기준에 따라 이루어졌다고 볼 것이다.

가) 장학단체의 사무실이나 기숙사 등으로 이용되는 부동산은 그 이용으로 수익이 발생하는 바가 없고 오로지 장학단체의 본원적 사업에 기여하기 때문에 조세감면의 혜택을 악용한 부동산 투기의 우려와 같은 불합리한 경제적 효과가 발생할 염려가 없다. 반면, 부동산의 임대는 수익사업의 일환으로서 장학단체가 임대용 부동산에 대한 조세감면의 혜택을 이용하여 부동산을 과

다보유하거나 지방세 감면혜택을 받기 위한 의도로 설립·운용되는 폐단이 발생할 우려가 있으므로 이를 방지할 필요가 있다. 실제로 장학단체가 조세감면의 혜택을 이용하여 불필요한 부동산을 소유하는 문제점이 발생하는 등의 불합리한 경제적 효과가 나타나 감면 조항의 공익성을 후퇴시키는 부작용을 초래하였음은 앞서 살펴본 바와 같다.

이와 같이 공익법인에 대한 세제지원이 변칙적인 탈세수단으로 악용되거나 공익성을 방자한 조세회피의 소지가 있다면 조세감면을 통해 달성하려는 정책목표의 효과보다는 감면이 수반하는 사회적 비용이 더 크게 되어 사회정책적 측면이나 국민경제적 측면에서 바람직하지 못한 현상이 초래된다 할 것이다. 부동산 임대업은 장학단체가 수행하는 수익사업 중 큰 비중을 차지하는 것으로서, 그 수익이 반드시 장학단체의 고유업무에만 사용된다고 보장하기 어렵고, 한편 과세관청이 장학단체의 임대용 부동산에 대하여 임대수익이 장학금 충당에 사용되는지 여부를 일일이 심사하여 면세 여부를 결정하는 것은 그 수익의 사용처 파악에 많은 부가적 행정인력이 소요되어 과세집행당국에 과도한 부담을 줄뿐 아니라 그 수익과약의 곤란성 등 범집행에 지장을 초래하고 범집행상의 자의가 개재될 여지가 있는 등의 한계가 있다고 할 것이다. 따라서 입법자가 이러한 현실적 어려움들 속에서 장학단체의 건전한 설립·운용을 위해 임대용 부동산을 면세의 대상에서 제외한 것은 일용 불가피한 조치로 볼 수 있다.

나) 조세감면에 있어서 한번 감면의 혜택을 보았다고 하여 그것이 지속되어야 하는 것은 아니며, 지방자치단체의 재정상태를 감안하여 감면의 대상을 조정할 수 있는 것이다. 지방세법에 감면규정의 적용시한을 한정하여 명문화한 것은 일단 감면대상에 포함되면 각 감면대상에 대한 별도의 법개정이 없는 이상 계속 감면대상으로 남아 감면대상이 장기화, 기득권화되는 문제점을 해결하기 위하여 마련한 장치인 것이다.

이 사건 법률조항에 대하여 신설 당시부터 3년의 적용시한을 둔 이유도 그 기간이 만료된 후 재정상태의 변화, 감면의 효과, 정책목표의 달성 여부 등을 평가하여 감면대상의 존속 여부 및 새로운 감면대상의 포함 여부를 결정하기 위한 것이다. 현행 지방세는 그 세원이 보편적·안정적이고 정착되어 있어 귀속이 분명하다고 할 수 있는 토지·건물 등 부동산을 과세대상으로 하는 종합토지세와 재산세가 주된 세목을 이루고 있는데 지방세수의 손실에 비해 공익사업의 장려라는 정책목적의 유인효과가 떨어지는 조세감면은 분

명 재고의 여지가 있다 할 것이고, 이러한 사정을 감안하여 법 개정시 임대용 부동산을 재산세 등의 면제 대상에서 제외하면서 다시 그 적용시한을 정함으로써 지방재정상태가 호전되고 건전한 부동산 보유 관행이 확립되면 임대용 부동산이 다시 면제대상에 포함될 여지를 남겨놓은 입법자의 조치가 자의적인 것이라고 볼 수는 없다.

다) 2004. 1. 29. 개정되어 2005. 1. 1.부터 시행되고 있는 법인세법 제29조 제1항 제4호는 공익법인의설립·운영에관한법률에 의하여 설립된 법인으로서 고유목적사업 등에 대한 지출액 중 100분의 50 이상의 금액을 장학금으로 지출하는 법인이 그 법인의 고유목적사업에 지출하기 위하여 고유목적사업준비금을 손금으로 계상한 경우 수익사업소득의 80%까지 손금에 산입하도록 하여, 수익사업소득의 고유목적사업준비금 설정비율을 종전의 50%보다 상향조정함으로써 장학단체에 대한 조세경감의 혜택을 확대하였다. 이와 같이 장학단체의 부동산임대소득에 대하여 법인세법상 과세특례가 적용되고 있는 사정에 비추어 보아도 장학단체의 임대용 부동산에 대한 재산세 등까지 면제하지 않았다고 하여 그것이 불합리하다고 보기는 어렵다.

(라) 소결론

결국, 위와 같은 사정들을 감안하면 이 사건 법률조항은 조세감면의 범위를 축소·조정함으로써 열악한 지방재정의 개선을 도모하고 종래 발생하였던 불합리한 경제적 효과를 완화하기 위한 방법의 하나이며, 그 입법취지상 우리 사회의 경제적, 사회정책적, 조세기술적 여건의 변화에 부합하는 적절한 조치라고 함이 상당하다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인의 주장과 같이 임대용 부동산을 많이 보유한 장학단체를 합리적 이유 없이 차별한다고 볼 수 없어 조세평등주의에 위배되지 아니한다고 판단된다.

(2) 재산권 침해 주장 등에 대한 판단

(가) 청구인은 이 사건 법률조항이 부동산투기 억제를 위한 재산권 제한의 필요범위를 넘어서서 장학사업이라는 공익목적의 임대용 부동산에까지 보유세의 일종인 재산세 등을 부과하는 것은 재산권을 침해하여 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, 조세감면 혜택의 대상에서 제외되었다는 이유만으로 재산권침해가 생기는 것은 아니며, 청구인으로서 이 사건 법률조항에 의하여 원래 부담하여야 할 납세의무를 지는 것 뿐으로 위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항에 조세평등주의와 관련하여 위헌적인 요소가 없다고 보는 이상 청구인이 이 사건 법률조항이 정하는 재산세 등의 납세의무를 진다 하여 청구인의 사유재산에 관한 이용·수익 처분권이 중대한 제한을 받게되는 것은 아니므로 이 사건에서 재산권의 침해가 문제되지는 않는다고 할 것이다.

(나) 청구인은 이 사건 법률조항이 재산세 등 보유세의 경우 임대용 부동산을 면제대상에서 제외한다는 명확한 규정이 없어 조세법률주의에 반한다고 주장하나, 법 제288조 제1항이 괄호의 형식으로 취득세 등의 면제대상이 되는 부동산에 “임대용 부동산을 제외한다. 이하 이 조에서 같다”고 명시하고 있어, 재산세 등의 면제대상에서도 임대용 부동산이 제외됨은 법문 자체에서 명백하다 할 것이므로 이 사건 법률조항이 과세요건명확주의 또는 과세요건법정주의라는 조세법률주의에 반한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

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

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

소득세법 제81조 제1항 위헌소원

(2005. 2. 24. 2004헌바26 전원재판부)

【판시사항】

1. 가산세제도에 대한 헌법적 요청
2. 종합소득과세표준의 과소신고에 대하여 20%의 가산세를 부과하도록 규정한 소득세법 제81조 제1항 본문이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 의무위반에 대한 책임의 추궁에 있어서는 의무위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 적절한 비례관계가 유지되어야 하므로, 조세의 형식으로 부과되는 금전적 제재인 가산세 역시 의무위반의 정도에 비례하는 결과를 이끌어내는 그러한 비율에 의하여 산출되어야 하고, 그렇지 못한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나서 재산권에 대한 침해가 된다.

2. 종합소득과세표준의 과소신고에 대하여 가산세를 부과하는 것은 신고납세제도를 채택하고 있는 종합소득세에 있어서 납세의무자의 성실한 신고를 독려하고 납세의무확정의 효과가 있는 과세표준확정신고의 정확성을 기함으로써 신고납세제도의 실효성을 확보하기 위한 것으로서 그 입법목적은 정당하다. 그리고, 이러한 입법목적을 달성하기 위하여 의무위반자에 대하여 납세자가 납부하여야 할 세액의 일정 비율에 상당한 금액을 추가하여 납부하도록 하는 제재방법은 적절하다.

또한, 과소신고금액이 전체소득금액에서 차지하는 비율에 따라 가산세액에 차등을 둬으로써 납세의무자의 의무위반의 정도에 비례하여 가산세를 부과하는 것은 의무위반의 정도와 제재 사이에 적절한 균형을 이루는 것이다. 나아가 20%의 가산세율은 신고납세제도를 취하고 있는 소득세법의 체계에 비추어 볼 때 과실로 인한 과소신고를 규제하는데 적당한 수준이라고 판단되며, 신고불성실가산세를 산

출함에 있어 미신고 기간의 장단을 고려하지 않고 미달신고세액의 일정비율 상당액으로 하는 것은 과세표준 신고의무의 성질에 상응하는 조치라 할 것이다. 게다가 관계법령과 법원의 판결을 통하여 가산세 감면의 가능성이 어느정도 열려있어 종합소득 과세표준의 과소신고에 대하여 부과되는 가산세가 과실에 의한 과소신고자에 대하여 세율이 지나치게 높아 부당하다고 할 수는 없다.

결국, 종합소득과세표준의 과소신고에 대하여 20%의 가산세를 부과하는 것은 의무위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 적정한 비례관계를 유지하고 있어 비례의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

소득세법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 것) 제81조(가산세) ① 거주자가 제70조 내지 제72조 또는 제74조의 규정에 의한 과세표준확정신고를 하지 아니하였거나 신고하여야 할 소득금액에 미달하게 신고한 때에는 그 신고를 하지 아니한 당해 소득금액 또는 신고하여야 할 금액에 미달한 당해 소득금액이 종합소득금액·퇴직소득금액 또는 산입소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액(신고를 하지 아니하였거나 미달하게 신고한 소득금액에 대하여 소득세가 원천징수된 경우에는 당해 원천징수세액을 공제한 금액으로 하며, 이하 이 항에서 “가산세대상금액”이라 한다)의 100분의 20에 상당하는 금액을 결정세액에 가산한다. 다만, 복식부기의무자가 사업소득에 대한 과세표준 확정신고를 하지 아니한 경우로서 산출세액이 없거나 가산세대상금액의 100분의 20에 상당하는 금액이 당해 사업자의 수입금액의 1만분의 7에 미달하는 경우에는 그 수입금액의 1만분의 7에 상당하는 금액을 결정세액에 가산한다.

②~⑬ 생략

【참조조문】

헌법 제37조 제2항

소득세법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 것) 제70조(종합소득 과세표준확정신고) ① 당해연도의 종합소득금액이 있는 거주자는 그 종합소득과세표준을 당해연도의 다음 연도 5월 1일부터 5월 31일까지 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세지 관할세무서장에게 신고하여야 한다.

- ② 제1항의 규정은 당해연도의 과세표준이 없거나 결손금액이 있는 때에도 적용한다.
- ③ 제1항의 규정에 의한 신고를 “종합소득과세표준확정신고”라 한다.
- ④ 종합소득과세표준확정신고에 있어서는 그 신고서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 납세지 관할세무서장에게 제출하여야 한다.

1. 제50조 또는 제51조의 규정에 의한 인적공제 및 제52조의 규정에 의한 특별공제대

상임을 증명하는 서류로서 대통령령이 정하는 것

2. 종합소득금액의 계산의 기초가 된 총수입금액과 필요경비의 계산에 필요한 서류로서 대통령령이 정하는 것
 3. 부동산임대소득금액 또는 사업소득금액을 제160조 및 제161조의 규정에 의하여 비치·기장된 장부와 증빙서류에 의하여 계산한 경우에는 기업회계기준을 준용하여 작성한 대차대조표·손익계산서와 그 부속서류 및 합계잔액시산표와 조정계산서. 다만, 제160조 제2항의 규정에 의하여 기장을 한 사업자의 경우에는 대통령령이 정하는 간편장부소득금액계산서
 4. 제28조 내지 제32조에 의하여 필요경비를 계산한 때에는 그 명세서
 5. 제160조 제3항의 규정에 의한 복식부기의무자(이하 제81조에서 “복식부기의무자”라 한다)가 사업과 관련하여 사업자(법인을 포함한다)로부터 재화 또는 용역을 공급받고 제160조의 2 제2항 각 호의 1에 해당하는 증빙서류 외의 증빙을 수취한 경우에는 대통령령이 정하는 영수증수취명세서(이하 “영수증수취명세서”라 한다)
 6. 부동산임대소득금액 또는 사업소득금액을 제160조 및 제161조의 규정에 의하여 비치·기장한 장부와 증빙서류에 의하여 계산하지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 추계소득금액계산서
- ⑤ 납세지 관할세무서장은 제4항의 규정에 의하여 제출된 신고서 기타 서류에 미비 또는 오류가 있는 때에는 그 보정을 요구할 수 있다.
- ⑥ 거주자가 제61조 제1항의 규정에 의하여 그 배우자의 자산소득을 합산하여 종합소득 과세표준확정신고를 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 배우자와 연서하여 하나의 신고서로 신고를 하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집 15-2상, 291, 299
2. 헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집 15-2상, 291, 301

【당 사 자】

청 구 인 김○교

대리인 변호사 윤재선

당해사건 서울행정법원 2003구합25666 종합소득세등부과처분취소

【주 문】

소득세법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 것) 제81조 제1항 본문 중 “거주자가 제70조의 규정에 의하여 신고하여야 할 소득금액에 미달하게 신고

한 때에는 신고하여야 할 금액에 미달한 당해 소득금액이 종합소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 20에 상당하는 금액을 결정세액에 가산한다” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 한국○○ 주식회사 임원으로 ○○ 본사로부터 부여받은 스톡옵션 6604주를 행사하여 얻은 소득 624,350,764원에 대하여 2001. 5. 31. 종합소득세 신고를 하였다. 용산세무서장은 청구인이 스톡옵션 행사차익 134,425,311원을 과소신고한 사실을 적발하고 2002. 11. 1. 청구인에게 소득세법 제81조 제1항을 적용하여 미달한 소득금액에 대하여 신고불성실가산세 9,389,570원을 부과하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다). 청구인은 이에 불복하여 용산세무서장을 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소(서울행정법원 2003구합25666)를 제기하고 위 소송계속 중 소득세법 제81조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청 신청(2004아309)을 하였으나 2004. 3. 4. 위 법원이 위헌제청신청을 기각하자, 같은 달 30. 이 헌법소원 심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 소득세법 제81조 제1항 전부에 대해 헌법소원을 청구하였다. 그러나 청구인이 문제삼는 부분은 법정신고기한 내에 종합소득과세표준확정 신고를 하였으나 과실에 의하여 신고하여야 할 소득금액에 미달하게 신고한 경우를 고의로 신고의무를 위반한 경우와 구별하지 않고 일률적으로 20%의 가산세를 부과하는 것의 위헌 여부임이 심판청구이유서의 기재에 비추어 명백하므로 심판의 대상을 이와 관련된 부분으로 한정함이 상당하다.

따라서, 이 사건 심판의 대상은 소득세법(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 것) 제81조 제1항 본문 중 “거주자가 제70조의 규정에 의하여 신고하여야 할 소득금액에 미달하게 신고한 때에는 신고하여야 할 금액에 미달한 당해 소득금액이 종합소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액의 100분의 20에 상당하는 금액을 결정세액에 가산한다” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제81조(가산세) ① 거주자가 제70조 내지 제72조 또는 제74조의 규정에 의

한 과세표준확정신고를 하지 아니하였거나 신고하여야 할 소득금액에 미달하게 신고한 때에는 그 신고를 하지 아니한 당해 소득금액 또는 신고하여야 할 금액에 미달한 당해 소득금액이 종합소득금액·퇴직소득금액 또는 산림소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액(신고를 하지 아니하였거나 미달하게 신고한 소득금액에 대하여 소득세가 원천징수된 경우에는 당해 원천징수세액을 공제한 금액으로 하며, 이하 이 항에서 “가산세대상금액”이라 한다)의 100분의 20에 상당하는 금액을 결정세액에 가산한다. 단서 생략.

제70조(종합소득 과세표준확정신고) ① 당해연도의 종합소득금액이 있는 거주자는 그 종합소득과세표준을 당해연도의 다음 연도 5월 1일부터 5월 31일까지 대통령령이 정하는 바에 의하여 납세지 관할세무서장에게 신고하여야 한다.

② 제1항의 규정은 당해연도의 과세표준이 없거나 결손금액이 있는 때에도 적용한다.

③ 제1항의 규정에 의한 신고를 “종합소득과세표준확정신고”라 한다.

④~⑥ 생략

2. 청구인의 주장, 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

청구인은 법정신고기간내에 종합소득세신고를 하였으나 영문거래내역서를 잘못 해석하여 계산착오로 과소신고한 것이지 탈루의 고의가 있었던 것은 아닌데, 이 사건 법률조항이 고의적으로 소득금액을 신고하지 않거나 누락한 사람과 과실 또는 단순한 착오로 금액을 누락한 사람 등 의무위반의 태양이나 정도의 구별을 두지 않고 일률적으로 산출세액의 20/100을 가산세로 부과하도록 한 것은 현저히 합리성을 결하여 헌법상의 비례의 원칙에 위반되고, 성실협력의무의 위반정도가 다른 사람들을 똑같이 취급하여 헌법상 평등의 원칙에 위반될 뿐만 아니라 과잉금지 원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것이다.

나. 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 소득세를 그 신고기한내에 신고하지 않거나 미달하게 신고한 경우 가산세를 부과함으로써 소득세 실현의 실효성을 확보하기 위한 행정경제적 성질을 갖는 것이다. 그러므로 국가의 과세권의 행사 및 조세채권의 실효성 확보라는 측면에서 그 목적의 정당성이 있고, 가산세 부과 대상,

의무위반의 태양과 정도 등에 대하여는 합리적인 범위 내에서 입법자에게 광범위한 재량이 인정된다고 할 것이다. 소득세 신고의무는 소득의 발생사실과 신고기한을 납세자 자신이 판단하여야 하므로 위반사유를 형태별로 구분하여 정하는 것이 곤란하고, 신고기간을 넘겨 과세관청이 이를 조사하여 소득세를 부과하게 되는 경우 위반기간의 장단은 납세자의 귀책사유와 무관하게 과세관청의 의지에 따라 달라질 수 있다. 따라서 위반기간의 장단에 따라 가산세를 달리 정하는 것이 오히려 불합리한 결과를 초래할 수 있으며, 이 사건 법률조항이 모든 의무위반자에게 일률적인 가산세를 적용하는 것이 아니라 미신고된 금액의 다과에 따라 차등을 두고 있는 점을 고려하면, 신고불성실가산세를 정하면서 고의적으로 소득금액을 신고하지 않거나 누락한 사람과 과실 또는 단순한 착오로 금액을 누락한 사람 그리고 위반기간의 장단에 따라 차이를 두지 않은 것은 입법자의 합리적인 재량범위 내라고 보이므로 헌법상의 평등원칙이나 비례원칙에 위반된다고 할 수 없다. 또한 가산세 부과요건, 가산세율 등에 비추어 보면 국가의 과세권의 행사 및 조세채권의 실효성 확보라는 공익과 비교하여 납세자의 재산권 침해가 지나치게 커서 균형을 잃었다고 할 수 없으므로 헌법상의 과잉금지의 원칙을 위반하였다고 할 수도 없다.

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견

신고불성실가산세제도는 국가과세권 및 조세채권의 실효성 확보를 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정되고, 행정질서벌의 한 유형인 가산세의 과징요건에 고의나 과실 등은 고려되지 않는 것이므로 이 사건 법률조항이 고의와 단순한 착오 등의 과실을 구별하지 않은 것은 합리적 이유가 있다. 이 사건 법률조항은 확일적으로 정액의 가산세를 적용하는 것이 아니라 미신고된 금액에 따라 일정률을 가산함으로써 가산세 금액에 차등을 두고 있고, 국제기본법 제48조가 천재·지변이나 납세자의 사업이 중대한 위기에 처한 때 등의 사유가 있는 경우 가산세를 감면하도록 규정하고 있으므로 비례원칙이나 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다. 가산세 제도가 추구하는 국가의 과세권 및 조세채권의 실효성 확보라는 공익과 이 사건 법률조항이 정하는 신고불성실가산세율을 비교해 볼 때 과잉금지의 원칙에 반하여 납세자의 재산권을 침해한다고 볼 수도 없다.

3. 판 단

가. 가산세의 의의와 성격, 조세형벌과의 비교

(1) 조세법은 조세행정의 편의와 징세비용의 절감 및 세수의 용이한 적기

(適期)확보를 실현하기 위하여 납세자에게 본래적 의미의 납세의무 이외에 과세표준신고의무, 성실납부의무, 원천징수의무, 과세자료제출의무 등 여러 가지 협력의무를 부과하면서 동시에 이러한 협력의무의 이행을 확보하기 위하여 성실한 의무이행자에 대하여는 세제상의 혜택을 부여하고, 의무위반자에 대하여는 가산세 등의 제재를 가하고 있다.

국세기본법은 “가산세라 함은 세법에 규정하는 의무의 성실한 이행을 확보하기 위하여 그 세법에 의하여 산출한 세액에 가산하여 징수하는 금액을 말한다.”고 정의하고(제2조 제4호 본문) “정부는 세법에 규정하는 의무를 위반한 자에 대하여 세법이 정하는 바에 의하여 가산세를 부과할 수 있다”(제47조 제1항)고 규정하면서 “가산세는 당해 세법이 정하는 국세의 세목으로 한다”(제47조 제2항 본문)고 하여 가산세가 세금의 형태로 과징되는 것임을 밝히고 있다. 그러므로 부과처분에 의한 본세의 납부기한을 도과하는 경우에 고지세액에 가산하여 징수하는 금액인 가산금과 달리 가산세는 국세기본법의 체계상으로는 조세의 한 종목으로 구성되어 있는 것이다.

이와 같이 가산세는 그 형식이 세금이기는 하나 그 법적 성격은 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고·납세의무 등을 위반한 경우에 법이 정하는 바에 의하여 부과하는 행정상의 제재이다(대법원 2002. 11. 13. 선고 2001두1918 판결; 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001두403 판결). 이 사건 법률조항의 가산세 역시 위에서 본 납세자의 협력의무의 하나인 종합소득 과세표준신고의무의 실효성을 확보하기 위하여 의무위반자에 대하여 세금의 형식으로 제재를 가함으로써 장래의 위반행위를 예방하는 기능을 가지고 있다 할 것이다.

(2) 가산세 제도는 일반적으로 신고납세제도의 정착과 발전을 위하여 설정된 제도로 이해되고 있다. 신고납세제도는 민주적이고 국민주권주의의 기본원리에 입각한 제도라고 일컬어진다. 즉, 납세액은 국민이 스스로 결정하는 것이고 국가라고 하는 공동사회를 유지하기 위한 공통의 비용은 국민이 스스로 부담한다는 이념에 입각한 제도인 것이다. 이러한 신고납세제도하에서는 납세의무자의 자발적인 신고·납부가 없다면 그 제도의 성공을 기대할 수 없기 때문에 성실하게 신고·납부하지 않는 행위에 대하여 제재에 의한 차별을 함으로써 국가의 조세권 내지는 조세채권의 적정한 실현을 담보하는 것이다. 즉, 의무자에게 심리적 압박을 가해 간접적으로 의무이행을 확보하고자 하는 것이고, 또한 그 반사적 효과로서 성실한 신고·납부자를 보호하게 되며 그

결과로 의무불이행자와 성실한 의무이행자와의 공평부담을 도모하는 기능도 하는 것이다.

결국 가산세제도란 신고납세제도의 적정한 운영을 확립할 목적으로 이 제도의 요체를 이루는 신고·납부 등을 비롯한 협력의무의 불이행에 대하여 소정의 금전적 부담을 내용으로 하는 행정적 제재를 가하는 것이라고 할 것이다.

(3) 조세법의 실효성 내지 납세의무자에 대한 의무이행을 확보하기 위하여 과하여지는 제재 중 대표적인 것이 조세형벌과 가산세이다. 과거의 조세법규 위반사실에 일정한 제재를 가함으로써 당해 조세법규의 실효성을 담보하고 간접적으로 의무의 이행을 확보한다는 점에서 조세형벌과 가산세제도는 그 궁극적 목적과 기능에 공통점을 가진다. 다만, 가산세는 세법상의 의무위반에 대하여 조세의 형식으로 과징하지만, 조세형벌은 세법상의 의무위반에 대하여 형벌의 형식으로 과하는 제재이므로 그 형식과 성질이 다를 뿐이다. 따라서, 하나의 세법상의 의무위반 또는 의무불이행이 조세법의 구성요건과 가산세의 과징요건을 경합적으로 충족하는 경우가 있을 수 있다. 예컨대, 고의로 세법상의 일정한 신고의무를 이행하지 않았을 때에는 신고불성실가산세의 과세요건과 조세범인 무신고범 또는 허위신고범(조세범처벌법 제13조 제2호)의 객관적 구성요건을 동시에 충족시킨다. 그러나 과실범의 경우에는 가산세 규정만 적용되고 조세범에는 해당되지 않는다.

이와 같이 가산세는 그 본질상 세법상 의무불이행에 대한 행정상의 제재로서의 성격을 지니고 함께 조세의 형식으로 과징되는 부가세적 성격을 지니기 때문에 형법총칙의 규정이 적용될 수 없고, 따라서 행위자의 고의 또는 과실·책임능력 등을 고려하지 아니하고 가산세 과세요건의 충족 여부만을 확인하여 조세의 부과절차에 따라 과징하게 된다. 이 점에서 조세형벌의 경우 책임주의가 확립되어 있어서 구성요건해당성 뿐 아니라 행위자의 고의·과실, 책임능력 등이 고려되는 것과 차이가 있다.

대법원도 이와 같은 맥락에서 “세법상 가산세는 과세권의 행사 및 조세채권의 실현을 용이하게 하기 위하여 납세자가 정당한 이유 없이 법에 규정된 신고, 납세 등 각종의무를 위반한 경우에 개별세법이 정하는 바에 따라 부과되는 행정상의 제재로서 납세자의 고의·과실은 고려되지 않는 것이고, 다만 납세의무자가 그 의무를 알지 못한 것이 무리가 아니었다고 할 수 있어서 그를 정당시 할 수 있는 사정이 있거나 그 의무의 이행을 당사자에게 기대하는

것이 무리라고 하는 사정이 있을 때 등 그 의무해태를 타할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 부과할 수 없다 할 것이다”라고 판시하고 있다(대법원 1993. 6. 8. 선고 93누6744 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 95누3596 판결).

나. 이 사건 법률조항의 입법연혁

소득세에 대한 신고불성실가산세는 1961. 12. 8. 소득세법에 신설된 이래 그 세율에 관한 몇 차례 개정이 있었다. 1961. 12. 8. 법률 제821호로 폐지제정된 소득세법은 무신고의 경우 산출세액의 20%, 과소신고의 경우 미달금액의 10%로 규정하고 있다(제28조), 1967. 11. 29. 법률 제1966호로 전문개정되면서 무신고의 경우 산출세액의 50%, 과소신고의 경우 미달금액의 10%로 규정하였다(제68조). 그 후 1971. 12. 28. 개정시(법률 제2315호) 무신고와 과소신고 모두 가산세율을 30%로 통일하였다.

그 후 1974. 12. 24. 전문개정된 소득세법(법률 제2705호)에서는 과세소득을 종합소득(이자소득, 배당소득, 부동산소득, 사업소득, 근로소득, 기타소득)·퇴직소득·양도소득 및 산림소득으로 구분하고, 퇴직소득·양도소득 및 산림소득을 제외한 나머지 소득을 개인별로 종합과세하도록 개정하면서, 과세표준의 무신고와 과소신고의 경우 가산세율을 10%로 하되 가산세율 적용의 기준을 종전에는 무신고 또는 과소신고 금액 자체였던 것을 무신고 또는 과소신고 금액이 종합소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액으로 전환하였다(제121조 제1항). 그 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정시에 소득세의 확정방식이 부과과세방식에서 신고납세방식으로 전환됨과 함께 신고불성실가산세율이 20%로 상향조정되어 현재에 이르고 있다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건의 쟁점

의무위반에 대한 책임의 추궁에 있어서는 의무위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 적절한 비례관계가 유지되어야 하므로, 조세의 형식으로 부과되는 금전적 제재인 가산세 역시 의무위반의 정도에 비례하는 결과를 이끌어내는 그러한 비율에 의하여 산출되어야 하고, 그렇지 못한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나서 재산권에 대한 침해가 된다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집 15-2상, 291, 299 참조). 따라서 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률조항이 납세의 무자의 고의나 과실 여부를 고려하지 않고 종합소득과세표준의 과소신고에 대하여 일률적으로 20%의 가산세를 부과하는 것이 비례의 원칙에 위반되는

지 여부이다.

(2) 비례의 원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성, 방법의 적절성

이 사건 법률조항이 종합소득과세표준의 과소신고에 대하여 가산세를 부과하는 것은 신고납세제도를 채택하고 있는 종합소득세에 있어서 납세의무자의 성실한 신고를 독려하고 납세의무확정의 효과가 있는 과세표준확정신고의 정확성을 기함으로써 신고납세제도의 실효성을 확보함에 주안점이 있다. 아울러 납세의무 확정을 위하여 투입될 국가나 지방자치단체의 행정력을 절감하고 성실신고의무의 위반을 미연에 방지하는 기능을 가지는 것으로서 그 입법 목적은 정당하다고 할 것이다. 또한 이러한 입법목적을 달성하기 위하여 의무위반자에 대하여 납세자가 납부하여야 할 세액의 일정 비율에 상당한 금액을 추가하여 납부하도록 하는 제재방법은 적절하다고 할 것이다.

(나) 침해의 최소성, 법익의 균형성

다만, 이 사건 법률조항은 고의나 과실 여부를 불문하고 일률적으로 20%의 가산세율을 적용하도록 하고 있어 이 사건 법률조항에 규정된 가산세율이 과실에 의한 과소신고자에 대하여 지나치게 높은 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다.

그러나, 이 사건 법률조항은 과소신고금액이 전체소득금액에서 차지하는 비율을 산출세액에 곱하여 계산한 금액에 20%의 가산세를 부과하도록 규정하고 있다. 즉, 과소신고금액이 전체소득금액에서 차지하는 비율에 따라 가산세액에 차등을 둬므로써 납세의무자의 의무위반의 정도에 비례하여 가산세를 부과하고 있으므로 의무위반의 정도와 제재 사이에 적절한 균형을 이루고 있다고 할 것이다. 나아가 20%의 가산세율은 신고납세제도를 취하고 있는 소득세법의 체계에 비추어 볼 때 과실로 인한 과소신고를 규제하는데 적당한 수준이라고 판단된다.

이에 대하여 이 사건 법률조항이 신고불성실가산세를 부과함에 있어 미신고기간의 장단을 고려하지 않은 것이 의무위반의 정도를 적절히 고려하지 않은 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 그러나 과세표준 신고의무는 납세의무자가 과세요건사실을 과세당국에 신고하여 스스로 자기가 부담할 조세체무를 확정하도록 하여 납세자의 권리를 보호하려는 것과 함께 납세의무 확정을 위하여 투입될 국가나 지방자치단체의 행정력을 절감하려는 데에 그 목적이 있으므로, 국가나 지방자치단체의 재원을 적기에 확보하려는 데에 그 목적이

있는 세액의 자진납부의무를 이행하지 아니하는 때 미납세액 뿐만 아니라 미납기간의 장단을 고려하여 부과하는 납부불성실가산세와는 그 성격이 다르다고 할 수 있다. 따라서 신고불성실가산세의 산출방법을 미신고 기간의 장단을 고려하지 않고 미달신고세액의 일정비율 상당액으로 하는 것은 과세표준 신고의무의 성질에 상응하는 조치라 할 것이다(헌재 2003. 9. 25. 2003헌바16, 판례집15-2상, 291, 301 참조).

또한, 국세기본법 제48조는 가산세 부과원인이 되는 사유가 천재·지변 등 국세기본법 제6조 제1항 소정의 기한연장사유에 해당하는 때에는 이를 감면하도록 규정하고 있고, 국세기본법 제49조는 과세표준신고를 한 후에도 법정 신고기한 경과 후 6월 이내에 수정신고를 한 경우에는 최초의 과소신고로 인하여 부과하여야 할 가산세의 100분의 50에 상당하는 세액을 경감하도록 하고 있으며, 대법원도 납세자의 의무 해태에 있어서 정당한 사유가 있다고 인정되는 때에는 가산세를 부과할 수 없다고 일관되게 판시(대법원 1995. 11. 14. 선고 95누10181 판결; 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두66 판결 등 다수)하고 있는 등 관계법령과 법원의 판결을 통하여 가산세 감면의 가능성이 어느 정도 열려있어 이 사건 법률조항에 의하여 부과되는 가산세가 과실에 의한 과소신고자에 대하여 세율이 지나치게 높아 부당하다고 할 수는 없다.

나아가 이 사건 법률조항에 의한 가산세의 부과는 납세의무자의 성실하고 정확한 신고를 독려하는데 결정적으로 기여함으로써 신고납세제도의 실효성 확보라는 공익을 실현하는 중요한 역할을 수행하는데 비해 납세의무자가 입게되는 불이익은 이러한 공익목적에 침해한 한도에서 그에 대한 책임을 부담하는 정도에 그치므로 이 사건 법률조항으로 인하여 납세의무자가 입게되는 불이익이 공익에 비하여 현저하게 크다고 볼 수도 없다.

(다) 그렇다면 이 사건 법률조항은 의무위반의 정도와 부과되는 제재 사이에 적절한 비례관계를 유지하고 있으므로 비례의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

(3) 평등원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 법률조항이 성실협력의무의 위반정도가 다른 사람들을 똑같이 취급하여 평등의 원칙에 반한다고 주장한다.

그러나, 이 사건 법률조항에 의한 가산세는 앞서 살펴본 바와 같이 신고납세제도 하에서 납세의무자의 성실한 신고의무 이행을 확보하기 위하여 신고의무위반에 대하여 세금의 형식으로 부과하는 행정상 제재로서 납세의무자의

고의·과실은 고려되지 아니하므로, 가산세에 관한 규정을 적용함에 있어 고의에 의한 과소신고자와 과실에 의한 과소신고자를 ‘본질적으로 다른 두 개의 비교집단’이라고 보기 어렵고, 따라서 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

4. 결 론

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

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

국민건강보험법 제49조 제4호 위헌확인

(2005. 2. 24. 2003헌마31, 2004헌마695(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 교도소에 수용된 때에는 국민건강보험급여를 정지하도록 한 국민건강보험법 제49조 제4호가 수용자의 건강권, 인간의 존엄성, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는지 여부(소극)
2. 위 조항이 미결수용자에게 있어서 무죄추정의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 위 조항이 수용자의 재산권을 침해할 수 있는지 여부(소극)
4. 위 조항이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 교도소에 수용된 때에는 국민건강보험급여를 정지하도록 한 국민건강보험법 제49조 제4호는 수용자에게 불이익을 주기 위한 것이 아니라, 국가의 보호, 감독을 받는 수용자의 질병치료를 국가가 부담하는 것을 전제로 수용자에 대한 의료보장체도를 합리적으로 운영하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성을 갖고 있다. 가사 국가의 예산상의 이유로 수용자들이 적절한 의료보장을 받지 못하는 것이 현실이라고 하더라도 이는 수용자에 대한 국가의 보건의무불이행에 기인하는 것이지 위 조항에 기인하는 것으로 볼 수 없다. 위 조항은 수용자의 의료보장수급권을 직접 제약하는 규정이 아니며, 입법재량을 벗어나 수용자의 건강권을 침해하거나 국가의 보건의무를 저버린 것으로 볼 수 없으므로 수용자의 건강권, 인간의 존엄성, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것이라 할 수 없다.

2. 위 조항은 수용자의 의료보장체계를 일원화하기 위한 입법 정책적 판단에 기인한 것이며 유죄의 확정 판결이 있기 전인 미결수용자에게 어떤 불이익을 주기 위한 것은 아니므로 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 위 조항에 의하여 수용자에게 보험급여가 정지되는 경우 보험

료 납부의무도 면제되므로, 수급자의 자기기여가 없는 상태에서 수급자가 위 조항을 재산권 침해로 다룰 수는 없다.

4. 위 조항은 수급자에게 의료급여를 정지함으로써 수급자를 차별하고 있으나, 이는 수급자에 대한 의료보장을 일괄적으로 국가가 부담하도록 하는 것을 전제로 하여 수급자간 의료급여의 형평문제와 구급의 목적실현 등을 고려한 것으로 합리적 이유가 있으므로 평등 원칙에 위배되지 않는다.

【심판대상조문】

국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제49조(급여의 정지) 보험급여를 받을 수 있는 자가 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 그 기간중 보험급여를 하지 아니한다.

- 1.~3. 생략
4. 교도소 기타 이에 준하는 시설에 수용되어 있는 때

【참조조문】

국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제66조(보험료의 면제) ① 공단은 직장가입자가 제49조 제2호 내지 제4호의 1에 해당되는 때에는 당해 가입자의 보험료를 면제한다. 다만, 제49조 제2호에 해당하는 직장가입자의 경우에는 국내에 거주하는 피부양자가 없는 경우에 이를 적용한다.

② 지역가입자가 다음 각 호의 1에 해당되는 때에는 그 가입자가 속한 세대의 보험료를 산정함에 있어서 그 가입자의 소득을 제외한다.

1. 제49조 제2호 내지 제4호의 1에 해당되는 때
2. 대학이하의 각급 학교에의 재학 등 소득활동에 종사하지 아니하는 것이 명백하다고 인정되는 때
3. 제1호 및 제2호에 준하는 것으로서 보건복지부령이 정하는 기준에 해당되는 때

행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것) 제26조(병실수용) 소장은 질병에 걸린 수급자에 대하여 병실수용 기타 적당한 치료를 하여야 한다.

행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것) 제28조(자비치료) 수급자가 자비로써 치료를 원하는 때에는 필요에 의하여 당해소장은 이를 허가할 수 있다.

【참조판례】

4. 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 948-949

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이○한(2003헌마31)
 국선대리인 변호사 이동형
 2. 황 ○(2004헌마695)
 대리인 변호사 김현익

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 이○한은 광주교도소에 수용중 좌측전완부 심부열상 등으로, 청구인 황 ○은 대구구치소 재감중 지병인 당뇨병의 합병증인 신생혈관죽내장 등으로 각 외부병원에서 자비치료를 받았다. 국민건강보험법 제49조 제4호는 보험급여를 받을 수 있는 자가 교도소에 수용된 때에는 보험급여를 정지하고 있다. 청구인들은 위 법률규정이 청구인들의 헌법상 보장된 건강권, 재산권, 평등권 등을 침해하고 특히 청구인 황 ○은 위 치료 당시 확정판결을 받기 전의 미결수용자였으므로 무죄가 추정되는데도 보험급여를 받지 못했다면서 위 법률규정의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그렇다면 이 사건 심판의 대상은 국민건강보험법(1999. 2. 8. 법률 제5854호로 제정된 것) 제49조 제4호(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 규정과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제49조(급여의 정지) 보험급여를 받을 수 있는 자가 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 그 기간중 보험급여를 하지 아니한다.

1. 국외에 여행중인 때
2. 국외에서 업무에 종사하고 있는 때
3. 하사(단기복무자에 한한다)·병 및 무관후보생으로 복무중인 때
4. 교도소 기타 이에 준하는 시설에 수용되어 있는 때

제66조(보험료의 면제) ① 공단은 직장가입자가 제49조 제2호 내지 제4호의 1에 해당되는 때에는 당해 가입자의 보험료를 면제한다. (이하 생략)

② 지역가입자가 다음 각 호의 1에 해당되는 때에는 그 가입자가 속한 세대의 보험료를 산정함에 있어서 그 가입자의 소득을 제외한다.

1. 제49조 제2호 내지 제4호의 1에 해당되는 때(이하 생략)

행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것)

제26조(병실수용) 소장은 질병에 걸린 수용자에 대하여 병실수용 기타 적당한 치료를 하여야 한다.

제28조(자비치료) 수용자가 자비로써 치료를 원하는 때에는 필요에 의하여 당해 소장은 이를 허가할 수 있다.

제29조(병원이송) ① 소장은 수용자에 대한 적당한 치료를 하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 당해 수용자를 교도소 등의 밖에 있는 병원(정신질환을 치료하기 위한 경우에는 의료기관 개설허가를 받은 치료감호소를 포함한다)에 이송할 수 있다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 구금시설 내의 의료서비스가 충분하지 않아 외부치료를 받아야 할 경우가 있는데, 이 사건 규정은 수용자에 대하여 보험급여를 정지함으로써 수용자는 치료비를 스스로 부담하여야 한다. 특히 열악한 수용생활과 노역으로 인하여 수용자가 병이 들게 될 때 예산상의 이유로 국가에서 치료를 해 줄 수 없다면 국민건강보험의 혜택은 받을 수 있도록 해 주어야 한다. 그럼에도 이 사건 규정은 청구인들과 같은 수용자에 대하여 국민건강보험급여를 정지함으로써 청구인들의 건강한 환경에서 생활할 권리(건강권), 인간의 존엄성, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다.

(2) 이 사건 규정은 단지 구금시설에 수용되었다는 이유만으로 보험급여를 정지하여 국민건강보험제도의 이용을 수용자라는 신분에 따라 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 헌법 제11조 평등원칙에 어긋난다.

(3) 이 사건 규정은 형사사건으로 구금되었다는 이유만으로 건강보험급여를 정지함으로써 청구인 황 ○과 같이 유죄의 확정판결이 있기 전인 미결수용자를 죄있는 자에 준하여 취급하는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위배된다.

(4) 이 사건 규정은 재소자의 그 동안의 국민건강보험료 납부를 무시하고 수용 즉시 보험급여를 정지하는 것으로 일종의 공법상 부당이득이며 입법자가 입법형성권을 남용하여 국민의 재산권을 침해하는 것이다.

나. 보건복지부장관의 의견

국민건강보험법 제66조에 의하면 이 사건 규정에 해당하는 건강보험가입자에 대하여는 보험료를 면제하도록 규정하고 있고, 행정법 제26조의 규정에서 보듯이 수용자나 군복무 중에 있는 자에 대하여는 특별권력관계에서 파생하는 국가의 무상의료급여책임이 따르므로, 이와 별도로 사회보험인 건강보험에서 중복적으로 급여를 실시하는 것은 불필요할 뿐만 아니라, 국가가 재정으로 부담하여야 할 부분을 건강보험에서 처리할 경우 그 부담부분을 건강보험가입자의 보험료에 전가하는 결과를 초래할 수 있다.

다. 국민건강보험관리공단이사장의 의견

보건복지부장관의 의견과 같다.

3. 판 단

가. 이 사건 규정의 입법목적

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하여 국가에 보건 의무를 부과하고 있다. 구금시설에 수용되어 국가의 보호, 감독하에 있는 수용자(수형자 및 미결수용자)에 대한 국가의 의료보호의 필요성은 일반 국민에 비하여 더 크다고 할 수 있다. 또한 행정법 제26조는 교도소 등 구금시설의 “소장은 질병에 걸린 수용자에 대하여 병실수용 기타 적당한 치료를 하여야 한다.”고 규정하여 이들에 대한 치료의무 내지 의료보장을 국가가 부담하도록 하고 있다.

한편, 입법자는 모든 국민에게 건강보험에의 가입과 보험료 납입을 강제하는 의료보험제도를 마련하고 가입자의 보험료를 건강보험제정의 기반으로 하고 있다(국민건강보험법 제5조, 제68조). 그 결과 국민건강보험가입자가 구금시설에 수용되는 경우 중복적으로 의료급여를 받게 된다. 따라서 국가로부터 무상의료급여를 받는 수용자에 대하여 국민건강보험급여를 받도록 하는 것은 불필요할 뿐 아니라 수입원이 차단된 수용자에게 계속 보험료 납입의무를 부과하는 것도 적절하지 않으며 수용자에게 건강보험급여를 받도록 한다면 국가가 부담하여야 할 의료부담을 건강보험가입자들의 보험료에 전가하는 결과를 초래한다. 이에 따라 입법자는 수용자에 대하여 국민건강보험에 의한 보험급여를 정지하고 보험료 납입의무를 면제함으로써 수용자에 대한 의료보장 체계를 일원화하고 있는 것이다.

살피건대 수용자에게 국민건강보험급여를 정지하는 이 사건 규정의 입법취지는 수형자나 미결수용자에 대한 제재의 일환이거나 재소자라는 이유로 불

이익을 주기 위한 것이 아니라 구금시설에 수용된 자에 대한 의료보장 체계를 일원화하고 수입원이 차단된 수용자의 건강보험료 납입부담을 없애 줌으로써 수용자에 대한 의료보장제도를 합리적으로 운영하기 위한 입법 정책적 판단에 기인한 것이라 할 것이다.

나. 기본권 침해 여부

(1) 위에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 국가의 보호, 감독을 받는 수용자의 질병치료를 국가가 부담하는 것을 전제로 의료보장 체계를 일원화하여 수용자에 대한 의료보장 제도의 합리적 운영이라는 공익을 달성하기 위한 것이고 이와 같은 공익은 입법자가 추구할 수 있는 헌법적 정당성을 갖는다고 할 것이다.

(2) 먼저 이 사건 규정이 청구인들의 건강권, 인간의 존엄, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리(이하 ‘건강권 등’으로 약칭한다)를 침해한다는 주장에 대하여 보건대, 이 사건 규정은 수용자가 국가로부터 무상으로 의료급여를 받는 것을 전제로 건강보험급여를 정지하는 것이기 때문에 수용자가 무상으로 적절한 치료를 받지 못한다면 간접적으로 건강권 등을 침해한다고 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건 규정은 수용자에 대한 의료보장제도의 합리적 운영이라는 공익을 위하여 일시적으로 보험급여를 정지하는 것일 뿐, 수용자의 의료보장수급권을 직접 제약하는 규정이 아님은 앞서 본 바와 같다. 가사 국가의 예산상의 이유로 수용자들이 적절한 의료보장을 받지 못하는 것이 현실이라고 하더라도 이는 수용자에 대한 국가의 보건의무불이행에 기인하는 것이지 이 사건 규정에 기인하는 것으로 볼 수는 없다. 한편, 수용자에 대한 의료보장을 국비로 처리할 것인지, 아니면 건강보험체제로 할 것인지는 수형자에 대한 국가형벌권의 적정한 행사 및 미결수용자에 대한 구금의 목적과 국민건강보험 체계를 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이다. 이 사건 규정은 수용자의 의료보장을 일차적으로 국가가 부담한다는 전제하에 건강보험급여를 일시 중지하는 것으로 그러한 입법자의 판단이 자의적이거나 입법 재량을 벗어난 수용자의 건강권을 침해하거나 수용자에 대한 국가의 보건 의무를 저버린 것으로 볼 수 없다.

(3) 다음으로 이 사건 규정이 무죄추정의 원칙에 위배되는지 보건대, 헌법 제27조 제4항의 무죄추정이란 유죄의 확정판결 전에 죄있는 자에 준하여 취급하는 불이익을 금하는 것을 말하고, 여기서의 불이익이란 죄있는 자에 준하는 취급을 함으로써 법률적, 사실적 측면에서 사회생활에 유형, 무형의 불

이익과 불편을 주는 것을 말한다. 그런데 위에서 본 바와 같이 이 사건 규정은 수용자의 의료보장체계를 일원화하고 수입원이 차단된 수용자의 건강보험료 납입부담을 면제하기 위한 입법 정책적 판단에 기인한 것이지 유죄의 확정 판결이 있기 전에 재소자라는 이유로 어떤 불이익을 주기 위한 것이 아님이 분명하다. 따라서 이 사건 규정은 무죄추정의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(4) 또 이 사건 규정이 재산권을 침해한다는 주장에 대하여 보건대, 건강보험수급권과 같이 공법상의 권리가 헌법상의 재산권으로 보호받기 위해서는 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 수급자의 상당한 자기기여를 전제로 한다. 그런데 국민건강보험은 개인의 보험료와 국가의 재정으로 운영되고 이 사건 규정의 적용에 의하여 청구인들과 같은 수용자에게 보험급여가 정지되는 경우 동시에 보험료 납부의무도 면제된다. 그렇다면 수급자의 자기기여가 없는 상태이므로 이 사건 규정에 의하여 건강보험수급권이 정지되더라도 이를 사회보장수급권(인간다운 생활을 할 권리)으로 다룰 수 있음은 별론으로 하고 재산권 침해로 다룰 수는 없다고 할 것이다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마 289, 판례집 12-1, 913, 948-949 참조).

(5) 끝으로 이 사건 규정이 국민건강보험제도의 이용을 수용자라는 신분에 따라 차별을 하는 것으로 평등원칙에 위배된다는 주장에 대하여 보건대, 수용자는 국가의 보호, 감독하에 있는 점, 수용자에 대한 의료보장체계를 일원화할 필요가 있는 점, 수용자에게 건강보험을 계속 적용할 경우 보험료 부담능력의 유무에 따라 수용자간 의료급여에 형평문제가 생길 수 있고 구금의 목적실현에도 장애가 될 수 있는 점 등을 고려하면 수용자에 대한 의료보장을 일괄적으로 국가가 부담하는 것에 합리적 이유가 있다할 것이므로 이 사건 규정이 평등원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

4. 결 론

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

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

행형법시행령 제145조 제2항 등 위헌확인

(2005. 2. 24. 2003헌마289 전원재판부)

【판시사항】

1. 교도소 내 규율 위반을 이유로 조사수용된 수형자에 대하여 교도소장이 조사기간 중 집필을 금지할 수 있도록 한 구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항 본문 중 “집필” 부분에 대한 헌법소원이 직접성을 구비하고 있는지 여부(소극)

2. 행형법상 징벌의 일종인 금치처분을 받은 자에 대하여 금치기간 중 집필을 전면 금지한 행형법시행령 제145조 제2항 본문 중 “집필” 부분이 법률유보의 원칙에 위반되는지 여부(적극)

3. 위 행형법시행령 제145조 제2항 본문 중 “집필” 부분이 과잉금지의 원칙에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항 본문은, 교도소 내 규율 위반을 이유로 조사수용된 수형자에 대하여 교도소장이 조사기간 중 집필을 금지할 수 있도록 규정하고 있으나, 조사수용 기간 중에 있는 수용자라고 하여 직접 집필이 금지되는 것이 아니라 교도소장이 필요하다고 판단하여 집필을 금지한 경우에 비로소 집필이 금지되는 것이므로, 위 규칙조항은 교도소장에 의한 집필의 금지라는 구체적 집행행위를 통하여 비로소 집필에 대한 제한을 가하는 것이어서 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

2. 행형법상 징벌의 일종인 금치처분을 받은 자에 대하여 금치기간 중 집필을 전면 금지한 행형법시행령 제145조 제2항 본문 부분(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다)은, 금치대상자의 자유와 권리에 관한 사항을 규율하는 것이므로 모법의 근거 및 위임이 필요하다. 행형법 제46조 제2항 제5호는 징벌의 일종으로 “2월 이내의 금

치”를 규정하고 있으나, 금치의 개념 자체로부터는 그 사전적 의미가 제시하는 징벌실 수용이라는 특수한 구금형태만을 추단할 수 있을 뿐이고 거기에 집필의 전면적 금지와 같은 일정한 처우의 제한 내지 박탈이라는 금치의 효과 내지 집행방법까지 포함되어 있다거나 동 조항으로부터 곧바로 제한되는 처우의 내용이 확정된다고 볼 수 없고, 행형법 제46조 제4항은 징벌을 부과함에 있어 필요한 기준을 법무부장관이 정하도록 규정하고 있으나, 그 위임사항이 “징벌의 부과 기준”이지 “징벌의 효과나 대상자의 처우”가 아님은 문언상 명백하므로, 모두 이 사건 시행령조항의 법률적 근거가 된다고 할 수 없다. 다만 행형법 제33조의3 제1항은 수용자에 대하여 원칙적으로 집필을 금지하고 있다고 볼 수 있으나, 이 사건 시행령조항은 같은 조항에서 규정하고 있는 접견이나 서신수발 등과 달리 교도소장이 예외적으로라도 이를 허용할 가능성마저 봉쇄하고 있고, 위 행형법 제33조의3 제1항보다 가중된 제한을, 그것도 모법과 상이한 사유를 원인으로 집필의 자유를 박탈하고 있으므로 이 역시 이 사건 시행령조항의 법률적 근거가 된다고 할 수 없어 이 사건 시행령조항은 금치 처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것으로서 법률유보의 원칙에 위반된다.

3. 이 사건 시행령조항은 규율 위반자에 대해 불이익을 가한다는 면면을 강조하여 금치처분을 받은 자에 대하여 집필의 목적과 내용 등을 묻지 않고, 또 대상자에 대한 교화 또는 처우상 필요한 경우까지도 예외 없이 일체의 집필행위를 금지하고 있음은 입법목적 달성을 위한 필요최소한의 제한이라는 한계를 벗어난 것으로서 과잉금지의 원칙에 위반된다.

【심판대상조문】

행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16579호로 개정된 것) 제145조(징벌의 집행) ① 생략

② 금치의 처분을 받은 자는 징벌실에 수용하고 그 기간 중 접견, 서신수발, 전화통화, 집필, 작업, 운동, 신문·도서열람, 라디오청취, 텔레비전시청 및 자비부담물품의사용을 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

구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것) 제7조(조사절차) ① 생략

② 소장은 규율위반사실에 대한 진상을 조사하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 조사 기간 중 당해 수용자에 대한 접견·서신수발·전화통화·집필·작업·운동·신문 및 도서열람·라디오·청취·텔레비전시청과 자비부담 물품의 사용을 제한하거나 금지할 수 있다. 다만, 미결수용자의 소송서류의 작성, 변호인과의 접견 및 서신수발은 예외로 한다.

③~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제37조 제2항, 제75조

행형법 제1조(목적) 이 법은 수형자를 격리하여 교정교화하며 건전한 국민사상과 근로 정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하며 아울러 미결수용자의 수용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

행형법 제2조(구분수용) ① 교도소에는 만20세 이상의 수형자를 수용한다.

② 소년교도소에는 만20세 미만의 수형자를 수용한다.

③ 구치소에는 미결수용자를 수용한다.

④ 교도소 및 구치소의 지소에는 교도소 또는 구치소에 준하여 수용자를 수용한다.

⑤ 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소(이하 “교도소등”이라 한다)의 명칭·위치·조직 및 정원에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법 제3조(구분수용의 예외) ① 미결수용자를 수용하기 위하여 교도소 또는 소년교도소안에 미결수용실을 둘 수 있다.

② 구치소에 취사 기타 작업에 필요한 수형자를 수용할 수 있다.

③ 교도소등의 장(이하 “소장”이라 한다)은 특별한 사정이 있는 경우에는 제2조의 규정에 따라 다른 교도소 또는 소년교도소로 이송하여야 할 수형자를 6월을 초과하지 아니하는 기간동안 계속하여 수용할 수 있다.

④ 제3항의 경우에는 수형자와 미결수용자, 성년과 소년을 분리수용한다.

행형법 제33조의3(집필) ① 수용자는 소장의 허가를 받아 문서 또는 도화를 작성하거나 문학·학술 기타 사항에 관한 집필을 할 수 있다. 다만, 그 내용이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 예외로 한다.

1. 교도소등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우

2. 기타 교화상 부적당한 경우

② 집필요구의 관리, 집필의 시간·장소, 집필한 문서 등의 보관 및 외부제출에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행형법 제45조(규율 등) ① 수용자는 교도소등의 안전과 질서를 유지하기 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

② 수용자는 소장이 정하는 일과시간표를 준수하여야 한다.

③ 수용자는 교도관의 직무상 지시에 복종하여야 한다.

형법 제46조(징벌) ① 수용자가 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 때에는 징벌을 부과할 수 있다.

1. 형법·폭력행위등처벌에관한법률 등의 형벌규정에 저촉되는 행위

2. 자해행위

3. 정당한 이유없이 작업·교육 등을 거부하거나 태만히 하는 행위

4. 흉기·주류 등 허가되지 아니하는 물건을 제작·소지·사용·수수 또는 은닉하는 행위

5. 기타 법무부장관이 정하는 규율을 위반하는 행위

② 징벌의 종류는 다음과 같다.

1. 경 고

2. 1월 이내의 신문 및 도서열람의 제한

3. 2월 이내의 신청에 의한 작업의 정지

4. 작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감

5. 2월 이내의 금치

6.~9. 삭제

③ 징벌은 동일한 행위에 대하여 거듭하여 부과할 수 없으며, 행위의 동기 및 경중, 행위후의 정황 기타 사정을 참작하여 수용목적에 달성하는 데 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

④ 징벌을 부과함에 있어서 필요한 기준은 법무부장관이 정한다.

【참조판례】

1. 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823 참조

2. 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 330

헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 공보 100, 93

3. 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 234

헌재 1998. 5. 28. 95헌마18, 판례집 10-1, 583, 595

헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63

【당 사 자】

청 구 인 유○철

국선대리인 변호사 남광호

【주 문】

1. 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것) 제145조 제

2항 본문 중 “집필” 부분은 헌법에 위반된다.

2. 구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2001. 1. 18. 법무부령 제502호로 개정되고 2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것) 제7조 제2항 본문 중 “집필” 부분에 대한 심판청구 부분을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 살인죄로 징역 20년의 형을 선고받고 1999. 10. 1. 그 판결이 확정되어 전주교도소에 수감되었다. 그러던 중 청구인은 2003. 3. 6. 교도관에게 폭언 등을 한 이유로 교도소장으로부터 조사수용 처분을 받자 그 처분에 불복하는 행정소송의 소장과 청원서의 작성을 위해 교도소장에게 집필 허가를 신청하였으나 불허되었다.

(2) 다시 청구인은 같은 달 21. 다른 수용자를 폭행하였다는 이유로 금치 1월의 징벌처분을 받자 그 처분에 불복하는 행정소송과 청원서의 작성을 위한 집필 허가를 신청하였으나 그 역시 불허되었다.

(3) 이에 청구인은 전주교도소장이 청구인의 집필을 허가하지 않은 근거가 된 행형법시행령 제145조 제2항과 수용자규율및징벌등에관한규칙 제7조 제2항이 청구인의 재판받을 권리와 평등권 및 청원권 등을 침해하여 위헌이라고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상의 확정

청구인은 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것, 이하 ‘시행령’이라고만 한다) 제145조 제2항 전체와 구 수용자규율및징벌등에관한규칙(2001. 1. 18. 법무부령 제502호로 개정되고 2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘규칙’이라고만 한다) 제7조 제2항 전체에 대하여 심판을 구하고 있다.

위 시행령조항은 금지처분의 집행기간 중 금지되는 행위를 규정한 것이고, 위 규칙조항은 규율 위반사실 여부의 조사기간 동안 교도소장이 제한하거나 금지할 수 있는 행위들에 관하여 규정하고 있다. 그런데 이 사건에서 청구인이 다투고 있는 것은 금지처분의 집행 또는 규율 위반사실의 조사기간 동안 금지되는 행위 전부에 대해서가 아니라 그 기간 중 ‘집필’을 금지하는 것이 헌

법에 위반되는지 여부이다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 시행령 제145조 제2항 본문 중 “집필” 부분(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라고만 한다) 및 규칙 제7조 제2항 본문 중 “집필” 부분(이하 ‘이 사건 규칙조항’이라고만 한다)이 각 헌법에 위반되는지 여부라고 할 것이다.

(2) 이 사건 심판대상조항들의 내용

○시행령 제145조(징벌의 집행) 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 소송서류 작성, 변호인과의 접견 및 서신수발은 예외로 하며, 소장이고화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있다.

○규칙 제7조(조사절차) 소장은 규율위반사실에 대한 진상을 조사하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 조사기간 중 당해 수용자에 대한 접견·서신수발·전화통화·집필·작업·운동·신문 및 도서열람·라디오청취·텔레비전시청과 자비부담물품의 사용을 제한하거나 금지할 수 있다. 다만, 미결수용자의 소송서류의 작성, 변호인과의 접견 및 서신수발은 예외로 한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

[별지] 기재와 같다.

3. 심판청구의 적법 여부에 관한 판단

가. 이 사건 시행령조항에 대한 심판청구 부분

(1) 이 사건 시행령조항은 금지처분을 받은 자에 대하여 금지기간 중 집필을 금지한다고 규정하고 있으므로 금지처분의 대상자는 따로 구체적인 집행행위의 매개 없이 이 사건 시행령조항 자체에 의하여 집필할 수 있는 권리 또는 그 법적 지위를 박탈당하게 된다. 따라서 이 사건 시행령조항은 기본권침해의 직접성이 인정된다.

(2) 다음으로 이 사건에서는 청구인에 대한 금지처분의 집행이 이미 종료하였으므로 청구인의 침해된 기본권 구제와 관련하여 이 부분 심판청구에 권리보호이익이 있는지 여부가 문제된다.

그런데 헌법소원제도는 주관적인 권리구제 뿐만 아니라 객관적인 헌법질서보장의 기능도 겸하고 있으므로, 설사 주관적인 권리보호의 이익이 없는 경우라고 하더라도 동종의 기본권 침해가 반복될 위험이 있거나 헌법질서의 유

지·수호를 위하여 헌법적 해명이 중대한 의미를 지니고 있을 때에는 예외적으로 심판청구의 이익이 인정되는 것으로 보는 것이 우리 재판소의 확립된 관례이다(헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 56 등).

먼저 이 사건 시행령조항에 관하여 살펴보면 청구인은 이미 금치처분의 집행이 종료되어 더 이상 이 사건 시행령조항에 의한 제한을 받지 아니하나, 이 사건 시행령조항이 존재하는 한 청구인의 경우와 같은 유형의 침해가 앞으로도 반복될 위험이 있고 수용자에 대한 징벌처분에 따른 집필 금지의 헌법적 타당성 유무는 헌법질서의 수호·유지를 위해 그 헌법적 해명이 중요한 사안이라고 할 것이므로, 심판의 이익을 인정하여야 할 것이다.

(3) 끝으로 명령·규칙에 의한 기본권 침해가 문제되는 경우에는 그 명령·규칙 자체의 효력을 다투는 행정소송의 길이 없으므로 곧바로 헌법소원을 청구할 수 있다. 따라서 이 부분 심판청구는 보충성 요건을 구비하고 있다.

나. 이 사건 규칙조항에 대한 심판청구 부분

(1) 이 사건 규칙조항은 교도소장이 규율위반사실에 대한 조사기간 중 집필을 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 조사수용 기간 중에 있는 수용자라고 하여 직접 집필이 금지되는 것이 아니라 교도소장이 필요하다고 판단하여 집필을 금지한 경우에 비로소 집필이 금지되는 것이다. 그렇다면 이 사건 규칙조항은 교도소장에 의한 집필의 금지라는 구체적 집행행위를 통하여 비로소 집필에 대한 제한을 가하는 것이어서 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.

(2) 그리고 청구인에 대한 규율위반사실의 조사수용은 이미 종료하였을 뿐 아니라 2004. 6. 29. 규칙이 전문 개정되면서 조사수용 기간 동안 교도소장이 집필을 제한하거나 금지할 수 있도록 하는 내용을 폐지함으로써 청구인의 경우와 같은 유형의 침해가 반복될 위험이 있다고 할 수 없고 헌법적 해명이 중요한 사안이라고도 보이지 않으므로 권리보호의 이익 역시 인정하기 어렵다.

다. 소 결

이 사건 시행령조항에 대한 심판청구 부분은 적법하나, 이 사건 규칙조항에 대한 심판청구 부분은 직접성 및 권리보호이익을 흠결하여 부적법하다.

4. 이 사건 시행령조항의 위헌 여부에 관한 판단

가. 수용자의 기본권적 지위 및 금치의 법적 성질

(1) 수용자의 기본권적 지위

징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자와 벌금을 완납하지

아니하여 노역장 유치명령을 받은 자의 경우 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며 형사피의자 또는 형사피고인은 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 우려 또는 도망할 염려가 있는 경우 법관이 발부한 구속영장에 의하여 교도소, 소년교도소 또는 구치소에 미결수용자로서 구금된다(행형법 제1조, 제2조, 제3조). 이에 따라 이들은 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되며 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 이러한 수용자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 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 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다. 이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되고(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 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지 원칙에 위배되어서는 안 되는 것이다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 234; 1998. 5. 28. 95헌마18, 판례집 10-1, 583, 595; 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63 참조).

요컨대 수용시설 내의 안전과 질서 유지를 위해 행해지는 규율과 징계를 통한 수용자의 기본권 제한 역시 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 기본권 제한의 헌법적 한계를 벗어날 수 없으므로 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 과잉금지의 원칙에 위반되어서는 아니 되고 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없는 것이다.

(2) 금치의 법적 성질

행형법은 수용자로 하여금 교도소의 안전과 질서를 유지하기 위하여 일정한 규율을 준수하도록 하면서(동법 제45조 제1항) 그 규율을 위반한 자에 대

하여야는 징벌을 부과할 것을 정하고 있다(동법 제46조). 교도소는 수형자 등을 강제로 수용하는 장소이므로 시설 내의 질서유지와 안전확보의 필요성이 크고 이미 형벌의 집행이라는 불이익을 받고 있는 자들에 대한 규율이라는 면에서 규율 위반에 대한 제재로서의 불이익은 형벌에 당연히 포함된 통상의 구금 및 수용생활이라는 불이익보다 더욱 자유와 권리를 제한하는 것이 될 것임은 쉽게 예상할 수 있다.

행형법상의 징벌은 교도소의 안전과 질서를 유지하기 위해 정한 규율을 위반한 수용자에 대하여 과해지는 불이익처분으로 규율의 준수를 유도하는 일반예방의 효과와 징벌을 받은 자가 장차 규율위반을 자제하도록 하는 특별예방의 효과를 함께 가지는 행정상 질서벌의 일종이다. 금치는 행형법상 규정된 징벌 중 가장 무거운 것으로서 일반적인 수형자의 구금상태보다 가중된 징벌적 구금을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

나. 법률유보원칙의 위반 여부

(1) 기본권 제한에 있어 법률유보원칙의 의미

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있다 할 것이다.

(2) 이 사건 시행령조항이 법률유보의 원칙에 위반되는지 여부

(가) 법률유보원칙과 관련한 현행 금치제도의 문제점

행형법은 제10장 ‘분류와 처우’의 장에서 수용자에 대한 징벌을 규정하고 있다. 제46조 제1항에서 징벌사유를 규정하고 제2항에서 징벌의 종류를 열거하면서 동항 제5호에서 ‘금치’를 그러한 징벌의 일종으로 규정하고 있다. 문제는 행형법이 위와 같이 징벌의 종류와 요건만을 정하고 있을 뿐 징벌의 부과 기준은 법무부령(수용자규율및징벌에관한규칙)으로, 징벌의 효과 및 집행방법은 대통령령(행형법시행령)으로 정하고 있는바, 금치의 경우에도 위와 같이 이를 징벌의 일종으로 인정하는 규정이 있을 뿐 금치의 구체적인 효과나 집행방법에 관하여 명시하는 규정이나 이에 관하여 하위명령에서 규정할 것을

위임하는 명문규정을 행형법상 찾아보기 어렵다.

그런데 이 사건 시행령조항은 금지처분을 받은 수형자에 대하여 징벌실 수용과 더불어 집필을 전면 금지하고 있다. 징벌실 수용이라는 특별한 구금상태는 신체의 자유나 거주이전의 자유와 같이 수형관계에서 당연히 제한될 것이 예상되는 기본권에 대한 가중된 제한이라고 할 수 있겠지만, 나아가 집필까지 금지하는 것은 그와 같이 당연히 예상되는 범위를 벗어난 처우상의 불이익 또는 편의의 박탈이라는 의미가 있다. 이와 같이 금지의 집행에 따라 부가되는 집필 금지라는 처우상의 불이익은 제한된 범위에서나마 수형자에게 부여되는 집필의 자유를 완전히 박탈하는 것으로서, 금지대상자의 표현의 자유, 직업수행의 자유, 행복추구권 등 일련의 기본권에 대한 제한을 초래한다는 점에서 법률유보 원칙의 준수 여부가 문제되는 것이다.

(나) 판 단

다음과 같은 이유에서 이 사건 시행령조항은 법률유보의 원칙에 위반되는 것으로 보아야 한다.

1) 먼저 행형법 제46조 제2항 제5호는 징벌의 일종으로 '2월 이내의 금지'를 규정하고 있는데, 이와 같은 징벌로서의 금지의 개념 자체가 금지기간 중 제한되는 처우상의 불이익을 함축하고 있을 뿐 아니라 위 조항으로부터 그와 같은 불이익을 능히 예견할 수 있으므로, 위 조항이 이 사건 시행령조항의 근거가 된다고 볼 여지가 있다.

그러나 금지의 개념 자체로부터는 그 사전적 의미가 제시하는 징벌실 수용이라는 특수한 구금형태만을 추단할 수 있을 뿐이고 거기에 집필의 전면적 금지와 같은 일정한 처우의 제한 내지 박탈이라는 금지의 효과 내지 집행방법까지 포함되어 있다거나 동 조항으로부터 곧바로 제한되는 처우의 내용이 확정된다고 볼 수 없다. 따라서 행형법 제46조 제2항 제5호를 집필 금지의 법률적 근거라고 할 수 없다.

나아가 행형법 제46조 제4항은 징벌을 부과함에 있어 필요한 기준을 법무부장관이 정하도록 하고 있는바, 이와 같이 위 조항의 위임사항은 '징벌의 부과 기준'이지 '징벌의 효과나 대상자의 처우'가 아님은 문언상 명백하며 그 위임에 따라 법무부령으로 제정된 규칙은 제4조 내지 제8조(개정 전 규칙은 제4조 내지 제6조)에서 징벌부과 기준, 참작사항, 교사와 방조의 처리, 징벌의 경중 및 가중 등을 규정하고 있을 뿐이다.

따라서 금지대상자에 대하여 집필을 전면 금지하는 이 사건 시행령조항의

근거를 행정법상의 징벌 내지 금지에 관한 조항에서 찾을 수는 없다.

2) 금지의 집행에 따른 집행의 자유의 박탈이 가져오는 기본권 제한에 대한 법률적 근거를 위와 같이 금지에 관한 행정법조항에서 찾을 수 없다면 수용자의 처우를 정하고 있는 행정법상의 개별적인 조항들 중에서 이를 찾을 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

가) 먼저 행정법 제33조의3 제1항은 수용자라도 소장의 허가를 받으면 문서 또는 도화를 작성하거나 문학·학술 기타 사항에 관한 집필을 할 수 있다고 규정하면서 다만 집필의 내용이 교도소 등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우 또는 기타 교화상 부적당한 경우에는 예외로 한다고 규정하고 있다. 위 조항을 뒤집어 보면 수용자의 경우 집필이 원칙적으로 금지되어 있음을 전제로 하고 있다고 볼 수 있으므로, 이 사건 시행령조항은 금지대상자에 대하여 이와 같은 원칙을 재확인하는 의미만 있을 뿐 하등 새로운 권리의 제한을 두고 있는 것이 아니라고 볼 여지가 있다.

그런데 이 사건 시행령조항은 같은 시행령조항에서 금지기간 중 금지의 대상으로 하는 접견이나 서신수발 등과 달리 금지대상자에 대하여 소장이 예외적으로라도 집필을 허용할 가능성마저 봉쇄하고 있다. 뿐만 아니라 위 행정법조항에서는 집필 허가의 예외사유를 집필의 '내용'을 기준으로 정하고 있는데 비해 이 사건 시행령조항은 '금지'라는 징벌의 효과 내지 집행방법으로서 집필을 전면적으로 금지하고 있다. 이와 같이 이 사건 시행령조항은 집필의 자유에 관하여 행정법보다 가중된 제한을, 그것도 모범과 상이한 사유를 원인으로 박탈하고 있다. 따라서 이를 두고 새로운 기본권 제한이 아니라고 볼 수는 없으므로 위 행정법조항과는 별도의 법률적 근거가 있어야 할 것이다.

나) 한편 행정법 제33조의3 제2항은 “집필용구의 관리, 집필의 시간·장소, 집필한 문서 등의 보관 및 외부제출에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정하고 있으나, 이 역시 집필 금지에 관한 이 사건 시행령조항의 근거가 된다고 보기 어렵다. 위 행정법조항에 따라 시행령은 집필시간(제65조), 장소(제66조), 집필한 문서의 영치와 외부발송(제67조), 집필용구의 구매비용 부담(제69조) 등을 정하고 있는바, 위 행정법조항이 대통령령에 위임한 사항은 집필이 허용되는 경우를 전제로 하여 구체적인 집필의 실행과 관련하여 용구관리, 시간 및 장소, 집필 결과물의 보관이나 외부 발송에 대한 내용에 국한된다고 할 것이므로, 이러한 법률조항을 금지기간 중의 집필 금지에 대한 법률적 근거로 삼기는 어렵다.

3) 무엇보다 어떤 입법사항을 대통령령에 위임하는 법률조항은 위임의 뜻과 범위를 구체적으로 명시하는 것이 원칙으로서, 그것이 헌법 제75조의 취지라고 할 것인바, 관련 법률 내지 모법에서 어떠한 기본권 제한과 관련한 입법사항이 단지 언급되었다거나 일부 규정되어 있다고 하여 그것이 곧 입법위임의 근거로 될 수는 없는 것이다. 따라서 위에서 본 행형법 제46조 제2항 제5호나 제33조의3 제1항을 두고 금지기간 중의 집필 금지와 같은 처우상의 불이익 내지 자유 박탈에 관하여 하위명령에 위임 내지 수권하는 규정이라고 볼 수 없다. 이 점에서도 이 사건 시행령조항은 위임명령으로서의 정당성이 없다.

또한 이 사건 시행령조항은 금지기간 중 집필의 전면 금지라는 금지대상자의 자유와 권리에 관한 사항을 규율하고 있어 도저히 집행명령으로 볼 수 없으므로 모법의 근거 및 위임이 필요없다고 하기도 어렵다.

4) 결국 이 사건 시행령조항은 금지처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것으로서 헌법 제37조 제2항 및 제75조에 위반된다고 할 것이다.

다. 과잉금지원칙의 위반 여부

(1) 집필행위의 제한과 관련 기본권의 확정

행형법 제33조의3 제1항의 규정에 비추어 볼 때 행형법상의 집필은 그 내용과 목적을 묻지 않고 도화 작성을 포함하여 일반적이고 포괄적인 의미의 글쓰기를 가리키는 것으로 볼 수 있다. 집필은 일정한 동기나 목적에 기여하는 수단 내지 도구로서 가치중립적인 개념인바, 그러한 집필에 대한 제한은 집필행위의 구체적인 내용이나 목적에 따라 매우 다양한 기본권과 관련되어질 수 있다. 예컨대 학술활동을 위한 글을 쓰는 경우에는 학문의 자유, 문학작품의 창작을 위한 경우에는 예술의 자유, 직업으로서의 글쓰기를 위한 경우에는 직업의 자유, 편지를 쓰는 경우와 같이 외부와의 연락을 위한 경우에는 통신의 자유, 소송서류를 작성하기 위한 경우에는 재판청구권, 일기나 비망록 등의 작성을 위한 경우에는 인격권이나 행복추구권과 연관될 수 있다. 그런데 이 사건 시행령조항이 직접적으로 제한하고 있는 것은 집필행위 자체로서 그 집필의 목적이나 내용은 묻지 않고 있는바, 이는 기본적으로는 인간의 정신적 활동을 문자를 통해 외부로 나타내게 하는 행위, 즉 표현행위를 금지하는 것으로 볼 수 있고, 그렇다면 이 사건 시행령조항에 의하여 가장 직접적으로 제한되는 것은 표현의 자유라고 볼 수 있을 것이다.

표현의 자유의 보호영역은 일반적으로 의견의 자유 또는 의견형성의 자유와 표현의 자유 그리고 전파의 자유를 포함한다. 일반적으로 문자를 통한 표현행위가 이루어지는 과정을 살펴보면 표현하고자 하는 내용이 내면적으로 형성되고 그것을 문자로 외부적으로 작성하여 그 작성된 것을 외부에 전달하거나 전파하는 단계를 거치게 되는데, 집필행위는 사람의 내면에 있는 생각이 외부로 나타나는 첫 단계의 행위란 점에서 문자를 통한 표현행위의 가장 기초적이고도 전제가 되는 행위라 할 것이다. 일반적으로 표현의 자유는 정보의 전달 또는 전파와 관련지어 생각되므로 구체적인 전달이나 전파의 상대방이 없는 집필의 단계를 표현의 자유의 보호영역에 포함시킬 것인지 의문이 있을 수 있으나, 집필은 문자를 통한 모든 의사표현의 기본 전제가 된다는 점에서 당연히 표현의 자유의 보호영역에 속해 있다고 보아야 한다.

(2) 판 단

(가) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

1) 행형법의 목적은 수형자를 교정, 교화하여 건전한 정신을 가지고 사회에 복귀하게 하고 미결수용자의 구금을 확보하는 데에 있다. 그러한 입법목적의 가장 기초적인 전제는 교도소 등 구금 또는 수용시설의 안전과 질서의 유지이다. 교도소 등은 형벌의 집행을 위하여 또는 피고인 등의 신병확보를 위하여 일정 기간 수용자를 강제로 구금하는 시설로서 강제적인 수용에 따른 집단생활이라는 점에서 교도소의 시설과 인력의 안전은 물론 수용자들의 안전을 위해서라도 일상생활에 있어 엄격한 규율이 불가피하다. 이 사건 시행령조항은 교도소 내의 규율을 위반하고 그 위반의 정도가 중한 것으로 판단되어 금치의 징벌을 받은 자에 대해 금지처분의 집행과 함께 금지기간 동안 일정한 불이익을 가함으로써 일반예방적 효과와 특별예방적 효과를 통한 규율의 준수를 강제하여 교도소 내의 안전과 질서를 유지하고 당해 금지대상자의 교화를 꾀하는 규정으로서 그 입법목적은 정당한 것으로 평가할 수 있다.

2) 한편 이 사건 시행령조항은 일반 수용자에게는 실질적으로 허용되어 있는 집필행위를 규율 위반으로 금지처분을 받은 자에 대하여는 금지함으로써 교도소 내에서 제한된 상태로나마 누릴 수 있는 이익을 박탈함으로써 규율 위반자에 대해서는 반성을 촉구하고 일반 수용자에게는 규율 위반에 대한 불이익을 경고하여 수용자들의 규율 준수를 유도하는 데에 필요하고도 효과적인 수단이 될 수 있을 것이므로 방법의 적절성도 있다고 보인다.

(나) 침해의 최소성

1) 기본권을 제한하는 입법에 있어서는 입법목적을 실현하기에 적합한 여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단을 선택하여야 한다. 기본권을 제한하는 입법에 있어 입법자는 침해 최소성의 관점에서 기본권을 보다 적게 제한하는 단계인 기본권행사의 ‘방법’에 관한 규제으로써 의도하는 목적을 달성할 수 있는가를 시도하고 이러한 방법으로는 목적 달성이 어렵다고 판단되는 경우에 비로소 그 다음 단계인 기본권행사의 ‘여부’에 관한 규제를 선택해야 한다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 560, 568 참조).

수용자는 외부와 차단된 폐쇄적인 시설에서의 강제구금의 성질상 각종 기본권 침해의 가능성이 높은 상황에 놓여 있고, 특히 규율 위반에 대한 징벌은 그 의결과 집행이 모두 교도소 내부에서 이루어지므로 자의적 징벌권 행사 또는 징벌권 남용의 위험성이 적지 않다. 이에 따라 행형법은 제1조의3에서 “이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결수용자의 기본적 인권은 최대한으로 존중되어야 하며, 국적·성별·종교 또는 사회적 신분 등에 의한 수용자의 차별은 금지된다.”고 선언하고, 제46조 제3항에서는 “징벌은 동일한 내용에 대하여 거듭하여 부과할 수 없으며, 행위의 동기 및 경중, 행위 후의 정황 기타 사정을 참작하여 수용목적을 달성하는 데 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.”고 규정하여 기본권 제한에 관한 최소침해의 원칙을 법률에서 다시 한번 강조하고 있다.

2) 먼저, 교도소의 안전과 질서 유지라는 입법목적을 위해 법률이 정한 제재는 징벌로서의 ‘금치’이다. 그런데 이 사건 시행령조항은 징벌실 수용이라는 금치의 집행에 더하여 집행될 금지라는 불이익을 부가한 것으로서, 그 규정 자체에서 볼 때 징벌실 수용에 덧붙여진 집행 금지가 과연 위와 같은 입법목적 달성을 위해 반드시 필요한 조치인지 의문이 든다. 물론 징벌실에 수용하면서 추가적으로 다른 처우를 제한하는 것이 징벌적 효과를 더 크게 하는 면이 있음은 부인할 수 없을 것이나, 금지 집행의 본질적 효과인 징벌실 수용과 그에 따르는 불가피한 사실상의 처우 제한 이외의 불이익은 가능한 한 최소한에 그치는 것이 수형자의 기본권 보장 면에서 바람직하다 할 것이고, 따라서 집행의 전면적 금지는 필요한 최소한도를 넘는 기본권 제한에 해당한다고 볼 여지가 있는 것이다.

3) 행형법은 제46조 제1항에서 징벌의 사유로서, 형법·폭력행위등처벌에 관한법률 등의 형벌규정에 저촉되는 행위(제1호), 자해행위(제2호), 정당한 이

유 없이 작업·교육 등을 거부하거나 태만히 하는 행위(제3호), 흥기·주류 등 허가되지 아니하는 물건을 제작·소지·사용·수수 또는 은닉하는 행위(제4호), 기타 법무부장관이 정하는 행위(제5호)를 규정하고, 법무부령인 수용자규율및징벌에관한규칙(2004. 6. 29. 법무부령 제555호로 전문 개정된 것)은 제3조에서 다시 규율을 구체적으로 규정하고 있는바, 그 규율들은 대부분이 교도소 내의 시설, 장비 또는 다른 재소자의 안전과 일상적인 활동의 보장과 관계되는 것들이고, 또한 행형법의 위임을 받아 징벌부와 기준을 정한 동 규칙 제4조는 기간의 차이가 있기는 하지만 모든 규율 위반에 대해 금치의 처분을 할 수 있도록 규정하고 있다. 결국 어떠한 규율 위반이라 하더라도 그 내용과 경중에 관계없이 집필 금지가 가능하다는 결과가 되는데, 이러한 제한이 교도소의 질서유지와 규율준수, 대상자의 교화를 위한 필요최소한도의 제한으로 볼 수 있을지는 매우 의문이라고 하겠다.

공표나 외부 반출 등을 목적으로 하는 경우에도 집필행위 자체는 정신활동과 관계되는 지극히 개인적인 행위로서 교도소의 질서와 안전의 유지에 어떤 위험을 줄 수 있는 행위가 아님은 물론 어떤 면에서는 오히려 수용자의 건전한 정신활동을 촉진하여 그의 교정·교화에 이바지하는 경우도 충분히 있을 수 있다. 그리고 교도소의 질서유지를 위해 마련된 규율을 위반하였다는 귀책사유와 금지되는 집필행위는 그 내용적 관련성이 매우 희박하다는 점을 간과해서는 아니된다. 교도소 내의 규율준수는 그 자체가 목적이 될 수 없고 결국은 교도소의 질서와 안전을 위한 것이며 궁극적으로는 행형법의 목적인 수형자의 교정·교화에 이바지하여야 하는 것임을 고려할 때 더욱 그러하다.

4) 또한 굳이 집필행위를 제한하고자 하는 경우에도 집필행위 자체는 허용하면서 집필시간을 축소하거나 집필의 횟수를 줄이는 방법 또는 접견이나 서신수발과 같이 예외적으로 집필을 허용할 수 있는 사유를 구체적으로 한정하여 집필을 제한하는 방법 등을 통해서도 규율준수를 꾀하고자 하는 목적은 충분히 달성될 수 있을 것으로 보인다. 그런데 이 사건 시행령조항으로 인해 금치처분을 받은 자는 최장 2개월간 집필이 무조건 금지되는데, 설사 그 집필의 목적과 내용이 수용자의 개인적인 사유로 반드시 허용되어야 할 경우이거나 또는 집필을 허용하는 것이 교정·교화상 도움이 되는 경우라고 하더라도 금치대상자에게 집필기회를 부여할 가능성이 원천봉쇄되어 있는 것이다.

특히 이 사건 시행령조항은 단서에서 미결수용자의 소송서류 작성을 예외로 하고 있는데, 이는 재판 진행 중이라는 미결수용자의 신분상 특성을 고려

하여 당연한 내용을 규정한 것에 불과하고, 오히려 이 단서 조항의 반대해석으로 수형자의 경우 소송서류 작성을 위한 집필도 금지되는 것으로 이해되고 있다. 이처럼 집필을 전면 금지하는 것은 같은 조항에서 허가를 조건으로 집견·서신수발 또는 도서열람이 허용되는 것과 비교해 보더라도 지나친 처사라는 생각을 지울 수 없다.

뿐만 아니라 집필행위의 금지에 따른 제재적 효과는 개인에 따라 차이가 커서 글쓰는 것이 평소 자신의 일상생활에서 정신적 또는 경제적으로 차지하는 비중이 큰 사람에게는 매우 강력한 징벌적 효과를 가질 것임에 비해 글을 쓰는 것이 별다른 의미를 갖지 못하는 사람에게는 징벌적 효과를 기대할 수 없을 것이기에 같은 내용의 규율 위반이라 하더라도 대상자에 따라 실질적인 징벌효과가 매우 다르게 나타날 수 있다.

5) 결국 이 사건 시행령조항이 규율 위반자에 대해 불이익을 가한다는 면만을 강조하여 금치처분을 받은 자에 대하여 집필의 목적과 내용 등을 묻지 않고, 또 대상자에 대한 교화 또는 처우상 필요한 경우까지도 예외 없이 일체의 집필행위를 금지하고 있음은 입법목적 달성을 위한 필요최소한의 제한이라는 한계를 벗어난 것이라고 할 것이다. 따라서 과잉금지의 원칙에 위반된다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 시행령조항은 헌법에 위반되므로 그 부분에 대한 심판청구는 이유 있어 인용하고, 이 사건 규칙조항에 대한 심판청구 부분은 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 이 사건 시행령조항의 위헌 여부에 관하여 아래 6.에서 보는 바와 같이 재판관 3인의 반대의견이 있는 이외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

다수의견은 이 사건 시행령조항이 법률유보의 원칙은 물론 과잉금지의 원칙에도 위배되어 위헌이라고 하나, 우리는 이와는 달리 이 사건 시행령조항이 법률유보의 원칙을 준수하고 있을 뿐 아니라 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니하여 합헌이라고 판단하므로 다음과 같이 반대의견을 피력하고자 한다.

가. 법률유보원칙의 위반 여부

먼저 다수의견이 지적하는 바와 같이 행형법상의 금지 또는 집필과 관련한 규정들 가운데 금치처분을 받은 자에 대하여 집필을 제한하거나 금지하는 것을 대통령령 등의 하위명령에서 정하도록 위임한 명시적 규정이 없는

것은 사실이다. 그런데 행형법 제33조의3 제1항 본문은 “수용자는 소장의 허가를 받아 문서 또는 도화를 작성하거나 문학·학술 기타 사항에 관한 집필을 할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 수용자에 대해서는 집필이 원칙적으로 금지되고 다만 예외적으로 소장이 허가하는 경우에 한하여 그것이 허용됨을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 법률이 개별적 조항을 통해 시행령에 구체적인 위임을 하지 않았다 하더라도 일정한 경우에는 집필이 예외 없이 허용되지 않을 수 있음은 위 규정으로부터 충분히 예상할 수 있다 할 것이고, 이 사건 시행령조항은 그와 같이 집필이 전면 금지되는 구체적인 경우로서 금지처분의 집행 중에 있는 자를 들고 있는 것이라고 보지 못할 바 아니므로, 비록 명시적이지는 않더라도 법률의 위임을 전제로 한 제한에 해당한다고 볼 수 있다.

가사 위와 같이 보지 않는다 하더라도, 이 사건 시행령조항은 “집필용구의 관리, 집필의 시간·장소, 집필한 문서의 보관 및 외부 제출에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정한 행형법 제33조의3 제2항이 위임한 사항(집필의 시간, 장소, 용구관리)을 금지와 관련하여 구체화한 하위규정이 라고 볼 수 있다. 즉, 이 사건 시행령조항은 금지처분을 받은 자에 대하여는 ‘그 기간 동안’(시간) ‘징벌실에서’(장소) ‘집필용구를 소지할 수 없게 한다’(용구관리)는 내용으로 입혀질 수 있다는 것으로서, 이렇게 보면 이 사건 시행령조항이 법률의 근거를 결하고 있다고 단정할 수 없는 것이다.

나. 과잉금지원칙의 위반 여부

(1) 집필의 의미와 제한되는 기본권

집필의 의미와 이 사건 시행령조항에 의하여 제한받는 기본권의 내용에 관하여는 다수의견이 이해하는 바와 같으나, 제한되는 기본권과 그 침해 여부는 집필의 목적과 관련하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

(2) 입법목적의 정당성 및 방법의 적절성

이 사건 시행령조항이 추구하는 입법목적의 정당성과 방법의 적절성에 관하여는 다수의견이 설시하는 바와 대체로 같은 의견이다.

(3) 침해 최소성 및 법익 균형성

(가) 교도소 내의 질서와 안전을 위해서는 규율이 준수되어야 하고 그를 위해 규율 위반자에 대해서는 일정한 제재를 가할 수밖에 없는데, 이미 기본권이 제한된 상태로 일정 기간 동안 자신의 의사와 관계없이 강제적인 구금생활을 할 수밖에 없으면서도 대부분의 경우 형기를 마치면 교도소를 벗어나

도록 예정된 수용자들에 대해서 실질적으로 위하력을 가질 수 있는 제재란 사실상 그리 많지 않다. 행형법은 그러한 제재 중 하나로서 규율을 위반한 자에 대해 가장 무거운 징벌로 금치를 규정하면서 시행령을 통해 대상자를 징벌실에 수용하는 이외에도 일반 수용자가 제한된 상태로나마 누리던 자유 일부를 제한 또는 박탈하는 처우상의 불이익을 부가하고 있다.

(나) 사람은 누구나 다른 사람의 간섭을 받지 않고 자신이 쓰고 싶은 내용을 자신이 원하는 시간과 장소에서, 원하는 방법으로 집필할 수 있다. 그러나 미결구금 또는 형벌의 집행을 위해 수용된 자의 경우 이미 그러한 자유로운 집필은 상당 정도 제한되며 그것은 미결구금 또는 형벌의 집행이라는 수용목적에 따른 당연한 불이익이라는 측면이 있다. 이 사건 시행령조항은 일반 수용자가 제한된 상태에서 어느 정도 향유하던 집필의 자유를 금치처분을 받은 자에 한하여 금치기간 동안 아예 그와 같이 제한된 자유마저 박탈하는 처우상의 불이익을 줌으로써 최대의 징벌효과를 거두고자 하는 규정이라고 볼 수 있다. 교도소 내 질서 교란행위에 대한 징벌절차에서 행위와 징벌간의 비례성 심사를 거쳐 가장 심각한 규율 위반자에 대하여 가장 중한 징벌인 금치처분이 내려질 것임을 생각하면 금치처분을 받은 수형자에 대하여 위와 같이 종전에 수용자로서 제한적으로 누리 오던 일정 영역에서의 행위의 자유를 더욱 좁히거나 박탈하는 것을 특별히 불합리하다고 할 이유는 없을 것이다. 이는 대상자가 이미 신체활동이 억압된 강제구금 상태에 놓여 있음에도 중대한 규율 위반행위를 하였음에 비추어 징벌실 수용조치만으로는 뚜렷한 징벌효과를 기대하기 어렵고 달리 선택할 수 있는 효과적인 제재수단을 쉽게 찾을 수 없다는 사정을 고려해 보더라도 앞서 본 입법목적 달성을 위한 불가피한 조치로 이해할 필요가 있는 것이므로, 이를 두고 필요최소한도를 넘는 기본권 제한이라고 단정할 수 없다.

또한 집필이 금지되는 기간을 보더라도 최장 2개월로 한정되어 있는 데다 실제로는 개정된 규칙에서도 징벌의 양정기준으로 금치의 상한을 30일 이내로 정하고 있어 그 기간이 결코 길다고 할 수 없다. 뿐만 아니라 집필은 그 자체로 목적이 되는 행위로 볼 수는 없고 구체적으로 개별적인 기본권 행사와 관련되어 문제되는데, 앞서 보았듯이 이미 미결구금과 형벌의 집행을 통해 기본권 제한이 행하여져 있는 상태에 있는 이상 일정한 기간 동안 집필과 관련된 기본권의 행사가 제한되더라도 이는 수인하여야 할 범위 내라고 보아야 할 것이다.

(다) 또 하나 여기서 간과해서는 아니될 점은 전면적으로든 부분적으로든 집필을 허용하는 경우 대상자에게 부득이 집필에 필요한 용구를 주어야 할 것인데, 특히 대부분의 필기구는 언제라도 남에게 위해를 가하는 물건으로 악용되거나 자해의 도구로 사용될 위험성을 안고 있다는 것이다. 외국의 입법례를 보더라도 이와 같이 집필용구가 갖고 있는 위험성 때문에 금치대상자로 하여금 필기도구를 소지할 수 없도록 하고 있는 것으로 보인다. 금치처분을 받은 수형자는 중대한 규율 위반을 범한 자로서 공격적이고 난폭한 경우가 많을 것임은 능히 짐작할 수 있으므로, 집필 도구의 소지를 금하는 것은 교도소 내 안전과 질서 유지에 직결될 것이다. 이러한 점에서도 규율 위반이라는 귀책사유와 금지되는 집필행위 사이에 내용적 관련성이 희박하다거나, 시간이나 횟수 따위를 기준으로 부분적으로라도 집필을 허용하여야 한다는 다수의견의 주장에는 동조할 수 없는 것이다.

(라) 나아가 이 사건 시행령조항으로 인해 금치처분을 받은 자가 받는 위와 같은 불이익은 금치기간이라는 한정된 시간 동안 집필을 할 수 없게 되는 것인데, 그 침해되는 불이익에 비해 규율의 준수를 통한 교도소의 질서와 안전의 유지, 수용자의 교정·교화라는 공익이 더욱 크다고 아니할 수 없으므로 법익균형성의 원칙에도 위반되지 아니한다.

(마) 청구인은 적어도 이 사건 시행령조항이 당해 금치처분의 위법성을 직접 다투는 데 필요한 서류 작성을 위한 집필까지 금지하는 한도에서는 금치대상자가 갖는 재판청구권과 청원권의 본질적 부분을 침해하여 위헌이라고 주장한다.

금치처분을 받은 수용자는 그 처분을 다투는 구제수단으로 그 처분의 효력을 직접 대상으로 한 행정소송을 제기하거나 그 처분으로 인한 손해의 배상을 구하는 민사소송을 제기하는 것과 같은 사법적 구제절차를 택할 수 있다. 그리고 비사법적 구제절차로서 행정법상의 청원을 하거나 수사기관에 고소·고발 또는 관계기관에 진정하는 길도 열려 있다.

그런데 먼저 위와 같은 구제절차 중 당해 금치처분의 효력을 직접 다투는 것을 목적으로 하지 않는 구제수단들, 즉 손해배상청구, 청원, 고소·고발·진정 등은 금치의 집행이 종료한 후에 이를 행사하더라도 그 권리행사의 목적을 달성할 수 없는 것이 아니다. 물론 금치의 기간 동안 그러한 권리행사가 지연된 불이익이 있기는 하지만 그러한 불이익은 금치처분의 징벌로서의 불이익에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

문제는 당해 금지의 효력을 직접 다투기 위해 행정소송과 함께 제기하는 집행정지의 신청과 같이 금지기간 중에 행해지지 않으면 그 목적을 달성할 수 없게 되는 경우이다. 소장이나 신청서 등 소송서류의 작성은 재판청구권 행사의 기초를 이루는 중요한 행위로서 금지대상자가 이를 하기 위하여는 집필이 허용되어 있어야 하는데, 이 사건 시행령조항이 금지기간 중 집필을 무조건 금지하고 있기 때문이다. 그러나 시행령 제145조 제2항을 보면 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 집견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있다고 규정하고 있는바, 여기서 서신에는 넓게 소송서류도 포함된다고 볼 수 있고, 서신수발이 허가된 경우에는 그 당연한 전제로 집필까지 허용되어 있다고 보지 않을 수 없으므로, 청구인이 주장하는 바와 같은 위헌문제는 발생하지 않는다고 보아야 할 것이다.

다. 그리고 청구인은 금지처분을 직접 다퉴 수 있는 구제절차가 행정법상 마련되어 있지 않은 것을 들어 적법절차 원칙의 위반도 주장하고 있으나, 그와 같은 주장은 금지처분의 근거규정에 대한 위헌 주장은 될 수 있을지언정 금지처분을 받은 자에 대해 일정한 처우를 제한하는 규정에 해당하는 이 사건 시행령조항의 위헌성을 다투는 주장으로서는 적절한 것이 못된다 할 것이다.

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

[별 지]

청구인의 주장 및 관계기관의 의견 요지

가. 청구인의 주장

(1) 국민의 자유와 권리를 제한하고자 하는 경우 그 내용은 반드시 법률로써 규정하여야 하고 대통령령 또는 부령으로 제한하고자 하는 때에는 법률의 구체적 위임이 있어야 한다. 행형법은 징벌의 종류로서 2월 이내의 금치를 규정하고 있으나 금치는 일반 재소자와 분리하여 징벌실에 수용하는 것이므로 그 자체만으로 강력한 불이익처분이다. 그런데 모법인 행형법에서 그 밖에 금지와 관련하여 부수적인 제한에 관하여 대통령령에 별다른 위임을 하고 있지

아니함에도 대통령령과 법무부령에서는 금지처분을 받은 자에 대해 광범위한 기본권제한을 인정하고 있고 그 중에서 이 사건 심판대상조항들은 집필을 전면 금지하거나 금지할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 모법의 근거도 위임도 없는 사항을 하위명령에 규정한 것으로서 위임입법의 한계를 벗어난 입법으로 헌법에 위반된다.

(2) 이 사건 심판대상조항들은 금지기간 중 또는 규율 위반사실의 조사수용 기간 중의 집필을 금지하거나 금지할 수 있다고 하고 있는데, 이는 금지 또는 조사수용 처분이 위법한 경우 그것을 직접 다투기 위한 재판청구나 처우에 대한 불복으로서 행형법이 보장하고 있는 청원 등을 위한 집필까지도 무차별 불허하고 있는 점에서 징벌의 목적 달성을 위한 최소한의 제한을 넘은 과도한 기본권 제한으로서 과잉금지의 원칙에 위반하여 청구인의 재판청구권과 청원권, 평등권을 침해하는 규정이다.

(3) 헌법상 적법절차 원칙은 국민에 대한 모든 불이익처분의 경우에 반드시 지켜야 할 원칙이므로 교도소에 수용된 자에 대한 규율 위반사실의 조사를 위한 수용이나 징벌처분에 있어서도 사전 고지와 변명의 기회가 보장되어야 하고 실효성 있는 불복절차가 함께 마련되어 있어야 한다. 그럼에도 이 사건 심판대상조항들은 그러한 제도와 절차를 마련하지 않고 있어 적법절차 원칙에 위반된다.

(4) 청구인에 대한 금지처분은 2003. 4. 10. 종료하여 현재 청구인에 대한 기본권 침해는 종료하였지만 이 사건 심판대상조항들에 의한 기본권침해가 반복될 가능성이 있으므로 권리보호이익도 인정된다.

나. 법무부장관의 의견

(1) 적법요건에 관하여

법령에 대한 헌법소원은 구체적인 집행행위를 기다리지 않고 그 법령조항으로부터 직접 기본권이 침해되는 경우에 허용된다. 그런데 이 사건 시행령 조항은 집필을 원칙적으로 금지하고 있으나 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정할 때는 이를 허용하는 것으로 볼 수 있고, 이 사건 규칙조항은 규율 위반사실에 대한 진상을 조사하기 위하여 필요하다고 인정할 때 조사기간 중 소장으로 하여금 집필을 금지할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 심판대상조항들 자체로부터 권리의 제한, 의무의 부과 또는 법적 지위의 박탈이 생기는 것이 아니고 교도소장의 구체적인 집행행위로서의 처분이 있는 경우에 비로소 청구인이 주장하는 기본권침해가 발생하게 된다. 그

렇다면 이 사건 헌법소원은 직접성 요건을 충족하지 못하여 부적법하다.

또한 청구인에 대한 금지처분은 이미 종료되어 기본권 침해의 상태가 해소되었으므로 이 사건 심판청구는 권리보호이익이 없는 부적법한 청구이다.

나아가 이 사건 심판의 대상을 이 사건 심판대상조항들이 아닌 구체적인 집필불허처분으로 선택한다 하더라도 그것은 심판청구의 보충성을 결여한 것이어서 역시 부적법한 청구이다.

(2) 본안에 관하여

(가) 행형법 제46조는 징벌의 요건, 종류, 제한 등을 규정하면서 징벌을 부과함에 있어 필요한 기준은 법무부장관이 정한다고 규정하고 있는데, 관련 조항들의 내용에 비추어 볼 때 징벌 부과에 따른 어느 정도의 권리 제한은 예정되어 있으므로 이 사건 시행령조항과 규칙조항이 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 볼 수는 없다.

(나) 실무상 수용자에 대한 규율 위반사실의 조사에 앞서 진술거부권을 고지하고 있고, 규칙 제9조 제2항은 징벌위원회의 의결내용을 통보하도록 규정하고 있으며, 징벌처분에 대하여 행정심판과 행정소송을 통해 그 위법성을 다툴 수 있는 길이 있는 이상 실효성 있는 불복제도가 없다고 탓할 수 없으므로 적법절차 원칙에 위반되지 않는다.

(다) 이 사건 심판대상조항들은 구금시설의 안전과 질서유지라는 정당한 입법목적 가진 것인바, 규율을 위반한 수용자에 대해 일정한 불이익을 가함으로써 그 수용자로 하여금 규율을 준수하도록 하고 다른 수용자들의 규율 준수를 유도하는 것은 입법목적 달성을 위한 합리적인 수단이다. 또한 모든 집필이 일률적으로 금지되는 것이 아니라 이 사건 시행령조항은 금지처분의 경우에도 교화 또는 처우상 필요한 경우에는 서신수발을 허용하고 있어 서신수발을 위한 집필은 허용되는 것으로 볼 수 있고, 이 사건 규칙조항은 필요한 경우에만 조사기간 중 집필을 금지하도록 규정하여 기본권침해를 최소화할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 교도소 내의 질서유지와 수용자의 교화라는 공익이 집필이 금지되는 조사수용자 또는 금지처분을 받은 자의 권리보다 더 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 시행령조항과 규칙조항은 과잉금지원칙에도 위반되지 않는다.

(라) 이 사건 심판대상조항들이 수용자의 청원권을 제한하고 있으나 조사수용 또는 금지의 처분을 받은 자가 그 처분을 다투기 위해서는 행정심판 또는 행정소송을 통하여야 하고 청원을 통해서도 직접 그 처분을 다툴 수 없으

므로 청원권을 보장하는 실익은 없다고 할 것이다.

다. 전주교도소장의 의견

(1) 징벌제도의 목적에 비추어 보면 일반 수용자에 비해 규율 위반사실의 조사를 받고 있는 자 또는 징벌로써 금치처분을 받은 자에 대해서 일정한 범위 내의 불이익한 처우를 하는 것은 합리적 이유가 있으므로 이 사건 시행령 조항 및 규칙조항은 평등권을 침해하지 않는다.

(2) 적법요건과 본안에 관한 다른 의견은 대체로 법무부장관의 의견과 같다.

주권상장폐지확정결정취소

(2005. 2. 24. 2004헌마442 전원재판부)

【판시사항】

1. 한국증권거래소의 법적 지위
2. 한국증권거래소의 상장법인인 청구인 회사에 대한 상장폐지확정결정이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되는지 여부 (소극)

【결정요지】

1. 피청구인(한국증권거래소)은 유가증권의 공정한 가격형성과 안정 및 그 유통의 원활을 기하기 위하여 증권거래법 제71조의 규정에 따라 일반 사인인 증권회사를 회원으로 설립되어 유가증권시장의 개설과 유가증권의 상장, 매매거래, 공시 등에 관한 업무에 종사하는 기관으로서, 그 기본적인 성격은 민법상 사단법인에 준하는 것이다.

2. 피청구인은 증권회사를 회원으로 하여 설립된 법인이고(증권거래법 제76조의2), 원칙적으로 피청구인의 회원이 아닌 자는 유가증권시장에서의 매매거래를 하지 못하며(동법 제85조 제1항), 유가증권시장에 유가증권을 상장하려는 법인은 피청구인과의 사이에 피청구인이 제정한 유가증권상장규정 등을 준수하겠다는 상장계약을 체결하는 것이다. 따라서 유가증권의 상장은 피청구인과 상장신청법인 사이의 “상장계약”이라는 사법상의 계약에 의하여 이루어지는 것이고, 상장폐지결정 및 상장폐지확정결정 또한 그러한 사법상의 계약관계를 해소하려는 피청구인의 일방적인 의사표시라고 봄이 상당하다고 할 것이다. 따라서, 피청구인의 청구인회사에 대한 이 사건 상장폐지확정결정은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이를 대상으로 한 심판청구는 부적법하다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제1항 본문

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제71조(설립) ① 유가증권의 공정한 가격의 형성과 안정 및 그 유통의 원활을 기하기 위하여 한국증권거래소를 설립한다.

② 증권거래소는 회원조직으로서의 법인으로 한다.

③ 증권거래소는 그 주된 사무소를 서울특별시에 두고 필요한 곳에 지소를 둘 수 있다.

④ 증권거래소는 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

⑤ 제4항의 등기에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 목적
2. 명칭
3. 주사무소와 지소의 소재지
4. 회원의 명칭·주소
5. 임원의 성명·주소
6. 공고의 방법
7. 제1호 내지 제6호 이외에 대통령령이 정하는 사항

⑥ 삭제

⑦ 제4항 및 제5항 이외에 증권거래소의 설립등기에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제73조(업무) ① 증권거래소는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 업무를 행한다.

1. 유가증권시장(선물거래시장을 포함한다)의 개설업무
2. 유가증권의 매매거래에 관한 업무
3. 유가증권의 상장에 관한 업무
4. 상장법인의 공시에 관한 업무
5. 유가증권의 가격 또는 거래량이 비정상적으로 변동하는 거래 등 대통령령이 정하는 유가증권의 이상매매(이하 “이상매매”라 한다)의 심리 및 회원의 감리에 관한 업무
6. 유가증권의 경매업무
7. 유가증권시장에서의 매매거래와 관련한 분쟁의 자율조정에 관한 업무
8. 유가증권시장의 개설에 수반되는 부대업무
9. 제1호 내지 제7호 외에 정관에서 정하는 업무

② 삭제

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제75조(민법의 준용) 증권거래소에 대하여 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정(제39조를 제외한다)을 준용한다. 이 경우에 증권거래소의 회원·회원총회와 임원은 각각 사단법인의 사원·사원총회와 이사 또는 감사로 한다.

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로

개정되기 전의 것) 제76조의2(회원의 자격) 증권거래소의 회원은 정관이 정하는 요건을 갖춘 증권회사이어야 한다.

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제76조의3(출자와 책임) ① 회원은 정관이 정하는 바에 따라 출자를 하여야 한다.

② 회원의 증권거래소에 대한 책임은 이 법과 정관이 정하는 것 외에는 그 출자액을 한도로 한다.

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제76조의4(회원의 탈퇴) ① 회원은 정관이 정하는 바에 따라 증권거래소의 승인을 얻어 탈퇴할 수 있다.

② 생략

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제78조(임원) ① 증권거래소에 다음 각 호의 임원을 둔다.

1. 이사장 1인
2. 부이사장 1인
3. 이사 5인 이내(비상임으로 하되, 그 중 3인 이내는 공익대표로, 2인 이내는 회원대표로 한다)
4. 감사 2인(1인은 비상임으로 한다)

② 이사장은 유가증권에 관한 경험과 학식이 풍부하고 덕망이 있는 자중에서 회원총회에서 선출하되, 재정경제부장관의 승인을 얻어야 한다.

③ 부이사장은 회원총회의 동의를 얻어 이사장이 임명한다.

④ 공익대표인 이사는 이사회추천위원회의 추천을 받은 자중에서 이사장이 임명한다. 이 경우 이사회추천위원회는 부이사장, 공익대표인 이사 및 회원대표인 이사를 위원으로 하여 공익대표인 이사가 총 위원의 2분의 1 이상이 되도록 구성하되, 그 위원장은 정관이 정하는 바에 따라 공익대표인 이사 중에서 선임한다.

⑤ 회원대표인 이사는 회원총회에서 선출한다.

⑥ 감사는 회원총회에서 선출한다.

⑦ 이사장·부이사장·이사 및 감사의 임기는 각각 3년으로 한다.

⑧, ⑨ 삭제

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제85조(유가증권시장에서의 매매거래자의 제한) ① 증권거래소의 회원이 아닌 자는 유가증권시장에서의 매매거래를 하지 못한다. 다만, 증권거래소의 정관에서 특정한 유가증권의 매매거래를 할 수 있도록 정한 경우에는 그 특정한 유가증권의 매매거래를 할 수 있다.

② 생략

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제88조(상장규정) ① 삭제

② 증권거래소는 유가증권시장에 상장할 유가증권의 심사 및 유가증권시장에 상장되어 있는 유가증권(이하 “상장유가증권”이라 한다)의 관리를 위하여 유가증권상장규정(이하 “상장규정”이라 한다)을 정하여야 한다.

③ 제2항의 상장규정에는 다음 각 호의 사항을 정하여야 한다.

1. 유가증권의 상장기준·상장심사 및 상장폐지에 관한 사항
2. 유가증권의 매매거래정지와 그 해제에 관한 사항
3. 제1호 및 제2호 이외에 상장유가증권의 관리에 관하여 필요한 사항

구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제206조의7(금융감독원의 업무) 금융감독원은 이 법에 의하여 금융감독위원회 또는 증권선물위원회의 지시·감독을 받아 다음 각 호의 사항에 관한 업무를 행한다.

1. 유가증권발행인의 등록에 관한 사항
2. 유가증권신고서에 관한 사항
3. 유가증권의 공개매수에 관한 사항
4. 이 법에 의하여 금융감독원장의 검사를 받아야 하는 기관의 검사에 관한 사항
5. 상장법인의 관리에 관한 사항
6. 등록법인과 상장법인의 기업분석 및 기업내용의 공시에 관한 사항
7. 유가증권시장 및 협회중개시장 외에서의 유가증권의 매매거래의 감독에 관한 사항
8. 정부로부터 위탁받은 업무
9. 제1호 내지 제8호 외에 이 법에 의하여 부여된 업무
10. 제1호 내지 제9호의 업무에 부수되는 업무

【참조판례】

2. 대법원 2004. 3. 4.자 2001무49 결정
서울남부지방법원 2004. 8. 19. 선고 2004가합378 판결

【당 사 자】

- 청 구 인 주식회사 ○○
대표이사 김○봉
대리인 법무법인 대륙
담당변호사 여상조 외 3인
- 피청구인 한국증권거래소
대표자 이사장 강○주
대리인 법무법인 태평양
담당변호사 곽경직 외 2인

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1965. 3. 15. ○○물산주식회사라는 상호로 설립되어 1977. 6. 22. 주식을 한국증권거래소에 상장한 법인이다. 외부감사인인 ○○회계법인은 2002. 9. 18.경 청구인에 대한 제38기(2001사업연도 : 2001. 7. 1.부터 2002. 6. 30.까지) 재무제표 등을 감사하여 감사보고서를 작성하면서, “청구인은 1997. 7. 기아그룹의 부도와 1997. 11. 이후의 IMF 관리체제로 인한 국내외 경제사정의 급격한 악화로 인하여 1998. 6.부터 기존제품에 대한 생산활동을 전면 중단하였고, 지속적인 손실로 인하여 회사의 2002. 6. 30. 종료되는 회계연도의 영업손실이 9억100만 원이며 경상손실이 17억 3,700만 원이 발생하였다”은 등의 이유로 “의견거절”의 감사의견을 표명하였다.

(2) 이에 따라 피청구인은 2002. 9. 19. 위와 같이 감사보고서상의 감사의견이 의견거절임을 이유로 구 유가증권상장규정 제37조 제1항의 규정에 따라 청구인의 주권에 대하여 매매거래금지조치(매매거래 중단일시 : 2002. 9. 23. 08:00경부터)를 취한 후 같은 달 30. 청구인에 대한 상장폐지결정을 하였다. 한편, 청구인은 위 같은 달 26. 피청구인을 상대로 상장폐지금지 및 매매거래 재개 가처분신청을 하였으나 피보전권리 및 보전의 필요성이 인정되지 않는다는 이유로 기각되었고, 이에 청구인이 항고 및 재항고를 하였으나 최종적으로 대법원에서 2004. 1. 16. 청구인의 재항고를 기각하는 결정이 확정되었다(2003마1499).

(3) 그 후 피청구인은 위 대법원 결정 이후인 2004. 3. 17.경 상장폐지예고기간(2004. 3. 18.부터 3. 20.까지), 정리매매허용기간(2004. 3. 22.부터 3. 30.까지)을 각 부여하는 등 상장폐지절차를 계속 진행하여, 청구인의 주식 전망에 대하여 2004. 3. 31.자로 상장폐지가 확정되었다. 이에 청구인은 2004. 5. 29. 위 상장폐지확정결정으로 말미암아 헌법상 보장된 기본권인 재산권이 침해되었다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 관련규정

(1) 심판대상

이 사건 심판의 대상은 피청구인의 2004. 3. 31.자 청구인에 대한 상장폐지확정결정이 청구인의 재산권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

(2) 관련규정

(가) 구 증권거래법(1995. 12. 29. 법률 제5041호로 개정되어 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다)

제71조(설립) ① 유가증권의 공정한 가격의 형성과 안정 및 그 유통의 원활을 기하기 위하여 한국증권거래소를 설립한다.

② 증권거래소는 회원조직으로서의 법인으로 한다.

제73조(업무) ① 증권거래소는 그 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 업무를 행한다.

1. 유가증권시장(선물거래시장을 포함한다)의 개설업무
2. 유가증권의 매매거래에 관한 업무
3. 유가증권의 상장에 관한 업무
4. 상장법인의 공시에 관한 업무
5. 유가증권의 가격 또는 거래량이 비정상적으로 변동하는 거래 등 대통령령이 정하는 유가증권의 이상매매의 심리 및 회원의 감리에 관한 업무
6. 유가증권의 경매업무
7. 유가증권시장에서의 매매거래와 관련된 분쟁의 자율조정에 관한 업무
8. 유가증권시장의 개설에 수반되는 부수업무
9. 제1호 내지 제7호 외에 정관에서 정하는 업무

제76조의2(회원의 자격) 증권거래소의 회원은 정관이 정하는 요건을 갖춘 증권회사이어야 한다.

제88조(상장규정) ② 증권거래소는 유가증권시장에 상장할 유가증권의 심사 및 유가증권시장에 상장되어 있는 유가증권(이하 “상장유가증권”이라 한다)의 관리를 위하여 유가증권상장규정(이하 “상장규정”이라 한다)을 정하여야 한다.

③ 제2항의 상장규정에는 다음 각 호의 사항을 정하여야 한다.

1. 유가증권의 상장기준·상장심사 및 상장폐지에 관한 사항
2. 유가증권의 매매거래정지와 그 해체에 관한 사항
3. 제1호 및 제2호 이외에 상장유가증권의 관리에 관하여 필요한 사항

(나) 구 유가증권상장규정(한국증권거래소의 내부규정으로서 2001. 12. 28.

개정되어 2002. 12. 13. 개정되기 전의 것)

제37조(주권의 상장폐지기준) ① 거래소는 주권상장법인이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우 당해 주권의 상장을 폐지한다.

1. 형식적 요건 미달

가. 및 나. (생략)

다. 감사의견

주권상장법인이 감사인의 감사보고서상 감사의견이 최근사업연도에 부적정 또는 의견거절이거나 최근 2사업연도 계속 감사범위제한으로 인한 한정인 때

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) □□회계법인이 작성한 제37기 감사보고서나 △△회계법인이 작성한 제39기 감사보고서는 “적정의견”이었음에도 불구하고 위 ○○회계법인이 작성한 제38기 감사보고서는 이와는 달리 “의견거절”이었는바, 이는 동 감사보고서에 중대·명백한 하자가 있는 것이고, 따라서 이를 근거로 피청구인이 이 사건 상장폐지확정결정을 한 것은 마땅히 취소되어야 한다.

(2) 구 유가증권상장규정 제37조 제1항은 제1호 다목에 규정된 “감사인의 감사보고서상 감사의견이 최근 사업연도에 부적정 또는 의견거절”인 경우에는 그 감사의견이 단 1회라 하더라도 곧바로 매매거래정지와 상장폐지를 하도록 규정하고 있는바, 이는 모법인 증권거래법의 위임한계를 벗어나 위법한 것이거나 계약자에게 일방적으로 불리한 조항으로서 무효라고 보아야 하므로, 이를 근거로 내린 이 사건 상장폐지확정결정도 위법·무효이다.

나. 피청구인의 답변 및 금융감독위원회의 의견요지

(1) 본안전 항변

피청구인의 청구인에 대한 상장폐지확정결정은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 할 수 없고, 청구인은 이 헌법소원과 동일한 취지의 상장폐지무효확인소송을 서울남부지방법원(2004가합378)에 제기한 바 있으므로 다른 법률상 구제절차를 모두 거쳤다고 볼 수 없어 보충성원칙에도 어긋난다.

(2) 본안에 대한 의견

청구인은 위 ○○회계법인의 제38기 감사의견거절이 부당하다고 주장하나, 이 사건 헌법소원과 그 다툼의 내용이나 쟁점이 동일한 것으로서 청구인이 피청구인을 상대로 제기한 상장폐지금지 가처분신청의 재항고사건에서 대법

원(2003마1499)은 위 ○○회계법인의 제38기 감사보고서의 내용에 하자가 없다고 판단하였다.

또한 위 2003마1499 결정에서 대법원은, 구 유가증권시장규정 제37조에 대하여는 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄위임입법금지가 원칙적으로 적용되지 않을 뿐만 아니라, 피청구인이 감독기관의 승인을 거쳐 구 유가증권시장규정 제37조 제1항 제1호를 종전의 “최근 2사업연도에 계속 부적정 또는 의견거절인 때”에서 “최근 사업연도에 계속 부적정 또는 의견거절인 때”로 더욱 엄격하게 개정된 것이 증권거래법의 위임범위를 일탈하였다거나 불공정한 약관으로서 무효에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 직권으로 이 사건 상장폐지확정결정이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부를 살핀다.

가. 한국증권거래소의 법적 지위

(1) 한국증권거래소는 유가증권의 공정한 가격형성과 안정 및 그 유통의 원활을 기하기 위하여 법 제71조의 규정에 따라 일반 사인인 증권회사를 회원으로 설립되어¹⁾ 유가증권시장의 개설과 유가증권의 상장, 매매거래, 공시 등에 관한 업무에 종사하는 비영리 사단법인이다.

(2) 즉, 한국증권거래소는 첫째 회원조직으로서의 법인인 점(법 제71조 제2항), 둘째 동 거래소에 대하여 법 또는 법에 의한 명령에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용하도록 하고 있는 점(법 제75조), 셋째 동 거래소는 회원인 증권회사의 자발적인 신청에 의하여 가입처리되는 임의가입 형태이고 회원인 증권회사는 동 거래소의 승인을 얻어 탈퇴할 수 있도록 되어 있는 점(법 제76조의2, 제76조의4 제1항), 넷째 회원은 출자의무를 부담하지만 그 내용은 정관에서 정한 방식에 따르는 것인 점(법 제76조의3), 다섯째 동 거래소의 임원구성에 있어서 이사장을 제외하고는 대체로 회원총회의 결의를 통하여 자발적으로 선출되는 점(법 제78조), 여

1) 2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정된 증권거래법 및 같은 날 법률 제7112호로 제정된 한국증권선물거래소법, 법률 제7113호로 개정된 선물거래법에 따라 종전의 한국증권거래소(거래소시장), 한국증권업협회(코스닥시장), 한국선물거래소(선물시장)의 기능을 통합한 “주식회사 한국증권선물거래소”가 신설되었다.

첫째 법률상 동 거래소의 임직원을 그 지위와 관련하여 공무원으로 간주하는 규정이 없는 점, 일곱째 동 거래소가 행한 결정에 대한 불복방법으로 행정심판에 의한 구제절차를 밟도록 하는 규정이 없는 점 등을 종합하면 피청구인의 기본적인 성격은 민법상 사단법인에 준하는 것이라고 할 것이다.

나. 유가증권의 상장 및 상장폐지 업무의 성격

(1) 피청구인이 수행하고 있는 유가증권의 상장 및 상장폐지 업무(법 제73조)는 유가증권시장의 관리와 관련이 있기는 하나, 국가사무로서의 “유가증권 시장에 대한 관리·감독 및 감시 업무”는 금융감독위원회 및 이의 위임을 받은 금융감독원에 의하여 별도로 수행되고 있다(법 제206조의7 등 참조).

즉, 상장 또는 상장폐지 업무가 국가의 사무, 구체적으로는 금융감독위원회의 사무라고 볼 만한 직접적인 법률상 근거가 없을 뿐만 아니라, 법을 비롯한 관계법령에 피청구인에게 상장 또는 상장폐지 결정의 권한을 위임 또는 위탁한다는 아무런 규정이 없다. 이는 그러한 결정의 권한이 국가의 사무가 아닌 것을 당연한 전제로 한 것이라고 볼 것이고, 통상 국가사무를 위탁하는 경우라면 수탁자가 구체적인 사무처리에 있어서 저지른 잘못을 국가기관이 직접 시정할 수 있는 권한을 유보하는 것이 일반적임에도(행정권한의위임및위탁에 관한규정 제13조 제1항 참조), 법이나 그 밖의 관계법령에 상장 또는 상장폐지 결정의 잘못을 국가가 직접 시정할 수 있도록 하는 근거규정이 없다.

(2) 증권거래법상 한국증권업협회의 기능 및 동 협회가 행하는 협회중개시장(소위 ‘코스닥시장’)의 관리업무는 한국증권거래소의 기능 및 동 거래소가 행하는 거래소시장 관리업무와 거의 유사하다(법 제71조 내지 제117조, 제162조 내지 제172조의4 참조). 그런데, 대법원은 한국증권업협회가 행하는 코스닥시장의 운영업무와 관련하여 코스닥등록²⁾이나 그 취소³⁾업무는 국가사무의 일부라고 볼 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2004. 3. 4.자 2001무49 결정).

또한 법원의 실무상 피청구인의 주권상장법인에 대한 상장폐지결정 또는 한국증권업협회의 코스닥등록법인에 대한 등록취소결정에 대하여는 행정소송이 아닌 민사소송에 의하여 처리되어 왔고, 이 사건과 관련하여 청구인이 서울남부지방법원에 제기한 상장폐지무효확인소송(2004가합378)에서도 이를 전제로 본안판단을 하였다.

(3) 요컨대, 피청구인은 증권회사를 회원으로 하여 설립된 법인이고(법 제76조의2), 원칙적으로 피청구인의 회원이 아닌 자는 유가증권시장에서의 매매거래를 하지 못하며(법 제85조 제1항), 유가증권시장에 유가증권을 상장하러

는 법인은 피청구인과의 사이에 피청구인이 제정한 유가증권상장규정 등을 준수하겠다는 상장계약을 체결하는 것이다. 따라서 유가증권의 상장은 피청구인과 상장신청법인 사이의 “상장계약”이라는 사법상의 계약에 의하여 이루어지는 것이고, 상장폐지결정 및 상장폐지확정결정 또한 그러한 사법상의 계약관계를 해소하려는 피청구인의 일방적인 의사표시라고 봄이 상당하다고 할 것이다.

결론적으로, 이 사건 상장폐지확정결정은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이를 대상으로 한 심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

4. 결 론

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

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

2) 거래소시장의 “상장”과 유사한 개념임.
3) 거래소시장의 “상장폐지”와 유사한 개념임.

구 학교용지확보에 관한 특례법 제2조 제2호 등 위헌제청

(2005. 3. 31. 2003헌가20 전원재판부)

【판시사항】

1. 학교용지확보를 위하여 공동주택 수분양자들에게 학교용지부담금을 부과할 수 있도록 하고 있는 구 학교용지확보에 관한 특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호, 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서 …… 공동주택을 분양받은 자에게 학교용지확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다는 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 의무교육의 무상원칙에 반하는지 여부(적극)

2. 이 사건 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 헌법은, 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 지고(헌법 제31조 제2항), 의무교육은 무상으로 한다(헌법 제31조 제3항)고 규정하고 있다. 이러한 의무교육제도는 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대하여 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면이 보다 더 중요한 의미를 갖는다. 의무교육에 필요한 학교시설은 국가의 일반적 과제이고, 학교용지는 의무교육을 시행하기 위한 물적 기반으로서 필수조건임은 말할 필요도 없으므로 이를 달성하기 위한 비용은 국가의 일반재정으로 충당하여야 한다. 따라서 적어도 의무교육에 관한 한 일반재정이 아닌 부담금과 같은 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단으로부터 그 비용을 추가로 징수하여 충당하는 것은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 반한다.

2. 의무교육이 아닌 중등교육에 관한 교육재정과 관련하여 재정조달목적의 부담금을 징수할 수 있다고 하더라도 이는 일반적인 재정조달목적의 부담금이 갖추어야 할 요건을 동일하게 갖춘 경우에 한하여 허용될 수 있다.

그런데, 학교용지부담금은 특정한 공익사업이 아니라 일반적 공익사업이거나 일반적 공익사업으로서의 성격을 함께 가지고 있는 공익사업을 위한 재정책보수단이다. 그리고 학교용지확보 필요성에 있어서 주택건설촉진법상의 수분양자들의 구체적 사정을 거의 고려하지 않은 채 수분양자 모두를 일괄적으로 동일한 의무자집단에 포함시켜 동일한 학교용지부담금을 부과하는 것은 합리적 근거가 없는 차별에 해당하고, 의무자집단 전체의 입장에서 보더라도 일반 국민, 특히 다른 개발사업에 의한 수분양자집단과 사회적으로 구별되는 집단적 동질성을 갖추고 있다고 할 수 없다. 나아가 학교용지확보의 필요성은 신규 주택의 건설·공급의 경우에 생겨나는 것이고, 그 정도는 개발사업의 목적이나 절차에 관계없이 개발사업의 결과로 공급되는 신규 주택의 수에 비례하여 결정된다고 보아야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 학교용지부담금 부과대상 개발사업을 신규 주택의 공급 여부가 아닌 단순히 주택 공급의 근거 법률이 무엇이냐에 따라 정하고 있는바, 이는 합리성이 없는 기준에 의하여 자의적으로 제청신청인들을 불리하게 대우하는 것이다.

【심판대상조문】

구 학교용지확보에관한특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. 생략
2. “개발사업”이라 함은 주택건설촉진법·택지개발촉진법 및 산업입지및개발에관한법률에 의하여 시행하는 사업중 300세대 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하는 사업을 말한다.
3. 생략

구 학교용지확보에관한특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제5조(부담금의 부과·징수) ① 시·도지사는 학교용지의 확보를 위하여 개발사업지역에서 단독주택 건축을 위한 토지(공익사업을위한토지등의취득 및보상에관한법률에 의한 이주용 택지로 분양받은 토지를 제외한다) 또는 공동주택(임대

헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20

주택을 제외한다)등을 분양받는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다.

②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제31조 제2항·제3항, 제37조 제2항

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

【참조판례】

1. 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 19
2. 헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 95-96
헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 판례집 16-2상, 14, 26-28

【당 사 자】

제청법원 인천지방법원

당해사건 인천지방법원 2002구합3878 부담금부과처분취소

【주 문】

구 학교용지확보에관한특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 중 제2조 제2호가 정한 주택건설촉진법에 의하여 시행하는 개발사업지역에서 …… 공동주택을 분양받은 자에게 학교용지확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다는 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인들은 인천 서구 검암2지구 11블록 1, 2롯데 상의 검암2차 ○○아파트(718세대), 위 검암2지구 30블록 2롯데 상의 검암3차 □□아파트(341세대), 위 검암2지구 37블록 1롯데 상의 검암2차 ○○아파트(325세대), 인천

부평구 삼산1택지개발지구 6, 7블록 상의 ○○아파트(2098세대)의 수분양자들 중 일부이다.

(2) 인천광역시 서구청장과 부평구청장은, 위 각 아파트 단지의 개발사업시행자들이 학교용지확보에관한특례법시행령(이하 ‘특례법시행령’이라고 한다) 제5조의2 제1항의 규정에 따라 제청신청인들이 포함된 분양계약자 내역을 제출하자 제청신청인들에게 학교용지확보에관한특례법(이하 ‘특례법’이라고 한다) 제5조 제1항에 의하여 학교용지부담금을 부과하였다.

(3) 이에 제청신청인들은 인천지방법원 2002구합3878호로 위 부담금부과처분의 취소를 구하는 소송을 제기함과 아울러 특례법 제2조 제2호 및 제5조 제1항에 관하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상은 특례법(2000. 1. 28. 법률 제6219호로 개정되어 2002. 12. 5. 법률 제6744호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항 중 ‘개발사업지역에서 …… 공동주택을 분양받은 자에게 학교용지확보를 위하여 부담금을 부과·징수할 수 있다’고 규정한 부분과 특례법 제2조 제2호가 위 개발사업을 ‘주택건설촉진법……에 의하여 시행하는 사업 중 300세대 규모이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하는 사업’으로 정의한 부분이다.

그 이외에 제청법원은 특례법 제2조 제3호도 위헌법률심판제청의 대상으로 삼았다. 그러나 위 부분은 학교용지부담금에 대한 개념을 정의한 것에 불과한데, 이 사건에서 학교용지부담금의 개념의 모호성, 포괄성 등은 위헌제청사유와 무관하므로 별도로 판단할 필요가 없다. 따라서 이를 제외한 이 사건 심판대상 법률조항을 살펴보면 다음과 같다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “개발사업”이라 함은 주택건설촉진법·택지개발촉진법 및 산업입지및개발에관한법률에 의하여 시행하는 사업 중 300세대 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하는 사업을 말한다.

제5조(부담금의 부과·징수) ① 시·도지사는 학교용지의 확보를 위하여 개발사업지역에서 단독주택 건축을 위한 토지(공공용지취득및손실보상에관한특례법에 의한 이주용 택지로 분양받은 토지를 제외한다) 또는 공동주택(임대주택을 제외한다) 등을 분양받는 자에게 부담금을 부과·징수할 수 있다.

2. 제청이유와 이해관계인 등의 의견

가. 제청법원의 제청이유

학교용지부담금은 조세와는 달리 특정한 경제·정책적 목적이나 특수한 과제를 수행하기 위하여 부과되는 특별부담금의 일종이다. 따라서 그 부과·징수에 있어서 부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 사회적·경제적 과제에 대하여 일반납세자나 사회의 다른 집단보다 특별하고 긴밀한 관계(특별한 수익이나 원인의 제공 등)가 있고, 그러한 목적의 실현을 위하여 집단적인 책임을 부담할 만한 지위에 있는 특정집단에 국한하여 부과하여야 한다.

그런데 이 사건 법률조항은 학교용지부담금의 부과대상이 되는 개발사업의 범위를 주택건설촉진법·택지개발촉진법 및 산업입지및개발에관한법률(이하 위 3건의 법률을 말할 때는 ‘주택건설촉진법 등’이라고 한다)에 의하여 시행하는 사업으로 국한하고 있다. 그러나 주택건설촉진법 등에 의한 개발사업과 건축법·도시개발법·도시재개발법 등에 의한 개발사업의 경우는 물론 임대주택법에 의한 임대주택건설사업의 경우에도 학교용지를 확보할 필요성에 어떠한 차이가 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 다른 법률에 의하여 시행되는 개발사업에서의 택지 또는 주택의 수분양자들에 비하여 합리적인 이유 없이 주택건설촉진법 등에 의한 개발사업의 수분양자들의 재산권을 제한하므로 평등의 원칙에 반한다.

또한 이 사건 법률조항은 개발사업으로 조성되는 세대수(300세대)를 기준으로 학교용지부담금의 부과대상자를 정하고 있다. 그러나 개발사업으로 인한 각 세대의 분양면적이나 수분양자의 경제력과 무관하게 조성되는 세대수만을 기준으로 부담금을 부과함으로써 개별 분양면적이 적은 300세대 이상의 공동주택의 수분양자는 부담금을 납부해야하는 반면에 분양면적이 큰 300세대 미만의 공동주택의 수분양자들은 부과무를 면제받아 사회경제적으로 약자인 소형주택의 수분양자들에게 보다 큰 부담을 부과한다는 점에서 정의관념에 반한다. 나아가 특별법은 사업시행자가 주택공급을 계획함에 있어서 소비자의 수요보다는 부담금 부과 여부를 중요한 요소로 고려함으로써 주택시장의 왜곡을 가져올 우려가 있다.

그리고 학교용지부담금 납부대상자는 부과의 목적을 정당화할 정도의 집단적 동질성을 갖고 있다고 보기 어렵다.

따라서 학교용지부담금은 입법목적 달성을 위한 수단으로서 상당성을 갖추고 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이를 부과·징수함에 있어서도 합리

적인 기준에 의하고 있다고 볼 수 없다.

나. 교육인적자원부장관의 의견

학교용지부담금은 각종 개발사업으로 인하여 급증하는 학교용지의 확보와 교사신축 수요에 탄력적으로 대응하기 위한 것으로서 그 부과목적이 정당하다.

학교용지부담금의 부과대상을 300세대 이상의 개발사업으로 정한 것은 특례법 개정 당시의 여건상 300세대 이상의 개발사업의 경우 취학수요의 급증으로 더 이상 일반재정으로는 학교용지의 확보나 교사신축을 감당할 수 없기 때문이었다. 따라서 부담금의 부과대상을 300세대 이상의 개발사업으로 한정하였다고 하더라도 부당하다고 할 수 없다.

다. 인천광역시 서구청장과 부평구청장의 의견

헌법과 교육기본법, 초·중등교육법이, 국가나 지방자치단체가 무상으로 의무교육을 시행할 것을 규정하고 있다고 하더라도 이는 현실적인 재정여건을 고려하지 아니한 선언적 규범으로서 교육수요를 유발하는 일정규모 이상의 개발사업에 대하여 학교용지부담금을 부과하는 것은 입법재량의 범위에 속한다.

특례법이 부담금의 부과대상이 되는 개발사업의 범위를 주택건설촉진법 등에 의하여 시행하는 사업으로 한정하였다고 하더라도 이는 교육수요와 교육재정을 비교하여 필요최소한으로 부담금을 부과하고자 한 것이고, 그 이후 교육재정수요의 증가와 국민소득수준의 향상을 고려하여 부과대상을 건축법·도시개발법·도시재개발법 등에 의한 개발사업의 경우에까지 확대하였다.

학교용지부담금은 인위적으로 교육수요를 유발 내지 촉진한 경우에 부과되므로 그 부과대상을 세대수를 기준으로 정하더라도 합리성이 없다고 할 수 없다. 그리고 학교용지부담금은 공동주택을 일시에 분양받은 자들에게 부과되는 것이므로 수분양자들이 동시에 교육수요를 유발하였다는 점에서 동질성을 갖고 있다.

3. 학교용지부담금 제도 일반

가. 학교용지부담금 제도의 입법경위

특례법은 택지개발사업 등으로 학교설립의 수요가 급증하고 있으나 지방교육재정이 취약하고, 지가의 급격한 상승으로 인하여 학교용지확보가 어려워지자 학교용지의 조성, 개발, 공급 및 경비의 부담에 관한 특례를 규정하여 학교용지의 원활한 확보를 기하기 위하여 1995. 12. 29. 법률 제5072호로 제정되

었다.

특례법이 제정될 무렵 국회 전문위원의 법률검토의견서에 의하면, 1996년부터 1998년까지의 신설 학교수는 총 383개교이며, 이에 소요되는 예산은 3조 640억 원이고, 그 중 학교용지매입비는 1조 8,400억 원이 소요될 것으로 추정되었다. 그리고 특례법이 시행되면 그 전에 학교용지 매입비로 사용되던 교육비특별회계 중 특례법에 의하여 징수되는 학교용지부담금 상당액만큼을 과밀학급의 완화 및 2부제 수업의 해소를 위한 투자재원으로 활용하여 교육여건의 개선에 기여할 것으로 예상되었다.

나. 학교용지부담금의 납부의무자 및 산정방법

학교용지부담금의 납부의무자는 주택건설촉진법 등에 의하여 시행되는 사업 중 300세대 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하는 사업에 있어서, 단독주택 건설용 토지 또는 공동주택을 분양받는 자이다(특례법 제2조 제2호, 제3호).

학교용지부담금은 공동주택의 경우에는 분양가격의 1000분의 8(0.8%)을, 단독주택 건축을 위한 토지의 경우에는 단독주택용지의 분양가격의 1000분의 15(1.5%)를 각 부과한다(특례법 제5조의2 제1항·제2항).

다. 학교용지부담금의 용도 및 확보방안

학교용지부담금은 학교용지확보를 위하여 징수하는 경비이고, 학교용지는 각급학교(초등학교·중학교·고등학교)의 교사(校舍)·체육장 및 실습지 기타 학교시설의 신설에 필요한 토지를 말하므로(특례법 제2조 제1호·제3호), 학교용지부담금은 위와 같은 학교시설의 신설에 필요한 용지 매입비 및 감정평가수수료 등 학교용지매입에 소요되는 비용, 학교용지부담금의 부과·징수에 소요되는 비용 등으로 사용될 수 있다.

학교용지를 확보하는데 소요되는 경비는 시·도의 일반회계와 교육비특별회계가 각 2분의 1씩 부담한다(특례법 제4조 제4항). 학교시설의 신축과 관련한 교육비특별회계의 경우 지방교육재정교부금법 제1조, 제5조에 의하여 국가가 지방자치단체에 교부하도록 되어 있으므로 실질적으로 지방자치단체가 부담하는 금액은 학교용지매입비의 1/2이다. 그리고 시·도의 일반회계가 부담하는 학교용지확보에 필요한 경비는 개발사업이 시행되는 지역에서 부과·징수되는 지방세 중 대통령령으로 정하는 세액, 개발이익환수에관한법률의 규정에 의하여 개발사업지역에서 부과·징수한 개발부담금 중 대통령령이 정하는 금액, 특례법에 의하여 부과·징수하는 학교용지부담금으로 조달할 수

있다(특례법 제6조).

라. 학교용지부담금의 성질

학교용지부담금은 300세대 규모 이상의 주택건설로 인하여 늘어나는 공익 시설에 대한 수요 중에서 초, 중, 고등학교의 학교용지의 확보에 대한 수요를 충족시키기 위하여 부과되는 것이므로 부과원인에 따른 분류에 의하면 원인자부담금의 하나에 해당한다. 그리고 학교시설의 건립이라는 특정한 공익사업을 시행함으로써 인하여 주택수분양자들은 그의 자녀들이 근거리에서 교육을 받을 수 있는 특별한 이익을 얻게 되기 때문에 수익자부담금으로서의 성격도 가지고 있다.

한편 부담금의 성질에 따른 분류에 의하면, 학교용지부담금은 재정조달목적의 부담금이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 학교용지부담금은 기본적으로 필요한 학교시설의 확보에 있어서 소요되는 재정을 충당하기 위한 것이고, 부담금을 부과함으로써 택지개발, 주택공급 등을 제한하거나 금지하기 등의 정책적, 유도적 성격은 희박하기 때문이다.

4. 학교용지부담금의 위헌 여부

가. 일반론

부담금이라 함은 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁 받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 의하여 금전적 부담의 부과권이 부여된 자가 분담금, 부과금, 예치금, 기여금 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률이 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무를 말한다(부담금관리기본법 제2조). 부담금은 종래 특정의 공익사업과 특별한 이해관계에 있는 자에 대하여 그 사업에 필요한 경비를 부담시키기 위하여 과하는 금전지급의무를 말하는 것으로 이해되었는 바, 현행 부담금관리기본법은 부담금의 개념요소에서 반대급부인 특별한 경제적 이익의 보장이라는 요소를 배제하여, 부담금제도설정의 허용범위를 비교적 넓게 인정하고 있다.

그런데 모든 국민의 재산권은 헌법상 보장되므로(헌법 제23조 제1항) 국민에게 조세 이외에 재산상의 부담을 부과할 경우 이에 대한 헌법적 근거가 필요하다고 할 것인바, 우리 헌법은 기본권에 관한 일반적 유보조항(헌법 제37조 제2항)을 두고 있으므로 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있으며 부담금 부과에 의한 재산권의 제한도 마찬가지라고 할 것이다. 따라서 법률에 의한 부담금제도의 설정은 헌법이 허용하

는 기본권 제한의 범주에 포함된다. 다만, 일반적 유보조항에 의하여 부담금 제도의 설정이 허용된다고 하더라도 부담금의 종류에 따라 구체적인 사정이 고려되어야 한다.

재정조달목적의 부담금의 경우 특정한 반대급부 없이 부과될 수 있다는 점에서 조세와 매우 유사하므로, 헌법 제38조가 정한 조세법률주의, 헌법 제11조 제1항이 정한 법 앞의 평등원칙에서 파생되는 공과금 부담의 형평성, 헌법 제54조 제1항이 정한 국회의 예산심의·확정권에 의한 재정감독권과의 관계에서 오는 한계를 고려해야 하고, 나아가 일반적인 기본권 제한의 한계(비례성 원칙) 및 특히 학교용지부담금의 경우 여기에 덧붙여 헌법 제31조 제3항의 의무교육의 무상성과의 관계를 고려하여야 한다.

정책실현목적의 부담금의 경우 헌법의 기본적 재정질서와는 별개의 문제로 개별행위에 대한 명령·금지와 같은 직접적인 규제수단을 사용하는 대신 부담금이라는 금전적 부담의 부과를 통하여 간접적으로 국민의 행위를 유도하고 조정함으로써 사회적·경제적 정책목적을 달성하고자 하는 것이고, 이를 이용하는 것이 보다 효과적인 경우가 많기 때문에 부담금을 사회적·경제적 정책을 실현하는 수단으로 이용하는 것 자체가 곧바로 헌법에 위반되는 것은 아니다(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 830). 그러나 적어도 정책실현목적의 부담금이 사회적·정책적 목적을 실현하는 데 적절한 수단이 되어야 함은 물론이고 법 앞의 평등원칙에서 파생되는 공과금 부담의 형평성을 벗어나서는 안 될 것이다.

학교용지부담금의 경우 앞서 본 바와 같이 원인자부담금에 가깝고, 재정조달목적의 부담금에 해당하므로 이를 중심으로 그 헌법적 허용성과 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 살펴보기로 한다.

나. 헌법상 의무교육의 무상원칙(無償原則)과 부담금의 정당성 요건의 검토

(1) 헌법은, 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 지고(헌법 제31조 제2항), 의무교육은 무상으로 한다(헌법 제31조 제3항)고 규정하고 있다. 이에 따라 교육기본법 제8조 제1항은, 의무교육은 6년의 초등교육 및 3년의 중등교육으로 하고, 다만 3년의 중등교육에 대한 의무교육은 국가의 재정여건을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다고 규정하고 있다. 그리고 초·중등교육법은, 국가는 의무교육을 실시하기 위한 시설의 확보 등 필요한 조치를 강

구하여야 하고(초·중등교육법 제12조 제1항), 지방자치단체는 그 관할구역 안의 의무교육대상자 전원을 취학시키는 데 필요한 초등학교 및 중학교와 초등학교 및 중학교의 과정을 교육하는 특수학교를 설립·경영하여야 한다고 규정하고 있다(초·중등교육법 제12조 제2항). 즉 우리 헌법은, 국민에게 교육의 의무를 부과하면서 동시에 국가에 대하여 피교육아동(被教育兒童)이 교육을 받을 수 있도록 편의를 도모해 주고 경제적으로 어려운 학부모의 교육의무이행을 가능하도록 하기 위하여 무상의 의무교육을 천명하고 있다. 이러한 의무교육제도는 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대하여 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면이 보다 더 중요한 의미를 갖는다(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 19 참조).

의무교육에 필요한 학교시설은 국가의 일반적 과제이고, 학교용지는 의무교육을 시행하기 위한 물적 기반으로서 필수조건임은 말할 필요도 없다. 따라서 이를 달성하기 위한 비용은 국가의 일반재정으로 충당하여야 한다. 헌법 제31조 제6항은 교육재정에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 하고 있는바, 이는 무상에 의한 교육을 받을 권리의 실효성을 보장하기 위한 최소한의 국가적 책무를 헌법에 정한 것으로서 무상의 의무교육제도가 국민보다는 국가에 대한 의무부과의 측면이 더 강하다는 점을 고려하면, 확보되거나 확보할 일반재정 중 다른 부분을 희생해서라도 헌법과 법률이 정한 의무교육의 무상원칙을 달성하여야 한다는 국가의 의무를 밝힌 것이라고 보아야 한다. 그렇다면, 적어도 의무교육에 관한 한 일반재정이 아닌 부담금과 같은 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단으로부터 그 비용을 추가로 징수하여 충당하는 것은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 반한다고 할 것이다.

그리고 의무교육이 아닌 중등교육에 관한 교육재정과 관련하여 재정조달목적의 부담금을 징수할 수 있다고 하더라도 이는 일반적인 재정조달목적의 부담금이 갖추어야 할 요건을 동일하게 갖춘 경우에 한하여 허용될 수 있다고 할 것이다.

(2) 헌법재판소는 재정조달목적의 부담금이 헌법적 정당성을 인정받기 위해서, 부담금은 조세에 대한 관계에서 예외적으로만 인정되어야 하며 일반적 공익사업을 수행하는 데 사용할 목적이라면 부담금을 납용하여서는 안 되고, 부담금 납부의무자는 일반국민에 비해 ‘특별히 밀접한 관련성’을 가져야 하고, 부담금이 장기적으로 유지되는 경우에 있어서는 그 징수의 타당성이나

적정성이 입법자에 의해 지속적으로 심사되어야 한다고 밝힌 바 있다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42, 공보 95, 722, 725-726 참조). 다만, 위 부담금의 정당화 요건은 기본권 제한의 한계를 심사함으로써 자연히 고려될 수 있다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 95 참조). 따라서 재산권이나 실질적 조세평등의 원칙을 해할 수 있는 학교용지부담금 제도의 위헌 여부는 헌법상 평등원칙, 과잉금지원칙의 위반 여부에 달려 있다고 하겠다.

다. 평등원칙 위반 여부

(1) 서론

부담금의 정당화 요건은 일반적으로 헌법상 평등원칙과 밀접한 관련이 있다. 부담금은 국민의 재산권을 제한하여 일반 국민이 아닌 특별한 의무자집단에 대하여 부과되는 특별한 재정책임이므로, 납부의무자들을 일반 국민들과 달리 취급하여 이들을 불리하게 대우함에 있어서 합리적인 이유가 있어야 하며 자의적인 차별은 납부의무자들의 평등권을 침해하기 때문이다. 학교용지부담금도 일반적인 부담금과 마찬가지로 평등원칙을 준수하여야 하므로, 이하에서는 이 사건 법률조항이 학교용지부담금 부과와 그 부과대상자의 선정에 있어서 부담금의 정당화 근거로서 제시되는 특별한 공익사업에 대한 부담금 부과 여부, 의무자집단의 동질성 여부, 의무자집단의 위 공익사업과의 특별한 관련성 여부 등에 있어서 평등원칙을 준수하고 있는지에 관하여 살펴본다.

(2) 특별한 공익사업 여부

헌법 제31조는, 일반 국민은 교육을 받을 권리가 있다고 하면서 이에 대한 국가의 의무로 의무교육의 무상실시, 평생교육의 진흥, 교육제도 및 운영, 교육재정 등에 관한 법률제정을 규정하고 있다. 학교용지의 확보는 의무교육을 비롯한 일반적인 정규교육기관의 설립 및 운영의 가장 기초적인 물질 기반이므로 이는 국가의 교육에 관한 의무 중 국민 모두를 대상으로 하는 가장 기본적인 공익사업이라는 점을 쉽게 알 수 있고, 따라서 그 비용은 일반재정인 조세에 의하여 충당되어야 함이 원칙이다. 다만 일정한 지역에 주택공급의 급증으로 학교시설에 대한 수요가 급격히 증가할 경우 이에 따라 필요하게 되는 학교용지의 확보는 일부 지역의 ‘특별한’ 공익사업에 해당될 여지도 있다.

그러나 특별법에 의한 학교용지확보는 특정한 지역의 단순한 학교수요의 증가에 대처하기 위한 것으로만 보기 어렵다. 학교용지확보의 필요성은 2부

제 수업의 폐지, 과밀학급완화를 위한 학급 당 학생 수의 감축, 기타 특별활동을 위한 시설의 확보 등 교육여건의 전반적 향상이라는 일반적인 공익사업의 수요증가에 대처하기 위하여도 필요하기 때문이다. 즉 학교용지부담금 제도의 주 목적이 특정한 지역의 신규 학교수요를 충족시키기 위한 것이라고 하여도 실제로 확보된 학교용지부담금이 부수적으로 일반적 공익사업의 재정으로도 사용되는 것이다. 특례법의 입법과정을 살펴보아도 위와 같은 일반적 공익사업에 대한 재정투입을 늘리면서 또는 늘리는 경우 상대적으로 학교용지 확보를 위한 부족한 재원을 마련하기 위하여 학교용지부담금제도신설이 고려되었다는 점이 나타나 있다.

그리고 특례법은 의무교육의 대상이 되는 초등학교 및 교육기본법이 정한 일부 중학교의 신축을 위한 학교용지의 확보비용도 학교용지부담금으로 충당하는 것이 가능하도록 하고 있다. 의무교육은 국가의 일반적 과제 중 다른 부분을 희생해서라도 달성하여야 할 과제이고, 다른 한편으로는 모든 국민이 보호하는 자녀에 대하여 의무교육을 시킬 책무를 부담하고 있는 점을 고려하면, 일반적인 납세의무를 부담하고 있는 국민이 일정한 지역에서 주택을 분양받아 의무교육시설확보의 필요성을 야기하였다고 하더라도 이로 인하여 의무교육시설의 확보가 곧바로 특별한 공익사업으로서 전환된다고 볼 수 없다.

한편 납부의무자의 입장에서 보면, 징수된 학교용지부담금은 지방자치단체(특별시, 광역시, 도)별로 운영되기 때문에 반드시 수분양자들의 자녀들이 다니게 될 학교의 용지확보를 위하여 사용된다고 볼 수도 없다. 특히 초등학교와 중학교의 경우 학교배정 단위지역보다 부담금 부과 단위지역이 훨씬 넓기 때문에 지방자치단체 단위의 학교용지의 확보는 납부의무자 입장에서 사실상 일반적인 공익사업으로서의 성격을 강하게 띠 수밖에 없다.

결국 학교용지부담금은 일반적 공익사업이거나 일반적 공익사업으로서의 성격을 함께 가지고 있는 공익사업을 위한 재정확보수단이고, 학교용지부담금 중 일부는 사실상 일반적 공익사업을 위한 재정에 충당되는 것과 동일한 결과를 낳고 있으므로, 이는 특정한 공익사업에 한하여 그 사업에 충당할 목적으로만 부담금을 부과할 수 있다는 부담금의 정당성 요건을 충분히 만족시키지 못하는 것이 된다.

(3) 의무자집단의 동질성 여부

납부의무자들 사이에서는 일정한 동질성을 지니고 있어야만 의무자집단 전체에 대하여 공익사업과의 집단적 관련성 및 나아가 특별한 집단적 책임성

여부의 인정 여부를 검토할 수 있을 것이다. 동질성 요건은 의무자집단이 동질적 요소에 의하여 일반 국민과 구별되어야 할 뿐만 아니라 의무자집단 내부의 납부의무자들 사이에서도 동질성의 정도가 서로 유사하게 유지되어야 한다는 것을 의미한다.

납부의무자들이 신규의 주택을 분양받았다는 점에서 형식적으로 일반 국민과 구별되는 동질성을 가지고 있다고 할 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항은 공동주택의 수분양자들에게 학교용지부담금을 부과하는 근거조항이므로 수분양자들 사이의 동질성의 핵심이 되어야 할 내용은 학교용지확보 필요성의 야기 여부이다. 그런데 수분양자들은 공동주택을 동시에 분양받았다는 사실 이외에 주택의 준공 후 실제 거주할 것인지 여부, 초·중등학교에 다니는 자녀가 없는 경우에서부터 초등학교와 중학교에 다니는 자녀만 있는 경우, 고등학교에 다니는 자녀만 있는 경우, 양자 모두 있는 경우, 그리고 각 학교에 다니는 자녀의 수 또한 서로 상이한 경우에 이르기까지 구체적인 사정에 따라 학교용지확보에 관한 이해관계가 서로 다르다. 그리고 일반적으로도 30세대 이상의 개발사업의 공동주택 수분양자들이 학교용지확보에 관하여 유사한 수준의 동질성을 갖출 가능성, 다시 말하면 동일한 수의 학생을 자녀로 둘 가능성은 극히 희박하다.

나아가 이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 공동주택 수분양자들이 일반 국민 그 중에서도 특히 특례법이 규정하고 있지 않은 개발사업에 의한 공동주택의 수분양자와 구별할 만한 동질성을 갖추고 있는지 여부에 관하여 살펴본다. 건축법, 도시개발법 등 신규 주택 건설에 관한 다른 법률에 의한 개발사업은 물론이고, 도시재개발법 등 기존 주택의 재개발·재건축에 관한 법률에 의한 개발사업이라고 하더라도 재개발·재건축의 결과 종전 주택수를 초과하는 신규 주택의 공급이 이루어진다면 위 주택의 수분양자는 이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 수분양자와 마찬가지로 학교용지확보의 필요성을 제기한다고 할 것이고, 반면에 이 사건 법률조항에 의한 개발사업이라고 하더라도 재건축조합에 의한 개발사업의 경우와 같이 개발사업의 실질이 재건축에 불과하다면 새로운 학교용지확보의 필요성을 거의 야기하지 않는다고 할 것이다.

그렇다면 수분양자 개인의 입장에서 보면, 학교용지확보 필요성에 있어서 수분양자들의 구체적 사정을 거의 고려하지 않은 채 수분양자 모두를 일괄적으로 동일한 의무자집단에 포함시켜 동일한 학교용지부담금을 부과하는 것은

합리적 근거가 없는 차별에 해당하고, 의무자집단 전체의 입장에서 보더라도 일반 국민, 특히 다른 개발사업에 의한 수분양자집단과 사회적으로 구별되는 집단적 동질성을 갖추고 있다고 할 수 없으므로 이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 수분양자집단에 대하여만 학교용지부담금을 부과하는 것은 위 집단의 각 구성원들의 평등권을 침해한다고 할 것이다.

(4) 밀접한 관련성 여부

납부의무자는 재정조달 대상인 특정한 공익사업에 대하여 일반국민에 비해 특별히 ‘밀접한 관련성’을 가져야 한다. 그런데 국민이라면 누구라도 의무교육의 혜택을 받을 권리가 헌법상 보장되므로 우연한 사정으로 인하여 의무교육의 수요를 유발하거나 상대적으로 양호한 조건 하에서 의무교육을 받게 되었다고 하더라도 이들을 의무교육시설의 신설과 관련하여 특별한 관련성을 가지고 있다고 보기는 어렵다.

의무교육이 아닌 중등교육의 경우라도 위에서 살펴본 바와 같이 학교용지 확보는 그 자체가 일반적인 공익사업의 성격도 띠고 있으므로 납부의무자의 공익사업과의 관련성이 약화되어 있다. 그리고 위에서 살펴본 바와 같이 의무자집단 내부에서도 각 납부의무자들이 공익사업과 관련하여 집단적 동질성을 갖추지 못하고 있으므로 밀접한 관련성의 정도도 각 납부의무자들의 구체적 사정에 따라서 차이가 있을 수밖에 없다.

위 두 가지 점만 보더라도 이 사건 제청신청인들이 모두 학교용지확보사업에 대하여 밀접한 관련성을 가지고 있다고 볼 수 없겠지만, 나아가 이 사건 법률조항이 특정 개발사업에 의한 수분양자들만을 납부의무자들로 선정하고 있는 점이 공익사업과의 밀접한 관련성이라는 요건을 합리적으로 반영하고 있는지 살펴본다.

학교용지확보의 필요성은 신규 주택의 건설 및 공급에 관한 법률이나 아니면 기존주택의 재개발·재건축에 관한 법률이나에 따라 각 법률이 정한 수분양자들의 공익사업과의 긴밀성의 정도가 결정된다고 할 수 있으므로 주택관련 법률을 주택의 건설·공급 측면에서 검토할 필요가 있다.

신규 주택 건설에 관한 법률은, 특별법이 규정하고 있는 주택건설촉진법, 택지개발촉진법, 산업입지및개발에관한법률을 비롯하여 일반 건축법, 도시개발방식을 규정한 도시개발법, 임대주택건설촉진법 등으로 나눌 수 있고, 기존 주택의 재개발·재건축에 관한 법률은 도시재개발사업을 규정한 도시재개발법, 도시저소득주민의 주거환경개선사업을 목적으로 하는 도시저소득주민의

주거환경개선을위한임시조치법 등으로 크게 나눌 수 있다. 그러나 도시개발법 등 재개발·재건축에 관한 법률이라고 하더라도 위 각 법률에 의한 개발사업의 결과 기존 주택의 재건축뿐만 아니라 추가적인 신규 주택의 공급도 가능하다.

그런데 학교용지확보의 필요성은 신규 주택의 건설·공급의 경우에 생겨나는 것이고, 그 정도는 개발사업의 목적이나 절차에 관계없이 개발사업의 결과로 공급되는 신규 주택의 수에 비례하여 결정된다고 봄이 타당하다. 따라서 건축법, 도시개발법 등 신규 주택 건설에 관한 다른 법률에 의한 개발사업은 물론이고, 기존 주택의 재개발·재건축에 관한 법률에 의한 개발사업이라고 하더라도 재개발·재건축의 결과 종전 주택수를 초과하는 신규 주택의 공급이 이루어진다면 위 주택의 수분양자는 이 사건 법률조항에 의한 개발사업의 수분양자와 마찬가지로 학교용지확보라는 공익사업에 대하여 동일한 관련성을 갖는다고 할 것이다. 반면에, 이 사건 법률조항에 의한 개발사업이라고 하더라도 재건축조합에 의한 개발사업의 경우와 같이 개발사업의 실질이 재건축에 불과하다면 새로운 학교용지확보의 필요성을 거의 야기하지 않을 것이라는 점은 앞서 본 바와 같다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 학교용지부담금 부과대상 개발사업을 신규 주택의 공급 여부가 아닌 단순히 주택 공급의 근거 법률이 무엇이나에 따라 정하고 있는바, 이는 합리성이 없는 기준에 의하여 자의적으로 제청신청인들을 불리하게 대우하고 있다고 할 것이다.

한편 부담금관리기본법은 부담금을 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련한 조세 외의 금전지급의무라고 규정하고 있으므로(부담금관리기본법 제2조), 부담금의 개념요소에 반드시 반대급부의 보장이 요구되는 것은 아니다. 따라서 부담금의 수입이 반드시 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되어야 한다고는 볼 수 없다. 그러나 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용되는 경우에는 부담금부과의 정당성이 제고됨은 말할 필요가 없다(헌재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 96 참조).

그런데 이 사건 법률조항에 의하여 확보된 학교용지부담금은 지방자치단체(특별시, 광역시, 도)별로 운영되기 때문에 반드시 수분양자들의 자녀들이 다니게 될 학교의 용지확보를 위하여 사용된다고 볼 수도 없다. 특히 초등학교와 중학교의 경우 학교배정 단위지역보다 부담금 부과 단위지역이 훨씬 넓기 때문에 학교용지확보사업과 납부의무자들의 집단적 이익의 관련성은 더욱 약

해진다.

결국, 신규 주택의 수분양자들이 위 공익사업에 대하여 일반 국민들에 비하여 밀접한 관련성을 갖는다고 보기 어려움에도 불구하고 신규 주택의 수분양자들에게만 학교용지확보를 위한 부담금을 부과하는 것은 합리적인 이유가 없는 차별에 해당한다.

(5) 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 반한다.

라. 비례원칙 위반 여부

(1) 목적의 정당성

학교용지부담금 제도는 학교용지확보를 통한 공공복리의 달성이라는 정당한 목적을 가지고 있다.

(2) 방법의 적정성

이 사건 법률조항은 납부의무자에 학교용지확보의 원인제공자가 아닌 자들도 포함시켜 부담금을 부과하고 있고, 의무교육을 위한 시설과 그 이외의 교육시설을 위한 비용을 구별하지 않고 있으며, 징수된 부담금도 형식적으로는 학교용지확보를 위하여 사용되고 있으나 사실상 이를 이용하여 일반교육재정으로 달성해야 할 과제를 동시에 수행하면서 양자를 엄격히 구분하지 않고 있다.

또한 학교용지부담금 부과대상자는 개발된 공동주택의 규모 및 1세대당 분양면적에 관계없이 개발사업으로 공급된 주택의 세대수(300세대)만을 기준으로 결정된다. 즉 개발사업의 규모가 300세대 이상이면 모든 수분양자에 대하여 학교용지부담금을 부과하고, 300세대 미만이면 모든 수분양자에게 이를 부과하지 않는다. 그런데 이와 같은 기준은 299세대 이하인 공동주택의 수분양자와 300세대인 공동주택의 수분양자의 경우에 있어서, 학교용지의 필요성에 대한 원인제공이라는 측면에서 볼 때 실질적으로 중대한 차이가 있다고 보기 어렵다. 나아가 299세대 이하이면서 넓은 평형의 공동주택을 개발하는 사업과 300세대 이상이면서 좁은 평형의 공동주택을 개발하는 사업과 비교할 경우, 납부의무자의 부담능력에 반하는 더욱더 불합리한 방법으로 학교용지부담금을 부과하는 결과에 이르게 된다. 따라서 학교용지부담금 부과기준과 방법이 기본적으로 입법재량의 영역에 속한다고 하더라도, 학교용지부담금 부과에 있어서 형평의 측면을 더 고려하고, 부담금 부과요건을 회피하기 위한 개발사업을 방지하기 위해서 일정 세대수를 부담금 면제대상으로 정하여 나머지에 대하여만 총액 단위로 부과하는 방식 등 다른 방법을 고려해야 할 것

이다.

그렇다면, 학교용지부담금은 납부의무자의 선정이나 부과대상 사업의 선정, 부과기준, 징수된 부담금의 사용 등 여러 가지 면에서 납부의무자들과 관련성을 고려하지 않거나 형평을 고려하지 않은 부적절한 방법을 채택하고 있다고 할 것이다.

(3) 피해의 최소성 및 법익의 균형성

나아가 학교용지부담금이 피해의 최소성과 법익의 균형을 갖추고 있는지 여부에 관하여 살펴본다. 부담금의 구체적 수액이나 비율이 어느 정도이어야 합리적인지 또는 법익의 균형을 넘지 않는 것인지 여부를 결정하는 것은 쉬운 문제가 아니다. 그러나 부담금은 조세 외적인 금전지급의무이므로 조세에 비하여 더욱 예외적이고 최소한으로 허용되어야 할 것이므로 보다 엄격한 피해의 최소성과 법익의 균형을 갖추어야 할 것이다. 부담금관리기본법 제5조도 부담금부과의 원칙에 관하여, “부담금은 설치목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 공정성 및 투명성이 확보되도록 부과되어야 하며, 특별한 사유가 없는 한 동일한 부과대상에 대하여 이종의 부담금이 부과되어서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다.

특례법상의 수분양자들은 공동주택을 분양받을 경우 일반조세로 취득세, 등록세를 부담할 뿐만 아니라, 등록세에 따른 교육세(등록세액의 20%)를 별도로 부담하고, 여기에 다시 분양가의 일정비율(0.8%)을 학교용지부담금으로 부담하게 된다. 한편 학교용지확보를 위한 재정은 지방자치단체의 일반회계와 교육비특별회계에서 각 1/2씩 부담하도록 되어 있는바(특례법 제4조 제4항), 그 중 일반회계에서 충당되는 비용은 학교용지부담금과 지방세 중 대통령령으로 정하는 세액, 개발이익환수에관한법률에 의한 개발부담금으로 구성된다. 여기서 대통령령으로 정하는 지방세라 함은 취득세 및 등록세를 말하며, 학교용지확보를 위한 경비에서 학교용지부담금과 개발부담금을 뺀 금액이 충당 가능한 지방세액의 최고 한도이다(특례법시행령 제6조). 그런데 국가가 학교시설 확보라는 공익사업을 시행하기 위하여 목적세로 교육세를, 일반조세로 취득세, 등록세를, 개발사업으로 인한 수익자부담금으로 개발부담금을 각 부과하며, 이와 동일한 목적 달성을 위하여 다시 학교용지부담금을 부과하는 것은 사실상 이중과세나 이종의 부담금부과에 해당한다고 볼 여지도 있다. 또한 확보된 부담금이 전부 납부의무자들이나 그 자녀들의 통학거리에 위치한 학교용지의 확보를 위하여 활용된다고 보기도 어려운 점에 대하여는 앞서

본 바와 같다. 그렇다면 학교용지부담금은 피해의 최소성 요건을 충족하고 있다고 볼 수 없다.

그리고 이 사건 법률조항이 달성하고자 하는 공익사업은 교육시설의 확보라는 매우 중요한 것이기는 하지만, 초등학교와 중학교에 대한 무상의 의무교육이 실시되고 있는 점과 고등학교의 경우 납부의무자의 공익사업과의 관련성이 미약한 상태에서 일반재정부담으로 교육시설의 확보를 위한 교육세, 취득세, 등록세를 부담하고 있음에도 불구하고 다시 추가적인 학교용지부담금을 부과하는 것은 공익사업의 달성과 관련하여 형평에 맞는 몫 이상의 부담이라는 의심이 강하게 들게 하므로 법익의 균형성 요건도 완전히 갖추고 있다고 보기 어렵다.

결국, 이 사건 법률조항은 학교용지부담금 부과에 있어서 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익균형성을 충실히 갖추지 못함으로써, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위배된다고 하겠다.

5. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

형사소송법 제457조의2 위헌제청 등

(2005. 3. 31. 2004헌가27, 2005헌바8(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 약식절차에서 피고인이 정식재판을 청구한 경우 약식명령보다 더 중한 형을 선고할 수 없도록 한 형사소송법 제457조의2(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 법관의 양형결정권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 약식절차에서는 피고인에게 자신에게 유리한 각종 자료를 제출하고 주장할 기회가 전혀 주어지지 않는 반면, 정식재판절차는 약식절차와 동일심급의 소송절차로서 당사자인 피고인에게 제1심절차에서 인정되는 모든 공격·방어기회가 주어지며 자신에게 유리한 양형 자료를 제출할 충분한 기회가 보장된다. 따라서 이 사건 법률조항은 오히려 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 기능을 하며 그 입법목적이나 효과의 면에서 피고인의 권리를 제한하는 것으로 볼 수 없다. 또한 이 사건 법률조항에 의한 불이익변경금지원칙은 정식재판청구권의 실질적 보장을 위한 정책적 고려에 의하여 명문화한 것이므로 상소심에서 불이익변경금지원칙이 인정되는 논리적·이론적 근거와 크게 다르지 않으므로 불이익변경금지원칙을 약식절차에 확대하는 것이 불합리한 것으로 볼 수 없다.

2. 형사재판에서 법관의 양형결정이 법률에 기속되는 것은 법률에 따라 심판한다는 헌법 제103조에 의한 것으로 법치국가원리의 당연한 귀결이다. 헌법상 어떠한 행위가 범죄에 해당하고 이를 어떻게 처벌할 것인지 여부를 정할 권한은 국회에 부여되어 있고 그에 대하여는 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되고 있으므로 형

벌에 대한 입법자의 입법정책적 결단은 기본적으로 존중되어야 한다. 따라서 형사법상 법관에게 주어진 양형권한도 입법자가 만든 법률에 규정되어 있는 내용과 방법에 따라 그 한도내에서 재판을 통해 형벌을 구체화하는 것으로 볼 수 있다. 또한 검사의 약식명령청구사안이 적당하지 않다고 판단될 경우 법원은 직권으로 통상의 재판절차로 사건을 넘겨 재판절차를 진행시킬 수 있고 이 재판절차에서 법관이 자유롭게 형량을 결정할 수 있으므로 이러한 점들을 종합해보면 이 사건 법률조항에 의하여 법관의 양형결정권이 침해된다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

형사소송법 제457조의2(불이익변경의 금지) 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.

【참조조문】

헌법 제27조, 제103조

형법 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역
3. 금고
4. 자격상실
5. 자격정지
6. 벌금
7. 구류
8. 과료
9. 몰수

형법 제50조(형의 경중) ① 형의 경중은 제41조 기재의 순서에 의한다. 단, 무기금고와 유기징역은 금고를 중한 것으로 하고 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 금고를 중한 것으로 한다.

② 동종의 형은 장기의 긴 것과 다액의 많은 것을 중한 것으로 하고 장기 또는 다액이 동일한 때에는 그 단기의 긴 것과 소액의 많은 것을 중한 것으로 한다.

③ 전2항의 규정에 의한 외에는 죄질과 범정에 의하여 경중을 정한다.

형법 제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 단 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한

헌재 2005. 3. 31. 2004헌가27, 2005헌바8(병합)

후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다.

② 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다.

형법 제63조(집행유예의 실효) 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

형사소송법 제448조(약식명령을 할 수 있는 사건) ① 지방법원은 그 관할에 속한 사건에 대하여 검사의 청구가 있는 때에는 공판절차 없이 약식명령으로 피고인을 벌금, 과료 또는 몰수에 처할 수 있다.

② 전항의 경우에는 추정 기타 부수의 처분을 할 수 있다.

형사소송법 제450조(보통의 심판) 약식명령의 청구가 있는 경우에 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정한 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 한다.

형사소송법 제453조(정식재판의 청구) ① 검사 또는 피고인은 약식명령의 고지를 받은 날로부터 7일 이내에 정식재판의 청구를 할 수 있다. 단, 피고인은 정식재판의 청구를 포기할 수 없다.

② 정식재판의 청구는 약식명령을 한 법원에 서면으로 제출하여야 한다.

③ 정식재판의 청구가 있는 때에는 법원은 지체없이 검사 또는 피고인에게 그 사유를 통지하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 356-357
헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 14
2. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 221, 229
헌재 1997. 8. 21. 96헌바9, 판례집 9-2, 272, 282

【당 사 자】

제청법원 서울동부지방법원(2004헌가27)

청 구 인 이○근(2005헌바8)

대리인 법무법인 청률

담당변호사 이동준

당해사건 서울동부지방법원 2004고정1183 특정범죄가중처벌등에관한법률 위반(도주차량), 도로교통법위반, 도로교통법위반(음주운전)(2004헌가27)

부산지방법원 2004고정4795 관세법위반 등(2005헌바8)

【주 문】

형사소송법 제457조의2는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2004헌가27 사건

당해사건 피고인 조○우는 '2004. 3. 16. 23:50경 혈중알콜농도 0.1585%의 주취상태로 서울 56라○○○○호 차량을 업무상 운전하던 중 서울 송파구 방이동 89 올림픽공원 앞 노상에서 피해자 백○석이 운전하는 차량을 추돌하고 계속하여 같은 동 180 엠마누엘 교회 앞길에서 피해자 성○경의 운전 차량을 들이받아, 그 충격으로 위 백○석에게 전치 3주간의 경부염좌 등, 동승자인 피해자 김○진에게 전치 2주간의 경부염좌 등의 상해를 가함과 동시에 수리비 1,175,200원 상당의 재물을 손괴하고, 위 성○경에게 전치 3주간의 경추부염좌 등의 상해를 입힘과 동시에 수리비 2,214,350원을 요하도록 재물을 손괴하고도, 구호조치 없이 도주하였다'는 피의사실로 기소되어 서울동부지방법원에서 벌금 1천만 원의 약식명령을 고지받았다.

이에 위 조○우는 2004. 6. 10. 위 벌금형은 감당하기 힘든 형벌이라며 징역형에 대한 집행유예를 선고하여 줄 것을 희망하면서 정식재판을 청구하였다(2004고정1183).

당해사건 법원은 2004. 9. 9. 위 사건 심리 중 형사소송법 제457조의2가 피고인의 법원에 의한 공정한 재판을 받을 권리 및 법관의 양형결정권 등을 침해한다는 이유로 직권으로 위 법률조항에 대하여 위헌 여부의 심판을 제청하였다.

(2) 2005헌바8 사건

청구인은 2003. 4. 11. 부산시 소재 용당세관에서 석재를 수입하면서 실제 거래대금보다 적은 금액을 세관에 신고하는 등 저가신고를 하고 석재류 수입 결제대금을 수출업자가 지정한 국내의 청구의 신○애 등의 예금계좌 또는 수출업자가 아닌 제3자 명의의 예금계좌로 송금하는 등 당해 거래의 당사자가 아닌 자에게 지급함으로써 관세법 및 외국환거래법을 위반하였다는 피의사실로 소추되어 부산지방법원에서 벌금 4,000만 원의 약식명령을 고지받았다(2004고약38709).

이에 청구인은 2004. 9. 22. 벌금형보다 징역형 및 그에 대한 집행유예를 선고하여 줄 것을 바라면서 부산지방법원에 정식재판을 청구하였고(2004고정 4795) 그 소송 계속중 피고인이 약식명령에 대하여 정식재판을 청구할 경우 불이익변경 금지를 규정하고 있는 형사소송법 제457조의2에 대하여 위헌제청 신청(2004초기2917)을 하였으나 같은 법원은 2005. 1. 11. 이를 기각하는 결정을 하였다. 이에 청구인은 같은 해. 2. 3. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건들의 심판의 대상은 형사소송법 제457조의2(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이며, 그 내용 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

형사소송법 제457조의2(불이익변경의 금지) 피고인이 정식재판을 청구한 사건에 대하여는 약식명령의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다.

형법 제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형
2. 징역
3. 금고
4. 자격상실
5. 자격정지
6. 벌금
7. 구류
8. 과료
9. 몰수

제50조(형의 경중) ① 형의 경중은 제41조 기재의 순서에 의한다. 단, 무기 금고와 유기징역은 금고를 중한 것으로 하고, 유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 금고를 중한 것으로 한다.

2. 법원의 위헌제청 및 기각이유, 청구인의 주장 및 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유(2004헌가27)와 청구인 주장(2005헌바8)의 요지

(1) 약식명령을 고지받은 피고인에게 인정되는 정식재판청구권은 공판절차에서 양형조건에 관한 변론기회와 심리를 보장함으로써 법관으로부터 가장 적절한 형벌을 선고받을 권리가 보장되는 것이어야 하므로, 약식절차에서 인정되는 정식재판청구는 제1심으로서 적법절차에 의한 공정한 재판을 말한

다. 따라서 피고인의 상소권을 보장하기 위하여 인정되는 불이익변경금지원칙을 이러한 정식재판의 청구에까지 확대하는 것은 재판청구권을 침해하는 것이다.

(2) 일단 약식명령이 고지되면 피고인이 정식재판을 청구하더라도 법원은 불이익변경금지원칙에 의하여 벌금형을 선택하여 처벌할 수밖에 없다. 비록 법원이 통상재판에 회부할 수 있는 길이 열려 있다고 하더라도 실무상 검사의 일방적인 청구에 의하여 형식적 서류심사를 거쳐 대량으로 약식명령을 발하므로 이를 실질적인 심사로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항에 의하여 헌법이 선언한 사법권 독립의 한 내용인 법관의 양형결정권이 본질적으로 침해된다.

나. 법원의 제청신청기각이유(2005헌바8)

(1) 이 사건 법률조항은 약식명령에 대하여 정식재판을 청구한 피고인에게 형식적, 실질적으로 유리한 것임이 분명하고, 약식명령에 대하여 피고인이 정식재판을 청구한 사건에서 징역형 및 그에 대한 집행유예를 선고하지 못하는 것은 형의 경중을 규정한 형법 제50조 제1항 본문 및 제41조에 의한 것이므로 이 사건 법률조항이 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수 없다.

(2) 검사에 의하여 약식명령이 청구된 사건에 관하여 법원은 해당범죄의 귀책사유에 알맞게 청구된 벌금액을 증액 또는 감액할 수 있고, 그 사건이 약식명령으로 할 수 없거나 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 인정할 때에는 공판절차에 의하여 심판하여야 하며, 발령된 약식명령에 대하여 피고인뿐만 아니라 검사도 정식재판을 청구할 수 있고 법원에 의하여 공판절차에 회부된 경우와 검사에 의하여 정식재판이 청구되어 공판절차에 의하여 심판하는 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용되지도 아니한다. 따라서 이 사건 법률조항으로 인하여 법관의 양형선택권 또는 양형결정권이 원천적으로 제한된다고 할 수 없다.

다. 서울동부지방법검찰청검사장(2004헌가27) 및 부산지방검찰청검사장(2005헌바8)의 의견요지

(1) 약식명령에 대한 정식재판을 청구하는 피고인에 대하여 더 무겁게 처벌하는 사례가 빈번히 발생하면서 피고인들의 실질적인 정식재판청구권을 보장하기 위한 정책적인 이유로 이 사건 법률조항이 새롭게 규정되었다. 따라서 이 사건 법률조항이 없는 경우 오히려 피고인의 법관에 의한 재판을 권리가 침해되는 결과가 초래된다.

(2) 집행유예의 경우 무죄와 동일시할 수는 없으며 그 집행유예 기간 중에

과실에 의하더라도 금고 이상의 형의 선고를 받을 때에는 다시 집행유예의 선고를 받을 수 없고 유예한 형의 집행까지 받아야 한다. 따라서 자유형의 집행유예를 벌금형보다 피고인에게 더 유리한 형벌로 볼 수는 없다.

(3) 법원은 검사가 청구한 벌금액이 과다하다고 판단하면 감액할 수 있고, 과소한 경우 공판절차에 회부하여 피고인에게 더욱 적절한 처벌을 과할 수 있다. 실무상 약식담당법관이 실질적으로 양형결정권을 행사할 수 없다고 주장하나 이는 법원에서 적극적으로 양형결정권을 행사하지 않은 것에서 비롯된 결과일 뿐이다.

3. 판 단

가. 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부

(1) 이 사건 법률조항의 입법과정을 살펴보면 이 사건 법률조항이 신설되기 이전에는 약식절차에서 피고인이 정식재판을 청구하는 경우 불이익변경금지에 대한 규정이 존재하지 않았고 대법원도 이를 인정하지 않는 입장을 취해왔다. 이후 1995. 11. 1. 국회법제사법위원회 ‘형사소송법증개정법률안’에 대한 공청회에서 피고인들에 대한 약식명령의 정식재판과정에서 도리어 더욱 과중한 판결을 받음으로써 정식재판청구를 꺼리는 불합리한 점이 지적됨에 따라 국회에서 수정된 법률안에 이 사건 법률조항이 마련되어 본회의를 통과하기에 이르렀다. 따라서 이 사건 법률조항은 약식명령을 고지받은 피고인이 더 중한 형을 선고받을 우려로 인해 위축된 나머지 정식재판청구를 기피하는 것을 방지하는 것이 그 입법취지라고 할 수 있다.

(2) 무릇 헌법 제27조 제1항과 제3항에서 보장하고 있는 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리는 그 직무의 독립성과 중립성이 보장되고 법률이 정한 자격을 가진 법관에 의하여 공개된 법정에서 법에 정한 정당한 절차에 따라 심판받을 수 있는 권리를 의미한다. 여기에는 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대하여 주장과 답변 그리고 입증하는 등 공격·방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다고 말할 수 있다(헌재 1994. 4. 28. 93헌바26, 판례집 6-1, 348, 356-357; 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 14 참조).

약식절차에서는 피고인에게 자신에게 유리한 각종 자료를 제출하고 주장할 기회가 전혀 주어지지 않는 반면, 정식재판절차는 약식절차와 동일심급의 소송절차로서 당사자인 피고인에게 제1심절차에서 인정되는 모든 공격·방어 기회가 주어지며 자신에게 유리한 양형자료를 제출할 충분한 기회가 보장된다.

따라서 이 사건 법률조항은 오히려 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 기능을 하며 그 입법목적이나 효과의 면에서 피고인의 권리를 제한하는 것으로 볼 수 없다.

나아가 법원은 약식명령으로 하는 것이 적당하지 아니하다고 판단하는 경우 통상의 공판절차에 회부하여 심판할 수 있고 피고인의 청구에 의하여 정식재판절차가 진행되는 경우에도 여전히 최종형을 결정하는 것은 법관이므로 이 사건 법률조항에 의하여 피고인의 법원에 의한 재판을 받을 권리가 침해된다고 볼 수도 없다.

(3) 불이익변경금지원칙은 통상 피고인이 또는 피고인을 위하여 상소한 사건에서 상소심이 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 원칙으로서 피고인이 상소결과 불이익한 결과를 받게 될 위험 때문에 상소제기를 주저하는 것을 방지함으로써 상소권을 보장한다는 정책적인 이유에서 보장된 형사절차상의 원칙이라 할 수 있고 대법원 역시 이와 같은 입장을 취하고 있다(대법원 1964. 9. 17. 64도298 참조).

이 사건 법률조항에 의한 불이익변경금지원칙 역시 정식재판청구권의 실질적 보장을 위한 정책적 고려에 의하여 명문화한 것이므로 불이익변경금지원칙이 인정되는 양자의 논리적·이론적 근거가 크게 다르지 않다. 따라서 불이익변경금지원칙을 약식절차에 확대하는 것이 불합리한 것으로 볼 수 없다.

(4) 또한 자유형의 집행이 유예된다 하더라도 형의 본질이 변한다고 볼 수 없고 여기에 집행유예기간 중 금고이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정되는 경우 집행유예가 실효되므로 유예기간 중에는 언제든지 자유형의 집행이 이루어질 가능성이 있는 점을 보태어 살펴보면 징역형 및 그에 대한 집행유예의 형이 벌금형에 비하여 반드시 경한 처벌이라고 할 수 없다. 이와 같은 맥락에서 대법원도 자유형에 대한 집행유예판결을 벌금형으로 변경하는 것은 불이익변경이 되지 않는다(대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1534)고 하고 있다.

따라서 당해사건과 같이 피고인이 벌금형의 약식명령에 불복하여 자유형 및 그에 대한 집행유예를 희망하는 정식재판에서 법원이 피고인의 요청을 수용하는 판결을 선고하지 못한다고 하여도 이는 형의 경중을 규정한 형법 제 50조 제1항 본문 및 제41조에 의한 것이므로 이 사건 법률조항에 의하여 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 볼 수 없다.

나. 법관의 양형결정권 침해 여부

(1) 제청법원과 청구인은 이 사건 법률조항에 의하면 피고인이 정식재판을

청구하는 경우 법관은 벌금형을 선택하여 처벌할 수밖에 없어 법관에게 부여된 형종에 대한 선택권이 검사의 일방적인 약식명령 청구에 의하여 심각하게 제한되므로 법관의 양형결정권이 침해된다고 주장한다.

그러나 형사재판에서 법관의 양형결정이 법률에 기속되는 것은 법률에 따라 심판한다는 헌법 제103조에 의한 것으로 범치국가원리의 당연한 귀결이다. 헌법상 어떠한 행위가 범죄에 해당하고 이를 어떻게 처벌할 것인지 여부를 정할 권한은 국회에 부여되어 있고 그에 대하여는 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되고 있으므로(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 221, 229; 1997. 8. 21. 96헌바9, 판례집 9-2, 272, 282 참조) 형벌에 대한 입법자의 입법정책적 결단은 기본적으로 존중되어야 한다. 따라서 형사법상 법관에게 주어진 양형권한도 입법자가 만든 법률에 규정되어 있는 내용과 방법에 따라 그 한도 내에서 재판을 통해 형벌을 구체화하는 것으로 볼 수 있다.

또한 검사의 약식명령청구사안이 적당하지 않다고 판단될 경우 법원은 직권으로 통상의 재판절차로 사건을 넘겨 재판절차를 진행시킬 수 있고 이 재판절차에서 법관이 자유롭게 형량을 결정할 수 있으므로 이러한 점들을 종합해보면 이 사건 법률조항에 의하여 법관의 양형결정권이 침해된다고 볼 수 없다.

(2) 그밖에 제청법원은 이 사건 법률조항에 의하면 영업범의 경우 약식명령을 고지받은 피고인이 정식재판을 청구한 후 판결이 선고될 때까지 위반행위를 계속하면 범죄사실이 추가되더라도 모두 포괄일죄에 해당하여 벌금액을 증액하거나 또는 징역형으로 처벌할 수 없는 불합리한 결과가 발생한다고 주장한다.

그러나 이러한 문제는 영업범의 포괄일죄에 대한 해석에서 기인한 것으로서 법관의 양형권한과는 직접관련이 없다. 따라서 이로써 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 볼 수도 없다.

4. 결 론

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

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종 김경일 송인준(주심)

주선희 전호숙 이상경

구 의료법 제25조 제1항 등 위헌소원

(2005. 3. 31. 2001헌바87 전원재판부)

【판시사항】

1. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지하는 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한 자” 부분이 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

2. 의료인, 의료법인 등 일정한 자만 의료기관을 개설할 수 있도록 규정하고 있는 위 법 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한 자” 부분에 의하여 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위한 조치로서, 이러한 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이러한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하고 헌법적으로 정당화된다.

2. 국가는 국민의 건강을 보호하고 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다. 즉 보건의료는 단순한 상거래의 대상이 아니라 사람의 생명과 건강을 다루는 중대한 것으로, 의료기관을 개설하는 주체에 대한 규율이 가지는 사회적 기능이나 사회적 연관성은 매우 크다.

의료인이 아닌 일반 개인과 영리법인의 의료기관 개설을 허용할 경우, 의료기관의 명칭 아래 의료인 아닌 자에 의한 무면허의료행위

가 성행할 우려가 있으며, 의료기관의 경영주체와 의료행위를 하는 의료인이 분리됨에 따라서 보건의료의 질이 저하되거나 지나친 영리 위주의 과잉 의료행위 등 진료왜곡, 의료자원 수급 계획의 왜곡, 소규모 개인 소유 의료기관의 폐업, 투자자의 자본 회수 등에 따른 의료기관 운영의 왜곡 등이 발생할 우려가 있다.

우리나라의 취약한 공공의료의 실태, 국민건강보험 재정 등 국민 보건 전반에 미치는 영향, 보건의료서비스의 특성, 국민의 건강을 보호하고 적정한 의료급여를 보장할 사회국가적 의무 등에 비추어 보면, 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하여 국민의 건강을 보호 증진하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하기 위하여 이 사건 법률조항들에 의하여 의료인이 아닌 자나 영리법인이 의료기관을 설립하는 자유를 제한하고 있는 입법자의 판단이 입법재량을 명백히 일탈하였다고 할 수 없다.

재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대의견 [2.항 관련]

건강하게 생활하고 높은 수준의 의료행위를 받을 권리는 국민의 인간다운 생활을 할 권리의 기본 전제이다. 의료인이 아닌 자가 의료인을 고용하는 방식으로 의료기관을 개설하는 행위를 막는 것이 의료의 질과 의료질서를 확립하기 위한 적절한 수단인지 의문이다. 의료기관의 개설자가 누구이든 의료행위를 하는 사람이 의료인이기만 하면 국민 보건에 문제될 것이 없다.

의료기관을 개설할 수 있는 주체를 의료인 등으로 한정할 결과 보건 의료서비스 공급자의 경쟁을 약화시키고, 원하는 품질의 보건의료서비스를 제공하는 의료기관을 선택하는 의료소비자의 자기결정권을 현저히 제한받는 불이익을 초래한다.

이 사건 법률조항들은 과잉금지의 원칙에 위배하여, 의료기관 개설을 통하여 생활의 기본적 수요를 충족하고 계속적인 소득활동을 하고자 하는 의료인 아닌 자 또는 영리법인의 직업선택의 자유를 실질적·전면적으로 제한하고 의료소비자의 의료기관 선택권을 침해한다.

【심판대상조문】

구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기기관의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

②, ③ 생략

구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제30조(개설) ① 생략
② 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 다만, 제1호의 의료인은 1개소의 의료기관만을 개설할 수 있으며, 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사
2. 국가 또는 지방자치단체
3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다)
4. 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인
5. 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관·지방공기업법에 의한 지방공사 또는 한국보훈복지공단법에 의한 한국보훈복지공단

③~⑦ 생략

구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제66조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략
2. 삭제
3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

【참조조문】

헌법 제15조, 제36조 제3항

의료법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것) 제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.

헌재 2005. 3. 31. 2001헌마87

1. 의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과의료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.
3. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.
4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도에 종사함을 임무로 한다.
5. 간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7, 판례집 8-2, 408, 417-420
헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370, 판례집 14-2, 882, 887-888
2. 헌재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1, 15-16
헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433, 436

【당 사 자】

청 구 인 송○희

대리인 법무법인 덕수

담당변호사 이돈명 외 2인

당해사건 서울지방법원 2000고단12575 보건범죄단속에관한특별조치법 위반

【주 문】

구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단, 제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 미국 카이로프랙틱의사 자격증을 취득하였으나 국내 의사면허증은 없는 자로서, 2000. 5.경부터 같은 해 12.경까지 의료기관인 ○○의원을 개설하고 요통, 척추디스크, 두통 등의 질병을 가진 환자들을 상대로 카이

로프랙틱 진료를 하고 치료비를 받았다.

(2) 서울지방법검찰청 검사는 청구인의 위 행위가 보건범죄단속에관한특별조치법 제5조, 의료법 제25조 제1항, 제30조 제2항, 제66조 제3호에 위반한다는 이유로 청구인을 기소하였다.

(3) 청구인은 서울지방법원에서 재판(2000고단12575호)을 받던 중 의료법 제25조 제1항, 제30조 제2항, 제66조 제3호에 대하여 위헌 여부심판의 제청신청(2001초703)을 하였으나, 위 법원은 2001. 10. 25. 위 신청을 기각하였다. 그러자, 청구인은 2001. 11. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제25조 제1항, 제30조 제2항, 제66조 제3호 전부에 대한 위헌판단을 구하고 있다. 그런데 위 법 제25조 제1항 중 본문의 전단부분(“의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”) 이외의 부분, 제30조 제2항 단서, 제66조 제3호 중 ‘제25조 제1항 본문의 전단·제30조 제2항 본문에 관한 부분을 제외한 나머지 부분’은 청구인과 아무런 관련이 없고 당해사건의 재판의 전제가 되지 아니함이 명백하므로, 심판대상에서 제외하기로 한다.

그렇다면, 이 사건 심판의 대상은 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단, 제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정내용 및 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판의 대상

구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것)

제25조(무면허의료행위등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.

1. 외국의 의료인의 면허를 소지한 자로서 일정한 기간 국내에 체류하는 자
2. 의과대학, 치과대학, 한의과대학, 종합병원 또는 외국의료원조기관 등의 의료봉사 또는 연구 및 시범사업을 위한 의료행위를 하는 자
3. 의학·치과의학·한방의학 또는 간호학을 전공하는 학교의 학생

제30조(개설) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다. 다만, 제1호의 의료인은 1개소의 의료기관만을 개설할 수 있으며, 의사는 종합병원·병원·요양병원 또는 의원을, 치과의사는 치과병원 또는 치과의원을, 한의사는 한방병원·요양병원 또는 한의원을, 조산사는 조산원만을 개설할 수 있다.

1. 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사
2. 국가 또는 지방자치단체
3. 의료업을 목적으로 설립된 법인(이하 “의료법인”이라 한다)
4. 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인
5. 정부투자기관관리기본법의 규정에 의한 정부투자기관·지방공기업법에 의한 지방공사 또는 한국보훈복지공단법에 의한 한국보훈복지공단

제66조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

(2) 관련규정

의료법(1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정된 것)

제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.

1. 의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.
 2. 치과의사는 치과의료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.
 3. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.
 4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호 지도에 종사함을 임무로 한다.
 5. 간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다.
2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견
- 가. 청구인의 주장

(1) 카이로프랙틱 분야가 국내 의학계에 알려져 있지 않아서 국내법상의 사면허 취득이 불가능한 상태이지만, 미국 영국 등 60여개 국에서는 카이로프

랙틱이 합법적인 의료행위로 인정받고 있다. 청구인은 미국에서 정규 카이로 프랙틱 의과대학에서 체계적으로 의학을 공부하고 임상실습을 거친 후 카이로프랙틱 의사자격증을 취득하는 등 의료행위의 엄격한 요건을 모두 충족한 만큼 실질적으로 의료행위를 할 만한 자격을 갖추었다는 증거를 받았다. 따라서 국내의학계의 사정만으로 청구인에게 의사면허를 발급하지 아니하고 의사면허가 없다는 이유만으로 청구인을 처벌하는 것은 의료행위의 실질을 도외시하는 것이다.

(2) 카이로프랙틱 치료법은 약물이나 수술을 사용하지 않는 자연요법으로 신체의 운동역학적 기능을 가진 조직 특히 척추와 골반을 중심으로 이들 조직의 기능적 장애에 대한 병리, 진단, 치료를 통해 기능저하 장애, 생화학적 변화, 신경생리학적 변화 및 통증의 발생을 예방하는 것을 목적으로 하는 치료법으로 1895년 이래 의학적 체계를 갖추고 있다.

(3) 따라서 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없도록 규정하고, 카이로프랙틱 의료행위와 의료기관 개설을 전면적으로 금지하고 처벌하고 있는 이 사건 법률조항들은 과도하게 청구인의 직업선택의 자유와 행복추구권을 침해하고, 청구인과 같이 체계적 교육을 받고, 충분한 임상실습을 거치고, 공인된 의료기술을 가진 사람을 기존의 “의료인”에 비하여 합리적인 이유없이 차별함으로써 평등권을 침해한다.

(4) 카이로프랙틱 의료행위나 의료기관 개설행위를 전면적으로 금지하는 것은 국가권력에 의한 건강생활의 침해에 해당하므로, 이 사건 법률조항들은 헌법 제36조 제3항에 따른 국가가 국민의 보건을 보호할 의무를 위반한 것이다.

나. 서울지방법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견 : [별지]와 같다.

3. 판 단

가. 법 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한 자” 부분

(1) 우리 재판소는 1996. 10. 31. 94헌가7 결정(판례집 8-2, 408), 2002. 12. 18. 2001헌마370 결정(판례집 14-2, 882)에서 법 제25조 제1항 본문의 전단부분과 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분”은 헌법에 위반되지 아니한다고 결정한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「의료법이 정하고 있는 ‘의료행위’는 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서

의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위를 말한다. 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없는 것이다.

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 “인체 전반에 관한 이론적 뒷받침”과 “인간의 신체 및 생명에 대한 외경심”을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없고, 외국의 입법례를 보더라도 의료인 면허제도를 채택하고 무면허 의료행위를 사전에 전면금지하는 것 이외의 다른 규제방법을 찾아볼 수 없다.

이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 이 법의 규제방법은, “대안이 없는 유일한 선택”으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다.

법이 인정하는 의료인이 아니면서 어떤 특정분야에 관하여는 우수한 의료능력을 가진 한 부류의 의료인들(넓은 의미)이 있다고 한다면, 국민건강의 보호증진을 위하여 입법자로서는 이들의 지식과 능력을 충분히 검증하고 이들에게 의료인 자격을 부여하는 경우의 순기능과 역기능을 면밀히 검토한 후 긍정적 평가가 나오면 이들에게도 의료행위를 할 수 있는 길을 열어주는

것이 바람직하겠지만, 이는 어디까지나 입법정책의 문제로서 이러한 입법정책의 문제 때문에 이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고는 할 수 없다.

의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이러한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다.」

(2) 우리 재판소의 위와 같은 견해는 그 자체로서 타당하고 이 사건에 있어서도 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성이 있다고 인정되지 아니하므로, 법 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단의 규정에 위반한 자” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 법 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다.)

(1) 직업의 자유에 대한 제한

(가) 헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다.

직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 162; 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 427 등). 따라서 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문규정에 따라 이에 대하여 제한을 가할 수 있다.

(나) 의료법은 의료인이 아니면 의료기관을 개설할 수 없음을 원칙으로 하면서 국가 또는 지방자치단체, 의료업을 목적으로 설립된 의료법인, 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인 등도 의료기관을 개설할 수 있도록 하고 있다.

의료법인은 법인의 설립, 정관변경 및 기본재산 처분에 관하여, 그리고 법인의 해산시 잔여재산의 처분에 관하여 당국의 허가를 받아야 하며 문제점이 있을 때 당국이 법인의 설립을 취소할 수 있는 등 당국의 관리를 받고 있고, 민법상의 재단법인에 관한 규정을 준용하므로 그 성격상 비영리 재단법인에 해당하며, 의료법인의 설립자의 자격을 의료인으로 제한하지는 않으며 법인이나 조합도 설립자가 될 수 있다(의료법시행규칙 제34조 제1호 참조). 이러한 의료법인 및 비영리법인은 영리를 추구하여서는 안 된다(의료법시행령 제18조). 한편 법 제30조 제2항에 규정된 자 이외의 자도 그 소속직원·종업원 기타 구성원(수용자를 포함한다) 또는 그 가족의 건강관리를 위해서 부속의 료기관을 개설할 수 있다(법 제31조 제1항).

(다) 이 사건 법률조항들은 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 금지하고, 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있어서, 청구인과 같이 의료인이 아닌 자 또는 영리법인이 직접 의료기관을 개설하고 경영하는 직업선택의 자유를 제한하고 있는데, 이러한 제한이 기본권제한의 헌법상의 한계를 준수한 것인지가 문제된다.

(2) 입법목적의 정당성과 방법의 적절성

모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다(헌법 제36조 제3항). 의료법도 제1조에서 “이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호·증진함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 위와 같은 취지를 선언하고 있는 한편, 제2조 제2항에서 의료인에게는 국민보건의 향상을 도모하고, 국민의 건강한 생활확보에 기여한다는 공익적인 사명감을 부여하고 있다.

이러한 헌법의 규정과 의료법의 입법목적에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항들의 입법목적은 의료기관 개설자격을 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자로 엄격히 제한하여 그 이외의 자가 의료기관을 개설하는 행위를 금지함으로써, 의료의 적정을 기하고 건전한 의료질서를 확립하여 국민의 건강을 보호 증진하고, 영리 목적으로 의료기관을 개설하는 경우에 발생할지도 모르는 국민 건강상의 위험을 미리 방지하고자 하는 것이다(대법원 2003. 4. 22. 선고 2003다2390, 2406 판결; 2004. 9. 24. 선고 2004도3875 판결 등). 이러한 이 사건 법률조항들의 입법목적은 국민건강의 위해방지라는 공공복리를 위하여 개인의 기본권을 제한하는 경우로 정당하다고 할 것이다.

또한 의료기관을 개설할 수 있는 주체를 의료인과 의료법인 등 일정한 범위로 제한하는 것은, 의료인이 아닌 자 또는 공적인 성격을 가지지 아니한 자가 의료인을 고용한 다음 의료기관을 개설하는 행위를 사전에 차단함으로써 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하기 위한 것으로 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이다.

(3) 입법재량을 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

(가) 직업활동이 사회전반에 대하여 가지는 의미에 따라 직업의 자유에 대한 제한이 허용되는 정도는 달라지며, 개인의 직업활동 또는 사회적·경제적 활동 등이 타인의 자유영역과 접촉하고 충돌할수록 입법자가 타인과 공동체의 이익을 위하여 개인의 자유를 제한하는 것을 더 수인해야 한다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433). 의료소비자인 전 국민의 생명권과 건강권의 실질적 보장이 의료기관에서 이루어지는 의료행위에 의존하고 있으므로, 의료기관을 개설하는 주체에 대한 규율이 가지는 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중은 매우 크다고 할 수 있다.

(나) 헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정하고 있으며, 국가는 국민의 건강을 보호하고 이를 위하여 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무를 지고 있다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 436). 즉 보건의료는 단순한 상거래의 대상이 아니라 사람의 생명과 건강을 다루는 중대한 것이다.

또한, 보건의료 서비스는 공급자와 수요자 등 시장참여자 사이의 정보비대칭, 수요의 불확실, 치료의 불확실, 법적 독점, 외부성 등 일반 재화와 다른 특성이 있다. 따라서 민간부문의 영리성 추구를 제한할 자율적 규제나 법적 규제가 미흡한 경우에는 의료수요 유발, 고가서비스 추구, 의료인력의 과도한 전문화 등을 통해 국민의 의료비 부담을 증가시키므로, 그 수요와 공급을 시장에 전적으로 맡겨 두면 시장의 실패 혹은 사회적 후생감소를 초래할 가능성이 있다.

이로 인하여, 국민이 보건의료 서비스에 개인의 신분이나 재산에 관계없이 균등하게 접근하고, 보건의료전달체계 내에서 보건의료자원(인력·시설·장비 등)을 균등히 향유하고, 기본적으로 필요한 양의 필수적인 서비스를 받으며, 진료수준의 차이를 배제할 권리가 위협받는다면, 이는 헌법이 보장하는 국민의 건강권과 국가가 국민에게 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무에 위배된다고 할 것이다.

(다) 그런데, 유럽 선진국의 의료기관은 거의 대부분이 국·공립병원이거나 비영리조직으로 구성되어 있는데 비하여, 우리나라 의료체계에서 공공보건의료기관의 비중은 2000년 현재 기관수 기준으로 8.8%, 병상수 기준으로 15.5%로 매우 취약하고, 영리성에 상대적으로 자유롭지 못한 민간부문이 병원의 80% 이상을 소유하고 있는 등 민간부문이 주도하고 있는 실정이다. 의료인이 아닌 개인이나 회사 등 영리법인의 의료기관 개설을 허용하지 않는 것이 입법재량을 일탈한 것인지 판단할 때에는 우리나라 보건의료의 현황을 감안하여야 할 것이다.

의료행위는 국민보건에 미치는 영향이 크므로, 의료전문성을 가진 의료인이나 공적인 성격을 가진 자가 아닌 자에 의하여 의료기관이 관리되는 것을 그 개설단계에서 미리 규율할 필요성이 있다. 의료인이 아닌 일반 개인의 의료기관 개설을 허용할 경우에는, 의료기관의 명칭을 사용하여 의료인 아닌 자에 의한 무면허의료행위가 성행할 우려가 있으며, 의료기관의 경영주체와 실제 의료행위를 하는 의료인이 분리됨에 따라서 보건의료의 질이 저하되거나 지나친 영리위주의 과잉 의료행위가 발생할 우려가 있다.

보건의료의 대부분을 민간부문에 의존하고 있고 공공의료부문의 비중이 매우 취약한 우리나라의 보건의료체계의 현황에 비추어 볼 때, 국가가 의료기관의 진입과 퇴출을 전적으로 시장에 맡기는 정책을 취하는 대신에, 의료기관의 개설 주체에 대하여 일정한 규율을 할 수 있다고 할 것이다.

(라) 의료기관의 소유 형태와 구성비의 차이는 의료전달 체계와 자원 조달 등 보건의료체계 전반에 영향을 주는 주요한 변수이므로, 영리 민간의료기관과 비영리 민간의료기관 그리고 공공의료기관의 구성을 어떻게 할 것인가의 문제는, 보건의료 수요와 공급의 상황, 그 나라의 보건의료체제와 국민들의 보건의료 서비스 이용특성, 의료보험의 체제와 재정 등 나라마다 정치·경제·사회·문화적인 배경과 구체적, 개별적 상황을 감안하여 그 결론이 달라진다고 할 것이므로, 입법자가 그 사회의 실정에 가장 부합하는 형태를 선택하는 입법정책적인 문제라고 할 것이다.

(마) 의료기관의 개설을 의료인이 아닌 일반 개인이나 영리법인에까지 개방하게 되면 자본참여 활성화에 따른 양질의 의료서비스 제공, 경쟁촉진을 통한 의료발전 등의 긍정적인 효과도 상정할 수 있다.

하지만, 대자본을 바탕으로 한 기업형 병원은 국민 건강보호라는 공익보다는 영리추구를 우선하여, 환자의 무리한 유치, 1차진료 또는 의료보험 급여

진료보다는 비급여 진료에 치중하는 진료 왜곡, 수요가 적은 전문진료과목의 미개설 또는 과소 공급, 과잉진료로 인한 의료과소비, 의료설비와 시설에 대한 과대투자로 장기적인 의료자원 수급 계획의 왜곡, 의학교육·연구 등 사회적 필요에 따른 요청의 경시, 소규모 개인 소유 의료기관의 폐업 등으로 건전한 의료질서를 어지럽히는 등 부작용을 초래할 가능성도 있다. 그 결과로 의료비 지출 증가, 국민의 의료비 부담 증가, 국민의 의료기관 이용의 차별과 위화감 조성, 의료의 공공성 훼손 등을 초래할 우려가 있다.

또한 영리법인이 의료기관을 개설하여 운영하는 경우, 영리법인의 다른 사업상의 필요 특히 대규모기업집단이 영리법인을 운영할 경우에는 관계계열사의 사업상의 필요, 투자자의 자본 회수 및 이윤배당 등에 따라 의료기관의 운영이 왜곡되고 의료의 공익성 내지 공공성을 저해할 위험이 존재한다(헌재 2001. 1. 18. 98헌바75등, 판례집 13-1, 1, 15-16 참조).

(바) 이와 같이 의료기관의 개설을 의료인이 아닌 일반 개인이나 영리법인에까지 개방할 경우 부정적인 결과도 예상되기 때문에, 이를 허용할지 여부는 국민에게 가장 바람직한 보건의료서비스를 제공하는 방법과 정책에 대한 광범위한 입법형성권을 가진 입법부에서 우리나라 보건의료의 상황, 국민건강보험 재정, 일반국민의 의식수준과 사회실정 등 여러 사정을 고려하여 입법정책으로 결정할 재량사항으로서 입법형성의 자유에 속하는 분야라고 할 것이다.

우리나라의 취약한 공공의료의 실태, 비의료인이나 영리법인의 의료기관 개설을 허용할 때 의료계 및 국민건강보험 재정 등 국민보건 전반에 미치는 영향이 큰 점, 앞에서 살핀 보건의료서비스의 특성과 국가가 국민의 건강을 보호하고 적절한 의료급여를 보장해야 하는 사회국가적 의무 등을 감안하여 보면, 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하기 위하여 의료인이 아닌 자나 영리법인이 의료기관을 개설하는 자유를 제한하고 있는 입법자의 판단이 입법재량을 명백히 일탈하였다고 할 수 없다. 의료인 아닌 자 또는 영리법인의 자본투자에 의한 의료기관 개설의 허용은 사회적 합의 도출이 우선적으로 필요하고, 의료의 공공성 훼손 등의 부작용을 방지하기 위하여 서민·빈곤층을 위한 공공보건의료 확충, 의료급여 확대 등 보완책이 마련되어야만 할 것이다.

(사) 의료인이 아닌 자라고 하더라도, 의료법인이나 비영리법인을 설립하는 방법으로 의료기관을 개설할 수 있는 길이 열려있으므로, 이 사건 법률조항들

이 의료인 아닌 자나 영리법인이 의료기관을 개설할 길을 전면적으로 부정하고 있는 것은 아니다. 다만 의료인 아닌 자가 개인적으로 의료기관을 개설하거나 영리법인이 직접 의료기관을 개설하는 것만이 제한되고 있을 뿐이다.

영리법인 등의 의료기관 개설을 허용하면 영리법인이 공공의료기관을 사들이고, 결국 공공의료기관엔 돈 안 되는 환자들만 몰리면서 재정 적자가 커지는 악순환이 계속됨에 따라 공공의료가 축소될 수 있으며, 이는 공공의료체계가 취약한 우리나라의 경우 민간의료부문의 집단 진료거부와 같은 상황에서 국민에게 기본적인 보건의료서비스를 제공하지 못할 위험성을 높인다. 따라서 의료인이 아닌 자나 영리법인이 의료기관을 개설할 수 있는 예외를 허용하지 않은 입법자의 판단이 명백히 잘못되었다고 할 수 없으므로, 기본권제한의 최소침해의 원칙에 위반되지 않는다.

(아) 또한 법익균형성의 관점에서 보더라도, 이 사건 법률조항들에 의하여 의료인 아닌 자와 영리법인이 의료기관을 개설할 직업의 자유가 제한되고 있으나 이를 통하여 달성하려는 공익의 중대함에 비추어 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하고 있다고 볼 수 없다.

(4) 따라서, 법 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분이 의료인이 아닌 개인 또는 영리법인이 의료기관을 개설하고 경영하는 직업선택의 자유를 제한하고 있는 것은, 입법자의 입법재량을 일탈하여 제한의 방법이 부적절하거나 그 정도가 과도하여 헌법상의 한계를 넘었다고는 할 수 없으므로, 헌법에 위반되지 아니한다.

4. 결 론

그렇다면 구 의료법(2001. 1. 16. 법률 제6372호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제25조 제1항 본문의 전단, 제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 권 성, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 관여재판관 전원의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대의견

우리는 법 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라 한다)이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대한다.

주지하는 바와 같이 헌법 제119조 제1항은 우리나라의 경제질서가 개인과 기업의 경제상의 자유, 사유재산제도 및 사적자치에 기초한 자유시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 355; 2002. 1. 31. 2000헌바35, 판례집 14-1, 14, 22 등).

물론 우리 헌법의 경제질서는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격도 함께 가지고 있다. 그러나 헌법상의 복지국가이념을 실천하기 위하여 사적 영역에 개입하는 것이 필요하다고 하더라도, 자유주의적 시장경제질서를 근간으로 하고 있는 우리 헌법질서 아래에서는 국가는 우선 사적 자치 영역에서 그러한 공공복리의 목적수행이 가능하도록 조장하고, 그것이 여의치 않을 때에만 실질적 법치주의 한계 내에서 개입하는 것이 타당하다(헌재 1995. 11. 30. 94헌가2, 판례집 7-2, 538, 544).

그런데 건강하게 생활하고 높은 수준의 의료행위를 받을 권리는 국민의 인간다운 생활을 할 권리의 기본 전제이자 핵심적인 부분이라고 할 것이므로, 수준 높은 의료서비스의 공급을 제한하는 결과를 초래하는 국가의 개입은 원칙적으로 정당화되기 어렵다.

헌법 제10조 전문은 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며 행복을 추구할 권리를 가진다고 규정하고 있는 바, 소비자가 자신의 의사에 따라 자유롭게 상품을 선택하는 소비자의 자기결정권 역시 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보호된다고 할 것이다. 즉 보건의료서비스의 소비자인 국민은 누구나 자신이 원하는 수준의 의료행위를 제공하는 의료기관을 선택할 수 있는 자기결정권을 가진다. 의료소비자인 국민은 시장기능을 통하여 보건의료서비스 공급의 종류, 양과 방향을 결정하게 되고, 경쟁이 강화되면 될수록 의료소비자는 그의 욕구를 보다 유리하게 시장에서 충족시킬 수 있기 때문에 경쟁은 소비자보호의 포기할 수 없는 중요 구성부분이다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691-692 참조).

그런데 이 사건 법률조항들은 의료기관을 개설할 수 있는 주체를 의료인 및 의료법인 등으로 한정하고 있어서, 의료인이 아닌 자와 영리법인 등이 의료기관을 개설하고 경영하는 직업선택의 자유를 제한하고 있다. 그 결과로 의료기관 개설을 일정한 집단이 독점하게 됨에 따라서 보건의료서비스 공급자의 경쟁을 약화시키고, 의료소비자의 관점에서는 원하는 품질의 보건의료서

비스를 제공받을 수 있는 의료기관 선택에 있어서 자기결정권을 현저히 제한 받는 불이익을 초래한다.

이러한 기본인식에서 접근하여 볼 때, 궁극적으로는 의료법이 달성하고자 하는 입법목적, 즉 국민건강의 보호·증진은 의료행위의 품질이 확보되어야 실현되는 것으로, 의료인이 아닌 자가 의료인을 고용하는 방식으로 의료기관을 개설하는 행위를 막는 것이 과연 의료의 질과 의료질서를 확립하기 위한 적절한 수단인지에 대해서 근본적인 의문을 지울 수 없다. 실제로 이 사건 법률조항들 및 여러 규제의 결과로 고가의 비용을 지불하고서라도 양질의 의료서비스를 받으려는 의료소비자는 다른 나라의 의료기관을 이용하는 사례가 늘고 있고, 반면에 국내 의료기관에서는 의료소비자들이 불편하게 장시간 진료대기 후에 고작 이른바 '3분 진료'를 받는 바람직하지 않은 사례가 발생하고 있음은 공공연한 사실이라고 할 수 있다. 이러한 의료소비자의 자기결정권의 침해는 결코 이 사건 법률조항들을 비롯한 의료법이 실현하고자 했던 소망스런 결과도 아닐 것이다.

의료기관의 개설자가 누구이든 의료행위를 하는 사람이 의료인이기만 하면 국민 보건에 문제될 것이 없으며, 의료법의 입법목적도 달성될 수 있다. 오히려 의료인이 아닌 사람이나 영리법인의 의료기관을 개설할 수 있도록 허용한다면, 지식과 자본의 공개적인 결합을 통하여 개인의 기업활동 영역과 경쟁력을 확대할 수 있음은 물론이고, 일반 국민에게는 더 많은 의료기관 선택의 기회를 제공하고, 의료인에게는 더 많은 연구활동의 기회를 제공하는 등 상승효과를 통하여 여러 가지 사회적 이익을 기대할 수 있다.

누구든지 의료기관을 개설할 수 있게 될 경우에 생길 무질서와 그로 인한 보건상의 위험 등에 대한 우려는 대부분의 나라에서 영리법인의 의료기관 개설을 허용하고 있는 사정과, 실질적으로 의료인 개인이 개설한 의료기관 뿐만 아니라 명목상 비영리를 내세우고 있는 의료법인 등이 개설한 의료기관도 그 운영의 실제에서 사실상 영리를 추구하는 조직과 큰 차별성이 나타나지 않고 있는 우리나라의 실상에 비추어 볼 때 과장되어 있다.

바꾸어 말하면, 의료인이 아닌 개인이나 영리법인의 의료기관 개설을 허용한다고 해서 그것만으로 곧 의료의 공공성 저하, 의료비 부담 증가, 병원의 영속성 저해, 기존 국민건강보험제도의 붕괴 등 다수의견이 지적하고 있는 바와 같은 부정적 결과가 논리필연적으로 나타난다고 보기도 어렵다.

영리추구는 민간부문이 의료공급을 주도하고 있는 한 항상 나타나는 문제

이며, 실제로는 영리추구 그 자체보다 영리추구 행위의 내용이 문제다. 따라서 의료기관의 바람직하지 못한 영리추구 행위가 빚을 수 있는 폐해에 대해서는 국가가 개입해 효과적으로 규제하거나, 공공의료를 확충하고 공공기관을 통한 의료서비스 공급을 확대하여 해결할 문제이지, 의료기관을 개설하여 영리를 추구할 수 있는 자격을 의료인에게만 독점시키고 의료기관을 개설할 수 있는 법인을 비영리법인으로 제한한다고 해결될 문제는 아니다.

현행 법제 하에서 의료법인이나 비영리법인 등을 설립하는 방법으로 의료기관을 개설하는 길이 열려 있다고는 하지만, 앞에서 본 바와 같이 감독기관의 여러 규제를 받고 있고, 무엇보다도 의료기관 개설을 통하여 발생한 수익을 투자자에게 배분할 수 없으므로, 이 사건 법률조항들은 의료기관 개설을 통하여 생활의 기본적 수요를 충족하고 계속적인 소득활동을 하고자 하는 의료인 아닌 자 또는 영리법인의 직업선택의 자유를 실질적·전면적으로 제한하고 있으며, 의료소비자의 의료기관 선택권도 침해하고 있음은 앞서 밝힌 바와 같다.

그렇다면 의료인 아닌 자나 영리법인의 의료기관개설을 금지하고 이를 위반하면 형사처벌하는 법 제30조 제2항 본문, 제66조 제3호 중 “제30조 제2항 본문의 규정에 위반한 자” 부분은 입법형성권의 재량의 범위를 명백히 넘어 제한의 정도가 과도한 경우로서 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에 위배되게 의료기관을 개설하고자 하는 자의 직업선택의 자유와 의료소비자의 의료기관 선택권을 침해하여 헌법에 위반된다.

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

[별지] 서울지방법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견

가. 서울지방법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 생명과 신체를 다루는 일로 조금이라도 그르치면 피해는 회복할 수 없거나 회복하기 어려운 것이므로, 체계적으로 교육받고 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 그러한 과정을 거치지 아니한 사람은 이를 하지 못하도록 하여, 사람

의 생명 신체나 공중위생에 관하여 위해를 발생시킬 우려가 있는 의료행위 자체를 미리 막자는 데에 그 취지가 있으므로, 무면허 의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반하는 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 규제방법은 과잉금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 카이로프랙틱과 같이 외국에서는 이미 허용되고 있는 의료행위의 면허를 외국에서 취득한 사람들에게 대해서는, 그들의 의료지식과 능력을 검증하여 충분한 능력이 있다는 평가가 나오면 의료인 자격을 부여하는 것이 바람직하겠지만, 어떠한 의료행위 능력을 가진 사람에게 의료행위를 할 수 있는 자격을 부여할 것인가는 입법정책의 문제이다.

나. 보건복지부장관의 의견

(1) 사람의 생명, 신체나 공중위생에 대하여 현실적 구체적 위해를 가하는 것이 아니라도 그러한 위해를 발생시킬 우려가 있으면 규제의 대상이 되어야 한다. 일반 국민들로서는 무면허 의료행위자 중에서 부작용 없이 의료행위를 할 수 있는 사람을 가려내는 것이 불가능하므로, 결국 국가에서 일정한 형태의 자격을 인증해 주는 의료인 면허제도를 채택하여 사전에 무면허 의료행위를 일률적 전면적으로 금지하는 방법 이외에는 대안이 없다.

(2) 외국에서 특정분야의 의사면허를 취득하였다고 하더라도 법과 제도가 다르고 국가면허시험제도가 동일하지 않으므로 우리나라의 의사와 똑같이 인정해 줄 수는 없다. 카이로프랙틱 기술은 의료행위의 하나로서, 우리나라에서는 아직 학문적으로 일반화되지 못하였으며, 정형외과 또는 재활의학과 등에서 의사가 담당할 수 있는 분야이며, 어떤 의료행위 능력을 가진 사람에게 의료행위를 할 수 있는 자격을 부여할 것인가는 입법정책의 문제이다.

(3) 카이로프랙틱은 미국 등 일부 나라에서 인정하고 있는 제도이고, 세계 카이로프랙틱연맹은 세계보건기구(WHO)와 공적인 관계를 맺고 있는 NGO(엔지오)로 활동하고 있다. 그러나, 카이로프랙틱을 별개의 제도로 도입할 경우에는 의료발전보다는 기존 의사와의 의료행위 업무영역에 관한 다툼, 보건 의료질서의 혼란 등의 부작용이 있어서, 별도의 의사면허제도로 발전시키기 보다는 기존 의학교육에 통합·융화시켜 기존 의료인이 행하는 의료행위의 일부분으로 정착·발전시킨다는 것이 보건복지부의 정책방향이다.

(4) 의료기관을 개설할 수 있는 자를 의료인과 일정한 자에 제한하는 이유는 의료는 사람의 생명과 건강을 다루는 중대한 행위이기 때문에 단순한 상거래의 대상이 아닌 공공재로서의 기능을 다하여 국민의 건강에 대한 위험을

국가가 보호하기 위한 것이며, 의료인이 아닌 자가 의료인을 고용한 다음 의료기관을 개설하는 행위를 사전에 차단함으로써 의료의 질을 관리하고 건전한 의료질서를 확립하기 위한 것이다.

다. 서울지방검찰청 검사장의 의견

카이로프랙틱 기술을 의료법 소정의 의료행위로 인정해 달라는 취지의 청구인의 주장은, 보건정책에 관한 정책판단의 문제 또는 입법의 문제로, 의료인의 개념에 관한 의료법 제2조 또는 의료법 제25조 제1항 단서의 개정으로 목적을 달성하여야 할 문제이다. 나머지 점에 대해서는 보건복지부장관의 의견과 대체로 같다.

근로기준법 제110조 위헌소원

(2005. 3. 31. 2003헌바12 전원재판부)

【판시사항】

1. 근로기준법 제110조 중 “제30조 제1항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정한 것 가운데 “근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 함으로써 제30조 제1항을 위반한 사용자”에 대한 부분(이하 이 부분만을 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 형사처벌의 대상이 되는 해고의 기준을 일반추상적 개념인 “정당한 이유”의 유무에 두고 있는 것이 헌법상 명확성의 원칙에 반하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 법정형의 경중의 면에서 자의적이고 불균형한 처벌로서 형벌체계의 정당성을 해치는 과잉금지의 원칙에 반하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 정당한 사유없이 근로자를 해고한 사용자를 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 그 수범자를 제재하는 처벌조항이다. 그런데 근로자의 해고에 관하여 법문상 요건이 되고 있는 “정당한 이유”에 대하여는 오랜 기간 그것의 의미에 대한 학문적 연구가 진행되어 그 성과가 쌓여있고 다수의 행정해석과 관련 판례들이 풍부하게 집적되어 왔다. 그리하여 이러한 경험과 사례의 축적에 의하여 이제는 그 의미 내용의 전체적 윤곽이 형성되고 구체적 사안들에서 특히 법률전문가들에게는 무엇이 여기에 해당하고 무엇이 해당되지 않는 것을 판단하기에 그다지 어려움을 느끼지 아니할 정도에까지 이르렀다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 비록 법문상으로는 “정당한 이유”라는 일반추상적 용어를 사용하고 있으나 일반인이라도 법률전문가의 도움을 받아 무엇이 금지되는 것인지 여부에 관하여 예측하는 것이 가능한 정도라고 할 것이어서 수범자인 사용자가 해고에 관하여 자신의 행위를

결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 형사처벌의 대상이 되는 해고의 기준을 일반추상적 개념인 “정당한 이유”의 유무에 두고 있기는 하지만, 그 의미에 대하여 법적 자문을 고려한 예견가능성이 있고, 집행자의 자의가 배제될 정도로 의미가 확립되어 있으며, 입법 기술적으로도 개선가능성이 있다는 특별한 사정이 보이지 아니하므로 헌법상 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

2. 고용의 유지는 근로자들의 경제적 생활의 기반이 되므로 사용자에 의하여 일방적으로 노동관계를 종식시키는 해고는 근로자의 생활에 중대한 타격을 주게 된다. 우리나라와 같이 실업에 대비한 직업소개제도나 실업보험제도 등의 사회안전망이 제대로 완비되지 못한 사회에서는 근로자의 생존권을 보장하기 위하여 부당해고를 사전에 방지할 수 있는 예방적 기능의 제도화가 절실히 요구된다. 부당해고에 대하여 처벌규정을 두는 것은 이와 같은 예방적 기능의 실현에 특히 그 효과가 크다고 할 것이다. 그리고 부당해고의 여부를 둘러싼 분쟁이 빈발하고 있으며 노동시장의 유연성이 부족하여 일단 해고된 근로자는 재취업이 제대로 이루어지지 아니하는 우리나라의 노동현실을 볼 때, 부당해고를 근로자의 생존권을 위협하는 사회적 해악으로서 처벌의 대상으로 할 것이 현실적으로 요구되고 있다. 또한 이 사건 법률조항은 서로 관련된 다른 처벌조항들과 그 법정형을 비교하여 보아도 특별히 자의적인 입법이라고 판단할 만큼의 형벌체계상의 현저한 불균형이 발견되지 않으며, 그 법정형의 상한이 징역 5년으로 설정되어 있으나 법정형의 하한은 별도로 정하여져 있지 않으므로 구체적 사건에서 법원 및 법집행당국은 이를 사안에 맞게 탄력적으로 형량하고 집행해나가는데 불합리할 정도로 장애를 주지 아니하므로 이 점에서 형량이 가혹한 것도 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 자의적이고 불균형한 처벌로서 형벌체계의 정당성을 해친다고 볼 하등의 근거가 없으며, 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다.

재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 반대의견

해고제한의 범리는 입법연혁으로 볼 때 계약자유 내지 해고자유 원칙에서 예외를 인정하며 나온 수정이론이다. 부당해고가 인정될 경우에

는 그 효과는 먼저 이에 대한 보상이 주(主)가 되며 더 발전하여 해고처분을 사법적으로 무효화하고 복직의 기회를 부여하는 데까지 발전되어 있다. 그리고 이와는 별도로 노동위원회에 의한 구제절차를 병행하여 인정함으로써 부당해고로 권리의 침해를 받은 근로자가 신속한 구제를 받을 수 있도록 하여 근로자 보호에 충실을 기하고 있다. 나아가 우리 법제는 부당해고의 행위유형 중 특별한 경우에는 처벌규정을 별도로 설치하여 이를 형사처벌의 대상으로까지 하고 있다. 그렇다면 이와 같이 중첩적으로 정비된 법제도 내에서 또다시 부당해고행위 일반을 포괄적으로 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 대등관계가 유지되어야 할 노사관계에서 사용자를 일방적으로 처벌함으로써 근로자의 이익을 지나치게 보호하는 것이 되어 형평을 잃고 있다. 오늘날 우리나라의 산업이 급격히 발전하면서 노동조합의 영향력이 강해짐으로 인하여 기업운영에 애로를 느낀 고용주들이 국내투자를 꺼리고 국내산업을 노동력이 값싼 해외로 이전하려고 하는 등 투자의욕 감퇴의 현상까지 심각하다. 전반적으로 사용자에 대한 노동자의 힘의 열세가 더 이상 대세가 아닌 사회적 현실에서 국가가 포괄적인 형사처벌로 사용자를 위축시켜 근로자로 하여금 해고의 위협으로부터 면하게 해주고자 하는 취지의 이 사건 법률조항은 더 이상 존재할 가치가 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 정당한 이유없는 해고행위 일반을 널리 처벌의 대상으로 삼는 것은 과잉된 형벌에 해당하여 헌법에 위반된다.

재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대 의견

이 사건 법률조항에서 처벌의 대상이 되는 구성요건은 ‘사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 하는 것’이다. 여기서 ‘정당하다’고 하는 개념은 매우 주관적이고 추상적인 개념이어서 어떠한 해고가 정당한 이유를 가지고 있는지 여부는 사람마다의 가치관과 윤리관에 따라 크게 달라질 수 있고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 보다 구체화하거나 객관적으로 확정하기 어렵다. 또한 해고행위의 실행은 유동하는 사회 내에서 발생하는 각종 고용관계의 구체적 경우에

따라 항상 다양하고 새롭게 나타나는 것이다. 현대사회와 같이 기업활동이 빠르게 발전하고 사회적 경제적 여건도 급격히 변화되는 상황에서는 해고의 유형과 형태도 이러한 사회변화에 따라 변모될 것이기 때문이다. 따라서 기존의 사례에 대한 이론과 판례의 집적도 미래에 발생하는 다양한 형태의 새로운 해고행위에 관하여 수범자인 국민에게 완전한 행위기준을 제시하고 공정한 경고의 기능을 다한다고 보기 어렵다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 준법정신을 가진 사용자가 실제상황에서 해고행위를 할 경우 처벌을 각오하여야만 하는 결과를 초래하고 있으며, 행위자에게 공정한 사전 예고기능을 발휘하지 못하여 법률명확성의 원칙에 위반되어, 이 점에 있어서도 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

근로기준법 제110조(벌칙) 제6조, 제7조, 제8조, 제30조 제1항·제2항 또는 제39조의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

근로기준법 제30조(해고등의 제한) ① 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다.

- ② 생략
- ③ 삭제

【참조조문】

근로기준법 제5조(균등처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

근로기준법 제30조(해고등의 제한) ① 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다.

② 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일간 또는 산전·산후의 여성이 이 법의 규정에 의하여 휴업한 기간과 그 후 30일간은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제87조에 규정된 일시보상을 행하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다.

- ③ 삭제

근로기준법 제32조(해고의 예고) ① 사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 그 예고를 하여야 하며 30일 전에 예고를 하지 아니한 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 천재·사변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지

장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 노동부령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 삭제

근로기준법 제107조(감독기관에 대한 신고) ① 사업 또는 사업장에서 이 법 또는 이 법에 의하여 발하는 대통령령에 위반한 사실이 있는 경우에는 근로자는 그 사실을 노동부장관 또는 근로감독관에게 통고할 수 있다.

② 사용자는 제1항의 통고를 이유로 근로자에 대하여 해고 기타 불리한 처우를 하지 못한다.

근로기준법 제113조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조, 제29조 제1항, 제32조, 제34조 제1항·제2항, 제49조, 제52조 제1항·제2항·제3항 본문, 제53조, 제54조, 제59조 제1항·제2항·제4항 및 제5항, 제62조, 제67조, 제68조 제1항·제2항, 제69조, 제72조, 제73조, 제81조, 제82조, 제83조, 제85조, 제86조 및 제107조 제2항의 규정에 위반한 자
2. 제52조 제4항의 규정에 의한 명령에 위반한 자
3. 삭제

근로기준법 제115조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제5조, 제13조, 제23조, 제24조, 제27조, 제28조, 제29조 제2항, 제38조, 제40조, 제41조, 제46조, 제47조, 제52조 제3항 단서, 제64조, 제65조, 제68조 제3항, 제71조, 제77조, 제94조, 제96조, 제97조, 제98조, 제101조 제2항, 제102조, 제103조 및 제106조의 규정에 위반한 자
2. 삭제
3. 제99조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반한 자
4. 제105조의 규정에 의한 근로감독관 또는 그 위촉을 받은 의사의 임검 또는 검진을 거절, 방해 또는 기피하고 그 심문에 대하여 진술을 하지 아니하거나 허위진술을 하며 장부·서류의 제출을 하지 아니하거나 또는 허위장부·서류를 제출한 자
5. 제12조의 규정에 의한 노동부장관, 노동위원회 또는 근로감독관의 요구가 있을 경우에 보고 또는 출석을 하지 않거나 허위의 보고를 한 자

남녀고용평등법 제11조(정년·퇴직 및 해고) ① 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.

② 사업주는 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하여서는 아니된다.

남녀고용평등법 제14조(직장내 성희롱 발생시 조치) ① 사업주는 직장내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체없이 행위자에 대하여 징계, 그 밖에 이에 준하는 조치를 취하여야 한다.

② 사업주는 직장내 성희롱과 관련하여 피해주장이 제기되었을 때에는 그 주장을 제기한

근로자가 근무여건상 불이익을 받지 않도록 노력하여야 한다.

③ 사업주는 직장내 성희롱과 관련하여 그 피해근로자에게 해고 그 밖의 불이익한 조치를 취하여서는 아니된다.

남녀고용평등법 제19조(육아휴직) ① 사업주는 생후 1년 미만의 영아를 가진 근로자가 그 영아의 양육을 위하여 휴직(이하 “육아휴직”이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의한 육아휴직기간은 1년 이내로 하되, 당해 영아가 생후 1년이 되는 날을 경과할 수 없다.

③ 사업주는 제1항의 규정에 의한 육아휴직을 이유로 해고 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니되며, 육아휴직 기간동안은 당해 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 사업주는 제1항의 규정에 의한 육아휴직 종료 후에는 휴직전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다. 또한 제2항의 육아휴직기간은 근속기간에 포함한다.

⑤ 육아휴직의 신청방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

남녀고용평등법 제37조(벌칙) ① 사업주가 제11조의 규정에 위반한 행위를 한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 사업주가 제8조 제1항, 제14조 제3항, 제19조 제3항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 사업주가 제7조, 제9조, 제10조, 제19조 제1항 및 제4항, 제24조 제3항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

노동조합및노동관계조정법 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위
2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 당해 노동조합에서 제명된 것을 이유로 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.
3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위
4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 노동조합의 전임자에게 급여를 지원하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간중에 사용자와 협의 또는 교섭하는 것을 사용자가 허용함은

헌재 2005. 3. 31. 2003헌마12

무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공은 예외로 한다.

5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

노동조합및노동관계조정법 제90조(벌칙) 제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

【참조판례】

헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 578-579

대법원 1994. 6. 14. 선고 93도3128 판결(공 1994하, 1994)

【당 사 자】

청 구 인 김○택

대리인 변호사 조봉국 외 1인

당해사건 부산지방법원 2002고단3481 근로기준법위반

【주 문】

근로기준법 제110조 중 ‘근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 하여 근로기준법 제30조 제1항을 위반한 사용자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다’는 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 공중전화기 판매 및 보수·관리업체인 ○○닷컴(주)의 대표이사로서, 2001. 7. 13. 경 동 회사의 영업직 수습사원인 정○환, 최○택, 천○우 등이 회사의 유류비 지급 방침에 반발하여 집단으로 근로제공을 거부하고 항의하자 동 정○환등이 ‘집단적으로 근로제공을 거부하여 회사의 정상적 운영을 저해하였다’는 등의 사유를 들어 이들을 해고하였던 것이 부당해고행위에 해당한다는 이유로 2002. 4. 30. 부산지방법원에 근로기준법 위반죄로 기소되었다. 청구인은 동 재판을 받던 중 2003. 1. 6. 사용자는 근로자에 대하여 정당한

이유없이 해고하지 못하도록 규정한 근로기준법 제30조 제1항의 규정에 위반한 자를 처벌하는 동법 제110조의 부분이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 2003. 2. 4. 위 법원이 이를 기각하자 2003. 2. 11. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 근로기준법 제110조 중 ‘제30조 제1항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다.’라고 규정한 것 가운데 ‘근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 함으로써 제30조 제1항을 위반한 사용자’에 대한 부분(이하 이 부분만을 ‘이 사건 법률조항’이라고 한다)이 헌법에 위반되는지 여부인 바, 이 사건 심판대상인 법률조항을 포함하고 있는 근로기준법 제110조 및 제30조와 관련 규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상 규정

근로기준법 제110조(벌칙) 제6조, 제7조, 제8조, 제30조 제1항·제2항 또는 제39조의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다

동법 제30조(해고등의 제한) ① 사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다.

(2) 관련규정

[별지]와 같다.

2. 청구인의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 정당한 이유없이 해고 등을 하는 행위를 처벌하는 조항인바, ‘정당한 이유’의 존재 여부를 판단함에 있어서 아무런 구체적인 기준을 제시하지 아니하고 있는 것은 결국 범죄의 성립 여부를 법집행기관의 자의적 판단에 맡기는 것이므로 죄형법정주의에 위반된다. 해고는 사용자가 근로자와의 고용계약을 일방적으로 종료시키는 법률행위로서 정당하지 못한 해고가 무효이고 손해배상책임의 대상이 될 수는 있으나 이를 형사처벌까지 하는 것은 계약자유의 원칙을 본질적으로 침해하는 것이거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이다.

나. 부산지방법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항의 취지와 내용에 비추어 죄형법정주의에 위반된다거나

계약자유 원칙 및 과잉금지의 원칙에 반하여 기본권의 본질적 내용을 침해한 것으로 보이지 아니한다.

다. 노동부장관의 의견

(1) 해고의 정당한 이유는 다양하고 사회의 변화에 따라 새로운 유형이 발생하기 때문에 입법기술상 이를 열거하는 것이 불가능하고, 외국의 입법례를 보아도 이를 추상화하여 규정하고 있다. 또한 범죄행위가 되는 정당한 이유없는 해고에 대하여는 법원의 판례를 통하여 판단기준이 정립되어 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

(2) 사인간의 계약이라고 하여도 공익의 실현을 위하여 국가가 개입하여 위반행위를 처벌할 수 있으며, 우리 헌법은 경제에 관한 규제와 조정을 허용하고 있고, 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하며 공공복리에 적합하도록 행사되어야 한다. 사인간의 계약이라고 하더라도 입법정책적으로 특정 행위를 금지하고 그 실효성을 확보하기 위하여 처벌규정을 둔다고 하더라도 계약자유 원칙의 본질적 침해라고 할 수 없는바, 정당한 이유없는 해고의 경우 민사상 손해배상과는 별도로 형사처벌을 규정하였다고 하여 이를 가지고 계약자유 원칙의 본질적 침해라고 할 수 없다.

(3) 이 사건 법률조항은 사회·경제적 약자인 근로자를 보호하기 위한 것으로 목적의 정당성이 있고, 헌법이 요구하는 최저한의 근로조건을 강제하기 위해서는 민사적 해결방법 이외에도 위반시의 형사처벌조항을 두는 것이 필요하고 효과적이며, 그 형량을 보아도 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 하면서 구체적 사건에 있어서는 행위의 양태나 위반의 심각성 등 제반 정상을 감안하여 법원에 의한 적절한 양형이 이루어질 수 있도록 하고 있으므로 침해의 최소성의 요건도 충족된다. 따라서 과잉금지의 원칙에도 반하지 아니한다.

3. 적법요건에 관한 판단

이 사건 법률조항은 청구인이 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고행위를 범하였다는 이유로 기소되어 재판중인 당해 사건에서 청구인에 대한 처벌의 근거조항이므로 그 위헌 여부는 재판의 전제가 된다고 할 것이고, 청구인이 제기한 위헌심판제청신청(부산지방법원 2003초기13)은 2003. 2. 4. 기각되어 청구인은 같은 해 2. 11. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였으므로 심판청구기간도 준수되었음이 명백하다. 그 밖에 다른 적법요건상의 흠결이 있다는 사정이 엿보이지 아니하므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

4. 본안에 관한 판단

가. 이 사건 법률조항의 연혁과 입법 목적

근로자의 해고에 대한 실체적 제한으로서 해고에 ‘정당한 이유’가 있을 것을 요구하고 정당한 이유없는 해고행위를 처벌의 대상으로 하는 이 사건 법률조항은 근로기준법이 1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정될 때 동 법 제110조 제1호, 제27조 제1항으로 설치된 이래 수 차례의 개정에 의하여 조문의 순서가 바뀌고 법정형의 형량이 강화되었을 뿐 계속 존속하고 있다.

이 사건 법률조항은 근로자의 생존권을 직접 위협하는 부당해고에 대한 사회적 반감을 고려하여 사용자가 사회통념에 반하여 근로자를 정당한 이유없이 해고하는 것을 범죄화하며 그 위반행위를 형벌로 응징함으로써 행위자에게 징벌을 가하고 그 피해자의 피해감정을 완화, 회복시키고자 하는 조항이다. 나아가 이 사건 법률조항은 널리 사용자에게 부당해고를 경고하며 이를 예방하고자 하는 데에도 입법목적이 있는 조항이라고 할 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 명확성 원칙 위배 여부에 대한 판단

(1) 명확성 판단의 기준

법률 명확성의 원칙은 법치주의와 신뢰보호의 원칙에서 비롯되는 것이며, 불명확한 법률이 무효가 되어야 하는 것은 그것이 수범자에 대하여 ‘공정한 경고’를 흠결하기 때문이다. 여기서의 수범자는 준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인을 의미하는데, 준법정신을 가진 평균인은 애매한 법문을 자신이 해석할 수 없을 때 자신만의 판단에 의할 것이 아니라 법률전문가나 당해 법령에 보다 정통한 지식을 가진 사람 등의 의견이나 조언을 직접, 간접적으로 듣거나 참조하여 자신의 행동 여부를 결정하게 된다. 특정의 금지규정 내지 처벌규정의 내용을 파악함에 있어서 평균인의 입장에서 전문가의 조언이나 전문서적 등을 참고하여 자기의 책임하에 행동방향을 잡을 수 있고 그러한 결론이 보편성을 띠어 대부분 같은 결론에 도달할 수 있다면 명확성을 인정할 수 있고, 법률전문가 등의 조언을 구하여도 자신의 행위가 금지되는 것인지 아닌지를 도저히 정확히 예측할 수 없다면 그 규정은 불명확하여 무효가 될 수 밖에 없는 것이다. 이와 같이 법령 특히 형벌법규의 내용은 일반인에게 명확한 고지가 이루어져야 하는 것이나, 다만 당해 법령의 특성에 맞추어 그 일반인이 어떤 행위를 결정할 때 통상 어느 정도 법적 전문지식에 의한 보완을 받게 된다는 점을 감안하여 명확성 여부를 판단하여야 한다.

한편 명확성 원칙의 준수 여부는 문제된 법령의 문구가 확실하지 않음으로

써 자의적이고 차별적인 적용을 가져올 수 있는지 여부에 의하여서도 판별될 수 있다. 다만 법령이 그 집행자에게 어느 정도의 재량을 부여한다는 이유만으로 바로 무효로 할 것은 아니고, 집행자에게 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 그 법령이 원래 의미하고 목적하는 것 이상의 자의적 적용을 방지할 수 있어야 할 것이다. 또한 당해 법령의 성질 및 규제대상 등에 비추어 입법기술상 최고의 상태로 작성되었는지 여부가 명확성 판단의 또 하나의 기준이 될 수 있다. 일반 추상적 표현을 불가피하게 사용한다 하더라도 예시의 방법, 정의규정을 별도로 두는 방법, 주관적 요소를 가중하는 방법 등으로 보다 더 구체적 입법이 가능함에도 불구하고 이러한 입법적 개선을 하지 아니하고 있는지 여부가 헌법위반의 판단기준이 될 수 있는 것이다.

(2) 이 사건 법률조항의 '정당한 이유'에 대한 해석

근로기준법은 사용자가 근로자를 해고함에 있어서 무엇이 정당한 이유인가에 대하여 더 이상 구체적으로 규정하지 아니하고 있으며, 현실적으로는 취업규칙이나 단체협약을 통하여 당해 사업장의 근로자에 대한 해고사유들이 정하여지고 있다. 그러나 취업규칙이나 단체협약에 규정되었다고 하여 모두 타당한 내용을 가지는 것이라고는 할 수 없고 그 구체적 의미에 관하여는 별도의 법적 평가가 필요한 바, 이에 대하여는 오랜 기간 학문적 연구의 성과가 쌓이고 행정해석 및 관련 판례들이 집적되어 다음과 같은 요지의 해석이 이루어져 있음이 일반적으로 인정되고 있다.

여기서 정당한 이유의 유무는 개별적 사안에 따라 구체적으로 결정될 일이지만 그 일반적 내용은 해당 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 계속 유지할 수 없을 정도의 이유, 즉 해당근로자와의 근로관계의 유지를 사용자에게 더 이상 기대할 수 없을 정도의 것이 되어야 하는 것이다. 여기에는 업무에 대한 적성에 흠이 있거나 직무능력이 부족한 경우, 계약상의 노무급부를 곤란하게 하는 질병, 사업상의 기밀누설의 가능성, 무단결근이나 지각·조퇴, 근로제공의 거부, 업무능력을 갖추었음에도 불구하고 불완전급부 내지 열등한 급부의 제공, 범법행위의 초래, 특정 신조나 사상과 밀접히 연관된 소위 경향사업(傾向事業)에 있어서 근로자가 이러한 경향성을 상실한 경우 등이 일반적으로 이러한 정당한 이유에 해당하는 것으로 인정되고 있다. 이와 같이 해석에 의한 기준이 확립되어 있기는 하나 해고가 정당한가의 여부는 항상 개별적 사례에 따라 구체적으로 판단되어야 하며, 근로자가 직장을 상실함으로써 받게 되는 손해와 근로관계를 종료시킴으로써 얻게되는 사용자의 이익 사이

의 신중하고 포괄적인 이해형량이 이루어져야 한다. 여기서 사용자측의 이해에 대한 평가와 관련해서는 사업의 기능유지, 재산적 손해와 위험 발생의 방지, 대외적 위신의 추락, 다른 근로자에 대한 보호의 필요 등이 고려되어야 하며, 근로자측에 관하여 문제가 된 의무위반의 종류, 중요성, 빈도와 근로자가 종래에 행한 행태와의 관련성, 사용자의 공동과실책임, 근무연한, 연령, 부양 의무의 범위, 해직시점에서 근로시장의 상황, 전직의 가능성 등이 고려되어야 한다.

특히 대법원은 사용자가 근로자에게 어떤 징벌을 가함에 있어서 ... 징벌이 그 내용에 있어 징벌권을 남용하거나 또는 그 범위를 벗어난 것으로 인정되고 또 그것이 사회통념상 가벌성이 있는 것으로 평가되는 경우에 한하여 형사처벌의 대상이 된다고 해석한다(대법원 1994. 6. 14. 93도3128). 결국 대법원에 의하면 형사처벌의 대상이 되는 사회적 정당성의 개념 범위는 구체적 사안에 따라 문제된 해고행위를 형사처벌하는 것이 사회적 통념에 비추어 합당한가 여부에 의하여 결정되고 있는 것이다.

(3) 이 사건 법률조항의 '정당한 이유'가 명확성 원칙에 반하는지 여부에 대한 판단

이 사건 법률조항은 정당한 사유없이 근로자를 해고한 사용자를 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 그 수범자를 제재하는 처벌조항이다. 따라서 이 사건 법률조항의 명확성 여부를 심사함에 있어서는 해고에 '정당한 사유가 있는지 여부'의 기준이 행위규범으로서 수범자에게 충분한 사전경고기능을 가질 수 있는지 여부를 중심으로 하여 엄격한 심사가 이루어져야 할 것이다.

일반적으로 '정당하다' 내지 '부당하다'고 하는 표현은 특정의 대상에 대하여 관련된 모든 사정들을 종합적으로 고려한 다음 내리는 최종적인 가치평가의 결론을 표현하는 추상적인 기준이다. 그리하여 이 사건 법률조항에서 말하는 '정당한 사유'라고 하는 것도 그 사전적 의미만으로는 문제된 해고가 관련된 모든 사정들을 종합하여 객관적으로 판단하여 볼 때 사안에 합당하다는 정도의 기준을 제공할 뿐이다.

그러나 '정당하다'고 하는 것의 문언적 의미가 주는 효과는 그 정도에 그친다고 하더라도 근로자의 해고에 관하여 범문상 사용되고 있는 이러한 표현 즉 '정당한 이유'는 앞서 말한 바와 같이 오랜 기간 그것의 의미에 대한 학문적 연구가 진행되어 그 성과가 쌓여있고 다수의 행정해석과 관련 판례들이

풍부하게 집적되어 왔다. 그리하여 이러한 경험과 사례의 축적에 의하여 이제 는 그 의미 내용의 전체적 윤곽이 형성되고 구체적 사안들에서 특히 법률전문가들에게는 무엇이 여기에 해당하고 무엇이 해당되지 않는 것을 판단하기에 그다지 어려움을 느끼지 아니할 정도에까지 이르렀다고 보아야 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 비록 법문상으로는 ‘정당한 이유’라는 일반추상적 용어를 사용하고 있으나 일반인이라도 법률전문가의 도움을 받아 무엇이 금지되는 것인지 여부에 관하여 예측하는 것이 가능한 정도라고 할 것이어서 수범자인 사용자가 해고에 관하여 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다고 할 것이다.

한편 ‘정당한 이유’라는 해고기준은 다소 일반추상적인 것이기는 하나, 앞서 본 바와 같은 학설, 행정해석 및 판례의 집적을 통하여 실무적 기준이 충분히 확립되어 있으므로 그 집행자가 정당한 사유를 자의적으로 해석하는 것을 허용하지 아니하고 있다. 결국 이 사건 법률조항은 그 집행자에게 신뢰할 수 있는 합리적 기준을 제시하고 있으며 임의로 해석 적용될 여지를 주고 있다고는 할 수 없다.

근로자의 해고는 본질상 그 태양이 다양하고 장래 근로조건과 환경의 변화에 따라 발전, 변화하게 되는 것이다. 따라서 현재의 상황에서 여러 가지의 해고의 태양을 분류하고 그에 따른 정당한 사유의 종류를 정의한다고 하더라도 장래에 이와 같은 규범이 적절히 유지되기는 어렵다. 또한 모든 해고의 형태를 일일이 열거하여 그 해고의 정당성의 범위를 규정해두는 것은 입법기술적으로도 불가능한 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항과 같이 법문상으로는 부당해고의 금지를 일반추상적으로 규정하고 구체적인 근로계약에서 어떤 유형이 부당해고에 해당하는지를 법원의 판례를 통하여 구체화하고 그 집적을 통하여 판단기준을 발전시켜 나가는 것이 반드시 부적절한 입법태도라고 할 수도 없다.

(4) 소 결

그렇다면 비록 이 사건 법률조항이 형사처벌의 대상이 되는 해고의 기준을 일반추상적 개념인 ‘정당한 이유’의 유무에 두고 있기는 하지만, 그 의미에 대하여 법적 자문을 고려한 예견가능성이 있고, 집행자의 자의가 배제될 정도로 의미가 확립되어 있으며, 입법 기술적으로도 개선가능성이 있다는 특별한 사정이 보이지 아니하므로 헌법상 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

다. 이 사건 법률조항의 과잉금지원칙 위배 여부에 대한 판단

(1) 처벌규정의 과잉금지원칙 위배 여부 판단의 기준

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 범죄의 설정과 법정형의 종류와 범위의 선택은 행위의 사회적 악성과 범죄의 죄질 및 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관과 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 행위를 범죄로 규정하고 그 법정형을 정한 것이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다(헌재 2002. 11. 29. 2001헌가16, 판례집 13-2, 578-579 등).

(2) 과잉금지 원칙의 위배 여부에 대한 판단

(가) 고용의 유지는 근로자들의 경제적 생활의 기반이 되므로 사용자에 의하여 일방적으로 노동관계를 종식시키는 해고는 근로자의 생활에 중대한 타격을 주게 된다. 따라서 우리나라와 같이 실업에 대비한 직업소개제도나 실업보험제도 등의 사회안전망이 제대로 완비되지 못한 사회에서는 근로자의 생존권을 보장하기 위하여 부당해고를 사전에 방지할 수 있는 예방적 기능의 제도화가 절실히 요구된다. 부당해고에 대하여 처벌규정을 두는 것은 이와 같은 예방적 기능의 실현에 특히 그 효과가 크다고 할 것이다. 또 비록 해고제한의 법제가 마련되어 있으나, 아직 노사간의 신뢰가 정착되지 못하여 상호극한적 대립이 빈번하고 분쟁시 노사관계의 틀을 정한 법규정들이 원만히 준수되지 못하며 특히 부당해고의 여부를 둘러싼 분쟁이 빈발하고 있을 뿐만 아니라 노동시장의 유연성이 부족하여 일단 해고된 근로자는 재취업이 제대로 이루어지지 아니하는 우리나라의 노동현실을 고려할 때, 아직은 부당해고의 제한이 단지 계약자유의 원칙에 대한 예외로서의 의미를 가진다는 법이론적 측면에만 치중할 것이 아니라, 근로자의 생존권을 위협하는 사회적 해악으로서 처벌의 대상으로 하는 것이 요구되고 있는 현실적 상황을 고려하여야 한다.

그렇다면 이와 같은 노동현실을 가진 우리나라에서 근로자를 정당한 이유 없이 해고하는 사용자의 행위를 처벌의 대상으로 한 입법자의 결정은 공익목

적의 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙에 명백히 위배되는 경우가 된다고 할 수 없으므로 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정할 수 없고, 이러한 입법자의 판단은 존중되어야 한다.

(나) 일반적으로 범정형은 입법자가 그 범죄의 불법 및 책임의 정도를 평가한 것이고 범정형의 경중은 그 범죄의 불법과 책임의 정도에 비례하는 것이 되어야 한다. 그렇다고 하여 엄격하게 그들 범죄간의 책임을 형량하여 범정형을 정할 것을 요구하는 것은 아니고 또한 그것이 언제나 가능한 일도 아니다. 입법자의 결단에 의하여 처벌되는 범죄는 단지 그 범정형을 평면적으로 비교하여 경중을 가릴 수 없으며, 언뜻 보기에는 죄형이 서로 상응되지 않는 것처럼 보인다고 하여 이를 두고 반드시 평등원칙에 반하는 자의적이고 불균형한 처벌이라고 단정할 수 없다.

이 사건 법률조항은 일반적 부당해고에 대한 처벌조항으로서 근로자를 부당해고한 사용자를 징역 5년 이하 또는 벌금 3,000만 원 이하에 처하도록 규정하였는데, 이러한 일반적 해고금지와는 별도로 우리 노동법제상 특별한 이유에 의한 해고제한규정들이 존재하고 있다.

헌행법상 특별히 개별적으로 금지되고 있는 해고 유형에 해당하는 것으로는, 부당노동행위로서의 해고(노동조합및노동관계조정법 제81조 제1호 및 제5호), 성별이나 국적, 신앙 및 사회적 신분에 따른 차별적 처우로서의 해고(근로기준법 제5조), 산업재해 또는 산전 산후의 휴업으로 인한 해고(근로기준법 제30조 제2항), 해고예고기간의 설정(근로기준법 제32조 제1항), 감독기관에 대한 신고를 이유로 하는 보복적 해고(근로기준법 제107조 제2항), 여자 근로자에 대한 차별적 해고(남녀고용평등법 제11조) 등이 있다. 그런데 이러한 특별 해고제한의 위반행위에 대한 벌칙은 다양하고 상호간 편차를 보이고 있으며, 위 '부당노동행위로서의 해고' 금지에 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금(노동조합및노동관계조정법 제90조), 위 '사회적 신분등 차별적 처우로서의 해고' 금지에 위반한 경우에는 500만 원 이하의 벌금(근로기준법 제115조), 위 '산업재해등으로 인한 해고' 금지에 위반한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금(근로기준법 제110조), 위 '예고기간 중의 해고'나 '보복적 해고'의 금지에 위반한 경우에는 2년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금(근로기준법 제113조), 위 '여자근로자 차별 해고'의 금지에 위반한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금(남녀고용평등법 제37조)에 각각 처하게 되어 있다.

해고에 대하여는 일반적 금지와 처벌규정이 있음에도 불구하고 이처럼 '특별한 해고제한규정 위반'에 대하여 별도의 벌칙규정들을 두고 있는 것은 사용자에 의한 자의적인 해고로부터 근로자들을 보다 철저히 보호하기 위한 입법정책적 배려에서 나온 것이다.

그런데 그 중 '부당노동행위로서의 해고', '산업재해등으로 인한 해고', '보복적 해고' 및 '여자근로자 차별 해고'는 각각 정당한 이유없는 해고의 특수한 형태를 별도로 정한 것으로서 이 사건 법률조항과 법정형이 동일하거나 낮게 정하여져 있다. 그러나 이러한 법정형의 양정은 이 사건 법률조항이 부당해고의 모든 형태를 포괄하는 일반적 처벌조항으로서 가장 나쁜 죄질의 행위에게도 적용되어야 할 조항임을 감안하면 특별히 불합리하다고 볼 수 없다. 그리고 위 '사회적 신분등 차별적 처우'의 금지조항은 해고뿐만 아니라 널리 차별적 처우행위 자체를 제한하고 처벌하는 취지의 조항으로서 해고는 차별적 처우행위 중에서도 가장 중대한 행위의 하나가 될 것임을 생각할 때 이 사건 법률조항과 비교하여 통상적으로 불법과 책임의 정도가 경하다고 할 것이므로 그 법정형이 벌금형만으로 상대적으로 경하게 되어 있는 점도 수긍될 수 있다. '예고기간 중의 해고'의 경우는 해고에 필요한 절차를 위반한 경우이므로 실제적 해고사유 위반을 처벌하는 이 사건 법률조항과의 법정형의 비교는 무의미하다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 서로 관련된 다른 처벌조항들과 법정형을 비교하여 보아도 특별히 자의적인 입법이라고 판단할 만큼의 형벌체계상의 현저한 불균형이 발견되지 않는다.

또한 이 사건 법률조항은 그 법정형의 상한이 징역 5년으로 설정되어 있으나 법정형의 하한은 별도로 정하여져 있지 않으므로 구체적 사건에서 법원 및 법집행당국은 이를 사안에 맞게 탄력적으로 형량하고 집행해나기는데 불합리할 정도로 장애를 주지 아니하므로 이 점에서 형량이 가혹한 것도 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 법정형의 경중의 면에서 자의적이고 불균형한 처벌로서 형벌체계의 정당성을 해친다고 볼 하등의 근거가 없으며, 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다.

5. 결 론

이상에서 살펴 본 바와 같이 정당한 이유 없는 해고행위를 처벌하는 이 사건 법률조항은 법률명확성의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하여 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은

재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 아래 6.과 같은 반대의견 및 재판관 권 성, 재판관 이상경의 아래 7.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

6. 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 반대의견

우리는 근로기준법 제110조 중 「제30조 제1항의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다」는 부분은 과잉금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 생각하므로 다음과 같이 반대의견을 밝히고자 한다.

가. 이 사건 법률조항은 사용자가 정당한 이유없이 근로자를 해고한 경우 5년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정한다. 그런데 이와 같이 이 사건 법률조항이 정당한 이유없는 해고행위 일반을 널리 처벌의 대상으로 삼는 것은 과잉된 형벌에 해당하는 것이다.

해고제한의 법리는 입법연혁으로 볼 때 계약자유 내지 해고자유 원칙에서 예외를 인정하며 나온 수정이론이다. 그리고 부당해고가 인정될 경우에는 그 효과는 먼저 이에 대한 보상이 주(主)가 되며 더 발전하여 해고처분을 사법적으로 무효화하고 복직의 기회를 부여하는 데까지 발전되어 있다. 그리고 일반적으로 노동법의 보호는 이와 같은 사법적 보호에 의하여 충분히 그 입법목적이 달성되는 것이다. 이렇게 우리나라의 노동법제상 부당해고의 구제를 위하여 일반적인 민사소송의 길이 열려있으나, 이와는 별도로 노동위원회라는 독립행정기관에 의한 구제절차가 마련되어 있다. 그리하여 사용자가 정당한 이유없이 해고한 경우 형사처벌 이외에 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있도록 하고(근로기준법 제33조 제1항), 노동위원회는 해고의 정당사유가 없다고 판정한 때에는 구제명령을 발하여야 하며 정당사유가 있다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다. 또 지방노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 불복이 있는 자는 그 명령서 또는 결정서의 송달을 받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심을 신청할 수 있으며, 중앙노동위원회의 재심판정에 대하여 관계당사자는 명령서, 결정서 또는 재심판정서의 송달을 받은 날로부터 15일 이내에 행정소송법에 정하는 바에 의하여 소를 제기할 수 있다. 이와 같이 우리나라의 노동법제는 법원을 통한 사법적 구제제도와는 별도로 노동위원회에 의한 구제제도를 인정하여 병용할 수 있도록 함으로써 해고 등으로 권리의 침해 받은 근로자가 신속한 구제를 받을 수 있도록 하여 근로자 보호에 충실을 기하고 있다.

한편 우리 법제는 부당해고의 행위유형 중, 부당노동행위로서의 해고(노동조합및노동관계조정법 제81조 제1호 및 제5호), 성별이나 국적, 신앙 및 사회적 신분에 따른 차별적 처우로서의 해고(근로기준법 제5조), 산업재해 또는 산전 산후의 휴업으로 인한 해고(근로기준법 제30조 제2항), 해고예고기간의 설정(근로기준법 제32조 제1항), 감독기관에 대한 신고를 이유로 하는 보복적 해고(근로기준법 제107조 제2항), 여자 근로자에 대한 차별적 해고(남녀고용평등법 제11조) 등 특별한 경우에는 처벌규정을 별도로 설치하여 이를 형사처벌의 대상으로까지 하고 있다.

그렇다면 이와 같이 중첩적으로 정비된 법제도 내에서 또다시 부당해고행위 일반을 포괄적으로 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 대등관계가 유지되어야 할 노사관계에서 사용자를 일방적으로 과잉되게 처벌함으로써 해고 여부에 관한 사용자의 정당한 의사결정까지 위축시키고 해고를 면하고자 하는 근로자의 이익을 지나치게 보호하는 것이 되어 형평을 잃고 있다고 할 것이다.

미국, 독일, 프랑스 및 일본 등 선진 제국의 입법례를 살펴보면, 여성근로자의 차별적 해고 등 일반적으로 사회적 비난가능성이 높은 특별한 해고유형에 대하여 개별적 처벌조항을 두는 예는 있으나, 행위유형의 여하를 불문하고 부당해고를 일반적으로 처벌의 대상으로 삼는 것은 그 유례를 찾을 수 없다.

나. 현실적으로 볼 때, 부당해고의 분쟁이 발생하여 지방노동위원회의 구제명령을 사용자가 이행하지 아니할 경우 노동위원회는 소속 근로감독관으로 하여금 특별사법경찰관을 행사토록 하여 동 사용자를 조사한 다음 검찰에 송치하고 검사가 이를 검토하여 기소하는 방식으로 구체적인 분쟁이 처리되고 있다. 이에 따라 노동위원회의 부당해고 판정에 대한 불복에 관한 이 사건 법률조항의 적용은 ‘근로자와 사용자간의 근로관계가 사용자의 해지로 종료되었는가’ 하는 근본적으로 민사적인 법률분쟁을 모두 형사사건화하는 결과를 초래하고 있다. 이것은 부당해고 중 본질적으로 민사적 분쟁에 불과하여 형사처벌의 가치가 없는 많은 사건들이 형사처벌에 의하여 다스려진다는 것을 의미한다. 그리하여 대법원은 부당해고로 인정되는 경우 중에서도 ‘사회통념상 처벌할 가치가 있는 것’에 한하여 형사처벌의 대상으로 한다고 하면서 사용자가 지나치게 광범위하게 처벌되는 것을 막아 보고자 하는 것이지만, 근본적으로는 역시 불필요하게 광범위한 처벌규정을 두고 있는 것이 문제가 된다. 이러한 현실을 생각하여 보아도 이 사건 법률조항은 과잉된 것으로서 폐지되어야 하는 것이다.

다. 이 사건 법률조항이 제정되고 운용될 초기에는 6·25전쟁의 직후로서 우리나라의 산업이 빈약한 규모에 있었고 일자리의 부족이 심각하여 자연상태의 노사관계에 있어서도 근로자가 사용자에게 해고 문제에서 충분히 대항할 수 없는 상태에 있었다고 사료된다. 따라서 이 사건 법률조항과 같은 포괄적 처벌조항을 설치하여 부당해고에 관하여 국가형벌권이 직접 개입할 근거를 마련할 필요성이 있을 수도 있다. 그러나 그 후 우리나라의 산업이 급격히 발전하고 이에 따른 일자리의 확대로 근로자들이 증가하고 대규모 단체행동의 실행 등을 통하여 사용자의 부당행위에 대하여 근로자들이 대항할 수 있는 힘이 급격히 증대되고, 나아가 오늘날에 있어서는 노동조합의 강한 영향력으로 인하여 기업운영에 애로를 느낀 고용주들이 국내투자를 꺼리고 국내산업을 노동력이 값싼 해외로 이전하려고 하는 등 투자이욕 감퇴의 현상까지 심각해진 정도에까지 이르고 있다. 전반적으로 사용자에 대한 노동자의 힘의 열세가 더 이상 대세가 아닌 사회적 현실에서 국가가 포괄적인 형사처벌로 사용자를 위축시켜 근로자로 하여금 해고의 위협으로부터 면하게 해주어야 하는 취지의 이 사건 법률조항은 더 이상 존재할 가치가 사라진 것이라고 보아야 한다.

이상과 같은 이유로 이 사건 법률조항이 과잉처벌금지의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 생각하므로 다수의견에 반대하는 것이다.

7. 재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항 중 사용자가 근로자에 대하여 ‘정당한 이유없이 해고를 하는 것’을 금지하는 법 제30조 제1항 부분이 법률 명확성의 원칙에도 반하기 때문에 헌법에 위반된다고 보므로 다음과 같이 반대의견을 밝히고자 한다.

가. 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌마27등, 판례집 4, 255, 268-269). 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 이러한 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이며, 죄형법정주의, 조세법률주의, 포괄위임금지과 같은 원칙들에도 명확성의 요청이 이미 내재되어 있다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 627-628). 그러나 명확성의 원칙은 어떤 법률에 있어서나 동일한 정도로 요구되는 것은

아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있는 것이다. 일반적으로 법규를 민사법규와 형사법규로 나누어 볼 때, 양자는 모두 재판규범이면서 동시에 행위규범이지만 형벌법규는 재판규범이기 이전에 행위규범인 측면이 강조되는데 비하여 민사규범은 기본적으로 재판규범의 측면이 훨씬 강조된다. 따라서 민사규범에서는 ‘신의성실’, ‘선량한 풍속’, ‘불공정한’, ‘정당한 사유’ 등의 표현이 법원에서 적용되기에 적합한 언어적 표현으로 문제가 없지만, 만약 형벌법규에서 그와 같은 표현이 사용되었다면 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌지 곧바로 문제될 수 있다. 또한 형벌법규는 그 내용과 효력이 개인의 자유와 신체에 바로 영향을 미치기 때문에 대부분 재산상 효력에 그치는 민사법규에 비하여 보다 명확하여야 한다. 이와 같이 형사법규 혹은 국민의 이해관계가 침해하게 대립되는 법률에 있어서는 법률 불명확성의 심사는 특히 더 엄격하여야 하는 것이다.

나. 이 사건 법률조항에서 처벌의 대상이 되는 구성요건은 ‘사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고를 하는 것’이다. 그런데 여기서 부당해고를 판별하는 기준이 되어있는 ‘정당한 이유’의 개념은 너무나 불명확하고 애매하다.

대저 정당하다 혹은 정당하지 않다고 하는 개념은 문제된 주제에 관련된 제반 상황을 종합적으로 고려하여 선악의 가치판단을 하는 것으로서 매우 주관적이고 추상적인 개념이어서 어떠한 해고가 정당한 이유를 가지고 있고, 어떠한 해고가 정당한 이유를 가지지 아니하는 것인지 여부는 사람마다의 가치관과 윤리관에 따라 크게 달라질 수 있고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 보다 구체화하거나 객관적으로 확정하기도 어렵다. 이러한 까닭에 대법원도 해고의 정당한 이유의 존부를 해석함에 있어서 문제된 해고행위를 처벌하는 것이 ‘사회통념상 적합한 것’이 되어야 함을 요구하고 있는 것이다. 그러나 여기서 ‘사회통념상 적합하다’는 것도 매우 주관적이고 추상적인 개념인 것은 마찬가지이고, 이러한 기준으로도 일반인에게 공정한 경고를 줄 만큼 ‘정당한 이유’의 구체적 의미를 확정하여준 것이라고 하기에 충분하지 않다.

또한 해고의 ‘정당한 사유’는 비록 관례와 학설이론에 의하여 그 내용이 다각도로 조명되어 전체적 윤곽과 한계가 제시되어 있다고는 하지만, 해고행위의 실태는 유동하는 사회 내에서 발생하는 각종 고용관계의 구체적 경우에 따라 항상 다양하고 새롭게 나타나는 것이다. 현대사회와 같이 기업활동이 빠

르게 발전하고 사회적 경제적 여건도 급격히 변화되는 상황에서는 해고의 유형과 형태도 이러한 사회변화에 따라 변모될 것이기 때문이다. 따라서 기존의 사례에 대한 이론과 판례의 집적도 미래에 발생하는 다양한 형태의 새로운 해고행위에 관하여 수범자인 국민에게 완전한 행위기준을 제시하고 공정한 경고의 기능을 다하는 데에 충분한 역할을 한다고 보기 어렵다.

다. 해고행위가 정당한 이유에 기한 것인지 아니면 부당한 이유에 기한 것인지는 사용자와 근로자의 양측에서 첨예한 견해의 대립을 노출시키는 것이 보통이며, 이러한 분쟁은 대개 법원의 판결에 의하여 최종적으로 확정되게 된다. 따라서 '정당한 이유없는 해고'라는 것만으로 처벌의 유일한 구성요건으로 삼는 것은 수범자로 하여금 무엇이 처벌되는 행위인지 확신을 가질 수 없는 상태에서 일단 실행을 해버리고 난 다음 그 사후에 분쟁이 생기면 그 때에 재판을 받아서 그 판결의 결과에 따라 처벌 가부가 확정되는 것과 같은 상황을 초래하게 된다. 이러한 현상은 모두 해고의 '정당한 이유'의 개념이 매우 추상적이고 주관적인 특성을 가진 데에서 연유하는 것이다. 이것은 결국 이 사건 법률조항이 '정당한 이유없는 해고'라는 불명확한 개념을 범죄의 구성요건으로 삼고 있어서 그 행위자에 대하여 사전경고적 기능을 온전히 다하지 못하고 있다는 것을 의미하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 준법정신을 가진 사용자가 실제상황에서 해고행위를 할 경우 형사입건과 처벌을 각오하여야만 하는 결과를 초래하고 있으며, 행위자에게 공정한 사전 예고기능을 전혀 발휘하지 못하여 법률명확성의 원칙에 위반되어, 이 점에 있어서도 헌법에 위반된다.

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

[별 지]

관련 규정

근로기준법 제5조(균등처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차

별적 처우를 하지 못한다.

근로기준법 제30조(해고등의 제한) ② 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일간 또는 산전·산후의 여성이 이 법의 규정에 의하여 휴업한 기간과 그 후 30일간은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제87조에 규정한 일시보상을 행하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니한다.

근로기준법 제32조(해고의 예고) ① 사용자는 근로자를 해고(경영상 이유에 의한 해고를 포함한다)하고자 할 때에는 적어도 30일전에 그 예고를 하여야 하며 30일전에 예고를 하지 아니한 때에는 30일분 이상의 보상임금을 지급하여야 한다. 다만, 천재·사변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 노동부령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

근로기준법 제107조(감독기관에 대한 신고) ② 사용자는 제1항의 통고를 이유로 근로자에 대하여 해고 기타 불리한 처우를 하지 못한다.

근로기준법 제110조(벌칙) … 제30조 제2항 또는 제39조의 규정에 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 3000만 원 이하의 벌금에 처한다.

근로기준법 제113조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 1000만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. …제32조, … 제107조 제2항의 규정에 위반한 자

근로기준법 제115조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제5조, … 의 규정에 위반한 자

노동조합및노동관계조정법 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다

1. 노동자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 근로자에게 불이익을 주는 행위
5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출할 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

노동조합및노동관계조정법 제90조(벌칙) 제44조 제2항, 제69조 제4항, 제77조 또는 제81조의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

남녀고용평등법 제11조(정년·퇴직 및 해고) ① 사업주는 근로자의 정년·퇴직 및 해고에 있어서 남녀를 차별하여서는 아니된다.

남녀고용평등법 제14조(직장 내 성희롱 발생시 조치) ③ 사업주는 직장내 성희롱과 관련하여 그 피해 근로자에게 해고 그 밖의 불이익한 조치를 취하여서는 아니된다.

남녀고용평등법 제19조(육아휴직) ③ 사업주는 제1항의 규정에 의한 육아휴직을 이유로 해고 그밖의 불리한 처우를 하여서는 아니되며, 육아휴직 기간 동안은 당해 근로자를 해고하지 못한다. 다만 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

남녀고용평등법 제37조(벌칙) ① 사업주가 제11조의 규정에 위반한 행위를 한 경우에는 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 사업주가 제8조 제1항, 제14조 제3항, 제19조 제3항의 규정에 위반한 행위를 한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

형사소송법 제361조의4 제1항 위헌소원

(2005. 3. 31. 2003헌바34 전원재판부)

【판시사항】

1. 소송기록접수통지를 받은 후 일정한 기간 내 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 하도록 규정하고 있는 형사소송법 제361조의4 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리를 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법 제27조 제1항이 규정하는 재판받을 권리가 항소심재판을 받을 권리를 반드시 포함하는 것이 아니므로, 항소이유서 제출의무를 부과하지 않을지 아니면 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 할지 여부는 기본적으로 입법자가 형사 항소심의 구조와 성격, 형사사법 절차의 특성을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이며, 따라서 소송기록접수통지를 받은 후 일정한 기간 내 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 하도록 규정하고 있는 형사소송법 제361조의4 제1항은 비례의 원칙에 위반되지 않아 헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리를 침해하지 않는다.
2. 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 할지 아니면 항소이유서 제출의무를 부과하지 않을지는 그 나라가 취하고 있는 소송법체계에 따라 입법자에 의하여 비로소 형성될 성질의 것으로 광범위한 입법권의 형성범위 내에 속하는 사항인 데다가, 이 사건 법률조항이 신속·원활한 항소심재판의 운영이라는 입법목적에 근거한 것으로 수단의 적절성, 최소침해성 및 법익균형성도 충족하고 있으므로, 비록 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 하도록 규정함으로써 항소심재판을 받을 기회를 일부 제한하고 있다고 하더라도 이

는 정당한 목적에 의한 합리적인 차별이라고 할 것이어서 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등권을 침해하는 위헌규정이라고 할 수 없다.

【심판대상조문】

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제361조의4(항소기각의 결정) 항소인이나 변호인이 전조제1항의 기간내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. 단, 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제27조 제1항

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제361조의2(소송기록접수와 통지)

① 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 한다.

② 전항의 통지전에 변호인의 선임이 있을 때에는 변호인에게도 전항의 통지를 하여야 한다.

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제361조의3(항소이유서와 답변서)

① 항소인 또는 변호인은 전조의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다.

② 항소이유서의 제출을 받은 항소법원은 지체없이 부분 또는 등본을 상대방에게 송달하여야 한다.

③ 상대방은 전항의 송달을 받은 날로부터 10일 이내에 답변서를 항소법원에 제출하여야 한다.

④ 답변서의 제출을 받은 항소법원은 지체없이 그 부분 또는 등본을 항소인 또는 변호인에게 송달하여야 한다.

【참조판례】

1. 헌재 2004. 11. 25. 2003헌마439, 공보99, 1311, 1313

헌재 2001. 2. 22. 2000헌가1, 판례집 13-1, 201, 208

2. 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 504

헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701

【당 사 자】

청 구 인 권○훈 외 1인

대리인 변호사 이선희

【주 문】

형사소송법 제361조의4 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 2002. 11. 5. 서울지방법원에서 사기죄로, 청구인 권○훈은 징역 10월에 집행유예 2년, 청구인 김○기는 징역 6월에 집행유예 2년의 유죄 판결(2001고단11241)을 각 선고받았다.

(2) 이에 청구인들은 즉시 항소하였으나, 2003. 2. 17. 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니하였다는 이유로 항소기각결정(서울지방법원 2002노11312)을 받았고, 그러자 청구인들은 대법원에 위 항소기각결정에 대하여 재항고(2003모97)함과 아울러 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 결정으로 항소를 기각하도록 한 형사소송법 제361조의4 제1항이 청구인들의 재판을 받을 권리 등을 침해하였다고 주장하면서 위헌제청신청(2003초기165)을 하였으나 2003. 5. 20. 대법원에서 모두 기각되자, 위 형사소송법 규정에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제361조의4 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부로 그 내용과 관련규정의 내용은 다음과 같다.

형사소송법

제361조의4(항소기각의 결정) ① 항소인이나 변호인이 전조 제1항의 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하여야 한다. 단 직권조사사유가 있거나 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에는 예외로 한다.

② 생략

제361조의3(항소이유서와 답변서) ① 항소인 또는 변호인은 전조의 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 항소이유서를 항소법원에 제출하여야 한다.

②~④ 생략

제361조의2(소송기록접수와 통지) ① 항소법원이 기록의 송부를 받은 때에는 즉시 항소인과 상대방에게 그 사유를 통지하여야 한다.

②, ③ 생략

2. 청구인들의 주장, 대법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

헌법상 보장된 재판을 받을 권리는 기본적인 권리이므로 폭넓게 인정되어야 한다. 따라서 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우라 하더라도 속심주의를 취하고 있는 형사소송법 구조 하에서는 제1심 기록 검토 등 여러 가지 방법으로 항소진행의사를 확인할 수 있고, 또한 '항소법원은 판결에 영향을 미친 사유에 관하여는 항소이유서에 포함되지 아니한 경우에도 직권으로 심판할 수 있다.'는 형사소송법 제364조 제2항의 규정취지에 비추어보더라도 우리 형사소송법은 항소이유서 제출에 큰 의미를 두지 않고 있음이 명백함에도 불구하고, 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 일률적으로 항소기각결정을 하도록 한 것은 국민의 재판을 받을 권리와 평등원칙을 침해한 것이다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 소정의 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우라 하더라도 직권조사사유가 있는 때의 예외를 규정함으로써 제1심 판결의 법령적용의 오류 등을 시정할 수 있는 길을 열어 놓고 있는 점과 항소인 또는 변호인에게 일정한 기간 내에 항소이유서의 제출의무를 부과하고 그 기간 내에 이를 제출하지 않을 경우 예외적인 경우를 제외하고는 결정으로 항소를 기각하도록 할 것인지 아니면 항소이유서의 제출의무를 부과하지 아니할 것인지의 여부는 기본적으로 입법자가 형사 항소심의 구조와 성격, 형사사법 절차의 특성 등을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제라는 점 등을 종합하면, 이 사건 법률조항이 재판을 받을 권리와 평등원칙을 규정헌법에 위반되는 위헌적인 법률규정이라고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

재판을 받을 권리가 사건의 경중을 가리지 아니하고 모든 사건에 대하여 항소법원의 재판을 받을 권리를 의미한다고 할 수 없는바, 심급제도는 사법에 의한 권리보호에 관하여 한정된 법 발견 자원의 합리적인 분배의 문제인 동

시에 재판의 적정과 신속이라는 서로 상반되는 두 가지 요청을 어떻게 조화시키느냐의 문제로 돌아가므로 원칙적으로 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항이라고 할 것이고, 따라서 이 사건 법률조항이 재판을 받을 권리나 평등 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 재판을 받을 권리 침해 여부

(1) 재판을 받을 권리의 의의

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는바, 그 전단 부분인 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판은 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하자는 취지라고 할 것이고 이는 재판에 있어서 법관이 법대로가 아닌 자의와 전단에 의하는 것을 배제한다는 것이다(헌재 1993. 11. 25. 91헌바8, 판례집 5-2, 396, 404; 1996. 3. 28. 93헌바27, 판례집 8-1, 179, 186).

(2) 재판을 받을 권리와 심급제도

우리 헌법이 재판을 받을 권리를 국민의 기본권의 하나로 규정하고는 있으나, 그렇다고 해서 상소심 절차에 의한 재판을 받을 권리가 당연히 인정되는 것은 아니다.

재판을 받을 권리라는 것은, ‘법적 분쟁시 독립된 법원에 의하여 사실관계와 법률관계에 관하여 한번 포괄적으로 심사를 받을 수 있도록 국민이 소송을 제기할 수 있는 권리’로서, 적어도 한번의 재판을 받을 권리, 적어도 하나의 심급을 요구할 권리인 것이며, 그 구체적인 형성은 입법자의 광범위한 입법재량에 맡겨져 있는 것이다(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 60; 1997. 10. 30. 97헌바37, 판례집 9-1, 502, 519 등 참조). 즉 심급제도가 몇 개의 심급으로 형성되어야 하는가에 관하여 헌법이 전혀 규정하는 바가 없으므로, 이는 입법자의 광범위한 형성권에 맡겨져 있는 것이며, 모든 구체적 절차나 법적분쟁에서 반드시 보장되는 것은 아니다.

(3) 재판을 받을 권리 침해 여부

(가) 특히 우리 재판소는, 상고이유서 제출기간 내에 상고이유서를 제출하

지 아니한 경우 상고기각결정을 하도록 한 형사소송법 제380조 위헌소원에서, ‘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.’며 위 법률규정이 위헌이 아니라고 판시하였다(헌재 2004. 11. 25. 2003헌마439, 공보 99, 1311, 1313).

이는 원칙적으로 속심의 구조를 취하면서 사후심적 요소를 가미하고 있는 우리 형사 항소심에서도 마찬가지로 할 것이다. 즉 헌법 제27조 제1항이 규정하는 재판을 받을 권리가 항소심재판을 받을 권리도 반드시 포함하는 것이 아니므로, 항소이유서 제출의무를 부과하지 않을지 아니면 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 할지 여부 역시도 입법자가 형사 항소심의 구조와 성격, 형사사법 절차의 특성을 고려하여 결정할 입법재량에 속하는 문제이며, 따라서 일정한 경우 법률로써 항소심재판을 받을 기회를 제한하는 것은 가능하다고 할 것이다.

그러나 “법률에 의한” 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하여 입법자에게 광범위한 입법재량이 허용되고, 일정한 경우 법률로써 항소심재판을 받을 기회를 제한하는 것도 가능하지만, 그러한 입법을 함에 있어서도 입법자는 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 특히 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 아니되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되도록 하는 것이어야 한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌가1, 판례집 13-1, 201, 208). 아래에서 이 사건 법률조항이 그와 같은 절차적 요건을 갖추었는지, 즉 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되지 않는지에 대하여 살펴본다.

(나) 우리 형사소송법은 형사재판의 당사자에게 항소권을 부여함(제357조)과 아울러 항소이유서 제출을 필요적인 것으로 하고 있고(제361조의3), 일정한 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 본안 판단으로 들어가지 않고 이 사건 법률조항에 의하여 형식적인 재판인 항소기각결정을 하도록 함으로써 신속·원활한 항소심재판의 운영을 도모하고 있다. 이는 기본적으로

입법자의 형성의 자유에 속하는 사항인 심급제도의 내용을 입법자가 구체적으로 형성함에 있어, 항소인에게 항소이유서 제출을 의무화하고 이를 이행하지 아니할 경우 항소기각결정을 하도록 함으로써 소송의 경제와 신속이라는 목적을 추구하려는 것인바, 그 목적이 정당할 뿐만 아니라 그 수단의 적절성도 인정된다고 하겠다.

또한 이 사건 법률조항은 소정의 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우라 하더라도 직권조사사유가 있는 때는 그 예외로 규정함으로써 제1심 판결에서 있을 수 있는 법령적용 오류 등을 시정할 수 있는 길을 열어 놓고 있으며, 항소장에 항소이유의 기재가 있는 때에도 그 예외로 규정하고 있다. 아울러 이 사건 법률조항에 의한 항소기각결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있도록 하는(형사소송법 제361조의4 제2항) 등 항소심재판을 받을 기회를 제한함에 있어서 여러 가지 대안을 마련해 놓고 있다는 점에서 최소침해성의 원칙도 충족하고 있다고 하겠다.

마지막으로 이 사건 법률조항이 당사자가 항소기록접수통지를 받은 날로부터 20일의 기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우에 항소기각결정을 하도록 하고 있는데, 만일 당사자가 형사소송법상 규정된 항소이유서 제출기간을 만연히 도과하였음에도 그에 대한 아무런 불이익이 없다면, 항소이유서 제출을 통한 항소심 심판대상의 확정과 그를 통한 신속·원활한 항소심재판의 구현이라는 항소이유서 제출제도의 목적은 유명무실하게 될 것이고, 아울러 이 사건 법률조항이 추구하는 신속·원활한 항소심재판 운영이라는 공익은 당사자의 권리구제라는 사익과 비교하여도 그 중요성이 가볍지 않다고 할 것이어서 법익의 균형성도 갖추고 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 그 입법목적이 정당하고 그 목적 달성을 위하여 적절한 방법을 사용하고 있을 뿐만 아니라, 최소침해성이나 법익균형성도 충족하고 있어 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반된다고 할 수 없어 청구인들의 재판을 받을 권리를 침해하였다고 할 수 없다.

나. 평등원칙 위반 여부

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된

다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니며(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 504; 1998. 11. 26. 97헌마31, 판례집 10-2, 650, 659; 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 627), 이러한 평등원칙은 입법자가 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727).

살피건대, 이 사건 법률조항은 항소인이 피고인인든 검사이든 불문하고 모든 항소인에게 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출할 의무를 지우고 있고, 예외적인 경우를 제외하고 항소이유서를 제출하지 아니한 때에는 결정으로 항소를 기각하도록 규정하고 있을 뿐이며, 또한 이미 실시한 것처럼 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 할지 아니면 항소이유서 제출의무를 부과하지 않을지는 그 나라가 취하고 있는 소송법체계에 따라 입법자에 의하여 비로소 형성될 성질의 것으로 광범위한 입법권의 형성범위 내에 속하는 사항인 데다가, 이 사건 법률조항이 신속·원활한 항소심재판의 운영이라는 입법목적에 근거한 것으로 수단의 적절성, 최소침해성 및 법익균형성도 충족하고 있으므로, 비록 항소이유서 제출기간 내에 항소이유서를 제출하지 아니한 경우 항소기각결정을 하도록 규정함으로써 항소심재판을 받을 기회를 일부 제한하고 있다고 하더라도 이는 정당한 목적에 의한 합리적인 차별이라고 할 것이어서 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등권을 침해하는 위헌규정이라고 할 수 없다.

4. 결 론

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

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

구 법인세법 제18조의3 제2항 제3호 위헌소원

(2005. 3. 31. 2003헌바55·93(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호 중 “농경지” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 “공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과하지 아니한 것”을 제외하지 않은 것이 조세평등주의에 위반되는지 여부(소극)

2. 위 법률조항이 차입금과다법인의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법인의 비업무용부동산 보유에 대한 손금불산입을 규정한 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정된 것) 제18조의3 제1항 제1호와 그 시행령 및 시행규칙에서 “공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과하지 아니한 것”을 손금불산입 대상에서 제외한 것은 구체적인 사회적, 경제적 상황을 고려하여 공유수면매립사업과 공유수면매립지에 대한 세제상의 혜택을 주기로 한 정책적 판단의 결과이다. 이 사건 법률조항의 입법목적은 차입금과다법인에 대한 재무구조 개선에 있으므로 이 사건 법률조항이 재무구조 개선의 중요성과 시급성을 공유수면매립사업과 공유수면매립지에 대한 세제상 지원의 필요성에 우선시켜 위와 같은 매립지라 하더라도 손금불산입의 대상에서 제외하지 않은 것은, 부실화된 기업에 대한 금융 자금지급의 비생산적 유입과 기업이 도산하는 경우 국민 경제 전체에 미치는 부정적 효과를 방지함으로써 얻는 이익에 비추어 볼 때 현저히 자의적이거나 비합리적이라 할 수 없어 조세평등주의에 위반되지 아니한다.

2. 이 사건 법률조항은 차입금과다법인의 농경지 취득과 이용 및 수익을 직접 금지하거나 제한하고 있지 않으며 법인세액 결정의 기초가 되는 사업소득 산정에 있어 지급이자 중 일부를 손금에 불산입하여 그 불산입되는 금액만큼의 불이익을 가하는 것으로 차입금과다법인의 농경지에 대한 이용·수익·처분권을 중대하게 제한하고 있는 것으로 볼 수 없어 차입금과다법인의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

재판관 운영철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대이견

‘공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과되지 아니한 것’은 비록 준공인가까지 되었다 하여도 토지의 성질상 아직 미숙성의 것이고 매립지가 가지는 이러한 성질 자체는 통상의 법인이나 차입금과다법인에 있어 동일하다. 미숙성 매립지는 시간의 경과로 숙성도를 갖추게 된 이후에 처분하여야만 보다 높은 가격을 받을 수 있어 기업의 재무구조 개선에 도움이 될 수 있는데 추가적인 숙성기간의 경과 전이라도 서둘러 처분하도록 유도하기 위해 손금불산입이라는 제재를 일률적으로 가하는 것은 오히려 재무구조의 개선에 역행하는 것이 될 수 있어 불합리하다. 미숙성 매립지를 보유한 통상의 법인에게에는 손금산입을 해주면서 차입금과다법인에게는 반대로 손금불산입조치를 하는 것은 양자를 합리적인 이유없이 차별하는 것이 되어 헌법상 평등 원칙에 위반된다.

【심판대상조문】

구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제18조의3(지급이자의 손금불산입) ① 생략
② 대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인이 다음 각 호의 1에 해당하는 자산을 보유하는 경우에 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액은 각 사업연도의 소득금액계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 임야·농경지·목장용부동산 기타 대통령령이 정하는 용도에 사용되는 부동산(제1

항 제1호의 규정을 적용받는 부동산의 부분을 제외한다)

③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제23조, 제38조

헌법재판소법 제68조 제2항

구 법인세법(1982. 12. 21. 법률 제3577호로 개정된 것) 제59조의3(비과세 및 면제) 다음 각 호의 소득에 대하여는 특별부가세를 부과하지 아니한다.

1.~18. 생략

19. 공유수면매입법 제14조의 규정에 의하여 소유권을 취득한 자가 그 취득한 매입지를 양도함으로써 발생하는 소득

②~⑤ 생략

구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정된 것) 제18조의3(지급이자의 손금불산입) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자산을 취득하거나 보유하고 있는 내국법인에 대하여는 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액(차입금 중 당해 자산가액에 상당하는 금액의 이자를 한도로 한다)은 각 사업연도의 소득금액계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없거나 부동산의 이용실태 등으로 보아 지가상승으로 인한 이익을 취득하기 위하여 보유하는 것이라고 인정되는 부동산으로서 대통령이 정하는 것

2. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없다고 인정되는 자산(부동산을 제외한다)으로서 대통령이 정하는 것

②, ③ 생략

구 법인세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13195호로 개정된 것) 제43조의2(지급이자의 손금불산입) ① 법 제18조의3 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 것”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산(이하 “비업무용부동산등”이라 한다)을 말한다.

1. 부동산 취득 후 일정한 기간이 경과한 때까지 법인의 업무에 직접 사용하지 아니하는 부동산

2. 업무에 필요한 적정한 기준면적을 초과하여 보유하는 부동산

3. 부동산을 이용하여 얻은 수입금액이 부동산가액의 일정비율에 미달하는 부동산

4. 법인의 주된 사업에 사용되지 아니하는 부동산으로서 과다보유의 소지가 있는 부동산

5. 업무에 적합한 사실기준을 갖추지 못하였거나 업무와의 관련정도가 적은 부동산

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 비업무용부동산등의 판정기준에 관하여는 재무부령으로 정한다.

④ 법 제18조의3 제1항에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액”이라 함은 다

음의 산식에 의하여 계산한 금액을 말한다. 이 경우 취득과 동시에 비업무용부동산등에 해당하는 자산의 경우에는 그 취득에 소요된 차입금의 이자는 제33조의 규정에 의한 자본적지출로 보지 아니하며, 다음 산식 중 자산가액의 합계액에 비업무용부동산등을 취득하기 위하여 지출한 금액을 합산한다.

$$\text{지급이자} \times \frac{\text{제1항 및 제2항의 자산가액의 합계액 (총차입금을 한도로 한다)}}{\text{총 차 입 금}}$$

⑤ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인”이라 함은 차입금(제13항의 규정에 의하여 지급이자자가 이미 부인된 차입금을 제외한다)이 자기자본의 2배(소비성서비스업의 경우에는 자기자본상당액)를 초과하는 법인을 말한다. 이 경우 소비성서비스업과 그 외의 사업을 겸업하는 법인의 소비성서비스업 부분의 자기자본은 다음 산식에 의하여 계산한 금액으로 하며, 법 제64조의2의 규정에 의한 구분경리를 하지 아니함으로 인하여 수입금액·차입금등을 구분할 수 없는 경우에는 당해 법인의 전체 사업을 소비성서비스업으로 보아 본문의 규정을 적용한다.

$$\text{자기자본총액} \times \frac{\text{소비성서비스업부분의 수입금액}}{\text{당해 사업연도의 총수입금액}}$$

⑥ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액”라 함은 다음 각 호의 구분에 따라 계산한 금액을 말한다.

1. 소비성서비스업을 영위하는 법인의 경우

$$\text{지급이자} \times \frac{\text{법 제18조의3 제2항 제1호 내지 제3호의 자산합계액과 자기자본의 2배를 초과하는 차입금상당액 중 적은 금액}}{\text{총 차 입 금}}$$

2. 소비성서비스업을 영위하거나 겸업하는 법인의 경우

$$\text{지급이자} \times \frac{\text{소비성서비스업 부분의 지급이자손금부인대상금액 + 소비성서비스업외의 사업부분의 지급이자손금부인대상금액}}{\text{총 차 입 금}}$$

⑦~⑩ 생략

⑪ 법 제18조의3 제2항 제3호에서 “대통령령이 정하는 용도에 사용되는 부동산”이라 함은 제5항의 규정에 의한 법인이 보유하는 임야·농경지·목장용부동산·연수원 또는 휴양소용부동산 기타 재무부령이 정하는 부동산을 말한다.

⑫, ⑬ 생략

구 법인세법시행규칙(1986. 3. 31. 재무부령 제1671호로 개정된 것) 제18조(지급이자의 손금불산입) ①~③ 생략

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산은 제3항의 규정에 불구하고 비업무용부동산으로 보지 아니한다.

1.~6. 생략

7. 법 제59조의3 제1항 제14호·제15호·제18호 또는 제19호의 적용을 받는 부동산

8.~10. 생략

⑤ 생략

구 법인세법시행규칙(1990. 4. 4. 재무부령 제1818호로 개정된 것) 제18조(지급이자의 손금불산입) ①~③ 생략

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산은 제3항의 규정에 불구하고 비업무용부동산으로 보지 아니한다.

1.~11. 생략

12. 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과되지 아니한 것

⑤~⑪ 생략

구 법인세법시행규칙(1991. 2. 28. 재무부령 제1844호로 개정된 것) 제18조(지급이자의 손금불산입) ①, ② 생략

③ 영 제43조의2 제1항 및 동조 제3항에서 “비업무용부동산등”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

1.~4. 생략

5. 농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 다음에 해당하는 부동산을 제외한다.

가. 농경지·묘포장용 부동산

농업을 주업으로 하는 법인이 소유하는 농경지·묘포장용 부동산으로서 1년간의 수입금액이 당해부동산가액의 100분의 7이상인 부동산. 다만, 특별시·직할시·및 시의 지역의 도시계획구역(녹지지역을 제외한다)안에 있는 부동산으로서 도시계획구역에 편입된 날부터 1년이 경과된 것을 제외한다.

나. 생략

6.~21. 생략

④~⑳ 생략

㉑ 영 제43조의2 제11항에서 “재무부령이 정하는 부동산”이라 함은 다음 각 호의 부동산을 말한다.

1. 임야·농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산

2. 체육시설용 부동산

3. 연수원용 또는 휴양소용 부동산

4. 휴양시설업용 부동산

- 5. 예비군훈련장용 부동산
- 6. 골재채취장용 부동산
- 7. 야적장·적치장 또는 하치장용 부동산
- 8. 임대전용 부동산(건물 기타 지상정착물을 임대한 경우로서 임대한 법인이 임대건물 등의 연면적의 100분의 10이상을 직접 사용하지 아니하는 경우 당해건물등과 그 부속토지를 포함한다)
- 9. 법인의 자가전용 주차장 및 주차장업용 토지
- 10. 상품 등의 전시·판매에 사용되는 토지로서 건축물이 없는 것(건축물의 부속토지로서 제3항 제2호의 규정에 의한 기준면적을 초과하는 토지에 상품 등을 전시·판매하는 경우 그 초과하는 부분을 포함한다)

구 법인세법시행규칙(1996. 12. 31. 총리령 제609호로 개정된 것) 제18조 ①, ② 생략

③ 영 제43조의2 제1항 및 동조 제3항에서 “비업무용부동산등”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

1.~4. 생략

5. 농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 다음에 해당하는 부동산을 제외한다.

가. 농경지·묘포장용 부동산

공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인과 농업(한국표준산업분류상의 작물생산업을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 주업으로 하는 법인이 소유하는 농경지·묘포장용 부동산으로서 1년간의 수입금액이 당해부동산가액의 100분의 3이상인 부동산과 농업협동조합법에 의하여 설립된 농업협동조합 또는 그 중앙회가 농민지도사업을 위하여 소유하는 농경지·묘포장용 부동산. 다만, 특별시·광역시 및 시의 지역의 도시계획구역(녹지지역을 제외한다)안에 있는 부동산으로서 도시계획구역에 편입된 날부터 1년이 경과된 것을 제외한다.

나. 생략

6.~24. 생략

④~⑳ 생략

㉑ 영 제43조의2 제11항에서 “총리령이 정하는 부동산”이라 함은 다음 각 호의 부동산을 말하며, 각 호에 규정된 주업의 판정은 제3항 및 제10항의 규정에 의한다.

1. 임야·농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지와 임업·농업 또는 축산업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.

2.~10. 생략

㉒, ㉓ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 2002. 10. 31. 2000헌마14, 판례집 14-2, 446, 458

헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701

2. 헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773

【당 사 자】

청 구 인 파산자 ○○건설산업주식회사의 파산관재인 안문태

대리인 법무법인 광장

담당변호사 박준서 외 1인

당해사건 대법원 2001두9677 법인세과세처분취소(2003헌바55)

서울행정법원 2000구28687 법인세부과처분취소(2003헌바93)

【주 문】

구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호 중 “농경지” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2003헌바55 사건

(가) 청구의 ○○건설산업주식회사(이하 ‘○○건설’이라 한다)는 1980. 1. 14. 농수산부장관으로부터 인천 경서동, 원창동 등 일원의 공유수면에 관하여 농경지 조성을 목적으로 구 공유수면매립법에 의한 매립면허를 받아 간척지 매립공사를 완성한 후, 1991. 1. 8. 농림수산부장관으로부터 준공인가를 받아 공유수면매립지 12,620,847㎡에 대한 소유권을 취득하였다. ○○건설은 1991, 1992, 1993 각 사업연도 법인세 신고 당시 이 사건 토지를 농경지가 아닌 미간지로 보고 이 사건 토지를 보유하기 위한 차입금의 지급이자 상당액을 손금에 산입하여 소득금액을 신고하였는데, 위 각 사업연도 당시 ○○건설의 차입금은 자기자본의 2배를 초과하였다.

남대문세무서장은 ○○건설에 대한 법인세 부과를 위한 각 사업연도의 소득금액 계산에 있어 ○○건설이 취득한 위 매립지가 공유수면매립공사 준공인가일인 1991. 1. 8.부터 농경지로 되었다고 보아, 대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인(이하 ‘차입금과다법인’이라 한다)이

농경지를 보유하는 경우 지급이자 중 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 손금에 산입하지 않도록 규정한 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제 4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제18조의3 제2항 제3호에 따라 각 사업연도에 지급한 이자 중 1991년분 18,907,626,128원, 1992년분 59,591,576,184원, 1993년분 29,645,746,631원을 각 손금에 산입하지 아니하여 1991년분 법인세 10,951,489,280원을 1997. 2. 1.에, 1992년분 법인세 34,517,750,200원을 1998. 2. 2.에, 1993년분 법인세 17,168,604,730원을 1999. 2. 1.에 ○○건설에 대하여 각 부과 고지하는 처분을 하였다.

(나) 이에 ○○건설은 남대문세무서장을 상대로 위 법인세부과처분들 중 1991, 1992년도의 각 법인세부과처분에 대해서 1998. 12. 11. 서울행정법원에 그 취소를 구하는 소송을 제기하여(서울행정법원 98구27759) 대법원 2001두 9677 사건으로 소송계속 중(○○건설은 2001. 5. 11. 서울지방법원의 파산선고를 받고 파산관재인 권광중이 선임되었다가 사임하고, 2002. 5. 30.자로 이 사건 청구인인 파산관재인 안문태가 선임되었다) 위 과세처분의 근거 조항인 법 제18조의3 제2항 제3호가 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청신청(2001아35)을 하였으나 대법원이 2003. 7. 8. 위 신청을 기각하고 당해사건에 대하여 상고기각의 판결을 선고하자 청구인은 같은 달 25. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2003헌바93 사건

한편 ○○건설은 위 2003헌바55 사건에서의 법인세부과처분들 중 1993년도 법인세부과처분에 대해서는 2000. 9. 15. 서울행정법원 2000구28687호로 그 취소를 구하는 소송을 제기하고, 그 소송계속 중 법 제18조의3 제2항 제3호가 헌법에 위반된다며 위헌법률심판제청신청(2001아2266)을 하였으나 서울행정법원이 2003. 10. 21. 위 신청을 기각하고 당해사건에 대하여 청구기각의 판결을 선고하자, 청구인은 2003. 11. 4. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것) 제18조의3 제2항 제3호 중 ‘농경지’ 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며 심판대상 조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상 조항

법 제18조의3(지급이자의 손금불산입) ② 대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인이 다음 각 호의 1에 해당하는 자산을 보유하는 경우에 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액은 각 사업연도의 소득금액 계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1.~2. 생략

3. 임야·농경지·목장용부동산 기타 대통령령이 정하는 용도에 사용되는 부동산(제1항 제1호의 규정을 적용받는 부동산의 부분을 제외한다)

(2) 관련 조항

[별지]와 같다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항의 입법취지는 타인 자본에 의한 무리한 기업 확장으로 기업의 재무구조가 악화되는 것을 방지하고 금융자산에 의한 부동산 투기 및 비생산적인 업종에 대한 무분별한 기업 확장을 억제하여 기업 자금의 생산적 운용을 통한 기업의 건전한 경제활동을 유도하고 아울러 국토의 효율적 이용을 도모하기 위한 것으로, 법 제18조의3 제1항 제1호와 공통된 입법목적 을 가지고 있다. 그런데 법 제18조의3 제1항 제1호에서는 그 시행령 및 시행규칙에서 공유수면매립공사를 통해 취득하여 4년이 경과하지 않은 부동산은 비업무용부동산으로 보지 않는 것으로 규정하여 손금불산입 대상에서 제외하고 있음에 반해 이 사건 법률조항은 그러한 예외 없이 차입금과다법인이 보유하는 농경지는 그것이 비록 공유수면매립공사를 통해 취득하고 4년이 경과하지 않은 것이라 하더라도 모두 손금불산입 대상으로 하고 있다.

(2) 공유수면매립지에 대해 일정 기간 비업무용부동산으로 보지 않는 이유는 국가가 공유수면매립면허를 통해 이미 그 취득을 허용하였고 매립지의 성질상 토질이나 지반의 취약성으로 준공 즉시 이를 이용하거나 처분하는 것이 용이하지 않은 객관적 성질을 고려하여 처분에 필요한 유예기간을 주기 위한 것이다. 그리고 공유수면매립지의 객관적 성질에 따른 처분의 곤란성은 그것을 보유한 자가 누구인가에 따라 달라지는 것이 아니다. 그럼에도 차입금과다 법인에 대해서는 공유수면매립지의 처분에 필요한 유예기간을 부여하지 않은

이 사건 법률조항은 차입금과다법인을 차입금과다법인이 아닌 법인에 비해 합리적 이유 없이 차별하는 것이다. 또한 준공 직후의 공유수면매립지의 처분을 강요한다면 결국 염가에 방매할 수밖에 없어 차입금과다법인의 재무구조를 더욱 악화시켜 이 사건 법률조항의 입법취지에도 반하게 된다. 한편 1996. 12. 31. 구 법인세법시행규칙의 개정으로 ‘공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지’를 이 사건 법률조항에서 제외하는 것으로 규정하였는데 이는 차입금과다법인에 대한 부당한 차별과 재산권 침해 해소를 해소하려는 합헌적 반성에 따른 것이다. 현행 법인세법은 공유수면매립지에 대해서 5년간 비업무용 토지에서 제외하고 있고 차입금과다법인에 대한 규제에서는 보유 재산의 내용과 관련한 손금불산입은 규정하지 않고 있어 차입금과다법인에 대한 불평등 문제를 해소하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항은 단서 규정이나 위임규정 등을 통해 일정 기간이 경과하지 않은 공유수면매립지를 손금불산입 대상에서 제외하는 규정을 두었어야 함에도 그러한 규정을 두지 않아 헌법 제11조의 평등원칙에 위반되고 헌법 제23조의 재산권을 침해하여 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 2003헌바55 사건

이 사건 법률조항의 입법취지는 타인자본에 의존한 무리한 기업 확장으로 기업의 재무구조가 악화되는 것을 방지하고 금융자산에 의한 부동산 투기 및 비생산적인 업종에 대한 구분별한 기업 확장을 억제하여 국토의 효율적 이용을 도모하기 위한 데에 있다. 이러한 입법목적에 따라 농경지를 보유하는 것 자체가 기업자금의 비효율적, 비생산적 운용이라고 판단하여 공유수면매립법에 의하여 매립면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지의 경우에도 유예기간을 부여함이 없이 취득한 날부터 농경지로 보아 지급이자를 손금불산입하도록 한 것은 차입금 과다법인을 불리하게 차별 대우하는 것이 아니고 헌법상 과잉금지원칙에도 위배되지 아니한다.

(2) 2003헌바93 사건

이 사건 법률조항의 입법취지는 법 제18조의3 제1항 제1호와 공통되는 부분이 있지만 그에 더하여 차입금과다법인의 경우에는 재무구조가 취약하여도 산할 경우 발생하게 되는 경제적 부작용이 크고 심대한 것이어서 국가 경제적 측면에서 조기에 재무구조를 건전하게 만들 수 있도록 유도할 필요성이 있다. 이에 따라 차입금과다법인이 농경지를 보유하는 것은 곧 기업자금의 비

생산적이고 비효율적인 운용이라고 판단하여 공유수면매립사업을 통해 취득한 매립지에 대해서도 유예기간을 부여하지 않고 지급이자를 손금불산입하도록 한 것이다. 이것은 입법 형성의 재량에 기초한 정책적 판단에 따른 것으로 차입금과다법인을 불리하게 차별대우하는 것이 아니고 헌법상 과잉금지원칙에도 위배되지 아니한다.

다. 국세청장 및 재정경제부장관의 의견

조세 입법에 있어서 입법자는 광범위한 형성의 자유를 가지며, 부동산 보유에 관한 지급이자 손금불산입을 규율함에 있어 일정 기간이 경과하지 않은 공유수면매립지를 손금불산입의 대상에서 제외할 것인지 여부는 입법형성권의 범위 내에 속하는 것이다. 그런데 법 제18조의3 제1항 제1호는 기업이 토지를 부동산 투기의 목적으로 보유하거나 또는 업무와 관련 없이 비생산적으로 보유하는 것에 대한 규제에 입법목적이 있는 반면 이 사건 법률조항은 객관적·경험적으로 보아 임야·농경지 등의 부동산은 생산성이 떨어지는 부동산이므로 재무구조가 취약한 법인이 그것을 계속 보유하는 것보다 조속한 매각을 통해 재무구조를 개선토록 하려는 것이 입법목적이므로 서로 입법 목적을 달리하고 있다. 그렇다면 입법 목적을 달리하는 두 법률조항에 있어 일정 기간이 경과하지 않은 공유수면매립지를 손금불산입 대상에서 제외할 것인지에 대해 달리 판단하여 규정한 것은 입법형성권의 범위 내에 속하는 합리적인 차별이라 할 수 있고 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위반하여 재산권을 침해한다고 할 수도 없다. 한편 이 사건 법률조항의 시행규칙이 후에 개정되어 공유수면매립지를 이 사건 법률조항에서 제외하도록 규정한 것은 경제적 사회적 여건의 변화에 따른 정책적 판단에 기인한 것으로 보아야 한다.

3. 판 단

가. 사건의 쟁점

이 사건의 쟁점은, 비업무용부동산 보유에 따른 지급이자 손금불산입을 규정한 법 제18조의3 제1항 제1호(이하 ‘비업무용부동산 손금불산입 조항’이라 한다)에서는 ‘공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과하지 아니한 것’을 손금불산입 대상에서 제외하고 있음에도 차입금과다법인의 농경지 보유에 대한 지급이자 손금불산입을 규정한 이 사건 법률조항에서는 손금불산입 대상에서 제외하는 규정을 두지 않은 것이 차입금과다법인을 차입금과다법인에 해당하지 않는 법인(이하 ‘통상의 법인’이라 한다)에 비

해 합리적 이유 없이 차별하여 평등원칙에 위반되고 재산권을 침해하는 것인지 여부이다.

나. 입법연혁

(1) 법인세법상 부동산 보유와 관련한 지급이자 손금불산입 규정

구 법인세법은 1985. 12. 23. 법률 제3794호로 개정되면서 업무와 직접 관련 없는 부동산을 보유한 법인에 대해서 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 업무와 관련 없는 부동산 가액의 합계액을 한도로 하여 대통령령이 정하는 금액을 손금에 산입하지 않는 규정을 마련하여, 지급이자의 손금불산입 방식을 통해 법인의 비업무용부동산 보유를 규제하기 시작하였다. 그 후 1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정된 법률은 제18조의3 제1항 제1호에서 업무에 직접 관련이 없는 부동산 뿐 아니라 이용실태 등으로 보아 지가상승으로 인한 이익을 취득하기 위해 보유하는 것으로 인정되는 부동산으로서 대통령령이 정하는 부동산을 보유한 경우에도 지급이자 손금불산입을 규정하여 법인의 부동산 보유와 관련한 규제를 강화하는 한편 차입금이 일정한 기준을 초과하여 채무구조가 취약한 법인에 대한 별도의 규제를 신설하여 대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유한 법인이 ‘임야·농경지·목장용부동산 기타 대통령령이 정하는 용도에 사용되는 부동산’을 보유하는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 손금에 산입하지 않는다고 규정하여 (그 중 농경지에 대한 부분이 이 사건 법률조항이다) 일정한 용도의 부동산에 대해서는 그것이 업무에 사용되는 것인지를 묻지 않고 보유하는 사실만으로 지급이자 중 일부를 손금불산입하도록 규정하였다. 차입금과다법인에 대한 이러한 규율은 구 조세특례제한법으로 이관되어 규율되다가(1998. 12. 28. 법률 제5584호) 폐지되면서 다시 구 법인세법(2000. 12. 29. 법률 제6293호)에서 차입금이 자기자본의 4배를 초과하는 법인은 지급이자 중 대통령령이 정하는 바에 따라 계산한 금액을 무조건 손금에 불산입하는 것으로 규정하였다가 현재는 그와 같은 규정도 폐지하였다(2004. 12. 31. 법률 제7317호). 한편 법인의 비업무용부동산 보유와 관련한 규정은 여전히 업무와 관련 없는 자산 보유에 대한 지급이자 손금불산입 규정을 통해 현행 법인세법에서도 계속 이어 오고 있다.

(2) 지급이자 손금불산입 규율에 있어 공유수면매립지에 대한 특례 규정

구 법인세법은 비업무용부동산 손금불산입 조항에서 비업무용부동산의 구체적인 판정에 관하여 시행령 및 시행규칙에 위임하여, 업무에 직접 사용하지

않는 부동산과 법인의 주업과 관련 없는 부동산 등을 비업무용부동산으로 보았는데 구 법인세법시행규칙(1986. 3. 31. 재무부령 제1671호)은 공유수면매립법에 의해 공유수면매립공사를 통해 취득한 매립지를 비업무용부동산으로 보지 않는다고 규정하여 공유수면매립공사를 통해 취득한 매립지는 손금불산입 대상 부동산에서 제외하였다. 그 후 시행규칙을 개정하여(1990. 4. 4. 재무부령 제1818호) 비업무용부동산으로 보지 않는 공유수면매립지의 범위를 축소하여 ‘공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과하지 아니한 것’(이하 ‘4년 이내 매립지’라 한다)에 한하여 비업무용부동산으로 보지 않는다고 규정하였다. 그리고 다시 농경지, 묘포장용부동산 등에 대해서는 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인에 대해서는 농업을 주업으로 하는 법인과 같이 농경지, 묘포장용부동산을 이용한 연간 수익 금액이 일정 기준 이상이면 비업무용으로 보지 않을 수 있도록 하여(1996. 12. 31. 총리령 제609호) 공유수면매립지가 농경지와 묘포장용부동산으로 쓰이는 경우에 한해서 취득 후 4년이 경과한 경우에도 손금불산입 대상에서 제외될 수 있는 것으로 범위를 확대했다. 현행 법인세법시행규칙은 업무와 직접 관련 없는 부동산으로 보지 않는 기간을 5년으로 규정하여 공유수면매립공사를 통해 취득한 매립지는 취득 후 5년간 손금불산입 대상에서 제외되고 있다.

이에 반해 차입금과다법인이 임야·농경지·목장용부동산 등을 보유하는 경우에 대해서는 구 법인세법이나 그 시행령 또는 시행규칙에서 공유수면매립지에 대한 예외를 규정하지 않았으므로 농경지가 공유수면매립공사를 통해 취득한 것인 때에도 손금불산입 대상이 되었다. 그 후 이 사건 법률조항에 대한 일부 자구 수정이 있었으나 규율 내용은 동일하게 유지되었으며 그 시행규칙의 개정으로 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지를 차입금과다법인의 지급이자 손금불산입 대상에서 제외하였다(1996. 12. 31. 총리령 제609호). 그러다가 차입금과다법인에 대한 지급이자 손금불산입 규정에서 보유 자산이 문제되지 않게 됨에 따라 공유수면매립지도 문제되지 않게 되었다.

다. 조세평등주의 위반 여부

(1) 조세평등주의와 평등원칙의 의미

헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모

든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하여 평등원칙을 규정하고 있는데 조세평등주의는 평등원칙의 조세법적 표현이다.

그런데 평등원칙은 모든 차별적 취급을 금지하는 것이 아니라 합리적 이유 없는 차별을 금지하는 것이다. 합리적 이유 없는 차별이란 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하는 것을 말하는데, 비교되는 두 사실관계가 본질적으로 같은 것인지 여부는 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 비추어 판단하여야 한다. 따라서 4년 이내 매립지를 보유한 통상의 법인과 차입금과다법인이 본질적으로 같은 것인지 그리고 그 둘을 차별취급하는 것이 합리적 이유가 있는 것인지 여부는 지급이자 손금불산입 규율의 입법목적과 4년 이내 매립지에 대한 예외 규정의 의미와 목적을 통해 판단하여야 한다.

(2) 비업무용부동산 손금불산입 조항과 이 사건 법률조항의 입법목적

법인세는 법인의 소득에 대하여 부과하는 조세이다. 법인이 차입금을 통해 기업자금을 조달한 경우 그 차입금에 대한 지급이자란 기업 활동에 필요한 비용의 성질을 가지므로 법인의 소득산정에 있어 손금으로 처리되는 것이 원칙이다. 그러나 기업이 차입금을 이용하여 생산 활동과 관계없는 부동산을 보유하거나 부동산 투기를 목적으로 부동산을 보유하는 경우 또는 생산성이 낮은 자산을 보유하고 있으면서도 차입금의 상환 노력은 없이 계속해서 차입금에 의존해 기업 자금을 조달하거나 기업확장을 꾀하는 경우 등에 있어서까지 그 차입금에 대한 지급이자를 기업 활동에 불가피한 비용으로 보는 것은 바람직하지 않다. 지급이자의 손금산입이 갖는 이러한 문제점을 고려하여 일정한 경우에 지급이자를 손금불산입하는 방법을 통해 기업 활동과 관련한 사회적, 경제적 정책 목적을 달성하려는 것이 지급이자 손금불산입 제도의 기본 취지이다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 구체적인 입법목적에 있어서는 비업무용부동산 손금불산입 조항과 이 사건 법률조항은 서로 구별된다.

비업무용부동산 손금불산입 조항의 입법목적은 기업이 차입금을 통해 부동산을 투기적 목적으로 보유하거나 업무와 무관하게 보유하는 것을 규제하고자 하는 데에 있다. 따라서 기업이 보유하는 부동산이 업무에 사용되는 것인지 또는 업무와 관련이 있는 것인지 여부가 중요한 의미를 가지며 규율 대상이 되는 법인이 재무구조가 취약한 기업인지 여부는 묻지 않는다. 이에 반해 이 사건 법률조항은 차입금이 일정한 기준을 초과하여 재무구조가 취약하고 도산의 위험이 있는 기업에 대해서는 업무 관련 여부에 관계없이 객관적으로 볼 때 생산성이 낮은 종류의 부동산을 계속 보유하는 것 자체가 재무구조를

악화시키는 요인이 되므로 그 부동산의 처분을 유도함으로써 차입금 상환을 통해 재무구조를 개선토록 하려는 것으로서 차입금과다 부실기업의 재무구조 개선에 주된 입법목적이 있다. 이와 같이 이 사건 법률조항은 차입금과다법인의 재무구조 개선을 목표로 한다는 점에서 비업무용부동산 손금불산입 조항과 입법목적을 달리하는 것이다.

(3) 비업무용부동산 손금불산입 조항에서 4년 이내 매립지를 제외한 취지

(가) 공유수면매립사업은 산업기반시설의 부지를 확보하거나 식량의 자급기반을 확충하기 위한 국토의 가용 면적 확대라는 면에서 기본적으로 공익적 성격을 가지는 사업이다. 그리고 국가는 공유수면매립사업의 기본계획 수립, 공유수면매립사업에 대한 면허와 준공 인가 등을 통해 공유수면매립사업에 개입한다. 한편 매립지는 그 성질상 지반이 약하고 토질이 불량하며 준공 후 초기에는 관개시설이나 기반시설의 미비 등으로 일반 토지에 비해 그 이용에 제한이 있을 수 있다.

(나) 그런데 공유수면매립사업이 가지는 공익적 성격이나 매립지 취득 과정에 국가가 개입한다는 사실은 그 매립지를 비업무용으로 보지 않는 것과 직접적인 관련이 없다. 왜냐하면 공익적 사업의 결과로 취득하였다거나 취득을 국가가 허용했다고 하더라도 현재 그 매립지의 사용 실태에 따라서는 법인의 업무에 사용되지 않을 수도 있기 때문이다.

매립지의 성질상 지반이 약하고 토질이 불량하여 준공 직후에는 일반 토지에 비해 이용에 제한을 받을 수 있다는 사실도 4년 이내 매립지를 비업무용부동산 손금불산입 조항에서 제외하는 이유가 되기에 부족하다. 공유수면매립지는 그 목적이 농경지, 항만시설, 공장용지, 택지, 쓰레기매립장 등 매우 다양하여 그 구체적인 목적들에 비추어 보면 준공 직후의 매립지가 모두 이용이 곤란하다고 말할 수는 없으며 이용에 제한을 받는다 하더라도 이용에 제한을 받는 기간을 일률적으로 정할 수 없다. 무엇보다도 4년 이내 매립지를 손금불산입 대상에서 제외한 취지가 준공 후 일정 기간 이용의 곤란성 때문이라면 손금불산입에서 제외하는 대상을 굳이 ‘공유수면매립법에 의해 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한’ 매립지로 제한할 이유가 없다. 왜냐하면 직접 매립공사를 통해 취득한 경우가 아니라 매립공사를 한 자로부터 양수한 경우 기타 이유로 매립지를 취득하게 된 경우에도 그 매립지가 준공 후 4년이 경과하지 않았다면 매립지의 객관적 성질상 이용이 제한되는 점은 동일하기 때문이다. 그럼에도 비업무용부동산 손금불산입 조항에서

는 공유수면매립법에 의해 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지만을 손금불산입 대상에서 제외하고 있다.

또한 처분의 곤란성 역시 4년 이내 매립지에 대해 예외를 규정한 결정적 이유가 될 수 없다. 토지와 같은 부동산에 있어 처분의 곤란성은 현재 또는 장래의 경제적 가치에 따라 결정된다고 할 것이므로 일반 부동산의 경우에도 그 위치나 면적, 용도, 주위 환경 등 구체적 사정에 따라 처분이 용이하지 않은 경우가 얼마든지 있을 수 있다. 반대로 준공 직후의 매립지라 하더라도 그 용도나 주변 입지, 개발 계획 등 구체적 사정에 따라 처분이 쉽게 이루어질 수도 있어 준공 직후의 매립지가 모두 처분이 곤란하다고 단정지을 수 없다. 그리고 처분에 필요한 유예기간을 부여한다면 처분하여야 할 사정이 생긴 때부터 일정 기간을 유예하는 것으로 규정했어야 할 것인데 비업무용부동산 손금불산입 조항에서는 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과하지 아니한 매립지는 모두 비업무용부동산으로 보지 않는다고 규정하고 있다.

한편 입법연혁을 살펴보더라도 구 법인세법은 처음에 공유수면매립지 전부를 비업무용부동산에서 제외하였다가 공유수면매립지 중 취득 후 4년이 경과하지 않은 것으로 그 범위를 축소하였고, 그 후 다시 4년이 경과한 매립지 중에서도 농경지 등에 대한 예외를 인정하여 다시 범위를 확대하였으며 현재는 취득 후 5년이 경과하지 않은 것에 대해 손금불산입 대상에서 제외하고 있어 그 예외를 인정하는 공유수면매립지의 범위가 일관되지 않음을 알 수 있다. 이것은 곧 4년 이내 매립지를 손금불산입 대상에서 제외하는 것이 매립지의 객관적 성질상 당연히 요구되는 논리적 결과는 아니라는 것을 보여주는 것이다.

(다) 결국 4년 이내 매립지를 손금불산입 대상에서 제외한 것은 기본적으로 공익적 성격을 가지고 그 과정에 국가가 개입하는 공유수면매립사업에 대한 지원의 필요성, 준공 직후 어느 정도 이용이 제한될 수 있다는 매립지 자체의 성질 등과 구체적인 사회적, 경제적 상황을 종합적으로 고려하여 공유수면매립사업과 공유수면매립지에 대해 세제상의 혜택을 주기로 한 정책적 판단에 따른 것이다.

(4) 이 사건 법률조항이 4년 이내 매립지를 농경지에서 제외하지 않은 것이 합리적 차별인지 여부

위에서 보았듯이 이 사건 법률조항의 입법목적은 차입금과다법인의 재무구조 개선에 있으므로 재무구조의 취약성이 문제되지 않는 기업이 업무와 무관

한 부동산을 투기적 목적으로 보유하는 것을 규제하고자 하는 비업무용부동산 손금불산입 조항과는 규율 대상과 입법목적을 달리하고 있다. 또한 비업무용부동산 손금불산입 조항에서 4년 이내 매립지에 대한 예외를 둔 것은 구체적인 사회적, 경제적 상황을 고려하여 공유수면매립사업과 공유수면매립지에 대한 세제상의 혜택을 주기로 한 정책적 판단의 결과이다. 그렇다면 이 사건 법률조항과 비업무용부동산 손금불산입 조항의 의미와 입법목적에 비추어 볼 때 4년 이내 매립지를 보유한 차입금과다법인은 지급이자 손금불산입 규율에 있어 통상의 법인과 본질적으로 같게 취급될 필요는 없는 것이다.

한편 이 사건 법률조항에서의 농경지는 그것이 비록 공유수면매립공사를 통해 취득한 것이라 하더라도 보유 기업의 재무구조 개선에 부정적 효과를 미치는 면에서는 다른 일반 농경지와 다를 바 없다. 그리고 준공 직후에 이용의 제한을 받는다는 사실은 농경지의 생산성이 그만큼 더 떨어진다는 의미로서 재무구조 개선을 위해서는 처분의 필요성이 오히려 크다고 볼 수도 있다. 또 처분에 필요한 유예기간을 부여할 것인지는 재무구조 개선의 시급성을 어느 정도로 보느냐에 따라 달리 판단할 수 있는 것이다. 이 사건 법률조항은 차입금과다법인의 재무구조 개선의 중요성과 시급성을 공유수면매립사업과 공유수면매립지에 대한 세제상 지원의 필요성에 우선시키고 있는바, 부실화된 기업에 대한 금융 자금의 비생산적 유입과 기업이 도산하는 경우 국민 경제 전체에 미치는 부정적 효과를 방지함으로써 얻는 이익에 비추어 볼 때 위와 같은 판단이 현저히 자의적이거나 비합리적이라 할 수 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 본질적으로 같은 것을 자의적으로 차별하고 있다고 할 수 없어 조세평등주의에 위반되지 아니한다.

다. 재산권 침해 여부

헌법 제23조 제1항 후문은 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하고 있고, 헌법 제38조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다고 규정하고 있어 조세의 부과징수는 헌법상 국민의 납세의무에 기초하는 것이므로 원칙적으로는 재산권 침해가 문제되지 않는다. 다만 조세의 부과 징수로 인하여 납세의무자의 구체적인 재산에 관한 이용, 수익, 처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에는 재산권에 대한 침해가 문제될 수도 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773 참조).

그런데 이 사건 법률조항은 차입금과다법인의 농경지 취득이나 이용 및 수익을 직접 금지하거나 제한하고 있지 않다. 차입금과다법인이 농경지를 보유

하고 있는 경우 법인세액 결정의 기초가 되는 사업소득 산정에 있어 지급이자 중 일부를 손금에 불산입하여 그 불산입되는 금액만큼의 불이익을 가하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 차입금과다법인의 농경지에 대한 이용, 수익, 처분권을 중대하게 제한하고 있는 것으로 볼 수는 없으므로 이 사건 법률조항이 차입금과다법인의 재산권을 침해한다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대 의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 주선회의 반대 의견

이 사건 법률조항이 그 ‘농경지’ 부분에 ‘공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과되지 아니한 것’도 포함시키고 있는 것은 통상의 법인에 비하여 차입금과다법인을 합리적 이유없이 차별하는 것이어서 헌법에 위반될 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 준공인가 후 4년 미만의 매립지

구 법인세법 제18조의3 제1항 제1호, 구 법인세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13195호로 개정된 것) 제43조의2 제1항 및 제3항, 구 법인세법시행규칙(1991. 2. 28. 재무부령 제1844호로 개정된 것) 제18조 제4항 제12호 소정의 ‘공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과되지 아니한 것’은, 비록 그것이 준공인가까지 되었다 하여도 염분이 충분히 제거되지 아니하거나 지반이 취약하거나 성토의 견고도가 불충분하여 토지로서의 성상이 아직 안정되지 못한 것일 수도 있으므로 이러한 매립지는 토지의 성질상 아직 미숙성의 것이라고 보는 것이 일반적으로 보아 타당할 것이다. 그러므로 준공인가 후 4년 미만의 매립지를 위와 같은 의미에서 비유적으로 미숙성(未熟性) 매립지라고 부를 수 있다. 이러한 미숙성의 상태는 준공인가 후 상당기간이 경과될 때까지 계속될 수 있는 것이다(이러한 기간을 추가적인 숙성기간이라고 부를 수 있을 것이다). 이러한 상황은 공유수면의 매립면허를 받은 법인이 당초부터 예상할 수 있는 것이고 따라서 매립준공의 인가를 받은 법인이 매립지의 숙성도를 높이기 위하여 상당기간 이를 관리하면서 여러 가지

투자나 조치를 추가적으로 하는 일은 이미 계획된, 또는 예상된, 영업활동의 일환이라고 보아야 할 것이다. 물론 매립을 끝낸 법인은 준공인가 후 바로 이를 처분할 수도 있을 것이지만 이와 달리 그 숙성도를 높여 보다 수익성이 있게 이를 활용하거나 또는 보다 높은 가격으로 이를 처분하는 방법을 모색할 수도 있을 것인바 그 방법과 시기의 선택은 당연히 매립한 법인의 영업적 판단에 맡겨져 있는 것이다.

공유수면 매립지의 이러한 일반적인 성질을 인정하는 것이 정당하다면 과세당국으로서는 미숙성 매립지가 현재 법인의 업무에 직접 사용되고 있지 않다고 하여 이를 바로 손금산입의 대상에서 제외하여서는 안될 것이다. 이 경우의 미숙성 매립지는 법인의 업무 내지 영업행위에 의하여 생성, 취득된 것이어서 이를 비업무용부동산으로 확정할 수 없기 때문이다. 그러므로 미숙성 매립지를 세법이 손금불산입대상으로부터 제외한 것은 극히 합리적이라고 할 것이다. 이것이 법인세법에서 미숙성 매립지를 손금불산입대상으로부터 제외 한 이유이다.

세법은, 법인이 직접 매립하여 원시취득한 미숙성 매립지만을 손금불산입의 대상에서 제외하고 법인이 승계취득한 매립지는 비록 그것이 미숙성의 것이라 하여도 그것을 손금불산입의 대상으로 삼아 양자를 구별하는 것도 같은 이유에 의한 것이다. 즉, 위에서 본 바와 같이 원시취득의 매립지는 법인이 당초부터 업무행위의 일환으로 이를 매립(취득), 보유하는 것이어서 이를 비업무용부동산이라고 확정할 수 없는 것임에 반하여 승계취득의 매립지는 영업의 일환으로 이를 취득, 보유하는 것이라고 일률적인 단정을 하기가 어렵기 때문이다.

다만, 추가적인 숙성기간을 이 사건 법률조항의 시행당시에 있어서와 같이 4년으로 할 것인지 아니면 얼마로 할 것인지의 문제는 남아있지만 이것은 입법의 재량에 속한다.

나. 차입금과다법인과 미숙성 매립지의 문제

미숙성 매립지가 가지는 위에서 본 바와 같은 성질 자체는 통상의 법인이거나 차입금과다법인에 있어 동일할 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고 차입금과다법인에 대하여는 다시 미숙성 매립지에 대한 손금불산입조치를 하여야 한다면 그렇게 차별하여야 할 무슨 특별한 합리적인 이유가 있어야 할 것이다.

물론 차입금과다법인은 그 보유가 불요불급(不要不急)하다고 인정되는 부

동산(예컨대 구 법인세법시행규칙 제18조 제21항 소정의 체육시설용 부동산, 연수원용 또는 휴양소용 부동산 등 10개 종류), 수익성이 낮은 영업용 부동산 또는 상당한 정도로 부담이 되는 투자가 추가로 필요한 부동산 등을 조속히 처분하여 재무구조의 개선에 이를 투입할 필요성이 통상의 법인에 비하여 더 클 것이다. 그러나 미숙성 매립지는 처분의 필요성이 크다고 위에서 열거한 부동산들의 범주에는 속하지 않는다.

왜냐하면 재무구조의 개선을 위한 처분이라면, 비록 그 처분이 조속히 이루어져야 한다고 하더라도 만일 제값을 받을 수 있기 전에 서둘러 헐값에 처분된다면 오히려 재무구조의 개선에 역행되므로, 적당한 가격으로, 가능한 한 보다 높은 가격으로, 처분되어야 할 것이고 그렇게 되기 위하여는 더 이상의 투자나 개선이 없이도 일용 그 상태대로 처분할 수 있는 숙성도 즉, 완성도를 갖고 그 용도대로 사용 또는 수익이 가능한 물건이어야 할 터인데 미숙성 매립지는 그 숙성상 이러한 조건, 즉 완성도를 갖춘 것이 되지 못하기 때문이다. 수익성의 문제도 마찬가지이다. 미숙성 매립지는 그 성질상 본격적인 수익창출의 단계에 아직 진입하지 아니한 것이고 그 수익성은 향후의 장기적인 관점에서 판단되어야 하므로 당장의 수익이 낮다고 하여 이를 바로 처분의 대상으로 삼는 것은 적절하지 않기 때문이다. 또한 미숙성 매립지는 대부분의 경우 시간의 경과로 상당정도 숙성도를 갖추게 되므로 별도로 대규모의 투자를 요하는 것도 아니기 때문이다. 미숙성 매립지는 특별한 사정이 없는 한 추가적인 숙성기간을 경과한 후에 이를 처분하여야 보다 높은 가격을 받을 수 있고 이렇게 하는 것이 재무구조의 개선에 도움이 되는 경우가 얼마든지 있을 수 있는 것이다. 물론 구체적인 손익의 계산은 상황에 따라 다를 수도 있을 것이다. 그렇다 하더라도 구체적인 상황의 차이를 무시하고 세법이 일률적으로 미숙성 매립지의 즉각적인 처분이 재무구조의 개선에 도움이 될 것이라고 단정하여 이를 유도하는 조치에 나아오는 것은 위에서 본 바에 의하면 근거가 없는 일이다. 1996. 12. 31. 총리령 제609호로 개정된 법인세법시행규칙이 “공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지 …… 를 (손금불산입대상에서) 제외한다.”는 취지의 개정을 한 것도 같은 이유라고 이해하여야 할 것이다.

다. 소 결

그렇다면 차입금과다법인에게 미숙성 매립지를 추가적인 숙성기간 4년의 경과 전이라도 서둘러 처분하도록 세법에서 유도하기 위하여 이를 보유한 차

입금과다법인에게 무조건 손금불산입이라는 제재를 일률적으로 가하는 것은 오히려 재무구조의 개선에 역행하는 것이 될 수 있어 불합리하다.

따라서 미숙성 매립지를 통상의 법인에게는 손금산입을 해주면서 차입금과 다법인에게는 반대로 손금불산입조치를 하는 것은 양자를 합리적인 이유없이 차별하는 것이 되어 헌법의 평등원칙에 위반된다.

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

[별지]

관련 조항

법 제18조의3(지급이자의 손금불산입) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자산을 취득하거나 보유하고 있는 내국법인에 대하여는 각 사업연도에 지급한 차입금의 이자 중 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액(차입금 중 당해 자산가액에 상당하는 금액의 이자를 한도로 한다)은 각 사업연도의 소득금액 계산상 이를 손금에 산입하지 아니한다.

1. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없거나 부동산의 이용실태 등으로 보아 지가상승으로 인한 이익을 취득하기 위하여 보유하는 것이라고 인정되는 부동산으로서 대통령령이 정하는 것
2. 당해 법인의 업무와 직접 관련이 없다고 인정되는 자산(부동산을 제외한 다)으로서 대통령령이 정하는 것

구 법인세법시행령(1990. 12. 31. 대통령령 제13195호로 개정된 것) 제43조의2(지급이자의 손금불산입) ① 법 제18조의3 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 것”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산(이하 “비업무용부동산등”이라 한다)을 말한다.

1. 부동산 취득 후 일정한 기간이 경과한 때까지 법인의 업무에 직접 사용하지 아니하는 부동산
2. 업무에 필요한 적정한 기준면적을 초과하여 보유하는 부동산
3. 부동산을 이용하여 얻은 수입금액이 부동산 가액의 일정비율에 미달하

는 부동산

- 4. 법인의 주된 사업에 사용되지 아니하는 부동산으로서 과다보유의 소지가 있는 부동산
- 5. 업무에 적합한 시설기준을 갖추지 못하였거나 업무와의 관련정도가 적은 부동산

② 생략

③ 제1항의 규정에 의한 비업무용부동산등의 판정기준에 관하여는 재무부령으로 정한다.

④ 법 제18조의3 제1항에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액”이라 함은 다음의 산식에 의하여 계산한 금액을 말한다. 이 경우 취득과 동시에 비업무용부동산등에 해당하는 자산의 경우에는 그 취득에 소요된 차입금의 이자는 제33조의 규정에 의한 자본적 지출로 보지 아니하며, 다음 산식 중 자산가액의 합계액에 비업무용부동산등을 취득하기 위하여 지출한 금액을 합산한다.

제1항 및 제2항의 자산가액의 합계액

(총차입금을 한도로 한다)

$$\text{지급이자} \times \frac{\text{제1항 및 제2항의 자산가액의 합계액 (총차입금을 한도로 한다)}}{\text{총 차 입 금}}$$

⑤ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 기준을 초과하여 차입금을 보유하고 있는 법인”이라 함은 차입금(제13항의 규정에 의하여 지급이자 이미 부인된 차입금을 제외한다)이 자기자본의 2배(소비성서비스업의 경우에는 자기자본상당액)를 초과하는 법인을 말한다. (단서 생략)

⑥ 법 제18조의3 제2항에서 “대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액”이라 함은 다음 각 호의 구분에 따라 계산한 금액을 말한다.

- 1. 소비성서비스업을 영위하는 법인 외의 법인의 경우

법 제18조의3 제2항 제1호 내지 제3호의

자산합계액과 자기자본의 2배를 초과하는

차입금상당액중 적은 금액

$$\text{지급이자} \times \frac{\text{법 제18조의3 제2항 제1호 내지 제3호의 자산합계액과 자기자본의 2배를 초과하는 차입금상당액중 적은 금액}}{\text{총 차 입 금}}$$

2. 생략

⑦~⑩ 생략

⑪ 법 제18조의3 제2항 제3호에서 “대통령령이 정하는 용도에 사용되는 부동산”이라 함은 제5항의 규정에 의한 법인이 보유하는 임야·농경지·목장용 부동산·연수원 또는 휴양소용 부동산 기타 재무부령이 정하는 부동산을 말한다.

⑫, ⑬ 생략

구 법인세법시행규칙(1991. 2. 28. 재무부령 제1844호로 개정된 것)

제18조(지급이자의 손금불산입) ①, ② 생략

③ 영 제43조의2 제1항 및 동조 제3항에서 “비업무용부동산등”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

1.~4. 생략

5. 농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 다음에 해당하는 부동산을 제외한다.

가. 농경지·묘포장용 부동산

농업을 주업으로 하는 법인이 소유하는 농경지·묘포장용 부동산으로서 1년간의 수입금액이 당해 부동산 가액의 100분의 7 이상인 부동산. 다만, 특별시·직할시 및 시의 지역이 도시계획구역(녹지지역을 제외한다) 안에 있는 부동산으로서 도시계획구역에 편입된 날부터 1년이 경과된 것을 제외한다.

나. 생략

6.~22. 생략

④ 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산은 제3항의 규정에 불구하고 비업무용부동산으로 보지 아니한다.

1.~11. 생략

12. 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해 매립지의 소유권을 취득한 날부터 4년이 경과되지 아니한 것

13.~17. 생략

⑤~⑨ 생략

⑩ 제3항의 규정을 적용함에 있어서 주업의 판정은 다음 각 호에 의한다.

1.~2. 생략

3. 기타 사업의 경우에는 수입금액이 큰 사업을 주업으로 한다. 이 경우 당해법인이 생산한 축산물 또는 지방세법 제197조 제4호에 규정된 특수

작물을 당해 법인이 제조하는 제품의 원재료로 사용하는 경우에는 축산업 또는 농업을 주업으로 하는 것으로 보아 제3항 제5호의 규정을 적용한다.

⑪~⑳ 생략

㉑ 영 제43조의2 제11항에서 “재무부령이 정하는 부동산”이라 함은 다음 각 호의 부동산을 말한다.

1. 임야·농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산
 2. 체육시설용 부동산
 3. 연수원용 또는 휴양소용 부동산
 4. 휴양시설업용 부동산
 5. 예비군훈련장용 부동산
 6. 골재채취장용 부동산
 7. 야적장·적치장 또는 하치장용 부동산
 8. 임대전용 부동산(건물 기타 지상정착물을 임대한 경우로서 임대한 법인이 임대건물 등의 연면적의 100분의 10 이상을 직접 사용하지 아니하는 경우 당해건물 등과 그 부속토지를 포함한다)
 9. 법인의 자가전용 주차장 및 주차장업용 토지
 10. 상품 등의 전시·판매에 사용되는 토지로서 건축물이 없는 것(건축물의 부속토지로서 제3항 제2호의 규정에 의한 기준면적을 초과하는 토지에 상품 등을 전시·판매하는 경우 그 초과하는 부분을 포함한다)
- 구 법인세법시행규칙(1996. 12. 31. 총리령 제609호로 개정된 것) 제18조

⑳ 영 제43조의2 제1항 및 동조 제3항에서 “비업무용부동산등”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

1.~4. 생략

5. 농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 다음에 해당하는 부동산을 제외한다.

가. 농경지·묘포장용 부동산

공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인과 농업(한국표준산업분류상의 작물생산업을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 주업으로 하는 법인이 소유하는 농경지·묘포장용 부동산으로서 1년간의 수입금액이 당해부동산가액의 100분의 3 이상인 부동산과 농업협동조합법에 의하여 설립된 농업협동조합 또는 그 중앙회가 농민지도사

업을 위하여 소유하는 농경지·묘포장용 부동산. 다만, 특별시·광역시 및 시의 지역의 도시계획구역(녹지지역을 제외한다) 안에 있는 부동산으로서 도시계획구역에 편입된 날부터 1년이 경과된 것을 제외한다.

④~⑳ 생략

㉑ 영 제43조의2 제11항에서 “총리령이 정하는 부동산”이라 함은 다음 각 호의 부동산을 말하며, 각 호에 규정된 주업의 판정은 제3항 및 제10항의 규정에 의한다.

1. 임야·농경지·묘포장용 부동산·목장용 부동산. 다만, 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지와 임업·농업 또는 축산업을 주업으로 하는 법인이 소유하고 있는 부동산을 제외한다.

법인세법시행령(2000. 12. 29. 대통령령 제17033호)

제49조(업무와 관련이 없는 자산의 범위 등) ① 법 제27조 제1호에서 “대통령령이 정하는 자산”이라 함은 다음 각 호의 자산을 말한다.

1. 다음 각 목의 1에 해당하는 부동산. 다만, 법령에 의하여 사용이 금지되거나 제한된 부동산, 자산유동화에관한법률에 의한 유동화전문회사가 동법 제3조의 규정에 의하여 등록한 자산유동화계획에 따라 양도하는 부동산 등 재정경제부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 부동산을 제외한다.

가.~나. 생략

법인세법시행규칙(2000. 12. 30. 재정경제부령 173호로 개정된 것) 제26조(업무와 관련이 없는 부동산 등의 범위) ⑤ 영 제49조 제1항 제1호 단서에서 “재정경제부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 부동산”이라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산을 말한다.

21. 공유수면매립법에 의하여 매립의 면허를 받은 법인이 매립공사를 하여 취득한 매립지로서 당해매립지의 소유권을 취득한 날부터 5년이 경과되지 아니한 매립지

민사집행법 제158조 등 위헌소원

(2005. 3. 31. 2003헌바92 전원재판부)

【판시사항】

1. 배당기일에 이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 보도록 한 민사집행법 제158조(이하 '이 사건 조항'이라 한다)가 이의한 사람의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 조항이 이의한 사람을 그 상대방 또는 민사집행법 제154조 제2항의 청구이의의 소의 원고에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하여 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 조항이 이의한 사람의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 조항은 배당이의의 소에 있어서 원고로 인한 불필요한 지연을 방지하고 최초 변론기일부터 원고의 적극적 소송참여를 유도함으로써 강제집행절차를 신속하고 효율적으로 진행시키기 위한 것인데, 권리 또는 법률관계의 존부의 확정을 목적으로 하는 판결절차에 비하여 권리의 강제적 실현을 목적으로 하는 강제집행절차에서는 신속성의 요청이 더 강하게 요구되므로 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

최초변론기일 불출석시 소취하 의제라는 수단은 원고의 적극적 소송수행을 유도하므로 입법목적의 달성에 효과적이고 적절한 것이고, 원고가 최초의 변론기일에만 출석한다면 그 이후의 불출석으로 인하여 다른 사건에 비하여 특별히 불리한 처우를 받게 되지 않으므로 재판청구권에 대한 과도한 제한이라고 할 수 없다.

2. 배당이의의 소의 피고는 배당기일에 배당표에 대하여는 동의하였거나 동의한 것으로 간주되므로 소송절차를 고의로 지연시킬 아무런 이유가 없는 반면, 원고는 배당표에 이의를 하여 배당을 유보하게 한 후 정당한 채권자의 채권회수를 지연시켜 채권자에게 합의를

유도할 목적으로 배당이의의 소의 진행을 지체할 가능성을 배제할 수 없으므로, 배당이의의 소의 원고와 피고를 다르게 취급하는 것은 차별에 합리적인 이유가 있다.

민사집행법 제154조 제2항에 의하여 제기하는 청구이의의 소에서는 판결이 확정되면 집행권원의 일반적인 집행력이 소멸된다는 점에서 당해 경매절차 내에서 배당표의 경정 또는 재작성만을 목표로 하는 배당이의의 소와는 차이가 있으므로, 절차의 신속보다는 공정한 재판의 요청이 상대적으로 더 강하게 요구된다. 또한 청구이의의 소의 경우 소 제기 외에 별도로 민사집행법 제46조 제2항의 잠정처분을 받아서 그 소 제기 증명 및 잠정처분의 정본을 집행법원에 제출하여야 그 부분의 배당액이 공탁되게 되는데, 위 잠정처분을 발함에 있어서 법원은 담보를 제공하게 하여 정당한 권리자가 입게 될 손해를 구제할 조치를 취할 수 있으므로, 청구이의의 소에 이 사건 조항과 같은 제재수단이 없다고 하더라도 정당한 사유 없이 고의로 배당절차의 진행을 지연시킬 가능성은 어느 정도 예방된다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 조항이 청구이의의 소의 원고와 다르게 배당이의의 소의 원고를 취급하는 것은 합리적인 근거가 있는 것이므로 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

3. 이 사건 조항에 따라 배당이의의 소가 취하 간주되는 경우 배당이의한 사람은 가사 이의를 제기한 부분에 관하여 적법한 배당채권 및 배당순위를 갖추고 있더라도 매각대금으로부터는 배당을 받지 못하게 되나, 그 경우에도 이의한 사람의 실체법상 채권이 소멸하거나 제한되는 것은 아니므로 현실적으로 이의의 상대방을 상대로 별도로 부당이득반환청구의 소를 제기하여야 한다거나 상대방의 무자력 등을 이유로 실제로 그 이득액을 반환받지 못하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 사실상의 불이익에 불과하고 이의한 사람의 재산권 침해의 문제가 발생하는 것은 아니다.

【심판대상조문】

민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제158조(배당이의의 소의 취하간주) 이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 본다.

【참조조문】

구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제596조(이의의 소 취하의 의제) 이의를 신청한 채권자가 이의소송의 최초의 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 본다.

【참조판례】

1. 헌재 2001. 2. 22. 2000헌가1, 판례집 13-3, 201, 207-211
2. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787
헌재 2002. 11. 28. 2002헌마45, 판례집 14-2, 704, 715

【당 사 자】

청 구 인 ○○보증 주식회사(대표이사 권○창)
대리인 변호사 이재욱
당해사건 서울지방법원 2002가합49793 배당이의

【주 문】

민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제158조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

청구인은 2002. 8. 2. 서울지방법원 2002타기247호 및 같은 법원 2002타기 248호 각 배당절차사건의 배당기일에 출석하여 다른 채권자들의 채권 중 일부 또는 전부에 대하여 이의를 진술한 후 2002. 8. 8. 당해사건인 배당이의의 소를 제기하였다.

당해사건의 첫 변론준비기일은 2003. 2. 11.이었는데 청구인이 기일소환장을 적법하게 송달 받고도 불출석하자, 위 법원은 민사집행법 제256조에 의하여 준용되는 같은 법 제158조에 따라 그 소가 취하된 것으로 처리하였다.

이에 청구인은 기일지정신청을 하면서, 배당이의의 소를 제기한 자가 첫 변론기일에 불출석한 때 소를 취하한 것으로 보도록 한 민사집행법 제158조에 대하여 위헌법률심판의 제청신청을 하였으나 위 법원이 2003. 10. 2. 위헌제청

신청을 기각하고 판결로 소송종료선언을 하자, 2003. 10. 31. 위 판결에 항소하는 한편 2003. 11. 1. 민사집행법 제158조 및 제256조의 위헌결정을 구하기 위하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 민사집행법(2002. 1. 26. 법률 제6627호로 제정된 것) 제158조 및 제256조에 대하여 헌법소원심판을 청구하였으나, 민사집행법 제256조는 부동산에 대한 강제집행의 배당절차 규정을 당해사건과 관계된 동산에 대한 강제집행의 배당절차에 준용하는 조항에 불과하고 청구인도 위 조항을 심판대상으로 기재하면서도 실제로는 민사집행법 제158조의 위헌 여부만을 다투고 있으므로, 이 사건 심판대상을 민사집행법 제158조(이하 '이 사건 조항'이라 한다)로 한정한다.

제158조(배당이의의 소의 취하간주) 이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 출석하지 아니한 때에는 소를 취하한 것으로 본다.

제256조(배당표의 작성과 실시) 배당표의 작성, 배당표에 대한 이의 및 그 완결과 배당표의 실시에 대하여는 제149조 내지 제161조의 규정을 준용한다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 조항은 이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 불출석한 경우에만 소취하 간주라는 불이익을 부여하고 그 상대방의 불출석에 대하여는 아무런 불이익을 규정하고 있지 않아 이의한 사람과 그 상대방을 불평등하게 대우하고 있는데, 이와 같은 문제점은 이의한 사람 및 그 상대방 모두 배당요구채권자인 경우에 특히 두드러진다.

또한, 재판의 신속성 및 효율성은 배당절차뿐만 아니라 모든 형태의 소송에서 동일하게 요구되는 것인데 유독 배당이의의 소에 있어서만 위와 같이 원고의 권리를 제한하는 것은 다른 강제집행법상의 소 및 민사소송법상 판결절차의 원고에 비하여 불합리하게 차별대우하는 것으로 평등의 원칙에 위배된다.

(2) 배당절차에서 이의한 자는 배당기일로부터 7일 이내에 배당이의의 소를 제기하여야 하는데 위 조항에 따라 배당이의의 소가 취하 간주되는 경우 통상 이미 위 7일의 기간이 도과되어 다시 배당이의의 소를 제기할 수가 없고 그 결과 배당절차에서 채권을 회수하는 것이 불가능하게 된다. 이러한 경우 가사 후에 부당이득반환청구권의 행사로 권리구제를 도모할 수 있다고 하

더라도 다시 상대방의 일반재산을 확보하여 집행하여야 하는데 상대방이 무자력인 경우 집행이 불가능하게 된다는 점에서 위 조항은 헌법이 보장하고 있는 재산권을 침해한다.

(3) 일반적으로 민사소송법상 판결절차에서보다 강제집행절차에서 신속성이 더 요구된다고 하더라도 배당절차단계에서는 이미 배당금이 확보된 상태에 있으므로 신속한 배당보다는 오히려 정확한 배당이 요구된다.

배당이의의 소에서 원고가 첫 변론기일에 출석하기만 하면 그 이후의 변론기일에서는 불출석하더라도 곧바로 소취하 간주의 효과는 발생하지 아니하고 민사소송법 제268조의 적용만이 있을 뿐이므로 이 사건 조항이 절차진행의 신속성이라는 목적을 달성하는데 합리적이고 효과적인 수단을 규정하고 있는 것이라고 할 수도 없다.

현행 민사소송법은 변론준비절차를 강화하고 변론준비기일제도 등을 두어 소송절차의 신속한 진행을 도모하고 있고, 변론기일에 2회 불출석한 원고에 대한 민사소송법 제268조의 제재를 민사소송법 제286조로 변론준비기일에게까지 준용하도록 하고 있어 원고에 의한 소송지연을 방지하기에 충분함에도 불구하고, 유독 배당이의의 소에서만 다시 이 사건 조항의 소 취하 간주 제도를 추가로 두고 있는 것은 지나치다. 또한 위 조항은 원고가 첫 변론기일의 불출석에 대하여 귀책사유가 있었는지 여부를 묻지 아니하고 있다는 점에서도 부당하다.

결국 이 사건 조항은 헌법 제27조 제1항에 의한 국민의 재판청구권 및 재판제도와 관련하여 헌법 제124조가 정하고 있는 법률서비스 소비자로서의 국민의 권리를 본질적인 내용에서 침해한다.

(4) 민사소송법상 변론준비기일은 변론기일과는 서로 다른 종류의 것으로서 각각 다른 법규정에 의하여 규율되고 있다. 그러므로 가사 이 사건 조항 자체는 위헌이 아니라고 하더라도 위 변론기일에 변론준비기일이 포함되는 것이라고 보아 이 사건 조항을 변론준비기일에까지 확대하여 적용한다면 그 한도에서는 헌법에 위반된다.

나. 당해법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 조항은 배당절차 및 소송절차가 고의로 지연되는 것을 방지하기 위하여 마련된 것인데, 배당이의의 소에서 이의의 상대방은 배당법원이 채권자들이 제출한 계산서와 기록 등을 기초로 하여 작성, 제시한 배당표 원안에 기재된 자들로서 배당법원에 의하여 잠정적으로나마 그 권리가 인정된 자

라고도 볼 수 있어 통상의 경우 이들이 배당절차 및 소송절차를 고의로 지연시킬 이유가 없다고 보이나, 이의한 사람의 경우 절차상 또는 실체상 하자가 없음에도 불구하고 무조건 이의를 하여 배당을 유보한 후 채권자의 채권회수를 지연시켜 채권자에게 고통을 주고 합의를 유도할 목적으로 배당이의의 소의 진행을 지체할 가능성이 있다고 보이므로, 위 조항에서 이의한 사람에 대하여만 첫 변론기일 불출석에 대한 불이익을 규정하고 있다고 하더라도 그 차별취급은 합리적인 근거가 있다.

또한, 배당절차는 권리의 강제적 실현을 목적으로 하고 수많은 이해관계인들의 이해가 교차하는 절차로서 각 이해관계인의 지위를 속히 안정시키기 위한 절차의 신속성의 요청이 다른 판결절차에 있어서보다 훨씬 강하므로 그 소의 제기 및 그 증명으로써 바로 배당이 유보되는 배당이의의 소를 다른 민사소송과 달리 취급할 합리적 근거가 있는 것이다.

따라서 위 조항은 헌법 제11조 제1항에 규정된 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 국민의 재산권, 재판청구권 및 소비자의 권리는 입법자의 형성의 자유가 폭넓게 인정되는 영역이다.

이 사건 조항은 배당이의의 소의 원고에 의한 불필요한 지연을 방지하고 첫 변론기일부터 적극적 소송참여를 유도함으로써 강제집행절차를 신속하고 효율적으로 진행시키기 위한 입법취지 하에 제정된 것으로 이로써 소송 및 집행에 따르는 사회적 비용도 줄일 수 있으므로 그 목적의 정당성이 인정된다. 첫 변론기일 불출석시 소취하 간주라는 제재수단은 원고의 적극적 소송수행을 유도하려는 입법목적의 달성을 위한 효과적이고 적절한 방법이다. 배당이의의 소에서 원고는 현저한 사유가 있는 경우 법원에 첫 변론기일의 변경을 신청하거나 상대방의 동의를 얻어서 당사자 합의에 의하여 이를 변경할 수도 있고, 배당표가 확정된 경우에도 사후적으로 부당이득반환청구를 통하여 권리구제를 받을 수도 있으므로 침해되는 기본권과 보호하려는 공익 사이에 법익의 균형성도 인정된다.

결국 이 사건 조항이 청구인의 재산권, 재판청구권 및 소비자로서의 권리의 본질적인 내용을 침해하여 위헌이라고 할 수 없다.

(3) 현행 민사소송법에서는 소가 제기된 경우 무변론판결을 하는 경우를 제외하고 원칙적으로 모든 사건을 변론준비절차에 회부하여 서면으로 가능한 소송행위를 먼저 진행한 후 변론준비기일을 지정하여 쟁점 및 증거를 정리하

고 변론준비절차 종결 후 첫 변론기일을 거친 뒤에는 바로 변론을 종결할 수 있도록 하고 있는바, 배당이의의 소에서 원고로 인한 불필요한 지연을 방지하고 첫 변론기일부터 적극적 소송참여를 유도함으로써 배당절차를 신속하고 효율적으로 진행시키려고 하는 위 조항의 입법취지를 고려하면, 이 사건 조항의 변론기일에는 변론준비기일도 포함된다고 해석함이 타당하고, 한편 위 조항은 민사소송법 제정시부터 지금까지 존재해 온 규정으로 현행 민사소송법 제286조에서는 변론준비기일에 있어서 당사자의 불출석에 대해서도 변론기일에 있어서의 당사자의 불출석에 관한 제268조를 준용하고 있고 민사집행법은 특별한 규정이 없는 한 민사소송법을 준용하고 있어, 배당이의의 소의 당사자로서는 위 조항의 변론기일에 변론준비기일도 포함된다고 충분히 예측할 수 있으므로 이러한 해석이 헌법에 위반된다고 할 수도 없다.

다. 법무부장관의 의견요지

대체로 법원의 위헌제청신청 기각이유와 같다.

3. 판 단

가. 재판청구권의 침해 여부

(1) 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 법률에 의한 재판과 법관에 의한 재판을 받을 권리를 보장하고 있다. 여기서 ‘법률에 의한 재판’이라 함은 합헌적인 법률로 정한 내용과 절차에 따라, 즉 합헌적인 실체법과 절차법에 따라 행하여지는 재판을 의미한다(헌재 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14, 31; 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 14 참조).

법률에 의한 재판청구권을 보장하기 위하여 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성은 불가피하다. 그러한 입법을 함에 있어서도 입법자는 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙을 준수함으로써 당해 입법이 단지 법원에 제소할 수 있는 형식적인 권리나 이론적인 가능성만을 허용하는 것이어서는 안 되며 상당한 정도로 권리구제의 실효성을 보장하는 것이 되도록 하여야 한다.

(2) 이 사건 조항은 이의한 사람이 배당이의의 소송의 첫 변론기일에 출석하지 아니한 경우 그 불출석 사유를 묻지 않고 소를 취하한 것으로 보도록 규정함으로써 배당이의의 소를 제기한 원고의 재판청구권을 제한하고 있다.

위 조항의 입법목적은 배당이의의 소에 있어서 원고로 인한 불필요한 지연을 방지하고 최초 변론기일부터 원고의 적극적 소송참여를 유도함으로써 강제집행절차(배당절차)를 신속하고 효율적으로 진행시키기 위한 것이라고 할

수 있다. 민사상의 분쟁해결에 있어서, 판결절차가 권리 또는 법률관계의 존부의 확정 즉 청구권의 존부의 관념적 형성을 목적으로 하는 절차라면 강제집행절차는 권리의 강제적 실현 즉 청구권의 사실적 형성을 목적으로 하는 절차이므로 강제집행절차에서는 판결절차에 있어서보다 신속성의 요청이 더 강하다고 할 수 있다.

배당절차도 강제집행절차에 속하는 만큼 신속성의 요청이 강하게 요구되는 바, 이러한 취지에서 민사집행법은 배당표에 대한 이의도 원칙적으로 배당기일에 출석한 자에게만 허용하는 등 일정한 요건 하에서만 허용하고 있고, 이의한 채권자나 채무자가 배당기일로부터 1주일 이내에 배당이의의 소를 제기한 사실을 증명하는 서류를 제출하도록 규정하고 있는 등 신속한 배당절차의 신속한 진행을 도모하고 있는 것이다.

배당이의의 소는 배당표에 대한 완결되지 않은 이의를 판결로 해결하는 절차로 기본적으로는 배당절차에 부수된 절차로 보아야 할 것이므로 청구인 주장과 같이 배당금이 이미 확보된 상태에 있다고 하여 절차에 대한 신속성의 요청이 약화된다고 할 수는 없다.

한편, 헌법 제27조 제3항 전단은 신속한 재판을 받을 권리를 국민의 기본권으로 규정하고 있으므로 강제집행절차에서의 신속한 재판의 요청은 단순히 헌법 제27조 제1항이 정한 재판청구권의 제한의 원리에 그치는 것이 아니라 재판청구권과 관련되어 있으면서 독자적인 헌법적 가치를 갖는 것으로 파악되어야 한다.

그러므로 신속한 재판의 이념과 채권자들 간의 배당액 분쟁의 조기확정을 추구하는 이 사건 조항은 그 입법목적의 정당성이 인정된다.

(3) 최초변론기일 불출석시 소취하 의제라는 이 사건 조항상의 제재수단은 원고의 적극적 소송수행을 유도한다는 측면에서 볼 때 입법목적의 달성에 효과적이고 적절한 것이고, 한편, 배당이의의 소에서 원고가 첫 변론기일에 출석하기만 하면 그 이후의 변론기일에서는 불출석하더라도 곧 바로 소취하 간주의 효과가 발생하지 아니하고 민사소송법 제268조의 적용만이 있다고 하더라도 이는 재판청구권 제한의 정도에 관한 문제일 뿐 방법의 적절성, 효율성의 문제로 볼 것은 아니다.

(4) 이 사건 조항이 원고의 귀책사유에 따라 차별적으로 제재를 가하지 않고 있다고 하더라도 이는 강제집행절차에 필요한 신속성의 요청에 따른 것이고, 현실적으로 귀책사유 없이 최초의 변론기일에 참석할 수 없었던 경우란

매우 예외적인 경우일 것이며, 그러한 경우에도 기일변경신청절차라는 사전 구제절차 및 부당이득반환청구라는 사후구제절차가 마련되어 있다. 또한, 이 사건 조항은 원고가 최초의 변론기일에만 출석한다면 그 이후부터는 불출석으로 인하여 다른 사건에 비하여 특별히 불리한 처우를 받게 되지 않으므로 재판받을 권리에 대하여 과도한 제한이라고 할 수 없다.

그러므로 이와 같이 절차의 신속성이 더 요구되는 배당절차에서, 판결절차에서 신속한 재판을 위해 두고 있는 민사소송법 제268조의 취하간주 제도 외에 이 사건 조항과 같은 제도를 추가로 규정하였다고 하더라도 그것은 입법자의 재량 범위 내의 것으로 허용되어야 하고, 법익의 균형을 해치는 정도의 과도한 제한이라고 할 수는 없다. 이 사건 조항으로 증진되는 강제집행절차의 신속성 등 공익적 법익은 ‘자신의 소송을 돌보지 않은 당사자’가 겪는 소취하의 불이익보다 훨씬 더 크다고 할 수 있기 때문이다.

(5) 우리 재판소는 이 사건 조항에 해당하는 구 민사소송법(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정되고 2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제596조가 재판청구권을 침해하지 않는다고 이미 합헌결정(헌재 2001. 2. 22. 2000헌가1, 판례집 13-3, 201, 207-211 참조)을 한 바 있고, 위 판시 이후 현재까지 이를 변경할 만한 새로운 사정변경은 없다.

결국, 이 사건 조항은 비례의 원칙에 위배하여 재판청구권을 침해하는 것이 아니다.

나. 평등원칙 위배 여부

(1) 심사기준

평등원칙의 위배 여부에 대한 심사의 유형에는 자의금지심사와 비례의 원칙에 의한 심사가 있는데 자의금지심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 반면, 비례의 원칙에 의한 심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403).

평등위배 여부를 심사함에 있어 어느 유형에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라진다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판

례집 11-2, 771, 787; 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715). 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 또한 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에도 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.

재판청구권과 관계되는 제도는 일반적으로 입법자의 광범위한 입법형성권 하에 놓여 있는 것으로 헌법에서 특별히 차별을 금지하고 있는 영역에 해당하지 아니한다. 또한, 평등원칙 위배 여부의 심사에서 비례의 원칙에 의한 심사로 나아간다고 하면 실질적으로는 앞서 이미 한 재판청구권에 대한 비례성 심사와 중복되게 된다.

따라서 이 사건 조항의 평등원칙 위배 여부는 자의금지심사를 하는 것으로 충분하다.

(2) 배당이의의 소의 원고와 피고

이 사건 조항은 이의한 사람이 배당이의의 소의 첫 변론기일에 불출석한 경우에만 소취하 간주라는 불이익을 부여하고 그 상대방의 불출석에 대하여는 아무런 불이익을 규정하고 있지 않음으로써 이의한 사람과 그 상대방의 불출석을 다르게 취급하고 있다.

이 사건 조항은 배당이의의 소송에서 절차 진행의 지연을 방지함으로써 배당절차를 조기에 종료시키기 위하여 마련된 제도이다. 배당이의의 소는 채권자가 다른 채권자에 대하여 이의하는 경우와, 채무자가 집행력 있는 집행권원의 정본을 가지지 아니한 채권자(가압류채권자 제외)를 상대로 이의하는 경우에 제기되는 것인데, 어느 경우에서나 피고가 되는 채권자는 배당기일에 배당표에 대하여는 동의하였거나 동의한 것으로 간주되므로 배당이의의 소송절차를 고의로 지연시킬 아무런 이유가 없다.

반면, 배당이의의 소의 원고는 배당표에 절차상 또는 실체상 하자가 없음에도 불구하고 무조건 이의를 하여 배당을 유보하게 한 후 정당한 채권자의 채권회수를 지연시켜 채권자에게 고통을 주고 합의를 유도할 목적으로 배당이의의 소의 진행을 지체할 가능성을 배제할 수 없고, 이 점은 배당이의를 한 사람 및 그 상대방이 모두 배당요구 채권자인 경우라 하더라도 다를 바 없다.

따라서 이 사건 조항이 배당이의의 소의 원고와 피고를 다르게 취급하고

있다고 하더라도 그 차별은 합리적인 이유가 있어 평등의 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 배당이의의 소의 원고와 다른 강제집행절차 관련 소에서의 원고

(가) 강제집행절차에서 규정된 소 중 필요적 변론을 거쳐야 하는 것으로는 배당이의의 소 외에도 집행문부여의 소(민사집행법 제33조), 청구이의의 소(민사집행법 제44조 및 제154조 제2항), 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조), 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)가 있다.

그런데 청구이의의 소 중 민사집행법 제154조 제2항에 의하여 제기되는 경우를 제외한 나머지 소송들은 다음에서 살펴보는 바와 같이 강제집행절차에서의 소송이라는 점 외에는 배당이의의 소와 본질적으로 의미 있는 공통점을 갖고 있다고 할 수 없다.

(나) 청구이의의 소

민사집행법 제154조 제2항에 의하여 제기되는 청구이의의 소와 동조 제1항에 의하여 제기되는 배당이의의 소는 다 같이 배당기일에 배당표에 대한 이의가 있었고 그 이의의 상대방이 이의를 정당하다고 인정하지 아니하거나 인정하지 아니한 것으로 간주되어 이의가 완결되지 아니한 경우에 이의한 사람이 그 상대방에 대하여 제기하는 소라는 점에서는 동일하다. 이의한 사람이 소송절차를 고의로 지연시키려고 할 가능성은 양쪽 모두 존재한다.

그런데, 위 청구이의의 소는, 채권자가 제기하는 배당이의의 소와는 소의 제기자가 채무자인지 채권자인지 및 상대방의 채권이 집행력 있는 집행권원의 정보를 갖고 있는 경우에 한하는지 여부에서 다르고, 채무자가 제기하는 배당이의의 소와는 채무자가 채권자를 상대로 제기한다는 점은 동일하나 그 상대방의 채권이 집행력 있는 집행권원의 정보를 갖고 있는지 여부가 다르다. 또한 청구이의의 소의 경우 그와 별도로 잠정처분을 받아서 청구이의의 소 제기 증명 및 그 잠정처분의 정보를 집행법원에 제출하여야 하나(민사집행법 제154조 제2항·제3항), 배당이의의 소의 경우에는 소제기 증명을 집행법원에 제출하는 것으로 그 부분의 배당액이 공탁되게 된다.

이와 같이 배당이의의 소는 그 유형에 따라 민사집행법 제154조 제2항의 청구이의의 소와 여러 가지 공통점이 존재함에도 불구하고, 민사집행법 제154조 제2항에 의하여 제기되는 청구이의의 소에 대하여는 이 사건 조항을 준용하는 규정을 두고 있지 아니하고, 그와 같은 입장에 있는 학설 또는 판례도 찾아볼 수 없다.

특히 채권자가 집행력 있는 집행권원의 정본을 갖고 있는 다른 채권자를 상대로 제기한 배당이의의 소의 경우, 배당이의의 소 및 청구이의의 소는 모두 배당절차에서의 완결되지 아니한 이의의 처리에 관한 절차라는 점 및 그 상대방의 채권이 집행력 있는 집행권원의 정본이 있는 경우라는 점에서 동일하고, 소를 제기한 자가 채권자인지 채무자인지 하는 점만이 다른데 이와 같은 차이점만으로 배당절차의 조기 종료라는 입법목적상 양자를 차별하여 대우할 합리적인 근거가 된다고 하기는 어렵다.

한편, 민사집행법은 제154조 제2항, 제3항에 의한 청구이의의 소를 민사집행법 제44조가 정하고 있는 일반적인 청구이의의 소와 구별하고 있지 아니한바, 청구이의의 소는 채무자가 확정된 중국판결 기타 유효한 집행권원에 표시된 청구권에 대하여 실체상의 사유를 주장하여 그 집행력의 배제를 목적으로 하는 것으로, 청구이의의 판결이 확정되면 집행권원의 일반적인 집행력이 소멸되므로 그것에 대한 집행문의 부여를 막을 수 있고 채무자가 그 정본을 집행기관에 제출하여 집행의 개시, 속행을 저지할 수 있을 뿐만 아니라 이미 행해진 집행처분의 취소를 구할 수 있다(민사집행법 제49조 제1호, 제50조)는 점에서 당해 경매절차 내에서 배당표의 경정 또는 재작성만을 목표로 하는 배당이의의 소와는 차이가 있고, 따라서 청구이의의 소는 배당이의의 소와 비교할 때 절차의 신속보다는 공정한 재판의 요청이 상대적으로 더 강하게 요구된다는 것을 차별대우의 합리적 근거로 볼 수 있을 것이다.

또한, 앞서 본 바와 같이 배당이의의 소와는 달리 청구이의의 소의 경우 별도로 민사집행법 제46조 제2항의 잠정처분을 받아 그 증명을 제출하여야만 배당절차가 중지되고 그 부분 배당액이 공탁되게 되는데, 위 잠정처분을 발함에 있어서 법원은 담보를 제공하게 하여 정당한 권리자가 입게 될 손해를 구제할 조치를 취할 수 있으므로, 청구이의의 소에 이 사건 조항과 같은 제재수단이 없다고 하더라도 정당한 사유 없이 고의로 배당절차의 진행을 지연시킬 가능성은 어느 정도 예방된다고 할 수 있다.

청구이의의 소와 배당이의의 소 사이의 위와 같은 차이점 및 배당절차 정지를 위하여 담보가 수반되는 잠정처분이 요구된다는 점을 고려할 때 이 사건 조항이 민사집행법 제154조 제2항·제3항에 의한 청구이의의 소 및 민사집행법 제44조에 의한 청구이의의 소와 비교하여 원고의 첫 변론기일 불출석을 다르게 취급하는 것은 합리적인 근거가 있는 것이므로 평등원칙에 반하지 아니한다.

(다) 나머지 형태의 소송들은 배당절차에서의 이의의 완결과 관련 없으므로 배당이의의 소의 원고와 이들 소송의 원고를 다르게 취급하는 것이 가능하다.

첫째, 집행문 부여의 소(민사집행법 제33조)는 채권자가 집행문을 부여받기 위하여 증명서로써 증명하여야 할 사항 즉 집행권원의 집행에 조건을 붙인 경우 그 조건의 성취사실 또는 집행권원에 표시된 당사자 이외의 자에게 승계가 있는 경우에 그 승계사실에 대하여 그 증명을 할 수 없는 때에 증명방법의 제한에서 해방되어 그러한 사유에 기하여 집행력이 현존하고 있다는 것을 주장, 입증하여 판결로써 집행문의 부여를 받기 위한 소이다.

위 단계에서는 집행절차가 아직 개시되기 이전일 뿐만 아니라 위 소를 통하여 원고는 강제집행개시요건을 구비하고자 하는 것이므로 원고에게 절차지연의 고의가 있는 경우를 상정하기가 어렵다. 따라서 이 사건 조항과 같은 제재규정을 둘 필요성이 적다.

둘째, 집행문부여에 대한 이의의 소(민사집행법 제45조)는 채무자가 채권자를 상대로 집행문 부여시에 증명된 조건의 성취 또는 승계 등의 사유를 다투어 집행문 부여의 위법함을 주장함으로써 강제집행을 저지하기 위한 소로서 채권자의 집행문부여의 소에 대응한다.

이는 강제집행개시단계에서 집행문부여청구권이 형성되었는지 및 그 집행권원의 집행력이 현존하는지 여부에 대하여 판단하는 것으로 강제집행절차 자체의 정당성 여부를 다투는 반면, 배당이의의 소는 강제집행절차 자체의 정당성은 문제 삼지 아니하고 배당표상의 배당순위 및 금액에 관하여만 다투는 점에서 차이가 있고, 따라서 절차의 신속성에 대한 요청의 정도가 다르다고 할 수 있다.

또한 절차의 정지를 위해서는 민사집행법 제46조 제2항에 따라 별도의 잠정처분이 필요한데 이 경우 법원은 담보를 제공하게 할 수 있으므로 원고의 고의에 의한 절차지연으로 정당한 권리자에게 손해가 발생할 경우에 대한 대책도 마련되어 있다.

그러므로 위 절차에서 이 사건 조항과 같은 제재규정이 없다고 하여 배당이의의 소의 원고를 집행문부여에 대한 이의의 소의 원고에 비하여 불합리하게 차별대우하는 것은 아니다.

셋째, 제3자이의의 소(민사집행법 제48조)는 집행의 목적물에 대하여 제3자가 소유권을 가지거나 목적물의 양도나 인도를 막을 수 있는 권리를 가진 때

그 제3자가 채권자를 상대로 자신의 권리를 침해하는 강제집행에 대하여 이의를 주장하고 집행의 배제를 구하는 소이다.

본래 강제집행은 채무자에 속하는 책임재산만을 대상으로 하여야 할 것이나 집행절차에 있어 집행기관은 목적물이 채무자의 책임재산에 속하는지 여부에 관하여 실질적인 심사를 할 수가 없고, 외관적 징표를 기준으로 집행을 할 수 있기 때문에 채무자의 책임재산에 속하지 아니하는 재산이나 채무자 이외의 제3자의 재산상 권리에 대하여 집행이 되고 이를 침해할 경우가 생기게 되는바 이를 구제하기 위하여 둔 제도가 제3자이의의 소이므로, 배당이의의 소에서와는 달리 절차의 신속성의 요청보다는 실제적 권리자의 구제의 요청이 더 크다고 할 것이다.

또한 제3자이의의 소에서도 집행절차를 정지하기 위해서는 별도의 잠정처분(민사집행법 제48조 제3항, 제46조 제2항)이 필요한데 이 경우 법원은 담보를 제공하게 할 수 있으므로 제3자가 정당한 사유 없이 소송을 제기하는 등의 방법으로 경매절차를 지연함으로써 손해가 발생할 경우에 피해자는 위 담보에 대한 권리행사로 구제받을 수 있다.

그러므로 제3자이의의 소에서 이 사건 조항과 같은 제재규정을 두고 있지 아니하고 있다고 하더라도 배당이의의 소의 원고를 제3자이의의 소의 원고에 비하여 불합리하게 차별대우 하는 것이라고 할 수는 없다.

(4) 배당이의의 소의 원고와 민사소송법상 판결절차에서의 원고

배당절차는 권리의 강제적 실현을 목적으로 하고 수많은 이해관계인들의 이해가 교차하는 절차로서 각 이해관계인의 지위를 속히 안정시키기 위한 절차의 신속성의 요청이 판결절차에 있어서보다 훨씬 강하므로 배당이의의 소의 원고를 민사소송법상 판결절차에서의 원고와 달리 취급할 합리적 근거가 있다.

(5) 소 결

결국, 이 사건 조항은 평등의 원칙에 위배되지 아니한다.

다. 재산권 침해 여부에 대한 판단

이 사건 조항에 따라 배당이의의 소가 취하 간주되는 경우 적법한 배당이의가 없었던 상태로 돌아가게 되므로 당초의 배당표가 그대로 확정되게 되고, 배당이의한 사람은 가사 이의를 제기한 부분에 관하여 적법한 배당채권 및 배당순위를 갖추고 있더라도 매각대금으로부터는 배당을 받지 못하게 된다.

그런데, 민사집행법 제155조(구 민사소송법 제593조)는 이의한 채권자가 배

당이의의 소제기 증명기간을 지키지 아니한 경우에도 배당표에 따른 배당을 받은 채권자에 대하여 소로 우선권 및 그 밖의 권리를 행사하는 데 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있고, 이와 관련하여 법원도 일관되게, 확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실체법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로 배당을 받아야 할 채권자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당을 받지 못한 채권자로서는 배당에 관하여 이의를 한 여부 또는 형식상 배당절차가 확정되었는가의 여부에 관계없이 배당을 받지 못할 자이면서도 배당을 받았던 자를 상대로 부당이득반환청구권을 갖는다고 해석하고 있다(대법원 2001. 3. 13. 선고 99다26948 판결 등).

그렇다면, 이 사건 조항으로 인하여 비록 당해 경매절차의 매각대금으로부터는 그 채권의 만족을 구할 수 없다고 하더라도 이의한 사람의 실체법상 채권이 소멸하거나 제한되는 것은 아니므로 가사 현실적으로는 이의의 상대방을 상대로 별도로 부당이득반환청구의 소를 제기하여야 한다거나 그 경우 상대방의 무자력 등을 이유로 실제로 그 이득액을 반환받기가 어렵게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 사실상의 불이익에 불과할 뿐 이의한 사람의 재산권 침해의 문제가 발생하는 것은 아니다.

라. 소비자로서의 권리 침해 여부에 대한 판단

청구인은 재판제도는 국가가 국민에게 제공하는 법률서비스인데 이 사건 법률조항이 배당이의의 소에 있어서 법률서비스에 대한 소비자로서의 국민의 권리를 부당하게 제한한다고 주장한다.

살피건대, 헌법 제124조는 “국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.”고 규정하고 있는바, 위 조항에 의하여 보호되는 것은 사적 경제영역에서 영리를 추구하는 기업이 제공하는 물품 또는 서비스를 이용하는 소비자가 기업에 대하여 갖는 권리에 관한 것인 반면, 헌법 제27조에 규정된 재판청구권은 국가에 대하여 재판을 청구할 수 있는 주관적 공권에 관한 것이므로 사적 영역에 적용되는 소비자의 권리를 국가가 제공하는 재판제도의 이용의 문제에 적용할 수 없다고 할 것이다.

따라서 이 사건 조항에 있어서는 법률서비스를 이용하는 소비자의 권리 침해문제가 발생하지 아니한다.

마. 한정위헌 주장에 대한 판단

청구인은, 이 사건 조항은 명시적으로 변론기일에 불출석한 경우를 그 요건

으로 규정하고 있고 변론준비기일은 변론기일과는 전혀 다른 종류의 기일이므로 명시적인 규정이 없는 한 변론기일에 관한 규정을 변론준비기일에 적용하여서는 아니됨에도 불구하고 당해사건에서 법원이 이 사건 조항의 변론기일에 변론준비기일까지 해당되는 것으로 보아 첫 변론준비기일에 불출석한 경우까지 소 취하 간주가 되는 것으로 해석, 적용한 것은 부당하다며, 위와 같이 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌의 주장도 아울러 하고 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항은 ‘법률의 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 때에는’이라고 규정함으로써 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 ‘……하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구는 법 제68조 제2항의 청구로 적절치 아니하지만, 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라, 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해되는 경우에는 법 제68조 제2항의 적법한 청구로 받아들여지고 있다(헌재 1997. 2. 20. 95헌바27, 판례집 9-1, 156, 162; 1995. 7. 21. 92헌바40, 판례집 7-2, 34, 37).

우리 재판소가 그 동안 적극적으로 심판대상으로 삼아 판단한 경우로는 첫째, 헌법상의 명확성원칙의 위반을 다투는 경우 혹은 조세법률주의 위반을 다투는 경우와 같이 법률조항 자체의 불명확성을 다투는 것으로 보이는 경우, 둘째, 심판대상규정에 대한 일정한 해석이 상당기간에 걸쳐 형성, 집적되어 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정이 위헌성을 지닌 경우, 셋째, 위 두 가지 경우에 해당하지는 않지만 한정위헌의 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수 있는 경우이다.

그런데, 민사소송법상 변론기일과 변론준비기일은 별개의 절차로 규정되어 있고 필요한 경우에 한하여 변론기일에 관한 규정 중 일부를 특정하여 준용(민사소송법 제286조)하도록 하고 있으며 청구인도 양자가 명백히 다른 절차임을 주장하고 있으므로 이 사건 조항 자체에 불명확성의 요소가 있다거나 청구인이 심판대상조항 자체의 불명확성을 다투는 것으로 볼 수는 없고, 위 조항의 변론기일에 변론준비기일도 포함된다고 해석, 적용한 법원의 판례가 상당기간에 걸쳐 형성, 집적되어 법원의 해석에 의하여 구체화된 심판대상규정이 위헌성을 지닌 경우에 해당하는 경우라고 보기도 어려우며, 달리 청구인의 주장을 법률조항 자체에 대한 다툼으로 볼 수도 없다.

결국, 청구인의 위 주장은 당해법원이 이 사건 조항의 변론기일에 변론준비기일이 포함되는 것으로 해석, 적용한 것이 부당하다는 이유로 단순히 법원의

헌재 2005. 3. 31. 2003헌바92

재판작용을 다투는 것에 불과하고 헌법재판소법 제68조 제2항의 적법한 심판 청구가 될 수 없으므로, 위 한정위헌 주장은 이유 없다.

4. 결 론

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

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

구 하천법 제33조 제4항 위헌소원

(2005. 3. 31. 2003헌바113 전원재판부)

【판시사항】

1. 당해소송의 행정처분취소 청구(예비적 청구)가 부적법하여 각하되는 경우에 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(소극)
2. 쟁송기간이 경과하거나 적법한 전심절차를 거치지 아니한 후에 행정처분의 무효확인 청구(주위적 청구)를 하고, 그 행정처분의 근거 법률이 위헌이라고 다투는 경우에 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법원에서 당해 소송사건에 적용되는 재판규범 중 위헌제청신청 대상이 아닌 관련 법률에서 규정한 소송요건을 구비하지 못하였기 때문에 부적법하다는 이유로 소각하 판결을 선고하고 그 판결이 확정되거나, 소각하판결이 확정되지 않았더라도 당해 소송사건이 부적법하여 각하될 수밖에 없는 경우에는 당해 소송사건에 관한 재판의 전제성 요건이 흠결되어 부적법하다. 그런데 이 사건 청구의 당해 소송 중 행정처분에 대한 취소청구 부분은 제소기간이 경과하였거나(1999. 2. 6.자 부과처분) 적법한 전심절차를 거치지 않았기 때문에(2000. 1. 29.자 징수처분) 부적법하여 각하를 면할 수 없으므로, 이 부분에 대한 헌법소원은 재판의 전제성 요건을 흠결하여 부적법하다.
2. 대법원 및 헌법재판소의 판례에 비추어 볼 때 구 하천법 제33조 제4항이 위헌이라고 선불리 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 설사 위헌이라고 하더라도 국회에서 헌법과 법률이 정한 절차에 의하여 제정·공포된 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌 결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하지는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니라 할 것이고, 이는 이 사건의 당해 사건에서도 마찬가지라고 보아야 할 것이므로, 이 부분에 대한 헌법소원도

재판의 전제성 요건을 충족하지 못하여 부적법하다.

재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견

행정처분상에 존재하는 하자가 그 행정처분의 효력에 관하여 무효사유인지 취소사유인지는 법원의 법률행위해석의 문제로서 법원판단의 몫이고 그것이 법원의 판단에 의하여 무효가 될 가능성이 존재한다면 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하여야 할 것인바, 이 사건 처분은 이와 같은 가능성이 있다고 보여지므로 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하여야 한다.

【심판대상조문】

구 하천법(1999. 2. 8. 법률 제5893호로 전문개정되기 전의 것) 제33조(점용료등의 징수) ①~③ 생략

④ 제1항 내지 제3항에 의한 점용료등의 금액과 징수방법 등은 특별시·광역시 또는 도(이하 “도”라 한다)의 조례로 정한다.

【참조조문】

헌법재판소법 제68조 제2항

지방자치법 제131조(사용료등의 부과·징수, 이의신청) ①, ② 생략

③ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과 또는 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청할 수 있다.

④ 생략

⑤ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과 또는 징수에 대하여 행정소송을 제기하고자 하는 때에는 제4항의 규정에 의한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 처분청을 당사자로 하여 소를 제기하여야 한다.

⑥ 제4항의 규정에 의한 결정기간 내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제5항의 규정에 불구하고 그 결정기간이 경과한 날부터 90일 이내에 소를 제기할 수 있다.

⑦ 생략

행정소송법 제18조(행정심판과의 관계) ① 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

②~④ 생략

행정소송법 제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에

제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

【참조판례】

1. 현재 1992. 8. 19. 92헌바36, 판례집 4, 572
현재 2000. 11. 30. 98헌바83, 판례집 12-2, 278
2. 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결(공1995하, 2633)
대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결(공1999하, 2226)
대법원 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결(공2000하, 1547)
현재 1994. 6. 30. 92헌가18, 판례집 6-1, 557
현재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592
현재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564
현재 1999. 9. 16. 92헌바9, 판례집 11-2, 262
현재 2004. 1. 29. 2002헌바73, 판례집 16-1, 103
현재 2004. 6. 24. 2003헌바30, 공보 94, 665

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○사(대표이사 김○수)

대리인 세계종합법무법인

담당변호사 이임성 외 4인

당해사건 서울고등법원 2002누9867 하천무단점용에따른부당이득금부과 처분 무효확인

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 당해사건 피고인 하남시장은, 청구인이 1995. 7. 1.부터 1996. 6. 30.까지

직할하천인 한강의 하천구역에 속하는 하남시 선동 394 지선 하천부지 24,594 m²를 무단 점용하였다는 이유로 1999. 2. 6. 구 하천법(1999. 2. 8. 법률 제5893호로 전문개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제33조 제3항·제4항, ‘경기도하천·공유수면점용료및사용료징수조례’(이하 ‘이 사건 조례’라 한다), ‘경기도하천·공유수면점용료및사용료징수조례시행규칙’(이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 등의 규정에 따라 청구인에게 20,979,280원의 부당이득금 납부고지를 하였다.

(2) 그 후 하남시장은 청구인이 지방자치법 제131조 제3항에 따라 1999. 2. 19.과 같은 해 5. 3. 및 2000. 1. 24. 등 3차례 이의신청을 하였을 뿐 위 부당이득금을 납부하지 아니하자 2000. 1. 29. 청구인에 대하여 이의신청을 받아들일 수 없다는 회신을 하는 한편, 위 부당이득금 및 3,818,220원의 가산금 납부를 독촉하는 내용의 독촉장을 청구인에게 발부하였다(이하 위 1999. 2. 6.자 부당이득금 부과처분 및 2000. 1. 29.자 가산금 징수처분을 합하여 ‘이 사건 처분’이라 한다).

(3) 이에 청구인은 2000. 2. 5. 경기도지사에게 위 2000. 1. 29.자 징수처분의 취소를 구하는 행정심판을 제기하였다가 같은 해 6. 15. 위와 같은 징수처분에 대한 불복은 이의신청의 대상이고 행정심판의 대상이 아니라는 이유로 각 하재결을 받고, 같은 해 7. 25. 하남시장을 상대로 수원지방법원에 2000구4385호로 주위적으로는 이 사건 처분의 무효확인을 구하고, 예비적으로는 동 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 위 법원은 2002. 5. 29. 청구인의 위 주위적 청구를 기각하고 예비적 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 동 판결에 대하여 하남시장이 서울고등법원에 2002누9867호로 항소를 제기하자 청구인도 부대항소를 제기하여 동 소송계속 중 청구인은 법 제33조 제4항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 구체적으로 범위를 정하거나 한계를 설정하지 아니하고 포괄적으로 조례에 모든 권한을 위임하고 있으므로 명확성의 원칙에 위반된다는 이유 등으로 위헌제청신청을 하였다.

(4) 그러나 동 법원이 2003. 11. 27. 주위적 청구에 대한 청구인의 부대항소를 기각하고, 제1심판결 중 피고 패소부분을 취소하고 그 부분에 해당하는 청구인의 예비적 청구를 각하하면서 위 위헌제청신청도 기각하자, 청구인은 같은 해 12. 24. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상 및 관련규정

심판의 대상은 법 제33조 제4항의 위헌 여부이며, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

법 제33조(점용료등의 징수) ① 관리청은 제25조에 의한 허가를 받은 자로부터 유수 및 토지의 점용료, 토석·사력 등 하천산출물의 채취료, 기타의 하천사용료(이하 “점용료등”이라 한다)를 징수할 수 있다.

② 제1항에 의한 점용료등의 징수에 있어서 직할하천의 경우에는 제16조 제1항의 단서에 의하여 그 하천을 유지관리하는 도지사(이하 “도”라 한다)를 당해 하천의 관리청으로 본다.

③ 관리청은 제25조의 규정에 위반하여 허가를 받지 아니하고 하천을 점용 또는 사용한 자로부터 당해 점용료등에 상당하는 금액을 부당이득금으로 징수할 수 있다.

④ 제1항 내지 제3항에 의한 점용료등의 금액과 징수방법 등은 특별시·광역시 또는 도(이하 ‘도’라 한다)의 조례로 정한다.

지방자치법 제131조(사용료등의 부과·징수, 이의신청) ① 사용료·수수료 또는 분담금은 공평한 방법으로 부과 또는 징수하여야 한다.

② 사용료·수수료 또는 분담금의 징수는 지방세 징수의 예에 의한다.

③ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과 또는 징수에 대하여 이의가 있는 자는 그 처분의 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의신청할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 제3항의 이의신청을 받은 날로부터 60일 이내에 이를 결정·통지하여야 한다.

⑤ 사용료·수수료 또는 분담금의 부과 또는 징수에 대하여 행정소송을 제기하고자 하는 때에는 제4항의 규정에 의한 결정의 통지를 받은 날부터 90일 이내에 처분청을 당사자로 하여 소를 제기하여야 한다.

⑥ 제4항의 규정에 의한 결정기간 내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 제5항의 규정에 불구하고 그 결정기간이 경과한 날부터 90일 이내에 소를 제기할 수 있다.

2. 청구인의 주장 및 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

이 사건 법률조항은 점용료등의 금액과 징수방법 등을 도의 조례에 위임하면서도 구체적으로 그 징수요율이나 한계 등을 정하지 아니하고 포괄적으로 조례에 모든 권한을 위임하고 있으므로 명확성의 원칙에 위반되는 것일 뿐만

아니라, 동 조항의 규정만으로는 그 조례의 내용을 전혀 예측할 수 없으므로 국민의 재산권을 침해하는 위헌적인 규정이다.

헌법은 국가사무에 대하여 법률에 규정하고 이에 대하여 구체적으로 위임 받은 사항과 구체적으로 집행에 필요한 사항을 대통령령으로 제정하고, 총리나 행정각부는 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 제정할 수 있도록 하고 있을 뿐 이를 법률에서 바로 조례에 위임하도록 규정하고 있지 않은데, 이 사건 법률조항은 위와 같은 단계적 절차를 거치지 아니하고 바로 조례에 점용료등의 금액과 징수방법을 위임하고 있으므로 헌법에 위배된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청기가 결정요지

행정관청의 명령과는 달리 조례는 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것이므로, 이 사건 법률조항이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다거나 대통령령 등을 거치지 아니하고 바로 조례에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 정하도록 위임하였다고 하더라도 그러한 사유만으로 이 사건 법률조항이 위헌이라고 할 수는 없다.

국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 ‘자치조례’의 제정범위에 속하지 않지만, 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별 법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 ‘위임조례’를 정할 수 있으므로, 직할하천의 점용료등의 징수권한이 지방자치단체장에게 위임된 기관위임사무에 해당한다고 하더라도 이 사건 법률조항과 같이 그 금액과 징수방법 등의 구체적인 사항을 도의 위임조례로 정하도록 위임할 수 있는 것이다.

다. 하남시장 및 건설교통부장관의 의견요지

위 서울고등법원의 위헌제청신청 기각결정의 요지와 대체로 같다.

3. 판 단

헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 될 것이 요구된다. 그런데 여기에서 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다고 하려면, 첫째 그 법률이

법원의 재판에 적용되는 것이어야 하고, 둘째 그 법률의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 한다(헌재 2002. 11. 28. 2000헌바70, 판례집 14-2, 626, 630). 그러므로 직권으로 이 사건 헌법소원이 재판의 전제성 요건을 충족하는지 여부를 살핀다.

가. 이 사건 법률조항이 당해사건에 적용되는 조항인지 여부

이 사건 법률조항은 이 사건 조례 및 이 사건 규칙 등과 함께 청구인이 그 무효확인 또는 취소를 구하는 이 사건 처분의 근거법령이었으므로, 당해사건에 적용되는 조항이라고 할 수 있다.

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우인지 여부

(1) 먼저 예비적 청구 부분에 대하여 본다.

(가) 행정소송법 제18조 제1항은 “취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다. 그리고 제20조는 “취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있을 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다(제1항). 취소소송은 처분등이 있을 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있을 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다(제2항).”고 규정하고 있다.

또한, 지방자치법 제131조의 규정에 의하면 청구인과 같이 하천구역의 무단점용에 따라 부과·징수된 부당이득금에 불복이 있는 경우에는 그 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 그 지방자치단체의 장에게 이의를 신청하여야 하고(제3항), 이의신청일로부터 60일 이내에 이의신청에 대한 결정의 통지를 받은 경우에는 그 날부터 60일 이내에(제5항), 위 결정기간 내에 결정의 통지를 받지 못한 경우에는 그 결정기간이 경과한 날부터 90일 이내에 행정소송을 제기하여야 한다(제6항).

그러나, 위 예비적 청구 부분은 당해소송 법원인 서울고등법원의 판단과 같

이 이러한 제소기간이 경과한 2000. 7. 25. 행정소송이 제기되었거나(1999. 2. 6.자 부과처분에 대하여), 지방자치법 제131조의 규정에 따른 이의신청을 하지 아니하고 행정심판을 거친 후 행정심판의 대상이 아니라는 이유로 각하결정을 받은 후 행정소송을 제기한 것이어서 적법한 전심절차를 밟지 않았으므로(2000. 1. 29.자 징수처분에 대하여) 모두 부적법하다고 할 것이다.

(나) 살펴건대, 법원에서 당해 소송사건에 적용되는 재판규범 중 위헌제청 신청대상이 아닌 관련 법률에서 규정한 소송요건을 구비하지 못하였기 때문에 부적법하다는 이유로 소각하 판결을 선고하고 그 판결이 확정되거나, 소각하판결이 확정되지 않았더라도 당해 소송사건이 부적법하여 각하될 수밖에 없는 경우에는 당해 소송사건에 관한 재판의 전제성 요건이 흠결되어 부적법하다(헌재 1992. 8. 19. 92헌바36, 판례집 4, 572, 574; 2000. 11. 30. 98헌바83, 판례집 12-2, 278, 284 참조).

그런데 위에서 살펴 본 바와 같이 이 사건 처분에 대한 취소청구(예비적 청구) 부분은 제소기간이 경과하였거나 적법한 전심절차를 거치지 않았기 때문에 부적법하여 각하를 면할 수 없으므로, 이 부분에 대한 헌법소원은 재판의 전제성 요건을 흠결하여 부적법하다고 할 것이다.

(2) 다음으로 주위적 청구 부분에 대하여 본다.

(가) 이 사건 주위적 청구와 같이 쟁송기간이 경과하거나 적법한 전심절차를 거치지 아니한 후에 행정처분의 무효확인 청구를 하고, 그 행정처분의 근거법률이 위헌이라고 다투는 경우에 재판의 전제성을 인정할 수 있는지 여부에 대하여 살펴본다.

대법원은 1995. 7. 11. 선고한 94누4615 건설업영업정지처분무효확인 사건에 대한 전원합의체 판결에서 대법관 10:2의 의견으로 ‘중대명백설’을 채택하였다. 즉, “하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 하며 하자가 중대하고 명백한 것인지 여부를 판별함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 목적론적으로 고찰함과 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다.”고 하였다(공1995하, 2633). 이어서 대법원은 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결, 1998. 4. 10. 선고 96다52359 판결, 2000. 9. 5. 선고 99두9889 판결, 2004. 10. 15. 선고 2002다68485 판결 등에서 중대명백설을 취하고 있으므로, 이에 관하여 이제는 대법원의 판례가 확립되어 있다고 볼 수 있을 것이다.

한편, 위 대법원 94누4615 전원합의체 판결이후 헌법재판소는 1999. 9. 16. 선고한 92헌바9 사건에서 “원칙적으로 행정처분의 근거가 된 법률이 헌법재판소에서 위헌으로 선고된다고 하더라도 그 전에 이미 집행이 종료된 행정처분이 당연무효가 되지는 않으므로, 행정처분에 대한 쟁송기간 내에 그 취소를 구하는 소를 제기한 경우는 별론으로 하고 쟁송기간이 경과한 후에는 행정처분의 근거법률이 위헌임을 이유로 무효확인소송 등을 제기하더라도 행정처분의 효력에는 영향이 없다. 그러므로 행정처분에 대한 쟁송기간이 경과된 후에 그 행정처분의 근거가 된 법률에 대한 위헌 여부에 대한 심판청구를 한 경우에는 당해사건을 담당하는 법원이 그 법률에 대한 위헌결정이 있는 경우 다른 내용의 재판을 할 예외적인 사정이 있는지 여부에 따라 재판의 전제성 유무가 달라지게 된다고 할 것인데, 그 법률에 대한 위헌결정이 행정처분의 효력에 영향을 미칠 여지가 없는 경우에는 그 법률의 위헌 여부에 따라 당해사건에 대한 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 수 없는 것이므로 재판의 전제성을 인정할 수 없게 된다. 한편, 위와 같은 경우 행정처분이 무효인지 여부는 당해사건을 재판하는 법원이 판단할 사항이다.”라고 판시하였다(헌재 1999. 9. 16. 92헌바9, 판례집 11-2, 262, 270; 2004. 1. 29. 2002헌바73, 판례집 16-1, 103, 109-110; 2004. 6. 24. 2003헌바30, 공보 94, 665, 667 참조).

(나) 살피건대, 기관위임사무를 조례로 정할 수 있는지 또는 법률에서 기관위임사무를 조례로 정하도록 바로 위임할 수 있는지 여부에 관하여 대법원은, “지방자치법 제15조·제9조에 의하면 지방자치단체가 ‘자치조례’를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 고유사무인 자치사무와 개별 법령에 의하여 지방자치단체에 위임된 단체위임사무에 한하는 것이고, 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 기관위임사무는 원칙적으로 자치조례의 제정범위에 속하지 않는다 할 것이나, 다만 기관위임사무에 있어서도 그에 관한 개별 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 위임받은 사항에 관하여 개별 법령의 취지에 부합하는 범위 내에서 이른바 ‘위임조례’를 정할 수 있다.”고 판시하고 있고[대법원 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결(공1999하, 2226); 2000. 5. 30. 선고 99추85 판결(공2000하, 1547)], 한편 법률에서 조례로 위임하는 경우에 헌법 제75조에서 정하는 포괄위임금지원칙이 적용되는지 여부에 관하여 헌법재판소는, “조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치

단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다.”고 판시하였다(헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564, 572).

그러므로, 위 대법원 및 헌법재판소의 판례에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 위헌이라고 선불리 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 설사 위헌이라고 하더라도 국회에서 헌법과 법률이 정한 절차에 의하여 제정·공포된 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이러한 하자는 행정처분의 취소사유에 해당할 뿐 당연무효 사유는 아니라 할 것이고, 이는 이 사건의 당해사건에서도 마찬가지라고 보아야 할 것이다.

(3) 요컨대, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 이 사건 처분의 무효사유가 될 수 없고 취소사유에 해당할 뿐이므로 이 사건 헌법소원은 재판의 전제성 요건을 충족하지 못한다고 보아야 할 것이다.

4. 결 론

따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견

청구인의 이 사건 처분에 대한 주위적 청구부분인 무효확인청구부분에 대하여 다수의견은 일반적으로 쟁송기간이 경과한 후에 행정처분의 무효확인청구를 하고 그 행정처분의 근거 법률이 위헌이라고 다투는 경우에 이와 같은 헌법소원심판청구는 동 처분의 하자가 중대하고 명백하다고 볼 수 있는 예외적 사유에 해당하지 아니하는 한 당연무효가 될 수 없고 이 사건 처분은 위 예외사유에 해당하지 아니하므로 재판의 전제성을 인정할 수 없어 각하되어야 한다는 취지로 보인다. 그러나 우리는 행정처분상에 존재하는 하자가 그 행정처분의 효력에 관하여 무효사유인지 취소사유인지는 법원의 법률행위해석의 문제로서 법원판단의 몫이고 그것이 법원의 판단에 의하여 무효가 될 가능성이 존재한다면 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하여야 할 것인바 이 사건 처분은 이와 같은 가능성이 있다고 보여지므로 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하여야 한다고 생각하므로 다수의견에 반대하며 그 이유를 밝혀두고자 한다.

가. 우리 재판소 판례에서 본 재판의 전제성

우리 재판소는 1994. 6. 30. 92헌가18 전원재판부 결정에서 “판례나 통설은 행정처분이 당연무효인가의 여부는 그 행정처분의 하자가 중대하고 명백한가의 여부에 따라 결정된다고 보고 있지만 행정처분의 근거가 되는 법규범이 상위법 규범에 위반되어 무효인가 하는 점은 그것이 헌법재판소 또는 대법원에 의하여 유권적으로 확정되기 전에는 어느 누구에게도 명백한 것이라고 할 수 없기 때문에 원칙적으로 당연무효 사유에는 해당할 수 없게 되는 것이다.

그러나 행정처분 자체의 효력이 쟁송기간 경과 후에도 존속중인 경우, 특히 그 처분이 위헌법률에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분의 목적달성을 위하여서는 후행 행정처분이 필요한데 후행 행정처분은 아직 이루어지지 않은 경우, 그 행정처분을 무효로 하더라도 법적안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에 대하여서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 봐야 할 것이다. 학설상으로도 중대명백설 외에 중대한 하자가 있기만 하면 그것이 명백하지 않더라도 무효라고 하는 중대설도 주장되고 있고, 대법원의 판례로도 반드시 하자가 중대명백한 경우에만 행정처분의 무효가 인정된다고는 속단할 수 없기 때문이다.

위와 같은 예외를 인정한다면 행정처분이 근거 법규의 위헌의 정도가 심각하여 그 하자가 중대하다고 보여지는 경우, 그리고 그 때문에 국민의 기본권 구제의 필요성이 큰 반면에 법적안정성의 요구는 비교적 적은 경우에만 그 구제를 외면하게 되는 불합리를 제거할 수 있게 될 것이다. 위헌법률에 근거한 행정처분이라 할지라도 그것이 당연무효는 아니라고 보는 가장 기본적인 논리는 그 하자가 명백한가의 여부를 제쳐놓더라도 이 경우를 무효라고 본다면 법적안정성을 해칠 우려가 크다는데 있는 것이므로 그 우려가 적은 경우에만 확장하는 것은 온당하지 못하다고 할 것이며 그 경우에는 마땅히 그 예외가 인정되어야 할 것이다.

그렇다면 이 사건 심판대상규정은 …… 위 예외에 해당되는 사례로 볼 여지가 있다고 할 것이다. 행정처분의 근거법규가 추후 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 경우 그 하자를 행정처분의 무효사유라고 볼 것인가 단순 취소사유로 볼 것인가에 관하여서도 아직까지 대법원의 판례가 확립되어 있다고는 보여지지 아니하므로 그러한 상황에서는 대법원이 이를 무효사유로 볼 가능성이 없지 않다는 점에서 헌법재판소로서는 일응 재판의 전제성을 인정

하여 근거법규의 위헌 여부에 대하여 판단하여 주는 것이 바람직한 재판태도라고 할 것이다.”라고 판시하였다(동지 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 공보 6, 386).

이 사건에 돌이켜보면 위헌법률에 근거한 행정처분이 당연무효인지 취소할 수 있는 행위에 그치는지는 법원의 판단에 맡겨져 있고 법원이 당연무효라고 판단할 여지가 존재한다면 재판의 전제성은 인정된다는 것이다. 따라서 이 사건의 경우 위 판례에 비추어보면 이 사건 처분에 대하여 법원이 당연무효가 될 가능성을 완전히 원천적으로 배제하고 있지 아니하므로 재판의 전제성을 인정하여야 할 것으로 보인다.

나. 대법원 판례에서 본 재판의 전제성

(1) 위헌법률에 근거한 행정처분이 당연무효라는 취지의 판례로는 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결, 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결, 1969. 2. 18. 선고 68다2431 판결, 1969. 3. 4. 선고 68다2324 판결 등이 있다.

(2) 그러나 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결로서 위헌법률에 근거한 행정처분도 당연무효가 아니라는 취지로 판시하였고 이후 위 판례는 현재까지 거의 확립된 판례로서 위치하고 있는 것으로 보인다. ① 위 판결의 소수의견에 의하면 “구청장의 건설영업정지처분은 그 상대방으로 하여금 적극적으로 어떠한 행위를 할 수 있도록 금지를 해제하거나 권능을 부여하는 것이 아니라 소극적으로 허가된 행위를 할 수 없도록 금지 내지 정지함에 그치고 있어 그 처분의 존재를 신뢰하는 제3자의 보호나 행정법질서에 대한 공공의 신뢰를 고려할 필요가 크지 않다는 점, 처분권한의 위임에 관한 조례가 무효이어서 결국 처분청에 권한이 없는 것은 극히 중대한 하자에 해당하는 것으로 보아야 할 것이라는 점, 그리고 다수의견에 의하면 위 영업정지 처분과 유사하게 규칙으로 정하여야 할 것을 조례로 정하였거나 상위법령에 위반하여 무효인 법령에 기하여 행정처분이 행하여진 경우에 그 처분이 무효로 판단될 가능성이 거의 없게 되는데 지방자치의 전면적 실시와 행정권한의 하향 분산화 추세에 따라 앞으로 위와 같은 성격의 하자를 가지는 행정처분이 늘어날 것으로 예상되는 상황에서 이에 대한 법원의 태도를 엄정하게 유지함으로써 행정의 법적합성과 국민의 권리구제 실현 등을 도모하여야 할 현실적 필요성도 적지 않다는 점들을 종합적으로 고려할 때 위 영업정지처분은 그 처분의 성질의 하자의 중대성에 비추어 그 하자가 외관상 명백하지 않더라도 당연무효로 보아야한다.” 라고 판시한 점에 비추어보면 결국 소수의견은

중대설의 입장에 유사하다고 할 수 있고 위헌법률에 근거한 처분의 하자도 중대한 것이어서 무효로 판단될 개연성이 매우 높다. ㉠ 다수의견에 의하면 “하자있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야하며 중대하고 명백한 것인지의 여부를 판단함에 있어서는 그 법규의 목적, 의미, 기능 등을 고찰함과 아울러 동시에 구체적 사안 자체의 특수성에 관하여도 합리적으로 고찰함을 요한다.”고 판시하였다.

다수의견은 일응 중대명백설에 입각하면서도 하자의 중대명백 여부를 판단함에 있어 그 법규의 목적, 의미, 기능 등과 함께 구체적 사안 자체의 특수성을 함께 고찰할 것을 요한다고 한 것이다. 다시 말해서 중대한 하자가 있으나 그것이 명백하지 아니한 행정처분 모두가 당연무효가 될 여지가 없다는 것이 아니라 법규의 목적 등과 구체적 사안의 특수성을 고려하여 당연무효가 될 수 있는 사안의 존재를 전제로 한 것이다. 이 사건에 돌아와 보면 다수의견에 의하더라도 위헌법률에 근거한 행정처분이 모두 당연무효가 될 수 없다는 것이 아니라 법규의 목적 등과 사안의 특수성에 따라 당연무효의 여지를 남겨 두고 있고 이는 법원의 판단몫이고 따라서 재판의 전제성에 대한 가능성이 열려있다고 할 수 있는 것이다.

다. 학설상으로도 행정처분의 무효에 관하여 중대명백설이 국내학계에서는 다수설이기는 하나 중대설(金子宏 租稅法 338면, 北野弘久 租稅法學原論 231면) 또한 상당한 근거와 지지를 받고 있고 구체적 가치형량설 또한 충분한 이론적 근거를 가지고 있는 현 상황에서 대법원이 중대명백설만을 취할 수밖에 없고 그것이 불변하리라고 단정할 수는 없다. 행정처분의 무효에 관한 중대명백설은 행정우위국가관에 기초한 독일에서 정립된 이론이고 이것이 일본을 거쳐 우리나라에 무비판적으로 수용된 것이다.

이에 반하여 사법우위의 사상이 지배하는 미국의 상황을 살펴보면 위헌법률에 근거한 행위에 대한 미국의 전통적 입장은 이것이 법의 이름으로 포장되어있다 하더라도 실질적으로 법이 아니며 마치 애초에 만들어지지 않은 것처럼(if it had never been passed) 유효하지 않다는 것이다.⁴⁾ 즉, 애초부터 무

4) Ex Parte Siebold, 100 U.S. 371 (1879); Norton v. Shelby County, 118 U.S. 425 (1886); Little Rock & Ft. S. Ry. v. Worthen, 120 U.S. 97 (1887); Chicago, I. & L.R. Co. v. Hackett, 228 U.S. 559 (1913).

효라는 것이다(void ab initio). 위헌적인 법률에 의해 실질적으로 어떠한 결과가 초래하였다는 것을 부정하기 힘든 경우에도 많은 법원들은 이러한 법률이 애초부터 아무런 법률적 효력을 가지지 못했다고 선언할 수밖에 없었다. 이러한 위헌적인 법률은 법이 아니며, 어떠한 권리나 의무를 부여하지 못하고, 어떠한 보호도 제공할 수 없으며, 공직을 신설할 수도 없는 것이다.

다만 법원은 개개 사건에서 실질적인 모든 상황을 고려하여 판단해 왔다.

즉, 위헌적인 법률이나 이것에 근거한 행위는 애초부터 무효라는 원칙적인 입장은 이것이 헌법에 반하거나 현실적으로 부당한 결과를 초래하는 경우 등에는 적용되지 않으며 실질적으로 개개 사건의 다양한 요소들을 비교형량하여 판단된다.⁵⁾ 위와 같은 배경과 함께 앞서 본 우리 재판소나 대법원의 판례의 의미를 새겨보면 중대명백설의 예외를 인정하고 있는 것으로 해석되고 그 부분은 곧바로 구체적 가치형량설에 접근하고 있는 것이라 할 수 있다. 이와 같은 학설의 현황과 무효사유가 법규에 규정되어 있지 아니한 경우에 행정처분의 하자가 무효사유이나 취소사유이냐는 법률행위해석의 문제로서 법원의 판단문인 점을 아울러 고려해보면 우리 재판소로서는 어떤 행정처분이 근거한 법률이 위헌이라고 주장하면서 그 처분의 무효확인을 구하여 온 경우에는 일응 재판의 전제성을 인정하여 본안의 판단을 해주는 것이 헌법질서의 유지·수호기능을 담당하는 헌법재판의 존치이유에 합당하다 할 것이다.

라. 일반 법이론의 관점에서 근본적인 문제점에 관하여 본다.

법률행위의 무효와 취소를 구별할 수 있는 절대적 기준을 설정할 수 있는 확립된 기준을 정하는 이론이 현대 법에서도 없는 것이 현재의 법학계의 상황이다.

효력요건을 완전히 구비하지 못한 행위에 어떠한 법률효과를 부여할 것인가?

아무런 법률효과를 부여하지 아니할 것인가(무효) 또는 일단 법률효과를 부여한 다음에 이를 소멸시킬 여지를 인정할 것인가(취소)는 법률이 어떤 이유를 효력요건으로 정한 목적에 따라 정할 입법정책의 문제이다.

그런데 우리 행정법 기타 법률에서 위헌법률에 기하여 행하여진 처분에 관한 효력을 규정한 법률조항이 없다.

그렇다면 법률행위의 하자에 관한 일반이론의 유추적용을 생각해 볼 수

5) *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

있다.

일반적으로 공익목적이 강한 경우에는 무효로 하는 것이 적당하고 개인적 이익보호를 목적으로 하는 경우에는 사적자치의 원칙에 따라 취소할 수 있는 것으로 하는 것이 적당하고 중간영역 부분에 관하여서는 이익형량에 따라 판단되어야 할 것이다.

즉, 행정처분의 무효, 취소 사유도 법률에 규정되어 있으면 그에 따르고 명문의 규정이 없다면 일반 법원칙에 따라 판단되어야 할 것이다. 위헌법률에 근거한 행정처분의 하자가 중대하다는 점은 다언을 요하지 아니할 것이다.

그런데 중대명백설에 의하면 중대한 하자가 있는 행정처분은 하자의 명백성의 여부에 따라 무효인지 취소할 수 있는 행위인지가 결정지워지게 되는데 여기에 문제가 있다. 우리 헌법의 지도원리의 하나인 법치주의는 행정분야에서 법치행정의 원리로 발현되는바, 오히려 행정의 법적합성을 일반사법 분야에서 보다 강력히 요구하는 행정법분야에서 왜 일반법원리를 배제하고 굳이 행정행위에서만 명백성이라는 요건이 요구되는지는 법치주의보다 행정우위의 사상에 의하지 아니하는 한 쉽게 수긍이 되지 아니한다.

일부 논자들은 행정행위란 일반 사인의 법률행위와는 달리 법률에 근거하여 대량적 계속적으로 이루어지는 행위이므로 법적안정성과 신뢰보호를 위하여 필요한 이론이라고 주장한다. 이와 같은 주장에 의하더라도 법적안정성이나 신뢰를 보호할 이익이 그다지 크지 아니하고 국민의 권리보호이익이 필요한 분야에서는 쟁송기간이 도과한 행정처분도 무효로 될 수 있는 영역이 존재한다고 보아야 할 것이다.

마. 결 론

돌이켜 이 사건에 돌아와 보면 이 사건 처분은 그 목적달성을 위하여 후행의 징수처분(강제집행절차)이 필요한데 그것이 행하여 졌다는 것이 소명되지 아니하였고, 이를 무효로 하더라도 법적안정성이나 신뢰보호의 이익을 크게 해치지 아니한 반면에 그 하자가 중대할 개연성이 있고 그 구제의 필요성도 있으므로 우리 재판소와 대법원의 판례에 따라 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하여야 할 것이다.

다수의견은 이미 본 바와 같이 실질적으로 이 사건 법률조항에 관하여 위헌 여부를 논증한 다음 동 조항이 위헌이라고 선불리 단정할 수 없고 설사 위헌이라도 그 하자가 명백하지 아니하다는 이유로 이 사건 처분은 무효가 아니라고 판단하고 있다.

이와 같은 논리는 하자의 중대성 여부의 판단이라는 연결고리를 통하여 실질적으로 대상법률의 위헌 여부를 심사하여 위헌정도에 따라 처분에 내재하는 하자의 중대성을 판단하지는 것인데 이는 주객이 전도된 논리이다. 재판의 전제성이 없다면 왜 본안인 대상법률조항의 위헌 여부를 판단하는지는 쉽게 이해가 되지 아니한다. 이와 같은 모순은 청구인의 주장으로 보아 위헌의 가능성이 있으면 재판의 전제성을 인정하고 본안판단을 하여야 한다는 반증이기도 하고 아울러 행정처분의 무효 여부는 법률행위해석의 문제로서 법원의 판단몫인데 우리 재판소가 판단하므로 야기되는 것이다.

요컨대 우리 헌법의 지도이념의 하나인 법치주의에 의한 행정의 법적합성 즉, 법치행정의 이념을 구현하기 위하여 위헌인 법률에 근거한 행정처분은 언젠가는 원칙적으로 무효로 봄이 옳을 것이나 다만 현재의 상황에서 그로 인하여 생겨날 수 있는 다른 헌법적 가치와 충돌하지 아니하는 범위 내에서 이를 무효로 보고자 한다. 따라서 우리는 위헌의 가능성이 있는 법률에 근거하여 행하여진 행정처분에 대하여는 그것이 다른 헌법적 가치인 법적안정성이나 신뢰보호이익을 크게 해하지 아니하고 행정처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 후행 행정처분이 아직 종료되지 아니하였고 반면에 국민의 권리구제의 필요성이 있는 경우에는 재판의 전제성을 인정하여 본안판단을 하는 것이 바람직하고 그것이 종국적으로 무효인지의 여부는 법원의 판단에 맡기면 족하다는 것이다.

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

직업안정법 제46조 제1항 제2호 위헌소원

(2005. 3. 31. 2004헌바29 전원재판부)

【판시사항】

직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조 제1항 제2호가 규정하고 있는 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로 직업소개·근로자 모집 또는 근로자공급을 한 자 중 “공중도덕상 유해한 업무” 부분이 명확성의 요구를 충족하는지 여부(소극)

【결정요지】

일반적으로 공중도덕이라 함은 ‘공중의 복리를 위하여 서로 지켜야 할 덕의(德義)를 말하는 것인데, 이는 개인이 처한 구체적인 상황에 따라서 다르거나 혹은 시간적·공간적인 배경에 따라 변할 수 있으며 실제로도 변해왔다.

직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조 제1항 제2호 중 “공중도덕상 유해한 업무”(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)에서 말하는 공중도덕은 공중의 복리를 위하여 준수해야 할 모든 행동규범을 의미하는 것이 아니라 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속하여 행하는 업무와 관련하여 그 업무의 내용이 직업의 대상으로서 허용되는지 여부를 결정하는 준칙으로서의 공중도덕을 말한다고 한정하여 해석한다고 하더라도, 결국 이 사건 법률조항에 위반되는지 여부를 판단하기 위해서는 가변적이고 가치판단을 요하는 개념인 공중도덕을 금지기준으로 삼아야 할 뿐만 아니라 언뜻 공중도덕에 반한다고 여겨짐에도 불구하고 다른 법률에서 허용하고 있다면 이러한 업무를 모두 파악하여 이를 제외하여야만 한다. 그런데 수범자의 입장에서 가변적이고 광범위한 위반기준을 행위준칙으로 삼고 다시 허용되는 일정한 영역을 제외하여 나머지만을 도출하여 위법한 행위내용으로 파악하거나 이를 예측하여 준수하기란 매우 어렵다.

결국 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서는 금지되

는 직업소개 대상 위와 같은 “공중도덕상 유해”라는 기준에 맞추어 특정하거나 예측한다는 것은 매우 어렵다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙을 충족시키고 있다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략
2. 공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로 직업소개·근로자 모집 또는 근로자공급을 한 자

【참조조문】

헌법 제12조 제1항, 제21조 제4항

영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호로 전문개정된 것) 제22조(상영등급규정) ① 생략

② 제1항의 등급규정에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 헌법의 민주적 기본질서의 유지와 인권 존중에 관한 사항
2. 건전한 가정생활과 아동 및 청소년 보호에 관한 사항
3. 공중도덕 및 사회윤리 신장에 관한 사항
4. 영화상영등급분류 기준등에 관한 사항

【참조판례】

헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269

헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 627

헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 297, 307

헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 79

헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342

【당 사 자】

청 구 인 김○민

대리인 법무법인 길상

담당변호사 강영철 외 3인

당해사건 대법원 2004도186 직업안정법위반

【주 문】

직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조 제1항 제2호 중 “공중도덕상 유해한 업무” 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 제주시에 직업소개소를 운영하는 자인바, 젊은 여성들을 틈싸롱 및 단란주점 등에 남자손님들과 동석작배나 윤락을 하는 접대부로 소개하여 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로, 2002. 8. 초순경 제주시 연동 소재 ○○단란주점에서, 청구의 이○원을 그 곳 접대부로 소개하는 등 그 때부터 같은 해 12. 22.경까지 7회에 걸쳐 합계 금 800만 원을 교부받고 위 이○원을 틈살롱이나 윤락업소에 소개하였다는 이유로 기소되었다.

(2) 청구인은 2003. 10. 15. 서울지방법원 동부지원에서 위 범죄사실로 징역 1년을 선고받고(2003고단3745), 항소하여 2003. 12. 23. 서울지방법원에서 징역 8월을 선고받아(2003노9422), 상고한 후 직업안정법 제46조 제1항 제2호에 대하여 위헌심판제청을 신청하였으나, 2004. 3. 26. 상고기각판결을 받았고(2004도186), 같은 날 위 신청도 기각되었다(2004초기32).

(3) 이에 청구인은 2004. 4. 8. 직업안정법 제46조 제1항 제2호가 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다고 주장하면서 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 직업안정법 제46조 제1항 제2호 전체에 대해 위헌소원을 제기하였으나, 당해 사건에서 청구인에 직접 적용된 부분은 위 조항 중 “공중도덕상 유해한 업무” 부분뿐이므로, 위 부분만을 심판대상(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로 삼음이 상당하다.

직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정된 것) 제46조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 공중위생 또는 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로 직업소개·근로자 모집 또는 근로자공급을 한 자
2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항만으로는 어떠한 행위가 허용되고 어떠한 행위가 금지되는지를 알 수 없으므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항은 그 입법목적이나 전체적 내용·구조 등에서 보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있으므로 죄형법정주의와 이로부터 파생되는 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

다. 서울동부지방법검찰청장의 의견

위 법원의 위헌제청신청 기각이유와 같다.

라. 노동부장관의 의견

유해업소에 대한 직업소개 등 행위를 규제하기 위한 직업안정법의 취지에 비추어, 빈번하게 발생하는 신종유해 업소에 관하여 이를 일일이 법령에서 특정하여 규정하는 것이 사실상 불가능한 점을 고려하면 이 사건 법률조항과 같이 다소 추상적인 개념에 의하여 규정함으로써 탄력적으로 해석할 필요성이 있다.

3. 판 단

가. 이 사건의 쟁점은 “공중도덕상 유해한 업무” 부분이 죄형법정주의의 원칙상 요구되는 명확성의 요건을 충족하였는지 여부이다. 법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정하고 지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단 지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-269 참조)는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이다(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 627 참조).

그 중 죄형법정주의로부터 도출되는 명확성의 원칙은 그 구성요건과 법적 결과를 법률로 명확하게 규정하여야 한다는 원칙으로서 법률에 범죄와 형벌을 가능한 한 명확하게 규정하여야 법관의 자의를 방지할 수 있고, 국민들에게 어떠한 행위가 금지되어 있고 그 행위에 대하여 어떠한 형벌이 과하여질지를 예측할 수 있도록 한다. 따라서 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요

건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며, 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하고 포괄적이어서 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의 원칙에 위배된다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 297, 307 참조).

나. (1) 이 사건 법률조항이 명확한지 여부를 판단하기 위해서는 우선 이 사건 법률조항에서 사용된 ‘공중도덕’이라는 용어 자체가 가지는 객관적 의미를 검토할 필요가 있다.

일반적으로 공중도덕이라 함은 ‘공중의 복리를 위하여 서로 지켜야 할 덕의(德義)’를 말한다. 개인이 공동체의 일원으로서 사회생활을 해나가려면 그 공동체가 요구하는 사회적 질서나 제도를 준수하여야 하고, 또한 이렇게 해야만 개인이 소속된 공동체가 존속할 수 있다. 공동체가 요구하는 사회적 질서나 제도는 도덕규범·윤리·법률 등 여러 가지 사회적 준칙들로 나타나는데 이것들을 한 마디로 공중의 도덕이나 사회도덕이라고 할 수 있고, 이는 개인이 처한 구체적인 상황에 따라서 다르거나 혹은 시간적·공간적인 배경에 따라 변할 수 있으며 실제로도 변해왔다. 즉 공중도덕은 기술적 개념이 아니라 가치개념을 포함한 규범적 개념으로서 구체적인 행위의 지침으로 사용될 경우 개인에 따라서 그리고 시간과 장소, 구체적 사정에 따라서 위반 여부가 크게 달라질 수밖에 없다.

(2) 한편, 헌법이나 다른 법률이 동일한 용어를 사용하고 있는 경우 당해 법률에서 달리 해석의 기준을 제시하지 않는 한 법체계상 일관되게 해석하여야 한다.

우선 우리 헌법은 제21조 제4항에서 언론·출판의 제한사유로서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 그리고 정기간행물의등록등에관한법률은 제12조 제2항에서 정기간행물의 발행정지를 명하거나 법원에 정기간행물의 등록취소의 심판청구 사유로서 ‘음란한 내용의 정기간행물을 발행하여 공중도덕이나 사회윤리를 현저하게 침해한 때’라고 규정하고 있으며, 영화진흥법은 제22조 제2항에서 영화상영등급규정의 내용의 하나로서 ‘공중도덕 및 사회윤리 신장에 관한 사항’을 포함하도록 하고 있으며, 방송법은 제33조 제2항에서 방송심의에 관한 규정의 내용의 하나로서 ‘공중도덕과 사회윤리에 관한 사항’을 들고 있다.

헌법 및 위 각 법률에서 사용하고 있는 공중도덕이라는 용어를 살펴보면, 그것이 어느 특정한 분야만의 행위기준이 아님을 알 수 있다. 그리하여 때로는 성도덕과 관련된 행위나 잔인하고 과도한 폭력적 행위 등 형사처벌의 대상이 되는 행위의 기준일 수도 있고, 때로는 혼인·가족제도 등 전통적 문화에 반하는 행위 또는 청소년보호를 위하여 금지해야 할 필요가 있는 행위 등의 기준이 되는 등 매우 광범위하고 다양한 행동양식의 기준이 되는 준칙을 의미하는 것으로 사용되고 있음을 알 수 있다.

(3) 결국 이 사건 법률조항에서 사용하고 있는 공중도덕이라 함은 기본적으로 공중의 복리를 위하여 서로 지켜야 할 행위준칙으로 매우 다양한 사회영역에 걸쳐 있어서 구체적 행위에 있어서 공중도덕의 위반 여부를 확정짓는 것은 쉬운 일이 아니다.

다. (1) 한편, 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 따라서 위와 같은 경우라도 당해 법률조항의 입법목적, 당해 법률의 체계 및 다른 규정들과의 상호관계를 고려하거나 이미 확립된 판례를 통한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어서 그 법률조항의 취지를 예측할 수 있다면 그 범위 내에서 명확성의 원칙은 유지되고 있다고 보아야 할 것이고, 또한 법관의 보충적인 가치판단을 통한 법문의 해석으로 그 의미내용을 확인해 낼 수 있다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없을 것이다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 79; 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342).

이러한 기준에 입각하여 이 사건 법률조항을 살펴보기로 한다.

(2) 직업안정법의 일차적인 목적은 근로자 개인에 대한 취업기회의 제공과 직업의 안정이다(직업안정법 제1조 참조). 위 목적달성을 위한 기본적인 전제조건은 근로자의 자유로운 의사에 의한 직업선택의 보장과 소개대상직업의 적법성이라고 할 수 있다. 즉 직업소개시 적어도 직업을 얻고자 하는 자의 자유로운 의사에 의한 직업선택을 보장하여야 하며 이를 강요하여서는 아니 되고, 소개받은 직업의 담당업무는 그 자체가 적법하고 사회적으로 용인되는 내용으로 이루어져야만 할 것이다.

직업안정법은 이와 관련하여 제46조 제1항 제1호에서 폭행·협박 또는 감금 기타 정신·신체의 자유에 부당한 구속을 가하는 수단으로 직업소개·근

로자모집 또는 근로자공급을 한 자를 처벌함으로써 근로자의 직업선택에 있어서 의사결정의 자유를 침해하는 행위를 규제하고 있고, 이 사건 법률조항은 공중도덕상 유해한 업무에 취직하게 할 목적으로 직업소개·근로자 모집 또는 근로자공급을 한 자를 처벌함으로써 소개대상직업 자체의 적법성을 담보하고 있다고 할 수 있다.

위와 같은 입법목적과 법률체계를 고려하면, 이 사건 법률조항에서 말하는 공중도덕은 공중의 복리를 위하여 준수해야 할 모든 행동규범을 의미하는 것이 아니라 사람이 사회생활상의 지위에 기하여 계속하여 행하는 업무와 관련하여 그 업무의 내용이 직업의 대상으로서 허용되는지 여부를 결정하는 준칙으로서의 공중도덕을 말한다고 한정하여 해석할 수 있을 것이다.

(3) 그러나 위와 같은 의미의 준칙으로서 공중도덕이라고 하더라도 공중도덕 자체가 시간과 장소에 따라 변경되는 것은 마찬가지이고, 다양한 업무 중 공중도덕에 반하는 업무라고 하더라도 다른 법률이 정하는 바에 따라 일정한 조건하에 당국으로부터 허가를 받거나 신고를 함으로써 적법성을 갖출 수도 있다. 이 사건 법률조항이 법률에 의하여 허용되는 위와 같은 업무를 소개하는 행위까지도 처벌하려는 의도가 아님은 분명하므로, 결국 이 사건 법률조항에 위반되는지 여부를 판단하기 위해서는 가변적이고 가치판단을 요하는 개념인 공중도덕을 금지기준으로 삼아야 할 뿐만 아니라 언뜻 공중도덕에 반한다고 여겨짐에도 불구하고 다른 법률에서 허용하고 있다면 이러한 업무를 모두 파악하여 이를 제외하여야만 할 것이다. 그런데 수범자의 입장에서 가변적이고 광범위한 위반기준을 행위준칙으로 삼고 다시 허용되는 일정한 영역을 제외하여 나머지만을 도출하여 위법한 행위내용으로 파악하거나 이를 예측하여 준수하기란 매우 어렵다. 수범자가 법률상 허용되는 직업소개대상업무를 쉽게 알 수 있거나 알아야만 할 지위에 있다고 하더라도 이 사건 법률조항이 법률상 허용되는 업무를 제외한 나머지를 모두 위법한 직업소개의 대상으로 삼아 처벌하려는 것도 또한 아니므로 수범자는 여전히 금지되는 직업소개의 대상과 허용되는 직업소개의 대상을 구별하여 예측하기 어렵다.

예컨대, 윤락행위의 경우 법률상 금지되어 있을 뿐만 아니라 여성을 성상 폄화하여 인간의 존엄을 해치고 선량한 풍속을 극도로 저해하는 행위로서 공중도덕에 극히 유해한 업무라고 할 것이므로 여기에 종사할 것을 알면서도 그 업무를 소개하는 행위가 이 사건 법률조항이 금지하고자 하는 구성요건적 행위에 해당함은 명백하다고 할 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 윤락행

위 소개만을 단속하는 규정이라고 단정할 수 없다. 그럴진대 이 사건 법률조항의 대상이 되는 여타의 소개행위가 과연 어떠한 것이 되는지에 관하여는 직업안정법의 목적이나 체계를 고려하더라도 공중도덕이라는 가치개념의 해석만으로 그 구체적인 의미내용을 확인해내기는 어렵다. 또한 법률상 허용되는 업무라 하더라도 각 업무의 구체적 내용이나 각 업무가 속한 세부적 도덕률에 따라 공중도덕상 유해한 업무로 분류될 수도 있는 만큼 일률적으로 이 사건 법률조항의 적용대상에서 제외된다고도 할 수 없어 예측의 어려움은 마찬가지다.

라. 입법자가 만약 이 사건 법률조항을 주로 성도덕에 유해한 업무, 즉 윤락행위 또는 그에 유사한 행위, 예컨대 퇴폐적 안마 등의 신체적 접촉, 성관련 신체부위의 노출 등 성적 접대행위 및 이와 유사한 행위가 이루어질 우려가 있는 업무에 종사하게 할 목적으로 직업소개 등을 한 자를 겨냥하였다면 이러한 의도를 특정해서 규정하는 것이 입법기술적으로 어려운 것도 아니다.

마. 결국 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로서는 금지되는 직업소개의 대상을 위와 같은 ‘공중도덕상 유해’라는 기준에 맞추어 특정하거나 예측한다는 것은 매우 어렵다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙을 충족시키고 있다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면, 직업안정법 제46조 제1항 제2호 중 “공중도덕상 유해한 업무” 부분은 헌법에 위반되므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 김영일(퇴임으로 서명날인 불능)

권 성 김효종 김경일(주심) 송인준 주선희 전효숙

이상경

한중국제결혼절차 위헌확인

(2005. 3. 31. 2003헌마87 전원재판부)

【판시사항】

1. 한국인(청구인)과 결혼한 중국인 배우자(장○염)가 한국에 입국하기 위하여 결혼동거목적거주(F-2) 사증발급을 신청함에 있어 주중국 대한민국대사(피청구인)가 전화예약에 의한 방법으로 사증신청접수일을 지정한 행위(이하 '이 사건 전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위'라 한다)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하는지 여부(소극)

2. 위 사증발급을 신청함에 있어 피청구인이 중국인 배우자와의 교제과정, 결혼하게 된 경위, 소개인과의 관계, 교제경비내역 등을 당해 한국인이 직접 기재한 서류를 제출할 것을 요구하는 조치(이하 '이 사건 결혼경위 등 기재요구행위'라 한다)가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되는지 여부(적극)

3. 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위가 보충성원칙의 예외에 해당하는지 여부(적극)

4. 이 헌법소원 청구 이후 피청구인이 위 사증을 발급하여 이를 위 장○염에게 교부하였다 하더라도 심판의 이익이 있는지 여부(적극)

5. 피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위가 법률유보원칙이나 과잉금지원칙, 또는 평등원칙에 위배되는 것으로서 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위로 말미암아 위 장○염의 경우 접수일이 전화예약일로부터 약 1개월 보름 정도 뒤에 지정된 것에 불과하고, 또한 그와 같은 접수일 지정제도는 사증신청인에 대한 사증발급 여부에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 것도 명백하므로, 이로 인하여 사증발급과 관련된 위 장○염 또는 청구인의 기본권이 제한되거나 권리관계에 변동이 생길 위험성은 없

다고 할 것이다. 따라서 피청구인이 전화예약을 통하여 사증신청접수일을 지정한 행위는 단순한 비권력 사실행위에 불과하여, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이 부분에 대한 심판청구는 부적법하다.

2. 국가기관인 피청구인이 청구인으로 하여금 결혼경위 등을 기재하도록 요구한 행위는 청구인의 처 장○염이 결혼동거목적거주 사증발급신청을 함에 있어 동 신청이 수리될 수 있는 요건으로서, 법령의 근거에 따라 청구인과 위 장○염에게 결혼경위, 소개인관계, 교제경비내역, 교제경위 등을 ‘초청사유서’와 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’에 기재해야 하는 의무를 부과한 고권적 행위이고, 따라서 피청구인의 이와 같은 요구는 청구인과 위 장○염에 대하여 구속력을 갖는 권력적사실행위로서 헌법소원의 대상이 된다.

3. 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 소의 이익이 부정될 가능성이 많아 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 없으므로 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당된다.

4. 피청구인은 청구인의 이 헌법소원 청구이후 위 결혼동거목적거주 사증을 2003. 2. 13. 발급하여 같은 달 17. 이를 위 장○염에게 교부하였다. 그러나, 한국인과 결혼한 중국인 배우자가 결혼동거목적거주 사증을 신청하고자 하는 경우에 당해 한국인에게 결혼경위 등을 기재하도록 요구하는 제도는 위 장○염에 대하여 동 사증을 발급·교부한 것과는 관계없이 앞으로도 계속 시행될 것이 예상되므로, 청구인과 같이 중국인 배우자와 결혼하려는 자들에게 대하여 침해반복의 위험성이 여전히 존재하고 이에 대하여는 아직 헌법적 해명이 이루어진 바 없어 이에 대한 해명의 필요성이 있는 등 심판의 이익이 있다.

5. 가. 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데, 법률유보의 원칙은 “법률에 의한 규율”만을 요청하는 것이 아니라 “법률에 근거한 규율”을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다. 그런데, 피청구인의 이

사건 결혼경위 등 기재요구행위는 합헌적인 법령인 출입국관리법 제 8조 제2항, 동법시행령 제11조 제2항, 동법시행규칙 제9조 제4호, 제 76조 제1항 등의 근거에 따라 이루어진 것이고 따라서 법률유보의 원칙에 위배되지 않는다.

나. 피청구인이 이 사건 결혼경위 등을 기재하도록 요구하는 것은, 첫째 한·중 국제결혼이 한국입국 및 취업을 위한 편법으로 악용되고 있기 때문에 무차별적이고 불법적인 중국인력의 국내유입을 방지해야 하는 외국인 입국심사의 기본목적을 달성하기 위한 조치이며, 둘째 위장 한·중 국제결혼을 방지하여 선의의 한국인들이 중국인 배우자와 국내에서 건전한 혼인관계를 유지할 수 있도록 보호하기 위한 것이다. 이것은 주권국가 합리적인 출입국관리를 위하여 추구할 수 있는 정당한 목적이라고 할 수 있고, 이 사건 결혼경위 등 기재요구 조치를 통하여 위와 같은 목적을 달성하는데 이바지할 것임은 분명하므로 그 수단의 적정성도 인정할 수 있다. 또한 결혼동거목적거주 사증의 심사는 다른 목적의 사증심사와는 달리 위장 및 사기 결혼의 여부를 확인하는 것이 주 목적인데, 중국 관공서 명의로 발급되는 각종 공문서가 위조 또는 변조되는 경우가 많기 때문에 이 사건 결혼경위 등의 기재서류가 없으면 혼인의 진실성을 확인하는 것이 사실상 어렵다는 점에서 이 사건 결혼경위 등 요구행위는 사증심사의 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 조치라고 보아야 할 것이다. 따라서 피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 과잉금지원칙에 어긋나지 아니한다.

다. 다른 나라의 경우보다 중국인 배우자에 의한 결혼동거목적거주 사증신청이 월등히 많은데다가 중국인 불법체류자의 비율이 다른 나라보다 압도적으로 많은 점, 그리고 중국의 관공서에서 위 사증신청을 위하여 발급하는 각종 공문서가 위조 또는 변조되는 사례가 많아 중국이 발행하는 공문서의 신뢰성이 높지 않아 동 공문서만으로는 진실한 혼인임을 확인하기 어려운 중국인 입국관리의 특성을 모두 고려하면, 피청구인이 다른 나라의 경우와는 달리 중국인 배우자에 의한 위 사증신청시 이 사건 결혼경위 등의 기재요구행위를 행하는 그 차별에 합리성을 인정할 수 있어 평등원칙에 위반되지 아니한다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항, 제75조

출입국관리법 제1조(목적) 이 법은 대한민국에 입국하거나 대한민국으로부터 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

출입국관리법 제7조(외국인의 입국) ① 외국인이 입국하고자 할 때에는 유효한 여권과 법무부장관이 발급한 사증을 가지고 있어야 한다.

②~⑤ 생략

출입국관리법 제8조(사증) ① 제7조의 규정에 의한 사증은 1회에 한하여 입국할 수 있는 단수사증과 2회 이상 입국할 수 있는 복수사증으로 구분한다.

② 법무부장관은 사증발급에 관한 권한을 대통령령이 정하는 바에 따라 재외공관의 장에게 위임할 수 있다.

③ 생략

출입국관리법 제10조(체류자격) ① 외국인으로서는 입국하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 체류자격을 가져야 한다.

② 생략

출입국관리법시행령 제11조(사증발급 권한의 위임) ① 생략

② 법무부장관은 법 제8조 제2항의 규정에 의하여 [별표 1] 중 체류자격 6. 일시취재(C-1) 내지 30. 관광취업(H-1)의 자격에 해당하는 자의 사증발급에 관한 권한을 법무부령으로 정하는 체류자격 및 체류기간별로 그 범위를 정하여 재외공관의 장에게 위임한다.

출입국관리법시행규칙 제9조(사증발급권한의 위임) 영 제11조 제2항의 규정에 의하여 법무부장관이 재외공관의 장에게 위임하는 사증발급에 관한 권한은 다음 각 호의 사항에 관한 권한으로 한다.

1.~3의2. 생략

4. 기타 영 [별표 1] 중 체류자격 10. 문화예술(D-1), 12. 산업연수(D-3) 내지 16. 주재(D-7), 18. 무역경영(D-9) 내지 28. 동반(F-3) 및 29. 기타(G-1)의 자격에 해당하는 자 중 상호주의 또는 대한민국의 이익 등을 위하여 법무부장관이 특히 필요하다고 인정하는 자에 대한 체류기간 1년 이하의 사증

출입국관리법시행규칙 제76조(사증 등 발급신청시의 첨부서류) ① 영 제7조 제1항 및 영 제10조 제2항의 규정에 의하여 사증 또는 외국인입국허가서의 발급을 신청하는 때, 영 제8조 제1항 제1호 및 제3호의 규정에 해당하는 자가 제14조의 규정에 의한 입국허가를 신청하는 때, 제17조 제2항의 규정에 의하여 사증발급인증서의 발급을 신청하는 때의 체류자격별 첨부서류는 [별표 5]와 같다. 다만, 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률 제21조 제1항의 규정에 의한 행정정보의 공동이용을 통하여 첨부서류에 대한 정보를 확인할 수 있는 경우에는 그 확인으로 첨부서류에 갈음할 수 있다.

② 생략

[별표 5]

사증발급신청 등 첨부서류(제76조 관련)

거 주(F-2) : ○ 가족관계 입증서류 (결혼증명서, 호적등본 등 혼인입증서류)

○ 재정입증 관련서류

○ 국내 배우자의 신원보증서

【참조판례】

- 1. 현재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609
 현재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462
- 3. 현재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653
 현재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31
- 5. 현재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311
 현재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147
 현재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84
 현재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609
 현재 1994. 2. 24. 92헌마43, 판례집 6-1, 72

【당 사 자】

청 구 인 송○섭

대리인 법무법인 덕수

담당변호사 이돈명 외 4인

피청구인 주중국 대한민국대사

【주 문】

이 사건 심판청구 중 2002. 12. 6. 청구인의 처 장○염이 한국입국을 위하여 피청구인에게 사증발급신청을 함에 있어 피청구인이 전화예약에 의한 방법으로 사증신청접수일을 지정한 행위에 대한 청구를 각하하고, 나머지 청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인과 결혼한 중국인 배우자 장○염은 청구인과 한국에서 결혼생활을 영위하기로 하고 2002. 12. 6. 결혼동거목적거주(F-2) 사증을 발급받기 위하여

대한민국 외교통상부 산하 주중국 대한민국대사관(이하 ‘주중 한국대사관’이라 한다)에 전화를 하였다. 당시 주중 한국대사관은 중국인들의 과다한 사증 신청으로 인하여 전화로 접수일을 지정한 후 지정된 날짜에 사증신청서류를 접수받는 제도를 시행하고 있었다. 그에 따라 위 장○염은 주중 한국대사관 소속 직원으로부터 사증발급신청서를 작성하여 호적등본, 결혼공증서 등 사증발급 자격의 확인을 위하여 요구되는 각종 서류를 첨부하여 2003. 1. 21. 우편으로 발송하였다.

그런데, 동 첨부서류 중에는 청구인과 위 장○염의 교제과정, 청구인의 국내 재정상황 등이 기재되어 있는 “결혼동거사증신청 첨부서류”와 청구인이 위 장○염과 결혼하게 된 경위, 소개인과의 관계, 교제경비내역 등을 직접 기재할 것을 요구하는 “초청사유서”가 포함되어 있었다. 이에 청구인은 2003. 2. 3. 피청구인이 위와 같이 전화예약에 의한 방법으로 사증신청접수일을 지정한 행위와 사증발급신청서 위와 같은 내용의 결혼동거사증신청 첨부서류 및 초청사유서를 제출하도록 요구한 조치는 청구인의 행복추구권, 평등권, 혼인과 가족생활에 관한 권리, 사생활의 비밀과 자유 등 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 관련규정

(1) 심판대상

이 사건 심판의 대상은 첫째, 2002. 12. 6. 청구인의 처 장○염이 한국입국을 위하여 피청구인에게 사증발급신청을 함에 있어 피청구인이 전화예약에 의한 방법으로 사증신청접수일을 지정한 행위(이하 ‘전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위’라 한다)와 둘째, 그 무렵 피청구인이 사증발급을 신청한 위 장○염에게 첨부서류로 요구한 ‘초청사유서’에 청구인으로 하여금 “결혼경위, 소개인관계, 교제경비내역”을 기재하도록 하고, ‘결혼동거사증신청 첨부서류’에도 청구인이 “교제경위” 등 사생활에 관련된 사항을 기재하도록 요구한 행위(이하 ‘결혼경위 등 기재요구행위’라 한다)가 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

(2) 관련규정

(가) 출입국관리법(이하 ‘법’이라 한다)

제8조(사증) ① 제7조의 규정에 의한 사증은 1회에 한하여 입국할 수 있는 단수사증과 2회 이상 입국할 수 있는 복수사증으로 구분한다.

② 법무부장관은 사증발급에 관한 권한을 대통령령이 정하는 바에 따라 재외공관의 장에게 위임할 수 있다.

(나) 법시행령

제11조(사증발급 권한의 위임) ② 법무부장관은 법 제8조 제2항의 규정에 의하여 [별표 1] 중 체류자격 6. 일시취재(C-1) 내지 30. 관광취업(H-1)의 자격에 해당하는 자의 사증발급에 관한 권한을 법무부령으로 정하는 체류자격 및 체류기간별로 그 범위를 정하여 재외공관의 장에게 위임한다.

제12조(체류자격의 구분) 법 제10조 제1항의 규정에 의한 외국인의 체류자격은 [별표 1]과 같다.

[별표 1]

외국인의 체류자격(제12조 관련)

체류자격 (기호)	체류자격에 해당하는 자 또는 활동범위
	1. 내지 26. (생략)
27. 거주 (F-2)	가. 국민 또는 영주(F-5) 자격을 가지고 있는 자의 배우자 나. 내지 마. (생략)
	28. 내지 30. (생략)

(다) 법시행규칙

제9조(사증발급권한의 위임) 영 제11조 제2항의 규정에 의하여 법무부장관이 재외공관의 장에게 위임하는 사증발급에 관한 권한은 다음 각 호의 사항에 관한 권한으로 한다.

1. 내지 3의2. (생략)
4. 기타 영 [별표 1] 중 체류자격 10. 문화예술(D-1), 12. 산업연수(D-3) 내지 16. 주재(D-7), 18. 무역경영(D-9) 내지 28. 동반(F-3) 및 29. 기타(G-1)의 자격에 해당하는 자 중 상호주의 또는 대한민국의 이익 등을 위하여 법무부장관이 특히 필요하다고 인정하는 자에 대한 체류기간 1년 이하의 사증

제76조(사증 등 발급신청시의 첨부서류) ① 영 제7조 제1항 및 영 제10조 제2항의 규정에 의하여 사증 또는 외국인입국허가서의 발급을 신청하는 때,

영 제8조 제1항 제1호 및 제3호의 규정에 해당하는 자가 제14조의 규정에 의한 입국허가를 신청하는 때, 제17조 제2항의 규정에 의하여 사증발급신청서의 발급을 신청하는 때의 서류자격별 첨부서류는 [별표 5]와 같다. (단서 생략)

[별표 5]

사증발급신청 등 첨부서류 (제76조 관련)

거 주(F-2) : ○ 가족관계 입증서류 (결혼증명서, 호적등본 등 혼인입증서류)

○ 재정입증 관련서류

○ 국내 배우자의 신원보증서

2. 청구인의 주장과 이해관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 한국인과 혼인한 중국인이 한국입국을 위하여 사증발급신청을 하는 경우 바로 접수를 받지 아니하고 전화예약제도에 의하여 전화예약일로부터 1개월 보름 가량 뒤의 일자로 접수일자를 지정받게 한 피청구인의 조치로 말미암아 청구인과 장○염의 결혼생활이 지체되어 헌법 제10조의 행복추구권이 침해되었다.

또한 중국인을 배우자로 둔 까닭에 위와 같은 차별을 받은 것이므로 헌법 제11조 제1항의 평등권을 침해당하였고, 국가가 헌법 제36조 제1항에 따라 보장하여야 할 혼인과 가족생활에 관한 권리를 침해한 것이다.

(2) 피청구인이 위 ‘초청사유서’와 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’에 각 기재를 요구하고 있는 결혼경위, 소개인관계, 교제경비내역, 교제과정 등은 청구인의 사생활에 관계되는 사항으로서 사증발급절차와는 아무런 관계가 없는 것이다.

따라서 피청구인이 이들을 기재하도록 요구한 행위는 헌법 제10조가 보장하는 청구인의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한 것이고, 중국인과 혼인하였다는 이유로 헌법 제11조 제1항에 위배하여 청구인을 차별한 것이며, 나아가 헌법 제17조에 따라 보장받는 사생활의 비밀과 자유, 그리고 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족생활의 권리를 침해하는 것이다.

나. 외교통상부장관의 의견요지

(1) 본안전 항변

(가) 피청구인이 전화예약을 통하여 사증신청접수일을 지정한 행위는 단순한 비권력적 사실행위에 불과하므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사

자체가 존재하지 않는다. 또한 전화예약의 주체는 위 장○염이므로 청구인은 이에 대하여 자기관련성이 없다. 한편 전화예약에 의한 사증신청접수일 지정 제도는 이 헌법소원 이후인 2003. 4. 7. 폐지되었으므로 이 부분에 대한 심판 청구는 권리보호의 이익이 없다.

(나) 위와 같이 초청사유서와 결혼동거사증신청 첨부서류에 청구인의 사생활에 관련된 내용을 기재하도록 하였다는 부분에 대하여도, 피청구인은 이 헌법소원 이후인 2003. 2. 13. 위 장○염에게 결혼동거목적거주 사증을 발급하여 같은 달 17. 이를 장○염에게 교부하였으므로, 결국 심판계속 중 사실관계의 변동으로 청구인이 주장하는 기본권침해의 원인이 된 공권력행사를 취소할 실익이 없게 된 경우에 해당하므로 역시 권리보호의 이익이 없다. 가사 그렇지 않다 하더라도, 청구인으로서 이와 같은 피청구인의 처분에 대하여 행정심판과 행정소송을 통하여 이의 취소를 구하였어야 함에도 불구하고 이와 같은 절차를 거치지 아니하였으므로 보충성의 원칙에 위배된다.

(2) 본안에 대한 의견

(가) 한국인과 국제결혼한 중국인이 결혼동거목적거주 사증발급을 신청하는 경우에 배우자인 한국인이 직접 작성한 ‘초청사유서’와 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’에 “결혼경위, 소개인관계, 교제경비내역, 교제과정” 등의 사항을 기재하도록 요구하는 것은, 첫째 한·중 국제결혼이 합법적인 한국입국 및 취업을 위한 편법으로 악용되고 있고, 둘째 위장 한·중 국제결혼을 방지하여 선의의 한국인들이 중국인 배우자와 국내에서 건전한 혼인관계를 유지할 수 있도록 보호하기 위한 것이며, 셋째 아직도 중국 관공서 명의로 발급되는 각종 공문서가 위조 또는 변조되는 경우가 많아 중국에서 발부되는 공문서만으로는 진실한 혼인임을 확인하기 어려우므로 결혼목적 사증심사의 내실화를 위하여 필요하기 때문이다.

(나) 베트남인, 몽골인, 필리핀인, 태국인이 한국인과 국제결혼을 하는 경우에는 중국인의 경우와는 달리 초청장에 교제경위, 교제경비내역 등을 기재할 것을 요구하지 않고 있고, 교제과정 등을 기재한 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’를 작성·제출하도록 요구하지 않는 것은 사실이다. 그러나 이는, 첫째 국내 외국인 불법체류자 중 중국인의 비율이 절대 다수를 차지하고 있고, 둘째 중국인들 중 특히 조선족 중국인들의 경우 한·중 국제결혼을 이용하여 합법적으로 한국에 입국한 후 거주지를 이탈하여 불법체류를 하면서 돈벌이에 나서는데가 많으며, 셋째 다른 나라의 경우보다 중국인 배우자에 의한 결혼동거

목적거주 사증신청이 월등히 많은데다가 중국 관공서에서 위 사증신청을 위하여 발급하는 각종 공문서가 위조 또는 변조되는 경우가 많아 진실한 혼인임을 확인하기 어려운 중국인 입국관리의 특성 때문이다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. “전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위”에 대한 청구부분

행정상의 사실행위는 경고(警告), 권고(勸告), 시사(示唆)와 같은 정보제공 행위나 단순한 지식표시행위인 행정지도(行政指導)와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609, 624). 일반적으로 어떤 행정행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지의 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 여부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 485-486).

위와 같은 전화예약에 의한 사증신청접수제도는 결혼동거목적거주 사증발급기간을 가능한 단축하여 한·중 국제결혼한 사람들의 편의를 도모하기 위한 조치의 일환으로 피청구인이 자율적으로 실시하여 온 것으로, 피청구인이 이와 같은 신청방법을 채택한 이유는 한·중 국제결혼을 위하여 피청구인에게 접수되는 미혼공증 및 결혼공증 영사확인 신청건수와 결혼동거목적거주 사증신청건수의 합계가 2002년에 24,300여건에 이를 정도로 많은 점을 감안하여 한정된 영사 인력으로 실질적인 입국심사가 가능하도록 하기 위하여 하루에 접수되는 신청의 수를 조절하기 위한 것이다.¹⁾

살피건대, 만일 국가에 대하여 일정한 행위를 요구하기 위한 신청 자체를 불가능하게 하거나 매우 어렵게 하는 경우라면 신청자의 기본권이 침해될 가능성이 있다고 할 것이나, 이 사건 전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위로 말미암아 위 장○영의 경우 접수일이 전화예약일로부터 약 1개월 보름 정도 뒤에 지정된 것에 불과하고, 또한 그와 같은 접수일 지정제도는 사증신청인에 대한 사증발급 여부에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 것도 명백하르

1) 외교통상부장관의 의견서 3·6면 참조.

로, 이로 인하여 사증발급과 관련된 위 장○염 또는 청구인의 기본권이 제한되거나 권리관계에 변동이 생길 위험성은 없다고 할 것이다. 따라서 피청구인이 전화예약을 통하여 사증신청접수일을 지정한 행위는 단순한 비권력적 사실행위에 불과하여, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하므로 이 부분에 대한 심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

나. “결혼경위 등 기재요구행위”에 대한 청구부분

(1) 헌법소원대상성

출입국관리법은 행정주체의 우월성, 강행성, 명령성, 행위규범성을 특성으로 하는 출입국관리에 관한 행정작용을 규정한 법이라고 할 수 있다. 그러므로 국가기관인 피청구인이 청구인으로 하여금 결혼동거목적거주 사증발급신청을 함에 있어 동 신청이 수리될 수 있는 요건으로서, 뒤에서 보는 바와 같이 법령의 근거에 따라 청구인과 위 장○염에게 결혼경위, 소개인관계, 교제경비내역, 교제경위 등을 ‘초청사유서’와 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’에 기재해야 하는 의무를 부과한 고권적 행위라고 할 것이다. 따라서 피청구인의 이와 같은 요구는 청구인과 위 장○염에 대하여 구속력을 갖는 권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.

(2) 보충성

이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 소의 이익이 부정될 가능성이 많아 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 없으므로 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당한다고 보아야 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 661 참조). 왜냐하면, 권력적 사실행위가 법규의 내용에 저촉되는 경우에 그러한 사실행위는 대부분 처분성을 결여하기 때문에 행정쟁송의 대상으로 삼기는 어렵고 국가배상법이 규정하는 바에 따라 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수는 있다고 할 것이나, 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에서 말하는 권리구제절차는 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다룰 수 있는 권리구제절차를 의미하는 것이지 사후적·보충적 구제수단인 손해배상청구나 손실보상청구를 의미하는 것이 아니기 때문이다(헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 34-35).

(3) 권리보호이익과 헌법적 해명

피청구인은 청구인이 이 사건 헌법소원심판을 청구한 이후 위 장○염이 신청한 결혼동거목적거주 사증을 2003. 2. 13. 발급하여 같은 달 17. 이를 위 장○염에게 교부하였다. 그러나 한국인과 결혼한 중국인 배우자가 결혼동거목적거주 사증을 신청하고자 하는 경우에 당해 한국인에게 결혼경위 등을 기재하도록 요구하는 제도는 위 장○염에 대하여 동 사증을 발급·교부한 것과는 관계없이 앞으로도 계속 시행될 것이 예상되므로, 청구인과 같이 중국인 배우자와 결혼하려는 자들에게 대하여 침해반복의 위험성이 여전히 존재하고 이에 대하여는 아직 헌법적 해명이 이루어진 바 없어 이에 대한 해명의 필요성이 있는 등 심판의 이익이 있다고 할 것이다.

(4) 소 결

이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송을 통하여 구제받을 길이 없고, 기타 동 기재요구행위가 있었을 것으로 추정되는 2002. 12. 6.로부터 90일 이내인 2003. 2. 3. 제기된 이 부분에 대한 심판청구는 청구기간도 준수한 것이므로 적법하다.

4. 본안에 대한 판단

가. 법률유보원칙의 위배 여부

(1) 기본권의 제한과 법률유보원칙

국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

이와 같이 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항이라고 할 수 있는데, 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’만을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이기 때문에 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없는 것이다. 그러나 비록 그렇다 하더라도, 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193, 판례집 15-2하, 311, 330).

(2) 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위의 법적 근거

(가) 앞에서 본 바와 같이 이 사건 기재요구행위의 대상 중 “결혼경위, 소개

인관계, 교제경비내역”은 ‘초청사유서’에, “교제경위”는 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’에 각 기재하도록 되어 있는바, 이들 ‘초청사유서’나 ‘결혼동거사증신청 첨부서류’는 범시행규칙 제76조 제1항 [별표 5]에서 요구하는 “가족관계 입증서류”에 해당하는 것으로 보인다.

실제로 법무부가 2000. 10. 5.자로 제정하여 외교통상부장관에게 송부한 ‘중국인 결혼동거목적 단기사증발급지침’에 따라 주중 한국대사관 영사부에서 안내하고 있는 것으로 보이는 ‘한중 국제결혼에 관한 영사안내서’에 의하면, 중국인 배우자가 중국주재 한국공관에 “결혼동거목적 단기사증(F-2)” 발급을 신청하려면 ① 초청사유서, ② 호적등본, ③ 결혼증서본, ④ 신청인의 거민신분증 및 호구부 사본, ⑤ 결혼공증서 사본, ⑥ 국내 초청자의 신원보증서(공증 필요) 등의 서류를 제출하여야 하고, 특히 ① ‘초청사유서’는 한국인이 직접 상세히 기재하도록 하고 있다.

(나) 출입국관리법에 따르면, 외국인이 우리나라에 입국하고자 할 때에는 유효한 여권 및 법무부장관이 발급한 사증이 필요한데(법 제7조 제1항), 사증은 1회에 한하여 입국할 수 있는 ‘단수사증’과 2회 이상 입국할 수 있는 ‘복수사증’으로 구분되고(법 제8조 제1항), 외국인으로서 우리 나라에 입국하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 체류자격을 가져야 한다(법 제10조 제1항).

한편, 법 제8조 제2항에 따라 범시행령 제11조 제2항은 ‘... 결혼동거목적 단기사증(F-2) ...’의 발급에 관한 권한을 “법무부령으로 정하는 체류자격 및 체류기간별로 그 범위를 정하여 재외공관의 장에게 위임”하고 있다.

이와 같은 재위임에 관하여 헌법재판소는, “법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이므로, 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다.”고 판시하고 있다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 163; 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 101).

그런데, 범시행령 제11조 제2항은 “[별표 1](외국인의 체류자격) 중 체류자격 6. 일시취체(C-1) 내지 30. 관광취업(H-1)의 자격에 해당하는 자의 사증

발급에 관한 권한을 법무부령으로 정하는 체류자격 및 체류기간별로 그 범위를 정하여 재외공관의 장에게 위임”하고 있으므로 ‘모법에서 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우’라고 평가할 수 있어 위 요건을 충족한다고 할 것이다.

(다) 요컨대, 피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 합헌적인 법령인 법 제8조 제2항, 범시행령 제11조 제2항, 범시행규칙 제9조 제4호, 제76조 제1항 등의 근거에 따라 이루어진 것이고 따라서 법률유보의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.

나. 과잉금지원칙의 위반 여부

(1) 법령에 근거한 행위로 인한 기본권의 제한과 과잉금지원칙

합헌적이고 정당한 법령에 따른 공권력의 행사라고 할지라도 그것이 본래의 목적을 벗어나 합리적 이유 없이 자의적으로 행사된다면, 또는 기본권 주체에게 수인한도를 넘는 과중한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해함으로써 기본권 보장이 형해화된다면, 그러한 공권력행사는 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법할 뿐만 아니라 위헌적인 공권력행사로 할 것이다. 국민의 기본권을 제한하는 공권력행사는 목적이 정당하고 수단이 적정해야 하며 목적과 수단 사이에 합리적 비례관계가 유지되어야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이기 때문이다. 즉, 기본권을 제한하는 공권력행사는 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 되고 공권력행사로 인하여 침해되는 사익보다 달성하고자 하는 공익이 커야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마754, 판례집 15-2하, 609, 628).

(2) 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위가 과잉금지원칙에 위반되는지 여부

(가) 출입국관리행정의 의의와 심사기준

출입국관리법은 대한민국에 입국하거나 대한민국으로부터 출국하는 모든 국민 및 외국인의 출입국관리와 대한민국에 체류하는 외국인의 체류관리 및 난민의 인정절차 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다(법 제1조). 이러한 출입국관리행정은 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정이다. 즉, 개개 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 구체적으로 심사하여 내·외국인의 출입국을 공정하게 규제하고 외국인의 체류기간을 연장하거나 입국 또는 체류를 불허하여 국외로 퇴거시키는 기능을 수행한다. 이와 같은 출입국관리에 관한 사항 중 특히 외국인의 입국에 관한 사항은 주권국가로서의 기능을 수

행하는데 필요한 것으로서 광범위한 정책재량의 영역에 놓여 있는 분야라고 할 수 있을 것이다.

그러므로 이러한 영역의 공권력행사의 위헌 여부를 판단함에 있어서는 완화된 심사기준이 적용되어야 한다. 즉, 국민의 기본권을 제한하는 공권력행사의 목적이 정당하고 수단이 적정해야 하며 목적과 수단 사이에 합리적 비례관계가 유지되고 있는지 여부가 위헌성 판단의 기준이 되어야 할 것이다.

(나) 목적의 정당성 및 수단의 적정성

한·중 국제결혼한 중국인이 결혼동거목적거주 사증발급을 신청하는 경우에 이 사건 결혼경위 등을 기재하도록 요구하는 것은, 첫째 전체 국내 외국인 불법체류자 중 중국인 불법체류자의 수가 절대다수를 차지하고 있고²⁾ 한·중 국제결혼이 한국입국 및 취업을 위한 편법으로 악용되고 있기 때문에 무차별적이고 불법적인 중국 인력의 국내유입을 방지해야 하는 외국인 입국심사의 기본목적에 달성하기 위한 조치이며, 둘째 위장결혼으로 입국하여 불법체류하는 중국인들이 많고 그로 인하여 많은 사회적·경제적 문제점을 야기하고 있으므로 위장 한·중 국제결혼을 방지하여 선의의 한국인들이 중국인 배우자와 국내에서 건전한 혼인관계를 유지할 수 있도록 보호하기 위한 목적이라고 할 수 있다.

그러므로 이러한 목적은 주권국가가 합리적인 출입국관리를 위하여 추구할 수 있는 정당한 목적이라고 할 수 있고, 또한 이 사건 결혼경위 등 기재요구 조치를 통하여 위와 같은 목적을 달성하는데 이바지할 것임은 분명하므로 그 수단의 적정성도 인정할 수 있다고 할 것이다.

(다) 목적과 수단 사이의 합리적 비례관계 여부

위와 같이 한·중 국제결혼이 한국입국 및 취업을 위한 편법으로 악용되는 것을 방지하고, 위장 한·중 국제결혼을 방지하여 선의의 한국인들이 중국인 배우자와 국내에서 건전한 혼인관계를 유지할 수 있도록 보호하기 위한 방법으로 이 사건 결혼경위 등의 기재를 요구하는 대신 호적등본, 결혼증서본, 신청인의 거민신분증 및 호구부 사본, 결혼공증서 사본 등 한국 및 중국의 공문서만을 요구하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다.

2) 2003. 2. 28. 현재 한국에 거주하는 불법체류 외국인 287,808명 중 중국인 불법체류자는 147,367명으로 국내 전체 불법체류자의 50% 이상을 차지하고 있다. 위 외교통상부장관의 의견서에 증제7호로 첨부된 「불법체류 다수국가현황」 참조.

그러나 과거에 비하여 많이 나아졌다고는 하나, 여전히 중국 관공서 명의로 발급되는 각종 공문서가 위조 또는 변조되는 경우가 많아 중국에서 발부되는 공문서만으로는 진실한 혼인임을 확인하는데 어려움이 있기 때문에 혼인의 진실성을 확인하기 위하여 이 사건 결혼경위 등의 기재를 요구하고 있다는 외교통상부의 입장은 충분히 납득할 수 있고, 그와 같은 판단이 합리적인 이유 없는 자의적인 것이라고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

또한 결혼동거목적거주 사증의 심사는 다른 목적의 사증심사와는 달리 위장 및 사기 결혼의 여부를 확인하는 것이 주 목적이고, 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 결혼경위 등의 기재서류가 없으면 혼인의 진실성을 확인하는 것이 사실상 어렵다는 점에서 이 사건 결혼경위 등 요구행위는 사증심사의 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 조치라고 보아야 할 것이고, 나아가 중국인 배우자와의 결혼에 이르게 된 경위나 교제경비 등의 사실관계를 기재하도록 요구한 행위가 중국인 배우자와 결혼하려는 한국인인 청구인에게 수인한도를 넘는 과도한 부담을 부과하거나 기본권의 본질적 부분을 침해하는 것이라고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

다. 평등원칙의 위반 여부

(1) 평등원칙의 내용

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75).

(2) 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위가 평등원칙에 위반되는지 여부

(가) 차별의 존재 여부

외교통상부장관이 인정한 사실에 의하면, 베트남인·몽골인·필리핀인이 한국인과 국제결혼을 하고 주재국 한국대사관에 결혼동거목적거주 사증을 신청하는 경우 첨부서류로 한국인 배우자가 “초청장”을 작성·제출해야 하나 중국인과 결혼하는 경우와는 달리 초청장에 교제경위, 교제경비내역 등을 기재하도록 요구하고 있지 않으며, 태국인이 위 사증을 신청하는 경우에는 한국

인 배우자에게 초청장을 작성·제출할 것을 요구하고 있지 않다. 다만, 필리핀인과 태국인이 소개인을 통하여 한국인과 결혼하고 위 사증을 신청하는 경우 소개인이 직접 작성한 확인서 및 신분증을 추가로 제출하도록 요구하고 있는데, 그 경우에는 중국인의 경우와 같다고 할 수 있다. 한편, 이들 모든 나라의 한국대사관에서는 주중 한국대사관의 경우와 같이 교체과정을 기재한 “결혼동거사증신청 첨부서류”를 첨부서류로서 작성·제출하도록 요구하고 있지 않다.³⁾ 따라서 청구인이 주장하는 바와 같은 차별의 존재는 이를 인정할 수 있다고 할 것이다.

(나) 차별의 합리성 여부

그러나 위와 같은 차별은 중국인들이 국내 불법체류자의 절대다수를 차지하는 상황에서 다른 외국인에 비하여 입국허가요건을 강화할 필요가 있다는 출입국관리정책에 기초한 차별로서 다음과 같은 이유로 합리적인 차별이라고 평가할 수 있다.

첫째, 법무부자료에 의하면 2003. 2. 28. 현재 한국에 거주하는 불법체류 외국인 287,808명 중 중국인 불법체류자는 147,367명으로 국내 전체 불법체류자의 50% 이상을 차지하고 있는데 반하여, 베트남인 불법체류자는 14,495명, 필리핀인 불법체류자는 18,010명, 태국인 불법체류자는 19,888명, 몽골인 불법체류자는 13,420명에 불과한 점에 비추어 볼 때,⁴⁾ 중국인에 대한 입국심사 강화의 필요성이 다른 외국인에 비하여 더욱 절실히 요청된다는 출입국관리 당국의 판단이 자의적이라고 볼 근거가 없다.

둘째, 중국인들 중 특히 조선족 중국인들의 경우 한·중 국제결혼을 통해 입국하는 경우 쌍방간의 의사가 존중되는 결혼의 특성상 상업목적 등의 여타 사증을 통한 방한(訪韓)보다 입국이 용이하다는 점 때문에 다른 외국인에 비하여 결혼동거목적거주 사증신청 건수가 월등히 많다. 즉, 위 법무부자료에 의하면 2002년 한 해 동안 주중 한국대사관 1곳에만 결혼동거목적거주 사증을 신청한 중국인(대부분 조선족 중국인)이 7,431명이이고, 기타 주중 총영사관에 신청한 것을 합치면 도합 7,659건인데 반하여, 주베트남 한국대사관에 신청된 건수는 63건, 주필리핀 한국대사관에 신청한 건수는 252건, 주태국 한국대사관에 신청한 건수는 185건, 주몽골 한국대사관에 신청한 건수는 248건에

3) 위 외교통상부장관의 의견서 14-15면 참조.

4) 위 「불법체류 다수국가현황」 참조.

불과한 실정이다.

이와 같이 다른 나라의 경우보다 중국인 배우자에 의한 결혼동거목적거주사증신청이 월등히 많은데다가 중국인 불법체류자의 비율이 다른 나라보다 압도적으로 많은 점, 그리고 중국의 관공서에서 위 사증신청을 위하여 발급하는 각종 공문서가 위조 또는 변조되는 사례가 많아 중국이 발행하는 공문서의 신뢰성이 높지 않아 동 공문서만으로는 진실한 혼인임을 확인하기 어려운 중국인 입국관리의 특성을 모두 고려하면, 피청구인이 다른 나라의 경우와는 달리 중국인 배우자에 의한 위 사증신청시 이 사건 결혼경위 등의 기재를 요구하는 행위는 그 차별에 합리성을 인정할 수 있다고 할 것이다.

라. 소 결

이상 살펴본 바와 같이 피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 법령에 근거한 행위로서 법률유보원칙에 어긋나지 아니하고, 과잉금지원칙에도 위배되지 않으며, 그 차별에 합리성을 인정할 수 있어 평등원칙에도 위반되지 않는다. 그러므로 비록 이로 말미암아 청구인이 주장하는바 기본권이 일부 제한되는 면이 있다 하더라도 이는 헌법상 정당화될 수 있고, 따라서 위헌적으로 청구인의 기본권을 침해한 것이라고 평가할 수는 없다고 할 것이다.

5. 결 론

이상과 같이 청구인의 이 사건 심판청구 중 “전화예약에 의한 사증신청접수일 지정행위”에 대한 부분은 헌법소원의 대상이 되는 공권력행사가 아닌 비권력적 사실행위에 대한 심판청구여서 부적법하고, “결혼경위 등 기재요구행위”에 대한 부분은 적법하나 그 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여재판관 전원의 의견일치에 따라 주문과 같이 결정한다.

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

형사소송법 제246조 등 위헌확인

(2005. 3. 31. 2004헌마436 전원재판부)

【판시사항】

1. 사인소추를 금지하고 있는 형사소송법 제246조의 규정에 의한 기본권 침해를 안 날을 “고소한 때”로 볼 것인지 여부(적극)
2. 기소편의주의를 규정한 형사소송법 제247조 제1항과 자기관련성 여부(소극)

【결정요지】

1. 형사소송법 제246조와 관련된 청구인의 주장을 보면 청구인이 직접 피고소인을 형사공판에 붙여 그를 처벌받게 하고 싶어도 국가의 기소독점으로 이것이 불가능하므로 부득이 수사기관에 고발하여 그 처벌을 요구한 것인데 검사가 불기소처분을 해버려 그 처벌이 불가능하게 되었으니 국가의 기소독점을 규정한 동법 제246조는 청구인의 재판청구권 등을 침해한 것에 해당한다는 것이다. 이러한 분석에 따르면 청구인은 소추권의 국가독점사실, 즉 법률에 의한 기본권침해사유의 발생을, 청구인이 피고소인을 고소한 때에 이미 알았다고 보아야 한다.

2. 기소편의주의를 규정한 형사소송법 제247조 제1항은 검사의 기소유예처분의 근거가 되는 규정이다. 그리고 이 사건에서 검사는 청구인에 대하여 기소유예처분을 한 것이 아니고 혐의없음의 불기소처분을 한 것이므로 이 조항은 검사의 이 사건 처분의 근거가 된 것이 아니고 따라서 청구인에게 구체적으로 그리고 현실적으로 그 권리나 법률상의 지위에 아무런 영향을 미칠 수가 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 부분 심판청구는 청구인에 대한 관계에서 기본권침해의 자기관련성이 없다.

재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견 [1.항 관련]

고소를 제기하는 범죄피해자의 인식의 내용을 들여다보면 “고소를 해

야 가해자에 대한 형사처벌절차가 시작될 수 있다.”라는 통상적인 관념에 따라 고소를 한 것에 불과한 경우도 있다. 이러한 사람들은 그 이상의 사실 즉 소추권이 국가에 독점되어 있어 사인(私人)의 지위에서는 직접 가해자를 형사공판절차에 불러내는 길이 막혀 있다는 것까지는 모르고 있는 것이다. 그렇다면 고소한 때를 청구기간의 기산점으로 삼는 다수의견은 옳지 않다. 그렇게 하는 것보다는 검사의 불기소처분을 안 때를, 만일 불기소처분에 대하여 항고 및 재항고를 한 때라면 그 절차의 종료로 안 때를, 기산점으로 삼는 것이 옳을 것이다.

일반 국민으로서는 법률의 존재와 문제점을 나름대로 어느 정도 파악하지 않고서는, 그러한 파악이 정당한 것이든 또는 부당한 것이든 간에, 법률에 대한 헌법재판을 청구하는 행위를 한다는 것은 있을 수 없는 일이고 따라서 일반 국민에게 그러한 행위에 나아올 것을 기대하는 것은 매우 부당한 것이다. 그러므로 고소인이, 검사는 더 이상 기소를 하지 않을 것이고 가해자의 처벌을 관철하기 위하여는 고소인 자신이 직접 기소를 하여야 하는데 막상 알고보니 이것은 법률에 의하여 봉쇄되어 있다는 사실을 절실하게 깨닫게 되는 것은, 검찰의 불기소 및 그에 대한 항고 및 재항고의 절차가 종료된 사실을 알게 되었을 때 비로소 가능하게 되는 경우가 적지 않을 것이므로, 이 때를 기본권침해사유의 발생을 안 때로 보아야 할 것이다.

【심판대상조문】

형사소송법 제246조(국가소추주의) 공소는 검사가 제기하여 수행한다.

형사소송법 제247조(기소편의주의와 공소불가분) ① 검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마896
헌재 2003. 10. 30. 2002헌마407등

【당 사 자】

청 구 인 강○성

【주 문】

이 사건 심판청구를 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2002. 10. 2. 청구의 유○진을 명예훼손혐의로, 2003. 7. 29. 청구의 유○진 등 4명을 업무상배임혐의 등으로 각 고소하였으나 서울중앙지방검찰청 검사는 2003. 12. 30. 및 2003. 10. 27. 위 고소사건들에 대하여 각 혐의없음의 불기소처분을 하였다. 청구인은 위 불기소처분들에 대하여 항고·재항고 하였으며 2004. 5. 10. 대검찰청으로부터 재항고기각 결정문을 송달받고 2004. 5. 27. 위 불기소처분들의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구(2004헌마437·438)하는 한편 위 헌법소원과 별도로 위 불기소처분의 법률적 근거인 형사소송법 제246조와 제247조 제1항이 헌법상 보장된 청구인의 재판청구권 등의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상인 형사소송법 제246조 및 제247조 제1항의 내용은 아래와 같다.

제246조(국가소추주의) 공소는 검사가 제기하여 수행한다.

제247조(기소편의주의와 공소불가분) ① 검사는 형법 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

2. 청구인의 주장요지

가. 형사소송법 제246조, 제247조 제1항은 사인소추를 금지하면서 오직 검사에게만 기소권한을 독점시키고 더 나아가 기소편의주의를 채택한 결과로 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원심판을 청구하고 이에 따라 헌법재판소가 불기소처분에 대하여 취소결정을 하더라도 바로 기소되는 것이 아니므로 부당하다.

나. 국민들이 범죄로 인하여 피해를 입었어도 검사가 자의적으로 이를 기소하지 아니하면 재판을 받을 수 없으므로 위 규정은 헌법상 보장된 재판절

차진술권과 재판청구권을 침해한다.

3. 형사소송법 제246조에 대한 판단

먼저 이 부분 청구가 청구기간을 준수한 것인지 여부에 대하여 직권으로 살펴본다.

헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 하고(헌법재판소법 제69조 제1항) 법률이 시행된 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에(헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141, 153), 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에(헌재 1998. 7. 16. 95헌바19등, 판례집 10-2, 89, 101) 헌법소원을 청구하여야 한다.

이 사건에서 청구인의 주장을 분석하여 보면 청구인이 직접 피고소인을 형사공판에 붙여 그를 처벌받게 하고 싶어도 국가의 기소독점으로 이것이 불가능하므로 부득이 수사기관에 고발하여 그 처벌을 요구한 것인데 검사가 불기소처분을 해버려 그 처벌이 불가능하게 되었으니 국가의 기소독점을 규정한 형사소송법 제246조는 청구인의 재판청구권 등을 침해한 것에 해당한다는 것이다.

이러한 분석에 따른다면 청구인은 소추권의 국가독점사실, 즉 법률에 의한 기본권침해사유의 발생을, 청구인이 피고소인을 고소한 때에 이미 알았다고 보아야 한다(헌재 2002. 5. 30. 2001헌마896 및 2003. 10. 30. 2002헌마407등 참조).

그렇다면 청구인이 고소를 한 2002. 10. 2. 및 2003. 7. 29.로부터 90일이 지난 후임이 명백한 2004. 5. 27.에 제기된 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항 소정의 청구기간 90일을 초과하여 제기된 부적법한 것이므로 이를 각하하여야 할 것이다.

4. 형사소송법 제247조 제1항에 대한 판단

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권을 현재 그리고 직접적으로 침해받고 있는 자라야 이를 청구할 수 있다.

그런데 형사소송법 제247조 제1항은 이른바 기소편의주의를 규정한 조항으로서 검사의 기소유예처분의 근거가 되는 규정이다. 그리고 이 사건에서 검사는 기소유예처분을 한 것이 아니고 혐의없음의 불기소처분을 한 것이다. 그러

므로 이 조항은 검사의 이 사건 처분의 근거가 된 것이 아니고 따라서 청구인에게 구체적으로 그리고 현실적으로 그 권리나 법률상의 지위에 아무런 영향을 미칠 수가 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 부분 심판청구는 청구인에 대한 관계에서 기본권침해의 자기관련성이 없어 부적법하므로 이를 각하하여야 할 것이다.

5. 결 론

위와 같은 이유로 이 사건 심판청구는 부적법하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 형사소송법 제246조에 대한 청구 부분에 관하여 아래 6.과 같은 재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 의견이 일치된다.

6. 형사소송법 제246조 부분에 관한 재판관 권 성, 재판관 이상경의 반대의견

다수의견은 형사소송법 제246조에 의한 국가의 기소독점사실을 청구인이 고소를 한 때에 이미 알았다고 보아야 한다고 판단하고 있다.

그러나 고소를 제기하는 범죄피해자의 인식의 내용을 들여다보면 “고소를 해야 가해자에 대한 형사처벌절차가 시작될 수 있다.”라는 통상적인 관념에 따라 고소를 한 것에 불과한 경우도 있다. 이러한 사람들은 그 이상의 사실 즉 소추권이 국가에 독점되어 있어 사인(私人)의 지위에서는 직접 가해자를 형사공판절차에 불러내는 길이 막혀 있다는 것까지는 모르고 있는 것이다. 물론 국가의 소추권독점사실을 알고 있는 상황에서 고소를 제기하는 사람도 있을 것이지만 그런 것까지는 모르면서 고소를 하는 경우도 실제로는 있는 것이다. 후자의 경우가 이를 무시하여도 좋을 만큼 극히 소수라고 단정할 근거는 없다. 오히려 상당수의 고소인들이 검사의 불기소처분을 접하고 나서야 가해자의 처벌에 대한 기대가 무산되어 당황한 나머지 자신이 직접 가해자의 처벌을 법원에 요구하여 재판이 열리도록 하는 방법은 없을까 하고 방법을 찾다가 비로소 형사소송법 제246조가 국가에게 소추권을 독점시킨 사실을 알게 되는 경우도 실제로는 있는 것이다.

그러므로 다수의견이 청구인과 같은 고소인들이 고소를 한 때에 그들은 이미 국가의 소추권독점사실을 알고 있었다고 보아야 한다고 일반적인 단정을 한 것이라면 이러한 단정은 실제와 맞지 아니하여 부당하다. 만일 일반적인 단정에 따른 것이 아니라면 그렇게 사실인정을 할만한 구체적인 자료들이 있어야 할 것인바 이 사건에서는 그와 같은 자료들을 찾아 볼 수 없다.

그렇다면 고소한 때를 청구기간의 기산점으로 삼는 것은 옳지 않다. 그렇게 하는 것보다는 검사의 불기소처분을 안 때를, 만일 불기소처분에 대하여 항고 및 재항고를 한 때라면 그 절차의 종료를 안 때를, 기산점으로 삼는 것이 옳을 것이다.

일반 국민으로서 법률의 존재와 문제점을 나름대로 어느 정도 파악하지 않고서는, 그러한 파악이 정당한 것이든 또는 부당한 것이든 간에, 법률에 대한 헌법재판을 청구하는 행위를 한다는 것은 있을 수 없는 일이고 따라서 일반 국민에게 그러한 행위에 나아올 것을 기대하는 것은 매우 부당한 것이다. 그러므로 고소인이, 검사는 더 이상 기소를 하지 않을 것이고 가해자의 처벌을 관철하기 위하여는 고소인 자신이 직접 기소를 하여야 하는데 막상 알고 보니 이것은 법률에 의하여 봉쇄되어 있다는 사실을 절실하게 깨닫게 되는 것은, 검찰의 불기소 및 그에 대한 항고 및 재항고의 절차가 종료된 사실을 알게 되었을 때 비로소 가능하게 되는 경우가 적지 않을 것이므로, 이 때를 기본권침해사유의 발생을 안 때로 보아야 할 것이다.

이렇게 이해하는 것이, 문제가 있는 법률로 말미암아 기본권을 침해당한 국민들에게 헌법재판에 호소할 기회를 좀더 확실하게 보장하는 길이 될 것이다.

그렇다면 이 사건의 경우 청구인은 2004. 5. 10. 대검찰청으로부터 재항고기각 결정문을 송달받고 그로부터 90일 이내인 2004. 5. 27. 헌법소원심판을 청구하였으므로 청구기간을 준수한 것이고 따라서 본안에 들어가, 전혀 예외를 허용함이 없이, 모든 범죄에 대하여, 모든 사람에게, 모든 경우에, 일률적으로 사인소추를 금지하는 형사소송법 제246조의 위헌성을 심사하여야 할 것이다.

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

공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제9조 제3항 위헌제청

(2005. 4. 28. 2002헌가25 전원재판부)

【판시사항】

1. 환매대상 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때에 협의 혹은 관할 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 규정한 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(2002. 2. 4. 법률 제 6656호로 제정된 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 부칙 제2조에 의하여 2003. 1. 1.자로 폐지되기 전의 것, 이하 ‘공특법’이라 한다) 제9조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 입법목적

2. 이 사건 법률조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 재산권을 침해하는지 여부(소극)

4. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

5. 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 환매권 행사 당시의 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 상승한 경우 취득시에 지급한 보상금의 상당금액을 환매가격으로 인정하게 되면 지가 상승으로 인한 이익을 모두 원래의 소유자에게 귀속시키는 결과가 되기 때문에, 공특법은 원래의 소유자로 하여금 개발이익을 누리지 못하도록 하기 위하여 이 사건 법률조항을 두게 되었다.

2. 이 사건 법률조항에서 “환매금액에 대한 협의가 성립되지 아니할 경우의 토지수용위원회에 대한 재결신청절차”에 관한 사항에 대하여는 대통령령에서 정하도록 위임하였으나, “토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때”에 관한 사항에 대하여는 그러한 위임을 하였다고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항이 명확

성의 원칙에 위반되는지는 별론으로 하더라도 포괄위임금지의 원칙 또는 위임입법의 한계에 관한 원칙은 적용될 여지가 없다.

3. 개발이익은 원소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생하는 것이 아니라 공공사업의 시행으로 인하여 비로소 발생하는 것으로서 환매 대상 토지가 협의취득 당시에 갖고 있는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수 없으므로, 환매가격을 정함에 있어서 통상적인 지가상승분을 초과하는 개발이익을 환매권자에게 귀속시키지 않는다고 하여 이 사건 법률조항이 환매권자의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 공공사업의 시행으로 발생하는 개발이익은 그 비용의 부담자인 사업시행자를 통하여 궁극적으로는 공익에 귀속되어야 할 것이지 특정의 토지소유자에게 귀속될 성질의 것이 아니어서 환매권자에게 이를 보장해줄 수는 없으며, 비록 수용되지 아니한 인근 토지소유자들이 간접적, 반사적으로 개발이익을 누리고 있다 하더라도 이를 대비하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 또 이 사건 법률조항이 환매가격에 대하여 징발재산정리에관한특별조치법(국가가 매수한 당시의 가격에 증권발행연도부터 환매연도까지 연 5푼의 이자를 가산한 금액, 제20조 제1항), 임대주택법(토지의 매각 또는 공급가격에 환매시까지의 법정이자를 가산한 금액, 제8조 제1항)과 달리 규정하고 있더라도, 이러한 법률들과는 입법목적 등을 달리하는 것이므로 평등의 원칙에 위반되지 않는다.

5. 이 사건 법률조항의 입법목적, 관련법규정 등을 종합적으로 고려하면, 공공사업의 시행으로 인한 개발이익을 환매권자에게 귀속시키지 않을 것임을 충분히 예측할 수 있고, 또 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경된 경우 환매권자가 수령한 보상금 외에 추가로 상당한 액수의 환매대금을 지급하여야 하는 것은 본질적으로 사업시행자의 투자에 의해 조성된 개발이익에 대한 대가적 관계에 있는 것으로서 국민의 기본권 제한에 직접 관련되는 사항이라거나 혹은 고유한 의미의 추가적 부담이라고 보기 어려우므로, 처벌법규, 조세법규, 그 밖에 일반적으로 부담적 성격을 가지는 규정과는 기본권 제한의 정도에서 상당한 차이가 있어 이에 대한 명확성의 원칙도 다소 완화되어 적용될 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항은 일반 국민을 직접 대상으로 하는 규정이라기 보다는 일정한 환매권자

에게 적용되는 규정으로서 이들은 누구보다도 당해 사업의 시행에 따른 개발이익의 발생 여부와 그 사업의 진전상황 등을 잘 파악하고 있어서 이에 따른 법적 안정성을 크게 훼손하리라고는 보여 지지 않고, 또 그 규율 내용도 통상적인 지가상승분을 초과하는 개발이익의 한도 내에서 환매가격을 정하는 문제에 불과하여 법 집행 당국의 자의적인 집행의 우려가 크다고 할 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

【심판대상조문】

구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 부칙 제2조에 의하여 2003. 1. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제9조(환매권) ①, ② 생략

③ 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때에 사업시행자 또는 환매권자는 그 금액에 대하여 협의를 하여야 하며, 그 협의가 성립되지 아니할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 토지 등의 소재지를 관할하는 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

④, ⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제23조, 제75조

구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 부칙 제2조에 의하여 2003. 1. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제9조(환매권) ① 토지 등의 취득일부터 10년 이내에 당해공공사업의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 필요없게 되었을 때에는 취득 당시의 토지 등의 소유자 또는 그 포괄승계인(이하 “환매권자”라 한다)은 필요없게 된 때로부터 1년 또는 취득일부터 10년 이내에 토지 등에 대하여 지급한 보상금의 상당금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지등을 매수할 수 있다.

②~⑤ 생략

구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행령 제7조(환매권의 행사 등) ① 법 제9조 제3항에서 “토지 등의 가격이 취득당시에 비하여 현저히 변동되었을 때”라 함은 환매권 행사당시 토지 등의 가격이 지급한 보상금에 환매당시까지의 당해 사업과 관계없는 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액보다 초과되는 경우를 말한다.

②, ③ 생략

【참조판례】

2. 헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 167

헌재 2005. 4. 28. 2002헌가25

- 3. 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 190
- 4. 헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 196-197
- 5. 헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16
헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 170
헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 11
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16
헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 190-191
헌재 1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533
헌재 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721, 729-730
대법원 1991. 10. 11. 선고 90누5443 판결(공 1991하, 2735)

【당 사 자】

제 청 법 원 서울중앙지방법원

제청신청인 김○옥 외 3인

대리인 변호사 윤병호

당해사건 서울중앙지방법원 2000나82721 소유권이전등기

【주 문】

구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법을 부칙 제2조에 의하여 2003. 1. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제9조 제3항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 망 노○영은 분할 전 경기 남양주군 ○○읍 ○○리 403의 2 입야 661평을 소유하고 있었는데, 1986.경 대한민국 산하 서울지방국토관리청이 경춘국도 확장을 위한 도로로 사용하기 위하여 노○영으로부터 위 부동산의 일부를 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률이 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행되면서 위 법률은 폐지되었다. 이하 ‘공특법’이라 한다)에 따라 협의매수한 후 매수대금으로 1986. 4. 7. 금 1,758,120원, 1986. 12. 31. 금 2,271,680원을 각 지

급하였다.

(2) 위 부동산 중 일부는 1986. 3. 21. 경기 남양주군 ○○읍 ○○리 403의 3 임야 106㎡로 분할되었다가 지목이 도로로 변경된 후, 1990. 3. 13. 대한민국 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌으며, 나머지 부분은 1986. 11. 3. 경기 남양주군 ○○읍 ○○리 403의 5 임야 1,168㎡(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)로 분할되었다가 같은 날 대한민국 앞으로 소유권이전등기가 마쳐졌다.

(3) 서울지방국토관리청이 이 사건 부동산에 도로개설공사를 시행한 결과 이 사건 부동산 중 158㎡는 아스팔트 포장도로가 되고, 28㎡는 철근콘크리트 배수로가 되었으며, 390㎡는 위 부분의 안전한 사용을 위하여 절개된 다음 수목이 식재되었으나, 나머지 592㎡는 임야인 상태로 남아있다.

(4) 노○영이 1987. 11. 9. 사망하자 그의 처와 자녀들인 제청신청인들이 노○영의 재산을 공동으로 상속하였고, 한편, 대한민국은 1994. 3. 10. 이 사건 부동산을 택지개발예정지구로 지정고시하였다.

(5) 택지개발예정지구 지정고시로 인하여 위 592㎡ 부분이 당해 공공사업에 필요 없게 됨으로써 제청신청인들은 환매권을 취득하였으나, 대한민국이 환매권 발생사실을 통지하지 않아 공특법 제9조 제1항이 정한 환매권 행사기간이 도과함으로써 제청신청인들은 환매권을 상실하는 손해를 입게 되었다. 위 당해사건의 제1심과 환송 전 항소심은 제청신청인들의 환매권 상실로 인한 손해를 환매권 상실 당시 위 592㎡ 부분의 시가에서 노○영이 수령한 보상금 중 위 부분에 해당하는 금액을 공제한 금액으로 보고 대한민국에 대하여 위 금액의 지급을 명하였다.

(6) 그런데 대한민국이 상고하여 상고심 계속 중, 대법원은 2000. 11. 14. 선고 99다45864 판결에서 공특법 제9조 제1항·제3항, 공특법시행령 제7조 제1항·제3항의 규정을 종합하여 해석하면, 환매권 행사요건으로서의 ‘보상금 상당금액’과 환매권자가 지급하여야 할 환매가격이 반드시 일치하는 것은 아니라는 전제에서, 환매권 행사 당시의 환매토지 가격이 위 보상금에 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액을 초과한 때에는 당사자 간에 협의가 성립되거나 토지사용위원회의 제결로 금액이 확정되지 않는 한 환매 당시의 감정평가금액에서 위 보상금에 인근 유사토지의 지가상승률을 곱한 금액을 공제한 금액(환매 당시의 감정평가금액 - 보상금 × 지가상승률)이 환매가격이 되는 것이므로, 손해배상액은 위 보상금에 인근 유사토지의 지가상승률을 곱한 금액이 손해가 된다고 판시하면서, 인근 유사토지의 지가변동률을 심리하여 판단

하라는 취지로 원심을 파기하였다.

(7) 그러자 제청신청인들은 위 대법원 해석의 근거가 된 공특법 제9조 제3항, 공특법시행령 제7조 제1항이 위헌이라고 주장하면서 제청법원에 위헌제청신청을 하였는데, 제청법원은 2002. 10. 25. 공특법시행령 제7조 제1항에 대한 위헌제청신청 부분은 각하하고 공특법 제9조 제3항에 대한 위헌제청신청 부분은 받아들여 위헌심판제청결정을 하였다.

나. 심판의 대상

따라서 이 사건의 심판대상은 공특법 제9조 제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며 심판대상조항 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

공특법 제9조(환매권) ③ 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때에 사업시행자 또는 환매권자는 그 금액에 대하여 협의를 하여야 하며, 그 협의가 성립되지 아니할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 토지 등의 소재지를 관할하는 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

(2) 관련규정

공특법 제9조(환매권) ① 토지 등의 취득일부터 10년 이내에 당해 공공사업의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 취득한 토지 등의 전부 또는 일부가 필요없게 되었을 때에는 취득 당시의 토지 등의 소유자 또는 그 포괄승계인(이하 “환매권자”라 한다)은 필요없게 된 때로부터 1년 또는 취득일부터 10년 이내에 토지 등에 대하여 지급한 보상금의 상당금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지 등을 매수할 수 있다.

② 제1항의 규정은 취득일부터 5년을 경과하여도 취득한 토지 등의 전부를 공공사업에 이용하지 아니하였을 때에 이를 준용하며, 이 경우의 환매권은 취득일부터 6년 이내에 이를 행사하여야 한다.

④ 이 조에 의한 환매권은 부동산등기법이 정하는 바에 의하여 등기가 되었을 때에는 제3자에게 대항할 수 있다.

⑤ 토지수용법 제72조의 규정은 제1항 및 제2항의 규정에 의한 환매권에 대하여 이를 준용한다.

공특법시행령 제7조(환매권의 행사 등) ① 법 제9조 제3항에서 “토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변동되었을 때”라 함은 환매권 행사 당시 토지 등의 가격이 지급한 보상금에 환매 당시까지의 당해 사업과 관계없는

인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액보다 초과되는 경우를 말한다.

② 법 제9조 제3항의 규정에 의하여 환매금액에 대한 협의가 성립되지 아니한 경우의 재결신청에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 신청자의 주소·성명 또는 명칭
2. 상대방의 주소·성명 또는 명칭
3. 토지의 지번·지목·지적
4. 환매대상토지에 지급 또는 수령한 보상금액
5. 보상금의 지급 또는 수령연월일
6. 사업시행자의 제시액 및 환매권자의 제시액
7. 환매권 발생사유
8. 협의가 성립되지 아니한 사유

③ 토지수용법 제29조 제2항·제29조의2·제29조의3·제35조 내지 제43조·제58조 내지 제60조 및 제73조 내지 제75조의2의 규정은 제1항의 규정에 의한 재결절차·관할·수수료 및 재결의 효력 등에 관하여 이를 준용한다.

구 토지수용법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률이 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행되면서 위 법률은 폐지되었다. 이하 ‘토지수용법’이라 한다)

제71조(환매권) ① 사업인정 후 협의취득일 또는 수용일로부터 10년 이내에 사업의 폐지·변경 기타의 사유로 인하여 수용한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 때에는 그 협의취득일 또는 수용 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인(이하 “환매권자”라 한다)은 그 필요없게 된 때로부터 1년, 그 협의취득일 또는 수용일로부터 10년 이내에 당해 토지 및 토지에 관한 소유권 이외의 권리에 대하여 지급받은 보상금에 상당한 금액을 기업자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.

② 제1항의 규정은 사업인정 후 협의취득일 또는 수용일로부터 5년을 경과하여도 수용한 토지의 전부를 사업에 이용하지 아니하였을 때에 이를 준용한다.

③, ④ 생략

⑤ 토지의 가격이 수용 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때에는 기업자 또는 환매권자는 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다.

⑥, ⑦ 생략

제72조(환매권의 소멸) ① 제71조 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 환매할

토지가 생겼을 때에는 기업자는 지체 없이 이를 환매권자에게 통지하여야 한다. 다만, 기업자가 과실 없이 환매권자를 알 수 없을 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 공고하여야 한다.

② 생략

2. 제청법원의 위헌심판제청이유 및 관계기관의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청이유

(1) 포괄위임금지의 원칙 위반

이 사건 법률조항은 환매가격을 결정하는 지침이 되는 규정이므로 가능한 구체적이고 명확하게 규정하여야 함에도 불구하고, 막연히 ‘토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때’라고만 규정할 뿐 나머지 사항을 대통령령에 위임함으로써 결국 ‘현저히 변경되었을 때’의 의미에 관하여 공특법시행령 제7조 제1항이 위와 같이 규정하고, 대법원도 위와 같이 해석하여 위 규정의 적용범위나 내용을 확정하고 있으므로, 위임입법의 한계를 일탈하였다.

(2) 재산권보장의 원칙 위반

이 사건 법률조항과 공특법시행령 제7조 제1항은 위와 같은 대법원 해석의 바탕이 되고 그 해석에 의하여 환매권 상실로 인한 손해배상금을 산정함에 있어서의 적용범위와 내용 등이 구체화되었다고 할 것인데, 그 내용을 보면, 토지 등의 소유자는 협의취득시에는 공시지가를 기준으로 결정된 보상금을 지급받는 반면에 환매시에는 감정평가금액에서 공시지가에 의하여 산정된 보상금에 지가상승률을 곱한 금액을 공제한 금액을 환매가격으로 지급하여야 한다는 것인바, 통상 공시지가와 실제의 감정평가금액 사이에는 상당한 차이가 있어 토지의 존속보장 및 토지의 교환가치를 보장하지 않아 그 재산가치를 형해화시키는 결과를 초래하게 된다.

(3) 평등의 원칙 위반

대법원의 위와 같은 해석에 의하면 이 사건 법률조항과 공특법시행령 제7조 제1항은 개발이익을 사업시행자에게 귀속시키게 된다. 이는 만약 처음부터 환매대상 토지가 협의취득 대상에서 제외되고 꼭 필요한 부분만큼만 협의취득되었다라면 환매권자는 당연히 지가상승으로 인한 이익뿐만 아니라 개발이익까지도 누릴 수 있었음에도 협의취득과 환매로 인하여 이를 박탈당하게 된다는 측면에서 이를 그대로 누리게 되는 인근 토지소유자들에 비하여 합리적인 이유 없이 차별을 받는다.

또한, 환매가격에 대하여, 징발재산정리에관한특별조치법은 국가가 매수한 당시의 가격에 증권의 발행연도부터 환매연도까지 연 5푼의 이자를 가산한 금액으로(제20조 제1항), 임대주택법은 토지의 매각 또는 공급가격에 환매시까지의 법정이자를 가산한 금액으로(제8조 제1항) 규정하고 있는데, 이러한 관련법규정들과 비교해 보아도 이 사건 법률조항에서만 차등을 두어야 할 합리적인 이유가 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위반된다.

나. 서울지방국토관리청장의 의견

(1) 재산권보장의 원칙 위반 여부

협의취득시 보상금의 산정과 환매시 감정평가금액의 산정은 모두 공특법, 지가공시및토지등의평가에관한법률 등 관계법령에 따라 대상토지와 비교성이 있는 표준지의 공시지가를 기준으로 제반 가격형성요인 등을 종합적으로 감안하여 평가하고 있으므로, 양자의 산정기준은 실제로 동일하다.

따라서 협의취득시의 보상금과 환매시의 감정평가금액 사이에 상당한 차이가 있는 것은 아니며, 환매시의 감정평가금액이 보상금에 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액보다 적거나 같을 때에는 토지 등의 가격이 현저히 변경되지 않은 것으로 보아 지급한 보상금액을 환매가격으로 결정하고 있어 오히려 토지가격의 통상적인 지가상승분을 당초 토지소유자에게 귀속시키고 있으므로 이 사건 법률조항이 재산권보장의 원칙에 위반되는 것은 아니다.

(2) 평등의 원칙 위반 여부

공익사업의 시행으로 인하여 발생하는 개발이익은 성질상 그 비용의 부담자인 사업시행자를 통하여 궁극적으로는 국민 모두에게 귀속되어야 할 것으로서 특정의 토지소유자에게 귀속될 성질의 것이 아니므로 환매권자에게 개발이익까지 보장해줄 수는 없고, 인근 토지소유자들이 간접적으로 개발이익을 누리고 있다고 하더라도 이를 비교하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

다. 건설교통부장관의 의견

(1) 재판의 전제성

당해사건에서 문제된 사업은 도로법에 의한 도로구역의 결정고시가 있는 사업으로서 도로법 제49조의2 제2항의 규정에 따라 토지수용법에 의한 사업 인정 및 사업인정고시로 보게 되므로 환매권의 행사나 환매가격의 산정, 나아가 환매권상실로 인한 손해배상액의 산정 등에 있어서도 토지수용법 제71조

와 제72조의 규정을 적용하여야 할 것이어서 이 사건 법률조항은 당해사건 재판의 전제가 되지 않는다.

(2) 포괄위임금지의 원칙 위반 여부

공특법시행령 제7조 제1항은 이 사건 법률조항의 시행에 필요한 사항에 관한 규정이거나 이를 보충·해석하는 규정으로서 위임입법의 한계를 벗어나는 것이 아니고, 또 이 사건 법률조항의 취지를 반영하여 인근 유사토지의 지가 상승률과 비교하여 토지 등의 가격이 현저히 변경된 경우를 판단하도록 규정하고 있으므로, 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 않는다.

(3) 재산권보장의 원칙 위반 여부

위 나. (1)항 기재 서울지방국토관리청장의 의견과 대체로 같다.

(4) 평등의 원칙 위반 여부

위 나. (2)항 기재 서울지방국토관리청장의 의견과 대체로 같다.

나아가 이 사건 법률조항이 환매가격에 대하여 정발재산정리에 관한 특별조치법이나 임대주택법 등과 달리 규정하고 있는 것은 당해 법률의 입법취지와 목적 등이 서로 다른 데에 기인하는 것이므로 이를 일률적으로 판단할 수는 없다.

3. 적법요건(재판의 전제성)에 대한 판단

이 사건 법률조항은 당해사건인 서울중앙지방법원 2000나82721호 소유권이 전등기 청구사건에서 환매가격 산정의 기준과 절차의 근거가 된 법 조항으로서, 그 재판에 적용되는 것일 뿐만 아니라 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이나 결론이 달라지는 경우에 해당하므로, 이 사건 법률조항의 위헌 여부는 당해사건 재판의 전제가 된다.

건설교통부장관은, 당해사건에서 문제된 사업은 도로법에 의한 도로구역의 결정고시가 있는 사업으로서 환매권상실로 인한 손해배상액의 산정에 있어서도 토지수용법 제71조와 제72조의 규정을 적용하여야 할 것이어서 이 사건 법률조항은 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 주장한다. 그러나 당해사건에서는 대한민국이 이미 1986. 10. 10. 이 사건 부동산으로 분할되기 전의 경기 남양주군 ○○읍 ○○리 403의 2 입야 661평 중 일부를 공특법에 따라 협의취득한 사실이 분명하므로, 이와 다른 전제에 선 위 주장은 받아들이지 아니한다.

4. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

가. 이 사건 법률조항의 입법목적

환매는 당사자 사이의 협의를 전제로 하지만 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저하게 변경된 경우 협의의 성립을 쉽게 기대할 수 없는 경우가 많다. 이 사건 법률조항은 이러한 경우 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 규정함으로써 이 문제를 해결하고 있다.

환매권 행사 당시의 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 하락한 경우보다는 상승한 경우가 대부분일 것이고, 이러한 경우 취득시에 지급한 보상금의 상당금액을 환매가격으로 인정하게 되면 지가 등의 상승으로 인한 이익을 모두 원래의 소유자에게 귀속시키는 결과가 되기 때문에 공특법은 원래의 소유자로 하여금 개발이익을 누리지 못하도록 하기 위하여 이 사건 법률조항을 두게 된 것이다.

나. 이 사건 법률조항 및 관련법규정의 주요연혁

1962. 1. 15. 법률 제965호로 제정된 토지수용법은 제71조 제5항에서 “토지의 가격이 수용 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때에는 기업자 또는 환매권자는 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 이 사건 법률조항과 유사한 내용으로 규율하고 있다. 다만 환매금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다는 점에서, 당사자 사이에 환매금액에 대하여 협의가 성립되지 아니할 때 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항과 차이가 있다.

한편, 수용 전 협의에 의한 토지 등의 임의취득을 목적으로 하는 공특법과 사업인정 후 수용절차에 의한 토지 등의 강제취득을 목적으로 하는 토지수용법을 단일화 한 ‘공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률’이 2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행되고 있는바, 이 법 제91조 제4항 역시 “토지의 가격이 취득일 당시에 비하여 현저히 변동된 경우 사업시행자 및 환매권자는 환매금액에 대하여 서로 협의하되, 협의가 성립되지 아니할 때에는 그 금액의 증감을 법원에 청구할 수 있다”고 규정함으로써 종전에 토지수용법에서는 법원이, 공특법에서는 토지수용위원회가 재결로 결정하던 것을 협의취득이나 수용의 경우 모두 법원이 결정하도록 일원화하였다.

다. 포괄위임금지의 원칙 위반 여부

이 사건 법률조항은 문언의 형식과 내용에 비추어 볼 때 ‘환매금액에 대한 협의가 성립되지 아니할 경우의 토지수용위원회에 대한 재결신청절차’에 관한 사항에 대하여는 이를 대통령령에서 정하도록 위임하였으나, ‘토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때’에 관한 사항에 대하여는

그러한 위임을 하였다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 위반되는지는 별론으로 하더라도 포괄위임금지의 원칙 또는 위임입법의 한계에 관한 원칙은 적용될 여지가 없다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 167 참조).

라. 재산권 침해 여부

먼저 환매권 행사 당시의 감정평가금액 역시 협의취득을 위한 보상금 산정시와 마찬가지로 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 표준지의 공시지가를 기준으로 평가하고 있으므로(제9조, 제21조 내지 제23조 등 참조), 협의취득시 토지에 대한 보상금 결정기준과 환매시의 환매가격 결정기준이 다르다고 볼 수 없다.

또한, 공익사업의 시행으로 인하여 지가가 상승함으로써 발생하는 개발이익은 사업시행자의 투자에 의하여 발생하는 것으로서 원소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생하는 것이 아니므로, 이러한 개발이익은 원소유자에게 귀속되어야 할 성질의 것이 아니고 오히려 투자자인 사업시행자 또는 궁극적으로는 국민 모두에게 귀속되어야 할 성질의 것이며, 개발이익은 공공사업의 시행으로 인하여 비로소 발생하는 것이므로 그것이 환매대상토지가 협의취득 당시 갖는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수도 없다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마 107, 판례집 2, 178, 190 참조).

나아가 환매 당시의 감정평가금액에서 공특별시행령 제7조 제1항에 의하여 지급받은 보상금에 인근 유사토지의 지가상승률을 곱한 금액을 공제한 금액(환매 당시의 감정평가금액 - 보상금 × 지가상승률)이 환매가격이 되는 것이므로, 이를 통하여 인근 유사토지의 지가상승률에 해당하는 지가상승분, 즉 통상적인 지가상승의 이익은 여전히 환매권자에게 귀속된다.

그렇다면 위와 같은 점들을 고려해 볼 때, 환매가격을 정함에 있어서 통상적인 지가상승분을 초과하는 개발이익을 환매권자에게 귀속시키지 않는다고 하여 이 사건 법률조항이 환매권자의 재산권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.

마. 평등의 원칙 위반 여부

(1) 환매대상 토지소유자와 인근 토지소유자의 비교

앞서 본 바와 같이 공익사업에 의하여 발생한 개발이익은 성질상 그 비용의 부담자인 사업시행자를 통하여 궁극적으로는 공익에 귀속되어야 할 것이 특정의 토지소유자에게 귀속될 성질의 것이 아니어서 환매권자에게 개발

이익까지 보장해줄 수는 없으므로, 비록 수용되지 아니한 인근 토지소유자들이 간접적, 반사적으로 개발이익을 누리고 있다고 하더라도 이를 대비하여 평등의 원칙에 위배된다고 볼 수는 없다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 196-197 참조).

(2) 징발재산정리에관한특별조치법(이하 '징특법'이라 한다) 및 임대주택법이 규정한 환매가격과의 비교

환매가격에 대하여, 징특법은 국가가 매수한 당시의 가격에 증권의 발행연도부터 환매연도까지 연 5푼의 이자를 가산한 금액으로(제20조 제1항), 임대주택법은 토지의 매각 또는 공급가격에 환매시까지의 법정이자를 가산한 금액으로(제8조 제1항) 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항의 적용을 받는 자들이 합리적 이유 없이 차별을 받는다고 볼 여지가 있다.

징특법은 전시·사변 또는 이에 준하는 비상사태하에서 군작전수행의 필요에 의하여 징발된 재산의 매수보상 및 징발해제를 하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하는 법률로서(제1조), 환매권은 징발재산의 전부 또는 일부가 군사상 필요 없게 된 때에 발생한다(제20조 제1항). 이와 같이 징특법은 공특법과 입법목적을 달리할 뿐만 아니라 징발로 인하여 개발이익이 발생하리라고 기대하기는 매우 어려우므로 징특법의 적용을 받는 자들과 이 사건 법률조항의 적용을 받는 자들을 동질의 비교집단으로 삼을 수는 없다.

나아가 임대주택법에 의한 환매권은 국가·지방자치단체 또는 정부투자기관으로부터 택지를 매수하거나 공급받은 건설임대사업자가 택지를 취득한 날로부터 2년 이내에 임대주택을 건설하지 않은 경우에 발생한다(제8조 제1항). 이는 임대주택법상의 의무를 이행하지 않은 건설임대사업자에게 개발이익을 귀속시키는 것이 부당하다는 입법자의 의사가 담겨있는 내용으로서 그 취지와 목적이 이 사건 법률조항과는 상이하므로, 임대주택법의 적용을 받는 자들과 이 사건 법률조항의 적용을 받는 자들도 마찬가지로 동질의 비교집단으로 삼을 수는 없다.

(3) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항은 평등의 원칙에 위반되지 않는다.

바. 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 명확성의 원칙

명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다. 법규범의 의미내용이 불확

실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 한다(헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9, 판례집 13-2, 491, 498; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

그러나 명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다. 이를테면 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률, 조세법률주의가 적용되는 조세관련 법률, 그 밖에 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다는 것은 우리 재판소가 여러 차례 그 입장을 밝힌 바 있다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바90, 판례집 13-2, 158, 170; 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 11; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조).

(2) 판 단

이 사건 법률조항은 ‘토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때’라고만 규정하여 ‘현저히 변경되었을 때’의 구체적인 내용이나 범위를 전혀 밝히지 않고 있다. 이러한 불확정개념은 행정청에게 자의적 재량을 부여할 여지가 있다는 점에서 입법자에 의한 사용이 가능한 한 억제되어야 할 것이다.

그러나 이 사건 법률조항의 입법취지와 관련법규정 등을 종합적으로 고려해 보면 통상적인 지가의 상승분을 제외한 개발이익을 환매권자가 아닌 사업시행자에게 귀속시키는 한도 안에서 ‘현저히 변경되었을 때’의 의미가 확정될 것임을 알 수 있다.

먼저 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 ‘현저히 변경되었을 때’라는 개념에 관하여 볼 때 ‘현저히’라는 말은 ‘드러나서 두드러지게’, ‘두드러져서 분명하게’ 내지 ‘뚜렷이 드러나게’ 등의 사전적 의미를 가지고 있으며 일상생활에서도 그러한 의미로 사용되고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항을 일반인의 관점에서 보았을 때에 비록 그 구체적인 내용과 범위가 드러나지는 않는다고 해도 통상적인 지가의 상승분을 넘은 경우가 ‘현저히 변경되었을 때’에 해당한다고 예측할 수 있다.

다음으로 관련법규정의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

공특법은 보상액을 산정함에 있어서 현실적인 토지가격(시장가격)이 아닌 공시지가를 기준으로 하고 있다. 즉, 토지에 대한 보상액은 지가공시및토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가를 기준으로 하되, 그 공시기준일부터 가격시점[‘가격시점’이란 제4조 제1항에 규정된 보상액산정의 기준이 되는 시점을 말한다(공특법 제2조 제7호)]까지의 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 당해 공공사업으로 인한 지가의 변동이 없는 지역의 지가변동률, 도매물가상승률 기타 당해 토지의 위치·형상·환경·이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 정한다(공특법 제4조 제2항 제1호).

또한, 공특법 제4조 제3항은 공공사업의 계획이나 시행의 공고 또는 고시로 인하여 토지의 가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 계약체결 전의 공시지가를 기준으로 하지 않고 당해 공고일 또는 고시일 전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가에 의하도록 규정하고 있다(참고로 공특법시행규칙 제6조 제8항은 “토지평가시의 참작요소인 지가변동률은 평가대상토지가 소재하는 시·군·구의 지가변동률을 적용함을 원칙으로 하되, 공공사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시됨으로 인하여 당해 평가대상토지의 가격이 변동되었다고 인정되는 경우에는 당해사업과 관계없는 인근 시·군·구의 지가변동률이나 당해사업으로 인한 지가변동분을 제외한 당해평가대상토지가 소재하는 시·군·구의 지가변동을 적용한다.”고 규정하고 있다).

공특법은 이러한 법규정들을 통해 당해 공공사업의 시행으로 인하여 발생하는 개발이익이나 특별한 투자에 의해서만 비로소 가능하게 되는 이용가치는 보상에서 고려될 수 없는 것임을 명백히 하고 있으며, 이는 토지수용법의 경우에서도 마찬가지다(토지수용법 제46조 제2항·제3항).

그 외에도 구 국토이용관리법(2002. 2. 4. 법률 제6655호로 국토의계획및이용에관한법률이 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행되면서 위 법률은 폐지되었다) 제3조의2 제2항은 “국가·지방자치단체 또는 정부투자기관의 개발사업이나 정비사업 등에 의하여 토지소유자가 자신의 노력에 관계없이 지가가 상승되어 현저한 이익을 받은 때에는 국가는 그 개발이익을 환수할 수 있다.”고 규정하고 있었다.

한편, 우리 재판소는 이미 여러 차례에 걸쳐 토지수용에 따른 손실보상액을 산정함에 있어서 개발이익은 그 성질상 완전보상의 범위에 포함되지 않는다는 것을 밝힌 바 있고(헌재 1990. 6. 25. 89헌마107, 판례집 2, 178, 190-191 ;

1995. 4. 20. 93헌바20등, 판례집 7-1, 519, 533; 1999. 12. 23. 98헌바13등, 판례집 11-2, 721, 729-730 등 참조), 대법원 역시 토지수용으로 인한 손실보상액을 산정함에 있어서는 당해 공공사업의 시행을 직접 목적으로 하는 계획의 승인, 고시로 인한 가격변동을 고려함이 없이 수용재결 당시의 가격을 기준으로 하여 정하여야 한다고 판시함으로써(대법원 1991. 10. 11. 선고 90누5443 판결 등 참조), 공공사업의 시행을 직접 목적으로 하는 계획의 승인, 고시로 인한 개발이익을 보상액의 산정에서 제외하고 있다.

이와 같은 이 사건 법률조항의 입법취지와 관련법규정, 그리고 우리 재판소의 결정례와 대법원의 판결 등을 종합적으로 고려해 보면, 공공사업으로 인한 개발이익을 환매권자에게 귀속시키지 않을 것임을 충분히 예측할 수 있다 할 것이다. 공특법시행령 제7조 제1항 역시 “법 제9조 제3항에서 ‘토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변동되었을 때’라 함은 환매권 행사 당시 토지 등의 가격이 지급한 보상금에 환매 당시까지의 당해 사업과 관계없는 인근 유사토지의 지가변동률을 곱한 금액보다 초과되는 경우를 말한다.”고 규정한 것은 위와 같은 기본적 인식에 터잡아 그 예측을 잘 반영한 것으로 볼 수 있다.

또한 관점을 달리하여 볼 때 환매권자가 토지 등의 가격이 취득 당시에 비하여 현저히 변경되었을 때에 당사자 사이의 협의 또는 관할 토지수용위원회의 재결 등을 거쳐 수령한 보상금 외에 추가로 상당한 액수의 환매대금을 지급하여야 한다는 것은 본질적으로 환매권자의 노력이나 자본에 의하여 발생한 것이 아닌 다시 말하면 사업시행자의 투자에 의해 조성된 개발이익에 대한 대가적 관계에 있는 것이라는 기본적 인식에서 출발한 것으로 이는 국민의 기본권 제한에 직접 관련되는 사항이라거나 혹은 고유한 의미의 추가적 부담이라고 보기 어렵다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 처벌법규, 조세법규, 그 밖에 일반적으로 부담적 성격을 가지는 규정과는 기본권의 제한이나 침해의 정도에서 상당한 차이가 있다 할 것이어서 이에 대한 명확성의 원칙도 다소 완화되어 적용될 수 있다.

더구나 이 사건 법률조항은 일반 국민을 직접 대상으로 하는 규정이라기보다는 일정한 요건 하에서 환매권을 취득한 환매권자에게 적용되는 규정으로서 이러한 환매권자들은 그 누구보다도 당해 사업의 시행에 따른 개발이익의 발생 여부와 그 사업의 진전상황 등을 잘 파악하고 있어서 이에 따른 법적 안정성을 크게 훼손하리라고는 보여지지 않고, 또 이 사건 법률조항의 규율 내

용도 통상적인 지가상승분이 아닌 이를 초과하는 이른바 개발이익의 한도 내에서 환매가격을 정하는 문제에 불과하여 법 집행 당국의 자의적인 집행의 우려가 크다고 할 수도 없다.

(3) 소 결

그렇다면 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

5. 결 론

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

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

조세특례제한법 제120조 제1항 제6호 등 위헌제청

(2005. 4. 28. 2003헌가23 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법상 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에서 위임의 구체성 요구 정도와 한계
2. 조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제120조 제1항 제6호에 적용되는 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법상 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항과 관련된 하위법령에 대한 판단 여부(소극)

【결정요지】

1. 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 처벌법규나 조세를 부과하는 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 더 엄격하게 규정되어야 하는 반면에, 일반적인 급부행정이나 조세감면혜택을 부여하는 조세법규의 경우에는 위임의 구체성 내지 명확성의 요구가 완화되어 그 위임의 요건과 범위가 덜 엄격하게 규정될 수 있으며, 그리고 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다. 또한 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로는 볼 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호에 의

거하여 취득세 감면이 되는 대상과 현물출자 과세특례가 되는 대상을 “주식”과는 달리 “자산”은 이를 특정하지 아니한 채 “대통령령이 정하는 자산”이라고만 규정하고 있어서 자산의 개념 자체가 추상적이고 불분명하여 어떠한 종류의 자산을 의미하는 것인지를 구체적으로 예측하기가 쉽지 않다. 그러나 현물출자를 통한 기업의 구조조정을 세제상으로 지원하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 현물출자에 대하여는 현물출자에 따른 자산양도차익 상당액을 손금에 산입하여 과세를 이연받을 수 있는 특례를 제공하고자 한 이 사건 법률조항의 입법취지와 이 사건 법률조항과 관련되는 조세특례제한법 제4조 제1항 제1호, 같은 법 제32조, 같은 법 제120조 제1항 제3호, 법인세법 제23조를 종합하여 판단하건대, 대통령령에 규정될 자산으로는 기존 법인이 사업에 직접 사용하던 사업용 자산으로서 현물출자의 대상이 될 수 있는 토지, 건축물 등의 유형고정자산이나 특허권 등의 무형고정자산이 해당된다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 예정하고 있는 내재적인 위임의 범위를 객관적으로 확정할 수 있고, 과세특례 대상이 되는 “자산”은 사회경제적인 여건과 정부의 정책 등에 따라 수시로 변경될 수 있으므로 이를 대통령령으로 정하도록 위임해야 할 불가피성도 존재하므로, 이 사건 법률조항은 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙에 위배되지 아니한다.

3. 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호가 규정하고 있는 취득세 면제대상을 구체화하고 있는 법 제38조 제1항 제2호가 현물출자 과세특례대상이 되는 자산을 대통령령으로 정하도록 위임한 것이 위임입법의 한계를 벗어나지 않는다면, 조세특례제한법시행령 제35조 제1항 및 제3조 제2항과 조세특례제한법시행규칙 제3조 제1항 제1호가 자산의 종류와 기준을 개별적·구체적으로 규정하면서 법률이 예정하고 있는 특정 자산을 포함시키지 않았다고 하더라도, 이는 위 하위법령들이 위임입법의 한계를 일탈하거나 조세평등주의에 위배되는 흠이 될 수는 있을지라도 그로 인해 이 사건 법률조항 자체가 위헌으로 되는 것은 아니다.

재판관 권 성, 재판관 김경일의 위헌의견 [2.항 관련]

이 사건 법률조항은 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호에 의거하

여 취득세가 면제되는 대상과 현물출자 과세특례가 적용되는 대상을 ‘대통령령이 정하는 자산’이라고만 규정하고 있어서, ‘자산’의 법개념 자체가 추상적이고 불명확하여 어떠한 종류의 자산을 의미하는 것인지를 구체적으로 예측하기가 어려운데, 과세특례혜택을 부여하는 현물출자용 자산을 현물출자가 가능한 자산 모두를 대상으로 삼지 않고 대통령령으로 이를 한정적으로 규정하고자 한 이 사건 법률조항의 입법취지나 관련세법조항들을 살펴보더라도, 대통령령이 정하는 자산의 기준과 범위를 객관적이고 합리적으로 예측해 낼 수 없어서, 행정부의 자의적인 행정입법권이 행사될 수 있는 여지를 남기고 있기 때문에 포괄적인 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반될 뿐만 아니라 조세법률주의를 규정 한 헌법 제59조에 위반된다.

【심판대상조문】

조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제38조(현물출자에 대한 과세특례) ① 내국법인이 다음 각 호의 요건을 갖춘 현물출자에 의하여 새로운 내국법인(독점규제및공정거래에관한법률에 의한 지주회사 및 금융지주회사법에 의한 금융지주회사를 제외하며, 이하 이 조에서 “신설법인”이라 한다)을 설립하는 경우에는 그 출자로 인하여 취득한 신설법인의 주식이액 중 현물출자로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액은 당해 사업연도의 소득금액계산에 있어서 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 손금에 산입하여 과세를 이연받을 수 있다.

1. 생략
2. 주식 또는 대통령령이 정하는 자산을 현물출자할 것

②~⑧ 생략

조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제120조(취득세의 면제 등)

① 다음 각 호의 1에 해당하는 재산의 취득에 대하여는 취득세를 면제한다.

- 1.~5. 생략
6. 제38조의 규정에 의한 현물출자에 따라 취득하는 재산
- 7.~18. 생략

②~⑥ 생략

【참조조문】

조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제4조(중소기업투자준비금의 손금산입) ① 대통령령이 정하는 중소기업(이하 “중소기업”이라 한다)을 영위하는 내국인

이 2003년 12월 31일 이전에 종료하는 과세연도까지 다음 각 호의 1에 해당하는 자산(이하 이 조에서 “사업용자산등”이라 한다)의 개체 또는 신규취득에 소요되는 자금이 충당하기 위하여 투자준비금을 손금으로 계상한 때에는 당해 과세연도 종료일 현재의 사업용자산등의 가액에 100분의 20을 곱하여 산출한 금액의 범위 안에서 당해 과세연도의 소득금액계산에 있어서 이를 손금에 산입한다.

1. 기계장치 등 대통령령이 정하는 사업용자산(이하 “사업용자산”이라 한다)
- 2.~5. 생략

②~④ 생략

구 조세특례제한법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정되고 2002. 12. 30. 대통령령 제17829호로 개정되기 전의 것) 제3조(중소기업투자준비금의 범위 등) ① 생략
 ② 법 제4조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 사업용자산”이라 함은 사업용고정자산 중 재정경제부령이 정하는 것을 말한다.

③, ④ 생략

조세특례제한법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정된 것) 제35조(현물출자에 대한 과세특례) ① 법 제38조 제1항 제2호에서 “대통령령이 정하는 자산”이라 함은 법인이 사업에 직접 사용하던 자산으로서 다음 각 호의 1에 해당하는 것을 말한다.

- 1.~2. 생략
3. 제3조 제2항의 규정에 의한 자산

②~① 생략

조세특례제한법시행규칙(2002. 3. 30. 재정경제부령 제253호로 개정된 것) 제3조(사업용자산의 범위) ① 영 제3조 제2항에서 “재정경제부령이 정하는 것”이라 함은 다음 각 호의 자산을 말한다.

1. 법인세법시행규칙 별표 6의 업종별 자산의 기준내용연수 및 내용연수범위표의 적용을 받는 자산(차량 및 운반구와 선박 및 항공기를 제외한다)
2. 운수업을 주된 사업으로 하는 중소기업(영 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업을 말한다)이 당해 사업에 직접 사용하는 차량 및 운반구(특별소비세법 제1조 제2항 제3호의 규정에 의한 승용자동차로서 자가용인 것을 제외한다)와 선박
3. 어업을 주된 사업으로 하는 중소기업(영 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업을 말한다)이 당해 사업에 직접 사용하는 선박
4. 의료법에 의한 의료기관(영 제2조 제1항의 규정에 의한 중소기업에 한한다)이 당해 사업에 직접 사용하는 의료기기로서 렌트겐 또는 전자관을 사용하는 기기, 소독살균용 또는 수술용 기기, 조제기기, 치과진료용 유닛트, 광학검사기기 등의 의료기기

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103, 111-112

헌재 2005. 4. 28. 2003헌가23

헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 635

헌재 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 445

3. 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마342, 판례집 13-2, 422, 438

헌재 2001. 9. 27. 2001헌바11, 판례집 13-2, 332, 337

【당 사 자】

제 청 법 원 춘천지방법원

제청신청인 ○○시멘트주식회사

대표이사 노○인

대리인 법무법인 남산

담당변호사 임동진

당해사건 춘천지방법원 2002구합2077 취득세부과처분취소

【주 문】

조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) 제120조 제1항 제6호에 적용되는 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 시멘트 제품의 제조, 개발, 판매 등의 업에 종사할 목적으로 설립된 법인이다. 소외 ○○메이저 주식회사(이하 ‘○○메이저’라 한다)는 자신의 영업중 시멘트 사업부문과 관련된 토지, 건물 및 광업권 등의 유무형 자산을 2002. 2. 15. 당시 설립중에 있던 제청신청인 회사에게 현물출자하는 조건으로 액면가 5,000원 짜리 보통주 9,999,997주를 주당 55,000원에 교부받기로 약정한 후 제청신청인 회사에 출자이행절차를 완료하였다. 그 후 제청신청인 회사는 2002. 3. 6. 법인설립등기를 마친 후 ○○메이저와의 현물출자약정에 따라 ○○메이저 소유이던 토지, 건물 및 광업권 등에 관하여 위 현물출자약정을 원인으로 한 이전등기 및 등록절차를 경료하였다.

(2) 그런데 제청신청인은 ○○메이저로부터 현물출자로 취득한 자산 중 광업권은, 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호, 제38조 제1항 제2호 중 “... 대

통령령이 정하는 자산”, 조세특례제한법시행령 제35조 제1항 및 제3조 제2항, 조세특례제한법시행규칙 제3조 제1항 제1호 및 법인세법시행규칙 [별표 6]에 의거하여, 현물출자대상에 해당되지 아니한다고 판단하여, 2002. 4. 6. 위 광업권의 취득에 따른 취득세 및 농어촌특별세(① 동해시장 : 취득세 182,564,000원, 농어촌특별세 18,256,400원 ② 삼척시장 : 취득세 3,996,344,560원, 농어촌특별세 399,634,450원 ③ 강릉시장 : 취득세 1,467,480원, 농어촌특별세 146,740원 ④ 평창군수 : 취득세 542,220원, 농어촌특별세 54,220원)를 자진 신고납부하였다.

(3) 그 후 제청신청인은 2002. 5. 31. 위 과세관청들을 상대로 위 취득세 등에 대한 부과처분을 취소해 달라는 심사청구를 감사원에 하였으나 2002. 9. 25. 감사원이 이를 기각하자, 2002. 12. 18. 춘천지방법원에 위 취득세 부과처분의 취소를 구하는 소송(2002구합2077)을 제기함과 아울러 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호 및 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산”부분이 위헌이라고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였고, 제청법원이 이를 받아들여 2003. 12. 4. 위 법률조항들이 헌법 제75조 등에 위반된다고 하면서 위헌법률심판제청을 헌법재판소에 하였다.

나. 이 사건 심판대상

(1) 제청법원은 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호와 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산”부분이 위헌이라고 주장하고 있으나, 제청이유를 살펴보면 같은 법 제120조 제1항 제6호에 적용되는 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산”부분이 헌법 제75조 등에 위반된다고 주장하고 있으므로, 심판대상을 이 법률조항 부분으로 한정하는 것이 상당하다.

그러므로 이 사건의 심판 대상은 조세특례제한법(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제120조 제1항 제6호에 적용되는 같은 법 제38조 제1항 제2호 중 “대통령령이 정하는 자산” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 심판대상 법률조항 및 관련법규정의 내용은 다음과 같다.

제38조(현물출자에 대한 과세특례) ① 내국법인이 다음 각 호의 요건을 갖춘 현물출자에 의하여 새로운 내국법인(독점규제및공정거래에관한법률에 의한 지주회사 및 금융지주회사법에 의한 금융지주회사를 제외하며, 이하 이 조에서 “신설법인”이라 한다)을 설립하는 경우에는 그 출자로 인하여 취득한 신

설법인의 주식가액 중 현물출자로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액은 당해 사업연도의 소득금액계산에 있어서 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 손금에 산입하여 과세를 이연받을 수 있다.

1. 신설법인의 설립등기일 현재 5년 이상 계속하여 사업을 영위한 내국법인이 현물출자할 것

2. 주식 또는 대통령령이 정하는 자산을 현물출자할 것

제120조(취득세의 면제 등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 재산의 취득에 대하여는 취득세를 면제(제12호·제15호·제24호 및 제25호의 경우에는 100분의 50을 감면)한다.

6. 제38조의 규정에 의한 현물출자에 따라 취득하는 재산

(2) 관련법규정

(가) 조세특례제한법 제4조(2001. 12. 29. 법률 제6538호로 개정된 것) (중소기업투자준비금의 손금산입) ① 대통령령이 정하는 중소기업(이하 “중소기업”이라 한다)을 영위하는 내국인이 2003년 12월 31일 이전에 종료하는 과세연도까지 다음 각 호의 1에 해당하는 자산(이하 이 조에서 “사업용자산등”이라 한다)의 개체 또는 신규취득에 소요되는 자기에 충당하기 위하여 투자준비금을 손금으로 계상한 때에는 당해 과세연도 종료일 현재의 사업용자산등의 가액에 100분의 20을 곱하여 산출한 금액의 범위 안에서 당해 과세연도의 소득금액계산에 있어서 이를 손금에 산입한다.

1. 기계장치 등 대통령령이 정하는 사업용 자산(이하 “사업용자산”이라 한다)

(나) 조세특례제한법시행령 제3조(2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정된 후 2002. 12. 30. 대통령령 제17829호로 개정되기 전의 것) (중소기업투자준비금의 범위 등) ② 법 제4조 제1항 제1호에서 “대통령령이 정하는 사업용자산”이라 함은 사업용 고정자산 중 재정경제부령이 정하는 것을 말한다.

(다) 조세특례제한법시행령 제35조(2001. 12. 31. 대통령령 제17458호로 개정된 것) (현물출자에 대한 과세특례) ① 법 제38조 제1항 제2호에서 “대통령령이 정하는 자산”이라 함은 법인이 사업에 직접 사용하던 자산으로서 다음 각 호의 1에 해당하는 것을 말한다.

3. 제3조 제2항의 규정에 의한 자산

(라) 조세특례제한법시행규칙(2002. 3. 30. 재정경제부령 제253호로 개정된 것)

제3조(사업용자산의 범위) ① 영 제3조 제2항에서 “재정경제부령이 정하는 것”이라 함은 다음 각 호의 자산을 말한다.

1. 법인세법시행규칙 별표 6의 업종별 자산의 기준내용연수 및 내용연수범위표의 적용을 받는 자산(차량 및 운반구와 선박 및 항공기를 제외한다)
- (마) 법인세법시행규칙(2002. 3. 30. 재정경제부령 제254호로 개정된 것)
[별표 6] 업종별자산의 기준내용연수 및 내용연수범위표(제15조 제3항 관련)

도표 : 생략

1. 이 내용연수표는 별표 3 및 별표 5의 적용을 받는 자산을 제외한 모든 감가상각자산에 대하여 적용한다.

2. 법원의 위헌법률심판제청신청이유 및 이해관계기관의 의견

가. 춘천지방법원의 위헌법률심판제청신청이유의 요지

(1) 법 제120조 제1항 제6호는 ‘법 제38조의 규정에 의한 현물출자에 따라 취득하는 재산’에 대하여는 취득세를 면제한다고 규정하고 있고, 법 제38조 제1항 제2호는 ‘주식 또는 대통령령이 정하는 자산을 현물출자할 것’이라고 규정하고 있는 바, 법 제38조 제1항 제2호는 취득세의 면제대상이 되는 자산을 규정함에 있어 ‘주식’과는 달리 면제대상 자체를 특정하지 아니한 채 ‘대통령령이 정하는 자산’이라고만 규정하여 구체적으로 주식 외에 어떤 자산의 취득 경우에 취득세가 면제되는지에 관하여 어떠한 기준을 마련하거나 범위를 설정하지 않은 채 포괄적으로 대통령령에 그 범위와 기준을 위임하고 있을 뿐만 아니라, 이 사건 법률조항의 규정 내용과 조세특례제한법의 입법목적·체계를 종합적으로 검토하여 보아도 이 사건 법률조항의 위임에 따라 규정될 취득세 면제대상의 범위를 전혀 예측할 수 없다고 할 것이다.

(2) 따라서 이 사건 법률조항은 국민의 재산권과 관련된 중요한 사항인 취득세 면제대상의 범위를 구체적이고 명확하게 규정하지 아니한 채 법시행령에 포괄적으로 위임함으로써 국민으로 하여금 취득세 면제대상의 범위를 예측할 수 없게 하고 나아가 행정부의 자의적인 행정입법권의 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로써 포괄적인 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반될 뿐만 아니라 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조에 위반된다.

나. 위헌법률심판제청신청인의 주장 요지

(1) 조세법률주의 및 포괄위임입법금지원칙에 관하여

제청법원의 견해와 대체로 동일하다.

(2) 하위법령의 문제에 대하여

조세감면제한법시행령은 법률로부터 위임받지도 않은 사항을 대통령령에서 비로소 처음으로 규정하고서는 하위법령에 다시 재위임하였는데, 이는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있고, 위임받은 사항을 그대로 하위법령에 재위임해서는 안된다는 헌법 제75조의 규정 취지에 위반된다.

광업권은 시멘트 생산 및 판매를 주 업종으로 하는 제청신청인의 사업목적에 직접적이고 제1차적으로 관련있는 자산임에도 불구하고, 법률이 아닌 하위법령이 이를 취득세 감면대상에서 제외하였는데, 이는 행정권의 자의적인 법해석과 집행에 의하여 제청신청인의 재산권이 침해됨과 동시에 제청신청인의 신뢰가 침해된 것이다.

다. 재정경제부장관의 의견 요지

(1) 현물출자는 자산을 개별적으로 이전하는 자산의 양도에 해당되기 때문에 과세하는 것이 일반적이나, 사업의 일부를 이전하여 자회사를 설립한다는 측면에서는 기업구조조정을 촉진할 수 있는 한 수단으로 활용이 가능한 점을 감안하여 자산 중 특정한 자산에 한정하여 예외적으로 세제상 지원코자 하는 것이 법 제38조의 입법취지이다.

(2) 법 제120조의 취득세 면제와 관련된 규정에서는 현물출자로 인한 모든 재산을 대상으로 하지 않고 “법 제38조의 규정에 의한 현물출자”로 한정하고 있어, 현물출자로 취득하는 자산이 있는 기업이 취득세 면제를 받기 위해서는 법 제38조의 관련규정을 살펴보아야 하는 것은 지극히 당연하다고 할 것이고, 당해 법률규정의 예측가능성은 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합판단하여야 하고 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적, 개별적으로 검토하여야 하는 것이므로, 법 제38조에서 대상 자산을 “대통령령이 정하는 자산”으로 제한함에 따라 취득세가 면제되는 자산은 현물출자로 취득한 모든 자산이 아니라 “현물”에 한정된다는 것은 누구나 쉽게 알 수 있어 예측이 가능하다.

(3) 이 사건 취득세 면제와 같은 특정인에 대한 조세감면은 다른 납세자에게 부담을 전가하는 것에 지나지 아니하여 그 범위를 확대하는 것은 바람직하지 못하고, 정부정책 목적의 달성을 위해 꼭 필요한 경우라 하더라도 그 면제 혜택의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위 내에서 예외적으로 허용되

어야 한다는 점에서 그 대상 자산을 한정한 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 포괄적인 위임입법을 금지한 헌법 제75조 및 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조에 위반되지 아니한다.

라. 동해시장 및 삼척시장의 의견 요지

(1) 이 사건 법률조항은 구조조정을 촉진하고자 하는 국가정책의 일환으로서 기업분사를 할 때에 사업에 꼭 필요한 사업용 유형고정자산에 한정하여 세제지원을 하려는 취지에서 제정된 것으로, 대통령령으로 정하는 자산의 용어와 범위의 대강을 법 제4조 제1항 제1호, 법인세법 제23조 제2항에서 명백하게 규정하고 있으므로 헌법상 포괄적 위임입법금지원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 자산이라는 용어에 관하여 다른 법률에 규정된 사실이 있고, 조세감면 대상이 되는 자산의 구체적인 범위를 당해 법률조항에 열거하는 것은 바람직하지 않고, 입법자의 재량에 따라 대통령령에 위임하도록 한 것은 헌법이념에 적합하므로, 이 사건 법률조항은 헌법상 조세법률주의에 위배되지 않는다.

3. 판 단

가. 이 사건의 법률상 쟁점

법 제120조 제1항 제6호는 ‘제38조의 규정에 의한 현물출자에 따라 취득하는 재산’에 대하여는 취득세를 감면한다고 규정하고 있고, 법 제38조 제1항은 내국법인이 현물출자에 의하여 신설법인을 설립하는 경우에는 그 출자로 인하여 취득한 신설법인의 주식가액 중 현물출자로 인하여 발생한 자산의 양도차익에 상당하는 금액은 당해 사업연도의 소득금액계산에 있어서 이를 손금에 산입하여 과세를 이연받을 수 있다고 규정하고, 같은 법조 같은 항 제2호는 ‘주식 또는 대통령령이 정하는 자산을 현물출자할 것’이라고 위 현물출자의 대상을 규정하고 있다.

그런데 법 제120조 제1항 제6호는 취득세 감면대상을 법 제38조에 의한 현물출자에 따라 취득하는 재산으로, 법 제38조 제1항 제2호는 현물출자 대상이 되는 자산을 대통령령에 의하여 정하도록 위임하고 있으므로, 법 제120조 제1항 제6호에 적용되는 이 사건 법률조항이 헌법 제59조의 조세법률주의와 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부가 법률상 쟁점이 된다.

나. 이 사건 법률조항이 헌법 제59조 및 제75조에 위배되는지 여부

(1) 헌법상 조세법률주의와 위임입법의 한계

헌법 제38조에 규정된 조세법률주의의 이념은 과세요건을 국회가 제정한 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 있어서의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하기 위한 것이다(헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 판례집 7-2, 598, 607).

그러나 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 조세부과에 관련된 모든 법규를 예외없이 형식적인 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달에 즉시 대응하여야 할 필요 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 위임함이 허용된다고 할 것이다(헌재 1997. 10. 30. 96헌바92등, 판례집 9-2, 478, 494).

그러므로 헌법 제75조도 “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 됨으로써 행정권에 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 기본사항이 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 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 범조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1997. 10. 30. 96헌바92등, 판례집 9-2, 478, 495).

그런데 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 처벌법규나 조세를 부과하는 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 더 엄격하게 규정되어야 하는 반면에, 일반적인 급부행정이나 조세감면혜택을 부여하는 조세법

규의 경우에는 위임의 구체성 내지 명확성의 요구가 완화되어 그 위임의 요건과 범위가 덜 엄격하게 규정될 수 있으며, 그리고 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다(헌재 1998. 2. 27. 95헌바59, 판례집 10-1, 103, 111-112 참조).

또한 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로는 볼 수 없다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40 등, 판례집 7-2, 616, 635; 1999. 4. 29. 96헌바22등, 판례집 11-1, 422, 445).

(2) 이 사건 법률조항이 헌법 제59조의 조세법률주의와 헌법 제75조의 포괄 위임입법금지원칙에 위배되는지 여부

(가) 위임내용에 대한 예측가능성이 존재하는지 여부

1) 법개념의 명확성 여부

이 사건 법률조항은 법 제120조 제1항 제6호에 의거하여 취득세 감면이 되는 대상과 현물출자 과세특례가 되는 대상을 ‘주식’과는 달리 ‘자산’은 이를 특정하지 아니한 채 ‘대통령령이 정하는 자산’이라고만 규정하고 있다. 사전상으로 “자산”은 개인 또는 법인이 소유하는 토지·건물·기구·금전 등의 총칭으로 정의되고 있으며, 일반적으로 자산에는 고정자산 및 유동자산, 유형자산 및 무형자산 등이 존재한다. 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 자산의 개념 자체가 추상적이고 불분명하여 사전상의 개념 정의로부터는 취득세 면제 대상과 현물출자 과세특례대상이 되는 자산에 대한 추상적이고도 막연한 파악만 가능할 뿐, 어떠한 종류의 자산을 의미하는 것인지를 구체적으로 예측하기가 쉽지 않다.

그러나 이 사건 법률조항의 입법취지나 관련 법규정 등에 비추어 이 사건 법률조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 위임내용에 대한 예측가능성이 존재한다고 할 것이다.

2) 이 사건 법률조항의 입법취지

먼저 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 이 사건 법률조항이 대통령령에 의하여 정하도록 위임하고 있는 자산의 범위와 종류를 확정할 수 있는지를 살펴본다.

지난 1997년 이후에 발생한 IMF관리사태하에서 겪은 부정적인 경험을 근

거로, 기업들이 그동안 방만하게 운영해온 사업들을 각 분야별로 나누어서 특화하여 새로운 법인으로 하여금 전문적인 경영을 하도록 함으로써 회사의 경쟁력을 강화하고 회사의 재무구조를 건전하게 하도록 유도하기 위하여 현물출자의 경우에 과세특례제도를 도입하게 되었다.

현물출자는 일반적으로 발기인(회사설립의 경우) 또는 신주인수인(신주발행의 경우)이 주식의 대가로서 금전 이외의 양도 가능한 재산을 출자하는 것을 말하며, 현물출자의 목적물은 금전 이외의 재산으로서 동산, 주식 등의 유가증권, 토지·건물 등의 부동산, 특허권·광업권 등의 무체재산권 등이 될 수 있다.

기존법인의 자산과 부채를 포괄적으로 이전하는 법인분할과는 달리, 현물출자에서는 기본적으로 개별적인 자산의 양도가 이루어진다. 기존법인이 신설법인에게 현물출자를 하여 신설법인에게 자산을 이전하게 되면 자산의 양도차익이 발생하게 된다. 그런데 이러한 자산의 양도차익에 대하여 과세하는 것이 원칙이지만, 기존법인에 이에 대한 법인세를 한꺼번에 부과하게 되면 세 부담의 과중으로 인하여 원활한 현물출자가 저해될 수 있다. 그렇지만 사업의 일부를 이전하여 자회사를 설립한다는 측면에서 현물출자는 기업구조조정을 촉진할 수 있는 수단으로 활용될 수 있다. 따라서 입법자는 현물출자를 통한 기업의 구조조정을 세제상으로 지원하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 현물출자에 대하여는 현물출자에 따른 자산양도차익 상당액을 손금에 산입하여 과세를 이연받을 수 있는 특례를 마련하였다.

그리고 법 제120조 제1항 제6호는 현물출자의 경우 실질적으로는 동일한 사업 법인이 사업의 운영형태만을 바꾸는 것에 불과하여 재산이전에 따르는 취득세를 부과할 필요가 없고, 현물출자를 통하여 기업의 구조조정을 세제상으로 지원하고자 현물출자되는 재산에 대하여 취득세를 면제하도록 규정하였다.

그렇다면 이 사건 법률조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 대통령령에 규정된 자산으로는 기존 법인이 사업에 직접 사용하던 사업용 자산으로서 현물출자의 대상이 될 수 있는 토지, 건축물 등의 유형고정자산이나 특허권 등의 무형고정자산이 해당된다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 예정하고 있는 내재적인 위임의 범위를 객관적으로 확정할 수 있을 것이다.

3) 이 사건 법률조항과 관련된 법규정들

다음으로 이 사건 법률조항과 관련된 법규정들을 근거로 하여 이 사건 법

률조항이 규정하고 있는 ‘대통령령이 정하는 자산’의 내용을 예측할 수 있는지 여부를 살펴본다.

먼저 중소기업투자준비금의 손금산입대상을 규정하고 있는 조세특례제한법 제4조 제1항 제1호는 대상 자산을 “기계장치 등 대통령령이 정하는 사업용 자산(이하 “사업용자산”이라 한다)”으로 규정하고 있다.

다음으로 조세특례제한법 제32조는 법인전환에 대한 양도소득세의 이월과세를 규정하여, 제조업, 건설업 등을 영위하는 거주자가 사업용 고정자산을 현물출자하여 제조업, 건설업 등을 영위하는 법인으로 전환하는 경우 당해 ‘사업용 고정자산’에 대하여는 이월과세를 적용받을 수 있도록 규정하고 있고, 조세특례제한법 제120조 제1항 제3호는 제32조의 규정에 의한 현물출자에 따라 취득하는 ‘사업용 재산’에 대하여는 취득세를 면제하도록 규정하고 있다.

그리고 고정자산에 대한 감가상각비의 손금불산입을 규정하고 있는 법인세법 제23조(1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정된 것) 제2항은 “고정자산은 토지를 제외한 건물, 기계 및 장치, 특허권 등 대통령령이 정하는 자산”이라고 규정하여 자산 중에서 고정자산의 종류를 열거하고 있다.

위에서 적시한 관련 법률조항들은, 각각 다른 입법취지에 따라서 해당 자산의 용어와 범위 등을 규정하고 있지만, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 자산의 종류와 범위를 간접적으로 대강 예측할 수 있는 근거를 제공하고 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항과 관련된 조세특례제한법의 다른 규정들, 법인세법 조항들을 살펴볼 때, 이 사건 법률조항이 현물출자 과세특례대상으로 규정하고 있는 자산은 사업용 자산으로서 토지, 건축물 등의 유형고정자산이나 특허권 등의 무형고정자산이 해당될 것이라고 그 종류와 범위를 대강 예측할 수 있을 것이다.

4) 소결론

이 사건 법률조항은 취득세가 면제되고 현물출자시 과세특례가 적용되는 대상을 규율함으로써 조세감면혜택을 부여하는 법규범의 성격을 가지고 있으므로 위입입법에 대한 심사에서 위입의 명확성을 완화하여 통제할 수 있다.

그런데 내국법인이 현물출자에 의하여 새로운 내국법인을 설립하는 경우 현물출자한 재산 중 자산양도차익 상당액에 대한 법인세의 이월과세를 적용받을 수 있는 재산과 그 취득에 따른 취득세 등을 면제받을 수 있는 재산에 어느 범위까지로 정할 것인가는 기본적으로 입법정책에 관한 문제이다.

따라서 이 사건 법률조항이 취득세 감면 대상이 되고 현물출자시 과세특례 대상이 되는 자산의 종류 등에 관하여 구체적으로 확정하지 않고 하위법규에 위임하였다고 하더라도, 이 사건 법률조항의 입법취지와 관련법규정들을 살펴보면, 대통령령에 의하여 정해질 자산으로는 기존 법인이 사업에 직접 사용하던 사업용 자산으로서 현물출자의 대상이 될 수 있는 토지, 건축물 등의 유형고정자산이나 특허권 등의 무형고정자산이 해당될 것이라고 볼 수 있으므로, “대통령령이 정하는 자산”의 기준과 범위를 객관적으로 예측해 낼 수 있다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 취득세 감면대상이 되고 현물출자시 과세특례 대상이 되는 자산의 기준과 범위를 어떻게 규정할 것인지의 문제를 온전히 행정부의 재량과 자의에 맡긴 것이라고 볼 수 없으므로, 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려는 없다고 할 것이다.

(나) 위임의 불가피성이 존재하는지 여부

이 사건 법률조항이 현물출자 과세특례대상으로 규정하고 있는 자산을 대통령령이 정하도록 위임할 불가피성이 있는지 여부를 살펴본다.

취득세 면제대상이 되고, 현물출자의 과세특례대상이 되는 ‘자산’은 현물을 출자하는 내국법인의 사업내용에 따라서 다양하고 사회경제적인 여건과 정부의 정책 등에 따라 수시로 변경될 수 있다. 따라서 이에 관한 규정을 대통령령에 위임함에 있어서 위임의 구체성과 명확성이 다소 완화되어도 무방하며, 구체적인 사항들을 종합적으로 고려하여 합목적적으로 선택되어야 하는 문제로서 입법부가 법률에 의하여 일의적으로 결정하여야 할 과제라고 보기 어렵다. 그렇다면 취득세면제대상이 되고 현물출자 과세특례대상이 되는 자산을 대통령령으로 정하도록 위임해야 할 불가피성이 존재한다고 할 것이다.

(다) 결 론

결론적으로 이 사건 법률조항이 취득세면제대상과 현물출자 과세특례대상을 ‘대통령령이 정하는 자산’으로 규정하여 직접적, 명시적으로는 위임의 범위를 구체적으로 규정하고 있지는 않지만, 이 사건 법률조항의 입법취지와 관련된 법률규정들을 종합적으로 판단하건대, 하위법규인 대통령령이 규정할 자산은 기존 법인이 사업에 직접 사용하던 사업용 자산으로서 현물출자의 대상이 될 수 있는 토지, 건축물 등의 유형고정자산이나 특허권 등의 무형고정자산이 해당될 것이라고 국민들이 객관적으로 예측할 수 있고, 위임의 불가피성도 존재하므로, 이 사건 법률조항은 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임입법

금지원칙에 위배되지 아니한다.

다. 이 사건 법률조항과 관련된 하위법령에 대한 판단

(1) 제청신청인은 조세특례제한법시행령이 법률로부터 위임받지도 않은 사항을 대통령령에서 비로소 처음으로 규정하고서는 하위법령에 다시 재위임한 것은 헌법 제75조의 규정 취지에 위반되며, 조세특례제한법이 아닌 그 하위법령이 광업권을 취득세 감면대상에서 제외한 것은 행정권의 자의적인 법해석과 집행에 의하여 제청신청인의 재산권이 침해됨과 동시에 제청신청인의 신뢰가 침해된 것이라고 주장하고 있다.

(2) 그런데 조세특례제한법 제120조 제1항 제6호가 규정하고 있는 취득세 면제대상을 구체화하고 있는 법 제38조 제1항 제2호가 현물출자 과세특례대상이 되는 자산을 대통령령으로 정하도록 위임한 것이, 위에서 본 바와 같이, 위임입법의 한계를 벗어나지 않는다면, 조세특례제한법시행령 제35조 제1항 및 제3조 제2항과 조세특례제한법시행규칙 제3조 제1항 제1호가 자산의 종류와 기준을 개별적·구체적으로 규정하면서 법률이 예정하고 있는 특정 자산을 포함시키지 않았다고 하더라도, 이는 위 하위법령들이 위임입법의 한계를 일탈하거나 조세평등주의에 위배되는 흠이 될 수는 있을지라도 그로 인해 이 사건 법률조항 자체가 위헌으로 되는 것은 아니다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마342, 판례집 13-2, 422, 438; 2001. 9. 27. 2001헌마11, 판례집 13-2, 332, 337 참조).

만약 조세특례제한법시행령 제35조 제1항 및 제3조 제2항과 조세특례제한법시행규칙 제3조 제1항 제1호가 위법 내지 위헌이라고 판단되면, 당해사건 심판절차에서 이를 대상으로 직접 그 위헌성을 다투어야 할 것이다. 다시 말해서 조세특례제한법시행령 제35조 제1항 및 제3조 제2항과 법시행규칙 제3조 제1항 제1호에서 규정하는 자산의 범주에 광업권을 제외한 것은 법률조항의 문제가 아닌 법시행령 및 법시행규칙 조항의 문제이므로, 당해사건 심판절차에서 위 법시행령 조항 및 위 법시행규칙 조항에서 광업권을 제외한 것이 조세평등주의 등에 위반되어 위헌이라고 주장하면서 이에 대하여 다투어야 할 것이다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 않으므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 5.와 같은 재판관 권 성, 재판관 김경일의 위헌의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

5. 재판관 권 성, 재판관 김경일의 위헌의견

우리는 다수의견과는 달리 이 사건 법률조항이 헌법 제59조의 조세법률주의나 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙에 위반된다고 판단하므로 다음과 같이 반대의견을 피력하고자 한다.

(1) 이 사건 법률조항은 법 제120조 제1항 제6호에 의거하여 취득세가 면제되는 대상과 현물출자 과세특례가 적용되는 대상을 주식과는 달리 ‘자산’은 이를 특정하지 아니한 채 ‘대통령령이 정하는 자산’이라고만 규정하고 있어서, ‘자산’의 법개념 자체가 추상적이고 불명확하여 취득세 면제 대상과 현물출자 과세특례대상이 되는 자산에 대한 추상적이고도 막연한 파악만 가능할 뿐, 어떠한 종류의 자산을 의미하는 것인지를 구체적으로 예측하기가 어렵다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법취지를 살펴보면, 현물출자는 자산을 개별적으로 이전하는 자산의 양도에 해당되기 때문에 과세하는 것이 일반적이나, 사업의 일부를 이전하여 자회사를 설립한다는 측면에서는 기업구조조정을 촉진할 수 있는 한 수단으로 활용이 가능한 점을 감안하여 현물출자하는 자산 중 특정한 자산에 한정하여 과세특례혜택을 부여하고자 한 것으로 볼 수 있다.

현물출자의 목적물이 될 수 있는 재산은 토지·건물 등의 유형고정자산이나 특허권·광업권 등의 무형고정자산 등이 해당되므로, 기존법인이 이러한 자산들을 사업용 자산으로 사용하여 왔다면 모두 현물출자 과세특례대상이 될 수 있을 것이다.

그런데 기존법인이 사용하던 사업용 자산들 상호간에는 별다른 차이점이 존재하지 않기 때문에, 이 자산들 중에서 과세특례대상이 되는 현물출자 자산으로 한정할 수 있는 기준을 발견하는 것이 매우 어렵다.

따라서 입법자가 과세특례혜택을 부여하는 현물출자용 자산을 현물출자가 가능한 자산 모두를 대상으로 삼지 않고 대통령령으로 이를 한정적으로 규정하고자 한 입법취지를 살펴볼 때, 대통령령으로 규정될 자산의 종류와 범위를 전혀 예측할 수 없다고 할 것이다.

(3) 다수의견이 이 사건 법률조항과 관련된다고 보고 있는 조세특례제한법 제4조 제1항 제1호, 같은 법 제32조, 같은 법 제120조 제1항 제3호 및 법인세법 제23조를 살펴보다라도, 이 법조항들은 서로 다른 입법취지에 따라서 해당 자산의 용어와 범위 등을 규정하고 있을 뿐, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 자산의 기준과 범위를 객관적·합리적으로 예측해 낼만한 어떠한 근거도 제공하지 못한다.

(4) 위에서 본 바와 같이, 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 ‘대통령령이 정하는 자산’의 법개념 자체가 지나치게 추상적이고 불명확한데, 이 사건 법률조항의 입법취지와 관련법규정들을 살펴보다라도, 취득세감면대상이 되고 현물출자시 과세특례 대상이 되는 자산에 대한 최소한의 기준과 범위를 객관적으로 예측해 낼 수 없다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률조항이 취득세 감면대상이 되고 현물출자시 과세특례 대상이 되는 자산의 기준과 범위를 어떻게 규정할 것인지의 문제를 온전히 행정부의 재량과 자의에 맡긴 것이라고 볼 수 있으므로, 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 염려가 매우 크다고 할 것이다.

(5) 취득세 면제대상이 되고, 현물출자의 과세특례대상이 되는 자산은 현물을 출자하는 내국법인의 사업내용에 따라서 다양하고 사회경제적인 여건이 변화한다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 현물출자 과세특례대상으로 규정할 자산을 대통령령이 정하도록 위임해야 할 만큼 그 불가피성이 크게 존재한다고 볼 수 없다.

(6) 따라서 이 사건 법률조항은 국민의 재산권과 관련된 중요한 사항인 취득세 면제대상이 되고 현물출자 과세특례대상이 되는 자산의 기준과 범위를 구체적이고 명확하게 규정하지 아니한 채 법시행령에 포괄적으로 위임함으로써 국민으로 하여금 과세특례대상 자산의 종류와 내용을 예측할 수 없게 하고 나아가 행정부의 자의적인 행정입법권이 행사될 수 있는 여지를 남김으로써 포괄적인 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반될 뿐만 아니라 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조에 위반된다.

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

구 공유수면매립법 제26조 제2항 등 위헌소원

(2005. 4. 28. 2003헌바73 전원재판부)

【판시사항】

1. 면허 없이 공유수면을 매립한 데 따른 원상회복의무가 면제된 경우 당해 매립공사에 투입되거나 설치된 시설 기타의 물건을 국유화할 수 있도록 규정한 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항·제3항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 재산권 수용 규정인지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 무면허 매립자의 재산권, 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 매립면허 없는 자가 공유수면을 매립하였을 경우 이를 원상회복하여야 하는 것이 원칙이나, 원상회복을 할 수 없거나 원상회복의 필요가 없다고 인정되는 경우에 국가(건설부장관)는 매립자의 신청에 따라 그 원상회복의무를 면제할 수 있는바, 이와 같이 원상회복의무를 면제하였을 때에 국가는 무면허 매립자가 시행한 매립공사구역 내의 시설 기타의 물건을 국유화할 수 있는 것이다. 따라서 무면허 매립자는 원상회복을 위하여 투입될 비용과 자신이 수거할 수 있는 시설 및 토사 등의 가치를 비교하여 그 이익교량에 따라 매립공사 시행구역 내의 공유수면을 원상회복하고 매립지역 내에 있는 시설 기타 물건을 수거함으로써 원상회복의무를 이행함과 동시에 시설 기타 물건의 국유화를 피할 수도 있고, 반대로 원상회복의무를 면제받을 수도 있으므로 후자의 경우에 취하는 국유화조치는 국가가 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로 취득하는 수용에 해당하지 아니한다. 그리고 이 사건 법률조항은 그 규율의 형식과 목적의 면에서 볼 때, 국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성되어 있는 무면허 매립자의 구체적인 재산적 권리를 의도적·계획적으로 박탈하거나 제한하는 재산권의 수용 규정이라기보다는 무

면허 매립공사가 시행된 공유수면에 대한 국가의 배타적 관리권의 행사, 그 공유수면에 설치, 투입된 시설 기타의 물건, 나아가 당해 매립공사로 조성된 매립지에 대한 사후처리 내지 권리귀속관계를 일반적·추상적으로 형성하고 규율하는 규정으로서 재산권의 사회적 제약을 구체화하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법이라고 할 것이다.

2. 이 사건 법률조항은 비례의 원칙에 위배되지 않고 재산권의 본질적 내용도 침해하지 않고 있으며, 무면허 매립자의 원상회복의무가 면제된 경우 무면허 매립공사구역 내의 시설 기타의 물건을 국가의 소유로 귀속시키는 데에는 합리적인 이유가 인정되므로, 무면허 매립자의 재산권, 평등권을 침해하지 아니한다.

재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 반대의견

이 사건 법률조항으로 인하여 무면허 매립자들이 매립공사구역 내에 있는 시설 기타의 물건에 관한 재산권을 상실하는 것이 분명하므로 이것은 재산권의 수용에 해당한다. 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 있음에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 무면허 매립자에 대하여 아무런 보상조치도 규정하지 않고 있으므로 위헌이다.

【심판대상조문】

구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제26조(원상회복)

- ① 생략
- ② 건설부장관은 전항 단서의 규정에 의하여 의무를 면제하였을 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면에 있는 시설 기타의 물건을 국가의 소유로 할 수 있다.
- ③ 전2항의 규정은 면허 없이 공유수면을 매립하거나 면허실효 후 1년 이내에 제1항 단서의 규정에 의한 의무면제신청을 하지 아니한 경우에 이를 준용한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조 제1항, 제15조, 제23조, 제37조 제2항, 제119조 제1항, 제126조

- 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제26조(원상회복)
- ① 매립의 면허를 받은 자는 그 면허의 효력이 소멸되었을 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면을 원상으로 회복하여야 한다. 다만, 건설부장관은 원상회복을 할 수 없거나 원상회복의 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그 매립의 면허를 받은 자의 신청에 의하여 그 의무를 면제할 수 있다.
- ②, ③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226
헌재 2000. 6. 1. 98헌바34, 판례집 12-1, 607
헌재 2003. 8. 21. 2000헌가11등, 판례집 15-2상, 186
2. 헌재 2000. 6. 1. 98헌바34, 판례집 12-1, 607
헌재 2003. 8. 21. 2000헌가11등, 판례집 15-2상, 186
헌재 2004. 10. 28. 2002헌바41, 판례집 16-2하, 138

【당 사 자】

청 구 인 조○섭 외 1인

대리인 변호사 장기욱

당해사건 대전고등법원 2002나9835 부당이득금

【주 문】

구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것) 제26조 제2항 및 같은 조 제3항 중 ‘면허 없이 공유수면을 매립한 경우에 같은 조 제2항을 준용하는 부분’은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 충남 당진군 ○○면 ○○리 511의 1 입야 2,757㎡, 같은 리 511의 2 잡종지 18,498㎡(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)는 원래 공유수면이던 곳으로, 청구인들이 1980년경 관계 행정청으로부터 매립면허를 얻지 아니하고 무단으로 매립함으로써 조성된 토지이다.

(2) 국가는 이 사건 토지를 국유화하여 1988. 11. 30. 국가 앞으로 소유권보

존등기를 마친 후 국유재산의 관리처분계획에 따라 1989. 12. 30. 이를 충청남도에게 양여하여 1990. 1. 9. 충청남도 앞으로 이 사건 토지에 관한 소유권이 전등기가 경료되었다.

(3) 그런데 이 사건 토지는 1990. 7. 21. 건설부고시 제427호로 아산만 산업단지 개발구역에 편입되었다가 1996. 7.경 건설교통부고시 제1996-241호로 도로구역으로 지정되어 서해안고속도로 ○○휴게소 건설공사구역에 편입되었고, 이에 따라 충청남도는 1999. 12. 15. 한국도로공사와 협약을 체결하고 이 사건 토지를 위 공사에 처분한 후 손실보상금으로 589,225,500원을 수령하였다.

(4) 그러자 청구인들은 충청남도를 상대로 대전지방법원 서산지원 2000가합163호로, 청구인들의 출연과 노력으로 매립한 이 사건 토지를 국가가 불법 매립지라는 이유로 아무런 보상 없이 국유화한 다음 충청남도에 무상으로 양여하였고, 충청남도는 이를 처분하여 손실보상금을 수령하였으니, 충청남도는 법률상 원인 없이 얻은 손실보상금 상당액을 청구인들에게 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 주장하면서 그 일부금으로 2억 원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

(5) 그러나 위 법원은 2002. 11. 21. 국가가 구 공유수면매립법(1986. 12. 31. 법률 제3901호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제26조의 규정에 의하여 이 사건 토지를 국유화한 것은 정당하므로 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없고, 그 이후 충청남도가 국가로부터 이 사건 토지를 무상으로 양여 받은 것 또한 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없으므로, 충청남도가 그 후 한국도로공사에게 이 사건 토지를 처분하고 위 공사로부터 손실보상금을 지급받음으로써 위 보상금 상당의 이득을 취하였다고 하더라도 이를 법률상의 원인이 없는 이득이라고 할 수 없다는 등의 이유로, 청구인들의 청구를 기각하였다.

(6) 이에 청구인들은 대전고등법원 2002나9835호로 항소한 후 항소심 계속 중 제1심 판결의 전제가 된 구 공유수면매립법 제26조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다. 그러나 위 법원은 2003. 8. 20. 제1심 판결과 같은 이유로 청구인들의 항소를 기각하는 판결을 선고함과 동시에 위 위헌법률심판제청신청을 기각하는 결정을 하였다.

(7) 그러자 청구인들은 2003. 9. 15. 구 공유수면매립법 제26조 제2항·제3항의 위헌확인을 구하는 내용의 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 구 공유수면매립법 제26조 제3항 전단의 면허 없이 공유수면을 매립한 경우에 같은 조 제2항을 준용한다는 부분과 같은 조 제2항(이하 제2항과 제3항 전단을 합쳐 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)으로서 그 내용은 다음과 같다.

구 공유수면매립법 제26조(원상회복) ① 매립의 면허를 받은 자는 그 면허의 효력이 소멸되었을 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면을 원상으로 회복하여야 한다. 다만, 건설부장관은 원상회복을 할 수 없거나 원상회복의 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그 매립의 면허를 받은 자의 신청에 의하여 그 의무를 면제할 수 있다.

② 건설부장관은 전항 단서의 규정에 의하여 의무를 면제하였을 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면에 있는 시설 기타의 물건을 국가의 소유로 할 수 있다.

③ 전 2항의 규정은 면허 없이 공유수면을 매립하거나 면허실효 후 1년 이내에 제1항 단서의 규정에 의한 의무면제신청을 하지 아니한 경우에 이를 준용한다.

2. 청구인들의 주장과 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 이해관계인의 의견 요지

[별지] 기재와 같다.

3. 판 단

가. 공유수면매립에 따른 법률관계

공유수면을 매립하여 효율적으로 이용하게 함으로써 공공의 이익을 증진하고 국민경제의 발전에 기여할 목적(제1조)으로 제정된 구 공유수면매립법(이하 본 항에서는 ‘법’이라 한다)은 매립지의 소유관계를 비롯하여 공유수면매립에 따른 기본적인 법률관계를 규율하고 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

공유수면이라 함은 하천, 바다, 호소(湖沼) 기타 공공의 용에 사용되는 수류(水流) 또는 수면으로서 국가의 소유에 속하는 것을 말하는데(법 제2조 제1호), 공유수면은 그 자체가 직접 공공의 사용에 제공되는 자연공물이다.

공유수면을 매립하게 되면 토지가 조성되어 얻는 경제적 이익이 있는 반면, 당해 수면에 권리나 시설을 가진 자 및 공유수면을 이용할 수 있는 일반 국민의 권리를 침해하게 되고 환경보존이나 어장의 보호와 배치되는 측면이 있으므로, 공유수면의 매립은 국토의 보존·이용 및 관리계획에 따라 종합적이고 체계적으로 검토된 다음 신중하게 결정되어야 할 문제이다. 이에 따라 법은

공유수면을 매립하고자 하는 자에게 일정한 기준에 따라 대통령령이 정하는 바에 의하여 건설부장관으로부터 면허를 얻도록 하고 있다(법 제4조). 매립면허를 받은 자는 법에 따라 공유수면을 독점적, 배타적으로 매립할 수 있는 권리를 취득하고, 매립공사를 위하여 타인의 토지를 사용할 수 있으며(법 제11조), 준공인가 전이라도 매립지를 사용할 수 있는 권리를 가지나(법 제13조), 한편 권리자에 대한 손실방지시설 및 손실보상의무와 토지소유자에 대한 보상의무 등을 지게 된다(법 제16조 내지 제19조).

매립면허를 받은 자는 매립공사를 준공하였을 때 지체 없이 건설부장관의 준공인가를 받아야 하고(법 제12조), 위와 같이 준공인가를 받은 날에 공용 또는 공공의 용에 사용하기 위하여 필요한 매립지를 제외한 매립지의 소유권을 취득하게 된다(법 제14조 제1항).

그러나 매립면허를 받은 자는 그 면허의 효력이 소멸되었을 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면을 원상으로 회복하여야 한다(법 제26조 제1항 본문). 다만 건설부장관은 원상회복을 할 수 없거나 원상회복의 필요가 없다고 인정되는 경우에는 그 매립의 면허를 받은 자의 신청에 의하여 그 의무를 면제할 수 있다(법 제26조 제1항 단서). 그리고 건설부장관은 위 원상회복의무를 면제하였을 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면에 있는 시설 기타의 물건을 국가의 소유로 할 수 있다(법 제26조 제2항). 한편 매립면허의 효력이 소멸되었을 경우에 관한 위 규정들은 면허 없이 공유수면을 매립하였거나 면허실효 후 1년 이내에 원상회복의무면제신청을 하지 아니한 경우에도 준용하도록 되어 있다(법 제26조 제3항).

나. 재산권의 침해 여부에 대한 판단

(1) 이 사건 법률조항이 재산권의 수용 규정에 해당하는지 여부

(가) 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하여, 재산권행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있는바, 일반적으로 재산권의 수용이란 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하고, 강제적 박탈이란 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 취득하는 것을 의미한다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 243 참조).

그런데 이 사건 법률조항에 의하여 무면허 매립자가 시행한 매립공사구역 내의 시설 기타의 물건을 국유로 하는 것은, 매립면허 없는 자가 공유수면을

매립하였을 경우 원칙적으로 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면을 원상으로 회복하여야 하는 것이지만 원상회복을 할 수 없거나 원상회복의 필요가 없다고 인정되는 경우에 건설부장관은 매립자의 신청에 따라 그 원상회복의무를 면제할 수 있는바, 이와 같이 원상회복의무를 면제하였을 경우에 취하는 조치이다. 따라서 무면허 매립자는 원상회복을 위하여 투입될 비용과 자신이 수거할 수 있는 시설 및 토사 등의 가치를 비교하여 그 이익교량에 따라 매립공사 시행구역 내의 공유수면을 원상회복하고 매립지역 내에 있는 시설 기타 물건을 수거함으로써 원상회복의무를 이행함과 동시에 시설 기타 물건의 국유화를 피할 수도 있고, 반대로 원상회복의무를 면제받을 수도 있으므로 후자의 경우에 취하는 이 사건 법률조항에 따른 국유화 조치는 국가가 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로 취득하는 수용에 해당한다고 보기 어렵다(헌재 2000. 6. 1. 98헌바34, 판례집 12-1, 607, 618).

(나) 그리고 이 사건 법률조항은 적법한 면허를 받지 않고 무단으로 공유수면을 매립한 경우 공유수면을 원상회복시켜 원래대로 유지, 보전함을 원칙으로 하면서도 국토의 효율적 관리나 환경보전 기타 사회경제적 견지에서 매립의 결과를 그대로 두어도 무방하거나 그대로 둘 필요가 있는 경우에는 그 원상회복의무를 면제해 주는 대신 무면허 매립에 의하여 창출된 경제적 가치를 국가에 귀속시킴으로써 공유수면의 효율적인 이용을 통하여 공익을 증진하고 국민경제의 발전에 기여하고자 하는 공유수면매립법의 입법목적에 관철하려는 규정이라고 할 것이다. 그러므로, 이 사건 법률조항은 그 규율의 형식과 목적의 면에서 볼 때, 국가가 구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성되어 있는 무면허 매립자의 구체적인 재산적 권리를 의도적·계획적으로 박탈하거나 제한하는 재산권의 수용 규정이라기보다는 무면허 매립공사가 시행된 공유수면에 대한 국가의 배타적 관리권의 행사, 그 공유수면에 설치, 투입된 시설 기타의 물건, 나아가 당해 매립공사로 조성된 매립지에 대한 사후처리 내지 권리귀속관계를 일반적·추상적으로 형성하고 규율하는 규정으로서 재산권의 사회적 제약을 구체화하여 재산권의 내용과 한계를 정하는 입법이라고 하겠다.

(2) 이 사건 법률조항이 재산권의 내용과 한계를 정할 입법형성권의 범위를 넘어 재산권을 침해하는지 여부

(가) 입법자는 헌법 제23조가 정한 재산권보장의 취지와 공익목적에 위한 재산권제한의 필요성을 서로 형량하여 재산권의 내용과 한계를 구체적으로

정할 입법형성권을 갖는다. 그리고 이러한 입법형성권은 매립지 등과 같이 재산권의 객체가 사회적 관련성과 기능성을 강하게 가질수록 그 범위가 넓다고 할 것이다. 그러나 그러한 경우에도 재산권에 대한 제한입법 역시 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 비례의 원칙을 준수해야 하고, 재산권의 본질적 내용을 침해해서는 아니된다.

(나) 구 공유수면매립법의 입법목적이 공유수면에 대한 효율적 이용을 통해 공익을 증진하고 국민경제의 발전에 기여하는데 있음을 고려할 때, 이 사건 법률조항은 공유수면의 무면허 매립의 경우 국가가 공유수면에 대한 소유자이자 배타적 관리권자로서 매립자에게 원상회복을 명하여 공유수면의 현상을 보존하고 공물로서의 기능을 유지하도록 하되, 원상회복이 사회경제적으로 유익하지 않은 경우에 한하여 매립자의 신청에 따른 원상회복의무의 면제를 전제로 하여 매립자로부터 해당 시설 기타 물건에 대한 소유권을 박탈하고 이를 국유화할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 매립지 자체를 국토의 일부로서 국가가 보유, 관리하게 하는 규정으로서 그 목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 그와 같은 목적을 달성하기 위하여 효과적이고도 적절한 방법을 사용하고 있다고 할 것이므로 그 방법의 적정성도 인정된다고 하겠다.

(다) 그리고 무면허 매립의 경우 매립공사를 위해 설치 또는 투입된 시설 기타의 물건 나아가 매립공사에 따라 조성된 매립지에 대한 소유권 자체를 국가에 귀속시키는 것은 앞서 본 입법목적을 달성하는 데 있어 가장 효과적인 방법이자 불가피한 조치로서 달리 동일한 효과를 거두면서 보다 덜 제한적인 방법을 찾기는 어렵다고 할 것이다. 왜냐하면, 매립자의 면허 유무와 관계없이 매립공사에 투입한 노력이나 비용, 조성된 매립지의 기능 및 사회경제적 가치 등을 형량하여 매립자가 설치 또는 투입한 시설 기타 물건의 소유권의 귀속관계를 탄력적으로 정하거나 매립자에 대한 보상 등 일정한 조정장치를 두는 것은 실질적인 공평을 기하는 면이 있을지는 몰라도 결과적으로는 공유수면의 무단매립에 따른 법률관계를 복잡하게 만들어 불필요한 분쟁을 야기시킬 뿐만 아니라 부적법하고 무분별한 공유수면 매립을 부채질함으로써 공유수면의 효율적 유지, 관리 자체를 불가능하게 할 여지가 많기 때문이다.

그리고 무엇보다도 이 사건 법률조항은 해당 시설 기타 물건의 소유자인 무면허 매립자의 의사를 무시한 국유화조치를 인정하지 않고, 원상회복이 불가능하거나 불필요한 경우에 한하여 매립자의 신청에 따라 그의 원상회복의무를 면제하는 절차를 거친 연후에 비로소 국유화가 가능하도록 하고 있다.

즉, 어디까지나 매립자로서는 원상회복에 드는 비용과 수거 후의 해당 시설 기타 물건의 가치를 비교 형량하여 자신의 비용부담으로 해당 시설 기타의 물건을 수거하여 소유권을 확보하든지, 아니면 원상회복의무의 면제에 대하여 그 시설 기타의 물건에 대한 소유권을 포기하든지 둘 중 하나를 선택할 수 있게 되어 있다.

이러한 사정들을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 그 입법목적 달성을 위하여 필요한 정도를 넘어 과도하게 재산권을 제한하는 것이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 무면허 매립자에 대한 기본권의 제한과 이를 통한 공익목적의 달성 사이의 법익형량에 있어 합리적인 비례관계를 유지하고 있다고 할 것이다.

(라) 결국 이 사건 법률조항은 헌법 제23조가 정하는 재산권에 대한 사회적 제약의 범위 내에서 공유수면의 무면허 매립을 위해 설치 또는 투입한 시설 기타의 물건의 처리 내지 권리귀속관계를 구체화한 것으로 비례의 원칙에 위배되지 않고 재산권의 본질적 내용도 침해하지 않는다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 재산권을 침해하지 않는다.

다. 평등권의 침해 여부에 대한 판단

무면허 매립자는 면허를 받은 매립자와 달리 이 사건 법률조항에 따라 매립에 관한 공사시행구역 내의 시설 기타의 물건에 대한 국유화를 수인하여야 할 경우가 있으므로 양자간 차별이 존재한다고 볼 수 있다.

그러나 위와 같은 국유화의 가능성은 매립자가 면허를 얻지 않은 채 매립을 한 데서 비롯된 것이고, 또 무면허 매립자라 할지라도 원상회복의무를 다 함으로써 위 국유화를 피할 수 있는 선택의 여지가 있으며, 면허 없는 매립자의 원상회복의무는 국토의 보존과 환경오염방지 및 어업권의 보호 등 공공의 필요와 자연공물인 공유수면의 원래 상태대로의 회복이라는 측면을 고려하여 부과되는 것인데, 이러한 원상회복의무가 면제됨에도 불구하고 무면허 매립자가 매립공사시행구역 내에 투입한 시설 기타의 물건을 그대로 보유하게 함은 공유수면의 공공성 확보라는 공익과 배치되므로, 이 사건 법률조항에 따라 무면허 매립자에 대하여 원상회복의무가 면제되었을 경우 매립공사시행구역 내의 시설 기타의 물건을 국가의 소유로 귀속시키는 데에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

따라서 이 사건 법률조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다.

라. 직업선택의 자유, 행복추구권의 침해 여부 및 경제질서의 기본에 관한

헌법 제119조 제1항, 사영기업의 국·공유화 또는 통제·관리의 금지에 관한 헌법 제126조 위배 여부에 대한 판단

위 나., 다.항에서 살펴 본 바와 같은 이유에서, 이 사건 법률조항이 청구인들의 직업선택의 자유나 행복추구권을 침해한다거나 경제질서의 기본에 관한 헌법 제119조 제1항, 사영기업의 국·공유화 또는 통제·관리의 금지에 관한 헌법 제126조에 위배된다고 할 수는 없다.

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견과는 견해를 달리하므로 다음과 같이 우리의 의견을 밝히는 바이다.

다수의견은 이 사건 재산권 침해 여부에 대한 판단을 헌법 제23조 제1항 제2문과 제2항에 근거하여 입론하고 있다. 제1항 제2문은 재산권의 내용과 한계를 법률로 정한다는 것이고 제2항은 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다는 것인데, 내용과 한계를 법률로 정한다고 보는 것이나 재산권을 공공복리에 적합하도록 행사하여야 한다는 것은 모두 규율대상인 재산권의 내용을 다소간 남겨두거나(제1항 제2문의 경우) 재산권의 내용이 일부 남아 있는 것(제2항의 경우)을 논리적인 전제로 하는 것이다. 그런데 재산권의 내용으로 남아 있는 것이 전혀 없다면 더 이상 재산권을 행사할 여지가 없어 그 행사가 공공복리에 적합한지 어떤지를 따질 여지가 없기 때문에 그것은 이미 내용과 한계의 문제를 벗어난 것이다.

이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들이 매립공사구역 내에 있는 시설 기타 물건에 관한 재산권을 상실하는 것이 분명하므로 이것은 재산권의 수용에 해당한다. 따라서 이 사건은 헌법 제23조 제1항이나 제2항의 문제가 아니라 제3항의 문제인 것이다.

그런데 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 있음에도 불구하고, 이 사건 법률

조항은 청구인들에 대하여 아무런 보상조치도 규정하고 있지 않다.

이 사건 법률조항에 따른 재산권의 수용에는 필연적으로 무면허 매립자의 신청에 기한 국가의 원상회복의무 면제행위가 수반되나, 위 원상회복의무 면제신청을 당해 시설 기타의 물건에 대한 기부채납의 의사표시와 동일시할 수 없는 이상 이를 가지고 강제수용성을 부정하기는 곤란할 뿐만 아니라 무면허 매립공사시행구역 내 시설 기타 물건에 관한 재산권의 박탈과 위 원상회복의무의 면제가 실질적으로 대가관계에 있다고 할 수도 없으므로 위 원상회복의무의 면제가 보상에 갈음하여 행하여지는 것이라고 하기도 어렵다.

따라서 청구인들의 재산권을 수용하면서 아무런 손실보상의 규정을 두지 않은 이 사건 법률조항은 보상 없는 수용을 금지하는 헌법 제23조 제3항을 정면으로 위반한 것으로서 위헌이라고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김호종 김경일 송인준 주선희
전효숙 이상경(주심) 이공현

[별지] 청구인들의 주장 등

가. 청구인들의 주장

청구인들의 출연과 노력으로 조성된 이 사건 토지를 불법매립지라는 이유로, 국가가 아무런 보상도 없이 이를 국유화할 수 있도록 규정한 이 사건 법률조항은 청구인들의 재산권(헌법 제23조), 평등권(헌법 제11조 제1항), 직업선택의 자유(헌법 제15조), 행복추구권(헌법 제10조)을 침해하고, 경제질서의 기본에 관한 헌법 제119조 제1항, 사영기업의 국·공유화 또는 통제·관리의 금지에 관한 헌법 제126조를 위반한 것으로서 위헌이다.

나. 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유

구 공유수면매립법 제26조는 면허 없이 공유수면을 매립한 경우에 원칙적으로 그 매립자에게 그 무면허 매립지를 원상회복할 의무가 있는 것으로 규정하면서도, 다만 그 매립지를 원상회복하는 것이 불가능하거나 원상회복의 필요가 없다고 인정될 때에는 무면허 매립자의 신청에 의하여 그의 원상회복의무를 면제시키되 그 경우에는 매립에 관한 공사의 시행구역 내의 공유수면에 있는 시설 기타의 물건을 국가의 소유로 할 수 있는 것으로 규정하

고 있다.

원래 공유수면의 보전·이용 및 관리는 나라의 국토관리의 일환으로서 특히 공해의 예방 및 감경 등 환경문제와 직결되는 것이기 때문에 그 보전·이용 및 관리뿐만 아니라 그 매립은 법에 의하여 엄격한 규제를 받아야 하는 것으로, 법이 무면허 매립은 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위로 규정하고 있고, 무면허 매립지는 바로 이와 같은 위법행위로 인하여 조성된 것이기 때문에 이를 그대로 방치하는 것은 공유수면의 보전·이용 및 관리와 관련된 위와 같은 중요한 공익을 저해하는 결과가 되는 것이다.

그러므로 이와 같은 무면허 매립은 원칙적으로 이를 그 위법행위자로 하여금 원상회복을 시켜야 하는 것이나, 다만 그 원상회복이 불가능하거나 사회경제적으로 바람직하지 아니한 경우까지 이를 강제하는 것은 무용한 것이라는 고려에서 그러한 경우에는 무면허 매립자에게 원상회복의무를 면제시켜 주되, 그렇다고 하여 그로 하여금 무면허 매립지를 그대로 보유하게 하면 공유수면을 엄격하게 관리하여 이루려고 하는 공익적인 목적을 달성할 수 없게 될 우려가 있어 이를 국유로 귀속시킬 수 있도록 하는 규정을 둔 것으로 해석된다.

따라서 위 규정은 적법한 재산권을 무상으로 수용한 것도 아니고(설령 위와 같은 국유화를 일종의 수용으로 본다고 할지라도, 그 전제가 되는 무면허 매립자에 대한 원상회복의무의 면제는 결국 보상에 갈음하여 행하여지는 것으로 볼 수 있다), 무면허 매립자는 면허를 받은 자와 달리 국유화를 승인하여야 할 경우가 있다고 하더라도 이는 매립자가 면허를 얻지 않은 채 매립을 한 데서 비롯된 것이고, 또 무면허 매립자라 할지라도 원상회복의무를 다함으로써 위 국유화를 피할 수 있는 선택의 여지가 있는 등 그 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로 아무런 합리적인 이유 없이 면허에 의하여 매립된 토지와 무면허 매립지를 차별한 것도 아니어서 헌법 제23조, 제11조 제1항, 제10조 등에 위배된다고 할 수 없다.

다. 이해관계인들의 의견 요지

해양수산부장관과 충청남도지사의 각 의견도 법원의 위헌법률심판제청신청 기각이유와 대체로 같은 취지이다.

정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 등 위헌소원

(2005. 4. 28. 2003헌바40 전원재판부)

【판시사항】

1. 정부투자기관이 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 한 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(적극)

2. 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항을 재정경제부령으로 정하도록 한 정부투자기관관리기본법 제20조 제3항 중 “입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분”이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(적극)

3. 입찰참가자격제한의 근거규정의 전면적 효력 상실을 막기 위하여 헌법불합치결정을 하고 그 계속적용을 명한 사례

【결정요지】

1. 정부투자기관이 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 한 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항은 입찰참가자격제한의 핵심적·본질적 요소라고 할 수 있는 자격제한기간을 특정하지 않은 채 단지 “일정기간”이라고만 규정하여 입찰참가자격 제한기간의 상한을 정하지 않고 있는바, 이는 자격제한사유에 해당하는 자로 하여금 위 조항의 내용만으로 자격제한의 기간을 전혀 예측할 수 없게 하고 동시에 법집행당국의 자의적인 집행을 가능하게 하는 것이므로 위 법률조항은 명확성의 원칙에 위반된다.

2. 정부투자기관관리기본법 제20조 제3항 중 “입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분”은 정부투자기관의 입

찰참가자격제한처분권한을 규정한 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항에서 자격제한기간의 상한을 정하지 않은 채 “일정기간”이라고 불명확하게 규정함으로써 말미암아 하위법령인 재정경제부령에 자격제한기간을 전적으로 모두 위임한 것과 같은 결과를 초래하게 되었으므로 포괄위임금지원칙에 위반된다.

3. 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자가 정부투자기관의 계약에 관여함에 따라 발생할 우려가 있는 공적 피해를 예방하고, 정부투자기관이 추구하는 공적 목표 달성을 위한 계약의 충실한 이행을 확보하기 위해서는 위와 같은 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 법규정이 반드시 필요한데, 헌법재판소가 자격제한기간을 정한 입법형식에 잘못이 있다는 이유로 단순위헌결정을 통하여 입찰참가자격제한의 근거가 되는 규정 및 자격제한기간을 하위법령에 위임한 규정의 효력을 소멸시킨다면, 위와 같은 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 근거규범이 존재하지 않게 됨으로써 그러한 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 할 수 없게 되어 정부투자기관이 추구하는 공적 목표 달성을 위한 계약의 충실한 이행확보 및 부정당업자의 계약 관여에 따라 발생할 공적 피해의 예방이 불가능하게 되는 결과를 초래함으로써 위헌적인 이 사건 법률조항을 존속시킬 때보다 단순위헌의 결정으로 인하여 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있기 때문에 위 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속하게 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다고 한 사례.

【심판대상조문】

정부투자기관관리기본법 제20조(회계원칙 등) ① 생략

- ② 투자기관은 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여는 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 회계처리 및 계약의 기준·절차 및 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다.

【참조조문】

헌법 제11조, 제15조, 제37조 제2항, 제75조

정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위) ① 이 법의 적용대상이 되는 정부투자기관 (이하 “투자기관”이라 한다)은 정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자한 기업체로 한다.

② 생략

정부투자기관회계규칙 제23조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 투자기관의 사장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해할 우려가 있거나 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자로서 다음 각 호에 해당하는 계약상대자 또는 입찰참가자 (계약상대자 또는 입찰참가자의 대리인·지배인 기타 사용인을 포함한다)에 대하여는 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 그 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

1. 계약을 이행함에 있어서 부실·조잡 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자
2. 건설산업기본법·전기공사업법·정보통신공사업법 기타 다른 법령에 의한 하도급의 제한규정에 위반(하도급통지의무위반의 경우를 제외한다)하여 하도급한 자 및 투자기관의 승인 없이 하도급을 하거나 투자기관의 승인을 얻은 하도급 조건을 변경한 자
3. 독점규제및공정거래에관한법률 또는 하도급거래공정화에관한법률에 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격의 제한 요청이 있는 자
4. 조사설계용역계약 또는 원가계산용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자
5. 공사 또는 물품제조 등의 경우 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가하거나 사업장에서 산업안전보건법에 의한 안전 또는 보건조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망 등 중대한 위해를 가한 자
6. 정당한 이유 없이 계약을 체결 또는 이행(제17조의 규정에 의한 부대입찰에 관한 사항 및 국가를당사자로서하는계약에관한법률시행령 제72조의 규정에 의한 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자
7. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자
8. 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위의 서류를 제출한 자
9. 고의로 무효의 입찰을 한 자
10. 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 투자기관의 임·직원에게 뇌물을 준 자
11. 입찰참가신청서 또는 입찰참가승낙서를 제출하고도 정당한 이유 없이 당해회계연도 중 3회 이상 입찰에 참가하지 아니한 자
12. 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자
13. 감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자
14. 정당한 이유 없이 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니한 자

②~⑪ 생략

【참조판례】

- 1. 현재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64,78
현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341
현재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8
현재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16
- 2. 현재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591
현재 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8
현재 2002. 6. 27. 2000헌가10, 판례집 14-1, 565, 571

【당 사 자】

청 구 인 ○○건설 주식회사
대표이사 윤○일
대리인 법무법인 세종
담당변호사 하철용 외 1인
당해사건 수원지방법원 2000구합3073 입찰참가자격제한처분취소

【주 문】

- 1. 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 및 같은 조 제3항의 ‘제2항의 규정에 의한 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다’고 한 규정 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다.
- 2. 위 법률조항은 2006. 4. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요
(1) 청구인은 토목건축공사업을 영위하는 법인으로서 2001. 5. 3. 대한주택공사가 설계시공일괄입찰방식으로 발주한 ‘○○운전면허시험장 이전공사’의 실시설계적격자로 선정되었다.
(2) 대한주택공사의 사장은 2002. 8. 6. 청구인이 실시설계적격자로 선정되었음에도 정당한 이유 없이 실시설계도서를 제출하지 않음으로써 계약을 채

결하지 않았음을 이유로 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항·제3항, 정부투자기관회계규칙 제23조에 따라 청구인에게 2002. 8. 7.부터 2003. 2. 6.까지 6개월간 정부투자기관 등이 발주하는 공사에의 입찰참가자격을 제한하는 처분을 하였다.

(3) 청구인은 2002. 8. 14. 수원지방법원에 위 처분의 취소를 구하는 행정소송(2002구합3073호)을 제기하였으나, 위 법원은 2003. 5. 28. 청구인의 청구를 기각하는 판결을 선고하였고, 청구인은 2003. 5. 29. 서울고등법원에 위 판결에 대하여 항소하여 현재 소송계속중이다(2003누9734).

(4) 청구인은 당해사건의 1심 소송이 계속중인 2003. 1. 9. 수원지방법원에 이 사건 처분의 근거규정인 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항·제3항에 대한 위헌심판제청신청을 하였으나 위 법원은 2003. 5. 28. 위헌심판제청신청을 기각하였고, 2003. 6. 11. 청구인에게 기각결정문이 송달되었다. 이에 청구인은 2003. 6. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 쟁점은 사법상의 계약당사자인 정부투자기관에게 부당당업자에 대한 입찰참가자격제한을 할 수 있도록 한 것이 평등원칙, 비례원칙에 위반되는지 여부 및 입찰참가자격제한의 요건 및 제한기간을 정한 부분이 명확성의 원칙 내지 포괄위임금지원칙을 위반하였는지 여부에 있으므로, 정부투자기관관리기본법 제20조 제3항 중 '제2항의 규정에 의한 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다'고 한 부분을 제외 한 나머지 부분은 심판의 대상에서 제외하기로 한다.

따라서 이 사건 심판의 대상은 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항(이하 '이 사건 자격제한조항'이라 한다) 및 같은 조 제3항 중 '제2항의 규정에 의한 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다'고 한 부분(이하 '이 사건 위임조항'이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이며, 그 내용은 다음과 같다.

(1) 심판의 대상

정부투자기관관리기본법 제20조(회계원칙 등) ② 투자기관은 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여는 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 회계처리 및 계약의 기준·절차 및 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항은 재정경제부령으로 정한다.

(2) 관련규정

정부투자기관관리기본법 제2조(적용범위) ① 이 법의 적용대상이 되는 정부투자기관(이하 “투자기관”이라 한다)은 정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자한 기업체로 한다.

정부투자기관회계규칙 제23조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 투자기관의 사장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해할 우려가 있거나 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자로서 다음 각 호에 해당되는 계약상대자 또는 입찰참가자(계약상대자 또는 입찰참가자의 대리인·지배인 기타 사용인을 포함한다)에 대하여는 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 그 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

1. 계약을 이행함에 있어서 부실·조잡 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자
2. 건설산업기본법·전기공사업법·정보통신공사업법 기타 다른 법령에 의한 하도급의 제한규정에 위반(하도급통지의무위반의 경우를 제외한다)하여 하도급한 자 및 투자기관의 승인 없이 하도급을 하거나 투자기관의 승인을 얻은 하도급 조건을 변경한 자
3. 독점규제및공정거래에관한법률 또는 하도급거래공정화에관한법률에 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격의 제한요청이 있는 자
4. 조사설계용역계약 또는 원가계산용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자
5. 공사 또는 물품제조 등의 경우 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가하거나 사업장에서 산업안전보건법에 의한 안전 또는 보건조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망 등 중대한 위해를 가한 자
6. 정당한 이유 없이 계약을 체결 또는 이행(제17조의 규정에 의한 부대입찰에 관한 사항 및 국가를당사자로하는계약에관한법률시행령 제72조의 규정에 의한 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자
7. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자
8. 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위의 서류를 제출한 자
9. 고의로 무효의 입찰을 한 자
10. 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 투자기관의 임·직원

에게 뇌물을 준 자

11. 입찰참가신청서 또는 입찰참가승낙서를 제출하고도 정당한 이유 없이 당해 회계연도 중 3회 이상 입찰에 참가하지 아니한 자
12. 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자
13. 감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자
14. 정당한 이유 없이 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니한 자

2. 청구인의 주장과 관계기관 의견의 요지

가. 청구인의 주장

사법상의 계약당사자인 정부투자기관에게 민사 또는 형사상 책임추궁 수단을 인정하는 외에 행정상 제재수단인 계약상대자 등에 대한 입찰참가자격제한을 할 수 있도록 한 것은 정부투자기관에게 합리적 이유 없이 우월적 지위를 부여한 것이므로 평등원칙에 위반된다.

이 사건 자격제한조항 및 위임조항에 의한 입찰참가자격제한은 계약의 목적, 성질, 규모 등을 고려하지 않은 채 일정기간 동안 국가, 지방자치단체, 정부투자기관이 발주하는 공사의 입찰참가자격을 일률적으로 제한함으로써 관급공사의 비율이 높은 건축업계의 현실에 비추어 입찰참가자격을 제한받는 자의 영업을 사실상 정지시키는 결과를 초래하므로 과도하게 직업의 자유를 침해한다.

이 사건 자격제한조항 및 위임조항은 하위법령인 재정경제부령에 입찰참가자격제한의 요건 및 제한기간을 위임함에 있어 '계약을 체결함에 있어 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자', '일정기간'이라는 포괄적이고 불명확한 표현을 사용하고 제한기간의 범위를 구체적으로 정하지 아니하는 등으로 명확성의 원칙 및 위임입법의 한계를 이탈하였다.

나. 법원의 위헌심판제청신청 기각결정 이유의 요지

정부투자기관의 업무는 국가나 국민에게 미치는 영향이 큰 공익과 직결되어 있는 관계로 그러한 업무를 수행하기 위한 사법상 계약은 체결과정의 공정성이 엄격하게 요구되므로 이러한 공정성을 보장하기 위해 정부투자기관에게 입찰참가자격을 제한할 수 있는 행정처분권한을 부여한 것은 합리적인 이유가 있으므로 평등원칙에 위반되지 않는다.

정부투자기관의 업무는 공익성을 가진다는 점, 입찰참가자격의 제한이 국

가, 지방자치단체, 정부투자기관이 발주하는 공사의 입찰을 제한하는 것에 그칠 뿐 그 밖의 경제활동은 제한하지 않는다는 점을 고려할 때 입찰참가자격 제한이 과도하게 직업의 자유를 제한하는 것은 아니다.

이 사건 자격제한조항 및 위임조항은 ‘계약체결에 있어서의 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자’에 대하여 재정경제부령으로 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 하여 그 기준을 제시하였고, 제한기간도 공정한 경쟁과 계약의 적정한 이행을 위하여 필요한 범위 내에서 위임을 한 것이므로 포괄위임금지원칙을 위반한 것이 아니다.

다. 기획예산처장관의 의견

정부투자기관의 사업은 공익과 결부되어 있으므로 계약체결의 공정성 및 이행의 확보가 공공성과 직결되고, 이행의무를 위반하는 경우 공익을 침해하게 되므로 이에 대한 보호장치가 필요하다.

정부투자기관에게 입찰참가자격제한처분권을 주지 않는다면 정부투자기관이 특정 상대방과 계약을 체결하지 않을 계약의 자유를 침해하게 된다.

정부투자기관의 계약상대방인 공사업체가 전적으로 관급공사계약을 기업의 존립의 수단으로 삼고 있다고 볼 수 없으므로 일정기간 입찰참가자격을 제한받았다고 하여 직업의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다.

라. 대한주택공사의 의견

정부투자기관은 공공복리와 행정목적의 달성을 위하여 계약의 이행을 담보하기 위한 각종 수단을 확보할 필요가 있으므로 이 사건 자격제한조항 및 위임조항은 평등원칙에 위반되지 아니한다.

이 사건 자격제한조항 및 위임조항에 의한 입찰참가자격제한은 정부투자기관이 발주한 공사를 낙찰받고도 계약을 체결하지 않음으로서 적정한 시기에 공익과 결부된 공사를 진행하지 못하게 하여 공익의 실현에 지장을 준 계약상대방에게 사후적 제재로서 일정기간 동안 입찰참가자격을 제한하여 향후 유사한 피해를 예방하는 것이므로 직업의 자유를 과도하게 침해한다고 할 수 없다.

이 사건 자격제한조항 및 위임조항은 제한기준을 ‘공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자’로 규정하고 있고, 제한기간도 공정한 경쟁과 계약의 적절한 이행을 위하여 필요한 범위라고 제한하여 하위법령에 위임하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙을 위반하였다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한제도

(1) 정부투자기관의 역할 및 특징

현대국가는 국민의 생활배려라는 공급행정의 일환으로서 국가의 기간산업 육성, 사회간접자본의 확충, 지역개발, 소비자보호, 재정확보 등 국가정책을 실현하기 위하여 독립법인을 설립하거나 사기업에 직·간접으로 출자하여 다양한 국책사업을 수행하고 있다. 이와 같은 사업은 국민생활에 필수적인 사업임에도 불구하고 거액의 투자를 요하거나 그에 대한 수요의 탄력성이 매우 낮아서 사기업의 자유경쟁에 맡겨서는 사회적 이익을 기대할 수 없는 경우가 대부분이고 또한 성질상 사인에게 경영시키기가 적합하지 않은 경우도 많기에, 국가가 사인의 경제생활에 개입하여 그것을 감독, 유도할 뿐 아니라 직접 기업을 설립하고 경영에 참가하게 되었으며 이러한 기업을 공기업이라고 한다(헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 판례집 13-2, 678, 681-682 참조).

정부투자기관은 이와 같이 국가공익사업의 합리적 운영을 통해 공익추구라는 사회적 기능을 담당하고 있는 공기업 중의 하나로서 국가가 납입자본금의 2분의 1 이상을 출자하고 있으며, 그 사업이 대부분 국민생활과 밀접하게 관련되어 있고 사실상 국가나 지방자치단체의 업무를 대행하거나 그로부터 위임된 업무를 수행하는 경우가 많다. 또한 정부투자기관의 공익성과 국민생활에 미치는 사회적, 경제적 영향력의 중대함에 비추어 정부투자기관관리기본법의 여러 규정을 통하여 정부는 정부투자기관 임원의 임면, 예산의 편성, 회계 및 감사, 사업계획의 보고 및 경영실적에 대한 평가 등 운영전반에 관하여 상당한 개입을 하여 실질적 지배력을 행사하고 있다.

(2) 정부투자기관의 계약의 공정성 보장

정부투자기관은 공적인 국가공공사업의 수행을 대행하기 위하여 설립되고 그 자본금의 2분의 1 이상이 국민의 세금으로 충당되며 정부의 실질적인 지배력이 미치는 공익기관이므로 정부투자기관의 계약행위에 있어서도 단지 투자기관의 사적 이익만을 위한다거나 투자기관 계약담당자의 주관적 판단만을 근거로 하여 계약이 체결되거나 이행되어서는 안 되고 계약체결과 이행의 전 과정에 있어서 공정성과 투명성이 더욱 크게 요청된다.

이러한 요청에 따라 정부투자기관관리기본법 및 그로부터 위임을 받은 재정경제부령은 정부투자기관이 행하는 계약에 있어서도 국가와 동일한 기준을 도입하여 일반경쟁입찰방식이라는 원칙 아래에 일정한 요건을 갖춘 자는 제

한 없이 입찰에 참여할 수 있게 함으로써 입찰방식, 낙찰자 결정방식, 계약체결의 이행과정 등 계약의 전 과정에 있어서 공정하고 투명한 절차를 확립하도록 하였고 동시에 계약에 있어서 정부투자기관이 가질 수 있는 우월적 지위의 남용을 억제하고 있다.

(3) 입찰참가자격제한제도의 취지

이 사건 자격제한조항 및 위임조항은 계약을 체결함에 있어 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자, 즉 부정당업자에 대하여 정부투자기관이 일정기간 입찰참가자격을 제한하는 처분을 할 수 있도록 하면서 입찰참가자격이 제한되는 부정당업자의 유형과 제한기간을 재정경제부령인 정부투자기관회계규칙에 위임하고 있다. 이에 따라 정부투자기관회계규칙 제23조 제1항은 제한기간을 1월 이상 2년 이하로 정함과 아울러 입찰참가자격이 제한되는 부정당업자의 유형을 앞서 본 관련규정의 내용과 같이 14가지로 나누어 정하고 있다.

이러한 입찰참가자격제한제도는 부정당업자가 정부투자기관의 계약에 관여함에 따라 여러 가지 공적 폐해가 발생할 우려가 있는 경우를 방지하고 계약의 공정성을 확보함과 동시에 정부투자기관이 추구하는 공적 목표를 달성하기 위하여 계약의 충실한 이행을 확보하는 것을 그 목적으로 한다.

나. 정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한제도의 위헌성 여부

(1) 직업의 자유의 침해 여부

정부투자기관의 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한은 투자기관이 ‘공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자’에 대하여 일정 기간 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 하는 것이므로 특정한 직업의 선택을 금지하거나 특정한 직업에의 접근 자체를 봉쇄하는 것이 아니다. 다만, 입찰자격제한을 받게 되는 일반인 또는 일반기업은 정부투자기관과 계약을 체결함에 있어서 공개입찰을 통하여 다른 기업과 자유롭게 경쟁하여 기업활동을 할 수 있는 자유를 제한 당하게 되므로 이러한 측면에서 직업의 자유를 제한받게 된다.

그러나 직업의 자유도 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 것이 아니며 공익상의 이유로 제한될 수 있다. 특히 직업행사의 자유에 대한 제한은 인격발현에 대한 침해의 효과가 일반적으로 직업선택 그 자체에 대한 제한에 비하여 적기 때문에, 그에 대한 제한은 보다 폭넓게 허용된다고 할 수

있다. 그러나 이 경우에도 개인의 자유가 공익실현을 위해서 과도하게 제한되어서는 안 되며 개인의 기본권은 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한되어야 한다는 비례의 원칙이 준수되어야 한다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등, 판례집 14-2, 410, 430).

(가) 입법목적의 정당성과 방법의 적정성

정부투자기관의 부정당업자 입찰참가자격제한제도의 목적은 앞에서 살펴본 바와 같이 정부투자기관의 사업이 갖는 공공성과 공익성에 비추어 보아 투자기관과의 계약체결의 공정성과 그 이행을 확보하기 위함이다. 정부투자기관은 국가가 사회정책상의 목적을 달성하기 위하여 자본금의 절반 이상을 투자한 기업이므로 정부투자기관이 실행하는 사업은 국민경제에 있어 매우 중요한 역할을 수행하며 그 비중 또한 점차 가중되고 있다. 따라서 공익을 증진시키고 국민생활의 편익을 도모하며 국민경제를 직·간접적으로 지원하는데 목적을 둔 정부투자기관이 체결하는 계약에 있어서 공정성과 이행의 확보는 필수적인 것이다. 정부투자기관은 계약의 공정성과 투명성을 확보하기 위해 일반 사인과는 달리 원칙적으로 경쟁입찰을 통한 계약체결을 원칙으로 하고 있는데 이러한 공개입찰에 있어서 공정한 경쟁을 해하거나 계약 후 적정한 이행을 담보하기 어려운 부적격자들이 낙찰에만 집착하여 행하는 많은 불법행위들을 그대로 방치한다면 이는 궁극적으로 공정성을 담보로 하는 공개입찰원칙을 무의미하게 만들게 될 것이다. 또한 일반의 사적인 계약과는 달리 정부투자기관과의 계약이행의무의 위반 등이 가져오는 공익에 대한 침해의 정도나 사회적 파급효과는 비교할 수 없을 정도로 크기에 적어도 그 계약을 체결함에 있어 최소한의 공정성과 적절한 이행의 보장은 필수적이라 할 것이다.

따라서 경쟁의 공정한 집행이나 계약의 적절한 이행을 해칠 것이 명백한 자에 대하여 정부투자기관이 공개입찰의 공정성 확보와 계약에 따른 충실한 이행을 담보할 목적으로 부정당업자에 대하여 입찰참가자격을 제한하는 것은 그 입법목적의 정당성이 인정되며 이러한 입법목적에 비추어 볼 때 방법의 적정성도 인정된다.

(나) 최소침해성과 법익의 균형성

청구인은 정부투자기관이 부정당업자에 대하여 일정기간 입찰참가 제한조치를 하지 않고도 투자기관의 계약에 준용되는 국가를당사자로하는계약에관한법률 제7조(개별사안마다 계약의 목적, 성질, 규모 등을 고려하여 입찰참가

자격을 제한할 수 있도록 하고 있음), 제9조(입찰보증금), 제12조(계약보증금), 제18조(하자보수보증금), 제26조(지체상금) 등의 규정만으로도 입찰목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 입찰참가자격까지 제한하는 것은 최소침해성원칙을 위반하는 것이라고 주장한다.

살피건대, 정부투자기관이 계약을 체결함에 있어서 공정성 및 이행을 확보하기 위해서는 다양한 수단이 있을 수 있고 각각의 수단이 독자적인 목적과 효과를 가질 수 있기 때문에 단지 다양한 수단이 존재한다는 이유만으로는 입찰참가자격 제한제도가 최소침해성원칙에 반하는 것이라고 단정하기 어렵다. 입찰참가자격제한제도는 일종의 사후제한으로서 정부투자기관이 시행하는 일반경쟁입찰에 있어서 부정한 행위를 한다든지 실제 낙찰자의 지위에 있는 자가 계약을 체결하지 않거나 적정한 시기에 공사를 집행하지 않는 경우에 그에 따른 공적 피해는 막대하므로 이러한 부정당업자에 대하여 일정한 기간 동안 입찰참가자격을 제한하는 것이며, 동시에 이후에 발생할 수 있는 또 다른 유사피해를 예방하는 것을 목적과 효과로 하는 수단이라고 할 수 있다.

따라서 청구인이 열거한 다른 수단들이 이와 같은 입찰참가제한의 목적과 효과 면에서 대체가능하면서 덜 제한적인 수단이라고 단정지을 수 없다. 또한 입찰참가자격제한제도는 부정당업자에 대하여 정부투자기관이 발주한 입찰 공고에 따라 청약을 할 수 있는 법적 지위를 부정당업자 지정 이후로 완전히 박탈하는 것이 아니라 일정기간 동안 제한할 뿐이고, 그 제한도 정부투자기관이 행하는 입찰참가자격에 한정하고 있을 뿐 이와 다른 경제활동을 제한하는 것도 아니다. 또한 관계법령은 입찰참가자격의 제한을 당한 자에 대하여 사전 의견진술의 기회를 제공하고 있고 사후에 이의신청권도 인정하고 있으며(정부투자기관회계규칙 제23조 제9항, 제24조), 정부투자기관의 입찰참가자격제한에 관한 법률 자체도 강행규정이 아니라 임의규정으로 하고 있다는 점에서도 최소침해성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다.

나아가 단지 일정한 기간 동안 정부투자기관이 발주하는 공개입찰에의 참가가 금지되는 부정당업자가 입는 피해는 부정당업자를 일정기간 동안 정부투자기관이 발주하는 공개입찰에서 배제함으로써 정부투자기관의 계약의 공정성과 적정한 이행을 담보하고 이를 통해 궁극적으로 정부투자기관이 수행하고 있는 공적 목적을 달성하고자 하는 공익보다 더욱 중요하다고는 볼 수 없어 법익균형성도 갖추고 있다.

(2) 평등권 침해 여부

청구인은 정부투자기관의 계약행위는 사적 계약으로서 계약당사자가 계약의 위반 및 부정당한 행위를 한 경우 당사자의 형사처벌을 요구하거나 민사상의 책임을 추궁할 수 있을 뿐임에도, 심판대상조항들은 계약당사자인 정부투자기관에게 입찰참가자격제한이라는 행정상의 제재처분 권한까지 부여하여 부당하게 정부투자기관을 보호하고 사인과 차별적 대우를 하고 있다고 주장한다.

무릇 정부투자기관은 국가의 출자에 의해 설립되어 대부분 국민생활과 밀접한 국가공익사업을 담당하고 있는 기관이므로 정부투자기관의 계약이 그 성질, 목적, 규모, 사회적 영향력 등에 있어서 단순한 사인의 계약과는 많은 차이가 있다. 외견상 국가의 행위는 아닐지라도 정부투자기관의 계약체결의 효과는 국민에게 직접적인 영향을 미칠 수 있고 계약이행의 대가로 지급되는 예산도 국민의 세금에 의해 조성된 것인 탓에, 정부투자기관의 계약을 기관 자체의 영리적 이익추구만을 목적으로 한 주관적인 판단에만 의존하게 방치할 수 없으며 정부투자기관을 일반사인과 마찬가지로 계약자치를 자유롭게 향유하는 주체로 인정할 수도 없다. 그러므로 정부투자기관의 계약을 국가계약과 동일시하여 일반경쟁입찰원칙을 적용하고 일정한 요건을 갖춘 자는 제한 없이 입찰에 참여할 수 있게 함으로써 정부투자기관의 자의에만 의존한 계약자 선정을 금하고 있으며 계약의 전 과정에 있어서 공정하고 투명한 절차의 확립을 도모하고 있는 것이다.

나아가 이와 같은 정부투자기관의 계약에 있어서의 공정성과 투명한 절차의 보장이나 계약 후 그것의 적정한 이행의무는 단지 투자기관에만 적용되는 것이 아니라 계약당사자인 입찰참가자 또는 낙찰자 등에도 적용되어야 한다. 앞서 살핀 바와 같이 정부투자기관의 계약상 일반경쟁입찰원칙의 목적은 공정한 경쟁원리에 따라 계약의 상대자가 될 것을 희망하는 자로 하여금 동일한 조건으로 공평한 경쟁을 시키고 정부투자기관이 요구하는 품질을 만족시킬 수 있는 적격자를 선정함으로써 공공사업의 시행과 공공서비스의 제공을 원활하게 하기 위한 것이다. 그런데 입찰자가 서로 담합을 한다든지, 고의로 무효의 입찰을 한다든지, 뇌물을 통해 낙찰을 받는다든지 또는 정당한 이유 없이 계약의 체결 또는 이행에 관한 사항을 이행하지 않는 등의 행위를 하는 경우에는 정부투자기관의 계약목적 달성이 어려워질 것이 예상되고 이는 궁극적으로 한 개인의 문제로 귀착되는 것이 아니라 사회적, 국가적 공익과

관련하여 커다란 피해를 초래하게 될 것이기 때문이다. 따라서 정부투자기관이 계약의 목적달성에 중대한 차질을 가져올 수 있는 부정당업자들에 대하여 일정기간 공개입찰에 참가할 자격을 제한할 수 있도록 하는 것은 합리적 차별의 범위를 벗어난 것이라 하기 어렵다.

(3) 소 결

그렇다면 정부투자기관이 부정당업자에 대하여 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 한 제도 자체가 비례의 원칙에 위반되어 직업의 자유를 침해한다거나 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

다. 이 사건 자격제한조항에 대한 명확성의 원칙 위반 여부

(1) 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권 제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341; 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8). 그러나 명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되고, 죄형법정주의가 지배하는 형사 관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16). 이러한 명확성의 원칙을 산술적으로 엄격히 관찰하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용은 부득이 하다고 할 수밖에 없으며, 당해 법률이 제정된 목적과 타규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비 여부가 가려져야 한다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78; 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8).

이 사건 자격제한조항은 “투자기관은 계약을 체결함에 있어서 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대하여는

일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이는 직업의 자유를 직접 제한하는 내용이므로 명확성의 요구가 보다 강화된다.

(2) 이 사건 자격제한조항은 투자기관의 입찰참가자격 제한대상자를 ‘공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자’로 규정하여 다소 광의의 개념을 포함하는 용어를 사용하고 있다. 명확성의 원칙이 불확정개념의 사용을 일체 금지하는 것은 아니며, 행정부로 하여금 다양한 과제를 이행하게 하고 개별적인 경우의 특수한 상황을 고려하여 현실의 변화에 적절하게 대처할 수 있도록 하기 위하여 입법자는 불확정개념을 사용할 수 있고 이로 인한 법률의 불명확성은 법률해석의 방법을 통하여 해소될 수 있다.

‘공정한 경쟁’과 ‘계약의 적정한 이행’의 사전적 의미가 불명확하다고 볼 수는 없지만, 다양한 유형의 행위가 공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해치는 행위에 포함될 수 있어 명확성의 원칙에 위반되는 것은 아닌지 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나, 정부투자기관의 계약이 일반경쟁입찰방식으로 이루어진다는 점에 비추어 본다면 ‘공정한 경쟁을 해치는 행위’에 입찰을 방해하는 행위, 입찰에 있어서의 담합행위, 낙찰을 위한 뇌물공여행위, 입찰서류 위조행위 등이 포함될 것임은 쉽사리 예측할 수 있다. 형법 제315조도 “위계 또는 위력 기타 방법으로 경매 또는 입찰의 공정을 해한 자는 2년 이하의 징역 또는 700만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정하여 입찰방해죄를 처벌하고 있는데 여기에서도 ‘입찰의 공정을 해한 자’라고 규정함으로써 어떠한 행위가 여기에 해당하는 행위인지에 대한 최종적인 판단을 법원의 해석에 맡겨 두고 있으며, 대법원은 입찰의 공정을 해하는 행위란 “공정한 자유경쟁을 방해할 염려가 있는 상태를 발생시키는 것, 즉 공정한 자유경쟁을 통한 적정한 가격형성에 부당한 영향을 주는 상태를 발생시키는 행위”라고 판시하고 있다(대법원 2003. 9. 26. 선고 2002도3924 판결). 또한 건설산업기본법 제95조도 건설공사의 입찰에 있어서 입찰가격을 조작하는 등의 불공정한 행위를 유형화하여 이를 위반한 자를 처벌하고 있다.

따라서 정부투자기관관리기본법의 입법목적과 앞서 본 관련 법규정들의 내용과 연관성 등을 고려해 본다면 ‘공정한 경쟁을 해치는 행위’의 개념과 범위를 충분히 예측할 수 있다.

다음으로 ‘계약의 적정한 이행을 해치는 행위’에 대하여 보면, 이러한 행위란 낙찰자로 결정된 이후에 계약을 체결하지 않거나 체결된 계약을 계약내용

대로 이행하지 못하는 행위를 말하므로 결국 일반 민법상의 계약책임(채무불이행책임이나 불법행위책임)으로 돌아와 해석할 수 있다.

그렇다면, ‘공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자’는 정부투자기관의 계약당사자가 계약체결과 그 이행과정에서 불공정한 행위를 하여 계약의 공정성과 적정성을 해치고 투자기관이 계약을 통해 달성하려는 목적을 해할 수 있는 자임을 넉넉히 예측할 수 있다.

(3) 반면, 이 사건 자격제한조항은 기간을 특정하지 않은 채 단지 ‘일정기간’이라고만 규정함으로써 입찰참가자격제한기간의 상한을 정하지 않고 있다. 물론 이 사건 자격제한규정의 입법목적에 비추어 볼 때 ‘일정기간’을 ‘공정한 경쟁과 계약의 적정한 이행을 위하여 필요한 범위 내의 일정한 기간’이라고 해석할 수도 있으나 이러한 해석에 따른다고 하더라도 여전히 기간의 상한은 전혀 예측할 수 없을 뿐 아니라 정부투자기관관리기본법의 입법목적과 다른 규정들과의 상호관계를 고려해 보더라도 제한기간의 상한을 미루어 알 수 있는 단서를 전혀 찾아볼 수 없다.

입찰참가자격제한기간은 제한사유 못지않게 자격제한의 핵심적·본질적 요소라고 할 것임에도 이 사건 자격제한조항은 그 상한을 전혀 규정하지 않음으로써 자격제한사유에 해당하는 자로 하여금 이 조항의 내용만으로는 자격제한의 기간을 전혀 예측할 수 없게 하고 동시에 정부투자기관의 자의적인 집행을 가능하게 한다.

따라서 이 사건 자격제한조항은 명확성의 원칙에 위반된다.

라. 이 사건 위임조항에 대한 포괄위임금지원칙의 위반 여부

(1) 이 사건 위임조항은 이 사건 자격제한조항이 규정하고 있는 입찰참가자격의 제한 등에 관하여 필요한 사항, 즉 입찰참가자격의 제한요건 및 제한기간을 재정경제부령에 위임하고 있다.

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.

(2) 이 사건 위임조항은 직업의 자유를 제한하는 내용이므로 위임에 있어서 구체성과 명확성의 요구는 강화된다고 보아야 한다(헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591; 1999. 1. 28. 97헌가8, 판례집 11-1, 1, 8). 그런

데, 위에서 본 바와 같이 입찰참가자격의 제한요건인 ‘공정한 경쟁 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자’에 대하여는 그 개념과 범위를 예측할 수 있고 따라서 여기에 대하여 하위법령인 재정경제부령에 구체화될 내용도 충분히 예측이 가능하다.

반면, 앞서 본 바와 같이 모법인 이 사건 자격제한조항의 ‘일정기간’의 개념은 매우 불명확하여 수범자인 국민으로 하여금 재정경제부령에 기간의 상한이 어느 정도로 정하여질지 전혀 그 대강을 예측할 수 없도록 되어 있으므로, 이 사건 위임조항 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분’은 포괄위임금지원칙에 위반된다(헌재 2002. 6. 27. 2000헌가10, 판례집 14-1, 565, 571 참조). 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 정부투자기관의 입찰참가자격제한은 직업의 자유에서 도출되는 경쟁의 자유에 대한 제한이므로 이러한 기본권의 제한입법은 적어도 급부행정영역보다 위임의 요건이 좀 더 엄격하여야 하고 특히 기간을 상정하고 있는 경우 제한기간은 당사자에게 아주 중요한 사항이므로 제한기간이 언제나 명확하게 법률로 정해질 수는 없다고 하더라도 적어도 제한기간의 상한정도는 법률로 정하여야 할 것이 요구된다. ‘일정기간’은 사전적으로는 ‘정해져 있는 기간’을 의미하나 사실상은 기간의 제한이 없는 것과 다를 바 없어 결국 하위법령에 자격제한기간을 전적으로 모두 위임하는 것과 같으며, 관련법조항을 종합적으로 살펴보아도 ‘일정기간의 상한’을 예측할 수 없다.

둘째, 일정한 자격이나 면허 등에 관한 사항을 규정하고 있는 각종 법률은 그 자격이나 면허 또는 그에 기하여 수행할 수 있는 업무와 관련하여 일정한 법규위반행위나 부정행위가 있을 경우 자격이나 면허를 취소하거나 정지시킬 수 있도록 규정하고 있다. 그러한 법률이 자격 등의 정지에 관하여 규정하는 형식을 살펴보면, 정지기간의 범위, 바꾸어 말하면 정지기간의 상한을 법률에 규정한 경우(의료법, 수의사법, 건축사법, 변호사법, 공인노무사법, 공인회계사법, 관세사법, 변리사법, 법무사법, 세무사법, 약사법)와 정지기간의 범위를 법률에 규정하지 않고 하위법령에 위임한 경우(국가를당사자로한계약에관한법률, 지방재정법)로 나눌 수 있는바, 대다수의 법률은 전자의 형식을 취하고 있다. 일례를 들어보면 약사법의 경우도 구약사법은 과거 “보건복지부장관은 … 기간을 정하여 … 약사 또는 한약사의 자격정지를 명할 수 있다.”고 규정하고 있었으나(구 약사법 제71조 제2항) 2002. 3. 30. “보건복지부장관은 약사 또는 한약사가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 면허를 취소하거나 1년의

범위 내에서 그 기간을 정하여 약사 또는 한약사의 자격정지를 명할 수 있다.”라고 개정되었다(제71조 제2항).

물론 이 사건 위임조항은 정부투자기관이 부정당업자에게 대하여 단순히 입찰참가자격을 제한할 수 있게 하는 것에 불과하여 자격 혹은 면허의 취소나 정지에 이를 정도의 중한 행정제재는 아니라고 볼 수도 있다. 그러나 하위 법령 및 관계법령은 투자기관의 장이 입찰참가가 제한된 자에 관한 사항을 각 중앙관서의 장, 특별시장, 광역시장, 도지사 및 다른 투자기관의 사장에게 통보하도록 하고 관보에 게재하도록 하고 있으므로(정부투자기관회계규칙 제23조 제5항) 입찰참가가 제한된 자는 제한기간 내에 정부투자기관에서 집행하는 입찰에의 참가만 금지되는 것이 아니라(정부투자기관회계규칙 제23조 제6항) 국가를당사자로하는계약에관한법률시행령 제76조 제8항과 지방재정법시행령 제71조에 따라 모든 국가계약 및 지방자치단체 계약에도 입찰참가가 금지된다.

이렇게 본다면 관급계약이 증가하고 있고 관급계약에 대한 선호와 의존도가 높아가고 있는 건축업계의 현실에서 정부투자기관의 입찰참가자격제한은 부정당업자로 지정된 자나 기업으로 하여금 국가, 지방자치단체 및 정부투자기관 등에서 실시하는 모든 입찰에 참가할 수 없게 하므로 사실상 법률이 예정한 제재의 효과나 제한의 정도가 매우 심각할 정도로 크다고 할 수 있다. 여기에 법령에 의한 부정당업자지정 요건에는 ‘감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자(정부투자기관회계규칙 제23조 제13호)’나 ‘정당한 이유 없이 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 않은 자(정부투자기관회계규칙 제23조 제14호)’ 등 행정당국의 판단재량이 개입될 여지가 있는 부분도 있고 부정당업자의 재지정과 관련된 경우 기간의 가중문제도 발생할 수 있으므로 입찰참가자격제한기간이 갖는 의미는 더욱 크다.

따라서 이와 같은 제재처분의 경우 그 기간이 갖는 의미는 요건만큼이나 핵심적이면서 본질적인 중요성을 갖는다 할 것이므로 적어도 법률에 제한기간의 예측이 가능하도록 상한 정도는 규정하고 있어야 한다. 또한 이 사건 자격제한조항의 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이어서 법률로 정하는 것이 심히 곤란한 경우라고 단정하기도 어렵고, 설령 그렇다고 하더라도 제한기간의 범위와 같은 핵심적·본질적 사항까지도 행정입법에 위임할 수밖에 없는 특별한 사정이 있다고 할 수는 없다.

결국 이 사건 위임조항 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 재정경제부령으로 정하도록 한 부분’은 입찰참가자격제한제도와 관련된 핵심적이고도 본질적인 요소라 할 수 있는 제한기간에 대하여 이를 구체적이고 명확하게 규정하지 않은 채 하위법령에 포괄적으로 위임함으로써 포괄위임금지원칙에 위배된다.

마. 헌법불합치결정

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다.

이 사건의 경우, 부정당업자가 정부투자기관의 계약에 관여함에 따라 발생할 우려가 있는 공적 폐해를 예방하고, 정부투자기관이 추구하는 공적 목표 달성을 위한 계약의 충실한 이행을 확보하기 위해서는 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 법규정이 반드시 필요한데, 헌법재판소가 입찰참가자격제한 제도 자체의 합헌성을 인정하면서도 단지 제한기간을 정한 입법형식의 잘못을 들어 단순위헌결정을 함으로써 당장 이 사건 자격제한조항 및 위임조항의 제한기간 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 효력을 소멸시킨다면, 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 할 수 없게 되어 부정당업자의 계약 관여에 따라 발생할 공적 폐해의 예방이 불가능하게 되는 결과를 초래함으로써 도리어 헌법적 질서와 멀어지는 바람직하지 못한 법적 상태가 야기될 우려가 있다. 따라서 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속하게 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다.

입법자는 입찰참가자격제한기간의 상한을 법률에 명시하지 아니한 채 하위법령에 이를 포괄적으로 위임하고 있는 이 사건 법률조항을 더 이상 그대로 존치시켜서는 아니되며, 법률에 입찰참가자격제한기간의 상한을 명확하게 규정하고 제한기간에 대하여 하위법령에 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 입법을 만들어 위헌적 상태를 제거할 의무가 있다 할 것이므로, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2006. 4. 30.까지 대체입법을 마련함으로써 이 사건 법률조항의 위헌적인 상태를 제거하여야 할 것이다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법에 합치하지 아니하나 이 사건 법률의

위험적인 상태를 제거한 대체입법이 이루어 질 때까지 잠정적으로 적용하도록 함이 상당하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

도로교통법 제70조 제2항 제2호 위헌소원

(2005. 4. 28. 2004헌바65 전원재판부)

【판시사항】

도로교통법상 음주운전금지규정(제41조 제1항)에 위반하여 사람을 사상한 후, 교통사고 사상자 구호의무 및 교통사고 신고의무(같은 법 제50조 제1항 및 제2항)를 이행하지 않음으로써 벌금 이상의 형을 선고받고, 운전면허가 취소된 사람은 운전면허가 취소된 날부터 5년간 운전면허를 받을 자격이 없다고 규정하고 있는 도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

운전면허 취득 자체는 직업의 선택이라고 보기 어렵지만 이 사건 법률조항은 그 효과로서 5년이라는 장기간 동안 운전면허를 취득할 수 없도록 규정하고 있으므로 이 사건 법률조항에 해당하는 사람들 가운데 자동차 등의 운전을 필수불가결한 요건으로 하고 있는 일정한 직업군의 사람들에게 대하여 종래에 유지하던 직업을 계속 유지하는 것을 불가능하게 하거나, 장래에 그와 같은 직업을 선택하는 것을 불가능하게 하는 효과를 발생시킨다. 따라서 이 사건 법률조항은 직업의 자유를 제한하는 법률조항이다.

자동차 등의 운전은 그 본질상 국민의 생명·신체·재산 및 공공의 안전에 위해를 가할 수 있는 위험성을 지니고 있으며, 이와 같은 위험성에 비추어 볼 때 자동차 등의 운전에 종사할 수 있는 운전면허를 취득하기 위해서는 일정수준 이상의 교통관련법규에 대한 준법 의식 및 사고발생시 책임있는 태도를 기본자격으로서 요구하게 된다. 그런데 이와 같은 의식 및 태도 등은 운전면허를 부여하기 위한 시험을 통하여 평가하기 어렵고, 그에 관한 평가는 운전면허를 취득하여 실제 교통에 관여하고 있는 사람들 가운데 그와 같은 자격을 갖추지 못하였음을 징표하는 행위를 한 사람들을 교통관여에서 배제

하는 방법으로 이루어진다.

이 사건 법률조항의 개별요건을 구성하는 행위들은 국민의 생명·신체 및 공공의 안전에 대한 침해와 직결되는 행위들로서 이들 행위를 금지하는 도로교통관련법규는 도로교통의 안전에 관한 기본규범이다. 도로교통 관련법규는 이 사건 법률조항의 요건을 구성하는 행위들에 대하여 이 사건 법률조항과는 별도의 행정상·형사상 책임을 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 이들 개별행위들이 모두 함께 결합될 경우를 규율하는 법률조항으로서, 그 행위에 따라 공중의 안전에 초래되는 위험성·침해의 중대성, 행위자의 안전·책임의식 결여의 정도 등에 비추어 볼 때 최소침해성의 원칙에 위반되는 입법이라고는 하기 어렵다. 또한 도로교통법 제70조 제2항은 이 사건 법률조항과 함께 각 호에서 정하고 있는 위법행위의 내용에 따라 그 면허결격기간을 1년부터 5년까지 각각 달리 규정하고 있으며, 이 사건 법률조항은 규정된 행위를 저지른 경우에도 그 위법행위에 대한 벌금 이상의 형의 선고 및 행정청의 운전면허취소를 추가적인 요건으로 하고 있는바, 이 사건 법률조항이 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 법률조항이라고 보기는 어렵다. 한편, 운전면허를 불가결의 요건으로 하는 직업은 상시 자동차 등의 운전을 담당하는 직업이라고 할 것이므로 공공의 안전에 미치는 효과가 다른 직업의 경우에 비하여 더 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 제한에는 그 제한에 상응하는 정도 이상의 중대한 공익이 존재한다. 결국, 이 사건 법률조항은 기본권 제한에서의 과잉금지의 원칙을 준수하고 있으므로 헌법에 위배되지 아니한다.

【심판대상조문】

도로교통법 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.

②~④ 생략

도로교통법 제70조(운전면허의 결격사유) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 당해 각 호에 규정된 기간이 지나지 아니하면 운전면허를 받을 자격이 없다. 이 경우 제1호 내지 제4호에 있어서는 벌금 이상의 형(집행

유예를 포함한다)의 신고를 받은 자에 한한다.

1. 생략

2. 제41조 또는 제42조의 규정에 위반하여 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항의 규정에 위반한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 5년

3.~7. 생략

【참조조문】

도로교통법 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 자동차등을 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.

도로교통법 제42조(과로한 때 등의 운전금지) 자동차 등의 운전자는 제41조의 규정에 의한 경우 외에 과로·질병·약물(마약·대마·향정신성의약품 그 밖의 행정자치부령이 정하는 것을 말한다. 이하 같다)의 영향 그 밖의 사유로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 염려가 있는 상태에서 자동차등을 운전하여서는 아니된다.

도로교통법 제50조(사고발생시의 조치) ① 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴(이하 “교통사고”라 한다)한 때에는 그 차의 운전자 그 밖의 승무원(이하 “운전자등”이라 한다)은 곧 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 제1항의 경우 그 차의 운전자등은 경찰공무원이 현장에 있는 때에는 그 경찰공무원에게, 경찰공무원이 현장에 없는 때에는 가장 가까운 경찰관서(지구대·파출소·출장소를 포함한다. 이하 같다)에 지체없이 사고가 일어난 곳, 사상자수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그 밖의 조치상황 등을 신속히 신고하여야 한다. 다만, 운행중인 차만이 손괴된 것이 분명하고 도로에서의 위협방지와 원활한 소통을 위하여 필요한 조치를 한 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제2항의 신고를 받은 경찰공무원은 부상자의 구호 그 밖에 교통위험 방지상 필요하다고 인정하는 때에는 그 신고를 한 운전자등에 대하여 경찰공무원이 현장에 도착할 때까지 현장에서 대기할 것을 명할 수 있다.

④ 경찰공무원은 현장에서 교통사고를 낸 차의 운전자등에 대하여 부상자구호와 교통안전상 필요한 지시를 명할 수 있다.

⑤ 긴급자동차 또는 부상자를 운반중인 차 및 우편물자동차 등의 운전자는 긴급한 경우에는 승무원으로 하여금 제1항과 제2항에 규정된 조치 또는 신고를 하게하고 운전을 계속할 수 있다.

도로교통법 제70조(운전면허의 결격사유) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 당해 각 호에 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. 제40조 제1항 또는 제2항의 규정에 위반하여 자동차 등을 운전한 경우에는 그 위반한 날(운전면허의 효력이 정지된 기간 중 운전으로 인하여 취소된 경우에는 그 취소된 날)부터 2년(원동기장치자동차면허를 받고자 하는 경우에는 6월). 다만, 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항을 위반한 경우에는 그 위반한 날부터 5년으로 한다.
2. 제41조 또는 제42조의 규정에 위반하여 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항의 규정에 위반한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 5년
3. 제40조 내지 제42조 외의 사유로 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 및 신고를 하지 아니한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 4년
4. 제41조 제1항의 규정에 위반하여 운전하다가 3회 이상 교통사고를 일으킨 경우에는 운전면허가 취소된 날부터, 자동차 등을 이용하여 범죄행위를 하거나 다른 사람의 자동차등을 훔치거나 빼앗은 사람이 제40조 제1항의 규정에 위반하여 그 자동차 등을 운전한 경우에는 그 위반한 날부터 각각 3년
5. 제41조 제1항 또는 제2항의 규정을 3회 이상 위반하여 취소되거나 제78조 제1항 제2호·제5호 또는 제6호의 사유로 취소된 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 2년
6. 제1호 내지 제5호에 정한 경우 외의 사유로 운전면허가 취소된 경우에는 취소된 날부터 1년(원동기장치자동차면허를 받고자 하는 경우에는 6월). 다만, 적성검사를 받지 아니하거나 운전면허증을 갱신하지 아니하여 운전면허가 취소된 사람 또는 제1종 운전면허를 받은 사람이 적성검사에 불합격되어 다시 제2종 운전면허를 받고자 하는 사람의 경우에는 그러하지 아니하다.
7. 운전면허의 효력의 정지처분을 받고 있는 경우에는 그 정지처분기간

도로교통법 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·제2호, 제3호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

1. 제70조 제1항 제2호 내지 제5호에 해당하게 된 때
2. 제70조의 규정에 의하여 운전면허를 받을 자격이 없는 사람이 운전면허를 받거나 허위 또는 부정한 수단으로 운전면허를 받을 때, 운전면허효력의 정지기간 중 운전면허증 또는 운전면허증에 갈음하는 증명서를 교부받은 사실이 드러난 때

3. 제74조 제1항 또는 제74조의2 제1항의 규정에 의한 적성검사를 받지 아니하거나 그 적성검사에 불합격된 때
 4. 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 때
 5. 운전면허를 받은 사람이 자동차 등을 이용하여 범죄행위를 한 때
 6. 다른 사람의 자동차 등을 훔치거나 빼앗은 때
 7. 다른 사람이 부정하게 운전면허를 받도록 하기 위하여 제71조의 규정에 의한 운전면허시험에 응시한 때
 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. 제42조의 규정에 위반하여 약물의 영향으로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 염려가 있는 상태에서 자동차 등을 운전한 때
 9. 이 법에 의한 교통단속임무를 수행하는 경찰공무원 등 및 시·군공무원에 대하여 폭행한 때
 10. 운전면허증을 다른 사람에게 빌려주어 운전하게 하거나 다른 사람의 운전면허증을 빌려 이를 행사한 때
 11. 자동차관리법의 규정에 의하여 등록되지 아니하거나 임시운행허가를 받지 아니한 자동차(이륜자동차를 제외한다)를 운전한 때
 12. 교통사고로 사람을 사상한 후 제50조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때
 13. 제1종 보통면허 및 제2종 보통면허를 받기 이전에 연습운전면허의 취소사유가 있었던 때
 14. 제41조 제1항 또는 제2항의 규정을 2회 이상 위반한 사람이 다시 제41조 제1항의 규정을 위반하여 운전면허 정지사유에 해당된 때
 15. 제74조 제4항의 규정에 의한 기간 내에 운전면허증을 갱신하지 아니하고 1년이 경과된 때
 16. 다른 법률의 규정에 의하여 관계행정기관의 장이 운전면허의 취소 또는 정지의 처분을 요청한 때
 17. 이 법 및 이 법에 의하여 도로교통의 안전과 원활한 소통을 확보하기 위하여 행하는 명령이나 처분을 위반한 때
- ② 지방경찰청장은 연습운전면허를 교부받은 사람이 운전 중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으키거나 이 법 또는 이 법에 의한 명령에 위반한 때에는 그 면허를 취소하여야 한다. 다만, 본인에게 귀책사유가 없는 경우 등 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 지방경찰청장은 제1항의 규정에 의하여 운전면허를 취소하거나 정지한 때 또는 제2항의 규정에 의하여 연습운전면허를 취소한 때에는 그 운전면허 또는 연습운전면허를 받은 사람에게 행정자치부령이 정하는 바에 의하여 그 사실을 통지하여야 한다. 다만, 소재불

명으로 통지를 할 수 없는 때에는 그 면허증에 기재된 주소지를 관할하는 경찰관서에 10일간 공고함으로써 통지에 갈음할 수 있다.

【참조판례】

- 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 307-308
- 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 833-834
- 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 265

【당 사 자】

청 구 인 곽○덕

대리인 변호사 김봉호

당해사건 수원지방법원 2003구단5918 자동차운전면허취소처분취소

【주 문】

도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2003. 11. 6. 인천지방법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량) 등의 죄로 징역 8월에 집행유예 2년의 형을 선고받았으며, 그 판결은 확정되었다. 위 판결에서 법원이 인정한 청구인의 범죄사실의 요지는 다음과 같다.

청구인은 고물상도매업에 종사하는 자로서,

2003. 6. 12. 15:35경 혈중알콜농도 0.088퍼센트 정도로 술에 취한 상태에서 경기34라○○○○호 소나타 승용차를 운전하여 인천시 연수구 청학동 500의 5 앞 도로를 시속 약 30킬로미터로 대동월드 방향에서 홈센터 방향으로 진행하다가 술에 취하여 전방주시를 게을리한 과실로 피해자 박○희가 운전하던 인천30나○○○○호 승용차의 우측부분을 청구인 차량 앞부분으로 들이받아 위 박○희로 하여금 2주간의 치료를 요하는 경추부염좌상 등을 입게 함과 동시에 피해차량을 수리비 1,616,400원 상당이 들도록 손괴하고도 즉시 정차하

여 피해자를 구호하는 등의 조치를 취하지 아니하고 도주하였다.

(2) 경기지방경찰청장은 2003. 7. 22. 위 사고를 이유로 청구인에 대하여 자동차운전면허를 취소하고 면허시험 응시결격기간을 2008. 7. 21.까지로 정하는 처분을 하였다(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다). 청구인은 이 사건 처분이 지나치게 가혹하여 재량권의 범위를 일탈한 것으로 위법하다고 주장하면서, 경기지방경찰청장을 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 수원지방법원에 제기하였다(2003구단5918).

(3) 청구인은 위 사건이 수원지방법원에 계속중 이 사건 처분의 근거가 된 도로교통법 제70조 제2항 제2호에 대한 위헌심판제청을 신청하였다. 위 법원은 2004. 8. 13. 청구인의 위 제청신청을 기각하였다(2004카기27522).

(4) 이에 청구인은 같은 달 28. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 도로교통법 제70조 제2항 제2호에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 이 사건 심판청구를 통하여 도로교통법 제70조 제2항 제2호 전부에 대한 위헌 여부의 심사를 구하고 있다. 그러나 청구인의 위헌제청신청 및 이 사건 헌법소원심판청구의 취지를 종합하여 볼 때, 도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분을 제외한 나머지 부분은 청구인이 다투고자 하는 사항과 관련이 없다. 따라서 심판의 대상은 도로교통법 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분으로 한정함이 상당하다.

그렇다면 이 사건 심판대상은 도로교통법(이하 ‘법’이라 한다) 제70조 제2항 제2호 중 제41조 제1항 위반 관련부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 이 사건 법률조항과 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제70조(운전면허의 결격사유) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 운전면허를 받을 자격이 없다.

1.~7. 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 당해 각 호에 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. 제40조 제1항 또는 제2항의 규정에 위반하여 자동차등을 운전한 경우에는 그 위반한 날(운전면허의 효력이 정지된 기간 중 운전으로 인하여 취소된 경우에는 그 취소된 날)부터 2년(원동기장치자전거면허를 받고자

하는 경우에는 6월). 다만, 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항을 위반한 경우에는 그 위반한 날부터 5년으로 한다.

2. 제41조 또는 제42조의 규정에 위반하여 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항의 규정에 위반한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 5년
3. 제40조 내지 제42조외의 사유로 사람을 사상한 후 제50조 제1항 및 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 및 신고를 하지 아니한 경우에는 운전면허가 취소된 날부터 4년

4.~7. 생략

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 자동차등을 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 측정할 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.

제42조(과로한 때 등의 운전금지) 자동차 등의 운전자는 제41조의 규정에 의한 경우 외에 과로·질병·약물(마약·대마·향정신성의약품 그 밖의 행정자치부령이 정하는 것을 말한다. 이하 같다)의 영향 그 밖의 사유로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 염려가 있는 상태에서 자동차등을 운전하여서는 아니된다.

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

(지구대·파출소·출장소를 포함한다. 이하 같다)에 지체없이 사고가 일어난 곳, 사상자수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 그 밖의 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

[89헌가118, 1990. 8. 27. 도로교통법(1984. 8. 4. 법률 제3744호) 제50조 제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.]

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·제2호, 제3호(정기적성검사기간이 경과된 때를 제외한다), 제5호 내지 제8호, 제10호·제11호·제13호 및 제14호에 해당하는 때에는 그 운전면허를 취소하여야 한다.

1.~8. 생략

8의2. 제41조 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 한 때

8의3. 제42조의 규정에 위반하여 약물의 영향으로 인하여 정상적으로 운전하지 못할 염려가 있는 상태에서 자동차등을 운전한 때

9.~11. 생략

12. 교통사고로 사람을 사상한 후 제50조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 필요한 조치 또는 신고를 하지 아니한 때

13.~17. 생략

②, ③ 생략

2. 청구인의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 사고당시의 정황, 피해의 정도, 도주에 이르게 된 경위, 위반행위의 태양 등 제반사정을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 규율하여 요건에 해당하는 경우에는 필요적으로 5년간 자동차면허시험에 응시할 수 없도록 규정하고 있는바, 입법자가 임의적 규정으로도 법의 목적을 실현할 수

있는 경우임에도 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하고 있으므로 최소침해의 원칙에 위배되는 조항이다.

(2) 자동차 운행을 생계의 직접적인 수단으로 이용하는 국민들은 이 사건 법률조항에 의하여 생계에 중대한 지장을 받게 되는데, 법원의 재판과정에서 구체적인 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 공익침해의 정도에 상응하는 제재조치를 선택함으로써 공익을 달성할 수 있음에도 불구하고 이 사건 법률조항에 규정한 바와 같이 일률적으로 과도한 기본권 제한을 가하는 것은 비례의 원칙에 위배된다.

(3) 결국, 이 사건 법률조항은 행복추구권과 직업의 자유를 과도하게 침해하는 법률조항으로서 헌법에 위배된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 이 사건 법률조항은 음주운전으로 교통사고를 야기하여 사람을 사상한 후 그에 필요한 피해자의 구호조치를 취하지 아니하고, 경찰관서에 신고하지도 않은 것으로 그 행위에 이중의 반규범성을 나타내는 아주 제한적인 경우를 그 대상으로 하고 있고, 이에 해당하여도 그 구체적인 사안에 따라 면허정지처분에 그칠 수도 있다. 또한 법 제70조 제2항은 면허취소처분을 받은 경우에 한하여 그 면허결격기간을 그 사유에 따라 각기 달리 규정함으로써 사안의 유형에 따른 특수성을 이미 반영하여 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항 자체는 면허시험 응시결격기간을 5년으로 확정적으로 규정하고 있지만, 이는 사안의 유형별 특수성을 반영하여 규정한 법률조항들 중 하나로서 구체적인 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 여지를 일체 배제하였다고 할 수 없으므로 침해최소성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

(2) 교통사고를 야기하여 사람을 사상하고도 구호 등 필요한 조치를 취하지 않는 것, 주취중에 운전하는 것은 각각 공공도로를 이용하여 자동차 등을 운행할 기본적인 자격이 결여되었다고 볼 수 있는 징표라고 할 것인바, 이러한 두 가지 사유가 중첩하는 경우 결격기간을 가장 길게 정하고 있는 이 사건 법률조항은 교통사고로 인하여 발생할 국민의 생명, 신체에 대한 위협의 예방이라는 공익을 위한 적절한 조치로서 비록 자동차 등의 운행을 영업의 수단으로 하는 국민의 기본권을 제한한다고 하여도 이는 법익 균형성의 원칙에 위반하는 것이라고 하기 어렵다.

(3) 결국, 이 사건 법률조항은 행복추구권, 직업의 자유 등의 기본권을 침해하는 법률조항이라고 하기 어렵고, 따라서 헌법에 위배하는 법률조항이라고

할 수 없다.

다. 경찰청장의 의견

위 법원의 위헌제청신청의 기각결정의 이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 운전면허제도의 개관

(1) 운전면허제도

법은 도로에서 일어나는 교통상의 모든 위험과 장애를 방지·제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하기 위한 목적으로 제정된 법률이고(법 제1조), 법 제68조는 그 목적을 달성하기 위하여 자동차 등을 운전하기 위해서는 지방경찰청장의 운전면허를 받도록 하고 있다(법 제68조 제1항). 누구든지 법 제68조의 규정에 의하여 지방경찰청장의 운전면허를 받지 아니하고(운전면허의 효력이 정지된 경우를 포함한다) 자동차 등을 운전하여서는 아니된다(법 제40조 제1항).

(2) 운전면허결격사유

도로교통에서 일어나는 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험과 장애를 방지, 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하기 위해서 자동차 등의 운전자에게는 운전에 적합한 신체 및 정신적인 능력이 요구된다. 또한 교통질서의 안전 유지 및 도로상의 위험 및 그 피해의 확대를 방지하기 위해서는 운전자가 도로교통의 안전과 교통법규의 준수에 대한 일정수준 이상의 책임의식 및 안전의식을 가질 것이 요구되며, 이와 같은 요구에 부합하지 아니한 사람들이 운전면허를 취득하여서는 도로교통의 안전을 확보할 수 없다고 할 것이다.

그리하여 법은 운전자로서 요구되는 신체 및 정신적 능력이 부족하다고 객관적으로 판단되는 사유를 운전면허를 받을 수 없는 사유로 규정하는 한편, 중대한 교통법규를 위반함으로써 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험을 초래하였거나, 그와 같은 위험을 초래할 가능성이 높은 행위를 함으로써 객관적·일반적으로 운전에 적합하지 아니하다고 판단되는 사람을 운전면허를 받을 자격이 제한되는 사람으로 규정하고 있다(법 제70조 제1항 및 제2항).

나. 이 사건 법률조항의 의미 및 입법연혁

(1) 이 사건 법률조항의 의미

이 사건 법률조항은 법 제41조 제1항에 위반하여 주취중 운전을 하여 사람을 사상한 후 법 제50조 제1항의 구호의무 및 제2항 신고의무의 규정에 위반한 행위로 벌금 이상의 형을 선고받고 운전면허가 취소된 사람은 운전면허가

취소된 날부터 5년간 운전면허를 받을 자격이 없다고 규정하고 있는바, 이는 객관적으로 운전이 적합하지 아니하다고 판단되는 사람들에게 운전면허의 자격을 일반적으로 제한하는 운전면허의 결격사유의 하나이다.

한편, 이 사건 법률조항은 그 요건으로서 법 제41조 제1항 위반 이외에 법 제50조 제1항 및 제2항의 규정을 동시에 위반할 것을 규정하고 있다. 따라서 법 제50조 제1항의 구호조치를 취하였다면 제2항의 신고의무를 위반하였다고 하여도 이 사건 법률조항에 해당되지 아니한다고 할 것이며, 구호조치 없이 도주하였으나 경찰관서에 사고신고를 함으로써 신고의무를 이행한 경우에도 역시 이 사건 법률조항에 해당되는 경우라고 할 수 없다.

또한 이 사건 법률조항은 그 요건으로서 ‘벌금 이상의 형(집행유예를 포함한다)의 선고를 받을’ 것을 규정하고 있다. 따라서 벌금보다 가벼운 형을 선고 받은 경우는 이 사건 법률조항에 해당되지 아니한다.

(2) 이 사건 법률조항의 입법연혁

1961. 12. 31. 법률 제941호로 새로이 제정된 도로교통법은 이 사건 법률조항과 같은 내용의 운전면허결격사유를 규정하지 아니하였다. 동법 제57조는 면허수험결격사유를 규정하였는바, 동조 제5호에서 운전면허가 취소된 날로부터 1년을 경과하지 아니하거나 운전면허의 효력의 정지처분을 받고 있는 자는 운전면허시험을 받을 자격이 없다고 규정하고 있었을 뿐, 이 사건 법률조항과 같이 취소사유에 따라 유형별로 차별화된 운전면허결격기간을 규정하는 법률조항은 존재하지 아니하였다. 1995. 1. 5. 법률 제4872호의 개정으로 이 사건 법률조항이 신설되기 직전의 도로교통법은 제70조 제2항 제5호에서 운전중 고의 또는 과실로 교통사고를 일으킨 운전자가 제50조 제1항 및 제2항을 위반한 경우에는 2년의 기간동안 운전면허를 받을 자격이 없는 것으로 규정하고 있었다. 1995. 1. 5. 법률 제4872호로 개정된 도로교통법은 이 사건 법률조항을 신설하였는바, 이 사건 법률조항의 내용은 그 이후 현재까지 개정되지 아니하였다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 직업의 자유침해 여부

(가) 직업의 자유와 이 사건 법률조항

1) 직업의 자유의 의미

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”고 규정하여 직업의 자유를 보장하고 있고, 이러한 직업의 자유는 자신이 원하는 직업 내지 직

종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 개념이다. 이러한 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 행복추구권과도 밀접한 관련을 갖는다(헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537, 543; 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 307-308).

2) 이 사건 법률조항과 직업의 자유

이 사건 법률조항은 그 요건에 해당되는 사람들에 대하여 5년의 운전면허의 결격기간을 정함으로써 자동차 등의 운전이 부수되는 직업을 선택하기 위해 필요한 운전면허를 받을 수 있는 자격을 제한하고 있다.

살피건대, 운전면허 취득 자체는 직업의 선택이라고 보기 어려우며, 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 사유는 이미 자동차 등의 운전면허를 소지하여 운전에 종사한 사람의 일정한 행위를 문제삼고 있으므로 직업의 선택 자체를 금지한 것이 아니라 직업수행의 방법에 대한 제재로서의 성질을 지니고 있다. 하지만, 이 사건 법률조항은 그 효과로서 5년이라는 장기간 동안 운전면허를 취득할 수 없도록 규정하고 있으므로 이 사건 법률조항에 해당하는 사람들 가운데 자동차 등의 운전을 필수불가결한 요건으로 하고 있는 일정한 직업군의 사람들에 대하여 종래에 유지하던 직업을 계속 유지하는 것을 불가능하게 하거나, 장래를 향하여 그와 같은 직업을 선택하는 것을 불가능하게 하는 효과를 발생시킨다는 점 역시 부인할 수 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항에 기한 직업의 자유에 대한 제한은 단순히 직업을 수행하는 방법 등에 대한 제한에 그치는 것이 아니라 직업선택의 자유 그 자체를 제한하는 효과 역시 지니고 있다고 할 것이고, 따라서 이 사건 법률조항의 기본권 제한에 관한 위헌성은 이와 같은 기본권 제한의 효과를 전제로 심사되어야 할 것이다.

(나) 비례의 원칙위반 여부

헌법 제37조 제2항에 의하면 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 있다. 따라서 기본권제한입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소화, 그리고 그

입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2, 판례집 5-2, 578 참조).

1) 이 사건 법률조항과 목적정당성

이 사건 법률조항은 법 제41조 제1항에 위반하여 사람을 사상한 후 법 제50조 제1항의 구호의무 및 제2항 신고의무의 규정에 위반하여 운전면허가 취소된 사람은 자동적으로 5년의 기간 동안 운전면허를 받을 수 없도록 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 이와 같이 교통법규상의 운전자의 중대한 의무를 위반함으로써 국민의 생명 또는 신체에 대한 직접적인 침해 및 중대한 위험을 초래한 사람이 계속하여 교통에 관여하는 것을 금지함으로써 국민의 생명·신체·재산을 보호하고 도로교통에 관련된 공공의 안전을 확보하고자 하는 입법목적を 가지고 있다. 또한 5년의 운전면허 결격기간이라는 엄격한 제재를 통하여 그와 같은 행위를 억제하도록 하는 예방적 효과를 달성하고자 하는 것 역시 이 사건 법률조항의 입법목적이라고 할 것이다. 이와 같은 입법목적은 헌법 제37조 제2항이 정한 질서유지 내지 공공복리를 위한 정당한 입법목적이라고 할 것이다.

2) 이 사건 법률조항과 방법의 적절성

법 제41조 제1항에 위반하여 사람을 사상한 후 법 제50조 제1항의 구호의무 및 제2항 신고의무의 규정에 위반하여 운전면허가 취소된 사람은 교통법규상의 운전자의 중대한 의무를 위반함으로써 국민의 생명 또는 신체에 대한 위험을 초래하였다고 할 것이고 이는 당해 운전자의 교통법규준수에 관한 책임의식, 교통관여자로서의 안전의식 등이 현저히 결여되어 있음을 객관적으로 징표하는 것이라고 할 것이다. 이와 같은 사람에게 새로이 운전면허를 받을 자격을 중단없이 허용한다면 국민의 생명·신체·재산 및 도로교통에 관련된 공공의 안전에 심각한 위험을 초래할 가능성이 높다고 할 것이므로 이 사건 법률조항에서 그 요건에 해당되는 사람을 객관적으로 운전면허를 받기에 적합하지 아니한 사람으로서 5년의 기간 동안 자동적으로 운전면허를 받을 수 없도록 규정하고 있는 것은 입법목적의 달성에 적절한 방법이라고 할 것이다.

3) 이 사건 법률조항과 최소침해성

가) 이 사건 법률조항이 입법목적을 달성하기 위하여 기본권을 필요 최소

한도로 제한하는 것인지 살펴본다.

운전면허는 운전업무에 종사하는 자에 대하여 일정한 자격을 설정한 것으로 볼 수 있는데, 어떤 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가는 원칙적으로 그 업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려한 입법형성의 자유에 속하는 것이고, 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 기본권 침해 등의 위헌 문제가 생길 수 있는 것이다(헌재 2003. 6. 26. 2002헌마677, 판례집 15-1, 823, 833-834).

법 제41조 제1항의 주취운전금지라는 중대한 교통법규를 위반하여 사람을 사상한 후, 다시 법 제50조 제1항의 구호의무 및 제2항 신고의무의 규정에 위반하여 벌금 이상의 형을 선고받고 운전면허가 취소된 사람이 새로이 운전면허를 취득할 수 있는지 여부 및 새로이 운전면허를 취득하기 위한 기간을 얼마로 할 것인지 등은 기본적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속한다고 할 것이고, 다만 그 기준이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 설정된 경우에만 기본권 침해의 문제가 생길 수 있다고 하겠다.

나) 이 사건 법률조항이 그 요건에 해당하는 사람에 대하여 5년의 기간 동안 운전면허를 취득할 수 없도록 규정하고 있는 것이 입법자의 재량의 범위를 넘는 것인지 여부에 관하여 살펴보기로 한다.

자동차 등의 운전은 그 본질상 국민의 생명·신체·재산 및 공공의 안전에 위해를 가할 수 있는 위험성을 지니고 있으며, 이와 같은 위험성에 비추어 볼 때 자동차 등의 운전에 종사할 수 있는 운전면허를 취득하기 위해서는 일정 수준 이상의 교통관련법규에 대한 준법의식 및 사고발생시 책임있는 태도를 기본자격으로서 요구하게 된다. 그런데 이와 같은 의식 및 태도 등은 운전면허를 부여하기 위한 시험을 통하여 평가하기는 어려우며, 그 자격을 갖추었는지에 관한 평가는 운전면허를 취득하여 실제 교통에 관여하고 있는 사람들 가운데 그와 같은 자격을 갖추지 못하였음을 징표하는 행위를 한 사람들을 교통관여에서 배제하는 방법으로 이루어질 수밖에 없다고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 법 제41조 제1항의 위반행위를 범하여 사람을 사상한 후, 그 피해자에 대한 구호조치 및 신고의무를 이행하지 아니함으로써 운전면허가 취소된 경우를 그 요건으로 하고 있는바, 이들 개별요건을 구성하는 행위들은 국민의 생명·신체 및 공공의 안전에 대한 침해 또는 침해의 위험과 직결되는 행위들로서 이들 행위를 금지하는 도로교통관련법규는 도로교통의 안전에 관한 기본규범이라고 할 것이다. 이와 같이 일반인의 생명·신체의 보

호 및 공공의 안전과 직결되는 중대한 교통법규를 위반하여 사람을 사상한 후, 그 피해자에 대한 구호의무 등을 소홀히 한 행위는 당해 운전자가 자동차 등의 운전요구에 요구되는 안전의식 및 책임의식을 결여하였음을 징표하는 전형적인 행위라고 할 것이다.

한편, 도로교통 관련법규는 이 사건 법률조항의 요건을 구성하는 개별행위 및 복합적 행위에 대하여 무거운 행정상의 제재 및 형사책임을 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 이들 금지규범을 복합적·중첩적으로 위반한 경우 그 제재로서 5년의 운전면허결격기간을 규정하고 있는바, 이와 같은 법률효과는 요건을 구성하는 이들 개별행위가 결합될 경우 일반공중에 초래하는 위험·침해의 중대성 및 그와 같은 행위가 징표하는 행위자의 안전·책임의식 결여의 정도, 요건을 구성하는 개별 및 복합적 행위에 대한 행정상 제재 및 형사책임을 정도에 비추어 볼 때 입법형성의 자유를 벗어나는 과도한 입법이라고는 하기 어렵다고 할 것이다.

결국, 이 사건 법률조항이 요건에 해당하는 행위를 한 사람에 대하여 5년의 기간 동안 운전면허를 취득할 자격을 부여하지 않는 것은 공익을 위한 정당한 입법권의 행사라고 할 수 있을 뿐 입법형성의 자유를 벗어난 것이라고 볼 수 없다.

다) 청구인은 이 사건 법률조항이 임의적으로 그 목적을 달성할 수 있는 경우임에도 불구하고 필요적으로 규정하고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반하는 규정이라고 주장하고 있다. 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 ‘최소침해성의 원칙’에 위배된다는 것을 헌법재판소는 이미 여러 차례 확인하였다(헌재 1995. 2. 23. 93헌가1, 판례집 7-1, 130; 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550 참조).

이 사건 법률조항은 운전면허의 결격사유로서 자격제도의 일부를 형성하고 있다. 따라서 일정한 기준에 따른 동일한 조건에 놓인 사람들을 동일하게 취급하는 자격제도의 특성상 운전면허를 취득하고자 하는 사람들의 개별성과 특수성을 일일이 고려하는 것은 현실적으로 쉽지 아니하므로 어느 정도 일률적인 규율이 불가피하다고 할 것이다. 이 사건 법률조항이 정하고 있는 결격사유는 그 위반시 국민의 생명 및 신체에 직접적인 위험을 초래할 중대한 교통법규 위반행위와 그와 같은 위반행위에 따른 현실적인 사람의 생명 또는

신체에 관한 사고의 발생, 그리고 그와 같은 사고발생 후 피해자 등에 대한 추가적인 위험 야기라는 중첩적인 위법행위를 그 요건으로 규정함으로써 그 요건을 엄격하게 정하고 있다. 또한 법 제70조 제2항은 이 사건 법률조항과 함께 각 호에서 정하고 있는 위법행위의 내용에 따라 그 면허결격기간을 1년부터 5년까지 각각 달리 규정함으로써 사안의 유형에 따른 특수성을 이미 반영하여 규정하고 있다.

그리고 이 사건 법률조항은 그와 같은 행위를 저지른 경우에도 그 위법행위에 대한 벌금 이상의 형의 선고 및 행정청의 운전면허취소를 추가적인 요건으로 하고 있는바, 개별사건을 담당하는 법원이 구체적 사안을 심리하여 이 사건 법률조항이 규정하는 법률효과를 발생시키는 것이 지나치게 가혹하다고 판단하여 선고유예의 판결을 선고하는 경우 및 행정관청인 지방경찰청장이 구체적인 사안을 고려하여 운전면허의 취소가 아닌 정지처분을 내리는 경우에는 이 사건 법률조항에 해당되지 아니하게 된다. 이 점에서 이 사건 법률조항이 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 법률조항이라고 보기는 어렵다.

이와 같은 점을 종합하여 살펴볼 때 이 사건 법률조항이 입법형성의 재량의 범위를 넘어 기본권을 침해하였다거나 최소침해성의 원칙에 위반되지 아니한 것으로 판단된다.

4) 이 사건 법률조항과 법익균형성

국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서는 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260 참조).

자동차 등의 운전은 언제나 국민의 생명·신체·재산에 중대한 침해를 가할 수 있는 위험성을 지니고 있는 것이고, 따라서 그와 같은 위험이 현실화하는 것을 방지하기 위하여 사전·사후의 여러 가지 다양한 예방조치를 강구하여야 하는 것은 국가가 추구하여야 할 중대한 공익이라고 아니할 수 없다. 이 사건 법률조항이 정하고 있는 요건에 해당하는 운전자는 중대한 교통법규의 중복적 위반행위 및 그 침해의 결과에 비추어 볼 때 자동차 등의 운전자에게 요구되는 기본적 안전의식 및 책임의식의 결여를 표출하였다고 할 것이며, 만일 이와 같은 요건에 해당하는 사람에게 그 즉시 혹은 단기의 결격기간 경과 이후 바로 운전을 허용한다면 공중의 안전, 교통관여자의 교통규칙 준수에 관한 공중의 신뢰 등 공익에 나쁜 영향이 초래될 것이라는 점은 자명하다고 할

것이다.

한편, 이 사건 법률조항은 그 법률효과로서 5년간의 운전면허결격을 규정하고 있는바, 이는 자동차 등의 운전을 불가결의 요건으로 하는 직업을 수행하고 있는 사람들에게는 직업을 박탈하는 것과 다름없는 효과를 발생시키고, 이와 같은 효과는 해당 개인의 생계수단박탈의 의미를 가질 수도 있으므로 사익에 미치는 영향이 작다고 할 수 없다.

그런데 운전면허를 불가결의 요건으로 하는 직업은 상시 자동차 등의 운전을 담당하는 직업이라고 할 것이므로 이 사건 법률조항에 해당되는 사람들이 운전면허를 취득하여 이러한 직업을 새로이 취득하거나 종래에 종사하던 직업을 계속 유지한다고 하면 공공의 안전에 미치는 효과가 다른 직업의 경우에 비하여 더 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항의 요건에 해당될 경우 장래를 향하여 이러한 직업을 새로이 취득하려고 하거나, 종래에 종사하던 직업을 계속 유지하려고 하는 사람들의 교통관여를 배제할 필요성 내지 공익은 다른 운전자의 경우에 비하여 더욱 크다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 제한에는 그 제한되는 사익에 상응하는 정도 이상의 중대한 공익이 존재한다고 아니할 수 없다.

그렇다면, 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 사익이 중대한 것은 사실이나, 그와 같은 사익을 제한함으로써 달성할 수 있는 공익 역시 중대하다고 아니할 수 없으며, 제한되는 사익의 정도에 비추어 이 사건 법률조항이 달성하려고 하는 공익이 결코 작다고 하기 어렵다. 결국, 이 사건 법률조항은 도로교통에 따른 공공의 위험방지라는 공익과 자동차 등을 운전하고자 하는 사람의 기본권이라는 사익을 적절하게 조화시키는 입법이라고 할 것이다.

5) 소결론

그렇다면, 이 사건 법률조항이 그 요건에 해당하는 행위를 함으로써 교통관여에 요구되는 안전의식 등을 결여하였음을 징표하는 사람으로부터 교통상의 위험을 방지함으로써 국민의 생명, 신체 및 재산을 보호하고, 나아가 안전하고 원활한 도로교통을 확보하고자 하는 정당한 입법목적은 달성하기 위하여 일정한 기간 동안 운전면허를 취득할 자격이 없도록 규정한 것은 목적달성을 위한 적절한 방법이라고 할 것이다. 또한 이와 같은 제한은 이 사건 법률조항이 정하고 있는 개별 요건행위의 중대성, 그와 같은 중대한 개별요건행위의 중복적 위반을 요구하는 전제요건의 엄격성 등에 비추어 볼 때 입법형성의 재량을 위반한 것이라거나 최소침해성의 원칙에 위반한 것이라고 하기 어렵

다. 또한 교통상의 위험을 방지함으로써 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호와 안전하고 원활한 도로교통의 확보라는 공익은 제한되는 사익보다 결코 작다고 하기 어려우므로 기본권 제한의 입법한계인 비례의 원칙을 준수하였다.

(2) 행복추구권의 침해 여부

헌법 제10조에 의거한 행복추구권은 헌법에 열거된 기본권으로서 행복추구의 수단이 될 수 있는 개별적 기본권들을 제외한 헌법에 열거되지 아니한 권리들에 대한 포괄적인 기본권의 성격을 가지며, ‘일반적 행동자유권’, ‘개성의 자유로운 발현권’, ‘자기결정권’, ‘계약의 자유’ 등이 그 보호영역 내에 포함된다. 일반적 행동의 자유는 개인의 인격발현과 밀접히 관련되어 있으므로 최대한 존중되어야 하는 것이지만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여는 제한될 수 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 265).

이 사건 법률조항에서 정한 결격사유에 해당하는 사람은 일정한 기간동안 운전면허를 취득할 수 없어 적법하게 자동차 등을 운전하지 못하게 되므로 이는 일반적 행동의 자유에 대한 제한이 될 수 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 국민의 생명, 신체 및 재산에 대한 위험을 제거하고 안전하고 원활한 도로교통을 확보하려는 이 사건 법률조항의 입법목적의 달성을 통한 질서유지 또는 공공복리의 증진이라는 공익은 이 사건 법률조항에 의하여 제한되는 일반적 행동의 자유에 대한 제한이라는 사익보다 훨씬 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항은 행복추구권에 대한 제한의 측면에서도 기본권 제한의 입법한계인 비례의 원칙을 준수하였다.

4. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항 위헌확인

(2005. 4. 28. 2004헌마219 전원재판부)

【판시사항】

1. 국회의원의 피선거권 행사연령을 “25세 이상”으로 정한 것의 위헌 여부에 관한 헌법적 해명이 중대한 의미를 가진다고 보아, 예외적으로 권리보호이익을 인정할 사례
2. 공무담임권의 내용을 구체화하는 입법형성권의 범위와 한계
3. 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상의 국민으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항이 헌법에 위반되는지 여부 (소극)

【결정요지】

1. 국회의원의 피선거권 행사연령을 “25세 이상”으로 정한 것의 위헌 여부에 관해서는 아직 그 헌법적 해명이 이루어진 바 없어 향후 국회의원선거에 입후보하고자 하는 25세 이하의 국민들도 동일한 헌법적 의문을 제기할 가능성이 크다. 따라서 이에 관한 판단은 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 권리보호이익의 예외사유에 해당한 사례
2. 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것으로서 선거에 당선되거나 또는 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건을 충족하는 때에만 그 권리가 구체화되고 현실화되기 때문에 입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 각종 공직선거의 내용과 절차, 선거권·피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정하는 권한과 책임을 진다. 따라서 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어

면 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다.

3. 피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원으로 지위와 권한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할지라도 선거에 참여하여 국회의원으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권과 평등권이 침해될 수 있으므로 피선거권을 행사할 수 있는 연령의 설정은 이로써 달성하려는 공익과 그로 인한 기본권에 대한 제한 사이에 서로 균형과 조화를 이루도록 적정하게 정해져야 한다는 헌법적 한계가 있지만, 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높다거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아니다.

국가의 기관구성권과 정책결정권을 분리하고 정책결정권을 대의기관에게 자유위임하는 대의민주주의 통치질서에서 국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위변화 및 권한의 확대에 의한 고양된 대의활동능력 및 정치적 인식능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요국가의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로, 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것) 제16조(피선거권)

① 생략

- ② 25세이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.
- ③, ④ 생략

【참조조문】

헌법 제25조, 제41조 제1항, 제67조 제1항

국민투표법 제7조(투표권) 20세 이상의 국민은 투표권이 있다.

근로기준법 제62조(최저연령과 취직인허증) ① 15세 미만인 자(「초·중등교육법」에 의한 중학교에 재학 중인 18세 미만인 자를 포함한다)는 근로자로 사용하지 못한다. 다만, 대통령령이 정하는 기준에 따라 노동부장관이 발급한 취직인허증을 소지한 자는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 취직인허증은 본인의 신청에 의하여 의무교육에 지장이 없는 한 직종을 지정 하여서만 발행할 수 있다.

병역법 제8조(제1국민역에의 편입) ① 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.

② 삭제

병역법 제11조(징병검사) ① 병역의무자는 19세가 되는 해에 병역을 감당할 수 있는지의 여부를 판정받기 위하여 지방병무청장이 지정하는 일시 및 장소에서 징병검사를 받아야 한다. 다만, 군소요와 병역자원의 수급 등을 고려하여 19세가 되는 사람의 일부를 20세가 되는 해에 징병검사를 받게 할 수 있다.

② 징병검사를 받아야 할 사람이 이를 받지 아니하거나 징병검사가 연기(연기)된 사람으로서 그 연기사유가 소멸되는 사람은 그 해 또는 그 다음해에 징병검사를 받아야 한다.

③ 징병검사는 신체검사 외에 필요한 경우에는 인성검사(인성검사) 등을 실시할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 신체검사는 외과·내과 등 신체의 모든 부위(부위)를 검사하여야 하며, 필요한 경우에는 임상병리검사(임상병리검사)·방사선촬영(방사선촬영) 등을 할 수 있다.

⑤ 징병검사를 받지 아니한 사람이 제20조 제1항의 규정에 의하여 병무청장이 실시하는 현역병지원 신체검사(이하 “현역병지원 신체검사”라 한다)를 받은 경우에는 제1항의 규정에 의한 징병검사를 받은 것으로 본다. 다만, 18세인 사람의 경우에는 제12조 제1항의 규정에 의한 신체등위의 판정결과가 5급 또는 6급인 경우에 한한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176
- 2. 헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 223
- 3. 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779-780

【당 사 자】

청 구 인 조○준 외 4인

대리인 변호사 김정진

법무법인 명인

담당변호사 민경도 외 5인

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인들은 1979. 5. 26.에서 1983. 4. 1.까지 사이에 각 출생한 사람들로서 2004. 4. 15. 실시될 제17대 국회의원선거에 후보자로 입후보할 예정이다. 그런데 공직선거및선거부정방지법 제16조 제2항이 국회의원의 피선거권을 선거일 현재 25세 이상인 국민에게만 부여하고 있어 위 선거일 현재 25세에 달하지 못하는 청구인들로서는 위 선거에 후보자로 입후보할 수 없게 되었다.

이에 청구인들은 위 선거일 전인 같은 해 3. 18. 25세 이상인 국민에게만 국회의원의 피선거권을 부여한 위 법률조항이 자신들의 평등권과 공무담임권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제16조 제2항(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 것, 이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

공선법 제16조(피선거권) ① 선거일 현재 5년 이상 국내에 거주하고 있는 40세 이상의 국민은 대통령의 피선거권이 있다. 이 경우 공무로 외국에 파견된 기간과 국내에 주소를 두고 일정기간 외국에 체류한 기간은 국내거주기간으로 본다.

② 25세 이상의 국민은 국회의원의 피선거권이 있다.

③ 선거일 현재 계속하여 60일 이상(공무로 외국에 파견되어 선거일전 60일후에 귀국한 자는 선거인명부작성기준일부터 계속하여 선거일까지) 당해 지방자치단체의 관할구역안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상

의 국민은 그 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 피선거권이 있다. (이하 생략)

④ 생략

제17조(연령산정기준) 선거권자와 피선거권자의 연령은 선거일 현재로 산정한다.

제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조(선거권이 없는 자)제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자
2. 금고 이상의 형의 선고로 받고 그 형이 실효되지 아니한 자
3. 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 피선거권이 정지되거나 상실된 자
2. 청구인들의 주장과 중앙선거관리위원회위원장의 의견 요지
- 가. 청구인들의 주장 요지

(1) 국회의원의 피선거권을 제한하는 근거는 국회의원이 되고자 하는 자의 자질을 일정한 수준 이상으로 보장하려는 데 있다. 그러나 연령을 기준으로 하여 25세에 달하지 못하는 국민들이 일률적으로 모두 국회의원이 될 자격이 없다고 할 수 없고, 대학교 3학년 또는 4학년 정도의 대학생들의 경우 정치적인 활동을 할 수 있는 능력과 자질을 충분히 가지고 있으므로 이 사건 법률조항은 25세에 달하지 않은 국민인 청구인들의 평등권을 침해한다.

(2) 국회의원의 피선거권에 대한 연령제한은 국민의 정치적 의식수준과 전반적인 교육수준, 국가와 사회의 민주화 정도 및 언론자유 보장수준 그리고 세계 각국의 입법추세 등을 고려하여 결정되어야 한다. 그러나 25세 이상의 국민에게만 국회의원의 피선거권을 부여하는 이 사건 법률조항은 피선거권의 제한연령을 과도하게 높게 설정함으로써 청구인들의 참정권을 제한하고 있을 뿐 아니라 궁극적으로 민주주의의 발전과 국민주권주의의 실현을 방해한다.

(3) 병역법, 국가공무원법, 근로기준법이 병역의무의 부담연령, 공무원시험의 응시연령(8급, 9급 공무원), 근로연령을 통상 18세 이상으로 정하고 있는 것에 비추어 볼 때 25세 이상인 국민으로 국회의원의 피선거권을 제한한 것은 법제도의 일관성과 정합성에 반한다.

(4) 비교법적으로 대부분의 국가가 피선거권의 제한연령을 18세, 22세, 23세 등으로 정하고 있는데, 이에 비추어 보아도 25세 이상으로 피선거권을 제한한 것은 지나치게 높은 것이다.

나. 중앙선거관리위원회위원장의 의견 요지

선거관리기관인 중앙선거관리위원회위원장은 이 사건과 관련하여 특별한 의견이 없음을 우리재판소에 통지하여왔다.

3. 적법요건에 관한 판단

가. 현재성요건과 청구기간

청구인들이 주장하는 기본권침해는 이 사건 법률조항으로 인하여 후보자등록이 거부되거나 또는 후보자등록 무효사유가 존재함이 확인되는 시점에 비로소 현실화되었지만, 그 침해가 이 사건 심판청구 당시 이미 확실히 예측된다고 할 것이므로 기본권침해의 현재관련성이 인정된다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175등 각 참조).

그리고 이와 같이 장래 확실히 기본권침해가 예측되어 현재성을 인정하는 이상 청구기간의 도과 여부는 문제되지 아니한다. 청구기간의 준수 여부에 대한 심사는 ‘이미’ 기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제가 되는데, 이 사건의 경우 아직 기본권침해가 없지만 ‘장래’ 확실히 기본권침해가 예상되어 미리 앞당겨 그 법적 관련성을 인정하기 때문이다.

나. 권리보호이익

이 사건이 우리 재판소에 계속되어 있던 중에 제17대 국회의원선거가 실시되어 이미 종료되었는바, 비록 이 사건 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고된다고 하더라도 청구인들에 대한 주관적 권리구제는 이미 불가능하여 그 권리보호이익이 없다.

그러나 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 관해서는 아직 그 해명이 이루어진 바 없어 향후 국회의원선거에 입후보하고자 하는 같은 입장의 국민들도 동일한 헌법적 의문을 제기할 가능성이 크다. 따라서 이에 관한 판단은 기본권침해의 위험을 사전에 제거하는 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항으로서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지닌다고 할 것이므로 권리보호이익의 예외사유에 해당한다(헌재 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175-176 등 참조).

다. 소 결

이 사건 심판청구는 그 적법요건에 흠결이 없으므로 본안판단을 하기로 한다.

4. 본안에 관한 판단

가. 공무담임권의 내용을 구체화하는 입법형성권의 범위와 그 한계

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 규정하여 국회의원을 비롯한 각종 선거직공무원과 기타 국가기관의 공직에 취임하여 이를 수행할 권리를 기본권으로 보장하고 있다. 그러나 공무담임권은 원하는 경우에 언제나 공직을 담당할 수 있는 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회를 보장하는 성격을 갖는 것으로서 선거에 당선되거나 또는 공직채용시험에 합격하는 등 일정한 공무담임에 필요한 요건을 충족하는 때에만 그 권리가 구체화되고 현실화되기 때문에 입법자는 이러한 공무담임의 전제조건으로서 각종 공직선거의 내용과 절차, 선거권·피선거권 등 공직선거에 참여할 수 있는 권리 또는 자격을 구체적으로 정하는 권한과 책임을 진다(헌재 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 223 등 참조).

따라서 국회의원선거에 입후보하여 국회의원으로 당선될 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떤 조건으로 부여할 것인지는 입법자가 그의 입법형성권의 범위 내에서 스스로 정할 사항이지만, 이 때에도 헌법이 피선거권을 비롯한 공무담임권을 기본권으로 보장하는 취지와 대의민주주의 통치질서에서 선거가 가지는 의미와 기능이 충분히 고려되어야 한다는 헌법적인 한계가 있다.

나. 25세 이상의 국민으로 국회의원의 피선거권 행사연령을 정한 이 사건 법률조항의 위헌 여부

헌법 제25조에 근거하여 국회의원선거에 입후보하여 국회의원으로 당선될 수 있는 권리로서 피선거권의 내용과 그 행사절차를 정하는 것이 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있음은 위에서 본 바와 같다. 따라서 국회의원선거에 입후보하여 당선되기 위한 권리로서 피선거권을 누구에게, 어떠한 자격을 갖추었을 때 부여할 것인지의 문제, 즉 피선거권을 부여하기 위한 연령기준을 정하는 문제는 국회의원의 헌법상 지위와 권한, 국민의 정치의식과 교육수준, 우리나라 특유의 정치문화와 선거풍토 및 국민경제적 여건과 국민의 범감정 그리고 이와 관련한 세계 주요국가의 입법례 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 정책적으로 결정할 사항이라고 할 것이다.

그런데 피선거권의 행사연령을 지나치게 높게 설정하는 경우에는 국회의원으로서 지위와 권한에 상응하는 직무를 수행하기에 충분한 지적·정치적 능력과 자질을 갖춘 국민이라 할지라도 선거에 참여하여 국회의원으로 당선될 수 없다는 점에서 국민의 공무담임권과 평등권 등이 침해될 수 있으므로 피선거권을 행사할 수 있는 연령의 설정은 이로써 달성하려는 공익과 그로 인한 기본권에 대한 제한 사이에 서로 균형과 조화를 이루도록 적정하게 정해

져야 한다는 헌법적 한계가 있다고 할 것이지만, 입법자가 정한 구체적인 연령기준이 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 그 기준이 현저히 높거나 불합리하지 않다면, 이를 두고 헌법에 위반된다고 쉽사리 단정할 것은 아니다(헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등, 판례집 7-1, 768, 779-780; 2003. 8. 21. 2001헌마687등, 판례집 15-2상, 214, 223-224 각 참조).

(1) 대의기관으로서 국회의원의 지위 및 권한과 보통선거원칙

현대국가의 헌법은 그 정도에 차이가 있을 뿐, 국가기관구성권과 국가정책결정권의 분리를 전제로 하는 대의민주주의에 그 기초를 두고 있다. 대의민주주의는 치자와 피치자가 다르다는 것을 전제로 치자에게는 ‘정책결정권’을 부여함으로써 책임정치를 구현하고, 피치자에게는 ‘기관구성권’을 부여함으로써 치자의 정책결정권 행사에 정당성을 부여하는 한편 이를 통제하는 통치질서의 구성원리이다. 따라서 대의민주주의는 치자와 피치자를 매개하는 합리적인 선거제도를 마련함에 그 기능적인 출발점이 있다고 할 것인데, 이 경우에도 국민 각자의 존엄성을 보장하고 개인을 정치적 단위로 하여 모든 국민에게 국정에 참여할 기회를 보장하려는 보통선거의 원칙이 준수되어야 한다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항).

그런데 대의기관이 자신을 대표자로 뽑아준 유권자들의 의사와 이익만을 가감 없이 충실히 대표하여야 하고 또 그것만으로 대의제도의 실현이 가능하였던 대의제도 초기의 명령적 위임관계에서는 대의기관으로 당선될 권리 또는 자격으로서 피선거권에 대한 논의 그 자체가 큰 의미가 있을 수 없었다.

그러나 자유위임관계에 기초하여 국민의 잠재적 의사로서 부분이익을 넘어 전체이익을 대의하여야 하고, 현대의 산업사회가 요구하는 복잡하고 전문적인 정책사항에 관한 결정권한을 담당하는 현대 대의민주주의 통치구조 아래에서 대의기관의 피선거권을 구체적으로 정함에 있어서는 독자적인 신념과 양식에 기초한 스스로의 판단에 따라 국가의 전체의사를 발견하고, 이를 정책결정과정에 충실히 반영할 수 있는 정치적 대의능력과 전문적인 정책결정능력의 구비 여부가 대의기관으로 선출될 수 있는 자격으로 요구된다고 할 것이다.

더욱이 대의기관으로서 국회의원은 국민에 의하여 직접 선출된 선거직공무원으로서 국민의 의사를 국가의 의사결정에 반영하고 국정을 감시하며 통제하여야 할 국민의 대표자로서의 지위를 가짐과 동시에 국회의 구성원으로서 국가의사의 결정과정에 적극적으로 참여할 책임을 부담하는 헌법기관으로서

의 지위를 아울러 가지므로 국회의원으로 선출될 자격을 설정함에 있어서는 위에서 본 통상적인 대의기관으로서의 자격과 능력을 넘는 국회의원의 권한과 책임에 상응하는 강화된 정치적 인식능력과 대의적 활동능력에 대한 요구가 필연적으로 요청된다고 할 것이다.

이에 대하여 민주주의의 본질을 오로지 치자와 피치자의 동일성만으로 이해한 나머지 선거권이 인정되는 국민에게는 마땅히 같은 조건으로 피선거권도 인정되어야 한다는 견해가 있으나, 이미 지적인 바와 같이 피선거권은 국가 전체의 공영과 이익을 위하여 행사되어야 하는 것으로 국회의원이라는 공직이 가지는 직무의 특성을 고려하여 이를 능히 감당할 수 있다고 판단되는 객관적인 기준에 따라 피선거권의 내용도 독자적으로 정해져야 하므로 위와 같은 견해를 그대로 받아들이기는 어렵다.

(2) 대의능력과 전문적인 지식을 갖추기 위한 최소한 연령기준

위에서 본 바와 같이 대의기관으로서 국회의원은 국민의 전체이익을 대의하여야 하고, 국가정책사항의 복잡화·전문화에 따라 그에 상응하는 문제해결능력과 전문지식을 갖추는 것이 요구된다. 따라서 국회의원의 피선거권 행사 연령을 정함에 있어서는 이러한 국회의원의 지위와 직무에 상응하는 대의능력과 전문적인 지식을 갖추고 있는지 여부가 중요한 기준이 된다.

그런데 이와 관련하여 과연 무엇을 기준으로 하여 이러한 능력을 갖추고 있는지 여부를 판단할 것인가가 문제되는데, 개인마다 제각기 발전의 단계와 속도를 달리하는 인간의 지적·정치적 능력의 발전과정을 감안할 때, 모든 사람에게 타당할 수 있는 실질적이고 획일적인 판단기준을 제시하기는 매우 어렵다. 그러나 인간의 모든 능력이 학교교육을 중심으로 하는 정규 또는 비정규의 교육과정을 통하여, 또는 이를 대체하는 단계적이고 체계적인 직·간접의 경험과정을 통하여 점진적으로 향상되고 진보하는 것이라고 본다면, 적어도 교육기본법이 정하는 정규의 학교교육으로서 유아교육에서 고등교육에까지 이르는 모든 교육과정을 수료하거나 또는 이러한 정규교육과정을 대체하는 직·간접적인 경험을 충분히 쌓을 수 있는 일정한 연령에 도달하는 때에는 이러한 능력을 갖추고 있다고 판단할 수 있을 것이다.

(3) 국회의원이란 공직에 대한 국민의 기대로서 납세의무 및 병역의무의 이행

공선법 제49조는 국회의원선거에 입후보하기 위한 요건으로 공직자윤리법에 의한 등록대상재산에 관한 신고서, 공직자등의병역사항신고및공개에관한

법률에 의한 병역사항에 관한 신고서, 각종 세금의 납부 및 체납에 관한 증명서, 초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력에 관한 최종학력 증명서 등의 서류를 제출하도록 요구하고 있고, 이를 제출하지 않는 경우에는 그 입후보신청서를 수리하지 않도록 규정하고 있다. 이러한 자료제출요구는 국회의원직을 담당함에 있어서 적어도 소득을 창출하는 경제활동에 종사하여 성실히 납세의무를 이행하였을 것과 국가형성을 위한 기초적인 의무로서 병역의무를 성실히 수행하였을 것을 유권자로서 국민이 그 최소한의 자격요건으로 기대하고 요청하는 것이라고 볼 것이다.

따라서 국회의원의 피선거권 행사연령을 설정함에 있어서도 평균적인 국민이 독자적인 경제생활의 주체로서 경제활동을 영위할 수 있고, 남자의 경우 자신의 신체적 능력에 부합하는 병역의무를 성실히 수행할 수 있는 연령과 기간이 고려되어야 한다.

(4) 국회의원의 피선거권 행사연령에 관한 주요국가의 입법례

국회의원의 피선거권 행사연령에 관한 입법례는 미국이나 영국과 같이 연방제 또는 입헌군주제 국가임을 이유로 상원의 구성방법을 특별히 달리 정하고 있는 경우를 제외하면, 통상 18세에서 30세 사이에서 이를 정하고 있다. 구체적으로 예를 들어 살펴보면, 독일, 스페인, 캐나다 등은 피선거권의 행사연령을 선거권의 그것과 같이 18세 이상으로 정하고 있고, 영국(21세), 프랑스(23세), 미국(25세), 일본(25세), 이탈리아(25세), 알제리(28세), 터키(30세) 등은 피선거권의 행사연령을 선거권보다도 높게 정하고 있는데 영국의 경우에는 3살 높게, 프랑스, 미국의 경우에는 5살 또는 7살 높게 피선거권의 행사연령을 정하고 있다.

이러한 차이는 각국의 정치문화, 국회의원의 헌법상 지위와 권한, 국민의 정치의식 및 선거풍토, 교육제도 및 각종 사회제도의 차이에서 기인하겠지만, 일반적으로 선거권보다는 피선거권의 행사연령을 3세에서 7세 정도 높게 정하는 것이 주류적인 입법례로 보인다.

(5) 국가 또는 사회의 형성과 관련한 다른 연령설정규정과의 관계

국민투표법 제7조는 20세 이상의 국민에게 헌법개정안 등에 대한 국민투표권을 인정하고, 국가공무원법 제36조에 근거한 공무원임용시험령 제16조 별표4는 8급 및 9급공무원 또는 기능직 7, 8급 채용시험에 응시할 수 있는 연령의 하한을 18세로 정하고 있다. 그리고 근로기준법 제62조는 15세 미만인 자는 근로자로 사용하지 못한다고 하여 최저근로연령을 15세로 정하고, 병역법

은 제1국민역에의 편입시기를 18세(제8조 제1항)로, 징병검사시를 19세가 되는 해(제11조)로 각 정하고 있다.

그러나 국가나 사회를 형성할 권리와 책임을 부여하는 연령의 설정은 위 각 법률조항들의 입법취지와 각각의 영역에서 고려하여야 할 제반사정, 그리고 대립되는 관련이익들을 서로 교량하여 입법자가 각 영역마다 그에 상응하는 기준을 정하여야 하는 것으로 이러한 연령설정규정 전부에 보편적으로 타당한 일률적인 기준을 찾기란 애당초 불가능하다고 보아야 할 것이다.

따라서 이러한 연령제한규정들과 비교하여 이 사건 법률조항이 정하는 25세의 기준이 너무 높다는 주장은 이러한 영역에 따른 차이를 무시한 것으로 수긍하기 어렵다.

(6) 소 결

그렇다면 국가의 기관구성권과 정책결정권을 분리하고 정책결정권을 대의기관에게 자유위임하는 대의민주주의 통치질서에서 국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위변화 및 권한의 확대에 의한 고양된 대의활동능력 및 정치적 인식능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요 국가의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 이 사건 법률조항은 입법자의 입법형성권의 범위와 한계 내의 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다.

5. 결 론

청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

형사소송법 제312조 제1항 위헌제청

(2005. 5. 26. 2003헌가7 전원재판부)

【판시사항】

1. 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건을 정한 형사소송법 제312조 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다) 본문이 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항 단서가 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항 본문이 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 그것이 전문증거임에도 불구하고 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와는 달리 이 사건 법률조항 단서의 특히 신빙할 수 있는 상태(이하 '특신상태'라고 한다) 하의 진술이라는 조건하에 증거능력을 인정할 수 있도록 한 것은, 검사의 소송법적 지위를 고려하고 형사소송법이 목적으로 하는 적법절차에 의한 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 내용의 합리성이 인정된다. 더욱이, 검사 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다는 대법원의 새로운 판결에 의할 경우 이 사건 법률조항 본문으로 말미암아 피고인의 방어권 행사가 부당하게 곤란하게 된다는 평등원칙을 위배하여 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수 없다.

2. 피고인이 검사작성 피의자신문조서에 대하여 내용을 부인하는 경우에도 성립의 진정과 특신상태의 존재를 요건으로 하여 그 증거능력을 인정하는 이 사건 법률조항 단서 역시 적법절차에 의한 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 법원으로 하여금 특신상태의 존재 여부를 심사하게 한 후

그 존재가 인정되는 경우에만 증거능력을 부여함으로써 그 적용범위를 목적달성에 필요한 범위내로 한정하고 있으므로, 그 내용에 있어서 합리성과 정당성을 갖춘 규정이라고 할 것이다. 결국, 이 사건 법률조항은 입법자의 입법형성의 범위를 벗어난 것이어서 그로 말미암아 피고인의 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해한다고 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니한다.

재판관 김경일, 재판관 전효숙의 법정의견에 대한 보충의견

특신상태를 사실상 추정하여 온 법원의 실무관행은 본래 법원의 재판 영역에 속하는 것일 뿐, 이 사건 법률조항 단서의 불명확성에서 발생한 것이 아니다. 다만, 아직도 이 사건 법률조항의 명확성에 관한 논란이 계속되고 있고, 형사재판에서의 직접주의, 공판중심주의가 강조되는 오늘날의 현실을 감안하여 검사작성 피의자 신문조서의 증거능력을 부여하기 위한 요건을 좀 더 구체적으로 명확하게 규정하는 입법조치가 필요하다고 할 것이다.

재판관 운영철, 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 이상경의 반대이견

1. 이 사건 법률조항은 검사작성 피의자신문조서에 대한 증거능력을 부여하는 요건에 관한 것으로서 전문법칙의 예외인바, 피고인에게 불이익하게 작용할 수 있으므로 명확성의 원칙이 보다 높은 정도로 요구된다. 그런데 형사재판의 실무상 이 사건 법률조항 단서가 요구하는 특신상태가 사실상 추정되어 피고인이 그 입증의 부담을 안도록 운영되고 있다는 것은, 이 사건 법률조항 단서가 담고 있는 의미가 명확하지 않기 때문이고, 특히 위 단서의 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 법문언이 지니고 있는 모호성은 헌법상 원칙인 명확성원칙의 요청을 충족시켰다고 보기 어렵다.

2. 입법자가 형사소송법 제312조 제1항(이하 ‘법 제312조 제1항’이라 한다)을 통하여 경찰이 작성한 피의자신문조서와 구별하여 검사가 작성한 피의자신문조서에 대하여 보다 우월한 효력을 부여하기 위하여 가중

요건을 설정함에 있어서는 법 제312조 제1항 단서와 같이 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 모호한 요건을 규정함에 그칠 것이 아니라, 피의자의 변호인 참여 요구권에 대한 고지 절차 등을 통한 변호인 참여의 실질적인 보장이 증거능력 부여의 전제조건임을 명백히 하여 증거능력 부여의 요건을 보다 명확히 하는 한편 검사가 행하는 피의자신문의 절차적 투명성을 강조하는 입법적 조치를 고려하여야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 입법자는 법 제312조 제1항 단서의 내용을 정함에 있어서 입법자에 부여된 입법적 형성의 의무를 게을리 하여 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력 부여의 요건을 불명확하게 규율하였다.

3. 따라서 이 사건 법률조항 단서는 범규범의 정립에 요구되는 명확성의 원칙에 위배되는 위헌적인 법률이라고 판단된다. 다만 이에 대하여 단순 위헌을 선고하면 피고인의 지위를 더욱 불리하게 하므로, 피고인에 대한 입증부담 전가의 해소, 변호인참여의 실질적 보장 등의 입법적 개선을 촉구하는 헌법불합치 결정을 선고함이 상당하다.

【심판대상조문】

형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ① 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제27조 제1항

형사소송법 제244조(피의자신문조서의 작성) ① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야 한다.

② 전항의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려야 하며 오기가 있고 없음을 물어 피의자가 증감, 변경의 청구를 하였을 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다.

③ 피의자가 조서에 오기가 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 조서에 간인한 후 서명 또는 기명날인하게 한다.

형사소송법 제308조(자유심증주의) 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.

형사소송법 제309조(강제 등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

형사소송법 제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

형사소송법 제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ① 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

② 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자 신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

형사소송법 제317조(진술의 임의성) ① 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다.

② 전항의 서류는 그 작성 또는 내용인 진술이 임의로 되었다는 것이 증명된 것이 아니면 증거로 할 수 없다.

③ 검증조서의 일부가 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 것인 때에는 그 부분에 한하여 전항의 예에 의한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820
헌재 1997. 11. 27. 94 헌마60, 판례집 9-2, 675, 693-696
헌재 1995. 6. 29. 93헌바45, 판례집 7-1, 873, 882
대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 판결

【당 사 자】

제 청 법 원 광주지방법원 해남지원

제 청 신 청 인 문○옥

당 해 사 건 광주지방법원 해남지원 2001고단416 사기

【주 문】

형사소송법 제312조(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것) 제1항 본문 중 “검사가 피의자 … 의 진술을 기재한 조서” 부분 및 동 조항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인은 사기죄로 광주지방법원 해남지원에 2001고단416호로 기소되어 재판을 받던 중, ‘피고인이 된 피의자’에 대한 검사 작성의 피의자신문조서(이하 ‘검사작성 피의자신문조서’라 한다)는 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력을 인정할 수 있도록 규정한 형사소송법(1961. 9. 1. 법률 제705호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제312조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고, 위 법원은 그 신청을 받아들여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판대상 및 관련규정

심판의 대상은 법 제312조 제1항 본문 중 “검사가 피의자 … 의 진술을 기재한 조서” 부분 및 동 조항 단서(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정은 다음과 같다.

(1) 심판대상

법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ① 검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서와 검사 또는 사법경찰관이 검증의 결과를 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.

(2) 관련규정

법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서) ② 검사 이외의 수사기관 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

제244조(피의자신문조서의 작성) ① 피의자의 진술은 조서에 기재하여야

한다.

② 전항의 조서는 피의자에게 열람하게 하거나 읽어 들려야 하며 오기가 있고 없음을 물어 피의자가 증감, 변경의 청구를 하였을 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 한다.

③ 피의자가 조서에 오기가 없음을 진술한 때에는 피의자로 하여금 그 조서에 간인한 후 서명 또는 기명날인하게 한다.

제308조(자유심증주의) 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의한다.

제309조(강제 등 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

제310조(불이익한 자백의 증거능력) 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.

제310조의2(전문증거와 증거능력의 제한) 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다.

제317조(진술의 임의성) ① 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다.

② 전항의 서류는 그 작성 또는 내용인 진술이 임의로 되었다는 것이 증명된 것이 아니면 증거로 할 수 없다.

③ 검증조서의 일부가 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 것인 때에는 그 부분에 한하여 전2항의 예에 의한다.

2. 법원의 위헌제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 위헌심판제청 이유요지

이 사건 법률조항은 무죄추정을 받는 피고인의 공판정 진술보다 검사작성 피의자신문조서를 더 믿게 하는 것이어서 법원에 의한 공정한 재판받을 권리의 한 내용인 공판중심주의에 현저히 반한다. 또한 제3의 심판기관인 법원에 의한 재판이 실질적으로는 소추기관인 검사에 의하여 왜곡될 개연성을 제도적으로 보장하는 셈이 되므로 무죄추정의 원칙 및 적법절차의 원리에 위배된다.

이 사건 법률조항에 의하여 검사작성 피의자신문조서에 대하여 피고인이 그 조서의 내용을 부인하더라도 일정한 요건하에 증거능력을 인정하도록 하

는 것은 형사소송의 일방 당사자로서 유죄의 입증책임이 부과되어 있는 검사에게 책임을 경감시키는 부당한 혜택을 주고, 그 반사로서 피고인에게 불이익을 강요함으로써 공정한 재판의 틀을 깨는 것이 되어 평등권을 침해한다.

이 사건 법률조항이 인정하고 있는 검사작성 피의자신문조서의 강력한 증거능력으로 인하여 수사 및 소추의 주체인 검사로 하여금 특히 수사단계에서 자백의 확보에 주력하게 함으로써 그 과정에서 현실적으로 헌법상 고문금지, 진술거부권, 피의자의 생명권과 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 침해할 가능성이 높다.

나. 법무부장관, 검찰총장, 광주지방검찰청 해남지청장의 의견요지

이 사건 법률조항이 검사작성 피의자신문조서가 전문증거임에도 증거능력을 인정할 수 있도록 한 것은, 첫째 형사소송법이 목적으로 하는 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 둘째 검사는 판사와 동일한 자격을 갖춘 자로서 임명되고 공익의 대표자라는 지위에서 활동하므로 검사에 의한 피의자신문 과정에는 고문 등의 인권유린 행위가 개입될 가능성이 상대적으로 낮다는 판단에 따른 것으로서 합리적인 이유가 있으며, 셋째 증거능력 인정의 요건으로서 조서의 진정성립과 특신상태의 존재 이외에도 헌법상 보장된 적법절차의 요청에 따른 한계가 있으므로 검사작성 피의자신문조서에 대하여 그 성립의 진정함을 부정하거나 진술의 임의성을 다투거나 혹은 진술거부권의 사전고지가 없었거나 변호인의 접견교통권에 대한 위법한 제한이 있었음을 주장하는 등으로 그 증거능력의 인정을 차단하기 위한 다양한 방어방법을 선택할 수 있고, 넷째 비록 증거능력이 인정되는 증거라고 하더라도 그것이 과연 믿을 만한 것인가의 문제 즉 증명력의 유무는 오로지 법관의 자유심증에 맡겨진 것이어서 피고인은 자유로운 방법으로 그 증명력을 탄핵할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항이 평등권이나 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다거나 적법절차의 원리 및 무죄추정의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

검사의 수사과정에서 있었던 가혹행위 등은 예외적인 현상이지 이 사건 법률조항이 존재하기 때문이라고 할 수 없다. 이 사건 법률조항이 존재하기 때문에 가혹행위가 이루어진다거나 또는 반대로 이 사건 법률조항이 존재하지 않는다면 가혹행위가 없어질 것이라고 단언할 수 없기 때문이다. 요컨대, 이 사건 법률조항과 고문을 받지 아니할 권리, 진술거부권, 피의자의 생명권, 신체의 훼손을 당하지 아니할 권리는 직접적인 연관을 가진다고 할 수 없으며,

따라서 이 사건 법률조항이 그러한 권리들을 침해하고 있다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 법 제312조의 입법연혁과 목적

(1) 입법연혁

해방 후 형사소송법을 제정하는 과정에서 수사기관이 작성한 조서의 증거 능력에 관한 문제는 중요한 쟁점의 하나였다. 원래 법 제312조에 대한 형사소송법초안에서는 “검사, 수사관, 사법경찰관의 피의자의 … 진술을 기재한 조서 … 은 공판준비 또는 공판기일에 피고인의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 증거로 할 수 있다.” 라고 하여 수사기관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력을 폭넓게 인정하였고, 또한 검사와 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서에 증거능력의 차이를 두지 않았다.

그런데 동 초안이 법제사법위원회에 회부된 후 동 조문의 자구수정과 함께 그 단서로서 “단, 검사 이외의 수사기관에서 작성한 피의자의 진술조서는 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 공판정에서 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”고 규정하여 사법경찰관작성 피의자신문조서의 증거능력을 제한하는 내용이 신설되었다. 이와 같이 1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 형사소송법 제312조는 본문과 단서의 형태로 검사와 사법경찰관이 작성한 조서의 증거능력에 차이를 두고 있었다.

그러다가 1961. 9. 1. 법률 제705호 개정법에서 위 본문과 단서가 제1항과 제2항으로 나뉘어 규정되고, 그 제1항에 “단, 피고인이 된 피의자의 진술을 기재한 조서는 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 피의자였던 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.”는 단서가 추가되어 현재에 이르고 있다.

(2) 입법목적

인권보장과 수사의 효율성은 언제나 대립되는 이념으로서 이 둘의 조화점을 선택할 수밖에 없다. 우리 입법자가 그 조화의 방법으로 선택한 것은 수사의 결과물을 나중에 공판정에서 증거로 채용하는 것을 제한하는 방법이었다. 즉, 입법자는 수사기관이 작성한 조서의 증거능력을 제한함으로써 고문을 비롯한 강압수사를 예방할 수 있다고 보는 한편 소송경제라는 또다른 형사재판의 이념을 고려하여, 검사와 그 밖의 수사기관이 작성한 조서에 대하여 증거능력에 차별을 둬으로써 개인의 인권보장과 소송경제의 조화점을 달성하려고 한 것이다.

나. 이 사건 법률조항의 형사증거법상 의의

법 제310조의2는 '전문증거와 증거능력의 제한'이라는 제목으로 "법 제311조 내지 제316조에 규정한 것 이외에는 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 대신하여 진술을 기재한 서류나 공판준비 또는 공판기일 외에서의 타인의 진술을 내용으로 하는 진술은 이를 증거로 할 수 없다."고 규정하여 전문증거(傳聞證據)의 증거능력을 원칙적으로 부인하면서도 그 예외 인정의 길을 열어 놓고 있다. 예컨대, 법 제311조는 법원 또는 법관이 주재하는 절차에서 작성된 조서에 대하여 별도의 제한 없이 전면적으로 증거능력을 인정하고 있고, 이 사건 법률조항은 검사작성 피의자신문조서에 대하여 제311조의 경우보다 강화된 요건하에서 증거능력을 인정하고 있다.

즉 이 사건 법률조항에 의하면, 검사가 피고인이 되지 아니한 피의자에 대하여 작성한 신문조서나 참고인진술조서·검증조서는 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되는 것만으로 증거능력이 인정되는데 비하여, 검사작성 피의자신문조서는 그 성립의 진정이 인정되는 외에 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태(이하 '특신상태'라 한다)하에서 행하여진 때에 한하여 피고인이 공판정에서 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력이 인정될 수 있다. 이와 달리, 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 그것이 피고인이 된 피의자에 대한 것이라고 하더라도 성립의 진정이 인정되는 외에 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있는 것이다(법 제312조 제2항).

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 위헌심사의 기준

(가) 헌법 제27조 제1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하고, 같은 조 제3항은 "모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다."고 규정함으로써 재판청구권을 기본권으로 보장하고 있다. 우리 재판소는 지금까지 일관되게, 헌법 제27조 제1항의 재판청구권은 사법절차에의 접근뿐만 아니라 공정한 재판을 받을 권리, 즉 사법절차상의 기본권을 포함하는 포괄적인 권리임을 밝혀 왔다(헌재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 820; 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 693-696; 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 850 참조).

따라서 형사소송절차에서의 증거법칙을 규율한 이 사건 법률조항에 대한

위헌심사의 기준은 바로 헌법 제27조가 정한 재판청구권, 그 중에서도 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 침해 여부가 중심이 된다고 할 것이다. 그 밖에, 제정 법원이 주장하고 있는 심사기준 중 무죄추정의 원칙, 고문을 받지 아니할 권리 및 불리한 진술거부권, 생명·신체의 자유권은 비록 이 사건 법률조항 자체가 위와 같은 헌법상의 권리를 제한하려는 의도나 내용을 갖고 있지는 않다 하더라도 ‘재판청구권에 의한 보호범위’를 정함에 있어서 그 정신이 참작될 수 있다는 점에서 재판청구권과 기능적 상호연관성을 가진다고 할 것이므로 이에 대하여도 검토를 요한다고 할 것이다.

(나) 재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌심사 기준은 합리성원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다(헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 550; 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842, 851).

이 사건에서 보더라도, 이 사건 법률조항은 전문증거의 증거능력배제에 관한 이른바 “전문법칙”의 예외조항인바, 우리 헌법은 형사소송에서 전문법칙을 채택할 것을 직접적으로 요구하고 있지 아니하다. 그러므로, 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 구현하기 위하여 전문법칙을 채택할 필요가 있는지 여부 및 전문법칙을 채택할 경우 여러 가지 종류의 전문증거에 대하여 한결같이 동일한 전문법칙을 적용할 것인가 아니면 증거의 종류에 따라 전문법칙의 내용을 달리할 것인가 여부의 문제는, 입법자가 우리 사회의 법 현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식 수준, 수사기관에 의한 인권침해의 실태, 우리 형사재판의 구조 등 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정할 성질의 것이라고 할 수 있다(헌재 1995. 6. 29. 93헌바45, 판례집 7-1, 873, 882).

(2) 이 사건 법률조항의 합헌성

이 사건 법률조항이 규정하고 있는바 검사작성 피의자신문조서의 증거능력 인정요건은 앞에서 본 바와 같이 “성립의 진정”(본문)과 “특신상태의 존재”(단서)이다.

(가) 먼저 이 사건 법률조항의 본문에 대하여 본다.

1) 이 사건 법률조항 본문의 규정에 의하면, 검사작성 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서의 원진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에는 동 조항 단서의 일정한 조건하에 이를 증거로 할 수 있다. 여기서 성립의 진정이란 간인·서명·날인 등 조서의 ‘형식적인 진정’과 그

조서의 내용이 원진술자가 진술한 대로 기재된 것이라는 ‘실질적인 진정’을 모두 의미한다(대법원 1995. 10. 13. 선고 95도1761 판결).

2) 형사소송법의 목적은 적법절차에 의한 실체적 진실의 발견과 신속한 재판에 있는바, 검사를 비롯한 수사기관에서 작성한 피의자신문조서를 전혀 증거로 사용할 수 없다면 형사소송에 있어서 실체적 진실을 규명할 수 없게 되는 경우가 적지 않을 것이다. 피고인은 형사절차의 진행과 함께 유죄판결의 가능성이 높아진다고 느끼면 종전의 자백진술을 부인하기 쉬운데 반하여, 법원으로서 진술거부권(헌법 제12조 제2항 후단)으로 인하여 피고인에게 새로운 진술을 요구할 수 없으므로 그가 진범일지라도 증거불충분으로 무죄를 선고하지 않으면 안될 경우가 생겨날 수 있기 때문이다.

범죄의 수사는 검사, 사법경찰관리 및 특별사법경찰관리가 담당한다(형사소송법 제195조 내지 제197조). 그런데 검사는 사법경찰관리 및 특별사법경찰관리를 지휘·감독하며, 수사의 결과 공소제기 여부를 독립적으로 결정하고, 공판절차에서는 피고인에 대립되는 당사자로서 법원에 대하여 법령의 정당한 적용을 청구하는 광범위한 권한을 가진 국가기관이다. 그러므로, 이 사건 법률조항 본문이 검사작성 피의자신문조서에 대하여 그것이 전문증거임에도 불구하고 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서와는 달리 이 사건 법률조항 단서의 특신상태하의 진술이라는 조건하에 증거능력을 인정할 수 있도록 한 것은, 이러한 검사의 지위를 고려하고 형사소송법이 목적으로 하는 적법절차에 의한 실체적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로서 그 목적의 정당성과 내용의 합리성이 인정된다고 할 것이다.

한편, 대법원은 종래 소위 형식적 진정성립이 인정되면 그로부터 실질적 진정성립이 인정되는 것으로 추정하고 있었으나(대법원 1984. 6. 26. 선고 84도 748 판결; 2000. 7. 28. 선고 2000도2617 판결 등), 최근 2004. 12. 16. 선고한 2002도537 전원합의체 판결에서 대법관 전원일치의 의견으로 검사작성 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 판시하여 종전의 입장을 변경하였다. 이러한 대법원의 변경된 견해하에서는 피고인이 공판정에서 검사작성 피의자신문조서가 자신의 진술과 다르게 기재되었다고 주장하면, 즉 실질적 진정성립을 부인하면 당해 피의자신문조서의 증거능력이 인정되지 않고 따라서 동 신문조서를 유죄의 증거로 사용할 수 없게 되었다.

3) 요컨대, 이 사건 법률조항 본문의 합리성에 더하여 이제 대법원의 새로운 견해에 의할 때 동 조문으로 말미암아 형사소송의 일방 당사자로서 유죄의 입증책임이 부과되어 있는 검사의 책임이 경감되는 효과가 발생하지 않을 뿐만 아니라, 검사가 피의자의 자백을 얻기 위하여 무리하게 수사를 한다든가 법원이 피고인의 공판정 진술보다 검사 앞에서의 진술을 우선한다든가 하는 우려는 없게 되었다.

따라서, 이 사건 법률조항 본문으로 말미암아 형사소송의 당사자로서 형사 피고인의 방어권 행사가 부당하게 곤란하게 된다든지 평등원칙을 위배하여 공정한 재판을 받을 권리가 침해된다고 할 수 없고, 그 밖에 제청법원이 주장하는바 무죄추정의 원칙, 고문을 받지 아니할 권리, 불리한 진술거부권, 생명·신체의 자유권 등의 침해가 발생할 가능성은 없다고 할 것이다.

(나) 다음으로 이 사건 법률조항의 단서, 즉 특신상태의 존재를 전제로 한 증거능력의 인정문제에 대하여 본다.

1) 이 사건 법률조항 단서의 규정에 의하면, 피고인이 검사작성 피의자신문조서에 대하여 자신이 진술한 대로 기재되었음은 인정하지만 그 내용은 사실이 아니라고 주장하는 경우, 즉 성립의 진정은 인정하되 내용을 부인하는 경우에도 검사작성 피의자신문조서는 증거능력이 인정될 수 있는데, 다만 이 경우에는 검사 앞에서의 진술이 특신상태하에서 이루어진 것이어야 한다.

2) 살피건대, 공판중심주의와 직접심리주의를 절대적으로 관철한다면 수사기관 작성의 피의자신문조서에 대하여는 공판정에서 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에 사법경찰관작성 피의자신문조서이든 검사작성 피의자신문조서이든 원칙적으로 증거능력을 인정하지 않는 것이 논리적 귀결이라고 할 수 있다. 그러나 공판중심주의와 직접심리주의는 헌법상의 원리라기보다는 형사소송법상의 원리로서 각국의 실정에 따라 제한이 가해질 수 있는 성질의 것이다.

각국의 입법례를 보면, 일본의 형사소송법 제322조(피고인의 공술서·공술녹취서의 증거능력)는 “피고인이 작성한 공술서(供述書) 또는 피고인의 공술을 녹취한 서면에 피고인의 서명 또는 날인이 있는 것은, 그 공술이 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 경우 또는 특히 신용할 만한 정황하에서 이루어진 경우에 한하여 증거로 할 수 있다. 다만, 피고인에게 불이익한 사실의 승인을 내용으로 하는 서면은 그 승인이 자백이 아닌 경우에도 제319조(자백의 증거능력·증명력)의 규정에 준하여, 임의(任意)로 작성된 것이

아니라고 의심되는 경우에는 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하여 검사작성 피의자신문조서는 물론 사법경찰관작성 피의자신문조서에 대하여도, 우리나라의 형식적 진정성립에 해당하는 피고인의 ‘서명 또는 날인’이 있으면 그 임의성이 부인되지 않는 한 증거능력을 인정하고 있다.

반면에 독일의 경우는 형사소송법 제250조, 제254조 제1항 등의 규정에 따라 법관이 작성한 피의자신문조서만이 증거능력을 갖고 사법경찰관이나 검사가 작성한 피의자신문조서는 그 자체로는 피고인의 유죄를 입증하는 직접자료로서의 증거능력이 없다. 다만, 형사재판의 실무에서는 형사소송법상의 명문규정은 없으나 공판정에서 피고인이 수사단계에서 경찰관이나 검사 앞에서 행한 이전의 진술과 모순되는 진술을 하거나 그 진술내용을 기억하지 못할 때 재판장이 수사기관에서의 진술이 기재된 조서를 보여주면서 “당신은 이런 내용의 진술을 하지 않았느냐?”라는 방법으로 모순을 지적하거나 기억을 돕는 ‘제시(Vorhalt)’라는 관행을 갖고 있고 이는 연방대법원(BGH)에 의해서도 공인되고 있는데, 피고인이 재판장의 위와 같은 ‘제시’에 대하여 이전의 진술을 인정하면 그 공판정에서의 진술을 증거로 할 수 있고, ‘제시’에 대하여 침묵하거나 다투는 경우에는 피의자를 신문한 자(예컨대 경찰관)를 증인으로 부를 수 있고 그 증인의 진술은 법관의 자유로운 증거평가의 대상이 된다.

한편, 미국의 경우에는 수사기관이 피의자신문조서를 작성하지 않을 뿐만 아니라 만약 피의자가 수사기관에서 자백하면 기소사실인부절차(Arrestment)에 의해서 사실심리가 끝나기 때문에 피의자의 수사기관 자백진술의 증거능력 인정 여부가 대부분 문제되지 않는다. 다만, 피의자가 자백서면을 작성한 후 공판정에서 그 자백을 부인하는 경우에는 그것을 청취하거나 신문한 자(주로 경찰관)가 공판정에 증인으로 나와서 진술함으로써 그 증언을 증거로 하고 있다.

이와 같이, 수사기관 작성의 피의자신문조서에 대하여 증거능력을 부여할 것인지 여부 및 어떠한 요건하에 증거능력을 인정할 것인지 여부는 각국의 입법정책의 문제라고 할 수 있다.

3) 이 사건 법률조항 단서 역시 적법절차에 의한 실제적 진실의 발견과 신속한 재판을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 법원으로 하여금 특신상태의 존재 여부를 심사하게 한 후 그 존재가 인정되는 경우에만 증거능력을 부여함으로써 그 적용범위를 목적달성에 필요한 범위내로 한정하고 있으므로, 그 내용에 있어서 합리성과 정당성을 갖춘 규정이라고 할 것이다.

게다가, 검사작성 피의자신문조서가 궁극적으로 증거능력을 획득하기 위하여는 이 사건 법률조항 본문이 요구하는 형식적·실질적 진정성립과 이 사건 법률조항 단서가 규정하는 특신상태의 존재 외에 헌법상 보장된 적법절차가 준수되어야 한다.

구체적으로 살펴보면, 검사작성 피의자신문조서에 나타난 피고인의 자백 등 진술이 고문, 폭행 등의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니어서 그 임의성이 결여되어 있을 때(헌법 제12조 제7항, 형사소송법 제309조·제317조),¹⁾ 형사피의자의 자기부죄거부권에 터잡은 진술거부권(헌법 제12조 제2항 후단, 형사소송법 제200조 제2항)의 사전고지 없이 이루어졌을 때(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 참조), 변호인과의 접견·교통권 내지는 변호인의 피의자신문 참여권이 위법하게 제한된 상태에서 이루어졌을 때(대법원 2003. 11. 11.자 2003모402 결정; 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138, 판례집 16-2상, 543 참조)에는 그 신문조서의 증거능력은 원칙적으로 부인되는 것이다.

결국 피고인으로서의 검사작성 피의자신문조서에 대하여 그 형식적·실질적 성립의 진정 여부와는 별도로, 이와 같은 다양한 방어방법을 선택하여 증거능력의 인정을 차단할 수가 있는 것이다.

4) 또한, 우리 나라와 같이 전문법관에 의한 재판을 하고 있는 제도하에서는 전문증거배제의 필요성이 배심제나 참심제를 채택한 경우보다 크지 않다고 할 수 있고 공판정에서의 피고인의 진술은 증거로 채택되기 때문에, 피고인이 공판정에서 수사기관에서의 진술과 다른 진술을 하는 경우에 검사 앞에서의 진술이 특신상태하에서 이루어진 것이라고 판단되면 그 증거능력을 인정하고 그와 같이 증거능력이 인정된 검사 앞에서의 진술과 공판정에서의 진술을 비교하여 어느 것이 더 신빙성이 있는지 여부를 판단하면 되는 것이다.

증거능력이란 증거가 엄격한 증명의 자료로 사용될 수 있는 자격을 의미할 뿐이고, 당해 증거가 가지는 실질적 가치인 증명력과는 엄격히 구별되는 개념으로서 비록 증거능력이 인정되는 증거라고 하더라도 그것이 과연 믿을 만한 것인가의 문제, 즉 증명력의 유무는 오로지 법관의 자유심증에 맡겨진 것이다(법 제308조 참조). 따라서 피고인은 자유로운 방법으로 그 증명력을 탄핵할

1) 자백의 임의성에 관하여 검사가 이를 입증하여야 한다는 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결, 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결, 대법원 2000. 1. 21. 선고 99도4940 판결, 대법원 2002. 5. 10. 선고 2001도6783 판결 등 참조.

수 있으므로, 어떤 증거의 증거능력의 유무와 그에 의한 요증사실의 증명 내지 범죄사실의 인정과는 필연적인 연관성이 있는 것이 아니다.

그러므로, 공판정에서 검사작성 피의자신문조서의 성립인정을 부인하여 동 신문조서의 증거능력을 부정할 수 있는 지위에 있는 형사피고인이 그 권리를 행사하지 아니하고 동 신문조서의 진정성립을 인정하면서도 그 내용을 부인하는 경우에, 검사로서는 그 신문조서가 증거능력을 갖기 위하여 특신상태를 근거자료와 함께 주장할 수 있을 것이고, 피고인으로서는 특신상태의 부존재를 주장할 수 있으며, 이에 대하여는 법원이 그 진술이 행하여진 당시의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 결정할 수 있는 재판의 영역이라고 할 것이다.

5) 요컨대, 이 사건 법률조항 단서가 검사작성 피의자신문조서에 대하여, 이 사건 법률조항 본문이 요구하는 형식적·실질적 진정성립이 인정되는 경우에 특신상태의 존재를 요건으로 피고인의 공판정에서의 진술 여하에 불구하고 증거능력을 인정할 수 있도록 규정하였다고 하여, 형사소송절차에 있어서 피고인의 방어권 행사가 부당하게 제한되거나 피고인이 상대 당사자인 검사에 비하여 명백하게 불리한 입장에 처하게 되는 것이라고는 볼 수 없다고 할 것이다.

따라서 형사피고인이 검사작성 피의자신문조서의 진정성립을 인정한 후에 그 내용만을 부인하는 경우에 이 사건 법률조항 단서가 특신상태의 존재를 전제로 그 증거능력을 인정한다고 하더라도, 이를 두고 입법자의 입법형성의 범위를 벗어난 것이어서 그로 말미암아 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해한다고 볼 수 없다.

(3) 소 결

이상 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항으로 말미암아 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리나 그 밖에 무죄추정의 원칙, 고문을 받지 아니할 권리, 불리한 진술거부권, 생명·신체의 자유권 등이 침해된다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

4. 결 론

결국 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 아래 5.와 같은 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 합헌의견(법정의견)에 대한 보충의견 및 아래 6.과 같은 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김효중, 재판관 이상경의 반대의견이 있다.

5. 재판관 김경일, 재판관 전효숙의 합헌의견(법정의견)에 대한 보충의견

우리는 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 재판관 송인준, 재판관 주선회의 의견과 그 논지에 찬성하나, 이 사건 위헌제청서에 ‘특신상태’를 사실상 추정하는 것으로 운영해 온 법원의 실무관행이 이 사건 법률조항 단서의 불명확성에서 비롯되었다는 주장이 있으므로 그 점에 관하여 살펴 본다.

이 사건 법률조항 단서를 합리적으로 해석하면 특신상태는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 한다. 그럼에도 종전 법원의 형사재판실무는 검사작성 피의자신문조서의 형식적 증거능력이 인정되면 실질적 증거능력과 특신상태까지도 사실상 추정함으로써 특신상태 부존재 입증의 부담을 피고인이 지는 방식으로 운영하여 왔다. 여기서의 사실상 추정은 법원이 경험칙을 적용하여 여러 간접사실로부터 주요사실을 추인하는 행위로서 법원의 재판영역에 속하는 것이고, 입증책임이 사실상 전도된 듯이 보이는 점은 이 사건 법률조항 단서의 불명확성 때문에 발생하는 것이 아니다. 만약 그러한 법원의 실무운영이 이 사건 법률조항 단서의 해석으로 굳어진 것이라면 그 위헌성을 논하는데 고려의 대상이 될 수 있다.

그러나 대법원이 종전의 판례를 변경하여 공판정에서 피고인이 검사작성 피의자신문조서의 실질적 진정성립을 부인하면 원칙적으로 그 신문조서의 증거능력을 인정하지 않는 것으로 해석하여 종전의 추정론을 폐기한 이상(대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 판결), 그 조서의 형식적 진정성립이 인정되면 실질적 진정성립과 특신상태까지도 추정해온 종전 견해의 토대가 흔들리게 되었다고 할 것이고, 위 대법원 판례 변경 이후에도 법원이 형사재판실무에서 여전히 특신상태를 추정하는 방식으로 이 사건 법률조항 단서를 해석, 운영하고 있다고 볼 자료도 없으므로 종전의 실무운영에 터잡아 위헌 여부를 논하는 것은 적절하지 아니하다.

다만 아직도 이 사건 조항의 명확성에 관한 논란이 계속되고 있고, 형사재판에서의 직접주의, 공판중심주의가 강조되는 오늘날의 현실을 감안하여 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 부여하기 위한 요건을 좀 더 구체적으로 명확하게 규정하는 입법조치가 필요하다고 할 것이다.

6. 재판관 윤영철, 재판관 권 성, 재판관 김효중, 재판관 이상경의 반대의견

우리는 이 사건 법률 조항 중 형사소송법 제312조 제1항 단서조항이 합헌이라는 법정의견과 견해를 달리하므로 아래와 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 종전 헌법재판소의 결정과 대법원 판결의 의의

우리 헌법재판소는 1995. 6. 29. 93헌바45 사건에 대한 결정에서 형사소송법 제312조 제1항 단서에 대하여 합헌이라고 판단하였고, 대법원은 종래의 입장을 변경하여 검사 작성의 피의자신문조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 실질적 진정성립까지 인정된 때에 한하여 증거로 사용할 수 있다고 판시하였음(대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 전원합의체 판결 참조)은 법정외에서 인용하고 있는 바와 같다.

그런데 위 헌법재판소 결정도 주로 형사소송법 제312조 제1항(이하 ‘법 제312조 제1항’이라 한다)이 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여는 피고인이 그 내용을 부인하는 경우에도 증거능력을 부여할 수 있도록 함으로써 경찰 작성의 피의자신문조서와 비교하여 보다 쉽게 증거능력을 부여하는 것만을 문제 삼았을 뿐이고, 위 대법원 판결에서도 검사 작성의 피의자신문조서에 증거능력을 부여하기 위한 요건 중 법 제312조 제1항 단서가 요구하는 “그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때”(이하 ‘특신상태’라 한다)라는 요건에 대하여는 아무런 판단이 없었으므로, 이 특신상태 요건에 대한 헌법적 평가는 아직 열려 있는 상태라고 할 수 있다.

나. 문제의 소재

위 합헌결정에서는 법 제312조 제1항 단서가 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여는 특신상태를 추가적으로 요구하고 있다는 것(이른바 가중요건설)이 합헌의견의 중요한 근거였었다. 그러나 실제 형사재판 실무상 특신상태는 일응 사실상 추정되는 것으로 취급되어 특신상태가 흠결되었다는 이례적인 사정을 주장하고 입증하는 것은 피고인이 부담하는 것으로 운영됨으로써 실질적으로 검사에 대한 입증의 부담을 덜어주는 결과가 되었고, 대법원도 ‘특신상태가 없다고 볼 사정이 없는 한 증거능력이 있다’고 하여 특신상태의 존재를 사실상 추정하였다(대법원 1994. 11. 4. 선고 94도129 판결(공1994, 3302); 1996. 6. 14. 선고 96도865 판결(공1996하, 2286); 1997. 11. 25. 선고 97도2084 판결(공1998상, 175); 2000. 7. 28. 선고 2000도2617 판결(공2000하, 1976) 등 참조). 이와 같은 법현실은 법 제312조 제1항이 입법자의 당초 의도는 물론 우리 헌법재판소의 예상과는 달리 해석, 운영되고 있음을 보여주는 것이어서 과연 법 제312조 제1항이 헌법이 요구하고 있는 명확성의 요청을 충족시키고 있는지 여부가 문제된다.

다. 명확성원칙의 위배 여부

법치국가원리의 요청이라 할 명확성의 원칙은 법률을 비롯한 법규범의 내용이 관련 개인이 해당 규범에 의하여 요구되고 있는 것을 인식할 수 있을 정도로 명확하고 정확한 용어로 규정되어 있을 것을 요구하고 있는바, 명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부당적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되고, 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다(헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 179 참조). 따라서 형사법이나 국민의 이해관계가 첨예하게 대립되는 법률에 있어서는 불명확한 내용의 법률용어가 허용될 수 없으며, 만일 불명확한 용어의 사용이 불가피한 경우라면 용어의 개념정의, 한정적 수식어의 사용, 적용한계조항의 설정 등 제반방법을 강구하여 동 법규가 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 봉쇄하여야 한다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78 참조).

법 제312조 제1항은 형사절차에서 검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 전문법칙의 예외로서 증거능력을 부여하는 요건에 관한 것으로서 피고인에게 불이익하게 작용할 수 있으므로 이러한 명확성의 원칙이 보다 높은 정도로 요구된다고 할 수 있다.

그런데 형사재판의 실무상 법 제312조 제1항 단서가 요구하는 특신상태가 사실상 추정되어 피고인이 그 입증의 부담을 안도록 운영되고 있다는 것은, 결국 법 제312조 제1항 단서가 담고 있는 의미가 명확하지 않음으로 인한 것으로 볼 수밖에 없다. 물론 이와 같은 실무운영은, 특신상태에 관한 법원의 사실인정과정에 있어서 경험칙의 적용 및 증거판단의 문제에 불과하고 법 제312조 제1항에 대한 위헌성의 문제라고 보기는 어렵다는 시각이 있을 수도 있다. 그러나 위와 같은 특신상태의 사실상 추정은 수사현실에 대한 실증적 조사 내지 반성적 성찰 없이 수사기관의 행태에 대한 일방적인 신뢰를 기초로 특신상태에 대한 입증부담을 피고인에게 전가하는 것으로서, 형사피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 명시하고 있는 헌법 제27조 제4항을 두고 있는 우리의 헌법질서 아래에서 바람직한 재판운영으로 받아들여질 수 있는지가

의문시될 뿐만 아니라, 형사소송의 구조 및 피고인의 방어권에 미치는 영향이 지대함에도, 이러한 형사재판제도의 운영이 일부 사실심법원에서 이루어짐에 그치지 않고 대법원에서도 그 정당성이 추인되었던 점에 비추어 보면, 이와 같은 결과는 결국 법 제312조 제1항 단서가 증거능력 부여의 요건에 대한 입증책임 또는 입증부담에 관하여 보다 명확히 규정하지 아니함에서 비롯된 것으로 봄이 상당하다. 가령, “그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여”라는 법 제312조 제1항 단서의 범문언을 “그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 경우에 한하여”라고 규정하였다더라면, 특신상태를 사실상 추정하여 피고인이 이에 대한 입증의 부담을 지게 되는 현재와 같은 형사재판실무가 자리잡기는 어려웠을 것이다.

그리고 법 제312조 제1항이 들고 있는 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 요건 또한 그 범문언의 의미를 일의적으로 확정하기 어려운 모호성을 내포하고 있다. 피의자가 검사의 면전에서 조사를 받음에 있어서 한 진술을 신빙할 수 있다는 것이 진술의 증명력과는 어떻게 구별되는 것인지 또 다른 형사소송법 조항(제309조, 제317조)에서 규정하고 있는 진술의 임의성과는 어떠한 관계에 있는 것인지가 범문만으로는 뚜렷이 식별하기가 쉽지 않을 뿐만 아니라, 여기에 “특히”라는 막연한 수식어를 붙인다고 하여 위와 같은 모호성이 제거된다고 볼 수 없다. 실제로 학자들 사이에는 특신상태라 함은 피고인이 조서의 내용을 열람하는 등의 절차를 거쳐 서명·날인·간인하고, 피고인이 진술한 대로 기재된 것이라는 점을 특히 신빙할 수 있는 상태라고 보는 견해, 성립의 진정은 물론, 그 진술을 하였다는 것에 허위개입의 여지가 거의 없고, 그 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우와 동일한 의미 내지 이와 유사한 의미까지 요구하는 개념으로 해석하여야 한다는 견해(그 중에는 ‘임의성’을 제외한 나머지 외부적 정황을 요구하는 견해도 있다) 및 신빙성까지 담보할 정황은 필요 없고 임의성을 담보할 수 있는 상태면 족하다고 보는 견해 등이 제시되어 특신상태의 의미 파악에 있어서 상당한 혼선이 있음은 사실이다. 이와 같이 법 제312조 제1항 단서가 증거능력부여의 요건으로 규정한 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 범문언이 지니고 있는 모호성은 헌법상 원칙인 명확성원칙의 요청을 충족시켰다고 보기 어렵다.

또한 특신상태와 관련한 규율내용은 피의자가 검사 앞에서 조사를 받은 결과물인 피의자신문조서의 증거능력에 관한 문제라는 점에서 검사의 피의자신

문에 대한 변호인의 참여 문제와 밀접한 관련이 있다. 우리 헌법재판소는 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정에서 피의자의 변호인참여 요구권은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용이므로 수사기관이 변호인의 참여요구를 거부할 수 없다는 것과 같은 기초적이고 자명한 사항은 구체적 입법형성이 없이도 직접 적용될 수 있다는 취지로 판시하였는바, 이와 같이 변호인의 조력을 받을 권리에서 바로 도출될 수 있는 변호인참여요구권과 관련하여 입법자는 그 권리를 실제 보장할 수 있는 절차적 규율과 법적 효과를 구체적이고도 명확하게 입법적으로 형성할 의무를 부담하고 있다 할 것이다. 따라서 입법자가 법 제312조 제1항을 통하여 경찰이 작성한 피의자신문조서와 구별하여 검사가 작성한 피의자신문조서에 대하여 보다 우월한 효력을 부여하기 위하여 가중요건을 설정함에 있어서는 법 제312조 제1항 단서와 같이 '특히 신빙할 수 있는 상태'라는 모호한 요건을 규정함에 그칠 것이 아니라, 피의자의 변호인참여요구권에 대한 고지절차 등을 통한 변호인참여의 실질적인 보장이 증거능력 부여의 전제조건임을 명백히 하여 증거능력 부여의 요건을 보다 명확히 하는 한편 검사가 행하는 피의자신문의 절차적 투명성을 강조하는 입법적 조치를 고려하여야 할 것이다. 이와 같이 입법자는 법 제312조 제1항 단서의 내용을 정함에 있어서 입법자에 부여된 입법적 형성의 의무를 게을리 하여 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력 부여의 요건을 불명확하게 규율한 것이다.

따라서 법 제312조 제1항 단서는 법규범의 정립에 요구되는 명확성의 원칙에 위배되는 위헌적인 법률이라고 판단된다.

라. 헌법불합치결정의 필요성

앞서 본 바와 같이 명확성의 원칙에 위배되어 위헌성을 지니고 있는 부분은 법 제312조 제1항 중 단서 부분이다. 그런데 이에 대하여 단순위헌의 선고를 하여 그 효력을 상실하게 한다면, 오히려 증거능력 부여를 위한 가중요건이 삭제되는 결과를 가져와 당해 사건의 제청신청인인 피고인의 지위를 더욱 불리하게 하므로, 일단 위 단서 부분의 효력을 유지하면서 입법적 개선을 촉구하는 헌법불합치결정을 선택할 필요가 있다. 그리고 증거능력 부여요건의 명확화 등 입법적 과제는, 피고인에 대한 입증부담 전가의 해소, 변호인참여의 실질적 보장 등 입법적 개선을 위한 입법자의 형성재량권이 존중될 필요가 있다는 점에서도 이 사건 법률조항 중 형사소송법 제312조 제1항 단서조항에 대한 헌법불합치 결정이 요구된다.

헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7

마. 결 론

이상의 이유로 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위배되어 헌법에 위반
되지만, 이에 대하여는 일응 그 효력을 유지하고 입법적 개선을 촉구하는 헌
법불합치결정을 선고함이 상당하다고 판단된다.

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

구 증권거래법 제207조의2 제2호 등 위헌제청

(2005. 5. 26. 2003헌가17 전원재판부)

【판시사항】

1. 대통령령에 정하는 바에 위반하여 행하여지는 유가증권의 시세 고정·안정 목적의 매매거래 등을 금하고 있는 구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제3항이 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(적극)

2. 위 조항이 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부(적극)

3. 위 조항을 구성요건으로 하는 처벌조항인 같은 법 제207조의2 제2호 중 제188조의4 제3항에 관한 부분의 위헌 여부(적극)

【결정요지】

1. 구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제188조의4 제3항 중 “대통령령이 정하는 바에 위반하여”는 ‘대통령령에서 구체적으로 금지하는 바에 위반하여’의 의미로 해석하는 것과 ‘대통령령에서 예외적으로 허용하는 경우를 제외하고’의 의미로 해석하는 것 모두 가능한바, 위 조항의 수권을 받은 증권거래법시행령(1999. 5. 27. 대통령령 제16367호로 개정되고, 2005. 1. 27. 대통령령 제18687호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라 한다) 제83조의8 제1항은 법 제188조의4 제3항이 금지하고 있는 유가증권 시세의 고정·안정 행위의 범위를 유가증권의 모집 또는 매출과 관련된 안정조작 또는 시장조성에 한정되는 것으로 규정하고 있을 뿐, 안정조작 또는 시장조성이 법 제188조의4 제3항이 금지하는 행위의 구체적 대상인지 아니면 예외적으로 허용되는 경우인지에 관하여 언급하지 않고 있으므로 법 제188조의4 제3항의 불명확성은 시행령 제83조의8 제1항에 의하더라도 해결되지 않고, 관련 법률조항들의 전체를 종합하여 유기적으로 해석한다고 하더라도 위 조항의 의미가 일의적으로 파악된다

고 할 수 없으므로, 법 제188조의4 제3항은 명확성의 원칙에 반한다.

2. 법 제188조의4 제3항은 거래소 및 협회중개시장에서의 안정조작행위 전체를 광범위하게 규율 대상으로 삼게 되는바, 법 제188조의4 제3항은 규율대상인 안정조작행위에 관하여 아무런 위임기준을 두고 있지 않으므로 위와 같이 광의의 안정조작행위 중 어떠한 형태의 행위가 대통령령에서 허용되고 금지될 것인지를 위 조항 자체로부터 예측하기 어렵고, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하더라도 대통령령에 규정될 내용의 범위가 도출되지 아니하므로, 위임입법의 한계도 일탈한 것이다.

3. 법 제207조의2 제2호와 관련하여 형벌의 구성요건을 이루는 법 제188조의4 제3항이 위헌으로 판단되는 이상 처벌조항인 법 제207조의2 제2호 중 법 제188조의4 제3항에 관한 부분 또한 헌법에 위반된다.

【심판대상조문】

구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액이하의 벌금에 처한다.

1. 생략
2. 제188조의4의 규정에 위반한 자

구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4(시세조종 등 불공정거래의 금지) ①, ② 생략

③ 누구든지 단독 또는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하지 못한다.

- ④ 생략

【참조조문】

구 증권거래법시행령(1999. 5. 27. 대통령령 제16367호로 개정되고 2005. 1. 27. 대통령령 제18687호로 개정되기 전의 것) 제83조의8(안정조작·시장조성의 제한) ① 법 제188조의4 제3항의 규정에 의하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 행하는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁은 일정한 기간 유가증권의 가격의 안정을 위하여 유가증권의 모집 또는 매출을 원활하게 하는 것(이하

“안정조작”이라 한다)과 모집 또는 매출한 유가증권의 수요공급을 당해 유가증권의 상장 또는 협회등록 후 일정기간 조성하는 것(이하 “시장조성”이라 한다)에 한한다.

② 안정조작 또는 시장조성을 자기 또는 타인의 계산으로 할 수 있는 자는 그 유가증권의 발행인 또는 소유자와 인수계약을 체결한 증권회사로서 법 제8조 제1항에 규정하는 신고서에 기재된 회사에 한한다. 다만, 법 제8조 제1항 본문의 규정에 의한 신고서를 제출하지 아니하는 경우에는 인수계약의 내용에 안정조작 또는 시장조성을 할 수 있다고 기재된 증권회사에 한한다.

③ 안정조작을 위한 유가증권의 매매거래를 위탁할 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 한한다.

1. 모집 또는 매출되는 당해 유가증권의 발행인의 임원
2. 매출되는 당해 유가증권의 소유자. 다만, 인수계약에 의하여 그 유가증권을 취득한 자의 경우에는 그에 갈음하여 인수계약에 의하여 그 유가증권을 양도한 자를 소유자로 한다.
3. 모집 또는 매출되는 당해 유가증권의 발행인과 재정경제부령이 정하는 특수한 관계가 있는 회사 또는 그 임원
4. 모집 또는 매출되는 당해 유가증권의 발행인이 안정조작을 위탁할 수 있는 자로 지정하여 미리 금융감독위원회와 증권거래소 또는 협회에 통지한 자

④ 시장조성을 위한 유가증권의 매매거래를 위탁할 수 있는 자는 당해 유가증권의 인수인에 한한다.

【참조판례】

1. 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 232
헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357
헌재 1995. 9. 28. 93헌바50, 판례집 7-2, 297
헌재 1998. 5. 28. 97헌바68, 판례집 10-1, 640
2. 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 219-220

【당 사 자】

제 청 법 원 서울중앙지방법원

제 청 신 청 인 1. 김○동

대리인 변호사 노경식

2. ○○주식회사

대표이사 유○기

대리인 변호사 이재후 외 3인

당 해 사 건 서울지방법원 2002노10572 증권거래법 위반

【주 문】

구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제2호 중 제188조의4 제3항에 관한 부분 및 같은 법 제188조의4 제3항은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) ○○주식회사(이하 ‘○○’이라고만 한다)의 대표이사 회장이었던 김○동은 2000. 3.경부터 2002. 4. 12.까지 수차례에 걸쳐 단독으로 또는 ○○의 부사장이었던 노○상과 공모하여, 회사 임직원들이나 퇴직한 임직원들에게 자금을 대여하여 그 자금으로 자사주식을 매수하게 한 후 회사에서 일괄 관리하면서 장기간 보유함으로써 유통물량을 줄여 ○○의 주가를 상승시키는 방법으로 주가를 적정수준으로 안정시켰다는 등의 범죄사실로, ○○은 법인의 대표자인 위 김○동이 위와 같은 범행을 하였다는 범죄사실로 기소되었다.

(2) 김○동 및 ○○은 2002. 10. 16. 위 범죄사실로 각 유죄판결을 선고받자 항소를 제기하였고 서울중앙지방법원에 소송계속 중 구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되고, 2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고만 한다) 제207조의2 제2호, 제188조의4 제3항이 당해사건 재판의 전제가 되며 헌법에 위반된다는 이유로 위헌 여부심판의 제청신청을 하였는바, 위 법원은 이를 받아들여 2003. 8. 7. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원이 위헌제청을 한 법률조항 중 법 제207조의2 제2호에 관하여는 당해사건에 적용이 되는 제188조의4 제3항에 관한 부분으로 심판대상을 제한함이 상당하므로, 이 사건 심판대상은 법 제207조의2 제2호 중 법 제188조의4 제3항에 관한 부분 및 법 제188조의4 제3항의 위헌 여부가 된다. 위 법률조항 및 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

법 제207조의2(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다.

1. 생략

2. 제188조의4의 규정에 위반한 자

법 제188조의4(시세조종 등 불공정거래의 금지) ③ 누구든지 단독 또는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하지 못한다.

법 제215조(양벌규정) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제207조의2 내지 제212조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다.

구 증권거래법시행령(1999. 5. 27. 대통령령 제16367호로 개정되고, 2005. 1. 27. 대통령령 제18687호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘시행령’이라고만 한다) 제 83조의8(안정조작·시장조성의 제한) ① 법 제188조의4 제3항의 규정에 의하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 행하는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁은 일정한 기간 유가증권의 가격의 안정을 기하여 유가증권의 모집 또는 매출을 원활하게 하는 것(이하 “안정조작”이라 한다)과 모집 또는 매출한 유가증권의 수요공급을 당해 유가증권의 상장 또는 협회등록후 일정기간 조성하는 것(이하 “시장조성”이라 한다)에 한한다.

② 안정조작 또는 시장조성을 자기 또는 타인의 계산으로 할 수 있는 자는 그 유가증권의 발행인 또는 소유자와 인수계약을 체결한 증권회사로서 법 제 8조 제1항에 규정하는 신고서에 기재된 회사에 한한다. 다만, 법 제8조 제1항 본문의 규정에 의한 신고서를 제출하지 아니하는 경우에는 인수계약의 내용에 안정조작 또는 시장조성을 할 수 있다고 기재된 증권회사에 한한다.

③ 안정조작을 위한 유가증권의 매매거래를 위탁할 수 있는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자에 한한다.

1. 모집 또는 매출되는 당해 유가증권의 발행인의 임원
2. 매출되는 당해 유가증권의 소유자. 다만, 인수계약에 의하여 그 유가증권을 취득한 자의 경우에는 그에 갈음하여 인수계약에 의하여 그 유가증권을 양도한 자를 소유자로 한다.
3. 모집 또는 매출되는 당해 유가증권의 발행인과 재정경제부령이 정하는 특수한 관계가 있는 회사 또는 그 임원

4. 모집 또는 매출되는 당해 유가증권의 발행인이 안정조작을 위탁할 수 있는 자로 지정하여 미리 금융감독위원회와 증권거래소 또는 협회에 통지한 자

④ 시장조성을 위한 유가증권의 매매거래를 위탁할 수 있는 자는 당해 유가증권의 인수인에 한한다.

2. 위헌심판제청이유와 이해관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유와 제정신청인들의 제청신청이유

법 제188조의4 제3항은 법 제207조의2 제2호와 관련하여 범죄의 구성요건이 된다. 법 제188조의4 제3항은 '유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적' 이외의 사항에 관하여는 '대통령령이 정하는 바에 위반하여'라고만 규정하고 있는바, 위 조항은 법률에서는 대강의 금지대상만을 정하고 대통령령에서 구체적으로 금지되는 행위의 유형을 특정하도록 한 것인지 아니면 법률에서 원칙적으로 금지되는 행위 가운데 예외적으로 허용되는 행위의 유형을 대통령령에서 규정하도록 한 것인지에 관하여 이중해석의 여지가 있어 명확성의 원칙에 반한다.

형벌법규를 위입하기 위해서는 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당되어야 하나 위 조항은 이에 해당하지 아니할 뿐만 아니라 동 조항에서는 금지 또는 허용되는 유형의 행위로서 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항에 관하여 구체적인 규정 즉 위입기준을 두고 있지 않아 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없으므로 위입입법의 한계를 일탈하였다.

또한, 주가의 안정·고정 행위는 적극적으로 시세를 변동시키는 것이 아니라 소극적으로 현 시세를 유지하는 것이며, 또한 투자자를 오인케 하거나 매매거래를 유인할 목적이 없다는 점에 비추어 볼 때 불법적인 목적을 가지고 적극적으로 시세를 상승시키는 일반적인 시세조종에 비하여 그 가벌성의 정도가 현저히 낮음에도 불구하고, 법 제207조의2 제2호는 법 제188조의4 제3항의 규정에 위반한 자에 대하여 법 제188조의4 제1항 또는 제2항을 위반한 자와 동일한 법정형을 규정하고 있는바, 이는 형벌법규의 비례성의 원칙에 어긋난다.

나. 재정경제부장관의 의견

법 제188조의4 제3항이 포함되어 있는 법 제9장 제2절(불공정거래행위의 금지 등)은 내부자거래 행위 등 불공정거래행위를 금지하는 일련의 행위들을

나열하고 있는바, 법 제188조와 제188조의2에서도 법률에서 원칙적인 금지를, 대통령령에서 예외적인 허용의 규정형식을 취하고 있어 법 제188조의4 제3항에 규정된 행위도 원칙적으로 금지를 규정하고 있음을 쉽게 알 수 있으므로, 위 조항은 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.

증권시장은 사이버 거래 등 기술의 진보와 선물, 옵션, 파생거래와 연계된 신종상품의 등장 등으로 거래행위 자체가 가변적으로 복잡하며, 인위적인 거래를 통해 부당한 이익을 취득하거나 손해를 회피하려는 새로운 수법들이 지속적으로 생겨나고 있으나 국회에서 이와 같은 증시환경 변화에 맞추어 규제하여야 할 신종 주가조작 행위나 허용해야 될 행위들을 그때 그때 사전에 예측하여 법률에 반영하는 것이 용이하지 않을 뿐만 아니라 법률에서 모든 사항을 세세하게 정할 경우 오히려 시장에서 일어나는 사항을 효과적으로 반영하기 어렵거나 규제회피의 통로가 되어 증권시장의 공정성과 효율성을 달성하지 못할 우려가 있다. 따라서 법 제188조의4 제3항이 법률에서는 기본적인 사항만을 규정하고 세부적인 사항은 하위규정인 대통령령에 위임함으로써 탄력적인 적용이 가능하도록 한 것은 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다.

정상적인 수요, 공급의 원리를 벗어나 불법적이거나 은닉된 방법을 동원하여 주가를 조작하는 행위와 마찬가지로 시세고정 또는 안정시킬 목적의 매매도 시장의 움직임에 인위적인 영향을 미침으로써 투자자들을 오해에 빠뜨리기 위한 행위라는 점에서 동일한 시세조종행위의 범주에 들어가는 것이므로, 법 제207조의2 제2호가 법 제188조의4 제3항의 위반행위를 나머지 항의 위반행위와 같은 형량으로 처벌하도록 규정하였다고 하더라도 이는 입법 재량의 범위 내의 것일 뿐 비례의 원칙에 위배된 것이 아니다.

3. 판 단

가. 법 제188조의4 제3항의 위헌 여부

제청법원의 제청사유는 법 제188조의4 제3항이 법 제207조의2 제2호와 관련하여 처벌법규의 구성요건이 되면서도 명확성의 원칙 및 위임입법의 한계를 일탈하였으므로 헌법에 위배된다는 것이다. 명확성의 원칙 및 위임입법의 한계를 일탈하였는지 여부는 구성요건을 이루는 법 제188조의4 제3항을 직접적인 심사대상으로 하나 그 효과는 처벌조항인 법 제207조의2 제2호에도 직접 영향을 미친다고 할 것이고, 그 경우 제207조의2 제2호에 대한 독자적인 위헌심사는 불필요하다.

(1) 명확성원칙 위반 여부

(가) 헌법 제13조 제1항 전단은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하고, 제12조 제1항 후문은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지의 여부를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 232).

이와 같은 명확성의 원칙은 특히 처벌법규에 있어서 엄격히 요구되는데, 그 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니고, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어야 한다는 의미로 파악되어야 할 것이며, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 다만, 그 명확성 여부의 판단은 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람을 기준으로 일의적으로 파악될 수 있는지에 달려있다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357; 1995. 9. 28. 93헌바50, 판례집 7-2, 297; 1998. 5. 28. 97헌바68, 판례집 10-1, 640).

(나) 법 제188조의4 제3항은 “누구든지 단독 또는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하지 못한다.”고 하고 있는바, 우선, 위 조항은 ‘대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세 고정·안정행위를 하지 못한다’는 독특한 구조를 가짐으로써 대통령령이 제정되기 전에는 법률이 금지하는 대상 행위가 무엇인지 알 수 없다는 점에서 명확성원칙에 관한 문제를 갖고 있다.

먼저 법률이 제정되고 나서 그 취지 및 위임에 따라 하위 법령이 제정되는 것이 논리적 순서임에도 불구하고 위 조항은 하위 규범인 대통령령이 제정되기 전에는 법률이 금지하고자 하는 대상의 외연 자체가 개괄적으로도 정해지지 않기 때문이다.

연혁적으로도 위 조항에 해당하는 구 증권거래법(1962. 1. 15. 법률 제972호

로 제정된 것) 제91조 제3항에 대응하는 증권거래법시행령의 조항은 1974. 12. 31. 대통령령 제7465호로 개정된 구 증권거래법시행령에 제52조의2가 신설될 때까지 존재하지 아니하였다.

(다) 다음으로, 법 제188조의4 제3항의 ‘대통령령이 정하는 바에 위반하여’는 ‘대통령령에서 (구체적으로) 금지하는 바에 위반하여’의 의미로 해석하는 것과 ‘대통령령에서 (예외적으로) 허용하는 경우를 제외하고’의 의미로 해석하는 것 모두 가능한데, 위 부분의 해석과 관련하여 법 제188조의4 제3항의 의미가 일의적으로 확정될 수 있는가 하는 점이 문제된다.

전자의 경우 법률에서는 대강의 금지대상만을 규정하고 대통령령에서 유가증권 시세의 고정·안정행위 가운데 구체적으로 금지되는 행위의 유형을 특정하도록 함으로써 그에 해당하지 아니하는 일반적인 시세의 고정·안정행위는 허용되는 반면, 후자의 경우에는 이 사건 조항에 의하여 유가증권의 시세를 고정·안정시킬 목적의 매매거래는 원칙적으로 전면 금지되고 대통령령에서 정하는 바에 부합하는 시세의 고정·안정행위만이 예외적으로 허용되게 된다.

한편, 위 조항의 수권을 받은 시행령 제83조의8 제1항은 법 제188조의4 제3항이 금지하고 있는 유가증권 시세의 고정·안정행위의 범위를 유가증권의 모집 또는 매출과 관련된 안정조작 또는 시장조성에 한정되는 것으로 규정하고 있을 뿐, 안정조작 또는 시장조성이 법 제188조의4 제3항이 금지하는 행위의 구체적 대상인지 아니면 예외적으로 허용되는 경우인지에 관하여 언급하지 않고 있으므로, 법 제188조의4 제3항의 불명확성은 시행령 제83조의8 제1항에 의하더라도 해결되지 않는다.

전자의 입장에서 보면 시행령 제83조의8 제1항은 유가증권 시세의 고정·안정행위 중에서 유가증권의 모집 또는 매출과 관련된 안정조작 또는 시장조성의 경우만 처벌의 대상으로 삼고 있는 것으로 해석하게 되고, 동조 제2항 내지 제4항은 다시 위 제1항에 대한 예외로서 유가증권의 모집 또는 매출과 관련된 것이라도 일정한 절차와 요건을 갖춘 경우에 처벌을 면할 수 있다고 규정한 것으로 해석하게 된다. 따라서 유가증권의 모집 또는 매출과 관련되지 아니한 시세의 고정·안정행위는 처벌되지 않게 된다.

반면, 후자의 입장에서 보면 시행령 제83조의8 제1항은 유가증권 시세의 고정·안정행위 중에서 유가증권의 모집 또는 매출과 관련된 경우만 예외적으로 허용한 규정이고, 동조 제2항 내지 제4항은 그 경우에 요구되는 구체적인

절차와 요건을 규정한 것으로 해석하게 되며 위 요건을 구비하지 못한 경우는 허용되지 아니한다. 그러므로 유가증권의 모집 또는 매출과 관련되지 아니한 시세의 고정·안정행위도 처벌된다.

위 조항의 해석에 관하여 학설은 대체로 후자의 입장에 있고, 대법원도 2004. 10. 28. 선고 2002도3131 판결에서 “자유로운 유가증권시장에 개입하여 인위적으로 유가증권의 시세를 조작하는 것을 방지하려는 증권거래법의 입법 취지에 비추어 위 규정의 취지를 살펴보면 법 제188조의4 제3항은 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 행하는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 금지하되, 다만 유가증권의 모집·매출을 원활하게 하기 위한 시장에서의 필요성에 의하여 그 시행령 제83조의8 제1항 소정의 안정조작과 시장조성을 그 이하 조항이 정하는 기간·가격 및 주체 등에 관한 엄격한 조건하에 예외적으로 허용하는 의미라고 보아야 할 것이다.”고 판시함으로써 법 제188조의4 제3항을 후자의 입장에서 해석하여야 한다는 점을 처음으로 밝혔으나, 그 원심인 서울고등법원은 2002. 5. 23. 선고 2000노1542 판결에서 법 제188조의4 제3항의 처벌대상은 시행령 제83조의8 제1항에서 규정하고 있는 안정조작과 시장조성에 한정되고, 이러한 안정조작과 시장조성이 시행령 제83조의8 제2항·제3항·제4항에서 규정하는 요건과 절차를 위반한 경우에 처벌되는 것이므로 안정조작과 시장조성에 해당하지 아니하는 경우에는 법 제188조의4 제3항이 규정하는 처벌대상이 아니라는 이유를 들어 이와 달리 유죄를 선고한 1심의 판결을 파기하고 무죄를 선고한 바 있다.

위와 같이 법 제188조의4 제3항의 의미에 관하여는 법원의 법률해석에서조차 상반된 견해가 가능하였을 정도이므로, 이 사건 관련 법률 조항들의 전체를 종합하여 이를 유기적으로 해석·판단한다고 하더라도 수범자의 제한이 없는 위 조항이 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있을 정도의 명확성을 갖추었다고 말하기는 어렵다.

위와 같은 문제는 ‘대통령령이 정하는 바에 위반하여’의 ‘정하는 바’가 금지의 의미로도, 허용의 의미로도 사용될 수 있는 용어라는 점에서 비롯하는데, 위 부분을 ‘대통령령이 금지하는 바에 위반하여’라고 하거나 ‘대통령령이 허용하는 경우를 제외하고’라고 하는 등 법 제188조의4 제3항의 문언을 보다 명확히 규정하였다더라면 발생하지 아니하였을 것이다.

(라) 그러므로, 법 제188조의4 제3항은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반

한다.

(2) 위임입법의 한계 이탈 여부

(가) 위임입법의 필요성 및 한계

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 …… 에 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.

범죄와 형벌에 관한 사항에 있어서도 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조는 적용되는 것이고, 다만 법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우에도 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 법률에서 구체적으로 규정하여야 하되, 위임입법의 위와 같은 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 219-220 참조).

(나) 위임입법의 필요성

증권시장은 발행시장이나 유통시장에 있어서 사이버 거래 등 매매기술의 진보와 선물, 옵션, 파생거래와 연계된 신종상품의 등장 등으로 거래행위 자체가 복잡하고 가변적이며, 인위적인 거래를 통해 부당한 이익을 취득하거나 손해를 회피하려는 새로운 수법들이 지속적으로 생겨나고 있는 등 전문화 되어가고 있다. 따라서 이와 같은 증시환경의 변화에 맞추어 규제 또는 허용해야 될 주가고정·안정행위들을 국회에서 그때그때 사전에 예측하여 법률에 반영하는 것은 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력의 한계를 벗어나므로, 일반적으로는 법률로서는 기본적인 사항만을 규정하고 세부적인 사항은 대통령령 등 하위규정에 위임함으로써 탄력적인 적용이 가능하도록 할 필요성은 있다고 할 수 있다.

그런데, 실제로 위 조항의 위임을 받은 시행령 제83조의8 제1항은, 1974.

12. 31. 구 증권거래법시행령(대통령령 제7465호) 제52조의2 제1항으로 최초로 신설된 이후 헌재에 이르기까지 수차례 조문의 위치 및 일부 사소한 부분의 표현만이 변경되었을 뿐 기본적인 내용에 있어서 동일성을 유지하여 왔는 바, 이와 같은 점을 고려할 때 위 시행령에 규정된 내용이 증시환경의 변화나 신종 주가조작행위의 출현 등에 의하여 수시로 변경을 요하는 성격을 갖고 있는 것이라고 할 수는 없고 최소한 유가증권의 모집 또는 매출과 관련된 것이라는 점에 관하여는 법률조항 자체에 포함시켜 구체적으로 규정하는 것이 충분히 가능하였다고 할 것이다.

그러므로, 이 사건 법률조항은 형벌법규의 위임 요건인 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당한다고 하기 어렵다.

(다) 위임입법의 한계 일탈 여부

일반적으로 위임입법이 필요한 분야라고 하더라도 입법권의 위임은 법치주의의 원칙과 의회민주주의의 원칙, 권력분립의 원칙에 비추어 구체적으로 범위를 정하여 하는 경우만 허용된다. 더구나 처벌규정의 위임은 처벌대상인 행위가 어떠한 것이 될 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

유가증권 시세의 고정·안정행위 전반을 의미하는 광의의 안정조작행위에는 유가증권의 모집 또는 매출과 관련하여 이루어지는 협의의 안정조작 및 시장조성 뿐만 아니라 금융기관이 신용을 유지하기 위한 경우, 유가증권의 담보가치를 유지하기 위한 경우, 회사의 지배권을 획득하기 위한 주식 매수의 경우 등 유가증권의 모집 또는 매출과 관련 없이 이루어지는 경우도 포함된다. 한편, 법 제188조의4 제3항은 동조 제2항과 같이 현실거래에 의한 시세조종행위이면서도 ‘매매거래를 유인할 목적’을 요구하고 있지는 않으므로 비상장주식의 경우를 제외하고 거래소 및 협회중개시장에서의 안정조작행위 전체를 광범위하게 규율 대상으로 삼게 된다.

법 제188조의4 제3항에 의하여 유가증권의 시세를 고정·안정시킬 목적의 매매거래가 원칙적으로 전면 금지되는 것으로 해석하는 입장에서는 광의의 안정조작행위 중 예외적으로 허용되는 유형을 대통령령에서 규정하도록 위임하고 있다고 해석한다.

그런데, 법 제188조의4 제3항은 규율대상인 안정조작행위에 관하여 아무런 위임기준을 두고 있지 않으므로 위와 같이 광의의 안정조작행위 중 어떠한

형태의 행위가 대통령령에서 허용될 것인지를 법 제188조의4 제3항 자체로부터는 예측하기 어렵다. ‘유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로’ 하는 거래란 안정조작행위와 같은 의미에 불과하기 때문이다.

또한, 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하더라도 대통령령에 규정될 내용의 범위가 곧바로 도출된다고 단정할 수도 없다. 어떠한 형태의 안정조작행위가 허용되어야 하는가 하는 점에 관하여 다툼의 여지가 없는 명백한 것이라고 할 수 없기 때문이다.

한편, 법 제188조의4 제3항이 대강의 금지대상만을 규정하고 대통령령에서 유가증권 시세의 고정·안정행위 가운데 구체적으로 금지되는 행위의 유형을 특정하도록 위임한 것이라고 해석하는 입장에서 보더라도 법 제188조의4 제3항은 규율대상인 안정조작행위에 관하여 아무런 위임기준을 두고 있지 않으므로, 광의의 안정조작행위 중 어떠한 형태의 행위가 대통령령에서 금지될 것인지를 법 제188조의4 제3항 자체로부터 예측하기 어렵다.

따라서, 법 제188조의4 제3항을 어느 쪽으로 해석하더라도 위 조항 자체에서 안정조작행위와 유가증권의 모집 또는 매출과의 관계에 대한 기준을 규정하지 않는 한 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단한다고 하더라도 대통령령에서 규정될 내용의 대강을 예측하는 것이 가능한 것은 아니다.

(라) 그러므로 법 제188조의4 제3항은 위임입법의 한계도 일탈한 것이다.

(3) 소 결

결국, 법 제188조의4 제3항은 헌법에 위반된다.

나. 법 제207조의2 제2호 중 법 제188조의4 제3항에 관한 부분의 위헌 여부
 법 제207조의2 제2호와 관련하여 형벌의 구성요건을 이루는 법 제188조의4 제3항이 위헌으로 판단되는 이상 처벌조항인 법 제207조의2 제2호 중 법 제188조의4 제3항에 관한 부분 또한 헌법에 위반된다.

4. 결 론

법 제207조의2 제2호 중 법 제188조의4 제3항의 규정에 관한 부분 및 법 제188조의4 제3항은 헌법에 위반되므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

구 소득세법 제80조 등 위헌제청

(2005. 5. 26. 2004헌가6 전원재판부)

【판시사항】

1. 누진과세제도 하에서 혼인한 부부에게 조세부담의 증가를 초래하는 부부자산소득합산과세를 규정하고 있는 구 소득세법 제80조 제1항 제2호가 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부를 판단하는 심사기준으로 비례원칙이 적용되는지 여부(적극)

2. 위 구 소득세법 제80조 제1항 제2호가 헌법 제36조 제1항에 위반되는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 자산소득합산대상배우자의 자산소득이 주된 소득자의 연간 종합소득에 합산되면 합산전의 경우보다 일반적으로 더 높은 누진세율을 적용받기 때문에, 더 높은 세율이 적용되는 만큼 소득세액이 더 증가하게 되어 합산대상소득을 가진 부부는 자산소득이 개인과세되는 독신자 또는 사실혼관계의 부부보다 더 많은 조세를 부담하게 되는바, 특정한 조세법률조항이 혼인을 근거로 혼인한 부부를 혼인하지 아니한 자에 비해 차별취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사여 의해 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

2. 부부의 자산소득을 합산하여 과세하는 취지는 자산소득을 부부간에 분산하여 종합소득세의 누진세 체계를 회피하는 것을 방지하고, 소비단위별 생활실태에 부합하는 공평한 과세를 실현하며, 불로소득인 자산소득에 대하여 중과세하여 소득의 재분배를 기하려는 데에 있으므로 그 입법목적은 정당하다.

그러나, 자산소득의 인위적인 분산에 의한 조세회피행위 방지라는 목적은 상속세및증여세법상의 증여추정규정 또는 부동산실권리자명의등기에관한법률상 조세포탈 목적으로 배우자에게 명의신탁한 경우 부동산에 관한 물권변동을 무효로 하는 규정 등에 의해서 충분히 달성할 수 있다. 그리고, 자산소득이 있는 모든 납세의무자 가운데 혼

인한 부부에 대하여만 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 더 많은 조세부담을 가하여 소득을 재분배하도록 강요하는 것은 위와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 방법이라 볼 수 없다.

오늘날 여성의 사회적 지위가 상승하여 맞벌이 부부의 수가 늘어나고 법률혼 외에 사실혼관계의 남녀가 증가하는 등 전통적인 생활양식에 많은 변화가 일어나고 있음을 고려할 때 혼인한 부부가 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 조세부담에 관하여 불리한 취급을 받아야 할 이유를 찾아보기 어렵다. 나아가, 부부자산소득합산과세가 추구하는 공익은 입법정책적 범익에 불과한 반면, 이로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 혼인을 근거로 한 차별금지라는 헌법적 가치이므로, 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없다.

그러므로 부부자산소득합산과세는 혼인한 부부를 비례의 원칙에 반하여 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대의견

1. 부부간의 자산소득에 대하여 과세함에 있어서 그 과세단위를 어떻게 정할 것인가는 각 나라의 정치·경제적 여건, 조세관련법령 및 제도, 조세행정의 효율성, 국민들의 법감정, 자산소득의 특수성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이다.

2. 부부가 된 남녀는 각자의 소비단위로서의 개별성을 자산소득과 같은 일정분야에서 상당부분 상실하므로 소비단위로서의 개별성을 온존하고 있는 미혼의 남녀와는 본질적인 차이가 있다. 다만, 사실혼관계의 부부는 이들을 공동체적인 소비단위로 인정할 객관적 증거가 명백히 부각되지 아니하므로 이에 대해서도 자산소득을 합산과세하기 위해서는 사실조사와 증거수집에 다대한 노력과 비용이 소요되고 소비공동체인지 아닌지를 인정함에 있어 자의가 개입할 우려가 있으므로 사실혼 관계에 있는 부부에 대하여 합산과세하는 것은 불합리하다. 그리고, 자산소득은 그 소득의 원천이 근로나 사업 등의 노력 없이 부가 만들어내는 일종의

불로소득으로서 근로소득 등에 비하여 담세력이 높기 때문에 중과세하는 것이 오히려 조세공평의 원칙에 합당하다.

이와 같이, 소비단위에 있어서 혼인한 부부를 독신자나 사실혼관계의 부부와 “본질적으로 동일”한 것이라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 현행 소득세법의 누진세제 체계로 인하여 자산소득합산제도의 적용을 받는 부부가 그 대상이 되지 않는 독신자나 사실혼관계의 부부보다 불이익한 취급을 받는다 하더라도 이는 국민의 생활실태와 자산소득의 특성을 고려하여 소비단위별 담세력에 부합하는 공평한 과세를 실현하기 위한 것으로서 합리적 근거가 있다 할 것이다.

【심판대상조문】

구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전문개정되고 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제80조(자산소득합산과세) ① 생계를 같이하는 동거가족으로서 다음 각 호에 계기하는 거주자(이하 “자산합산대상가족”이라 한다) 중 이자소득(분리과세 이자소득을 제외한다)·배당소득(분리과세배당소득을 제외한다)과 부동산소득이 있는 자가 있는 때에는 그 자산합산대상가족의 그 소득(이하 “자산소득”이라 한다)이 대통령령이 정하는 주된 소득자(이하 “주된 소득자”라 한다)에게 있는 것으로 보고 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산한다.

- 1. 생략
 - 2. 주된 소득자의 배우자
 - 3.~4. 생략
- ②, ③ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제36조 제1항

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제70조(세율) ① 거주자의 종합소득에 대한 소득세는 당해연도의 종합소득과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “종합소득산출세액”이라 한다)으로 한다.

<종합소득과세표준> <세 율>

- 40만 원 이하 과세표준의 100분의 5
- 40만 원 초과 20만 원+400만 원을 초과하는 금액의 100분의 9
- 800만 원 이하
- 800만 원 초과 56만 원+800만 원을 초과하는 금액의 100분의 18
- 1천 600만 원 이하

- 1천 600만 원 초과 200만 원+1천 600만 원을 초과하는 금액의 100분의 27
- 3천 200만 원 이하
- 3천 200만 원 초과 632만 원+3천 200만 원을 초과하는 금액의 100분의 36
- 6천 400만 원 이하
- 6천 400만 원 초과 1천 784만 원+6천 400만 원을 초과하는 금액의 100분의 45

②~⑩ 생략

구 소득세법시행령(1977. 12. 30. 대통령령 제8786호로 개정되고 1994. 12. 31. 대통령령 제14467호로 전문개정되기 전의 것) 제131조(주된소득자의 범위) 법 제80조 제1항에서 “대통령령이 정하는 주된 소득자”는 다음 각 호의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 법 제80조 제1항 각 호의 자산합산대상가족 중 자산소득금액 이외의 종합소득금액이 가장 많은 자.
2. 자산소득금액 이외의 종합소득금액이 없는 경우에는 그 자산소득금액이 가장 많은 자
3. 자산소득금액 이외의 종합소득금액이 가장 많은 자가 2인 이상 있는 경우에는 그 중 자산소득금액이 가장 많은 자.
4. 제2호 및 제3호의 경우에 자산소득금액이 가장 많은 자가 2인 이상 있는 경우에는 그 중 과세표준확정신고서에 주된 소득자로 기재된 자. 다만, 과세표준확정신고서에 주된 소득자에 대한 기재가 없는 때 또는 이의 제출이 없는 때에는 주소지 관할세무서장이 정하는 자로 한다.

【참조판례】

1. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180-182
헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403
헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657
헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17

【당 사 자】

제 청 법 원 대법원
 제 청 신청인 김○환
 대리인 법무법인 삼덕
 담당변호사 김백영
 당 해 사 건 대법원 2003두476 소득세부과처분취소

【주 문】

구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전문개정된 후 1994. 12. 22. 법률

제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호는 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인은 1998. 10. 14. 제주세무서장이 제청신청인의 처 김○순의 1994년도 이자소득 9,000만 원을 제청신청인의 근로소득과 합산하여 종합소득세부과처분을 하자 위 부과처분의 취소를 구하는 소를 제기(부산지방법원 2000구3238)하였으나 기각되었고, 이에 대한 항소(부산고등법원 2001누3853) 역시 기각되자 대법원에 상고(2003두476)함과 아울러 그 소송계속 중 위 부과처분의 근거가 된 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전문개정된 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제80조, 제81조가 헌법에 위반된다면서 위헌 여부의 심판을 제청하여 줄 것을 신청하였고(2003아1), 제청법원은 이를 받아들여 2004. 4. 2. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 구 소득세법 제80조 및 제81조 전체에 대하여 위헌제청을 하였다. 그러나 당해사건에서 다투어지고 있는 쟁점으로서 그 위헌 여부가 재판 결과의 관건이 되는 것은 부부 간의 자산소득합산과세에 관한 것이므로 이와 직접 관련되는 부분으로 한정함이 상당하다.

따라서, 이 사건 심판의 대상은 구 소득세법(1974. 12. 24. 법률 제2705호로 전문개정된 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제80조 제1항 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정은 다음과 같다.

제80조(자산소득합산과세) ① 생계를 같이하는 동거가족으로서 다음 각 호에 계기하는 거주자(이하 “자산합산대상가족”이라 한다) 중 이자소득(분리과세이자소득을 제외한다)·배당소득(분리과세배당소득을 제외한다)과 부동산소득이 있는 자가 있는 때에는 그 자산합산대상가족의 그 소득(이하 “자산소득”이라 한다)이 대통령령이 정하는 주된 소득자(이하 “주된 소득자”라 한다)에게 있는 것으로 보고 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산한다.

1. 주된 소득자
2. 주된 소득자의 배우자
3. 주된 소득자의 직계존속 및 직계비속과 그 배우자

4. 주된 소득자의 형제자매와 그 배우자

② 주된 소득자 또는 자산합산대상가족인 여부의 판정은 당해연도 과세기 간종료일 현재의 상황에 의한다.

③ 제1항의 규정에 의하여 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하는 경우에 기타의 자산합산대상가족에 대하여는 그 자산소득 이외의 소득에 한하여 세액을 계산한다.

제81조(합산자산소득세액의 계산) 제80조 제1항에 규정하는 주된 소득자의 종합소득금액에 대한 세액의 계산에 있어서는 주된 소득자의 종합소득금액과 기타의 자산합산대상가족의 자산소득금액의 합계액을 주된 소득자의 종합소득금액으로 보고 대통령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액에서 주된 소득자의 종합소득금액과 기타의 자산합산대상가족의 자산소득금액에 대하여 이미 납부한 세액(가산세액을 제외한다)의 합계액을 공제한 금액을 그 세액으로 한다.

구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정되기 전의 것) 제70조(서울) ① 거주자의 종합소득에 대한 소득세는 당해연도의 종합소득과세표준에 다음의 세율을 적용하여 계산한 금액(이하 “종합소득산출세액”이라 한다)으로 한다.

<종합소득과세표준> <세 율>

400만 원 이하 과세표준의 100분의 5

400만 원 초과 20만 원+400만 원을 초과하는 금액의 100분의 9
800만 원 이하

800만 원 초과 56만 원+800만 원을 초과하는 금액의 100분의 18
1천 600만 원 이하

1천 600만 원 초과 200만 원+1천 600만 원을 초과하는 금액의 100분의 27
3천 200만 원 이하

3천 200만 원 초과 632만 원+3천 200만 원을 초과하는 금액의 100분의 36
6천 400만 원 이하

6천 400만 원 초과 1천 784만 원+6천 400만 원을 초과하는 금액의 100분의 45

구 소득세법시행령(1977. 12. 30. 대통령령 제8786호로 개정된 후 1994. 12. 31. 대통령령 제14467호로 전문개정되기 전의 것) 제131조(주된소득자의 범위) 법 제80조 제1항에서 “대통령령이 정하는 주된 소득자”는 다음 각 호의 1

에 해당하는 자를 말한다.

1. 법 제80조 제1항 각 호의 자산합산대상가족 중 자산소득금액 이외의 종합소득금액이 가장 많은 자
 2. 자산소득금액 이외의 종합소득금액이 없는 경우에는 그 자산소득금액이 가장 많은 자
 3. 자산소득금액 이외의 종합소득금액이 가장 많은 자가 2인 이상 있는 경우에는 그 중 자산소득금액이 가장 많은 자
 4. 제2호 및 제3호의 경우에 자산소득금액이 가장 많은 자가 2인 이상 있는 경우에는 그 중 과세표준확정신고서에 주된 소득자로 기재된 자. 다만, 과세표준확정신고서에 주된 소득자에 대한 기제가 없는 때 또는 이의 제출이 없는 때에는 주소지 관할세무서장이 정하는 자로 한다.
2. 위헌제청이유와 관계기관의 의견

가. 위헌제청이유

이 사건 법률조항은 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 결정취지에 비추어 헌법에 위반된다.

나. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견

(1) 자산소득의 가족합산과세를 규정한 구 소득세법 제80조 및 제81조의 입법취지는 자산소득에 대하여 가족이라는 소비단위를 기준으로 담세력을 고려하는 것이 개인단위별 과세보다 생활실태에 합당하고, 자산소득은 자산명의를 가족간에 형식적으로 분산함으로써 세부담을 경감하기 쉬우므로 가족을 과세단위로 보는 것이 조세회피행위를 방지할 수 있으며, 자산소득을 합산하여 누진세율을 적용함으로써 담세력에 부응한 공평한 세부담을 실현할 수 있다는 데에 있다. 또한 금융실명제, 부동산실명제 등의 과세인프라가 정착되지 않아 가족간 자산소득 분산이 용이했던 당시 사회적 여건하에 가족간 자산소득합산과세는 조세의 수직적 공평을 실현하기 위해 도입한 제도이다.

(2) 헌법 제36조 제1항에서 혼인 및 가족생활을 보장할 국가의 의무를 규정하고 있는 취지는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인제도를 국가가 보장한다는 의미이지 납세자의 담세력과 생활실태와는 관계없이 모든 사람에게 일률적으로 똑같이 과세하여야 할 의무를 부담시키는 규정이라고 볼 수 없으므로 자산소득합산과세가 헌법 제36조 제1항에 위배된다고 볼 수 없고, 또한 공평과세실현을 위한 합리적 근거에 기초한 것이므로 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

가. 구 소득세법 제61조에 관한 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 결정

헌법재판소는 2002. 8. 29. 2001헌바82 결정에서 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 부부자산소득합산과세제도를 규정한 구 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6781호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 소득세법’이라 한다.) 제61조에 대하여 위헌선언을 한 바 있는데, 다시 그 이론적 근거를 밝힌다.

(1) 구 소득세법 제61조의 의미

과세단위는 소득계산의 인적 단위를 의미하는 것으로서 소득세의 과세단위는 크게 개인단위주의와 소비단위주의로 나눌 수 있고, 소비단위주의는 다시 소비단위의 크기, 소득금액의 계산방법, 적용할 세율표를 독신자와 부부 사이에 동일하게 작성하는가 여부 등에 따라 여러 가지 유형으로 나눌 수 있다. 그 중 소비단위의 크기에 따라서는 부부단위주의와 가족단위주의로, 소득금액의 계산방법에 따라서는 합산비분할주의와 합산분할주의로 구분된다.

소득세법 제1조 제1항은 개인은 각자의 소득에 대한 소득세를 납부할 의무를 진다고 규정하고, 같은 법 제55조 제1항은 누진세율에 따른 소득세부과의 근거는 개인 납세의무자의 종합소득이라고 규정함으로써 우리 소득세법은 소득세의 과세단위에 대하여 원칙적으로 개인단위주의를 채택하고 있다.

그러나 구 소득세법 제61조는 제1항에서 배우자의 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산하도록 규정하고, 제4항에서 주된 소득자의 종합소득금액에 대한 세액의 계산에 있어서는 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액의 합계액을 주된 소득자의 종합소득금액으로 보고 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 금액에서 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액에 대하여 이미 납부한 세액의 합계액을 공제한 금액을 그 세액으로 하도록 규정하고 있다. 합산자산소득세액의 계산에 관하여 구 소득세법시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17825호로 개정되기 전의 것) 제121조 역시 합산 이후의 종합소득공제, 기본세율적용, 세액공제 등에 관하여 규정하고 있을 뿐 주된 소득자의 종합소득금액과 자산합산대상배우자의 자산소득금액을 합산한 것이 종합소득과세표준의 기초가 된다고 규정하고 있음은 구 소득세법 제61조와 다를 바 없다. 따라서 구 소득세법 제61조와 동시행령 관련조항의 내용을 종합해볼 때 부부의 자산소득에 관해서는 개인단위주의에 대한 예외로 합산비분할주의를 채택한

것으로 해석할 수밖에 없다. 그 결과 자산소득합산대상배우자의 자산소득이 주된 소득자의 연간 종합소득에 합산되면 합산 전의 경우보다 일반적으로 더 높은 누진세율을 적용받기 때문에, 더 높은 세율이 적용되는 만큼 소득세액이 더 증가하게 되어 합산대상소득을 가진 부부는 자산소득이 개인과세되는 독신자 또는 사실혼관계의 부부보다 더 많은 조세를 부담하게 된다.

(2) 심사의 기준

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 불이익을 주지 않도록 국가에게 명령하고 있다. 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제3자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하고, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지명령은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 결합하여 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하고자 하는 목적을 가진다. 따라서 특정한 조세법률조항이 혼인을 근거로 혼인한 부부를 혼인하지 아니한 자에 비해 차별취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의해 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다. 이는 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별의 내용 사이에 적절한 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사하여야 함을 의미한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403; 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조).

조세관련법령에서 과세단위를 정하는 것이 입법자의 입법형성의 재량에 속하는 정책적 문제라고 하더라도 위와 같은 헌법원리에 따른 제한의 범위를 넘어설 수는 없는 것이므로 위 헌법 제36조 제1항이 조세법률관계에서 납세의무자의 담세력과 생활실태에 부합하는 공평과세 실현을 제한하는 원리로 작용하는 것은 아니라는 견해는 받아들이기 어렵다.

(3) 구체적 검토

(가) 입법목적의 정당성

구 소득세법 제61조가 부부의 자산소득을 합산하여 과세하는 취지는 이자소득·배당소득·부동산임대소득과 같은 자산소득은 통상 세대주의 지배아래에 있으며 그 성질상 명의분산이 용이하므로 자산소득을 부부간에 분산하여 종합소득세의 누진세 체계를 회피하는 것을 방지하고, 소비단위별 생활실

태에 부합하는 공평한 과세를 실현하며, 불로소득인 자산소득에 대하여 중과세하여 소득의 재분배를 기하려는 데에 있으므로 그 입법목적은 정당하다.

(나) 차별취급의 적합성 여부

그러나 구 소득세법 제61조가 추구하는 자산소득의 인위적인 분산에 의한 조세회피행위 방지라는 목적은 반드시 부부의 자산소득을 합산하는 방법만을 통해서만 달성할 수 있는 것은 아니다. 즉, 이러한 목적은 상속세및증여세법상의 증여추정규정(제44조) 또는 부동산실권리자명의등기에관한법률상 조세포탈 목적으로 배우자에게 명의신탁한 경우 부동산에 관한 물권변동을 무효로 하는 규정(제4조, 제8조) 등에 의해서 충분히 달성할 수 있다.

또한, 우리 민법은 부부별산제를 채택하여 부부의 일방이 혼인하기 전부터 가지고 있던 고유재산과 혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산은 특유재산으로 부부가 각자 관리, 사용, 수익한다(민법 제830조 제1항, 제831조). 그럼에도 불구하고 부부 일방의 특유재산에서 발생한 자산소득까지 배우자(주된 소득자)의 종합소득으로 보아 이를 합산하여 누진세율을 적용하는 것은 적절한 방법이라고 볼 수 없다.

다만, 자산소득이 부부공유재산인 경우에도 당해 소득을 명의 또는 외관을 기준으로 일방 배우자의 소득으로 보아 소득세를 과세하는 것은 부부 경제생활의 실질을 제대로 반영하지 못하는 측면이 있음을 부인할 수는 없다. 그러나 이러한 재산에 대하여는 자산소득을 합산한 후 분할하여 이에 대해 과세하는 방법을 생각할 수 있다. 분할의 비율은 그 기여도에 따라 차이가 있을 것이고 기여도가 불분명한 경우에는 균등한 비율의 기여도를 인정할 수 있을 것이다.

한편, 이혼시의 재산분할제도가 본질적으로 혼인 중 쌍방의 협력으로 형성된 공동재산의 청산이며 자신의 실질적 공유재산을 청산받는 것이므로, 실질적 공유재산의 범위 안에 들어가는 재산이라면 그런 재산에서 생기는 소득은 부부를 단위로 삼아 과세하여야 한다고 주장하는 견해가 있다. 그러나 부부자산소득합산과세제도는 재산분할과는 관계없이 그 귀속자가 분명한 특유재산의 소득도 일률적으로 합산하여 과세하도록 하는 것이므로 재산분할제도와 부부자산소득합산과세제도를 동일한 차원에서 논할 문제는 아니다.

그리고, 자산소득이 불로소득으로서 근로소득 등에 비해 담세력이 높기 때문에 중과세하는 것이 필요하다 하더라도, 자산소득이 있는 모든 납세의무자에 대하여 누진세율의 적용에 의한 소득세부과를 통해 소득의 재분배기능을

강화하는 것이 아니라, 자산소득이 있는 모든 납세의무자 가운데 혼인한 부부에 대하여만 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 더 많은 조세부담을 가하여 소득을 재분배하도록 강요하는 것은 위와 같은 입법목적 달성을 위한 적절한 방법이라 볼 수 없다.

요컨대 부부간 자산소득의 인위적인 분산에 의한 조세회피행위를 방지하기 위하여 대책을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 부부의 자산소득을 단순합산하는 것은 혼인한 부부의 조세부담을 혼인만을 이유로 가중시키는 것이고 우리의 부부재산제도와도 상통하지 아니하므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이라 할 것이다.

(다) 차별취급의 필요성 여부

1) 구 소득세법 제61조가 정하는 부부자산소득의 합산비분할 과세제도는 부부일방의 내조의 공을 인정하고 소비면에서 공동소비적인 요소를 고려한 제도라고 일반적으로 이해되고 있다. 이는 소비단위별 생활실태에 부응한 공평한 과세실현이라는 이 사건 법률조항이 추구하는 목적과도 관련이 있다. 그러나 처가 주로 가사노동에 종사하고 사회활동에의 참여는 미미하였던 과거에 비해 오늘날에는 여성의 사회적 지위가 상승하여 맞벌이 부부의 수가 늘어나고 법률혼 외에 사실혼관계의 남녀가 증가하는 등 전통적인 생활양식에 많은 변화가 일어나고 있다. 이러한 전통적인 가(家)의 개념이 변화하고 있음을 고려할 때 혼인한 부부가 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 조세부담에 관하여 불리한 취급을 받아야 할 이유를 찾아보기 어렵다. 더구나 혼인신고를 하지 않고 동거하는 사실혼관계의 부부와 혼인한 부부는 소비단위라는 면에서는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 혼인한 부부에게만 자산소득을 합산과세하는 것은 불합리하다. 사실혼관계의 부부에 비해 혼인한 부부의 생활공동체를 더 쉽게 포착할 수 있으므로 혼인한 부부에 대해서만 자산소득을 합산과세한다는 논리는 행정기술적 관점을 헌법적 가치와 동등하게 취급하는 발상으로서 국가가 법률혼보다는 사실혼을 부추기는 것이 아닌가 하는 의구심이 들게 하므로 이러한 논리는 받아들일 수 없다. 나아가 혼인한 부부에 대한 이러한 차별취급은 혼인을 저해하는 요인으로 작용할 수도 있다는 우려를 떨쳐버릴 수 없게 만든다.

2) 또한 부부의 자산소득을 단순합산하여 누진세율을 적용하는 것은 부부 중 소득이 적은 일방의 경제적 활동을 저해하는 효과를 초래할 수 있다. 즉, 부부 자산소득 합산비분할제도는 소득이 상대적으로 적어 세금보다 많은 수

입을 얻지 못하는 일방 배우자로 하여금 경제활동을 포기하도록 하는 요인이 될 수 있다.

(라) 법익의 균형성 여부

구 소득세법 제61조가 추구하는 공익, 즉 인위적인 소득분산에 의한 조세회피행위 방지와 소비단위별 과세실현 및 소득의 재분배라는 공익은 헌법상 근거를 둔 것이 아닌 입법정책적 법익에 불과하다. 그러나 구 소득세법 제61조로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도 높게 보호하고자 하는 혼인을 근거로 한 차별금지라는 헌법적 가치이다. 그러므로 법익의 일반적·추상적 비교차원에서 보거나, 차별취급으로 인한 부작용의 면에서 보거나 구 소득세법 제61조는 달성하고자 하는 공익과 침해되는 사익 사이에 적절한 균형관계를 인정할 수 없다.

(4) 소결론

결국 구 소득세법 제61조가 재산의 특성, 부부 경제생활관계의 실질 등을 고려하지 않고 부부의 자산소득을 무조건 단순합산하여 과세하도록 하는 것은 혼인한 부부를 비례의 원칙에 반하여 사실혼관계의 부부나 독신자에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

나. 이 사건 법률조항의 경우

이 사건으로 돌아와 살피건대, 이 사건 법률조항은 구 소득세법 제61조와는 달리 합산과세되는 이자소득, 배당소득 중 분리과세이자소득, 분리과세배당소득을 제외한다고 규정하고 있으나, 이것은 금융소득분리과세를 실시하고 있던 당시의 세법체계에 따른 것으로서 부부의 자산소득을 합산과세함에 있어 주된 소득자의 종합소득에 합산되는 배우자의 자산소득은 종합소득과세표준의 계산에 합산되는 자산소득에 한정된다는 당연한 이치를 반영한 것뿐이다. 또한 금융소득종합과세와 부부자산소득합산과세는 서로 그 취지를 달리하는 제도이므로 금융소득종합과세의 시행 여부가 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 판단하는데 영향을 미치는 것은 아니다. 자산소득합산과세제도가 부부간의 인위적인 소득분산에 의한 조세회피행위를 방지하고 소비단위별 담세력에 부응한 공평한 세부담을 실현하고자 하는 목적을 추구하고 있다면, 금융소득종합과세는 낮은 세율로 분리과세하던 이자소득과 배당소득을 근로소득·사업소득 등의 다른 종합소득에 합산하여 누진세율을 적용함으로써 부의 재분배를 촉진하고 조세의 형평을 실현하기 위한 제도이기 때문이다.

그러므로 이 사건 법률조항은 구 소득세법 제61조와 실질적으로 그 내용이

동일한 것으로서 위 2001헌바82 결정과 달리 판단할 사정의 변경이나 필요성은 인정되지 아니한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에 대하여는 재판관 권 성, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견이 일치되었다.

5. 재판관 권 성, 재판관 송인준의 반대의견

우리는 위 2001헌바82 결정에서 구 소득세법 제61조가 헌법에 위반된다는 의견을 밝힌 바 있으나, 다음과 같은 이유로 그 견해를 수정한다.

가. 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있는바, 이는 혼인제도와 가족제도에 관한 헌법원리를 규정한 것으로서 혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명한 것이다(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17). 이는 혼인의 순결과 자유, 부부의 평등보장 등을 그 내용으로 하는 것으로서 국가는 이를 보장해야 하는 것이다. 그러나 그것이 조세법률관계에 있어 납세의무자의 담세력과 생활실태에 부합하는 공평한 과세실현을 제한하는 원리로 작용하는 것은 아니다.

그러므로 소득계산의 인적 단위를 의미하는 과세단위를 어떻게 정할 것인가, 그 중에서도 특히 부부간의 자산소득에 대하여 과세함에 있어서 그 과세단위를 어떻게 정할 것인가는 각 나라의 정치·경제적 여건, 조세관련법령 및 제도, 조세행정의 효율성, 국민들의 법감정, 자산소득의 특수성 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 그 입법형성재량에 기초한 정책적 판단에 따라 결정할 문제이고, 공평과세와 혼인제도 사이의 충돌을 조화롭게 해결하기 위한 입법자의 결정이 합리적인 재량의 한계를 이탈하지 아니하는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니다.

나. 혼인한 부부는 공동체로서의 소비단위를 이루고 있으므로 개인으로서의 소비단위를 이루고 있는 독신자와는 그 소비단위에 있어서 본질적인 차이가 있다. 개인으로서의 소비단위는 혼인을 통해 부부단위의 소비공동체로 변화하게 된다. 부부는 수입과 지출의 공동체를 이루고, 특히 자산소득은 그 명의 여하와는 관계없이 세대주의 의사에 의하여 관리처분이 이루어지는 경우가 많기 때문에 부부단위적 과세의 필요성이 크며, 그것이 혼인한 부부의 생

활실태에도 합당하다. 비록 현대사회에서 가부장적인 전통의식이 많이 퇴색하였다고 하더라도 최소한 부부단위의 경제적 소비공동체는 여전히 남아 있으므로 부부간의 자산소득합산과세제도는 우리 나라 국민의 정서와 경제적, 사회적 생활양식에 부합한다고 할 것이다. 요컨대 부부가 된 남녀는 각자의 소비단위로서의 개별성을 자산소득과 같은 일정부야에서 상당부분 상실하므로 소비단위로서의 개별성을 온존하고 있는 미혼의 남녀와는 그 점에 있어서 본질적인 차이가 있는 것이다.

다만 혼인신고를 하지 않고 동거하는 사실혼관계의 부부와 혼인한 부부는 소비단위에 있어서 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 혼인한 부부에게만 자산소득 합산과세가 적용되는 것이 혼인을 이유로 불합리한 차별을 부과하는 것이 되어 위헌이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 사실혼관계의 부부는 이들을 공동체적인 소비단위로 인정할 객관적 증거가 명백히 부각되지 아니하므로 이에 대해서도 자산소득을 합산과세하기 위해서는 사실조사와 증거수집에 다대한 노력과 비용이 소요되고 소비공동체인지 아닌지를 인정함에 있어 자의가 개입할 우려가 있으므로 사실혼 관계에 있는 부부에 대하여 합산과세하는 것은 불합리하다고 볼 수 있다. 이 경우 혼인은 소비공동체를 인정하기 위한 하나의 객관적 증거로 사용되는 것일 뿐이지 혼인을 했다고 하여 바로 혼인 그 자체에 무슨 불이익을 주는 것이 아니므로 이를 혼인에 대한 불합리한 차별이라고 볼 수는 없다.

한편, 부부재산제도에 관하여 우리 민법이 부부별산제를 채택하고 있기는 하나 혼인 전부터 각자가 소유하는 고유재산과 혼인 중에 부부의 일방이 상속 또는 증여받은 재산 등을 제외한 기타의 재산은 부부의 공유로 추정된다(민법 제830조 제2항). 특히 부부가 혼인 중에 협력하여 취득한 주택·대지 기타의 부동산, 공동생활의 기금이 되는 예금·주식 등은 그 명의를 부부 중 일방으로 되어 있더라도 실질적으로는 공유에 속한다고 보아야 할 재산이 더 많다. 따라서 부부재산제도와 세법의 과세단위를 반드시 일치시킬 필요는 없으며, 당해 소득을 단순히 명의 또는 외관을 기준으로 일방 배우자의 소득으로 보아 소득세를 과세하는 개인단위주의는 부부공유재산에 대하여 부적절할 뿐 아니라 경제적 소비공동체의 기초인 부부를 단위로 소득과 소비가 이루어지는 우리의 생활방식을 적절히 반영하지 못하여 불합리한 점이 있다. 나아가 자산소득합산과세의 위헌 여부를 판단함에 있어 부부재산제도를 마치 하나의 헌법적 가치인 것처럼 주장하는 다수의견은 과연 어떠한 근거에 의해 민법이

정하고 있는 부부별산제가 법률체계상 동등한 위치에 있는 세법상의 자산소득합산과세 규정의 위헌 여부를 판단하는 기준이 될 수 있는지 밝혀야 할 것이다.

다. 이와 같은 공동체로서의 소비단위를 자산소득에 대해서만 고려하는 입법자의 결정은 다음과 같이 합리적인 이유가 있다.

자산소득은 여타의 소득과 달리 그 성질상 명의를 분산하는 것이 상당히 용이할 뿐 아니라 그 명의의 분산에 의하여 세부담에 현저한 차이가 생긴다. 이에 반하여 근로소득, 퇴직소득, 사업소득 등 소득자의 활동에 의하여 직접적으로 얻어지는 소득은 그 명의분산이 곤란할 뿐만 아니라 이러한 소득에 수반하는 필요경비의 증가를 고려하면 이러한 소득들을 합산하여 누진세율을 적용하는 것은 합당하지 않다. 따라서 이와 같이 부부간의 명의분산이 용이한 부동산 및 금융자산으로부터 얻는 자산소득의 인위적인 분산을 방지함으로써 누진세율의 차이에 다른 조세회피행위를 미연에 방지할 수 있고, 명의분산이 불가능한 근로소득 등 다른 소득과의 형평성도 제고시킬 수 있는 것이다.

또한, 자산소득은 그 소득의 원천이 근로나 사업 등의 노력 없이 부가 만들어내는 일종의 불로소득으로서 근로소득 등에 비하여 담세력이 높기 때문에 중과세하는 것이 오히려 조세공평의 원칙에 합당하다. 실질적으로 자산소득 합산과세의 적용을 받는 대상은 대부분 고소득층이어서 그들이 부담하는 조세부담의 증가는 전체소득규모에 비해 그리 크지 않고, 부부자산소득합산과세는 소득불평등의 직접적 원인이 되고 있는 자본 및 재산소유의 불평등을 소득세에 의하여 교정하여 일정 부분 소득의 재분배에 기여하는 면도 부인할 수 없으므로 실질적 조세정의의 실현에 이바지한다 할 것이다.

라. 이상 살펴본 바와 같이, 소비단위에 있어서 혼인한 부부를 독신자나 사실혼관계의 부부와 “본질적으로 동일”한 것이라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 현행 소득세법의 누진세제 체계로 인하여 자산소득합산제도의 적용을 받는 부부가 그 대상이 되지 않는 독신자나 사실혼관계의 부부보다 불이익한 취급을 받는다는 하더라도 이는 국민의 생활실태와 자산소득의 특성을 고려하여 소비단위별 담세력에 부합하는 공평한 과세를 실현하기 위한 것으로서 합리적 근거가 있다 할 것이다.

그러므로 부부의 자산소득에 한해 주된 소득자의 종합소득에 합산과세하도록 규정한 이 사건 법률조항은 입법부에 주어진 합리적인 재량의 범위 내의 것으로서 평등원칙에 위반되지 아니하며, 혼인에 대한 보호를 규정한 헌법 제

36조 제1항에도 반하지 아니한다.

이상과 같은 이유로 우리는 다수의견에 반대하는 바이다.

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

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제91조 제1항 위헌제청

(2005. 5. 26. 2004헌가10 전원재판부)

【판시사항】

1. 재산권 침해의 심사기준
2. 협의취득 내지 수용 후 당해사업의 폐지나 변경이 있는 경우 환매권을 인정하는 대상으로 토지만을 규정하고 있는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제91조 제1항이 구 건물소유자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)
3. 위 조항이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법은 재산권을 보장하지만 다른 기본권과는 달리 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 하여 입법자에게 재산권에 관한 규율권한을 유보하고 있다. 그러므로 재산권을 형성하거나 제한하는 입법에 대한 위헌심사에 있어서는 입법자의 재량이 고려되어야 한다. 재산권의 제한에 대하여는 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용되며, 한편 개별 재산권이 갖는 자유보장적 기능, 즉 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕이 되는 정도가 강할수록 엄격한 심사가 이루어져야 한다.

2. 수용된 토지 등이 공공사업에 필요 없게 되었을 경우에는 피수용자가 그 토지 등의 소유권을 회복할 수 있는 권리 즉 환매권은 헌법이 보장하는 재산권에 포함된다. 그러나 수용이 이루어진 후 공익사업이 폐지되거나 변경되었을 때, 건물에 대해서까지 환매권을 인정할 것인지에 관해서는 입법재량의 범위가 넓다. 토지의 경우에는 공익사업이 폐지·변경되더라도 기본적으로 형상의 변경이 없는 반면, 건물은 그 경우 통상 철거되거나 그렇지 않더라도 형상의 변경

이 있게 되며, 토지에 대해서는 보상이 이루어지더라도 수용당한 소유자에게 감정상의 손실 등이 남아있게 되나, 건물의 경우 정당한 보상이 주어졌다면 그러한 손실이 남아있는 경우는 드물다. 따라서 토지에 대해서는 그 존속가치를 보장해 주기 위해 공익사업의 폐지·변경 등으로 토지가 불필요하게 된 경우 환매권이 인정되어야 할 것이나, 건물에 대해서는 그 존속가치를 보장하기 위하여 환매권을 인정하여야 할 필요성이 없거나 매우 적다. 따라서 건물에 대한 환매권을 인정하지 않는 입법이 자의적인 것이라거나 정당한 입법목적을 벗어난 것이라 할 수 없고, 이미 정당한 보상을 받은 건물소유자의 입장에서는 해당 건물을 반드시 환매 받아야 할만한 중요한 사익이 있다고 보기 어려우며, 건물에 대한 환매권이 부인된다고 해서 종전 건물소유자의 자유실현에 여하한 지장을 초래한다고 볼 수 없다. 즉 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제91조 제1항 중 “토지” 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)으로 인한 기본권 제한의 정도와 피해는 미비하고 이 사건 조항이 공익에 비하여 사익을 과도하게 침해하는 것은 아니다. 입법자가 건물에 대한 환매권을 부인한 것은 헌법적 한계 내에 있는 입법재량권의 행사이므로 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

3. 이 사건 조항은 종전 토지소유자와 건물소유자 간에 환매권 인정에 있어서 차별을 하고 있지만, 이는 건물에 대한 환매권을 인정할 실익이 거의 없다는 점에 기인한 것이므로, 그러한 차별이 합리적 이유가 없는 자의적인 것이라거나 입법목적과 수단 간에 비례성을 갖추지 못한 것이라고 볼 수 없다. 그러므로 이 사건 조항은 평등권을 침해하지 않는다.

【심판대상조문】

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제91조(환매권) ① 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 이 조에서 “취득일”이라 한다)부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 그 밖의 사유로 인하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우 취득일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인(이하 “환매권자”라 한다)은 당해 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일부터 10년 이내에 당해 토지에 대하여 지급받은 보상금에 상당한 금액을 사업시행자

헌재 2005. 5. 26. 2004헌가10

에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.

②~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제23조 제1항

【참조판례】

1. 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 303-304
헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945
헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 302-303
2. 헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 55-57
헌재 1998. 12. 24. 97헌마87등, 판례집 10-2, 978, 995-996

【당 사 자】

제 청 법 원 서울중앙지방법원

제 청 신 청 인 이○용

대리인 변호사 최동식

당 해 사 건 서울중앙지방법원 2003나23174 환매청구권존재확인

【주 문】

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제91조 제1항 중 “토지” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 서울특별시 중구는 청구역 교차로 정비공사를 하기 위하여 당해사건 원고(이○용, 제청신청인)가 소유하던 서울 중구 ○○동 294의 63 지상 건물 594㎡ 중 429㎡를 수용하였다. 그런데 제청신청인은 동 건물의 나머지 부분 165㎡(별지 기재와 같다, 이하 ‘이 사건 건물’이라 한다)도 수용하여 줄 것을 요구하여 중앙토지수용위원회의 재결에 의하여 이 사건 건물도 수용되어 보상금 14,603,400원이 지급되었다.

(2) 중구는 2002. 8.경 청구역 교차로 정비공사를 끝냈는데, 제청신청인의 건물 중 애초 수용 부분은 철거되었으나 이 사건 건물은 철거되지 않았다. 그러던 중 제청신청인은 이 사건 건물에 대하여 개축공사를 한 뒤 중구청에 이 사건 건물에 대한 환매의사를 밝혔으나 자신에게 환매권이 없다는 회신을 받았다. 제청신청인은 이 사건 건물에 대한 환매청구권이 자신에게 있다는 확인을 구하는 소송(서울지방법원 2002가단159398)을 제기하였으나 패소하자 항소하였고(당해사건) 청구취지를 이 사건 건물이 제청신청인의 소유임을 확인하는 내용으로 변경하였다.

(3) 제청신청인은 당해사건에서 이 사건 건물에 대한 환매권 행사를 위하여 보상금을 공탁한 뒤, 환매권의 대상을 토지에 한정하고 있는 공익사업에위한토지등의취득및보상에관한법률 제91조 제1항에 대하여 위헌 여부심판의 제청신청(2003카기5552)을 하였던바, 위 법원이 이를 받아들여 2004. 5. 12. 동 조항에 대한 위헌제청을 하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 공익사업에위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제91조 제1항의 위헌 여부를 제청하면서 환매권의 대상을 ‘토지’에 한정하고 ‘건물’을 포함하지 않고 있는 것을 다룬다. 동 조항은 환매권의 대상과 환매권의 발생요건 등을 정하고 있으므로, 이 사건 심판의 대상은 동 조항 중 ‘토지’ 부분(이를 “이 사건 조항”이라 한다), 즉 환매권의 대상으로 토지만 규정하고 건물을 포함하지 않고 있는 부분에 한정하기로 한다. 이 사건 조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

제91조(환매권) ① 토지의 협의취득일 또는 수용의 개시일(이하 이 조에서 “취득일”이라 한다)부터 10년 이내에 당해 사업의 폐지·변경 그 밖의 사유로 인하여 취득한 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 경우 취득일 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인(이하 “환매권자”라 한다)은 당해 토지의 전부 또는 일부가 필요없게 된 때부터 1년 또는 그 취득일부터 10년 이내에 당해 토지에 대하여 지급받은 보상금에 상당한 금액을 사업시행자에게 지급하고 그 토지를 환매할 수 있다.

② 제1항의 규정은 취득일부터 5년 이내에 취득한 토지의 전부를 당해 사업에 이용하지 아니한 때에 이를 준용하되, 이 경우 환매권은 취득일부터 6년 이내에 이를 행사하여야 한다.

③ 제74조 제1항의 규정에 따라 매수 또는 수용한 잔여지는 그 잔여지에

접한 일단의 토지가 필요없게 된 경우가 아니면 이를 환매할 수 없다.

2. 서울중앙지방법원의 위헌제청이유 및 관계기관의 의견

가. 위헌제청이유

(1) 당해사건 피고가 당해사건 원고에 대해 이 사건 건물에 대한 환매권이 없다는 회신을 한 것은 이 사건 조항에 따른 것이므로 그 위헌 여부에 따라 법원이 다른 판단을 하게 되는 경우에 해당된다 할 것이므로 이 사건 조항은 재판의 전제가 된다.

(2) 비록 수용이나 협의취득시 토지 이외의 건물이나 수목 등 정착물에 대하여는 이전비나 취득비를 보상받는 것을 조건으로 이들이 철거되므로 후에 수용목적이 폐지·변경 되더라도 현실적으로 건물 등이 존재할 가능성이 거의 없어 이들을 환매권의 대상에서 제외하였다고 하더라도, 한편 수용 또는 협의취득한 건물이 공익사업 시행 후에도 존재할 가능성이 아예 없는 것은 아닌 점, 건물 등을 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법상 환매대상에 포함시켰으나 현재 이 사건 조항에서 제외할 만한 입법목적이 규정의 실익이 적다는 점 외에는 뚜렷하게 발견되지 않고, 건물을 철거하는 것보다는 건물을 계속 사용하고자 하는 전 소유자에게 환매권을 주는 것이 사회·경제적으로도 이익인 점, 건물에 대한 환매권을 인정할 때 발생할 수 있는 안전문제나 도시계획과의 저축 등의 문제는 환매권의 성립요건의 해석을 엄격히 하면 해결될 수 있는 점 등에 비추어 보면 아예 건물에 대한 환매 자체를 불허하는 것은 합리적인 근거 없이 토지 소유자와 차별하여 건물 소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것이다.

(3) 따라서 이 사건 조항은 합리적 근거 없이 건물 등 소유자에 대하여 경제적으로 불리한 차별을 하고 있고, 또한 헌법 제37조 제2항의 요건을 갖추지 못한 채 제23조 제1항·제3항에 규정된 건물 등 소유자의 재산권을 침해하고 있다.

나. 건설교통부장관의 의견

이 사건 조항이 환매의 목적물을 토지에 한정하고 있는 것은 공익사업의 대상으로서 취득하는 대상물건은 통상 토지에 한정되기 때문이다. 그 외에 공익사업의 시행을 위하여 취득한 건물 및 권리에 대하여는 철거·제거 및 소멸시키게 되므로, 토지보상법은 환매의 목적물을 토지로 한정하여 규정한 것이다.

이 사건 건물은 제청신청인의 잔여건물 확대수용청구에 의하여 중앙토지수

용위원회의 이의재결(2001. 8. 21)로써 확대수용된 것이고, 제청신청인이 점유를 해제하지 아니하여 철거되지 못한 건물이므로, 제청신청인의 불법점유로 인하여 철거되지 못한 건물에 대하여 이 사건 조항이 환매의 목적물로 ‘토지’만 규정하고 건물을 포함하여 규정하지 않았다고 위헌심판제청을 할 수는 없으므로 본 청구는 기각되어야 한다.

다. 서울특별시 중구청장의 의견

이 사건 건물은 수용되어 손실보상금이 지급된 것으로서 이미 서울시 소유이며 소유권 이전만 하지 못한 상태인바, 도시미관상 철거되어야 할 건물임에도 제청신청인이 철거작업을 거부하고 불법적으로 개보수하고 소송을 제기하면서 불법으로 계속 사용하고 있는 것이므로 제청신청인에게 환매권이 존재하지 않는다. 또한 토지 외의 물건은 환매권의 대상이 되지 않는다.

3. 판 단

가. 입법연혁

토지수용법은 1961년 일본 토지수용법상의 매수권(買受權)을 참조하여 환매권제도를 도입하였는데, 환매권의 대상을 일본의 매수권제도와 같이 ‘토지’에 한정하였다. 한편 수용이 아닌 협의매수로 공공사업에 필요한 토지 등의 취득 또는 사용과 이에 따르는 손실보상에 관한 기준과 방법을 정하기 위하여 1975년 공공용지의취득및보상에관한특별법(이하 ‘공특별’이라 한다)이 제정되었는데, 이 법은 제9조에서 환매권의 목적을 ‘토지 등’으로 하고 있었으므로 건물이 포함되었다.

그런데 토지수용법과 공특별이 보상절차와 기준 등에 관하여 불일치하는 것을 개선하고자 양 법률을 폐지하고 이들을 통합한 토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 제정되어 2003. 1. 1.부터 시행)이 제정되었다. 동법은 환매권의 대상을 종전 토지수용법에서와 같이 ‘토지’에 한정하였다. 이는 종전에 토지수용법과 공특별상의 환매 대상이 달랐던 것을 토지수용법을 기준으로 일원화하였기 때문이다. 건물을 환매권에서 제외한 것은, 통상 건물의 ‘수용내지 협의취득’(이하 ‘수용’이라고만 표시한다)은 토지를 수용하기 위한 부수적인 경우이고, 건물은 수용된 경우에도 대개 철거의 대상이며, 철거되지 않더라도 수용 후 상당 기간이 지났을 때는 원래의 형상과 달라질 것이므로 이를 환매권의 대상으로 삼을 실익이 없기 때문이었다고 볼 수 있다.

나. 재산권 침해 여부

(1) 헌법은 재산권을 보장하지만 다른 기본권과는 달리 “그 내용과 한계는

법률로 정한다.”고 하여(제23조 제1항) 입법자에게 재산권에 관한 규율권한을 유보하고 있다. 그러므로 재산권을 형성하거나 제한하는 입법에 대한 위헌심사에 있어서는 입법자의 재량이 고려되어야 한다. 일반적으로 재산권의 제한에 대하여는 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 303-304 참조). 한편 개별 재산권이 갖는 자유보장적 기능이 강할수록, 즉 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕이 되는 정도가 강할수록 그러한 제한에 대해서는 엄격한 심사가 이루어져야 한다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945 참조).

(2) 수용된 토지 등이 공공사업에 필요없게 되었을 경우에는 피수용자가 그 토지 등의 소유권을 회복할 수 있는 권리 즉 환매권은 헌법이 보장하는 재산권에 포함된다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38, 55-57; 1998. 12. 24. 97헌마87등, 판례집 10-2, 978, 995-996).

그러나 수용이 이루어진 후 공익사업이 폐지되거나 변경되었을 때, 건물에 대해서까지 환매권을 인정할 것인지에 관해서는 입법재량의 범위가 넓다고 볼 것이다. 왜냐하면 수용의 주된 대상이 되는 토지와는 달리 건물은 아래와 같은 특수성이 있기 때문이다.

토지의 경우에는 공익사업이 폐지·변경되더라도 기본적으로 형상의 변경이 없는 반면, 건물은 그 경우 통상 철거되거나 그렇지 않더라도 형상의 변경이 있게 되며, 토지에 대해서는 보상이 이루어지더라도 수용당한 소유자에게 감정상의 손실 등이 남아있게 되나, 건물의 경우 정당한 보상이 주어졌다면 그러한 손실이 남아있는 경우는 드물다. 따라서 토지에 대해서는 그 존속가치를 보장해 주기 위해 공익사업의 폐지·변경 등으로 토지가 불필요하게 된 경우 환매권이 인정되어야 할 것이나, 건물에 대해서는 그 존속가치를 보장하기 위하여 환매권을 인정하여야 할 필요성이 없거나 매우 적은 것이다.

통상 수용된 건물이 통상 철거되거나 장기간의 공익사업 불이행시 형상이 변하거나 관리가 부실하게 되는 것을 감안할 때, 건물에 대한 환매권을 인정하지 않는 그러한 입법이 자의적인 것이라거나 정당한 입법목적은 벗어난 것이라 할 수 없다. 입법자는 건물에 대한 수용 후 당해 사업이 폐지되거나 변경되는 경우 기타 그 밖의 사유로 인하여 취득한 건물이 필요 없게 되는 경우에도 동 건물에 대한 환매권을 인정할만한 실익이 없다는 입법사실에 기초하여 이 사건 조항을 제정한 것이고, 처음부터 건물소유자의 환매권을 제한하고

자 의도한 것은 아니라고 볼 것이다.

또한 이미 정당한 보상을 받은 건물소유자의 입장에서는 수용목적이 된 당해 사업이 변경되거나 폐지된 경우에 해당 건물을 반드시 환매 받아야 할만한 중요한 사익이 있다고 보기도 어렵다. 또 건물에 대한 환매권이 부인된다고 해서 종전 건물소유자의 자유실현에 여하한 지장을 초래한다고 볼 수도 없다. 결국 이 사건 조항으로 인한 기본권 제한의 정도와 피해는 미비하고, 이 사건 조항이 공익에 비하여 사익을 과도하게 침해하는 것은 아니다.

당해사건의 경우를 보면, 관할 구청은 이 사건 건물이 철거 대상이나 사정상 아직까지 철거되지 않고 있다는 것인바, 만일 그렇다면 당해사건 역시 건물에 대한 환매권이 인정되어야 할만한 사정을 전혀 지니고 있지 않은 것이다.

결론적으로, 입법자가 건물에 대한 환매권을 부인한 것은 헌법적 한계 내에 있는 입법재량권의 행사라고 할 것이므로, 이 사건 조항이 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

다. 평등권 침해 여부

이 사건 조항은 토지에 대해서만 환매권을 인정함으로써 종전 토지소유자와 건물소유자의 환매권 인정에 있어서 차별하고 있지만, 이는 건물에 대한 환매권을 인정할 실익이 거의 없다는 점에 기인한 것이므로, 그러한 차별이 합리적 이유가 없는 자의적인 것이라거나 입법목적과 수단 간에 비례성을 갖추지 못한 것이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조항은 평등권을 침해하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 조항은 헌법에 위반되지 않으므로 관여 재판관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별지] 부동산 목록: 생략

농수산물유통및가격안정에관한법률 제25조 제2항 제2호 위헌소원

(2005. 5. 26. 2002헌바67 전원재판부)

【판시사항】

금고 이상의 실형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 자는 중도매업 허가를 받을 수 없다고 규정한 농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것, 이하 ‘농안법’이라 한다) 제25조 제2항 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

헌법 제123조 제4항은 “국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다.”라고 규정하고 있다. 농수산물이 국민의 삶과 국가사회에서 차지하는 중요성과 중도매인이 공영 농수산물도매시장에서 하는 업무에 비추어 볼 때, 중도매인의 직무는 공동체와의 관련성이 매우 큰 직역이다. 중도매인의 직무의 공공성과 사회적 중요성에 비추어 중도매인에게 준법의식을 요구하고 건전한 농수산물 유통구조 확립을 위하여, 금고 이상의 실형을 선고받고 형의 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 자를 중도매인의 업무로부터 배제하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 헌법 제123조 제4항에 부합하는 것으로서 정당하고 그 방법도 적절하다.

농안법의 입법목적, 농수산물 유통과정에서 중도매인이 하는 직무의 성질과 국민경제와 일상생활에 미치는 영향력, 농수산물 유통질서에 대한 국민의 신뢰유지의 필요성 등을 고려하고, 금고 이상의 실형을 선고한 판결에 내포된 사회적 비난가능성을 감안할 때, 상응하는 준법의식을 중도매업의 수행에 필요한 조건으로 판단한 입법자의 결정이 현저히 불합리하거나 불공정하다고는 볼 수 없다. 또한

이 사건 법률조항은 금고 이상의 실형의 선고를 받은 자가 사적으로 농수산물 유통과 관련된 업종에 종사하는 것을 막고 있는 것은 아니고, 금고 이상의 실형의 집행이 종료되거나 면제된 이후에는 다시 중도매인 허가를 신청할 수 있으며, 달성하려는 공익이 중대하므로, 직업선택의 자유에 대한 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 일탈하고 있다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제25조(중도매업의 허가) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 중도매업의 허가를 받을 수 없다.

1. 생략

2. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 면제되지 아니한 자

3.~5. 생략

③~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제123조 제4항

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 농수산물의 원활한 유통과 적정한 가격을 유지하게 함으로써 생산자와 소비자의 이익을 보호하고 국민생활의 안정에 이바지함을 목적으로 한다.

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “농수산물”이라 함은 농산물·축산물 및 수산물과 임산물중 농림부령이 정하는 것을 말한다.
2. “농수산물도매시장”이라 함은 특별시·광역시 또는 시가 양곡류·청과류·화훼류·조수육류·어류·패각류·해조류 및 임산물 등 대통령령이 정하는 품목의 전부 또는 일부를 도매하게 하기 위하여 제17조의 규정에 의한 농림부장관이나 해양수산부장관 또는 도지사의 허가를 받아 관할구역에 개설하는 시장을 말한다.
3. “중앙도매시장”이라 함은 특별시 또는 광역시가 개설한 농수산물도매시장 중 당해 관할구역 및 그 인접지역의 도매의 중심이 되는 농수산물도매시장으로서 농림부령 또는 해양수산부령이 정하는 것을 말한다.
4. “지방도매시장”이라 함은 중앙도매시장 외의 농수산물도매시장을 말한다.
5. “농수산물공판장”이라 함은 지역농업협동조합, 지역축산업협동조합, 품목별·업종

별협동조합, 임업협동조합 및 수산업협동조합과 그 중앙회(이하 “농림수협등”이라 한다) 기타 대통령령이 정하는 생산자단체와 공익상 필요하다고 인정되는 법인으로서 대통령령이 정하는 법인(이하 “공익법인”이라 한다)이 농수산물을 도매하기 위하여 제43조의 규정에 의하여 특별시장·광역시장 또는 도지사(이하 “시·도지사”라 한다)의 승인을 얻어 개설·운영하는 사업장을 말한다.

6. “민영농수산물도매시장”이라 함은 국가·지방자치단체 및 제5호의 규정에 의한 농수산물공판장을 개설할 수 있는 자 외의 자(이하 “민간인등”이라 한다)가 농수산물을 도매하기 위하여 제47조의 규정에 의하여 시·도지사의 허가를 받아 특별시, 광역시 또는 시 지역에 개설하는 시장을 말한다.
7. “도매시장법인”이라 함은 제23조의 규정에 의하여 농수산물도매시장의 개설자로부터 지정을 받고 농수산물을 위탁받아 상장하여 도매하거나 이를 매수하여 도매하는 법인(제24조의 규정에 의하여 도매시장법인의 지정을 받은 것으로 보는 공공출자 법인을 포함한다)을 말한다.
8. “시장도매인”이라 함은 제36조 또는 제48조의 규정에 의하여 농수산물도매시장 또는 민영농수산물도매시장의 개설자로부터 지정을 받고 농수산물을 매수 또는 위탁받아 도매하거나 매매를 증개하는 영업을 하는 법인을 말한다.
9. “중도매인”이라 함은 제25조·제44조·제46조 또는 제48조의 규정에 의하여 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장의 개설자의 허가 또는 지정을 받아 다음 각 목의 영업을 하는 자를 말한다.
 - 가. 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장에 상장된 농수산물을 매수하여 도매하거나 매매를 증개하는 영업
 - 나. 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장의 개설자로부터 허가를 받은 비상장농수산물을 매수 또는 위탁받아 도매하거나 매매를 증개하는 영업
10. “매매참가인”이라 함은 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장에 상장된 농수산물을 직접 매수하는 자로서 중도매인이 아닌 가공업자, 소매업자, 수출업자 및 소비자단체 등 농수산물의 수요자를 말한다.
11. “산지유통인”이라 함은 제29조·제44조·제46조 또는 제48조의 규정에 의하여 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장의 개설자에게 등록하고, 농수산물을 수집하여 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장에 출하하는 영업을 하는 자를 말한다.
12. “농수산물종합유통센터”라 함은 농수산물의 출하경로를 다원화하고 물류비용을 절감하기 위하여 농수산물의 수집·포장·가공·보관·수송·판매 및 그 정보처리 등 농수산물의 물류활동에 필요한 시설과 이와 관련된 업무시설을 갖춘 사업장을 말한다.

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제25조(중도매업의 허가) ① 중도매인의 업무를 하고자 하는 자는 부류별로 당해 도매시장의

개설자의 허가를 받아야 한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 중도매업의 허가를 받을 수 없다.

1. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자나 금치산자 또는 한정치산자
 2. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 면제되지 아니한 자
 3. 제82조 제3항의 규정에 의하여 중도매업의 허가가 취소된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자
 4. 도매시장법인의 주주 및 임·직원으로서 당해 도매시장법인의 업무와 경합되는 중도매업을 하고자 하는 자
 5. 제1호 내지 제4호의 1에 해당하는 임원이 있는 법인
- ③ 법인인 중도매인은 그 임원이 제2항 제5호에 해당하게 된 때에는 당해 임원을 지체없이 해임하여야 한다.
- ④ 중도매인은 매대참가인의 거래참가를 방해하는 행위나 정당한 사유없이 집단적으로 농수산물의 경매 또는 입찰에 불참하는 행위를 하여서는 아니된다.
- ⑤ 도매시장의 개설자는 제1항의 규정에 의하여 중도매업의 허가를 하는 경우 3년 이상 10년의 범위 내에서 허가유효기간을 설정할 수 있다.

【참조판례】

헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 427

【당 사 자】

청 구 인 송○열

대리인 법무법인 동부종합법률사무소

담당변호사 조숙현 외 3인

당해사건 서울고등법원 2001누14015 중도매인허가취소처분취소

【주 문】

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제25조 제2항 제2호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 참가도매시장명을 ‘가락동농수산물종합도매시장’, 거래품목을

‘청과’로 하는 중도매업 허가를 서울특별시시장으로부터 받아, 서울특별시가 개설한 농수산물도매시장인 가락동농수산물종합도매시장에서 영업하던 중, 항정신성의약품관리법위반죄로 징역 8월의 형을 선고받고 복역하였다. 서울특별시는 청구인이 위와 같이 징역 8월의 실형을 선고받은 것이 농수산물유통및가격안정에관한법률 제25조 제2항에서 정한 허가결격사유에 해당한다는 이유로 2001. 5. 31. 청구인에 대한 위 중도매업허가를 취소하는 처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다)을 하였다.

(2) 청구인은 서울특별시장을 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하고, 당해사건 계속 중 농수산물유통및가격안정에관한법률 제25조 제2항 제2호에 대하여 한 위헌 여부심판의 제청신청을 당해사건 법원이 기각하자, 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것, 이하 ‘농안법’이라 한다) 제25조 제2항 제2호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 헌법에 위반되는지 여부이고, 그 규정 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판의 대상

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제25조(중도매업의 허가) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 중도매업의 허가를 받을 수 없다.

2. 금고 이상의 실형의 선고를 받고 그 형의 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 면제되지 아니한 자

(2) 관련규정

농수산물유통및가격안정에관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제1조(목적) 이 법은 농수산물의 원활한 유통과 적정한 가격을 유지하게 함으로써 생산자와 소비자의 이익을 보호하고 국민생활의 안정에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “농수산물도매시장”이라 함은 특별시·광역시 또는 시가 양곡류·청과류·화훼류·조수육류·어류·패개류·해조류 및 임산물 등 대통령령이 정하는 품목의 전부 또는 일부를 도매하게 하기 위하여 제17조의 규정에

의한 농림부장관이나 해양수산부장관 또는 도지사의 허가를 받아 관할 구역에 개설하는 시장을 말한다.

9. “중도매인”이라 함은 제25조·제44조·제46조 또는 제48조의 규정에 의하여 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장의 개설자의 허가 또는 지정을 받아 다음 각목의 영업을 하는 자를 말한다.
 - 가. 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장에 상장된 농수산물을 매수하여 도매하거나 매매를 중개하는 영업
 - 나. 농수산물도매시장·농수산물공판장 또는 민영농수산물도매시장의 개설자로부터 허가를 받은 비상장농수산물을 매수 또는 위탁받아 도매하거나 매매를 중개하는 영업

제25조(중도매업의 허가) ① 중도매인의 업무를 하고자 하는 자는 부류별로 당해 도매시장의 개설자의 허가를 받아야 한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 중도매업의 허가를 받을 수 없다.

1. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자나 금치산자 또는 한정치산자
3. 제82조 제3항의 규정에 의하여 중도매업의 허가가 취소된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자
4. 도매시장법인의 주주 및 임·직원으로서 당해 도매시장법인의 업무와 경합되는 중도매업을 하고자 하는 자
5. 제1호 내지 제4호의1에 해당하는 임원이 있는 법인

③ 법인인 중도매인은 그 임원이 제2항 제5호에 해당하게 된 때에는 당해 임원을 지체없이 해임하여야 한다.

④ 중도매인은 매매참가인의 거래참가를 방해하는 행위나 정당한 사유없이 집단적으로 농수산물의 경매 또는 입찰에 불참하는 행위를 하여서는 아니된다.

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견 [별지]와 같다.

3. 판 단

가. 공영농수산물도매시장과 중도매인

(1) 공영농수산물도매시장

공영농수산물도매시장은 농안법 제17조 제1항에 따라서 특별시, 광역시, 시가 개설하는 농수산물도매시장으로, 시설확충과 운영정상화를 통하여 농수산물도매시장이 공정하고 중추적인 가격형성기능을 담당하도록 하고, 관행적으

로 이루어지던 상행위를 제도권으로 끌어들이며 농수산물유통의 공정성과 투명성을 확보하기 위하여 국비 등 공공자금으로 개설한 시장이다.

공영농수산물도매시장에서 도매시장법인이 행하는 도매는 출하자로부터 위탁을 받아 행하는 상장거래를 원칙으로 한다(농안법 제31조 제1항). 영세하고 시장정보가 부족한 농어민은 시장교섭력이 약하여 상인과 직접 거래할 경우 불리한 위치에 서게 되므로 이를 보완하여 생산자가 출하한 농수산물을 농수산물도매시장에서 공정하게 판매하기 위한 것이다. 또한 다수의 판매자와 구매자 사이의 경쟁에 의해서 가격을 결정하고 거래의 공정성과 투명성을 제고하기 위하여, 농수산물도매시장에서 이루어지는 농수산물 매매 방법은 경매 또는 입찰의 방법이 원칙이다(농안법 제32조).

(2) 중도매인제도

공영농수산물도매시장에서 중도매인은 농민이나 조합 등이 출하한 농수산물을 상장시장의 경매절차를 거쳐 구매해 소매상에게 팔거나 중개거래를 하는 사람으로(농안법 제2조 제9호), 소비자와 소매상의 요구를 반영하여 경매에 참가하면서 가격형성기능을 하고, 구매자를 대신하여 물량을 구입 판매 및 중개하면서 물량분산 기능을 하고 있다.

(3) 중도매업의 허가과 중도매인의 의무

중도매인의 업무를 하고자 하는 자는 부류별로 당해 농수산물도매시장의 개설자인 특별시·광역시·시의 허가를 받아야 한다(농안법 제17조 제1항, 제25조 제1항). 중도매인들에 대한 관리를 강화하여 중도매인이 올바르게 제 역할을 수행하도록 유도하기 위하여 3년 이상 10년의 범위 내에서 농수산물도매시장의 개설자가 허가유효기간을 설정할 수 있다(농안법 제25조 제5항). 이러한 중도매업 허가는 허가 대상자의 능력 등 주관적 요소를 심사하여 허가 여부를 결정하는 대인적 허가로 임의적인 양도 양수가 제한된다.

중도매인은 매매참가인의 거래참가를 방해하거나 정당한 사유없이 집단적으로 농수산물의 경매 또는 입찰에 불참하는 행위를 하여서는 안되며(농안법 제25조 제4항), 이를 위반할 경우 영업정지 또는 허가를 취소할 수 있는 사유가 되고 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금형(농안법 제88조 제2호)의 벌칙이 있다. 농수산물도매시장의 중도매인들이 담합에 의해 집단적으로 경매에 불참할 경우 생산자들은 출하처가 막히게 되고, 소비자들은 기초식품을 공급받지 못하게 되는 사회문제가 발생하고 농수산물도매시장의 공정한 거래질서를 해칠 우려가 있기 때문이다.

공영농수산물도매시장의 개설자는 농수산물의 가격과 수급안정을 위하여 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 중도매인에 대하여 업무집행상황을 보고하게 할 수 있으며(농안법 제79조 제2항), 보고를 하지 않거나 허위보고를 한 경우에는 100만 원 이하의 과태료를 부과한다(농안법 제90조 제2항 제3호).

나. 직업선택의 자유 침해 여부

(1) 직업의 자유에 대한 제한

직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나, 다른 한편으로는 국민 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 162; 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 427 등). 따라서 각 개인이 향유하는 직업에 대한 선택 및 수행의 자유는 공동체의 경제사회질서에 직접적인 영향을 미치는 것이기 때문에 필요불가결한 경우에는 헌법 제37조 제2항 전문규정에 따라 이에 대하여 제한을 가할 수 있다.

이 사건 법률조항은 금고 이상의 실형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 자에 대해서는 농수산물도매시장에서 중도매업에 종사할 수 없도록 함으로써 직업선택의 자유를 제한하고 있는바, 이와 같은 제한이 기본권제한의 헌법상의 한계를 준수한 것인지가 문제된다.

(2) 입법목적의 정당성과 방법의 적절성

헌법 제123조 제4항은 “국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다.”라고 규정하고 있다. 농수산물은 국민의 일상생활과 생존에 필수불가결하다는 점에서 농수산물의 원활한 유통과 적정한 가격구조는 국가경제의 기본적 토대를 형성할 뿐만 아니라 사회의 질서유지와 안정성장을 위한 가장 중요한 구성부분의 하나이다. 그런데, 농수산물의 주요 생산지와 소비지가 분리되어 있고, 많은 국민이 도시에 집중하여 거주하고 있으며, 생산자인 농·어민과 소비자 개인의 가격결정력이 크지 않고, 날씨 등 계절적 요인과 사재기 등 유통구조의 부조리로 인하여 농수산물의 유통에는 수급 불균형과 가격 급등락이 발생할 가능성이 매우 크다.

특별시·광역시·시가 개설한 농수산물도매시장에서 농수산물을 거래하는

절차를 규율하고 참여자의 자격을 일정한 자에 한정하는 것은, 이러한 농수산물 유통의 특성을 감안하여 농수산물의 원활한 유통과 적정한 가격을 유지함으로써 생산자와 소비자의 이익과 국민생활의 안정에 이바지하기 위한 것으로(농안법 제1조), 헌법 제123조 제4항의 취지를 달성하기 위한 것이다. 앞에서 살핀 바와 같이 공영농수산물도매시장에서 중도매인은 농수산물을 상장시장의 경매절차를 거쳐 구매해 소매상에게 팔거나 증개거래를 함으로써 가격형성기능과 물량분산기능을 하는 핵심 주체 중의 하나이다. 이에 따라 농안법은 공정한 농수산물 유통과 국민생활의 안정을 위하여 중도매인이 될 수 있는 자격을 일정하게 제한하고, 중도매인에게 매매참가인의 거래참가를 방해하거나 정당한 사유없이 집단적으로 농수산물의 경매 또는 입찰에 불참하는 행위를 금지하고, 업무집행상황을 보고할 의무를 부여하고 있다.

농수산물이 국민의 삶과 국가사회에서 차지하는 중요성과 중도매인이 공영농수산물도매시장에서 하는 업무에 비추어 볼 때, 중도매인의 직무는 공동체와의 관련성이 매우 큰 직역이며, 농수산물 유통시장의 건전한 육성과 공영농수산물도매시장에서 이루어지는 경매의 공정성을 위해서는 거래참가자들의 담합 등에 따른 왜곡을 방지하고 거래의 실제 주체와 명의를 투명하게 할 필요성이 있다.

중도매인이 범죄행위로 금고 이상의 실형을 선고받고 형의 집행이 종료되거나 면제되기 전에는, 형을 집행하는 기간 동안 중도매인의 업무를 수행할 수 없고 금고 이상의 실형이 집행 중인 중도매인의 명의를 다른 사람에게 대여되어 농수산물 유통구조를 왜곡할 우려가 있어서 공공의 이익을 해하는 결과를 초래한다.

따라서 중도매인의 직무의 공공성과 사회적 중요성에 비추어 중도매인에게 준법의식을 요구하고 건전한 농수산물 유통구조를 확립하기 위하여, 금고 이상의 실형을 선고받고 형의 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 자를 중도매인의 업무로부터 배제하는 이 사건 법률조항의 입법목적은 헌법 제123조 제4항에 부합하는 것으로서 정당하고 그 방법도 적절하다.

(3) 입법재량을 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되는지 여부

일정한 직업의 업무에 실질적으로 필요한 자격요건과 결격사유가 무엇인가는 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서, 이러한 점에 대한 판단·선택은 헌법재판소에서 가늠하기보다는 입법자에게 맡겨 두는 것이 옳기 때문에 각각의 직업에 어떤 자격요건을 설정

할 것인지는 입법자의 재량사항으로 보아야 하고, 따라서 그러한 범위에서 입법자에게는 입법형성권이 인정된다. 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 위헌 문제가 생길 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350 등 참조).

이 사건 법률조항이 농수산물 유통업무와 관련된 범죄행위인지 여부를 불문하고 금고 이상의 실형을 선고받고 형의 집행이 종료되거나 면제되기 전에는 중도매업의 허가를 받을 수 없도록 규정하고 있는 것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한지가 문제된다.

이 사건 법률조항은 특별시·광역시·시가 개설한 공영농수산물도매시장에서(농안법 제17조 제1항), 당해 농수산물도매시장 개설자로부터 중도매업 허가를 받지 못하는 사유를 규정하고 있다. 공영농수산물도매시장은 농어민 보호와 국민생활 안정이라는 공익 목적 달성을 위하여 공공투자로 개설된 시장으로서 영리추구만을 목적으로 하는 사적거래시설이 아니며, 공영농수산물도매시장의 개설자는 거래관계자의 편익과 소비자의 보호를 위하여 농수산물도매시장시설의 정비·개선과 합리적인 관리, 경쟁촉진과 공정한 거래질서의 확립 및 환경개선 등의 사항을 이행할 의무가 있으므로(농안법 제20조 제1항), 개설자인 특별시·광역시·시는 공영농수산물도매시장의 운영에 있어서 거래참여자의 자격 등에 있어서 일정한 규율을 할 필요성이 있다.

이에 비추어 볼 때 공영농수산물도매시장의 개설자가 중도매업 허가를 함에 있어서 중도매인의 결격사유를 어떻게 정하는가 하는 문제는 중도매인의 업무특성, 중도매인이 농수산물 유통에서 차지하는 역할과 비중, 국민경제에 미치는 영향력 등 제반 사정을 고려하여 중도매인에게 필요하다고 판단되는 준법의식 내지 윤리성의 정도에 따라 정하여야 할 것으로서, 여기에는 입법자의 광범위한 재량이 허용되어 있다 할 것이다.

공영농수산물도매시장에서의 공정한 거래질서 확립은 중도매인이 어느 정도 이상의 거래실적을 유지함으로써 농수산물도매시장이 그 기능을 발휘하고 있음을 전제로 하고 있으며, 중도매인이 업무를 충실히 수행하지 아니한다면 공영농수산물도매시장에서의 거래를 통하여 농수산물의 유통의 원활을 기한다는 농안법의 입법목적 달성에 중대한 지장을 초래할 우려가 있으므로, 실적이 없는 중도매인을 제재할 필요성이 있다. 또한 중도매인이 공영농수산물도매시장에서 맡은 역할과 업무상의 지위를 남용하면, 농수산물의 생산자는 정당한 이윤을 확보하지 못하고 소비자는 비싼 가격의 농수산물을 사게 되며,

공정한 농수산물 유통질서가 교란됨으로써 농수산물도매시장이 제 기능을 제대로 수행할 수 없게 된다. 농수산물도매시장의 중매인들이 중매를 거부해 농수산물 유통이 붕괴된 1994. 5.의 이른바 농안법 파동에서 볼 수 있듯이, 이로 인한 피해는 피해금액이 막대하고 피해의 범위가 전체 국민에게 미치는 국민경제적 손실을 초래할 수 있다.

이러한 사정에 비추어 볼 때 중도매인은 일반적인 상인에 비하여 업무의 충실한 수행과 윤리와 도덕성, 사회적인 책임과 준법의식이 훨씬 강하게 요청된다 할 것이다. 중도매인이 범죄행위로 금고 이상의 실형을 선고받은 경우에는, 형을 집행하는 기간 동안 중도매인의 업무수행이 불가능하므로 그 자격을 제한할 수밖에 없다. 이는 중도매인의 명의대여를 방지하고, 농수산물 경매절차 등 공정한 거래질서를 확립하는 등 공영농수산물도매시장을 관리하고 거래를 유지하기 위해 필요한 기준이라 할 것이다. 이 사건 법률조항은 형사처벌을 받은 모든 사람에 대하여 직업의 자유를 제한하는 것이 아니라 금고 이상의 실형의 선고를 받은 자에 한정하여 그 집행이 종료되거나 면제되지 아니한 경우에만 직업의 자유를 제한함으로써, 그 대상을 어느 정도 중대한 범죄를 범하여 사회로부터 격리되어 형벌의 집행을 받는 등 사회적 비난가능성이 상당하다고 법관이 판단한 경우에만 한정하고 있어서, 자격제한의 대상이 지나치게 확대되어 있다고 보기도 힘들다.

농안법의 입법목적, 농수산물 유통과정에서 중도매인이 하는 직무의 성질과 국민경제와 일상생활에 미치는 영향력, 농수산물 유통질서에 대한 국민의 신뢰유지의 필요성 등을 고려하고, 금고 이상의 실형을 선고한 판결에 내포된 사회적 비난가능성을 감안할 때, 이에 상응하는 준법의식을 중도매업의 수행에 필요한 조건으로 보아야 할 공익상의 요청이 있다고 본 입법자의 의사결정이 입법재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하거나 불공정하다고는 볼 수 없다.

또한 이 사건 법률조항은 금고 이상의 실형의 선고를 받은 자를 공영농수산물도매시장의 중도매업에 종사하지 못하게 할 뿐, 사적으로 농수산물 유통과 관련된 업종에 종사하는 것을 막고 있는 것은 아니고, 금고 이상의 실형의 집행이 종료되거나 면제된 이후에는 다시 중도매인 허가를 신청할 수 있으며, 달성하려는 공익이 중대하므로, 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한의 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 이탈하고 있다고 볼 수도 없다.

(4) 따라서, 이 사건 법률조항의 기본권 제한이 입법재량을 이탈하여 제한

의 방법이 부적절하거나 그 정도가 과도하여 헌법상의 한계를 넘었다고는 할 수 없으므로, 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다.

다. 평등원칙 위반 여부

청구인은 유통산업발전법 등에 비하여 이 사건 법률조항이 가혹하다고 주장하나, 앞에서 살핀 바와 같이 농수산물의 생산과 소비구조가 다른 상품과 다르고 농수산물의 유통구조 개선과 농어민의 이익보호 등은 헌법 제123조 제4항이 직접 규정하고 있는 헌법적 요청이므로, 중도매인 업무의 성질은 다른 상품의 유통구조에 종사하는 자와는 다르다고 할 것이어서, 중도매인에게 더 고도의 윤리성과 준법의식을 요구한다고 하더라도 그와 같은 차별은 합리적이고 정당하다고 할 것이다. 따라서, 이 사건 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 청구인의 평등권을 침해한다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 농수산물유통및가격안정예관한법률(2000. 1. 28. 법률 제6223호로 전문개정된 것) 제25조 제2항 제2호는 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별 지]

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

중도매인이 공영농수산물도매시장에서 하는 일에 공익적인 측면이 있다고 하더라도 그 본질은 농수산물의 매수·도매·중개 등으로 상인이다. 중도매인 허가제를 시행하는 공익적인 목적과 취지를 감안하더라도, 이 사건 법률조항은 과실범 등 중도매인의 영업과 무관한 모든 범죄로 인하여 금고 이상의 실형을 선고받은 자들을 일률적으로 중도매업을 하지 못하게 하여 중도매인의 영업허가에 의해 얻을 수 있는 경제적 가치를 박탈하여 직업선택의 자유 등 기본권을 과도하게 제한하고, 다른 직업에 비하여 합리적인 근거없는 차별 규정을 두어 평등권을 침해하며, 헌법 제119조 제1항, 제123조 제4항에서 규

정한 경제질서에 위배된다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각이유

농안법은 농수산물의 원활한 유통과 적정한 가격을 유지함으로써 생산자와 소비자의 이익과 국민생활의 안정에 이바지하기 위하여 농수산물의 도매를 동법이 정하는 농수산물도매시장 등에서만 이루어질 수 있도록 한정하고, 위 농수산물도매시장 등에서 상장된 농수산물을 매수하여 도매하거나 매매를 중개할 수 있는 중도매인 업무를 하고자 하는 자는 반드시 부류별로 농수산물도매시장 등의 개설자로부터 허가를 받도록 하고 있다.

이러한 취지와 농수산물이 국민의 삶과 국가사회에서 차지하는 중요성에 비추어 볼 때, 중도매인의 직무는 영업이익 이외에도 공공의 이익을 위한 것이며 원활한 직무수행을 위해서는 생산자와 소비자의 신뢰가 있어야 한다. 중도매인이 범죄행위로 금고 이상의 실형을 선고받은 경우에는, 형을 집행하는 기간 동안 중도매인의 업무를 수행할 수 없고 당해 중도매인에 대한 국민의 신뢰가 손상되며, 이는 농수산물 유통 전체에 대한 신뢰를 실추시켜 공공의 이익을 해하는 결과를 초래한다. 그렇다면 중도매인이 입는 신분상 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때 금고 이상의 실형을 선고받은 자를 중도매업 허가 결정사유로 규정한 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배하여 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하지 아니한다.

다. 농림부장관과 서울특별시장의 의견

(1) 공영농수산물도매시장은 농어민보호와 국민생활 안정이라는 공익 목적 달성을 위하여 국고를 지원하여 개설된 시장으로서 영리추구를 최우선으로 하는 사적거래시설에 비하여 상대적으로 높은 기준을 둘 필요가 있다. 헌법 제123조 제4항은 농어민 이익보호를 위한 책무를 국가에 부여하고 있는바, 국가는 농수산물이 제값을 받도록 하는 운영체계 구축을 통하여 공영농수산물도매시장에서 시장교섭력·자금력·정보력 등에서 현저히 우위에 있는 상인으로부터 농어민을 보호하고 있다. 따라서 중도매업 허가는 농수산물도매시장의 농수산물을 거래할 수 있는 독점적인 지위를 부여하고 있는 공익적인 허가이다.

(2) 농수산물이 국민생활에 미치는 중요성, 다른 상인과는 달리 중도매인은 국가나 지방자치단체가 개설한 공영농수산물도매시장에서 거의 무상에 가까운 최소한의 시설사용료만 부담하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 중도매인은 일반적인 업종에 비하여 윤리와 도덕성, 사회적인 책임이 매우 강하게 요구되

는 직역으로 허가결격조항이 필요하다.

(3) 중도매인이 범죄행위로 금고 이상의 실형을 선고받은 경우에는, 범죄행위의 종류를 불문하고 형을 집행하는 기간 동안 중도매인의 업무수행이 불가능하므로 그 자격을 제한할 수밖에 없으며, 이는 공영농수산물도매시장의 거래유지 및 공정한 거래질서 확립 등 공영농수산물도매시장 관리를 위해 필요한 기준이다. 금고 이상의 실형의 집행을 종료되거나 면제된 이후에는 다시 중도매인 허가를 신청할 수 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 직업선택의 자유 등을 침해하지 아니한다.

(4) 헌법 제123조 제4항의 취지의 실현을 위해서는 공영농수산물도매시장의 중도매인은 공정하고 경쟁적인 진입과 퇴출이 이루어져야 하며, 이를 위해서는 범죄로 인하여 금고 이상의 실형 집행을 받고 있는 자, 경쟁력이 열악한 자 등은 퇴출되고, 우수하고 능력있는 자가 영입될 수 있어야만, 공영농수산물도매시장의 경쟁력이 확보되고 헌법에서 규정하고 있는 농어민의 이익이 보호될 수 있다.

구 의료법 제2조 제1항 등 위헌소원

(2005. 5. 26. 2003헌바86 전원재판부)

【판시사항】

1. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하는 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단 부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분이 직업선택의 자유 등을 침해하는지 여부(소극)
2. 위 조항들이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 위 조항들이 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하는 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제25조 제1항 본문의 전단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분(이하 위 조항들은 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 범익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 직업선택의 자유 등 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화된다.

2. 청구인은 이 사건 법률조항 또는 법 어디에도 의료행위(한방의 료행위 포함)의 정의를 규정하지 않은 채로 이 사건 법률조항에서 의료인이 아닌 자에게 의료행위를 금지함으로써 침구수술행위가 의료행위에 포함되는 것으로 해석되어 금지되고 처벌되는 결과를 초래하였다 하여 이 사건 법률조항 중 “의료행위” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 주장하나, 법의 관련규정, 의료행위의 개념에 관한 대법원판례 및 한방의료행위의 개념에 관한 헌법재판소

의 결정 등을 종합하여 보면, 침구시술행위는 의료행위 특히 한방의 료행위에 포함되고, 의료행위 또는 한방의료행위의 개념은 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵다거나 법관에 의한 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기도 어려우므로, 결국 이 사건 법률조항 중 “의료행위” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

3. 청구인은 이 사건 법률조항은 법 제60조 제1항에 의한 기존의 의료유사업자가 아닌 이상 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하고 있는바, 이는 기존의 의료유사업자 이외의 자를 기존의 의료유사업자에 비하여 불합리하게 차별하는 규정으로서 평등의 원칙에 위반된다는 취지로 주장하나, 법 제60조 제1항에서 기존의 침구사 등 의료유사업자에게 시술행위를 허용한 것은 침구사제도를 폐지하여 한의사가 의료행위로서 침구시술행위를 하도록 하는 과정에서 기존의 침구사 등 의료유사업자의 기득권을 보호하기 위하여 이들 역시 침구시술 등을 할 수 있도록 허용한 데 지나지 아니한 것이므로, 이 사건 법률조항이 기존의 의료유사업자 이외의 자에게는 위와 같은 시술행위를 금한다고 하더라도 이는 합리적인 이유가 있는 차별로서 평등원칙에 위반되지 아니한다.

【심판대상조문】

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 보건복지부령이 정하는 범위 안에서 의료행위를 할 수 있다.

②, ③ 생략

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제66조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~2. 생략

3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

【참조조문】

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제1조(목적) 이 법은 국민 의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호증

진함을 목적으로 한다.

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.

1. 의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.
2. 치과의사는 치과의료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.
3. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.
4. 조산사는 조산과 임부·해산부·산욕부 및 신생아에 대한 보건과 양호지도에 종사함을 임무로 한다.
5. 간호사는 상병자 또는 해산부의 요양상의 간호 또는 진료의 보조 및 대통령령이 정하는 보건활동에 종사함을 임무로 한다.

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제5조(의사·치과의사 및 한의사의 면허) 의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조의 규정에 의한 해당 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 의학 또는 치과 의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사 또는 치과 의학사의 학위를 받은 자
2. 한방 의학을 전공하는 대학을 졸업하고 한의학사의 학위를 받은 자
3. 보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호 또는 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사의 면허를 받은 자
4. 삭제

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제60조(의료유사업자) ① 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 자격을 받은 집필사·침사·구사(이하 “의료유사업자”라 한다)는 제25조의 규정에 불구하고 그 시술소에서 시술행위를 업으로 할 수 있다.

②, ③ 생략

보건범죄단속에관한특별조치법 제5조(부정의료업자의 처벌) 의료법 제25조의 규정을 위반하여 영리를 목적으로 의사가 아닌 자가 의료행위를, 치과의사가 아닌 자가 치과 의료 행위를, 한의사가 아닌 자가 한방 의료 행위를 업으로 한 자는 무기 또는 2년 이상의 징역에 처한다. 이 경우에는 100만 원 이상 1천만 원 이하의 벌금을 병과한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7, 판례집 8-2, 408
헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370, 판례집 14-2, 882
헌재 2005. 3. 31. 2001헌마87, 공보 103, 475

2. 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357
헌재 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804
헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785
헌재 2003. 2. 27. 2002헌바23, 판례집 15-1, 218

【당 사 자】

청 구 인 김○숙

대리인 법무법인 아태

담당변호사 김성수 외 2인

당해사건 대법원 2003도3916 의료법위반

【주 문】

구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제25조 제1항 본문의 전단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 1993년부터 1995년까지 중국 요녕성의 중의연구원 침술반에서 공부하여 1995년에 중국 침술자격증을 취득하고, 2000. 1. 17. 한국대체의학자격검정관리총연합회에서 실시하는 침구(鍼灸)전문인 자격검정시험에 합격한 후 서울 강동구 ○○동 339의 22 지하 1층에서 ‘○○침술원’을 운영하여 왔다.

(2) 청구인은 보건복지부장관으로부터 면허를 취득한 의료인이 아니면 의료행위를 할 수 없음에도 불구하고, 2000. 4. 22.경부터 2001. 11. 12.경까지 사이에 위 침술원에서 침구류(鍼灸類) 등 각종 의료기구를 설치해 놓고 환자들에게 침시술 등 의료행위를 하였다는 범죄사실로 기소되어 서울지방법원 동부지원(2002고단4328)에서 벌금 100만 원을 선고받고, 서울지방법원(2003노3326)에 항소하였으나 기각되었다.

(3) 이에 청구인은 대법원에 상고(2003도3916)하는 한편, 그 재판계속중 의료법 제2조 제1항, 제2조 제2항 제3호, 제25조 제1항 본문의 전단부분, 제60조

제1항, 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분에 대하여 위 헌심판제청신청(2003초기304)을 하였으나, 2003. 9. 26. 대법원이 위 신청 및 상고를 모두 기각하자, 같은 해 10. 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제25조 제1항 본문의 전단부분(“의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라는 부분) 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분(이하 위 조항들을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

청구인은 그 밖에 법 제2조 제1항, 제2조 제2항 제3호, 제60조 제1항에 대하여도 헌법소원심판을 청구하였으나, 위 조항들은 당해사건의 재판에 단지 간접적으로 적용되거나 또는 적용된다고 보기 어려운 조항들로서, 당해사건의 재판에 직접 적용되는 이 사건 법률조항을 심판대상으로 하여 판단하면 충분하고 별도로 위 조항들을 심판대상으로 삼을 필요는 없다고 할 것이므로, 이를 심판대상에서 제외하기로 한다.

이 사건 법률조항의 규정내용과 관련조항은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

법 제25조(무면허의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 이외의 의료행위를 할 수 없다. (단서 생략)

②, ③ 생략

법 제66조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1.~2. 생략

3. 제12조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제2항(제61조 제3항에서 준용하는 경우를 포함한다)의 규정에 위반한 자

(2) 관련조항

법 제2조(의료인) ① 이 법에서 “의료인”이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.

② 의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건에 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.

1.~2. 생략

3. 한의사는 한방의료와 한방보건지도에 중사함을 임무로 한다.

4.~5. 생략

법 제60조(의료유사업자) ① 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의하여 자격을 받은 집골사·침사·구사(이하 “의료유사업자”라 한다)는 제25조의 규정에 불구하고 그 시술소에서 시술행위를 업으로 할 수 있다.

②, ③ 생략

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장

(1) 의료법상 한방(韓方)이라 함은 1986년 의료법 개정시 본래 한방(漢方)이었던 것이 바뀐 것인데, 한방(漢方)이란 원래 중국 한나라의 ‘약처방’이라는 뜻으로 쓰인 것이고, 일본에서도 한방은 ‘약제(藥劑)처방’의 의미로 통용되고 있다. 그리고 중국, 일본은 물론 우리 나라에서도 예로부터 침구술은 약제를 중심으로 하는 한방과는 구별되어 독립적으로 발전하여 왔다.

(2) 그런데 법 제25조 제1항, 제2조 제2항 제3호는 의료행위와 한방의료행위의 정의를 규정하지 않은 채로 의료인이 아닌 자에게 의료행위(한방의료행위 포함)를 금지함으로써 한방(韓方)이란 약제처방이지 침구처방을 말하는 것이 아님에도 한방의료행위에 침구시술행위가 포함되는 것으로 해석하여 이를 기준으로 법 제66조 제3호에 의하여 형벌을 부과하고 있을 뿐만 아니라, 법 제2조 제1항은 의료인을 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사로 제한하고, 법 제60조 제1항은 의료유사업자를 기존업자로 한정하고 있는바, 위 조항들은 행복추구권을 규정한 헌법 제10조, 평등권을 규정한 헌법 제11조, 신체의 자유를 규정한 헌법 제12조, 죄형법정주의를 규정한 헌법 제13조, 직업선택의 자유를 규정한 헌법 제15조, 교육에 관한 권리와 국가의 평생교육진흥의무를 규정한 헌법 제31조, 보건에 관한 권리를 규정한 헌법 제36조 제3항에 위반된다.

(3) 세계 각국은 침술사를 의료인으로 인정하여 독자적인 시술권을 인정하고 있고, 설혹 정책적인 판단으로 독자적인 시술권을 허용하지 않는 국가들도 의사의 감독하에 시술을 허용하고 있으며, 우리와 같이 전면적인 금지를 규정하고 있는 입법례는 이를 찾아보기 어렵다. 법은 기존 의료유사업자 외에는 침술사를 전면적으로 금지함으로써 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉금지의 원칙에 위반하여 국민의 행복추구권, 신체의 자유, 직업선택의 자유, 교육에 대한 권리와 국가의 평생교육진흥의무, 보건에 관한 권리를 침해하고

있다.

나. 대법원의 위헌심판제청신청 기각이유

법 제2조 제1항에 규정된 의료인만이 의료행위를 할 수 있다고 규정하고 의사가 아닌 사람이 의료행위를 하면 기존의 의료유사업자가 아닌 이상 그 치료결과에 관계없이 형벌을 과하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다.

다. 보건복지부장관 및 서울동부지방검찰청장의 의견

(1) 침술이 한방의료행위에 속하는지 여부와 의료행위의 개념에 대해서는 이미 대법원 판결 및 헌법재판소의 결정에서 구체적으로 판시하고 있고, 한의사 국가시험의 과목에 침구학을 두고 있으며, 한의과대학의 교육과정 중 침구 관련 수업시간이 전체 수업의 상당부분을 차지하고 있고, 한의사전문의 제도가 도입되어 이미 침구과전문의가 배출되고 있는 점 등을 종합적으로 살펴보면, 침술행위는 명백히 의료행위 특히 한방의료행위에 해당하는 것으로 보아야 한다.

한방의료행위는 비록 법령에 아무런 적극적인 개념정의규정을 두고 있지 않더라도 침술행위를 당연히 포함하는 것으로서, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없어, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 법 제60조 제1항에 의하여 의료유사업자인 침구사에게 침술을 허용한 것은 해방전 일제하에서 자격을 받은 자들에게 기득권만 인정하고 침구사제도를 사실상 폐지한 것인바, 이는 침술이 국민의 건강과 생명에 직접 관련이 있는 한방의료행위로서 특히 윤리성과 전문성이 요구될 뿐만 아니라 고도의 전문지식과 경험을 필요로 하므로, 기초의학과 연계하여 과학적이고 체계적인 전문교육 및 임상실습이 필요함에 따라 6년제 한의과대학을 졸업한 후 국가시험에 합격하여 면허를 취득한 한의사가 침술을 하는 것이 타당하기 때문이다.

(3) 의료행위는 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 무면허 의료행위자의 의료행위에 관한 능력은 이를 구분하는 것이 거의 불가능하며, 가능하다고 하더라도 일반인들이 이를 식별할 수 있도록 하기 위해서는 결국 국가에서 일정한 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이

없다.

따라서 이 사건 법률조항이 무면허의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받도록 하는 것은 대안이 없는 유일한 선택이라 할 것이므로, 이 사건 법률조항으로 인한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화된다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항에 의한 기본권의 제한

이 사건 법률조항의 규정내용을 살펴보면, 우선 법 제25조 제1항 본문의 전단은 “의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며”라고 규정하여 무면허의료행위를 금지하고 있고, 법 제66조는 “다음 각 호의 1에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 하면서 그 제3호에 “…… 제25조 제1항 …… 의 규정에 위반한 자”라고 규정함으로써 무면허의료행위를 처벌하도록 하고 있다.

한편, 법 제2조 제1항은 “이 법에서 말하는 ‘의료인’이라 함은 보건복지부장관의 면허를 받은 의사·치과의사·한의사·조산사 및 간호사를 말한다.”라고 규정하고 있고, 법 제5조는 “의사·치과의사 또는 한의사가 되고자 하는 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조의 규정에 의한 해당 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.”라고 하면서 그 제1호에 “의학 또는 치과의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사 또는 치과의학사의 학위를 받은 자”, 제2호에 “한방의학을 전공하는 대학을 졸업하고 한의학사의 학위를 받은 자”, 제3호에 “보건복지부장관이 인정하는 외국의 제1호 또는 제2호에 해당하는 학교를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사의 면허를 받은 자”라고 규정하고 있다.

그러므로 이 사건 법률조항은 국민 누구나가 의료행위를 할 수 있는 것이 아니라 의료인, 즉 의과대학을 졸업하고 국가시험에 합격하여 면허를 받은 의사·치과의사·한의사(조산사 및 간호사는 논외로 한다)만이 의료행위를 할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 직업의 성질상 그 직업수행이 일정한 전문성·기술성 등을 요구하는 경우 그 직업의 정상적인 수행을 보장하기 위해서 직업선택을 기본권 주체가 스스로 충족시킬 수 있는 일정한 주관적 자격요건과 결부시켜서 제한하는 경우의 하나이다.

이와 같이 이 사건 법률조항은 기본적으로 주관적 사유에 의하여 직업선택의 자유를 제한하는 규정이지만, 의료행위를 계속적인 생활수단적 소득활동

으로 삼는 것이 아니라 취미 또는 봉사활동으로 하고자 하는 자에 대하여는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동의 자유를 제한하는 규정이라고 할 수도 있다.

나. 헌법재판소의 결정례

헌법재판소는 이미 1996. 10. 31. 94헌가7 결정(판례집 8-2, 408), 2002. 12. 18. 2001헌마370 결정(판례집 14-2, 882) 및 2005. 3. 31. 2001헌바87 결정(공보 103, 475) 등에서 세 차례에 걸쳐 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다는 취지의 결정을 한 바 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

「의료법이 정하고 있는 ‘의료행위’는 질병의 예방과 치료에 관한 행위로서 의학적 전문지식이 있는 자가 행하지 아니하면 사람의 생명, 신체나 공중위생에 위해가 발생할 우려가 있는 행위를 말한다. 한 나라의 의료제도는 그 나라의 국민건강의 보호증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체 국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수밖에 없는 것이다.

의료행위는 인간의 존엄과 가치의 근본인 사람의 신체와 생명을 대상으로 하는 것이므로 단순한 의료기술 이상의 ‘인체 전반에 관한 이론적 뒷받침’과 ‘인간의 신체 및 생명에 대한 외경심’을 체계적으로 교육받고 이 점에 관한 국가의 검증을 거친 의료인에 의하여 행하여져야 하고, 과학적으로 검증되지 아니한 방법 또는 무면허 의료행위자에 의한 약간의 부작용도 존엄과 가치를 지닌 인간에게는 회복할 수 없는 치명적인 위해를 가할 수 있는 것이다. 또 무면허 의료행위자 중에서 부작용이 없이 의료행위를 할 수 있는 특별한 능력을 갖춘 사람이 있다고 하더라도 이를 구분하는 것은 실제로는 거의 불가능하며, 또 부분적으로 그 구분이 가능하다고 하더라도 일반인들이 이러한 능력이 있는 무면허 의료행위자를 식별할 수 있는 것은 결국 국가에서 일정한 형태의 자격인증을 하는 방법 이외에는 달리 대안이 없고, 외국의 입법례를 보더라도 의료인 면허제도를 채택하고 무면허의료행위를 사전에 전면금지하

는 것 이외의 다른 규제방법을 찾아볼 수 없다.

이와 같은 사정들을 종합해 보면, 무면허의료행위를 일률적, 전면적으로 금지하고 이를 위반한 경우에는 그 치료결과에 관계없이 형사처벌을 받게 하는 의료법의 규제방법은, '대안이 없는 유일한 선택'으로서 실질적으로도 비례의 원칙에 합치되는 것이다.

의료법이 인정하는 의료인이 아니면서 어떤 특정분야에 관하여는 우수한 의료능력을 가진 한 부류의 의료인들(넓은 의미)이 있다고 한다면, 국민건강의 보호증진을 위하여 입법자로서는 이들의 지식과 능력을 충분히 검증하고 이들에게 의료인 자격을 부여하는 경우의 순기능과 역기능을 면밀히 검토한 후 긍정적인 평가가 나오면 이들에게도 의료행위를 할 수 있는 길을 열어주는 것이 바람직하겠지만, 이는 어디까지나 입법정책의 문제로서 이러한 입법정책의 문제 때문에 의료법 제25조 제1항 본문의 전단부분 및 제66조 제3호 중 제25조 제1항 본문의 전단에 관한 부분이 헌법에 위반된다고는 할 수 없다.

의료인이 아닌 자의 의료행위를 전면적으로 금지한 것은 매우 중대한 헌법적 법익인 국민의 생명권과 건강권을 보호하고 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)를 이행하기 위하여 적합한 조치로서, 위와 같은 중대한 공익이 국민의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 효율적으로 실현될 수 없으므로, 이러한 기본권의 제한은 비례의 원칙에 부합하는 것으로서 헌법적으로 정당화되는 것이다.」

이러한 결정이유는 이를 새로이 달리 판단하여야 할 사정변경이 있다고 인정되지 아니하여 그대로 유지되어야 할 것이므로, 이 사건 법률조항도 같은 이유로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

다만, 청구인은 이 사건 법률조항 중 '의료행위' 부분이 죄형법정주의가 요구하는 명확성원칙을 위반하였고, 법 제60조 제1항에서 의료유사업자를 기존업자로 한정하고 있는 것과 관련하여 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반된다는 취지의 주장을 하고 있는 것으로 보이는데, 이에 대하여 다음과 같은 판단을 추가하기로 한다.

다. 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 법률조항 또는 법 어디에도 의료행위(한방의료행위 포함)의 정의를 규정하지 않은 채로 이 사건 법률조항에서 의료인이 아닌 자에게 의료행위를 금지함으로써 침구시술행위가 의료행위에 포함되는 것으로 해

석되어 금지되고 처벌되는 결과를 초래하였다 하여 이 사건 법률조항 중 ‘의료행위’ 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

(1) 우리 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에서 천명하고 있는 죄형법정주의로부터 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 범죄의 구성요건과 형벌은 명확하게 규정되어야 한다는 원칙이다.

여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 2001. 12. 20. 2001헌가6등, 판례집 13-2, 804, 813).

(2) 법은 이 사건 법률조항이나 그 밖의 어느 조항에서도 ‘의료행위’에 관하여 적극적인 정의를 하고 있지 않지만, 법 제1조는 “이 법은 국민의료에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 의료의 적정을 기하여 국민의 보건을 보호증진함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있고, 법 제2조 제2항은 “의료인은 그 종별에 따라 다음 각 호의 임무를 수행함으로써 국민보건의 향상을 도모하고 국민의 건강한 생활확보에 기여함을 사명으로 한다.”라고 규정하면서, 그 제1호에 “의사는 의료와 보건지도에 종사함을 임무로 한다.”, 제2호에 “치과의사는 치과의료 및 구강보건지도에 종사함을 임무로 한다.”, 제3호에 “한의학사는 한방의료와 한방보건지도에 종사함을 임무로 한다.”라고 규정하고 있다.

의료행위의 개념은 의학의 발달과 사회의 발전 등에 수반하여 변화될 수 있는 것이지만, 대법원은 위 조항들을 근거로 이미 오래 전부터 수많은 판결을 통하여 다음과 같은 내용의 의료행위의 의미에 관한 확고한 판례를 정립하고 있다.

즉 대법원판례에 의하면, 의료행위라 함은 의학적 전문지식을 기초로 하는

경험과 기능으로 진찰, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 기술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위를 의미하는 것이고, 여기에서 진찰이라 함은 환자의 용태를 듣고 관찰하여 병상 및 병명을 규명·판단하는 작용으로 그 진단 방법으로는 문진, 시진, 청진, 타진, 촉진, 기타 각종의 과학적 방법을 써서 검사하는 등 여러 가지가 있고, 위와 같은 작용에 의하여 밝혀진 질병에 적합한 약품을 처방, 조제, 공여하거나 시술하는 것이 치료행위에 속한다고 한다(대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 판결(공1975, 8222); 1978. 9. 26. 선고 77도3156 판결(공1978, 11097); 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결(공1996상, 818); 2001. 7. 13. 선고 99도2328 판결(공2001하, 1890); 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결(공2004하, 1989) 등 참조).

또한 위 법 제2조 제2항에 의하면 의료행위는 협의의 의료행위, 치과의료행위 및 한방의료행위로 나누어 볼 수 있는바, 대법원은 거듭하여 침술행위는 경우에 따라서 생리상 또는 보건위생상 위험이 있을 수 있는 행위임이 분명하므로 한의사의 의료행위(한방의료행위)에 포함된다고 보아야 한다고 판시하고 있다(대법원 1994. 12. 27. 선고 94도78 판결(공1995, 738); 1996. 7. 30. 선고 94도1297 판결(공1996하, 2744); 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결(공1996상, 818) 등 참조).

(3) 한편, 헌법재판소는 이미 두 차례의 결정에서 보건범죄단속에관한특별조치법(1990. 12. 31. 법률 제4293호로 개정된 것) 제5조가 규정하고 있는 ‘한방의료행위’는 불명확한 개념이라고 볼 수 없어 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다는 취지의 결정을 한 바 있다.

즉 의료법의 입법목적, 의료인의 사명에 관한 의료법상의 여러 규정들과 한방의료행위에 관련된 법령의 변천과정 등에 비추어 보면 침시술행위는 그 시술방법과 원리를 보거나 현행 한의사의 시험과목에 침구학을 추가하는 한편 비록 기존의 침사·구사의 시술행위는 인정하나 새로운 침사·구사의 자격을 부여하지 아니한 사실 등에 미루어 한방의료행위에 포함되는 것이 명백하고, 한방의료행위는 우리의 옛선조들로부터 전통적으로 내려오는 한의학을 기초로 한 질병의 예방이나 치료행위를 하는 것을 의미하는 것으로서 불명확한 개념이라고는 볼 수 없다고 한다(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 797; 2003. 2. 27. 2002헌바23, 판례집 15-1, 218, 222).

(4) 앞에서 살펴본 바를 종합하여 보면, 침구시술행위는 의료행위 특히 한

방의료행위에 포함되고, 의료행위 또는 한방의료행위의 개념은 건전한 일반 상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵거나 법관에 의한 적용 단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기도 어려우므로, 결국 이 사건 법률조항 중 '의료행위' 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

라. 평등원칙 위반 여부

청구인은 이 사건 법률조항은 법 제60조 제1항에 의한 기존의 의료유사업자가 아닌 이상 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지·처벌하고 하고 있는바, 이는 기존의 의료유사업자 이외의 자를 기존의 의료유사업자에 비하여 불합리하게 차별하는 규정으로서 평등의 원칙에 위반된다는 취지로 주장한다.

살피건대, 구 국민의료법(1951. 9. 25. 법률 제221호)이 구 의료법(1962. 3. 20. 법률 제1035호)으로 대체되면서, 한의사에게 침구시술행위까지 맡겨 한방을 일원화하려는 입법적 배려에서 종전의 침구시술업자 등 의료유사업자제도를 폐지하고 다만 경과조치로서 그 부칙 제3항에서 종전에 자격을 취득한 의료유사업자의 기득권만 이를 보호하는 것으로 하였으므로 새로이 의료유사업자의 자격을 부여할 수 있는 법률상의 근거는 없어지게 되었으며, 그 후 1973. 2. 16. 법률 제2533호로 개정된 구 의료법 제59조나 1975. 12. 31. 법률 제2862호로 개정된 구 의료법 제60조는 의료유사업자에 관하여 별도의 규정을 신설하여 현재에 이르고 있으나 그 내용은 기본적으로 위 법률 제1035호의 의료법 부칙 제3항과 같은 취지이다.

따라서 법 제60조 제1항에서 기존의 침구사 등 의료유사업자에게 시술행위를 허용한 것은 침구사제도를 폐지하여 한의사가 의료행위로서 침구시술행위를 하도록 하는 과정에서 기존의 침구사 등 의료유사업자의 기득권을 보호하기 위하여 이들 역시 침구시술 등을 할 수 있도록 허용한 데 지나지 아니한 것이다.

그렇다면 기존의 의료유사업자의 경우 의료인이 아님에도 위와 같은 시술행위를 할 수 있도록 허용되는 데 반하여, 이 사건 법률조항이 기존의 의료유사업자 이외의 자에게는 이를 금한다고 하더라도 이는 합리적인 이유가 있는 차별로서 평등원칙에 위반되지 아니한다.

4. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 재판관 전원의 일

치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

지방세법 제112조 제2항 위헌소원

(2005. 5. 26. 2004헌바27·51(병합) 전원재판부)

【판시사항】

고급오락장에 대한 취득세를 중과세함에 있어 상속으로 인한 취득을 그 적용대상에서 제외하지 않고, 취득목적에 대한 고려 없이 취득세를 중과세하도록 규정한 지방세법 제112조 제2항 제4호가 재산권을 과도하게 제한하는지 여부(소극)

【결정요지】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제112조 제2항 제4호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)는 이른바 사치성 재산이라 할 수 있는 고급오락장의 취득으로 발현되는 높은 담세력을 근거로 이에 대한 중과세를 통하여 경제생활에 있어서 사치·낭비풍조를 억제하고 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 더 생산적인 분야에 투자되도록 유도하고자 하는 데에 그 입법취지가 있는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다. 그리고 사치성 소비를 억제하기 위하여 고급오락장의 취득을 일반적으로 금지하는 것이 아니고 통상보다 높은 세율의 취득세를 부과함으로써 간접적으로 이를 억제하는 것이므로 방법의 적절성도 인정된다.

이 사건 법률조항은 취득재산의 담세력에 상응하여 부과하는 취득세의 본질에 상응하여 대상 건축물과 부속토지의 취득당시의 가액에 입각하여 과세표준이 정해지고 그것을 기준으로 고급오락장용 건축물과 토지에 대하여 취득물건 가액의 1,000분의 100의 취득세율을 적용하는바, 그 과세표준의 상이로 어느 정도 비례성이 유지되고 있다. 그리고, 취득세 중과세의 필요성이 인정되는 경우 그 세율을 어느 정도로 할 것인가는 결국 당해 납세의무자의 담세능력과 중과세에 대한 국가적·사회적 요청의 강도를 교량하여 결정하여야 할 것인데, 위 규정이 정한 중과세가 고급오락장과 같은 사치성 재산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 자에 대한 것이라는 점에 비추어 볼

때, 그 정도가 통상세율의 5배라고 하여 반드시 그 목적달성에 필요한 정도를 넘는 자의적인 세율의 설정이라고 볼 수는 없다.

상속의 경우 상속인의 적극적인 취득행위가 없다고 하여 고급오락장 상속인의 담세력을 매매, 교환 등의 여타 취득 원인으로 인한 고급오락장 취득자의 담세력과 달리 볼 것은 아니다. 오히려 상속은 높은 담세력을 가지고 있던 피상속인으로부터 재산을 무상으로 이전 받는 것이므로 취득비용이 절감되는 등 경제적으로 이로운 면이 있다. 따라서 고급오락장의 상속인에게 중과의 취득세율을 적용한다고 하여도 그것이 상속인의 재산권에 대한 과도한 제한이라고 볼 수는 없다.

또한, 고급오락장의 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부를 달리 하는 것은 입법기술상 또는 법집행상의 곤란 등에 비추어 볼 때 위와 같은 입법취지를 관철하지 못하게 되어 부적절하고 오히려 헌법 질서와 더욱 멀어지는 결과를 야기할 수 있다. 왜냐하면 취득목적이라는 것은 지극히 주관적이어서 이를 기준으로 중과세 여부를 결정하는 것은 객관성이 담보되기 어려울 뿐 아니라 그 해석과 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며 유통세인 취득세의 본질과도 상응하지 않는 것이기 때문이다. 더구나 고급오락장의 취득자가 이를 고급오락장의 용도로 사용할 목적이 없을 경우에는 고급오락장 영업허가의 취소 또는 영업금지의 조치를 요구하는 등 적극적 폐쇄조치를 취하는 것이 가능하므로 이 사건 법률조항이 고급오락장의 취득 목적을 고려하지 않고 취득세를 중과세한다 하여 취득자의 재산권을 과도하게 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

우리나라와 같이 자원이 한정된 나라에서 사치성 소비를 억제하고 국민의 건전한 소비생활 정착을 도모하는 것은 전체 국가사회의 긴요한 공익적 요청이라고 할 것이므로 이를 위하여 고급오락장과 같은 사치성재산의 취득에 대하여 통상보다 높은 취득세를 부과한다고 하여 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수도 없다.

【심판대상조문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제112조(세율) ① 생략

② 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산 등을 취득하는 경우(별장 등을 구분하여 그 일부를 취득하는 경우를 포함한다)의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 50으로 한다. 이 경우 골프장은 그 시설을 갖추어 체육시설의설치·이용에관한법률의 규정에 의하여 체육시설업의 등록을 하는 때(시설을 증설하여 변경등록하는 때를 포함한다)에 한하며, 별장·고급오락장에 부속된 토지의 경계가 명확하지 아니한 때에는 그 건축물 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속토지로 본다.

1.~3. 생략

4. 고급오락장 : 도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물 중 대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지

5.~6. 생략

③~⑥ 생략

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제37조 제2항

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제104조(정의) 취득세에서 사용하는 용어의 의미는 다음 각 호에 정하는 바에 의한다.

1.~7. 생략

8. 취득 : 매매, 교환, 상속, 증여, 기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성등과 기타 이와 유사한 취득으로서 원시취득, 승계취득 또는 유상무상을 불문한 일체의 취득을 말한다.

9.~11. 생략

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제112조(세율) ① 취득세의 표준세율은 취득물건의 가액 또는 년부금액의 1,000분의 20으로 한다.

②~⑥ 생략

구 지방세법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17447호로 개정되고 2003. 12. 30. 대통령령 제18194호로 개정되기 전의 것) 제84조의3(별장 등의 범위와 적용기준) ①, ② 생략

③ 법 제112조 제2항 제4호의 규정에서 고급오락장으로 보는 “대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지”라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 용도에 사용되는 건축물과 그 부속토지를 말한다. 이 경우 고급오락장이 건축물의 일부에 시설된 경우에는 당해 건축물에 부속된 토지 중 그 건축물의 연면적에 대한 고급오락장용 건축물의 연면적의 비율에 해당하는 토지를 고급오락장의 부속토지로 본다.

1. 당사자 상호간에 재물을 주고 우연한 결과에 의하여 재물의 득실을 결정하는 카지노장(관광진흥법에 의하여 허가된 외국인전용 카지노장을 제외한다)

2. 사행 또는 도박행위에 공여될 수 있도록 자동도박기(빠징고·슬로트머신·아케이트 이퀴프먼트 등)를 설치한 장소

3. 삭제

4. 두발과 안면에 대한 미용시설 외에 욕실 등을 부설한 장소로서 그 설비를 이용하기 위하여 소정의 요금을 지급하도록 시설된 미용실
5. 식품위생법에 의한 유흥주점영업으로서 다음 각 목의 1에 해당하는 영업장소 중 관광진흥법 제6조의 규정에 의하여 지정된 관광유흥음식점(관광극장식당업의 경우에는 관광호텔안에 있는 것으로서 관광진흥법 제6조의 규정에 의하여 문화관광부장관으로부터 지정을 받은 것에 한한다)을 제외한 영업장소
 - 가. 손님이 춤을 출 수 있도록 객석과 구분된 무도장을 설치한 무도유흥주점(카바레·나이트클럽·디스코클럽 등) 영업장소(영업장면적이 100제곱미터를 초과하는 것에 한한다)
 - 나. 유흥접객원(상시 고용되지 아니한 자를 포함한다)으로 하여금 유흥을 돋우는 룸살롱 및 요정영업으로서 별도의 반영구적으로 구축된 객실면적이 영업장면적의 100분의 50 이상이거나 객실의 수가 5개 이상인 영업장소. 다만, 영업장의 면적이 100제곱미터를 초과하는 것에 한한다.

④, ⑤ 생략

【참조판례】

- 헌재 2002. 3. 28. 2001헌바32, 판례집 14-1, 189, 194
 헌재 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686, 696
 헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 177
 헌재 1999. 2. 25. 96헌바64, 판례집 11-1, 96, 107

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 윤○환 외 6인(2004헌바27)
 대리인 법무법인 삼덕
 담당변호사 송문일
2. ○○건설 주식회사(2004헌바51)
 대표이사 권○두
 대리인 법무법인 일신
 담당변호사 김교창 외 1인
- 당해사건 대법원 2003두2847 취득세등부과처분취소(2004헌바27)
 서울행정법원 2004구합2363 취득세부과처분취소(2004헌바51)

【주 문】

지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제112조 제2항 제4호는

헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2004헌바27 사건

(가) 청구인들은 2001. 4. 17. 땅 윤○상 소유이던 부산 부산진구 ○○동 517의 45 외 6필지(이하 ‘이 사건 토지’라 한다)를 법정상속분대로 상속받아 2001. 7. 30. 각자의 상속지분에 지방세법 제112조 제1항 소정의 일반취득세율에 의한 취득세, 농어촌특별세를 신고납부한 후 같은 해 10. 9. 청구인들이 주주로, 청구인 윤○환이 대표이사로서 있는 주식회사 ○○호텔 앞으로 매매를 원인으로 소유권이전등기를 경료하였다.

(나) 부산광역시 부산진구청장은 이 사건 토지상에 있는 주식회사 ○○호텔 소유의 지하 2층, 지상 9층 건물 연면적 6,217.6㎡의 건축물 중 일부가 립살롱영업장, 무도유희주점 영업장 등으로 사용되어 지방세법 제112조 제2항 제4호 소정의 고급오락장에 해당하므로, 위 건축물 연면적에 대한 고급오락장용 건축물의 연면적 비율에 해당하는 토지를 고급오락장의 부속토지로 보아 지방세법 제112조 제2항 소정의 중과세율을 적용하여 2002. 5. 15. 청구인들에 대하여 취득세 합계 130,434,620원, 농어촌특별세 합계 11,956,450원 등 합계 142,391,070원을 부과하였다.

(다) 청구인들은 위 취득세 및 농어촌특별세 부과처분취소소송을 제기하여 상고심 계속 중(대법원 2003두2847) 지방세법 제112조 제2항이 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해한다고 주장하며 위헌법률심판제청신청(2003아13)을 하였으나 대법원이 2004. 3. 12. 이를 기각하자 같은 해 4. 1. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2004헌바51 사건

(가) 청구인은 2002. 10. 25. 서울 강동구 길동 412의 8 토지와 그 지상 건물(이하 ‘이 사건 부동산’이라 한다)을 취득한 후 지방세법 제112조 제1항 소정의 일반취득세율에 의한 취득세를 신고납부하였다.

(나) 서울특별시 강동구청장은 이 사건 부동산 중 지하 1층 195㎡에는 지방세법 제112조 제2항 제4호 소정의 고급오락장인 유희주점영업장이 소재하고 있음을 이유로 위 195㎡와 부속토지에 대하여 지방세법 제112조 제2항 소정

의 중과세율을 적용하여 2003. 7. 7. 청구인에게 취득세 211,536,000원, 농어촌 특별세 19,390,800원, 합계 230,926,800원을 부과하였다.

(다) 이에 청구인은 서울행정법원에 위 취득세부과처분취소소송을 제기하는 한편(2004구합2363), 위 소송 계속 중 지방세법 제112조 제2항 제4호에 대하여 위헌법률심판제청신청(2004아958)을 하였으나 2004. 6. 17. 위 법원이 이를 기각하자 같은 해 7. 27. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 지방세법(1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정된 것) 제112조 제2항 제4호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제112조(세율) ① 취득세의 표준세율은 취득물건의 가액 또는 년부금액의 1,000분의 20으로 한다.

② 다음 각 호의 1에 해당하는 부동산 등을 취득하는 경우(별장 등을 구분하여 그 일부를 취득하는 경우를 포함한다)의 취득세율은 제1항의 세율의 100분의 500으로 한다. 이 경우 골프장은 그 시설을 갖추어 체육시설의설치·이용에관한법률의 규정에 의하여 체육시설업의 등록을 하는 때(시설을 증설하여 변경등록하는 때를 포함한다)에 한하며, 별장·고급오락장에 부속된 토지의 경계가 명확하지 아니한 때에는 그 건축물 바닥면적의 10배에 해당하는 토지를 그 부속토지로 본다.

4. 고급오락장 : 도박장·유흥주점영업장·특수목욕장 기타 이와 유사한 용도에 사용되는 건축물중 대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지

제104조(정의) 취득세에서 사용하는 용어의 의미는 다음 각 호와 같다.

8. 취득 : 매매, 교환, 상속, 증여, 기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 개수, 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성 등과 기타 이와 유사한 취득으로서 원시취득, 승계취득 또는 유상무상을 불문한 일체의 취득을 말한다.

구 지방세법시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17447호로 개정된 후 2003. 12. 30. 대통령령 제18194호로 개정되기 전의 것) 제84조의3(별장 등의 범위의 적용기준) ③ 법 제112조 제2항 제4호의 규정에서 고급오락장으로 보는 "대통령령이 정하는 건축물과 그 부속토지"라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 용도에 사용되는 건축물과 그 부속토지를 말한다. 이 경우 고급오락장이 건축물의 일부에 시설된 경우에는 당해 건축물에 부속된 토지 중 그 건축물의 연면

적에 대한 고급오락장용 건축물의 연면적의 비율에 해당하는 토지를 고급오락장의 부속토지로 본다.

1. 당사자 상호간에 재물을 걸고 우연한 결과에 의하여 재물의 득실을 결정하는 카지노장(관광진흥법에 의하여 허가된 외국인전용 카지노장을 제외한다)
2. 사행 또는 도박행위에 공여될 수 있도록 자동도박기(빠징고·슬로트머신·아케이트이퀴프먼트 등)을 설치한 장소
3. 삭제 <2000. 12. 29>
4. 두발과 안면에 대한 미용시설 외에 욕실 등을 부설한 장소로서 그 설비를 이용하기 위하여 소정의 요금을 지급하도록 시설된 미용실
5. 식품위생법에 의한 유흥주점영업으로서 다음 각 목의 1에 해당하는 영업장소 중 관광진흥법 제6조의 규정에 의하여 지정된 관광유흥음식점(관광극장식당업의 경우에는 관광호텔 안에 있는 것으로서 관광진흥법 제6조의 규정에 의하여 문화관광부장관으로부터 지정을 받은 것에 한한다)을 제외한 영업장소
 - 가. 손님이 춤을 출 수 있도록 객석과 구분된 무도장을 설치한 무도유흥주점(카바레·나이트클럽·디스코클럽 등) 영업장소(영업장면적이 100제곱미터를 초과하는 것에 한한다)
 - 나. 유흥접객원(상시 고용되지 아니한 자를 포함한다)으로 하여금 유흥을 돋우는 립살롱 및 요정영업으로서 별도의 반영구적으로 구획된 객실면적이 영업장면적의 100분의 50 이상이거나 객실의 수가 5개 이상인 영업장소. 다만, 영업장의 면적이 100제곱미터를 초과하는 것에 한한다.

2. 청구인들의 주장

가. 2004헌바27 사건

상속에 의한 사치성재산의 취득은 수동적인 소유권 변동으로 자의적인 선택의 여지가 없음에도 불구하고 이 사건 법률조항이 상속에 의한 포괄승계의 경우도 취득세를 중과세하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하는 것이다.

나. 2004헌바51 사건

청구인은 건설업을 영위하는 법인으로서 건물을 철거하고 새로운 건물을 짓기 위해 이 사건 부동산을 구입한 것이고, 한편 이 사건 법률조항은 사치성

재산의 취득규제, 바람직한 사회기풍의 진작 및 건전한 소비문화 조장을 위한 조항으로, 취득자가 직접 또는 간접적으로 고급오락장의 용도로 사용할 목적으로 취득하는 경우에 한하여 중과세를 할 수 있는 것으로 해석할 때만 그 합목적성을 유지하기 위한 범위 내로 합헌성이 인정된다고 할 것이므로, 청구인의 경우처럼 고급오락장으로 사용하지 않을 것이 취득 당시 객관적으로 명백한 경우까지도 중과세를 할 수 있다고 해석하는 한 이 사건 법률조항은 헌법상의 평등권과 재산권보장 규정에 위배되어 위헌이다.

3. 법원의 위헌제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견
[별지]와 같다.

4. 한정위헌청구의 적법 여부

청구인 ○○건설 주식회사는 이 사건 법률조항을 고급오락장으로 사용할 목적이 없는 취득의 경우에도 중과세할 수 있는 것으로 해석하는 한 위헌이라며 이 사건 법률조항의 한정위헌 결정을 구하고 있다.

헌법재판소법 제68조 제2항이 ‘법률의 위헌 여부심판의 제청신청이 기각된 때에는’이라고 규정함으로써 심판의 대상을 ‘법률’에 한정하고 있으므로, 일반적으로 법률조항 자체의 위헌판단을 구하는 것이 아니라 법률조항을 ‘…… 하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구는 제68조 제2항의 청구로 적절치 아니하지만, 청구인의 주장이 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것이 아니라, 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로 이해되는 경우에는 적법한 청구로 받아들여진다(헌재 1999. 3. 25. 98헌바2, 판례집 11-1, 200, 209; 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 536 등 참조).

법률조항을 ‘…… 하는 것으로 해석하는 한 위헌’이라는 판단을 구하는 청구가 법률조항 자체의 위헌성에 관한 청구로 이해되기 위해서는, 법률조항에 대하여 추상적·일반적으로 일정하게 구획할 수 있는 어떤 규율영역 내지 적용범위의 위헌성을 지적하면서 그러한 위헌성이 해소될 경우 자신의 사례도 구제받을 수 있다는 주장을 하여야 할 것이다(헌재 2002. 3. 28. 2001헌바72, 판례집 14-1, 205, 210 참조).

이 사건으로 돌아와 살펴건대, 청구인의 주장취지는 결국 이 사건 법률조항이 고급오락장으로 사용할 목적이 없는 취득의 경우에도 취득세를 중과세하도록 규정한 것은 위헌이라는 주장으로 선포될 수 있으므로 이 사건 법률조항 자체의 위헌성을 다투는 경우로서 적법하다 할 것이다.

5. 본안에 관한 판단

가. 취득세의 개요

(1) 법적 성격

취득세는 재산의 이전이라는 사실 자체를 포착하여 거기에 담세력을 인정하고 세금을 부과하는 유통세이자 취득행위를 과세객체로 하여 세금을 부과하는 행위세이다. 이때의 취득이라 함은 “매매, 교환, 상속, 증여, 기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성 등과 기타 이와 유사한 취득으로서 원시취득, 승계취득 또는 유상무상을 불문한 일체의 취득”을 말한다(지방세법 제104조 제8호). 즉, 취득세는 취득자가 물건을 사용하거나 수익, 처분함으로써 얻을 수 있는 이익을 포착하여 부과하는 조세가 아니라 취득행위가 이루어진 경우 취득당시의 과세 물건의 가치를 과세표준으로 하여 세금을 부과하는 조세이다(헌재 2002. 3. 28. 2001헌바32, 판례집 14-1, 189, 194; 1999. 12. 23. 99헌가2, 판례집 11-2, 686, 696).

(2) 상속과 취득세

상속이라 함은 피상속인의 사망에 의하여 상속인이 피상속인의 일신에 전속한 것을 제외하고 피상속인의 재산에 관한 권리의무를 포괄적으로 승계하는 것을 말한다.

상속에 의한 취득은 형식적인 소유권취득에 불과하다는 이유로 1994년까지는 비과세하다가 1995. 1. 1.부터 1가구 1주택 또는 자경농지의 상속을 제외하고 과세대상으로 전환하였다. 이는 취득세가 과세되고 있는 증여와의 형평이 맞도록 상속도 취득세의 과세대상으로 하여야 한다는 정부의 제안에 따라 상속으로 인한 취득도 취득세 과세대상으로 삼게 된 것이다(1994. 11. 1. 정부의 지방세법중개정법률안 제안이유 참조).

나. 취득세 중과세제도의 입법목적과 연혁

이 사건 법률조항이 규정한 고급오락장에 대한 취득세 중과세 제도는 고급오락장이 비생산적인 사치성 재산으로서 이러한 재산을 취득하는 데에 높은 담세력이 있다는 것을 주된 근거로 하는 것이고, 고급오락장용 건축물 및 그 부속토지가 국민경제발전에는 기여하는 생산시설이 아니라 과소비를 조장하는 향락시설이므로 사치성 소비를 억제하여 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 더 생산적인 분야에 투자되도록 유도함과 동시에 국민의 건전한 소비생활을 정착시키려는 데에 그 입법목적이 있다(헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 177; 1999. 2. 25. 96헌바64, 판례집 11-1, 96, 107).

사치성 재산에 대한 취득세 중과세제도는 1973. 3. 12. 개정된 지방세법(법률 제2593호) 제112조 제2항에서 별장·골프장·고급자동차·고급선박에 대하여 취득세율을 일반세율의 3배로 규정하면서 비롯되었다. 그 후 1974. 1. 14. 시행된 국민생활의 안정을위한다통령 긴급조치 제3호에서 취득세의 중과세 대상인 사치성 재산에 고급주택과 고급오락장이 추가되고 그 세율도 취득가액의 100분의 15(일반세율의 7.5배)로 인상함으로써 사치성 재산의 범위를 확대하고 그 세율을 고율로 전환하였다. 1974. 12. 27. 개정된 지방세법(법률 제2743호)은 대통령 긴급조치 제3호의 내용을 그대로 받아들였고, 1998. 12. 31. 개정된 지방세법(법률 제5615호)에 의해 취득세율이 일반취득세율의 100분의 500으로 하향조정되어 현재에 이르고 있다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건의 쟁점

이 사건 법률조항은 고급오락장에 대한 취득세율을 일반취득세율의 100분의 500으로 규정하고 있고, 지방세법 제104조 제8호는 취득세에서 사용하는 '취득'이란 상속을 비롯하여 원시취득, 승계취득 또는 유상무상을 불문한 일체의 취득을 말한다고 규정하고 있다. 그리하여 고급오락장을 상속으로 인하여 취득한 경우에도 일반취득세율의 5배라는 중과세율이 적용되고, 또 고급오락장으로 사용할 목적이 없는 경우에도 취득 당시의 현황이 고급오락장인 이상 위와 같은 중과세율이 적용된다.

요컨대 이 사건의 쟁점은 고급오락장용 건축물과 그 부속토지이면 그 취득의 원인이나 취득목적은 고려하지 않고 일률적으로 일반취득세율의 100분의 500이라는 중과율의 취득세를 부과하는 것이 과잉금지 원칙이나 평등의 원칙에 위배되는지 여부이다.

(2) 과잉금지의 원칙 위반 여부

(가) 이 사건 법률조항에 의한 취득세 중과세의 의미

취득세는 재산의 이전이라는 사실 자체를 포착하여 거기에 담세력을 인정하고 세금을 부과하는 유통세이자 취득행위를 과세객체로 하여 세금을 부과하는 행위세이다. 따라서 이 사건 법률조항이 정하는 취득세는 전통적인 조세의 기능인 지방자치단체의 재원조달이라는 것에 입각하고 있다고 볼 수 있다.

그런데 이 사건 법률조항의 고급오락장용 건축물과 부속토지에 대한 취득세의 경우는 위와 같은 전통적인 조세기능에 입각함과 더불어 특히, 그 건축

물과 부속토지가 고급오락장으로 사용되는 경우 그와 같은 사치성 재산의 취득으로 발현되는 높은 담세력을 근거로 일반적인 과세물건에 적용하는 세율의 5배인 1,000분의 100의 취득세율을 적용함으로써 사치·향락적 소비시설의 취득 및 소비를 억제하고자 하는 유도적·형성적 기능에 입각하고 있다고 볼 수 있다. 특히 이러한 유도적·형성적 기능에 입각하여 취득세를 증가하는 것은 그 건축물과 부속토지를 취득하는 자에 대하여 재산권을 제약하는 재산권제한의 측면도 아울러 내포하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항이 기본권제한입법으로서 준수하여야 할 과잉금지의 원칙에 위배되는지 여부를 살펴본다.

(나) 목적의 정당성, 방법의 적절성

이 사건 법률조항은 이른바 사치성 재산이라 할 수 있는 고급오락장의 취득으로 발현되는 높은 담세력을 근거로 이에 대한 중과세를 통하여 경제생활에 있어서 사치·낭비풍조를 억제하고 국가 전체적으로 한정된 자원이 보다 더 생산적인 분야에 투자되도록 유도하고자 하는 데에 그 입법취지가 있는 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다. 그리고 사치성 소비를 억제하기 위하여 고급오락장의 취득을 일반적으로 금지하는 것이 아니고 통상보다 높은 세율의 취득세를 부과함으로써 간접적으로 이를 억제하는 것이므로 방법의 적절성도 인정된다.

(다) 침해의 최소성, 법익의 균형성

1) 우선, 이 사건 법률조항은 취득재산의 담세력에 상응하여 부과하는 취득세의 본질에 상응하여 대상 건축물과 부속토지의 취득당시의 가액(연부로 취득하는 경우에는 연부금액)에 입각하여 과세표준이 정해지고 그것을 기준으로 고급오락장용 건축물과 토지에 대하여 취득물건 가액(또는 연부금액)의 1,000분의 100의 취득세율을 적용하는바, 그 과세표준의 상이로 어느 정도 비례성이 유지되고 있다.

그리고, 취득세 중과세의 필요성이 인정되는 경우 그 세율을 어느 정도로 할 것인가는 결국 당해 납세의무자의 담세능력과 중과세에 대한 국가적·사회적 요청의 강도를 교량하여 결정하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항이 정한 중과세가 고급오락장과 같은 사치성 재산을 취득할 정도의 재정능력을 갖춘 자에 대한 것이라는 점에 비추어 볼 때, 그 정도가 통상세율의 5배라고 하여 반드시 그 목적달성에 필요한 정도를 넘는 자의적인 세율의 설정이라고 볼 수는 없다.

2) 이와 관련하여, 청구인들은 취득자의 의사와 전혀 무관하게 이루어지는 상속의 경우와 취득자가 고급오락장으로 사용할 목적이 없는 경우에도 취득세를 중과함은 과잉금지 원칙에 어긋난다고 주장한다.

가) 먼저 상속으로 인한 고급오락장의 취득에 대한 취득세 중과세의 경우를 살펴본다.

상속은 피상속인의 사망으로 인하여 개시되므로(민법 제997조) 상속으로 인한 고급오락장의 취득은 취득자의 적극적인 취득행위가 있는 것이 아니라 상속인의 의사와는 무관하게 이루어진다는 측면에서 볼 때 상속으로 인한 고급오락장의 취득에 대해서도 취득세를 중과세하는 것은 상속인의 재산권을 지나치게 제한하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기될 수 있다.

그러나, 앞서도 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 고급오락장과 같은 사치성재산의 이전이 그 자체로서 높은 담세력을 표상하므로 담세력에 상응하는 조세의 부과라는 측면에서 통상보다 높은 세율의 취득세를 부과하는 것이다. 그런데 상속의 경우 상속인의 적극적인 취득행위가 없다고 하여 고급오락장 상속인의 담세력을 매때, 교환 등의 여타 취득 원인으로 인한 고급오락장 취득자의 담세력과 달리 볼 것은 아니다. 오히려 상속은 높은 담세력을 가지고 있던 피상속인으로부터 재산을 무상으로 이전받는 것이므로 취득비용이 절감되는 등 경제적으로 이로운 면이 있다. 따라서 고급오락장의 상속인에게 중과의 취득세율을 적용한다고 하여도 그것이 상속인의 재산권에 대한 과도한 제한이라고 볼 수는 없다.

나아가 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 법률조항에 의한 취득세 중과세는 고급오락장과 같은 사치성재산의 취득 및 소비를 억제하여 국민의 건전한 소비생활을 유도하는 기능을 수행하는 것으로서 피상속인이 한번 중과율의 취득세를 납부하였다고 하여 당해 재산에 대하여 매때, 교환, 증여, 기부 등이 이루어지지 않는 한 그 후손들은 대대로 위와 같은 입법취지의 달성에 협력할 의무가 없다고 보기는 어렵다.

나) 다음으로, 고급오락장의 취득에 대해 취득세를 중과세함에 있어 그 취득목적은 고려하여야 하는 것인지에 관하여 살펴본다.

취득세는 그 본질적인 성격상 재화의 이전이라는 사실, 즉 취득행위를 과세 객체로 하여 부과하는 행위세로서 이와 같은 재화의 취득을 기회로 하여 발현하는 담세능력을 그 세원으로 하는 것이므로 취득 당시의 과세물건의 현황에 따라 부과하는 것이 취득세의 본질에 상응한다. 그런데, 고급오락장의 취

득목적에 따라 취득세 중과세 여부를 달리하는 것은 입법기술상 또는 법집행상의 곤란 등에 비추어 볼 때 위와 같은 입법취지를 관철하지 못하게 되어 부적절하고 오히려 헌법질서와 더욱 멀어지는 결과를 야기할 수 있다. 왜냐하면 취득목적이라는 것은 지극히 주관적이어서 이를 기준으로 중과세 여부를 결정하는 것은 객관성이 담보되기 어려울 뿐 아니라 그 해석과 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며 유통세인 취득세의 본질과도 상응하지 않는 것이기 때문이다. 더구나 고급오락장의 취득자가 이를 고급오락장의 용도로 사용할 목적이 없을 경우에는 고급오락장 영업허가의 취소 또는 영업금지의 조치를 요구하는 등 적극적 폐쇄조치를 취하는 것이 가능하므로 이 사건 법률조항이 고급오락장의 취득 목적을 고려하지 않고 취득세를 중과세한다 하여 취득자의 재산권을 과도하게 제한하는 것이라고 볼 수 없다.

3) 그리고, 우리 나라와 같이 자원이 한정된 나라에서 사치성 소비를 억제하고 국민의 건전한 소비생활 정착을 도모하는 것은 전체 국가사회의 긴요한 공익적 요청이라고 할 것이므로 이를 위하여 고급오락장과 같은 사치성재산의 취득에 대하여 통상보다 높은 취득세를 부과한다고 하여 이 사건 법률조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수도 없다.

(라) 그렇다면 이 사건 법률조항은 기본권제한입법의 한계로서 기능하는 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다.

(3) 평등원칙 위반 여부

청구인 ○○건설 주식회사는 이 사건 법률조항이 고급오락장으로 사용하지 않을 목적으로 취득하는 경우에도 취득세를 중과세하도록 규정한 것이 평등원칙에 위배된다고 주장한다.

그러나 위에서 본 바와 같이 취득목적이라는 것은 지극히 주관적이어서 이를 객관적으로 확인하는 것은 매우 어려운 일일 뿐 아니라 고급오락장의 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부를 달리하는 것은 그 해석과 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며 유통세인 취득세의 본질과도 상응하지 않으므로 고급오락장의 취득목적이 “본질적으로 다른 두 개의 비교집단”을 나누는 기준은 될 수 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

6. 결 론

따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원

의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

[별 지]

가. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 2004헌바27 사건

고급오락장에 대하여 취득세를 부과하는 것은 비생산적인 사치성 재산의 취득을 억제하기 위한 것이고 또한 상속을 원인으로 자산을 취득하는 경우에도 그에 따른 담세력이 없다고 할 것은 아니므로 상속을 원인으로 한 고급오락장의 취득에 대하여 취득세를 부과한다고 하여 헌법상 재산권 보장이나 과잉금지원칙을 위반한 것이라고 할 수 없다.

(2) 2004헌바51 사건

취득세는 재산의 이전이라는 사실 자체, 즉 취득행위를 과세객체로 하여 부과하는 행위세로 취득한 때의 당해 물건의 현황에 의하여 부과하는 것으로 취득목적이나 취득 이후의 사정은 고려대상이 아니고, 취득세 부과세를 내용으로 하는 이 사건 법률조항은 비생산적이고 사치성 재산인 고급오락장에 대한 재산을 취득하는 데에 높은 담세력이 있다는 것을 주된 근거로 하는 것이므로, 고급오락장에 대하여 취득목적이나 취득 이후의 사정 등을 고려하지 않고 높은 담세력을 근거로 부과세율을 정하였다고 하여, 헌법상의 평등권에 위반된다거나 재산권보장의 한계를 벗어났다고 할 수 없다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 2004헌바27 사건

고급오락장용 부동산을 상속취득할 당시 담세력이 있는 상속인에게 취득세 부과세율이 적용된다고 하여도 상속인은 얼마든지 당해 부동산을 사용·수익·처분할 수 있는 것이어서 이를 상속받은 부동산에 대한 사적 유용성이나 처분권까지 박탈하는 정도로 중대하게 제한하였다고 볼 수 없기 때문에 이 사건 법률조항이 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 2004헌바51 사건

(가) 사치성 재산의 소비를 억제하기 위하여 어느 과세대상을 취득세 증가세 대상으로 할 것인지 여부는 입법자에게 광범위하게 부여된 정책판단의 권한으로서 그 대상의 설립목적, 공익기여도 및 사회·경제적 측면에서의 조세지원 필요성 등을 종합적으로 검토하여 결정되는 것이므로, 취득한 부동산을 고급오락장으로 사용하는 경우 취득자의 사용목적은 중요한 것이 아니다. 따라서 고급오락장으로 실체를 갖추고 영업을 하는 경우 증가세율을 적용하여 산출한 취득세를 납부하도록 하는 것이 평등권에 위배된다고 볼 수 없다.

(나) 고급오락장의 취득에 대하여 증가세율이 적용된다고 하여도 취득부동산에 대한 사적 유용성을 제한한 것이라고 볼 수 없고, 취득부동산의 처분권까지 박탈하는 정도로 중대하게 재산권을 제한하였다고 볼 수도 없으므로 이 사건 법률조항이 재산권을 침해한다고 볼 수 없다.

다. 부산진구청장의 의견(2004헌바27 사건)

행정자치부장관의 의견과 같다.

라. 강동구청장의 의견(2004헌바51 사건)

(1) 적법요건에 관하여

청구인은 이 사건 법률조항을 고급오락장으로 사용하지 않을 것이 취득 당시 객관적으로 명백한 경우까지도 증가세를 할 수 있는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 주장하고 있다. 그러나 이러한 청구는 단순히 법률조항의 해석을 다투는 것으로서 헌법재판소법 제68조 제2항의 청구로서는 부적법하다.

(2) 본안에 관하여

취득목적이라 함은 취득주체에게 내재된 추상적 의사를 말하는 것으로 이를 객관적으로 확인하기란 사실상 불가능하고, 법률상으로도 그와 같이 내재된 의사가 객관적으로 확인되는 요건을 규정하는 것 역시 불가능하며, 취득목적이라고 하는 추상적 내용에 따라 증가세 여부를 달리 하도록 규정하는 것을 필연적으로 해석의 자의성을 수반할 수밖에 없으므로, 고급오락장의 취득목적이나 취득 이후의 사정 등을 고려하지 않고 증가세 하는 것은 입법목적달성을 위한 수단적 적정성이 인정되고, 고급오락장 등 사치성 재산의 취득을 절대적으로 제한하는 것이 아니라 고율의 취득세를 부과함으로써 간접적으로 제한하는 것에 그치므로 침해의 최소성도 인정된다. 또한 고급오락장 등 시설에 이용되는 부동산은 상대적으로 상권이 발달한 지역에 위치하는 경우가 대부분으로 일반 부동산을 취득하는 경우보다 높은 담세력이 인정된다는 점에서 취득세 부과에 있어서 유흥업소를 달리 취급하는 것은 합리적 이유가 있

다. 따라서 이 사건 법률조항이 헌법상의 평등권과 재산권보장 규정에 위배된다고 볼 수 없다.

민법 제766조 제1항 위헌소원

(2005. 5. 26. 2004헌바90 전원재판부)

【판시사항】

피해자나 그 법정대리인이 “피해 및 가해자”를 안 때에는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간을 단기 3년으로 정한 민법 제766조 제1항이 헌법상 보장된 피해자의 재산권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

불법행위로 인한 손해배상청구권에 대하여 단기소멸시효기간을 정한 민법 제766조 제1항은 피해자나 그 법정대리인이 “피해 및 가해자”를 안 때에는 그 권리행사가 그만큼 용이하여 불법행위로 인한 손해배상청구권과 관련된 민사상의 법률관계를 조속히 확정함으로써 법적 안정성을 도모하기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있고, 3년간의 단기시효기간도 입법자가 입법형성권을 현저히 자의적으로 행사하여 지나치게 짧게 정한 것으로 볼 수 없으므로, 위 법률조항이 불법행위로 인한 손해배상청구권이라는 피해자의 재산권을 합리적인 이유 없이 지나치게 제한함으로써 헌법 제37조 제2항의 기본권제한에 관한 입법적 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제23조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항

민법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시

효가 완성한다.

② 생략

민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ① 생략

② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

【참조판례】

헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 843

헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175-176

헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44

【당 사 자】

청 구 인 정○균

국선대리인 변호사 황병일

당해사건 대법원 2004다42463 손해배상(기)

【주 문】

민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것) 제766조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인은 2002. 10. 31. 광주지방법원에 자신을 조사한 경찰관인 청구의 박○준, 같은 박○완을 상대로 동인들의 편파수사, 불법감금 등의 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구소송(2002가단61878)을 제기하였다.

(2) 이에 대하여 위 법원은 2003. 12. 9. 청구인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년이 경과된 후에야 이 사건 손해배상청구소송을 제기하여 이미 손해배상청구권이 민법 제766조 제1항에 의하여 시효로 인하여 소멸하였다는 이유로 원고의 청구를 모두 기각하였다.

(3) 청구인이 이에 불복하여 항소하였으나, 위 법원 항소부에서 2004. 7. 9. 2004나465 손해배상(기) 판결로 항소가 모두 기각되자, 다시 청구인이 상고하였으나 대법원에서 2004. 10. 28. 2004다42463 손해배상(기) 판결로 상고가 심

리불속행 기각되었다.

(4) 한편 청구인은 대법원에서 위 상고심이 계속 중에 민법 제766조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청(2004카기119)을 하였으나, 대법원에서 2004. 10. 28. 결정으로 기각하였다.

(5) 이에 청구인은 2004. 11. 22. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 민법(2002. 1. 14. 법률 제6591호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제766조 제1항(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이며 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ① 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

[관련조항]

법 제162조(채권, 재산권의 소멸시효) ① 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.

법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) ② 불법행위를 한 날로부터 10년을 경과한 때에도 전항과 같다.

2. 청구인의 주장과 대법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인의 주장

이 사건 법률조항은 불법행위로 인한 손해배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다고 규정하고 있는데, 이 사건 법률조항 소정의 3년의 단기소멸시효는 헌법 제23조 제1항에서 보장하고 있는 국민의 재산권이나 헌법 제27조 제1항에서 보장하고 있는 재판받을 권리 등의 본질적인 내용을 침해한다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항의 단기소멸시효규정은 불법행위로 인한 법률관계가 통상 우연의 사고에 기하여 발생하는 것이기 때문에 가해자는 손해배상청구를 받을지 여부나 그 범위 등이 분명하지 않아 극히 불안정한 입장에 있으므로, 피해자가 손해 및 가해자를 알고 있는 경우에는 상당한 기간 안에 그 권리를 행사하지 않을 때에는 손해배상청구권을 시효에 걸리게 하여 가해자를 보호함

과 동시에 피해자의 입장에서 손해 및 가해자를 알고 있는 경우에는 가해자를 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구권을 행사하는데 어려움이 없을 것이라는 점을 고려한 규정이므로 이 사건 법률조항으로 인하여 헌법상 보장된 권리인 청구인의 재산권이나 재판을 받을 권리 등의 본질적인 내용을 침해한다고 볼 수 없다.

3. 판 단

이 사건의 쟁점은 불법행위로 인한 손해배상청구권의 단기소멸시효기간을 3년으로 한 것이 합리적인 입법한계를 이탈하여 시효기간을 지나치게 짧게 정하고 있으므로 불법행위의 피해자인 청구인의 재산권을 침해하는지 여부이다.

그 외에도 청구인은 이 사건 법률조항이 헌법 제27조 제1항에 의하여 보장되는 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하나, 권리불행사의 상태가 계속되면 그 자의 권리를 소멸시키는데 불과하고 재판청구 자체에 대하여는 아무런 제한을 가하지 않는 소멸시효제도는 제소기간이나 출소기간과 달리 법률에 의한 재판과 법원에 의한 재판을 주요 내용으로 하는 헌법상 재판을 받을 권리와 직접 관련되는 것은 아니므로 이에 대하여는 본안에서 판단하지 아니한다.

가. 소멸시효의 존재이유와 시효기간

(1) 소멸시효제도는 권리가 그 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 그 권리를 행사하지 않는 상태, 즉 권리불행사의 상태가 계속된 경우에 법적 안정성을 위하여 그 자의 권리를 소멸시켜 버리는 제도이다. 이러한 소멸시효제도의 존재이유는 다음과 같다(헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175; 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 841-842 참조).

첫째, 일정한 사실상태가 오래 계속되면 그 동안에 진정한 권리관계에 대한 증거가 없어지기 쉬우므로 계속되어 온 사실상태를 진정한 권리관계로 인정함으로써 과거사실의 증명의 곤란으로부터 채무자를 구제하고 분쟁의 적절한 해결을 도모하기 위한 것이다. 이미 채무를 변제하였으나 시간이 지남에 따라 그 증명이 어렵게 된 채무자의 경우 소멸시효의 이러한 기능에 의하여 이중변제를 면하고 법적 보호를 받게 되므로 진정한 권리관계가 실현된다.

둘째, 오랜 기간 동안 자기의 권리를 주장하지 아니한 자는 이른바 권리 위에 잠자는 자로서 법률의 보호를 받을 만한 가치가 없으며 시효제도로 인한

희생도 감수할 수밖에 없는 것이지만, 반대로 장기간에 걸쳐 권리행사를 받지 아니한 채무자의 신뢰는 보호할 필요가 있다. 그러나 다른 한편 계속된 사실 상태가 권리관계로 인정됨에 따라 진정한 권리관계가 실현되지 못하게 되는 측면도 있으므로 시효기간의 차등, 시효중단·정지 및 시효이익의 포기 등에 의하여 진정한 권리자와 의무자의 이익을 상호 조정한다.

(2) 소멸시효제도는 이와 같이 진정한 권리관계의 실현과 지속된 사실관계의 인정이라는 양면적인 의의를 가지고 있고 각 필요성은 권리의 성질이나 내용 및 행사방법 등에 따라 다른 것이므로 소멸시효기간은 입법자가 입법재량의 범위에서 정책적으로 결정할 사항이라 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 92헌가19, 판례집 7-1, 324, 340; 1998. 6. 25. 96헌바27, 판례집 10-1, 811, 821 참조).

특히, 채권자에게 단기간에 채권을 회수하여야 할 필요성이 있거나 채무자로서 단기간 내에 청구를 받지 않은 때에는 이미 면책되었다고 믿을 만한 사정이 있는 등 법률관계를 장기간 불확정하게 두지 않고 조기에 확정해야 할 필요성이 있는 경우에는 다양한 단기소멸시효기간을 두어 법적 안정성을 도모할 수 있다.

나. 재산권 형성적 법률유보와 소멸시효

(1) 먼저 불법행위로 인한 손해배상청구권의 법적 성격을 살펴건대, 법 제 750조에 의하면, 불법행위의 요건이 충족되면 그 효과로서 불법행위로 인하여 생긴 손해의 배상을 청구하는 권리, 즉 가해자에 대한 피해자의 손해배상청구권이 발생하므로 불법행위는 사무관리·부당이득과 더불어 이른바 법정채권발생원인의 하나이고 그로 인한 손해배상청구권은 채권의 일종이므로 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 보는 것이 타당하다. 그러므로 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대하여는 헌법 제23조의 재산권보장에 관한 규정이 적용된다.

(2) 그런데 헌법 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정하여 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다. 따라서 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지는 것이므로 헌법상의 재산권은 이를 통하여 실현되고 구체화하게 된다(헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44 참조).

그렇다하더라도 입법자가 재산권의 내용을 형성함에 있어서 무제한적인 형

성의 자유를 가지는 것은 아니다. 재산권은 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임 하에 자주적으로 형성하는데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 한다. 그러므로 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유 실현의 물질적 바탕을 의미한다고 할 수 있고, 따라서 자유와 재산권은 상호 보완관계이자 불가분의 관계에 있다고 하겠다(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 10-2, 927, 945 참조).

(3) 소멸시효제도에 의하면 일정한 시효기간이 경과하면 그 권리는 소멸하고 더 이상 행사할 수 없게 된다. 소멸시효제도를 규정하고 있는 이와 같은 법규정들은 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권의 하나인 채권의 구체적인 모습을 형성하는 것이다. 그러나 동시에 그 행사할 수 있는 기간을 제한함으로써 재산권인 채권의 행사 및 존속을 제한하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 그 위헌성의 심사는 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권제한 입법의 한계를 지키고 있는 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 이 사건 법률조항에 의하면 불법행위로 인한 손해배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년 동안 이를 행사하지 않으면 시효로 소멸한다. 따라서 손해배상청구권에 대한 단기소멸시효를 규정하고 있는 이 사건 법률조항은 헌법상 보장된 재산권에 대한 제한에 해당한다고 할 수 있다. 특히 시효기간을 3년으로 정하고 있어 그 시효기간의 적정성이 문제가 될 수 있다.

앞에서 살펴본 바와 같이 시효기간을 정함에 있어 입법자에게는 상당한 범위의 입법재량이 인정되고 있으므로 이 사건 법률조항의 위헌판단은 그것이 현저히 자의적이어서 헌법 제37조 제2항에 의한 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다(헌재 2001. 4. 26. 99헌마37, 판례집 13-1, 836, 843).

(2) 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 불법행위에 기한 법률관계가 통상 미지의 당사자간에 예기하지 못한 우연의 사고로 말미암아 발생하는 것이므로 가해자는 언제 손해배상청구를 받을지 얼마나 손해배상책임을 지게 될지 등이 분명치 아니하여 극히 불안정한 지위에 놓이게 되므로 피해자가 손해 및 가해자를 알면서도 상당한 기간 동안 권리를 행사하지 아니하는 때에는 손해배상청구권을 시효에 걸리게 하여 가해자를 보호할 필요가 있는 점 등의 고려에 의하여 민사상의 법률관계의 안정을 도모하고 증거보전의 곤란

을 구제함으로써 민사 분쟁의 적정한 해결을 위하여 이 사건 법률조항이 존재하므로 그 입법목적의 정당성은 인정된다(헌재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175-176 참조).

(3) 그러나 불법행위로 인한 손해배상청구권에 대한 단기소멸시효제도의 입법목적이 정당하더라도, 그 기간이 적정한지 여부가 문제될 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 본래 소멸시효기간은 입법자가 그의 광범위한 입법제량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라고 할 것인 바, 이 사건 법률조항과 같이 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 3년의 단기소멸시효가 규정된 이유는 일반적으로 (가) 증거법적 관점에서, 너무 시일이 경과하면 불법행위의 요건의 증명이나 손해액의 산정이 곤란하게 된다는 점, (나) 손해 및 가해자를 안 피해자의 감정을 중시하여 시일이 경과하면 피해자의 감정도 가라앉게 마련이므로 나중에 새삼스럽게 분류를 일으키는 것은 타당하지 않다는 점, (다) 불법행위를 알면서 오래도록 이를 방치한 자를 권리위에 잠자는 자로서 법적 보호를 해 줄 필요가 없다는 점 등에서 그 이유를 찾고 있다.

그리고 불법행위에 기한 손해배상청구권도 채권의 일종이므로 법 제1편 제7장의 시효에 관한 규정들이 적용되나, 법 제766조는 그 가운데에 시효의 기산점과 시효기간에 관하여 일반의 채권의 경우와 다르게 특칙을 규정하고 있다. 즉, 불법행위로 인한 손해배상청구권은 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 등 일반적인 채권과는 다른 3년의 단기소멸의 경우가 있으며, 일반적인 채권에서 소멸시효의 기산점은 그 권리를 행사할 수 있는 때가 되는데 반하여, 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는, ‘피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날’로부터 기산되는 3년의 단기소멸시효제도와 ‘불법행위를 한 날’로부터 기산되는 10년의 장기소멸시효제도로 구분 될 뿐이다.

따라서 이 사건 법률조항과 같이 비록 단기소멸시효에 걸리는 불법행위에 기한 손해배상청구권이라도 앞에서 본 바와 같이 법 제1편 제7장의 시효중단에 관한 규정이 적용되어 확정판결을 받은 경우에는 다시 10년으로 시효소멸 되도록 규정하고 있으므로, 필요한 경우 불법행위의 피해자가 손해배상청구의 소를 제기함으로써 그 소멸시효기간을 연장할 수 있는 길을 열어 놓고 있다.

통상적으로 불법행위가 있었다라도 피해자 쪽에서 손해의 발생이나 가해자를 알지 못하는 경우가 있어 손해배상청구권을 사실상 행사하지 못하는 경우

가 있으나, 이 사건 법률조항과 같이 타인의 불법행위로 인하여 손해를 입은 피해자나 그 법정대리인이 손해의 발생사실과 그 가해행위가 불법행위인 사실 뿐만 아니라 가해자가 누구인지까지 알고 있는 경우에는 언제든지 손해배상청구권을 행사할 수 있으므로 3년이라는 단기소멸시효기간을 두어 법률관계를 장기간 불확정하게 두지 않고 조기에 확정해 법적 안정성을 도모할 필요성이 있다.

이러한 점들과 현재와 같이 교통과 통신이 발달하고 사회가 빠르게 변화하며 더불어 소송제도의 개선으로 권리행사의 편의성과 신속성이 제고되고 있다는 점 등을 종합하여 볼 때 이 사건 법률조항에서 정한 3년간의 단기소멸시효는 청구인과 같은 피해자의 권리를 본질적으로 침해할 정도로 지나치게 짧다거나 불합리하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그 수단 및 방법에 있어서 정당하고 상당하며 그로 인하여 침해되는 법익과의 사이에 입법자의 자의라고 볼 정도의 불균형이 있다고 볼 수 없다.

(4) 결국 이 사건 법률조항의 3년간의 단기소멸시효는 피해자나 그 법정대리인이 ‘피해 및 가해자’를 안 때에는 그 권리행사가 그 만큼 용이하여 불법행위로 인한 손해배상청구권과 관련된 민사상의 법률관계를 조속히 안정시키기 위한 것으로서 합리적인 이유가 있고 시효기간도 입법형성권을 자의적으로 행사하여 지나치게 단기로 정한 것으로 볼 수 없으므로 이 사건 법률조항이 불법행위 피해자들의 재산권을 합리적 이유 없이 지나치게 제한함으로써 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다.

4. 결 론

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

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

주민등록법 제17조의8 등 위헌확인 등

(2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 이 사건 심판대상(개인의 지문정보, 수집, 보관, 전산화 및 범죄 수사 목적 이용)과 개인정보자기결정권의 관련 여부(적극)
2. 위 심판대상이 법률유보의 원칙에 위배되는지 여부(소극)
3. 위 심판대상이 개인정보자기결정권을 과잉제한하는 것인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 심판대상조항과 행위 중 본안판단의 대상이 되는 것은 주민등록법시행령 제33조 제2항에 의한 별지 제30호서식 중 열 손가락의 회전지문과 평면지문을 날인하도록 한 부분(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다)과 경찰청장이 청구인들의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위(이하 ‘경찰청장의 보관 등 행위’라 한다)의 각 위헌 여부인데, 결국 이 사건 심판청구는 개인정보의 하나인 지문정보의 수집·보관·전산화·이용이라는 일련의 과정에서 적용되고 행해진 규범 및 행위가 헌법에 위반되는지 여부를 그 대상으로 하는 것이다.

개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리, 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말하는바, 개인의 고유성, 동일성을 나타내는 지문은 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보이므로, 시장·군수 또는 구청장이 개인의 지문정보를 수집하고, 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 것은 모두 개인정보자기결정권을 제한하는 것이다.

2. 가. 주민등록법 제17조의8 제2항 본문은 주민등록증의 수록사항의 하나로 지문을 규정하고 있을 뿐 “오른손 엄지손가락 지문”이라고

특정한 바가 없으며, 이 사건 시행령조항에서는 주민등록법 제17조의 8 제5항의 위임규정에 근거하여 주민등록증발급신청서의 서식을 정하면서 보다 정확한 신원확인이 가능하도록 하기 위하여 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 것이므로, 이를 두고 법률에 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위배되는 것으로 볼 수는 없다.

나. 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제6호는 컴퓨터에 의하여 이미 처리된 개인정보뿐만 아니라 컴퓨터에 의하여 처리되기 이전의 원 정보자료 자체도 경찰청장이 범죄수사목적을 위하여 다른 기관에서 제공받는 것을 허용하는 것으로 해석되어야 하고, 경찰청장은 같은 법 제5조에 의하여 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 이를 보유할 권한도 갖고 있으며, 여기에는 물론 지문정보를 보유하는 것도 포함된다.

따라서 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조, 제10조 제2항 제6호에 근거한 것으로 볼 수 있고, 그 밖에 주민등록법 제17조의8 제2항 본문, 제17조의10 제1항, 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조에도 근거하고 있다.

다. 경찰청장이 보관하고 있는 지문정보를 전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위가 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 보건대, 경찰청장은 개인정보화일의 보유를 허용하고 있는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조에 의하여 자신이 업무수행상의 필요에 의하여 적법하게 보유하고 있는 지문정보를 전산화할 수 있고, 지문정보의 보관은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여 이용하기 위한 것이므로, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 법률조항들은 모두 경찰청장이 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있다.

라. 따라서 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위는 모두 그 법률의 근거가 있다.

3. 가. 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위는 불가분의 일체를 이루어 지문정보의 수집·보관·전산화·이용이라는 넓은 의미의 지문날인제도를 구성하고 있다고 할 수 있으므로, 지문정보의 수집·보관·전산화·이용을 포괄하는 의미의 지문날인제도(이하 '이 사건 지문날인제도'라 한다)가 과잉금지의 원칙을 위반하여 개인

정보자기결정권을 침해하는지 여부가 문제된다.

나. 이 사건 지문날인제도가 범죄자 등 특정인만이 아닌 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하여 보관하도록 한 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성이 인정되고, 또한 이 사건 지문날인제도가 위와 같은 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나가 될 수 있다.

다. 범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 점, 개인별로 한 손가락만의 지문정보를 수집하는 경우 그 손가락 자체 또는 지문의 손상 등으로 인하여 신원확인이 불가능하게 되는 경우가 발생할 수 있고, 그 정확성 면에 있어서도 열 손가락 모두의 지문을 대조하는 것과 비교하기 어려운 점, 다른 여러 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할만한 것은 찾아보기 어려운 점 등을 고려해 볼 때, 이 사건 지문날인제도는 피해 최소성의 원칙에 어긋나지 않는다.

라. 이 사건 지문날인제도로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익에 비하여 경찰청장이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 더 크다고 보아야 할 것이므로, 이 사건 지문날인제도는 법익의 균형성의 원칙에 위배되지 아니한다.

마. 결국 이 사건 지문날인제도가 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 전호숙의 반대이견

1. 가. 주민등록증발급기관이 주민등록증에 지문정보를 수록하는 것에 대하여만 주민등록법 제17조의8 제2항에 근거가 마련되어 있을 뿐 경찰청장이 지문원지를 수집·보관할 수 있도록 하는 법률의 직접적인 규정은 찾아볼 수 없다.

공공기관의개인정보보호에관한법률은 공공기관이 적법하게 보유하고 있는 개인정보를 전제로 이를 컴퓨터에 의하여 이용·처리하는 경우에 발생하는 개인정보에 대한 침해로부터 개인의 기본적 인권을 보호하고자 제정된 법률로서 컴퓨터에 의하여 처리되기 전의 원 정보자료의 적법성 등을 규율하고자 하는 것은 아니므로, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위가 위 법률 제5조, 제10조 제2항 제6호에 근거한 것으로는 볼 수 없다. 그 밖에 주민등록법 제17조의8 제2항 본문, 제17조의10 제1항, 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조 또한 경찰청장이 지문원지를 송부받아 보관할 수 있는 근거규정이라고 해석할 수는 없다.

따라서 경찰청장의 지문정보의 수집·보관행위는 헌법상 법률유보원칙에 어긋난다.

나. 위에서 살펴본 바와 같이 경찰청장이 지문원지를 수집·보관하는 행위는 법률상의 근거가 없는 것이므로 개인정보 침해의 위험성이 더 큰 경찰청장의 지문원지의 전산화나 범죄수사목적에 활용하는 행위는 더욱더 법률상 근거가 없는 것이다.

2. 가사 이 사건 시행령조항을 포함한 심판대상행위가 모두 법률적 근거를 갖추었다고 하더라도 다음과 같은 이유로 기본권의 과잉제한금지원칙에 위배된다.

주민의 거주관계 등 인구 동태를 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적절한 처리를 도모하고자 하는 주민등록법의 입법취지를 달성하기 위하여 반드시 하나가 아니라 열 손가락의 지문 모두를 수집하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다.

수사상의 목적을 위한 경우라도 범죄의 전력이 있는 자나 성향을 가진 자의 지문정보를 수집·보관하고 이를 후일 범죄수사에 활용할 수 있을 것임에도, 그런 전력이 없는 모든 일반 국민의 주민등록증발급신청의 기회에 열 손가락의 지문 일체를 보관·전산화하고 있다가 이를 그 범위, 대상, 기한 등 어떠한 제한도 없이 일반적인 범죄수사목적 등에 활용하는 것은 개인정보자기결정권에 대한 최소한의 침해라고 할 수 없다.

그리고 전 국민을 대상으로 하는 지문정보는 위와 같은 구체적인 범죄수사를 위해서 뿐 아니라 일반적인 범죄예방이나, 범죄정보수집 내지는 범죄예방을 빙자한 특정한 개인에 대한 행동의 감시에 남용될 수 있어 법익균형성도 상실될 우려가 있다.

3. 그러므로 이 사건 심판대상조항과 행위는 법률상 근거가 없거나 과잉금지원칙에 위배되므로 그 위헌확인을 선언함이 마땅하다.

【심판대상조문】

주민등록법시행령(2005. 3. 31. 대통령령 제18772호로 개정되기 전의 것) 제33조(주민등록증의 발급절차) ① 생략

② 제1항의 규정에 의하여 주민등록증 발급통지를 받은 자 또는 공고된 자는 그 통지서 또는 공고문에 기재된 발급신청기간 내에 본인이 직접 주민등록이 되어 있는 시·군·자치구(이하 “주민등록지의 시·군·구”라 한다)의 관계공무원에게 사진(6월 이내에 촬영한 가로 3센티미터 세로 4센티미터의 탈모상반신의 사진을 말한다. 이하 같다) 1매를 제출하거나 그 사무소에서 직접 사진을 촬영하고, 본인임을 소명한 후, 그 공무원 앞에서 별지 제30호 서식에 의한 주민등록증발급신청서에 지문을 날인하여 신청하여야 한다.

③~⑤ 생략

주민등록법시행규칙 제9조(주민등록발급신청서의 송부) 시장·군수 또는 구청장은 주민등록증발급신청서와 별지 제5호서식의 주민등록증발급신청서집계표를 다음달 5일까지 해당자의 주민등록지를 관할하는 경찰서의 파출소장에게 송부하여야 한다.

【참조조문】

경찰법 제3조(경찰의 임무) 경찰은 국민의 생명·신체 및 재산의 보호와 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집, 교통의 단속 기타 공공의 안녕과 질서유지를 그 임무로 한다.

경찰관직무집행법 제2조(직무의 범위) 경찰관은 다음 각 호의 직무를 행한다.

1. 범죄의 예방·진압 및 수사
2. 경비·요인경호 및 대간첩작전수행
3. 치안정보의 수집·작성 및 배포
4. 교통의 단속과 위해의 방지
5. 기타 공공의 안녕과 질서유지

공공기관의개인정보보호에관한법률 제1조(목적) 이 법은 공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호를 위하여 그 취급에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공업무의 적정한 수행을 도모함과 아울러 국민의 권리와 이익을 보호함을 목적으로 한다.

공공기관의개인정보보호에관한법률 제5조(개인정보화일의 보유범위) 공공기관은 소관 업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 개인정보화일을 보유할 수 있다.

공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조(처리정보의 이용 및 제공의 제한) ① 보유기관의 장은 다른 법률에 의하여 보유기관의 내부에서 이용하거나 보유기관 외의 자에게 제공하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보화일의 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 아니된다.

② 보유기관의 장은 제1항의 규정에 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 당해 개인정보화일의 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에도 정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

1.~5. 생략

6. 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우

7.~8. 생략

③, ④ 생략

주민등록법 제1조(목적) 이 법은 시(특별시·광역시를 제외한다. 이하 같다)·군 또는 구(자치구를 말한다. 이하 같다)의 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적절한 처리를 도모함을 목적으로 한다.

주민등록법 제17조의8(주민등록증의 발급 등) ① 시장·군수 또는 구청장은 관할구역 안에 주민등록이 된 자 중 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증을 발급한다.

② 주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다. 다만, 혈액형에 대하여는 주민의 신청이 있는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 추가로 이를 수록할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 주민등록증을 발급받을 연령에 달한 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 시장·군수 또는 구청장에게 주민등록증의 발급을 신청하여야 한다. 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 대통령령이 정하는 기간 내에 발급신청을 하지 아니한 자에 대하여 발급신청을 할 것을 최고할 수 있다.

④ 생략

⑤ 주민등록증 및 그 발급신청서의 서식과 그 발급절차는 대통령령으로 정한다.

⑥ 생략

주민등록법 제17조의10(주민등록증의 제시요구) ① 사법경찰관리가 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 17세 이상인 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주관계가 확인되지 아니한 자에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근 관계관서에서 그 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.

② 생략

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 오○익 외 1인(99헌마513)
대리인 법무법인 덕수합동법률사무소
담당변호사 김창국 외 6인
2. 이○빈 외 2인(2004헌마190)
대리인 여는합동법률사무소
담당변호사 강문대 외 7인
여민합동법률사무소
담당변호사 김선수 외 1인
법무법인 길상
담당변호사 김인희
법무법인 덕수
담당변호사 송호창 외 2인
해담합동법률사무소
담당변호사 안상운
필동합동법률사무소
담당변호사 안영도
법무법인 한결
담당변호사 이상희 외 1인
법무법인 지평
담당변호사 이은우
- 피청구인 경찰청장(99헌마513)

【주 문】

1. 주민등록법시행규칙 제9조 중 주민등록증발급신청서를 송부하도록 한 부분에 대한 청구인 이○빈, 같은 최○아, 같은 정○호의 심판청구를 각하한다.
2. 위 청구인들의 나머지 심판청구와 청구인 오○익, 같은 홍○만의 심판청구를 모두 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
가. 사건의 개요

(1) 99헌마513사건

청구인 오○익, 같은 흥○만은 주민등록법 제17조의8 및 주민등록법시행령 제33조 제2항에 의하여 이미 주민등록증을 발급받은 사람들로서, 사회운동단체인 인권실천시민연대와 사회진보연대에 각 소속되어 있으면서 1999. 6. 초경부부터 주민등록증 일제갱신을 계기로 지문날인반대운동을 해 오고 있다.

위 청구인들은 주민등록증을 발급받을 당시 자신들이 주민등록증발급신청서에 날인함으로써 만들어진 열 손가락의 지문정보를 피청구인 경찰청장(이하 '경찰청장'이라고만 한다)이 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 공권력행사로 인하여 자신들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해받았다고 주장하면서, 1999. 9. 1. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2004헌마190 사건

청구인 이○빈, 같은 최○아, 같은 정○호는 모두 17세가 되어 주민등록법 제17조의8 제1항에 의하여 주민등록증 발급대상자가 된 사람들로서, 주민등록증 발급신청을 하라는 통지를 받고 각 관할 동사무소를 방문하였으나 담당 공무원들로부터 주민등록법시행령 제33조 제2항에 의한 별지 제30호서식을 근거로 주민등록증발급신청서에 열 손가락 지문을 날인할 것을 요구받게 되자 이를 거부하였다.

주민등록법 제17조의8 제3항, 제21조의4 제2항·제3항에 의하면, 위 청구인들은 발급신청기간 내에 주민등록증의 발급을 신청하여야 하고, 정당한 사유 없이 그 기간 내에 신청을 하지 아니한 경우에는 5만 원 이하 또는 10만 원 이하의 과태료에 처하도록 되어 있다.

위 청구인들은 주민등록법시행령 제33조 제2항에 의한 별지 제30호서식 중 열 손가락의 회전지문과 평면지문을 날인하도록 한 부분과 주민등록법시행규칙 제9조 중 주민등록증발급신청서를 송부하도록 한 부분이 자신들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 양심의 자유 등을 침해한다고 주장하면서, 2004. 3. 11. 그 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 청구인 이○빈, 같은 최○아, 같은 정○호(이하 '청구인 이○빈 등'이라 한다)에 대하여는 ① 주민등록법시행령 제33조 제2항에

의한 별지 제30호서식 중 열 손가락의 회전지문과 평면지문을 날인하도록 한 부분(이하 ‘이 사건 시행령조항’이라 한다) ② 주민등록법시행규칙 제9조 중 주민등록증발급신청서를 송부하도록 한 부분(이하 ‘이 사건 시행규칙조항’이라 한다), 청구인 오○익, 같은 홍○만(이하 ‘청구인 오○익 등’이라 한다)에 대하여는 ③ 경찰청장이 청구인 오○익 등의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위(이하 ‘경찰청장의 보관 등 행위’라 한다)의 각 위헌 여부이다(이 사건 기록에 의하면, 청구인 오○익의 주민등록증발급신청서는 1985. 8. 14. 작성되어 경찰청장이 그 다음달 무렵부터 그의 지문정보를 보관하여 왔고, 1995. 3. 14. 그의 여섯 손가락 지문을, 2003. 7. 30. 그의 열 손가락 지문 모두를 전산화하였으며, 청구인 홍○만의 주민등록증발급신청서는 1993. 10. 20. 작성되어 경찰청장이 그 다음달 무렵부터 그의 지문정보를 보관하여 왔고, 1996. 2. 10. 그의 여섯 손가락 지문을, 2004. 8. 9. 그의 열 손가락 지문 모두를 전산화하였으며, 위 각 보관 또는 전산화한 날 무렵부터 청구인 오○익 등의 지문정보를 문서 및 전산자료의 형태로 보관하면서 범죄수사목적에 이용해오고 있음이 인정된다. 그런데 여기에서 구체적으로 심판대상이 되는 것은 위와 같이 계속되는 사실행위 중 앞에서 본 심판청구당시의 행위가 될 것이다. 지나간 행위 부분에 대한 헌법소원은 권리보호의 이익이 인정될 수 없고, 별도로 헌법적 해명을 해야 할 필요성도 인정되기 어렵기 때문이다).

주민등록법시행령 제33조 제2항과 주민등록법시행규칙 제9조의 내용은 다음과 같다(주민등록법시행령 제33조 제2항에 의한 별지 제30호서식은 [별지 2] 기재와 같다).

주민등록법시행령 제33조(주민등록증의 발급절차) ① 생략

② 제1항의 규정에 의하여 주민등록증 발급통지를 받은 자 또는 공고된 자는 그 통지서 또는 공고문에 기재된 발급신청기간 내에 본인이 직접 주민등록이 되어 있는 시·군·자치구(이하 “주민등록지의 시·군·구”라 한다)의 관계공무원에게 사진(6월 이내에 촬영한 가로 3센티미터 세로 4센티미터의 탈모상반신의 사진을 말한다. 이하 같다) 1매를 제출하거나 그 사무소에서 직접 사진을 촬영하고, 본인임을 소명한 후, 그 공무원 앞에서 별지 제30호서식에 의한 주민등록증발급신청서에 지문을 날인하여 신청하여야 한다.

③~⑤ 생략

주민등록법시행규칙 제9조(주민등록발급신청서의 송부) 시장·군수 또는

구청장은 주민등록증발급신청서와 별지 제5호서식의 주민등록증발급신청서 집계표를 다음달 5일까지 해당자의 주민등록지를 관할하는 경찰서의 파출소장에게 송부하여야 한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

[별지 3] 기재와 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 이 사건 시행규칙조항에 관한 부분

행정자치부장관은 이 사건 시행규칙조항이 지문날인을 하지 않은 청구인 이○빈 등의 기본권을 침해한 것으로는 볼 수 없다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

헌법재판소법 제68조 제1항에 의하면, 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 청구할 수 있는바, 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 않는다(헌재 1992. 9. 4. 92헌마175, 판례집 4, 579, 580; 1998. 8. 27. 97헌마372 등, 판례집 10-2, 461, 470-471 등).

이 사건 시행규칙조항은 지문날인이 된 주민등록증발급신청서의 작성을 전제로 시장·군수 또는 구청장으로 하여금 이를 해당자의 주민등록지를 관할하는 경찰서의 파출소장에게 송부하도록 하는 규정이다.

그렇다면 지문날인을 거부한 청구인 이○빈 등으로서 이 사건 시행규칙조항에 의하여 자신들의 기본권을 현재 침해받고 있다고 볼 여지가 없음은 명백하다.

한편, 기본권의 침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성이 인정된다고 할 것이나(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659, 669; 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 96 등), 이 사건의 경우 지문날인제도를 다 두고 있는 청구인 이○빈 등이 장래 지문날인을 할 것이 확실히 예측된다고 보기도 어려우므로, 이 사건 시행규칙조항에 의한 기본권침해 역시 확실히 예측된다고 할 수 없다.

따라서 이 사건 시행규칙조항에 대한 이 부분 심판청구는 기본권침해의 자기관련성 및 현재성 요건을 결여한 것으로서 부적법하다.

나. 이 사건 시행령조항에 관한 부분

행정자치부장관은 이 사건 시행령조항이 지문날인을 하지 않은 청구인 이 ○빈 등의 기본권을 침해한 것으로는 볼 수 없다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

청구인 이 ○빈 등은 17세에 달한 주민등록증 발급대상자로서 이 사건 시행령조항에 따라 주민등록증발급신청서에 열 손가락 지문을 날인하여 주민등록증의 발급을 신청해야 할 의무를 부담하게 되었고, 정당한 사유 없이 발급신청기간 내에 신청을 하지 아니한 경우에는 5만 원 이하 또는 10만 원 이하의 과태료에 처해지게 되었으므로(주민등록법 제17조의8 제3항, 제21조의4 제2항·제3항), 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 의무가 부과된 경우로서 이 사건 시행령조항에 대한 이 부분 심판청구는 자기관련성, 직접성 및 현재성의 요건을 모두 갖춘 것으로 볼 수 있다.

다. 경찰청장의 보관 등 행위에 관한 부분

(1) 헌법소원의 대상성 여부

행정자치부장관과 경찰청장은 경찰청장이 청구인 오○익 등의 지문정보를 보관하고 이를 전산정보로 변환하여 경찰청의 행정목적에 사용하는 것으로 인하여 그들에게 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 있다고 볼 수 없으므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다고 주장한다.

살피건대, 경찰청장이 지문정보를 보관·전산화하여 이를 경찰행정목적에 사용하는 것은 개인정보의 하나인 지문정보의 보관·처리·이용을 의미하고, 이는 후술하는 바와 같이 헌법상 기본권의 하나로 인정되는 이른바 개인정보 자기결정권을 제한하는 공권력의 행사로 보아야 할 것이므로, 경찰청장의 보관 등 행위가 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당되지 아니한다는 행정자치부장관과 경찰청장의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(2) 청구기간의 준수 여부

경찰청장은 청구인 오○익 등의 이 부분 심판청구는 그들의 주민등록증 발급신청시기와 비교하여 이미 청구기간이 도과하였다고 주장하므로 이에 관하여 본다.

헌법재판소법 제69조 제1항에 의하면, 제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다.

앞에서 본 바와 같이, 청구인 오○익의 주민등록증발급신청서는 1985. 8. 14. 작성되어 경찰청장이 그 다음달 무렵부터 그의 지문정보를 보관하여 왔고, 1995. 3. 14. 그의 여섯 손가락 지문을 전산화하였고, 청구인 홍○만의 주민등록증발급신청서는 1993. 10. 20. 작성되어 경찰청장이 그 다음달 무렵부터 그의 지문정보를 보관하여 왔고, 1996. 2. 10. 그의 여섯 손가락 지문을 전산화하였으며, 위 각 보관일 무렵부터 청구인 오○익 등의 지문정보를 범죄수사목적에 이용해 오고 있다고 한다.

그렇다면 경찰청장의 보관 등 행위는 위와 같이 각 보관 또는 전산화한 날 이후 청구인 오○익 등의 헌법소원심판 청구시점까지 계속되고 있었다고 할 것이므로, 이와 같이 계속되는 권력적 사실행위를 대상으로 하는 이 부분 심판청구의 경우 청구기간 도과의 문제는 발생하지 아니한다고 할 것이다.

4. 본안에 대한 판단

가. 지문날인제도의 개관

(1) 지문날인제도의 연혁

주민등록법은 시·군의 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여 행정사무의 적정하고 간이한 처리를 도모할 목적으로 1962. 5. 10. 법률 제1067호로 제정된 이래, 2004. 3. 22. 법률 제7201호로 최종 개정되기까지 모두 13차례에 걸쳐 개정되었다.

지문날인제도는 주민등록법 제정당시부터 있었던 것은 아니고, 1968. 5. 29. 법률 제2016호로 주민등록법이 개정되어 주민등록증 제도가 도입되면서 주민등록증의 발급과 관련하여 비로소 도입된 것이다. 지문날인제도의 법적 근거는 1968. 9. 16. 대통령령 제3585호로 개정된 주민등록법시행령 제32조 제2항에서 “주민등록증의 발급을 받고자 하는 자는 그 자신이 …… 별지 제33호 서식에 의한 주민등록증발급신청서와 주민등록용지에 무인한다.”라고 규정함으로써 양손 무지지문을 날인하도록 한 것이 처음이다.

이에 이르기까지의 입법과정상 논의를 살펴보면, 앞서 본 주민등록제도 일반에 관한 입법목적 외에도 치안상 필요한 특별한 경우에는 신원이나 거주관계를 확인하기 위하여 주민등록증을 제시하도록 함으로써 간첩이나 불순분자를 용이하게 식별 색출하여 반공태세를 강화하고 행정상 주민등록증을 활용할 수 있도록 하여 행정능률과 주민의 편의를 도모한다는 점이 입법목적으로 고려되었음을 알 수 있다. 따라서 주민등록증제도, 나아가 지문날인제도의 입법목적으로는, 주민의 거주관계 파악 및 행정사무의 적정, 간이한 처리라는

주민등록제도 일반에 관한 입법목적 외에도 치안유지나 국가안보가 보다 적극적으로 고려된 것이고, 이러한 입법목적에는 낯인된 지문의 범죄수사목적상 이용도 포함됨은 자명하다 할 것이다.

그리고 1975. 8. 26. 대통령령 제7759호로 주민등록법시행령이 개정되면서 주민등록증발급신청서에 열 손가락 지문을 낯인하도록 한 이래 오늘에 이르고 있다.

한편, 1997. 12. 17. 법률 제5459호로 개정된 주민등록법은 21세기 정보화시대에 대비하여 종전의 주민등록증 대신 주민카드로 갱신 발급하도록 하는 내용을 담고 있었으나, 1999. 5. 24. 법률 제5987호로 개정된 주민등록법에서 국민의 프라이버시권을 침해할 우려가 있고 막대한 비용을 필요로 한다는 이유로 전자주민카드사업은 보류되었다. 주민등록법에 '지문'이라는 표현이 사용됨으로써 지문낯인제도가 법률에 명시적 근거를 갖게 된 것은 위 1997. 12. 17. 개정법 제17조의8 제2항에서 주민카드에 수록할 사항 중의 하나로 지문을 규정하면서부터이고, 그 후 위 1999. 5. 24. 개정법 제17조의8 제2항 본문에서 "주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다."라고 하여 주민등록증에 수록할 사항 중의 하나로 지문을 규정한 이래 오늘에 이르고 있다.

(2) 경찰청장의 지문정보의 보관·전산화 및 이용 현황

경찰청장의 답변서 등 이 사건 관련자료에 의하면, 지문정보의 보관·전산화 및 그 이용 현황은 다음과 같다.

(가) 앞에서 본 바와 같이 열 손가락 지문낯인제도가 시행된 것은 1975. 8. 26. 대통령령 제7759호로 주민등록법시행령이 개정되면서부터이고, 현재 경찰청에서는 열 손가락 지문이 낯인된 주민등록증발급신청서를 보관하고 있다.

(나) 경찰청에서는 1990년부터 개인의 인적 사항, 열 손가락 지문 등이 포함되어 있는 주민등록증발급신청서를 고속의 대용량컴퓨터에 이미지 형태로 입력한 다음, 필요시 단말기에 현출시켜 지문을 확인하거나 또는 변사자의 인적 사항 및 현장유류지문 등을 자동으로 검색하여 동일인 여부를 확인하는 체계인 지문자동검색시스템(AFIS)을 도입하여 가동하기 시작하였다.

1990. 10.경 최초로 지문정보를 컴퓨터에 입력하기 시작하여 1998. 2. 이전까지는 좌우 손가락 세 개씩 여섯 손가락 지문만을 입력하고, 그 이후에는 열 손가락 지문 모두를 입력하는 방식으로 2003. 6. 15. 경찰청이 보관하고 있던 약 3,900만 명의 지문정보에 대한 전산화가 일응 완료되었다.

(다) 경찰청에서는 위와 같이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 우선 범 죄수사활동에 이용하고 있다. 즉 살인, 강도, 절도 등 각종 범죄가 발생하게 되면 지방청 및 경찰서의 과학수사반(감식요원)이 현장에 출동, 과학적 방법으로 현장에 유류된 지문을 채취함으로써 용의자의 신원을 파악하고 검거하는 데 이용하고 있다. 2002년 발생한 총범죄발생은 형법범과 특별법범 포함하여 약 183만 건에 달하고, 이 중 민생치안과 관련이 있는 5대 범죄(살인, 강도, 강간, 절도, 폭력)는 약 47만 건이 발생하였다. 위 5대 범죄 중 지문에 의한 수사가 이루어지지 않고 있는 폭력을 제외하고, 지문으로 수사할 수 있는 범죄는 약 19만 건에 이른다.

다음으로 지문정보는 각종 신원확인에 이용되고 있다. 첫째, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우에 신원확인을 위하여 이용된다. 이러한 경우의 신원 확인은 수사를 위해서도 필요하지만 유족측 입장에서는 장례나 보상절차를 밟기 위해서도 필요하다. 둘째, 형사입건피의자가 다른 건으로 기소중지되어 있는 경우 등에 타인의 인적사항을 도용하는 일이 발생하고 있는데, 타인의 인적사항을 도용하여도 경찰청에서 보관중인 피도용자의 지문과 일선 경찰서 등에서 송부되어 온 수사자료표상 지문을 대조함으로써 이를 적발하고 있다. 셋째, 전과자나 신용카드 빚으로 인한 신용불량자 등이 자신의 전과나 채무 등을 은폐하기 위하여 다른 호적 또는 주민등록을 만들려고 하는 일이 있는데, 경찰청에서의 지문대조과정에서 이러한 시도를 차단하고 있다.

나. 이 사건 심판대상과 관련기본권

(1) 앞에서 살펴본 바와 같이 이 사건 심판청구 중 이 사건 시행규칙조항에 대한 부분은 부적법 각하되어야 할 것이므로, 이 사건 심판대상 중 본안판단의 대상이 되는 것은 이 사건 시행령조항과 경찰청장의 보관 등 행위의 각 위헌 여부이다.

그런데 주민등록증 발급대상자로 하여금 주민등록증발급신청서에 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 이 사건 시행령조항은 지문정보의 수집에 관한 규정으로 볼 수 있으므로, 결국 이 사건 심판청구는 개인정보의 하나인 지문정보의 수집·보관·전산화·이용이라는 일련의 과정에서 적용되고 행해진 규범 및 행위가 헌법에 위반되는지 여부를 그 대상으로 하는 것이라고 할 수 있다.

청구인들(청구인들 5인 모두를 말한다. 이하 같다)이 이 사건 심판청구에서 침해된 것으로 거론하고 있는 기본권으로는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권,

인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 양심의 자유 등을 들 수 있는바, 우선 이 사건 심판청구와 가장 밀접한 관련을 맺고 있는 것으로 보이는 개인정보자기결정권에 대하여 보기로 한다.

(2) 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다.

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.

새로운 독자적 기본권으로서의 개인정보자기결정권을 헌법적으로 승인할 필요성이 대두된 것은 다음과 같은 사회적 상황의 변동을 그 배경으로 한다고 할 수 있다.

인류사회는 20세기 후반에 접어들면서 컴퓨터와 통신기술의 비약적인 발전에 힘입어 종전의 산업사회에서 정보사회로 진입하게 되었고, 이에 따른 정보환경의 급격한 변화로 인하여 개인정보의 수집·처리와 관련한 사생활보호라는 새로운 차원의 헌법문제가 초미의 관심사로 제기되었다.

현대에 들어와 사회적 법치국가의 이념 하에 국가기능은 점차 확대되어 왔고, 이에 따라 국가의 급부에 대한 국민의 기대도 급격히 높아지고 있다. 국가가 국민의 기대에 부응하여 복리증진이라는 국가적 과제를 합리적이고 효과적으로 수행하기 위해서는 국가에 의한 개인정보의 수집·처리의 필요성이 증대된다. 오늘날 정보통신기술의 발달은 행정기관의 정보 수집 및 관리 역량을 획기적으로 향상시킴으로써 행정의 효율성과 공정성을 높이는 데 크게 기여하고 있다. 이와 같이 오늘날 국민이 급부행정의 영역에서 보다 안정적이고 공평한 대우를 받기 위해서는 정보기술의 뒷받침이 필연적이라고 할 수 있다.

한편, 현대의 정보통신기술의 발달은 그 그림자도 짙게 드리우고 있다. 특히 컴퓨터를 통한 개인정보의 데이터베이스화가 진행되면서 개인정보의 처리와 이용이 시공에 구애됨이 없이 간편하고 신속하게 이루어질 수 있게 되었

고, 정보처리의 자동화와 정보파일의 결합을 통하여 여러 기관간의 정보교환이 쉬워짐에 따라 한 기관이 보유하고 있는 개인정보를 모든 기관이 동시에 활용하는 것이 가능하게 되었다. 오늘날 현대사회는 개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 개인정보의 수집·처리에 있어서의 국가적 역량의 강화로 국가의 개인에 대한 감시능력이 현격히 증대되어 국가가 개인의 일상사를 낱낱이 파악할 수 있게 되었다.

이와 같은 사회적 상황 하에서 개인정보자기결정권을 헌법상 기본권으로 승인하는 것은 현대의 정보통신기술의 발달에 내재된 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하고, 나아가 자유민주체제의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 차단하기 위하여 필요한 최소한의 헌법적 보장장치라고 할 수 있다.

개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한 두개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다.

개인의 고유성, 동일성을 나타내는 지문은 그 정보주체를 타인으로부터 식별가능하게 하는 개인정보이므로, 시장·군수 또는 구청장이 개인의 지문정보를 수집하고, 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 것은 모두 개인정보자기결정권을 제한하는 것이라고 할 수 있다.

(3) 청구인들은 심판대상인 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위에 의하여 침해되는 기본권으로서 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 사생활의 비밀과 자유 등을 들고 있으나, 위 기본권들은 모두 개인정보자기결정권의 헌법적 근거로 거론되는 것들로서 청구인들의 개인정보에 대한 수집·보관·전산화·이용이 문제되는 이 사건에서 그 보호영역이 개인정보자기결정권의 보호영역과 중첩되는 범위에서만 관련되어 있다고 할 수 있으며

로, 특별한 사정이 없는 이상 개인정보자기결정권에 대한 침해 여부를 판단함으로써 위 기본권들의 침해 여부에 대한 판단이 함께 이루어지는 것으로 볼 수 있어 그 침해 여부를 별도로 다룰 필요는 없다고 보인다.

(4) 그 밖에 청구인 이○빈 등은 이 사건 시행령조항에 의하여 신체의 자유와 양심의 자유가 침해된다고 주장하고 있다.

우리 헌법 제12조 제1항 전문에서 보장하는 신체의 자유는 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것이다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874). 그렇다면 이 사건 시행령조항이 주민등록증 발급대상자에 대하여 열 손가락의 지문을 날인할 의무를 부과하는 것만으로는 신체의 안정성을 저해한다거나 신체활동의 자유를 제약한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 시행령조항에 의한 신체의 자유의 침해가능성은 없다고 할 것이다.

한편, 헌법 제19조가 보장하는 양심의 자유에 있어서의 양심에는 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론이고 나아가 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다. 그러므로 양심의 자유는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가의 간섭을 받지 않을 내심의 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제되지 않을 자유까지 포괄한다(헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 152 참조). 그런데 지문을 날인할 것인지 여부의 결정이 선악의 기준에 따른 개인의 진지한 윤리적 결정에 해당한다고 보기는 어려워, 열 손가락 지문날인의 의무를 부과하는 이 사건 시행령조항에 대하여 국가가 개인의 윤리적 판단에 개입한다거나 그 윤리적 판단을 표명하도록 강제하는 것으로 볼 여지는 없다고 할 것이므로, 이 사건 시행령조항에 의한 양심의 자유의 침해가능성 또한 없는 것으로 보인다.

그리고 청구인 오○익 등은 경찰청장의 보관 등 행위가 자신들의 신체의 자유를 침해하고 무죄추정의 원칙은 물론 영장주의 내지 강제수사법정주의에 위배된다고 주장하고 있으나, 이미 수집되어 있는 지문정보를 보관·전산화하여 범죄수사목적에 이용하는 것만으로 신체의 안정성을 저해한다거나 신체활동의 자유를 제약하는 것으로 볼 수 없으므로 신체의 자유를 침해하거나 영장주의 내지 강제수사법정주의에 위배된다고 볼 여지가 없고, 경찰청장의 보관 등 행위가 범죄현장에서 지문이 채취된 자 또는 지문정보가 보관되어

있는 모든 국민의 유죄추정을 전제로 하는 것이라고 할 수도 없다.

(5) 따라서 이 사건 심판청구에 있어 문제되는 기본권을 개인정보자기결정권에 국한하여 보기로 하고, 이하에서는 심판대상인 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위에 의한 개인정보자기결정권의 제한이 헌법상 허용되는 것인지 여부를 살펴본다.

다. 법률유보의 원칙 위배 여부

(1) 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나, 그 제한의 방법은 원칙적으로 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 그런데 위 조항에서 규정하고 있는 기본권제한에 관한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한 규율’을 요청하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한 규율’을 요청하는 것이므로, 기본권의 제한에는 법률의 근거가 필요할 뿐이고 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없다.

따라서 심판대상인 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위와 같이 헌법상의 기본권으로 인정되는 개인정보자기결정권을 제한하는 공권력의 행사는 반드시 법률에 그 근거가 있어야 한다.

(2) 먼저 주민등록증 발급대상자로 하여금 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 이 사건 시행령조항이 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다.

주민등록법 제17조의8 제1항 및 제3항은 주민등록이 된 자 중 17세 이상의 자에 대하여 주민등록증을 발급하도록 하면서 그 발급은 발급대상자의 신청에 의하도록 하고 있고, 같은 조 제2항 본문은 “주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다.”라고 하여 주민등록증의 수록사항의 하나로 지문을 규정하고 있으며, 같은 조 제5항은 “주민등록증 및 그 발급신청서의 서식과 그 발급절차는 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있다.

이에 따라 주민등록법시행령 제33조 제2항은 주민등록증 발급대상자는 관계공무원 앞에서 별지 제30호서식에 의한 주민등록증발급신청서에 지문을 날인하여 주민등록증 발급을 신청하도록 규정하고 있고, 별지 제30호서식은 열 손가락의 회전지문과 평면지문을 날인하도록 규정하고 있다.

청구인 이○빈 등은 주민등록법 제17조의8 제2항 본문이 규정하는 지문은

주민등록증에 수록되는 ‘오른손 엄지손가락 지문’을 의미하는 것으로 보아야 하고, 주민등록증과는 상관없는 열 손가락 지문을 의미하는 것으로 해석할 수는 없으므로, 열 손가락의 지문을 날인하여 신청하도록 하고 있는 이 사건 시행령조항은 법률의 근거가 없는 것이라고 주장한다.

주민등록법 제1조는 “이 법은 시·군 또는 구의 주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있는바, 주민등록법의 이러한 입법목적은 주민등록법 제7조 이하에서 규정하고 있는 개인별 및 세대별 주민등록표의 작성에 의하여 대부분 달성되고 있다고 할 수 있다.

그러나 지문날인제도와 밀접한 관련을 맺고 있는 주민등록증제도는 위와 같은 주민등록법의 일반적인 입법목적과는 다른 측면을 가지고 있다. 즉 주민등록증제도는 앞에서 본 바와 같이 원래 치안유지나 국가안보를 위하여 탄생한 제도로서 이를 뒷받침하기 위한 신원확인을 직접적인 목적으로 하고 있고, 그 목적달성을 위하여 주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문 등을 수록하도록 하고 있는바, 특히 주민등록표의 수록사항이 아닌 지문을 수록하도록 한 것은 국민의 자기식별성을 강화함으로써 보다 확실한 신원확인이 가능하도록 하기 위한 것이다.

살피건대, 주민등록법 제17조의8 제2항 본문은 주민등록증의 수록사항의 하나로 지문을 규정하고 있을 뿐 ‘오른손 엄지손가락 지문’이라고 특정한 바가 없으며, 이 사건 시행령조항에서는 주민등록법 제17조의8 제5항의 위임규정에 근거하여 주민등록증발급신청서의 서식을 정하면서 보다 정확한 신원확인이 가능하도록 하기 위하여 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있는 것이므로, 이를 두고 법률에 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위배되는 것으로 볼 수는 없다.

(3) 다음으로 경찰청장이 청구인 오○익 등의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보를 보관하는 행위에 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다.

(가) 앞에서 본 바와 같이 개인정보자기결정권은 개인에게 자신에 관한 정보의 공개와 이용에 대하여 원칙적으로 스스로 결정할 권한을 보장하고 있으며, 특히 현대적인 정보처리기술의 조건 아래서는 국가 등 공권력에 의한 개인정보의 무제한적 수집, 저장, 이용 및 교부에 대하여 개인을 보호할 것이 요

구된다.

경찰청장이 본래 시장·군수 또는 구청장이 관장하는 주민등록에 관한 사무와 관련하여 수집된 지문정보를 송부받아 이를 보관하는 것은 개인정보자기결정권을 제한하는 것이므로 그 법률적 근거가 필요하다.

그런데 경찰청장의 지문정보 보관행위의 법률적 근거가 구비되어 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 아래에서 보는 바와 같은 지문정보의 내용과 특성 및 그로 인한 기본권제한의 정도가 고려되어야 한다.

지문은 손가락 끝마디 안쪽에 있는 피부의 무늬 또는 그것이 어떤 물건에 남긴 흔적을 말한다. 지문정보는 만인부동(萬人不同), 종생불변(終生不變)의 특징을 지니고 있어 개인의 고유성, 동일성을 나타내는 중요한 정보이므로 가장 정확하고 효율적인 사람의 신원확인수단의 하나로 사용되고 있는바, 다음과 같은 특성을 가진다.

첫째, 지문정보는 개인의 동일성을 확인할 수 있는 하나의 정표일 뿐 종교, 학력, 병력, 소속 정당, 직업 등과 같이 정보주체의 신상에 대한 인격적·신체적·사회적·경제적 평가가 가능한 내용이 담겨 있지 아니하므로, 그 자체로는 타인의 평가로부터 단절된 중립적인 정보라고 할 수 있다.

둘째, 지문정보는 누구나 손쉽게 정보주체를 확인할 수 있는 성명, 사진, 주민등록번호 등과는 달리 일반인의 경우 지문정보의 내용을 가지고 정보주체를 파악하는 것이 거의 불가능하고, 이에 대한 전문적인 감식능력이 있는 경우에만 그 정보주체의 확인이 가능하다.

셋째, 지문정보는 지문을 직접 날인하는 방법에 의하여 생성되기 때문에 정보주체로부터 정보수집자에게로 전달되는 과정에서 정보의 내용이 실제 내용과 다르게 왜곡될 염려가 없는 객관적인 정보이다.

개인정보자기결정권은 정보주체로 하여금 개인정보의 공개와 이용을 스스로 통제하도록 함으로써 타인에게 형성될 정보주체의 사회적 인격상에 대한 결정권을 정보주체에게 유보시킨다는 의미를 갖고 있는바, 지문정보는 위와 같은 특성으로 인하여 그러한 결정권을 제약하는 요소로 작용할 여지가 매우 작다.

특히 주민등록증발급신청서에 날인되어있는 지문정보는 정보주체가 지문 날인시 지문정보의 수집 및 처리가 이루어지리라는 것을 쉽사리 예상할 수 있는 특징을 갖고 있다.

따라서 경찰청장이 지문정보를 보관하는 행위와 관련하여 요청되는 법률에

의한 규율의 밀도 내지 수권법률의 명확성의 정도는 그다지 강하다고 할 수 없을 것이다.

(나) 먼저 우리 실정법 질서 내에서 개인정보의 보호에 관한 기본법으로서의 지위를 차지하고 있는 공공기관의개인정보보호에관한법률의 관련규정을 살펴본다.

위 법률은 제1조에서 “이 법은 공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보의 보호를 위하여 그 취급에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 공공업무의 적절한 수행을 도모함과 아울러 국민의 권리와 이익을 보호함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있다.

또한 같은 법 제5조는 “공공기관은 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 개인정보화일을 보유할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 제10조 제1항은 “보유기관의 장은 다른 법률에 의하여 보유기관의 내부에서 이용하거나 보유기관 외의 자에게 제공하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보화일의 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 아니된다.”라고 규정하면서, 같은 조 제2항 제6호는 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우에는 당해 개인정보화일의 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있다고 규정하고 있다.

위 법률이 제1조에서 공공기관의 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보뿐만 아니라 그 보호대상으로 규정한 것은 그것이 일반문서에 의한 개인정보의 경우에 비하여 기본권침해의 우려가 훨씬 크기 때문이다.

같은 법 제5조 및 제10조 제2항 제6호는 그 규정취지가 기본권침해의 우려가 매우 큰 개인정보화일의 경우에도 그것이 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서는 그 보유를 허용하고, 그것이 범죄수사를 위한 것이라면 다른 기관에 제공하는 것을 허용하고자 하는 것으로 볼 수 있으므로, 그보다 기본권침해의 우려가 덜하다고 할 수 있는 일반문서에 의한 개인정보의 경우에도 같은 범위와 목적 하에서 당연히 그 보유 및 제공을 허용하는 취지로 보아야 할 것이다.

따라서 같은 법 제10조 제2항 제6호는 컴퓨터에 의하여 이미 처리된 개인정보뿐만 아니라 컴퓨터에 의하여 처리되기 이전의 원 정보자료 자체도 경찰청장이 범죄수사목적을 위하여 다른 기관에서 제공받는 것을 허용하는 것으로 해석되어야 하고, 경찰청장은 같은 법 제5조에 의하여 소관업무를 수행하기 위하여 필요한 범위 안에서 이를 보유할 권한도 갖고 있으며, 여기에는 물

론 지문정보를 보유하는 것도 포함된다. 주민등록법시행규칙 제9조가 시장·군수 또는 구청장은 주민등록증발급신청서를 관할 경찰서의 파출소장에게 송부하여야 한다고 규정하고 있는 것도 같은 맥락으로 볼 수 있다.

그렇다면 경찰청장이 청구인 오○의 등의 지문정보를 보관하는 행위는 공공기관의개인정보보호에관한법을 제5조, 제10조 제2항 제6호에 근거한 것으로 볼 수 있다.

(다) 다음으로 주민등록법 제17조의8 제2항 본문은 “주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다.”라고 하여 지문을 주민등록증의 수록사항의 하나로 규정함으로써 지문을 신원확인의 수단으로 활용할 수 있는 근거를 두고 있다.

지문은 가장 정확하고 효율적인 신원확인수단으로서 특히 정밀한 신원확인이 지속적으로 요청되는 경찰행정에서 이의 취득·활용은 대단히 필요하다. 경찰행정영역에서 지문정보는 범죄현장에서 채취한 지문과의 대조, 대형사건 사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용방지 등의 용도로 사용되고 있는바, 이러한 지문정보의 활용은 그 구체적 용도가 무엇인지를 막론하고 모두 개인의 신원확인이라는 점으로 귀결된다.

따라서 경찰청장이 신원확인의 목적으로 지문정보를 취득하여 이를 보관하는 것은 주민등록증제도 내지 지문날인제도의 주된 도입목적인 치안유지나 국가안보에도 부합하는 것으로서 최초의 지문수집의 목적에서 벗어나지 않을 뿐만 아니라, 오히려 지문정보를 가장 필요로 하는 기관이 이를 보관함으로써 본래의 목적달성을 극대화하기 위한 것으로 이해할 수 있다.

또한 주민등록법 제17조의10 제1항은 “사법경찰관리가 범인의 체포 등 그 직무를 수행함에 있어서 17세 이상인 주민의 신원 또는 거주관계를 확인할 필요가 있는 경우에는 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니한 자로서 신원을 증명하는 증표나 기타 방법에 의하여 그 신원이나 거주관계가 확인되지 아니한 자에 대하여는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한하여 인근 관계관서에서 그 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

위 조항의 전문은 사법경찰관리가 범죄수사를 하는 경우 등에 지문을 신원확인용도로 활용할 수 있도록 한 규정으로 볼 수 있고, 그 후문의 경우 경찰관서에서 지문 등 주민등록증 수록사항에 관한 정보를 확보하고 있어야만 비

로소 그 효과적인 집행이 가능하다고 할 수 있다.

그 밖에 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조는 범죄의 예방·진압 및 수사, 치안정보의 수집을 경찰의 임무 내지 경찰관의 직무의 하나로 규정하고 있다.

그렇다면 경찰청장이 청구인 오○익 등의 지문정보를 보관하는 행위는 주민등록법 제17조의8 제2항 본문, 제17조의10 제1항, 경찰법 제3조 및 경찰관 직무집행법 제2조에도 근거하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(라) 따라서 경찰청장이 청구인 오○익 등의 지문정보를 보관하는 행위가 법률유보의 원칙에 위배되는 것이라고 볼 수는 없다.

(4) 나아가 경찰청장이 보관하고 있는 청구인 오○익 등의 지문정보를 전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 행위가 법률의 근거가 있는 것인지 여부에 관하여 본다.

앞에서 본 바와 같이 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제6호 등의 규정에 의하여 경찰청장에 의한 지문정보의 보관이 허용되는바, 개인정보화일의 보유를 허용하고 있는 같은 법 제5조에 의하여 지문정보를 컴퓨터의 자기테이프·자기디스크 기타 이와 유사한 매체에 기록된 개인정보화일로 변환하는 전산화도 허용되는 것이므로, 경찰청장은 자신이 업무수행상의 필요에 의하여 적법하게 보유하고 있는 청구인 오○익 등의 지문정보를 전산화할 수 있다고 할 것이다.

한편, 경찰청장이 지문정보를 보관하는 것은 범죄수사 등의 경우에 신원확인을 위하여 이용하기 위한 것이므로, 경찰청장이 청구인 오○익 등의 지문정보를 보관하는 행위의 법률적 근거로서 거론되는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제6호 등은 모두 경찰청장이 청구인 오○익 등의 지문정보를 범죄수사목적에 이용하는 행위의 법률적 근거로서 원용될 수 있을 것이다.

따라서 경찰청장이 보관하고 있는 청구인 오○익 등의 지문정보를 전산화하고 또한 이를 범죄수사목적에 이용하는 것이 법률의 근거가 없는 것으로서 기본권제한의 법률유보원칙에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

(5) 위에서 살펴본 바와 같이 심판대상인 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위는 모두 그 법률의 근거가 있다 할 것이다.

그러나 오늘날 정보화사회로의 급속한 진전에 따라 개인정보보호의 필요성이 날로 증대하고 있는 현실에 비추어 볼 때, 경찰청장이 지문정보를 보관·

전산화하고 이를 범죄수사목적 등에 이용하기 위해서는 그 보관·전산화·이용의 주체, 목적, 대상 및 범위 등을 법률에 구체적으로 규정함으로써 그 법률적 근거를 보다 명확히 하는 것이 바람직하다는 점을 지적하고자 한다.

라. 개인정보자기결정권의 과잉제한 여부

(1) 이 사건 시행령조항은 주민등록증 발급대상자로 하여금 주민등록증발급신청서에 열 손가락의 지문을 날인하도록 하고 있고, 경찰청장은 청구인 오창익 등의 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적 등에 이용하고 있다.

이 사건 시행령조항에 의하여 열 손가락 지문을 날인하여 신청하게 함으로써 지문정보를 수집하는 것은 지문정보가 경찰에서 범죄수사목적 등으로 이용되는 것을 염두에 둔 것이라고 할 수 있다.

따라서 심판대상인 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위는 불가분의 일체를 이루어 지문정보의 수집·보관·전산화·이용이라는 넓은 의미의 지문날인제도를 구성하고 있다고 할 수 있으므로, 심판대상인 이 사건 시행령조항 및 경찰청장의 보관 등 행위가 개인정보자기결정권을 과잉제한하는지 여부를 살펴봄에 있어 이를 분리하여 고찰하지 아니하고, 지문정보의 수집·보관·전산화·이용을 포괄하는 의미의 지문날인제도(이하 '이 사건 지문날인제도'라 한다)가 과잉금지의 원칙을 위반하여 개인정보자기결정권을 침해하는지 여부의 문제로서 살펴보기로 한다.

(2) 이 사건 지문날인제도의 특징은 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하여 경찰청장이 이를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적 등에 이용한다는 점에 있다. 일반적으로 지문날인제도 자체가 정확한 신원확인을 위한 것이지만, 특히 이 사건 지문날인제도가 범죄자 등 특정인만이 아닌 17세 이상 모든 국민의 지문정보를, 그것도 한 손가락만이 아니라 열 손가락 모두의 지문정보를 수집하여 보관하도록 한 것은 신원확인기능의 효율적인 수행을 도모하고, 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위한 것으로 볼 수 있다.

위와 같은 이 사건 지문날인제도의 목적의 정당성은 충분히 인정된다고 할 것이고, 또한 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하고 이를 보관·전산화하여 이용하는 것이 위와 같은 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 방법의 하나가 될 수 있음은 물론이다.

(3) 이 사건 지문날인제도는 다음과 같은 이유로 피해 최소성의 원칙에 어

긋나지 않는다.

첫째, 이 사건 지문날인제도가 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 구체적 사건과 관련 없이 사전에 포괄적으로 수집하고 이를 보관·전산화하여 범죄 수사목적 등에 이용하는 것이 피해 최소성의 원칙에 어긋난 것으로서 개인정보에 대한 과도한 수집 및 이용이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 경찰이 범죄수사나 사고피해자의 신원확인 등의 경우에 행하는 지문정보의 이용은 구체적 사건에서 채취한 지문과 경찰이 미리 수집하여 보관중인 지문정보를 대조하는 방식에 의하여 이루어지기 때문에, 만일 경찰이 사전에 광범위한 지문정보를 보관하고 있지 않다면 지문정보를 통한 신원확인작업이 효율적으로 이루어지기는 매우 어렵다. 따라서 범죄자 등 특정인의 지문정보만 보관해서는 17세 이상 모든 국민의 지문정보를 보관하는 경우와 같은 수준의 신원확인기능을 도저히 수행할 수 없는 것이다.

둘째, 개인별로 한 손가락만이 아닌 열 손가락 모두의 지문정보를 수집하여 이를 보관·이용하는 것에 대하여도 정보의 과잉수집의 문제가 있을 수 있다. 그러나 한 손가락만의 지문정보를 수집하는 경우 그 손가락 자체의 손상, 세월의 경과나 사고발생으로 인한 지문의 손상 등으로 인하여 한 손가락만의 지문정보로는 신원확인이 불가능하게 되는 경우가 흔히 발생할 수 있을 뿐만 아니라, 그 정확성 면에 있어서도 열 손가락 모두의 지문을 대조하는 것과 비교하기 어렵다고 할 것이므로, 열 손가락 모두의 지문정보를 수집하여 이용하는 것이 지나친 정보수집이라고 보기도 어렵다.

셋째, 다른 신원확인수단의 존재와 관련하여 피해 최소성의 원칙 위배 여부에 대한 의문이 제기될 수 있다.

우선 가장 간편한 신원확인수단이라고 할 수 있는 사진의 경우를 보면, 사람의 용모는 성장이나 세월의 경과에 따라 수시로 변할 수 있고, 성형수술에 의한 사후적 변화도 얼마든지 가능하므로 사진으로는 신원확인의 정확성을 담보하기가 어려울 뿐만 아니라, 그것만으로는 경찰행정에서 발생할 수 있는 다양한 신원확인의 수요 및 필요성에 효과적으로 부응할 수 없음이 명백하다. 그밖에 신원확인수단으로 유전자, 홍채, 치아 등을 들 수 있으나, 이들에 대하여는 대체로 지문의 경우에 비하여 그 수집·보관과 관련한 인권침해의 우려가 매우 높고, 그 확인시스템의 구축에 비용 및 시간이 너무 많이 들 뿐만 아니라, 남겨진 흔적과의 대조를 통하여도 쉽게 신원확인이 가능한 지문에 비하여 신원확인이 가능한 범위가 협소하다는 점 등의 단점이 지적되고 있다.

따라서 다른 여러 신원확인수단 중에서 정확성·간편성·효율성 등의 종합적인 측면에서 현재까지 지문정보와 비견할만한 것은 찾아보기 어렵다고 할 수 있다.

(4) 또한 이 사건 지문날인제도는 다음과 같은 이유로 법익의 균형성의 원칙에 위배되는 것으로도 볼 수 없다고 할 것이다.

지문정보는 앞에서 본바와 같이 중립성·객관성·이용주체제한성 등의 특성을 가지고 있음을 고려하여 보면, 이 사건 지문날인제도에 의하여 17세 이상 모든 국민의 열 손가락 지문정보를 수집하고 경찰청장이 이를 보관·전산화하여 범죄수사목적 등에 이용한다고 하더라도 그로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익은 그다지 심대한 것으로 보기 어렵다.

따라서 경찰청장이 앞에서 본바와 같이 보관·전산화하고 있는 지문정보를 범죄수사활동, 대형사건사고나 변사자가 발생한 경우의 신원확인, 타인의 인적사항 도용 방지 등 각종 신원확인의 목적을 위하여 이용함으로써 달성할 수 있게 되는 공익이 그로 인한 정보주체의 불이익에 비하여 더 크다고 보아야 할 것이다.

침언하자면, 법은 현실여건의 바탕 위에서 그 시대의 역사인식이나 가치이념을 반영하고 있는 것이므로, 어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치·경제·사회적인 현실과 역사적 특성을 무시하고 헌법의 순수한 일반이론에만 의존하여서는 그 법에 관련된 헌법문제에 대하여 완전한 이해와 적절한 판단을 할 수 없다고 할 것인바(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19등, 판례집 8-2, 729, 757), 우리 나라는 분단국가로서 아직도 체제대립이 상존하고 있는 실정이므로, 그러한 사정에 있지 아니한 다른 나라들에 비하여 국가안보차원에서 국민의 정확한 신원확인의 필요성이 크다는 점도 법익의 균형성 판단과 관련하여 고려하지 않을 수 없을 것이다.

한편, 지문정보가 다른 개인정보를 통합하는 연결자(key data)로 사용될 수 있는 가능성을 들어 지문정보 수집의 해악이 크다고 보는 견해도 있으나, 우리나라의 경우 위와 같은 연결자로 사용될 가능성이 높은 것은 지문보다는 오히려 주민등록번호라고 할 것이고, 실제로 그러한 해악이 현실화되고 있다고 볼 아무런 사정을 발견할 수 없는 상황에서 잠재적 해악의 발생가능성만으로 이를 이익형량에 있어서 중요한 고려대상으로 삼기는 어렵다고 할 것이다.

(5) 결국 이 사건 지문날인제도에 의한 개인정보자기결정권의 제한은 과잉

금지의 원칙의 위배 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등 모든 요건을 충족하였다고 보여지므로, 이 사건 지문날인제도가 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인들의 개인정보자기결정권을 침해하였다고 볼 수 없다.

5. 결 론

따라서 이 사건 시행규칙조항에 대한 청구인 이○빈 등의 심판청구는 부적법하므로 각하하기로 하고, 청구인 이○빈 등의 나머지 심판청구와 청구인 오○익 등의 심판청구는 이유 없으므로 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 전효숙의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 재판관 전원의 의견일치에 의한 것이다.

6. 재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 전효숙의 반대의견

우리는 다음과 같은 이유로 다수의견에 반대한다.

가. 적법요건에 관하여

청구인 오○익 등의 주민등록증발급신청서에 날인되어 있는 지문정보 등을 경찰청장이 보관해 온 행위 중 심판청구일인 1999. 9. 1. 이전의 보관 등 행위는 이미 지나간 것으로서 권리보호이익이 없고 헌법적 해명의 필요성도 없어 심판대상으로 볼 필요가 없는지에 관하여 본다.

일반적으로 기본권을 침해하는 행위가 심판청구에 대한 결정전에 종료된 경우에는 권리 보호이익이 없다고 할 것이다. 그러나 그 행위가 과거부터 현재까지 계속되어 온 경우 그 중간에 심판청구인의 주관적 목적이 달성되었다거나 앞으로 반복침해의 위험성이 없다는 등의 특별한 사정이 없는 한 기본권을 침해하는 사실행위 전체를 심판의 대상으로 삼는 것이 옳다. 더구나 이 사건은 현대정보사회에서 중요한 의미가 있는 개인정보자기결정권과 관련하여 지문정보 수집, 보관 등의 행위에 관한 헌법적 해명을 해야 할 최초의 사건이라는 점에서 과거의 행위까지 아울러 위헌 여부를 따져 볼 실익이 있다.

나. 본안에 관하여

(1) 개인정보 자기결정권의 제한과 헌법상 한계

주민등록증 발급신청을 위하여 열 손가락 지문을 날인하도록 한 이 사건 시행령조항이 법률유보의 원칙에 어긋나지 않는다는 점, 피청구인이 청구인들의 지문정보를 수집·보관·전산화·범죄수사 목적에 활용하는 행위가 개인정보자기결정권을 제한하는 것이라는 점, 개인정보자기결정권의 헌법적 보장 필요성과 헌법상 근거에 관하여는 다수의견이 실시한 논지에 우리는 원

칙적으로 찬성한다. 그러나 이 사건의 나머지 심판대상 규정이나 행위가 법률 유보원칙에 위배되는지, 개인정보자기결정권의 과잉제한인지의 여부에 관하여는 다수의견과 견해를 달리하므로 그와 관련된 범위 내에서 다음과 같은 점을 강조하고자 한다.

우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하고 있다. 이는 우리 헌법에서 최고의 가치를 가지는 핵심적인 조항으로서 헌법에 의하여 창설된 모든 국가기관의 공권력행사는 이를 효과적으로 실현하고 이에 봉사하기 위하여 존재하는 것으로 체계적으로 최상위의 목표규정이라고 할 것이다. 또한 규범적으로 이는 모든 국가작용뿐만 아니라 사회생활에서도 국민 개개인인 통치의 대상이나 지배의 객체가 되어서는 안되고 그 자체가 목적적 존재로서 섬김의 대상이 되어야 하는 것이고, 국민 개개인의 그 인격이 최고도로 자유롭게 발현될 수 있도록 최대한으로 보장되어야 한다는 의미이다.

그런데 현대 고도정보화사회에서 개인의 존엄과 가치, 개인의 자유로운 인격의 발현이 명실상부하게 보장되려면 개인정보의 무제한적인 수집·보관·이용 등으로부터 개인을 효과적으로 보호하여야 한다. 이를 위하여 개인정보의 배포·공개 및 그 반면인 수집·보관·이용 등에 대하여는 원칙적으로 그 정보주체인 개인이 스스로 결정할 권리가 헌법상 보장되고 있는 것이다. 그리고 위와 같은 ‘개인정보자기결정권’은 구체적으로 다음과 같은 것을 그 내용으로 한다고 볼 수 있다.

개인정보를 수집·보관 및 이용하려면 그 정보주체의 동의를 얻어야 한다. 개인정보를 수집하려면 그 목적이 명확히 제시되어야 하고, 수집된 정보를 이용할 때 그 목적이 수집목적과 같은 경우에는 정보주체의 별도의 동의를 얻을 필요가 없지만 그 목적이 각각 다르거나 수집된 정보를 제3자에게 전달하려면 별도로 정보주체의 동의를 얻어야 한다. 개인정보는 이용목적에 필요한 범위 내에서 정확하고 안전하며 최신의 것이어야 하므로 이를 담보하기 위하여 정보주체가 관여할 수 있어야 한다. 개인정보는 분실 또는 권한 없는 접근·파괴·사용·변경·공개 등의 위험으로부터 합리적인 안전보장장치에 의하여 보호되어야 한다.

또한 개인정보자기결정권에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 국가의 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하

여 법률로써 명확히 규정한 경우에만 가능하며 그 경우 개인의 인격자체를 훼손시키는 것과 같이 본질적인 내용은 결코 침해할 수 없다. 이는 곧 자유민주주의와 법치주의를 기본적인 헌법원리로 삼고 있는 우리 헌법에서 개인의 정보주권에 대한 제한은 그 정보주체 스스로가 동의하거나 자신의 대표인 국가가 제정한 법률을 통하여서만 즉, 자기지배를 통하여서만 가능하다는 것을 뜻한다. 특히 고도정보화사회에서 정보를 통한 타인이나 사회세력, 국가권력에 의한 지배는 헌법상 허용되지 아니하며, 그것을 허용하는 경우에는 인간의 존엄과 가치와 개인 인격의 자유로운 발현은 도저히 확보될 수 없는 것이다.

그런데 이 사건에서 문제되고 있는 개인의 지문정보는 만인부동·종생불멸의 특징을 지니고 있기 때문에 개인의 고유성·동일성을 나타내는 중요한 정보이다. 특정 개인의 신체가 그 자체이듯이 그 신체의 일부분 중 ‘지문’이라는 것은 그 개인자체를 징표하는 중요한 도구가 되는 것이다. 갑의 지문이 곧 갑이라고 판단될 수 있는 것이기에 특정인의 신원확인을 위한 유용한 도구로 사용되는 것이다. 지문은 “중립적인 정보, 전문적인 감식능력 필요(이 점에 대하여는 오늘날 지문인식기술의 발달로 반드시 절대적인 것은 아닐 것이다), 객관적인 정보”라는 특성만을 갖고 있는 것이 아니라, 고도정보화사회에서는 특히 다음과 같은 점에서 지문정보의 오·남용으로 인해 국민 개인의 기본적인 인권이 침해될 가능성이 크다고 할 수 있다.

첫째, 지문이 개인정보의 연결자로 사용되는 경우이다.

현대 고도정보화사회에서는 주민등록증에 수록된 지문정보를 복사하는 것만으로도 지문정보 수집이 가능할 것이므로, 국가기관뿐만 아니라 기업이나 개인도 이를 수집할 수 있으리라고 충분히 예상할 수 있다. 오늘날 공·사생활에서 우리는 자신들의 정보를 제공하고 편익을 취하는 경우가 많고 그러한 생활방식이 급속히 확산되어 가고 있는 것이 현실이다. 지문정보를 수집한 국가나 기업, 개인이 이를 집적하고, 그것을 통하여 그 개인의 성향이나 취미, 소비행태, 병력 등 사생활을 엿볼 수 있으며, 그 개인에 대한 평가, 분석을 함부로 할 수 있어 개인의 사생활의 자유가 침해될 소지가 크다.

둘째, 지문은 개인의 신체의 일부분이므로, 그 속성상 언제 어디서나 개인은 지문을 남겨두고 다니고 있어, 개인의 지문정보를 모두 가지고 있는 국가나 기업, 타인은 그 개인의 행위나 사생활을 추적할 수 있는 여지가 있고, 그 가능성이 알려지거나 스스로 인식하게 되는 경우 개인의 일반적 행동의 자유에 제약이 가져오는 등 개인의 인격과 자유는 심히 위축될 여지가 있다.

따라서 헌법상 개인의 자유와 권리를 최대한으로 보장하기 위하여는 지문 정보의 수집, 보관, 활용에 대하여 그 목적·대상·범위·기한 등의 요건을 엄격하게 법률로 규율할 필요가 있다.

(2) 법률유보원칙 위배 여부

(가) 피청구인 경찰청장의 지문원지의 보관 등에 대하여

1) 위에서 살펴 본 바와 같이 지문은 객관적이고 중립적인 정보로서 개인에 대한 신원확인 기능에만 그치는 것이 아니라, 인간의 기본적인 자유와 권리 전반에 걸쳐 영향을 미치고 제약할 가능성과 여지가 있는 것이므로, 중앙행정기관인 경찰청장이 주민등록증발급신청서상 개인의 지문정보를 수집·보관하고자 하는 경우에도 국회가 제정한 법률로 그 수집·보관의 목적, 대상, 범위, 기한 등 요건을 구체적으로 특정하여야 한다.

그럼에도 지문정보에 대한 제1차 정보수집기관인 주민등록증발급기관이 주민등록증에 지문정보를 수록하는 것에 대하여만 주민등록법 제17조의8 제2항에 근거가 마련되어 있을 뿐 경찰청장이 지문원지를 수집·보관할 수 있도록 하는 법률의 직접적인 규정은 찾아볼 수 없다. 다만 주민등록법시행규칙 제9조에 시장·군수 또는 구청장은 주민등록증발급신청서를 해당자의 주민등록지를 관할하는 경찰서의 파출소장에게 송부하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

그렇다면 청구인들의 지문정보가 포함된 주민등록증발급신청서를 관할동장이 관할경찰서의 파출소장에게 송부·제공하는 행위가 주민등록법, 주민등록법시행령 기타 어떠한 법률에도 규정되어 있지 않고, 오로지 주민등록법시행규칙에 규정되어 있을 뿐이므로, 피청구인의 청구인들에 대한 지문정보의 수집·보관행위는 헌법상 법률유보원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.

2) 나아가 피청구인의 지문정보보관등 행위의 법률적 근거로 공공기관의 개인정보보호에관한법률(이하 '개인정보보호법'이라 약칭한다) 제1조, 제5조, 제10조 제2항 제6호, 주민등록법 제17조의8 제2항, 제17조의10 제1항, 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조를 원용할 수 있는지에 관하여 본다.

가) 개인정보보호법에 대하여

청구인들의 주민등록증발급신청서가 관할경찰서에 송부되어 경찰청장이 지문정보를 수집한 행위는 청구인 오창익의 경우 1985. 9.경, 청구인 홍석만의 경우 1993. 11.경에 각 이루어졌고 개인정보보호법은 1995. 1. 7.에 시행되었다. 같은 법에 시행 전의 공공기관의 정보 취득 보유행위도 소급하여 유효하

다는 등의 특별규정이 없으므로 그 시행전의 행위에 대해 같은 법이 법률상 근거가 된다고 볼 수는 없다.

개인정보보호법은 공공기관이 적법하게 보유하고 있는 개인정보를 전제로 이를 컴퓨터에 의하여 이용·처리하는 경우에 발생하는 개인정보에 대한 침해로부터 개인의 기본적 인권을 보호하고자 제정된 법률로서 컴퓨터에 의하여 처리되기 전의 원 정보자료의 적법성 등을 규율하고자 하는 것은 아니다 (개인정보보호법안에 대한 국회 행정위원회의 1993. 12. 심사보고서 참조). 같은 법 제5조에 따라 공공기관이 소관업무수행에 필요한 범위내에서 개인정보 화일을 만들어 보유하는 경우 거기에 담겨질 개인정보는 어디까지나 합법적으로 취득한 것이어야 한다. 만약 공공기관이 불법적으로 취득한 개인정보라도 일단 컴퓨터 화일로 만들어 놓으면 같은 법에 의해 보유가 정당화된다고 해석하는 것은 입법취지에 반하고, 개인정보의 수집·보관·처리·이용행위를 할 때에 당사자의 동의나 법률의 근거를 요한다는 개인정보자기결정권의 본질에 비추어도 용인할 수 없다.

같은 법 제10조 제2항 제6호에서 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우에는 개인정보화일을 다른 기관에 제공할 수 있다고 규정한 취지는, 범죄수사기관에서 어떤 수사대상자나 범죄혐의의 단서가 발견되어 수사상 필요한 경우 그 관련 개인정보를 보유하고 있는 기관의 장에게 그에 대한 소명과 함께 개인정보자료를 송부해 줄 것을 요청하여 특정 개인정보를 제공받을 수 있도록 하는 데 있는 것이지 수사기관에서 향후 범죄수사를 위하여 사전에 주민등록증발급신청서상 지문정보를 모두 송부받고 이를 전산화하여 범죄 수사목적으로 활용하라는 데 있는 것은 아니다. 따라서 추후에 시행된 위 법률조항이 주민등록증발급신청서 송부에 관한 주민등록법시행규칙 제9조의 법률적 근거가 된다고 보는 것은 컴퓨터에 의하여 처리되는 개인정보화일을 공공기관이 함부로 다루지 않도록 하여 개인의 기본권을 보장하고자 하는 개인정보보호법의 입법취지나 목적에도 전혀 부합되지 아니한다.

결국 이 사건 지문정보 취득행위의 법률적 근거가 없는 이상 그 후의 보관 행위도 법률적 근거가 없다고 보아야 한다.

나) 주민등록법, 경찰법, 경찰관직무집행법에 대하여

주민등록법 제1조는 주민등록제도에 관한 일반적인 입법목적규정이고, 같은 법 제17조의8 제2항은 주민등록증의 수록사항으로서 ‘지문’을 규정하였을 뿐이고, 같은 법 제17조의10 제1항은 사법경찰관리가 범인의 체포 등 직무수

행상 필요한 경우 구체적인 거주관계나 신원확인을 위하여 주민등록증의 제시를 요구하거나 신원이나 거주관계를 밝힐 것을 요구할 수 있는 근거규정일 뿐이다. 경찰법 제3조는 경찰청은 치안에 관한 사무를 관장한다는 경찰의 조직법이며, 경찰관직무집행법 제2조는 경찰관의 일반적인 직무집행의 범위를 규정한 것에 불과하다.

이러한 법규정들이, 중앙행정기관인 경찰청장이 구체적인 범죄 수사나 신원확인의 필요성과 상관없이 17세 이상 모든 국민의 주민등록증발급신청서상 지문원지를 송부받아 보관할 수 있는 근거규정이라고 해석할 수는 없다. 그리하면 정보이용의 주체, 목적과 범위 등을 구체적으로 특정하여 규율하여야 할 개인정보자기결정권의 본질에 반하기 때문이다.

(나) 피청구인 경찰청장의 지문원지의 전산화·범죄수사목적 활용행위에 대하여

위에서 살펴본 바와 같이 경찰청장이 지문원지를 수집·보관하는 행위는 법률상의 근거가 없는 것이므로 개인정보 침해의 위험성이 더 큰 지문정보 전산화나 범죄수사목적에 활용하는 행위는 더욱더 법률상 근거가 없는 것이 된다.

주민등록제도의 입법목적은 주민의 거주관계 등 인구 동태를 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하는 데에 있다. 그런데 범죄수사목적으로 지문정보를 수집·활용하는 것은 행정절차가 아니라 형사절차의 하나인 수사절차의 일환이다. 수사절차로 이행되면 기본권 관련 대상이나 그 제한내용이 달라지고 그에 따라 개인의 기본적인 인권에 미치는 영향과 의미는 다르게 된다. 따라서 당초 수집목적 외의 목적으로 개인정보를 활용하려면 별도의 법적 근거가 필요하다. 개인정보보호법 제10조 제2항 제6호에서 범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우에 개인정보 화일을 다른 기관으로부터 제공받을 수 있다고 한 규정도 구체적인 수사상 필요가 있을 경우에 한하는 것으로 해석해야 할 것임은 앞서 본 바와 같다. 신원확인에 유용하다고 하여 수사기관에서 향후 범죄수사를 위하여 사전에 주민등록증발급신청서상 지문정보를 모두 송부받고 이를 전산화하여 범죄수사목적으로 활용하라는 법적 근거는 아니다.

(다) 소 결

따라서 피청구인 경찰청장이 주민등록증발급신청서에 날인함으로써 만들어진 청구인 오창익·홍석만의 열 손가락의 지문원지를 관할시장 등으로부터

송부받는 방법으로 지문정보를 수집하여 보관하면서 이를 전산화하고 범죄수사목적에 활용하는 것은 법률에 근거가 없는 것으로 기본권제한의 법률유보 원칙에 위배되고, 나아가 국민의 기본권을 최대한 보장하고자 하는 자유민주주의 헌법원리와 이를 담보하는 법치주의원리에 어긋나는 것이므로 헌법에 위반된다고 할 것이다.

(3) 과잉금지원칙 위배 여부

이 사건 심판대상행위는 위에서 본 바와 같이 법률유보의 원칙에 어긋나는 것이지만, 이 사건 시행령 규정을 포함한 심판대상행위가 모두 법률적 근거를 갖추었다고 하더라도 특히 다음과 같은 이유로 기본권의 과잉제한금지원칙에 위배된다.

주민의 거주관계 등 인구 동태를 파악하여 주민생활의 편의를 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하고자 하는 주민등록법의 입법취지를 달성하기 위하여 반드시 하나가 아니라 열 손가락의 평면지문과 회전지문 모두를 수집하여야 할 필요성이 있다고 보기는 어렵다. 이는 오히려 다수의견이 설치하고 있는 바와 같이 지문이 신원확인 of 가장 유용한 정보자료라는 특성을 이용하여 경찰행정의 편의를 도모하는데 주로 이바지하게 될 것이다.

그런데 그 경우에도 지문정보의 수집, 보관, 이용이 구체적으로 범죄혐의가 인정되거나 범죄단서를 포착한 경우에만 한정된 것인지, 아니면 일반적인 범죄예방 차원이나 범죄정보수집단계에서도 활용할 수 있는 것인지 그 목적이나 범위, 한계가 불분명하고 명확하게 정해진 바가 없다. 수사상의 목적을 위해서라면 이미 범질서를 침해한 바 있거나 앞으로 반규범적 행위를 할 개연성이 있는 범죄의 전력이 있는 자나 성향을 가진 자의 지문정보를 수집 보관하고 이를 후일 범죄수사에 활용할 수 있을 것이다. 또 범죄현장에 남겨진 다른 증거물이나 범죄혐의자와 관련된 사람들에 대한 탐문조사, 기타 과학적 수사방법을 통하여 범인의 신원확인을 할 수도 있을 것이다. 대형사고나 변사자의 신원도 그러한 사고가 발생한 때에 치아나 유전자감식 등 다른 대체수단을 활용하여 확인할 수도 있을 것이다.

그럼에도 그런 전력이 없는 모든 일반 국민의 주민등록증발급신청의 기회에 열 손가락의 회전지문과 평면지문 일체를 수집, 보관, 전산화하고 있다. 이를 그 범위, 대상, 기한 등 어떠한 제한도 없이 일반적인 범죄수사목적 등에 활용하는 것은 개인정보자기결정권에 대한 최소한의 침해라고 할 수 없다.

예컨대, 어떤 사람이 우연히 범죄 현장에 당해 범죄와 관계없이 시차를 달

리하여 있는 적이 있어 지문을 남긴 경우, 경찰이 모든 국민의 지문정보를 범죄수사에 활용함에 따라 범죄와 무관한 사람도 수사대상자 내지 범죄혐의 대상으로 지목되어 범죄수사를 위한 소환 등으로 이어질 소지가 있다. 그리고 전 국민을 대상으로 하는 지문정보는 위와 같은 구체적인 범죄수사를 위해서 뿐 아니라 일반적인 범죄예방이나, 범죄정보수집 내지는 범죄예방을 방자한 특정한 개인에 대한 행동의 감시에 남용될 수 있어 법익균형성도 상실될 우려가 있다. 지문정보가 신원확인에 효율적인 유용한 수단이므로 신원확인의 정확성 내지 완벽성을 제고하기 위하여는 무제한적인 지문정보의 수집, 보관, 전산화, 이용행위라도 타당성이 인정된다는 견해는 행정의 편의성을 국민의 기본권보다 앞세운 발상이다. 공권력행사의 남용가능성이 존재한다면, 기본적인 권을 최대한 보장하기 위하여 그 공권력행사가 법률유보의 원칙과 과잉금지 원칙에 입각하여 이루어지도록 엄격하게 규율할 필요가 있는 것이다.

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

[별지 1] 청구인 명단 : 생략

[별지 2] 별지 제30호서식

(앞 쪽)

주민등록증발급신청서

※ 아래의 작성방법과 유의사항을 읽고 기재하시기 바랍니다.

신	성 명	한 글			주민등록번호	-
		한 자				
청 인	주 소	(통 반)			세대주	
	본 적				호 주	
	직 업		특수기술		혈액형	
관계공무원 확 인	담당공무원	이(통)장		소명관계서류		
	※			※		
년		월	일	신청인		(서명 또는 인)
구비서류	사진(3cm×4cm) 1매	수수료	없 음	처리기간		
<p><작성방법 및 유의사항></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. (※) 표시란과 뒤쪽은 공무원이 기재하고 그 외 사항은 모두 신청인이 직접 기재합니다. 2. 이(통)장란은 국가·지방자치단체 또는 공공기관에서 발급한 증명서(사진이 첨부된 것)에 한함, 학생증 포함)를 제시할 수 없는 경우에만 경유합니다. 3. 기재사항은 한자라고 표시된 경우 외에는 모두 한글로 기재합니다. 4. 기재할 때에는 흑색 볼펜 또는 흑색 잉크를 사용합니다. 5. 본인이 아니거나 또는 이종으로 발급신청을 하게 되면 지문에 의하여 그 사실이 판명되며, 이 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금을 물게 됩니다(주민등록법 제21조 제2항). 						

(뒷 쪽)

사진(남자) (3cm×4cm)	주민등록 번호		분 류	좌				사진(여자) (3cm×4cm)
	성 명	한글	분류	검사	천공	검공		
		한자						

왼손 회전지문									
둘째손가락		셋째손가락		넷째손가락		다섯째손가락		첫째(엄지)손가락	

오른손 회전지문									
둘째손가락		셋째손가락		넷째손가락		다섯째손가락		첫째(엄지)손가락	

왼손 평면지문				오른손 평면지문			
왼손 엄지							오른손 엄지

[별지 3]

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 국민의 지문을 국가가 채취해서 수집·보관한다면 지문정보의 주체인 국민은 통제를 받고 감시되고 있다는 위압감과 굴욕감을 느끼게 되고, 지문날인강요는 기본권 주체의 자유로운 행동과 사고에 관련되어 있는바, 국가가 17세 이상의 모든 국민에게 열 손가락 지문날인을 강요하는 것은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 양심의 자유를 제한하는 것이다.

(2) 주민등록법에 의하여 수집된 지문정보를 경찰청이 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 것은 국민의 인격권과 신체의 자유를 제한하는 것이며, 경찰청이 범죄현장에서 채취한 지문과 동일한 지문을 색출한다는 명목으로 17세 이상의 모든 국민의 지문정보를 전체적으로 검색하는 것은 곧 대상 국민 모두를 잠재적 범죄자로 보는 것으로서 이는 무죄추정의 원칙은 물론 영장주의와 이로부터 파생되는 강제수사법정주의의 원칙에 위배된다.

(3) 현대 정보화사회에서 프라이버시권 또는 사생활의 비밀과 자유는 개인 정보자기결정권이라는 적극적인 권리로 파악되고 있고, 개인정보란 개인을 식별할 수 있는 모든 정보를 말하며 지문은 이름이나 주민등록번호와 함께 개인을 식별할 수 있는 대표적인 정보이다. 따라서 개인의 지문정보를 수집하는 행위는 개인정보자기결정권이라는 헌법적 권리를 제한하는 것이며, 나아가 경찰청이 수집된 지문정보를 송부받아 이를 보관·전산화하고 범죄수사목적에 이용하는 행위 또한 개인정보자기결정권을 제한하는 것이다.

(4) 주민등록법 제17조의8 제2항 본문은 “주민등록증에는 성명·사진·주민등록번호·주소·지문·발행일·주민등록기관을 수록한다.”라고 규정하고 있기는 하나, 여기에서 ‘지문’은 성명·사진·주민등록번호 등과 함께 주민등록증에 수록되는 ‘오른손 엄지손가락 지문’을 의미할 뿐, 주민등록증과는 아무런 관련이 없는 ‘열 손가락 지문’을 의미하는 것으로는 해석할 수 없다. 따라서 열 손가락 지문날인제도는 주민등록법의 어디에도 규정되어 있지 아니하므로, 이 사건 시행령조항은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 법률유보 원칙에 위배된다.

(5) 경찰청이 지문날인제도의 목적으로 삼고 있는 범죄자 검거와 대형사고 등의 경우의 신원확인 등 ‘주민의 거주관계 등 인구의 동태 파악’을 기본적인 목적으로 하는 주민등록법의 규율범위를 현저하게 일탈하는 것으로서 그 타

당성을 인정할 수 없고, 기사 위와 같은 목적의 타당성을 인정한다고 하더라도 이 사건 시행령조항에 의한 열 손가락 지문날인제도는 목적달성에 적절한 수단과 방법이 아니며, 그 목적달성을 위한 최소한의 제한도 아니므로 과잉금지의 원칙에 위반된다.

(6) 현재 국민의 열 손가락 지문을 날인받은 주민등록증발급신청서를 경찰로 보내는 근거는 이 사건 시행규칙조항뿐이다. 그런데 개인정보를 제3자에게 제공하기 위해서는 사전에 목적을 고지하고 동의를 얻든지 법률에 근거가 있어야 하므로 이 사건 시행규칙조항은 기본권제한의 법률유보원칙에 위배된다.

(7) 기본권제한은 법률에 의해서만 가능함에도 불구하고 경찰청이 아무런 법률의 근거 없이 국민의 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 것은 기본권제한의 법률유보원칙에 위배될 뿐만 아니라, 법률에 의하여 제한하더라도 입법목적을 달성하는데 필요한 최소한의 수단을 사용해야 함에도 불구하고 1년간 약 2,000여 건의 신원확인을 위하여 17세 이상의 모든 국민의 열 손가락 지문을 보관·전산화하여 이를 이용하는 것은 과잉금지원칙에 위배된다.

나. 행정자치부장관과 경찰청장의 의견 및 답변

(1) 이 사건 심판청구 중 이 사건 시행령조항이나 이 사건 시행규칙조항에 대한 부분에 관하여 보건대, 지문날인에 관하여 규정하고 있는 위 조항들이 지문날인을 하지 않은 청구인 이가빈 등의 기본권을 침해하였다고 할 수 없다.

또한 이 사건 심판청구 중 경찰청장의 보관 등 행위에 대한 부분에 관하여 보건대, 경찰청에서 지문정보를 보관하고 이를 전산정보로 변환하여 경찰행정목적에 사용하는 것은 경찰청 내부의 행정작용에 불과한 것으로서 그로 인하여 청구인 오○익 등에게 어떠한 법률관계의 변동이나 이익의 침해가 있다고 볼 수 없으므로, 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하지 아니하고, 또한 청구인 오○익 등의 주민등록증 발급신청시기와 비교하여 이미 청구기간이 도과한 것이다.

(2) 주민등록법 제17조의8 제2항은 주민등록증에는 지문을 수록하도록 규정하고 있고, 같은 조 제3항은 주민등록증을 발급받을 연령에 달한 자는 주민등록증의 발급을 신청하도록 규정하고 있으며, 같은 조 제5항은 “주민등록증 및 그 발급신청서의 서식과 그 발급절차는 대통령령으로 정한다.”라고 규정하

고 있다. 그에 따라 주민등록법시행령 제33조 제2항은 주민등록증 발급통지를 받은 자는 관계공무원 앞에서 별지 제30호서식에 의한 주민등록증발급신청서에 지문을 날인하여 신청하도록 규정하고 있고, 위 서식은 뒷면에 열 손가락의 지문을 날인하도록 규정하고 있다. 위 주민등록법 제17조의8 제2항에서 규정하고 있는 지문은 신원확인을 위하여 필요한 모든 지문을 포괄적으로 포함하고 있는 것으로 보아야 하고, 천재지변, 대형사고 등에서 지문을 신원확인에 이용하기 위해서는 열 손가락의 지문이 모두 필요하기 때문에 주민등록법 제17조의8 제5항의 위임에 따라 주민등록법시행령 제33조 제2항에 의하여 주민등록증발급신청서에 열 손가락의 지문을 날인하여 신청하도록 하고 있는 것이다.

따라서 열 손가락 지문날인제도를 규정하고 있는 이 사건 시행령조항이 법률유보의 원칙에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

(3) 주민등록증 발급의 목적은 거주지에 살면서 등록한 성명, 생년월일, 주소 등 기본적인 사항 이외에 사진과 지문을 수록함으로써 국민의 인적사항과 거주관계를 보다 더 정확하게 증명하거나 확인하기 위한 것인바, 이 사건 시행령조항에 의한 지문날인제도는 국민의 자기식별성을 과학적으로 강화한 것으로서 피의자 구속 등 보다 완벽한 신원확인을 필요로 하는 사범경찰업무 등을 위해서는 불가피한 제도로서 그 목적의 정당성이 인정된다. 신원확인을 위한 다른 수단으로는 사진이나 유전자감식 등의 방법이 있으나, 사진은 용도가 수시로 변하기 때문에 정확도가 떨어지고 유전자감식방법은 인권침해의 우려가 더욱 크고 그 비용이 과다하기 때문에 지문날인이 신원확인의 가장 적절한 수단이다.

대부분의 범죄수사나 사고피해자의 신원확인을 위한 지문감식업무는 지문만 있고 인적사항을 모를 때 행해지기 때문에 지문이용기관에서 사전에 지문정보를 보관하고 있지 않으면 이를 확인할 수가 없고, 범죄자 등 특정인의 지문만 보관해서는 지문을 활용한 범죄수사나 사고피해자의 신원확인기능을 제대로 수행할 수 없으며, 개인별로 한 손가락만의 지문을 보관하게 되면 손가락 또는 지문의 손상시 신원확인이 불가능해지므로, 이 사건 시행령조항에 의한 열 손가락 지문날인제도는 기본권제한의 최소성의 원칙에 위배되지 아니한다. 그리고 지문날인에 의하여 달성되는 공익이 그로 인하여 침해되는 사익보다 더 크다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 시행령조항이 과잉금지의 원칙에 위배하여 청구인 이○빈 등이 주장하는 개인정보자기결정권, 행복추구권, 인

격권 등의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

(4) 국민의 열 손가락 지문을 날인받은 주민등록증발급신청서를 파출소장에게 송부하도록 규정하고 있는 이 사건 시행규칙조항은 별도의 규정으로 독자적으로 운영되는 것이 아니라 주민등록법 제17조의8 제2항, 제5항 또는 동법시행령 제33조 제2항에 따라 단순히 세부업무처리절차를 규정하고 있는 것일 뿐만 아니라, 경찰청에서 송부받은 지문을 보관·이용함으로써 인하여 일반국민이 직접적으로 인격권이나 신체의 자유 등을 침해당한다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 시행규칙조항이 기본권제한의 법률유보원칙에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

(5) 주민등록법 제17조의8 제2항에서 주민등록증에 지문을 수록하도록 규정한 입법목적은 국가기관 등에서 국민 개개인의 신원을 확인할 때 지문도 하나의 신원확인 항목으로 이용할 수 있도록 한 것이다. 또한 주민등록법 제17조의10 제1항 전문은 사법경찰관리가 피의자를 체포·구속·심문하거나 범죄수사를 하는 경우 등에 지문을 신원확인용으로 이용할 수 있도록 한 규정이고, 같은 항 후문은 경찰관서에서 지문 등 주민등록증 수록사항에 관한 정보를 갖고 있어야 그 집행이 가능하므로, 이 사건 시행규칙조항에서 주민등록증발급신청서를 파출소장에게 송부하도록 규정하여 이를 경찰청이 통합관리하도록 하고 있는 것이다. 그 밖에 경찰관의 임무와 직무의 범위를 규정하고 있는 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조, 경찰청의 정보통신관리관과 수사국의 업무를 규정하고 있는 경찰청과그소속기관등직제 제7조 및 제12조 등도 경찰청이 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 근거가 된다.

따라서 경찰청장의 보관 등 행위가 기본권제한의 법률유보원칙에 위배되는 것으로는 볼 수 없다.

(6) 경찰청이 지문정보를 보관·전산화하고 이를 범죄수사목적에 이용하는 것은 이미 법령에 의하여 적법하게 날인되어 있는 지문을 활용하는 것으로서 새로이 기본권을 제한하는 것이 아니며, 가사 기본권을 제한한다고 하더라도 이는 국가의 안전보장과 질서유지 및 국민의 생명과 재산을 위협으로부터 보호하기 위한 필요성과 비교衡量할 때 후자의 공익이 크다고 할 수 있다.

따라서 경찰청장의 보관 등 행위가 과잉금지 원칙에 위배하여 청구인 오창익 등이 주장하는 인격권, 신체의 자유, 개인정보자기결정권 등의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.

헌재 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합)

(7) 지문은 단지 범죄수사의 단서로 활용되는 것에 지나지 않을 뿐만 아니라, 지문날인 자체가 범죄자나 외국인 등 특정인을 대상으로 범범의 가능 또는 우려를 인정하여 운영되는 제도가 아니라 모든 국민을 대상으로 운영되는 제도인 만큼, 경찰청장의 보관 등 행위가 무죄추정의 원칙에 반한다거나 영장주의 내지 강제수사법정주의에 반한다고 할 수 없다.

수갑 및 포승 시용(施用) 위헌확인

(2005. 5. 26. 2001헌마728 전원재판부)

【판시사항】

1. 구속된 피의자가 검사조사실에서 수갑 및 포승을 시용한 상태로 피의자신문을 받은 경우 이에 대하여 바로 헌법소원을 제기한 것이 보충성의 원칙에 어긋나는지 여부(소극)

2. 청구인이 이 사건 심판청구 후 확정판결을 받고 구치소에서 출소하였기 때문에 이 사건 헌법소원이 권리보호이익이 없어 부적법한지 여부(소극)

3. 청구인이 2001. 9. 28., 9. 29., 10. 4., 10. 5. 등 일자에 검사조사실에 소환되어 피의자신문을 받을 때 계호교도관이 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받도록 한 이 사건 계구사용행위가 과잉금지원칙에 어긋나게 청구인의 신체의 자유를 침해하여 위헌인 공권력행사인지 여부(적극)

【결정요지】

1. 구속된 피의자가 검사조사실에서 수갑 및 포승을 시용한 상태로 피의자신문을 받도록 한 이 사건 수갑 및 포승 사용행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려워 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 없으므로 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당한다.

2. 청구인에 대한 검사의 조사가 끝난 상태이고 또 청구인은 이미 2001. 11. 9. 출소하였기 때문에 청구인에 대한 이 사건 기본권침해는 종료하였다. 그러나 이 사건 계구사용행위는 범무부훈령인 계호근무준칙에 의거한 점에서 앞으로도 반복될 것이 확실시될 뿐만 아니라 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 해명이 중요한 의미를 가지고 있으므로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

3. 형사피고인뿐만 아니라 피의자에게도 무죄추정의 원칙과 방어권보장의 원칙이 적용되므로, 피의자에 대한 계구사용은 도주 또는

증거인멸의 우려가 있거나 검사조사실 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 꼭 필요한 목적을 위하여만 허용될 수 있다. 당시 청구인은 만 23세의 대학생으로서, ○○대학교 총학생회장 및 한국대학생총연합회 산하 서울동부지구총학생회연합 의장의 신분이었기 때문에 소위 이적단체인 한총련에 가입하여 활동하고 국가보안법 철폐를 위한 집회 및 시위에 참여하였다는 이유로 국가보안법위반, 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반죄로 구속되어 조사를 받게 되었는바, 기록상 경찰조사 단계에서나 검찰조사 단계에서도 자해나 소란 등 특이한 행동을 보인 정황이 엿보이지 아니하고 혐의사실을 대부분 시인하였으며 다만 시위를 주도하거나 돌을 던지는 등 과격한 행위를 한 사실은 없다고 진술하였다. 그렇다면 당시 청구인은 도주·폭행·소요 또는 자해 등의 우려가 없었다고 판단되고, 수사검사도 이러한 사정 및 당시 검사조사실의 정황을 종합적으로 고려하여 청구인에 대한 계구의 해제를 요청하였던 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 피청구인 소속 계호교도관이 이를 거절하고 청구인으로 하여금 수갑 및 포승을 계속 사용한 채 피의자조사를 받도록 하였는바, 이로 말미암아 청구인은 신체의 자유를 과도하게 제한당하였고 이와 같은 계구의 사용은 무죄추정원칙 및 방어권행사 보장원칙의 근본취지에도 반한다고 할 것이다.

재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견 [3.항 관련]

이 사건에서 청구인에게 사용된 포승 및 수갑은 국가보안법위반의 범죄혐의를 받고 있는 피의자의 폭행, 소요와 도주 및 자해와 같은 돌발적인 상황을 사전에 예방하고 사후 진압함에 있어 적절하고 효과적인 방식이 될 수 있다. 따라서 검사조사실의 열악한 인적·물적 계호시설과 수갑이후 청구인을 관찰하고 계호해 온 피청구인의 입장에서 포승이나 수갑 중 어느 한 가지만으로는 계호목적을 위하여 충분하지 않다고 보아 이 두 가지를 병행사용한 판단이 명백히 잘못되었다거나 계호목적 달성을 위하여 필요한 방법 이상의 과잉한 수단을 선택하였다고는 볼 수 없다. 결론적으로, 검사조사실에서의 이 사건 계구사용행위는 행형법 제14조 제1항, 동법시행령 제46조 제1항 등 법령에 근거한 정당한 계호

목적에 위하여 불가피한 최소한의 조치로 볼 수 있고, 따라서 이로 말미암아 청구인의 기본권이 제한되었다고 하더라도 이를 두고 무죄추정의 원칙 및 방어권행사의 관점에서 그 위헌 여부를 논의하거나 과잉금지원칙에 어긋난 위헌적인 공권력행사라고는 볼 수 없다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제12조 제1항, 제27조 제4항, 제37조 제2항

형사소송법 제198조의2(검사의 체포·구속장소감찰) ① 지방경찰청 검사장 또는 지청장은 불법체포·구속의 유무를 조사하기 위하여 검사로 하여금 매월 1회 이상 관할수사관서의 피의자의 체포·구속장소를 감찰하게 하여야 한다. 감찰하는 검사는 체포 또는 구속된 자를 심문하고 관련서류를 조사하여야 한다.

② 검사는 적법한 절차에 의하지 아니하고 체포 또는 구속된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 체포 또는 구속된 자를 석방하거나 사건을 검찰에 송치할 것을 명하여야 한다.

형사소송법 제200조(피의자의 출석요구와 진술거부권의 고지) ① 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있다.

② 전항의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다.

형사소송법 제221조(제삼자의 출석요구) 검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 피의자 아닌 자의 출석을 요구하여 진술을 들을 수 있고 감정, 통역 또는 번역을 위촉할 수 있다.

형사소송법 제275조의2(피고인의 무죄추정) 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

행형법 제1조의2(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- 1.~2. 생략
- 3. “수용자”라 함은 수형자와 미결수용자를 말한다.

행형법 제6조(청원) ① 수용자는 그 처우에 대하여 불복이 있을 때에는 법무부장관 또는 순회점검공무원에게 청원할 수 있다.

②~⑥ 생략

행형법 제14조(계구) ① 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다.

② 계구의 종류는 다음과 같다.

- 1. 포승
- 2. 수갑
- 3. 사슬

4. 안면 보호구

③ 생략

④ 계구의 종류별 사용요건 및 사용절차에 관한 사항은 대통령령으로 정하되, 계구의 모양·규격 및 사용방법 등에 관한 사항은 법무부장관이 정한다.

행형법시행령 제45조(계구의 사용) 계구는 당해 소장의 명령없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.

행형법시행령 제46조(계구의 종류별 사용요건 등) ① 포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게, 안면보호구는 제지에 불응하고 고성을 발하거나 자해의 우려가 있는 수용자에게 각각 사용한다.

②, ③ 생략

계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 개정된 것) 제298조(검사조사실 근무자 유의사항) 검사조사실 계호근무자는 다음 사항에 유의하여야 한다.

1. 계구를 사용한 채 조사실 안에서 근접계호를 하여야 한다.
2. 검사로부터 조사상 필요에 따라 계호근무자의 퇴실 또는 계구의 해제를 요청 받았을 때에는 이를 거절하여야 한다. 다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.

3.~5. 생략

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것) 제2조(계구의 구분) ① 계구는 그 종류별로 다음 각 호와 같이 구분한다.

1. 포승은 호송용포승과 개인용포승으로 구분한다.

2.~4. 생략

② 생략

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것) 제4조(계구의 사용요건) ① 소장은 다음 각 호의1에 해당하는 사유가 있을 때에는 수용자에게 계구를 사용할 수 있다.

1. 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때
2. 도주·자살·자해·폭동 등(이하 “교정사고”라 한다)의 예방을 위하여 필요한 때
3. 교도관(경비교도를 포함한다. 이하 같다)에 대하여 폭행 등 위해를 가하거나 가하려고 하여 이의 제지를 위하여 필요한때
4. 시설 또는 각종 기기를 파손하거나 파손하려고 하여 이의 제지를 위하여 필요한 때
5. 기타 자기 또는 타인의 생명·신체·재산을 보호하기 위하여 필요한 때

② 수용자에게 계구를 사용하기 위하여는 긴급하다고 인정되는 때에는 사후에 소장의 허가를 받을 수 있다.

③ 제2항 단서 규정에 의하여 계구를 사용하는 때에는 당해 교도관이 당직간부에게 그 상황을 보고하여야 한다.

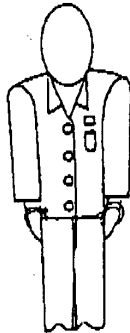
계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것) 제5조(계구의 사용요건) ① 포승은 다음 각 호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.

1. 신사승은 고령자·여자·환자 등 교정사고의 위험이 크지 아니하다고 인정되는 수 용자로서 현장검증·사회견학 등을 위한 개별호송시 그 수용자의 명예보호를 위하 여 특히 필요한 때
 2. 양수승은 이송·출청 등 교정시설 이외에서의 호송중에 사용하거나 교정시설내에서 의 교정사고 예방을 위하여 필요한 때
 3. 하퇴승은 당해 수용자의 범죄내용·형명·형기·범수·성격·수용생활태도 등으로 보아 교정사고를 일으킬 위험성이 크고 특히 성격이 포악하여 타인에 대한 폭행 등 위해의 우려가 현저할 때
 4. 하자승은 제지에도 불구하고 계속하여 발로 다른 사람을 폭행하려고 하거나 시설물 등을 파손하려고 할 때 또는 교정사고의 전력이 있는 수용자가 다시 교정사고를 일 으킬 위험이 현저할 때
- ② 수갑은 다음 각 호의 1과 같은 사유가 있을 때에 사용할 수 있다.
1. 금속수갑은 수용자의 호송시 또는 교정사고의 예방을 위하여 필요한 때
 2. 가죽수갑은 정신이상자·중범자 등 충동적·우발적 교정사고의 위험성이 큰 수용자 에게 장기간 계속하여 계구를 사용할 필요가 있을 때
- ③, ④ 생략

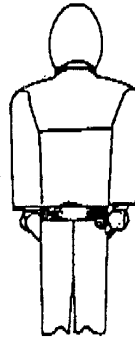
[별표 2]

포승 사용방법 (제6조 제1항 관련)

1. 포승은 다음과 같은 방법으로 사용한다.
가. 산사승

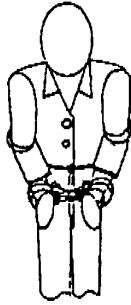


(전면)

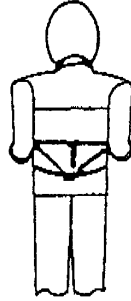


(후면)

나. 양수승

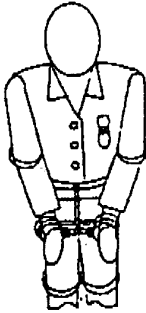


(전면)

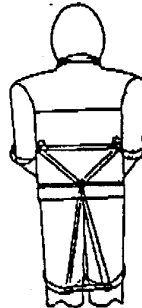


(후면)

다. 하퇴승

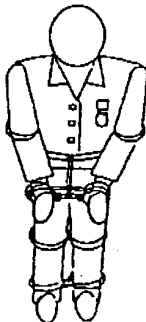


(전면)

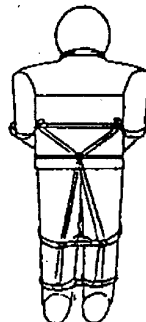


(후면)

라. 하지승



(전면)



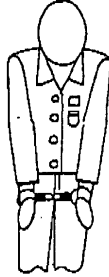
(후면)

[별표 3]

수갑 사용방법(제6조 제2항 관련)

1. 금속수갑은 다음과 같은 방법으로 사용한다.

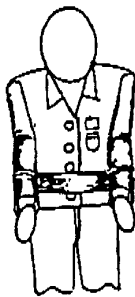
가. 앞으로 채우는 방법



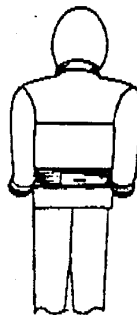
나. 뒤로 채우는 방법



2. 가죽수갑은 다음과 같은 방법으로 사용한다.



(전면)



(후면)

【참조판례】

1. 헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637
헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 1-1, 653
3. 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653
헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562
헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853

【당 사 자】

청 구 인 이○필
대리인 법무법인 정평
담당변호사 박연철 외 3인
피청구인 성동구치소장

【주 문】

청구인이 2001. 9. 28., 같은 달 29., 같은 해 10. 4. 및 같은 달 5. 서울지방검찰청 동부지청 308호 검사조사실에서 조사를 받는 동안 피청구인 소속 계호교도관이 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받게 한 것은 청구인의 신체의 자유를 침해한 행위로서 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 2001학년도 ○○대학교 총학생회장으로 활동하던 중 2001. 9. 21. 서울경찰청 보안수사 2대에 의하여 국가보안법위반혐의로 구속된 후, 같은 달 28. 서울지방검찰청 동부지청¹⁾에 송치되면서 성동구치소에 수용되었다.

청구인은 2001. 9. 28., 9. 29., 10. 4., 10. 5. 등 일자에 위 동부지청 308호 검사조사실에 소환된 후,²⁾ 성동구치소 계호교도관에 의하여 포승으로 팔과 상

1) 2004. 2. 1.부터 서울동부지방검찰청으로 승격됨.

2) 2003. 10. 28. 제출된 위 사건 수사기록(서울지방검찰청 동부지청 2001형제51927호)에 의하면, 청구인은 그 후 2001. 10. 8.(제5차) 및 같은 달 9.(제6차)에도 위 308호 수사검사실에 소환되어 피의자신문을 받았고, 같은 달 11. 기소되었다.

반신이 묶이고 양손에 수갑이 채워진 상태에서 조사를 받던 중 계호교도관 및 수사검사에게 수갑과 포승에 의해 결박당하지 않은 자유로운 상태에서 진술하고 싶다고 계구(戒具)를 해제하여 달라고 요구하였고, 이에 대해 수사검사가 위 교도관에게 도주우려가 없는 것 같으니 풀어주라고 요청하였으나 위 교도관은 법무부훈령인 계호근무준칙 제298조 제1호 및 제2호의 규정에 따라 검사조사실에서는 계구를 해제할 수 없다고 청구인과 검사의 요구를 거절하였다.

이에 청구인은 2001. 10. 18., 위와 같이 계구를 사용하도록 한 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조), 신체의 자유(헌법 제12조 제1항), 무죄로 추정될 권리(헌법 제27조 제4항) 등 청구인의 헌법상 기본권을 침해한 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상 및 관련규정

(1) 심판의 대상

심판의 대상은 청구인이 2001. 9. 28., 같은 달 29., 같은 해 10. 4. 및 같은 달 5. 서울지방검찰청 동부지청 308호 검사조사실에서 조사를 받는 동안 피청구인 소속 계호교도관이 청구인에 대하여 위 '사건의 개요'에 기재된 바와 같이 수갑 및 포승을 사용한 행위가 청구인의 헌법상 보장된 기본권을 침해하여 위헌인지 여부이다.

(2) 관련 규정

(가) 행형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정된 것)

제14조(계구) ① 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다.

② 계구의 종류는 다음과 같다.

1. 포승
2. 수갑
3. 사슬
4. 안면보호구

③ 계구는 징벌의 수단으로 사용하여서는 아니된다.

④ 계구의 종류별 사용요건 및 사용절차에 관한 사항은 대통령령으로 정하되, 계구의 모양·규격 및 사용방법 등에 관한 사항은 법무부장관이 정한다.

(나) 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것)

제45조(계구의 사용) 계구는 당해 소장³⁾의 명령없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.

제46조(계구의 종류별 사용요건 등) ① 포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게, 안전보호구는 제지에 불응하고 고성을 발하거나 자해의 우려가 있는 수용자에게 각각 사용한다.

(다) 계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 개정된 것, 이하 ‘계호준칙’이라 한다)

제298조(검사조사실 근무자 유의사항) 검사조사실 계호근무자는 다음 사항에 유의하여야 한다.

1. 계구를 사용한 채 조사실 안에서 근접계호를 하여야 한다.
2. 검사로부터 조사상 필요에 따라 계호근무자의 퇴실 또는 계구의 해제를 요청 받았을 때에는 이를 거절하여야 한다. 다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.
3. 제2호 단서규정에 의하여 계구를 사용하지 않거나 계호근무자가 조사실 밖에서 근무하게 될 경우에는 창문을 닫고 출입문에 접근하여 만약의 사태에 대비하는 자세로 근무에 임하여야 한다.

4. 내지 5. (생략)

(라) 계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것, 이하 ‘계구규칙’이라 한다)

제4조(계구의 사용요건) ① 소장은 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 수용자에게 계구를 사용할 수 있다.

1. 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설이외의 장소에서 수용자를 호송할 때
 2. 도주·자살·자해·폭동 등의 예방을 위하여 필요한 때
 3. 내지 5. 생략
2. 청구인의 주장, 피청구인의 답변 및 관계기관의 의견
가. 청구인의 주장요지

청구인과 같은 미결수용자는 유죄가 확정된 수형자와는 달리 도주나 증거

3) 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소의 장을 “소장”으로 약칭한다. 행형법 제2조 제5항, 제3조 제3항 참조.

인멸을 방지하기 위하여 구금되어 있는데 불과하고 유죄가 확정될 때까지는 무죄로 추정되므로, 비록 구속영장에 의하여 구금되어 있다 하더라도 이 사건 수갑 및 포승 사용처분은 그와 같은 구금의 목적을 넘어서 신체의 자유와 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하는 조치이다.

구속영장이 발부된 피의자의 경우에도 경찰조사단계에서는 오래 전부터 수갑이나 포승을 사용하지 않은 상태에서 피의자를 조사해 왔고, 최근에는 법정의 재판과정에서도 계구사용을 원칙적으로 금지하고 있으며, 2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 계호준칙이 개정된 후에는 구치감에서조차 포승과 수갑을 사용하지 않고 있는 현실에 비추어 보아도, 유독 검사조사실에서만 계구를 계속 사용하는 것은 검찰의 수사편의주의 및 권위주의적 발상의 결과로서 납득하기 어렵다.

나. 피청구인의 답변요지

(1) 본안전 항변

청구인은 행형법 제6조에 규정된 청원 및 행정소송법에 따른 행정소송을 제기할 수 있음에도 이러한 절차를 밟지 아니한 채 바로 헌법소원을 청구하였으므로 보충성의 원칙에 어긋난다.

청구인은 2001. 11. 9. 서울지방법원 동부지원에서 징역 1년에 자격정지 1년, 집행유예 2년을 선고받고 성동구치소를 출소하였기 때문에 이 사건 헌법소원은 권리보호이익이 없어 부적법하다.

(2) 본안에 대한 답변

현행 법규상 피의자를 호송중일 때(행형법시행령 제46조 제1항), 구치감 거실내 수용자에 대한 예외적인 계구사용(계호준칙 제300조 제2항), 법정대기실에서의 계구사용(계호준칙 제295조) 등이 허용되고 있는 점에 비추어 볼 때, 검사조사실에서도 호송중의 계호권이 미치는 범위이므로 계구를 사용한 상태로 근접계호를 하는 것은 당연하다.

만일 검사조사시 계구를 해제한다면 피의자의 도주심리를 자극하고 그 결행을 용이하게 할 수 있으며, 수용자 신체의 안전성을 확보함에 어려움이 있다. 검사조사실의 계호시설이 취약하고, 계호인력이 부족하며, 원거리 검찰청사로 호송시 사고위험성이 높은 점을 고려할 때, 검사조사실에서의 계구사용은 최소한의 제한이라 할 것이므로 과잉금지원칙에 위반되는 것이 아니다.

다. 법무부장관의 의견요지

(1) 본안전 항변

피청구인의 의견과 같다.

(2) 본안에 대한 의견

미결수용자가 검사조사실에서 조사를 받을 때 계구를 사용하는 것은 행형법(제14조) 및 동법시행령(제46조)의 규정에 따른 것으로서, 미결수용자의 도주방지 등 구금목적 달성을 위하여 필요최소한의 기본권제한이라고 할 수 있다.

검사조사실에서 조사받는 동안 미결수용자에 대하여 계구사용을 금지하려면 계호시설을 갖추고 계호인력을 확충하여야 하며 보안장비도 보완하여야 한다. 그러나 미결수용자를 관리하고 있는 관리인원이 현저하게 부족하고 업무량이 폭주하고 있는 상황에서, 전국에 있는 모든 검사조사실에 위와 같은 시설을 갖추고 인력을 확충하는 것은 현실적으로 불가능하다.

피의자·피고인에 대한 구속제도는 무죄추정원칙을 적용받고 있는 사람에게도 인정되는 제도이므로 무죄추정의 원칙과는 직접 관련이 없고, 도주 및 증거인멸 방지라는 구금목적 달성을 위해 미결수용자에 대한 포승 및 수갑의 사용은 부득이한 것이다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 보충성

행형법 제6조 제1항은 “수용자⁴⁾는 그 처우에 대하여 불복이 있을 때에는 법무부장관 또는 순회점검공무원에게 청원할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러나 청원제도는 그 처리기관이나 절차 및 효력면에서 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도이므로 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기는 어렵다(헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 644).

더구나, 이 사건 수갑 및 포승 사용행위는 이미 종료된 권력적 사실행위로서 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 소의 이익이 부정될 가능성이 많아 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법도 없다고 보여지므로, 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당된다고 보아야 한다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 661 참조).

나. 권리보호이익 및 헌법적 해명의 필요성

이 사건의 경우 청구인에 대한 검사의 조사가 끝난 상태이고 또 청구인은

4) ‘수용자’라 함은 수형자와 미결수용자를 말한다(행형법 제1조의2 제3호).

이미 2001. 11. 9. 출소하였기 때문에 청구인에 대한 이 사건 기본권침해는 종료하였다. 그러나 이 사건 계구사용행위는 법무부훈령인 계호준칙⁵⁾에 의거한 점에서 앞으로도 반복될 것이 확실시될 뿐만 아니라 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그 해명이 중요한 의미를 가지고 있으므로 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

4. 본안에 대한 판단

가. 미결수용자의 법적 지위와 미결수용자 처우의 기본원칙

(1) 우리 헌법은 제27조 제4항에서 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하고 있고, 이러한 헌법정신을 이어받아 형사소송법 제275조의2도 같은 내용을 규정함으로써 이른바 무죄추정의 원칙을 제도적으로 보장하고 있다. 그리고 이러한 입법의 정신은 비단 법에 명시된 피고인뿐만 아니라 절차의 전단계에 있는 피의자에 대하여도 적용된다고 보아야 할 것이다.

1955년 제1회 “국제연합 범죄방지 및 범죄인 처우에 관한 회의”(UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)에서 채택된 「피구금자 처우를 위한 최저기준 규칙 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)」(이하 ‘최저기준규칙’이라 한다) 제84조 제2항도 “유죄판결을 받지 아니한 피구금자는 무죄로 추정되고 무죄인 자로서 처우되어야 한다.”고 규정하고 있듯이, 무죄추정의 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전과정을 지배하는 지도원리이기 때문이다.

또한, 피고인에게 형사재판에서 검사와 대등한 대립소송당사자로서의 법적 지위에서 자신을 방어하고 변호할 권리가 보장되어 있듯이, 피의자도 당사자에 준하는 지위를 가지고 있으므로 형사절차에서 자신의 정당한 권리를 방어할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 미결수용자에 대한 방어권의 보장은 구 금목적이나 시설내 질서유지를 위한 권리제한을 통제한 소극적 원리일 뿐만 아니라, 나아가 교정당국은 미결수용자가 형사절차에서 적정하게 방어권을 행사할 수 있도록 충분히 배려해야 하는 적극적 원리로 인식되어야 하기 때문이다.

(2) 미결수용자의 처우에 관한 위와 같은 두 가지 원칙에 입각하여 볼 때

5) 계호준칙은 2002. 3. 29. 법무부훈령 제461호로 개정되었으나, 제298조는 변경이 없었다.

미결수용자의 기본권제한에 있어 적용되는 비례의 원칙은, 미결수용자의 권리와 자유는 구금의 목적을 달성하거나 수용시설내 질서와 안전의 확보를 위하여 필요한 최소한의 범위 내에서만 이를 제한할 수 있다. 바꾸어 말하면, 미결수용자의 권리에 대한 제한이 필요하고 합리적인 것으로 인정될 수 있는지 여부는 위와 같은 목적을 위하여 제한이 필요한 정도와 제한되는 권리의 내용 및 성질, 구체적 제한의 태양 및 정도 등을 교량하여 결정되어야 할 것이다(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 662 참조).

나. 미결수용자에 대한 계호 및 계구의 사용

(1) 계호의 의의

계호(戒護)라 함은 “교정시설 내의 규율과 질서를 유지하기 위하여 행사되는 일체의 강제력”을 의미한다. 교정시설 내의 규율과 질서의 문란 때문에 수용자 또는 직원의 생명·신체가 위태롭게 된다면 행형목적의 달성을 기대하기 어렵다. 그러므로 교정시설의 규율과 질서가 유지되어야 한다는 것은 행형의 가장 기본적인 전제조건이라고 할 수 있다. 그러나 교정시설에서 규율과 질서를 지나치게 강조하면 수용자의 인권침해를 가져올 우려가 있고 또한 수용자가 관리의 객체로 전락하여 교정처우의 효과를 거두기 어렵게 된다. 따라서 계호에 있어서는 수용자의 인권과 사회복귀를 위한 처우행형을 여하히 조화시킬 것인가 하는 점이 중요하다.

계호는 구금확보를 위해 장애가 되는 요인들을 예방하고 배제하는 ‘경계(警戒)’적 기능과, 수용자나 제3자의 생명·신체·재산에 대한 장애나 위험을 예방·배제하여 수용자를 구제하는 ‘보호(保護)’적 기능을 함께 갖고 있다.

(2) 계구의 사용

계구(戒具)라 함은 “교정시설에서 수용자가 도주, 타인에 대한 폭행 또는 소요행위를 야기하거나 혹은 자살의 기도 등으로 교정시설의 안전과 질서를 침해하거나 위협할 경우에 이를 진압 또는 방지하기 위하여 수용자에 대하여 사용하는 실력강제의 기구”를 말하며, 이러한 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 교정공무원에게 기본적으로 주어지는 권한이 ‘계호권’이다.

무릇 모든 조직적·집단적 생활은 그 무엇보다도 일정한 질서와 규율을 필요로 하며, 특히 미결수용자나 수형자의 경우 공동생활이 자발적 의사가 아닌 공권력의 강제명령에 의하여 이루어진 것이므로 시설의 안전과 구금생활의 질서를 유지하기 위하여 불가피하게 강제조치가 필요하다고 할 수 있다. 이에 따라 행형법 제14조 제1항은 “교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또

는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다.”고 규정하고 있다. 계구의 종류로는 포승·수갑·사살·안면보호구가 있으며(동조 제2항), 계구의 모양과 규격·사용방법 등에 관해 필요한 사항은 법무부장관이 정한다(동조 제4항). 계구는 당해 소장의 명령 없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하여야 한다(행형법시행령 제45조).

(3) 이 사건에서 문제가 된 포승과 수갑에 대하여 살펴본다.

(가) 포 승

포승은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게 사용한다(행형법시행령 제46조 제1항). 포승에는 호송용 포승과 개인용 포승이 있으며(계구규칙 제2조 제1항 제1호),⁶⁾ 실무상 주로 호송용 포승을 사용한다. 포승의 사용방법에는 다음과 같은 4가지가 있다(계구규칙 제5조 제1항, 별표 2 참조).

① 신사승 : 이는 포승으로 양 손목만 결박하는 형태로서, 외관상으로는 포승사용 여부를 잘 인지할 수 없는 형태이다. 이 방법은 고령자, 여자, 환자 등 교정사고의 위험성이 크지 아니한 수용자의 현장검증 및 사회견학 등을 위한 개별호송시 수용자의 명예보호를 위해 사용하는 방법이다.

② 양수승 : 이는 양손목과 팔뚝을 결박하는 형태로서, 이송·출정 등 주로 교정시설 외부로의 호송중에 사용하는 방법이다.

③ 하퇴승 : 이는 양손목 및 팔뚝과 하퇴부를 결박하는 형태로서, 수용자의 범죄내용·성격·수용생활태도 등에 근거하여 판단할 때 도주·폭행·소요 등 교정사고를 일으킬 위험성이 크고 특히 성격이 포악하여 타인에 대한 폭행 등 위해의 우려가 현저할 때 사용하는 방법이다.

④ 하지승 : 이는 양손목 및 팔뚝과 하지를 결박하는 형태로서, 신체에 대한 제약의 정도가 가장 강한 포승사용의 형태이다. 이는 폭행 등 교정사고의 위험이 있어 이를 제지함에도 불구하고 계속하여 발로 타인을 폭행하거나 시설물을 파손하려고 할 때 또는 교정사고의 전력이 있는 수용자가 다시 교정사고를 일으킬 우려가 현저한 때에 사용하는 방법이다.

(나) 수 갑

6) 호송용 포승은 길이 11m에 굵기 0.55cm이며, 개인용 포승은 길이 7m에 굵기 0.3cm이다.

수갑은 금속수갑과 가죽수갑으로 구분되며, 구체적인 사용요건 및 방법은 다음과 같다(계구규칙 제5조 제2항, 별표 3 참조).

① 금속수갑: 이는 앞으로 채우는 방법과 뒤로 채우는 방법의 두 가지가 있으며, 수용자의 호송시 또는 도주·폭행·소요 등 교정사고의 예방을 위하여 필요할 때 사용하는 형태이다.

② 가죽수갑: 이는 허리와 손목을 함께 결박하도록 되어 있으며, 주로 정신이상자·중범자 등 충동적 또는 우발적으로 도주·폭행·소요 등 교정사고의 위험성이 큰 수용자에게 장기간 계속하여 계구를 사용할 필요가 있을 때 사용하는 형태이다.

(다) 청구인은 서울지방검찰청 동부지청 제308호 검사조사실에서 조사받는 동안 내내 피청구인 소속 계호교도관에 의하여 “포승으로 팔과 상반신이 묶인 동시에 양손에 수갑이 채워진 상태에서” 피의자조사를 받았다고 하므로, 청구인에게는 ‘양수승’의 포승 및 ‘금속수갑’이 사용된 것으로 보인다.

다. 이 사건 수갑 및 포승 사용행위의 위헌성

(1) 과거에는 특별권력관계의 속성을 중시하여 수용자의 기본권을 소홀히 하고 수용자를 교정행정의 객체로 파악하는 경향이 짙었으나, 오늘날은 수용자도 일반 국민과 같이 헌법상 보장된 기본권의 한 주체로 보고 있다. 따라서 구금으로 인하여 불가피하게 발생하는 기본권제한은 법률로써만 가능하고, 기본권을 제한하더라도 본질적인 내용은 침해할 수 없으며 구금 그 자체로 인하여 발생하는 기본권제한 이외에 다른 고통이나 제재를 가해서는 안된다.

1999. 12. 28. 개정 전의 행형법(제14조 제1항)은 계구사용의 요건으로 “수용자의 도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지 기타 필요한 경우”라고 규정하였는데, ‘기타 필요한 경우’라는 포괄적인 규정으로 말미암아 기본권 제한규정의 기능을 전혀 수행하지 못하였다는 평가를 받았다. 개정 행형법(제14조 제1항)에서는 ‘기타 필요한 경우’를 ‘교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우’라고 규정하였지만 개념이 매우 포괄적이고 모호하여 개정 전과 마찬가지로 소장의 전적인 재량하에 계구사용이 남용될 수 있는 여지를 남겨 놓고 있다. 그러나 계구의 사용은 계호의 일종이므로 계호의 목적이 인정되는 경우, 즉 ‘교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 꼭 필요한 경우’에만 허용되는 것으로 한정하여 해석해야 할 것이다.

국제적 규범이라 할 수 있는 최저기준규칙(제33조)에서도 계구를 사용할 수 있는 경우를 ① 호송중 도피에 대한 예방책으로 사용되는 경우(이 경우에

도 사법 또는 행정당국에 출석할 때에는 해제하여야 한다), ② 의료상의 이유에서 의사의 지시를 받은 경우, ③ 피구금자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로는 방지할 수 없어서 소장이 명령하는 경우(다만 이 경우에도 소장은 지체없이 의사와 상의하고 상급 행정관청에 보고하도록 되어 있다)에 한정하고 있음은 계구사용에 관하여 중요한 기준을 제시하고 있다 할 것이다.

이러한 맥락에서 우리 재판소도 이미 수용자에 대한 계구사용에 관하여 “도주의 위험성이 높은 상황, 타인에 대한 가해, 자살이나 자해 등의 가능성이 높아 생명이나 신체와 같은 중대한 법익에 대한 위협이 있는 긴급한 상황에서는 신체의 자유를 구속함으로써 건강에 다소 해가 되거나 기본적인 인간으로서의 품위유지가 어렵게 된다고 하더라도 계구와 같은 물리적인 강제력을 동원하여 그러한 위협을 막아야 할 필요성이 인정될 수 있다. 예를 들어, 호송중인 경우가 그렇다. 그러나 이와 같은 강제력의 행사는 위와 같은 위협이 임박한 상황에서 극히 제한적으로, 그리고 필요한 만큼만 이루어져야 하는 것이다.”라고 판시한 바 있다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 578).

(2) 이 사건에서 청구인은 2001. 9. 28.과 같은 달 29. 및 같은 해 10. 4. 및 같은 달 5. 등 일자에 서울지방검찰청 동부지청에 소환되어 제308호 검사조사실에서 조사받는 동안 내내 피청구인 소속 계호교도관에 의하여 “포승으로 팔과 상반신이 묶인 동시에 양손에 수갑이 채워진 상태에서” 피의자조사를 받았다. 당시 청구인은 계호교도관 및 수사검사에게 “수갑과 포승에 의해 결박당하지 않은 자유로운 상태에서 진술하고 싶다.”며 수갑 및 포승을 해제하여 달라고 요구하였고, 이에 대해 위 수사검사가 교도관에게 “도주우려가 없는 것 같으니 풀어주라.”고 요청하였음에도 불구하고, 교도관은 법무부훈령인 계호준칙 제298조 제1호 및 제2호의 규정에 따라 검사조사실에서는 계구를 해제할 수 없다며 청구인과 검사의 요청을 거부하였다.

일반적으로 피의자신문을 위해 검사조사실에 머무는 상태는 피구금자를 수용하는 시설인 교도소나 구치소 내에 있을 때와 비교하면 상대적으로 도주 등의 우려가 더 높다. 검사조사실은 구치소나 교도소와는 달리 도주나 폭행, 자살 등의 방지를 위한 시설이 미비하고 현실적으로 계호인력도 부족하며 피의자가 사복을 착용하는 등 계호에 어려움이 있기 때문이다. 다만, 구체적으로는 검찰청에 따라서 또는 각 검사실마다 도주 등의 위험정도나 계

호의 용이성 정도에 영향을 미치는 구조와 환경에 차이가 있으나 청구인이 조사를 받은 서울지방검찰청 동부지청의 검사조사실은 다른 검사조사실과 별반 다르지 않은 반개방적인 구조였던 것으로 보인다. 또한 검사조사실에는 민원인 등 외부인이 출입하고 책상 주변에 무기로 사용될 수 있는 사무용품들도 비치되어 있는데, 피청구인이 지적하는 바와 같이 이러한 것들이 도주·가해·자살·자해를 유발하거나 계호를 방해하는 요소가 될 수도 있다고 할 것이다.

그러나, 계구는 수용자에 대한 직접강제로 작용하므로 이것이 사용되면 수용자는 팔·다리 등 신체의 움직임에 큰 지장을 받게 되고 육체적·정신적 건강을 해칠 가능성이 높다. 따라서 계구의 사용은 무엇보다 수용자의 육체적·정신적 건강 상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고, 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적인 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어져야 한다. 결국, 계구는 원칙적으로 공동생활의 질서와 안전을 유지하기 위하여 불가피한 경우 일시적으로 사용되어야 하고 명백한 필요성이 계속하여 존재하지 않는 경우에는 이를 즉시 해제하여야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마168, 판례집 15-2하, 562, 575-576 참조).

(3) 나아가, 피의자신문은 장시간 걸리는 경우가 있어서 수갑이나 포승으로 신체를 속박하는 것이 상당한 고통을 가져올 수 있고, 그렇지 않더라도 방어권을 제대로 보장하기 위해서는 계구사용으로 인한 심리적 위축을 제거할 필요가 있다. 검사조사실의 환경이나 계호의 권한과 책임의 소재와 같은 행정적 이유는 피의자의 자유, 권리를 제약하면서 일률적으로, 그리고 피의자신문을 하는 시간동안 계속 계구를 사용하는 것을 정당화하기에는 부족하다. 피의자의 불편에도 불구하고 검사실로 소환하여 장시간 계구에 속박당한 상태에서 신문에 응하도록 하는 것이 합리적이라거나 불가피하다고 하기 어려우며, 또한 당장 검사조사실의 시설과 환경을 개선할 수 없다 하더라도 적어도 수사를 진행하는 과정에서 개별적으로 도주·자해 등의 위험을 판단할 수는 있기 때문이다.

구속영장이 집행된 경우 피의자 또는 피고인을 구속·구금하는 행위는 구치소나 교도소의 장이 그 권한을 행사하고, 구금시설에 수용된 피의자·피고인의 검사조사실에서의 안전과 도주방지 기타 모든 계호행위에 대한 책임이 교도소 등의 장에게 있는 것은 사실이라고 할 것이다. 그러나, 검사는 피의자

를 신문하고(형사소송법 제200조) 피의자 아닌 자 즉 참고인을 조사할 권한(동법 제221조)을 가진다. 뿐만 아니라 검사는 인권옹호기관으로서 사법경찰관리에 의한 불법구속을 억제하기 위하여 인권침해사건을 조사할 권한과 책무가 있으며(인권침해사건처리규정 제6조), 검사의 체포·구속장소 감찰제도(형사소송법 제198조의2)를 두고 있다.

(4) 이 사건의 경우 당시 청구인(1977. 11. 6.생)은 만 23세의 대학생으로서, ○○대학교 총학생회장 및 한국대학생총연합회(한총련) 산하 서울동부지구총학생회연합(동총련) 의장의 신분이었기 때문에 소위 이적단체인 한총련에 가입하여 활동하고 국가보안법 철폐를 위한 집회 및 시위에 참여하였다는 이유로 국가보안법위반(찬양·고무등), 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반의 죄로 구속되어 조사를 받게 되었는데, 기록상 경찰조사 단계에서나 검찰조사 단계에서도 자해나 소란 등 특이한 행동을 보인 정황이 엿보이지 아니하고 혐의사실을 대부분 시인하였으며, 다만 시위를 주도하거나 돌을 던지는 등 과격한 행위를 한 사실은 없다고 진술하였다.

그렇다면 당시 청구인은 도주·폭행·소요 또는 자해 등의 우려가 있다고 단정하기 어렵고, 수사검사도 이러한 사정 및 당시 검사조사실의 정황을 종합적으로 고려하여 청구인에 대한 계구의 해제를 요청하였던 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 피청구인 소속 계효교도관이 이를 거절하고 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받도록 한 조치는, 청구인의 신체의 자유를 과도하게 제한하고, 피의자가 유죄로 확정될 때까지는 무죄로 추정받고 자신에게 이익되는 사실을 자유롭게 진술하고 변명할 수 있는 기회를 충분히 보장하려는 무죄추정의 원칙 및 방어권행사를 보장하는 근본취지에도 반한다고 할 것이다.

5. 결 론

요컨대 피청구인의 이 사건 계구사용행위는, 계구사용이 도주 또는 증거인멸의 우려가 있거나 검사조사실 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 꼭 필요한 목적을 위하여만 허용될 수 있다는 점에서 볼 때 그러한 목적달성을 위하여 불가피한 조치라고는 도저히 볼 수 없고, 이로 말미암아 과잉금지원칙에 어긋나게 청구인의 신체의 자유를 과도하게 침해하고, 무죄추정의 원칙 및 방어권행사 보장정신의 근본취지에 어긋나는 위헌적인 공권력행사라고 보지 않을 수 없으므로, 선언적 의미에서 그 위헌확인을 하기로 하여 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 송인준, 재판관 주선회의 아래 6.과 같은 반대 의견

이 있는 외에는 나머지 관여 재판관의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

다수의견은, 이 사건 계구사용행위는 청구인에 대한 신체의 자유를 과도하게 제한하였을 뿐만 아니라 이는 무죄추정원칙과 형사피의자의 방어권행사 보장정신의 근본취지에도 어긋나는 위헌적인 공권력행사라고 보고 있다. 그러나 검사조사사실에서의 미결수용자에 대한 계구사용행위에 대하여는, 이로 인하여 제한되는 미결수용자의 신체의 자유와 계호권 보장을 통한 국가형벌권 실현 사이의 충돌하는 법익에 관하여 합리적인 비교교량을 통하여 헌법상 조화로운 해석을 도모할 필요가 있으므로 아래와 같이 반대의견을 밝혀 둔다.

가. 우리 헌법은 모든 국민이 갖는 인간으로서의 존엄과 가치를 밝히면서(제10조), 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 신체의 자유를 보장하고 있고(제12조 제1항), 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874)는 점은 우리도 인식을 같이 하고 있다.

또한 무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도주·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안되고, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 한계를 설정해야 함은 두말할 나위가 없다.

나. 행정법령에서 계구사용의 요건으로 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우로 한정하고(행형법 제14조 제1항, 동법시행령 제46조 제1항), 포승과 수감의 사용을 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때 등(계구규칙 제4조)으로 규정하고 있음은 위와 같은 헌법이념과 원리를 구체화한 것으로 이해할 수 있다.

이 중 ‘호송’이란 수용자를 일시적으로 구금시설 외의 장소로 이동시키는 것을 말하는데, 예컨대 미결수용자의 경우에는 검사 또는 재판부의 소환에 응하기 위하여 일시적으로 검찰청이나 법원으로 호송하는 경우가 대부분이다. 이 때 호송관서에서 출발하여 검찰청 또는 법원에 도착한 후, 그리고 검찰구

치감에서 수용 및 검사조사실에서의 조사 또는 법정대기실에서의 대기 및 법정내 재판과정에서의 계호업무는 그 성격상 호송의 개념 범위 내에 있는 업무로 보아야 하며, 이러한 인식에 터잡아 교도관이 이를 계속 수행하며 계구를 사용하고 있는 것이 교도실무라고 할 수 있다. 즉, 검사조사실에서도 호송 중의 계호권이 미치는 범위이므로 교도관은 당연히 계구를 사용한 상태로 근접계호를 하고, 검사로부터 계구해제의 요청을 받는 경우에도 이를 거절하고 상관에게 보고하여 수용자의 연령·성격·범수(犯數)·범행내용·수용생활태도·교정사고전력·사고유발위험성 등을 종합적으로 고려하여 계구해제의 여부를 판단하는 것이다.

이 사건에서 청구인은 2001. 9. 28.과 같은 달 29. 및 같은 해 10. 4. 및 같은 달 5. 등 일자에 서울지방검찰청 동부지청에 소환되어 제308호 검사조사실에서 조사받는 동안 내내 피청구인 소속 계호교도관에 의하여 포승으로 팔과 상반신이 묶인 동시에 양손에 수갑이 채워진 상태에서 피의자조사를 받았다. 당시 청구인은 계호교도관 및 수사검사에게 수갑과 포승에 의해 결박당하지 않은 자유로운 상태에서 진술하고 싶다고 수갑 및 포승을 해제하여 달라고 요구하였고, 이에 대해 위 수사검사가 교도관에게 도주우려가 없는 것 같으니 풀어주라고 요청하였음에도 불구하고 교도관은 법무부훈령인 계호준칙 제298조 제1호 및 제2호의 규정에 따라 검사조사실에서는 계구를 해제할 수 없으며 청구인과 검사의 요구를 거부한 것으로 보인다.

다. 살피건대, 교도관에 의한 수용자의 신병확보는 보안작용으로서의 직무권한, 즉 계호권의 기본적인 내용이라고 할 수 있다. 이 계호업무는 교정시설의 내외를 불문하고 교도관의 책임과 의무에 속한다. 비록 검사가 수사상 필요에 의하여 구금시설에 수용되어 있는 수용자를 소환할 경우에도 앞서 본 바와 같이 수용자가 수용기관에서 검찰청으로 일시 그 신병이 옮겨지기는 하나 성질상 수용의 연장에 속하는 것이므로 담당교도관의 수용자에 대한 신병확보와 계호의 책무는 계속된다고 할 것이다. 그리고 구치감 거실이나 법정내에서와는 달리 검사조사실에서의 계구사용은 다음과 같은 특수사정이 특별히 고려되어야 한다.

첫째, 검사조사실은 일반적으로 교도소 등 교정시설이나 구치감 거실과는 달리 도주나 폭행·자해·자살방지를 위한 시설이 갖추어지지 않은 것이 현실이다. 즉, 구치소나 교도소에는 거실(구금공간)에서 일반사회로의 최접근지까지 거실문·중간문(1~3단계)·주벽·이중철조망 등 5~7단계의 도주방지

차단장치 등이 있는데 비해, 검사조사는 검사조사실에서 나올 경우 바로 일반사회로의 탈출이 가능하고(물적계호시설면), 2명 정도의 교도관만이 계호하고 있으며(계호인력면), 무전기 등 최소보안장비만 보유하고 있는 실정이다(보안장비면). 또한 민원인이나 불구속 피의자들의 왕래가 잦고, 참고인이나 공범 등을 함께 조사할 때에는 그들 사이의 이해관계가 첨예하게 충돌할 경우 폭력 등 돌발적 사고가 발생할 위험성이 매우 높다. 따라서 구금시설이라고 볼 수 없는 검사조사실에서 일반적으로 계구를 해제하는 경우 언제 어떻게 야기될지 모르는 이러한 돌발적인 상황을 효과적으로 예방하고 제지할 수 없는 상당한 어려움에 처한다고 할 수 있다.

둘째, 검사조사실에서 구속된 미결수용자는 수사검사의 추궁에 대하여 자신을 방어하기 위하여 최선을 다하는 과정에서 급격히 흥분되기 쉽고, 신문상황이 시시각각 달라지는 긴박한 상태이므로 피의자 등이 언제 어떻게 도주, 가해 및 자해 등을 할지 알 수 없어 구체적이고 임박한 위험이 항상 도사리고 있다. 따라서 교도관은 미리 이러한 위험의 예방 차원에서 계구를 사용할 수밖에 없을 것이고, 검사조사실에서 조사를 받는 미결수용자는 변화하는 신문 상황에 따라 심리상태와 신체조건이 개별적이고 상이하여 그때그때 계구사용 여부를 결정한다는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 그렇게 한다면 사실상 검사의 조사 자체도 어렵게 될 것이다. 실례로, 구속된 피의자가 검사조사실에서 공범인 피의자와의 대질신문 과정에서 범행사실이 드러나자 참여계장을 밀치고 책상서랍 안에 있는 면도칼로 자해한 사고, 검사조사실에서 수갑과 포승이 시용(施用)된 상태에서 투신하거나, 대질하던 참고인이 불리한 진술을 하자 투신자살하려고 한 사고, 검찰조사실에서 조사받던 중 준비한 칼로 복부를 긁고 자해한 사고 등 현행 계호준칙 하에서도 적지 않게 검사조사실 등에서 미결수용자의 가해 및 자해 사고가 발생하였고, 만약 앞으로 구속된 미결수용자에 대하여 검사조사실에서 원칙적으로 계구를 사용하지 못하게 한다면 이러한 사고는 더욱 빈발할 가능성이 높고 검사조사실에서의 안전과 질서가 상당히 위태로워질 수 있다.

셋째, 「법무연감」의 교정업무편 통계를 보면 2000년의 경우 1일 평균수용 인원은 수형자와 미결수용자를 포함하여 62,959명, 2001년에 62,235명, 2002년에 61,084명, 2003년에는 58,945명 등으로서 매년 낮아지고는 있지만 교도관 1인당 평균 수용인원은 여전히 5명에 이르고 있다. 그런데 검사조사실로 소환되는 수용자에게는 교도관 2명이 항상 복수계호를 하여야 하고 도주의 우려

가 있는 강력범 및 문제수용자의 경우는 계호인원을 증가배치해야 하는데 현실적으로 계호인력이 턱없이 부족한 실정이므로, 여기에 계구가 해제되어 자유스러운 상태로 조사를 받게 할 경우 교도관의 수용자에 대한 계호부담은 엄청나게 가중될 것이다.

넷째, 법무부는 1999. 5. 27. 97헌마137등 사건에서 선고한 헌법재판소 결정의 취지를 존중하여 미결수용자의 사복착용을 허용하고 있어 검찰의 조사과정에서 도주 및 폭행 등의 우려가 더욱 높아졌고, 위 사건에서 헌법재판소도 “미결수용자의 도주방지는 ‘계구의 사용’이나 계호인력을 늘리는 등의 수단에 의할 것”이라고 판시하였는바(판례집 11-1, 653, 665), 현실적으로 단기간 내에 계호인력을 늘리는 것은 매우 어려운 실정인 점 등을 감안하면 검사조사실에서의 계구사용은 불가피한 측면이 강하다.

다섯째, 이 사건에서 청구인에게 사용된 ‘양수승’의 포승 및 ‘금속수갑’은 국가보안법위반의 범죄혐의를 받고 있는 피의자의 폭행, 소요와 도주 및 자해와 같은 구체적이고 돌발적인 위험상황을 사전에 예방하고 사후 진압함에 있어 적절하고 효과적일 방식이 될 수 있다. 즉, 포승 또는 금속수갑 중 어느 하나만을 계구로 사용할 경우 결박상태가 느슨하게 되어 도주나 소란, 폭행과 자해의 행위로 용이하게 옮겨갈 수 있다. 또한 피청구인은 청구인에 대하여 신체제압의 정도가 심대한 신체의 하지 또는 하퇴부를 함께 결박하거나(하지승 또는 하퇴승) 허리와 손목을 함께 묶는 방법(가죽수갑)을 취하지 않음으로써 계구의 종류와 사용방법에 있어서 신체의 자유에 대한 침해를 최소화하려 하였다. 따라서, 위에서 본 바와 같은 검사조사실의 일반적인 인적·물적 계호현황과 수갑 이후 청구인을 예의 관찰하고 계호해 온 피청구인이 포승이나 수갑 중 어느 한 가지만으로는 계호목적에 위하여 충분하지 않다고 보아 이 두 가지를 병행사용한 판단이 명백히 잘못되었다거나 과잉한 수단을 선택하였다고는 단정할 수 없다.

라. 교도소 등 구금시설은 다수의 수용자를 집단적으로 관리하고 있고 더욱이 수용자들은 특수환경에서의 구금생활로 인하여 정신적 안정과 평형을 잃기 쉬운 처지에 있으므로, 수용자에 대하여는 수용자의 생명과 신체의 보전, 위생 및 건강관리, 시설 내의 질서유지 등을 위하여 일반 사회에서와는 다른 보다 엄격한 규율과 통제를 마련할 필요가 있다. 구체적으로 이 사건 청구인에 대하여 미결수용에 따른 도주 및 증거인멸을 방지하고, 한총련의 이적성(利敵性) 여부와 관련하여 민감한 국가보안법위반 혐의사실을 놓고 집

요하게 추궁되고 침예하게 대립되는 조사과정에서 돌발적으로 야기될 수 있는 사건·사고를 막아 청구인과 타인의 생명·신체의 안전을 지키고 시설 내의 질서유지를 확보하는 것은 구체적 위험을 방지하기 위한 긴절한 것이어서 계구사용 목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 필요하고도 불가피한 제한이라고 아니할 수 없다.

바꾸어 말하면, 청구인과 같이 범죄혐의를 받고 있는 미결수용자에 대한 계구의 사용 특히 호송중이거나 그 연장선상으로 포섭될 수 있는 검사조사실 내에서의 포승 및 수갑 등의 결박조치에 대하여, 형사절차 과정에서 검사의 반대당사자인 청구인의 방어권행사나 무죄추정의 법리를 내세워 그 위헌성여부의 직접적인 이유를 찾을 것은 아니다.

왜냐하면, 비록 계구를 사용하여 미결수용자가 검사조사실에서 조사를 받음에 있어서 다소 심리적·육체적으로 위축되었다고 하더라도 피의자에게 보장된 진술거부권이나 변호인의 조력을 받을 권리 등에 의하여 자신의 방어권을 충분히 행사할 수 있고, 특히 청구인의 신분이나 학력 등에 비추어 보면 더욱 더 그러하다. 그리고 무죄추정의 원칙은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다.”는 것으로 이러한 정신에 따라 불구속 수사 및 재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도망할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판을 하고 있다. 그러나 일단 구속된 피의자 등은 구금목적의 달성을 위해 검사조사실에서 조사를 받는 동안 계구를 사용하는 것은 불가피하다고 보는 것인데, 이를 들어 무죄추정원칙의 근본취지에 반한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

또한 이와 같은 결론은 이 사건의 경우와 같이 수사검사가 교도관에게 계구의 해제를 요청하였다고 하여 달라질 성질의 것도 아니다. 검사는 수사의 주재자이기는 하지만, 구속영장의 집행으로 행하여지는 피의자의 구금행위는 구치소장의 직무영역 내의 것이므로 그의 구금시설에 수용된 피의자가 일시 검사조사실에서 조사를 받는 경우라 하여, 안전과 도주방지 등 기타 모든 계호에 대한 일차적 책임을 지고 있는 구치소장으로서 수사검사의 계구해제 요청을 반드시 들어주어야 할 이유는 없기 때문이다. 이는 이 사건 조사 당시 청구인이 대학생으로서 ○○대학교 총학생회장 및 한총련 산하 동총련 의장의 신분이었다 하더라도 마찬가지라고 할 것이다.

마. 이상과 같은 이유로 우리는, 검사조사실 내에서의 이 사건 계구사용행위는 법령에 근거한 정당한 계호목적을 위하여 불가피한 최소한의 조치로 볼

수 있고, 따라서 이로 말미암아 청구인의 기본권이 일부 제한되었다고 하더라도 이를 두고 과잉금지원칙에 어긋난 위헌적인 공권력행사라고는 볼 수 없어 청구인의 청구를 기각하여야 한다고 보는 바이므로 다수의견에 반대하는 것이다.

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

지방자치법 제101조의2 제1항 제3호 위헌확인

(2005. 5. 26. 2002헌마699, 2005헌마192(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호의 입법목적

2. 위 법률조항이 지방자치단체의 장의 공무담임권을 과도하게 침해하여 헌법 제25조에 위반되는지 여부(소극)

3. 위 법률조항이 유죄의 판결이 확정되지 아니한 피고인에 대하여 유죄가 선고되었음을 이유로 불이익을 주는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 국회의원 또는 다른 행정기관의 장에 대하여는 위와 같은 제도를 두고 있지 않으면서 지방자치단체의 장에 대하여만 위 법률조항과 같은 규정을 두는 것은 합리적 이유없이 지방자치단체의 장을 차별하는 것으로 헌법 제11조 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호(이하 '이 사건 법률규정'이라 한다)의 입법목적은, 금고 이상의 형을 선고받은 지방자치단체의 장을 형이 확정될 때까지 잠정적으로 그 직무에서 배제함으로써 주민의 신뢰회복, 직무의 전념성 확보, 행정의 안정성과 효율성 제고, 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험을 예방하기 위한 것이라고 할 것이다. 이와 같은 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상의 정당한 공익이라 할 것이고 이를 실현하는데 있어서 이 사건 권한대행제도는 매우 효과적인 수단이 된다고 할 것이다.

2. 법관이 범죄의 내용과 죄질 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 금고 이상의 형을 선고하였다면, 사회적 비난가능성이 결코 작다

고 할 수 없을 뿐만 아니라 자치단체장의 직무수행에 대한 신뢰가 떨어져 자치단체행정의 정상적 운영에 지장을 초래하기에 충분하다고 할 것이다. 그 경우 해당 자치단체장을 직무에서 배제시키는 것은 입법목적 달성에 필요할 뿐만 아니라 불가피하다. 비록 이 사건 권한대행제도에 의하여 자치단체장의 공무담임권이 제한을 받는 것은 사실이나 그 제한은 잠정적이고 그 경우에도 단체장으로서의 신분과 보수도 계속 유지된다는 점에서 공무담임권에 대한 침해가 그렇게 가혹하다고 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률규정은 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우만을 권한대행사유로 삼음으로써 자치단체장의 공무담임권에 대한 제한을 최소화하고 있을 뿐 아니라 이 사건 법률규정으로 인하여 침해되는 자치단체장의 공무담임권보다 그로 인하여 얻게 되는 지방행정의 원활한 운영이라는 공익이 훨씬 크다고 할 것이어서 이 사건 법률규정은 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 위배되지 않는다.

3. 이 사건 법률규정은 지방자치단체의 장이 유죄 판결을 받았음을 이유로 사회적 비난 내지 부정적 의미의 차별을 가하기 위하여 그를 직무에서 배제하는 것이 아니라, 유죄 판결을 받은 자치단체장에게 그 직무를 계속 수행하도록 방치한다면 자치단체의 운영에 구체적 위험이 생길 염려가 있어 무단체장으로 하여금 권한을 대행하도록 하는 것이다. 비록 이 사건 권한정지가 유죄 선고에 기인하는 것이기는 하지만, 이는 유죄 선고를 받았음을 이유로 당해 피고인에게 사회적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이 아니라 신뢰를 상실한 단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하기 위한 권한대행제도의 부수적 산물이란 점에서 그와 같은 불이익은 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당한다고 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률규정은 유죄판결에서 비롯되는 사회적·윤리적 비난을 수반하는 불이익이라거나 유죄를 근거로 하는 부정적 의미의 기본권 제한이라고 볼 수 없어 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 저촉된다고 할 수 없다.

4. 행정기관의 장이나 일반 공무원이 유죄 선고 등으로 국민의 신뢰를 잃게 되는 경우 임면권자에 의하여 교체되거나 직위해제됨으로써 직무에서 배제될 수 있다. 이에 반하여 지방자치단체의 장은 선

거직 공무원으로서 신분과 임기가 보장되므로 스스로 사임하지 않는 한 유죄 선고를 받더라도 직무에서 배제시킬 방법이 없다. 한편, 같은 선거직 공무원이라고 하더라도 권한과 업무가 국민에게 미치는 영향의 크기에 따라 달리 취급될 수 있다. 그렇다면 다른 행정기관의 장이나 일반 공무원과 달리 지방자치단체의 장에 대하여만 이 사건 법률규정과 같은 권한대행사유를 두더라도 거기에는 위와 같은 합리적 이유가 있다할 것이므로 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

재판관 윤영철, 재판관 김효종, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의
위헌의견

1. 정당한 공익을 실현하기 위한 효과적인 수단이라고 하더라도 입법자는 선택할 수 있는 여러 수단 중에서 국민의 기본권을 가장 덜 제한하는 수단을 채택함으로써 국민의 기본권을 존중하여야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이다. 그런데, 이 사건 권한대행사유는 주민의 직접 선거에 의하여 선출되고 임기가 보장된 단체장을 범죄의 유형이나 경중을 가리지 않고 단지 금고 이상의 형이 선고되었다는 이유만으로 당연히 그 직무에서 배제시키는 것이어서 목적 달성에 필요한 최소한의 제한이라는 침해의 최소성 원칙에 위반될 뿐만 아니라 나아가 그 제한의 정도 또한 과잉하다 할 것이어서 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하여 헌법에 위반된다.

2. 이 사건 법률규정의 주된 입법취지는 유죄 판결을 받은 자치단체장으로 하여금 계속 직무를 수행하도록 하는 것은 사회윤리적 측면에서 허용될 수 없어 그를 직무에서 배제시키기 위함에 있다고 할 것이다. 이 사건 규정에 의한 자치단체장의 권한정지는 바로 유죄 판결에 기초한 불이익에 해당하는 것이고 이는 “유죄”라는 사실에 기초한 피고인에 대한 사회적 가치판단 내지 부정적 의미의 제재라고 하지 않을 수 없다. 그렇다면 이 사건 법률규정은 유죄의 판결이 확정되지 아니한 상태에서 피고인을 죄있는 자에 준하여 취급하는 것이며 유죄 선고를 전제로 불이익을 입히는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 어긋난다.

재판관 권 성의 별개의견

공무원이 직무를 수행할 수 있는 것은 법령이 당해 공무원에게 부여한 ‘권한’이지 공무원 개인에게 부여된 ‘권리’, 즉 주관적 공권이 아니다. 국가는 그 과제를 효율적으로 수행하기 위하여 조직을 구성하고 국가권력을 배분한다. 공무원의 직무수행권은 바로 위와 같은 국가의 객관적 권한배분 내지 조직구성권의 행사의 결과로 주어진 ‘권한’(Kompetenz)이며 공무원 개인이 국가에 대하여 요구할 수 있는 주관적 공권이라고 볼 수 없다. 비록 이 사건 권한대행규정으로 말미암아 단체장의 권한이 정지된다고 하더라도 이는 공무원 개인의 자유를 제한한 것이 아니라 객관적 권한배분 내지 객관적 권한질서의 문제이므로 당해 단체장이 자신의 주관적 공권인 공무담임권이 침해되었음을 이유로 위헌임을 주장할 수는 없는 것이다.

【심판대상조문】

지방자치법(2002. 3. 25. 법률 제6669호로 개정된 것) 제101조의2(지방자치단체의 장의 권한대행 등) ① 지방자치단체의 장이 다음 각 호의 1에 해당되는 경우에는 부지사·부시장·부군수·부구청장(이하 이 조에서 “부단체장”이라 한다)이 그 권한을 대행한다.

- 1.~2. 생략
 3. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되지 않은 경우
 4. 생략
- ②~⑤ 생략

【참조조문】

헌법 제11조, 제25조, 제27조 제4항

지방자치법 제90조의2(지방자치단체의 장의 퇴직) 지방자치단체의 장이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 그 직에서 퇴직된다.

1. 지방자치단체의 장이 겸임할 수 없는 직에 취임한 때
2. 피선거권이 없게 된 때(지방자치단체의 구역변경이나 폐지·분합을 제외한 다른 사유로 당해 지방자치단체의 구역밖으로 주민등록을 이전한 때를 포함한다)
3. 제89조의 규정에 의하여 지방자치단체의 장의 직을 상실한 때

【참조판례】

2. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 이○령(2002헌마699)
대리인 법무법인 한밭
담당변호사 박주봉 외 3인
2. 박○원(2005헌마192)
대리인 변호사 이상용 외 1인
법무법인 신촌
담당변호사 이영모

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2002헌마699 사건

청구인은 2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거에서 ○○시 ○○구청장에 당선되어 2002. 7. 1.부터 ○○구청장으로 재직 중이다. 청구인은 2002. 9. 3. 대전지방법원으로부터 구청장으로 취임하기 전인 1999.경 자신이 대주주로 있던 주식회사에 대하여 업무상 횡령죄 및 업무상 배임죄를 저질렀다는 이유로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받았다(2002고단1091). 그런데 청구인은 위 판결이 선고되자 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되지 않은 경우 부단체장이 그 권한을 대행한다고 규정하고 있는 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호에 의하여 구청장으로서의 직무 수행이 정지되었다.

이에 청구인은 위 법률규정은 형이 선고되었을 뿐, 유죄가 확정되거나 인신이 구속된 것도 아니어서 직무수행에 아무런 제약이 없는 경우까지 권한을 행사할 수 없도록 한 것으로 헌법상 무죄추정의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 헌법상 보장된 청구인의 공무담임권 및 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다는 이유로 2002. 10. 31. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2005헌마192 사건

청구인은 2002. 6. 13. 실시된 제3회 전국동시지방선거에서 ○○시장에 당

선되어 2002. 7. 1.부터 현재까지 ○○시장으로 재직 중이다. 청구인은 2005. 1. 14. 수원지방법원으로부터 뇌물수수 및 기부금품모집규제법위반죄로 징역 2년 6월에 집행유예 4년, 추징금 1,000만 원의 판결을 선고받고(2004고합36), 이에 항소하여 현재 서울고등법원에 항소심이 계류중이다(2005노216). 그런데 청구인은 위 판결이 선고되자 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되지 않은 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 하고 있는 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호에 의하여 시장으로서의 직무집행이 정지되고 부시장이 시장의 직무를 대행하게 되었다. 이에 청구인은 위 법률조항이 청구인의 헌법상 보장된 평등권과 공무담임권을 침해할 뿐만 아니라 무죄추정의 원칙에 위반된다고 주장하면서, 2005. 2. 23. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

심판의 대상은 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호(2002. 3. 25. 법률 제 6669호로 개정된 것, 이하 ‘이 사건 법률규정’이라고 한다)의 위헌 여부이고, 그 내용 및 관련규정은 다음과 같다.

제101조의2(지방자치단체의 장의 권한대행등) ① 지방자치단체의 장이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 부지사·부시장·부군수·부구청장(이하 이 조에서 “부단체장”이라 한다)이 그 권한을 대행한다. <시행일 2002. 7. 1.>

1. 궐위된 경우

2. 공소제기된 후 구금상태에 있는 경우

3. 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정되지 않은 경우

4. 의료법에 의한 의료기관에 60일 이상 계속하여 입원한 경우

② 지방자치단체의 장이 그 직을 가지고 당해 지방자치단체의 장 선거에 입후보하는 경우에는 후보자등록을 한 날부터 선거일까지 부단체장이 당해 지방자치단체의 장의 권한을 대행한다.

③ 지방자치단체의 장이 출장·휴가 등 일시적 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 부단체장이 그 직무를 대리한다.

④ 제1항 내지 제3항의 경우에 부지사 또는 부시장이 2인 이상인 시·도에 있어서는 대통령령이 정하는 순에 의하여 그 권한을 대행하거나 직무를 대리한다.

⑤ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 권한을 대행하거나 직무를 대리할 부단체장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 때에는 당해 지방자치단

체의 규칙에 정하여진 직제순에 의한 공무원이 그 권한을 대행하거나 직무를 대리한다.

제90조의2(지방자치단체의 장의 퇴직) 지방자치단체의 장이 다음 각 호의 1에 해당된 때에는 그 직에서 퇴직된다.

1. 지방자치단체의 장이 겸임할 수 없는 직에 취임한 때
 2. 피선거권이 없게 된 때(지방자치단체의 구역변경이나 폐치·분합을 제외한 다른 사유로 당해 지방자치단체의 구역 밖으로 주민등록을 이전한 때를 포함한다)
 3. 제89조의 규정에 의하여 지방자치단체의 장의 직을 상실한 때
2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견
- 가. 청구인들의 주장

(1) 지방자치법 제101조의2의 입법목적은 지방자치단체의 장에게 공무를 담당시킬 수 없는 사유가 있을 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 하여 업무의 공백을 없애기 위한 것이라고 할 것이다. 그런데 이 사건 법률규정은 금고 이상의 형의 선고를 받더라도 선고된 범죄사실이 과실범과 같이 비난가능성이 없거나 취임 전의 행위로써 직무와 관련이 없는 경우까지 광범위하게 권한대행사유로 규정하고 있어 지방자치단체 장의 공무담임권을 과도하게 침해하는 것이다.

(2) 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 하여 무죄추정의 원칙을 규정하고 있다. 무죄추정의 원칙은 공소가 제기된 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고 불이익을 입혀서는 아니 된다는 것이며 여기에서 불이익이라 함은 형사절차상의 처분에 의한 불이익뿐만 아니라 그 밖의 기본권 제한과 같은 처분에 의한 불이익도 포함하는 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 판결이 확정되기 전에 지방자치단체의 장의 권한을 정지시키는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 위반된다.

(3) 지방자치단체의 장과 같은 지방자치업무를 수행하는 교육감의 경우에는 위와 같은 권한대행 규정조차 없을 뿐 아니라 대통령의 명을 받아 행정각 부를 통할하는 국무총리의 경우에도 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 경우에 부총리나 다른 국무위원이 그 권한을 대행한다고 되어 있을 뿐 이 사건 법률규정과 같은 권한대행사유를 두고 있지 않다. 한편 자치단체장과 동일한 선출직 공무원인 국회의원에 대하여도 이 사건 규정과 같은 법률규정이

없다. 이는 합리적 이유 없이 다른 고위직 공무원이나 선출직 공무원에 비하여 지방자치단체의 장을 차별 취급하는 것으로 평등원칙에 위반된다.

나. 행정자치부장관의 의견

(1) 지방자치단체의 장은 당해 자치단체를 대표하고 소속 공무원을 지휘·감독하는 행정의 최고 집행기관으로서 고도의 윤리성과 책임성이 요구되는 공무원이다. 금고 이상의 형의 선고를 받은 지방자치단체의 장이 계속하여 그 직무를 수행할 경우 법령을 위반하였다고 상당히 의심받는 자가 소속 공무원 및 주민에 대하여 법령준수를 요구하는 상황이 되어 국민의 법감정에 반하고 행정에 대한 주민의 불신이 가중된다. 또한 진행중인 재판으로 본연의 업무에 전념할 수 없어 직무를 소홀히 하게 된다. 그 결과 행정의 안정성, 공정성, 효율성을 해쳐 올바른 행정집행에 지장을 초래할 것이므로 이를 방지하기 위하여 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행할 필요가 있다.

(2) 이 사건 법률조항은 권한대행사유를 ‘금고 이상의 형의 선고를 받은 경우’로 한정하여 죄질이 경미하거나 과실범과 같이 도덕적 비난가능성이 적은 범죄사실에 적용되는 ‘금고 이상의 형의 선고유예’를 받은 경우를 제외하고 있을 뿐 아니라 상소심에서 무죄 또는 벌금형 등을 선고받는 경우에는 곧바로 직무에 복귀할 수 있도록 함으로써 그 권한대행사유의 범위 및 침해를 최소화하고 있어 비례원칙에 어긋나지 않는다.

(3) 국무총리 및 국무위원 등의 경우 권한대행규정을 두고 있지 않지만 위와 같은 범죄사실이 있다고 인정될 경우 임명권자(대통령)에 의하여 즉각적으로 인사조치될 수 있을 뿐만 아니라 국회의 탄핵소추를 통해 해당 공직에서 파면될 수 있는 등 오히려 지방자치단체 장에 비하여 엄격한 제도적 장치가 마련되어 있다. 특히 지방자치단체장의 지휘·감독을 받는 지방공무원의 경우 형사사건으로 기소만 되더라도 법원의 유죄 선고와 관계없이 그 직위를 해제할 수 있도록 하고 있다(지방공무원법 제65조의2 제1항 제3호).

(4) 이 사건 법률규정은 지방자치단체의 원활한 운영을 도모하고 공공복리를 증대하기 위한 제도적 장치이며 법원의 판결을 기준으로 권한대행 여부를 결정하도록 한 것은 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것이지 확정판결이 아닌 것을 근거로 유죄취급을 하거나 불이익을 주는 것이 아니므로 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

다. 경기도지사의 의견

(1) 지방자치단체의 장은 자치단체의 업무를 총괄하는 지위에 있어 일반

공무원에 비하여 높은 윤리성과 성실성이 요구되고, 지방자치단체의 장은 집행기관의 장으로서 선거에 의하여 취임한 공직자의 신분이라 하더라도 전문 정치인인 국회의원과과는 그 지위와 성격 및 기능에서 구별되므로, 지방자치단체의 장에 대해서만 형의 선고 이후 그 직무를 정지하게 하는 규정을 두는 것이 평등의 원칙에 위반되는 것으로는 볼 수 없다.

(2) 공무담임권 및 무죄추정원칙과 관련하여 범죄의 종류와 그 처벌의 유형을 정함에 있어서는 입법자에게 상당한 재량의 여지가 있으므로 공직자에 대한 불이익처분 또한 상당한 재량이 인정될 수 있는 것이나, 금고 이상의 형의 선고를 받았다는 사실만으로 주민의 신뢰 여부에 대한 배려 없이 선거에 의하여 취임한 공무원의 직무를 즉시 장기간 정지시키는 기본권제한의 최소 침해성의 범위를 넘을 소지가 있고, 장기간의 직무대행체제는 국민주권주의 원리에 바탕을 둔 민주주의의 실현에 장애가 될 수 있으므로 법익의 균형성에 어긋날 소지가 있다.

3. 판 단

가. 이 사건 권한대행제도의 입법목적

지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체를 대표하고, 사무를 통할하며 법령에 의하여 위임된 국가사무를 집행하고 소속직원을 임명, 지휘·감독하는 등 지방자치단체의 최고 행정관이다. 위와 같은 지방자치단체의 장(자치단체장이라고 약칭한다)의 폭넓은 권한과 직무의 중요성에 비추어 볼 때 자치단체장은 고도의 윤리성과 주민의 신뢰가 요구된다고 할 것이다. 그런데 이와 같은 중요 공직인 지방자치단체의 장이 범죄행위로 유죄 판결을 선고받게 되면 도덕성에 치명적 타격을 입게 되어 주민의 신뢰는 무너지고 직무에 전념할 수 없게 되며 직무수행의 안정성과 효율성도 떨어질 것이다. 그 결과 주민의 복리와 당해 자치단체행정의 정상적인 운영에 위협을 야기할 수 있으므로 유죄 선고를 받은 단체장을 직무에서 배제하고 그 권한을 대행시킬 필요가 절실하다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 지방자치단체의 장은 선거직 공무원으로서 임기와 신분이 보장되기 때문에 일반 공무원과 달리 직위해제제도나 징계제도가 없고 그렇다고 탄핵의 대상도 아니어서 스스로 사임하지 않는 한 금고 이상의 형이 확정될 때까지(당연퇴직사유)는 직무에서 배제시킬 방법이 없다. 입법자는 위와 같은 경우를 대비하고자 형이 확정될 때까지 잠정적으로 자치단체장을 직무에서 배제하기 위하여 이 사건 권한대행사유를 둔 것이라고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률규정의 입법목적은 금고 이상의 형을 선고받은 단체장을 그 직무에서 배제함으로써 직무수행에 대한 주민의 신뢰를 회복하고 직무에 대한 전념성을 확보하여 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험을 미연에 방지하기 위한 것이라고 할 것이다.

나. 공무담임권 침해 여부

(1) 공무담임권의 보호영역

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 하여 공무담임권을 기본권으로 보장하고 있다. 공무담임권이란 입법부, 집행부, 사법부는 물론 지방자치단체 등 국가, 공공단체의 구성원으로서 그 직무를 담당할 수 있는 권리를 말한다. 여기서 직무를 담당한다는 것은 모든 국민이 현실적으로 그 직무를 담당할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 국민이 공무담임에 관한 자의적이지 않고 평등한 기회를 보장받음을 의미하는바, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함된다고 할 것이다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등, 판례집 14-2, 219, 224 참조).

(2) 비례원칙 위반 여부

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률규정의 입법목적은, 금고 이상의 형을 선고받은 지방자치단체의 장을 형이 확정될 때까지 잠정적으로 그 직무에서 배제함으로써 주민의 신뢰회복, 직무의 전념성 확보, 행정의 안정성과 효율성 제고, 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험을 예방하기 위한 것이라고 할 것이다. 이와 같은 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상의 정당한 공익이라 할 것이고 이를 실현하는데 있어서 이 사건 권한대행제도는 매우 효과적인 수단이 된다고 할 것이다.

그런데 이 사건 법률규정이 범죄의 내용이나 죄질을 불문하고 단지 ‘금고 이상의 형의 선고받은 때’라고 규정하여 직무와 관련이 없는 범죄나 경미한 범죄로 위와 같은 형을 선고받은 경우까지 권한대행사유로 삼은 것은 지방자치단체 장의 공무담임권을 지나치게 제한한 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 그러나 법원이 범죄의 내용과 죄질 등 모든 사정을 종합적으로 고려하여 금고 이상의 형을 선고하였다면, 사회적 비난가능성이 결코 작다고 할 수 없을 뿐만 아니라 자치단체장의 직무수행에 대한 신뢰가 떨어져 자치단체행정의 정상적 운영에 지장을 초래하기에 충분하다고 할 것이다. 그 경우 해당 자치단체장을 직무에서 배제시키는 것은 입법목적 달성에 필요할 뿐만 아니라 불

가피하다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률규정이 유죄 선고된 모든 경우를 문제삼지 아니하고 지방자치단체의 원활한 운영을 해칠 정도의 중형이 선고된 경우 즉, ‘금고 이상의 형’이 선고된 경우만을 권한대행사유로 규정함으로써 지방자치단체 장의 공무담임권에 대한 제한을 최소화하고 있다고 할 것이다.

한편, 지방자치는 민주주의의 뿌리이고 기초이다. 지방자치제도의 성공은 민주주의의 정착과 발전에 매우 중요한 요소이다. 지방자치제도의 성공적 운영은 주민의 자발적인 참여와 자치단체행정의 원활한 운영에 달려있고 그 중심적 역할을 하는 것이 바로 지방자치단체의 장이라고 할 것이다. 그런데 지방자치단체의 장이 범죄행위로 유죄를 선고받게 되면 주민의 신뢰를 잃게 되고 직무수행은 불신을 받게 된다. 자치단체장에 대한 불신이 직무수행에 대한 거부로 나타난다면 국가적, 사회적 혼란이 따를 수 있고 막대한 경제적 손실을 가져올 수 있으며 당해 자치단체의 운영 및 지방자치제도 자체의 성패에도 영향을 미칠 수 있다. 이렇듯 자치단체장에 대한 주민의 신임을 확보·유지하는 것은 지방자치단체의 원활한 운영을 위하여 불가피하고 지방자치제도의 성공을 위해서도 매우 중요하다고 할 것이다. 비록 이 사건 권한대행제도에 의하여 단체장의 공무담임권이 제한을 받는 것은 사실이나 그 제한은 잠정적이고 그 경우에도 단체장으로서의 신분은 계속 유지된다는 점에서 공무담임권에 대한 침해가 그렇게 가혹하다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률규정은 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우만을 권한대행사유로 삼음으로써 자치단체장의 공무담임권에 대한 제한을 최소화하고 있을 뿐 아니라 이 사건 법률규정으로 인하여 침해되는 자치단체장의 공무담임권보다 그로 인하여 얻게 되는 지방행정의 원활한 운영이라는 공익이 훨씬 크다고 할 것이어서 이 사건 법률규정은 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 위배되지 않는다.

다. 무죄추정의 원칙 위반 여부

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있다. 무죄추정이란 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄있는 자에 준하여 취급함으로써 법률적, 사실적 측면에서 유형, 무형의 불이익을 주는 것을 말하고, 여기서 불이익이란 유죄를 근거로 그에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별 취급을 가하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다고 할 것이다. 흔히 무죄추정

의 원칙은 형사절차 내에서 원칙으로 인식되고 있으나 형사절차뿐만 아니라 기타 일반 법생활영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용된다고 할 것이다. 이 사건 법률규정에 의한 단체장의 권한정지는 형사절차 내에서의 불이익은 아니지만 유죄 판결을 근거로 피고인의 공무담임권을 제한하는 것으로 무죄추정원칙이 적용된다고 할 것이다. 그러면 이 사건 법률규정에 의한 자치단체장의 권한정지가 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당하지에 대하여 본다. 이 사건 법률규정이 금고 이상의 형의 선고라는 ‘유죄’를 기준으로 단체장의 권한을 정지한다는 점에서 일견 유죄의 판결이 확정되기 전에 죄있는 자에 준하여 취급하는 것을 금지하는 무죄추정의 원칙에 어긋나는 것으로 보일 수 있다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 이 사건 법률규정은 지방자치단체의 장이 유죄 판결을 받았음을 이유로 사회적 비난 내지 부정적 의미의 차별을 가하기 위하여 그를 직무에서 배제하는 것이 아니라, 유죄 판결을 받은 자치단체장에게 그 직무를 계속 수행하도록 방지한다면 자치단체의 운영에 구체적 위험이 생길 염려가 있어 무단체장으로 하여금 권한을 대행하도록 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률규정에 의한 단체장의 권한정지는 위와 같은 권한대행제도에 의하여 불가피하게 뒤따르는 반사적이고 부수적인 것이다. 비록 이 사건 권한정지가 유죄 선고에 기인하는 것이기는 하지만, 이는 유죄 선고를 받았음을 이유로 당해 피고인에게 사회·윤리적 비난 내지 응보적 의미의 제재를 가하려는 것이 아니라 신뢰를 상실한 단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하기 위한 권한대행제도의 부수적 산물이란 점에서 그와 같은 불이익은 무죄추정의 원칙에서 금지하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익에 해당한다고 볼 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률규정은 유죄판결에서 비롯되는 사회윤리적 비난을 수반하는 불이익이라거나 유죄를 근거로 하는 부정적 의미의 기본권 제한이라고 볼 수 없어 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 저촉된다고 할 수 없다.

라. 평등원칙 위배 여부

이 사건 법률규정의 입법취지에 비추어 볼 때 국무총리나 기타 행정 각부의 장 및 일반 공무원에 대하여도 이 사건과 같은 권한대행제도의 필요성이 있음은 인정된다. 그러나 위와 같은 행정기관의 장이나 일반 공무원이 유죄 선고 등으로 국민의 신뢰를 잃게 되는 경우 임면권자에 의하여 쉽게 교체되거나 직위해제됨으로써 직무에서 배제시킬 수 있다. 이에 반하여 지방자치단

체의 장은 지역주민의 직접선거에 의하여 선출되는 선거직 공무원으로서 신분과 임기가 보장되므로 스스로 사임하지 않는 한 유죄 선고를 받더라도 직무에서 배제시킬 방법이 없다.

한편, 같은 선거직 공무원이라고 하더라도 권한과 업무가 국민에게 미치는 영향의 크거나 직무의 성격에 따라 달리 취급될 수 있다. 국회의원은 선거직 공무원으로 지방자치단체 장과 유사하다. 그러나 국회의원은 국회라는 합의 체기관의 구성원이고 행정기관의 장이 아니라는 점에서 독립제 행정기관의 장인 지방자치단체의 장과 다를 뿐만 아니라 직무의 성격 및 직무수행이 미치는 효과도 같다고 할 수 없다. 무엇보다도 국회의원직에 대한 권한대행을 상정하기는 어렵다. 교육감도 지방자치단체의 장과 마찬가지로 선출직 공무원으로서 신분과 임기가 보장되기는 하나 그 권한이나 업무가 지방자치단체의 장의 그것보다 크거나 직무수행이 일반 국민들에게 미치는 영향이 크다고 할 수 없다.

그렇다면 다른 행정기관의 장이나 국회의원 등과 달리 지방자치단체의 장에 대하여만 이 사건 법률규정과 같은 권한대행사유를 두더라도 거기에는 위와 같은 합리적 이유가 있다할 것이므로 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률규정은 헌법에 위반되지 않으므로 주문과 같이 결정한다. 다만, 이 사건 법률규정에 대하여는 아래 5.와 같은 재판관 윤영철, 재판관 김효중, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 위헌의견과 아래 6.과 같은 재판관 권 성의 별개의견이 있는 외에 나머지 재판관들의 일치된 의견이다.

5. 재판관 윤영철, 재판관 김효중, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 위헌의견

우리는 지방자치단체의 장에게 금고 이상의 형이 선고되었다는 이유로 형이 확정되기도 전에 자치단체장의 권한을 부단체장으로 하여금 대행하도록 하는 것은 단체장의 공무담임권을 과도하게 침해할 뿐만 아니라 무죄추정의 원칙에도 반하여 헌법에 위반된다는 것으로 다수의견에 반대한다.

가. 이 사건 법률규정의 입법목적

다수의견은 이 사건 법률규정의 입법목적이 지방자치단체의 장이 범죄행위로 유죄 선고를 받으면 주민의 신뢰가 떨어지고 직무수행의 전념성을 확보할 수 없어 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험이 야기될 수 있으므로 위와 같은 위험을 예방하기 위함이라는 것이다. 그러나 다수의견과 같이 신임을 잃은

단체장의 직무수행으로 인한 부작용 방지가 이 사건 법률규정의 유일한 목적이라고 볼 수는 없다.

왜냐하면 단체장에 대한 주민의 신뢰상실은 유죄 선고를 받는 것 외에도 주민들의 의사와 반대되는 사업의 추진이나 정치적 실책, 비윤리적 사생활 등 주민의 신뢰에 영향을 미치는 요소가 많이 있다고 할 것임에도 이 사건 법률규정은 유독 금고 이상의 형을 선고받은 경우로 한정하고 있기 때문이다. 물론 유죄 판결이 자치단체장의 도덕성에 치명적 타격을 입히는 것임은 부인할 수 없다. 그러나 모든 유죄 판결이 항상 단체장에 대한 신뢰를 떨어뜨려 자치단체의 원활한 운영에 구체적 위협을 야기한다고 보기 어렵다. 가사 유죄를 기준으로 하더라도 반드시 ‘금고 이상의 형의 선고’를 그 잣대로 삼는 것도 적절하다고 볼 수 없다. 자치단체장에 대한 주민의 신뢰는 ‘금고 이상의 형의 선고’로 비로소 상실되는 것이 아니라 범죄행위로 기소될 때 이미 금이 가고 선고된 형의 종류나 형량보다는 직무와의 관련성 등 범죄의 내용과 죄질이 더 많은 영향을 미치기 때문이다.

한편, 유죄 판결을 받은 자치단체장의 신뢰 상실로 인한 지방행정의 원활한 운영에 대한 위협을 방지하기 위하여 입법자는 이미 금고 이상의 형이 확정되면 당해 자치단체장을 퇴직시키는 당연퇴직제도를 두고 있다(지방자치법 제90조의2 제2호). 따라서 형이 확정되기도 전에 단체장을 그 직무에서 배제시킬 필요가 절실하다고 보기도 어렵다.

살피건대 이 사건 법률규정을 제정한 입법자의 주된 의도는 유죄 판결로 신뢰를 잃은 단체장의 직무수행으로 인한 부작용을 방지하는데 있다기보다 유죄 판단에 대한 응보적 의미의 제재, 즉 고도의 도덕성이 요구되는 지방자치단체장이 유죄 선고를 받고 계속 그 직무를 수행하는 것은 일반 국민의 법감정상 허용되지 않을 뿐만 아니라 그를 선출한 주민의 의사에도 부합하지 않고 장차 그대로 형이 확정됨으로써 당연 퇴직될 고도의 개연성이 있으므로 이러한 자를 미리 직무에서 배제할 필요성에 따른 것이라고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률규정의 주된 입법목적은, 유죄 판결을 받은 자치단체장으로 하여금 계속 직무를 수행하도록 할 수 없다는 유죄 판단에 대한 사회적 비난 내지 제재로서 그를 직무에서 배제시키려는데 있고, 부수적으로 유죄 선고를 받은 자치단체장을 그 직무에서 배제함으로써 단체장에 대한 주민의 신뢰 및 직무 전념성을 확보하여 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위협 발생을 예방하기 위한 목적도 함께 가지고 있다고 할 것이다.

나. 공무담임권 침해 여부

헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 갖는다.”라고 규정하고 있으므로, 공무담임권의 내용에 관하여는 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 입법적 한계를 넘는 지나친 것이어서는 아니 된다. 그러므로 이 사건 법률조항에 의한 공무담임권의 제한이 과연 이러한 헌법적 한계를 넘는 것인지 살펴본다.

(1) 입법목적의 정당성·방법의 적정성

위에서 본 바와 같이 이 사건 법률규정의 입법목적은 금고 이상의 형을 선고 받은 지방자치단체 장의 경우 더 이상 직무를 수행하도록 방치할 수 없다는 점과 유죄 판결을 선고받은 단체장에게 계속 직무를 수행하도록 내버려둘 경우 생기는 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험 예방에 있다할 것이고, 이와 같은 입법목적은 입법자가 추구할 수 있는 헌법상의 정당한 공익이라고 하지 않을 수 없으며 이를 실현하기 위하여 문제 있는 단체장을 형이 확정될 때까지 잠정적으로 그 직무에서 배제시키는 것은 유효한 수단이라고 보여진다.

(2) 침해의 최소성

정당한 공익을 실현하기 위한 효과적인 수단이라고 하더라도 입법자는 선택할 수 있는 여러 수단 중에서 국민의 기본권을 가장 덜 제한하는 수단을 채택함으로써 국민의 기본권을 존중하여야 한다는 것이 우리 헌법의 명령이다. 그런데, 이 사건 권한대행사유는 주민의 직접선거에 의하여 선출되고 임기가 보장된 단체장을 금고 이상의 형이 선고되었다는 이유만으로 그 형의 확정시라는 불확정한 기한 권한을 정지시키는 것이어서 공무담임권을 필요 이상으로 과도하게 침해한다고 할 것이다.

먼저 이 사건 권한대행제도는 유죄 선고된 자치단체장에 대한 일종의 응보적 의미의 제재라는 점과 자치단체장에 대한 주민의 신뢰유지와 자치단체행정의 원활한 운영에 대한 위험발생을 예방하기 위한 것이므로 그 사유는 위와 같이 단체장에 대한 신뢰를 떨어뜨려 주민의 복리나 지방행정의 원활한 운영에 대한 ‘구체적’인 위험을 야기할 수 있는 성격의 범죄 또는 사회적으로 비난가능성이 큰 범죄를 전제로 하여야 할 것이다. 예를 들면 직무와 관련한 뇌물죄나 선거와 관련한 선거범죄는 범죄의 성격상 그 내용이나 경중을 불문하고 이에 해당한다고 할 것이다. 또한 비록 직무나 선거와 관련이 없는 범죄

라고 하더라도 사회·윤리적으로 도저히 묵과할 수 없는 반사회성이 큰 죄가 이에 해당할 것이다. 이에 반하여 직무와 관련이 없는 경미한 범죄 및 과실범이나 행정법규위반과 같은 비난가능성 내지 반사회성이 약한 범죄는 이 사건 권한대행제도가 추구하는 주민의 복리나 자치행정의 원활한 운영에 대한 ‘구체적 위협’이 된다고 단정할 수 없다. 즉, 같은 금고 이상의 형을 선고받는 경우에도 범죄의 성격이나 내용 및 죄질이 서로 다를 수 있는 것이다.

그런데 이 사건 법률규정은 범죄의 유형이나 경중을 가리지 않고 단지 금고 이상의 형의 선고를 받기만 하면 당연히 그 직무에서 배제시키는 것이어서 목적 달성에 필요한 최소한의 제한이라는 침해의 최소성원칙에 어긋난다고 할 것이다. 입법자로서는 유죄 선고에 따른 권한대행사유를 금고 이상의 형의 선고를 받은 모든 범죄로 포괄하여 규정할 것이 아니라 입법목적에 달성에 필요한 범죄의 유형이나 내용 등으로 그 범위를 가급적 한정함으로써 기본권 침해를 최소화하도록 하는 것이 헌법정신에 부합하는 것이라고 할 것이다.

다음으로 이 사건 권한대행제도는 금고 이상의 형이 확정될 때까지 문제 있는 자치단체장의 직무수행으로 인한 부작용방지를 위한 잠정적, 가처분적 성격의 제도이다. 따라서 비록 단체장의 권한을 정지할 필요성이 있더라도 유죄의 판결이 확정될 때까지 기다릴 수 없을 정도로 공익에 대한 상당한 정도의 위협이 있거나 회복할 수 없는 공익침해의 우려가 있는 경우로 제한되어야 하고 권한대행기간도 가능한 한 최소화하여야 한다. 입법자는 위험성에 대한 요건을 구체화하여 규정할 수도 있고 재판의 장기화에 따른 문제점은 단체장에 대한 형사재판 기간을 제한하는 등의 신속한 재판을 통한 방법을 선택할 수도 있다. 그러함에도 이 사건 법률규정은 구체적 위협을 적시하지도 않고 재판기간을 제한하는 등의 노력도 없이 ‘형이 확정되기 전’이라는 불확정한 기한 단체장의 권한을 당연히 정지하는 것이어서 침해의 최소성원칙에 어긋난다고 할 것이다. 입법자로서는 ‘형이 확정되기 전’이라고 불확정하게 규정할 것이 아니라 장차 자치단체의 정상적인 운영에 대한 구체적 위협성 따위의 요건을 구체적으로 적시하는 등 요건을 엄격히 정비하여 기본권 침해를 최소화하도록 하였어야 할 것이다.

나아가 이 사건 법률규정의 권한대행사유는 법체계상으로도 맞지 않는다고 할 것이다. 이 사건 권한대행은 죄를 지은 단체장에 대한 형벌이나 그의 신분을 박탈하는 제도가 아니라 유죄 선고된 단체장의 직무수행으로 인한 부작용

을 방지하기 위한 제도이다. 형사재판은 국가형벌권을 실현하기 위하여 피고인의 유·무죄를 가리고 죄책의 정도에 따라 양형하는 제도이다. 이처럼 이 사건 권한대행제도와 형사재판제도는 추구하는 목적과 가치가 다른 것임에도 불구하고 단체장의 권한정지를 형사재판의 결과에 전적으로 의존토록 하는 것은 전체 법체계에도 부합한다고 볼 수 없다.

(3) 법익균형성 여부

유죄 선고를 받은 자치단체장을 직무에서 배제시킴으로써 얻는 공익이 그로 인하여 단체장이 입게 되는 공무담임권의 침해보다 훨씬 큰 것인지에 대하여 본다.

물론 금고 이상의 형을 선고받은 자치단체장에게 계속 직무를 수행하도록 하는 것보다 직무에서 배제하는 것이 단체장에 대한 주민의 신임을 유지하고 자치단체행정의 원활한 운영에 보탬이 된다는 점은 인정된다. 그러나 유죄 선고를 받은 단체장의 직무수행이 지역주민이나 당해 지방자치단체에게 어느 정도의 해악이 실제로 야기될 것인지 의문이다. 가사 주민의 복리나 자치단체에 어느 정도 나쁜 영향을 미친다고 하더라도 그것이 지방자치단체의 정상적 운영을 해치거나 주민의 복리에 위협을 끼칠 정도에까지 이른다고 단정하기는 어렵다.

이에 반하여 자치단체장은, 금고 이상의 형이 선고되었다는 이유만으로 형의 확정이라는 불확정한 시기까지 권한을 정지 당하는 것은 물론 간접적으로 일반에 범죄자라는 인식을 주는 것이어서 인간으로서의 존엄과 가치도 심히 침해받는다. 더욱이 장차 무죄가 선고된다면 당해 자치단체장의 공무담임권에 대한 중대하고도 돌이킬 수 없는 침해가 되는 것이다. 이와 같이 이 사건 권한대행제도는 자치단체장의 공무담임권에 대한 중대한 제한임에도 불구하고 자기에게 유리한 증거를 제출하거나 변명의 기회조차 주지 않고 곧바로 직무에서 배제시킨다는 점에서 매우 가혹하다고 할 것이다. 입법론으로는 금고 이상의 형이 선고되었다고 하여 당연히 권한을 정지시킬 것이 아니라 지방의회로 하여금 청문회 등을 개최하여 단체장에게 대석적 절차를 보장하고 계속 직무를 수행하게 할 것인지를 결정하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.

한편, 미국, 독일, 일본 등 외국의 입법례를 살펴보더라도, 자치단체장의 권위나 사고의 경우만을 권한대행 내지 직무대리 사유로 규정하고 있을 뿐 이 사건 권한대행사유와 같은 법률규정을 두고 있지 않다. 위와 같은 여러 사정을 종합해 볼 때 이 사건 권한대행제도에 의하여 침해되는 자치단체장의 공

무담임권보다 그로 인하여 얻게 되는 지방행정의 원활한 운영이라는 공익이 훨씬 크다고 할 수 없어 법익균형성 요건을 충족하지 못한다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률규정은 입법목적에 달성함에 있어서 필요한 최소한도로 그 요건을 규정하지 않고 포괄적으로 규정함으로써 기본권 제한을 최소화하기 위한 수단을 따르지 아니하였으며 나아가 그 제한의 정도 또한 과잉하다 할 것이어서 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하여 헌법에 위반된다고 할 것이다.

다. 무죄추정의 원칙 위반 여부

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하여 무죄추정의 원칙을 천명하고 있다. 또한 형사소송법 제275조의2도 위 헌법규정과 동일한 자구(字句)로 규정하고 있다. 무죄추정은 우리 헌법과 형사법의 기본원칙이며 거의 모든 나라가 채택하고 있는 현대 형사법의 기본원리이다. 무죄추정이란 유죄가 확정되기 전에는 피고인을 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 한다는 것을 말한다. 여기서 “죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 한다.”는 것은 다음과 같은 두 가지 의미를 가지고 있다고 할 것이다. 첫째, 형사절차에 의하여 유죄가 확정될 때까지는 피고인에게 범죄사실의 인정과 그에 따른 유죄의 비난을 할 수 없다는 것이고 둘째, 유죄가 확정될 때까지는 그 범죄사실을 근거로 형벌, 보안처분 기타 유죄판결에 기초한 불이익을 가할 수 없다는 것이다. 여기서 불이익이란 다수의견이 풀이한 바와 같이 유죄를 근거로 피고인에 대하여 사회적 비난 내지 기타 응보적 의미의 차별 취급을 가하는 유죄 인정의 효과로서의 불이익을 뜻한다고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 법률규정에 의한 자치단체장의 권한정지가 유죄판결에 기초한 불이익으로서 무죄추정의 원칙에 어긋나는지 본다. 이에 대하여 다수의견은 유죄 선고를 받은 자치단체장의 직무수행으로 인한 지방행정에 대한 위험을 예방하기 위하여 부단체장으로 하여금 권한을 대행하도록 하는 것이고 단체장의 권한정지는 위와 같은 권한대행제도에 의하여 불가피하게 뒤따르는 부수적 산물로서 유죄 판결에서 비롯되는 사회윤리적 비난을 수반하는 불이익이 아니기 때문에 무죄추정의 원칙에 저촉되지 않는다는 것이다. 물론 자치단체장의 권한정지가 권한대행제도를 시행함에 있어 불가피한 측면이라는 점은 부인하지 않는다. 문제는 이 사건 권한대행제도의 본래 의도가 무엇인가 하는 점에 있다. 앞에서 본 바와 같이 우리는 이 사건 법률규정의 주된

입법취지가 유죄 판결을 받은 자치단체장으로 하여금 계속 직무를 수행하도록 하는 것은 사회윤리적 측면에서 허용될 수 없어 그를 직무에서 배제시키기 위함에 있다는 것이다. 즉, ‘주민의 복리나 지방행정의 원활한 운영’을 위한 것이라기보다는 ‘유죄 판결을 받은 자치단체장의 직무배제’가 이 사건 법률규정을 도입한 주된 취지라는 것이다. 그렇다면 이 사건 규정에 의한 자치단체장의 권한정지는 바로 유죄 판결에 기초한 피고인에 대한 사회적 가치판단 내지 부정적 의미의 제재라고 하지 않을 수 없고 이는 유죄 인정의 효과로서의 불이익인 것이다.

가사 이 사건 법률규정의 입법목적이 다수의견과 같이 오로지 지방행정의 원활한 운영을 위한 것이라고 하더라도 금고 이상의 형의 선고라는 유죄 판단을 근거로 피고인의 권한을 정지하는 것은 유죄의 판결이 확정될 때까지 죄없는 자에 준하여 취급하여야 한다는 헌법의 명령에 위반되는 것이다. 헌법이 추구하는 최고의 가치 중 하나는 인권이고 헌법의 역사는 인권보장의 역사이다. 다른 어떤 목적을 위해서도 인권은 타협이나 양보의 대상이 될 수 없고 수단이 될 수도 없다. 헌법이 무죄추정의 원칙을 천명하고 형사소송법이 헌법의 자구와 동일하게 이를 다시 규정하고 있는 점을 우리는 다시금 새겨보아야 한다.

이 사건 법률규정은 유죄의 판결이 확정되지 아니한 상태에서 피고인을 죄있는 자에 준하여 취급하는 것이며 이를 전제로 불이익을 입히는 것으로 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙에 어긋난다고 할 것이다. 비록 유죄 선고를 받은 자치단체장의 직무수행으로 인한 부작용 방지가 이 사건 법률규정의 또 다른 입법목적이라고 할지라도 결론이 달라질 수는 없다.

라. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률규정은 기본권 제한의 일반 원칙인 비례원칙에 반하여 지방자치단체 장의 공무담임권을 과도하게 침해할 뿐만 아니라 무죄추정의 원칙에 어긋나 헌법에 위반된다고 할 것이다.

6. 재판관 권 성의 별개의견

나는 이 사건 법률규정이 헌법에 위반되지 않는다는 다수의견과 그 결론은 같이 하나 그 이유를 달리한다.

다수의견은 지방자치단체의 장의 직무수행권이 헌법 제25조의 공무담임권의 내용에 포함되는 것을 전제로 이 사건 법률규정이 공무담임권을 침해하는 것이 아니어서 헌법에 위반되지 아니한다는 것이다. 그러나 나는 지방자치단

체 장의 직무수행권은 공무담임권의 보호범위에 포함되지 않고 따라서 이 사건 권한대행규정은 기본권 침해가 없어서 헌법에 위반되지 않는다고 본다.

헌법 제25조가 규정하고 있는 공무담임권은 모든 공직선거에 입후보할 수 있는 피선거권과 선거직 이외의 모든 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하는 개념으로서 국민 누구나가 국정의 담당자가 될 수 있는 길을 열어 놓고 있는 참정권을 뜻한다. 따라서 공무담임권은 공직취임에 있어서의 균등한 기회만을 보장하고 일단 당선 또는 임명된 공직에서의 활동이나 수행의 자유는 공무담임권에 의하여 보장되는 것이 아니다.

공무원이 직무를 수행할 수 있는 것은 법령이 당해 공무원에게 부여한 ‘권한’이지 공무원 개인에게 부여된 ‘권리’, 즉 주관적 공권이 아니다. 국가는 그 과제를 효율적으로 수행하기 위하여 조직을 구성하고 국가권력을 배분한다. 공무원의 직무수행권은 바로 위와 같은 국가의 객관적 권한배분 내지 조직구성권의 행사의 결과로 주어진 ‘권한’(Kompetenz)이며 공무원 개인이 국가에 대하여 요구할 수 있는 주관적 공권이라고 볼 수 없다. 금고 이상의 형을 선고 받은 지방자치단체 장의 권한을 부단체장으로 하여금 대행하도록 한 이 사건 법률조항도 당해 지방자치단체의 원활한 운영을 위하여 입법자가 지방자치단체라는 기관의 권한행사의 주체를 변경한 것으로 객관적 권한질서에 관한 것이다.

비록 이 사건 권한대행규정으로 말미암아 단체장의 권한이 정지된다고 하더라도 이는 공무원 개인의 자유를 제한한 것이 아니라 객관적 권한배분 내지 객관적 권한질서의 문제이므로 당해 단체장이 자신의 주관적 공권인 공무담임권이 침해되었음을 이유로 위헌임을 주장할 수는 없는 것이다.

지방자치단체 장의 직무수행권은 공무담임권의 내용에 속하지 아니하므로 이 사건 법률규정이 청구인들의 공무담임권을 침해한다는 주장은 이유없다.

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

계호근무준칙 제298조 등 위헌확인

(2005. 5. 26. 2004헌마49 전원재판부)

【판시사항】

1. 법무부 훈령인 계호근무준칙 제298조 제1호·제2호에 대해 공권력행사성과 직접성을 인정할 수 있는지 여부(적극)
2. 검사조사실에서의 구속 피의자에 대한 계구사용에 관한 원칙
3. 검사조사실에서의 계구사용을 원칙으로 정한 위 계호근무준칙 조항과, 도주, 폭행, 소요, 자해 등의 위험이 구체적으로 드러나거나 예견되지 않음에도 여러 날 장시간 피의자신문을 하면서 계구로 피의자를 속박한 행위가 신체의 자유를 침해하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부 훈령 제422호로 개정된 것) 제298조 제1호·제2호(이하 '이 사건 준칙조항'이라 한다)은 행정규칙이기는 하나 검사 조사실에서의 계구사용에 관한 재량권 행사의 준칙으로서 오랫동안 반복적으로 시행되어 그 내용이 관행으로 확립되었다 할 수 있는 것으로, 이 사건 준칙조항을 따라야 하는 검사 조사실 계호근무자로서는 검사 조사실에서 수용자가 조사를 받는 동안에는 그 때 그 때 개별적으로 상관에게 요청하여 그 지시를 받아 계구사용의 해제 여부를 결정할 여유가 사실상 없기 때문에 일단은 재량의 여지없이 원칙적, 일률적으로 계구를 사용하여 수용자를 결박한 상태에서 계호해야 한다. 그렇다면 이 사건 준칙조항은 이와 같은 재량 없는 집행행위를 통하여 계호대상이 되는 수용자에게 직접적으로 계구사용으로 인한 기본권제한의 효력을 미치게 된다고 볼 수 있다.

2. 수형자나 미결수용자에 대한 계호의 필요에 따라 수갑, 포승 등의 계구를 사용할 수 있지만 구금된 자라는 이유만으로 계구사용이 당연히 허용되는 것이 아니고 계구사용으로 인한 신체의 자유의 추가적 제한 역시 과잉금지원칙에 반하지 않아야 한다. 그러므로 구속 피의자에 대한 계구사용은 도주, 폭행, 소요 또는 자해나 자살의 위

험이 분명하고 구체적으로 드러난 상태에서 이를 제거할 필요가 있을 때 이루어져야 하며, 필요한 만큼만 사용하여야 한다. 검사가 검사조사실에서 피의자신문을 하는 절차에서는 피의자가 신체적으로나 심리적으로 위축되지 않은 상태에서 자기의 방어권을 충분히 행사할 수 있어야 하므로 계구를 사용하지 말아야 하는 것이 원칙이고 다만 도주, 폭행, 소요, 자해 등의 위험이 분명하고 구체적으로 드러나는 경우에만 예외적으로 계구를 사용하여야 할 것이다.

3. 검사실에서의 계구사용을 원칙으로 하면서 심지어는 검사의 계구해제 요청이 있더라도 이를 거절하도록 규정한 계호근무준칙의 이 사건 준칙조항은 원칙과 예외를 전도한 것으로서 신체의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다.

청구인이 도주를 하거나 소요, 폭행 또는 자해를 할 위험이 있었다고 인정하기 어려움에도 불구하고 여러 날, 장시간에 걸쳐 피의자신문을 하는 동안 계속 계구를 사용한 것은 막연한 도주나 자해의 위험 정도에 비해 과도한 대응으로서 신체의 자유를 제한함에 있어 준수되어야 할 피해의 최소성 요건을 충족하지 못하였고, 심리적 긴장과 위축으로 실질적으로 열등한 지위에서 신문에 응해야 하는 피의자의 방어권행사에도 지장을 주었다는 점에서 법의 균형성도 갖추지 못하였다.

재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대 의견

이 사건에서 청구인에게 사용된 포승 및 수갑은 국가보안법 위반 등의 혐의사실에 관하여 침례하게 대립되는 조사를 받고 있던 청구인의 도주, 자해 등과 같은 돌발적인 상황을 사전에 예방하여 청구인과 타인의 생명·신체의 안전을 지키고 시설 내의 질서유지를 확보하기 위해 그 사용필요성이 긴절한 것이었다. 검사조사실의 열악한 인적·물적 계호현황을 감안할 때 수갑이후 청구인을 관찰하고 계호해온 피청구인의 입장에서 포승과 수갑을 사용하여 청구인을 계호한 것이 명백히 잘못되었다거나 계호목적 달성을 위해 과잉한 수단을 선택하였다고는 볼 수 없다. 검사조사실에서의 이 사건 계구사용행위는 행형법 제14조 제1항, 동법시행령 제46조 제1항 등 법령에 근거한 정당한 계호목적에 위하여

불가피한 최소한의 조치로 볼 수 있고, 따라서 이로 말미암아 청구인의 기본권이 제한되었다고 하더라도 이를 두고 과잉금지원칙에 어긋난 위헌적인 공권력행사라고는 볼 수 없다.

【심판대상조문】

계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 개정된 것) 제298조(검사조사실 근무자 유의사항) 검사조사실 계호근무자는 다음 사항에 유의하여야 한다.

1. 계구를 사용한 채 조사실 안에서 근접계호를 하여야 한다.
2. 검사로부터 조사상 필요에 따라 계호근무자의 퇴실 또는 계구의 해제를 요청 받았을 때에는 이를 거절하여야 한다. 다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.
- 3.~5. 생략

【참조조문】

행형법 제14조(계구) ① 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를 사용할 수 있다.

② 계구의 종류는 다음과 같다.

1. 포승
2. 수갑
3. 사슬
4. 안면 보호구

③ 계구는 정벌의 수단으로 사용하여서는 아니된다.

④ 계구의 종류별 사용요건 및 사용절차에 관한 사항은 대통령령으로 정하되, 계구의 모양·규격 및 사용방법 등에 관한 사항은 법무부장관이 정한다.

행형법시행령 제45조(계구의 사용) 계구는 당해 소장의 명령없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.

행형법시행령 제46조(계구의 종류별 사용요건 등) ① 포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게, 안면보호구는 제지에 불응하고 고성을 발하거나 자해의 우려가 있는 수용자에게 각각 사용한다.

②, ③ 생략

계구의제식과사용절차에관한규칙(1995. 5. 3. 법무부훈령 제333호로 개정된 것) 제4조(계구의 사용요건) ① 소장은 다음 각 호의1에 해당하는 사유가 있을 때에는 수용자에게 계구를 사용할 수 있다.

1. 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때
2. 도주·자살·자해·폭동 등(이하 “교정사고”라 한다)의 예방을 위하여 필요한 때

- 3.~5. 생략
②, ③ 생략

【참조판례】

1. 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집14-2, 84, 93
헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254
2. 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2, 562, 575-576
3. 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2, 562, 576-580

【당 사 자】

청 구 인 송○율
범무법인 한결
대리인 변호사 박영립 외 11인 (그 명단은 별지 1 기재와 같다)
피청구인 서울구치소장

【주 문】

1. 계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 개정된 것) 제298조 제1호·제2호는 헌법에 위반된다.
2. 2003. 10. 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 청구인이 서울지방검찰청 검사조사실에서 피의자신문을 받는 동안 수갑과 포승으로 계속 청구인의 신체를 결박해 둔 피청구인 산하 교도관의 행위는 청구인의 신체의 자유를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상
가. 사건의 개요
(1) 청구인은 독일 거주 사회학자로서 국가보안법 위반 등의 혐의로 체포영장이 발부된 상태에서 입국한 다음 수사를 받다가 구속되어 2003. 10. 22.경 서울구치소에 수용되었다.
(2) 청구인은 2003. 10. 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 서울지방검찰청 검사조사실에서 피의자신문을 받았는데 그 대부분의 시간 포승과 수갑으로 신체가 결박된 채 신문 받았다.

(3) 청구인은 2004. 1. 16. 위와 같은 계구사용으로 인해 신체의 자유, 인간으로서의 존엄과 가치 등 기본권이 침해되었다고 하여 피청구인의 위 계구사용행위 및 계호근무준칙 제298조의 각 위헌확인을 구하는 이 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

심판대상은 다음 두 가지이다.

① 2003. 10. 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 청구인이 서울지방검찰청 검사조사실에서 조사를 받는 동안 수갑과 포승으로 계속 청구인의 신체를 결박해 둔 피청구인 산하 교도관의 행위(이하 '이 사건 계구사용행위'라고 한다)의 위헌 여부

② 계호근무준칙(2000. 3. 29. 법무부훈령 제422호로 개정된 것) 제298조 제1호·제2호(이하 '이 사건 준칙조항'이라고 한다)의 위헌 여부

청구인은 “제298조”를 심판대상으로 표시하였으나 그 구체적 주장을 보면 검사조사실에서 계구를 사용하는 것을 원칙으로 하는 같은 조 제1호·제2호가 위헌이라는 내용일 뿐 그 전체가 위헌이라는 취지는 아니므로 위와 같이 그 중 제1호 및 제2호만을 심판대상으로 한다. 이 사건 준칙조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

계호근무준칙 제298조(검사조사실 근무자 유의사항) 검사조사실 계호근무자는 다음 사항에 유의하여야 한다.

1. 계구를 사용한 채 조사실 안에서 근접계호를 하여야 한다.
2. 검사로부터 조사상 필요에 따라 계호근무자의 퇴실 또는 계구의 해제를 요청받았을 때에는 이를 거절하여야 한다. 다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.
3. 제2호 단서규정에 의하여 계구를 사용하지 않거나 계호근무자가 조사실 밖에서 근무하게 될 경우에는 창문을 닫고 출입문에 접근하여 만약의 사태에 대비하는 자세로 근무에 임하여야 한다.
4. 조사 중 수용자에게 금지된 담배, 술 등을 제공하려 할 때에는 이를 제지하여야 한다. 다만, 식사의 제공은 감독자의 지시를 받아 허가할 수 있다.
5. 권총, 교도봉, 가스총 등 보안장비를 휴대하여야 한다.

행형법 제14조(계구) ① 교도관은 수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우에는 계구를

사용할 수 있다.

② 계구의 종류는 다음과 같다.

1. 포승
2. 수갑
3. 사슬
4. 안면 보호구

③ 계구는 징벌의 수단으로 사용하여서는 아니된다.

④ 계구의 종류별 사용요건 및 사용절차에 관한 사항은 대통령령으로 정하되, 계구의 모양·규격 및 사용방법 등에 관한 사항은 법무부장관이 정한다.

행형법시행령 제45조(계구의 사용) 계구는 당해 소장의 명령 없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.

제46조(계구의 종류별 사용요건 등) ① 포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게, 안면보호구는 제지에 불응하고 고성을 발하거나 자해의 우려가 있는 수용자에게 각각 사용한다.

계구의제식과사용절차에관한규칙 제4조(계구의 사용요건) ① 소장은 다음 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 수용자에게 계구를 사용할 수 있다.

1. 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때
2. 도주·자살·자해·폭동 등의 예방을 위하여 필요한 때
2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견
- 가. 청구인의 주장

(1) 청구인은 검찰청 조사실에서 조사를 받는 기간동안 보통 1일 4시간 이상 조사를 받았는데 그 동안 계속 수갑과 포승에 묶인 채 불편한 의자에 앉아 있어야 했으므로 심신의 건강이 악화되었고 수치심, 당혹감을 느꼈으며 심리적으로 위축되어 방어권 행사에도 지장을 받았다. 청구인은 조사를 받을 것을 각오하고 귀국하여 소환조사에 계속 협조하였으므로 도주우려가 없었을 뿐 아니라 조사실과 복도에 설치된 문을 잠그고 교도관이 출입문에서 지키는 방법만으로도 도주를 막기에 충분하였다. 그럼에도 불구하고 조사를 받는 동안 미결수용자인 청구인에게 계속 수갑, 포승을 사용하여 과도하게 신체를 구속

한 이 사건 계구사용행위는 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유를 침해한 것이고 무죄추정원칙에도 위배된다.

(2) ‘도주, 폭행, 소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우’인지를 불문하고 검사조사실에서 항상 계구를 사용하도록 규정한 이 사건 군칙조항은 상위법인 행형법에 위배될 뿐 아니라 헌법에도 위배된다.

나. 피청구인의 주장

(1) 청구인은 행형법 제6조에 의한 청원을 하거나 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있음에도 이러한 사전 구제절차를 거치지 않고 바로 헌법소원심판청구를 하였으므로 이 심판청구는 보충성 요건을 갖추지 못하였고 이미 수사가 종결되었으므로 권리보호이익도 소멸되었다.

(2) 계호교도관이 심각하게 부족한 현실이고, 수용자의 성향이나 신체적 조건 등에 개별적 차이가 많아 그 때 그 때 어느 정도의 계호가 필요한지 판단하여 계구를 해제해 주기가 어렵다. 서울지방검찰청의 경우 검찰청 직원, 피조사자, 민원인 등 수많은 사람이 드나들어 출입문을 잠그거나 출입을 통제하기 어렵고, 창문을 통하여 도주하거나 사무용품을 무기로 이용하여 교도관의 제지를 막고 도주하는 것도 가능하다. 계호교도관이 충분하지 않은 상태에서 계구를 해제하면 도주를 더욱 부추길 수 있으며 현재와 같이 수용자가 사복을 입는 상황에서는 도주사고가 빈발할 수 있다.

계구를 사용하지 않은 상태에서 편안하게 조사를 받아야 한다는 원칙에 동의하나 계호인력, 일부 검찰청의 조사 환경 등 현실이 위와 같으므로 신체에 대한 제약이 적은 수갑과 포승을 사용하여 최소한의 안전을 확보할 수밖에 없다.

(3) 청구인이 계구를 사용한 채 검사실에서 조사를 받은 시간은 [별지 2] 기재와 같다. 청구인이 교수의 신분이라 해도 청구인에 대해서만 특별한 계호를 할 수는 없다.

그러나 청구인의 경우 포승을 느슨하게 해주었고 계호인력을 증강한 다음 2003. 11. 10.부터 같은 달 17.까지 사이에 5회의 조사를 받을 때에는 계구를 해제하여 조사를 받도록 배려하였다. 청구인의 경우 구속에 대한 불만으로 묵비권을 행사하는 등 검찰과 대립하는 모습을 보였는데 도주우려 보다는 조사과정에서 흥분하여 자해나 자살을 기도하지 않을까 하는 염려가 컸다.

계호의 불가피성 때문에 법률에 근거하여 계구를 사용하는 것은 무죄추정

원칙과는 직접적 연관이 없다.

(4) 계호의 법적 책임은 검사가 아닌 계호교도관에게 있다. 검사조사실은 살내이기는 하나 위에서 본 바와 같이 구조상 사고 위험성이 높고 검사나 수사관은 계호에 협조하지 않을 수 있으므로 계호근무자는 검사나 수사관의 계구해제 요청이 있다고 해도 이에 따를 수 없는 경우가 있다.

(5) 검사실의 시설·구조를 개선하고 조사실시 중의 검사에게 계호권을 인정하는 등으로 제도를 개선하여 계구사용의 필요성을 감소 또는 해소시키는 것이 바람직하겠으나 당시의 여건하에서는 청구인에 대한 계구사용은 불가피하였다.

다. 법무부장관의 의견

피청구인의 주장과 대체로 같다.

3. 적법요건에 대한 판단

가. 행정조직 내부에서만 효력을 갖는 행정규칙이라 하더라도 재량권행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되어 평등의 원칙 등에 따라 행정기관이 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적 구속력을 가지게 되어 헌법소원의 대상이 되는 경우가 있고(헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집14-2, 84, 93 참조), 한편 헌법소원심판의 대상이 되는 법령은 그 법령에 기한 다른 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 법령이어야 하지만 예외적으로 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 때에는 당해 법령을 헌법소원의 직접대상으로 삼을 수 있다(헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254). 이 사건 준칙조항은 행정규칙이기는 하나 검사 조사실에서의 계구사용에 관한 재량권 행사의 준칙으로서 오랫동안 반복적으로 시행되어 그 내용이 관행으로 확립되었다 할 수 있는 것으로, 이 사건 준칙조항을 따라야 하는 검사조사실 계호근무자로서는 검사조사실에서 수용자가 조사를 받는 동안에는 그때그때 개별적으로 상관에게 요청하여 그 지시를 받아 계구사용의 해제 여부를 결정할 여유가 사실상 없기 때문에 일단은 재량의 여지없이 원칙적, 일률적으로 계구를 사용하여 수용자를 결박한 상태에서 계호해야 한다. 그렇다면 이 사건 준칙조항은 이와 같은 재량 없는 집행행위를 통하여 계호대상이 되는 수용자에게 직접적으로 계구사용으로 인한 기본권제한의 효력을 미치게 된다고 볼 수 있고 이러한 상황은 청구인의 경우에도 실제로 동일하게 발

생하였다.

또 이 사건 계구사용행위는 우월적 지위에서 수용자에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 권력적 사실행위로서 헌법재판소법 제68조 제1항의 공권력 행사에 해당하고 이 사건 준칙조항에 따른 계호근무자의 위와 같은 일률적 집행과 결합하여 청구인에게 직접적인 효력을 발생했다고 볼 수 있다.

나. 행형법 제6조 제1항은 청원제도를 규정하고 있으나 그 처리기관이나 절차 및 효력 면에서 권리구제절차로서는 불충분하고 우회적인 제도이므로 헌법소원에 앞서 반드시 거쳐야 하는 사전구제절차라고 보기는 어렵고 이 사건 준칙조항에 대해서는 그 효력을 다룰 수 있는 다른 방법도 없으며 이 사건 계구사용행위는 이미 종료되었으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로 인정되기 어려울 뿐만 아니라 설사 그 대상이 된다고 하더라도 소의 이익이 부정될 가능성이 많아 청구인으로서 헌법소원심판을 청구하는 외에 달리 효과적인 구제방법이 있다고 보기 어려워 보충성의 원칙에 대한 예외에 해당된다(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 572-573 참조).

한편 이 사건 계구사용행위는 2003. 11. 6. 종료되었으므로 이에 대해 심판을 구할 청구인의 주관적인 권리보호이익은 이미 소멸되었다. 그러나 구속피의자에 대해 피의자신문을 하는 동안 검사조사실에서 계구를 사용하는 실무 집행은 오랫동안 지속되어 왔고 청구인의 경우에도 반복될 가능성을 배제할 수 없다. 이러한 기본권 침해사유의 반복가능성 그리고 계구사용으로 인한 신체의 자유의 심각한 제한 등을 고려하면 검사조사실에서 조사를 받는 미결수용자에 대한 계구사용에 관한 헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 이 사건 심판청구의 이익을 인정할 수 있다.

4. 본안에 대한 판단

가. 계호근무준칙의 위헌성

(1) 교도소, 구치소 등 수형자나 미결수용자의 수용시설에서 구금확보를 위해 장애가 되는 요인들을 예방하고 배제하며 수용자나 제3자의 생명·신체·재산에 대한 장애나 위험을 예방·배제하기 위하여 필요에 따라 강제력을 행사할 수 있어야 하므로 교정공무원에게는 신체적인 유형력 행사, 교도봉·가스분사기·최루탄 등의 보안장비나 무기를 사용한 강제력 행사 등의 권한을 포함하는 계호권이 주어지는데 이러한 계호권에는 포승, 수갑 등의 계구를 사용할 권한도 들어 있다(행형법 제3장 및 같은 장 제14조 참조). 이와 같이 계구는 계호의 필요에 의해 사용할 수 있지만 그 사용이 불가피한 경우에도 꼭

필요한 경우에만 사용할 수 있을 뿐, 일단 구금된 자라는 이유만으로 계구사용이 당연히 허용되는 것은 물론 아니다. 포승, 수갑 등을 사용한 신체의 결박은 자연스러운 거동을 불가능하게 하거나 매우 불편하게 만들 뿐 아니라 종종 심리적 위축까지 수반하며 장시간 계속될 경우 심신에 고통을 주거나 나아가 건강에 악영향을 끼치고 사용하는 방법에 따라서는 인간으로서의 품위에까지 손상을 줄 수도 있다. 그러므로 계구를 사용한 신체의 자유의 추가적 제한 또한 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 한계를 지켜야 하고 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 갖추으로써 과잉금지 원칙에 반하지 않아야 한다. 과도한 계구사용은 이와 같이 신체의 자유, 나아가 인간의 존엄성의 침해가 될 수 있다. 특히 미결수용자의 경우에는 무죄추정원칙에도 불구하고 수사나 재판의 필요성 때문에 불가피하게 구금한 것이므로 그 자유제한은 불가피한 정도에 그칠 필요성이 더욱 요구된다. 2004. 12. 18. 선고 2001헌마163 결정에서 우리 재판소는 수용자에 대한 계구사용은 도주, 가해, 자살 등을 막기 위해 사용할 수 있으나 분명하고 구체적인 위협이 있는 상태에서 이를 제거하기 위해 필요한 만큼만 사용되어야 한다고 판시한 바 있다.

(2) 행형법 제14조에서는 계구의 사용요건과 종류 등을 규정하고 있고 행형법시행령은 이를 더 구체화하고 있다. 위 제14조 제1항은 계구를 사용할 수 있는 사유에 관하여 “수용자의 도주·폭행·소요 또는 자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우”라고 하고 있다. 또 위 법시행령 제46조에서는 계구의 종류별 사용요건에 대해 규정하고 있는데 그 중 제1항은 “포승과 수갑은 소요·폭행·도주 또는 자살의 우려가 있는 자와 호송중의 수용자에게” 사용한다고 규정하고 있고, 제45조에서는 “계구는 당해 소장의 명령 없이 사용하지 못한다. 다만, 긴급을 요하는 때에는 사용 후 즉시 소장에게 보고하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 또 이 사건 기록에 나타나는 청구인과 피청구인의 주장과 자료에 의하면 원칙적으로 구속된 상태에 있는 모든 피의자나 피고인은 검사 조사실에서 조사를 받는 시간 중 계구로 결박된 상태에서, 그리고 계호교도관이 같은 방에서 계호를 하는 상태에서, 조사를 받는 것이 확립된 관행으로서 검사가 계구를 해제하라고 요구하는 경우에도 계호교도관은 이 사건 준칙조항에 따라 이에 바로 응하지 않고 지휘계통을 따라 상급자에게 보고하여 승인을 받아야만 비로소 해제가 이루어지는 것으로 보인다.

(3) 결국 구속 피의자에 대한 계구의 사용은 도주, 폭행, 소요 또는 자해나 자살의 위험이 분명하고 구체적으로 드러난 상태에서 이를 제거하기 위해 필요한 만큼만 사용하는 것이 원칙이라고 보아야 한다. 또한 검사가 피의자신문을 하는 경우에는 계구의 계속적 사용이 피의자의 심리상태를 위축시키고 검사에게 대항하여 자기를 정당하게 변호할 의지력을 약화시킬 수 있다는 점이 정면으로 고려되어야 한다. 피의자의 방어권을 충분히 보장해 주어야 한다는 헌법과 형사소송법의 정신은 이 경우에도 최대한 관철되어야 하기 때문이다.

그렇다면 검사가 검사조사실에서 피의자신문을 하는 절차에서는 피의자가 신체적으로나 심리적으로 위축되지 않은 상태에서 자기의 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 계구를 사용하지 말아야 하는 것이 원칙이고 다만 도주, 폭행, 소요, 자해 등의 위험이 분명하고 구체적으로 드러나는 경우에만 예외적으로 계구를 사용하여야 할 것이다.

(4) 이렇게 볼 때 이 사건 준칙조항의 위헌성은 그대로 드러난다. 왜냐하면 이 조항은 위에서 설명한 바와는 반대로, 검사실에서의 계구사용을 원칙으로 하면서(제1호) 심지어는 검사의 계구해제 요청이 있더라도 이를 거절하도록 규정함으로써(제2호 본문) 계구의 사용을 거의 절대적인 원칙으로 삼고 있기 때문이다. 비록 제2호 단서에서 “다만, 상관으로부터 지시를 받았을 때에는 예외로 한다.”라고 하는 예외를 형식상 두고 있지만 이것이 실제로 적용되기로 매우 어려울 것이라는 점은 권력의 속성과 관료체계의 경직성으로부터 쉽게 이해될 수 있다.

따라서 이 조항이 취하고 있는 원칙과 예외의 이러한 완전한 전도는, 기본권은 원칙으로 최대한 보장하고 예외로 최소한도로만 제한하여야 한다는 헌법상의 기본권보장원칙에 어긋나게, 신체의 자유를 원칙적으로 과도하게 제한하여 이를 침해하는 결과를 가져오므로 헌법에 위반된다.

나. 계구사용의 위헌성

(1) 검사가 조사를 하는 곳은 비록 실내이긴 하지만 일정한 구역을 외부로부터 완전히 물리적으로 차단시키고 있는 교도소나 구치소에 비하여서는 구속된 피의자가 도주하기가 다소 용이하다고 볼 측면이 있고 또 검사조사실에 비치된 물품을 사용하여 폭행이나 자해를 할 우려가 상대적으로 높은 점이 없지 않다. 그러나 이러한 위험적 요소는 검사조사실의 출입문을 일시적으로 시정하고 다른 사람의 출입을 잠시 금지시키고 검사조사실에 비치된 물품의 위치와 재질, 모양 등을 적절히 선택하는 방법 등을 통하여 비교적 용이하게

상당 정도 제거가 가능하다고 보는 것이 상식에 비추어 합당하다. 그리고 계구의 해제를 원칙으로 한다고 하더라도 도주나 자해 등의 위험이 다른 경우에 비하여 높다고 인정되는 피의자에 대하여 사전에 계호를 강화하는 조치(계구의 사용을 포함한다)를 예외적으로 강구하는 것까지 막아야 한다는 것도 아니다.

(2) 그러므로 이 사건의 경우에도 특별한 사정이 없는 한 검사가 청구인에 대하여 검사조사실에서 피의자신문을 하는 동안에는 계구를 해제하고 신문을 하는 것이 원칙이고 도주나 폭행, 소요 또는 자해 등의 위험이 예상되는 특별한 사정이 있을 경우에 한하여 예외적으로 계구를 사용했어야 할 것이다. 만일 그렇게 하지 아니하였다면 앞의 「가」의 판단에서 본 바와 같이 이는 헌법상의 신체의 자유를 침해하여 위헌이 될 것이다.

(3) [별지 2] 기재와 같이 피청구인이 인정하는 계구사용시간의 내용에 따르면 청구인은 2003. 10. 24.경부터 11. 6.까지 사이에 10일 동안은 피의자 신문을 받는 동안 거의 계속하여 계구로 결박된 채 있었고 그 중 3시간 이상 계속 결박상태에서 피의자 신문에 응한 날을 가려보아도 5일 이상이나 된다.

또한 기록에 의하여 이 사건 검사조사실의 구조, 청구인이 그 곳에서 조사를 받을 당시의 주변상황, 청구인의 성향, 신체적 조건, 수용생활태도, 혐의사실의 내용, 구속경위, 조사당시의 행동이나 심리상태 등을 종합적으로 살펴보면, 피청구인도 어느 정도 시인하는 바와 같이, 청구인이 도주를 하거나 소요, 폭행 또는 자해를 할 위험이 있었다고 인정하기는 어렵다. 청구인의 충동적인 자해의 위험에 관하여도 이것이 구체적으로 드러나거나 예견되었다는 사정이 전혀 발견되지 않는다.

그럼에도 불구하고 이와 같이 수일간, 그리고 장시간에 걸쳐 피의자 신문을 하는 동안 계속 계구를 사용한 것은 막연한 도주나 자해의 위험 정도에 비해 과도한 대응이라 하지 않을 수 없고 따라서 신체의 자유를 제한함에 있어 준수되어야 할 피해의 최소성 요건을 충족하지 못한 것이다. 또 청구인에게는 수갑과 포승을 동시에 사용하였는데 위와 같이 장시간 계구를 사용할 경우에는 수갑과 포승 중 한 가지만 사용하는 것이 고통을 줄이는 한편 자해의 위험 방지에도 충분하였을 것이라는 점에서도 역시 피해의 최소성원칙을 어긴 것이 된다.

또한 신체를 결박하는 것은 단순히 신체적인 고통을 초래하는데 그치지 않고 긴장과 심리적 위축을 수반할 수밖에 없는데 실질적으로 열등한 지위에서

신문에 응해야 하는 피의자의 입장에서는 이러한 긴장과 심리적 위축이 방어권 행사에 큰 장애가 된다는 점에서 신체의 자유에 대한 이러한 제한은 법익의 균형성도 갖추지 못한 것이다.

(4) 그렇다면 2003. 10. 24.경부터 같은 해 11. 6.까지 사이에 수회에 걸쳐 청구인이 서울지방검찰청 검사조사실에서 피의자 신문을 받는 동안 피청구인 산하 교도관이 수갑과 포승으로 계속 청구인의 신체를 결박해 둔 행위는 청구인의 신체의 자유를 침해한 것이므로 위헌이라 할 것이다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 준칙조항은 헌법에 위반되고 이 사건 계구사용행위 또한 청구인의 신체의 자유를 침해하였으므로 그 위헌임을 확인하기로 하여, 다음 6.과 같은 반대의견을 개진한 재판관 송인준, 재판관 주선회를 제외한, 다른 판여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

6. 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

다수의견은, 이 사건 준칙조항은 헌법에 위반되고 이에 근거한 계구사용행위도 청구인의 신체의 자유를 침해하였으므로 위헌적인 공권력행사라고 보고 있다. 그러나 검사조사실에서의 미결수용자에 대한 계구사용행위에 대하여는, 이로 인하여 제한되는 미결수용자의 신체의 자유와 계호권 보장을 통한 국가형벌권 실현 사이의 충돌하는 법익에 관하여 합리적인 비교교량을 통하여 헌법상 조화로운 해석을 도모할 필요가 있으므로 아래와 같이 반대의견을 밝혀 둔다.

가. 우리 헌법은 모든 국민이 갖는 인간으로서의 존엄과 가치를 밝히면서(제10조), 이를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 신체의 자유를 보장하고 있고(제12조 제1항), 신체의 자유는 모든 기본권 보장의 전제가 되는 것으로서 신체거동의 자유와 함께 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이 나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유를 포함한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874)는 점은 우리도 인식을 같이 하고 있다.

또한 무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도주·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안되고, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 한계를 설정해야 함은 두말할 나위가 없다.

나. 행정법령에서 계구사용의 요건으로 수용자의 도주·폭행·소요 또는

자살의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 위하여 필요한 경우로 한정하고(행형법 제14조 제1항, 동법시행령 제46조 제1항), 포승과 수갑의 사용을 이송 및 출정을 위한 호송 기타 교정시설 이외의 장소에서 수용자를 호송할 때 등(계구규칙 제4조)으로 규정하고 있음은 위와 같은 헌법이념과 원리를 구체화한 것으로 이해할 수 있다.

이 중 ‘호송’이란 수용자를 일시적으로 구금시설 외의 장소로 이동시키는 것을 말하는데, 예컨대 미결수용자의 경우에는 검사 또는 재판부의 소환에 응하기 위하여 일시적으로 검찰청이나 법원으로 호송하는 경우가 대부분이다. 이 때 호송관서에서 출발하여 검찰청 또는 법원에 도착한 후, 그리고 검찰구치감에서 수용 및 검사조사실에서 조사 또는 법정대기실에서 대기 및 법정내 재판과정에서의 계호업무는 그 성격상 호송의 개념 범위 내에 있는 업무로 보아야 하며, 이러한 인식에 터잡아 교도관이 이를 계속 수행하며 계구를 사용하고 있는 것이 교도실무라고 할 수 있다. 즉, 검사조사실에서도 호송중의 계호권이 미치는 범위이므로 교도관은 당연히 계구를 사용한 상태로 근접계호를 하고, 검사로부터 계구해제의 요청을 받는 경우에도 이를 거절하고 상관에게 보고하여 수용자의 연령·성격·범수(犯數)·범행내용·수용생활태도·교정사고전력·사고유발위험성 등을 종합적으로 고려하여 계구해제의 여부를 판단하는 것이다.

다. 교도관에 의한 수용자의 신병확보는 보안작용으로서의 직무권한, 즉 계호권의 기본적인 내용이라고 할 수 있다. 이 계호업무는 교정시설의 내외를 불문하고 교도관의 책임과 의무에 속한다. 비록 검사가 수사상 필요에 의하여 구금시설에 수용되어 있는 수용자를 소환할 경우에도 앞서 본 바와 같이 수용자가 수용기관에서 검찰청으로 일시 그 신병이 옮겨지기는 하나 성질상 수용의 연장에 속하는 것이므로 담당교도관의 수용자에 대한 신병확보와 계호의 책무는 계속된다고 할 것이다. 그리고 구치감 거실이나 법정 내에서의와는 달리 검사조사실에서의 계구사용은 다음과 같은 특수사정이 특별히 고려되어야 한다.

첫째, 검사조사실은 일반적으로 교도소 등 교정시설이나 구치감 거실과는 달리 도주나 폭행·자해·자살방지를 위한 시설이 갖추어지지 않은 것이 현실이다. 즉, 구치소나 교도소에는 거실(구금공간)에서 일반사회로의 최접근지까지 거실문·중간문(1~3단계)·주벽·이중철조망 등 5~7단계의 도주방지 차단장치 등이 있는데 비해, 검사조사실은 검사조사실에서 나올 경우 바로 일

반사회로의 탈출이 가능하고(물적계호시설면), 2명 정도의 교도관만이 계호하고 있으며(계호인력면), 무전기 등 최소보안장비만 보유하고 있는 실정이다(보안장비면). 또한 민원인이나 불구속 피의자들의 왕래가 잦고, 참고인이나 공범 등을 함께 조사할 때에는 그들 사이의 이해관계가 첨예하게 충돌할 경우 폭력 등 돌발적 사고가 발생할 위험성이 매우 높다. 따라서 구금시설이라고 볼 수 없는 검사조사실에서 일반적으로 계구를 해제하는 경우 언제 어떻게 야기될지 모르는 이러한 돌발적인 상황을 효과적으로 예방하고 제지할 수 없는 상당한 어려움에 처한다고 할 수 있다.

둘째, 검사조사실에서 구속된 미결수용자는 수사검사의 추궁에 대하여 자신을 방어하기 위하여 최선을 다하는 과정에서 급격히 흥분되기 쉽고, 신문상황이 시시각각 달라지는 긴박한 상태이므로 피의자 등이 언제 어떻게 도주, 가해 및 자해 등을 할지 알 수 없어 구체적이고 임박한 위험이 항상 도사리고 있다. 따라서 교도관은 미리 이러한 위험의 예방 차원에서 계구를 사용할 수밖에 없을 것이고, 검사조사실에서 조사를 받는 미결수용자는 변화하는 신문 상황에 따라 심리상태와 신체조건이 개별적이고 상이하여 그때그때 계구사용 여부를 결정한다는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 그렇게 한다면 사실상 검사의 조사 자체도 어렵게 될 것이다. 실례로, 구속된 피의자가 검사조사실에서 공범인 피의자와의 대질신문 과정에서 범행사실이 드러나자 참여계장을 밀치고 책상서랍 안에 있는 면도칼로 자해한 사고, 검사조사실에서 수갑과 포승이 시용(施用)된 상태에서 투신하거나, 대질하던 참고인이 불리한 진술을 하자 투신자살하려고 한 사고, 검찰조사실에서 조사받던 중 준비한 칼로 복부를 긁고 자해한 사고 등 현행 계호준칙 하에서도 적지 않게 검사조사실 등에서 미결수용자의 가해 및 자해 사고가 발생하였고, 만약 앞으로 구속된 미결수용자에 대하여 검사조사실에서 원칙적으로 계구를 사용하지 못하게 한다면 이러한 사고는 더욱 빈발할 가능성이 높고 검사조사실에서의 안전과 질서가 상당히 위태로워질 수 있다.

셋째, 「법무연감」의 교정업무편 통계를 보면 2000년의 경우 1일 평균수용인원은 수형자와 미결수용자를 포함하여 62,959명, 2001년에 62,235명, 2002년에 61,084명, 2003년에는 58,945명 등으로서 매년 낮아지고는 있지만 교도관 1인당 평균 수용인원은 여전히 5명에 이르고 있다. 그런데 검사조사실로 소환되는 수용자에게는 교도관 2명이 항상 복수계호를 하여야 하고 도주의 우려가 있는 강력범 및 문제수용자의 경우는 계호인원을 증가배치해야 하는데 현

실적으로 계호인력이 턱없이 부족한 실정이므로, 여기에 계구가 해제되어 자유스러운 상태로 조사를 받게 할 경우 교도관의 수용자에 대한 계호부담은 엄청나게 가중될 것이다.

넷째, 법무부는 1999. 5. 27. 97헌마137등 사건에서 선고한 헌법재판소 결정의 취지를 존중하여 미결수용자의 사복착용을 허용하고 있어 검찰의 조사과정에서 도주 및 폭행 등의 우려가 더욱 높아졌고, 위 사건에서 헌법재판소도 “미결수용자의 도주방지는 ‘계구의 사용’이나 계호인력을 늘리는 등의 수단에 의할 것”이라고 판시하였는바(판례집 11-1, 653, 665), 현실적으로 단기간 내에 계호인력을 늘리는 것은 매우 어려운 실정인 점 등을 감안하면 검사조사실에서의 계구사용은 불가피한 측면이 강하다.

다섯째, 이 사건에서 청구인에게 사용된 ‘양수승’의 포승 및 ‘금속수갑’은 국가보안법위반의 범죄혐의를 받고 있는 피의자의 폭행, 소요와 도주 및 자해와 같은 구체적이고 돌발적인 위험상황을 사전에 예방하고 사후 진압함에 있어 적절하고 효과적인 방식이 될 수 있다. 즉, 포승 또는 금속수갑 중 어느 하나만을 계구로 사용할 경우 결박상태가 느슨하게 되어 도주나 소란, 폭행과 자해의 행위로 용이하게 옮겨갈 수 있다. 또한 피청구인은 청구인에 대하여 신체제압의 정도가 심대한 신체의 하지 또는 하퇴부를 함께 결박하거나(하지승 또는 하퇴승) 허리와 손목을 함께 묶는 방법(가죽수갑)을 취하지 않음으로써 계구의 종류와 사용방법에 있어서 신체의 자유에 대한 침해를 최소화하려 하였다. 따라서, 위에서 본 바와 같은 검사조사실의 일반적인 인적·물적 계호 현황과 수감 이후 청구인을 예의 관찰하고 계호해 온 피청구인이 포승이나 수갑 중 어느 한 가지만으로는 계호목적에 위하여 충분하지 않다고 보아 이 두 가지를 병행사용한 판단이 명백히 잘못되었다거나 과잉한 수단을 선택하였다고는 단정할 수 없다.

라. 교도소 등 구금시설은 다수의 수용자를 집단적으로 관리하고 있고 더욱이 수용자들은 특수환경에서의 구금생활로 인하여 정신적 안정과 평형을 잃기 쉬운 처지에 있으므로, 수용자에 대하여는 수용자의 생명과 신체의 보전, 위생 및 건강관리, 시설 내의 질서유지 등을 위하여 일반 사회에서와는 다른 보다 엄격한 규율과 통제를 마련할 필요가 있다.

구체적으로 이 사건 청구인은 독일에 거주하는 주요 해외공작원인가의 여부와 관련하여 당시 비상한 사회적 관심과 반향을 불러 일으키는 와중에서 구금되었고, 청구인에 대한 국가보안법위반 등 혐의사실을 놓고 집요하게 추

궁되고 침해하게 대립되는 조사과정을 거치고 있었다. 따라서 이 조사과정에서 돌발적으로 야기될 수 있는 사건·사고를 막아 청구인과 타인의 생명·신체의 안전을 지키고 시설 내의 질서유지를 확보하는 것은 구체적 위험을 방지하기 위한 긴절한 것이어서 계구사용 목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 필요하고도 불가피한 제한이라고 아니할 수 없다. 또한 이와 같은 결론은 이 사건 조사 당시 청구인이 존경받는 학자이고 외국의 대학에서 오랫동안 가르친 경력이 있는 신분이었다 하더라도 마찬가지라고 할 것이다.

이상과 같은 이유로 우리는, 이 사건 준칙조항(제298조 제1호·제2호)은 형법 및 동법시행령을 근거로 검사조사실 내에서의 계구사용에 관하여 필요한 규율을 하고 있는 것이므로 헌법에 위반되지 아니하고, 이 사건 계구사용 행위도 위와 같은 법령에 근거한 정당한 계호목적에 위하여 불가피한 최소한의 조치로 볼 수 있어 이로 말미암아 청구인의 기본권이 일부 제한되었다고 하더라도 이를 두고 과잉금지원칙에 어긋난 위헌적인 공권력행사라고는 볼 수 없으므로, 청구인의 청구를 모두 기각하여야 한다고 보는 바이어서 다수의 견에 반대하는 것이다.

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

[별지 1] 대리인 명단

1. 변호사 박영립 외 2인
2. 법무법인 한결
담당변호사 백승현 외 2인
3. 법무법인 창조
담당변호사 이덕우
4. 법무법인 해마루종합법률사무소
담당변호사 박세경 외 7인
5. 변호사 김철준
6. 법무법인 한울
담당변호사 김호철

- 7. 변호사 김준곤
- 8. 법무법인 자하연
 담당변호사 이유정
- 9. 법무법인 한빛
 담당변호사 안병용
- 10. 변호사 김 진

[별지 2] 피청구인이 주장하는 청구인에 대한 계구사용시간

월/일 계구를 사용한 채 조사를 받은 시간

- 10. 24. 10:0-10:30(30분), 14:00-18:20(4시간 20분) (합계 : 4시간 50분)
- 10. 27. 14:00-21:30(7시간 30분, 단 18시경 수갑과 포승을 해제한 상태에
 서 검사실 내에서 저녁식사를 함)
- 10. 28. 10:40-11:45(1시간 5분), 14:25-18:00 (3시간 35분) (합계 : 4시간 40분)
- 10. 30. 11:00-12:00(1시간), 16:15-17:00(45분) (합계 : 1시간 45분)
- 10. 31. 14:30-17:35(3시간 5분)
- 11. 1. 9:40-10:00(20분)
- 11. 3. 14:30-18:05(3시간 35분)
- 11. 4. 11:00-11:50(50분), 14:30-17:20(2시간 50분) (합계 : 3시간 40분)
- 11. 5. 15:30-17:25(1시간 55분)
- 11. 6. 11:15-11:50(35분), 14:30-16:35(2시간 5분) (합계 2시간 40분)

택지개발업무처리지침 제21조 제1항 위헌확인

(2005. 5. 26. 2004헌마62 전원재판부)

【판시사항】

1. 이주대책대상자 인정의 기준일인 택지개발예정지구지정을 위한 공람공고일 이후 2002. 11. 19. 내지 같은 달 21.부터 그 지구 내의 가옥을 취득하고 거주하기 시작한 청구인들이 2004. 1. 19. 택지개발업무처리지침(주한 58540-87 1999. 6. 24.) 제21조 제1항(이하 ‘이 사건 지침 조항’이라 한다)에 대한 헌법소원을 제기한 경우 청구기간의 준수 여부(소극)

2. 택지개발촉진법 제12조 제4항에서 준용한 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제78조 제1항이 이주대책대상자에 대한 이주대책의 수립·실시를 대통령령으로 정하도록 위임하였음에도 불구하고 같은법시행령 제40조에 이주대책의 수립·실시에 관하여 필요한 사항을 규정하지 아니하였는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 지침 조항을 근거로 이주대책 기준일로 택지개발예정지구지정을 위한 공람공고일이 지정되고 청구인들이 그 후인 2002. 11. 19. 내지 같은 달 21.부터 그 지구 내의 가옥을 취득하고 거주하기 시작하여 이주대책대상자에서 제외된 경우 이 사건 지침 조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 침해된 것은 위 공람공고일 이후로서 청구인들이 그 지구 내의 가옥을 소유하여 거주하기 시작한 2002. 11. 19. 내지 같은 달 21.이고(이주대책대상자가 되기 위해서는 소유자로서 계속거주를 하여야 하므로 청구인들이 거주하기 시작한 시점을 기본권 침해시점으로 본다), 따라서 이 사건 지침 조항에 대하여 청구인들이 소원을 제기할 수 있었던 기간은 위 기본권침해 발생일로부터 1년 이내인 2003. 11. 19. 내지 같은 달 21.까지이므로, 2004. 1. 19.에야 제기된 이 소원은 청구기간을 준수한 것으로 볼 수 없다.

2. 택지개발촉진법 제12조 제4항에서 준용한 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(이하 ‘공익토지보상법’이라 한다) 제78조 제1항이 이주대책대상자에 대한 이주대책의 수립·실시를 대통령령으로 정하도록 위임함에 따라 같은 법시행령 제40조 제3항 제2호는 ‘관계법령에 의한 고시 등이 있는 날’ 이후의 사람들이 이주대책대상자에서 제외되는 것으로 규정하고 있는바, 이는 소극적으로 그 이전의 사람들이 이주대책대상자에 포함되는 것으로 구별하고 있는 점에서 이주대책 기준일에 관한 규정이며, ‘고시가 있는 날’이 아니라 ‘고시 등이 있는 날’로 규정한 점에서 지구지정 고시일과 공람공고일이 모두 포함될 수 있는, 이주대책 기준일에 관한 포괄적 규정으로 볼 수 있다. 또한 위 시행령 제40조 제3항은 제1호와 제3호에서 무허가 건축물의 소유자와 타인 소유의 건축물에 거주하는 세입자를 이주대책대상자에서 제외하고 제2호에서 건축물 소유자에 대하여도 계속 거주 요건을 부과함으로써 이주대책대상자를 확정하는 데 필요한 요건들을 규정하고 있다.

그렇다면 공익토지보상법시행령 제40조가 공익토지보상법의 위임 취지에 반하여 이주대책의 수립·실시, 특히 이주대책대상자 선정에 관하여 필요한 사항을 규정하지 아니하였다고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

택지개발업무처리지침(주환 58540-87 1999. 6. 24.) 제21조(손실보상 등) ① 택지개발사업의 시행에 따른 토지 및 건물등의 취득 또는 사용과 보상에 대하여는 공공용지의취득 및손실보상에관한특례법 등 관련법령이 정하는 바에 따르며, 이 경우 이주대책기준일은 택지개발예정지구지정 공람공고일로 한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제23조

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제78조(이주대책의 수립 등) ① 사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자(이하 “이주대책대상자”라 한다)를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다.

②~⑦ 생략

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 부칙 제2조(다른 법률의 폐지) 토지수용법 및 공공용지의취득및손실보상에관한특별법을 이를 폐지한다.

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제3조(일반적 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 토지수용법령 및 공공용지의취득및손실보상에관한특별법령에 의하여 행하여진 처분·절차 그 밖의 행위는 이 법의 규정에 의하여 행하여진 것으로 본다.

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 제정된 것) 제4조(공익사업에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의한 공익사업에 해당되어 공고·고시되거나 시행되는 사업은 이를 제4조의 규정에 의한 공익사업으로 본다.

택지개발촉진법 제3조(예정지구의 지정등) ① 건설교통부장관은 주택법 제7조 제1항의 규정에 의한 택지수급계획이 정하는 바에 따라 택지를 집단적으로 개발하기 위하여 필요한 지역을 예정지구로 지정할 수 있다.

② 건설교통부장관이 제1항의 규정에 의하여 예정지구를 지정(지정한 예정지구를 변경하는 경우를 포함한다. 이하 같다)하고자 하는 때에는 미리 관계중앙행정기관의 장과 협의하고, 당해 지방자치단체의 장의 의견을 들은 후 주택법 제84조의 규정에 의한 주택정책심의위원회의 심의를 거쳐야 한다. 다만, 예정지구의 해제와 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다.

③ 건설교통부장관은 제1항의 규정에 의한 예정지구가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 지정을 해제하여야 한다.

1. 제1항의 규정에 의하여 예정지구를 지정한 날부터 2년 이내에 제8조의 규정에 의한 택지개발계획의 승인을 신청하지 아니한 때

2. 제8조의 규정에 의한 택지개발계획이 승인된 날부터 3년 이내에 제9조의 규정에 의한 택지개발사업실시계획의 승인을 신청하지 아니한 때

④ 건설교통부장관이 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 예정지구를 지정, 변경 또는 해제한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하여야 한다.

⑤ 제1항 또는 제3항의 규정에 의한 예정지구의 지정 또는 해제가 있을 때에는 국토의계획및이용에관한법을 제51조의 규정에 의한 제1종지구단위계획구역의 지정 또는 해제가 있을 것으로 본다.

택지개발촉진법 제3조의3(주민 등의 의견청취) ① 건설교통부장관은 제3조의 규정에 의하여 예정지구를 지정하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 주민 및 관계전문가 등의 의견을 들어야 한다. 다만, 국방상 기밀을 요하거나 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의한 주민 및 관계전문가의 의견청취에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

택지개발촉진법 제9조(택지개발사업실시계획의 승인 등) ① 시행자는 대통령령이 정하

는 바에 따라 택지개발사업실시계획(이하 “실시계획”이라 한다)을 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 승인된 실시계획을 변경하고자 할 때에도 또한 같다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다.

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

③ 건설교통부장관이 제1항의 규정에 의하여 실시계획을 승인한 때에는 이를 고시하고, 시행자 및 관할시장 또는 군수에게 그 뜻을 통지하여야 한다.

④ 건설교통부장관이 제12조 제1항의 규정에 의한 토지 등의 수용을 요하는 실시계획을 승인한 때에는 시행자의 성명, 사업의 종류와 수용할 토지 등의 세목을 관보에 고시하고 그 토지 등의 소유자 및 권리자에게 이를 통지하여야 한다. 다만, 시행자가 실시계획승인 신청시까지 토지 등의 소유자 및 권리와 미리 협의한 때에는 그러하지 아니하다.

⑤ 시행자는 택지개발사업을 시행함에 있어서 대통령령이 정하는 특별한 사유가 있는 때에는 토지구획정리사업법에 의한 토지구획정리사업을 실시할 수 있다.

택지개발촉진법 제12조(토지수용) ① 시행자는 예정지구안에서 택지개발사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제3조에서 정하는 토지·물건 또는 권리(이하 “토지등”이라 한다)를 수용 또는 사용(이하 “수용”이라 한다)할 수 있다.

② 제8조의 규정에 의한 개발계획의 승인·고시가 있는 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제20조 제1항 및 제22조의 규정에 의한 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 보며, 재결의 신청은 동법 제23조 제1항 및 동법 제28조 제1항의 규정에 불구하고 제9조의 규정에 의한 실시계획에서 정하는 사업시행기간내에 하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 토지등의 수용에 관한 재결의 관할토지수용위원회는 중앙토지수용위원회로 한다.

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

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17854호로 제정된 것) 제40조(이주대책의 수립·실시) ① 사업시행자가 법 제78조 제1항의 규정에 의한 이주대책(이하 “이주대책”이라 한다)을 수립하고자 하는 때에는 미리 그 내용을 동항의 규정에 의한 이주대책대상자(이하 “이주대책대상자”라 한다)에게 통지하여야 한다.

② 이주대책은 건설교통부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에 수립·실시한다. 다만, 사업시행자가 택지개발촉진법 또는 주택건설촉진법 등 관계법령에 의하여 이주대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우(사업시행자의 알선에 의하여 공급한 경우를 포함한다)에는 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다.

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 이주대책대상자에서 제외한다.

1. 허가를 받거나 신고를 하고 건축하여야 하는 건축물을 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축한 건축물의 소유자

2. 당해 건축물에 공익사업을 위한 관계법령에 의한 고시 등이 있는 날부터 계약체결 일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 건축물의 소유자. 다만, 질병으로 인한 요양, 징집으로 인한 입영, 공무, 취학 그 밖에 이에 준하는 부득이한 사유로 인하여 거주하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 타인이 소유하고 있는 건축물에 거주하는 세입자

④ 제2항 본문의 규정에 의한 이주정착지안의 택지나 주택의 취득 또는 동향 단서의 규정에 의한 택지나 주택의 취득에 소요되는 비용은 이주대책대상자의 희망에 따라 그가 지급받을 보상금과 상계할 수 있다.

택지개발촉진법시행령 제5조(주민 등의 의견청취) ①건설교통부장관은 법 제3조의3의 규정에 의하여 예정지구의 지정에 관하여 주민 및 관계전문가 등의 의견을 듣고자 하는 때에는 관계서류의 사본을 관할 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 이조에서 같다)에게 송부하여야 한다.

② 시장·군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의하여 관계서류를 받은 때에는 지체없이 예정지구지정 대상의 명칭·위치 및 면적 등을 공고하여야 한다. 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 공고한 날부터 14일동안 일반인이 그 서류를 열람할 수 있도록 하여야한다.

③~⑤ 생략

택지개발촉진법시행령 제7조(택지개발계획의 승인 등) ① 시행자가 개발계획을 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻고자 할 때에는 다음 각 호의 사항을 기재한 택지개발계획승인신청서를 건설교통부장관에게 제출하여야 한다. 이 경우 시행자가 개발계획을 작성할 때에는 그 내용에 관하여 미리 관할 시장·군수의 의견을 듣거나 협의하여야 하며, 당해 시장·군수는 그 요청을 받은 날부터 30일 이내에 의견을 제시하여야 한다.

1. 개발계획의 명칭
2. 시행자의 명칭 및 주소와 대표자의 성명
3. 개발계획의 개요
4. 개발기간
5. 토지이용에 관한 계획
6. 개발하고자 하는 토지의 위치와 면적

②~④ 생략

⑤ 제1항의 규정에 의한 택지개발계획의 수립기준 기타 필요한 사항은 건설교통부장관이 따로 정한다.

⑥ 생략

택지개발업무처리지침(주환 58540-87 1999. 6. 24.) 제1조(목적) 이 지침은 택지개발촉진법시행령 제7조 제5항의 규정에 의한 택지개발계획의 수립기준 및 제13조의2 제7항의 규정에 의한 택지의 공급방법 및 공급가격의 기준, 기타 택지개발사업의 추진에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

택지개발업무처리지침(주환 58540-87 1999. 6. 24.) 부칙 제1조(시행일) 이 지침은 1999. 6. 28.부터 시행한다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250

【당 사 자】

청 구 인 이○복 외 2인
대리인 변호사 박정현

【주 문】

이 사건 심판청구 중 택지개발업무처리지침 제21조 제1항의 위헌확인 부분을 각하하고 행정입법 부작위의 위헌확인 부분을 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 서울특별시 송파구청장은 2002. 5. 6. 송파구공고 제2002-137호로 서울 송파구 장지동 333의 3 일원에 대한 장지택지개발예정지구 지정을 위한 공람을 공고하였다(공고상의 법률적 근거는 택지개발촉진법 제3조의3 및 같은법 시행령 제5조이며 이하 2002. 5. 6.을 ‘이 사건 공람공고일’이라고 한다).

(2) 그 후 건설교통부장관은 2002. 12. 6. 건설교통부고시 제2002-283호로 서울 송파구 장지동 일원을 택지개발예정지구로 지정고시하면서(고시상의 법률적 근거는 택지개발촉진법 제3조 및 제7조이며 이하 2002. 12. 6.을 ‘이 사건 고시일’이라고 한다) 서울특별시도시개발공사를 사업시행자로 지정하였다.

(3) 청구인들은 장지택지개발예정지구에 위치한 가옥(아파트)을 이 사건 공람공고일과 이 사건 고시일의 사이인 2002. 7. 23. 각 매수하여 같은 해 11. 15. 각 소유권이전등기를 마친 후 같은 달 19. 내지 21.부터 그 가옥에 거주하고 있다.

(4) 서울특별시도시개발공사는 서울특별시고시 제2003- 285호 개발계획승인고시에 따라 장지택지개발사업지구에 편입된 토지 등에 대하여 2003. 10. 30. 보상계획 및 이주대책 공고를 하면서(이하 2003. 10. 30.을 ‘이 사건 이주대책 공고일’이라고 한다) 택지개발촉진법 제3조의3 및 건설교통부 택지개발업무처리지침(주환 58540-87 1999. 6. 24.) 제21조 제1항(이하 ‘이 사건 지침조항’이라고 한다)의 규정에 따라 이 사건 공람공고일을 ‘이주대책 기준일’로

공고하였다.

(5) 청구인들은 자신들이 이 사건 고시일 이전부터 장기택지개발예정지구에서 가옥을 소유한 사람들인데도 이주대책대상자에서 제외된 것은 이주대책의 수립·실시와 관련된 행정입법의 부재 또는 이 사건 지침 조항이 위임입법의 한계를 일탈하여 상위법령의 위임근거도 없이 이주대책 기준일을 공람 공고일로 규정한 데 기인한 것인바 이는 청구인들의 기본권을 침해한 것이라고 주장하면서 2004. 1. 19. 이주대책 관련 행정입법의 부작위와 이 사건 지침 조항의 위헌확인을 구하는 이 소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상 및 관련법령

(1) 위헌심판의 대상

(가) 이주대책 관련 행정입법의 부작위(택지개발촉진법 제12조 제4항에서 준용한 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률(이하 ‘공익토지보상법’이라고 한다) 제78조 제1항이 이주대책대상자에 대한 이주대책의 수립·실시에 관하여 구체적인 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하였음에도 불구하고 대통령령인 같은법시행령 제40조에 이주대책의 수립·실시에 관하여 필요한 사항을 규정하지 아니한 것)

(나) 택지개발업무처리지침 제21조 제1항(택지개발촉진법 제9조 제1항과 같은법시행령 제7조 제5항의 순차 위임에 의하여 건설교통부 장관이 정한 것)

(2) 이주대책 관련 행정입법 부작위의 위헌확인 주장에 관련된 법률조항

(가) 공익토지보상법 제78조(이주대책의 수립 등) ① 사업시행자는 공익사업의 시행으로 인하여 주거용 건축물을 제공함에 따라 생활의 근거를 상실하게 되는 자(이하 “이주대책대상자”라 한다)를 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 이주대책을 수립·실시하거나 이주정착금을 지급하여야 한다.

② 내지 ⑦ 생략

(나) 공익토지보상법 시행령(2002. 12. 30. 대통령령 제17854호) 제40조(이주대책의 수립·실시) ① 사업시행자가 법 제78조 제1항의 규정에 의한 이주대책(이하 “이주대책”이라 한다)을 수립하고자 하는 때에는 미리 그 내용을 동항의 규정에 의한 이주대책대상자(이하 “이주대책대상자”라 한다)에게 통지하여야 한다.

② 이주대책은 건설교통부령이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이주대책대상자 중 이주정착지에 이주를 희망하는 자가 10호 이상인 경우에 수립·실시한다. 다만, 사업시행자가 택지개발촉진법 또는 주택법 등

관계법령에 의하여 이주대책대상자에게 택지 또는 주택을 공급한 경우(사업 시행자의 알선에 의하여 공급한 경우를 포함한다)에는 이주대책을 수립·실시한 것으로 본다.

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 이주대책대상자에서 제외한다.

1. 허가를 받거나 신고를 하고 건축하여야 하는 건축물을 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축한 건축물의 소유자
2. 당해 건축물에 공익사업을 위한 “관계법령에 의한 고시 등이 있는 날”부터 계약체결일 또는 수용재결일까지 계속하여 거주하고 있지 아니한 건축물의 소유자. 다만, 질병으로 인한 요양, 징집으로 인한 입영, 공무, 취학 그 밖에 이에 준하는 부득이한 사유로 인하여 거주하지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
3. 타인이 소유하고 있는 건축물에 거주하는 세입자

④ 제2항 본문의 규정에 의한 이주정착지 안의 택지나 주택의 취득 또는 동항 단서의 규정에 의한 택지나 주택의 취득에 소요되는 비용은 이주대책대상자의 희망에 따라 그가 지급받을 보상금과 상계할 수 있다.

(3) 이 사건 지침 조항 및 관련 법률조항

(가) 택지개발업무처리지침(주환 58540-87 1999. 6. 24.)

제21조(손실보상 등) ① 택지개발사업의 시행에 따른 토지 및 건물 등의 취득 또는 사용과 보상에 대하여는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 등 관련법령이 정하는 바에 따르며, 이 경우 이주대책 기준일은 택지개발예정지구 지정 공람공고일로 한다.

② 생략

제1조(목적) 이 지침은 택지개발촉진법시행령 제7조 제5항의 규정에 의한 택지개발계획의 수립기준 및 제13조의2 제7항의 규정에 의한 택지의 공급방법 및 공급가격의 기준, 기타 택지개발사업의 추진에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

부 칙(1999. 6. 24)

제1조(시행일) 이 지침은 1999. 6. 28. 부터 시행한다.

공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률부칙

(제6656호, 2002. 2. 4.)

제2조(다른 법률의 폐지) 토지수용법 및 공공용지의취득및손실보상에관한특례법은 이를 폐지한다.

제3조(일반적 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 토지수용법령 및 공공용지의 취득및손실보상에관한특별법령에 의하여 행하여진 처분·절차 그 밖의 행위는 이 법의 규정에 의하여 행하여진 것으로 본다.

제4조(공익사업에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 규정에 의한 공익사업에 해당되어 공고·고시되거나 시행되는 사업은 이를 제4조의 규정에 의한 공익사업으로 본다.

(나) 택지개발촉진법

제3조(예정지구의 지정 등) ① 건설교통부장관은 주택법 제7조 제1항의 규정에 의한 택지수급계획이 정하는 바에 따라 택지를 집단적으로 개발하기 위하여 필요한 지역을 예정지구로 지정할 수 있다.

②, ③ 생략

④ 건설교통부장관이 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 예정지구를 지정, 변경 또는 해제한 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 고시하여야 한다.

⑤ 생략

제3조의3(주민 등의 의견청취) ① 건설교통부장관은 제3조의 규정에 의하여 예정지구를 지정하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 주민 및 관계전문가 등의 의견을 들어야 한다. 다만, 국방상 기밀을 요하거나 대통령령이 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다.

② 제1항의 규정에 의한 주민 및 관계전문가의 의견청취에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제9조(택지개발사업실시계획의 승인 등) ① 시행자는 대통령령이 정하는 바에 따라 택지개발사업실시계획(이하 “실시계획”이라 한다)을 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다. (이하 생략)

제12조(토지수용) ① 시행자는 예정지구안에서 택지개발사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제3조에서 정하는 토지·물건 또는 권리(이하 “토지등”이라 한다)를 수용 또는 사용(이하 “수용”이라 한다)할 수 있다.

②, ③ 생략

④ 제1항의 규정에 의한 토지 등의 수용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률을 준용한다.

(다) 택지개발촉진법시행령

제5조(주민 등의 의견청취) ① 건설교통부장관은 법 제3조의3의 규정에 의하여 예정지구의 지정에 관하여 주민 및 관계전문가 등의 의견을 듣고자 하는 때에는 관계서류의 사본을 관할 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 이조에서 같다)에게 송부하여야 한다.

② 시장·군수 또는 구청장은 제1항의 규정에 의하여 관계서류를 받은 때에는 지체 없이 예정지구지정대상의 명칭·위치 및 면적 등을 공고하여야 한다. 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 공고한 날부터 14일 동안 일반인이 그 서류를 열람할 수 있도록 하여야 한다.

③ 내지 ⑤ 생략

제7조(택지개발계획의 승인 등) ① 시행자가 개발계획을 작성하여 건설교통부장관의 승인을 얻고자 할 때에는 다음 각 호의 사항을 기재한 택지개발계획승인신청서를 건설교통부장관에게 제출하여야 한다. (이하 생략)

1. 내지 6. 생략

② 내지 ④ 생략

⑤ 제1항의 규정에 의한 택지개발계획의 수립기준 기타 필요한 사항은 건설교통부장관이 따로 정한다.

⑥ 생략

2. 당사자의 주장

가. 청구인들의 주장요지

(1) 행정입법 부작위의 위헌확인 주장

택지개발지구내에 거주하는 철거민에게 부여되는 아파트 입주권은 철거민이 의사에 반하여 강제로 주거이전을 함에 따라 입게 된 특별손실에 대한 보상으로서 공익토지보상법 제78조 제1항의 규정에 따라 이주대책의 일환으로 부여받는 권리가거나 최소한 수십 년간의 반복된 시행으로 당연히 받을 것으로 예상하는 기대이익이다. 그러므로 공익토지보상법 제78조 제1항의 위임에 따라 같은법시행령 제40조 제3항은 그러한 권리 또는 기대이익의 실현에 필요한 사항 즉, 아파트 입주권을 받기 위한 자격요건과 분양방법 등을 규정하고 이주대책 기준일도 지구지정 고시일로 규정하는 등 이주대책의 수립·실시, 특히 이주대책 대상자 선정에 필요한 사항을 규정하였어야 함에도 이러한 규정을 두지 아니하였다. 이는 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임받은 사항을 대통령령에 규정하지 아니한 행정입법부작위로서 그로 인하여 이주대책

대상자에서 제외된 청구인들의 헌법상 보장된 기본권을 침해한 것이다.

(2) 이 사건 지침 조항의 위헌확인 주장

이 사건 지침 조항은 위임입법의 한계를 일탈하여 자의적인 기준으로 수용으로 생활근거지를 상실하게 된 청구인들을 이주대책 대상자에서 배제시킴으로써 청구인들의 헌법상 보장된 재산권, 행복추구권, 평등권 또는 수용절차에서 정당한 보상을 받을 권리를 침해한 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

① 공람공고일 이후 개발정보의 노출에 따른 투기수요 유발의 역제는 1가구 2주택자에 대하여만 입주권을 부여하지 않는 등 합리적인 다른 방법으로 달성할 수 있는데도 공람공고일 이후의 가옥 취득자는 1가구 1주택자라고 하여도 이주대책 대상자에서 제외되게 규정하는 것은 기본권에 대한 과도한 제한이다(헌법 제37조 제2항 위반).

② 택지개발과정에서 공람공고는 주민의 의견을 수렴하여 민원을 최소화하기 위한 행정절차에 불과할 뿐 택지개발예정지구로 확정하여 대외적으로 표시하는 절차가 아니므로 공람공고일을 이주대책의 합리적인 기준일로 볼 수 없다.

나. 건설교통부장관의 답변요지

법령상 철거민에게 아파트 입주권이라는 구체적인 권리가 부여된 것이 아니다.

그리고 이주대책 대상자가 되기 위해서는 주거용 건축물의 계속소유 및 계속거주가 그 요건인데 그 시기는 ‘관계법령에 의한 고시 등이 있는 날’이 될 것이고 그 종기는 ‘당해 건축물의 계약체결일 또는 수용재결일’이 된다. 그런데 택지개발사업에서는 당해 지역에 사업이 시행됨을 주민 등이 인지할 수 있도록 사업계획을 최초로 공고한 택지개발예정지구지정 공람공고일이 그 시기가 된다.

3. 이 사건 심판청구 중 이 사건 지침 조항 위헌확인 부분의 적법 여부

법령에 대한 헌법소원심판은 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받은 자는 그 법령이 시행된 사실을 안 날로부터 90일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 1년 이내에 청구하여야 하고 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다(헌법재판소법 제69조 제1항 및 헌재 1996. 3. 28. 93헌마198, 판례집 8-1, 241, 250 참조).

이 사건 지침 조항은 앞서 본 바와 같이 1999. 6. 28.부터 시행되었으나 청구인들이 그 적용대상이 되어 청구인들의 기본권이 침해된 것은 이 사건 공람공고일 이후로서 청구인들이 장지택지개발예정지구의 가옥소유자들이 되어 거주하기 시작한 2002. 11. 19. 내지 같은 달 21.이다(이주대책 대상자가 되기 위해서는 계속거주 요건을 갖추어야 하므로 청구인들이 거주하기 시작한 시점을 기본권 침해시점으로 본다).

그렇다면 이 사건 지침 조항에 대하여 청구인들이 소원을 제기할 수 있었던 기간은 위 기본권침해 발생일로부터 1년 이내인 2003. 11. 19. 내지 같은 달 21.까지이므로 이 청구기간을 초과하여 2004. 1. 19.에야 제기된 이 부분 심판청구는 부적법하다.

4. 이 사건 심판청구 중 행정입법 부작위 위헌확인 주장에 대한 판단

다음과 같은 이유로 이주대책, 특히 청구인들의 주장과 관련하여 이주대책 대상자의 선정에 관련된 행정입법 부작위는 존재하지 아니한다고 봄이 상당하다.

첫째, 공익토지보상법 시행령 제40조 제3항 제2호의 ‘관계법령에 의한 고시 등이 있는 날’은 이주대책 기준일에 관한 규정으로 보아야 한다. 왜냐하면 청구인들의 기본권 침해 주장과 관련하여 볼 때 이주대책 기준일은 이주대책 대상자를 선정하는 기준일 즉, 이주대책 대상자에 포함되는 사람과 제외되는 사람을 구별하는 기준일을 의미하는 것인바 위 시행령 규정은 ‘관계법령에 의한 고시 등이 있는 날’을 기준으로 하여 그 이후의 사람들을 이주대책 대상자에서 제외되는 것으로 규정함으로써 소극적으로 그 이전의 사람들을 이주대책 대상자에 포함되는 것으로 구별하고 있기 때문이다.

더욱이 위 시행령이 ‘고시가 있는 날’이 아니라 ‘고시 등이 있는 날’로 규정 한 것은 토지수용 절차에 공익토지보상법을 준용하는 ‘관계법령’ 중에는 바로 지구지정 고시를 할 뿐 고시 이전에 주민 등에 대한 공람공고를 예정하지 아니한 법률(국방·군사시설에관한법률 제5조 제2항·제4항, 향만법 제10조, 제37조, 철도건설법 제7조 제4항, 도로법 제25조 제3항)이 있는 반면 지구지정 고시 이전에 주민 등에 대한 공람공고를 예정한 법률(택지개발촉진법 및 그 시행령)도 있기 때문에 그러한 경우를 모두 포섭하기 위한 것으로 보인다. 따라서 ‘관계법령에 의한 고시 등이 있는 날’에는 지구지정 고시일 뿐만 아니라 고시를 하기 위한 전제로서의 공람공고일도 포함될 수 있다고 보아야 한다(이 사건 지침 조항은 이를 확인하기 위한 규정으로 봄이 상당하다). 그렇다

면 위 시행령 규정은 지구지정 고시일과 공람공고일이 모두 포함될 수 있는, 이주대책 기준일에 관한 포괄적 규정으로 보아야 하므로 청구인들의 주장과 같은 행정입법 부작위가 존재하는 것으로 볼 수 없다.

둘째, 공익토지보상법 시행령 제40조 제3항은 이주대책 기준일 외에도 제1호와 제3호에서 무허가 건축물의 소유자와 타인 소유의 건축물에 거주하는 세입자를 이주대책 대상자에서 제외하고 제2호에서 건축물 소유자에 대하여도 계속 거주 요건을 부과함으로써 이주대책 대상자를 확정하는 데 필요한 요건들을 규정하고 있다.

이와 같이 이주대책의 수립·실시, 특히 이주대책 대상자 선정에 필요한 행정입법의 존재가 인정되는 이상 행정입법의 부작위를 전제로 한 이 부분 심판청구는 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 사건 심판청구 중 이 사건 지침 조항의 위헌확인 주장부분은 부적법하므로 이를 각하하고 행정입법 부작위 위헌확인 주장부분은 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

헌법재판소법 제68조 제1항 등 위헌확인

(2005. 5. 26. 2004헌마671 전원재판부)

【판시사항】

1. 헌법소원에 대한 적법요건 규정이 입법자의 입법형성의 영역에 속하는 것인지 여부(적극)
2. 헌법소원심판청구의 적법요건으로 기본권 침해의 직접성을 요구하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 “기본권을 침해받은” 부분이 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 재판청구권의 실현은 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성은 불가피하므로 원칙적으로 소송법상의 재판청구권과 관계되는 제 제도는 입법자의 광범위한 입법형성권하에 놓여 있는 것인바, 헌법 제111조 제1항 제5호도 헌법재판소의 다른 관장사항과 달리 ‘법률이 정하는’ 헌법소원에 관한 심판이라고 규정하여 헌법소원제도의 구체적 형성을 입법자에게 위임하고 있다. 그러므로 헌법소원의 적법요건을 어떻게 규정할 것인가는 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 것이다.

2. 헌법소원심판의 직접성 요건은 다른 권리구제수단에 의해서는 구제되지 않는 기본권 보장을 위한 특별하고도 보충적인 수단이라는 헌법소원의 본질로부터 비롯된 것이므로, 이 사건 조항이 헌법소원심판청구의 적법요건 중 하나로 기본권 침해의 직접성을 요구하는 것이 재판청구권을 침해하는 것은 아니다.

【심판대상조문】

헌법재판소법 제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아

니면 청구할 수 없다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제10조, 제11조, 제12조 제1항, 제27조, 제37조 제2항, 제103조

형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

② 공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제130조(제삼자뇌물제공) 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제삼자에게 뇌물을 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제132조(알선수뢰) 공무원이 그 지위를 이용하여 다른 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 1996. 8. 29. 96헌바57, 판례집 8-2, 46, 60
- 2. 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 503 등

【당 사 자】

청 구 인 신○필

국선대리인 변호사 이성환

【주 문】

이 사건 심판청구를 기각한다.

【이 유】

- 1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 청구인의 채권자의 신청에 따라 청구인 소유의 부동산에 관하여 경매절차가 개시되자 2004. 7. 14. 부동산 경매제도를 규정한 민사집행법 제1

조, 제24조, 제80조, 제103조 등이 채권자의 권리만 일방적으로 보장하고 채무자의 권리를 무시함으로써 평등권을 침해한다며 헌법재판소에 헌법소원심판(2004헌마561)을 청구하였으나, 2004. 8. 10. 위 심판청구가 기본권 침해의 직접성의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다는 이유로 각하되었다.

이에 청구인은 기본권 침해의 직접성을 요구하고 있는 헌법재판소법(이하 ‘법’이라 한다) 제68조 제1항 본문이 위헌이라고 주장하며, 2004. 8. 24. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 법 제68조 제1항 본문 중 ‘기본권을 침해받은’ 부분(이하 ‘이 사건 조항’이라 한다)이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이다.

법 제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.

2. 청구인의 주장

모든 법령은 국민에 대한 관계에서 국가기관의 공권력의 행사에 해당하고, 그로 인한 기본권 침해가 직접적이든 간접적이든, 현재에 관한 것이든 과거나 미래에 관한 것이든지 상관없이 모두 헌법소원의 대상이 될 수 있어야 함에도 불구하고, 이 사건 조항은 기본권 침해의 직접성을 헌법소원심판청구의 요건으로 하여 헌법소원의 심판대상을 제한함으로써 청구인이 헌법재판을 받을 권리를 침해한다.

3. 판 단

가. 법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 개별적인 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 주관적 권리구제형 헌법소원이다. 헌법 제10조에서 규정하듯이 모든 국가권력은 국민의 기본권에 기속되므로 원칙적으로 기본권에 기속되는 국가권력은 모두 헌법소원의 대상이 된다고 하여야 할 것이다.

그런데, 법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 예외적이고 보충적인 특별권리구제수단으로서 다른 법률이 규정하는 권리구제수단에 의하여 구제되지 않는 기본권 보장의 사각지대를 막기 위한 구제수단으로서의 의미를 가지므로 모든 공권력의 행사나 불행사를 심판대상으로 삼을 것은 아니고, 상대적으로 기본권 침해의 위험성이 적거나 그에 대한 권리구제수단이 잘 갖추어져 있는

경우에는 법률로 헌법소원의 대상에서 배제함으로써 심판청구를 제한할 수 있다. 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정함으로써 재판청구권을 보장하고 있는바, 법원에서의 재판절차가 법률상 권리의 구제절차이자 동시에 기본권 침해에 대한 기본적인 구제절차로서 이미 마련되어 있기 때문이다.

한편, 일반적으로도 재판청구권의 실현은 법원의 조직과 절차에 관한 입법에 의존하고 있기 때문에 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성은 불가피하며, 따라서 원칙적으로 소송법상의 재판청구권과 관계되는 제 제도는 입법자의 광범위한 입법형성권 하에 놓여 있는 것인바(헌재 1996. 8. 29. 93헌마57, 판례집 8-2, 46, 60 참조), 헌법 제111조 제1항 제5호도 헌법재판소의 다른 관장사항과 달리 ‘법률이 정하는’ 헌법소원에 관한 심판이라고 규정하여 헌법소원제도의 구체적 형성을 입법자에게 위임하고 있다. 이는 헌법소원의 구체적 내용에 관해서 우리나라의 사법체계나 기본권 상황, 그리고 제도적 폐해 등을 고려하여 입법자가 형성하라는 취지라 할 것이다.

나. 법 제68조 제1항 본문은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 …… 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 하고 있는바, 이는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권을 현재 직접적으로 침해당한 자만이 헌법소원을 청구할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 기본권 침해의 직접성을 결여하는 경우 그 공권력 행사에 대한 헌법소원은 부적법하게 된다는 점에서 이 사건 조항은 국민의 헌법재판을 받을 권리를 제한한다고 할 수 있다.

기본권 침해의 직접성의 요건은 법령에 대한 헌법소원에서 특히 중요한 의미를 갖는데, 기본권 침해의 직접성은 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 의미하므로(헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 814, 823; 1998. 7. 16. 96헌마268, 판례집 10-2, 312, 334; 2004. 9. 23. 2003헌마19), 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다(헌재 1998. 3. 26. 96헌마166, 판례집 10-1, 285, 293-294 참조). 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법령규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에도 당해 법령규정의 직접성은 부인된다고 할 것이다(헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878; 2004. 9. 23. 2003헌마231 등, 판례집 16-2상, 586 참조).

다. 법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권 침해의 직접성’을 요구하는 이유에 대하여 우리 재판소는 “법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권 침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문”이라 판시하였는바(헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 503 등), 이는 헌법소원의 본질이 앞서 본 바와 같이 예외적이고 보충적인 특별권리수단이라는 성격을 반영한 것이라 할 수 있다.

특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권 침해의 가능성만을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이 때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권 침해가 인정될 여지가 없다.

우리 재판소는 법 제68조 제1항의 헌법소원 사건에서 기본권 침해의 직접성이 요구됨을 반복하여 판시하여 왔는바, 직접성 요건이 헌법소원의 적법요건이라는 점은 우리 재판소의 확립된 견해라 할 것이다.

라. 직접성의 요건은 지나치게 좁게 인정하면 헌법재판소의 본안판단의 부담을 절감할 수는 있지만 반면에 재판을 받을 권리를 부당하게 박탈하는 결과에 이르게 될 것이므로 직접성을 판단함에 있어 다른 분쟁의 해결수단, 행정적 구제·입법적 구제의 유무 등을 기준으로 신중히 판단하여야 할 것이나, 구체적 집행행위가 존재하거나 예정되어 있는 경우라고 하여 언제나 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니다. 우리 재판소는 다음과 같이 직접성의 요건의 예외를 넓게 인정하여 왔다.

즉, 집행행위가 예정되어 있는 경우라고 하더라도 “예외적으로 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위를 하여야 하는 때”(헌재 1995. 2. 23. 90헌마214, 판례집 7-1, 245, 254-255) 또는 “법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태”(헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104)라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다.

또한, 법령의 적용에 따른 구체적인 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나, 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해에 대한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에도 당해 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다(헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 203; 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303; 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502).

그 밖에 법령의 집행행위를 기다렸다가 그 집행행위에 대한 권리구제절차를 밟을 것을 국민에게 요구할 수 없는 경우에도 예외적으로 기본권 침해의 직접성이 인정될 수 있다. 예컨대, 형법상의 법률조항은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체에 의하여 국민의 신체의 자유를 제한하는 것이 아니라 넓은 의미의 재량행위(법관의 양형)의 하나인 형법조항의 적용행위라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한되는 것이지만, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법조항에 대하여 위반행위를 우선 법하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다. 따라서 이러한 경우 집행행위가 재량행위임에도 불구하고 법령에 대한 헌법소원심판청구의 적법성을 인정할 수 있다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154; 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504 참조).

마. 이와 같이 헌법소원심판의 직접성 요건이 다른 권리구제수단에 의해서는 구제되지 않는 기본권 보장을 위한 특별하고도 보충적인 수단이라는 헌법소원의 본질로부터 비롯된 것이라는 점 및 우리 재판소 판례를 통하여 직접성 요건에 관하여 그 예외가 넓게 인정되고 있다는 점을 고려하면, 이 사건 조항이 헌법소원심판청구의 적법요건 중 하나로 기본권 침해의 직접성을 요구하는 것이 청구인의 헌법소원심판청구를 지나치게 제한하여 재판을 받을 권리의 본질적인 부분을 침해한다고 볼 수는 없다.

4. 결 론

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

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

지방세법 제110조 제1호 단서 위헌제청

(2005. 6. 30. 2003헌가19 전원재판부)

【판시사항】

재판의 전제성이 없다고 하여 각하한 사례

【결정요지】

취소소송에 있어서 취소의 대상이 되는 처분의 기초적 사유는 특별한 사정이 없는 한 처분청의 주장 및 이를 뒷받침하는 자료에 의하여 결정된다고 할 것인데, 당해사건에서 은평구청장이 제청신청인의 일반분양용 토지에 대한 별도의 취득행위를 과세대상으로 파악하여 이 사건 과세처분을 하였다고 주장하고 있고, 취득세조사서의 기재도 이와 배치되지 않으며, 달리 이 사건 과세처분이 토지신탁을 대상으로 한 것이라고 볼 만한 자료가 없는 이상 이 사건 과세처분은 일반분양용 토지의 새로운 취득에 관한 것이라고 봄이 타당하다.

그렇다면 일반분양용 토지에 대하여 제청신청인의 새로운 취득행위가 존재하는 것인지, 만약 새로운 취득행위가 있다면 여기에 대한 취득세 부과가 가능한지 여부 등에 의하여 이 사건 과세처분의 적법성 여부가 결정될 것이고, 이는 모두 취득세에 관한 지방세법상의 일반조항의 해석에 의하여 해결될 문제로 보이므로, 신탁취득에 관하여 적용되는 이 사건 법률조항은 재판의 전제성이 없고, 따라서 이 사건 위헌제청은 부적법하다.

【심판대상조문】

지방세법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되고 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 개정되기 전의 것) 제110조(형식적인 소유권의 취득 등에 대한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다.

1. 신탁(신탁법에 의한 신탁으로서 신탁등기가 병행되는 것에 한한다)으로 인한 신탁재산의 취득으로서 다음 각 목의 1에 해당하는 취득. 다만, 주택건설촉진법 제44조의 규정에 의한 주택조합과 조합원간의 신탁재산 취득을 제외한다.

헌재 2005. 6. 30. 2003헌가19

가. 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우의 취득

나. 신탁의 종료 또는 해지로 인하여 수탁자로부터 위탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우의 취득

다. 수탁자의 경질로 인하여 신수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우의 취득

2.~5. 생략

【참조조문】

헌법재판소법 제41조(재판의 정지 등) ① 법원이 법률의 위헌 여부의 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌 여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 중구재판외의 소송절차를 진행할 수 있다.

② 생략

지방세법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되고 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 개정되기 전의 것) 제104조(정의) 취득세에서 사용하는 용어의 의미는 다음 각 호와 같다.

1.~7의4. 생략

8. 취득 : 매매, 교환, 상속, 증여, 기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 개수, 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성등과 기타 이와 유사한 취득으로서 원시취득, 승계취득 또는 유상무상을 불문한 일체의 취득을 말한다.

9.~11. 생략

지방세법(2002. 2. 4. 법률 제6656호로 개정되고 2003. 7. 29. 법률 제6956호로 개정되기 전의 것) 제105조(납세의무자 등) ①~⑨ 생략

⑩ 주택건설촉진법 제44조의 규정에 의한 주택조합이 당해 조합원용으로 취득하는 조합주택용 부동산(공동주택과 부대·복리시설 및 그 부속토지를 말한다)은 그 조합원이 취득한 것으로 본다.

【참조판례】

헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 238

헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 863

【당 사 자】

제 청 법 원 서울행정법원

제청신청인 ○○재건축조합

대표자 조합장 남○우

대리인 법무법인 남산

담당변호사 임동진 외 2인

당 해 사 건 서울행정법원 2003구합10220 취득세부과처분취소

【주 문】

이 사건 위헌법률심판제청을 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요

가. 제청신청인은 서울시 은평구 ○○동 173의2 외 4필지 합계 3,867.80㎡ 지상에 건립된 연립주택의 재건축을 목적으로 1995. 11. 3.에 설립된 구 주택건설촉진법(2002. 12. 30. 법률 제6852호 도시및주거환경정비법으로 전문 개정되기 전의 것) 제44조가 정한 주택조합이다.

나. 제청신청인은 1997. 11. 4. 조합원들로부터 위 토지를 신탁받아 등기를 마친 후, 위 토지상에 연면적 20,159.87㎡의 아파트 및 상가를 재건축하여, 2001. 9. 7. 사용승인을 받았다. 그 후 제청신청인은 2001. 11. 6.경 위 토지에 대하여 대지권등기를 함과 동시에 조합원용 아파트 48채에 대하여는 각 조합원 명의의 소유권보존등기를, 일반에게 분양된 나머지 아파트 74채 및 상가건축물에 대하여는 조합 명의의 소유권보존등기와 각 수분양자 앞으로의 소유권이전등기를 각 경료하였다.

다. 서울특별시 은평구청장은, 제청신청인이 신탁받은 토지 중 재건축 후 각 조합원 앞으로 소유권이전등기가 경료되어 반환된 토지부분을 제외한 나머지 부분[즉, 일반분양용 건축물의 대지권의 목적이 된 2,531.236㎡(이하 '일반분양용 토지'라 한다)]에 대하여 제청신청인에게 취득세 납부의무가 있다고 보고, 2002. 7. 9. 취득세 64,516,230원(가산세 포함)과 농어촌특별세 3,398,180원을 부과하였다(이하 '이 사건 과세처분'이라 한다).

라. 제청신청인은 당해 사건으로 위 과세처분의 취소를 구하는 소를 제기하였는데, 제청법원은 2003. 9. 29. 주택조합과 조합원간의 신탁재산 취득을 비과세대상에서 제외한 지방세법 제110조 제1호 단서 규정(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)이 헌법상 평등원칙에 위배된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 판단하고 위헌법률심판제청을 하였다.

2. 적법요건에 대한 판단

가. 위헌제청법률조항

제청법원이 위헌법률심판제청을 한 법률조항의 내용은 다음과 같다.

지방세법 제110조(형식적인 소유권의 취득 등에 대한 비과세) 다음 각 호의 1에 해당하는 것에 대하여는 취득세를 부과하지 아니한다.

1. 신탁(신탁법에 의한 신탁으로서 신탁등기가 병행되는 것에 한한다)으로 인한 신탁재산의 취득으로서 다음 각 목의 1에 해당하는 취득. 다만, 주택건설촉진법 제44조의 규정에 의한 주택조합과 조합원간의 신탁재산 취득을 제외한다.

가. 위탁자로부터 수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우의 취득

나. 신탁의 종료 또는 해지로 인하여 수탁자로부터 위탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우의 취득

다. 수탁자의 경질로 인하여 신수탁자에게 신탁재산을 이전하는 경우의 취득

나. 재판의 전제성 유무

(1) 법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 여기서 재판의 전제성이란, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속중이어야 하고, 둘째 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 238; 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848, 863).

(2) 당해 사건에서 제청신청인은 이 사건 과세처분이 제청신청인의 1997. 11. 4.자 신탁등기로 인한 일반분양용 토지의 취득을 과세대상으로 삼아 이루어진 것이라고 보고 그 취소를 구하는 소를 제기하였다. 그리고 제청법원도 과세대상에 관하여 제청신청인과 같은 견해를 취하면서 위 1997. 11. 4.자 신탁에 의한 제청신청인의 취득은 구 지방세법(1997. 8. 30. 법률 제5406호로 개정되기 전의 것) 하에서는 비과세대상이었으나 이 사건 법률조항으로 인하여 비과세대상에서 제외되었는바, 이는 다른 형태의 신탁에 의한 취득의 경우와 비교하여 평등원칙에 위배된다고 판단하였다.

그런데 기록에 의하면, 처분청인 은평구청장은 재건축사업이 종료될 무렵에 이루어진 제청신청인의 일반분양용 토지의 취득을 이 사건 과세처분의 대상으로 내세우고 있다. 즉 이 사건 과세처분의 대상은 '1997. 11. 4.자 신탁에 의한 토지취득'이 아니고 재건축 후 신탁이 종료되면서 조합원용 토지가 조합

원에게 반환되고 나머지 ‘일반분양용 토지에 대한 제청신청인 명의의 대지권 등기를 함으로써 이루어진 별도의 새로운 취득’이라는 것이다. 그리고 취득세 조사서의 기재에 의하면, 이 사건 과세처분은 일반분양용 토지가 확정된 이후인 2001. 10. 20.자 제청신청인의 일반분양용 토지취득에 대한 과세라고 표시되어 있다.

살피건대, 취소소송에 있어서 취소의 대상이 되는 처분의 기초적 사유는 특별한 사정이 없는 한 처분청의 주장 및 이를 뒷받침하는 자료에 의하여 결정된다고 할 것인데, 당해 사건에서 은평구청장이 제청신청인의 일반분양용 토지에 대한 별도의 취득행위를 과세대상으로 파악하여 이 사건 과세처분을 하였다고 주장하고 있고, 취득세조사서의 기재도 이와 배치되지 않으며, 달리 이 사건 과세처분이 ‘1997. 11. 4.자 토지신탁’을 대상으로 한 것이라고 볼 만한 자료가 없는 이상 이 사건 과세처분은 일반분양용 토지의 새로운 취득에 관한 것이라고 봄이 타당하다.

그렇다면 일반분양용 토지에 대하여 신탁과 무관한 제청신청인의 새로운 취득행위가 존재하는 것인지, 만약 새로운 취득행위가 있다면 여기에 대한 취득세 부과가 가능한지 여부 등에 의하여 이 사건 과세처분의 적법성 여부가 결정될 것이고, 이는 모두 취득세에 관한 지방세법상의 일반조항의 해석에 의하여 해결될 문제로 보인다.

(3) 따라서 달리 이 사건 과세대상을 신탁에 의한 취득이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 이 사건 법률조항은 당해 사건의 재판에 적용되는 법률조항이라고 할 수 없다.

3. 결 론

그렇다면, 이 사건 위헌법률제청신청은 재판의 전제성이 없어 부적법하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항 위헌제청

(2005. 6. 30. 2005헌가1 전원재판부)

【판시사항】

1. 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항 중 ‘입찰참가 자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분’이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부(적극)
2. 위 법률조항이 포괄위임금지원칙에 위반되는지 여부(적극)
3. 위 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하는 이유

【결정요지】

1. 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항 중 ‘입찰참가 자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)은 기간을 특정하지 않은 채 단지 “일정기간”이라고만 규정함으로써 입찰참가자격 제한기간의 상한을 정하지 않고 있다. 물론 부정당업자의 입찰참가자격 제한제도의 입법목적에 비추어 볼 때 “일정기간”을 ‘경쟁의 공정한 집행과 계약의 적정한 이행을 위하여 필요한 범위 내의 일정한 기간’이라고 해석할 수도 있으나 이러한 해석에 따른다고 하더라도 여전히 기간의 상한은 전혀 예측할 수 없을 뿐 아니라 국가를당사자로하는계약에관한법률의 입법목적과 다른 규정들과의 상호관계를 고려해 보더라도 제한기간의 상한을 미루어 알 수 있는 단서를 전혀 찾아볼 수 없다. 입찰참가자격 제한기간은 제한사유 못지않게 자격제한의 핵심적·본질적 요소라고 할 것임에도 이 사건 법률조항은 그 상한을 전혀 규정하지 않음으로써 자격제한사유에 해당하는 자로 하여금 이 조항의 내용만으로는 자격제한의 기간을 전혀 예측할 수 없게 하고 동시에 국가기관의 자의적인 집행을 가능하게 하므로 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위반된다.

2. 이 사건 법률조항은 입찰참가자격의 제한기간에 관하여 “일정기간”이라고만 규정하고 그 구체적인 범위를 대통령령에 위임하고 있는데 이 사건 법률조항은 부정당업자의 입찰참가자격제한에 관한 규정으로서 직업의 자유를 제한하는 내용이므로 위임에 있어서 구체성과 명확성의 요구는 보다 강화된다고 보아야 한다. 그런데 이 사건 법률조항의 “일정기간”의 개념은 매우 불명확하여 수범자인 국민으로 하여금 대통령령에 기간의 상한이 어느 정도로 정하여질지 전혀 그 대강을 예측할 수 없도록 되어 있고, “일정기간”은 사전적으로는 ‘정해져 있는 기간’을 의미하나 사실상은 기간의 제한이 없는 것과 다를 바 없어 결국 하위법령에 자격제한기간을 전적으로 모두 위임하는 것과 같으며 관련법조항을 종합적으로 살펴보아도 ‘일정기간의 상한’을 예측할 수 없으므로 이 사건 법률조항은 포괄위임금지 원칙에 위반된다.

3. 법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다.

이 사건의 경우, 부정당업자가 국가의 계약에 관여함에 따라 발생할 우려가 있는 공적 피해를 예방하고 국가가 추구하는 공적 목표 달성을 위한 계약의 충실한 이행을 확보하기 위해서는 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 법규정이 반드시 필요하는데, 헌법재판소가 단지 입찰참가자격 제한기간을 정한 입법형식의 잘못을 들어 단순위헌결정을 함으로써 당장 이 사건 법률조항의 효력을 소멸시킨다면 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 할 수 없게 되어 부정당업자의 계약 관여에 따라 발생할 공적 피해의 예방이 불가능하게 되는 결과를 초래함으로써 도리어 헌법적 질서와 멀어지는 바람직하지 못한 법적 상태가 야기될 우려가 있다. 따라서 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지 일정기간 동안 위헌적인 법규정을 존속하게 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있으므로 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 2006. 4. 30. 을 시한으로 잠정적으로 적용하게 한다.

【심판대상조문】

국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 일정기간 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

② 삭제

【참조조문】

국가를당사자로하는계약에관한법률시행령 제76조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 1에 해당하는 계약상대자 또는 입찰자(계약상대자 또는 입찰자의 대리인·지배인 기타 사용인을 포함한다)에 대하여는 법 제27조의 규정에 의하여 당해 사실이 있는 후 지체없이 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

1. 계약을 이행함에 있어서 부실·조잡 또는 부당하게 하거나 부정한 행위를 한 자
2. 건설산업기본법·전기공사업법·정보통신공사업법 기타 다른 법령에 의한 하도급의 제한규정에 위반(하도급통지의무위반의 경우를 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자
3. 독점규제및공정거래에관한법률 또는 하도급거래공정화에관한법률의 규정에 위반하여 공정거래위원회로부터 입찰참가자격제한 요청이 있는 자
4. 조사설계용역계약 또는 원가계산용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자
5. 공사·물품제조 등의 경우 안전대책을 소홀히 하여 공중에게 위해를 가한 자 또는 사업장에서 산업안전보건법에 의한 안전·보건조치를 소홀히 하여 근로자 등에게 사망 등 중대한 위해를 가한 자
6. 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행(제19조의 규정에 의한 부대입찰에 관한 사항과 제72조 및 제72조의2의 규정에 의한 공동계약에 관한 사항의 이행을 포함한다)하지 아니한 자
7. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자
8. 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 자
9. 고의로 무효의 입찰을 한 자
10. 입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계공무원(법 제29조의 규정에

의한 국제계약분쟁조정위원회, 이 영 제94조의 규정에 의한 계약심의회, 건설기술관리법에 의한 중앙건설기술심의위원회·특별건설기술심의위원회 및 설계자문위원회의 위원을 포함한다)에게 뇌물을 준 자

11. 입찰참가신청서 또는 입찰참가승낙서를 제출하고도 정당한 이유없이 당해 회계연도 중 3회 이상 입찰에 참가하지 아니한 자
12. 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자
13. 감독 또는 검사에 있어서 그 직무의 수행을 방해한 자
14. 정당한 이유없이 제42조 제1항 본문의 규정에 의한 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니한 자
15. 제86조 또는 제87조의 규정에 의하여 대안입찰 또는 일괄입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시설계적격자로 선정된 후 정당한 이유없이 기한 내에 실시설계서를 제출하지 아니한 자

② 제1항의 규정에 의한 입찰참가자격제한의 세부기준은 재정경제부령으로 정한다.

③~⑥ 생략

⑦ 각 중앙관서의 장은 제1항 내지 제5항의 규정에 따라 입찰참가자격을 제한받은 자에 대하여 당해 제한기간 내에는 그 관서에서 집행하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 하여야 한다.

⑧~⑩ 생략

국가를당사자로하는계약에관한법률시행규칙 제76조(부정당업자의 입찰참가자격 제한기준 등) ① 영 제76조 제1항의 규정에 의한 부정당업자의 입찰참가자격 제한의 세부기준은 별표 2와 같다.

② 입찰참가자격의 제한을 받은 자에게 그 처분일로부터 입찰참가자격제한기간 종료 후 6월이 경과하는 날까지의 기간중 다시 부정당업자에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 당해사유에 대하여 2년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 자격제한기간을 별표 2의 해당호에서 정한 기간의 2배까지 가중하여 제한할 수 있다.

③~⑤ 생략

[별표 2] 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준(제76조 관련)

1. 1년 이상 2년 이하의 범위내에서 입찰참가자격을 제한하는 경우

가. 매우 현저하게 부실시공 또는 부실설계·감리[건설기술관리법 제21조의4의 규정에 의한 부실별점(이하 “부실별점”이라 한다)이 100점을 초과한 때를 말한다]를 한 자

나. 계약의 이행을 매우 현저하게 조잡[공사의 경우 하자담보책임기간중 하자검사 결과 하자보수보증금에 대한 하자발생누계금액비율(이하 “하자비율”이라 한다)이 100분의 300이상인 때를 말하고, 물품의 경우 물품보증기간중 계약금액에 대한 보수비용발생 누계금액비율(이하 “보수비율”이라 한다)이 100분의 15이상인 때를 말한다] 또는 매우 현저하게 설계서(물품제조의 경우에는 규격서를 말한다. 이하 같다)와 달리 구조물 내구성 연한의 단축, 안전도의 위해를 가져오는 등 부당한

- 시공(물품의 경우에는 제조를 말한다. 이하 같다)을 하거나 매우 현저하게 설계서상의 기준 규격보다 낮은 다른 자재를 쓰는 등 부정한 시공을 한 자
- 다. 공사·물품제조 등의 경우 안전대책을 소홀히 하여 사고가 발생함으로써 당해 사업장 외의 불특정다수인에게 인명피해를 입혔거나 사업장외의 시설이 손괴 되게 한 자
 - 라. 건설산업기본법·전기공사법·정보통신공사법 기타 다른 법령에 의한 하도급 제한규정에 위반(하도급통지의무위반의 경우를 제외한다)하여 하도급한 자 및 정부의 승인없이 하도급을 하게 하거나 하도급 조건을 우월적인 지위를 남용하여 하도급자에게 불리하게 변경한 자
 - 마. 경쟁입찰에 있어서 특정인의 낙찰을 위하여 답합을 주도한 자
 - 바. 입찰에 관한 서류의 위조·변조·부정행사 또는 허위서류의 제출을 통하여 낙찰된 자
 - 사. 입찰·낙찰·계약체결 또는 계약이행과 관련하여 관계공무원에게 뇌물을 제공한 자
2. 6월 이상 1년 미만의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하는 경우
- 가. 현저하게 부실시공 또는 부실설계·감리(부실별점이 50점 이상 100점 이하인 때를 말한다)를 한 자
 - 나. 계약의 이행을 현저하게 조잡(공사의 경우 하자비율이 100분의 200이상 100분의 300미만인 때를 말하고, 물품의 경우 보수비율이 100분의 10이상 100분의 15미만인 때를 말한다) 또는 현저하게 설계서와 달리 구조물 내구성 연한의 단축, 안전도의 위해를 가져오는 등 부당한 시공을 하거나 현저하게 설계서상의 기준규격보다 낮은 다른 자재를 쓰는 등 부정한 시공을 한 자
 - 다. 사업장에서 산업안전보건법에 의한 안전·보건조치를 소홀히 하여 동시에 3인 이상의 근로자가 사망(의사의 최초 소견서상 전치 3월 이상인 부상자 2인은 사망자 1인으로 본다)하는 재해를 발생시킨 자
 - 라. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나 특정인의 낙찰을 위하여 답합한 자
 - 마. 입찰 또는 계약에 관한 서류를 위조·변조하거나 부정하게 행사한 자 또는 허위서류를 제출한 자(제1호 바목에 해당하는 자를 제외한다)
 - 바. 삭제
 - 사. 고의로 무효의 입찰을 한 자
 - 아. 정당한 이유없이 계약을 체결 또는 이행하지 아니한 자(제3호 사목에 해당하는 자를 제외한다)
 - 자. 입찰 또는 낙찰자의 결정과 관련하여 관계공무원에게 뇌물을 제공한 자
3. 1월 이상 6월 미만의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하는 경우
- 가. 부실시공 또는 부실설계·감리(부실별점이 20점 이상 50점 이하인 때를 말한다)를 한 자

- 나. 계약의 이행을 조잡(공사의 경우 하자비용이 100분의 100이상 100분의 200미만 인 때를 말하고, 물품의 경우 보수비용이 100분의 6이상 100분의 10미만인 때를 말한다)하게 한 자 또는 설계사와 달리 구조물 내구성 연한의 단축, 안전도의 위해를 가져오는 등 부당한 시공을 하거나, 설계서상의 기준규격보다 낮은 다른 자재를 쓰는 등 부정한 시공을 한 자
 - 다. 다른 사람의 입찰참가를 방해하거나 낙찰자의 계약체결 또는 그 이행을 방해한 자
 - 라. 감독 또는 검사에 있어서 그 직무수행을 방해한 자
 - 마. 공사계약의 연대보증인으로서 하자보수를 요구받고도 정당한 이유없이 이에 불응한 자
 - 바. 조사설계용역계약 또는 원가계산용역계약에 있어서 고의 또는 중대한 과실로 조사설계금액이나 원가계산금액을 적정하게 산정하지 아니한 자
 - 사. 정당한 사유없이 영 제19조의 규정에 의한 부대입찰에 관한 사항을 이행하지 아니한 자, 영 제52조 제1항 단서의 규정에 의하여 공사이행보증서를 제출하여야 하는 자로서 동공사이행보증서 제출의무를 이행하지 아니한 자 또는 영 제72조의 규정에 의한 공동계약에 있어서 공동계약에서 정한 공동수급체구성원간의 출자비용 또는 분담내용에 따라 시공하지 아니한 자
 - 아. 삭제
 - 자. 입찰참가신청서 또는 입찰참가승낙서를 제출하고 정당한 이유없이 당해 회계 연도중 3회 이상 입찰에 참가하지 아니한 자
 - 차. 정당한 이유없이 영 제42조 제1항 본문의 규정에 의한 계약이행능력의 심사에 필요한 서류의 전부 또는 일부를 제출하지 아니한 자
 - 카. 영 제86조 또는 제87조의 규정에 의하여 대안입찰 또는 일괄입찰의 낙찰자를 결정하는 경우에 실시설계적격자로 선정된 후 정당한 이유없이 기한 내에 실시설계서를 제출하지 아니한 자
4. 독점규제및공정거래에관한법률 및 하도급거래공정화에관한법률에 위반하여 공정 거래위원회로부터 입찰참가자격 제한요청이 있는 자에 대하여는 제1호 내지 제3호에 규정한 사유별 제한기준에 의하되 동기준에 해당하는 사항이 없을 때에는 1월 이상 6월 미만의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한한다.

【참조판례】

1. 2. 3. 헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 공보 104, 581

【당 사 자】

제 청 법 원 서울행정법원(2005. 1. 7. 2004아1581 위헌법률심판제청)
제청신청인 ○○ 주식회사

헌재 2005. 6. 30. 2005헌가1

대표이사 윤○경

대리인 1. 법무법인 세종

담당변호사 황상현 외 3인

2. 변호사 신창언 외 2인

당 해 사 건 서울행정법원 2004구합19729 부정당업자제처분취소

【주 문】

1. 국가를당사자로하는계약에관한법률 제27조 제1항 중 ‘입찰참가자격의 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분’은 헌법에 합치되지 아니한다.

2. 위 법률조항은 2006. 4. 30.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 제청신청인은 2001. 8. 10. 정보통신부전산관리소가 실시한 지식기반행정시스템 전산장비 공급 및 설치에 관한 입찰에 참가하였다가 부적격판정을 받아 위 입찰에서 탈락하였다. 한편 정보통신부전산관리소장은 2004. 7. 8. 위 입찰과 관련하여 제청신청인이 다른 입찰자인 △△ 주식회사 등과 위 입찰에서 제청신청인이 낙찰받기로 담합하였다는 이유로, 국가를당사자로하는계약에관한법률(이하 ‘국계법’이라 한다) 제27조 제1항, 같은법시행령 제76조 제1항 제7호의 규정에 의하여 제청신청인에 대하여 6개월간 입찰참가자격을 제한하는 처분을 하였다.

(2) 이에 제청신청인은 2004. 7. 9. 서울행정법원 2004구합19729호로 정보통신부전산관리소장을 피고로 하여 위 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 같은 해 9. 13. 국계법 제27조 제1항이 평등원칙에 반하고 직업의 자유의 본질적 내용을 침해하며 위임입법의 한계를 일탈하여 위헌이라고 주장하며 위 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였다.

(3) 위 위헌법률심판제청신청에 대하여 제청법원은 2005. 1. 7. 국계법 제27조 제1항 중 “일정기간” 부분은 그 위헌 여부가 당해사건 재판의 전제가 될 뿐만 아니라 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계를 일탈하여 위헌이라

고 인정할 만한 상당한 이유가 있다고 하면서 이에 대하여 위헌제청결정을 하였고 나머지 부분에 대하여는 제청신청인의 신청을 기각하였다.

나. 심판의 대상

제청법원은 국제법(2002. 12. 30. 법률 제6836호로 일부 개정된 것) 제27조 제1항 중 “일정기간” 부분만을 위헌제청의 대상으로 특정하였다. 그런데 제청법원의 위헌제청이유를 보면 국제법 제27조 제1항에서 입찰참가자격을 제한하는 기간에 대하여 단순히 “일정기간”이라고만 규정할 뿐 구체적이고 명확한 한계를 두지 아니한 채 이를 대통령령으로 정하도록 포괄적으로 위임하여 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다는 것이다. 그렇다면 제청법원이 위헌확인을 구하는 대상은 국제법 제27조 제1항 중 ‘입찰참가자격을 제한기간을 대통령령이 정하는 일정기간으로 규정하고 있는 부분’(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이라고 할 것인바 그 내용 및 관련조문의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조문

국제법(2002. 12. 30. 법률 제6836호로 일부 개정된 것) 제27조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 일정기간 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. 이 경우 통보를 받은 다른 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 해당자의 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

② 삭제

(2) 관련조문

국제법시행령(2004. 4. 6. 대통령령 제18359호로 일부 개정된 것) 제76조(부정당업자의 입찰참가자격 제한) ① 각 중앙관서의 장은 다음 각 호의 1에 해당하는 계약상대자 또는 입찰자(계약상대자 또는 입찰자의 대리인·지배인 기타 사용인을 포함한다)에 대하여는 법 제27조의 규정에 의하여 당해 사실이 있은 후 지체없이 1월 이상 2년 이하의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

1. 내지 6. 각 생략

7. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하였거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자

8. 내지 15. 각 생략

② 제1항의 규정에 의한 입찰참가자격제한의 세부기준은 재정경제부령으로 정한다.

③ 내지 ⑥ 각 생략

⑦ 각 중앙관서의 장은 제1항 내지 제5항의 규정에 따라 입찰참가자격을 제한받은 자에 대하여 당해 제한기간 내에는 그 관서에서 집행하는 모든 입찰에 참가할 수 없도록 하여야 한다.

이하 생략

국계법시행규칙(2003. 12. 12. 재정경제부령 제335호로 일부 개정된 것) 제76조(부정당업자의 입찰참가자격 제한기준 등) ① 영 제76조 제1항의 규정에 의한 부정당업자의 입찰참가자격 제한의 세부기준은 별표 2와 같다.

② 입찰참가자격의 제한을 받은 자에게 그 처분일부터 입찰참가자격제한기간 종료 후 6월이 경과하는 날까지의 기간중 다시 부정당업자에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 당해사유에 대하여 2년을 초과하지 아니하는 범위 내에서 자격제한기간을 별표 2의 해당호에서 정한 기간의 2배까지 가중하여 제한할 수 있다.

이하 생략

[별표 2] 부정당업자의 입찰참가자격 제한기준(제76조 관련)

1. 생략

2. 6월 이상 1년 미만의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하는 경우

가. 내지 다. 각 생략

라. 경쟁입찰에 있어서 입찰자간에 서로 상의하여 미리 입찰가격을 협정하거나 특정인의 낙찰을 위하여 담합한 자

이하 생략

2. 제청법원의 위헌제청이유 및 이해관계인 등의 의견

가. 제청법원의 위헌제청이유 요지

국계법 제27조 제1항은 입찰참가자격을 제한하는 기간에 대하여 단순히 “일정기간”이라고만 규정할 뿐 구체적이고 명확한 한계를 두지 아니한 채 이를 대통령령으로 정하도록 포괄적으로 위임함으로써 행정부에 지나치게 광범위한 입법재량권을 주는 결과를 초래하였고, 그로 인하여 국계법시행령 제76조 제1항 각 호가 규정하는 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해하는 행위를 한 국민은 국계법 조항을 아무리 살펴보아도 입찰참가자격을

제한되는 기간의 상한이 대강 어느 정도가 될 것인지를 전혀 예측할 수 없게 되었다. 따라서 국제법 제27조 제1항 중 “일정기간” 부분은 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다고 할 것이다.

나. 이해관계인 등의 의견

(1) 제청신청인의 의견

국제법 제27조 제1항은 국민의 기본권을 제한하는 조항이므로 부정당업자 제재처분의 구성요건 및 효과에 관하여 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 위 법률조항에 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어야 하며 그 정도도 매우 엄격하고 제한적이어야 한다. 한편 헌법이 요구하는 명확성의 원칙 내지 죄형법정주의는 처벌규정의 법적효과에 해당하는 부정당업자에 대한 제재처분의 상한이 적어도 법률 그 자체를 통하여 예견될 것을 요구하고 있다.

그런데 국제법 제27조 제1항은 부정당업자에 대한 제재처분의 상한과 관련하여 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여 일정기간 입찰참가자격을 제한하여야 한다’고 규정하고 있는바 이 경우 “일정기간”이라고 하는 제재처분의 효과는 어떠한 상한을 제시한다고 볼 수 없는 것이고 따라서 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙을 위반한 것으로서 위임입법의 한계를 일탈한 것이고 헌법상의 명확성의 원칙 내지 죄형법정주의원칙에 반하는 것이다.

(2) 정보통신부전산관리소장의 의견

헌법 제75조에서 요구하는 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율 대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 하는데 과잉경쟁의 방지 등을 위한 공공복리를 위한 경우, 국제법 제2조에서 정하고 있는 국제법의 적용영역 등에서는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화되어야 한다.

국제법 제1조 목적, 제2조 적용범위, 제5조 계약의 원칙, 제7조 계약의 방법, 제8조 입찰공고, 제11조 계약서의 작성 및 계약의 성립 등 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 살펴보면 계약상대자와 입찰자는 입찰참가자격 제한범위와 제한기간을 사전에 쉽게 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 헌법이 정한 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

(3) 재정경제부장관의 의견

부정당업자에 대한 입찰참가자격 제한제도는 1961년 예산회계법시행령에

처음 규정된 이래 현행 국제법에 이르기까지 40여 년간 유지되어 왔는데 입찰참가자격 제한기간은 대통령령에서 3년 미만의 범위 내에서 운용되어 왔다. 이러한 과정에서 입찰참가자격 제한기간의 상한에 대하여는 국민이 관습적으로 충분히 예측할 수 있는 사항이라고 할 것이며 경험칙상 적어도 부정당한 행위의 경중에 따라 제한기간이 비례적으로 부과되리라는 것을 예상할 수 있다.

3. 판 단

가. 부정당업자의 입찰참가자격 제한제도의 입법목적

국제법 제27조 제1항에서 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 제도를 둔 취지는 국가를 당사자로 하는 계약에서 공정한 입찰 및 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 자에 대하여 일정기간 동안 입찰참가를 배제함으로써 국가가 체결하는 계약의 성실한 이행을 확보함과 동시에 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위함이다.

우리 재판소는 국제법 제27조 제1항과 유사하게 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 규정하고 있는 정부투자기관관리기본법 제20조 제2항 등의 위헌 여부가 문제된 사건에서 “이러한 입찰참가자격 제한제도는 부정당업자가 정부투자기관의 계약에 관여함에 따라 여러 가지 공적 폐해가 발생할 우려가 있는 경우를 방지하고 계약의 공정성을 확보함과 동시에 정부투자기관이 추구하는 공적 목표를 달성하기 위하여 계약의 충실한 이행을 확보하는 것을 그 목적으로 한다.”고 판시하였다(헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 공보 104, 581, 585).

나. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 명확성의 원칙 위반 여부

(가) 법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권 제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행 가능성을 높일 것이기 때문이다. 그러나 명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다. 일반적으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는

경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되고, 죄형법정주의가 지배하는 형사 관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다. 이러한 명확성의 원칙을 산술적으로 엄격히 관철하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용은 부득이 하다고 할 수밖에 없으며, 당해 법률이 제정된 목적과 타 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비 여부가 가려져야 한다(헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 공보 104, 581, 587).

(나) 국제법 제27조 제1항은 “각 중앙관서의 장은 대통령령이 정하는 바에 의하여 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여서는 일정기간 입찰참가자격을 제한하여야 하며, 이를 다른 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다. ……” 고 규정하고 있는바, 이는 직업의 자유를 직접 제한하는 내용이므로 명확성의 요구가 보다 강화된다.

이 사건 법률조항은 기간을 특정하지 않은 채 단지 “일정기간”이라고만 규정함으로써 입찰참가자격 제한기간의 상한을 정하지 않고 있다. 물론 부정당업자의 입찰참가자격 제한제도의 입법목적에 비추어 볼 때 “일정기간”을 ‘경쟁의 공정한 집행과 계약의 적정한 이행을 위하여 필요한 범위 내의 일정기간’이라고 해석할 수도 있으나 이러한 해석에 따른다고 하더라도 여전히 기간의 상한은 전혀 예측할 수 없을 뿐 아니라 국제법의 입법목적과 다른 규정들과의 상호관계를 고려해 보더라도 제한기간의 상한을 미루어 알 수 있는 단서를 전혀 찾아볼 수 없다.

입찰참가자격 제한기간은 제한사유 못지않게 자격제한의 핵심적·본질적 요소라고 할 것임에도 이 사건 법률조항은 그 상한을 전혀 규정하지 않음으로써 자격제한사유에 해당하는 자로 하여금 이 조항의 내용만으로는 자격제한의 기간을 전혀 예측할 수 없게 하고 동시에 국가기관의 자의적인 집행을 가능하게 한다.

따라서 이 사건 법률조항은 명확성의 원칙에 위반된다.

(2) 포괄위임금지원칙의 위반 여부

(가) 이 사건 법률조항은 입찰참가자격의 제한기간에 관하여 “일정기간”이라고만 규정하고 그 구체적인 범위를 대통령령에 위임하고 있다.

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.

(나) 이 사건 법률조항을 포함한 국제법 제27조 제1항은 직업의 자유를 제한하는 내용이므로 위임에 있어서 구체성과 명확성의 요구는 강화된다고 보아야 한다(헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 공보 104, 581, 588).

그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 “일정기간”의 개념은 매우 불명확하여 수범자인 국민으로 하여금 대통령령에 기간의 상한이 어느 정도로 정하여질지 전혀 그 대강을 예측할 수 없도록 되어 있으므로 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 위반된다(헌재 2002. 6. 27. 2000헌가10, 판례집 14-1, 565, 571 참조). 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 입찰참가자격제한은 직업의 자유에서 도출되는 경쟁의 자유에 대한 제한이므로 이러한 기본권의 제한입법은 적어도 급부행정영역보다 위임의 요건이 좀 더 엄격하여야 하고, 특히 기간을 상정하고 있는 경우 제한기간은 당사자에게 아주 중요한 사항이므로 제한기간이 언제나 명확하게 법률로 정해질 수는 없다고 하더라도 적어도 제한기간의 상한 정도는 법률로 정하여야 할 것이 요구된다. ‘일정기간’은 사전적으로는 ‘정해져 있는 기간’을 의미하나 사실상은 기간의 제한이 없는 것과 다를 바 없어 결국 하위법령에 자격제한 기간을 전적으로 모두 위임하는 것과 같으며, 관련법조항을 종합적으로 살펴보아도 ‘일정기간의 상한’을 예측할 수 없다.

둘째, 일정한 자격이나 면허 등에 관한 사항을 규정하고 있는 각종 법률은 그 자격이나 면허 또는 그에 기하여 수행할 수 있는 업무와 관련하여 일정한 법규 위반행위나 부정행위가 있을 경우 자격이나 면허를 취소하거나 정지시킬 수 있도록 규정하고 있다. 그러한 법률이 자격 등의 정지에 관하여 규정하는 형식을 살펴보면, 정지기간의 범위, 바꾸어 말하면 정지기간의 상한을 법률에 규정한 경우(의료법, 의사사법, 건축사법, 변호사법, 공인노무사법, 공인회계사법, 관세사법, 변리사법, 법무사법, 세무사법, 약사법)와 정지기간의 범위를 법률에 규정하지 않고 하위법령에 위임한 경우(정부투자기관관리기본법, 지방재정법)로 나눌 수 있는바, 대다수의 법률은 전자의 형식을 취하고 있다. 일례를 들어보면 약사법의 경우도 구 약사법은 과거 “보건복지부장관은

…… 기간을 정하여 …… 약사 또는 한약사의 자격정지를 명할 수 있다.”고 규정하고 있었으나(구 약사법 제71조 제2항) 2002. 3. 30. “보건복지부장관은 약사 또는 한약사가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 면허를 취소하거나 1년의 범위 내에서 그 기간을 정하여 약사 또는 한약사의 자격정지를 명할 수 있다.”라고 개정되었다(제71조 제2항).

물론 이 사건 법률조항은 국가기관이 부정당업자에 대하여 단순히 입찰참가자격을 제한할 수 있게 하는 것에 불과하여 자격 혹은 면허의 취소나 정지에 이를 정도의 중한 행정제재는 아니라고 볼 수도 있다. 그러나 국제법 제27조 제1항에 의하여 입찰참가자격이 제한된 자는 제한기간 내에 국가가 집행하는 입찰에의 참가만 금지되는 것이 아니라(국제법 제27조 제1항, 국제법시행령 제76조 제7항) 지방재정법 제62조 제2항, 같은법시행령 제71조 제3항에 의해 지방자치단체가 시행하는 입찰에 참가하는 것도 금지된다. 또한 정부투자기관회계규칙 제23조 제10항에 의하면 국제법 제27조 제1항에 의하여 입찰참가자격이 제한된 자는 정부투자기관에서 시행하는 입찰에 참가하는 것이 금지될 수 있고 특히, 담합을 한 경우 등 일정한 사유에 의하여 입찰참가자격이 제한된 자에 대하여는 반드시 정부투자기관에서 시행하는 입찰에 참가할 수 없도록 하고 있다.

이렇게 본다면 국제법 제27조 제1항에 의한 입찰참가자격제한은 부정당업자로 지정된 자나 기업으로 하여금 국가, 지방자치단체 및 정부투자기관 등에서 실시하는 모든 입찰에 참가할 수 없게 하므로 사실상 법률이 예정한 제재의 효과나 제한의 정도가 매우 심각할 정도로 크다고 할 수 있다. 여기에 국제법시행규칙 제76조 제2항에 의하면 입찰참가자격의 제한을 받은 자에게 일정한 기간 내에 다시 부정당업자에 해당하는 사유가 발생한 경우 입찰참가자격 제한기간을 가중할 수 있도록 하고 있는바 이러한 점을 고려해 보면 입찰참가자격 제한기간이 갖는 의미는 더욱 크다.

따라서 이와 같은 제재처분의 경우 그 제재기간이 갖는 의미는 요건만이나 핵심적이면서 본질적인 중요성을 갖는다 할 것이므로 적어도 법률에 제한기간의 예측이 가능하도록 상한 정도는 규정하고 있어야 한다. 또한 이 사건 법률조항을 포함하는 국제법 제27조 제1항의 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이어서 법률로 정하는 것이 심히 곤란한 경우라고 단정하기도 어렵고, 설령 그렇다고 하더라도 제한기간의 범위와 같은 핵심적·본질적 사항까지도 행정입법에 위임할 수밖에 없는 특별한 사정이 있다

고 할 수는 없다.

결국 이 사건 법률조항은 입찰참가자격 제한제도와 관련된 핵심적이고도 본질적인 요소라 할 수 있는 제한기간에 대하여 이를 구체적이고 명확하게 규정하지 않은 채 하위법령에 포괄적으로 위임함으로써 포괄위임금지원칙에 위배된다(헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 공보 104, 581, 588-590 참조).

다. 헌법불합치결정

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 규범성을 보장하기 위하여 원칙적으로 그 법률에 대하여 위헌결정을 하여야 하는 것이지만, 위헌결정을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다.

이 사건의 경우, 부정당업자가 국가의 계약에 관여함에 따라 발생할 우려가 있는 공적 피해를 예방하고 국가가 추구하는 공적 목표 달성을 위한 계약의 충실한 이행을 확보하기 위해서는 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 법규정이 반드시 필요한데, 헌법재판소가 단지 입찰참가자격 제한기간을 정한 입법형식의 잘못을 들어 단순위헌결정을 함으로써 당장 이 사건 법률조항의 효력을 소멸시킨다면, 부정당업자에 대한 입찰참가자격제한을 할 수 없게 되어 부정당업자의 계약 관여에 따라 발생할 공적 피해의 예방이 불가능하게 되는 결과를 초래함으로써 도리어 헌법적 질서와 멀어지는 바람직하지 못한 법적 상태가 야기될 우려가 있다. 따라서 이 사건 법률조항을 대체할 합헌적 법률을 입법할 때까지 일정기간 동안 위헌적인 법규정을 존속하게 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다(헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 공보 104, 581, 590 참조).

입법자는 입찰참가자격 제한기간의 상한을 법률에 명시하지 아니한 채 하위법령에 이를 포괄적으로 위임하고 있는 이 사건 법률조항을 더 이상 그대로 존치시켜서는 아니되며, 법률에 입찰참가자격 제한기간의 상한을 명확하게 규정하고 제한기간에 대하여 하위법령에 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 입법을 만들어 위헌적 상태를 제거할 의무가 있다 할 것이므로, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에, 늦어도 2006. 4. 30.까지 대체입법을 마련함으로써 이 사건 법률조항의 위헌적인 상태를 제거하여야 할 것이다.

4. 결 론

그러므로 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되지 아니하나 이 사건 법률조항

의 위험적인 상태를 제거한 대체입법이 이루어질 때까지 잠정적으로 적용하도록 함이 상당하므로 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 권 성 김호종(주심) 김경일 송인준
주선희 전호숙 이공현

노동조합및노동관계조정법 제91조 제1호 등 위헌확인

(2005. 6. 30. 2002헌바83 전원재판부)

【판시사항】

1. 명확성 판단의 기준
2. 노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항 및 제91조 제1호 중 '제42조 제2항' 부분(이하 '이 사건 법률조항들'이라 한다)이 명확성원칙에 위반되는지 여부(소극)
3. 이 사건 법률조항들이 책임주의 내지 비례원칙에 반하는지 여부(소극)
4. 이 사건 법률조항들이 단체행동권을 과도하게 제한하는지 여부(소극)
5. 이 사건 법률조항들이 평등권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.

2. 이 사건 법률조항들은 그 문언, 사람의 생명·신체의 안전 보호라는 입법목적, 입법연혁 및 법규범의 체계적 구조 등으로부터, 입법

목적의 최대실현 추구에서 오는 완화된 해석의 요청과 기본권 제한성에서 오는 엄격한 해석의 요청을 서로 조화시키는 조화로운 해석기준으로서 합리적 해석기준을 찾을 수 있고, 이러한 해석기준은 이 사건 법률조항들의 수범자에게 예측가능성을 제공하는 한편 이 사건 법률조항들을 해석·집행하는 기관들에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행을 배제하고 있으므로 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

3. 이 사건 법률조항들의 보호법익인 사람의 생명·신체의 안전은 질적, 양적으로 중대한 법익이고 이 사건 법률조항들이 규정하는 범죄는 그 죄질이 약하다 할 수 없으며, 한편 이에 비추어 볼 때 그 형벌인 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금은 과도한 형벌이라 할 수 없으므로, 범죄와 형벌 간의 비례원칙상 수긍할 수 있는 정도의 합리성이 있어 책임주의 내지 비례원칙에 위반하지 아니한다.

4. 이 사건 법률조항들이 근로자의 헌법상 기본권인 단체행동권을 제한하는 규정이기 는 하지만, 사람의 생명·신체의 안전보호라는 입법목적의 정당성을 인정할 수 있고, 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 내용의 쟁의행위를 제한하는 것은 위 목적을 달성하기 위한 효과적이고 적절한 수단이어서 방법의 적정성도 인정되며, 그 제한은 안전보호시설의 중요성에 비추어 볼 때 최소한의 제한으로 평가되므로 피해의 최소성도 갖추었고, 추구하는 공익인 ‘사람의 생명·신체의 안전’과 제한되는 사익인 청구인들의 ‘단체행동권’을 비교하여 볼 때 법익균형성도 갖추었으므로 청구인들의 단체행동권을 과도하게 침해한다고 할 수 없다.

5. 이 사건 법률조항들은 그 위반행위의 주체를 안전보호시설을 담당하는 사람만으로 제한하고 있지 아니하므로 안전보호시설 담당자인 근로자와 그러하지 아니한 근로자를 차별한다고 할 수 없어 평등권을 침해하지 아니한다.

재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 반대이견

이 사건 법률조항들은 그 입법목적부터 불명확하고, 나아가 입법목적 이 사람의 생명·신체의 안전을 보호함에 있다고 한정하더라도, 위 입법목적에서 오는 완화된 해석의 요청과 이 사건 법률조항들의 기본권

제한성에서 오는 엄격한 해석의 요청 사이에 조화로운 해석을 할 수 있는 합리적 기준이 무엇인지도 불명료하므로, 이 사건 법률조항들은 법집행기관에게는 자의적인 법집행을 가능하게 하는 한편 수범자에게는 이에 관한 예측가능성을 박탈하고 있는 조항으로서 명확성원칙에 위배된다.

【심판대상조문】

노동조합및노동관계조정법 제42조(폭력행위 등의 금지) ① 생략

② 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

③, ④ 생략

노동조합및노동관계조정법 제91조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정에 위반한 자
2. 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제33조 제1항, 제37조 제2항

【참조판례】

1. 헌재 2000. 2. 24. 99헌가4, 판례집 12-1, 98, 105
헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26, 판례집 14-1, 301, 322
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16
헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16, 판례집 16-1, 759, 766
헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35등, 판례집 16-2상, 77, 88
헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 판례집 16-2하, 381, 391
3. 헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118, 판례집 16-1, 528, 532

【당 사 자】

청 구 인 박○식 외 17인

대리인 법무법인 대구하나로

담당변호사 정재형 외 3인

당해사건 대구지방법원 2002노694 집단에너지사업법위반등
대구지방법원 2002노698 집단에너지사업법위반등

【주 문】

노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항 및 제91조 제1호 중 ‘제42조 제2항’ 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 노동쟁의의 배경

(가) 한국산업단지공단(이하 ‘공단’이라 한다)은 정부의 자금지원을 받아 운영되는 공법인으로, 반월공단과 구미공단에서 대형보일러를 가동해 고온·고압의 증기를 생산하여 공단 내 수용가에 공급하는 열병합발전소(반월열병합발전소와 구미열병합발전소)를 운영하던 업체이다.

(나) 2001년경 정부는 구미열병합발전소와 반월열병합발전소를 민간에 매각하는 민영화방침을 확정하였고 공단이 정부방침에 따라 위 발전소들의 민영화를 추진하자, 이를 둘러싼 여러 문제로 공단과 공단 노동조합(이하 ‘공단노조’라고 한다) 사이에 이견이 대립되던 중, 공단노조는 2001. 7. 24. 안산시청과 경기지방노동위원회에 파업을 위한 쟁의행위신고를 하였다.

(다) 구미지방노동사무소장은 2001. 7. 31. 공단노조 구미지부장에게 구미열병합발전소의 전기 및 증기 생산시설, 용수처리시설 등은 안전보호시설로 판단되니 이에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위를 할 수 없다는 내용의 쟁의행위제한고지를 하였고, 안산지방노동사무소장은 2001. 8. 1. 공단노조 위원장에게 보일러 및 터빈발전기, 수송관로, 수처리시설, 전기집진시설 및 폐수처리시설 등의 유지·운영이 쟁의행위로 인하여 정지·폐지되거나 방해될 경우 직접 인명·신체에 위해를 줄 것이 객관적으로 인정된다면 그러한 결과의 방지를 위해 필요한 시설은 안전보호시설에 해당될 수 있다면서 파업을 자제해 달라는 서면을 보냈으며, 이에 공단노조는 파업에 돌입하지 아니하고 노사협상을 계속하였다.

(라) 한편 공단에서는 매년 주로 추석연휴기간을 이용하여 증기 등 생산시설의 가동을 중단하고 정기점검 및 보수작업을 실시하여 왔는데, 2001년도에

도 보일러정기보수점검을 추석연휴기간 중 실시할 계획을 세우고 공단 내 수용가들과 협의를 거쳐 2001. 9. 10.경 반월열병합발전소는 6일간(2001. 9. 30.~10. 5.), 구미열병합발전소는 4일간(2001. 9. 30.~10. 3.) 각 보일러정기보수점검을 위하여 증기공급을 중단하기로 결정하는 한편, 부문별로 10여 개 외부 전문업체와 노후시설의 교체 및 보수를 위한 공사계약을 체결하고, 일부 직원들을 대상으로 위 교체보수공사의 감독 등을 위한 당직근무조를 편성하였으며, 구미열병합발전소는 2001. 10. 4.부터 다시 정상근무를 하기로 결정하였다.

(마) 위 (다)와 같이 노사협상을 계속하였으나 합의에 이르지 못하자, 공단노조는 정기보수점검을 위하여 보일러 가동이 일시 중지되는 추석연휴에 파업에 돌입하기로 하고, 2001. 9. 29. 구미열병합발전소 내에서 파업출정식 및 전야제를 개최하였다.

(바) 공단은 2001. 9. 29. 김○수를 2001. 10. 1.자로 중부지역본부장으로 발령하였고, 김○수는 2001. 9. 29. 오후 공단노조의 파업으로 추석연휴 기간 중 보수작업이 불가능하고 수용가 중 하나인 주식회사 ○○이 전화로 추석연휴 중 증기공급을 요청하였다는 이유로 구미열병합발전소의 보일러 4기 중 1기를 정상운전한다는 내용으로 발전소설비 운전계획을 변경하고 이를 직원들에게 통보하였으나, 공단노조는 위 김○수가 2001. 10. 1.자로 본부장이 되는 것이므로 김○수에 의한 위 운전계획변경은 적법한 업무지시로 볼 수 없다는 취지로 이의를 제기하였으며, 이에 공단은 위 전보발령일자를 2001. 9. 29.로 정정한다는 인사발령을 다시 하고, 그 인사발령문을 다음날 게시하였다.

(사) 공단노조는 2001. 9. 30. 08:00경 전면파업돌입을 선언하고, 공단노조 구미지부의 노동조합원과 반월지부 노동조합원이 그 날 아침 각 발전소를 떠나 춘천시 남면에 있는 ○○유스호스텔에 모여 함께 투숙하면서 집단농성을 벌이는 한편, 춘천시에 있는 ○○호텔에서 노사협상을 계속하였다.

(아) 그런데 2001. 10. 4. 08:00경 경찰이 위 유스호스텔에 진입하여 파업에 참여한 전 조합원이 연행되었는데, 공단노조 간부 일부는 구속되었으나 대부분의 조합원들은 조사 후 석방되어 2001. 10. 8.경까지는 전원 근무지에 복귀하였다.

(2) 청구인들에 대한 형사재판

(가) 청구인들은 구미열병합발전소에 근무하던 공단 사원들로서 공단노조 간부들이었는데, 위 파업과 관련하여 집단에너지사업법위반 등으로 기소되

었다.

(나) 청구인 1.~7.에 대하여는 대구지방법원 김천지원 2002. 1. 31. 선고 2001고단1376, 1551(병합) 판결로, 청구인 8.~18.에 대하여는 대구지방법원 김천지원 2002. 1. 31. 선고 2001고단1683 판결로 각 유죄가 선고되었다.

(다) 위 판결들이 인정한 범죄사실의 요지는 다음과 같다.

청구인들은 공단노조의 간부 및 조합원들과 공모하여,

① 추석연휴기간(2001. 9. 30.~10. 3.) 동안 구미열병합발전소의 보일러 4기 중 4호기를 정상가동하여 구미공단 내 증기 수용업체에 증기를 공급하도록 하는 지시가 있었음에도 불구하고, 2001. 9. 30. 08:30경 구미열병합발전소 중앙제어실에서 청구인들은 위 발전소 보일러 4호기를 운전하던 공단노조 조합원 임○정, 신○주 등에게 위 보일러의 가동을 중단하고 파업에 동참하도록 지시하고, 위 임○정 등은 임의로 집단에너지 발전설비인 보일러 4호기를 조작하여 가동을 중단함으로써, 집단에너지의 원활한 공급을 방해하고, 안전보호시설인 보일러 4호기 등에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지함과 동시에 위력으로써 위 공단의 정상적인 업무를 방해하고,

② 위 일시 장소에서 위와 같이 구미열병합발전소의 가동을 전면 중단하고 안전관리감독자를 포함한 전 조합원들이 근무지를 이탈하여 그 때부터 2001. 10. 7. 17:00경까지 업무복귀를 거부하고 집단에너지 공급시설인 구미열병합발전소의 안전관리업무를 행하지 아니함으로써 집단에너지 공급에 장애를 일으키고 구미열병합발전소의 안전보호시설인 전기시설, 스팀시설 등에 대하여 정상적인 유지·운영을 방해함과 동시에 위력으로써 위 공단의 정상적인 업무를 방해하였다.

(라) 위 판결들은 위 인정사실 ① 중 ‘안전보호시설인 보일러 4호기 등에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지’한 행위 및 ② 중 ‘안전보호시설인 전기시설, 스팀시설 등에 대하여 정상적인 유지·운영을 방해’한 행위에 대하여 각 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노노법’이라 함은 이 법을 가리킨다) 제 91조 제1호, 제42조 제2항을 적용하여 유죄를 인정하였다.

(마) 위 판결들은 모두 항소되었는데, 청구인 1.~7.에 대하여는 대구지방법원 2002. 9. 18. 선고 2002노694 판결이, 청구인 8.~18.에 대하여는 대구지방법원 2002. 9. 18. 선고 2002노698 판결이 선고되었다. 이 판결들은 열병합발전소의 보일러는 노노법 제42조 제2항이 규정하는 ‘사업장의 안전보호시설’이 아니라는 피고인들의 주장을 배척하고, 제1심 판결들과 같이 유죄를 인정하

였다.

(바) 위 항소심 판결들은 모두 상고되어, 대구지방법원 2002노694 사건은 대법원 2002도5428 사건으로, 대구지방법원 2002노698 사건은 대법원 2002도 5429 사건으로 각 대법원에 계속중이다.

(3) 위헌심판제청신청 기각과 헌법소원

(가) 청구인들은 위 항소심 계속중 노노법 제42조 제2항 및 제91조 제1호가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다는 등의 이유로 위헌심판제청신청을 하였으나, 모두 기각되었다[대구지방법원 2002. 9. 18.자 2002초기570 결정(대구지방법원 2002노694 사건 관련), 대구지방법원 2002. 9. 18.자 2002초기 569 결정(대구지방법원 2002노698 사건 관련)].

(나) 이에 청구인들은 2002. 10. 2. 위 노노법 조항들에 대한 위헌선언을 구하는 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5310 호로 제정된 것) 제42조 제2항 및 제91조 제1호 중 ‘제42조 제2항’ 부분의 위헌 여부이고, 위 법률조항들(이하 ‘이 사건 법률조항들’이라고 한다)의 내용은 다음과 같다(후자의 조항에 관하여 위헌제청심판청구서, 위헌제청기각결정, 이 사건 헌법소원심판청구서에는 노노법 ‘제91조 제1호’라고만 기재되어 있고 그 중 ‘제42조 제2항’ 부분으로 한정함을 명시하고 있지는 않지만, 청구인들의 주장취지를 종합하면 노노법 제91조 제1호 중 ‘제42조 제2항’ 부분만을 심판 대상조문으로 삼고 있다고 이해되므로, 심판대상을 이에 한정한다).

노동조합및노동관계조정법 제42조(폭력행위 등의 금지) ② 사업장의 안전 보호시설에 대하여 정상적인 유지·운명을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.

제91조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정에 위반한 자
2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 이 사건 법률조항들은 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 의하여 인정되는 죄형법정주의에 위배된다. 이 사건 법률조항들은 (i) 범죄의 객체로 규정

된 ‘사업장의 안전보호시설’의 의미에 관하여 일의적인 해석이 불가능하여 명확성 원칙을 위배하고 있고, (ii) 위 안전보호시설의 운전업무를 직접 담당하고 있지 아니한 사람도 범죄의 주체가 될 수 있을지 의문이 있으며, (iii) 안전보호시설의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하더라도 안전조치를 취하면서 그러한 행위를 하여 ‘생명과 신체’에 직접적인 위해를 가져오지 아니하는 경우는 제외하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항들은 이를 포함하고 있어 형벌의 적정성, 필요성, 겸억성(謙抑性)을 갖추지 못하였기 때문이다.

(2) 이 사건 법률조항들은 헌법 제33조 제1항에 근거한 근로자의 단체행동권을 과도하게 제한하여 위 헌법조항 및 헌법 제37조 제2항에 위반된다. 안전보호시설의 유지·운영에 필요한 최소한의 요원으로서 안전보호시설과 직접적으로 관련된 직무에 종사하는 근로자만이 범죄의 주체로 될 수 있으며, 이들이 안전보호시설을 정지함에 있어 안전하게 정지하여야 할 주의의무를 위반한 경우만이 범죄로 되어야 함에도, 이 사건 법률조항들은 이러한 제한 없이 처벌함으로써, 근로자의 단체행동권을 필요 이상으로 제한하기 때문이다.

(3) 이 사건 법률조항들은 헌법 제11조 제1항이 보장한 평등권을 과도하게 제한하여 위 헌법조항 및 헌법 제37조 제2항에 위반된다. 안전보호시설에 종사하는 근로자이기만 하면 위험발생이 예상되지 않는 경우라도 단체행동권을 박탈하고 처벌의 대상으로 함으로써, 안전보호시설에 종사하는 근로자와 그러하지 않은 근로자를 불합리하고 과도하게 차별하고 있기 때문이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

이 사건 법률조항들이 헌법상 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다거나 단체행동권을 과도하게 제한하여 기본권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 평등권을 침해하는 무효의 규정이라고는 보이지 아니한다.

다. 노동부장관의 의견

(1) 노노법의 쟁의행위 제한 규정을 종합적으로 살펴볼 때 ‘안전보호시설’의 개념을 명확히 이해할 수 있으며, 설령 입법기술상 불가피하게 다소 포괄적인 개념을 사용하였다 하더라도 명확성원칙에 위배되었다고 볼 수는 없다. 이 사건 법률조항들이 규정하는 ‘안전보호시설’은 ‘사람의 생명과 신체’와 관련된 시설을 의미하는 것으로 보아야 한다는 것이 관련 행정청인 노동부의 일관된 유권해석이고 다수의 학설에 의하여 정립된 해석이다. 또한 이 사건 법률조항들에 해당하는 행위에 대하여 그 형량을 명확하고 구체적으로 규정

하고 있으며 법관에게 무한한 재량을 부여하는 방식으로 규정되어 있지 아니하므로 위헌이 아니다.

(2) 비록 안전수칙에 따라 ‘안전보호시설’의 가동을 정지하는 경우에도 그 가동이 정지됨으로써 사람의 생명 및 신체에 위해를 끼칠 위험성은 여전히 발생하는 것이므로, 이러한 경우를 포함하여 ‘안전보호시설’의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위를 모두 처벌하도록 규정한 것이 죄형법정주의의 적정성원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 이 사건 법률조항들이 쟁의행위를 제한하는 것은 쟁의행위로 인하여 타인의 생명 및 신체에 위협이 발생하는 것을 방지하기 위한 필요에 따른 것이고, 그 제한도 쟁의행위 영역 중 극히 일부에 해당하는 ‘안전보호시설’에 한정하는 것이어서, 단체행동권 중 필요·최소한에 대하여만 제한하는 것이므로, 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 범리에 위배되지 아니한다.

(4) 노노법상 쟁의행위의 주체는 개별 근로자가 아니라 노동조합이므로, 이 사건 법률조항들이 제한하는 것은 근로자 개인이 아니라 노동조합이 향유하는 단체행동권이다. 따라서 이 사건 법률조항들을 ‘안전보호시설’에 종사하는 근로자와 그 밖의 시설에 종사하는 근로자의 쟁의권에 있어서의 형평의 문제로 이해함을 전제로 평등의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

라. 전라남도지사의 의견

노동부장관의 의견과 대체로 같은바, 그 요지는 다음과 같다.

(1) (i) 이 사건 법률조항들이 규정하는 ‘안전보호시설’은 물건을 보호하려는 시설이 아니라 사람의 생명·신체에 대한 위해의 예방 또는 보건상 필요한 시설을 의미하고, (ii) 범죄의 주체는 안전보호시설에서 근무하는 근로자에 한정되지 아니하는 것으로 해석될 수 있어 명확성원칙에 반하지 아니한다.

(2) 안전보호시설은 ‘가동이 중단되는 경우 결과적으로 사람의 생명이나 신체의 안전을 위태롭게 할 위험성이 구체적이고 객관적으로 예상되는 시설’을 의미하므로, 안전조치를 하고 정지시키는 경우까지 처벌의 대상으로 한다고 하더라도 적정성의 원칙이나 과잉금지원칙에 반하지 않는다.

(3) 이 사건 법률조항들에 의한 단체행동권의 제한이 단체행동권의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니고 과잉된 제한도 아니다.

(4) 안전보호시설에 근무하는 사람만이 처벌의 대상이 되는 것이 아닐뿐더러, 가사 처벌의 대상을 위 사람들에게만 한정한다고 하더라도 합리적인 이유가 있는 것이므로 평등원칙에 반하지 않는다.

3. 판 단

가. 이 사건 법률조항들이 명확성원칙에 위반되는지 여부

(1) 죄형법정주의와 명확성원칙

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 2004. 11. 25. 2004헌바35, 공보 99, 1295, 1298).

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. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35, 공보 99, 1295, 1298).

(2) 명확성 판단의 기준

어떠한 법규범이 명확한지 여부를 판단하는 기준은 명확성원칙의 근거와 관련하여 찾을 수 있다. 명확성원칙은 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행이 가능하게 한다는 것을 그 근거로 하므로(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 16 참조), 당해 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단할 수 있다.

법규범이 불확정개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 행정정과 법원의 자의적인 적용을 배제하는 합리적이고 객관적인 기준을 얻는 것이 가능한 경우(헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35등, 판례집 16-2상, 77, 88 참조), 즉

자의를 허용하지 않는 통상의 합리적 해석방법에 의하더라도 그 의미내용을 알 수 있는 경우(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마26, 판례집 14-1, 301, 322; 2004. 6. 24. 2004헌마16, 판례집 16-1, 759, 766 참조)는 명확성원칙에 반하지 아니한다.

법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 된다. 그러므로 이 사건 법률조항들이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 이 사건 법률조항들의 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준(이하 이를 ‘합리적 해석기준’이라고 한다)을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.

(3) 이 사건 법률조항들에 대한 합리적 해석기준의 존부

(가) 이 사건 법률조항들과 명확성 문제

이 사건 법률조항들 중 “노노법 제91조 제1항 제1호 중 ‘제42조 제2항’ 부분”은 노노법 제42조 제2항의 규정에 위반한 사람을 그 소정 형에 처하는 처벌조항으로서 문언 자체에 아무런 불명확한 점이 없다. 다만, 노노법 제42조 제2항 자체가 불명확하다면 이를 조문의 한 내용으로 하고 있는 노노법 제91조 제1항 해당 부분도 전체적으로 불명확한 규정이 된다. 그러므로 이 사건 법률조항들이 명확한지 여부에 대한 판단은 노노법 제42조 제2항이 명확한지 여부에 대한 판단과 다르지 아니하다.

노노법 제42조 제2항은 “사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 징의행위로서 이를 행할 수 없다.”라고 규정하고 있는바, 그 의미내용을 파악함에 있어 일견 명백하지 아니하여 해석이 필요한 부분이 있으나, 위 조항의 문언, 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 법규범의 체계적 구조 등을 살펴 볼 때, 아래에서 보는 바와 같이 합리적인 해석기준을 얻을 수 있다.

(나) 입법연혁

현행 노동조합및노동관계조정법은 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정된 법률이다. 이 법률은 1953. 3. 8 법률 제279호로 제정되었던 구 노동쟁의조정법을 폐지하고 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정된 구 노동조합및노동관계조정법이 폐지되고 다시 제정된 법률이다.

1953. 3. 8. 법률 제279호로 제정된 구 노동쟁의조정법 제6조 제1항은 “공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보지시설의 정상한 유지운행을 정폐 또는

방해하는 행위는 쟁의행위로 할 수 없다.”고 규정하였는데, 이에 위반하더라도 그 자체로는 처벌하는 규정이 없었고, 이에 관한 같은 조 제2항의 중지명령에 위반한 사람에 대하여만 같은 법 제26조에서 처벌규정을 두었다.

1963. 4. 17. 법률 제1327호로 전문개정된 구 노동쟁의조정법은 제13조 제2항에서 위 1953년 제정 노동쟁의조정법 제6조 제1항과 같은 내용을 규정하면서, 다만 “안전보지시설”을 “안전보호시설”로, “정폐”를 “정지, 폐지”로 개정하고, “행할 수 없다” 앞에 “이를”을 추가하는 개정을 하였는데, 위 1953년 노동쟁의조정법과 달리 제47조에서 그 위반행위 자체에 대한 처벌조항을 두었다. 위 개정은 행위의 효과에 형벌이 추가된 것이라는 차이는 있지만, 그 금지행위의 내용 자체에 실질적인 변화가 있었다고는 할 수 없다.

그 후 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정된 구 노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항은 위 구 노동쟁의조정법 제13조 제2항 중 “정상한”을 “정상적인”으로 변경하였으나 그 외에는 같은 문언으로 이루어졌고, 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정된 현행 노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항은 위 구 노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항 중 “공장·사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설”을 “사업장의 안전보호시설”로 바꾸었을 뿐 그 밖의 부분은 그대로 유지하였다.

(다) 입법목적

1) 노노법 제1조는 “이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정함으로써 노노법의 입법 목적을 밝히고 있다. 다만, 이는 노노법 전체의 개괄적 입법 목적을 규정한 것으로서 노노법 제42조 제2항에 특수한 입법 목적을 규정한 것은 아닌바, 노노법 제42조 제2항의 입법 목적은 위 조항과 다른 관련규정을 종합하여 전체적 규범체계에서 노노법 제42조 제2항이 갖는 의미를 고려함으로써 그 구체적 내용을 다음과 같이 파악할 수 있다.

2) 사업장에는 통상 사람의 생명·신체의 안전을 위협하는 위험요소가 상존하고 있고 그러한 위험은 산업사회가 고도화되면서 그 강도와 규모가 점점 커지는 경향에 있다. 따라서 사업장에서 발생하는 이러한 위험으로부터 사람의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 예방조치를 하여야 할 필요성은 점점 더 강하게 요청되고 있다. 사업장에 안전보호시설을 설치하는 것은 그러한 예

방조치의 하나로 평가할 수 있다. 나아가 산업안전보건법 제23조와 제24조는 사업을 행함에 있어서 발생하는 각종 위험 및 건강장해의 유형을 열거하여 이에 대하여는 사업주에게 이를 예방하기 위하여 필요한 조치를 할 의무까지 부과하고 있어 이러한 경우의 안전보호시설 설치의 위 법에 의한 의무의 이행이기도 하다. 그러므로 노노법 제42조 제2항이 안전보호시설의 정상적인 유지·운행을 정지·폐지·방해하는 행위를 금지한 것은 사업장에서 발생하는 위험으로부터 사람의 생명·신체의 안전을 보호하고자 함에 그 입법목적이 있다고 할 수 있다.

이러한 입법목적은 노노법의 다른 규정과의 관계에서도 확인할 수 있다. 노노법 제38조 제2항은 “작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간중에도 정상적으로 수행되어야 한다.”고 하여 이른바 ‘보안작업’ 중 사람의 생명·신체의 안전과 관련이 없는 작업을 따로 규율하고 있고, 노노법 제42조 제1항은 “쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다.”고 하여 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설 등에 대한 보호를 따로 규율하고 있다. 그러므로 노노법 제42조 제2항은 사람의 생명·신체의 안전보호에 관한 조항으로서 이를 그 입법목적으로 하고 있는 규정이라고 할 수 있다.

또, 노노법 제42조 제2항에 위반되는 경우에는 중지명령까지 발할 수 있는 강력한 보호장치를 두고 있음에 비추어 볼 때, 위 조항이 보호하고자 하는 법익은 그 침해에 대한 사전예방이 고도로 요구되는 것이고, 이러한 보호법익이란 바로 ‘사람의 생명·신체의 안전’ 외에 다른 것이 아니어서, 이 점에서 그 입법 목적을 확인할 수 있다.

한편, 선원법 제27조는 명문으로 “인명 또는 선박에 위해를 줄 염려가 있는 경우” 쟁의행위를 하지 못하도록 하고 있어 물적 시설의 안전보호도 목적으로 하고 있으나 노노법 제42조 제2항은 ‘물적 시설’을 범문에 포함하고 있지 않은데, 이 점과 앞서 본 입법 목적을 모아 보면, 물적 시설의 안전보호는 노노법 제42조의 입법 목적에 포함되지 않는다고 할 수 있다.

(라) 해석기준의 필요성

노노법 제42조 제2항의 문언은 그 의미내용을 어느 정도 확정하고 있지만, 그것만으로 노노법 제42조 제2항의 모든 의미내용이 의문의 여지없이 파악되지는 않는다.

구체적으로, 첫째, 행위의 객체인 안전보호시설의 개념과 관련하여, ① ‘안전보호시설’이 사람의 생명·신체의 안전을 보호하는 시설만을 의미하는지, 이에 더하여 물적 설비의 안전을 보호하는 시설도 포함하는지, ② 사람의 생명·신체의 안전을 보호하는 시설이 안전보호시설에 해당함은 명백한바, 이때 안전의 주체인 사람에 (i) 사업장의 구성원, (ii) 사업장을 이용하는 사람, (iii) 사업장 내에 있는 사람, (iv) 사업장과 무관한 제3자 중 어느 범위까지 포함되는지, ③ 노노법 제42조 제2항의 안전보호시설이 사람의 생명·신체의 안전보호를 ‘목적’으로 하는 시설만을 의미하는지, 아니면 본래의 목적은 다른 곳에 있는데 가동을 중단할 경우 결과적으로 사람의 생명·신체의 안전에 영향을 미치게 되는 시설까지 포함하는지, ④ 안전보호시설이 물적 시설만을 의미하는지, 아니면 인적 시설(인적 조직)도 포함하는지, 둘째, 행위태양과 관련하여 ⑤ 형식적으로 사업장의 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었지만 그로 인하여 사람의 생명·신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않는 경우에도 노노법 제42조 제2항에 위반되는 것인지, 셋째, 행위주체와 관련하여 ⑥ 안전보호시설의 유지·운영을 담당하는 근로자만이 노노법 제42조 제2항 위반행위의 주체가 되는지 등에 관하여 일종의 의문이 있을 수 있다.

그러므로 노노법 제42조 제2항이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 노노법 제42조 제2항의 문언, 앞서 본 입법연혁과 입법목적, 범규범의 체계적 구조 등으로부터 위 조항의 의미내용을 파악할 수 있는 합리적 해석기준을 찾을 수 있는지에 달려 있고, 이를 구체적으로 판단하기 위하여 일종의 의문이 있을 수 있는 위 각 쟁점에 관한 합리적 해석기준을 찾을 수 있는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

(마) 해석기준

1) 앞서 본 바와 같이 노노법 제42조 제2항의 입법목적은 ‘사람의 생명·신체의 안전보호’인바, 이는 위 각 쟁점에 대한 목적론적 해석기준을 제공한다. 따라서 “안전보호시설”의 의미를 이해함에 있어서나 생명·신체에 대한 위험 발생이 노노법 제42조 제2항 위반의 요건인지를 판단하고 행위주체의 범위를 확정함에 있어, ‘사람의 생명·신체의 안전보호’라는 입법목적이 가능한 한 최대한 달성될 수 있도록 하여야 한다.

2) 앞서 입법연혁에서 본 바와 같이 1997년에 현행 노동조합및노동관계조정법이 제정되면서 제42조 제2항의 “안전보호시설”에 관하여 종래 구법에서

“공장·사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설”로 규정되어 있던 것이 “사업장의 안전보호시설”로 변경되었다. “공장·사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설”은 그 문언만을 살펴 볼 때 (i) 공장·사업장 기타 직장의 물적 설비에 대한 안전보호를 포함하는 것이 아닌지, (ii) 공장·사업장 기타 직장과 관련 없는 제3자는 그 보호대상에서 제외되는 것은 아닌지 하는 의문의 여지가 없지 않았다. 그러나 (i) 위 조항의 입법목적이 사람의 생명·신체의 안전보호에 있으므로 사람의 안전에 초점이 맞추어져야 입법목적에 부응하며, (ii) 위 입법 목적을 최대한도로 실현하기 위하여서나 생명·신체가 보호되어야 할 사람에는 제한이나 차별이 있을 수 없다는 점을 고려할 때 안전의 주체인 사람에 사업장 관련성을 요구할 수는 없다. 현행법이 “사업장의 안전보호시설”이라고 변경함으로써 이러한 취지가 보다 명백하게 되었고, 이에 따라 “사업장”은 안전보호의 객체가 아니라 안전보호시설의 설치장소 또는 안전을 위협하는 위험의 발생원으로서의 의미를 가지는 것이 보다 명백하여졌다. 이와 같이 현행 노노법 제42조 제2항은 그 입법연혁과 법문을 함께 살펴 볼 때 종전보다 더욱 명확한 해석기준을 제공하고 있다고 할 수 있다.

3) 앞서 본 바와 같이 ‘사람의 생명·신체의 안전보호’는 노노법 제42조 제2항의 핵심적 입법목적이다. 이 입법목적만을 고려한다면 가급적 위 조항의 요건을 완화시켜 해석함으로써 그 금지범위를 확대하는 것이 요청된다. 그러나 한편 노노법 제42조 제2항은 형벌의 구성요건임과 동시에 단체행동권을 제한하는 요건규정으로서 기본권을 제한하는 정도가 크기 때문에 이 점에서 가급적 위 조항의 요건을 엄격하게 해석하여 그 금지범위를 제한적으로 해석하여야 하는 요청이 있다.

위 두 요청을 비교하여 볼 때, 양자 사이에는 서로 반대방향의 긴장관계가 존재한다고 할 수 있다. 그러나 이 긴장관계는 서로 융화할 수 없는 것이 아니라 적절한 조화점을 찾을 수 있는 관계이다. 그러므로 노노법 제42조 제2항은 위 양자의 요청을 조화하는 해석기준으로써 그 의미내용을 파악하여야 하며, 여기에 위 조항의 진정한 입법목적이 있다. 노노법 제1조가 입법목적으로서 ‘노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함’을 명시하고 있는 것은 위와 같은 조화로운 해석을 요구하는 것이라고도 이해할 수 있다.

한편, 헌법규범은 법률의 해석기준이 되므로, 하나의 법률조항에 대하여 그 문언상 위헌적인 해석과 합헌적인 해석의 가능성이 모두 열려 있는 경우 위헌적인 해석을 배제하고 합헌적인 해석을 함으로써 가능한 한 법률조항을 유

효하게 유지하는 합헌적 법률해석이 요구된다. 따라서 노노법 제42조 제2항을 해석함에 있어 사람의 생명·신체의 안전을 보호한다는 목적에만 경도되어 지나치게 확대해석하는 것이나 근로자의 단체행동권만을 강조하여 지나치게 제한해석하는 것은 노노법의 진정한 입법목적에 반하는 해석일 뿐만 아니라 헌법에 합치되는 해석이라고도 할 수 없어 허용되지 아니한다.

4) 위와 같은 조화로운 해석기준은, 어떠한 시설이 그 가동을 중단할 경우 결과적으로 사람의 생명·신체의 안전에 영향을 미친다는 사실만으로 그 시설이 안전보호시설에 해당한다고 평가하는 해석을 지양하는 방향의 해석을 요구한다. 위와 같은 광범한 해석은 “안전보호시설”이라는 문언에도 어울리지 아니한다.

또, 사람의 생명·신체의 안전보호라는 입법 목적을 달성하기에 필요한 최소한의 수단이 확보되면 그것으로 그쳐야 하고 이에 나아가 필요 이상으로 금지행위의 범위를 넓히지 않는 것이 위 해석기준에 맞는 해석이 된다. 따라서 위 해석기준은 형식적으로 안전보호시설의 유지·운용을 정지·폐지 또는 방해하는 행위가 있었지만 그로 인하여 사람의 생명·신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않은 경우에 대하여 제한적인 해석방향을 제시한다.

나아가 인적 조직이 안전보호시설에 포함되는지 여부도 위 해석기준에 의하여 파악할 수 있다. 위 해석기준에 더하여 노노법 제42조 제2항과 함께 물적 시설의 정상적인 운영을 도모하는 노노법 제38조 제2항 및 제42조 제1항과의 체계적 연관성, 이로부터 추론되는 노노법 제42조 제2항의 입법취지, 법문의 문언 등은 인적 조직이 안전보호시설에 포함되는지 여부에 대하여 제한적인 해석방향을 제시하고 있다.

5) 한편, 안전보호시설을 담당하는 근로자만이 노노법 제42조 제2항 위반행위의 주체가 되고 그러하지 아니한 근로자는 주체가 되지 아니한다고 하면, 단체행동권의 제한을 받는 근로자의 범위가 축소되는 효과는 기대할 수 있으나, 안전보호시설의 정상적인 유지·운영은 그 시설의 담당자가 아닌 사람에게 의하여도 중단될 수 있는 것이고 이러한 경우 위반행위의 주체가 아니라고 하여 금지의 범위에서 제외한다면 사람의 생명·신체의 안전을 보호한다는 입법목적은 근본적으로 좌절되고 말 것이므로, 안전보호시설의 유지·운영을 담당하는 근로자가 아니라도 위반행위의 주체가 될 수 있다고 해석함이 노노법 제42조 제2항의 입법취지에 부합한다. 더구나 노노법 제42조 제2항의 법문에 주체를 제한하는 아무런 문언이 없다는 것을 고려하면 이 점이 더욱 분명

해진다.

(바) 합리적 해석기준의 존재

위와 같이 노노법 제42조 제2항에 대하여는 법규범의 문언, 입법목적, 입법연혁 및 법규범의 체계적 구조 등으로부터 그 의미내용을 확정하는 합리적인 해석기준을 찾을 수 있고, 이로부터 앞서 본 각 쟁점에 대한 판단을 충분히 내릴 수 있다.

한편, 노노법 제42조 제2항이 보호하려는 ‘안전’은 구체적인 사정에 따라 그 위험형태가 달라질 것이기 때문에, 안전보호시설에 해당하는지 여부 등 어떠한 행위가 노노법 제42조 제2항에 위반하는 행위인지 여부에 대한 판단, 즉 위 조항을 구체적인 사안에 적용하는 판단은 시설이나 행위의 종류에 따라서 일률적으로 판단할 것이 아니라 당해 사업장의 성질, 당해 시설의 기능, 쟁의 행위 당시의 구체적 상황 등 제반 사정을 구체적·종합적으로 검토하여 판단하여야 한다. 이러한 구체적 사안에 대한 적용판단은 노노법 제42조 제2항에 대한 법원의 해석작업을 통하여 유권적으로 이루어지는데, 이 때 구체적 경우에서의 제반 사정에 대한 고려가 위 조항의 적용외연을 확정함에 있어 요구되므로, 결국 노노법 제42조 제2항의 구체적인 의미는 개별적 사안에 대한 판단을 하는 법원이 제반 사정을 종합적으로 고려하여 확정하게 된다.

앞서 살펴 본 해석기준들은 법원이 개별 사안에서 노노법 제42조 제2항의 의미내용을 합리적으로 구체화하기에 충분한 방향을 제시하고 있다.

(4) 소 결

이처럼 노노법 제42조 제2항에 대한 합리적 해석기준이 존재하므로 이를 포함한 이 사건 법률조항들 전부에 대하여 합리적 해석기준이 존재한다고 할 수 있고, 이러한 합리적 해석기준의 존재는 한편으로 이 사건 법률조항들의 수범자에게 예측가능성을 제공하고 다른 한편으로 이 사건 법률조항들을 해석·집행하는 기관들에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행을 배제하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항들은 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

물론 위와 같이 파악되는 구체적 의미내용을 이 사건 법률조항들에 명시하거나 안전보호시설을 예시하는 등의 방법으로 이 사건 법률조항들을 보다 명확하게 규정하는 방법이 불가능하지는 아니하다. 그러나 보다 구체적이고 명확한 입법이 가능하다는 이유만으로 바로 명확성원칙에 반한다고 할 수는 없다(헌재 2000. 2. 24. 99헌가4, 판례집 12-1, 98, 105 참조). 명확성원칙이 언제

나 최상의 명확성을 요구한다고는 볼 수 없기 때문이다.

이 사건 법률조항들로부터 합리적인 해석에 의하여 그 구체적인 의미내용을 확인할 수 있고 예측가능성과 자의적 범집행 배제를 확보할 수 있는 이상, 이 사건 법률조항들의 문언을 보다 구체화할 가능성이 있다고 하더라도 명확성원칙에 위반된다고 할 수는 없다.

나. 이 사건 법률조항들이 책임주의 내지 비례원칙에 반하는지 여부

이 사건 법률조항들이 죄형법정주의의 한 내용으로서 책임주의 내지 죄형균형의 비례원칙에 위반되는지 여부에 관하여 본다(청구인들이 주장하는바 형벌의 적정성, 필요성, 검역성은 이와 관련된다).

당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 범죄와 형벌 간의 비례원칙상 수궁할 수 있는 정도의 합리성이 있다면 이러한 법률을 위헌이라고 할 수 없다 할 것이다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118, 판례집 16-1, 528, 532). 그런데, 이 사건 법률조항들이 보호하려는 보호법익인 사람의 생명·신체의 안전은 그 자체 질적으로 중대한 법익일 뿐만 아니라 특히 구조와 기능이 복잡하고 영향력이 큰 산업시설을 많이 사용하는 현대 산업사회에 있어서 일단 안전보호시설의 장애로 인한 사고가 발생하면 그 피해가 대량으로 발생하고 그 효과 또한 오래 지속될 가능성이 높아서 법익의 양 또한 매우 크다 할 수 있으며, 앞서 가.(3)항에서 본 해석기준에 따라 이 사건 법률조항들을 이해하는 한 이 사건 법률조항들이 규정하는 범죄는 위와 같은 보호법익에 대한 위협을 창출하는 행위로서 그 죄질이 약하다 할 수 없는데, 한편 이에 비추어 볼 때 위 행위에 대하여 이 사건 법률조항들이 규정한 형벌인 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금은 과도한 형벌이라 할 수 없고, 이는 안전보호시설 담당자가 아닌 사람의 경우에도 다르지 아니하다.

그렇다면, 노노법 제42조 제2항에 위반하는 행위를 범죄로 규정한 점 및 이 범죄에 부과된 형벌에 책임주의 내지 비례원칙상 수궁할 수 있는 정도의 합리성이 있다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항들은 책임주의 내지 비례원칙에 위반하지 아니한다.

다. 이 사건 법률조항들이 단체행동권을 과도하게 침해하는지 여부

(1) 단체행동권의 제한

근로자의 단체행동권은 헌법 제33조 제1항에 의하여 보호되는 헌법상의 기본권이다. 그런데 이 사건 법률조항들은 안전보호시설의 유지·운영은 쟁의 행위중에도 계속되어야 함을 요구함으로써 결과적으로 적어도 안전보호시설

의 유지·운영에 필요한 인원만큼은 쟁의행위에 참여할 수 없게 되고, 또 안전보호시설의 가동중단을 쟁의행위의 방법으로 택할 수 없도록 하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항들은 근로자의 헌법상 기본권인 단체행동권을 제한하는 규정이다.

(2) 과잉제한인지 여부

(가) 비례성 심사

첫째, 이 사건 법률조항들의 입법목적은 앞서 본 바와 같이 사람의 생명·신체의 안전보호이고, 이 법익은 쟁의행위를 이유로도 포기할 수 없는 것이므로, 이 사건 법률조항들의 입법목적은 그 정당성을 인정할 수 있다.

둘째, 위와 같은 입법 목적을 달성하기 위하여 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 내용의 쟁의행위를 제한하는 것은 효과적이고 적절한 수단이라고 할 수 있으므로 이 사건 법률조항들은 그 방법의 적정성도 인정된다.

셋째, 이 사건 법률조항들은 쟁의행위가 안전보호시설의 유지·운영을 정지·폐지·방해하는 행위로 되는 경우에 한하여 그 쟁의행위를 제한하는 것이고, 이러한 제한이 가해지는 행위의 의미내용을 위 가.(3)항에서 본 바와 같이 해석하는 한, 위 제한은 안전보호시설의 중요성에 비추어 볼 때 더 이상 완화된 방도가 있다고 할 수 없는 최소한의 제한으로 평가되므로, 피해의 최소성도 갖추었다.

넷째, 이 사건 법률조항들이 추구하는 공익은 ‘사람의 생명·신체의 안전’이고, 이 사건 법률조항들로 제한되는 사익은 청구인들의 ‘단체행동권’이다. 위 양자를 비교하여 볼 때, 이 사건 법률조항들에 의하여 보호되는 사람의 생명·신체의 안전이라는 법익이 이 사건 법률조항들에 의하여 제한되는 청구인들의 단체행동권에 비하여 크다고 할 것이므로, 법익균형성도 갖추었다.

(나) 소 결

이 사건 법률조항들이 청구인들의 단체행동권을 과도하게 침해하여 헌법 제33조 제1항이나 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 수는 없다.

라. 이 사건 법률조항들이 평등권을 과도하게 제한하는지 여부

이 사건 법률조항들이 안전보호시설 담당자인 근로자의 단체행동권을 박탈하고 그를 처벌의 대상으로 함으로써 그렇지 않은 근로자에 비하여 차별하는지 여부에 관하여 본다.

앞서 가.(3)에서 본 바와 같이 노노법 제42조 제2항은 그 위반행위의 주체

를 안전보호시설을 담당하는 사람만으로 제한하고 있지 아니다. 따라서 이 사건 법률조항들이 안전보호시설 담당자인 근로자와 그러하지 아니한 근로자를 차별한다고 할 수 없다.

물론 안전보호시설 담당자는 부작위범의 형태로도 노노법 제42조 제2항을 위반할 수 있어, 그러하지 아니한 근로자에 비하여 단체행동권 제한과 처벌의 범위가 넓은 면이 있다. 그러나 이는 안전보호시설 담당자는 안전보호시설의 유지·운영하여야 할 직무상의 작위의무가 있다는 점에서 나오는 불가피한 것으로서, 합리적인 이유가 있다.

이 사건 법률조항들이 평등권을 침해하여 헌법 제11조 제1항과 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 할 수는 없다.

4. 결 론

이상에서 살펴 본 쟁점에 관하여 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하고, 달리 헌법에 위반되는 점을 발견할 수 없다.

그렇다면 이 사건 법률조항들은 헌법에 위반되지 아니하므로, 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 송인준, 재판관 전효숙, 재판관 이상경의 반대의견

우리는 다수의견과 달리 이 사건 법률조항들은 명확성원칙에 위배되어 위헌이라고 생각한다.

가. 이 사건 법률조항들의 다의성

(1) 입법목적의 불명확

이 사건 법률조항들의 입법목적이 사람의 생명·신체의 안전을 보호하고자 함에 있는 것은 부인할 수 없으나, 그것만이 과연 유일한 입법목적이라고 단정할 수 있는지는 명백하지 아니다.

우선 노노법 및 이 사건 법률조항들의 문언 어디에도 사람의 생명·신체의 안전만을 보호한다는 취지는 명시되어 있지 아니하고, 입법연혁에 비추어 보아도 달리 해석할 수 있는 가능성이 있다.

구 노동조합및노동관계조정법(1997. 3. 13. 법률 제5306호로 폐지) 제42조 제2항은 “공장, 사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설의 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.”라고 규정하였다. 여기서 안전보호시설이 ‘공장, 사업장 기타 직장에 대한’ 것이라고 규정하고 있는 점에 주목하면, 안전보호의 대상은 사람의 생명·신체뿐

만 아니라 이를 포괄하는 ‘공장, 사업장 기타 직장’으로서 물적 시설도 보호의 객체로 하었다고 해석할 수 있다. 노노법 제42조 제2항은 위 구 노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항을 이어받은 규정으로 비록 ‘사업장의 안전보호시설’이라고 표현하고 있으나 그 의미는 구법과 크게 다르지 아니하다.

나아가 노노법의 다른 규정 등을 고려하여 범규범 전체를 체계적으로 해석하더라도 물적 시설 보호에 관한 다른 규정이 있다고 하여 이 사건 법률조항들이 반드시 사람의 생명·신체만에 관한 규정이라고 제한할 필연적인 이유는 없는 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항들은 그 입법목적에서부터 명확성이 결여되어 있다.

(2) 불명료한 해석기준

이 사건 법률조항들의 입법목적이 사람의 생명·신체의 안전을 보호함에 있다고 한정하더라도, 위 입법목적에서 오는 완화된 해석의 요청과 이 사건 법률조항들의 기본권 제한성에서 오는 엄격한 해석의 요청 사이에 조화로운 해석을 할 수 있는 합리적 기준이 무엇인지도 불명료하다.

구체적으로 이 사건 법률조항들에 관하여는 다음과 같이 여러 가지 해석의 가능성이 열려 있다.

첫째, 노노법 제42조 제2항의 ‘안전보호시설’의 의의에 관하여 사람의 생명·신체의 안전을 보호하는 시설만을 의미한다고 해석할 수도 있으나 물적 설비의 안전을 보호하는 시설도 포함한다고 해석할 수도 있다. 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항들의 입법목적이 불명확하여 어느 쪽의 해석도 절대적으로 타당하다고 할 수 없기 때문이다.

둘째, 안전보호시설로써 보호하려는 생명·신체의 주체에 관하여 제한이 없어 일반적인 제3자를 포함한다고 볼 수도 있지만, 동시에 사업장에 관련되는 사람으로 한정하는 해석도 가능하다. 본래 사업장의 안전보호시설은 사업장 구성원이나 적어도 사업장과 관련된 사람을 보호하는 시설이라고 볼 수 있기 때문이다. 위 구 노동조합및노동관계조정법 제42조 제2항이 “공장, 사업장 기타 직장에 대한”이라고 규정하였던 점도 위와 같은 제한적 해석의 또 하나의 근거가 될 수 있다.

셋째, 안전보호시설이 안전보호를 ‘목적’으로 하는 시설이라고 해석할 수도 있으나, 이에 한정되지 않는다는 풀이도 가능하다. 비록 안전보호를 목적으로 설치된 시설은 아니라도 그 가동을 중단함에 따라 안전에 위해가 발생하는

시설에 대하여 그 계속적인 유지·운영이 요구됨은 본래 안전보호를 목적으로 설치된 시설과 다를 바 없다고 생각할 수도 있기 때문이다.

넷째, 사람의 생명·신체에 대한 위험이 전혀 발생하지 않은 경우에는 노노법 제42조 제2항에 위반되지 않는다고 이해할 수도 있지만, 동시에 이 사건 법률조항들의 문언이 사람의 생명·신체에 대한 위험을 요건으로 명시하고 있지 아니한 이상 이를 범죄성립의 요건으로 요구할 수는 없다고 볼 수도 있다.

다섯째, 노노법 제42조 제2항 위반행위의 주체에 관하여 아무런 제한이 없다고 볼 수도 있지만, 한편 노노법 제42조 제2항은 근로자의 쟁의행위를 제한하는 규정이므로 그 위반행위의 주체도 근로자에 한한다고 해석할 수도 있다.

나. 명확성원칙에 위배

위와 같이 이 사건 법률조항들은 여러 가지로 해석할 수 있음에도, 이 사건 법률조항들의 문언, 입법목적, 범규범의 체계적 구조 등 어느 것도 위와 같이 서로 다른 해석들 중 어느 하나가 더 합리적이라고 인정할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준을 제시하고 있지 않다.

입법자로서는 법률이 의도하는 내용을 보다 구체적이고 제한적으로 명시하거나 적어도 안전보호시설을 예시하는 등의 방법으로 이 사건 법률조항들을 보다 명확하게 규정할 수 있었다. 보다 명확한 입법이 가능함에도 불명확한 입법을 함으로써 위와 같이 다의적인 해석을 할 수 있게 하고 그 불명확함이 어느 하나의 해석이 합리적이라고 평가를 할 수 없는 정도에 이르렀다.

그리하여 이 사건 법률조항들은 법을 집행하는 기관이 서로 다른 해석들 중 어느 하나를 임의로 택하여 자의적으로 집행하는 것을 가능하게 하는 한편 수범자에게는 이에 관한 예측가능성을 박탈하고 있다.

따라서 이 사건 법률조항들은 명확성원칙, 보다 정확하게는 죄형법정주의의 한 내용으로서의 명확성원칙에 위배된다.

다. 결 론

그러므로 우리는 이 사건 법률조항들은 헌법 제12조 제1항 후문에 위반되는 규정으로서 위헌이라고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종 김경일 송인준 주선희
전효숙 이상경(퇴임으로 서명날인 불능) 이공현(주심)

회사정리법 제126조 등 위헌소원

(2005. 6. 30. 2003헌바47 전원재판부)

【판시사항】

1. 회사정리법 제126조 제1항 중 정리담보권 신고에 관한 부분, 제127조 제3항 중 정리담보권 신고의 추완은 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지만 할 수 있도록 제한한 부분, 제237조 제1항 단서 중 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 없도록 한 부분, 제241조 본문 중 신고하지 않은 정리담보권의 실권에 관한 부분(이하 ‘이 사건 심판대상조항들’이라 한다)이 정리담보권자의 재산권의 본질을 침해하거나 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 심판대상조항들이 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 이 사건 심판대상조항들이 정리담보권자의 재판청구권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 정리담보권자가 정리절차에 참가하기 위해서는 자신의 권리를 신고기간 내에 신고하여야 하고, 그 책임질 수 없는 사유로 신고기간을 도과한 경우에는 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지 신고를 추완할 수 있으나, 그렇지 아니하면 자신의 권리가 정리계획안에 기재되지 않게 되어 정리계획인가의 결정에 의하여 실권되고, 실권한 정리담보권자는 그 인가결정에 대하여 즉시항고를 하지 못하게 하고 있는 이 사건 심판대상조항들은 정리담보권자의 재산권을 제한하는 입법으로서 재정적 파탄에 직면하였지만 경제적으로 갱생의 가능성이 있는 주식회사에 관하여 이해관계인의 이해를 조정하여 그 사업을 유지시켜 정리·재건한다는 공익적 목적을 추구하고 있고, 회사가 부담하는 채무 내지 책임액을 정확히 파악함으로써 정리계획안의 작성 토대를 마련해 준다는 점, 심의가 종료된 정리계획안의 수정, 재의 결과 같은 절차의 반복을 방지해 준다는 점, 채무

내지 책임의 총액에 관한 정리계획 인가의 기본전제를 유지시켜 정리절차의 실효성을 보장한다는 점, 정리계획인가 결정에 대한 무의미한 불복절차를 제한해 준다는 점에서 정리절차의 목적을 달성하는데 있어 효과적이고 적절한 수단으로 최소침해성을 갖추었으며, 이러한 제도들을 시행함으로써 실현될 수 있는 공익이 정리담보권자가 입게 될 불이익보다는 더 커서 법익균형성이 있으므로, 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이거나 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다.

2. 정리담보권자에 대하여 정리채권자와 동일하게 신고 및 실권제도를 마련한 것은 그 제도의 취지에 비추어 볼 때 자의적 차별이라고 볼 수 없고, 신고하지 않은 정리담보권자는 그 권리를 전부 실권하는데 반하여 신고한 정리담보권자는 정리계획에 의하여 변경된 범위 내에서 권리를 일부 실권하고, 신고기간 또는 추완신고기간 내에 신고한 정리담보권자의 권리는 보호되지만 추완신고기간이 경과한 후 신고한 정리담보권자의 권리는 실권되는 것은 정리담보권의 신고 및 추완신고기간의 제한제도에 수반하는 효과로서 위 제도들의 입법 취지에 비추어 그 상당성이 인정되므로 자의적 차별이 아니다. 화의 절차, 파산절차는 그 목적에서 회사정리절차와 명백한 차이점이 있고, 회사정리절차에서 담보권자의 별제적 만족을 인정할 경우 회사 재산의 일부를 초래하여 회사정리제도의 목적을 달성할 수 없게 되므로, 회사정리 절차에서 화의절차, 파산절차와 달리 담보권자의 별제권을 인정하지 않는 것을 자의적 차별이라고 볼 수 없다. 회사에 속하지 아니하는 재산에 대한 환취권자가 신고와 관계없이 그 재산을 돌려받는 것은 당연한 것이고 이로 인하여 정리절차의 진행에 지장을 초래하는 것도 아니므로, 회사재산에 대한 담보권자와 회사에 속하지 아니하는 재산에 대한 환취권을 다르게 취급하는 것은 자의적 차별이 아니다. 회사재산에 대한 담보권자의 권리는 신고되지 않는 한 담보권의 존부 및 피담보채권의 존부 및 범위가 정리절차 내에서 정확히 인지될 수 없음에 반하여 주주의 권리는 그 존재 자체가 명확하고 주식의 수와 내용 및 귀속주체 등이 회사에 현저한 사항이라는 점에서 회사재산에 대한 담보권자와 주주를 다르게 취급하는 것은 자의적 차별이 아니다.

3. 신고하지 않은 정리담보권자는 정리계획인가의 결정에 대하여

불복할 법률상의 이해관계가 있다고 보기 어렵고 불복을 인정한다면 권리구제의 실효성이 없는 무의미한 불복절차로 말미암아 정리절차의 원활한 진행에 차질을 초래할 수 있다는 우려에서 즉시항고권을 제한한 것은 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 일부 위헌의견

저당권은 부동산등기부에 피담보채권액(근저당의 경우에는 채권최고액)과 채무자, 변제기, 이자 등에 관한 약정이 기재되므로 정리담보권에 속하는 저당권자(이하 ‘정리저당권자’라 부른다)가 이를 신고하지 않았다고 하더라도 그 존재와 내용을 관리인이나 조사위원이 쉽게 조사하여 이를 확인할 수 있어 그 결과를 정리계획안에 반영하는 것이 가능하고, 부동산등기부에 등재된 내용이 실제의 내용과 차이가 있는 경우 관계인 집회나 즉시항고 등의 절차에서 다시 시정될 수 있는 점, 신고를 게을리한 정리저당권자는 저당권과 같은 재산권을 아예 소멸시키는 것과 같은 극단적인 방법에 의할 것이 아니라 저당권 자체는 그 효력을 유지시키면서 그 대신 정리계획안에 대한 의결권의 행사를 금지하거나 정리계획안에 찬성하는 것으로 간주하는 등으로 절차적인 권리에 제한을 가하는 방법, 신고를 해태한 자에 대하여 절차의 지연이나 기타 장애로 인해 야기된 손해를 배상하게 하는 방법 등이 정리저당권자의 손해를 최소화하면서 그 신고해태의 책임을 묻는 적절한 방법이 될 수도 있는 점에 비추어 회사정리법 제241조가 ‘정리담보권’ 및 ‘담보권’에 포함된 저당권까지도 소멸시키고 정리회사를 면책시키는 것은 재산권의 제한에 있어서 최소침해성을 갖추지 못하여 과잉금지의 원칙에 위반된다.

【심판대상조문】

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제126조(정리담보권의 신고) ① 정리절차에 참가하고자 하는 정리담보권자는 법원이 정한 신고기간 내에 성명, 주소, 각 정리담보권의 내용 및 원인, 담보권의 목적 및 그 가액, 의결권의 액, 회사 이외의 자가 채무자인 때에는 그 성명 및 주소를 법원에 신고하고 증거서류 또는 그 등본이나 초본을 제출하여야 한다.

② 생략

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제127조(신고의 추완 등) ① 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월 내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있다. 이 기간에 관하여는 민사소송법 제172조 제1항의 규정은 준용하지 아니한다.

② 신고기간 경과 후에 생긴 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 권리가 발생한 후 1월의 불변기간 내에 신고하여야 한다.

③ 전2항의 신고는 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 하지 못한다.

④ 생략

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제237조(항고) ① 정리계획인부의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 그러나 신고하지 아니한 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주는 그러하지 아니하다.

②~⑦ 생략

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제241조(정리채권 등의 면책 등) 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정된 권리를 제외하고 회사는 모든 정리채권과 정리담보권에 관하여 그 책임을 면하며 주주의 권리와 회사의 재산상에 있던 모든 담보권은 소멸한다. 그러나 제121조 제1항 제5호에 계기하는 청구권은 그러하지 아니하다.

【참조조문】

헌법 제23조, 제37조 제2항

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제12조(공고) ① 본법의 규정에 의하여 하는 공고는 관보와 법원이 지정하는 신문에 게재하여야 한다.

② 공고는 신문에 게재된 날의 익일로부터 효력이 생긴다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제14조(사채권자 등에 대한 송달) ① 본법의 규정에 의하여 하는 회사의 사채권자 또는 주주에 대한 송달은 사채권자 또는 주주로부터 본법의 규정에 의한 주소의 신고가 있을 때에는 그 주소, 신고가 없을 때에는 사채원부 또는 주주명부에 기재된 주소나 그 자가 회사에 통지한 주소에 대하여 서류를 우편으로 발송하여야 할 수 있다.

② 등기한 담보권을 가진 정리담보권자에 대한 송달은 그 정리담보권자로부터 본법의 규정에 의한 주소의 신고가 있을 때에는 그 주소, 신고가 없을 때에는 등기부에 기재된 주소에 대하여 서류를 우편으로 발송하여야 할 수 있다.

③ 전2항의 규정에 의하여 서류를 우편으로 발송한 경우에는 그 우편물이 보통 도달할 수 있는 때에 송달된 것으로 본다.

④ 제1항과 제2항의 경우에는 법원서기관 또는 서기는 서면을 작성하여 송달을 받을 자의 성명, 주소와 발송의 년, 월, 일, 시를 기재하고 서명날인하여야 한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제15조(공고와 송달을 할 경우) ① 본법의 규정에 의하여 공고와 송달을 하여야 할 경우에는 송달은 서류를 우편으로 발송하여야 할 수 있다.

② 전항의 경우에는 공고는 모든 관계인에 대한 송달의 효력이 있다.

③ 전조 제4항의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제16조(송달에 갈음하는 공고) 본법의 규정에 의하여 송달을 받을 자의 주소, 거소 기타 송달을 할 장소를 알기 어려운 경우에는 법원은 공고로써 그 송달에 갈음할 것을 명할 수 있다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제46조(개시와 동시에 정하여야 할 사항) 법원은 정리절차개시의 결정과 동시에 관리위원회와 채권자협의회 등의 의견을 들어 1인 또는 수인의 관리인을 선임하고 다음의 사항을 정하여야 한다.

1. 정리채권, 정리담보권과 주식의 신고기간. 그러나 그 기간은 결정된 날로부터 2주간 이상 2월 이하이어야 한다.
2. 제1회의 관계인 집회의 기일. 그러나 그 기일은 결정의 날로부터 4월 이내이어야 한다.
3. 정리채권과 정리담보권 조사의 기일. 그러나 그 기일과 신고기일의 말일과의 사이에는 1주간이상 2월 이하의 기간이 있어야 한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제47조(개시의 공고와 송달) ① 법원이 정리절차개시의 결정을 한 때에는 즉시 다음의 사항을 공고하여야 한다.

1. 정리절차개시 결정의 주문
 2. 관리인의 성명 또는 명칭
 3. 전조의 규정에 의하여 정한 기간과 기일
 4. 회사의 채무자와 회사재산의 소지자는 회사에 변제하거나 그 재산을 교부하여서는 아니된다는 뜻과 채무를 부담하는 사실 또는 그 재산을 소지하는 사실을 일정한 기간 내에 관리인에게 신고하여야 한다는 뜻의 명령
- ② 관리인, 회사, 알고 있는 정리채권자·정리담보권자·주주·회사의 채무자 및 회사재산의 소지자에게는 제1항에 규정된 사항을 기재한 서면을 송달하여야 한다.
- ③ 전2항의 규정은 제1항 제2호 내지 제4호에 기재한 사항에 변경이 생긴 경우에 준용한다. 그러나 정리채권 또는 정리담보권의 조사기일의 변경에 관하여는 공고를 요하지 아니한다.
- ④ 고의 또는 과실로 제1항 제4호의 신고를 해태한 자는 이로 인하여 회사재산에 생긴 손해를 배상하여야 한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제123조(정리담보권) ① 정리채권 또는 정리절차개시전의 원인으로 생긴 회사 이외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 정리절차개시당시 회사재산상에 존재하는

유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 정리담보권으로 한다. 다만, 이자 또는 채무불이행으로 인한 손해배상이나 위약금의 청구권에 관하여는 정리절차 개시결정 전일까지 생긴 것에 한한다.

② 제108조 내지 제112조와 제120조의 규정은 정리담보권에 준용한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제124조(정리담보권자의 권리) ① 정리담보권자는 그가 가진 정리담보권으로 정리절차에 참가할 수 있다.

② 정리담보권자는 그 채권액 중 담보권의 목적의 가액(선순위의 담보권이 있을 때에는 그 담보권으로 담보된 채권액을 담보권의 목적의 가액으로부터 공제한 액, 이하 본조중 같다)을 초과하는 부분에 관하여는 정리채권자로서 정리절차에 참가할 수 있다.

③ 정리담보권자는 그 담보권의 목적의 가액, 피담보채권의 액이 담보권의 목적의 가액보다 적을 때에는 그 피담보채권액에 따라 의결권을 가진다.

④ 제113조 제2항과 제114조 내지 제118조의 규정은 정리담보권자의 의결권에 준용한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제125조(정리채권의 신고) ① 정리절차에 참가하고자 하는 정리채권자는 법원이 정한 신고기간 내에 성명, 주소, 각 채권의 내용 및 원인, 의결권의 액과 일반의 우선권 있는 채권 또는 제121조 제1항에 계기한 채권(이하 “후순위채권”이라 한다)인 때에는 그 뜻을 법원에 신고하고 증거서류 또는 그 등본이나 초본을 제출하여야 한다.

② 각 채권 중에서 일반의 우선권 있는 부분과 후순위채권에 관한 부분은 따로 신고하여야 한다.

③ 정리채권에 관하여 정리절차개시당시 소송이 계속하는 때에는 제1항에 정하는 사항 외에 법원, 당사자, 건명과 번호를 신고하여야 한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제138조(신고기간 후에 신고된 정리채권 등의 조사) ① 제127조의 규정에 의하여 신고된 정리채권과 정리담보권에 관하여는 관리인, 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 이의가 없는 때에 한하여 정리채권과 정리담보권조사의 일반기일에 그 조사를 할 수 있다. 신고기간 경과 후에 신고된 기타의 정리채권과 정리담보권에 관하여도 같다.

② 전항에 계기한 자의 이의가 있는 때에는 법원은 제127조의 규정에 의하여 신고된 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 조사를 하기 위하여 특별기일을 정하여야 한다. 이 경우에는 비용은 그 정리채권자 또는 정리담보권자의 부담으로 한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제141조(정리채권과 정리담보권 조사의 특별기일) ① 정리채권과 정리담보권 조사의 특별기일을 정하는 결정은 관리인, 회사와 신고한 정리채권자, 정리담보권자 및 주주에게 송달하여야 한다.

② 전항의 송달은 서류를 우편으로 발송하여 할 수 있다.

③ 제14조 제3항과 제4항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐

지되기 전의 것) 제143조(정리채권과 정리담보권 등의 확정) 정리채권과 정리담보권 조사의 기일에 관리인, 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 이익이 없는 때에는 정리채권과 정리담보권의 내용, 의결권의 액이 확정되며 우선권 있는 채권 또는 후순위채권에 관하여는 우선권이 있는 것 또는 후순위인 것이 확정된다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제144조(정리채권자표와 정리담보권자표에의 기재) ① 법원은 정리채권과 정리담보권 조사의 결과를 정리채권자표와 정리담보권자표에 기재하여야 한다. 회사가 제출한 이익도 같다.

② 법원서기관 또는 서기는 확정된 정리채권과 정리담보권의 증서에 확정된 뜻을 기재하고 법원인을 압날하여야 한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제164조(기일의 소환) ① 관계인집회의 기일에는 관리인, 조사위원, 회사, 신고한 정리채권자·정리담보권자 및 주주와 정리를 위하여 채무를 부담하거나 담보를 제공한 자가 있는 때에는 그 자를 소환하여야 한다.

② 전항의 규정에 불구하고 의결권을 행사할 수 없는 정리채권자, 정리담보권자와 주주는 소환하지 아니할 수 있다. 제1회의 관계인집회에 관하여는 제47조 제2항의 규정에 의하여 송달을 받은 자도 같다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제242조(권리의 변경) ① 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 권리는 계획의 규정에 따라 변경된다.

② 상법 제339조와 제340조 제3항의 규정은 주주가 전항의 규정에 의한 권리의 변경으로 받을 금전 기타의 물건, 주식, 채권 기타의 권리와 주권에 준용한다.

구 회사정리법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정되고 2005. 3. 31. 법률 제7428호로 폐지되기 전의 것) 제243조(정리채권자와 정리담보권자의 권리) 정리계획의 규정에 의하여 정리채권자 또는 정리담보권자에 대하여 권리가 인정된 경우에는 그 권리는 확정된 정리채권 또는 정리담보권을 가진 자에 대하여서만 인정된다.

【참조판례】

1. 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260
헌재 1996. 8. 29. 95헌가15, 판례집 8-2, 1, 10-11
헌재 2000. 6. 1. 99헌마 553, 판례집 12-1, 686
헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 493
2. 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 503-504
헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 498

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○은행

대표이사 이○훈
대리인 법무법인 지성
담당변호사 강 성 외 7인
대리인 법무법인 세종
담당변호사 황상현 외 7인
대리인 변호사 정 운

당해사건 수원지방법원 2002가합8813 근저당권말소회복등기 등

【주 문】

회사정리법 제126조 제1항 중 정리담보권 신고에 관한 부분, 제127조 제3항 중 정리담보권 신고의 추완은 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지만 할 수 있도록 제한한 부분, 제237조 제1항 단서 중 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 없도록 한 부분, 제241조 본문 중 신고하지 않은 정리담보권의 실권에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인의 전신인 주식회사 □□은행(1999. 1. 4. 주식회사 △△은행과 주식회사 □□은행이 주식회사 ××은행으로 합병되었고, 2002. 5. 20. 주식회사 ○○은행으로 상호변경 되었음, 이하 ‘청구인’이라고 한다)은 1998. 2.경 주식회사 ○○에게 323억 원을 대여하면서 대여원리금의 담보를 위하여 ○○중합건설 주식회사 소유인 [별지 1] 기재 각 부동산에 채권최고액을 400억 원으로 한 [별지 2] 기재 각 근저당권(이하 ‘이 사건 근저당권’이라고 한다) 및 존속기간을 1998. 2. 11.부터 30년으로 정한 각 지상권(이하 ‘이 사건 지상권’이라고 한다)을 설정받았다.

(2) 수원지방법원은 1999. 7. 19. ○○중합건설 주식회사에 대한 회사정리절차개시결정을 하면서 권리신고기간을 1999. 8. 14.부터 같은 달 28.까지로 정하여 결정주문과 권리신고기간을 관보와 중부일보에 공고하였고, 법원으로부터 송달서류 발송권한을 위임받은 정리회사 ○○중합건설 주식회사(이하 ‘정리회사’라고 한다)의 관리인은 권리신고기간이 도과한 1999. 8. 31. 청구인에

게 결정주문과 권리신고기간이 포함된 안내문을 발송하여 청구인이 1999. 9. 1. 안내문을 송달받게 하였다.

(3) 수원지방법원은 정리절차를 진행하여 2000. 3. 10. 정리회사에 대한 정리계획안 심리 및 결의를 위한 관계인집회를 마친 후 같은 날 가결된 정리계획에 대한 인가결정을 하였다. 청구인은 신고기간이 경과한 후 안내문을 수령하였으므로 신고기간 내에 정리담보권을 신고하는 것이 사실상 불가능하게 되었지만, 위 안내문을 수령함으로써 정리회사에 대한 회사정리절차가 개시되었고 신고기간 내에 자신이 정리담보권 신고를 하지 못하게 된 사정에 처했음을 알았으면서도 정리계획안의 심리를 위한 관계인집회가 끝날 때까지 위 대여금채권 중 이 사건 근저당권 및 지상권으로 담보되고 있는 부분을 정리담보권으로 추완신고 하지 않은 결과 이 사건 근저당권 및 지상권은 소멸되었다.

(4) 수원지방법원은 이 사건 근저당권 및 지상권이 소멸하였음을 이유로 그 말소등기를 촉탁하였고, 2001. 5. 19. [별지 2] 기재와 같이 이 사건 근저당권과 지상권에 관한 말소등기가 마쳐졌다.

(5) 안양시 동안구는 [별지 1]의 1항 기재 부동산에 대하여 1999. 2. 19. 접수 제15008호로, 속초시는 [별지 1]의 3항 기재 부동산 중 나, 다, 라항 기재 부동산에 관하여 1999. 2. 10. 접수 제1899호로, 나머지 부동산에 관하여 2001. 2. 12. 접수 제1577호로 각 압류등기를 마쳤다. [별지 1]의 4항 기재 부동산에 관하여, 속초시는 2001. 2. 12. 접수 제1577호로 압류등기를, 합자회사 ○○전기는 2002. 3. 30. 접수 제4546호로, 주식회사 ○○이엔씨는 같은 날 접수 제4547호로, ○○건영 주식회사는 같은 날 접수 제4548호로, △△종합개발 주식회사는 같은 날 접수 제4549호로, □□건설 주식회사는 같은 날 접수 제4550호로 ○○종합건설 주식회사를 채무자로 하는 각 근저당권설정등기를 마쳤다. 재단법인 ○○재단은 [별지 1]의 5항 기재 각 부동산에 관하여 2002. 1. 19. 접수 제765호로 소유권이전등기를 마쳤다.

(6) 청구인은 수원지방법원 2002가합8813호로 정리회사의 관리인 이○복에 대하여 이 사건 근저당권 및 지상권의 각 말소회복등기절차의 이행을, 동안구, 속초시, ○○전기, ○○이엔씨, ○○건영, △△종합개발, □□건설, ○○재단에 대하여는 이 사건 근저당권 및 지상권 중 [별지 1]의 1, 3, 4, 5항에 관한 부분의 각 회복절차에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소를 제기하였다.

(7) 청구인은 위 소송을 당해사건으로 하여 수원지방법원 2002카기3729로

회사정리법 제126조, 제127조, 제138조, 제141조, 제143조, 제144조, 제164조, 제237조 제1항, 제241조, 제242조, 제243조에 대한 위헌심판제청신청을 하였으나, 위 법원은 2003. 6. 17. 위헌심판제청신청을 기각하는 결정을 하였고, 위 기각결정정본은 2003. 7. 3. 청구인에게 송달되었다.

(8) 청구인은 2003. 7. 12. 회사정리법 제126조, 제127조, 제138조, 제141조, 제143조, 제144조, 제164조, 제237조 제1항, 제241조, 제242조, 제243조가 헌법상의 재산권보장원칙과 평등권에 위배된다는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인은 회사재산에 대한 담보권자가 정리담보권자로서 권리를 신고하여야 정리절차에 참가할 수 있도록 한 신고제도 자체가 위헌이라는 취지의 주장을 하고 있으므로, 회사정리법 제126조 제1항 중 정리담보권 신고에 관한 부분을 심판대상으로 삼는다.

그러나, 회사정리법 제138조, 제141조, 제144조, 제164조는 신고기간 후에 신고된 정리담보권의 조사, 신고가 추완된 정리담보권 조사를 위한 특별기일을 정하는 결정의 이해관계인에 대한 송달, 정리담보권 조사기일에 이해관계인의 이의가 없는 경우 정리담보권자표에 기재할 사항, 관계인집회기일에 신고한 정리담보권자 등의 소환에 관한 조항으로서 정리담보권 신고제도를 전제로 하여 신고된 정리담보권에 대한 후속절차를 정한 것에 불과하여 따로 심판대상으로 삼지 아니한다. 회사정리법 제126조 제2항은 정리담보권에 관하여 회사정리절차 개시당시 소송이 계속중인 경우에 법원, 당사자, 건명과 번호를 신고하여야 한다는 조항으로 당해사건과 직접적인 관련이 없으므로 심판대상으로 삼지 아니한다. 회사정리법 제127조 제1항은 정리담보권자가 책임질 수 없는 사유로 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우 추완신고할 수 있다는 조항으로 신고기간을 지키지 못한 정리담보권자의 구제에 관한 것이어서 청구인 주장의 기본권침해와는 관련이 없으므로 심판대상으로 삼지 아니한다.

청구인은 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 정리담보권의 추완신고를 못하게 한 것이 헌법에 위반된다는 취지의 주장을 하고 있으므로, 회사정리법 제127조 제3항 중 정리담보권신고의 추완을 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지만 할 수 있도록 제한한 부분을 심판대상으로 삼는다.

회사정리법 제127조 제2항은 신고기간 경과 후에 생긴 정리담보권의 신고에 관한 조항이고, 같은 조 제4항은 신고기간 경과 후 다른 정리담보권자의 이익을 해하는 변경을 가하는 경우에 관한 조항으로서 당해사건과 직접적인 관련이 없으므로 심판대상으로 삼지 아니한다.

청구인은 정리담보권을 신고하지 않은 경우 실권하게 하는 것이 헌법에 위반된다고 주장하고 있으므로, 회사정리법 제241조 본문 중 신고하지 않은 정리담보권의 실권에 관한 부분을 심판대상으로 삼는다.

회사정리법 제242조는 정리계획 인가결정이 있을 때에 정리담보권자의 권리가 정리계획의 규정에 따라 변경된다는 내용이고, 회사정리법 제243조는 확정된 정리담보권을 가진 자에 대하여서만 정리계획에서 정하여진 권리가 인정된다는 내용으로서 신고를 하지 않아 정리절차에 참가하지 않은 정리담보권자의 권리가 제241조 본문의 규정에 의하여 실권되어 정리계획의 효력이 미칠 여지가 없는 당해사건과는 직접적인 관련이 없으므로 심판대상으로 삼지 아니한다.

청구인은 신고하지 않은 정리담보권자의 권리가 반영되지 않은 정리계획에 대한 인가결정에 관하여 신고하지 않은 정리담보권자의 즉시항고권을 제한한 것은 헌법에 위반된다는 취지의 주장을 하고 있으므로 회사정리법 제237조 제1항 단서 중 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 없도록 한 부분을 심판대상으로 삼는다.

따라서, 이 사건 헌법소원심판의 심판대상은 회사정리법 제126조 제1항 중 정리담보권 신고에 관한 부분, 제127조 제3항 중 정리담보권 신고의 추완은 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지만 할 수 있도록 제한한 부분, 제237조 제1항 단서 중 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 없도록 한 부분, 제241조 본문 중 신고하지 않은 정리담보권의 실권에 관한 부분의 위헌 여부(이하 ‘이 사건 심판대상 조항들’이라 한다)이며, 그 내용 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 심판대상조항

제126조(정리담보권의 신고) ① 정리절차에 참가하고자 하는 정리담보권자는 법원이 정한 신고기간 내에 성명, 주소, 각 정리담보권의 내용 및 원인, 담보권의 목적 및 그 가액, 의결권의 액, 회사 이외의 자가 채무자인 때에는 그 성명 및 주소를 법원에 신고하고 증거서류 또는 그 등본이나 초본을 제출하여야 한다.

제127조(신고의 추완 등) ① 정리채권자 또는 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월 내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있다. 이 기간에 관하여는 민사소송법 제172조 제1항의 규정은 준용하지 아니한다.

② 신고기간 경과 후에 생긴 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 권리가 발생한 후 1월의 불변기간 내에 신고하여야 한다.

③ 전2항의 신고는 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에는 하지 못한다.

제237조(항고) ① 정리계획인부의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 그러나 신고하지 아니한 정리채권자, 정리담보권자 또는 주주는 그러하지 아니하다.

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

(2) 관련조항

제12조(공고) ① 본법의 규정에 의하여 하는 공고는 관보와 법원이 지정하는 신문지에 게재하여야 한다.

② 공고는 신문지에 게재된 날의 익일부터 효력이 생긴다.

제14조(사채권자 등에 대한 송달) ① 본법의 규정에 의하여 하는 회사의 사채권자 또는 주주에 대한 송달은 사채권자 또는 주주로부터 본법의 규정에 의한 주소의 신고가 있을 때에는 그 주소, 신고가 없는 때에는 사채원부 또는 주주명부에 기재된 주소나 그 자가 회사에 통지한 주소에 대하여 서류를 우편으로 발송하여 할 수 있다.

② 등기한 담보권을 가진 정리담보권자에 대한 송달은 그 정리담보권자로부터 본법의 규정에 의한 주소의 신고가 있을 때에는 그 주소, 신고가 없는 때에는 등기부에 기재된 주소에 대하여 서류를 우편으로 발송하여 할 수 있다.

③ 전2항의 규정에 의하여 서류를 우편으로 발송한 경우에는 그 우편물이 보통 도달할 수 있는 때에 송달된 것으로 본다.

④ 제1항과 제2항의 경우에는 법원서기관 또는 서기는 서면을 작성하여 송

달을 받을 자의 성명, 주소와 발송의 년, 월, 일, 시를 기재하고 서명날인하여야 한다.

제15조(공고와 송달을 할 경우) ① 본법의 규정에 의하여 공고와 송달을 하여야 할 경우에는 송달은 서류를 우편으로 발송하여 할 수 있다.

② 전항의 경우에는 공고는 모든 관계인에 대한 송달의 효력이 있다.

③ 전조 제4항의 규정은 제1항의 경우에 준용한다.

제16조(송달에 갈음하는 공고) 본법의 규정에 의하여 공고와 송달을 받을 자의 주소, 거소 기타 송달을 할 장소를 알기 어려운 경우에는 법원은 공고로써 그 송달에 갈음할 것을 명할 수 있다.

제46조(개시와 동시에 정하여야 할 사항) 법원은 정리절차개시의 결정과 동시에 관리위원회와 채권자협의회의 의견을 들어 1인 또는 수인의 관리인을 선임하고 다음의 사항을 정하여야 한다.

1. 정리채권, 정리담보권과 주식의 신고기간. 그러나 그 기간은 결정한 날로부터 2주간 이상 2월 이하이어야 한다. 제2, 3호 생략

제47조(개시의 공고와 송달) ① 법원이 정리절차개시의 결정을 한 때에는 즉시 다음의 사항을 공고하여야 한다.

1. 정리절차개시 결정의 주문

2. 관리인의 성명 또는 명칭

3. 전조의 규정에 의하여 정한 기간과 기일

4. 회사의 채무자와 회사재산의 소지자는 회사에 변제하거나 그 재산을 교부하여서는 아니된다는 뜻과 채무를 부담하는 사실 또는 그 재산을 소지하는 사실을 일정한 기간 내에 관리인에게 신고하여야 한다는 뜻의 명령

② 관리인, 회사, 알고 있는 정리채권자·정리담보권자·주주·회사의 채무자 및 회사재산의 소지자에게는 제1항에 규정된 사항을 기재한 서문을 송달하여야 한다.

③, ④ 생략

제123조(정리담보권) ① 정리채권 또는 정리절차개시 전의 원인으로 생긴 회사 이외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 정리절차개시 당시 회사재산상에 존재하는 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권으로 담보된 범위의 것은 정리담보권으로 한다. 다만, 이자 또는 채무불이행으로 인한 손해배상이나 위약금의 청구권에 관하여는 정리절차 개시 결정 전일까지 생긴 것에 한한다.

② 생략

제124조(정리담보권자의 권리) ① 정리담보권자는 그가 가진 정리담보권으로 정리절차에 참가할 수 있다.

② 생략

제125조(정리채권의 신고) ① 정리절차에 참가하고자 하는 정리채권자는 법원이 정한 신고기간 내에 성명, 주소, 각 채권의 내용 및 원인, 의결권의 액과 일반의 우선권있는 채권 또는 제121조 제1항에 제기한 채권(이하 '후순위채권'이라 한다)인 때에는 그 뜻을 법원에 신고하고 증거서류 또는 그 등본이나 초본을 제출하여야 한다.

② 각 채권 중에서 일반의 우선권 있는 부분과 후순위채권에 관한 부분은 따로 신고하여야 한다.

③ 정리채권에 관하여 정리절차개시 당시 소송이 계속하는 때에는 제1항에 정하는 사항 외에 법원, 당사자, 건명과 번호를 신고하여야 한다.

제138조(신고기간 후에 신고된 정리채권 등의 조사)

① 제127조의 규정에 의하여 신고된 정리채권과 정리담보권에 관하여는 관리인, 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 이의가 없는 때에 한하여 정리채권과 정리담보권 조사의 일반기일에 그 조사를 할 수 있다. 신고기간 경과 후에 신고된 기타의 정리채권과 정리담보권에 관하여도 같다.

② 전항에 제기한 자의 이의가 있는 때에는 법원은 제127조의 규정에 의하여 신고된 정리채권과 정리담보권에 관하여는 그 조사를 하기 위하여 특별기일을 정하여야 한다. 이 경우에는 비용은 그 정리채권자 또는 정리담보권자의 부담으로 한다.

제141조(정리채권과 정리담보권 조사의 특별기일)

① 정리채권과 정리담보권 조사의 특별기일을 정하는 결정은 관리인, 회사와 신고한 정리채권자, 정리담보권자 및 주주에게 송달하여야 한다.

② 전항의 송달은 서류를 우편으로 발송하여 할 수 있다.

③ 제14조 제3항과 제4항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.

제143조(정리채권과 정리담보권 등의 확정) 정리채권과 정리담보권 조사의 기일에 관리인, 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 이의가 없는 때에는 정리채권과 정리담보권의 내용, 의결권의 액이 확정되며 우선권있는 채권 또는 후순위채권에 관하여는 우선권 있는 것 또는 후순위인 것이 확정된다.

제144조(정리채권자표와 정리담보권자표의 기재)

① 법원은 정리채권과 정리담보권 조사의 결과를 정리채권자표와 정리담보권자표에 기재하여야 한다. 회사가 제출한 이의도 같다.

② 법원서기관 또는 서기는 확정된 정리채권과 정리담보권의 증서에 확정된 뜻을 기재하고 법원인을 압날하여야 한다.

제164조(기일의 소환) ① 관계인집회의 기일에는 관리인, 조사위원, 회사, 신고한 정리채권자·정리담보권자 및 주주와 정리를 위하여 채무를 부담하거나 담보를 제공한 자가 있는 때에는 그 자를 소환하여야 한다.

② 전항의 규정에 불구하고 의결권을 행사할 수 없는 정리채권자, 정리담보권자와 주주는 소환하지 아니할 수 있다. 제1회의 관계인집회에 관하여는 제47조 제2항의 규정에 의하여 송달을 받은 자도 같다.

제242조(권리의 변경) ① 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 정리채권자, 정리담보권자와 주주의 권리는 계획의 규정에 따라 변경된다.

② 상법 제339조와 제340조 제3항의 규정은 주주가 전항의 규정에 의한 권리의 변경으로 받을 금전 기타의 물건, 주식, 채권 기타의 권리와 주권에 준용한다.

제243조(정리채권자와 정리담보권자의 권리) 정리계획의 규정에 의하여 정리채권자 또는 정리담보권자에 대하여 권리가 인정된 경우에는 그 권리는 확정된 정리채권 또는 정리담보권을 가진 자에 대하여서만 인정된다.

2. 청구인의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장 요지

(1) 회사정리법에서 회사재산에 대한 담보권자가 정리절차에 참가하여 의결권을 행사하고, 정리계획에서 정한 바에 따른 변제를 받기 위해서는 자신의 권리를 정리담보권으로 신고해야 하고 신고하지 않은 경우 실권시키는 것은 담보권자의 권리행사를 과도하게 제한한 것이다.

정리담보권자가 신고기간 내에 정리법원에 신고하지 않은 경우 관계인집회에서의 의결권행사를 금지하거나 제출된 정리계획안에 찬성한 것으로 간주하는 등 절차적인 권리에 제한을 가하여 정리담보권자의 비협조로 정리절차의 진행에 지장이 생기는 것을 방지할 수 있다.

회사정리절차를 개시하면서 권리신고 안내문을 고의로 송달하지 아니하거나 다른 주소로 송달한 경우 또는 지연송달을 한 경우에도 회사정리법 규정에 의해 공고만으로 송달한 것으로 처리되는 것은 재산권 제한과 직결되는 과도한 규정이다.

특히 저당권의 경우는 정리회사의 관리인이 부동산 등기부의 기재에 의하여 그 존재 및 내용을 쉽게 파악하여 정리법원에 조사결과를 보고할 수 있는 것이므로 정리법원, 회사, 관리인이 저당권의 존재를 알고 있는 경우까지도 신고하여야 하고, 신고하지 않은 경우 저당권을 소멸시키는 것은 과도한 재산권 제한이다.

정리담보권자의 추완신고 기한을 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지로 한정하여 그 시점 이후 비로소 책임질 수 없는 사유가 해소된 경우 추완신고를 할 수 없게 하여 실권시키는 것은 과도한 재산권 제한이다.

신고하지 않은 정리담보권자에게 자신의 권리가 반영되지 않은 정리계획에 대한 인가결정에 대하여 즉시항고권을 배제한 것은 과도한 규제로서 재판청구권을 침해하는 것이다.

(2) 채권과 담보권은 본질적으로 다른 권리임에도 정리절차에서 신고 및 실권제도를 통하여 양자를 같게 취급하는 것은 평등원칙을 위배한 것이다.

신고하지 않은 정리담보권자는 전부 실권하는데 반하여 신고한 정리담보권자는 정리계획에 의하여 감면되거나 변경된 범위 내에서만 실권하도록 하는 것과 신고기간 내지 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전에 신고한 정리담보권자의 권리는 정리계획에서 정하는 바에 따라 보호하면서 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝난 후에 신고한 정리담보권자의 권리는 실권시키는 것은 동일한 담보권자를 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

화의법과 파산법이 담보권자에게 별제권을 인정하여 화의절차 내지 파산절차 외에서 권리를 실행할 수 있도록 하는 것과 달리 회사정리법이 담보권자가 권리를 신고하지 않으면 권리를 실권시킴으로써 정리절차 내에서의 권리행사만을 사실상 강제하고 있는 것은 동일한 담보권자를 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

회사정리법은 환취권의 경우 신고하지 않더라도 권리를 인정하면서 담보권에 대하여는 정리담보권으로 신고하지 않으면 실권시키는 것은 양자를 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.

회사정리법은 주주에 대하여는 주식의 추가신고를 인정하고, 신고하지 아니한 주주의 권리도 정리계획의 규정에 의하여 인정될 수 있도록 하면서 담보권자에 대하여는 정리담보권자로 신고하지 않으면 실권시키는 것은 회사의 경영부실로 정리절차에까지 이르게 한 책임이 있는 주주를 그러한 점에 있어서 책임이 없는 담보권자 보다 더 유리하게 취급하고 있어 양자를 합리적 이

유 없이 차별하는 것이다.

나. 위헌제청신청 기각결정 이유의 요지

(1) 회사정리법상 정리담보권의 신고 및 실권제도는 정리회사에 대한 정리담보권 등의 정확한 규모와 그 내용을 알지 못하여 정리계획안의 작성이 불가능하게 되면 ‘주식회사의 재정상태가 악화되어 파탄에 직면한 경우 공익상 필요에서 법원의 감독 아래 채권자, 주주 기타의 이해관계인의 이해를 조정해 가면서 그 사업의 정리재건을 도모한다’는 회사정리제도의 목적을 달성할 수 없다. 따라서 정리담보권자의 존부 및 권리의 범위를 확정적으로 파악하기 위해 사실상 정리담보권의 신고를 강제하는 제도가 필요하다. 이러한 제도는 회사정리제도의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 것으로서 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 제한이다.

또한, 정리계획안의 심리가 종결된 후까지 신고의 추완을 인정하면 정리계획안을 다시 작성하여 관계인집회에서 재차 심리해야 하는 절차의 반복이 초래되어 시간과 비용 면에서 큰 부담이 될 뿐 아니라, 극단적으로 절차의 반복이 계속될 경우 회사정리절차가 다음 단계로 진행될 수 없게 할 염려조차 있다. 이 때문에 신고의 추완을 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지 하는 것으로 제한하고 있다.

신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가 결정에 대한 즉시항고권을 인정하지 않는 것은 정리회사는 신고되지 않은 정리담보권에 대하여 책임을 면하기 때문에 신고하지 않은 정리담보권자에게 즉시항고절차를 보장할 필요가 없기 때문이다.

따라서, 추완신고기간의 제한 및 즉시항고권의 제한을 정리담보권자의 재산권에 대한 과도한 제한이라고 할 수 없다.

(2) 파산은 일정시점에 있어 기업을 해체하고 영업활동을 중지시키는 것이고, 화의절차는 그 목적이 단순한 파산예방이라는 소극적인 것인 반면, 회사정리절차는 파산예방이라는 소극적인 목적을 넘어 회사의 정리재건이라는 적극적인 목적을 가지고 있으므로 그 목적달성을 위하여 필요한 담보권자 등 이해관계인의 권리제한 범위가 파산 및 화의절차의 경우와 같을 수는 없다. 정리담보권은 정리회사에 속하는 재산에 대한 것이라는 점에서 소유권 등 환취권의 기초가 되는 권리와는 본질적으로 다르다. 담보권은 등기되어 있다고 하더라도 피담보채권이 존재하지 않는 경우에는 인정되지 않기 때문에 신고되지 않는 한 회사에 대하여 그 존부가 불확실함에 반하여, 주주의 권리는 회

사가 그 존재 자체에 대하여 이를 다룰 수 있는 성질의 것이 아니고 주식의 수와 내용 및 그 귀속주체 또한 회사에 현저한 사항일 뿐만 아니라, 주식회사의 본질상 주주는 회사의 잔여재산이 있는 이상 그에 대하여 균등한 비율의 권리를 가져야 마땅하다. 위와 같은 사정들을 종합해 볼 때, 신고되지 않은 정리담보권에 관하여 정리회사를 면책시킴으로서 정리담보권자와 회의법 및 파산법상의 담보권자, 회사정리법상의 환취권자, 주주 사이에 그 권리제한의 범위를 달리하였다는 점만으로는 합리적 이유 없는 차별이라고 할 수 없다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 담보권에 있어서 등기부상 피담보채권액이 실제 채권액과 일치하지 않을 수 있으므로, 피담보채권액의 존부 및 범위에 대하여 정리담보권자의 신고가 필요하다. 정리담보권으로 인정되는 담보권에는 저당권 외에도 유치권, 질권, 양도담보권, 가등기담보권 등이 있는데 저당권의 경우만 다른 담보권자들과 달리 신고 없이도 인정해야 할 합리적 이유가 없다.

(2) 회사정리법상의 신고 및 실권제도에 따른 담보권자의 권리제한은 회사정리제도의 목적 달성 즉 공공의 복리를 위하여 헌법상 허용된 범위 내의 것이다.

3. 적법요건에 대한 판단

청구인의 정리회사 관리인에 대한 이 사건 근저당권 및 지상권의 각 말소 회복등기절차이행청구의 소는 종전의 등기가 법원의 촉탁에 의하여 말소된 경우이므로 회복등기를 소구할 이익이 없어 각하될 것이므로 이 사건 심판대상조항들의 위헌 여부는 이 부분 소와 관련하여서 재판의 전제성이 인정되지 않는다.

그러나, 청구인이 등기상 이해관계 있는 제3자들인 동안구, 속초시, ○○전기, ○○이앤씨, ○○건설, △△종합개발, □□건설, ○○재단에 대하여 이 사건 근저당권 및 지상권 중 일부의 말소등기회복절차에 대한 승낙의 의사표시를 구하는 소는 그 소의 이익이 인정되고, 이 사건 심판대상조항들의 위헌 여부에 따라 재판의 결론이 달라질 수 있으므로 재판의 전제성이 인정된다.

4. 본안에 대한 판단

가. 회사정리제도와 담보권

회사정리제도는 재정적 궁핍으로 파탄에 직면하였으나 경제적으로 갱생의 가망이 있는 주식회사에 관하여 곧바로 파산절차 등에 따라 회사를 해체할 경우 단지 이해관계인의 손실이 발생하는 것에 그치지 않고 널리 사회경제적

손실을 가져오게 되므로 이러한 사회경제적 손실을 최소화하고 회사가 국가 산업과 국민경제발전에 크게 기여하는 공익적 기능을 유지하려는 필요에서 법원의 감독 아래 채권자, 담보권자, 주주 기타 이해관계인들을 정리절차에 참가시켜 그들의 동의 하에 이해를 조정해가면서 회사가 부담하고 있는 채무 또는 책임을 감소시켜 영업을 계속하여 수익을 올릴 수 있는 여건을 만들어 주어 그 사업의 정리재건이라는 공익적 목적을 달성하기 위한 제도이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌가15, 판례집 8-2, 1, 10-11; 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 493 참조).

담보권은 채권의 변제를 확보하기 위하여 담보목적물이 갖는 교환가치를 배타적으로 지배하는 권리로서 채무자 등의 도산에 대비하는 기능을 갖고 있다. 그러나, 회사정리절차에서 담보권자에게 개별적인 권리행사를 허용할 경우 회사 사업의 정리재건을 위하여 필요한 생산설비 등 회사재산의 일실을 초래함으로써 회사 사업의 정리재건이 불가능해질 수 있다. 따라서 회사정리법은 정리절차개시결정이 있는 경우 회사재산상에 담보권을 가진 정리담보권자에 대하여 정리절차에 의하지 않은 개별적인 권리행사 및 정리절차 외에서의 변제 등 일체의 채권소멸행위를 금지하여 권리를 제한하는 한편, 정리담보권자로서 정리절차에 참가하여 그 절차 내에서 정리계획에 따라 변제받을 수 있도록 하면서 무담보인 정리채권자보다 유리한 취급을 하여 그 이익을 실질적으로 보호하도록 배려하고 있다.

즉, 정리계획안에 대한 결의는 이해관계인으로 구성되는 의결단위인 조(組) 별로 나누어 행하여 모든 조에서 가결되었을 때 정리계획안이 가결된 것이 되는데, 회사정리법은 정리담보권자를 반드시 정리채권자, 주주와 독립하여 다른 조로 분류하도록 하고 있다. 즉, 정리담보권자의 조에게 정리채권자, 주주의 조보다 강화된 가결요건을 정함으로써 정리계획안의 가결에 있어서 정리담보권자의 의사와 이해관계를 보다 많이 반영할 수 있도록 보장하는 한편, 정리계획의 조건을 정함에 있어서도 정리담보권은 정리채권 등 다른 권리들보다 가장 우선하여 유리하게 취급함으로써 담보권자가 정리절차로 인하여 자신의 권리실행을 제한당하는 것에 대한 보상을 하고 있다.

나. 정리담보권의 의의

(1) 의 의

회사정리법은 정리채권 또는 정리절차개시 전의 원인으로 생긴 회사 이외의 자에 대한 재산상의 청구권으로서 정리절차개시 당시 회사의 재산상에 존

재하는 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권 또는 우선특권에 의하여 담보된 범위의 것을 정리담보권으로 정하고 있다(회사정리법 제123조 제1항).

(2) 피담보채권

정리담보권으로서 취급되는 것은 피담보채권이 정리절차개시 전의 원인에 기하여 생긴 것으로서 회사에 대한 재산상의 청구권 또는 회사 이외의 자에 대한 재산상 청구권인 경우이다. 즉 회사가 채무자로서 담보권설정자가 된 경우와 회사가 타인의 채무를 위하여 물상보증인이 된 경우에 있어서 그 담보권자가 정리담보권자가 될 수 있다.

(3) 담보권

정리담보권으로서 취급되는 것은 정리절차개시 당시 회사재산에 속하는 재산상에 설정되어 있는 담보권으로서 회사정리법은 유치권, 질권, 저당권, 양도담보권, 가등기담보권, 전세권, 우선특권을 규정하고 있다. 그 외에도 해석상 금융리스계약에 기한 리스채권, 소유권유보부매매계약에 기한 매매대금채권, 어음담보대출의 경우 어음양수인의 권리, 채무자가 토지상에 건물이나 쉽게 제거할 수 없는 구축물을 지을 경우 근저당권의 가치가 감소하는 것을 방지하기 위하여 근저당권설정등기와 함께 지상권설정등기를 한 경우 지상권 역시 정리담보권으로 인정되고 있다.

(4) 효력요건 및 대항요건

정리담보권으로 인정되기 위해서는 저당권 등의 담보권에 관하여 등기 기타의 효력요건은 물론이고, 권리질권 설정시에 필요한 확정일자 있는 통지, 승낙과 같은 제3자에 대한 대항요건도 구비하여야 한다.

(5) 근저당권의 피담보채권의 확정 등

근저당권은 계속적인 거래관계로부터 발생하는 다수의 불특정채권을 장래의 결산기에서 일정한 최고한도까지 담보하려는 저당권을 지칭한다. 근저당권은 피담보채권의 최고액만 정하여두고 그 범위 내에서 장래 확정될 채권액을 담보하게 된다. 포괄근저당권은 근저당권의 일종으로서 당사자 사이에 반복 계속되는 복잡하고 다양한 각 거래마다 근저당권을 설정하는 번거로움을 피하여 각종의 거래 전부에 통하는 일반적·추상적 신용거래계약을 맺고, 그러한 일반적 여신계약을 전제로 하여 그 거래로부터 생기는 모든 채권을 일정 한도까지 담보한다. 이러한 근저당권의 피담보채권최고액은 보통의 저당권에 있어서 채권액에 해당하는 것으로 이를 공시하지 아니하면 제3자에게

불측의 손해를 입힐 수 있기 때문에 반드시 등기하여야 한다.

근저당권의 등기상 피담보채권최고액만이 기재되어 있기 때문에 구체적인 피담보채권액을 특정하여 근저당권의 새로운 피담보채권이 추가로 발생할 여지가 없게 되는 상태를 만들기 위해 약정결산기의 도래 등의 일정한 경우에 피담보채권액을 확정하는 것이 필요하다.

근저당권의 경우 정리절차개시결정과 함께 여신계약과 같은 계속적 거래관계가 당연히 종료되고 피담보채권액이 확정되는 것으로 볼 수 있는지에 관하여 학설상 견해가 대립되고 있다. 그러나, 정리절차의 개시에 의하여 회사의 사업의 경영 및 재산의 관리처분권이 관리인에게 전속되고, 이 때를 기준으로 법률관계의 각 분야에 걸쳐 새로운 단계에 들어간다는 점, 실제로 정리절차에 들어온 회사의 경우 담보권 설정액이 자산의 평가액을 초과하는 경우가 대부분이라는 점을 고려하여 법원의 실무는 확정설의 입장에서 정리절차개시결정이 있는 때 피담보채권액이 확정된다고 보고 있다.

근저당권의 경우 부종성이 완화되어 피담보채권이 확정되기 전까지는 일시적인 피담보채권의 소멸로 인하여 근저당권의 효력이 영향을 받지 않지만, 피담보채권의 확정시 피담보채권이 소멸되었을 때는 역시 말소등기가 없어도 당연히 근저당권이 소멸하게 되는 것이므로 등기부의 기재만으로 담보권의 존부를 확정하기가 어렵다.

근저당권이 아닌 보통의 저당권은 채권자와 채무자 사이의 특정의 채권을 담보하기 위한 것이고, 이러한 피담보채권액이 등기되므로 근저당권의 경우와 같은 피담보채권의 확정 문제는 생기지 않는다. 그러나, 저당권의 불가분성의 원칙이 적용되어 피담보채권의 일부가 변제되더라도 그 나머지 피담보채권의 만족을 위하여 저당목적물의 전부에 대하여 저당권을 실행할 수 있으므로 일부의 변제를 이유로 저당권설정등기가 말소될 수 없으며, 피담보채권이 시효의 완성, 변제 등으로 전부 소멸할 경우 부종성에 의하여 말소등기가 없어도 당연히 저당권이 소멸한다. 이러한 탓에 피담보채권이 일부 내지 전부 변제 되었을 경우 등기부의 기재만으로는 담보권의 존부 및 피담보채권액을 정확히 알 수는 없다.

다. 정리담보권의 신고

(1) 의 의

정리법원은 정리절차개시결정과 동시에 정리담보권의 신고기간을 결정하고(회사정리법 제46조), 정리절차가 개시되었다는 사실 및 그 신고기간을 공

고함과 동시에 알고 있는 정리담보권자에게 정리절차개시결정의 주문 및 신고기간을 기재한 서면을 송달하여야 한다(회사정리법 제47조). 정리담보권자가 정리절차에 참가하기 위해서는 법원이 정한 신고기간 내에 법원에 대하여 성명, 주소, 각 정리담보권의 내용 및 원인, 담보권의 목적 및 그 가액, 의결권의 액, 회사 이외의 자가 채무자인 때에는 그 성명 및 주소를 법원에 신고하여야 하고, 정리담보권에 관하여 정리절차개시당시 소송이 계속하는 때에는 법원, 당사자, 건명과 변호를 신고하여야 한다(회사정리법 제126조 제1항·제2항, 제125조 제3항).

(2) 신고의 필요성

정리담보권의 신고는 정리담보권자가 자신의 권리를 행사하기 위해 정리법원에 대하여 참가를 신청하는 형식이다. 정리담보권을 신고하여야 그 이후 신고된 정리담보권에 대한 조사절차가 진행되어 권리와 의결권액이 확정되고 이에 따라 회사가 정리담보권자에 대하여 부담하는 총 채무 내지 책임액의 파악이 가능하게 되어 정리계획안 작성의 기초가 정해짐과 아울러 계획안에 대한 결의의 기초까지 정해진다는 점에서 정리담보권의 신고는 정리절차의 근간을 이루는 핵심적 제도이다.

즉, 정리담보권을 신고하면 이해관계인의 참여하에 신고된 정리담보권의 존부, 내용과 원인, 의결권액 등의 진실여부에 대한 조사를 거쳐 이의가 없거나, 없는 것과 동일한 것으로 볼 수 있는 경우에는 신고한 바와 같이 정리담보권의 내용 및 의결권의 액이 확정된다(회사정리법 제132조, 제135조, 제136조, 제143조). 반면, 이의가 있는 경우에는 정리담보권 등 확정소송의 결과에 따라 정리담보권의 내용 및 의결권의 액이 확정된다(회사정리법 제147조). 정리담보권의 내용 및 의결권의 액이 확정되면 그 피담보채권액과 담보권의 목적의 가액 중 액수가 적은 쪽에 따라서 의결권을 가지고 자신들의 권리에 대하여 기한유예, 분할변제, 감면 등 광범위한 변경을 가하는 것을 내용으로 하는 정리계획안의 의결에 참가할 수 있게 된다(회사정리법 제124조 제1항·제3항, 제170조, 제200조 제1항, 제204조). 신고 후 조사를 거쳐 확정된 정리담보권은 정리계획안에 그 권리의 취급이 기재되어 정리계획안의 가결 및 정리계획인가결정이 이루어지면 정리계획에 따른 변제를 받을 수 있게 된다.

(3) 정리절차개시와 신고기간에 대한 공시(公示)

법원은 정리절차개시결정과 동시에 정리담보권의 신고기간을 정하여야 한다(회사정리법 제46조). 회사정리법은 공시방법으로서 정리절차개시결정의

주문 및 정리담보권의 신고기간을 관보와 법원이 지정하는 신문지에 게재하는 방법으로 공고함과 병행하여(회사정리법 제47조 제1항 제1호·제3호, 제12조), 알고 있는 담보권자에게 위 사항을 기재한 서면을 우편으로 발송하여 송달하도록 정하고 있다(회사정리법 제47조 제2항, 제15조 제1항).

정리절차가 개시되었다는 사실 및 정리담보권의 신고기간은 정리절차에 관한 중요한 사항으로서 다수의 이해관계인에게 지대한 영향을 미치는 것이므로 이를 일반적으로 알림과 동시에 개별적으로도 알릴 필요가 있다고 보아 그 공시방법으로서 불특정 다수의 이해관계인에 대한 공고와 함께 법원이 알고 있는 담보권자에 대한 우편발송송달을 병행하도록 하고 있는 것이다. 이 경우 공고는 모든 이해관계인에 대한 송달의 효력이 있도록 하고 있다(회사정리법 제15조 제2항). 이것은 공시의 효과가 공고의 때에 일률적으로 발생한다는 것에 불과하고 공고가 있다고 하여 개별적 발송송달을 생략해도 된다는 뜻은 아니다. 일부의 이해관계인에 대한 송달에 흠결이 있더라도 공고를 한 이상 정리절차가 개시되었다는 사실과 신고기간에 대한 공시의 효과는 발생하고, 다만 송달을 받지 않은 정리담보권자가 신고기간 내에 신고하지 못한 경우 신고의 추완이 허용되는 경우가 있을 수 있다.

(4) 신고의 추완

정리담보권의 신고가 지연되면 정리담보권 총액의 확정기 지연되어 정리계획안 작성 및 계획안에 대한 결의의 기초를 정하는 것에 지장을 초래할 수 있으므로, 정리절차의 순조로운 진행을 위하여 정리담보권자가 신고기간을 지켜 권리를 신고해 줄 것이 요청된다. 그런데, 정리절차의 순조로운 진행이라는 공익을 강조하여 신고기간이 경과한 경우 일체의 신고를 받아주지 않는다면, 정리담보권자가 신고기간을 지키지 못한 사유와 상관없이 무조건 정리절차에 참가하지 못하여 권리가 소멸한다는 가혹한 결과를 가져오게 된다. 회사정리법은 이러한 불합리를 시정하기 위하여 신고기간이 경과한 이후라도 정리담보권자가 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 법원이 정한 기간 내에 신고를 하지 못한 경우에는 그 사유가 끝난 후 1월 내에 한하여 그 신고의 추완을 할 수 있도록 정하고 있다(회사정리법 제127조 제1항).

‘그 책임질 수 없는 사유’를 해석함에 있어, 소송행위의 추완에 관한 민사소송법 제160조 제1항 소정의 ‘책임질 수 없는 사유’의 해석인 ‘불가항력에 의한 경우에 한하는 것이 아니고 통상 할 수 있는 일반적인 주의를 다하였는데도 피할 수 없었다고 인정되는 사유’에 한정하지 않는다. 법원의 실무

는 가능한 한 정리담보권자의 실권을 방지하기 위하여, 정리절차에 중대한 지장을 주지 않는 한도에서 그 사유를 넓게 해석하여 정리담보권자에게 신고를 추완할 수 있는 기회를 널리 부여하고 있다(대법원 1999. 7. 26. 99마2081 결정 참조).

신고의 추완은 정리계획안의 심리를 위한 관계인집회가 끝난 이후에는 일체 할 수 없다(회사정리법 제127조 제3항). 관계인집회에서 정리계획안의 심리가 종료된 후 정리담보권의 총액이 증가되는 신고의 추완을 인정하면 작성된 정리계획안을 다시 수정해야 될 가능성이 있는데, 그와 같은 경우에는 결국 정리계획안에 대하여 관계인집회의 심리 없이 수정된 정리계획안에 대한 결의를 하게 되는 불합리가 발생할 수 있다. 이러한 불합리를 없애기 위하여 추완신고된 정리담보권을 반영한 새로운 정리계획안을 관계인집회에서 다시 심리하도록 한다면, 시간과 비용면에서 큰 부담이 될 뿐 아니라 추완신고가 계속될 경우 이러한 절차의 반복이 계속되어 회사정리절차가 다음 단계로 진행될 수 없게 할 염려가 있기 때문이다.

라. 신고하지 않은 정리담보권의 실권

(1) 정리계획은 회사정리법에 따라 회사의 사업을 재건하기 위한 계획으로 이해관계인의 권리변경 및 변제방법, 회사의 조직변경상황 등에 관한 조항을 정한 것으로서 향후 정리절차 수행의 기본규범이 된다.

제출된 정리계획안이 관계인집회에서 심리·가결된 후 이에 대하여 법원이 정리절차의 적법성, 정리계획의 내용의 공정·형평, 정리계획의 수행가능성 등 인가요건을 갖추었는지를 후견적 견지에서 심사한 후 인가결정을 하였을 때 비로소 정리계획으로서 그 효력이 생기게 된다(회사정리법 제233조, 제236조).

(2) 회사정리법은 법원의 정리계획인가결정에 대하여 특별한 효과를 부여하고 있다. 즉, 정리계획인가의 결정이 있을 때에는 계획의 규정 또는 본법의 규정에 의하여 인정되는 권리를 제외하고 회사는 모든 정리담보권에 관하여 그 책임을 면하고 회사의 재산상에 있던 모든 담보권이 소멸하도록 한 것이다(회사정리법 제241조).

신고한 정리담보권의 경우에는 정리계획의 규정에 의하여 감면된 범위 내에서 일부 실권되지만, 신고하지 않은 정리담보권은 정리계획에 그 기재가 일체 없으므로 정리계획인가결정으로 인하여 전부 실권된다.

신고하지 않은 정리담보권이 실권된다고 함은, 정리담보권 중 회사가 채무

자로서 담보권설정자가 된 경우에 피담보채무 전액이 회사에 대하여 이행을 강제할 수 없는 자연채무로 남게 되고, 회사의 재산상에 있던 담보권은 전부 소멸하는 것이며, 정리담보권 중 회사가 타인의 채무를 위하여 물상보증인이 된 경우 제3자의 정리담보권자에 대한 피담보채무는 그대로 존속하고, 단지 회사의 재산상에 있던 담보권만 소멸하는 것을 의미한다.

공고 및 개별적 통지를 통해 정리절차에 참가할 기회를 부여받고 신고를 하여 절차에 참가한 정리담보권자의 권리는 조사절차를 거쳐 확정된 후 정리계획 작성의 전제로 고려되어 정리계획에 그 취급을 정할 수 있게 된다. 그러나, 신고를 하지 않은 정리담보권은 조사절차를 거칠 수 없어 그 존부 및 범위가 확정될 수 없고, 따라서 정리계획의 전제로 고려되어 정리계획에 그 취급을 정할 수 없게 된다. 만일, 정리계획 작성의 전제가 되지 않은 정리담보권을 정리계획의 효력이 발생한 후에 유효하게 주장할 수 있다고 하여 회사가 부담하여야 할 정리담보권의 총액을 당초 정리계획에서 예상하고 있는 수준 보다 증가시키는 결과에 이른다면, 다수의 이해관계인들이 정리절차에 참가하여 자신들의 권리를 양보하여 마련하고 법원이 엄격한 후견적 입장에서 요건을 심사하여 정리계획수행에 적합하다고 판단하여 인가한 정리계획의 기본전제 자체가 무너짐으로써, 다수의 이해관계인들의 조정을 통한 회사의 정리재건을 목적으로 하는 정리절차의 실효성이 상실될 우려가 있다. 이러한 경우를 방지하기 위하여 회사정리법은 신고하지 않아 그 기체가 정리계획에 없는 정리담보권은 정리절차인가결정이 있을 때에 전부 실권하도록 정한 것이다.

마. 신고하지 않은 정리담보권자의 정리계획인가결정에 대한 즉시항고권 제한

회사정리법 제237조 제1항 단서에서는 신고하지 아니한 정리담보권자가 정리계획인가의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 없도록 즉시항고권을 제한하고 있다.

정리계획인가의 결정은 정리절차의 핵심인 정리계획에 대하여 법적인 효력을 부여하여 정리계획을 수행하도록 할 것인지를 결정하는 중요한 재판이므로 정리계획인가의 결정에 대하여 법률상의 이해관계 있는 자가 즉시항고의 방법으로 이에 대하여 불복할 수 있도록 규정되어 있다(회사정리법 제11조, 제237조). 정리계획안 심리를 위한 관계인집회의 종료시까지 신고하지 않은 정리담보권은 정리계획에 기재될 수 없어 여차피 실권될 운명에 놓이게 되었

으므로, 정리계획인가결정이 취소되어 정리계획이 실효되고 다시 적법한 정리계획이 작성된다고 하더라도 이미 신고기한을 놓쳐버린 정리담보권이 다시 작성되는 정리계획에 기재될 수 없으므로 신고하지 아니한 정리담보권자는 정리계획인가결정에 대하여 불복신청을 할 법률상의 이해관계가 없는 것이 된다. 이러한 이유로 입법자는 신고하지 않은 정리담보권자의 정리계획인가결정에 대한 즉시항고권을 배제하고 있다.

다만, 학설 및 법원의 실무에서는 신고하지 않은 정리담보권자라 하더라도 정리절차가 법률의 규정에 위반되어 정리담보권신고의 기회를 박탈당한 경우에는 법률상 이해관계가 있다고 보아 즉시항고를 허용하고 있다.

바. 이 사건 심판대상 조항들이 헌법에 위반되는지 여부

(1) 재산권의 침해 여부

(가) 문제제기

헌법 제23조 제1항 본문은 ‘모든 국민의 재산권은 보장된다’고 하여 국민 개개인이 갖고 있는 구체적 재산권을 개인의 기본권으로 보장하고 있으나, 그 단서에서 ‘그 내용과 한계는 법률로 정한다’, 제23조 제2항에서 ‘재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다’라고 하여 법률에 의한 재산권의 제한, 재산권 행사의 사회적 의무성을 규정하고 있다. 또한 헌법 제37조 제2항은 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’라고 하여 기본권 제한의 법률유보원칙, 입법권의 한계로서의 과잉금지원칙을 규정하고 있다.

과잉금지원칙이란 국가가 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다는 헌법상의 원칙이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260; 2000. 6. 1. 99헌마553, 판례집 12-1, 686, 716 참조).

정리절차개시 전의 원인에 기하여 회사 내지 제3자에 대하여 재산상청구권을 가지고 있는 자가 정리절차개시 당시 회사재산에 속하는 재산에 담보권까지 설정하고 있는 경우 회사정리법은 이를 정리담보권이라는 회사정리절차상

의 권리로 인정하고 있다.

이 사건 심판대상 조항들에 의하면, 정리담보권자가 정리절차에 참가하기 위해서는 첫째 자신의 권리를 신고기간 내에 신고하여야 하고, 그 책임질 수 없는 사유로 신고기간을 도과한 경우에는 정리계획안 심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지 신고를 추완할 수 있으나, 둘째 그렇지 아니하면 자신의 권리가 정리계획안에 기재되지 않게 되어 정리계획인가의 결정에 의하여 실권되고, 셋째 실권한 정리담보권자는 그 인가결정에 대하여 즉시항고를 하지 못하게 되어 있다.

이러한 일련의 법조항들은 정리담보권자가 가지고 있는 재산상 청구권 내지 담보권이라는 재산권을 제한하는 입법이라고 할 수 있는데, 이러한 제한이 헌법 제23조에서 보장되는 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것인지가 문제된다.

(나) 목적의 정당성

이 사건 심판대상 조항들은 정리담보권의 신고와 실권이라는 두 제도를 근간으로 하고, 추완신고기간의 제한과 신고하지 않은 정리담보권자의 정리계획인가결정에 대한 즉시항고권 제한을 보조적 장치로 삼는 법적 규율을 통하여 회사정리제도의 목적 즉, 재정적 파탄에 직면하였지만 경제적으로 갱생의 가능성이 있는 주식회사에 관하여 이해관계인의 이해를 조정하여 그 사업을 유지시켜 정리·재건한다는 공익적 목적을 추구하고 있다. 이러한 목적은 재정적 파탄에 이른 주식회사를 곧바로 해체하게 되면 이해관계인의 손실이 발생하는 것에 그치지 않고 널리 국가산업과 국민경제에 손실을 가져오게 되기 때문에 이러한 손실을 최소화하고 주식회사가 국가산업과 국민경제의 발전에 기여하는 공익적 기능을 유지하려는 필요에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 따라서, 이 사건 심판대상 조항들에 의한 재산권의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 해당한다 할 것이므로 그 목적정당성이 헌법상 인정된다.

(다) 수단의 적정성

정리절차의 흐름을 개관하여 본다. 먼저, 정리절차가 개시되어 정리담보권자 등이 권리를 신고하면 조사를 거쳐 주식회사가 부담하고 있는 채무 내지 책임의 총 규모가 파악된다. 이를 기초로 삼아 관계인집회에서 이해관계인들의 조정적 손실분담에 대한 결의를 거쳐 회사의 채무 내지 책임 감소를 주요 내용으로 하는 정리계획안이 작성된다. 이 정리계획안에 대하여 법원이 이를

인가하는 결정을 내리면 재정적 파탄의 위험에 직면했던 주식회사가 그 위험에서 벗어나 그 사업을 정리·재건할 수 있는 여건이 마련되는 것이다. 그 후 정리계획에 따른 변제가 시작되어 정리계획의 수행에 지장이 없는 상황에 이르렀다고 인정되면 정리절차는 그 목적을 달성한 것이 되어 법원의 결정으로 종결절차를 밟는다.

먼저, 회사가 정리담보권자에 대하여 부담하는 총 채무 내지 책임액이 얼마인지를 파악하고 이를 토대로 정리계획안을 작성하며 계획안에 대한 결의를 가능하게 하기 위해서는 무엇보다도 정리담보권자가 정리절차에서 자신의 권리를 신고하는 제도가 필요하다고 아니할 수 없다.

또한 정리계획안의 심리가 종료된 후 정리담보권의 총액이 증가되는 신고의 추완을 인정하게 되면 심의가 종료된 정리계획안을 수정하여 재의결을 하는 절차의 반복을 초래하게 되고 추완신고가 계속될 경우 위와 같은 절차의 반복이 계속되어 정리절차가 다음 단계로 진행될 수 없게 될 우려가 있으므로 추완신고기간을 정리계획안심리를 위한 관계인집회가 끝나기 전까지로 제한하는 것이 불가피하다.

나아가 신고하지 않아 정리계획 작성의 전제가 되지 않은 정리담보권을 정리계획의 효력이 발생한 후에 유효하게 주장할 수 있게 하여 회사가 부담하여야 할 채무 내지 책임의 총액을 당초 정리계획에서 예상하고 있는 수준보다 증가시킨다면 다수의 이해관계인들이 자신들의 권리를 양보하여 마련하고 법원이 정리계획수행에 적합하다고 보아 인가한 정리계획의 기본전제 자체가 무너지게 되어 정리절차의 실효성이 상실된다.

또한 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대한 즉시항고권을 허용하지 않는 것은 그 결정에 대하여 불복할 법률상의 이해관계가 없는 점을 고려하여 무의미한 불복절차를 제한할 필요가 있기 때문이다.

위에서 살펴본 점들 및 정리절차의 흐름에 비추어 볼 때, 이 사건 심판대상 조항들에 의한 법적 규율은 정리절차가 그 목적을 달성하는데 있어 효과적이고 적절한 수단이라고 할 것이다.

(라) 최소화해성

나아가 이 사건 심판대상 조항들이 정리절차의 목적을 달성함에 있어 권리자의 피해를 최소화하는 조치를 그 수단으로 정하고 있는지를 살핀다.

1) 먼저 정리담보권의 신고제도에 관하여 보건대, 정리담보권으로 인정되기 위해서는 담보권의 효력요건 및 대항요건까지 갖추어야 하는데 정리담보

권자의 신고 없이 이런 요건들을 갖추었는지를 확인하는 것은 사실상 매우 어렵고, 정리담보권으로 취급되는 피담보채권의 존부 및 액수를 정리절차개시 당시를 기준으로 확정함에 있어, 그 공시수단이 없는 경우 정리담보권자의 신고 없이 위와 같은 사항을 인지하고 조사하여 확정하는 것은 어려운 점이 많다. 설혹 근저당권처럼 피담보채권의 최고액이 등기부상 기재되어 있다고 하더라도 근저당권의 존부 및 피담보채권액을 정리담보권자의 신고 없이 정확히 인지하기는 어렵다. 왜냐하면 정리절차개시 당시를 기준으로 피담보채권액이 확정되는데 그 시점에서 피담보채권이 전액 소멸하였다면 말소등기 없이 당연히 근저당권은 소멸하므로, 등기부만으로 근저당권의 존재 여부, 피담보채권의 액수를 알 수 없기 때문이다. 피담보채권액이 등기되어 있는 보통의 저당권의 경우도 피담보채권의 일부 소멸만으로는 저당권설정등기가 말소되지 않는데다가 피담보채권의 전부 소멸의 경우 말소등기 없이 당연히 근저당권이 소멸하게 되므로, 등기부만으로 저당권의 존부 내지 피담보채권액을 확실히 알 수 없는 것은 마찬가지다. 이러한 점들을 종합해 보면 정리담보권의 신고제도는 정리계획안 작성과 계획안에 대한 결의의 기초를 정하는 효과를 달성하기 위한 필수적이며 불가피한 수단으로 기능하고 있다고 볼 것이다.

또한 청구인이 대체수단으로 주장하는 바의 회사정리법 제180조가 규정하고 있는 관리인의 조사보고제도는 그 대상이 정리담보권의 신고사항과 일치하고는 있지만 이 제도는 신고된 정리담보권에 대한 조사기일에 이의를 진술하기 위한 자료를 얻기 위하여 신고된 정리담보권을 토대로 제한된 범위에서 운용될 가능성이 있고, 정리담보권의 조사 및 확정 절차가 수반하는 것도 아니어서 관리인이 조사보고한 사항을 그대로 정리계획안의 기초로 삼는 것은 무리가 있다. 그렇다면, 위 제도를 정리담보권의 신고와 동일한 효과를 가진 대체수단이라고 볼 수 없다.

앞서 본 바와 같이 정리담보권자에 해당하지만 하면 누구나 신고를 하여 절차에 참가할 수 있도록 하면서, 신고기간을 공고 및 개별적인 발송송달을 병행하여 공시하고, 신고의 추완을 폭넓게 인정하여 정리절차에 참여할 수 있는 기회를 보장하고 있다. 그럼에도 불구하고 신고하지 않은 정리담보권자에게 신고한 정리담보권자와 동일한 절차참가기회를 보장해 주는 어떤 대체수단을 마련한다면 정리담보권 신고제도의 실효성을 담보할 수 없어 회사정리제도가 추구하는 목적마저 달성하지 못하게 될 우려가 매우 크다.

2) 다음 정리담보권자의 추완신고기간을 정리계획안 심리를 위한 관계인집

회가 끝나기 전까지로 제한한 것은 앞서 본 바와 같은 회사정리제도의 존재 이유와 특성에 비추어 정리절차의 순조로운 진행을 도모하면서 그 책임을 질 수 없는 사유로 인하여 기간 내에 신고를 하지 못한 정리담보권자의 권리 구제를 조화시킨 것으로서 이와 동일한 효과를 가지면서 보다 덜 권리를 침해하는 수단이 명백히 있다고 단언할 수 없다.

3) 또한 신고하지 않은 정리담보권을 실권시키는 것은 정리절차의 실효성을 보장하기 위한 수단으로서, 부당한 실권을 방지하기 위하여 앞서 본 바와 같이 공시제도, 신고제도를 통하여 폭넓은 절차참여의 기회를 제공하고 있고, 정리절차가 법률의 규정에 위반되어 신고의 기회를 박탈당한 경우에는 신고하지 않은 정리담보권자에게도 즉시항고권을 인정하고 있다는 점에서 과도하게 권리를 침해하는 것이라고 볼 수는 없다.

신고하지 않은 정리담보권자의 권리를 실권시키지 않는 대체수단(예를 들면 청구인이 주장하는 것과 같이 관계인집회에서 의결권행사를 금지하거나 제출된 정리계획안에 대하여 찬성한 것으로 간주하거나 손해배상책임을 지게 하는 것을 포함한다)이 위 제도와 같은 효과를 가지면서 보다 덜 권리를 침해하는 수단으로 명백히 확인될 수 있다고 단언할 수도 없다.

또한 청구인은 정리담보권 신고안내문을 고의로 송달하지 아니하거나 다른 주소로 송달한 경우 또는 지연송달을 한 경우에도 공고에 의하여 송달된 것으로 처리되어 담보권을 상실하게 되는 것은 과도하다고 주장하고 있다.

살피건대, 법원이 정한 신고기간의 공시와 관련하여 공고와 발송송달에 시간적 차이가 있을 때 모든 이해관계인에 대한 관계에서 공고를 한 때 공시의 효과가 발생하도록 일률적으로 정한 것은 불특정 다수의 이해관계인들의 법률관계를 일률적으로 규율할 필요가 있다는 입법자의 정책적 판단에 기인한 것으로서 그 상당성이 인정되고, 청구인이 지적하는 문제점은 공시제도의 운용상의 문제로서 정리담보권자의 절차참가의 기회를 박탈한 정도에 이르렀다고 평가된다면 신고의 추완 또는 정리계획인가결정에 대한 즉시항고의 수단으로 권리구제를 도모하면 될 것이다.

4) 마지막으로 신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대한 즉시항고권을 제한하는 제도가 과도한 규제가 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.

그러나 정리계획인가의 결정은 정리계획을 수행하도록 할 것인지를 결정하는 중요한 재판이므로 이에 대한 불복은 법률상 이해관계 있는 자에 대하여

만 허용하는 것이 합리적인데 어차피 실권될 운명에 놓인 신고하지 않은 정리담보권자는 위 결정에 대하여 불복할 법률상 이해관계를 인정하기 어렵고, 학설 및 법원의 실무상 정리절차가 법률의 규정에 위반되어 신고의 기회를 박탈당한 경우에는 신고하지 않은 정리담보권자라 하더라도 즉시항고를 허용하고 있는 점 등을 고려하면, 위 제도가 과도하게 권리를 침해하는 것이라고 단정할 수 없다.

5) 이와 같은 점들을 종합하면, 이 사건 심판대상 조항들은 최소침해성을 갖추었다 할 것이다.

(마) 법익균형성

이 사건 심판대상 조항들로 인하여 정리담보권자가 입게 될 불이익은 앞서 살펴본 바와 같이 재산권을 제한받는 것인데 비하여 이로 인하여 얻게 되는 공익은 재정적 파탄에 직면하였으나 갹생의 가능성이 있는 주식회사에 대하여 이해관계인의 이해를 조정하여 그 사업을 유지시켜 회사를 재건하고 크게는 국가산업과 국민경제의 발전을 도모할 수 있게 되는 것이므로, 회사정리절차제도를 시행함으로써 실현될 수 있는 공익이 정리담보권자가 입게 될 불이익보다는 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 심판대상 조항들은 법익균형성을 갖추었다 할 것이다.

(바) 소 결

그렇다면, 이 사건 심판대상 조항들은 헌법상 보장되는 재산권의 본질적 내용을 침해하거나 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 평등원칙 위배 여부

(가) 헌법 제11조 제1항에서 선언하고 있는 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 자의적인 차별을 하여서는 안 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 합리적인 근거가 있는 차별은 평등원칙에 반하는 것이 아님은 우리 재판소가 누누이 밝힌 바 있다(헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 503-504 참조).

그리고 이 사건 심판대상 조항들은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 부분에 대한 것이 아니라 공익을 위한 규제가 가능한 재산권을 제한하는 것으로 완화된 심사기준에 따라 평등원칙의 위배여부를 가려야 할 것이다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 498 참조).

(나) 먼저 이 사건 심판대상 조항이 권리의 성질이 다른 담보권과 채권을 구별하지 않은 채 정리담보권자에 대하여 정리채권자와 동일하게 신고 및 실

권제도를 마련한 것이 평등원칙에 위반되는 것이 아닌지 문제될 수 있다.

이미 앞서 살펴본 바와 같이 신고제도는 정리계획안을 작성하고 의결에 기초가 되는 총 채무 내지 책임액 등을 확정하는 전제적 조치라 할 수 있고, 이와 관련된 실권제도는 정리계획 작성의 전제가 되지 않은 권리를 정리계획의 효력이 발생한 후에 유효하게 주장하지 못하도록 함으로써 정리절차의 실효성을 보장하기 위한 조치라는 점에 비추어 볼 때 권리자가 채권에 덧붙여 담보권까지 가지고 있는지, 무담보 채권만을 가지고 있는지를 구별하여 그 취급을 달리 정해야 할 뚜렷한 이유를 인정하기 어렵다. 더구나 입법자는 정리계획의 조건을 정함에 있어 정리담보권자를 우선적으로 배려하고, 정리계획안의 결의도 정리담보권자의 의사를 보다 존중하여 그 가결요건을 강화함으로써 실질적인 측면에 있어서 정리담보권자를 정리채권자에 비하여 우대하고 있다. 따라서, 이 사건 심판대상 조항들이 정리담보권자에 대하여 정리채권자와 동일한 내용의 신고 및 실권제도를 마련한 것은 그 합리성이 있다 할 것이어서 자의적인 차별이라고 할 수 없다.

(다) 나아가 이 사건 심판대상 조항들에 의하면 신고하지 않은 정리담보권자는 권리를 전부 실권하는데 반하여 신고한 정리담보권자는 정리계획에 의하여 감면되거나 변경된 범위 내에서만 그 권리를 상실하고, 신고기간에 신고하거나 추완신고한 정리담보권자의 권리는 정리계획에서 정하는 바에 따라 보호되지만 앞서의 관계인집회가 끝난 후에 신고한 정리담보권자의 권리는 실권되는 것으로 달리 취급된다.

그러나 동일한 정리담보권자에 대하여 신고 여부, 신고를 한 시기 여하에 따라 위와 같이 그 취급이 달라지는 것은 정리담보권의 신고 및 추완신고기간의 제한제도에 수반하는 효과로서 회사정리절차의 특성을 고려하여 마련한 이 제도들의 입법취지에 비추어 볼 때 그 상당성이 인정되므로 자의적인 차별이라고 할 수 없다.

(라) 그리고 화의절차 내지 파산절차에서는 담보권자에게 별채권을 인정하여 절차 외에서 그 권리를 행사할 수 있도록 한 것(화의법 제44조, 파산법 제84조, 제86조)과 달리 이 사건 심판대상 조항들은 담보권자가 권리를 신고하여 정리절차에 참가하지 않으면 실권시키는 등 그 법적 지위를 달리 취급하고 있다.

그러나, 화의절차는 단순히 파산을 예방한다는 소극적인 목적을 가지고 있음에 그치고, 파산절차는 회사를 해체하고 재산을 청산하여 분배하는 것을 목

적으로 하는 데 비하여 회사정리절차는 기업의 활동을 계속시키면서 그 사업을 정리·재건하는 적극적인 목적을 가지고 있어 명백한 차이점이 있고, 회사정리절차에서 회의절차 내지 파산절차와 똑같이 담보권자의 별제적 만족을 인정할 경우 회사재산의 일실을 초래하여 회사정리제도의 공익적 목적을 달성하기 어려운 점도 있을 수 있다.

따라서, 위와 같이 담보권자에 대한 법적 취급을 달리한다 하여 이를 두고 자의적 차별이라고 단정할 수 없다.

(마) 또한 회사정리절차에 있어서 회사에 속하지 아니하는 재산에 대한 환취권은 신고하지 않더라도 행사할 수 있음에 반해(회사정리법 제62조), 회사재산에 대한 담보권자는 권리를 신고하지 아니하면 실권되는 차이점이 있다.

그러나, 회사에 속하지 아니하는 재산을 회사가 점유하고 있을 때 그 재산을 소유하거나 점유할 권리가 있는 환취권자가 신고와 관계없이 그 재산을 돌려받는 것은 당연한 것이고 회사재산이 아닌 이상 그로 인하여 정리절차의 진행에 지장을 초래하는 것도 아니다.

따라서, 회사재산에 대한 담보권자를 회사에 속하지 아니하는 재산에 대한 환취권자와 다르게 취급하는 것은 합리성이 있다 할 것이어서 자의적인 차별이라고 할 수 없다.

(바) 끝으로 이 사건 심판대상 조항들이 회사재산에 대한 담보권자와 주주를 차별하는 것이 평등원칙에 위반되는지 살펴본다.

정리담보권자와는 달리 주주에 대하여는 신고기간이 경과한 후에도 주식의 추가신고를 할 수 있도록 하고(회사정리법 제131조), 정리계획의 규정에 의하여 주주에 대하여 권리가 인정된 경우에는 주식 신고를 하지 아니한 주주에 대하여도 권리를 인정하는 등(회사정리법 제244조) 우대적 지위를 인정하고 있다.

회사재산에 대한 담보권자의 권리는 신고되지 않는 한 담보권의 존부 및 피담보채권의 존부 및 범위가 정리절차 내에서 정확히 인지될 수 없기 때문에 불확실함에 반하여 주주의 권리는 그 존재 자체가 명확하고 주식의 수와 내용 및 그 귀속주체 등이 회사에 현저한 사항이라는 점에서 회사재산에 대한 담보권자와 주주를 다르게 취급하는 것은 합리적이라 할 것이다.

(사) 따라서, 이 사건 심판대상 조항들은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 재판청구권 침해 여부

신고하지 않은 정리담보권자에게 정리계획인가의 결정에 대한 즉시항고권

을 허용하지 않는 것이 재판청구권을 침해하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

그러나 앞서 본 바와 같이 정리절차의 핵심인 정리계획에 대하여 법적 효력을 부여하는 정리계획인가의 결정은 매우 중요한 재판이라 할 것이어서 그에 대한 불복은 법률상 이해관계 있는 자에 대하여만 허용하는 것이 상당하다 할 것인데, 신고하지 않은 정리담보권자의 경우는 정리계획인가의 결정에 대하여 불복할 법률상의 이해관계가 있다고 보기 어렵고 불복을 인정한다면 권리구제의 실효성이 없는 무의미한 불복절차로 말미암아 정리절차의 원활한 진행에 차질을 초래할 수 있어 즉시항고권을 제한한다 하여 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다.

5. 결 론

따라서, 이 사건 심판대상 조항들은 헌법에 위반되지 않으므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 아래 6.과 같은 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 일부 위헌의견이 있는 외에는 관여 재판관들의 일치된 의견에 따른 것이다.

6. 재판관 권 성, 재판관 김경일, 재판관 이상경의 일부 위헌의견

신고를 해태한 일체의 ‘정리담보권’ 및 ‘담보권’에 관하여 회사정리법 제241조가 정리회사의 면책과 담보권의 소멸을 규정함으로써 ‘정리담보권’ 및 ‘담보권’에 포함되는 저당권에 대하여까지 면책과 소멸을 규정한 것은 저당권자의 재산권을 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다고 생각한다.

저당권은 부동산등기부에 피담보채권액(근저당의 경우에는 채권최고액)과 채무자가 기재되어 공시되고 변제기, 이자 등에 관한 약정이 있으면 이것들도 함께 기재되므로(부동산등기법 제140조) 비록 정리담보권에 속하는 저당권자(이하 정리저당권자라 부른다)가 이를 신고하지 않았다고 하더라도, 신고되지 않은 다른 정리담보권과는 달리, 정리저당권은 그 존재와 내용을 관리인이나 조사위원이 쉽게 조사하여 이를 확인할 수 있고 그 결과를 정리계획안에 반영하는 것이 가능하다. 만일 부동산등기부에 등재된 내용이 실제의 내용과 차이가 있고 이것이 관리인이나 조사위원 등에 의하여 미처 발견되지 않았다면 이러한 문제는 관계인집회나 즉시항고 등의 절차에서 다시 시정될 수 있게 된다.

그럼에도 불구하고 정리저당권이 신고되지 아니하였다 하여 바로 이를 소멸시키는 것은 지나친 일이다.

왜냐하면 신고를 게을리한 정리저당권자에게 그 책임을 묻는 것은 필요한 일일 수 있지만 그 책임을 물음에 있어서는, 재산권과 같은 기본권을 최대한 보장할 것을 요구하는 헌법의 원칙에 비추어, 정리저당권자의 재산권을 가장 적게 침해하는 다른 방법이 있다면 그런 방법에 의하여야 하고 저당권과 같은 재산권을 아예 소멸시키는 것과 같은 극단적인 방법에 의하여서는 안 될 것이기 때문이다.

생각컨대 정리저당권자의 저당권 자체는 그 효력을 유지시키면서 그 대신 정리계획안에 대한 의결권의 행사를 금지하거나 정리계획안에 찬성하는 것으로 간주하는 등으로 절차적인 권리에 제한을 가하는 방법, 또는 신고를 해태한 자에 대하여 절차의 지연이나 기타 장애로 인해 야기된 손해를 배상하게 하는 방법 등이 정리저당권자의 손해를 최소화하면서 그 신고해태의 책임을 묻는 적절한 방법이 될 수도 있다.

그렇다면 회사정리법 제241조가 ‘정리담보권’ 및 ‘담보권’에 포함된 저당권 까지도 소멸시키고 정리회사를 면책시키는 것은 재산권의 제한에 있어서 최소침해성을 갖추지 못하여 과잉금지의 원칙에 위반된다. 따라서 회사정리법 제241조 가운데 ‘정리담보권’ 및 ‘담보권’에 포함된 저당권부분은 헌법에 위반된다고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종 김경일 송인준(주심)

주선희 전효숙 이상경(퇴임으로 서명날인 불능) 이공현

[별지 1]

1. 안양시 동안구 ○○동 1591의 11 대 4,900㎡ 중 4,238/4,900 지분
2. 속초시 □□동 산 81의 1 임야 50,915㎡ 중 7,470/ 58,430 지분
3. 가. 속초시 □□동 390 전 714㎡
 - 나. 같은 동 391 전 1,293㎡
 - 다. 같은 동 392 전 795㎡
 - 라. 같은 동 393 전 2,020㎡
 - 마. 같은 동 394 전 982㎡
 - 바. 같은 동 447 전 162㎡

- 사. 같은 동 448 전 271㎡
- 아. 같은 동 449 전 152㎡
- 자. 같은 동 450의 1 전 1,104㎡
- 차. 같은 동 450의 2 전 661㎡
- 카. 같은 동 526 잡종지 2,440㎡
- 타. 같은 동 534 잡종지 426㎡
- 파. 같은 동 548 잡종지 2,731㎡
- 하. 같은 동 549 잡종지 714㎡
- 거. 같은 동 550 잡종지 992㎡
- 너. 같은 동 551 잡종지 195㎡
- 더. 같은 동 705의 17 대 3,197㎡
- 러. 같은 동 산 76의 2 임야 28,562㎡
- 머. 같은 동 산 80 임야 33,223㎡
- 4. 속초시 □□동 705의 2 대 82,040㎡ 중 82,020/82,040 지분
- 5. 가. 속초시 □□동 396 잡종지 1,283㎡
- 나. 같은 동 438 잡종지 1,246㎡
- 6. 속초시 □□동 705의 10 잡종지 1,263㎡ 끝.

[별지 2]

1. [별지 1]의 1항 기재 부동산에 관하여 수원지방법원 안양등기소 2001. 5. 19. 접수 제48525호로 말소등기된 같은 등기소 1998. 2. 11. 접수 제14052호 근저당권설정등기
2. [별지 1]의 2항 기재 부동산에 관하여 춘천지방법원 속초지원 2001. 5. 19. 접수 제2377호로 말소등기된 같은 지원 1998. 2. 12. 접수 제1519호 근저당권설정등기
3. [별지 1]의 3, 4, 5, 6항 기재 부동산에 관하여 춘천지방법원 속초지원 2001. 5. 19. 접수 제2377호로 각 말소등기된 같은 지원 1998. 2. 12. 접수 제1519호 근저당권설정등기와 같은 지원 1998. 2. 12. 접수 제1520호 지상권설정등기. 끝.

형법 제62조 제1항 단서 위헌소원 등

(2005. 6. 30. 2003헌마49, 2005헌마287(병합) 전원재판부)

【판시사항】

금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대해서는 집행유예를 하지 못하도록 규정하고 있는 형법 제62조 제1항 단서가 헌법에 위반되거나 기본권을 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

경합범 관계에 있는 수죄가 한꺼번에 기소되어 집행유예를 받을 수 있는 사안이면 분리기소되더라도 집행유예를 선고받는 것이 가능하나, 만일 앞에 기소된 사건에서 집행유예를 선고받고 별도의 죄를 범하여 실형을 선고받은 후 이 사건 규정이 정한 기간을 경과하지 않은 시점에서 경합범 관계에 있던 나머지 죄가 기소된 경우에 형법 제62조 제1항 단서 규정 때문에 집행유예가 불가능한 것은 사실이나, 경합범에 있어서는 일괄기소의 경우가 분리기소의 경우보다는 집행유예기간뿐만 아니라 집행이 유예되는 징역형의 기간도 장기가 되는 것이 일반적이고, 만약 일괄기소되어 집행유예 기간이 장기가 된다면 그 이후에 저질러진 범죄는 집행유예기간 내에 판결이 확정될 수도 있으며, 그러한 경우에는 형법 제63조에 의해 집행유예선고의 효력이 실효되어 집행을 유예받았던 징역형을 다시 집행당하는 부담을 안게 된다는 점에서 분리기소되는 것이 항상 당사자에게 불리하다고만은 할 수 없으므로 경합범 관계의 수죄가 분리기소되면 일정한 경우 집행유예를 선고할 수 없다고 하더라도 이것이 평등권이나 법관의 양심에 따른 재판권을 침해한다고 볼 수 없다.

또한 형법은 경합범 관계에 있는 수죄를 한꺼번에 처벌하는 경우 그 형을 가중하도록 하고 있고, 범죄의 정상에 참작할 사유가 있는 경우에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있도록 하고 있으므로 경합범 관계에 있는 수죄가 분리기소되더라도 실형기간이 일괄기소되는 경

우에 비하여 항상 길다고만은 할 수 없을 뿐만 아니라 법관은 일괄 기소되는 경우와의 형평을 고려하여 양형을 통해 그 형량을 조절할 수 있을 것이므로 집행유예의 결격사유를 정하고 있는 형법 제62조 제1항 단서 규정이 한꺼번에 기소되는 경우와 분리기소되는 경우를 차별한다거나 정당한 재판을 받을 권리를 침해한다거나 나아가 법관의 양심에 따른 재판권을 침해한다고는 볼 수 없다.

【심판대상조문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 단 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다.

② 생략

【참조조문】

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 수개의 죄 또는 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 가장 중한 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다.
 2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초과할 수 없다. 단 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.
 3. 각 죄에 정한 형이 무기징역이나 무기금고 이외의 이종의 형인 때에는 병과한다.
- ② 전항 각 호의 경우에 있어서 징역과 금고는 동종의 형으로 간주하여 징역형으로 처벌한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제39조(판결을 받지 아니한 경합범, 수개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범)

- ① 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄에 대하여 형을 선고한다.
- ② 전항에 의한 수개의 판결이 있는 때에는 전조의 예에 의하여 집행한다.

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바49, 2005헌마287(병합)

③ 경합범에 의한 판결의 선고를 받은 자가 경합범중의 어떤 죄에 대하여 사면 또는 형의 집행이 면제된 때에는 다른 죄에 대하여 다시 형을 정한다.

④ 전3항의 형의 집행에 있어서는 이미 집행한 형기를 통산한다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제63조(집행유예의 실효) 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제64조(집행유예의 취소) ① 집행유예의 선고를 받은 후 제62조 단행의 사유가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다.

② 제62조의2의 규정에 의하여 보호관찰이나 사회봉사 또는 수감을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정되고 2004. 1. 20. 법률 제7077호로 개정되기 전의 것) 제65조(집행유예의 효과) 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다.

【참조판례】

헌재 1998. 12. 24. 97헌바62등, 판례집 10-2, 899

헌재 2003. 1. 30. 2002헌바53, 판례집 15-1, 105

【당 사 자】

청 구 인 1. 오○광(2003헌바49)

대리인 변호사 김제태 외 1인

2. 김○현(2005헌마287)

국선대리인 변호사 김길중

당해사건 서울지방법원 2002고합1141호 특정경제범죄가중처벌등에관한법을 위반(사기) 등(2003헌바49)

【주 문】

1. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것) 제62조 제1항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인 김○현의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 오○광은 2001. 12. 19. 서울지방법원에서 증권거래법위반죄 등으로 징역 1년의 형을 선고받고 그 형의 집행 중 2002. 4. 30. 가석방되어 같은 해 7. 27. 그 잔형기가 경과된 자로서 위 형 집행 종료 후 5년을 경과하지 않은 상태에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 등으로 서울지방법원에 2002고합1141호로 공소제기되어 그 소송계속중, 형법 제62조 제1항 단서가 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 위 법원에 2002초기1987호로 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자, 2003. 7. 14. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2003헌바49).

(2) 청구인 김○현은 2001. 12. 28. 대전지방법원에서 사기죄 등으로 징역 3년의 형을 선고받고 그 형의 집행 중 2003. 12. 24. 가석방되어 2004. 3. 12. 그 잔형기가 경과된 자로서, 위 형 집행 종료 후 5년을 경과하지 않은 상태에서 유가증권위조죄 등으로 대전지방법원에 2004고단2441호로 공소제기되자, 형법 제62조 제1항 단서가 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 2005. 3. 17. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다(2005헌마287).

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형법(1953. 9. 18 법률 제293호로 제정된 것) 제62조 제1항 단서(이하 ‘이 사건 규정’이라 한다)로서 그 내용과 관계규정의 내용은 다음과 같다.

제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 단, 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다.

제37조(경합범) 판결이 확정되지 아니한 수 개의 죄 또는 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄를 경합범으로 한다.

제38조(경합범과 처벌례) ① 경합범을 동시에 판결할 때에는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

2. 각 죄에 정한 형이 사형 또는 무기징역이나 무기금고 이외의 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하되 각 죄에 정한 형의 장기 또는 다액을 합산한 형기 또는 액수를 초

과할 수 없다. 단, 과료와 과료, 몰수와 몰수는 병과할 수 있다.

제39조(판결을 받지 아니한 경합범, 수 개의 판결과 경합범, 형의 집행과 경합범) ① 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄에 대하여 형을 선고한다.

제63조(집행유예의 실효) 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

제64조(집행유예의 취소) ① 집행유예의 선고를 받은 후 제62조 단행의 사유가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다.

제65조(집행유예의 효과) 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견
가. 청구인들의 주장요지

이 사건 규정은 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 면제된 후 5년을 경과하지 않은 경우에는 예외 없이 집행유예를 선고하지 못하도록 하고 있는바, 경우에 따라서는 정상참작의 여지가 많아 실형을 선고하지 않고 집행유예를 선고함이 타당한 사안도 있을 수 있는데, 우연한 사정으로 경합범 관계에 있는 수죄가 한꺼번에 공소제기되지 못하고 분리기소되었다는 이유로 실형을 선고받을 수밖에 없도록 하는 것은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 정당한 재판을 받을 권리 및 법관이 양심에 따라 독립하여 재판할 권리 등을 침해하는 것이다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유요지

경합범 관계에 있는 수죄가 한꺼번에 기소되었다라면 집행유예를 선고받을 수 있었던 경우, 분리기소되어 각각 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정된 경우라면 나머지 다른 사건의 판결에서도 집행유예를 선고받을 수 있어야 함이 상당하나, 이 사건과 같이 경합범 관계에 있는 수 개의 죄 중 일부에 대하여 먼저 실형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료한 후 다시 그 나머지 죄가 기소된 경우에는 그 수죄가 같은 절차에서 재판을 받았다 하더라도 집행유예를 선고받을 수 없었을 것이고, 우리 형법이 경합범 관계에 있는 수죄를 한꺼번에 처벌하는 경우 그 형을 가중하도록 하고 있는 점이나 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄에 대해 형을 다시 정하도록 하고 있는 점, 범죄의 정

상에 참작할 사유가 있는 경우에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있도록 한 점 등에 비추어 보면 이 사건 규정이 법관의 재판권을 침해한다거나 한꺼번에 기소된 경우와 분리기소된 경우를 차별하고 있다고 볼 수 없다.

다. 검찰총장의 의견요지

이 사건 규정은 집행유예의 결정자를 ‘금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 않은 자’로 규정함으로써 이들을 초범인 자들과 차별하고 있지만, 이는 단기자유형의 폐단을 막고 범죄인의 자발적 개선을 통하여 재범을 방지하기 위한 것으로 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 평등권이나 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등을 침해하지 않는다.

또한 법관의 독립은 법관이 자신의 주관적 양심에 따라 심판하는 것을 의미하는 것이 아니라 법률적 양심에 따라 심판하는 것을 의미하는바, 이 사건 규정이 집행유예의 요건을 제한한 것은 재범의 위험성이 없는 자나 초범에 한하여 집행유예를 허용하려는 취지이므로 이것이 법관의 양심에 따른 재판권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.

라. 법무부장관의 의견요지

청구인은 경합범 관계에 있는 수죄가 한꺼번에 기소되었다라면 단 한번의 실형으로 끝났을 것을 분리기소됨으로써 두 번에 걸쳐 실형을 선고받게 되면 상대적으로 실형기간이 늘어나게 되는 불합리한 결과를 낳게 된다고 주장하나, 분리기소된 경우 법관은 나머지 죄에 대한 실형 선고시 전 판결을 참작하여 적절히 양형을 함으로써 구체적 타당성을 피할 수 있을 것이므로, 나머지 죄에 대해 다시 실형을 선고한다 하더라도 이것이 책임주의원칙에 반한다고는 할 수 없다.

3. 판 단

가. 헌법재판소는 이미 1998. 12. 24. 97헌바62등 사건(판례집 10-2, 899) 및 2003. 1. 30. 2002헌바53 사건(판례집 15-1, 105)에서 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 한 사실이 있는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『형법이 규정하고 있는 집행유예제도는 형사정책적 목적을 실현하기 위한 제도로서, 그 집행유예의 결정사유를 어떻게 규정하느냐 하는 문제는 범죄자에 대한 교정처우의 실태, 범죄발생의 추이 및 범죄억제를 위한 형사정책적 판단, 형벌법규에 규정된 법정형의 내용 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 사항으로 입법자의 광범위한 재량이 인정되는 영역이

다. 그런데 이 사건 규정은 재범자를 초범자에 비하여 엄하게 처벌하는 것이 재범방지의 한 방법이 된다는 판단하에 초범자나 과거의 범죄일로부터 상당한 기간이 지날 때까지 재범을 하지 아니한 자에 한하여 집행유예를 할 수 있게 규정한 것으로서 그 내용이 합리적이므로 헌법 제11조 제1항의 평등권이 나 제27조 제1항의 법률에 의한 재판받을 권리와, 제103조의 법관의 독립과 양형재량권 등을 침해한다고 할 수 없다.

한편, 일괄기소할 수 있는 수 개의 범행이 분할기소된 경우에 먼저 재판이 끝난 사건에서 피고인이 집행유예의 선고를 받고 그 재판이 확정된 때에는 뒤에 재판하는 사건에서 다시 집행유예를 할 수도 있다는 것이 대법원 1989. 9. 12. 선고 87도2365 전원합의체 판결 이래의 확립된 판례이다. 또한, 형의 선고는 선고 당시까지 현출되는 모든 양형조건을 종합적으로 고려하여 형의 종류, 형기의 장단, 벌금액의 고하, 형의 감경·가중, 형의 병과, 집행유예 여부, 선고유예 여부 등을 선택하고 재량하여 이루어지는 것이므로 비록 유예기간이 도과되었다 하여도 다른 양형조건에 의하여 집행유예를 선고하지 않을 수도 있는 것이고, 유예기간 중이라고 하여도 다른 양형조건에 따라 형의 종류나 형기의 선택에 있어 더욱 유리한 조치를 받는 경우도 있는 것이다. 결국, 형의 양정은 집행유예가 되느냐 안 되느냐 하는 한 가지 사항만을 가지고 그 합리성의 유무를 따질 수는 없는 것이므로 이 사건 규정은 평등의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.」

그런데 이 사건에서 위 선례와 달리 판단하여야 할 사정의 변경이 있었다고는 볼 수 없으므로 위 결정이유는 이 사건에서도 그대로 타당하다.

나. 한편 청구인들은 그 밖에, 첫째 경합범 관계에 있는 수죄가 한꺼번에 기소되어 집행유예를 받을 수 있는 사안이면 분리기소되더라도 먼저 기소된 사건과 뒤에 기소된 사건에서 모두 집행유예를 받는 것이 가능하나, 만일 앞에 기소된 사건에서 집행유예를 선고받고 별도의 죄를 범하여 실형을 선고받은 후 이 사건 규정이 정한 기간을 경과하지 않은 시점에서 다시 앞에 기소되었던 범죄와 경합범 관계에 있던 죄가 분리기소되면, 이 경우에는 이 사건 규정 때문에 집행유예가 불가능하게 되므로 이것은 일괄기소되는 경우와 분리기소되는 경우를 불합리하게 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항의 평등권과 제103조의 법관의 양심에 따라 독립하여 재판할 권리 등을 침해하는 결과를 가져오고, 둘째 경합범 관계에 있는 수죄가 한꺼번에 기소되면 한번의 실형으로 끝나게 되나 분리기소되면 두 번의 재판을 받게 되어 일반적으로 실

형기간이 늘어나는 불이익을 당하게 되는바, 이러한 경우에는 분리기소되는 후의 사건에 대해 집행유예를 선고할 수 있도록 해야 한다고 주장하므로 이에 대한 판단을 다음과 같이 추가한다.

(1) 살피건대, 경합범 관계에 있던 수죄 중 일부만 먼저 기소되어 집행유예를 선고받았으나 전부 기소되었더라도 집행유예가 가능했던 경우에 위 두 경우가 모두 형의 집행을 유예받는다든 점에서는 별 차이가 없겠지만, 일괄기소되는 경우에는 분리기소되는 경우보다 집행유예기간뿐만 아니라 집행이 유예되는 징역형의 기간도 장기가 될 것이라는 점에서 커다란 차이가 있다고 할 수 있다. 수죄가 반복적으로 이루어졌다는 것이 재판과정에서 현출되는 경우는 그렇지 않은 경우보다 그 비난의 정도가 높게 평가될 것이고, 이것은 징역형의 기간이나 그에 대한 집행유예의 기간을 정함에 있어서 그대로 반영되어 나타날 것이기 때문이다. 만약 일괄기소되어 집행유예기간이 장기가 된다면 그 이후에 저질러진 범죄는 집행유예기간 내에 판결이 확정될 수도 있고, 그러한 경우에는 형법 제63조에 의해 집행유예 선고의 효력이 실효되어 집행을 유예받았던 징역형을 다시 집행당하는 부담을 안게 될 것이다. 이렇게 되면 일괄기소되는 것이 분리기소되는 것보다 오히려 당사자에게 불리할 수도 있다. 그러므로 경합범 관계의 수죄가 전후로 나뉘어 분리기소되면 일괄기소되는 경우에 비해 경우에 따라 불합리한 결과를 가져올 가능성이 존재한다고 하더라도 이 점만으로는 이 사건 규정이 평등권이나 법관의 양심에 따른 재판권을 침해한다고 볼 수 없다.

(2) 또한, 우리 형법은 경합범 관계에 있는 수죄를 한꺼번에 처벌하는 경우 그 형을 가중하도록 하고 있고(형법 제37조, 제38조), 범죄의 정상에 참작할 사유가 있는 경우에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있도록 하고 있으므로(형법 제53조), 분리기소되는 경우의 실행기간이 일괄기소되는 경우에 비하여 항상 길다고만은 할 수 없을 뿐만 아니라 분리기소되더라도 법관은 일괄기소되는 경우와의 형평을 고려하여 양형을 통해 그 형량을 조절할 수 있다. 따라서, 위와 같은 경우에도 경합범 관계에 있는 수죄와 관련하여 한꺼번에 기소되는 경우와 분리기소되는 경우를 차별한다거나 정당한 재판을 받을 권리를 침해한다거나 나아가 법관의 양심에 따른 재판권을 침해한다고는 볼 수 없다.

다. 이상 살펴본 바와 같이 이 사건 규정은 그 목적이 정당하고 내용이 합리성을 갖추고 있으므로 평등권이나 재판받을 권리, 나아가 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해한다고 할 수 없다.

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바49, 2005헌마287(병합)

4. 결 론

이상과 같은 이유로 이 사건 규정은 헌법에 위반되지 아니하므로, 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 운영철(재판장) 권 성 김효종 김경일 송인준
주선희(주심) 전호숙 이공현

구 외국환거래법 제27조 제1항 제8호 등 위헌소원

(2005. 6. 30. 2003헌바114 전원재판부)

【판시사항】

1. 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라 한다)에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위를 하고자 하는 거주자 또는 비거주자는 그 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급을 해서는 아니되고(법 제15조 제3항), 이를 위반하여 지급을 한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다(법 제27조 제1항 제8호 후단)고 규정한 각 조항이 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 북한의 주민이나 단체가 법 제15조 제3항에서 말하는 “거주자”나 “비거주자”에 해당하는지에 관한 판단이 헌법 제3조의 영토조항과 관련이 있는 헌법적 문제인지 여부(소극)

【결정요지】

1. 가. 외국환거래의 규제절차는 원인행위, 지급 및 영수행위, 그리고 지급 및 영수방법에서 각각 이루어지고 있는데, ‘자본거래’에 대하여는 원인행위를 중심으로, ‘경상적 거래’에 대하여는 지급 및 영수행위를 중심으로 각 규제하고 있으며, 자본거래를 제한하는 일반조항은 법 제18조(자본거래의 신고 등)이고, 지급 및 영수행위를 제한하는 일반조항은 법 제15조(지급등의 허가)라고 할 수 있다. 법 제18조는 원칙적으로 외국환관리에 영향을 미칠 수 있는 자본거래에 대하여는 재정경제부장관에게 신고하도록 하고 있고, 이렇게 신고의 무 있는 자본거래를 신고하지 아니하고 행한 경우에서 더 나아가 위 자본거래를 원인으로 하여 신고 없이 외국환을 ‘지급’한 경우는 그 위법성이 더욱 높다고 할 것인데, 이를 규율하는 것이 바로 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것) 제27조 제1항 제8호

후단 및 제15조 제3항 중 각 미신고 외국환 지급의 금지 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)이다. 법은 제16조에서 지급등의 방법의 신고를, 제17조에서 지급수단 등의 수출입의 신고를 각각 규정하고 있는데, 이를 위반하였을 경우 별도의 처벌규정(제28조 제1항 제2호·제3호)을 두고 있으므로 이 사건 법률조항(특히 법 제27조 제1항 제8호 후단)이 적용될 수 없고, 그 밖에 변경신고·폐지신고 등을 규정한 법 제8조 제4항, 제9조 제2항에 대하여도 이에 대응하는 처벌규정(제27조 제1항 제5호·제6호·제7호, 제29조 제1항 제1호·제3호)이나 과태료규정(제32조 제1항 제1호, 제2호)이 있으므로 이들에 대하여도 이 사건 법률조항이 적용되지 않음이 명백하다. 결국, 이 법에서 이 사건 법률조항이 적용되는 경우는 오직 당해사건과 같이 무신고 자본거래를 한 후 이를 원인으로 한 무신고 외국환의 지급 또는 영수행위가 유일한 것이다. 그러므로, 법 제15조 제3항 중 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위” 및 나아가 “그 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급등을 하여서는 아니된다” 부분이 의미하는 바는 이 법의 목적, 외국환거래 제한의 태양과 절차, 법 제15조와 제18조의 의미, 법상 신고의무규정·금지규정과 처벌규정의 상관관계 등에 비추어 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하면 그 의미가 불명확하다고 할 수 없으므로, 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

나. 법은 거주자 개념의 중요성을 감안하여 거주자와 비거주자의 개념을 정의하고 있다. 즉, 법 제3조 제1항 제12호의 규정에 의하면 “거주자”라 함은 대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인을 말하고, 동 조항 제13호의 규정에 의하면 “비거주자”라 함은 거주자 외의 개인 및 법인을 말하는데, 다만 비거주자의 대한민국 안의 지점·출장소 기타의 사무소는 법률상 대리권의 유무에 불구하고 거주자로 본다. 이와 같은 거주자 개념 정의는 거주성(居住性)의 기본적인 원리에 따른 것이고, 이들 조항에 포함된 단어들은 대부분 법률용어로서 서술적인 개념을 사용하고 있어 그 의미에 혼동을 초래할 정도로 불명확한 것은 없다고 할 것이므로, 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는 것이

라고 할 수 없다.

다. 당해사건과 같이 남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래에 대하여는 법 제15조 제3항에 규정되어 있는 “거주자 또는 비거주자” 부분 즉 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제 되는 것이 아니라, 남북교류협력에관한법률(이하 ‘남북교류법’이라 한다) 제26조 제3항의 “남한과 북한” 즉 군사분계선 이남지역과 그 이북지역의 주민인지 여부가 문제되는 것이다. 즉, 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 이 사건 법률조항의 ‘거주자’ 또는 ‘비거주자’가 아니라 남북교류법의 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이다. 그러므로, 당해사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없다.

【심판대상조문】

외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것) 제27조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 위반행위의 목적물의 가액의 3배가 2억 원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물의 가액의 3배 이하로 한다.

1.~7. 생략

8. 제15조 제1항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하거나 허위 기타 부정한 방법으로 허가를 받고 지급등을 한 자 또는 동조 제3항의 규정에 위반하여 지급등을 한 자

9.~10. 생략

②, ③ 생략

외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것) 제15조(지급등의 허가) ①, ② 생략

③ 이 법에 의하여 허가를 받거나 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위를 하고자 하는 거주자 또는 비거주자는 그 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급 등을 하여서는 아니된다.

【참조조문】

헌법 제3조

외국환거래법(2000. 10. 23. 법률 제6277호로 개정된 것) 제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “내국통화”라 함은 대한민국의 법화인 원화를 말한다.
2. “외국통화”라 함은 내국통화와의 통화를 말한다.
3. “지급수단”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 것을 말한다.
 - 가. 정부지폐·은행권·주화·수표·우편환·신용장
 - 나. 대통령령이 정하는 환어음·약속어음 기타의 지급지시
 - 다. 증표·플라스틱카드 또는 그 밖의 물건에 전자 또는 자기적 방법으로 재산적 가치가 입력되어 불특정 다수인간에 지급을 위하여 통화에 갈음하여 사용할 수 있는 것으로서 대통령령이 정하는 것
4. “대외지급수단”이라 함은 외국통화, 외국통화로 표시된 지급수단 기타 표시통화에 관계없이 외국에서 사용할 수 있는 지급수단을 말한다.
5. “내국지급수단”이라 함은 대외지급수단 외의 지급수단을 말한다.
6. “귀금속”이라 함은 금이나 금합금의 지금, 유통되지 아니하는 금화 기타 금을 주재료로 하는 제품 및 가공품을 말한다.
7. “증권”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 것을 말한다.
 - 가. 국채·지방채·사채·기타 모든 종류의 채권
 - 나. 주식 및 출자지분
 - 다. 가목 및 나목에 관한 권리를 부여하는 증서
 - 라. 수익증권 및 이권
 - 마. 기타 가목 내지 라목에 규정된 것과 유사한 증권 또는 증서로서 대통령령이 정하는 것
8. “외화증권”이라 함은 외국통화로 표시된 증권 또는 외국에서 지급을 받을 수 있는 증권을 말한다.
9. “채권”이라 함은 모든 종류의 예금·신탁·보증·대차 등으로 인하여 생기는 금전 채권으로서 제1호 내지 제8호에 해당되지 아니하는 것을 말한다.
10. “외화채권”이라 함은 외국통화로 표시된 채권 또는 외국에서 지급을 받을 수 있는 채권을 말한다.
11. “외국환”이라 함은 대외지급수단·외화증권 및 외화채권을 말한다.
12. “거주자”라 함은 대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인을 말한다.
13. “비거주자”라 함은 거주자 외의 개인 및 법인을 말한다. 다만, 비거주자의 대한민국안의 지점·출장소 기타의 사무소는 법률상 대리권의 유무에 불구하고 거주자로 본다.
14. “외국환업무”라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 것을 말한다.
 - 가. 외국환의 발행 또는 매매
 - 나. 대한민국과 외국간의 지급·추심 및 영수
 - 다. 거주자와의 외화로 표시되거나 지급되는 예금·금전의 대차 또는 보증
 - 라. 비거주자와의 예금·금전의 대차 또는 보증

- 마. 기타 가목 내지 라목과 유사한 업무로서 대통령령이 정하는 업무
15. “금융기관”이라 함은 금융감독기구의설치등에관한법률 제38조 제1호 내지 제13호에 규정된 기관과 기타 금융업 및 금융관련업무를 영위하는 자로서 대통령령이 정하는 자를 말한다.
 16. “해외직접투자”라 함은 거주자가 행하는 다음 각 목의 1에 해당하는 거래·행위 또는 지급을 말한다.
 - 가. 외국법령에 의하여 설립된 법인(설립중인 법인을 포함한다)이 발행한 증권을 취득하거나 당해 법인에 대한 금전의 대여 등을 통하여 당해 법인과 지속적인 경제관계를 수립하기 위하여 행하는 거래 또는 행위로서 대통령령이 정하는 것
 - 나. 외국에서 영업소를 설치·확장·운영하거나 해외사업활동을 영위하기 위하여 행하는 자금의 지급으로서 대통령령이 정하는 것
 17. “파생금융거래”라 함은 금융선물시장에서 행하여지는 거래 또는 이와 유사한 거래로서 대통령령이 정하는 것을 말한다.
 18. “자본거래”라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 거래 또는 행위를 말한다.
 - 가. 거주자와 비거주자간의 예금계약, 신탁계약, 예금의 대차계약, 채무의 보증계약 또는 대외지급수단이나 채권의 매매계약(바목에 해당하는 경우를 제외한다)에 따른 채권의 발생·변경 또는 소멸에 관한 거래
 - 나. 거주자간의 예금계약, 신탁계약, 금전의 대차계약, 채무의 보증계약, 대외지급수단·채권 기타의 매매계약 또는 용역계약에 따른 채권의 발생·변경 또는 소멸에 관한 거래로서 외국통화로 지급을 받을 수 있는 거래(바목에 해당하는 경우를 제외한다)
 - 다. 거주자에 의한 비거주자로부터의 증권이나 이에 관한 권리의 취득 또는 비거주자에 의한 거주자로부터의 증권이나 이에 관한 권리의 취득(바목에 해당하는 경우를 제외한다)
 - 라. 거주자에 의한 외국에서의 증권의 발행이나 모집, 거주자에 의한 국내에서의 외화증권의 발행이나 모집 또는 비거주자에 의한 국내에서의 증권의 발행이나 모집
 - 마. 비거주자에 의한 내국통화로 표시되거나 지급되는 증권의 외국에서의 발행이나 모집
 - 바. 거주자간의 파생금융거래(외국환과 관련된 경우에 한한다) 또는 거주자와 비거주자간의 파생금융거래
 - 사. 거주자에 의한 외국에 있는 부동산이나 이에 관한 권리의 취득 또는 비거주자에 의한 국내에 있는 부동산이나 이에 관한 권리의 취득
 - 아. 가목의 경우를 제외하고 법인의 국내에 있는 본점·지점·출장소 기타의 사무소(이하 이 목에서 “사무소”라 한다)와 외국에 있는 사무소 사이의 사무소의 설치·확장 또는 운영 등과 관련된 행위 및 그에 따른 자금의 수수(사무소의 유지에 필요한 경비나 경상적 거래와 관련된 자금의 수수로서 대통령령이 정하

는 것을 제외한다)

자. 기타 가목 내지 아목과 유사한 형태로서 대통령령이 정하는 거래 또는 행위

② 제1항 제12호 및 제13호의 규정에 의한 거주자와 비거주자의 구분이 명백하지 아니한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의한다.

외국환거래법(2000. 10. 23. 법률 제6277호로 개정된 것) 제18조(자본거래의 신고 등)

① 자본거래를 하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 재정경제부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 경미하거나 정형화된 자본거래로서 재정경제부장관이 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정한 자본거래는 그러하지 아니하다.

②~⑧ 생략

【참조판례】

- 1. 헌재 1996. 2. 29. 94헌마113, 판례집 8-1, 126, 137
헌재 2001. 1. 18. 99헌마112, 판례집 13-1, 85, 94
- 2. 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52, 61

【당 사 자】

청 구 인 박○원

대리인 법무법인 충정

담당변호사 김주원

당해사건 서울지방법원 2003고합642, 2003고합933(병합) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 등

【주 문】

외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것) 제27조 제1항 제8호 후단 및 제15조 제3항 중 각 미신고 외국환 지급의 금지 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건개요 및 심판대상

가. 사건개요

청구인은 청구외 김○규 등과 공모하여 재정경제부장관에게 신고하지 아니하고, ○○ 주식회사가 30년간 독점하여 북한 통천지역의 경공업지구 조성부지, 통천비행장 부지의 사용권, 철도·통신·전력·관광사업 등의 개발·운영

권 등을 취득하는 것을 내용으로 하여 2000. 5. 3. 북한의 조선아시아태평양위원회(이하 ‘아태위원회’라 한다)와 체결한 경제협력사업권에 관한 잠정합의(이하 ‘이 사건 잠정합의’라 한다)의 대가 명목으로 2000. 6. 9. 미화 2억 달러를 Bank of China 마카오지점에 개설된 아태위원회 지정의 3개 명의의 계좌로 송금하는 방법으로 그 지급을 하고, 같은 날 미화 5천만 달러를 △△ 주식회사 런던지사를 통하여 Raiffisen Zentral Bank의 Wien지점 등에 개설된 아태위원회 지정의 2개 명의의 계좌로 송금하고, 미화 1억 달러를 위 △△ 주식회사 싱가포르지점을 통하여 HSBC의 미국 RNNY 지점 등에 개설된 아태위원회 지정의 8개 명의의 계좌로 송금하는 방법으로 그 지급을 하였다는 공소사실 등으로 서울지방법원에 공소제기되었다[서울지방법원 2003고합642, 2003고합933(병합) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 등].

청구인은 위 재판 계속중 외국환거래법 제27조 제1항 제8호, 제15조 제3항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2003초기2109), 위 법원은 2003. 12. 12. 위 공소사실에 대하여 유죄판결을 선고하면서 위헌법률심판제청신청을 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 26. 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판대상

심판의 대상은 외국환거래법(1998. 9. 16. 법률 제5550호로 제정된 것. 이하 ‘법’이라 한다) 제27조 제1항 제8호 후단 및 제15조 제3항 중 각 미신고 외국환 지급의 금지 부분(이하 이들 조항을 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같고 관련규정의 내용은 별지와 같다.

법 제15조(지급등¹⁾의 허가) ③ 이 법에 의하여 허가를 받거나 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위를 하고자 하는 거주자 또는 비거주자는 그 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급등을 하여서는 아니된다.

제27조(벌칙) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 위반행위의 목적물의 가액의 3배가 2억 원을 초과하는 경우에는 그 벌금을 목적물의 가액의 3배 이하로 한다.

1) 여기에서 “지급등”이란 이 법의 적용을 받는 ‘지급’ 또는 ‘영수’를 말한다(법 제6조 제1항 제1호).

8. 제15조 제1항의 규정에 의한 허가를 받지 아니하거나 허위 기타 부정한 방법으로 허가를 받고 지급등을 한 자 또는 동조 제3항의 규정에 위반하여 지급등을 한 자

2. 청구인의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 법 제15조 제1항의 규정을 고려하면 같은 조 제3항이 규제하려는 외국환 지급의 태양은 ① 국내로부터 외국에 지급하는 경우와 ② 비거주자와 거주자 사이의 지급이다. 청구인에 대한 공소사실은 위 두 가지 중 어디에 해당 하는지 분명하지 않으나, 피지급자를 “북한쪽 명의의 계좌”라고 표시함으로써 북한사람에게 지급되었음을 명확히 하고 있다.

그런데, 청구인에 대한 공소사실이 위 ①의 경우로서 북한이라는 외국에 지급하였다는 것이라면 이는 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 하고 있는 헌법 제3조에 위반된다. 한편, 위 공소사실이 위 ②의 경우라면, 법 제3조 제1항 제12호 및 제13호가 규정하고 있는 거주자의 개념인 ‘대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인’에 비추어 볼 때 피지급자인 북한 사람이 거주자인지 비거주자인지 명확하지 않다. 나아가 북한 사람을 비거주자, 즉 대한민국 영토 내에 거소를 두지 않은 자로 보는 것이 법 제15조 제1항의 취지라면 이 역시 헌법 제3조에 위반한다.

(2) 법 제15조 제3항의 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위”는 그 의미가 너무 포괄적이어서 불명확하므로 명확성의 원칙에 위반된다.

(3) 결국, 법 제15조 제1항의 위와 같은 위헌성은 금지규정인 법 제15조 제3항과 처벌규정인 법 제27조 제1항 제8호에 반영되어 있으므로, 총체적으로 형벌법규를 구성하는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다.

나. 법원의 제청신청 기각결정의 이유요지

이 사건 법률조항에 포함된 단어들은 대부분 법률용어로서 그 의미에 혼동을 초래할 정도의 불명확한 것이 없고, 특히 대한민국에 반대되는 뜻으로서 ‘외국’의 의미 또한 불명확하지 않으므로, 이 사건 법률조항은 헌법이 정한 명확성의 원칙에 반하지 않는다. 나아가 북한이 외국인인지 및 북한에 주소 또는 거소를 둔 개인 또는 북한에 주된 사무소를 둔 법인이 비거주자인지 여부는 당해사건의 유·무죄와 관련된 헌법 및 법률해석의 문제일 뿐이며, 이 사건 법률조항 자체에서 북한을 외국으로, 북한에 주소 또는 거소를 둔 개인 또는 북한에 주된 사무소를 둔 법인을 ‘비거주자’로 직접 규정하고 있지 않으므로

헌법 제3조의 영토조항에 위반되지 않는다.

다. 남북정상회담관련대북비밀송금의혹사건등의진상규명을위한특별검사의 의견

법원의 제청신청 기각결정의 이유와 대체로 같다.

3. 판 단

가. 쟁점의 정리

이 사건 법률조항은 형벌법규로서, 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위를 하고자 하는 거주자 또는 비거주자는 그 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급을 해서는 아니되고(제15조 제3항), 이를 위반하여 지급을 한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다(제27조 제1항 제8호 후단)는 내용의 규정이다.

형벌법규에 대하여는 죄형법정주의의 한 내용인 명확성의 원칙이 요구된다. 그런데 이 사건 법률조항은 그 구성요건에서 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위를 하고자 하는 거주자 또는 비거주자” 라고 규정함으로써, 첫째 ‘이 법에 의하여 신고의 대상이 되는 거래 또는 행위’가 무엇을 의미하는지, 둘째 헌법 제3조의 영토조항과 관련하여 위 아태위원회가 ‘거주자 또는 비거주자’의 어디에 해당하는지가 불분명하여 명확성의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

나. 명확성 원칙의 위배 여부

(1) 명확성 원칙의 의의 및 그 판단방법

일반적으로 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 260).

이와 같은 형벌규정에 대한 예측가능성의 유무 내지는 법적용자에 대한 해석지침 여부에 대하여는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다는 것이 우리 재판소의

확립된 판례이다(헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 137; 2001. 1. 18. 99헌바112, 판례집 13-1, 85, 94).

(2) “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위” 부분에 대한 판단

(가) 법은 외국환거래 기타 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것을 목적으로 한다(제1조).

이와 같은 목적을 달성하기 위하여 법은 외국환거래 기타 대외거래를 합리적으로 조정·관리하기 위한 장치를 두고 있는데, 모든 외국환거래행위에 대하여 ‘원인행위’, ‘지급 및 영수행위’, 그리고 ‘지급 및 영수방법’ 등 3가지 측면에서 절차를 정하고 있고, 이 중 ‘지급 및 영수행위’가 그 기본이 된다고 할 수 있다.

법 제15조는 경상거래에 따른 지급 및 영수에 관한 일반적 규정으로서, 재정경제부장관은 우리 나라가 체결한 조약 및 일반적으로 승인된 국제외국환거래법규의 성실한 이행을 위하여 불가피한 경우와 국제평화 및 안전유지를 위한 국제적 노력에 특히 기여할 필요가 있는 경우에는 거주자 또는 비거주자로 하여금 경상적 지급 및 영수에 관하여 허가를 받도록 할 수 있다(제1항). 나아가, 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위에 대하여 신고를 하지 않고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급 또는 영수를 하여서는 아니되며(제3항), 이를 위반할 경우 법 제27조 제1항 제8호 후단에 의하여 처벌하고 있다.

(나) 여기에서 법 제15조 제3항의 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위”가 무엇인가를 살펴볼 필요가 있다. 앞에서 본 바와 같이 외국환거래의 규제절차는 원인행위, 지급 및 영수행위, 그리고 지급 및 영수방법에서 각각 이루어지고 있는데, 자본거래에 대하여는 원인행위를 중심으로, 경상적 거래에 대하여는 지급 및 영수행위를 중심으로 각 규제하고 있으며, 자본거래를 제한하는 일반조항은 법 제18조(자본거래의 신고등)이고, 지급 및 영수행위를 제한하는 일반조항은 법 제15조(지급등의 허가)라고 할 수 있다.

먼저, 법 제18조 제1항 본문은 원칙적으로 외국환관리에 영향을 미칠 수 있는 자본거래에 대하여는 재정경제부장관에게 신고하도록 하고 있고, 동법시행령 제30조 제2항은 법 제18조 제1항 단서의 규정에 의하여 신고를 하지 아니하여도 되는 자본거래를 지정한 때에는 재정경제부장관이 이를 고시하여야

한다고 규정하였다. 이에 따라 1999. 3. 31. 재정경제부고시 제1999-9호로 ‘외국환거래규정’이 제정되었는데, 동 규정 제7-2조에서 자본거래에 대한 허가 및 신고의 예외를 정함으로써 원인행위 단계에서의 외국환거래를 제한하고 있다. 이와 같은 신고의무 있는 자본거래를 신고하지 않고 행한 경우 이를 처벌하는 규정이 법 제28조 제1항 제4호이다.

그런데, 이렇게 신고의무 있는 자본거래를 신고하지 아니하고 행한 경우²⁾에서 더 나아가 위 자본거래를 원인으로 하여 신고 없이 외국환을 ‘지급’한 경우는 그 위법성이 더욱 높다³⁾고 할 것인데, 이를 규율하는 것이 바로 이 사건 법률조항이다. 당해사건의 경우, 청구인이 재정경제부장관에게 신고하지 않은 채 북한의 아태위원회와 사이에 이 사건 잠정합의를 한 행위는 신고의무 있는 자본거래를 신고하지 않고 행한 것에 해당하여 법 제18조 제1항을 위반한 것이고, 나아가 이 사건 잠정합의를 원인으로 하여 재정경제부장관에게 신고하지 않고 외국은행에 송금한 행위는 미신고 외국환 지급의 금지를 규정한 법 제15조 제3항을 위반한 것이다. 따라서 청구인의 행위는 법 제18조 제1항 및 제15조 제3항 모두를 위반한 것인데, 검찰은 제15조 제3항 위반만을 적용하여 공소를 제기하였다.

(다) 한편, 그 밖에 법이 규정하고 있는 신고의무와 그를 위반한 자에 대한 처벌규정을 보면 다음과 같다.

1) 법 제8조(외국환업무의 등록등) 제4항의 규정에 의하면, 같은 조 제1항 본문의 규정에 의하여 외국환업무의 등록을 한 금융기관과 제3항의 규정에 의하여 환전업무의 등록을 한 자가 그 등록사항 중 대통령령이 정하는 사항을 변경하고자 하거나 외국환업무 또는 환전업무를 폐지하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 재정경제부장관에게 미리 이를 신고하여야 하는데, 그 변경신고를 하지 아니하거나 허위로 변경신고를 하고 외국환업무 또는 환전업무를 영위한 자 또는 그 폐지신고를 허위로 하고 외국환업무 및 환전업무를 영위한 자는 형벌에 처하고(법 제29조 제1항 제1호, 제27조 제1항 제5호·제6호), 그 폐지신고를 하지 아니한 자는 과태료에 처한다(법 제32조 제1항 제1호).

2) 법 제9조(외국환중개업무등) 제2항의 규정에 의하면, 같은 조 제1항의

2) 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처한다(법 제28조 제1항 제4호).

3) 3년 이하의 징역 또는 2억 원 이하의 벌금에 처한다(법 제27조 제1항 제8호).

규정에 의한 외국환중개업무의 인가를 받은 자가 합병 또는 해산, 영업의 전부 또는 일부를 폐지·양도·양수하거나 인가사항 중 대통령령이 정하는 중요사항을 변경하고자 하는 때에는 대통령령이 정하는 구분에 따라 재정경제부 장관의 인가를 받거나 재정경제부 장관에게 신고하여야 하는데, 이에 따른 합병·해산, 양도·양수 또는 폐지신고를 허위로 하고 외국환중개업무를 영위한 자 또는 그 변경신고를 하지 아니하거나 허위로 변경신고를 하고 외국환중개업무를 영위한 자는 형벌에 처하고(법 제27조 제1항 제7호, 제29조 제1항 제3호), 그 합병·해산, 양도·양수 또는 폐지신고를 하지 아니한 자는 과태료에 처한다(법 제32조 제1항 제2호).

3) 법 제16조(지급등의 방법의 신고)의 규정에 의하면, 거주자와 비거주자간 또는 비거주자 상호간의 거래 또는 행위에 따른 채권·채무의 결제에 있어서 거주자가 일정한 행위를 하는 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지급 또는 영수의 방법에 대하여 재정경제부 장관에게 미리 신고하여야 하는데, 이에 따른 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고하고 지급 또는 영수한 자는 형벌에 처한다(법 제28조 제1항 제2호).

4) 법 제17조(지급수단등의 수출입의 허가등)의 규정에 의하면, 재정경제부 장관은 이 법의 실효성을 확보하기 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령이 정하는 경우에는 지급수단·귀금속 또는 증권을 수출 또는 수입하고자 하는 거주자나 비거주자로 하여금 당해 지급수단·귀금속 또는 증권을 수출 또는 수입함에 있어서 대통령령이 정하는 바에 의하여 허가를 받도록 하거나 세관에 신고하게 할 수 있는데, 이에 따른 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고하고 지급수단·귀금속 또는 증권을 수출 또는 수입한 자는 형벌에 처한다(법 제28조 제1항 제3호).

(라) 이와 같이 법은 제16조에서 지급등의 방법의 신고를, 제17조에서 지급수단 등의 수출입의 신고를 각각 규정하고 있는데, 이를 위반하였을 경우 별도의 처벌규정(제28조 제1항 제2호·제3호)을 두고 있으므로 이 사건 법률조항(특히 법 제27조 제1항 제8호 후단)이 적용될 수 없고, 그 밖에 변경신고·폐지신고 등을 규정한 법 제8조 제4항, 제9조 제2항에 대하여도 이에 대응하는 처벌규정(제27조 제1항 제5호·제6호·제7호, 제29조 제1항 제1호·제3호)이나 과태료규정(제32조 제1항 제1호·제2호)이 있으므로 이들에 대하여도 이 사건 법률조항이 적용되지 않음이 명백하다. 결국, 이 법에서 이 사건 법률조항이 적용되는 경우는 오직 당해사건과 같이 무신고 자본거래를 한 후

이를 원인으로 한 무신고 외국환의 지급 또는 영수행위가 유일한 것이다.

그러므로, 법 제15조 제3항 중 “이 법에 의하여 신고를 하여야 하는 거래 또는 행위” 및 나아가 “그 신고를 하지 아니하고는 당해 거래 또는 행위에 관한 지급등을 하여서는 아니된다” 부분이 의미하는 바는 앞서 본 바와 같은 이 법의 목적, 외국환거래 제한의 태양과 질차, 법 제15조와 제18조의 의미, 법상 신고의무규정·금지규정과 처벌규정의 상관관계 등에 비추어 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하면 그 의미가 불명확하다고 할 수 없으므로, 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

(3) “거주자 또는 비거주자” 부분에 대한 판단

(가) ‘거주자 및 비거주자’의 개념은 외국환거래법 전반에 걸쳐 사용되고 있는 외국환관리의 기본적인 개념이다. 즉, 외국환관리의 원리는 거주자와 비거주자간의 채권·채무 관계를 규제하는 것인바, 거주자와 비거주자를 구분하는 거주성(居住性) 개념은 국적과는 관계없이 일정 기간을 거주하고 있거나 거주할 의사를 가지고 있고 경제적으로 밀착되어 있는 지역을 기준으로 한다. 즉, 외국 국적을 가진 사람이 대한민국에 경제이익의 중심을 두고 있는 경우에는 외국인이라고 하여도 거주자로 취급되므로, 거주성의 개념이 국적과 논리 필연적인 관계에 있는 것은 아니다.

법은 거주자 개념의 중요성을 감안하여 거주자와 비거주자의 개념을 정의하고 있다. 즉, 제3조 제1항 제12호의 규정에 의하면 “거주자”라 함은 대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인을 말하고, 동 조항 제13호의 규정에 의하면 “비거주자”라 함은 거주자 외의 개인 및 법인을 말하는데, 다만 비거주자의 대한민국 안의 지점·출장소 기타의 사무소는 법률상 대리권의 유무에 불구하고 거주자로 본다.

이와 같은 거주자 개념 정의는 앞에서 본 거주성의 기본적인 원리에 따른 것이고, 이들 조항에 포함된 단어들은 대부분 법률용어로서 서술적인 개념을 사용하고 있어 그 의미에 혼동을 초래할 정도로 불명확한 것은 없다고 할 것이므로, 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다.

(나) 한편, 우리 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토

가 되므로, 북한을 법 소정의 “외국”으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 “비거주자”로 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다고 할 것이다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결 참조).

1988. 7. 7. 남북한간의 화해를 위한 6개항의 대북한 제의인 이른바 “7. 7. 선언”이 발표된 후 그 동안 원칙적으로 금지되었던 북한주민과의 접촉, 왕래 및 교류 등을 허용·지원하고, 우리 국민들의 북한 방문 및 남북한 왕래·교류에 대한 요구를 적절히 수용하기 위한 법률적 후속조치로서 남북교류협력에관한법률(이하 ‘남북교류법’이라 한다)이 1990. 8. 1. 법률 제4239호로 제정되었다. 남북교류법은 군사분계선 이남지역(남한)과 그 이북지역(북한)간의 상호교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있으며(제1조), 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 다른 법률에 우선하여 동법을 적용하도록 규정하고 있는(제3조) 점에 비추어 보면 동법은 평화적 통일과 남북교류를 위한 기본법으로서의 성격을 갖고 있다(헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52, 61 참조).

남북교류법 제26조 제3항은 남한과 북한간의 투자, 물품의 반출·반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 외국환거래법 등을 준용하고, 같은 조 제4항은 제3항의 규정에 의하여 다른 법률을 준용함에 있어서는 대통령령으로 그에 대한 특례를 정할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 동법시행령 제50조 제6항에서는 동법 제26조 제4항의 규정에 의한 특례는 관계 행정기관의 장이 협의회의 의결을 거쳐 고시한다고 규정하고 있으며, 그에 따라 외국환거래법 소정의 거주자 등이 북한에 투자를 목적으로 수행하는 행위 또는 거래에 관하여 외국환거래법을 준용함에 있어 그 특례를 정할 목적으로 1995. 6. 28. 제정경제원고시 1995-23호로 ‘대북투자 등에 관한 외국환관리지침’이 제정되었다.

위 규정들을 종합하여 보면, 남한과 북한의 주민(법인, 단체 포함) 사이의 투자 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 우선적으로 남북교류법과 동법시행령 및 위 외국환관리지침이 적용되며, 관련 범위 내에서 외국환거래법이 준용된다. 즉, ‘남한과 북한의 주민’이라는 행위 주체 사이에 ‘투자 기타 경제에 관한 협력사업’이라는 행위를 할 경우에는 남북교류법이 다른 법률보다 우선적으로 적용되고, 필요한 범위 내에서 외국환거래

법 등이 준용되는 것이다.

그 결과 당해 사건과 같이 남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래에 대하여는 법 제15조 제3항에 규정되어 있는 “거주자 또는 비거주자” 부분 즉 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제되는 것이 아니라, 남북교류법 제26조 제3항의 “남한과 북한” 즉 군사분계선 이남지역과 그 이북지역의 주민인지 여부가 문제되는 것이다. 즉, 외국환거래의 일방 당사자가 북한의 주민일 경우 그는 이 사건 법률조항의 ‘거주자’ 또는 ‘비거주자’가 아니라 남북교류법의 ‘북한의 주민’에 해당하는 것이다. 그러므로, 당해 사건에서 아태위원회가 법 제15조 제3항에서 말하는 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지 여부는 위에서 본 바와 같은 법률해석의 문제에 불과한 것이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없는 것이다.

4. 결 론

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

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종 김경일 송인준
주선희(주심) 전효숙 이상경(퇴임으로 서명날인 불능)
이공현

[별 지]

관련규정

(1) 법

제1조(목적) 이 법은 외국환거래 기타 대외거래의 자유를 보장하고 시장기능을 활성화하여 대외거래의 원활화 및 국제수지의 균형과 통화가치의 안정을 도모함으로써 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정 2000. 10. 23>

1. 내지 10. (생략)

11. “외국환”이라 함은 대외지급수단·외화증권 및 외화채권을 말한다.
12. “거주자”라 함은 대한민국 안에 주소 또는 거소를 둔 개인과 대한민국 안에 주된 사무소를 둔 법인을 말한다.
13. “비거주자”라 함은 거주자 외의 개인 및 법인을 말한다. 다만, 비거주자의 대한민국 안의 지점·출장소 기타의 사무소는 법률상 대리권의 유무에 불구하고 거주자로 본다.
14. 내지 17. (생략)
18. “자본거래”라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 거래 또는 행위를 말한다.
 - 가. 내지 아. (생략)
 - 자. 기타 가목 내지 아목과 유사한 형태로서 대통령령이 정하는 거래 또는 행위

제15조(지급등의 허가) ① 재정경제부장관은 다음 각 호의 1에 해당한다고 인정되는 경우에는 국내로부터 외국에 지급하고자 하는 거주자 및 비거주자, 비거주자에게 지급하거나 비거주자로부터 영수하고자 하는 거주자로 하여금 당해 지급등을 함에 있어서 대통령령이 정하는 바에 의하여 허가를 받도록 할 수 있다.

1. 국제수지의 균형을 유지하기 위하여 특히 필요한 경우⁴⁾
 2. 우리 나라가 체결한 조약 및 일반적으로 승인된 국제법규의 성실한 이행을 위하여 불가피한 경우
 3. 국제평화 및 안전유지를 위한 국제적 노력에 특히 기여할 필요가 있는 경우
- ② 다음 각 호의 1에 해당하는 지급등을 하고자 하는 거주자 또는 비거주자에 대하여는 제1항 제1호의 규정을 적용하지 아니한다.⁵⁾
1. 제6조 제2항 및 제18조의 규정에 의한 허가를 받았거나 신고를 한 자본거래에 관한 지급등
 2. 대외무역법이 정하는 바에 의하여 인정된 물품의 수출·수입에 관한 지급등
- 제18조(자본거래의 신고 등) ① 자본거래를 하고자 하는 자는 대통령령이

4) 2000. 10. 23. 법률 제6277호 개정법에서 삭제됨.

5) 2000. 10. 23. 법률 제6277호 개정법에서 ②항 전부가 삭제됨.

정하는 바에 의하여 재정경제부장관에게 신고하여야 한다. 다만, 경미하거나 정형화된 자본거래로서 재정경제부장관이 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정한 자본거래는 그러하지 아니하다.

②, ③ (생략)

부칙 제6조(다른 법령과의 관계) 이 법 시행당시 다른 법령에서 종전의 외국환관리법 또는 그 규정을 인용하고 있는 경우 이 법 중 그에 해당하는 규정이 있는 때에는 종전의 규정에 갈음하여 이 법 또는 이 법의 해당규정을 인용한 것으로 본다. 이 경우 종전의 외국환관리법에 의한 외국환은행 또는 외국환업무지정기관은 외국환업무취급기관으로, 환전상은 환전영업자로 본다.

(2) 법시행령(1999. 3. 30. 대통령령 제16207호로 제정된 것)

제9조(자본거래) ① (생략)

② 법 제3조 제1항 제18호 자목에서 “기타 가목 내지 아목과 유사한 형태로서 대통령령이 정하는 거래 또는 행위”라 함은 다음 각 호의 행위를 말한다.

1. 내지 6. (생략)

7. 기타 거주자와 비거주자간의 채권의 발생·변경 또는 소멸에 관한 거래(물품의 수출·수입 및 용역거래를 제외한다)나 거주자간의 외국통화로 표시되거나 지급을 받을 수 있는 채권의 발생·변경 또는 소멸에 관한 거래로서 재정경제부장관이 인정하는 거래

(3) 남북교류법(2000. 12. 29. 법률 제6316호로 개정되기 전의 것)

제3조(다른 법률과의 관계) 남한과 북한과의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

제26조(다른 법률의 준용) ①, ② (생략)

③ 남한과 북한간의 투자, 물품의 반출·반입 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 다음 각 호의 법률을 준용한다.

1. 외국환관리법

2. 내지 10. (생략)

④ 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 다른 법률을 준용함에 있어서는 대통령령으로 그에 대한 특례를 정할 수 있다.

(4) 남북교류법시행령(2001. 10. 31. 대통령령 제17398호로 개정되기 전

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바114

의 것)

제50조(다른 법률의 준용) ① 내지 ⑤ (생략)

⑥ 이 영에 정한 사항 외에 법 제26조 제4항의 규정에 의한 특례는 관계 행정기관의 장이 협의회 의결을 거쳐 고시한다.

민사소송법 제393조 제1항 등 위헌확인

(2005. 6. 30. 2003헌바117 전원재판부)

【판시사항】

1. 민사소송법 제393조가 부대항소인의 동의 없는 항소인의 항소 취하를 허용함으로써 부대항소인이 항소심재판을 받을 권리를 침해한 것인지 여부(소극)

2. 위 조항이 부대항소인이 상고하여 유리한 파기환송판결을 받은 경우에까지 적용되어 결과적으로 상고심재판의 효력을 상실하게 하는 것이 부대항소인의 상고심재판을 받을 권리를 침해한 것인지 여부(소극)

3. 위 조항이 피고와 부대항소인, 환송 전 항소심 종국판결을 선고 받은 자와 파기환송 후 항소심의 부대항소인을 차별함으로써 평등권을 침해한 것인지 여부(소극)

4. 부대항소의 종속성에 항소심의 재판을 받을 권리에 대한 제한을 정당화할 합리성이 내재하는지 여부(적극)

【결정요지】

1. 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제393조에 따라 환송 후 항소심에서 항소인이 임의로 항소를 취하하여 결과적으로 부대항소인인 청구인이 항소심 판단을 다시 받지 못하게 되었다고 하더라도 이는 부대항소의 종속성에서도 출되는 당연한 결과이므로 이것 때문에 항소심의 재판을 받을 청구인의 권리가 침해된 것으로 볼 수는 없다.

2. 심급제도는 입법자가 재량으로 그 내용을 형성하여야 하는 사항이므로 모든 사건에 상고심재판이 보장되는 것이 아니고 이미 행하여진 상고심재판이라 하여 그 효과가 절대적으로 유지되어야 하는 것도 아니며 합리적인 이유가 있는 경우에는 다른 제도와의 조화를 위하여 그 효과를 제거할 수도 있는바 법 제393조로 인하여 상고심재판이 결과적으로 그 효력을 상실하더라도 이는 부대항소의 종속

성이라는 민사소송법의 다른 원리를 관철하기 위하여 입법자가 선택한 결단의 결과이므로 법 제393조로 인하여 청구인의 상고심재판을 받을 권리가 침해된 것으로 볼 수 없다.

3. 이왕 개시된 제1심절차에서 분쟁의 종국적 해결을 위하여 판결을 받을 의사를 표명한 피고와는 달리 부대항소인은 이미 내려진 제1심판결에 대하여 이를 승복하고 스스로는 더 이상 절차의 속행을 원하지 않는다는 외관을 형성한 자이므로 피고와 부대항소인은 본질적으로 다른 입장에서 있다.

부대항소인의 상고에 의하여 항소심판결이 파기환송된 경우에는 원래의 항소심판결은 효력을 상실하므로 항소인은 아직 항소심에서 종국판결의 선고를 받지 아니한 자의 지위로 돌아간다. 따라서 이러한 파기환송 후 항소심의 부대항소인과 단순히 환송 전 항소심의 종국판결을 받고 아직 그 판결이 확정되지 않은 상태에 있는 항소인과는 그 법률상의 지위에 본질적인 차이가 있다. 따라서 법 제393조가 청구인의 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.

4. 부대항소의 종속성은 부대항소인이 제1심판결에 승복하였던 피항소인의 지위를 전제로 한 것이기 때문에 항소심 절차에 관한 한 수동적 지위에 있으므로 항소인이 항소를 취할 경우 항소심 판단을 받게 할 필요가 없다는 데 인정근거가 있다.

부대항소의 종속성은, 그 결과로 항소인의 항소취하만으로 제1심판결이 확정되고 즉시 분쟁이 종결된다는 점에서 신속한 재판과 소송경제에 이바지하며, 이로써 확정되는 제1심판결이 애초에 부대항소인도 승복하였던 것인 점에서 재판의 적정성을 해하지도 않는 등 나름대로의 충분한 합리적인 근거를 가지고 있다.

부대항소의 종속성은 항소기간에 제한을 두는 규정의 취지를 지켜 주고 항소권보장을 위한 불이익변경금지의 원칙과 조화를 이루는 점에서도 그 합리성이 인정된다.

따라서 법 제393조가 항소심의 재판을 받을 권리를 침해한 것으로 볼 수 없다.

【심판대상조문】

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제393조(항소의 취하) ① 항

소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취할 수 있다.

② 항소의 취하에는 제266조 제3항 내지 제5항 및 제267조 제1항의 규정을 준용한다.

【참조조문】

헌법 제10조, 제27조, 제37조 제2항

민사소송법 제266조(소의 취하) ① 소는 판결이 확정될 때까지 그 전부나 일부를 취할 수 있다.

② 소의 취하는 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가진다.

③ 소의 취하는 서면으로 하여야 한다. 다만, 변론 또는 변론준비기일에서 말로 할 수 있다.

④ 소장을 송달한 뒤에는 취하의 서면을 상대방에게 송달하여야 한다.

⑤ 제3항 단서의 경우에 상대방이 변론 또는 변론준비기일에 출석하지 아니한 때에는 그 기일의 조서등본을 송달하여야 한다.

⑥ 소취하의 서면이 송달된 날부터 2주 이내에 상대방이 이의를 제기하지 아니한 경우에는 소취하에 동의한 것으로 본다. 제3항 단서의 경우에 있어서, 상대방이 기일에 출석한 경우에는 소를 취하한 날부터, 상대방이 기일에 출석하지 아니한 경우에는 제5항의 등본이 송달된 날부터 2주 이내에 상대방이 이의를 제기하지 아니하는 때에도 또한 같다.

민사소송법 제267조(소취하의 효과) ① 취하된 부분에 대하여는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 본다.

② 생략

【참조판례】

1. 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다51543 판결(공1995상, 1592)

2. 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37, 판례집 9-2, 502, 519

【당 사 자】

청 구 인 주식회사 ○○은행

대표이사 황○기

지배인 허 ○

대리인 법무법인 푸른

담당변호사 정철섭 외 6인

당해사건 서울고등법원 2003나53109 예금

【주 문】

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것) 제393조는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 주식회사 ○○은 청구인을 상대로 예금반환청구의 소(서울지방법원 2000가합17204)를 제기하여 일부 승소하고 항소(서울고등법원 2001나51413) 하자 청구인도 부대항소를 제기하였으나 항소심법원은 항소와 부대항소를 모두 기각하였다.

청구인이 부대항소인으로서 상고(대법원 2002다40432)하였는데 상고심 법원은 항소심판결 중 청구인 패소부분을 파기하여 사건을 항소심법원으로 환송하였다.

(2) 주식회사 ○○은 환송 후 항소심(서울고등법원 2003나53109)에서 민사소송법 제393조를 근거로 청구인의 동의 없이 항소를 취하하였다.

(3) 청구인은 파기환송 후의 원심에서 부대항소를 한 상대방의 동의 없이 항소인이 항소를 취하할 수 있도록 한 민사소송법 제393조가 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한다고 주장하면서 위 법률에 관하여 환송 후 항소심법원에 위헌법률심판제청신청(서울고등법원 2003카기920)을 하였으나 기각되자 위 법률의 위헌확인을 구하는 이 소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상 및 관련법령

위헌심판의 대상은 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문개정된 것, 이하 ‘법’이라고만 한다) 제393조이며 그 규정내용 및 관련조항은 다음과 같다.

법 제393조(항소의 취하) ① 항소는 항소심의 종국판결이 있기 전에 취하할 수 있다.

② 항소의 취하에는 제266조 제3항 내지 제5항 및 제267조 제1항의 규정을 준용한다.

법 제266조(소의 취하) ① 소는 판결이 확정될 때까지 그 전부나 일부를 취하할 수 있다.

② 소의 취하는 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비

기일에서 진술하거나 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가진다.

③ 소의 취하는 서면으로 하여야 한다. 다만, 변론 또는 변론준비기일에서 말로 할 수 있다.

④ 소장을 송달한 뒤에는 취하의 서면을 상대방에게 송달하여야 한다.

⑤ 제3항 단서의 경우에 상대방이 변론 또는 변론준비기일에 출석하지 아니한 때에는 그 기일의 조서등본을 송달하여야 한다.

⑥ 생략

법 제267조(소취하의 효과) ① 취하된 부분에 대하여는 소가 처음부터 계속되지 아니한 것으로 본다.

② 생략

2. 청구인의 주장과 위헌제청 기각결정의 이유 및 관계인의 의견

가. 청구인의 주장요지

(1) 청구인이 부대항소인으로서 항소심 변론기일에 변론을 함으로써 항소심법원의 판단을 받을 적극적인 태도를 보였으며 나아가 상고를 하여 상고심에서 청구인 패소부분 파기 후 환송판결을 받았음에도 불구하고 청구인의 동의도 없이 항소취하의 효력이 발생하도록 규정하는 것은 청구인이 항소심법원의 판단을 받을 이익을 박탈한 것으로서 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.

(2) 청구인이 부대항소인으로서 항소심 종국판결에 대하여 상고를 한 끝에 청구인 승소취지의 파기환송판결을 받은 경우에까지 심판대상 조항이 적용되는 경우 청구인의 상고권 행사는 무의미하게 되고 이를 방지하기 위해서는 청구인이 상고 전에 상고심법원이 파기자판할 사안인지 여부까지 검토하여야 하는바 이는 상고권 행사에 대한 과도한 제한으로서 청구인의 재판을 받을 권리를 침해한 것이다.

(3) 심판대상조항은 다음과 같은 사유로 청구인의 평등권을 침해하였다.

피고의 동의를 얻어야만 가능한 소의 취하의 경우와 비교할 때 합리적인 이유 없이 피고와 피항소인을 차별하고 있다(위헌심판제청신청 당시의 주장). 또한 항소인의 판결 선택을 제한하려는 입법취지에 반하여 부대항소인이 상고심에서 유리한 파기환송 판결을 받은 경우와 항소인이 항소심의 종국판결을 받은 경우를 차별하고 있다.

나. 서울고등법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유

(1) 재판을 받을 권리 침해 주장에 대하여

부대항소인의 지위는 항소의 기회에 허용되는 은혜적인 것에 불과하며 가사 부대항소인이 상고를 하여 자신에게 유리한 판단을 받았다고 하여도 항소인의 항소취하를 제한하는 지위로 변한다고 볼 수 없으며 그와 같이 변한다고 볼 경우 오히려 종속적인 부대항소인의 상고권을 보장하기 위하여 항소인의 항소권을 제약하는 부당한 결과가 발생한다.

(2) 평등권 침해 주장에 대하여

피항소인은 제1심판결에 만족한 당사자이고 단지 제1심 판단을 그대로 유지하기 위하여서 항소심에서 방어하는 당사자이므로 그 동의를 요하지 않고 항소절차가 종료된다고 하더라도 그에게 불이익이 있다고 볼 수 없는바 이 점에서 소 취하로 인하여 제1심 판단을 받을 이익을 상실하는 피고와 본질적으로 다른 지위에 있다. 따라서 양자에 대한 차별을 자의적인 차별로 볼 수 없다.

다. 주식회사 ○○의 답변요지

(1) 항소심 중국판결이 상고심에서 파기되는 경우 종전의 항소심 중국판결은 효력을 잃게 되므로 사건이 항소심으로 환송되면 항소심 중국판결은 없었던 상태로 돌아가게 된다. 따라서 환송 후 항소심에서의 항소취하를 심판대상조항에서 제한하고 있는 항소심 중국판결이 있는 후의 항소취하와 같은 것으로 볼 수 없다.

(2) 평등권에 대하여는 위헌심판제청신청 기각결정의 이유와 대체로 같은 주장이다.

3. 판 단

가. 부대항소는 스스로는 항소를 하지 않은 당사자가 상대방의 항소로 항소심 변론이 개시된 기회에 상대방 당사자의 항소에 부대하여 상대방의 주장을 다룰 수 있는 제도(법 제403조)로서 상소심에 적용되는 불이익변경금지 원칙(법 제415조)의 적용은 배제되지만 상대방의 항소에 부대하여 제기할 수 있을 뿐이므로 그 근거가 된 항소가 취하되거나 부적법하여 각하된 때에는 그 효력을 잃는다(법 제404조).

부대항소의 이와 같은 종속성은 항소심 중국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에 환송된 경우에도 변함이 없다. 대법원도 “항소는 항소심의 중국판결이 있기 전에 취하할 수 있는 것으로서 일단 항소심의 중국판결이 있는 후라도 그 중국판결이 상고심에서 파기되어 사건이 다시 항소심에

환송된 경우에는 먼저 있는 중국판결은 그 효력을 잃고 그 중국판결이 없었던 것과 같은 상태로 돌아가게 되므로 새로운 중국판결이 있기까지 항소인은 피항소인이 부대항소를 제기하였는지 여부에 관계없이 항소를 취하할 수 있고 그 때문에 피항소인이 부대항소의 이익을 잃게 되어도 이는 그 이익이 본래 상대방의 항소에 의존한 은혜적인 것으로 주된 항소의 취하에 따라 소멸되는 것이어서 어쩔 수 없다 할 것이므로 이미 부대항소가 제기되어 있다 하더라도 주된 항소의 취하는 그대로 유효하다 할 것이다.”라고 판시하고 있다 [대법원 1995. 3. 10. 선고 94다51543 판결(공1995상, 1592)].

그렇다면 환송 후 항소심에서 항소인이 임의로 항소를 취하하여 결과적으로 부대항소인인 청구인이 항소심 판단을 다시 받지 못하게 되었다고 하더라도 이는 부대항소의 종속성에서 도출되는 당연한 결과이므로 이것 때문에 항소심의 재판을 받을 청구인의 권리가 침해된 것으로 볼 수는 없다. 부대항소에 종속성을 부여하는 제도가 만일 불합리한 것이라면 이 문제도 결론이 달라질 여지가 있을지 모르지만 뒤의 ‘라’ 부분에서 보는 바와 같이 그러한 불합리를 인정할 수 없기 때문에 결론은 달라지지 않는다.

나. 부대항소인이 상고심에서 자기에게 유리한 파기환송 판결을 받았다고 하여도 항소인이 항소를 취하하여 버리면 부대항소인의 상고가 무의미하게 되므로 부대항소인은 상고를 심리적으로 주저하게 되는 부담을 지고 나아가 상고심재판이 무의미하게 되는 결과의 발생을 피하려면 부대항소인이 상고를 하기 전에 상고심에서 파기환송하는 대신 파기자판을 할 가능성이 있는지 여부까지를 추가적으로 먼저 검토하여 그러한 가능성이 있는 경우이나 상고를 고려하게 되는 부담을 지는바 이런 부담들은 결과적으로 부대항소인이 자유롭게 상고할 권리를 지나치게 제한하는 것이 되어 헌법에 위반된다는 취지로 청구인은 주장한다.

그러나 심급제도는 재판의 적정과 신속이라는 두 가지 요청을 조화시키는 선에서 입법자가 재량으로 그 내용을 형성하여야 하는 사항이므로 모든 사건에 대하여 상고심 재판이 반드시 보장되어야 하는 것은 아니고(헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502, 519) 마찬가지로, 이미 행하여진 상고심재판이라 하여 그 효과가 절대적으로 유지되어야 하는 것은 아니고 다른 제도와 조화를 위하여 합리적인 이유가 있는 경우에는 그 효과를 제거할 수도 있는 것이다.

이 사건에서 상고심재판이 결과적으로 효력을 상실하는 것은 부대항소의

종속성이라는 민사소송법의 다른 원리를 관철하기 위하여 입법자가 선택한 결단의 결과이고 뒤의 '라' 부분에서 보는 바와 같이 부대항소의 종속성을 합리적인 것으로 인정할 수 있는 이상 부대항소인에게 유리한 상고심 재판의 효력을 상실시킨다고 하여 이를 가리켜 상고심재판을 받을 권리를 침해하는 것이라고 말할 수는 없는 것이다.

나아가 청구인이 주장하는 바와 같은 정도의 사실상의 부담을 청구인이 더 진다고 하여도 이러한 정도의 부담가중만을 가지고 상고심의 재판을 받을 권리의 제한이라고는 말할 수 없다.

다. 평등권을 침해하였는지 여부

(1) 이왕 개시된 제1심 절차에서 분쟁의 중국적 해결을 위하여 판결을 받을 의사를 표명한 피고와는 달리 부대항소인은 이미 내려진 제1심판결에 대하여 이를 승복하고 스스로는 더 이상 절차의 속행을 원하지 않는다는 외관을 형성한 자이므로 양자는 본질적으로 다른 입장에서 서 있는 것이고 따라서 소의 취하와 항소의 취하에 있어서 상대방의 동의를 요건으로 삼을 것인지의 문제에 관하여 양자를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있다. 따라서 평등의 원칙에 반한다는 청구인의 주장은 이유 없다.

(2) 청구인은 다음과 같은 취지의 주장을 한다.

부대항소인이 상고하여 파기환송판결을 받은 경우에도 항소인은 이미 항소심의 중국판결을 한 번 받은 사람이라고 하는 그 지위에는 아무런 소장이 없다. 그렇다면 이러한 항소인에 대하여도 민사소송법 제393조 제1항에 의하여 항소의 취하는 금지되어야 마땅한데도 민사소송법 제393조 제2항은, 소의 취하에 관하여 상대방의 동의를 얻도록 하는 동법 제266조 제2항을 항소의 취하에 관하여 준용하지 아니함으로써, 부대항소인의 동의 없이도 항소인이 항소를 취하할 수 있도록 하였다. 이것은 양자를 합리적인 이유없이 차별하는 것이다.

그러나 부대항소인의 상고에 의하여 항소심판결이 파기환송된 경우에는 원래의 항소심판결은 효력을 상실하므로 항소인은 아직 항소심에서 중국판결의 선고를 받지 아니한 자의 지위로 돌아간다. 따라서 이러한 항소인과 단순히 항소심의 중국판결을 받고 아직 그 판결이 확정되지 않은 상태에 있는 항소인과는 그 법률상의 지위에 본질적인 차이가 있다. 그러므로 양자의 법률상 지위에 아무런 차이가 없음을 전제로 하는 청구인의 주장은 이유가 없다.

부대항소인의 상고에 의하여 항소심판결이 파기환송된 경우의 항소취하를 제1심판결과 상고심의 파기환송판결 중 자기에게 유리한 판결의 선택이라고 볼 수도 없다. 파기환송판결은 사안에 대한 종국적인 결론을 원심에 유보한 것이고 제1심판결은 사안에 대한 나름대로의 종국적 결론을 담고 있으므로 양자는 서로 비교하여 그 중에서 하나를 선택할 수 있는, 같은 성질의 재판이 아니며 또한 환송 후 항소심판결이 항소인에게 반드시 불리하리라고 일률적으로 단정할 수도 없는 것이기 때문이다.

라. 부대항소의 종속성에 내재하는 합리성의 문제

민사소송법 제403조가 규정하는 부대항소의 종속성은, 피항소인이 기본적으로 제1심판결에 승복하였던 당사자이고 부대항소도 피항소인의 지위를 전제로 한 것이어서 항소심 절차에 관한 한 수동적 지위에 있기 때문에 능동적으로 항소를 제기한 항소인이 항소심을 유지할 의사가 없거나(항소취하의 경우) 항소가 부적법하여 당사자의 의사와 관계없이 항소심이 유지될 수 없는 경우에는 항소심 판단을 받게 할 필요가 없다는 데 그 인정의 근거가 있다.

부대항소의 종속성은, 그 결과로 항소인의 항소취하만으로 제1심판결이 확정되고 즉시 분쟁이 종결된다는 점에서, 신속한 재판과 소송경제에 이바지하며, 이로써 확정되는 제1심판결을 애초에 부대항소인도 승인하였던 것인 점에서 재판의 적정성을 해하지도 않는다.

이와 같이 부대항소의 종속성은 나름대로 충분한 합리적인 근거를 가지고 있다.

만일 부대항소에 종속성을 인정하지 않는다면 부대항소인에게도 사실상 항소인과 같은 지위가 부여되는 셈이어서 항소기간에 제한을 두는 규정(법 제 396조)의 취지가 사실상 몰각된다. 피항소인의 항소기간이 항소심 변론종결 전까지로 사실상 확대되기 때문이다. 또한 부대항소는 불이익변경금지의 원칙에 대한 하나의 예외를 이루는데 이러한 예외를 우려하는 항소인이라면 그 우려에 대한 해소책으로 언제든지 항소를 취하할 수 있어야만 원칙과 예외 사이에 합리적인 균형이 유지된다고 볼 수 있다. 그렇지 않다면 불이익변경금지의 원칙이 목표로 하는 항소권의 보장은 상당부분 후퇴하기 때문이다.

이처럼 부대항소의 종속성이 합리적인 근거를 가진 것인 이상 심판대상의 합리성 또한 이로부터 자연스럽게 도출되는 것으로 보아야 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 심판대상 조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 관여 재판관 전원

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바117

의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제4항 제1호 위헌소원

(2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것) 제5조 제4항 제1호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)
2. 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 금융기관의 임·직원에게는 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성이 요구되고, 이들이 직무와 관련하여 금품수수 등의 수재행위를 하였을 경우에는 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형사제재를 가함으로써 금융업무와 관련된 각종 비리와 부정의 소지를 없애고, 금융기능의 투명성·공정성을 확보할 필요가 있으므로 금융기관의 임·직원의 직무와 관련한 수재행위에 대하여 일반 사인과는 달리 공무원의 수뢰죄와 동일하게 처벌한다고 하더라도 거기에는 합리적인 근거가 있다 할 것이고, 따라서 이 사건 법률조항은 평등원칙에 반하지 않는다.

2. 이 사건 법률조항은 살인죄와 비교하여 법정형의 하한이 2배 높고, 수수액만을 기준으로 법정형이 달라지는 구조를 취하고 있지만 살인죄와 이 사건 법률조항위반죄는 보호법익이 서로 다르고, 이 사건 법률조항에는 살인죄와는 달리 사형이 규정되어 있지 않은 점, 일반적으로 수수액이 증가하면 범죄에 대한 비난가능성도 높아진다고 보는 것이 합리적인 점, 금융기관 임·직원의 부정부패로 인한 대형 금융사고의 발생방지라는 이 사건 법률조항의 입법배경, 그리고 금융기관의 임·직원과 마찬가지로 직무의 공정성과 엄결성을 요구받는 공무원의 경우에도 수뢰액이 5,000만 원 이상인 경우 동일한

법정형으로 처벌하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 법률조항의 법정형은 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃고 있다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다.

재판관 전효숙의 반대의견

금융기관의 임·직원의 청렴성과 불가매수성이라는 중요한 법익을 보호하고 5,000만 원 이상의 수재행위와 같이 비난가능성이 높은 범죄에 대한 엄한 형벌이 필요하다고 하더라도, 행위불법의 크기와 행위자 책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정한 이 사건 법률조항은 위헌의 의심을 가지기에 충분하다. 이로 인하여 이 사건 법률조항에 대한 법원의 양형이 왜곡됨으로써 법의 권위를 떨어뜨릴 위험을 초래하고 있는 반면에 일반예방적인 효과의 유효성 여부는 검증되지 않고 있다. 나아가 금품수수액을 기준으로 하는 불법평가는 경제사정에 따라 매우 유동적이므로 범죄자들 사이에 수수액에 관한 법률의 개정으로 심한 실질적인 불평등을 초래할 수 있고, 이를 시정할 적절한 방법을 찾기도 어렵다. 그리고 이 사건 법률조항은 수많은 양형인자 중 법익침해의 정도라는 불법요소만을 지나치게 강조하고 있어 법관으로 하여금 수많은 양형인자를 양형에 적절히 반영할 수 없게 하고, 이에 따라 범죄자의 책임에 상응하는 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있다.

【심판대상조문】

특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것) 제5조(수재등의 죄) ①~③ 생략

④ 제1항 내지 제3항의 경우에 수수·요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액(이하 “수수액”이라 한다)이 1천만 원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 수수액이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
2. 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제37조 제2항

특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “금융기관”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 것을 말한다.

- 가. 한국은행(은행감독원을 포함한다)과 은행법 기타 법률에 의한 은행
- 나. 단기금융업법에 의한 단기금융회사
- 다. 종합금융회사에관한법률에 의한 종합금융회사
- 라. 상호신용금고법에 의한 상호신용금고와 그 연합회
- 마. 농업협동조합법에 의한 단위조합과 그 중앙회
- 바. 수산업협동조합법에 의한 수산업협동조합과 그 중앙회
- 사. 축산업협동조합법에 의한 조합과 그 중앙회
- 아. 신용협동조합법에 의한 신용협동조합과 그 연합회
- 자. 새마을금고법에 의한 새마을금고와 그 연합회
- 차. 신탁업법에 의한 신탁회사
- 카. 증권투자신탁업법에 의한 위탁회사
- 타. 증권거래법에 의한 증권회사·증권금융회사와 증권감독원
- 파. 보험업법에 의한 보험사업자와 보험감독원
- 하. 신용보증기금법에 의한 신용보증기금
- 거. 기타 가목 내지 하목의 기관과 동일 또는 유사한 업무를 행하는 기관으로서 대통령령이 정하는 기관

2.~3. 생략

특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것) 제5조(수재등의 죄) ① 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

② 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제삼자에게 금품 기타 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.

③ 금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하여 소속금융기관 또는 다른 금융기관의 임·직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.

④ 제1항 내지 제3항의 경우에 수수·요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액(이하 “수수액”이라 한다)이 1천만 원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

- 1. 수수액이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
- 2. 수수액이 1천만 원 이상 5천만 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조(뇌물죄의 가중처벌) ① 형법 제129조·제130조 또는 제132조에 규정된 죄를 범한 자는 그 수수·요구 또는 약속한 뇌물의 가액(이하 본조에서 “수뢰액”이라 한다)에 따라 다음과 같이 가중처벌한다.

- 1. 수뢰액이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
- 2. 수뢰액이 1천만 원 이상 5천만 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4, 2005헌바44(병합)

② 삭제

형법 제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

② 공무원 또는 중재인이 될 자가 그 담당할 직무에 관하여 청탁을 받고 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 후 공무원 또는 중재인이 된 때에는 3년 이하의 징역 또는 7년 이하의 자격정지에 처한다.

형법 제357조(배임수증죄) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

② 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

③ 범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수한다. 그 재물을 몰수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다.

【참조판례】

- 1. 헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 628-629
헌재 2001. 3. 21. 99헌바72등, 판례집 13-1, 550, 562-563
- 2. 헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 547
헌재 2001. 3. 21. 99헌바72등, 판례집 13-1, 550, 562-563
헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118, 판례집 16-1, 528, 531-532

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 박○원(2004헌바4)
 대리인 법무법인 신성
 담당변호사 황형모
 - 2. 강○정(2005헌바44)
 - 3. 문○주(2005헌바44)
 - 4. 김○환(2005헌바44)
 2.~4. 대리인 변호사 조진제
- 당해사건 부산지방법원 2003고합659(2004헌바4)
부산고등법원 2004노1062(2005헌바44)

【주 문】

특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된

것) 제5조 제4항 제1호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2004헌바4

청구인 박○원은 새마을금고연합회 ○○광역시지부에서 검사차장으로 근무하던 자로서, 2002. 11. 초순경 청구외 박○석으로부터 그가 매입하려는 건물을 담보로 위 지부 산하 새마을금고로부터 20억 원의 대출을 받을 수 있도록 도와 달라는 부탁을 받고 이를 승낙한 다음, 같은 달 13.경 그 사례비 명목으로 7,000만 원을 받았다는 이유로 기소되어 부산지방법원 2003고합659 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등) 사건으로 소송계속중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제4항 제1호에 대하여 위헌 여부심판의 제청신청을 하였으나 기각되자, 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 2005헌바44

청구인 강○정, 문○주, 김○환(이하 ‘청구인 강○정 등’이라 한다)은 ○○상호저축은행의 직원들로서 공모하여 청구외 김○모, 서○훈에게 모텔신축공사자금 23억 대출과 관련하여 자문 및 편의를 봐준 후, 위 김○모, 서○훈으로부터 3회에 걸쳐 2억 4,000만 원을 받았다는 이유로 기소되어, 부산지방법원 동부지원에서 각 5년의 징역형을 선고받은 후 항소심인 부산고등법원 2004노1062 특정경제가중처벌등에관한법률위반(수재등) 사건으로 소송계속중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조 제4항 제1호에 대하여 위헌 여부심판의 제청신청을 하였으나 기각되자, 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판대상은 특정경제범죄가중처벌등에관한법률(1990. 12. 31. 법률 제4292호로 개정된 것, 이하 ‘특경법’이라 한다) 제5조 제4항 제1호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)로서 그 내용 및 관련규정은 다음과 같다.

제5조(수재등의 죄) ① 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

② 금융기관의 임·직원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품 기타 이익을 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.

③ 금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하여 소속 금융기관 또는 다른 금융기관의 임·직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속한 때에는 제1항의 형과 같다.

④ 제1항 내지 제3항의 경우에 수수·요구 또는 약속한 금품 기타 이익의 가액(이하 “수수액”이라 한다)이 1천만 원 이상인 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 수수액이 5천만 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
2. 수수액이 1천만 원 이상 5천만 원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “금융기관”이라 함은 다음 각 목의 1에 해당하는 것을 말한다.

가.~다. 생략

라. 상호저축은행법에 의한 상호저축은행과 그 중앙회

마.~아. 생략

자. 새마을금고법에 의한 새마을금고와 그 연합회

차.~거. 생략

2. 청구인들의 주장 및 법원의 위헌제청신청 기각이유

가. 청구인들의 주장

(1) 청구인들은, 형법은 사기업체의 임·직원의 경우 공무원과는 달리 직무와의 관련성 이외에 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 때에만 이를 배임수재죄로 처벌하고 그 법정형도 공무원의 뇌물수수죄에 비해 가볍게 하여 이를 구별하고 있는데, 이러한 형법의 기본체계를 무시하고 이 사건 규정은 금융기관의 임·직원이라는 이유로 공무원의 뇌물죄의 가중처벌요건을 정하고 있는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 제1항과 동일하게 처벌하고 있는바, 이는 공무원과 금융기관 임·직원 사이의 차이를 전혀 인정하지 않는 것이고, 따라서 이 사건 법률조항은 인간으로서의 존엄과 가치를 훼손하고 있으며 평등원칙, 과잉금지원칙 등에도 반한다고 주장한다.

(2) 청구인 박○원은, 이 사건 법률조항이 준용하고 있는 특별법 제5조 제3

항 소정의 금융기관의 임·직원이 ‘그 지위를 이용하여’ 금품수수 등을 한 경우를 특경법 제5조 제1항 소정의 ‘그 직무에 관하여’ 금품수수 등을 한 경우와 동일하게 처벌되는바, 전자가 후자보다 행위태양이 광범위하고 죄질이 가벼움에도 불구하고 동일하게 처벌하는 것은 과잉금지원칙에 반한다고 주장한다.

(3) 청구인 강○정 등은, 이 사건 법률조항은 그 수수액이 5,000만 원 이상이면 10년 이상의 징역형에 처하도록 하여 작량감경만으로는 집행유예를 불가능하도록 하고 있는바, 이는 살인죄나 그 수수액이 4,999만 원인 경우와 비교하면 법관의 양형재량권을 지나치게 제약하는 것으로서 법관의 독립을 규정하고 있는 헌법 제103조에 위반된다고 주장한다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 2004헌바4 사건

이 사건 법률조항은 평등원칙, 과잉금지원칙에 위반되지 아니한다. 특경법 제5조 제3항 소정의 금융기관의 임·직원이 ‘그 지위를 이용하여’는 ‘소속 금융기관 또는 다른 금융기관의 임·직원과 직무상 직접 또는 간접의 연관관계를 가지고 법률상 또는 사실상의 영향력을 미칠 수 있는 금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하는 경우’를 의미하므로 이를 평등원칙, 과잉금지원칙 등에 반한다고 볼 수 없다.

(2) 2005헌바44 사건

은행과 같은 금융기관은 비록 영리를 목적으로 하는 사기업이지만 국민경제와 국민생활에 중요한 영향을 미치므로 그 본질상 공익성을 띠고 있으며, 공무원에 버금가는 청렴성과 업무의 불가매수성을 요구하여 이를 위반할 경우 공무원과 동일하게 처벌하는 것은 합리적인 근거가 있는 것으로서 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다. 더구나 금융계의 부조리가 근절되지 않고 있는 상황에서 금융비리의 일소를 위해 이 사건 법률조항이 5,000만 원을 기준으로 그 이상인 경우 10년 이상의 징역형에 처하도록 한 것은 현재 우리 나라 국민의 평균적 소득수준이나 금융기관의 부정부패에 대한 국민 일반의 법감정에 비추어 볼 때 지나친 과잉형벌이라고 볼 수 없다.

또한 이 사건 법률조항이 그 하한의 법정형을 10년 이상의 징역형으로 하여 법률 그 자체로서 법관에 의한 양형 재량의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도 이는 입법자가 그 수수액이 5,000만 원 이상인 경우 그 불법과 비난가능성의 정도를 높게 평가하여 특단의 사정이 없는 한 집행유예를 하지 못하도록

입법적 결단을 한 것이므로 이것이 법관의 양형재량권을 지나치게 제한하여 법관의 독립을 침해하고 있다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 평등원칙 위반 여부

(1) 형법에서는 공무원에 대하여 그 직무의 공정성과 엄결성을 확보하기 위하여 부정한 청탁의 유무와 관계없이 금품수수, 요구 및 약속행위 자체를 범죄행위로 보고 있는 반면(형법 제129조), 공무원이 아닌 일반사인에 대하여는 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받는 것을 전제로 재물 등의 취득행위를 처벌하고 있다(형법 제357조). 그런데 이 사건 법률조항에 의하면 금융기관의 임·직원은 공무원이 아님에도 불구하고 공무원과 마찬가지로 금품수수 등 수재행위 자체에 대하여 처벌받게 된다. 따라서 금융기관의 임·직원을 공무원과 같이 처벌하도록 하는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 반하는지 여부가 문제된다.

(2) 헌법재판소는 금융기관의 임·직원의 공정성과 엄결성의 정도에 비추어 이들을 공무원과 동일하게 처벌하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여부에 관하여, 금융기관의 임·직원에게는 공무원에 버금가는 정도의 청렴성과 업무의 불가매수성(不可買收性)이 요구되고, 이들이 직무와 관련하여 금품수수 등의 수재행위를 하였을 경우에는 별도의 배임행위가 있는지를 불문하고 형사제재를 가함으로써 금융업무와 관련된 각종 비리와 부정의 소지를 없애고, 금융기능의 투명성·공정성을 확보할 필요가 있으므로 금융기관의 임·직원의 직무와 관련한 수재행위에 대하여 일반 사인과는 달리 공무원의 수뢰죄와 동일하게 처벌한다고 하더라도 거기에는 합리적인 근거가 있으므로 평등원칙에 반하지 않는다고 판시한 바 있다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바26, 판례집 11-1, 622, 628-629; 2001. 3. 21. 99헌바72등, 판례집 13-1, 550, 562-563).

위 견해는 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부를 판단함에 있어서도 여전히 타당하다고 본다.

나. 과잉금지원칙 위반 여부

(1) 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 재량이 인정되어야 할 분야이므로, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에

따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니 된다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 547; 2004. 4. 29. 2003헌바118, 판례집 16-1, 528, 532- 533).

(2) 이를 염두에 두고 이 사건 법률조항이 과잉금지원칙에 반하는지 여부에 관하여 살펴보면, 우선 이 사건 법률조항에서 말하는 금융기관은 사기업이지만 국가경제와 국민생활에 중대한 영향을 미치는 금융업무를 담당하고 있고, 시장경제질서의 원활한 운용을 위해서는 이와 같이 공공성을 지닌 금융기관이 투명하고 공정하게 그 기능을 수행하는 것은 필요불가결한 요청이다. 이를 위하여 이러한 업무에 종사하는 금융기관 임·직원의 직무에 대하여 그 집행의 투명성·공정성을 확보하는 것은 매우 중요한 공익이라 할 수 있다.

그리고 이 사건 법률조항은 금융기관의 임·직원이 그 지위를 이용하여 다른 임·직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품수수 등을 하면 그 수수액이 5,000만 원 이상인 경우 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다. 이는 살인죄와 비교하여 법정형의 하한이 2배 높고, 수수액만을 기준으로 법정형이 달라지는 구조를 취하고 있지만 살인죄와 이 사건 법률조항위반죄는 보호법익이 서로 다르고, 이 사건 법률조항에는 살인죄와는 달리 사형이 규정되어 있지 않은 점, 일반적으로 수수액이 증가하면 범죄에 대한 비난가능성도 높아진다고 보는 것이 합리적인 점, 금융기관 임·직원의 부정부패로 인한 대형 금융사고의 발생방지라는 이 사건 법률조항의 입법배경, 그리고 금융기관의 임·직원과 마찬가지로 직무의 공정성과 연결성을 요구받는 공무원의 경우에도 수수액이 5,000만 원 이상인 경우 동일한 법정형으로 처벌하고 있는 점(특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 제1항 제1호) 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 법률조항의 법정형은 지나치게 가혹하여 형벌체계상 현저히 균형을 잃고 있다거나 입법목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과잉형벌이라고 할 수 없다.

나아가 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려고 하는 공익과 이 사건 법률조항의 적용에 의하여 개인이 제한 받는 법익의 정도를 비교형량하였을 때, 법익의 균형성원칙도 충족된다고 할 것이다.

(3) 청구인 박○원은, 이 사건 법률조항이 ‘그 지위를 이용하여’ 금품수수

등을 한 경우(특경법 제5조 제3항)와 ‘그 직무에 관하여’ 금품수수 등을 한 경우(특경법 제5조 제1항)를 수수액을 기준으로 동일하게 처벌하는바, 전자는 포괄적인 개념으로서 후자보다 죄질이 가볍다는 점을 고려하면 전자에 대한 과잉처벌이라는 취지로 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 범죄행위에 대한 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 균형을 잃지 않는 한 입법재량 내지 형성의 자유영역에 속한다. 따라서 다른 구성요건의 행위에 대하여 동일한 법정형이 정해져 있다고 하여 곧바로 당해 법률조항이 과잉금지원칙에 반하는 것은 아니다.

나아가 청구인 박○원의 위 주장을 ‘그 지위를 이용하여’의 개념이 지나치게 포괄적이어서 명확성의 원칙에 반한다는 취지로 보더라도, ‘그 지위를 이용하여’는 ‘소속 금융기관 또는 다른 금융기관의 임·직원과 직무상 직접 또는 간접의 연관관계를 가지는 지위에 있고, 그 지위에 의하여 법률상 또는 사실상의 영향력을 미칠 수 있는 경우에 이를 이용하여’라는 의미로 파악될 수 있고(대법원 1988. 4. 25. 선고 88도226 판결), 이는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지의 의심을 가지게 할 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없다. 그리고 ‘직무’라는 개념도 금융기관의 임·직원이 그 지위에 수반하여 취급하는 일체의 사무로 이해되는 점을 고려하면(헌재 2001. 3. 21. 99헌바72등, 판례집 13-1, 550, 571), 자신의 ‘직무에 관하여’ 금품수수 등을 한 경우와 ‘지위를 이용하여’ 금품수수 등을 한 경우는 실질적으로 동일한 정도의 비난가능성을 가진 행위라고 할 수 있다.

(4) 따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 반한다고 할 수 없다.

다. 양형재량권 침해 여부

청구인 강○정 등은 이 사건 법률조항의 법정형이 지나치게 높아 법관의 양형재량권을 침해한다고 주장한다.

살피건대, 원칙적으로 법관의 양형은 법정형의 범위 내에서 이루어지는 것이므로 입법자가 법정형을 정함에 있어서 여러 가지 요소를 고려하여 법관의 양형의 범위를 좁혀 놓았다고 하더라도 그것이 위헌인지 여부는 일반적으로 당해 범죄의 보호법익과 죄질에 비추어 법정형이 입법부의 재량의 범위를 넘는지 여부 즉, 위에서 본 평등원칙이나 과잉금지원칙에 위반되는지 여부를 검토함으로써 해결할 수 있다고 할 것이다. 그런데 위에서 살펴본 바와 같이 이

사건 법률조항의 범정형의 하한이 살인죄의 그것보다 2배 높다거나 사실상 집행유예의 가능성이 없다거나 수수액을 기준으로 하는 구성요건의 규정형식에 다소 불합리한 측면이 있다고 하더라도 평등원칙, 과잉금지원칙에 반한다고 할 수 없다.

그리고 이 사건 법률조항에서 법률상 감경사유가 없으면 집행유예를 선고할 수 없기는 하나 위와 같은 사정만으로 곧바로 법관의 양형재량권이 제한된다고 할 수 없고, 달리 제한요소를 발견할 수도 없다.

4. 결 론

그렇다면, 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 전효숙의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 전효숙의 반대의견

나는 이 사건 법률조항이 헌법에 합치한다는 다수의견에 찬성하지 아니하므로 다음과 같이 다수의견에 반대하는 위헌의견을 밝히는 바이다.

가. 공무원의 수수액을 기준으로 범정형을 가중하고 있는 특정범죄가중처벌에관한법률 제2조 제1항 제1호 위헌소원사건에서, 인간의 존엄성에 비추어 형벌은 행위자의 책임에 비례하여 정하여 져야하고, 범정형의 범위와 종류를 정함에 있어서 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 원칙에 반하지 않아야 한다는 점을 이미 밝힌 바 있는바(헌재 2004. 4. 29. 2003헌바 118, 판례집 16-1, 528, 534-535), 위 사건에서의 위헌의견의 취지를 이 사건 법률조항에 대한 위헌의견에도 대부분 그대로 유지하기로 하되 아래에서는 이 사건 법률조항을 위헌이라고 보는 중요한 논거만 강조해 두고자 한다.

나. 우선 이 사건 법률조항은 금융기관의 임·직원의 금품수수액을 기준으로 가중처벌하여 잠재적 범죄자들을 위하하기 위하여 제정되었다가 그 후 경제사정의 변경으로 1990. 12. 31. 법률 제4292호로 금품수수액이 5,000만 원 이상으로 상향조정되고, 범정형에서 사형이 삭제되었다. 그러나 금융기관의 임·직원의 청렴성과 불가매수성이라는 중요한 법익을 보호하고 5,000만 원 이상의 수재행위와 같이 비난가능성이 높은 범죄에 대한 엄한 형벌이 필요하다고 하더라도, 행위불법의 크기와 행위자책임의 정도를 훨씬 초과하는 과중하고 가혹한 형벌을 규정하는 것은 위헌의 의심을 가지기에 충분하다. 이로 인하여 이 사건 법률조항에 대한 법원의 양형이 왜곡됨으로써 법의 권위를 떨어뜨릴 위험을 초래하고 있는 반면에 일반예방적인 효과의 유효성 여부는

검증되지 않고 있다.

다. 이 사건 법률조항은 금품수수액에 따라 차등적으로 가중처벌하는 것을 내용으로 하기 때문에 연속적인 범익침해의 정도를 불연속적으로 나누게 되고, 이에 따라 그 기준액의 경계선상에 있는 범죄행위의 경우 예컨대, 금품수수액이 4,999만 원인 경우와 5,000만 원인 경우를 비교하여 보면 5년과 10년이라는 현저한 법정형의 차이 및 작량감경을 통한 집행유예의 선고가능성의 유무 등 불과 1만 원의 차이로 엄청난 선고형과 형집행유무의 차이를 초래하는바, 책임비례의 원칙에 비추어 위와 같은 불합리를 정당화할 이유를 찾을 수 없다. 이는 수죄를 범하여 금품수수 합계액이 5,000만 원을 훨씬 초과하는 경우와 단 1회의 금품수수액이 5,000만 원인 경우에도 마찬가지이다.

나아가 금품수수액을 기준으로 하는 불법평가는 경제사정에 따라 매우 유동적이므로 범죄자들 사이에 수수액에 관한 법률의 개정으로 심한 실질적인 불평등을 초래할 수 있고, 이를 시정할 적절한 방법을 찾기도 어렵다.

라. 입법자가 정한 법정형의 종류와 범위는 그 자체로서 대략적인 양형의 기준을 제시하는 것이지만, 형벌의 높이에 대한 구체적인 판단은 법관들에게 맡겨져 있다. 입법자는 법정형을 정함에 있어서 법관이 구체적 사건에 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 합리적이고 적절한 형을 선고할 수 있도록 제도적으로 탄력적인 운용을 보장하여야 한다. 그런데 이 사건 법률조항은 수많은 양형인자 중 범익침해의 정도라는 불법요소만을 지나치게 강조하고 있어 법관으로 하여금 수많은 양형인자를 양형에 적절히 반영할 수 없게 하고, 이에 따라 범죄자의 책임에 상응하는 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있다.

마. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법에 위반된다고 판단되어 나는 이에 위헌의견을 밝히는 바이다.

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

구 초·중등교육법 제21조 제2항 별표 2 위헌소원

(2005. 6. 30. 2004헌바21 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 초·중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호로 개정되기 전의 것) 제21조 제2항 별표 2 특수학교 정교사(2급)란의 제4호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 직업선택의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 학생들의 경우 유치원에서 고등학교에 이르기까지 정신적, 육체적 성숙도, 지적 수준 등이 대체로 연령에 비례하여 발달하므로 위와 같은 교육목적을 효과적으로 달성하기 위해서는 주로 연령에 그리고 보조적으로 지적수준에 맞추어 각 단계에 알맞은 교육을 제공할 필요가 있다. 따라서 학생들에 대한 교육을 전문적으로 담당할 교사의 양성에 있어서도 학생들의 신체적, 정신적 발달수준에 맞추어 또는 학생들에게 제공되어야 할 지식이나 정보의 수준에 맞추어 각 학교급별 또는 교과과정별 이수해야할 과목이나 과정을 서로 달리 구성하여 교사의 전문성을 기하는 것이 바람직하고 또한 이를 통하여 보다 수월하게 교육의 목적을 달성할 수 있을 것이다.

이 사건 법률조항이 청구인들에게 학교급 내지 교과과정을 넘어서 교사자격증취득에 있어서 무시험검정기회를 부여하지 않고 있다고 하더라도 이는 위와 같은 각 학교급별 또는 교과과정별 전문성 있는 교육제공이라는 정당한 공익을 달성하기 위한 것이고, 그 차별의 기준 또한 위 공익달성과 관련하여 현저히 자의적인 것으로 보이지 않으므로 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

2. 일반적으로 교사라는 전문인의 양성에 있어서 대학이나 대학원의 일정한 교과과정을 이수한 자에게 당해 분야의 교사자격증을 무시험검정을 통하여 수여하느냐 또는 일정한 시험을 거쳐서 합격해야만 수여하느냐 하는 문제는 입법자가 교육의 중요성, 각 교과과정의 차이와 상호 관련성, 교육대상인 학생들의 정신적·신체적 특성, 지적 수준에 상응하는 교사들의 전문성 요구 정도, 당해 분야 교사의 수요와 공급 상황 등 제반사정을 고려하여 정책적인 판단에 따라 제도의 내용을 구성할 수 있다고 할 것이고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 않는 한 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. 이 사건에서 특수학교(유치원) 교과과정과 특수학교(초등) 교과과정은 학생들의 연령이나 지적수준에 차이가 있고 따라서 각 교과과정에 알맞은 전문적인 교육이 필요한 점, 청구인들이 대학원에서 특수교육을 전공하였다고 하더라도 그 교과과정이나 이수학점에 비추어 이를 곧바로 별표 2에서 정한 일반적인 특수학교(유치원) 교사양성과정을 마친 자들과 동일시하기 어려운 점, 또한 특수학교(유치원) 교사의 수요에 비하여 공급이 현저히 부족하다는 등의 자격을 부여해야 할 특별한 필요성을 발견하기도 어려운 점 등 제반사정을 고려하면, 이 사건 법률조항이 교육대학원 등의 졸업자인 청구인들에게 무시험검정에 의하여 이 사건 자격증을 수여하지 않더라도 이를 입법재량을 넘어서 불합리하고 불공정한 규정이라고 볼 수 없다.

【심판대상조문】

구 초·중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호로 개정되기 전의 것) 제21조(교원의 자격) ① 생략

② 교사는 정교사(1급·2급)·준교사·전문상담교사·사서교사·실기교사 및 양호교사(1급·2급)로 나누되, 별표 2의 자격기준에 해당하는 자로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 교육인적자원부장관이 검정·수여하는 자격증을 받은 자이어야 한다.

③, ④ 생략

[별표 2] 교사자격기준(제21조 제2항 관련)

특수학교 정교사(2급)

1.~3. 생략

4. 유치원·초등학교 또는 중등학교 정교사(2급)자격증을 가지고 교육대학원 또는 교육부장관이 지정하는 대학원에서 특수교육을 전공하고 석사학위를 받은 자

5.~6. 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제15조, 제37조 제2항

구 초·중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호로 개정되기 전의 것) 제21조(교원의 자격) ① 생략

② 교사는 정교사(1급·2급)·준교사·전문상담교사·사서교사·실기교사 및 양호교사(1급·2급)로 나누되, 별표 2의 자격기준에 해당하는 자로서 대통령이 정하는 바에 의하여 교육인적자원부장관이 검정·수여하는 자격증을 받은 자이어야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 교원자격의 검정에 관한 사항을 심의하기 위하여 교육인적자원부장관소속하에 교원자격검정위원회를 둔다.

④ 제3항의 규정에 의한 교원자격검정위원회의 조직·권한 및 운영과 교원의 자격검정에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

교원자격검정령 제19조(무시험검정의 방법 및 합격기준) ① 무시험검정은 법 별표 1 또는 법 별표 2의 자격기준에 따라 수시로 서류심사에 의하여 이를 행한다.

②~④ 생략

【참조판례】

2. 헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350

헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 345

【당 사 자】

청 구 인 이○영 외 5인

대리인 변호사 정두성

당해사건 대전지방법원 2003구1389 특수학교유치원2급정교사자격불부여 처분 취소

【주 문】

구 초·중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호로 개정되기 전의 것) 제21조 제2항 별표 2 특수학교 정교사(2급)란의 제4호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 모두 특수학교(초등) 정교사(1급) 자격증소지자로서 1999년 내지 2000년 사이에 ○○대학교 교육대학원 유아특수교육 석사과정에 입학하여 2002년 내지 2003년 사이에 졸업하였다.

(2) 청구인들은 위 대학원 졸업 후 특수학교(유치원) 정교사(2급) 자격증(이하 '이 사건 자격증'이라 한다)을 무시험검정으로 수여받을 수 있을 것으로 판단하였으나 청구의 ○○대학교 교육대학원장은 2003. 2. 21.경 청구인들에게, 청구인들은 구 초·중등교육법 제21조 제2항 [별표 2] 소정의 특수학교(유치원) 정교사(2급) 무시험검정대상에 해당되지 아니한다는 이유를 들어, 이 사건 자격증 수여가 불가능하다고 통지하였다.

(3) 이에 청구인들은 2003. 5. 21. 청구의 ○○대학교 교육대학원장을 상대로 이 사건 자격증을 부여하지 아니한 처분을 취소해 달라고 대전지방법원에 소를 제기하였고(대전지방법원 2003구합1389), 위 소송 계속중인 구 초·중등교육법 제21조 제2항 [별표 2]의 교사자격기준에 관한 규정 중 특수학교 교사자격에 관한 정교사(1급) 제3호·제4호와 정교사(2급) 제3호·4호가 헌법상 평등의 원칙, 직업선택의 자유에 위배된다고 주장하면서 위헌법률심판제청을 신청하였으나(대전지방법원 2003아172), 2004. 2. 4. 각하 및 기각결정을 받았다.

나. 심판의 대상

이 사건의 심판대상조항은 위 위헌법률심판제청 법률조항 중 청구인들이 위헌 여부를 판단을 구하는 구 초·중등교육법(2003. 7. 25. 법률 제6934호로 개정되기 전의 것) 제21조 제2항 별표 2 특수학교 정교사(2급)란의 제4호(이하 '이 사건 법률조항'이라 하고, 구 초·중등교육법 제21조 제2항 별표 2는 '별표 2'라고 한다)이고, 그 내용 및 관련조항은 다음과 같다.

초·중등교육법 제21조(교원의 자격) ② 교사는 정교사(1급·2급)·준교사·전문상담교사·사서교사·실기교사 및 양호교사(1급·2급)로 나누되, 별표 2의 자격기준에 해당하는 자로서 대통령령이 정하는 바에 의하여 교육인적자원부장관이 검정·수여하는 자격증을 받은 자이어야 한다.

[별표 2]

특수학교 정교사(2급)

4. 유치원·초등학교 또는 중등학교 정교사(2급) 자격증을 가지고 교육대학원 또는 교육부장관이 지정하는 대학원에서 특수교육을 전공하고 석

사학위를 받은 자

교원자격검정령 제19조(무시험검정의 방법 및 합격기준) ① 무시험검정은 법 별표 1 또는 법 별표 2의 자격기준에 따라 수시로 서류심사에 의하여 이를 행한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

이 사건 법률조항은 일반학교 교사자격증을 소지한 자들에 대하여 특수학교(유치원) 교사자격증을 무시험검정을 통하여 취득할 수 있도록 허용하면서도 특수학교 교사자격증을 소지한 자들에 대해서는 이를 허용하는 내용의 규정을 두고 있지 않은바, 이는 청구인들의 평등권, 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

나. 교육인적자원부장관의 의견

우리 나라의 교원양성제도 하에서는 일반학교 교사든 특수학교 교사든 석사과정을 마쳤다는 이유만으로 학교급을 달리하여 복수의 교사자격증을 취득할 수 없는바, 이는 교사의 전문성과 학생들의 학습권을 보장하기 위한 것으로서 평등원칙에 반하지 않는다.

그리고 학생들의 학습권을 보장하고 효과적으로 교육의 목적을 달성하기 위하여 일정한 자격을 갖춘 자들에게만 교사자격증을 부여하더라도 이는 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하는 것이 아니다.

3. 본안에 대한 판단

가. 평등원칙 위반 여부

(1) 교육기본법은, 교육은 홍익인간의 이념아래 학생의 창의력개발 및 인성의 함양을 포함한 전인적 교육을 중시하여 이루어져야 한다고 규정하고 있고(교육기본법 제2조, 제9조 제3항 참조), 특수교육진흥법은, 특수교육을 필요로 하는 사람에게 국가 및 지방자치단체가 적절하고 고른 교육기회를 제공하고, 교육방법 및 여건을 개선하여 자주적인 생활능력을 기르게 함으로써 그들의 생활안정과 사회참여에 기여함을 목적으로 한다고 규정하고 있다(특수교육진흥법 제1조).

그런데 학생들의 경우 유치원에서 고등학교에 이르기까지 정신적, 육체적 성숙도, 지적 수준 등이 대체로 연령에 비례하여 발달하므로 위와 같은 교육 목적을 효과적으로 달성하기 위해서는 주로 연령에 그리고 보조적으로 지적 수준에 맞추어 각 단계에 알맞은 교육을 제공할 필요가 있다. 따라서 학생들

에 대한 교육을 전문적으로 담당할 교사의 양성에 있어서도 학생들의 신체적, 정신적 발달수준에 맞추어 또는 학생들에게 제공되어야 할 지식이나 정보의 수준에 맞추어 각 학교급별 또는 교과과정별 이수해야할 과목이나 과정을 서로 달리 구성하여 교사의 전문성을 기하는 것이 바람직하고 또한 이를 통하여 보다 수월하게 교육의 목적을 달성할 수 있을 것이다.

그리고 이를 위하여 [별표 2] 기재와 같이 일정한 교사양성과정을 거친 자에게는 무시험검정을 통하여 해당과정에 대한 교사자격증을 부여하고, 그렇지 아니한 자에게는 위 과정을 거친 자와 동등한 능력을 가지고 있음을 객관적으로 인정할 수 있는 시험검정을 통하여 교사자격증을 부여하는 것은 비합리적이라고 볼 수 없다. 나아가 위와 같은 교사양성제도를 통하여 각 학교급별 또는 교과과정별로 교사의 전문성을 제고할 수 있을 뿐만 아니라 교사의 수급조절이라는 정책적 목적도 비교적 용이하게 달성할 수 있을 것이다.

따라서 초·중등교육법이 유치원·초등·중등교육에 있어서, 일반학교는 학교급별에 따라서, 특수학교는 이에 대응하는 교과과정에 따라서 교사자격증을 서로 분리하여 취득하도록 하고 각 자격증을 소지한 자가 당해 교과과정을 맡아 교육하도록 하는 것은 위에서 본 일반적 교육의 목표나 특수교육의 목표를 달성을 위한 합리적인 방안의 하나로 볼 수 있다.

(2) 한편 교원자격검정에 있어서 무시험검정을 받을 수 있는 자격요건을 어떻게 정할 것인가 하는 점은 각 학교급별 또는 교과과정별 특성, 이에 따른 교사들의 전문성 요구의 정도, 교사양성에 필요한 기간, 교사양성과정에서 이수하여야 할 최소한의 전공과목수와 최저학점, 당해 교과과정에 있어서 교사에 대한 수요와 공급상황 등 제반사정을 참작하여 입법자가 입법재량의 범위 내에서 비교적 자유롭게 정할 수 있다고 할 것이다.

[별표 2]는 각 학교급별 또는 교과과정별로 일정한 교사양성과정을 거친 자에 한하여 당해 학교급이나 교과과정에 대하여 무시험검정의 기회를 부여하는 있는바, 이는 일반학교 교사나 특수학교 교사 모두에게 원칙적으로 동일하게 적용된다. 그리고 이 사건 법률조항이 일반학교 교사의 경우 예외적으로 특수학교 교사자격증을 무시험검정으로 취득할 수 있도록 허용하고 있다고 하더라도 이는 동일한 학교급 내에서 예외적으로 복수의 자격증취득을 허용하는 것이지 학교급을 넘어서 복수의 자격증취득까지 허용하고 있는 것으로 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항이 청구인들에 대하여만 학교급 내지 교과과정을 넘어서 무시험검정의 기회를 부여하지 않음으로써 일반학교 교사

들에 비하여 차별하고 있는 것이 아니다.

(3) 그렇다면, 이 사건 법률조항이 청구인들에게 학교급 내지 교과과정을 넘어서 교사자격증취득에 있어서 무시험검정기회를 부여하지 않고 있다고 하더라도 이는 위와 같은 각 학교급별 또는 교과과정별 전문성 있는 교육제공이라는 정당한 공익을 달성하기 위한 것이고, 그 차별의 기준 또한 위 공익달성과 관련하여 현저히 자의적인 것으로 보이지 않으므로 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인들의 평등권이 침해되었다고 할 수 없다.

(4) 청구인들은 또, 일반학교 교사들의 경우 무시험검정으로 특수학교 교사자격증을 취득할 수 있음에도 불구하고 특수학교 교사들에게 무시험검정으로 교과과정별 다른 교사자격증취득을 허용하지 않는 것은 평등원칙에 반한다고 주장한다.

살피건대, 일반학교와 특수학교 사이의 동일한 교과과정에 대한 복수의 자격증취득문제는 비슷한 연령과 지적수준을 가진 학생들을 대상으로 하는 수평적 복수자격증취득의 문제이고, 특수학교 내의 교과과정의 상하간 이동문제는 다른 연령과 지적수준을 가진 학생들을 대상으로 하는 수직적 복수자격증취득의 문제라고 할 수 있다. 따라서 이는 서로 동일선상에 놓고 비교할 성질의 것이라고 보기 어렵고, 수평적 복수자격증취득이 허용된다고 하여 반드시 수직적 복수자격증취득도 허용되어야 할 필연성이 있다고 볼 수 없다. 그리고 동일한 학교급 내지 교과과정에서는 비교적 유사한 교육내용 및 방법이 필요할 것이라고 예상할 수 있는 반면에 다른 학교급 내지 교과과정의 경우는 상당히 다른 교육내용 및 방법이 필요할 것이라는 점을 예상할 수 있으므로, 이 사건 법률조항이 수직적 복수자격증취득을 위한 무시험검정을 허용하지 않고 있다고 하더라도 여기에는 합리적인 이유가 있다고 할 것이다.

따라서 청구인들의 위 평등권 침해주장은 이유 없다.

나. 직업선택의 자유 침해 여부

청구인들은 교육대학원 등에서 특수학교(유치원) 교사로 근무하기 위한 특수교육 교과과정을 이수하였음에도 이 사건 자격증을 무시험검정에 의하여 수여받을 수 있도록 허용하지 않는 이 사건 법률조항과 관련된 입법부작용은 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한다.

살피건대, 일정한 직업분야에 있어서 자격제도나 시험제도를 통하여 당해 직업수행에 적절한 능력이 있음을 검증받은 자에 한하여 그 직업을 수행할 권리를 부여하는 경우 그 업무에 대하여 설정할 자격요건의 구체적인 내용은

업무의 내용과 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항이다. 따라서 자격요건의 설정에 대한 판단·선택은 헌법재판소가 가늠하기보다는 입법자에게 맡겨두는 것이 옳으며, 그러한 범위 내에서 입법자에게 입법형성권이 인정된다. 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 만 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다(헌재 1996. 10. 4. 94헌바32, 판례집 8-2, 345, 350; 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 345).

따라서 일반적으로 교사라는 전문인의 양성에 있어서 대학이나 대학원의 일정한 교과과정을 이수한 자에게 당해 분야의 교사자격증을 무시험검정을 통하여 수여하느냐 또는 일정한 시험을 거쳐서 합격해야만 수여하느냐 하는 문제는 입법자가 교육의 중요성, 각 교과과정의 차이와 상호 관련성, 교육대상인 학생들의 정신적·신체적 특성, 지적 수준에 상응하는 교사들의 전문성 요구 정도, 당해 분야 교사의 수요와 공급 상황 등 제반사정을 고려하여 정책적인 판단에 따라 제도의 내용을 구성할 수 있다고 할 것이고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 않는 한 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 없다. 그런데 이 사건에서 특수학교(유치원) 교과과정과 특수학교(초등) 교과과정은 학생들의 연령이나 지적수준에 차이가 있고 따라서 각 교과과정에 알맞은 전문적인 교육이 필요한 점, 청구인들이 대학원에서 특수교육을 전공하였다 하더라도 그 교과과정이나 이수학점에 비추어 이를 곧바로 별표 2에서 정한 일반적인 특수학교(유치원) 교사양성과정을 마친 자들과 동일시하기 어려운 점, 또한 특수학교(유치원) 교사의 수요에 비하여 공급이 현저히 부족하다는 등의 자격을 부여해야 할 특별한 필요성을 발견하기도 어려운 점 등 제반사정을 고려하면, 이 사건 법률조항이 교육대학원 등의 졸업자인 청구인들에게 무시험검정에 의하여 이 사건 자격증을 수여하지 않더라도 이를 입법재량을 넘어선 불합리하고 불공정한 규정이라고 볼 수 없다.

4. 결 론

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

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

공직선거및선거부정방지법 제86조 제1항 제2호 등 위헌소원

(2005. 6. 30. 2004헌바33 전원재판부)

【판시사항】

1. 공무원에 대하여 “선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위”를 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌하는 공직선거및선거부정방지법 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는지 여부(소극)

3. 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 이 사건 법률조항은 공무원이 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위를 함으로써 선거에 영향을 미치는 것을 금지하며, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있으므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

2. 이 사건 법률조항은 소위 관권선거나 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거에 영향을 미치는 행위까지 금지하고 있는바 그 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정되며, 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 업무전념성을 보장하기 위하여 선거운동이 금지되는 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하는 행위 등을 금지하는 것은 당연한 귀결이라고 볼 수 있다. 선거운동 참여

시 특히 폐해가 심할 것으로 명백히 예상되는 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하는 행위 등을 금지함으로써 정치적 표현의 자유 중 일부인 선거운동의 자유를 제한하였다고 하여 그로 인해 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없다.

3. 국회의원과 지방의회의원은 선거에서의 정치적 중립의무가 요구되지 않으므로 선거운동이 금지되는 주체에서도 제외되나, 지방자치단체 장은 선거에서의 정치적 중립성이 엄격히 요구됨에 따라 선거운동이 금지된다. 이 사건 법률조항에서 국회의원과 지방의회의원을 선거에 영향을 미치는 행위가 금지되는 주체에서 제외하면서 지방자치단체 장을 제외하지 않은 것은 선거에서 정치적 중립의무가 요구되는 정도에 따른 것이므로 합리적인 근거 없는 차별로서 평등 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

재판관 김효종, 재판관 송인준의 반대의견

1. 일반인으로서의 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항에 의하여 허용되는 선거운동의 준비행위와 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 선거운동의 기획행위를 구별하기가 어려우므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다.

2. 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 선거운동의 기획에 참여하는 것 등을 막는 것으로 충분하며, 그 지위를 이용함이 없이 하는 선거운동의 준비행위를 허용한다고 해서 그것이 선거에 영향을 미친다고는 보이지 않을뿐더러, 공무원이라는 이유만으로 일체의 선거운동의 준비행위까지 금지하는 것은 정치적 의사표현의 자유를 본질적으로 침해하는 반면 선거의 공정성이라는 공익의 확보에 기여하는 바는 매우 미미하다.

재판관 권 성의 반대의견

이 사건 법률조항은 선거에 입후보하지 않은 공무원 등에게 남의 선거에 끼어들지 말라고 명령하는 취지의 규정이다. 그러나 입후보예정자 본인이 자기를 위한 선거운동을 기획하고 그 기획을 실시하는 행위

는 「자기를 위한 일」로서 이는 선거운동이 아닌 이상 당연히 허용되고 보아야 하며, 입후보예정자가 공무원이든 아니든 마찬가지다. 선거운동의 기획을 스스로 직접 하는 경우는 물론이고 남을 시켜서 하는 경우에도 「자기를 위한 일」에 해당하므로 마찬가지로 허용된다.

따라서 입후보예정자군(群)에 속하는 청구인에게 이 사건 법률조항을 적용할 수는 없고 만일 이를 적용한다면 이것은 자기의 행위가 아닌 타인의 행위에 대하여 책임을 물어 처벌을 하는 것이 되므로 헌법과 형법의 기본원리의 하나인 자기 책임의 원칙에 반하여 위헌이 된다고 할 것이다.

【심판대상조문】

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향도예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 생략
 2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위
 - 3.~7. 생략
- ②~⑤ 생략
- 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제255조(부정선거 운동죄) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 1.~9. 생략
 10. 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 제1항 제1호 내지 제4호·제2항 내지 제4항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제5항의 규정에 위반한 행위를 한 자
 - 11.~19. 생략
- ②~④ 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제12조, 제13조, 제21조 제1항, 제37조 제2항,

공직선거및선거부정방지법 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

② 생략

공직선거및선거부정방지법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
4. 통상적인 정당활동

② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

공직선거및선거부정방지법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

1.~3. 생략

4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

5.~9. 생략

② 생략

공직선거및선거부정방지법 제85조(지위를 이용한 선거운동금지) ① 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. 이 경우 공무원이 그 소속직원이거나 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 내지 제6호에 규정된 기관 등의 임·직원 또는 공직자윤리법 제17조(퇴직공직자의 유관사기업체 등에의 취업제한)의 규정에 의한 유관사기업체 및 협회의 임·직원을 대상으로 한 선거운동은 그 지위를 이용하여 하는 선거운동으로 본다.

② 생략

【참조판례】

1. 헌재 1995. 5. 25. 93헌마23, 판례집 7-1, 638, 647-648
- 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33
- 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263, 274

2. 헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473
헌재 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 739
헌재 2001. 8. 30. 99헌마92, 판례집 13-2, 174, 193
헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 554
3. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635

【당 사 자】

청 구 인 김○기

대리인 변호사 신창언 외 2인

대리인 법무법인 화우

담당변호사 조대현

【주 문】

공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호는 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 1998. 6. 24. 제2회 동시지방선거에서 ○○시장으로 당선되어 근무하던 중 2002. 6. 13. 제3회 동시지방선거에 출마하여 ○○시장으로 당선된 자이고, 청구의 이○성은 1998. 7. 6.부터 2002. 6. 13.까지 ○○시청 시민대화실장으로 근무한 자인바, 청구인 등은 공모하여 2002. 1. 19.부터 같은 해 3. 27.경까지 공무원으로서 제3회 동시지방선거에 출마한 청구인을 위하여 선거운동의 기획에 참여하거나 기획의 실시에 관여하였다는 이유로 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘공선법’이라 한다) 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호 위반으로 수원지방법원 평택지원에서 유죄판결을 선고받았다[수원지방법원 평택지원 2002고합 74, 89(병합)]. 청구인 등은 서울고등법원에 항소하여 청구인은 벌금 150만 원, 청구의 이○성은 벌금 5백만 원을 선고받았다(서울고등법원 2003노372).

이에 청구인은 대법원에 상고(대법원 2003도2932)함과 아울러 위 공선법 조항들에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 2004. 3. 25. 대법원이 상고를 기각

합과 동시에 위 위헌제청신청을 기각하자, 청구인은 2004. 4. 26. 이 사건 헌법 소원심판청구를 하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189 호로 개정된 것) 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)의 위헌 여부이며, 이 사건 법률조항 및 관련 법률조항의 내용은 다음과 같다.

(1) 이 사건 법률조항

공선법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) ① 공무원(국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한다), 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제4호 및 제6호에 규정된 기관 등의 상근 임·직원, 통·리·반의 장, 주민자치위원회위원과 향토예비군소대장급 이상의 간부, 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가나 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자 또는 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상근 임·직원은 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

2. 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위

공선법 제255조(부정선거운동죄) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만 원 이하의 벌금에 처한다.

10. 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지) 제1항 제1호 내지 제4호·제2항 내지 제4항의 규정에 위반한 행위를 하거나 하게 한 자 또는 같은 조 제5항의 규정에 위반한 행위를 한 자

(2) 관련 규정

공선법 제9조(공무원의 중립의무 등) ① 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

공선법 제58조(정의 등) ① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시

2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
4. 통상적인 정당활동

② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

공선법 제60조(선거운동을 할 수 없는 자) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 선거운동을 할 수 없다. 다만, 제4호 내지 제9호에 해당하는 자가 후보자의 배우자인 경우에는 그러하지 아니하다.

4. 국가공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 정당법 제6조(발기인 및 당원의 자격) 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

공선법 제85조(지위를 이용한 선거운동금지) ① 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. ... (후략)

2. 청구인의 주장, 법원의 위헌제청신청 기각이유와 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장

(1) 이 사건 법률조항은 그 내용이 다의적이고 적용범위가 광범위하여 그에 의하여 금지된 행위를 알 수 없다. 공선법 제58조에서는 입후보와 선거운동을 위한 준비행위는 선거운동으로 보지 아니한다고 규정하여 이를 허용하고 있는데, 이러한 입후보·선거운동을 위한 준비행위와 이 사건 법률조항이 금지하고 있는 ‘선거운동의 기획’이 어떻게 차이가 있는 것인지에 관하여 누구나 알 수 있는 상태라고 볼 수 없고, 따라서 ‘선거운동의 기획’의 개념이 무엇을 의미하는지 통상의 일반인들이 이해할 수 없으며, ‘참여 내지 관여’라는 개념도 모호하므로 죄형법정주의에 위배된다.

(2) 이 사건 법률조항에 의한 규제는 선거운동기간에만 해당되는 것이 아니라 선거운동기간 전후를 불문하여 적용된다. 이 사건 법률조항은 선거운동에 이르지 아니한 행위일지라도 공무원이 선거에 영향을 미치는 행위 전부를 제한하며, 공무원의 지위를 이용하는지 그리고 공무원이 선거에 영향력을 행사하는 것이 부당한지 여부를 불문하고, 선거운동이나 입후보를 위한 내부적·절차적 준비행위에 관여하거나 참여하는 것도 금지함으로써 공무원이라

는 이유만으로 특정 후보자가 행하는 선거운동은 물론 선거준비행위에 일질 관여할 수 없도록 하고 있는바, 그 결과 공무원은 선거운동의 자유 그 자체를 상실하게 되어 기본권의 본질적 내용을 침해받고 있으며, 이는 입법목적에 필요한 범위 내에서의 기본권 제한이라고 볼 수 없으므로 과잉금지원칙에 위배된다.

(3) 이 사건 법률조항은 국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 그 적용대상에서 제외하는 예외조항을 두고 있으면서 지방자치단체장은 그러한 예외조항에서 빠져있다. 그러나 이는 합리적 이유 없이 지방자치단체장을 다른 정치적 공무원인 국회의원·지방의회의원 등과 차별하고 있는 것으로서 평등원칙에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청 기각이유

(1) 공선법의 입법목적, 이 사건 법률조항의 입법취지, 다른 규제 조항들과의 전체적 구조, 조문의 내용, 합리적 해석가능성, 입법기술상의 한계 등을 고려하면, 이 사건 법률조항의 범죄구성요건 중 “기획·참여·관여”라는 용어 자체가 건전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 법률적용자에 대한 관계에서도 자의가 허용될 소지는 없으므로, 그 구성요건이 헌법 제12조 제1항이 요구하는 명확성을 결하여 죄형법정주의에 위배된다고 볼 수 없다.

(2) 지방자치단체장을 포함한 공무원의 선거에 있어서의 중립의무, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 규제의 필요성, 지방자치단체장의 지위와 활동영역 및 선거개입의 위험성, 특히 정당의 추천이나 지원을 받아 당선된 지방자치단체장의 경우 선거에 영향을 미칠 행위를 할 우려가 높다는 판단 아래 입법자가 이 사건 법률조항을 포함한 공선법 제86조 제1항 제1호 내지 제7호와는 별도로 공선법 제86조 제2항·제3항 및 제4항까지 두고 있는 점 등에 비추어 지방자치단체장에 대한 이 사건 법률규정에 따른 규제는 선거의 자유·공정성을 확보하기 위한 불가피한 조치로서 필요하고도 합리적인 제한으로서 과잉금지의 원칙에 반하지 아니할 뿐만 아니라 참정권 및 선거제도의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없고, 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조에 위반된다고 할 수도 없다.

(3) 국회의원은 전 국민을 대표하는 대의기관으로서 본질적으로 전문 정치인이나, 지방자치단체장은 본질적으로 집행기관으로서 그 지위와 성격 및 기

능에서 국회의원과 차이가 있으므로, 국회의원과 그 보좌관·비서관·비서를 이 사건 법률조항 중 금지규정의 주체에서 제외하면서 같은 선거직인 지방자치단체 장과 그가 임명하는 별정직 공무원에 대하여는 이러한 예외를 인정하지 않았다 하더라도 이를 불합리한 차별이라고 할 수 없고, 따라서 평등의 원칙에 반하다고 보기 어렵다.

다. 수원지방검찰청 평택지청장의 의견

법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 동일하다.

라. 중앙선거관리위원장의 의견

(1) 이 사건 법률조항의 입법취지는 선거운동에까지는 이르지 않거나 선거운동에 직접 해당되지는 않지만 사실상 선거에 영향을 미쳐 선거운동을 하는 것과 같은 효과를 가져올 수 있는 공무원의 행위를 금지함으로써 공직선거에 있어서의 공정성을 지키려는 것이다.

(2) 나머지 쟁점에 관하여는 대체로 법원의 위헌제청신청 기각이유와 같다.

3. 판 단

가. 공무원의 선거관련 행위 규제

(1) 공무원의 정치활동은 원칙적으로 금지되어 있다. 헌법 제7조 제2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있고, 이와 같은 공무원의 정치적 중립성을 보장하는 법률적 실현으로서 국가공무원법 제65조 및 지방공무원법 제57조는 공무원의 정치활동을 원칙적으로 금지하고 있다. 나아가 공선법 제9조 제1항은 “공무원은 선거에 대한 부당한 영향력 행사 기타 선거 결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있는바, 이는 ‘선거에서의 공무원의 중립의무’를 구체화하고 실현하는 법규정이다.

공선법 제9조의 ‘공무원’이란 원칙적으로 국가와 지방자치단체의 모든 공무원 즉, 좁은 의미의 직업공무원은 물론이고, 적극적인 정치활동을 통하여 국가에 봉사하는 정치적 공무원(예컨대, 대통령, 국무총리, 국무위원, 도지사, 시장, 군수, 구청장 등 지방자치단체의 장)을 포함한다.

특히 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 정부나 지방자치단체의 집행기관에 있어서 더욱 크다고 판단되므로, 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635 참조).

(2) 공무원은 선거운동이 금지된다(공선법 제60조 제1항 제4호). 공선법이 공무원 또는 공무원에 준하는 사람들의 선거운동을 금지하고 있는 이유는, 그들이 그 직을 그대로 유지한 채 선거운동을 할 수 있는 경우 자신들의 지위와 권한을 특정 개인을 위한 선거운동에 남용할 소지가 많게 되고, 직무를 통하여 얻은 여러 가지 정보를 선거에 활용할 수 있을 뿐 아니라 자신의 부하직원을 선거운동에 동원할 염려도 있으며, 자신의 선거운동에 유리한 방향으로 편파적으로 직무를 집행하거나 관련 법규를 적용할 가능성도 있는 등 그로 인한 부작용과 폐해가 선거결과에 지대한 영향을 미치게 될 것이기 때문으로서, 선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공무원이나 이에 준하는 공공단체의 구성원들로 하여금 선거운동에 관여하지 못하도록 하는 것은 입법자의 불가피한 조치라고 할 것이다(헌재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463, 473; 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 739 참조).

(3) 나아가 공무원이 그 영향력을 이용하여 선거운동을 할 경우 일반인이 선거운동을 하는 경우보다 선거의 공정과 자유를 크게 저해하게 되므로 공선법 제85조 제1항에서는 공무원이 그 지위를 이용하여 선거운동을 하는 것을 금지하고 있다.

나. 이 사건 법률조항의 입법취지와 적용범위

(1) 공선법은 앞에서 살펴본 바와 같이 공무원의 선거에서의 정치적 중립의무, 공무원의 선거운동제한, 공무원의 지위를 이용한 선거운동의 금지를 규정하는 것에서 더 나아가 제86조에서 소위 관권선거나 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시키기 위하여 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 하는 것도 아울러 금지하고 있다. 이는 선거의 공정성을 확보하기 위한 방안으로 공무원 등 선거에 영향을 미칠 수 있는 특수한 지위에 있는 자가 선거 결과에 불공정한 영향을 미칠 우려가 큰 행위를 하지 못하도록 하는 것이다.

이에 따라 공무원은 이 사건 법률조항에서 규정하는 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위 외에도 소속직원 또는 선거구민에게 특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보하는 행위, 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위, 선거기간 중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위 등이 금지된다.

(2) 이 사건 법률조항이 규정하는 공무원은 공선법 제60조에 의하여 선거

운동이 금지되는 공무원의 범위와 같으므로 국가공무원법 제2조에 의한 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 의한 지방공무원이 이에 해당한다.

한편 공선법 제60조 제1항 제4호에서, 정당법 제6조 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원 외의 정무직공무원을 제외)은 선거운동을 할 수 있다고 규정함에 따라 국회의원, 지방의회의원, 국회의원의 보좌관·비서관·비서 및 국회 교섭단체의 정책연구위원 등은 선거운동을 할 수 있으며, 다만 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체장은 정무직공무원으로서 정당에는 가입할 수 있으나 선거운동을 할 수는 없다. 이처럼 선거운동이 허용되는 국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원은 이 사건 법률조항의 적용대상에서도 제외되고 있으나, 선거운동이 금지되는 지방자치단체 장은 이 사건 법률조항의 적용제외대상에 해당하지 않으므로 이 사건 법률조항의 적용을 받는다.

다. 이 사건 법률조항의 위헌 여부

(1) 죄형법정주의 위반 여부

(가) 죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 하는 것은 아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하면 되는 것이다. 그렇지 않으며 처벌법규의 구성요건이 지나치게 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 되기 때문이다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가를 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1995. 5. 25. 93헌바23, 판례집 7-1, 638, 647-648).

(나) 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 “선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위”의 의미가 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되는지에 관하여 살펴본다.

1) 공선법 제58조 제1항은 선거운동을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의하며, 헌법재판소의 판례는 공선법 제58조 제1항

의 ‘선거운동’이란, 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 33; 2001. 8. 30. 2000헌마 121등, 판례집 13-2, 263, 274)으로 본다.

그리고, “기획(企劃)”이란 일을 계획하는 것을 의미하고, “참여”란 참가하여 관계함을 뜻하며, “관여”은 관계하여 참여함이 그 사전적 의미이다.

한편 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있으나(공선법 제58조 제2항), 공무원은 국회의원과 지방의회의원 등 일정한 예외를 제외하고는 원칙적으로 선거운동이 금지된다(공선법 제60조 제1항 제4호).

공선법 제86조는 특정 정당이나 후보자의 득표나 당선을 목적으로 하는 행위가 아니기 때문에 위에서 말한 선거운동의 요건을 충족하지 못하지만 공무원이 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리하게 영향력을 행사함으로써 선거의 공정성을 해하는 것을 방지하기 위하여 공무원이 선거에 영향을 미칠 수 있는 행위를 하는 것을 금지하고 있다. 그리고 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위’는 공무원이 선거에 영향을 미칠 수 있는 그러한 행위 중의 하나로 금지된다.

위와 같은 선거운동의 개념, 이 사건 법률조항의 입법취지, 다른 공선법조항과의 관계 등을 고려하면, 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위란 특정 후보자의 당선 내지 득표, 또는 낙선을 목적으로 하는 선거운동에는 이르지 아니하는 것으로서 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위로 해석될 수 있다.

2) 한편 공선법 제58조 제1항에서는 선거운동을 위한 준비행위를 선거운동이 아니라고 하여 허용하고 있는데, 선거운동을 위한 준비행위는 비록 선거를 위한 행위이기는 하나 특정 후보자의 당선을 목적으로 투표를 얻기 위한 행위가 아니라 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적 준비행위에 불과하므로 선거운동으로 보지 아니한다.

그런데 이 사건 법률조항은 관권선거나 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시키기 위하여 공무원이 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는데 그 입법취지가 있으므로, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위가 선거운동의 준비행위에 불과하더라도

이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 한다.

3) 따라서 이 사건 법률조항은 공무원이 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위를 함으로써 선거에 영향을 미치는 것을 금지하며, 건전한 상식과 통상적인 범감정을 가진 사람이면 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있다고 할 것이다. 또한 이 사건 법률조항이 그 조문에 “선거운동”, “기획”, “참여”, “관여”라는 약간의 불명확성을 지닌 구성요건을 사용하여 법관의 보충적인 해석이 필요하다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

(2) 정치적 표현의 자유 침해 여부

선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환으로 정치적 표현의 자유의 한 태양(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193 참조)인바, 선거운동에는 이르지 아니하는 선거운동의 기획행위 등을 자유롭게 할 수 있는 것도 정치적 표현의 자유에 해당한다. 이 사건 법률조항은 공무원에 대하여 선거운동 계획의 수립에 참여하거나 그 실시에 관여하는 행위를 금지함으로써 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있다. 정치적 표현의 자유 또한 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있으나, 표현의 자유를 제한하는 법규정은 법치국가적 요청인 비례의 원칙을 준수해야 하므로 이 사건 법률조항이 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있는지를 살펴보기로 한다.

(가) 입법목적의 정당성과 수단의 적정성

선거의 형평성과 공정성을 보장하기 위하여 공선법은 제85조 제1항에서 공무원의 선거운동을 금지하고 있고, 더 나아가 이 사건 법률조항은 소위 관권 선거나 공적 지위에 있는 자의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하기 위하여 공무원에 대하여 선거에 영향을 미치는 행위까지 금지하고 있는바, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다.

(나) 피해의 최소성

공선법 제9조 제1항에서 규정하고 있는 ‘공무원의 중립의무’는 국가기관이 선거에서 특정 정당이나 후보자에게 유리하게 또는 불리하게 영향을 미치는 모든 행위를 포괄적으로 금지한다. 공무원은 ‘선거에 영향을 미치는 행위’를 함으로써 그에게 부과된 중립의무를 위반하게 되는데, 선거에 영향을 미치는

행위 중 가장 대표적인 행위가 바로 선거운동이다. 그러나 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위는 단지 선거운동에 제한되는 것이 아니라, 선거운동에 이르지 않는 아니하더라도 선거에 영향을 미칠 우려가 있는 행위도 이에 포함된다. 바로 공선법 제86조에서 국가기관이 편파적으로 특정 정당이나 후보자에게 유리 또는 불리하게 영향력을 행사함으로써 선거에서의 균등한 기회의 보장과 국민의 자유롭고 개방적인 의사형성과정을 저해할 수 있는 이러한 행위들을 언급하고 있다.

공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 하는 경우 그것은 선거운동에 이를 정도는 아니라 하더라도 궁극적으로는 특정 후보자를 위한 선거운동을 효율적으로 수행하기 위한 것이므로 선거에 영향을 미칠 우려가 있다고 할 수 있고, 따라서 선거의 공정성과 형평성을 확보하고 업무전념성을 보장하기 위하여 선거운동이 금지되는 공무원에 대하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 금지하는 것은 당연한 귀결이라고 볼 수 있다.

한편 청구인은 공무원에 대하여 일체의 선거운동의 준비행위를 금지하기 보다는 ‘그 지위를 이용하여’ 선거운동의 기획에 관여하는 것을 금지함으로써 선거의 공정성 확보라는 입법목적이 충분히 달성된다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 등의 행위를 하게 되면 그것이 종국적으로는 선거에 영향을 미칠 우려가 있으므로, 공무원의 선거 개입의 여지를 철저히 불식시킴으로써 선거의 공정성을 확보하고자 하는 이 사건 법률조항의 입법목적을 달성하기 위해서는 공무원이 그 지위를 이용하였는지에 상관없이 선거운동의 기획에 관여하는 것을 모두 금지할 필요가 있다.

(다) 법익의 균형성

국가기관이 그의 공적 기능에 있어서 공공재정을 투입하여 편파적으로 특정 정당이나 특정후보에게 유리하게 또는 불리하게 선거운동에 영향을 행사하는 가운데 실시된 선거는 선거의 공정성과 기회균등을 보장할 수 없고, 이러한 선거는 선출된 자에게 민주적 정당성을 부여할 수 없다. 선거의 공정성을 확보하고 선거에서의 기회균등을 보장하는 것은 선거가 민주적 정당성과 주민대표성을 부여하는 기능을 이행하기 위한 근본조건이다. 따라서 선거의 공정성과 기회균등을 보장해야 할 공익은 매우 중대하다.

선거운동의 주체에 대하여 어느 범위에서 이를 허용하고 금지할 것인가는 각 나라가 처한 정치·사회·경제적 사정, 선거문화의 수준, 민주시민의식의

성숙 정도 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다. 더구나 우리 나라의 경우는 과거 여러 차례 실시된 각종 선거에서 관권, 금권 등의 개입에 의한 부패 및 탈법과 그에 따른 민의의 왜곡을 반복적으로 경험한 바 있으므로 이를 시정하고자 하는 국민적 열망은 다른 나라에 비할 바가 아니라고 할 것이다 (헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541, 554).

따라서 선거운동 참여시 특히 폐해가 심할 것으로 명백히 예상되는 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 것에서 나아가 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 것을 금지함으로써 정치적 표현의 자유 중 일부인 선거운동의 자유를 제한하였다고 하여 그로 인하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없어 충돌하는 법익 상호간의 균형성도 구비되어 있다고 볼 것이다.

(3) 평등원칙 위반 여부

국회의원과 지방의회의원은 공무원의 정치적 중립의무를 규정하고 있는 공선법 제9조의 ‘공무원’에 해당하지 않는다. 국가기관에게 선거에서의 중립의무가 부과되는 것은, 정당이 선거에서 공정하게 경쟁할 수 있는 ‘자유경쟁의 장’을 마련하기 위한 것이며, 국가의 중립의무에 의하여 보장된 ‘정당간의 자유경쟁’에서 국회의원은 정당의 대표자로서 선거운동의 주역으로 활동하게 된다. 즉, 국가기관은 선거를 실시하고 공명선거를 보장해야 할 기관으로서 선거에 영향을 미쳐서는 안 되는 반면, 정당은 선거에 영향을 미치는 것을 그 과제로 하고 있는 것이다. 국회의원과 지방의회의원은 정당의 대표자이자 선거운동의 주체로서의 지위로 말미암아 선거에서의 정치적 중립성이 요구될 수 없다. 반면 지방자치단체 장은 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성은 더욱 크다고 판단되어 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 635 참조).

이처럼 국회의원과 지방의회의원은 선거에서의 정치적 중립의무가 요구되지 않으므로 공선법 제60조 제1항이 규정하는 선거운동이 금지되는 주체에서 제외되어 있고, 이 사건 법률조항이 규정하는 선거에 영향을 미치는 행위가 금지되는 주체에서도 제외되어 있는 것으로 보인다. 그러나 지방자치단체 장은 선거에서의 정치적 중립성이 엄격히 요구됨에 따라 선거운동이 금지되며 나아가 이 사건 법률조항에 의해 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의

실시에 관여하는 것이 금지되고 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항에서 국회의원과 지방의회의원을 그 적용대상에서 제외하는 예외조항을 두고 있으면서, 지방자치단체 장이 그러한 예외조항에서 빠져있는 것은 선거에서의 정치적 중립의무가 요구되는 정도에 따른 것이므로 합리적인 근거없는 차별로서 평등원칙에 위배된다고 볼 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다. 이 결정은 재판관 김효중, 재판관 송인준의 아래 5.와 같은 반대의견과 재판관 권 성의 아래 6.과 같은 반대의견이 있는 외에는 관여 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 김효중, 재판관 송인준의 반대의견

우리는 이 사건 법률조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반할 뿐 아니라 비례의 원칙에 위배하여 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 생각하므로 다음과 같이 반대의견을 밝힌다.

가. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배

다수의견과 같이 이 사건 법률조항이 규정하는 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위 또는 그 계획을 직접 실시하거나 실시에 관하여 지시·지도하는 행위를 뜻한다고 해석하더라도 어떤 행위가 이에 해당 하는지 그 의미는 여전히 모호하다. 더욱이 공선법 제58조 제1항에서는 선거운동의 준비행위는 선거운동이 아니라고 하여 이를 허용하고 있는데 이러한 선거운동의 준비행위와 이 사건 법률조항에 의하여 금지되는 선거운동의 기획행위가 어떻게 다른 것인지 그 구별이 쉽지 않다.

선거운동의 준비행위는 선거운동의 기획행위보다 더 넓은 개념이어서 공무원이 행하는 어떠한 선거운동의 준비행위는 선거운동의 기획행위에 해당하지 않을 수도 있다. 결국 어떠한 선거운동의 준비행위가 선거운동의 기획행위에 해당하여 이 사건 법률조항에 의하여 금지될 것인지는 개개 사건별로 정해질 문제이므로 일반인으로서 공선법에 의하여 허용되는 선거운동의 준비행위와 금지되는 선거운동의 기획행위를 구별하기가 어렵다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 그 조문에 “선거운동”, “기획”, “참여”, “관여”라는 불명확성을 지닌 구성요건을 사용함으로써 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지

를 충분히 알 수 없도록 하고 있으므로 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다.

나. 비례의 원칙 위배

(1) 공선법 제9조는 ‘공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.’고 하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 규정하고 있는바, ‘선거에 부당한 영향을 미치는 행위’는 크게 공무원의 중립의무를 가장 명백하게 위반하는 대표적인 행위인 ‘선거운동’과 그 외의 ‘선거에 영향을 미치는 행위’로서 ‘간접적인 방법으로 사실상 선거운동을 하는 행위’으로 나누어 볼 수 있다.

공선법 제60조 제1항은 공무원의 선거운동을 금지하고 있다. 그리고 공선법 제86조 제1항은 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하고 있는데, 그 내용을 자세히 살펴보면, 소속직원 또는 선거구민에게 교육 기타 명목여하를 불문하고 특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보하는 행위, 정당 또는 후보자에 대한 선거권자의 지지도를 조사하거나 이를 발표하는 행위, 선거기간 중 소속직원 또는 선거구민에게 명목여하를 불문하고 법령이 정하는 외의 금품 기타 이익을 주거나 이를 약속하는 행위 등과 같이 간접적인 방법으로 사실상 선거운동을 하는 것과 다름없는 행위들이라 할 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항이 금지하고 있는 선거운동의 기획에 참여하거나 기획의 실시에 관여하는 행위는 공선법 제86조 제1항의 각 호에서 규정하고 있는 다른 행위들과는 달리 간접적인 방법으로 사실상 선거운동을 하는 것이라고 보기는 어렵다.

게다가 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 금지하여 선거에서의 공무원의 중립의무를 실현하고자 한다면 공무원이 ‘그 지위를 이용하여’ 선거운동의 기획에 참여하는 것 등을 막는 것으로 충분하며, 그 지위를 이용함이 없이 하는 선거운동의 준비행위를 허용한다고 해서 그것이 선거에 영향을 미친다고는 보이지 않는다. 이러한 점에서 이 사건 법률조항은 수단의 적정성과 피해의 최소성원칙에 반한다.

(2) 한편 기본권의 하나인 정치적 의사표현의 자유는 정치적 의견을 단순히 외부에 표명하는 자유만에 그치는 것이 아니라 더 나아가 자신의 정치적인 목적을 달성하기 위하여 자신과 정치적인 견해를 같이하는 사람이 선거에서 당선될 수 있도록 활동할 수 있는 자유 즉, 선거운동의 자유까지를 포함하는 것이다. 이러한 점에서 일체의 선거운동을 금지하는 것은 선거운동의 자유라

는 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 이는 사익에 대한 중대한 제한에 해당한다. 그럼에도 불구하고 공무원에 대해서는 선거의 공정성을 위하여 입법자는 부득이하게 선거운동을 금지하는 조치를 취하고 있다(공선법 제60조 제1항).

그러나 공무원의 편향된 영향력 행사를 배제하여 선거의 공정성을 확보한다는 공익은, 그 지위를 이용한 선거운동 내지 영향력 행사만을 금지하면 대부분 확보될 수 있으므로 공무원에 대하여 선거운동을 금지하는 것에서 나아가 공무원이 그 지위를 이용하였는지 여부에 관계없이 선거운동에 이르지도 않는 단순한 선거운동의 준비행위를 일체 금지한다고 하여 이로써 추가적으로 확보되는 선거의 공정성이라는 것은 별로 생각해내기 어렵다.

그러므로 공무원이라는 이유만으로 그 지위를 이용함이 없이 하는 일체의 선거운동의 준비행위까지 금지하는 것은 그 금지에 의하여 정치적 의사표현의 자유라는 개인의 기본권이 본질적으로 침해됨에 비하여 한편 이러한 금지가 선거의 공정성이라는 공익의 확보에 기여하는 바는 매우 미미하다고 하다는 점에서 법익의 균형성을 충족하지 못한다.

6. 재판관 권 성의 반대의견

가. 공선법 제86조 제1항 제2호가 금지하는 ‘기획에 참여’ 또는 ‘기획의 실시에 관여’ 한다는 행위(이하 ‘기획참여행위’라고 부르기도 한다)에 있어서의 「참여」나 「관여」라는 것은 개념적으로 「타인의 일」, 즉 남의 일에 참여하거나 관여하는 것을 가리킨다. 그러므로 이 조항은 한마디로, 선거에 입후보하지 않은 공무원 등에게 남의 선거에 끼여들지 말라고 명령하는 취지의 규정인 것이다.

그러나 입후보예정자(후보자가 된 경우를 포함한다. 이하 같다) 본인이 자기를 위한 선거운동을 기획하고 그 기획을 실시하는 행위는 「자기를 위한 일」, 즉 자기의 일로서 이는 선거운동이 아닌 이상 당연히 허용된다고 보아야 한다. 입후보예정자가 공무원이든 아니든 마찬가지이다. 선거운동의 기획을 스스로 직접 하는 경우는 물론이고 남을 시켜서 하는 경우에도 「자기를 위한 일」, 즉 자기의 일에 해당하므로 마찬가지로 허용된다.

그러므로 입후보예정자는 공선법 제86조 제1항 제2호가 금지하는 행위, 즉 선거운동의 기획참여행위의 행위주체(行爲主體)가 원칙으로는 될 수 없다고 보아야 한다.

나. 다만 형법 총칙의 공범규정의 적용과 관련하여 예외적으로 행위주체가

될 경우는 있을 수 있다.

우선 입후보예정자가 공무원 등에게 기획참여를 교사하거나 방조한 경우에는 교사범 또는 방조범으로서 행위주체가 될 수 있음은 물론이다.

그러나 입후보예정자가 형법 제30조의 적용을 받아 과연 공동정범으로서 행위주체가 될 수 있을 것인지 여부는 검토를 요한다.

왜냐하면 기획참여행위는 앞에서 언급한 바와 같이 개념상 남의 일에 끼어드는 것을 말하는데 이 사건에서 청구인은 남의 일에 끼어든 것이 아니고 자기를 위하여 자기의 선거운동에 관한 기획을 한 것뿐이기 때문이다. 만일 입후보예정자에게 형법 제30조를 적용하여 공동정범으로서의 행위주체성을 인정한다면 이것은, 남자를 출산행위의 주체라고 하는 것과 같은 자타혼합(自他混合)의 모순 내지 행위주체와 행위 사이의 모순을 일으킨다.

그러므로 입후보예정자에게는 공선법 제86조 제1항 제2호를 적용할 수 없고 이 범위 내에서는 형법 제30조도 적용될 수 없다고 보아야 할 것이다.

다. 이 문제는 통상적으로는 법원의 재판에서 법률의 해석을 통하여 판가름되어야 할 성질의 것이다. 그러나 공선법 제86조 제1항 제2호의 추상적인 적용대상자 중에는 입후보예정자가 포함될 수 있고, 이러한 입후보예정자군(群)을 이 조항의 적용대상자 중에서 제외하는 명문의 규정이 없는 이상, 이 입후보예정자군에 속하는 사람에게 이 조항을 적용하는 것에 위헌 여부의 문제가 있다면 이 유형의 적용대상자를 분리하여 이 부분에 관하여 위헌 여부를 가리는 헌법재판을 하여야 할 것이다.

라. 이상의 논의를 종합하면 입후보예정자군에 속하는 청구인에게 공선법 제86조 제1항 제2호를 적용할 수는 없고(공선법 제255조 제1항 제10호도 같다) 만일 이를 적용한다면 이것은 자기의 행위가 아닌 타인의 행위에 대하여 책임을 물어 처벌을 하는 것에 귀착되므로 헌법과 형법의 기본원리의 하나인 자기 책임의 원칙에 반하여 위헌이 된다고 할 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김효종 김경일 송인준 주선희
전효숙(주심) 이상경(퇴임으로 서명날인 불능) 이공현

구 상속세및증여세법 제41조의2 제1항 위헌소원

(2005. 6. 30. 2004헌바40, 2005헌바24(병합) 전원재판부)

【판시사항】

1. 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 중 ‘타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우’가 명의신탁이 증여세 회피의 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하도록 규정한 것이 비례의 원칙에 위배되는지 여부(소극)

2. 위 조항들이 명의신탁이 증여세 회피를 목적으로 이용되는 경우에 증여세를 부과하도록 규정한 것이 평등원칙 및 실질적 조세법률주의, 죄형법정주의 및 무죄추정원칙에 위배되는지 여부(소극)

3. 명의신탁이 증여세 이외의 다른 조세 회피를 목적으로 이용되는 경우에도 증여세를 부과하도록 규정한 구법 제41조의2 제5항이 비례의 원칙과 평등원칙에 위배되는지 여부(소극)

4. 헌법상 체계정당성의 원리 및 그 위반에 대한 심사 기준

5. 명의신탁이 증여세 이외의 다른 조세 회피를 목적으로 이용되는 경우에도 증여세를 부과하도록 규정한 구법 제41조의2 제5항이 체계정당성에 위반되어 위헌이 되는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 구 상속세및증여세법 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 중 ‘타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우’가 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 증여의제조항의 목적을 달성하는 데 적합한 수단이고, 명의신탁을 이용한 조세회피

행위를 방지하는 데 있어서 적합한 다른 대체수단으로는 명의신탁을 아예 금지하면서 그 사법적 효력을 부인하고 위반자에 대하여 형사 처벌을 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 명의신탁자가 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, 심판대상조항들은 비례의 원칙에 위배되지 않는다.

2. 증여를 은폐하는 수단으로 명의신탁을 이용한 경우에 이를 제재하는 하나의 방법으로, 조세회피의 목적이 인정되는 제한적인 범위 내에서, 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 조세의 공평을 실현하기 위한 적절한 방법으로서 그 합리성이 인정되므로 실질과세의 원칙에 대한 예외로서 허용할 수 있으며, 명의신탁에 동조함으로써 명의신탁자의 증여세회피행위를 가능하게 한 명의신탁자의 책임을 고려할 때 명의신탁자와 명의수탁자 두 사람 중 누구에게 일차적인 납세의무를 부과할 것인지의 문제는 입법의 재량에 속하고, 명의신탁자와 명의수탁자의 납세책임을 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하는 차별취급은 증여세의 회피기도를 효과적으로 차단하고자 하는 합리적인 이유가 있으므로 평등의 원칙에 어긋나지 않는다. 또한 위 조항들에 의하여 부과되는 증여세는 법률이 규정하는 세금의 하나일 뿐이어서 이를 형법상의 벌금으로 볼 수 없으므로 헌법상의 죄형법정주의나 무죄추정의 원칙이 적용될 수 없다.

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 의제할 수 있도록 조세범위를 확장하는 구법 제41조의2 제5항은, 증여세회피의 경우에 관하여 위에서 본 바와 동일한 이유로, 그 입법목적이 정당하고 그 수단이 입법목적의 달성에 적합하며 최소침해의 원칙에 어긋나지 아니하고 법익간의 비례가 유지되므로, 비례의 원칙에 대한 침해라고 할 수 없고 평등의 원칙에도 어긋나지 않는다.

4. 체계정당성의 원리는 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 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. 구법 제41조의2 제5항이 조세범위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에, 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른, 증여세를 부과하도록 증여의제를 하는 것이 체계정당성의 원칙에 위배되는 외관을 가질 수 있으나, 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 명의신탁에 인정되는 경우에 명의신탁을 증여로 의제하여 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 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

구 상속세및증여세법 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 같은 법조 제2항, 같은 법조 제5항(이하 '심판대상조항들'이라 한다)이 명의신탁을 이용한 각종 조세의 회피를 방지하여 조세평등과 조세정의를 달성하고자 하는 입법목적은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 공공복리의 증진에 기여한다고 여겨지므로, 그 정당성이 인정되지만, 심판대상조항

들이 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, 법익간의 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.

【심판대상조문】

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 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국제기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 재산의 등기 등을 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, ④ 생략

⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 “조세”라 함은 국제기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국제 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다

⑥ 생략

【참조조문】

국제기본법 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 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조(명의신탁재산의 증여추정) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다)에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국제기본법 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 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우
2. 생략

② 제1항 제2호에 규정된 유예기간중에 실질소유자명으로 전환하지 아니하거나 이 법 시행일 이후 실질소유자가 아닌 자의 명의로 등기등을 하는 경우에는 제1항 제1호의 규정을 제외하고 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.

③, ④ 생략

⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 조세라 함은 국제기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국제 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.

⑥ 생략

【참조판례】

1. 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 327-329
2. 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 142-143
헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 331
3. 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 333

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 유○식(2004헌바40)
 대리인 법무법인 바른법률
 담당변호사 박인호 외 1인
2. 이○관(2005헌바24)
 3. 권○윤(2005헌바24)
 4. 유○식(2005헌바24)
 2.~4. 대리인 변호사 이정일

당해사건 서울행정법원 2003구합26737 증여세부과처분취소(2004헌바40)
서울행정법원 2003구합14994 증여세부과처분취소(2005헌바24)

【주 문】

구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 중 ‘타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우’ 및 제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2004헌바40 사건

(가) 중부지방국세청장은 정리회사 ○○화학공업 주식회사의 주식이동상황을 조사하여 위 회사의 전 대표이사 권○안의 며느리인 조○애가 청구인 유○식 명의로 위 회사의 주식 상당수를 취득한 사실을 확인하였다. 양천세무서장은 조사결과에 따라 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항에

의거하여 위 취득주식가액을 증여가액으로 하여 2003. 1. 5. 위 청구인에게 증여세를 부과하였다.

(나) 위 청구인은 증여세부과처분의 취소를 구하는 행정소송을 서울행정법원에 제기하고(2003구합26737) 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2003아2218) 2004. 5. 4. 모두 기각되자 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문에 대하여 헌법소원을 제기하였다.

(2) 2005헌바24 사건

(가) 중부지방국세청장은 정리회사 ○○ 주식회사의 주식이동을 조사하고 전 대표이사 권○안이 청구인 유○식, 청구인 권○윤, 청구인 이○관의 각 명의로 여러 회사의 주식을 취득한 사실을 확인하였다.

(나) 동작세무서장 등은 위 조사결과에 따라 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 41조의2 제1항을 적용하여 위 청구인들에게 그 취득주식가액을 증여가액으로 하는 증여세를 각 부과하였다.

(다) 위 청구인들은 위 증여세부과처분들의 취소를 구하는 행정소송을 서울행정법원에 제기하고(2003구합14994) 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2003아1662) 모두 기각되자 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문에 대하여 헌법소원을 제기하였다.

나. 심판의 대상

(1) 심판대상조항

청구인들은 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구법’이라 한다) 제41조의2 제1항 본문을 심판대상으로 기재하고 있으나 위 법 제41조의2 제1항 본문은 그 단서 제1호, 제2항 중 ‘타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우’ 및 제5항과 유기적으로 연결되어 서로 분리될 수 없는 일체를 형성하고 있으므로 이들 모두를 함께 심판대상으로 삼는다.

심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

제41조의2 (명의신탁재산의 증여의제) ① 권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국세기본법 제14조의 규정에 불구하고

그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 그 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우

② 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우와 제1항 제2호의 규정에 의한 유예기간중에 주식 등의 명의를 실제소유자명으로 전환하지 아니하는 경우에는 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.

⑤ 제1항 제1호 및 제2항에서 “조세”라 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.

(나) 구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조(명의신탁재산의 증여추정) ① 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 추정한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조세회피목적없이 타인의 명의로 등기 등을 한 경우로서 대통령령이 정하는 경우

② 제1항 제2호에 규정된 유예기간중에 실질소유자명으로 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. 청구인들의 주장 및 이해관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장 요지

심판대상조항들은 등기 등을 요하는 재산의 실제 소유자와 등기 등의 명의자가 다른 경우에 그 내부관계의 실질 여하에 불구하고 이를 모두 증여로 본다는 취지를 규정하고 있는데 이는 실질과세의 원칙과 실질적 조세법치주의

에 위반되고 조세평등과 조세정의에 어긋나며 명의수탁자의 재산권을 과도하게 침해하며 죄형법정주의와 무죄추정을 받을 권리를 침해하여 헌법에 위반된다.

나. 법원의 위헌제청신청기각결정의 이유 요지 : [별지 1]과 같다.

다. 재정경제부장관 및 국제청장의 의견요지 : [별지 2]와 같다.

3. 판 단

가. 명의신탁에 대한 증여세 부과와 입법연혁과 판례의 변천 : [별지 3]과 같다.

나. 심판대상조항들의 내용 및 법률상 쟁점

(1) 심판대상조항들의 내용

구법 제41조의2 제1항은 “권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산(토지와 건물을 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 있어서 실제소유자와 명의자가 다른 경우에는 국제기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 한 날에 그 재산의 가액을 명의자가 실제소유자로부터 증여받은 것으로 본다.”(이하 ‘증여의제조항’이라고 부른다)라고 하고, 다만 “조세회피목적없이 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우”(제1호 ; 이하 ‘증여의제배제조항’이라고 부른다)에는 그러하지 아니하다라고 규정하고 있다. 그리고 구법 제41조의2 제2항 전단규정은 “타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우 … 에는 조세회피목적이 있는 것으로 추정한다.”(이하 ‘조세회피목적추정조항’이라고 부른다)라고 규정하고 있다. 또한 구법 제41조의2 제5항은 “제1항 제1호 및 제2항에서 조세라 함은 국제기본법 제2조 제1호 및 제7호에 규정된 국제 및 지방세와 관세법에 규정된 관세를 말한다.”(이하 ‘조세범위확장조항’이라고 부른다)라고 규정하고 있다.

(2) 증여의제의 단계적 구조

이상의 네 개 조항들은 다음과 같은 단계적 구조를 가지고 있다.

우선 증여의제조항은 ‘권리의 이전이나 그 행사에 등기 등을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우’라고 규정하고 있는데 이는 종래 문제가 되어온 소위 명의신탁관계를 지칭하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 명의신탁관계의 존재는 증여의제를 위한 제1단계의 요건이고 이것은 주로 사실인정의 문제가 된다. 그러므로 증여의제를 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 의제가 동원되는 것이 아니다.

명의신탁이 입증되면 다음 단계로 그 입증된 명의신탁에 대하여 조세회피의 목적이 추정된다(조세회피목적추정조항의 적용). 조세회피목적의 추정에 대한 번복은 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 증여의제가 행하여진다(증여의제조항의 적용). 명의신탁이 은폐된 증여일 가능성이 실제로 높다는 것에 그 의제의 근거가 있을 것이지만 한편 조세회피의 수단으로 명의신탁이 이용되는 것을 제재하는 입법의 수단으로 증여세의 부과를 선택하기로 한다면 이 때는 증여세부과의 형식상의 근거를 갖추게 하기 위하여 명의신탁을 증여로 의제하는 조치가 불가피하게 필요하게 된다.

끝으로 증여의제가 적용되지 않는 예외사유가 있다. 바로 구법 제41조의2 제1항 단서 제1호(조세회피목적없이 타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우) 및 제2호에 해당하는 경우이다. 결국 명의신탁재산에 대하여 증여세가 부과되기 위하여는 논리상 위에서 본 바와 같은 네 단계의 과정을 거치게 된다.

(3) 이 사건의 법률상 쟁점

이 사건에서는 명의신탁이 증여세회피의 목적으로 이용되는 경우와 증여세 이외의 조세회피를 목적으로 이용되는 경우를 구분하여 검토한다. 전자의 경우에는 구법 제41조2 제1항 본문 및 그 단서 제1호, 제2항 전단이 규정하는 소위 증여의제(증여의제의 배제 및 조세회피목적의 추정을 포함한다)가 재산권에 대한 과도한 제한을 야기하여, 바꾸어 말하면 비례의 원칙에 어긋나서, 위헌이 되는지 여부가 주된 쟁점이 된다. 그 밖에 증여의 의제가 실질과세의 원칙, 실질적 조세법률주의, 평등의 원칙, 죄형법정주의 또는 무죄추정의 원칙을 위반한 것인지 여부도 부차적으로 문제가 된다.

후자의 경우에는 구법 제41조의2 제5항이 규정하는 조세범위의 확장이 체

계부정합의 문제를 야기하여 결과적으로 재산권에 대한 과도한 제한을 초래하는 것이 아닌지 또는 평등원칙에 위배되는 것은 아닌지 여부가 쟁점이 된다. 바꾸어 말하면 심판대상조항들이 증여사회피의 수단으로 이용되는 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하는 데 그치는 것이 아니라 더 나아가 조세범 위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려고 하는 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 증여사회피의 목적으로 이용되는 경우에 관하여 증여의제 조항(아래에서는 증여의제배제조항 및 조세회피목적추징조항을 포함하는 의미로 사용한다)이 헌법에 위반되는지 여부를 검토하고 이어서 명의신탁이 증여세 이외의 조세회피를 목적으로 이용되는 경우에 관하여 조세범위확장조항의 위헌 여부를 검토한다.

다. 증여의제조항의 위헌 여부

(1) 비례의 원칙 위반 여부

(가) 목적의 정당성

명의신탁은 실정법상의 근거없이 판례에 의하여 형성되고 발전된 제도로서 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 부담자

체를 회피하거나 증여세의 누진을 회피하는 수단으로 이용되는 사례가 허다하리라는 점을 능히 수궁할 수 있다.

심판대상조항들(이곳에서는 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(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 328).

(나) 수단의 적합성

증여세회피의 목적을 가진 명의신탁에 대하여 증여세를 부과하는 것이 증여세의 회피를 방지하고자 하는 증여의제조항의 목적을 달성하는 데 적합한 수단이 되는 것은 분명하다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 328).

(다) 피해의 최소성

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 부동산산실권리자명의예관한법률(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 범위 안에서 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.

생각건대 이러한 방법은 증여세 회피목적의 유무에 관계없이 명의신탁약정을 실제법상 무효로 하는 것인데 이 문제는 본래 사법의 영역에 속하는 것이

어서 조세법의 본래적 규율범위에는 포함되지 않는 것이므로 법률의 체계상 조세관련법률에서 이러한 규정들을 두는 것은 적절치 않은데다가 명의신탁자와 수탁자 모두에게 징역 또는 벌금의 형사처벌을 부과하는 것이 과도한 제재가 될 우려가 있다. 이러한 제재는 증여세의 부과보다 납세의무자에게 더 무거운 부담이 될 수는 있을지언정, 본질적으로 보다 가벼운 부담이 된다고는 말할 수 없다.

그 밖의 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 수단으로 이용되는 명의신탁에 대한 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 다른 대체수단보다 납세의무자에게 더 많은 피해를 준다고 볼 수는 없고 따라서 이것은 최소침해의 원칙에 어긋나지 않는다고 할 것이다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 328).

(라) 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 빌려 줌으로써 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 의제를 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(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 329).

(마) 소결론

그러므로 심판대상조항들은 비례의 원칙에 위배되지 아니한다.

(2) 평등원칙 및 실질적 조세법률주의의 위배 여부

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 비례의 원칙에 대한 심사에서 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).

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 위반된다는 의문이 있을 수 있다.

그러나 구법 제41조의2 제2항, 즉 회피목적추정조항은 조세회피의 목적을 추정하는 규정일 뿐이므로 추정이 반복되면 조세회피의 목적은 인정되지 않게 되고 그 결과 증여의제조항 즉 구법 제41조의2 제1항 본문은 적용되지 않는다. 따라서 조세회피목적이 없는 경우에도 이 규정이 적용됨을 전제로 한 위 의문은 이유가 없다.

증여세회피의 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 의문을 제기할지도 모른다.

그러나 명의를 도용당한 경우는 명의신탁이 아니므로 증여의제조항이 적용되지 아니하고, 증여세회피의 목적이 인정되지 아니하는 경우(추정의 번복) 역시 증여의제조항이 적용되지 아니한다. 또한 명의신탁에 동조함으로써 명의신탁자의 증여세회피행위를 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 방법이나 정도 등도 역시 입법의 재량에 속한다. 따라서 이와 다른 전제에서 있는 위 의문들은 모두 이유 없다.

또한 명의수탁자가 명의신탁에 동조하여 명의신탁자의 증여세회피를 가능하게 하였다 하더라도 그 책임은 방조 정도에 불과하여 그렇게 크다고는 할 수 없는데도 이를 일반 수증자의 납세책임과 동일하게 평가하여 동일한 세율의 증여세를 부과하는 것은 평등의 원칙에 어긋난다고 생각할지 모른다. 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.

(3) 죄형법정주의 및 무죄추정의 원칙 위반 여부

심판대상조항들에 의하여 부과되는 증여세는 비록 과징금의 성격을 갖는 면이 있다고는 하지만 어디까지나 법률이 규정하는 세금의 하나일 뿐이어서 이를 형법상의 벌금으로 볼 수 없으므로 이에 대해서는 헌법상의 죄형법정주의나 무죄추정의 원칙이 적용될 수 없다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 331).

라. 조세범위확장조항의 위헌 여부

(1) 명의신탁을 통한 증여세 이외의 조세회피방법

명의신탁은 증여세 이외의 조세의 회피방법으로도 얼마든지 이용될 수 있다. 구체적으로 몇 가지 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 회피

할 수 있다.

③ 명의신탁을 이용하여 주식의 소유를 분산함으로써 주식배당소득에 대한 합산과세를 회피하여 누진적 소득세 부담을 회피할 수 있다.

④ 구 소득세법 제94조(1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 후 2000. 12. 29. 법률 제6292호로 전문개정되기 전의 것) 및 구 소득세법시행령 제158조 제1항(1998. 12. 31. 대통령령 제15969호로 개정된 후 2000. 12. 29. 대통령령 제17032호로 개정되기 전의 것)은 자산총액 중 토지, 건물 및 부동산에 관한 권리의 가액 합계액이 50% 이상인 법인과 주식 등의 합계액이 차지하는 비율이 50% 이상인 법인에 대하여 과점주주가 당해법인의 주식을 50% 이상 양도하는 경우에 발생하는 양도소득에 대하여 누진적 양도소득세를 20% 내지 40%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 후 2000. 12. 29. 법률 제6312호로 개정되기 전의 것) 및 지방세법시행령 제78조 제1항(1997. 10. 1. 대통령령 제15489호로 개정된 후 1999. 12. 31. 대통령령 제16673호로 개정되기 전의 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 주식 소유비율을 곱하여 산정한 취득세를 취득한 주식에 대하여 납부하여야 하는데 명의신탁을 통하여 과점주주가 되는 것을 방지하면 과점주주로서 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(1998. 12. 28. 법률 제5579호로 개정된 후 2003. 12. 30. 법률 제7008호로 개정되기 전의 것)에 의하면 법인(주식을 한국증권거래소에 상장한 법인을 제외한다)의 재산으로 그 법인에게 부과되거나 그 법인

이 납부할 국세·가산금·채납처분비에 충당하여도 부족한 경우에는 그 부족액에 대하여 당해법인의 발행주식총수의 100분의 51 이상의 주식을 소유한 과점주주가 부족액에 지분율을 곱하여 산출한 금액에 대하여 제2차 납세의무를 지도록 되어 있는데 명의신탁을 통하여 제2차납세의무자가 되지 않도록 하거나 지분율을 줄여 조세를 회피 또는 경감할 수 있다.

(2) 조세범위확장조항의 위헌 여부

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 의제할 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(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314, 333).

다만 이 경우에는 체계정당성의 문제를 조금 더 언급할 필요가 있다.

왜냐하면 증여의제조항들이 명의신탁을 이용하여 증여세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에 증여의제를 하는 데 그치는 것이 아니라 조세범위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 인정되는 경우에도, 회피하려는 조세와는 세목과 세율이 전혀 다른, 증여세를 부과하도록 증여의제를 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 규범 간에 (수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용

또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다. 이는 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 이탈한 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 입법목적을 달성하는데 적합하고 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 명의신탁자가 입게 되는 재산상의 불이익보다 이로써 달성되는 공익이 현저히 크다고 판단된다.

그렇다면 조세범위확장조항을 통하여 증여세가 아닌 다른 조세를 회피하려는 목적이 명의신탁에 인정되는 경우에도 명의신탁을 증여로 의제하여 증여세를 부과하도록 한 입법의 선택에는 합리적인 이유가 존재하고 여기에 입법재량의 한계를 현저히 일탈한 잘못이 있다고 볼 수 없고 따라서 체계부정합으로 인한 위헌의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이다(헌재 1998. 4. 30. 96헌바87등 및 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).

마. 선례와의 관계

헌법재판소는 2004. 11. 25. 2002헌바66사건에서 구 상속세및증여세법(1996. 12. 30. 법률 제5193호로 전문개정되고 1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 후단 및 제5항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 이미 선고한 바 있다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314-344).

그런데 이 사건에서 심판대상이 된 구법 제41조의2와 위 선례의 심판대상이었던 96년 개정법 제43조를 비교하여 보면 96년 개정법 제43조 제1항 본문의 ‘증여추정’을 구법 제41조의2 제1항 본문에서 ‘증여의제’으로 바꾸었을 뿐 다른 내용들은 동일하다. 그런데 위 선례의 이유에 의하면 96년 개정법 제43조의 증여추정은 증여의제와 사실상 거의 다름이 없는 내용의 것이었으므로 위 선례에서 논증된 바는 이 사건의 경우에도 그대로 타당할 수밖에 없다. 이 사건에서 다수의견이 앞에서 설명한 이유는 위 선례의 이유를 원용하는 선에서 이루어진 것이다.

4. 결 론

그렇다면 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 제41조의2 제1항 본문과 단서 제1호, 제2항 중 ‘타인의 명의로 재산의 등기 등을 한 경우’ 및 제5항은 헌법에 위반되지 않으므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정에 대하여는 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 아래 5.와 같은 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여 재판관 전원의 의견이 일치된다.

5. 재판관 김경일, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견

다수의견의 판단 끝머리에서 판시한 바와 같이 이 사건 심판대상조항들에

대한 위헌 여부 판단은 헌법재판소가 2004. 11. 25. 2002헌바66 사건의 결정에서 판단한 구 법 제43조 관련조항과 그 구조 및 법적 성격에 있어 기본을 같이 하므로 위 2002헌바66 사건에서 반대의견(판례집 16-2하, 335 이하)을 피력한 우리는 이 사건에서도 이 사건 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에 증여세를 부과하는 것은 헌법에 위반된다고 봄으로 종전의 견해와 같이 반대의견을 밝히는바 그 요점은 다음과 같다.

가. 심판대상조항들이 헌법상 비례의 원칙에 위배되는지 여부

(1) 먼저 심판대상조항들이 명의신탁을 이용한 각종 조세의 회피를 방지하여 조세평등과 조세정의를 달성하고자 하는 입법목적은 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 공공복리의 증진에 기여한다고 여겨지므로, 정당성이 인정되는 점은 다수의견과 같다.

(2) 그러나 명의신탁재산에 대하여 증여의제를 한 규정의 취지는 그 실질이 증여임에도 조세회피의 목적으로 명의신탁에 의한 재산으로 거저 주장하는 것을 방지하기 위한 것이므로 증여세의 부과대상은 명의신탁으로 은폐된 증여에 한정되는 것으로 보아야 한다.

증여의 실질이 없음이 명백함에도 불구하고 일률적으로 증여로 보아 증여세를 부과하는 것은 지나치게 과세행정편의주의적인 발상이고 다른 종류의 조세의 회피행위임이 명백함이 입증되는데도 증여세를 부과한다는 것은 국가행위형식의 부당한 결부로서 그 남용에 해당한다.

그렇다면 심판대상조항들이 증여세가 아닌 다른 조세의 회피목적이 있다고 인정되는 경우에게까지 명의신탁재산에 대하여 증여세를 부과하는 것은 그 방식에 있어서 적합성원칙에 위배된다.

(3) 나아가 심판대상조항들이 다수의견이 주장하는 바와 같이 조세회피의 목적이 있다고 인정되는 경우 과징금으로서 제재의 성격을 가진 증여세를 부과하는 것이라면, 그러한 입법 목적을 달성하기 위한 대체수단으로는 굳이 행정질서벌의 특성과는 거리가 먼 증여세를 부과할 것이 아니라, 제재수단으로 과징금을 부과하는 내용으로 특별법을 제정하는 것이 입법체계에 있어 보다 더 적합할 것이다.

(4) 또한 심판대상조항들에 의하여 입게 되는 명의수탁자의 불이익은 조세정의와 조세공평의 실현이라는 공익에 비해 훨씬 크다고 아니할 수 없다.

증여세의 회피행위에 대하여 고율의 증여세를 부과하는 것은 납득할 수 있

으나, 증여세가 아닌 다른 조세의 회피행위에 대하여서까지 고율의 증여세를 부과하는 것은 지나치게 과다하다. 왜냐하면 부동산실권리자명의등기에 관한 법률(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.

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, 실제에 있어서는 모든 경우 조세회피의 목적이 있는 것으로 추정되는 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.

이처럼 심판대상조항들이 명의신탁을 이용하여 증여세가 아닌 다른 조세의 회피행위에 대하여 지나치게 고율의 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 납세의 공평성을 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.

그렇다면 이는 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 심판대상조항들이 헌법에 위반된다고 생각한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성(주심) 김효중 김경일 송인준
주선희 전효숙 이공현

[별지 1]

나. 법원의 위헌제청신청기각결정의 이유

(1) 서울행정법원의 위헌제청신청기각결정의 이유 요지(2004헌바40)

(가) 심판대상조항들은 명의신탁제도가 조세회피의 수단으로 악용되는 사례가 허다하기 때문에 이를 효과적으로 방지하기 위하여 조세법상의 대원칙인 실질과세의 원칙을 희생시키면서 명의신탁을 이용한 조세회피 내지 조세포탈을 원천적으로 봉쇄하겠다는 입법취지에 비추어 볼 때, 명의신탁의 증여의제규정의 적용이 별다른 이익을 얻지 못한 명의수탁자에게 불리한 결과가 발생할 수 있는 점은 인정되나, 이는 법의 목적과 취지를 고려한 입법자의 재량범위 내에 속한다고 봄이 상당하고, 실질조세의 원칙, 조세평등주의 그리고 과잉금지의 원칙을 침해한다고 볼 수 없다.

(나) 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 조정하고 결정하는 것은 입법자의 광범위한 재량행위에 속하고 재량의 범위를 뚜렷하게 벗어난 것으로 볼 수 없는 한 이를 위헌무효라고 단정할 수 없다.

(2) 서울행정법원의 위헌제청신청 기각결정의 이유 요지(2005헌바24)

(가) 비록 명의수탁자의 책임이 방조 정도에 불과하다 하더라도 증여의제규정이 없다면 조세의 회피기도를 효과적으로 차단할 수 없다는 합리적인 이유가 있다는 점에서 심판대상조항들은 다른 납세의무자들과 사이의 조세평등주의를 침해한 것이라고 볼 수 없다.

(나) 명의신탁을 금지하고 그 사법적 효력을 부인하여 명의신탁 약정을 실제법상 무효로 하는 것은 조세법의 본래적 규율범위에 포함되지 않는 것이어서 체계상 적절치 않고, 명의수탁자와 명의신탁자 모두에게 징역 또는 벌금의

형사처벌을 부과하는 것이 과도한 제재가 될 우려가 있으며, 명의신탁에 대한 세금의 부과가 과징금의 부과보다 본질적으로 언제나 더 무거운 부담이 된다고 단정할 수 없으므로, 조세를 회피하는 명의신탁의 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 다른 대체수단보다 납부의무자에게 더 큰 피해를 준다고 볼 수 없어 최소침해의 원칙에 어긋난다고 볼 수 없다.

(다) 명의신탁을 이용한 조세회피에 대하여 고율의 증여세를 명의수탁자에게 부과하는 것은 조세회피 목적이 있는 경우에 한하고, 조세회피 목적이 없다는 것은 추정에 불과하여 그러한 목적이 없다는 점을 반증하면 증여의제를 받지 않을 수 있다는 점에 비추어 증여세 부과를 통하여 명의수탁자가 입는 불이익은 크게 부당한 것이라고 할 수 없는 반면에, 명의신탁에 대한 증여세 부과는 명의신탁이 조세회피 수단 등으로 이용되는 것을 방지하는데 기여함으로써 조세정의와 조세공평이라는 공익을 수행하는 중요한 역할을 한다는 점에서 사익에 비하여 현저하게 공익의 우선적 추구를 도모한다고 보여 과잉금지의 원칙에도 위배되지 아니한다.

[별지 2]

다. 재정경제부장관 및 국세청장의 의견요지

(1) 증여를 받지 아니한 사람에게 증여세를 부과하는 것은 실질과세의 원칙에 어긋날 수 있으나 증여를 은폐하는 수단으로 명의신탁을 이용한 경우에 이를 제재하는 하나의 방법으로, 조세회피의 목적이 인정되는 제한적인 범위 내에서, 증여세를 부과하는 것은 조세정의와 조세의 공평을 실현하기 위한 적절한 방법으로서 그 합리성이 인정되므로 실질과세의 원칙에 대한 예외로서 이를 허용할 수 있으므로 심판대상조항들은 헌법에 위반되지 않는다.

(2) 증여세를 회피하는 명의신탁의 제재방법으로 증여세를 부과하는 것이 다른 대체수단보다 납세의무자에게 더 많은 피해를 준다고 볼 수는 없으므로 최소침해의 원칙에 어긋나지 않으므로, 심판대상조항들은 과잉금지의 원칙을 위반하지 아니한다.

(3) 명의신탁제도를 이용하는 선의의 사람에게까지 그 실질에 관계없이 증여세를 부담시키는 것이라면 실질적 조세법률주의에 위배되는 것으로 볼 소지가 있으나, 그 단서에서 명의신탁중 “조세회피목적 없이” 이루어진 경우를 증여의제 대상에서 제외하도록 명시적으로 규정하고 있어서 심판대상조항들

은 조세법률주의에 위반되지 않으며, 그 밖에 조세평등주의 및 죄형법정주의 등의 헌법상의 원칙에도 위반되지 않는다.

[별지 3]

가. 명의신탁에 대한 증여세 부과와 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 대가없이 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 실시하면서 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 신탁재산은 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 “등기 등”이라 한다)을 요하는 재산에 있어서 실질소유자와 명의자가 다른 경우에는 국제기본법 제14조의 규정에 불구하고 그 명의자로 등기 등을 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 “조세회피의 목적 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”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 등기 등을 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 명의신탁제도를 이용한 조세회피 행위를 효과적으로 방지하여 조세정의를 실현한다는 취지에서 실질과세의 원칙에 대한 예외를 인정한 데에 있다 하여 명의신탁의 목적에 조세회피 목적이 포함되어 있지 않은 경우에만 위 단서의 적용이 가능한데 그 단서 소정의 조세를 명문의 근거없이 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 98두

13133 판결 참조).

(9) 그런데 헌법재판소는 1998. 4. 30. 선고 96헌바87등에서 조세회피목적없이 명의신탁을 한 경우를 증여의제 대상에서 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 부동산신탁자명의등기에관한법률이 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.

(11) 그 후 국회는 1998. 12. 28. 구 상속세및증여세법(1998. 12. 28. 법률 제5582호로 개정되어 신설된 후 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 개정되기 전의 것) 개정시 종전 제43조를 삭제하고 제41조의2를 신설하였는데, 구법 제43조가 자산을 타인명의로 등기·등록·명의개서한 경우 실제 소유자가 명의자에게 증여한 것으로 추정하도록 규정되어 있어 조세회피목적이 있는 명의신탁의 경우에도 증여가 아니라는 사실을 납세자가 입증하게 되면 증여세 과세대상에서 제외되는 것으로 해석될 소지가 있어, 신설된 제41조의2를 증여추정(“증여로 추정한다”)에서 증여의제(“증여받은 것으로 본다”)로 다시금 바꾸어서, 명의신탁을 하면 증여의제로 보아 증여세를 과세하되 납세자가 조세회피 목적이 없음을 입증하면 증여의제로 보지 아니하도록 규정하였다.

공무원연금법 제43조의2 위헌소원

(2005. 6. 30. 2004헌바42 전원재판부)

【판시사항】

1. 공무원연금액 조정규정의 구체적 내용
2. 공무원 연금수급권의 법적 성격
3. 공무원연금급여를 전국소비자물가변동률에 따라 조정하도록 하면서(공무원연금법 제43조의2 제1항) 이러한 조정규정을 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 적용하도록 하는 공무원연금법 부칙 제9조 제1항이 소급입법금지원칙에 위배되는지 여부(소극)
4. 위와 같은 부칙조항이 신뢰보호원칙에 위배되는지 여부(소극)
5. 위와 같은 물가연동제 조정 규정이 재산권, 행복추구권을 침해하는지 여부(소극) 및 직업공무원제도의 근간을 훼손하는지 여부(소극)
6. 위와 같은 물가연동제 조정 규정이 평등원칙에 위반되게 퇴직 연금수급자를 차별하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 공무원연금액은 통계청장이 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액하는 방법에 의하여 조정되며 공무원보수변동률·전국소비자물가변동률을 고려하여 5년마다 재조정할 수 있으므로 물가연동제를 기초로 하면서 보수연동제가 가미된 절충형 조정방식으로 볼 수 있고, 위와 같은 조정규정의 시행 이전부터 연금을 받아오던 사람들에 대하여도 적용되나 다만 기존 연금수급자들에 대하여는 제도시행 직전인 2000. 12. 31.의 연금액을 기준으로 향후의 연금액을 조정해나간다.

2. 공무원연금제도는 공무원이라는 특수직역을 대상으로 한 노후 소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이므로, 공무원연금법상의 각종 급여는 기본적으로 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에

공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가지며 특히 퇴직연금 수급권은 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가지는데 다만, 그 구체적인 급여의 내용, 기여금의 액수 등을 형성하는 데에 있어서는 직업공무원제도나 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격으로 인하여 일반적인 재산권에 비하여 입법자에게 상대적으로 보다 폭넓은 재량이 헌법상 허용된다고 볼 수 있다.

3. 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것, 이하 '법'이라 한다)부칙 제9조 제1항(이하 '이 사건 경과규정'이라 한다)은 2000. 12. 31. 현재 연금수급자의 연금액은 2000. 12. 31. 현재의 연금액을 기준으로 법 제43조의2 제1항(이하 '이 사건 조정규정'이라 한다)에 의한 물가연동제가 적용되도록 하고 있는바, 이는 퇴직연금수급권의 기초가 되는 요건사실이 이미 충족된 후에 이를 대상으로 규율하는 것이지만, 그 퇴직연금수급권의 내용은 일정기간 계속적으로 이행기가 도래하는 급부의무자의 계속적 급부를 목적으로 하는 것인데, 이 사건 조정규정 및 경과규정은 개정법이 발효된 이후의 법률관계 즉, 장래 이행기가 도래하는 퇴직연금수급권의 내용을 변경함에 불과하므로 이를 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는, 진정소급효를 가지는 법률에 해당한다고 할 수 없다.

4. 종전의 퇴직연금수급자들은 보수연동제의 방식에 의한 연금액 조정을 통하여 물가상승률에 비하여 상대적으로 높게 인상된 연금을 지급받아 왔고 그러한 연금액의 조정이 상당기간 지속됨으로써 앞으로도 공무원의 보수인상률에 맞추어 연금액도 같은 비율로 조정되리라는 기대가 형성되어 있던 것은 부인할 수 없으나, 그렇다 하더라도 보호해야 할 퇴직연금수급자의 신뢰의 가치는 크지 않고 신뢰의 손상 또한 연금액의 상대적인 감소로서 그 정도가 심하지 않은 반면, 연금재정의 파탄을 막고 공무원연금제도를 건실하게 유지하는 것은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로 이 사건 경과규정이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

5. 물가연동제에 의한 연금액조정규정의 취지는 연금의 실질적 구매력이 점점 떨어질 것에 대비하여 그 실질구매력을 유지시켜 주어 퇴직연금수급자의 생활안정을 기하기 위한 것이지, 퇴직연금수급권

을 제한하거나 박탈하는 것이 아니며, 그 내용이 현저히 자의적이라고 볼 수 없고, 아울러 구 공무원연금법 제43조의2 제3항(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것)에 의하여 각 연도 공무원보수인상률과 물가상승률 등을 고려하여 재조정해 주는 보완장치도 마련하고 있으므로 이 사건 조정규정 자체는 퇴직연금수급권자의 재산권, 행복추구권을 침해하거나 직업공무원제도의 근간을 훼손한 것이라고 볼 수는 없다.

6. 이 사건 조정규정은 공무원연금법상의 퇴직연금수급권자에 대하여 적용되는 것이고 이들은 현직공무원의 신분을 가진 사람들이 아닌바, 위 규정에 의하여 동일직급의 퇴직자 또는 상·하직급의 퇴직자 사이에서 퇴직시기에 따라 퇴직연금액이 달라지거나 연금액의 역전현상이 발생하는 것은 현직자와 달리 퇴직자의 연금액은 소비자물가상승률에 따라 조정되기 때문인데, 퇴직연금수급자들에 대한 연금액을 매년 조정함에 있어서도 현직공무원의 보수인상률과 동일한 비율의 증감이 이루어져야 할 필연성은 존재하지 아니하므로, 위 규정이 명백히 불합리하다거나 퇴직연금수급자만을 자의적으로 차별하는 것은 아니다.

재판관 주선회의 반대의견 [법 부칙 제9조 제1항 관련]

연금액의 조정을 물가연동제의 방식에 의하도록 변경한 것이 연금지출의 증가폭을 줄여 연금재정의 악화를 개선하고자 하는 공익을 위한 것임은 인정되나, 입법자로서는 연금재정의 악화를 개선한다는 공익을 달성하면서도 기존 연금수급자들의 신뢰침해를 최소화함으로써 공익과 사익을 조화시키는 방안을 선택하여야만 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것인데, 공무원에 대한 연금제도는 기본적으로 사회보장급여의 성격을 가지는 외에 특히 우리 나라의 경우 후불임금적 성격도 아울러 가지고 있고 연금액조정을 보수인상률에 따라 조정해온 것에 대한 신뢰는 장기적이고 지속적이어서, 그와 같은 신뢰가 바뀔 것이라고는 쉽사리 예견할 수 없을 것이므로, 그 신뢰는 견고하다고 볼 수 있고, 그 신뢰에 대한 보호가치는 연금제도가 헌법상 보장된 직업공무원제도의 법적 지위의 한 내용을 이루고 있다는 점에서 결코 적다고 할 수 없으

므로, 기존 연금수급자들에게도 물가연동제에 의한 연금액조정규정을 적용하도록 한 것은 달성하고자 하는 공익에 비하여 위와 같이 기존 연금수급자들의 신뢰를 손상하는 정도가 커서 신뢰보호원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다.

【심판대상조문】

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제43조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

②, ③ 생략

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제43조의2의 개정규정에 의하여 조정한다.

② 생략

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제13조 제2항, 제23조 제1항

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제43조(연금의 지급기간 및 지급시기) ①, ② 생략

③ 연금인 급여의 지급액을 개정할 사유가 발생한 때에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 달의 다음 달 분부터 그 개정된 금액을 지급한다. 다만, 보수월액의 증감으로 인한 연금액의 변동이 있는 때에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 달부터 그 개정된 금액을 지급한다.

④ 연금인 급여는 매년 이를 12등분하여 월별로 지급한다.

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제43조의2(연금액의 조정) ①, ② 생략

③ 연금인 급여는 공무원보수변동률·전국소비자물가변동률 등을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 5년마다 조정한다.

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 생략

② 제43조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 이 법 시행이후 최초의 연금액의 조정은 이 법 시행 후 3년이 경과한 때 실시한다.

공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것) 제43조의2(연금액의 조정) ①,

② 생략

③ 연금인 급여는 3년마다 조정하되, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원보수변

동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 조정한다.

공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것) 부칙 제9조(연금액 조정에 관한 경과조치) ① 생략

② 제43조의2 제3항의 개정규정에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하 직급 간 연금인 급여액의 역전현상이 발생시에는 별도보전을 통하여 해소되도록 한다. 다만, 직급이 없거나 하위직급이 없는 공무원이었던 자의 경우에는 직급이 있는 공무원이었던 자에 준하여 보전하도록 한다.

【참조판례】

- 2. 헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543, 550
헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 9-10
헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 855
헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513
헌재 2000. 3. 30. 99헌바53등, 판례집 12-1, 344, 352
- 3. 헌재 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 289, 318
헌재 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 27, 43

【당 사 자】

청 구 인 김○식 외 2인

대리인 변호사 김정술

당해사건 서울행정법원 2002구합35277 퇴직연금지급청구

【주 문】

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제43조의2 제1항 및 부칙 제9조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 모두 20년 이상 교육공무원으로 근무하다가 2000. 12. 31. 이전에 퇴직하면서 공무원연금법에 의한 퇴직급여의 전액 또는 일부를 연금으로 받기로 선택한 퇴직연금수급권자들이다.

(2) 공무원연금관리공단은 청구인들에게 퇴직 당시 청구인들의 각 직급과

호봉에 해당하는 현직공무원의 월보수액에 근속연한에 따른 지급비율을 곱하는 방식에 의하여 계산된 퇴직연금월액을 지급하여 오다가 공무원연금법이 2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되어 2001. 1. 1.부터 시행되자 위 개정법의 규정에 따라 그 시행일 이후부터 2000. 12. 31. 현재의 연금액에 전년도 전국 소비자물가변동률에 따라 증감된 금액을 지급하기 시작하였다.

(3) 그런데 전국소비자물가상승률이 공무원보수인상률에 미치지 못하여 퇴직연금월액의 증가액이 줄어들자 청구인들은 서울행정법원에 2002구합35277 호로 위와 같은 개정으로 지급받지 못하게 된 차액상당의 연금을 지급하라는 내용의 소송을 제기하는 한편 위 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제43조의2 제1항, 부칙 제9조 및 제47조 제2항에 대하여 위헌제청신청을 하였으나 위 연금지급청구가 기각됨과 함께 기각되자(2002아2390) 2004. 5. 20. 위헌제청신청기각결정문을 송달받고 같은 해 6. 19. 법 제43조의2에 대하여 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 이 사건 심판청구의 청구취지에서 법 제43조의2 전체에 대하여 헌법에 위반된다는 결정을 구한다고 하나, 위 규정 가운데 위헌법률심판제청신청을 한 부분은 같은 조 제1항뿐이므로 심판대상을 법 제43조의2 제1항으로 한정함이 상당하고, 청구인들은 위헌법률심판제청신청 당시에는 법 부칙 제9조 제1항을 대상으로 삼았을 뿐만 아니라 이 사건 심판청구서의 청구이유에서 위 조항의 위헌성을 주장하고 있음에 비추어 이를 심판대상으로 삼을 의사를 갖고 있음이 명백하다. 따라서 이 사건 심판대상은 법 제43조의2 제1항(이하 ‘이 사건 조정규정’이라 한다) 및 부칙 제9조 제1항(이하 ‘이 사건 경과규정’이라 한다)이라고 봄이 상당하다.

심판대상조항과 관련조항의 규정 내용은 다음과 같다.

○ 심판대상조항

공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정된 것) 제43조의2(연금액의 조정) ① 연금인 급여는 통계법 제3조의 규정에 의하여 통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액한다.

부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ① 2000년 12월 31일 현재 연금수급자의 연금액은 2000년 12월 31일 현재의 연금액을 기준으로 제43조의2의 개정규정에 의하여 조정한다.

○ 관련조항

구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것) 제43조(연금의 지급기간 및 지급시기) ③ 연금인 급여의 지급액을 개정할 사유가 발생한 때에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 달의 다음 달 분부터 그 개정된 금액을 지급한다. 다만, 보수월액의 증감으로 인한 연금액의 변동이 있는 때에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 달부터 그 개정된 금액을 지급한다.

④ 연금인 급여는 매년 이를 12등분하여 월별로 지급한다.

구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것) 제43조의2(연금액의 조정) ③ 연금인 급여는 공무원보수변동률·전국소비자물가변동률 등을 고려하여 대통령이 정하는 바에 의하여 5년마다 조정한다.

부칙 제9조(연금액의 조정에 관한 경과조치) ② 제43조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 이 법 시행 이후 최초의 연금액의 조정은 이 법 시행 후 3년이 경과한 때 실시한다.

공무원연금법(2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정된 것) 제43조의2(연금액의 조정) ③ 연금인 급여는 3년마다 조정하되, 매 연도별로 전국소비자물가변동률이 공무원보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 발생할 경우에는 각 연도별로 공무원보수변동률과의 차이가 2퍼센트를 초과하지 아니하도록 조정한다.

부칙 제9조(연금액 조정에 관한 경과조치) ② 제43조의2 제3항의 개정규정에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상·하 직급간 연금인 급여액의 역전현상이 발생시에는 별도보전을 통하여 해소되도록 한다. 다만, 직급이 없거나 하위직급이 없는 공무원이었던 자의 경우에는 직급이 있는 공무원이었던 자에 준하여 보전하도록 한다.

2. 청구인들의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 요지 별지와 같다.

3. 판 단

가. 연금액조정규정의 구체적인 내용과 헌법상 쟁점

먼저 이 사건 조정규정 및 이 사건 경과규정에 의한 퇴직연금 등의 급여액 조정의 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

통계청장이 매년 고시하는 전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률에 해당하는 금액을 매년 증액 또는 감액하는 방법에 의하여 연금액의 조정이 이루어진다[법 제43조의2 제1항(이 사건 조정규정)]. 당해연도의 연금액

은 [전년도 연금액×(전년도 연평균전국소비자물가지수-전전년도 연평균전국소비자물가지수)/전전년도 연평균전국소비자물가지수×100]으로 계산된다. 이와 같이 조정된 연금액은 당해연도 1월부터 12월까지 변동 없이 적용된다(법 제43조의2 제2항). 전국소비자물가변동률에 따라 연금액을 조정하는 것만으로 변화하는 사회·경제적 여건에 충분히 적용할 수 없을 경우에 대비하여 공무원보수변동률·전국소비자물가변동률을 고려하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 5년마다 연금액을 재조정한다[구 공무원연금법 제42조의3 제3항(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것)].

이러한 내용의 물가연동제는 2001. 1. 1.부터 시행하도록 되어 있는 공무원연금법이 그 시행 전에 급여의 사유가 발생한 자에 대한 급여에 관하여는 종전의 규정에 의하도록 하고 있으면서도(법 부칙 제1조 제1문, 제2조), 2000. 12. 31. 현재 연금수급자의 연금액은 2000. 12. 31. 현재의 연금액을 기준으로 제43조의2의 개정규정에 의하여 조정하도록 하였다[법 부칙 제9조 제1항(이 사건 경과규정)]. 따라서 물가연동제는 공무원연금법상의 모든 연금수급자에 대하여 적용되는 것이고 이 사건 조정규정의 시행 이전부터 연금을 받아오던 사람들에 대하여도 적용된다. 다만, 기존 연금수급자들에 대하여는 퇴직시점의 연금액을 기준으로 소급하여 물가연동을 적용하는 것이 아니라, 제도시행 직전인 2000. 12. 31.의 연금액을 기준으로 향후의 연금액을 위와 같이 조정해 나가게 되는 것이다.

이상과 같은 내용을 요약해 보면, 현행 공무원연금법상의 연금액조정방식은 순수한 물가연동제라고 할 수는 없고 보충적으로 5년마다 다시 조정하도록 한다는 점에서 물가연동제를 기초로 하면서도 보수연동제가 어느 정도 가미된 절충형의 조정방식이라고 할 수 있겠다.

이에 대하여는 첫째, 종래 보수연동제에 의하여 연금액의 조정을 받아오던 기존 연금수급자들에게 법률의 개정을 통하여 물가연동제에 의한 연금액조정방식을 적용하도록 한 것이 소급입법에 의한 재산권의 침해에 해당하는지의 여부 둘째, 위와 같은 조치가 신뢰보호의 원칙에 위반되어 헌법에 위반되는지 여부 셋째, 연금액을 전국소비자물가변동률에 따라 매년 조정하도록 한 것 자체가 입법의 형성재량의 범위를 벗어나 청구인들의 재산권 또는 행복추구권을 부당하게 침해하는 것인지 여부 넷째, 물가연동제를 적용하면 동일직급의 퇴직자라도 퇴직시기에 따라 연금액이 달라질 수 있고, 상·하 직급 퇴직자

사이에서도 퇴직시기에 따라 연금액의 역전현상이 발생할 가능성이 있는데 이러한 것이 헌법상 평등의 원칙에 위반되는지의 여부가 문제된다.

나. 연금수급권의 법적 성격

공무원연금제도는 공무원을 대상으로 퇴직 또는 사망과 공무로 인한 부상·질병·폐질에 대하여 적절한 급여를 실시함으로써 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하는 데에 그 목적이 있는 것으로서(법 제1조) 연금제도 본래의 기능인 퇴직연금 외에도 기업의 퇴직금에 해당하는 일시금 및 퇴직수당, 민간의 산재보험에 해당하는 공무원 재해보상급여 기타 일반재해에 대한 각종 부조급여를 실시하는 등의 폭넓은 보장기능이 있으며 아울러 전·현직 공무원을 위한 다양한 후생복지프로그램도 마련하고 있다. 즉, 공무원연금제도는 공무원이라는 특수직역을 대상으로 한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이다(헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 9-10).

따라서 공무원연금법상의 각종 급여는 기본적으로 모두 사회보장적 급여로서의 성격을 가짐과 동시에 공로보상 내지 후불임금으로서의 성격도 함께 가진다고 할 것이다(헌재 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 2000. 3. 30. 99헌바53등, 판례집 12-1, 344, 352; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 10 참조).

특히 공무원연금법상 퇴직연금수급권은 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권으로서의 성격을 가진다(헌재 1994. 6. 30. 92헌가9, 판례집 6-1, 543, 550; 1998. 12. 24. 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866; 1999. 4. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513; 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 13 각 참조)고 할 수 있는데 다만, 그 구체적인 급여의 내용, 기여금의 액수 등을 형성하는 데에 있어서는 직업공무원제도나 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격으로 인하여 일반적인 재산권에 비하여 입법자에게 상대적으로 보다 폭넓은 재량이 헌법상 허용된다고 볼 수 있다.

다. 소급입법금지원칙 위배 여부

헌법 제13조 제2항에서 “모든 국민은 소급입법에 의하여 …… 재산권을 박탈당하지 아니한다.”라고 하여 소급입법에 의한 재산권의 박탈을 금지하고 있다. 과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급

효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실·법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법이 있다. 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는 소급입법은 전자, 즉 진정소급효를 가지는 법률만을 의미하는 것으로서 이에 반하여 후자, 즉 부진정소급효의 입법은 원칙적으로 허용되는 것이다. 다만 부진정소급효를 가지는 입법에 있어서도 소급효를 요구하는 공익상의 사유와 신뢰보호의 요청 사이의 비교형량 과정에서 신뢰보호의 관점이 입법자의 형성권에 제한을 가하게 된다(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 318; 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 27, 43).

이 사건에서 연금액의 조정기준은 개정전 구 공무원연금법(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 공무원연금법’이라 한다)에 의하면 ‘보수월액의 변동’이었는데 개정 공무원연금법에서는 이 사건 조정규정에 의하여 ‘전전년도와 대비한 전년도 전국소비자물가변동률’으로 변경되었다. 이와 같은 법률의 개정이 기존의 퇴직연금수급권자에 대하여 불이익하게 작용한다면, 재산권을 일부 박탈하는 소급입법으로서 금지되는지 여부가 문제될 수 있는데, 이를 판별하기 위해서는 먼저 개정 법률이 이미 종료된 사실관계에 적용되는지에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

이 사건 조정규정으로 개정되기 전의 구 공무원연금법에 의하면 보수월액의 증감으로 인한 연금액의 변동이 있는 때에는 그 사유가 발생한 날이 속하는 달부터 그 개정된 금액을 지급하도록 되어 있었다(구 공무원연금법 제43조 제3항 참조). 이에 의하면 공무원의 퇴직연금수급권은 급여사유의 발생(퇴직)으로 일단 성립하고 다만 그 이행기가 매 월별로 나뉘어 있었고(구 공무원연금법 제43조 제4항 참조), 사후에 보수월액의 변동이 있다면 이에 따라 퇴직연금수급권의 내용이 변경되는 것으로 볼 수 있었다. 그런데 이와 같이 결정되던 퇴직연금수급액을 다른 방법으로 결정하도록 하는 이 사건 조정규정은, 이미 급여의 사유가 발생한 퇴직연금수급권자에게도 적용하도록 되어 있었다. 즉, 앞서 본 바와 같이 법 부칙 제1조 제1문, 제2조는 이미 급여의 사유가 발생한 자의 급여에 관하여는 종전의 지위를 유지할 수 있음을 원칙으로 하고 있으면서도, 이 사건 경과규정은 2000. 12. 31. 현재 연금수급자의 연금액은 2000. 12. 31. 현재의 연금액을 기준으로 제43조의2의 개정규정에 의하여 조정하도록 규정하였던 것이다. 이는 퇴직연금수급권의 기초가 되는 요건사실이 이미 충족된 후에 이를 대상으로 규율하는 것으로서 과거에 완성된 사

실관계를 규율의 대상으로 하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 이와 같이 이미 퇴직연금수급권의 기초가 되는 요건사실이 충족되어 성립된 퇴직연금수급권의 내용은 급부의무자의 일회성 이행행위에 의하여 만족되는 것이 아니고 일정기간 계속적으로 이행기가 도래하는 계속적 급부를 목적으로 하는 것인데 이 사건 조정규정 및 이 사건 경과규정은 개정법이 발효되기 이전의 법률관계 즉, 이미 발생하여 이행기에 도달한 퇴직연금수급권의 내용을 변경함이 없이 단지 개정법이 발효된 이후의 법률관계 즉, 장래 이행기가 도래하는 (일정 범위의) 퇴직연금수급권의 내용을 변경함에 불과하므로 이를 헌법 제13조 제2항이 금하고 있는, 진정소급효를 가지는 법률에 해당한다고 할 수 없다.

따라서 신뢰보호의 관점에서 입법자의 형성권에 제한을 가할 필요가 있는지를 별론으로 한다면, 이 사건 조정규정 및 이 사건 경과규정이 헌법 제13조 제2항이 금지하고 있는 소급입법에 해당하여 위헌이라고 할 수 없다.

라. 신뢰보호원칙 위배 여부

새로운 입법이 신뢰보호의 원칙을 위배한 것인지의 여부를 판단하기 위하여는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 정도, 신뢰의 손상 정도, 신뢰침해의 방법 등을 새 입법이 목적으로 하는 공익과 종합적으로 비교·형량하여야 한다.

그런데 물가연동제에 의한 이 사건 조정규정이 신설된 것은 기존제도에 의한 수급구조의 불균형으로 인하여 연금기금이 급감하는 추세에 있고 이를 그대로 유지할 경우 향후의 공무원연금제도의 존립 자체가 위태롭게 될 위기에 직면하여 연금액의 조정을 물가연동제의 방식에 의하도록 변경함으로써 연금지출의 증가폭을 줄여 재정악화를 해결하고자 하기 위한 것이다. 이와 같은 조정규정의 적용에 관한 이 사건 경과규정은 기존의 퇴직연금수급자들에 대하여도 물가연동제의 방식을 적용함으로써 물가연동제에 의한 연금제정의 개선효과가 즉시 나타나도록 하였다.

이와 같이 경과규정에 의하여 물가연동제의 방식에 의한 연금액의 조정을 기존의 퇴직연금수급자들에 대하여 적용하도록 함으로써 달성하려는 공익은 연금제정의 악화를 개선하여 연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 있고 그와 같은 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다.

한편, 종전의 퇴직연금수급자들은 보수연동제의 방식에 의한 연금액조정을 통하여 물가상승률에 비하여 상대적으로 높게 인상된 연금을 지급받아 왔고

그러한 연금액의 조정이 상당기간 지속됨으로써 앞으로도 공무원의 보수인상률에 맞추어 연금액도 같은 비율로 조정되리라는 기대가 형성되어 있던 것은 부인할 수 없다.

그러나 퇴직연금수급권의 성격상 그 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 국가의 재정, 다음 세대의 부담 정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것이고, 공무원연금제도는 공무원신분보장의 본질적 요소라고 하더라도 적정한 신뢰는 “퇴직 후에 연금을 받는다.”는 데에 대한 것이지, “퇴직 후에 현 제도 그대로의 연금액을 받는다.”는 데에 대한 것으로 볼 수는 없다.

퇴직연금수급자는 단순히 기존의 기준에 의한 연금지급이 지속될 것이라는 기대 하에 소극적인 연금수급을 하였을 뿐이지 그 신뢰에 기한 어떤 적극적 투자행위를 한 것이라고 볼 수는 없다.

청구인들은 기존 연금제도가 그대로 지속할 것으로 믿고 이를 바탕으로 연금일시금 대신 연금을 선택하였으므로 이러한 신뢰는 보호받아야 한다고 주장한다.

그러나 연금과 연금일시금은 각각 장단점이 있으며 당사자는 이를 잘 형량하여 자유로이 선택할 수 있었다. 국가는 연금과 연금일시금의 가능성을 공평하게 부여한 것이지 연금을 선택하도록 적극적으로 유도한 것도 아니다. 또한 현존제도의 지속에 대한 당사자의 신뢰(또는 투자행위)는 퇴직연금수급권이 위에서 본 바와 같이 향후 변경의 유보 하에 있는 점을 생각할 때, 그 신뢰가치가 크다고는 할 수 없다.

그렇다면 보호해야 할 퇴직연금수급자의 신뢰의 가치는 크지 않고 신뢰의 손상 또한 연금액의 상대적인 감소로서 그 정도가 심하지 않은 반면, 연금제정의 과탄을 막고 공무원연금제도를 건실하게 유지하는 것은 긴급하고도 대단히 중요한 공익이므로 위 법률조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다고는 볼 수 없다.

마. 재산권 또는 행복추구권의 침해 여부

위에서 살펴본 바와 같이 퇴직연금수급권은 재산권의 성질을 가지고 있지만 한편, 사회보장적 급여로서의 성격을 불가분적으로 대유하고 있으므로 그 급여의 구체적인 내용은 국가의 재정능력 및 기금의 재정상태, 국민전체의 소득 및 생활수준 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건이나 정책적 고려사항을 종합하여 합리적인 수준에서 폭넓은 형성재량으로 결정할 수 있는 것이고 그

결정이 현저히 자의적이거나 직업공무원제도의 근간을 훼손하지 않는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 또한 청구인들이 주장하고 있는 행복추구권의 침해 여부 또한 행복추구권이 지니고 있는 일반적이고 포괄적인 기본권으로서의 성격에 비추어 볼 때, 위와 같은 퇴직연금수급권에 관한 입법적 형성재량의 한계를 준수하였는지 여부가 위헌 여부를 가리는 중요한 기준이 된다 할 것이다.

위 물가연동제에 의한 연금액조정규정은 누적적인 연금제정의 적자, 퇴직자를 포함한 퇴직연금수급자의 급증, 평균수명의 연장 등 공무원연금제도의 환경변화로 인하여 기존의 제도를 유지할 경우에는 연금제정악화로 연금제도 자체의 유지·존속이 어렵게 되어 연금제정을 안정시키기 위한 일련의 연금제정개혁의 일환으로 개정된 것으로 그 필요성이 인정된다.

물가연동제에 의한 연금액조정규정의 취지는 화폐가치의 하락 또는 일반적인 생활수준의 향상 등으로 인하여 연금의 실질적 구매력이 점점 떨어질 것에 대비하여 그 실질구매력을 유지시켜 주어 퇴직연금수급자의 생활안정을 기하기 위한 것이지, 퇴직연금수급권을 제한하거나 박탈하는 것이 아니며, 그 내용이 현저히 자의적이라고 볼 수 없다. 아울러 구 공무원연금법 제43조의2 제3항(2000. 12. 30. 법률 제6328호로 개정되고 2003. 3. 12. 법률 제6859호로 개정되기 전의 것)에 의하여 각 연도 공무원보수인상률과 물가상승률 등을 고려하여 재조정해 주는 보완장치도 마련하고 있다.

따라서 물가연동제에 의한 연금급여를 조정하고 있는 이 사건 조정규정 자체는 퇴직연금수급권자의 재산권, 행복추구권을 침해하거나 직업공무원제도의 근간을 훼손한 것이라고 볼 수는 없다.

바. 평등원칙 위배 여부

청구인들은, 우리나라에서는 물가상승률보다 공무원보수인상률이 높게 유지되는 것이 통상적이므로 물가연동제에 의하여 매년 연금액을 조정할 경우에는 동일직급의 퇴직자라도 퇴직 시기에 따라 퇴직연금액이 달라질 수 있으며, 상·하 직급의 퇴직자 사이에서도 퇴직 시기에 따라 연금액의 역전현상이 발생할 수 있고, 이러한 점에서 이 사건 조정규정은 헌법상 평등의 원칙에 반한다고 주장한다.

이 사건 조정규정은 퇴직연금에 있어서 퇴직시기의 선후, 퇴직 당시의 직급 및 호봉 등을 따지지 아니할 뿐만 아니라 장해연금 및 유족연금의 수급자들 모두에 대하여 일률적으로 연금액의 조정을 전국소비자물가변동률에 따르도

록 하고 있다.

위 규정의 적용대상이 되는 퇴직연금수급자들 사이에서는 어떠한 차별취급도 일어나지 아니한다. 청구인들이 문제 삼고 있는 차별취급은 현직공무원의 보수인상률과 물가변동률과의 차이를 전제로 하여 일어나는 것이고, 이것은 결국 현직공무원과 퇴직연금수급자 사이의 차별취급에 관한 것으로서 그 차별취급이 헌법적으로 정당성을 갖는지의 여부가 문제될 따름이다.

그런데 이 사건 조정규정은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우가 아니고, 공무원연금법상의 퇴직연금수급권은 그 내용을 결정함에 있어서 입법자에게 폭넓은 형성재량이 인정되는 영역에 해당되는 관계로 차별기준 내지 방법의 합리성 여부가 헌법적 정당성 여부의 판단기준으로 된다고 할 것이다.

이 사건 조정규정은 공무원연금법상의 퇴직연금수급권자에 대하여 적용되는 것이고 이들은 현직공무원의 신분을 가진 사람들이 아니다. 위 규정에 의하여 동일직급의 퇴직자라도 퇴직 시기에 따라 퇴직연금액이 달라질 수 있고, 상·하직급의 퇴직자 사이에서도 퇴직 시기에 따라 연금액의 역전현상이 발생하는 것은 퇴직자의 연금액은 소비자물가상승률에 따라 보전해주고, 현직자는 보수인상률에 따라 보수를 지급받게 됨으로 인한 것인데, 퇴직연금수급권자에 대한 연금정책과 공무원에 대한 보수정책은 다를 수밖에 없다. 공무원의 보수는 근로에 대한 대가 및 생계비 보장의 측면 뿐만 아니라 공무원의 사기제고와 생산성향상을 통한 경쟁력의 강화에 연결될 수 있도록 여러 가지 정책적 고려에 의하여 결정되고 공무원의 보수인상률도 그와 마찬가지로이다. 그러나 공무원연금법상의 퇴직연금수급권자에게 지급되는 연금은 노령·폐질·사망 등으로 인한 소득상실의 위험으로부터 벗어날 수 있도록 기본적인 생활보장을 위하여 지급되는 것이므로 공무원의 보수와는 다른 정책적 고려에 의하여 결정되는 것이다. 따라서 퇴직연금수급자들에 대한 연금액을 매년 조정함에 있어서도 현직공무원의 보수인상률과 동일한 비율의 증감이 이루어져야 할 필연성은 존재하지 아니하는 것이다.

그러므로 위 규정이 명백히 불합리하다거나 퇴직연금수급자만을 자의적으로 차별하는 것으로는 볼 수 없다고 할 것이다.

4. 결 론

그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니하므로, 아래 5.와 같이 법 부칙 제9조 제1항에 대하여 반대의견을 개진한 재판관 주선회를 제외한 나머지 관여 재판관들의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

5. 재판관 주선회의 반대의견

나는 연금액의 조정을 전국소비자물가변동률에 연동하여 조정하도록 한 공무원연금법 제43조의2 제1항을 그 법시행 전에 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자에게도 2001. 1. 1. 조정분부터 적용하도록 한 경과조치규정인 공무원연금법 부칙 제9조 제1항이 신뢰보호의 원칙에 어긋난다고 판단되므로, 다음과 같이 반대의견을 개진하는 바이다.

우선 다수의견이 본 바와 같이 연금액의 조정을 물가연동제의 방식에 의하도록 변경한 것이 연금지출의 증가폭을 줄여 연금제정의 악화를 개선하고자 하는 공익을 위한 것임은 인정한다. 그리고 기존의 연금제정의 부실을 보전하여 연금기금을 확보하기 위한 여러 가지 방안 중에 어떠한 방법을 설정하고 조합하여 연금제도를 개혁할 것인가는 원칙적으로 국회의 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다고 할 수 있다. 그러나 입법자는 그 입법재량을 행사함에 있어 신뢰보호의 원칙이나 비례의 원칙 등 헌법상의 제원칙에 부합되도록 해야 함은 물론이다.

공무원에 대한 연금제도는 기본적으로 사회보장급여의 성격을 가지는 외에 특히 우리 나라의 경우 후불임금적 성격도 아울러 가지고 있다. 그동안 역대 우리 나라 정부는 물가안정, 경제의 지속적인 성장, 국가경쟁력의 제고 등 경제정책적 견지에서 공무원 등의 보수수준을 억제하여 온 대신 사기업체의 근로자에 비하여 보다 후한 연금급여수준을 확보하여 줌으로써 국가와 국민전체의 봉사자로서의 공무원의 사기를 진작하고 직무에 전념·충실하도록 유도하는 정책을 견지하여 왔다. 이에 따라 공무원인 근로자는 사기업체의 근로자에 비하여 상대적으로 적은 급여를 받고 있음에도 불구하고 퇴직 후나 노후 높은 수준의 퇴직연금을 받을 것을 기대하면서 그것을 감내하여 왔음은 주지의 사실이다. 그리고 연금액조정을 보수인상률에 따라 조정해온 것은 우리 나라의 공무원연금법이 제정된 1960년 이래 근 40년 이상 지속적으로 시행해왔으며, 그 제도 자체의 합리성과 합목적성이 폭넓게 인정되어 왔고, 20년 이상 근무하다가 퇴직한 청구인들의 입장에서도 이러한 제도가 단시일 내에 변경 또는 폐지되리라고는 예상할 수도 없었을 것이다. 요컨대, 그 형성된 신뢰는 장기적이고 지속적이어서, 그와 같은 신뢰가 바뀔 것이라고는 쉽사리 예견할 수 없을 것이므로, 그 신뢰는 견고하다고 볼 수 있고, 그 신뢰에 대한 보호가치는 연금제도가 헌법상 보장된 직업공무원제도의 법적 지위의 한 내용을 이루고 있다는 점에서 결코 적다고 할 수 없다.

공무원연금기금의 재정부실원인이 다수의견도 지적한 바와 같이 정부 및 연금수급대상자의 낮은 기여금부담률, 평균수명의 연장과 연금수급자의 증가 등 연금지출에 비하여 수입이 상대적으로 부족한 구조적인 재정적자가 장기간에 걸쳐 누적된 측면이 있는 것은 사실이나, 한편, 연금재정악화의 근인은 청구인들이 주장하는 바와 같이 정부가 1998년부터 2000년까지 국가공무원의 16%, 지방공무원의 30% 등 약 11만 명에 이르는 공무원인력감축을 결정하는 등 이례적인 단기 정부구조조정에 따른 연금지출이 급증한 데 있고, 그 밖에 정부가 책임져야 할 공무원의 후생·복지사업에 연금기금을 투자하도록 하여 1982년부터 1998년까지 약 6,416억 원의 손실을 초래하였으며, 공무원연금기금을 증권시장을 안정시키는 도구로 활용하여 기금운영의 자율성을 크게 훼손한 점과 그 주식투자로 인한 손실도 무시할 수 없는 한가지 요인이 되었다는 측면을 부정할 수 없다. 아울러 공무원의 부담률은 선진국과 비슷한 8.5%인 데 대하여, 정부부담률은 미국 34.2%, 일본 25.6%, 대만 전액인 데에 비하여 그에 훨씬 못 미치는 8.5%에 불과하여 정부부담률이 상대적으로 낮다는 것이다.

이와 같이 기존의 연금재정의 부실을 보전하여 연금제도로서 기능을 유지·보존하기 위하여는 일정액의 연금기금이 확보되어야 하는바, 그에 대한 방안으로 상정해 볼 수 있는 것으로는 공무원연금 등의 수급자나 정부의 기여율을 높이는 방법, 연금급여수준을 낮추는 방법, 기금운용이나 관리상의 문제점을 시정하는 방법 및 나아가 공무원연금제도의 기본적인 체계를 국민연금제도와 더불어 전체적으로 개혁하는 방법 등이 있을 수 있고, 또한 이들을 병행하는 방안이나 긴급한 연금재정 부실이나 흠결을 한시적으로 보전하는 범위 내에서 국가재정에 의한 긴급지원 후 장래에 조성되는 연금기금으로부터 일정기간을 거쳐 상환하도록 하는 방안 등이 있을 수 있다.

입법자로서는 이러한 방안 중 연금재정의 악화를 개선한다는 공익을 달성하면서도 기존 연금수급자들의 신뢰침해를 최소화함으로써 공익과 사익을 조화시키는 방안을 선택하여야만 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것인데, 기존 연금수급자들에게도 물가연동제에 의한 연금액조정규정을 적용하도록 한 것은 달성하고자 하는 공익에 비하여 위와 같이 기존 연금수급자들의 신뢰를 손상하는 정도가 커서 신뢰보호원칙에 위배된다고 하지 않을 수 없다. 이는 공무원연금법 제27조 제3항에서 퇴직연금의 산정기초를 최종보수월액에서 '최종 3년간 평균보수월액'으로 개정하면서 공무원연금법 부칙 제2

조에서 “이 법 시행 전에 급여의 사유가 발생한 자에 대한 급여에 관하여는 종전의 규정에 의한다.”라고 하여 기존 연금수급자들의 신뢰를 보호하는 경과 규정을 두었다는 점과 비교하더라도 물가연동제에 의한 연금액조정을 기존 연금수급자들에 대해서도 적용되도록 한 위 부칙규정은 기존 연금수급자들의 신뢰를 심히 침해하는 것이라 하지 않을 수 없다.

그리고 위와 같이 공무원연금법 등을 개정하여 연금제도를 개혁하게 된 것은 기본적으로 우리 나라의 연금제도가 공무원의 기여율에 비하여 급여수준이 너무 높아 장기적으로는 누적적자요인을 안고 있는 구조에도 있지만, 위에서 본 바와 같이 그 근인은 1998년부터 2000년 사이의 공직사회의 구조조정에 따른 이례적인 대량퇴직으로 인한 급속한 연금기금의 소진으로 급기야 공무원연금기금이 2001년에는 바닥이 나는 사태에 이른 때문이다. 그런데 그와 같은 현상은 연금제도 자체에서 통상 상정하기 어려운 이례적인 것이며, 그와 같은 구조조정으로 인하여 우리 정부는 11조 원에 이르는 인건비의 절감효과를 가져와 그 자체가 정부재정의 건전성에 기여하였는바, 그렇다면, 그로 인한 연금재정악화를 연금제도 자체의 개혁을 통하여 보전하는 것은 적절하지 않고, 이들이 정상적으로 퇴직하게 되었다면, 몇 년 후에 퇴직연금지급사유가 발생하게 된다는 점을 감안한다면, 그 부분은 국가의 특별한 재정편성을 통하여 일단 보전하고 향후 연금기금의 축적을 기다려 상당기간에 걸쳐 그로부터 상환하게 하는 방법이 그에 적합한 수단이라고 할 것이다. 그와 달리 긴급한 연금재정악화의 보전이라는 명분 하에 이미 퇴직하여 종전부터 보수인상률에 연동하여 연금을 수령하고 있었고, 앞으로 그 기준에 따라 연금을 지급받을 것으로 굳게 믿고 있던 자의 신뢰를 심히 손상하여 그 급여청구권의 내용을 축소·변경하는 것은 적절한 방법이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 연금제도의 유지·보존이라는 공익이라고 하더라도 이를 위와 같은 연금수령자의 신뢰이익 보다 우선하는 것은 헌법상 용인될 수 없다고 할 것이고 비례의 원칙에도 위배될 소지가 있는 것이다.

또한 공무원의 기여율에 비하여 연금 급여의 수준이 너무 높은 우리의 공무원연금제도 자체의 구조적인 문제를 연금재정의 수지균형을 위하여 개혁하는 입법취지의 관점에서 보더라도 위에서 본 바와 같이 우리의 공무원연금제도는 공무원의 보수수준과 밀접하게 연계되어 설정된 제도이고, 이에 대한 공무원의 신뢰가 무려 30 내지 40여 년 간 오랫동안 형성되어 있는 것이므로, 이를 개혁하여 장기적인 연금재정에 대처하는 경우에도 공무원의 보수수준의

상승 등에 맞추어 점차적으로 퇴직연금급여의 수준을 합리화하는 방안으로 나아가야 하고, 그 경우에도 공무원의 근무연수 등을 고려하여 비례적인 경과조치를 취하여야 헌법상 비례의 원칙에 부합하게 되는 것이다. 그런데 위에서 살펴본 바와 같이 그 연금기금재정부실의 원인과 그 재정부실보전을 위한 여러 가지 방안에 비추어 볼 때, 이미 퇴직이라는 급여의 사유가 발생하여 퇴직 연금을 수령하고 있는 자의 신뢰를 심히 손상하지 않고도 충분히 입법목적을 달성할 수 있는 방안이 있음에도 불구하고, 위 규정과 같이 비례적인 경과조치를 취하지 아니하고 일률적으로 모든 연금수급자에게 위 불가연동에 의한 연금급여액조정규정을 적용하도록 한 것은 필요최소한의 범위를 넘어선 과도한 제한이라고 보지 않을 수 없다.

참고로, 외국의 경우에도 공무원연금법의 개혁조치를 취한 바 있는데, 그때마다 기존의 연금수급권자를 보호하기 위하여 비례의 원칙에 입각한 상세한 경과조치를 마련하고 있다는 점이다. 미국은 1983년 연금제도를 개혁하여 기본연금·지역연금·개인저축연금으로 이루어진 3층 구조의 연금제도를 시행하고 있는데, 1920년부터 시행되어 온 종전 연방공무원연금제도인 CSRS(Civil Service Retirement System)는 그대로 두고, 특히 사회보장연금제도와 연계를 도모하고 특별히 공무원에 대해서 OASDI(Old-Age, Survivors and Disability Insurance)제도의 보장수준 이상의 급여를 제공하기 위하여 CSRS제도와 별도로 신공무원연금제도인 FERS(Federal Employees Retirement System)를 만들어 1987. 1. 1.부터 시행하여 오고 있으며, 그 적용대상자는 기본적으로 1984. 1. 1. 이후 신규임용된 모든 연방공무원으로 하고, 구제도의 적용을 받던 공무원도 1987. 7. 1.부터 같은 해 12. 31.까지의 선택기간(그 선택기간은 그 후 1988. 6. 30.까지 6개월 연장되었다)을 부여해 주어 신제도로의 전환을 할 수 있도록 경과조치를 마련한 바 있다. 일본은 1994년 연금법을 개정하여 지급자격기간을 20년에서 25년으로 연장하고, 공제연금제도가 후생연금과 비교해서 연금액의 산정방식 및 급부수준이 서로 균형을 이루도록 기초봉급을 취급하는 방법에서도 표준보수제를 채용하고, 퇴직공제연금의 수급자가 다른 피용연금제도의 가입자가 된 경우 또는 피용자연금제도의 적용을 직접 받지 않더라도 국회의원이거나 지방의회의원이 된 경우에는 급여소득의 고저를 맞추어 일정한 비율로 연금의 지급을 정지하도록 규정하였는데, 그와 아울러 그에 따른 경과조치를 비례의 원칙에 입각하여 세밀히 규정하고 있다. 독일은 1992년 법개정으로 연금

산식, 법정퇴직연령, 연금연동방식, 타제도와와의 병합조정, 소득심사, 연금소득과세 등 공무원부양연금제도에 대하여 대폭적인 개혁조치를 취하였는데, 그 개정이 신뢰보호의 차원에서 1992년부터 효력이 발생하는 신규정은 이미 퇴직한 공무원에게 적용되지 않으며, 1991. 12. 31. 현재 현직에 있는 공무원들을 위한 특별규정이 만들어졌고, 특히 55세 이상인 공무원의 연금급여에는 변경이 없도록 하는 등 광범위한 경과조치가 마련되었다.

우리 헌법재판소는 2001. 9. 27. 국세관련경력공무원에 대하여 세무사자격을 부여하는 제도를 폐지하고, 그 경과조치로 2000. 12. 31. 현재 종전규정에 해당하는 자 즉, 국세에 관한 행정사무에 종사한 경력이 10년 이상인 자로서 그 중 일반직 5급 이상 공무원으로서 5년 이상 재직한 경력이 있는 자의 요건을 갖춘 자에 한하여 종전의 규정에 의하여 시험없이 세무사자격을 부여한다는 경과조치를 마련하고, 아직 그 요건을 갖추지 못한 세무공무원의 경우에는 바로 세무사자격을 부여하지 아니하고 개정법에 의하여 일반인과 마찬가지로 세무사자격시험을 통하여 그 자격을 취득하도록 하며, 다만, 제1차 시험전부면제, 제2차 시험과목 일부면제라는 경과조치를 둔 세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 부칙 제3항이 신뢰보호의 원칙 및 평등의 원칙에 위반된다고 하여 헌법불합치결정을 한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338 참조). 그리고 같은 날 변리사법(2000. 1. 28. 법률 제6225호로 개정된 것) 부칙 제3항에 대하여도 같은 취지로 헌법불합치결정을 한 바 있다(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363 참조).

위 결정은 아직 종전법에 의하여 세무사나 변리사의 자격취득요건을 갖추지 아니한 자에 대하여 그것도 ‘제1차 시험면제, 제2차 시험과목 일부면제’라는 혜택을 부여하는 경과조치를 마련하고 있음에도, 이를 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 보았는데, 이 사건 경과조치 규정이 이미 퇴직연금급여의 사유가 발생하여 퇴직금을 수령하고 있는 자에 대하여 그 신뢰를 보호하는 경과조치를 전혀 두지 아니하고 개정법의 기준을 적용하도록 한 것에 대하여는 신뢰보호원칙에 어긋나지 아니한다고 보는 것은 위 판결의 취지와 심히 모순된다고 보지 않을 수 없다.

따라서, 전국소비자물가변동률에 연동하여 조정하도록 한 개정 연금액조정규정을 이미 퇴직하여 연금을 수령하고 있는 자에게도 적용하도록 한 위 경과규정은 신뢰보호의 원칙에 위반되므로 헌법에 위반된다고 선언하여야 한다.

이상의 이유로 나는 다수의견에 반대하는 것이다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성(주심) 김효종 김경일 송인준

주선희 전효숙 이상경(퇴임으로 서명날인 불능) 이공현

[별 지]

2. 청구인들의 주장, 법원의 제청신청 기각이유 및 관계기관의 의견 요지
가. 청구인들의 주장 요지

(1) 청구인들은 이 사건 법률로 개정 당시 재직기간이 20년을 경과하여 이미 퇴직연금수급대상자가 된 자들로서, 퇴직과 동시에 당시까지의 근무기간과 직급에 의한 보수월액에 따라 정해지는 확정적인 퇴직연금수급권을 가지며, 구 공무원연금법 규정에 따라 장차 인상되는 재직공무원들의 보수월액에 따라 연금월액을 수령할 것으로 기대하고 그 인상률이 소비자물가인상률 정도에 그치리라고 예상할 수 없었기 때문에 연금청구를 선택하였는데, 이 사건 조정규정은 청구인들의 경우에도 소급하여 적용되므로 진정소급입법에 의하여 재산권을 침해하고 있다.

(2) 이 사건 조정규정은 누적되어온 연금적자문제를 해소하고 연금재정안정을 도모하고자 하는 것으로서 그 목적이 중대하다 하여도, 이러한 목적을 달성하는 데에는 가령 재직기간 20년을 초과하는 경우 지급하는 가산비율을 적정히 조절하는 것이 더욱 적절한 방법이며, 이 사건 조정규정을 그 시행 후에 퇴직한 공무원부터 적용하는 것으로 효력범위를 제한하였더라도 연금재정의 안정화라는 공익목적 달성에 그다지 큰 장애가 되지는 않을 것인데도 이 사건 경과규정은 같은 취지의 경과규정을 두지 않아 피해의 최소성에 반하며, 결과적으로 이 사건 조정규정은 그 입법목적을 달성하기 위한 수단으로서 너무나 불확정적이고 비효율적인 것으로 그 방법의 적절성을 인정하기 어렵다.

(3) 이 사건 조정규정에 의할 경우 동일한 직급에 동일한 기간 동안 근무한 경우라도 뒤에 퇴직하는 사람이 더 많은 연금액을 수급하도록 되어 있어, 현행 공무원연금법이 전국소비자물가변동률이 보수변동률과 2퍼센트 이상 차이가 나는 경우 3년마다 조정하도록 하여도 동일직급에 동일한 기간 동안 근무한 퇴직자들 상호간에 연금액 인상률의 차이가 나게 된다.

또한 2000년에 퇴직한 상위직급 공무원의 연금수령액이 2003년에 퇴직한 공무원의 연금수령액보다 적게 되는 연금수령액의 직급간 역전현상이 광범위하게 나타나고 있으며 현행 공무원연금법이 3년마다 한번씩 연금액을 조정하도록 규정하고 있음에도 불구하고 위와 같은 역전현상은 여전히 시정되지 않고 있다. 이와 같은 문제점에 대하여 현행 공무원연금법 부칙에서 2003년 개정규정에 따른 조정에도 불구하고 동일 재직기간의 상하 직급 간 연금인 급여액의 역전현상이 발생할 시에는 별도 보전을 통하여 해소되도록 한다고 정하고 있더라도 예산상의 이유를 들어 그 차액에 해당하는 부분의 지급을 거절하고 있으므로 실효성이 없다.

퇴직일시금 수령자의 경우에는 이미 지급받은 퇴직금은 그대로 유지되며 이를 감액하거나 환수하는 등의 조치가 이루어지지 않는다.

즉 이 사건 조정규정이 퇴직 시기 및 소비자물가인상률에 따라 연금수령액에 차이를 만드는 것은 합리적 이유 없이 기존 퇴직연금수급자들을 차별하는 것이다.

(4) 이 사건 조정규정이 청구인들의 기대를 보호하지 않고 소비자물가변동률에 따라 연금액을 조정하는 것은 개인이 안정되고 행복한 생활을 할 수 있는 경제력을 근본적으로 제한하는 것으로 인격권과 행복추구권을 침해하는 것이다.

나. 법원의 제청신청 기각이유

이 사건 조정규정과 이 사건 경과규정은 이미 종료된 법률관계를 규율하는 것이 아니라 장래의 법률관계를 규율하는 것이므로 소급입법에 의한 재산권 침해를 가져온다고 할 수 없고 장래에도 구 법의 규정에 의하여 퇴직연금을 지급받을 것이라는 신뢰가 형성되었다 하더라도 연금제정의 파탄을 막고 연금제도를 건실하게 유지하고자 하는 입법배경과 입법취지에 비추어 그에 대한 신뢰의 손상이 정당화된다 할 것이며 새로운 규정 즉 물가연동제에 의한 연금액 조정 자체가 불합리하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 이에 대한 연금액의 조정이 동일 직급의 퇴직자라도 퇴직시기에 따라 퇴직연금액이 달라질 수 있고 상하 직급의 퇴직자 사이에서도 퇴직시기에 따라 연금액의 역전현상을 가져올 수 있다 하더라도 그와 같은 사정만으로 새로운 규정들이 청구인들과 같은 기존 퇴직연금수급권자들을 불합리하게 자의적으로 차별하는 것이라고 볼 수 없으므로 위 각 규정이 청구인 등의 평등권 등을 침해한다는 주장은 이유 없다.

다. 행정자치부장관의 의견 요지

아래의 내용 이외에는 법원의 제청신청 기각이유의 요지와 같다.

(1) 공적연금제도는 노령·폐질·사망 등의 위험에 대비하는 제도로서 구성원간의 연대를 기본으로 한다. 따라서 본인이 적립한 금액을 되돌려받는 것이 아니라 본인의 기여를 조건으로 퇴직·폐질·사망 등 급여지급사유가 발생했을 때 적절한 급여를 실시하게 되는 것이다. 청구인들의 주장대로 공무원 연금법 개정사항에 대하여 순수한 기득권 논리를 지킬 경우 이미 퇴직한 퇴직연금수급자는 극히 적은 부담을 하였으나 종전의 제도를 그대로 적용함에 따른 많은 혜택을 누리고 재직자는 향후 더 많은 부담을 하게 됨에도 불구하고 개정된 제도를 적용함에 따라 상대적으로 아주 불리한 연금혜택을 누리게 되어 부담과 혜택의 불균형이 심해진다.

(2) 이 사건 조정규정이 연금액을 퇴직 당시의 확정된 금액으로 고정시키지 않고 매년 인상하는 이유는 퇴직 당시 연금액의 실질가치를 보전해주기 위한 것이고, 더 이상 근로를 제공하지 않는 퇴직연금수급자의 연금액을 생산성향상에 따라 올려주는 현직자 보수인상률에 연동하는 것보다는 소비자물가변동률의 인상액에 연동하는 것이 그 실질가치 보전에도 적절하고, 연금제도의 기본원칙에 보다 적합하며 타 연금제도와의 형평을 도모하고 연금수지의 불균형을 개선하는 데 적절하다.

청구인들이 주장하는 불이익은 법률조항의 변경으로 인한 문제라기보다는 법개정 이후의 공무원보수현실화조치에 따라 보수인상률이 물가인상률을 상회함으로써 나타난 현상이며, 공무원보수변동률과 물가변동률간의 현저한 차이가 발생할 경우를 대비하여 공무원보수변동률, 전국소비자물가변동률 등을 고려하여 5년마다 조정하도록 하고 특히 최초 조정은 법 시행 후 3년이 경과한 때 하도록 보완장치를 두었으며, 2003년 개정 시에는 5년마다 실시하기로 되어있는 연금액의 조정을 3년마다 실시하는 것으로 변경하고 2004년에 실시하기로 되어 있는 연금액의 최초조정시기를 2003년으로 1년 앞당기면서 공무원보수변동률과 2퍼센트 차이 내에서 연금을 조정하도록 하였고 이러한 조정에도 불구하고 상하 직급 간 연금액의 역전현상이 발생하는 경우에는 별도로 보전을 통하여 해소하도록 하여 더욱 면밀하게 보완하고 있다.

(3) 공무원연금법상 퇴직연금수급권은 무제한적으로 보장되는 재산권은 아니며 사회보장의 원리에 따라 공무원연금제도의 고유의 목적달성을 위하여 국가의 재정능력, 현세대 및 미래세대의 부담능력, 수급자의 소득 및 생

활수준, 다른 연금제도와의 형평성, 기타 여러 가지 사회적·경제적 여건 등을 종합하여 퇴직연금수급권의 구체적인 내용을 합리적인 수준에서 조정할 수 있다.

2000년 법 개정 당시 기 퇴직한 퇴직연금수급자들은 이미 연금수급이 완료된 상태가 아니라 법 개정 이후에도 계속적으로 연금 수급대상자이기 때문에 기 퇴직 연금수급자들에게도 이 사건 조정규정을 적용하는 것은 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율하는 것이 아니라 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 것이다.

청구인들이 주장하는 공무원연금에 대한 신뢰는 퇴직 후에 연금을 받는다는 데에 대한 것이지 퇴직 후에도 현 제도 그대로의 연금액을 받는다는 데에 대한 것으로 볼 수 없다.

(4) 따라서 이 사건 조정규정이 소급입법에 의하여 기존의 퇴직연금수급자의 재산권을 침해하거나 합리적 이유없이 차별하는 것이라고 볼 수 없다.

- 라. 공무원연금관리공단의 의견 요지
- 행정자치부장관의 의견요지와 같다.

뉴스통신진흥에관한법률 제10조 등 위헌확인

(2005. 6. 30. 2003헌마841 전원재판부)

【판시사항】

1. 제3자에 대한 자기관련성의 판단기준
2. 규율의 직접 상대방이 아닌 제3자에게 자기관련성을 인정한 사례
3. 주식회사 연합뉴스를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대한 재정지원 등을 규정한 뉴스통신진흥에관한법률 제10조 등 심판대상조항이 개인대상법률로서 헌법에 위반되는지 여부(소극)
4. 심판대상조항이 경업자인 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부(소극)
5. 심판대상조항이 경업자인 청구인들의 경쟁의 자유를 침해하는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 법률 또는 법률조항 자체가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 청구인이 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재 그리고 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것이 원칙이나 예외적으로 제3자에게도 자기관련성이 인정될 수 있는데, 어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 것인지는 법의 목적과 실질적인 규율의 대상, 법률 또는 법률조항의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2. 뉴스통신진흥에관한법률 제10조 등은 청구인 회사(뉴스통신사)와 서로 경업관계에 있는 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대하여 재정지원 등 혜택을 부여함을 그 내용으로 하는 바, 그 혜택의 범위에서 제외된 청구인 회사의 경우 영업활동이 부당하게 축소되므로 그러한 범위에서 기본권에 대하여 직접 법적인 제한을 받는 것으로 보아야 한다.

3. 헌법은 처분적 법률로서 개인대상법률 또는 개별사건법률의 정

의를 따로 두고 있지 않음은 물론, 처분적 법률의 제정을 금하는 명문의 규정도 두고 있지 않은바, 특정규범이 개인대상 또는 개별사건 법률에 해당한다고 하여 그것만으로 바로 헌법에 위반되는 것은 아니다. 따라서 연합뉴스사를 위한 심판대상조항의 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화되는 경우에는 이러한 처분적 법률도 허용된다.

4. 정보주권의 수호와 국민 간의 정보격차를 해소하고 국가이익보호와 국가의 홍보역량을 강화하기 위해서는 정부의 뉴스통신시장에 대한 최소한의 개입과 뉴스통신사에 대한 적절한 지원이 반드시 요청된다고 할 것이고, 이러한 차원에서 심판대상조항이 국가기간뉴스통신사를 지정하여 이에 대하여 여러 가지 공적 임무를 부여하며, 그 임무의 수행과 관련된 범위에서 비용을 부담하는 등의 우대조치를 취하는 것은 그 합리성을 인정할 수 있다

따라서 다른 뉴스통신사와 그 기능과 역할 및 업무의 영역 측면에서 비교할 수 없을 정도로 큰 차이가 있는 것을 비롯하여 전문뉴스제작인력의 수 등 인력구조의 면이나 매출액 등 물적 측면에서도 뚜렷한 차이가 존재하는 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대하여 재정지원 등 여러 가지 혜택을 부여한 심판대상조항에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 이를 두고 평등원칙에 어긋나는 자의적 차별이라고 하기는 어렵다.

5. 연합뉴스사에 대한 혜택의 부여로 인하여 다른 뉴스통신사의 경우 연합뉴스사와의 뉴스통신시장에서의 경쟁이 제한된다. 그러나 심판대상조항은 연합뉴스사를 선연적으로 국가기간뉴스통신사로 지정할 뿐 그 지정으로써 당연히 어떠한 혜택이 자동적으로 연합뉴스사에게 부여되는 것은 아니고, 정부가 연합뉴스사와 실제로 뉴스정보 구독계약을 체결하거나 정부가 일정한 공익사업을 연합뉴스사에 위임하는 경우에 비로소 재정지원 등 혜택을 부여할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있는 데 불과하다. 그리고 그러한 혜택의 부여도 이 법 시행일로부터 “6년간”만 효력을 가지므로 이러한 경쟁제한의 효과가 영구적인 것도 또한 아니다.

따라서 심판대상조항으로 인한 기본권제한의 효과는 비교적 경미한 데 반하여, 국가기간뉴스통신사로서 연합뉴스사의 인적·물적 기반의 강화와 이를 통한 국제뉴스정보시장에서의 경쟁력의 향상이라

는 공익실현의 효과는 매우 크다고 할 것으로 심판대상조항은 과잉 금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

【심판대상조문】

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제10조(지위 및 업무) ① 연합뉴스사는 국가기간뉴스통신사로서 정보주권을 수호하고 정보격차 해소 및 국민의 알권리 충족을 위한 기능을 수행한다.

② 연합뉴스사는 제1항의 지위를 유지하고 기능을 수행하기 위하여 다음 각 호의 업무를 담당한다.

1. 국가 등 공공기관, 국내외 언론매체, 기업과 개인 등을 상대로 한 뉴스·데이터 및 화상 등의 공급
 2. 외국의 주요공공기관·언론매체·기업·단체 등에 대하여 영어, 그 밖에 대통령령이 정하는 중요외국어어를 통한 뉴스·데이터 및 화상 등의 공급
 3. 대학·공공도서관·비영리 사회단체 등에 대한 뉴스·데이터 및 화상 등의 공급
 4. 정관이 정하는 사업
 5. 국제친선·문화교류·재외교민보호와 관련하여 국가가 필요로 하는 대외뉴스통신 업무
 6. 자연재해대책법 제2조의 규정에 의한 재난발생의 예방 및 피해 최소화를 위한 재난 뉴스통신업무
 7. 그 밖에 정부로부터 위탁받은 업무
 8. 제1호 내지 제7호의 업무에 부대되는 사업
- ③ 연합뉴스사는 국가기간뉴스통신사로서의 기능을 수행하기 위하여 필요한 인적·물적 기반을 갖추어야 한다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제19조(뉴스정보구독 계약의 체결 등) ① 정부는 연합뉴스사와 제6조 제3항의 규정에 의한 구독계약을 체결하는 경우 매출액·물가상승률·경제성장률 등을 감안하여 구독료의 요율 등 판매조건을 결정하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 계약의 구체적인 내용 및 체결절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제20조(위탁업무에 대한 비용부담 등) 정부는 제10조 제2항 제3호·제5호 및 제6호의 업무, 동항 제7호의 규정에 의하여 연합뉴스사에 위탁한 업무와 미디어환경 변화로 인한 국민의 정보격차 해소에 필요한 사업에 대하여 예산의 범위 안에서 비용의 전부 또는 일부를 부담하거나 재정자금을 융자할 수 있다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 부칙 제4조(연합뉴스사에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시의 주식회사 연합뉴스는 이 법에 의한 연합뉴스사로

본다.

【참조조문】

헌법 제11조 제1항, 제21조 제1항·제3항

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제1조(목적) 이 법은 뉴스통신의 자유와 독립을 보장하고 그 공적 책임을 높이는 한편 뉴스통신사의 건전한 육성을 도모하고 그 공익성 및 공공성을 제고함으로써 뉴스통신의 건전한 발전과 민주적 여론형성을 도모하고 뉴스통신과 관련된 국익을 보호함을 목적으로 한다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “뉴스통신”이라 함은 전파법에 의하여 무선국의 허가를 받아 외국의 뉴스통신사와 뉴스통신계약을 체결하고 국내외의 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파함을 목적으로 행하는 송수신 또는 이를 목적으로 발행하는 간행물을 말한다.
2. “뉴스통신사업”이라 함은 뉴스통신을 업으로 영위하는 것을 말한다.
3. “뉴스통신사업자”라 함은 뉴스통신사업을 하기 위하여 제8조의 규정에 의하여 등록한 자로서 뉴스통신을 경영하는 법인의 대표이사를 말한다.
4. “편집인”이라 함은 뉴스통신사업자가 선임한 자로서 뉴스통신의 편집에 관하여 책임을 지는 자를 말한다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제6조(뉴스통신 진흥 시책의 강구 등) ① 정부는 뉴스통신이 방송·신문 등 다른 분야의 언론과 균형있는 발전을 할 수 있도록 필요한 시책을 강구하여야 한다.

② 정부는 뉴스통신사업자가 생산한 뉴스정보를 정보격차 해소 등 공익을 목적으로 일반 대중에게 제공하는 경우 대통령령이 정하는 방법에 의하여 산출한 정보이용료를 당해 뉴스통신사업자에게 지급할 수 있다.

③ 정부는 제8조의 규정에 의하여 등록된 뉴스통신사업자와 대통령령이 정하는 바에 따라 구독계약을 체결할 수 있다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 제23조(설립 등) ① 뉴스통신의 진흥과 공적 책임을 실현하고 제3장의 규정에 의한 연합뉴스사(이하 “연합뉴스사”라 한다)의 독립성 및 공정성을 보장하기 위하여 뉴스통신진흥회를 설립한다.

- ② 진흥회는 법인으로 한다.
- ③ 진흥회의 주된 사무소의 소재지는 정관으로 정한다.
- ④ 진흥회는 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.

뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것) 부칙 제3조(뉴스통신 등록에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 정기간행물의등록등에관한법률의 규정에 의하여 등록된 뉴스통신사는 이 법에 의하여 등록된 것으로 본다.

【참조판례】

1. 헌재 1996. 4. 25. 95헌마331, 판례집 8-1, 465, 470
헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416
헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724
2. 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 69
헌재 2001. 2. 22. 99헌마613, 판례집 13-1, 367, 375
3. 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 102
헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 377

【당 사 자】

- 청 구 인 1. 주식회사 ○○
 대표이사 최○운
2. 최○운
 대리인 변호사 박민수

【주 문】

청구인들의 심판청구를 기각한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인 주식회사 ○○(이하 ‘청구인 회사’라고 한다)와 청구인 주식회사 연합뉴스(이하 ‘연합뉴스사’라고 한다)는 구 정기간행물의등록등에관한법률(이하 ‘정간법’이라고 한다)이 정하는 바에 따라 뉴스통신사로 등록한 법인이고, 청구인 최○운은 청구인 회사의 대표이사 겸 주주이다.

(2) 청구인 회사와 연합뉴스사는 뉴스통신진흥에관한법률이 제정·시행되자 위 법률 부칙 제3조에 따라 바로 위 법률에 의하여 등록된 뉴스통신사가 되었는데, 위 법률은 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하여 이에 대해서는 재정보조 등 여러 가지 구체적이고 실질적인 지원방안을 규정하고 있는 반면, 청구인 회사에 대해서는 일반적인 뉴스통신사에 대한 정부의 지원 외에 별도의 다른 지원방안을 규정하고 있지 않았다.

(3) 이에 청구인들은 위와 같이 서로 경쟁관계에 있는 뉴스통신사 일방에

대한 부당한 지원으로 인하여 자신들의 평등권, 언론·출판의 자유, 직업선택의 자유, 재산권 등이 부당하게 침해되었다고 주장하면서 2003. 11. 25. 연합뉴스사에 대한 이러한 지원방안을 규정하고 있는 위 법률 제10조, 제19조, 제20조, 제25조, 제26조 및 부칙 제4조의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

청구인들은 이 사건 심판의 대상으로 뉴스통신진흥에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6905호로 제정된 것, 이하 ‘법’이라고 한다) 제10조, 제19조, 제20조, 제25조, 제26조 및 부칙 제4조의 위헌확인을 구하고 있다. 그러나 법 제25조와 제26조는 뉴스통신의 진흥과 공적 책임을 실현하고 연합뉴스사의 독립성 및 공정성을 보장하기 위한 기구인 뉴스통신진흥회의 업무와 그 임원의 구성방법 등을 정한 조항일 뿐, 청구인들이 침해되었다고 주장하는 평등권, 직업선택의 자유 등 기본권이나 청구인들의 법적 지위와 관련하여 하등의 법적 관련성을 가지지 아니한다.

따라서 이 사건 심판의 대상을 법 제10조, 제19조, 제20조 및 부칙 제4조로 한정함이 상당하고, 그 조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.

법 제10조(지위 및 업무) ① 연합뉴스사는 국가기간뉴스통신사로서 정보주권을 수호하고 정보격차 해소 및 국민의 알권리 충족을 위한 기능을 수행한다.

② 연합뉴스사는 제1항의 지위를 유지하고 기능을 수행하기 위하여 다음 각 호의 업무를 담당한다.

1. 국가 등 공공기관, 국내외 언론매체, 기업과 개인 등을 상대로 한 뉴스·데이터 및 화상 등의 공급
2. 외국의 주요공공기관·언론매체·기업·단체 등에 대하여 영어, 그 밖에 대통령령이 정하는 중요외국어를 통한 뉴스·데이터 및 화상 등의 공급
3. 대학·공공도서관·비영리 사회단체 등에 대한 뉴스·데이터 및 화상 등의 공급
4. 정관이 정하는 사업
5. 국제친선·문화교류·재외교민보호와 관련하여 국가가 필요로 하는 해외뉴스통신업무
6. 자연재해대책법 제2조의 규정에 의한 재난발생의 예방 및 피해를 최소화하기 위한 재난뉴스통신업무

7. 그 밖에 정부로부터 위탁받은 업무

8. 제1호 내지 제7호의 업무에 부대되는 사업

③ 연합뉴스사는 국가기간뉴스통신사로서의 기능을 수행하기 위하여 필요한 인적·물적 기반을 갖추어야 한다.

제19조(뉴스정보구독계약의 체결 등) ① 정부는 연합뉴스사와 제6조 제3항의 규정에 의한 구독계약을 체결하는 경우 매출액·물가상승률·경제성장률 등을 감안하여 구독료의 요율 등 판매조건을 결정하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 계약의 구체적인 내용 및 체결절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제20조(위탁업무에 대한 비용부담 등) 정부는 제10조 제2항 제3호·제5호 및 제6호의 업무, 동항 제7호의 규정에 의하여 연합뉴스사에 위탁한 업무와 미디어환경 변화로 인한 국민의 정보격차 해소에 필요한 사업에 대하여 예산의 범위 안에서 비용의 전부 또는 일부를 부담하거나 재정자금을 융자할 수 있다.

부칙 제4조(연합뉴스사에 대한 경과조치) 이 법 시행 당시의 주식회사 연합뉴스는 이 법에 의한 연합뉴스사로 본다.

[관련조항]

법 제1조(목적) 이 법은 뉴스통신의 자유와 독립을 보장하고 그 공적 책임을 높이는 한편 뉴스통신사의 건전한 육성을 도모하고 그 공익성 및 공공성을 제고함으로써 뉴스통신의 건전한 발전과 민주적 여론형성을 도모하고 뉴스통신과 관련된 국익을 보호함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “뉴스통신”이라 함은 전파법에 의하여 무선국의 허가를 받아 외국의 뉴스통신사와 뉴스통신계약을 체결하고 국내외의 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평 및 여론 등을 전파함을 목적으로 행하는 송수신 또는 이를 목적으로 발행하는 간행물을 말한다.

2.~4. (생략)

제6조(뉴스통신 진흥시책의 강구 등) ① 정부는 뉴스통신이 방송·신문 등 다른 분야의 언론과 균형있는 발전을 할 수 있도록 필요한 시책을 강구하여야 한다.

② 정부는 뉴스통신사업자가 생산한 뉴스정보를 정보격차 해소 등 공익을 목적으로 일반공중에게 제공하는 경우 대통령령이 정하는 방법에 의하여 산

출한 정보이용료를 당해 뉴스통신사업자에게 지급할 수 있다.

③ 정부는 제8조의 규정에 의하여 등록된 뉴스통신사업자와 대통령령이 정하는 바에 따라 구독계약을 체결할 수 있다.

제23조(설립 등) ① 뉴스통신의 진흥과 공적 책임을 실현하고 제3장의 규정에 의한 연합뉴스사의 독립성 및 공정성을 보장하기 위하여 뉴스통신진흥회를 설립한다.

②~④ (생략)

부칙 제3조(뉴스통신등록에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 정기간행물의등록등에관한법률의 규정에 의하여 등록한 뉴스통신사는 이 법에 의하여 등록한 것으로 본다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관 및 이해관계인의 의견 요지

가. 청구인들의 주장요지

(1) 청구인 회사와 연합뉴스사는 법이 정하는 바에 따라 등록한 뉴스통신사로서 법률상 동일한 지위에 있고, 정보의 생산 및 분배라는 동일한 기능을 수행하여 서로 경쟁관계에 있음에도, 법 부칙 제4조가 청구인 회사를 연합뉴스사에서 제외함으로써 법 제3장에서 정하는 국가기간뉴스통신사에 관한 규정의 적용을 배제한 결과, 청구인 회사는 뉴스통신사의 육성대상에서 제외되었다. 그리고 이에 더하여 법 제19조와 제20조에 근거하여 연합뉴스사에 대해서는 정부의 재정지원이 가능하게 되었는바, 이는 신설 뉴스통신사로서 청구인 회사의 경쟁력을 약화시킴으로써 헌법이 보장하는 시장경제질서에 위배되고, 합리적 이유 없이 연합뉴스사와 청구인 회사를 차별하여 청구인 회사의 평등권을 침해한다.

(2) 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대하여 정부예산상의 지원 등 여러 가지 혜택을 부여할 수 있게 한 것은 이러한 혜택에서 제외된 청구인 회사의 기업활동을 사실상 불가능하게 하는 것으로 청구인 회사의 직업선택의 자유와 청구인들의 재산권을 침해하고, 나아가 언론기관으로서 취재, 보도활동을 어렵게 하여 청구인 회사의 언론·출판의 자유를 침해한다.

나. 문화관광부장관의 의견요지

(1) 청구인들이 침해되었다고 주장하는 기본권은 국가가 연합뉴스사에 대하여 실제로 재정지원을 하거나 연합뉴스사만을 상대로 특혜 구독계약을 체결하는 경우에 비로소 침해될 수 있다고 할 것인바, 이 사건을 청구할 당시 연합뉴스사와 관련한 정부예산안이 편성·심의단계에 있었고, 구독계약의 채

결 또한 지금까지 매년 반복적으로 행해져 오던 것이므로 심판대상조항의 시행으로 인하여 비로소 발생한 사유로 볼 것은 아니다. 따라서 심판대상조항에 의하여 청구인들의 기본권이 침해되었다는 주장은 성립될 수 없으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.

(2) 연합뉴스사는 국내 유일의 뉴스통신사로서 그동안 언론기관으로서 본연의 기능을 나름대로 성실히 수행하여 왔고, 동시에 국가를 대신해서 외국의 우수한 뉴스통신사에 대응하여 정보주권을 수호하는 역할도 아울러 담당하여 왔다. 그리고 이러한 연합뉴스사의 기능과 역할은 앞으로도 계속되어야 하므로 국가기간뉴스통신사로서의 지위를 부여할 현실적인 필요성이 있다.

(3) 정부가 연합뉴스사와 뉴스정보에 대한 구독계약을 체결하는 경우 매출액·물가상승률 등을 감안하여 구독료 등을 정하도록 그 계약조건을 법정하였다고 하여 정부와 청구인 회사 등 다른 뉴스통신사와의 뉴스정보 구독계약이 금지된다고 할 수 없다.

(4) 법 제20조가 정하는 보조금의 지급은 정부가 연합뉴스사에게 위탁한 업무의 수행과 미디어환경의 변화에 따른 국민의 정보격차해소를 위한 사업 등 공익사업의 수행과 관련한 범위에서 그 비용을 부담하는 것으로서 연합뉴스사에 대한 특혜성 지원이 아니다.

(5) 법은 정보주권의 수호라는 정책적 목적을 달성하기 위하여 연합뉴스사에게 한시적으로 국가기간뉴스통신사로서의 지위를 부여하고 있을 뿐, 이로 인하여 다른 뉴스통신사의 취재활동이나 경영활동에 어떠한 제한을 설정하는 것은 아니다.

다. 연합뉴스사의 의견요지

(1) 법은 헌법 제21조 제3항의 위임에 따라 뉴스통신사의 지위와 기능, 권한 등을 규정한 것으로 날로 치열해져 가는 각국의 정보경쟁에서 국가의 정보주권을 수호하고 국민들 간의 정보격차를 해소하기 위하여 국가기간뉴스통신사를 지정하고, 이를 중심으로 뉴스통신업을 육성하려는 것에 그 목적이 있다. 그리고 방송법에서 한국방송공사를 국가기간방송사로 지정하여 각종 지원을 하고 있는 것과 같이 법이 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하여 이에 대하여 일정한 임무를 부여하고 재정지원을 하는 것도 가능하며, 그러한 국가기간뉴스통신사의 법적 형태가 공사인지 또는 주식회사인지는 단지 입법기술상의 문제에 지나지 않는다.

(2) 입법권자의 폭넓은 입법형성권을 인정하는 상대적 평등론과 법적 가치

의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 내용으로 하는 단계적 평등론의 관점에서 심판대상조항은 평등원칙에 위배되지 아니한다.

(3) 나머지 쟁점에 대해서는 문화관광부장관의 의견과 대체로 동일하다.

3. 적법요건에 관한 판단

법률 또는 법률조항 자체가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 청구인이 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접, 현재 그리고 자기의 기본권을 침해받아야 하는 것이 원칙이나 예외적으로 제3자에게도 자기관련성이 인정될 수 있는데, 어떠한 경우에 제3자의 자기관련성을 인정할 것인지는 법의 목적과 실질적인 규율의 대상, 법률 또는 법률조항의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416; 2002. 6. 27. 2001헌마122, 판례집 14-1, 671, 674).

심판대상조항은 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하여 이에 대하여 재정지원 등 혜택을 부여함을 내용으로 하므로 오로지 연합뉴스사만을 그 규율의 대상으로 하고, 청구인들은 원칙적으로 규율의 직접적인 상대방이 아닌 제3자에 불과하다. 그러나 심판대상조항이 경쟁관계에 있는 다른 뉴스통신사를 국가기간뉴스통신사로 지정하여 이에 대하여 재정지원 등 각종 혜택을 부여하는 경우에는 이러한 혜택에서 제외된 청구인 회사의 경우 그 영업활동이 부당하게 축소되는 결과가 되므로 그러한 범위에서 기본권에 대하여 직접 법적인 제한을 받는 것으로 보아야 한다(헌재 1996. 4. 25. 95헌마331, 판례집 8-1, 465, 470; 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416 각 참조).

그리고 경영자 중 어느 일방에게 특별한 혜택을 부여하는 심판대상조항으로 인하여 다른 일방은 사실상 영업활동에 큰 제약을 받게 되고, 이러한 사실상의 제약이 당해 시장의 구조와 특성에 따라 영업의 수행을 현저히 곤란하게 하거나 불가능하게 할 정도에 이를 경우에는 그 침해의 효과나 진지성 또한 크다고 할 것인바, 후술하는 바와 같은 뉴스통신시장의 구조와 특성에 비추어 볼 때 이로 인한 직업선택의 자유 등 기본권침해의 효과나 그 진지성이 결코 경미하다고 단정할 수는 없다.

또 국가기간뉴스통신사에 대한 재정지원 등 혜택의 부여는 오로지 국가기간뉴스통신사인 연합뉴스사를 수급자로 하여 행해지는 것인바, 이러한 시혜적 법률의 경우에는 법률의 수급자가 당사자로서 기본권침해를 주장하는 침

해적 법률의 경우와는 달리, 수혜의 범위에서 제외된 청구인이 ‘국가가 다른 집단에게 부여한 혜택으로부터 자신이 속한 집단을 평등원칙에 반하여 부당하게 제외하였다.’라는 취지의 위헌주장을 할 수 있고, 이에 대하여 헌법재판소가 평등권위반을 확인한다면 그 결과로서 청구인도 혜택규정에 의하여 배제되었던 혜택에 참여할 가능성이 있으므로 청구인의 자기관련성을 인정할 수 있다(헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723-724 참조).

이 사건에서도 만약 헌법재판소가 ‘연합뉴스사만을 국가기간뉴스통신사로 지정하여 재정지원을 하는 것은 청구인 회사의 평등권을 침해한다.’라는 위헌 취지의 결정을 하는 경우, 연합뉴스사에 대한 재정지원을 박탈하거나 또는 감축하는 방향으로 평등을 실현할 수도 있겠지만, 이와 달리 경영자인 청구인 회사에게도 국가기간뉴스통신사의 지위를 부여하는 방향으로 평등이 이루어질 수도 있으므로 제3자인 청구인들에게도 자기관련성을 인정할 수 있다.

4. 본안에 관한 판단

가. 심판대상조항의 입법배경

(1) 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유 …… 를 가진다.”라고 하여 자유민주주의체제의 제도적 기초이자 민주정치의 불가결한 전제조건으로서 국민의 언론·출판의 자유를 보장하고, 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.”라고 하여 통신, 방송, 신문 등 언론기관의 지위와 기능 그리고 그 설립 및 운영을 위한 시설기준 등을 언론매체별로 구별하여 따로 그 지위와 기능 등을 법률로써 규율할 것을 명하고 있는데, 방송, 신문과는 달리 뉴스통신에 대해서는 따로 법률을 제정하지 아니하고 신문 등 정기간행물의 지위와 기능 등을 정한 정간법에서 이를 함께 규율하고 있는 것이 이러한 헌법의 위임취지에 어긋난다는 입법론적 비판이 있었다.

(2) 연합뉴스사는 1980. 12. 정부의 언론사 통폐합정책에 따라 한국신문협회와 한국방송협회의 통폐합결의(건전언론육성과 창달에 관한 결의문)로써 당시 민간종합통신사인 ○○통신(○○그룹소유)과 △△통신(△△그룹소유), 민간특수통신사인 시사, 경제, 산업 등 통신사를 모두 통폐합하여 국내 유일의 종합통신사로 설립되었다.

통폐합 당시에는 위 결의문의 취지에 따라 자본금 13억 원의 51%를 한국신문협회와 한국방송협회의 회원사들이 인수하고 그 나머지를 위 ○○통신과 △△통신의 소유자인 ○○그룹과 △△그룹이 현물출자 방식으로 인수하였으

나, 1983. 2. 한국방송공사(KBS)와 문화방송(MBC)이 ○○그룹과 △△그룹의 보유주식을 모두 인수함으로써 양 방송사가 전체 주식의 74.51%를 소유하고, 그 나머지를 중앙신문사 및 지방신문사가 인수하여 방송사, 신문사 등 언론기관이 전체 연합뉴스사의 주식을 공유하는 소유구조로 되었다.

이러한 뉴스통신사의 통폐합이 군소 뉴스통신사의 난립과 이로 인한 과당 경쟁 및 뉴스서비스의 질 저하 등 한국 뉴스통신산업의 고질적 병폐를 해결할 수 있는 발판을 만들어 주었다는 점에서 일부 긍정적인 측면이 전혀 없는 것은 아니었지만, 자율적 통폐합이 아니라는 태생적 한계, 정부가 직·간접적으로 KBS와 MBC의 주식을 전부 또는 상당 부분 소유함으로써 사실상 정부에 의해서 연합뉴스사의 임원 등에 대한 인사권과 중요 정책에 대한 의사결정권이 행사되는 소유구조상의 문제점, 이러한 이유로 주주인 언론기관들도 연합뉴스사의 경영에 무관심하고 오히려 주주로서의 지위를 이용하여 연합뉴스사와의 뉴스정보 구독계약의 체결에 성의를 보이지 않는 등 회사경영상의 문제점 등으로 인하여 국내 유일의 종합뉴스통신사로서 연합뉴스사는 회사존폐의 위기상황에 놓이게 되었다.

(3) 뉴스통신사는 신문사·방송사 등 다른 언론매체에게 가장 기본적이고 원시적인 형태의 뉴스정보를 제공하기 때문에 국내 및 국가 간의 정보흐름에 있어서 매우 중요한 기능과 역할을 수행한다. 뉴스통신사의 오보(誤報)는 이로부터 뉴스정보를 제공받는 다른 모든 언론기관의 그것으로 즉시 이어지고, 반대로 뉴스통신사의 특종은 일시에 다른 모든 언론기관으로 전달되기 때문에 다른 언론매체와는 비교할 수 없을 정도로 큰 정보유통에 있어서의 파급력과 정보전달체계에 있어서의 중요성을 가진다.

한편, AP, Reuter, AFP 등 소위 세계 3대 뉴스통신사가 전세계에서 발생하는 뉴스정보량의 80% 이상을 취재·배포하는 세계 뉴스정보시장의 독점적 구조 아래서 이들 뉴스통신사의 오보나 특정한 관점으로 왜곡된 뉴스정보는 곧바로 이로부터 뉴스정보를 제공받는 각국의 모든 언론매체로 전파되어 가감 없이 그대로 전달된다.

따라서 수출·수입 등 대외의존도가 높은 경제구조와 남·북한이 대립하고 있는 우리의 정치·경제적 상황에서 격변하는 국제뉴스정보를 우리의 가치와 관점으로 취재하여 이를 국내 언론기관에게 배포·전달하고, 우리와 관련한 뉴스정보를 객관적이고 공정하게 취재하여 이를 전세계의 언론기관에 알리는 것은 국가의 이익과 국가의 홍보역량을 강화하는 매우 중요하고 긴요한 국가

적 과제가 되었다.

(4) 이러한 배경에서 입법자는 헌법 제21조 제3항의 위임에 근거하여 뉴스통신사의 지위와 기능, 그리고 그 설립 및 운영의 시설기준 등을 정하는 뉴스통신에 관한 기본법인 뉴스통신진흥에관한법률을 제정하면서 함께, 날로 격화되는 국가 간의 정보경쟁과 소위 메이저 뉴스통신사들의 정보독점 및 정보의 왜곡, 뉴스통신시장에 대한 개방 압력 등 뉴스통신시장의 환경변화 등에 능동적으로 대응하기 위하여 뉴스통신산업에 대한 국가적 진흥방안을 마련하고, 국가를 대행하여 사실상 이러한 기능과 역할을 수행하여 오던 국내 유일의 종합뉴스통신사인 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하여 그 법률적 지위와 업무의 범위를 명확히 하며, 연합뉴스사가 국가기간뉴스통신사로서의 역할을 원활하게 수행하는데 필요한 인적·물적 기반을 갖추 수 있도록 이를 지원하는 법적 근거를 마련하였다.

나. 심판대상조항이 처분적 법률로서 헌법에 위반되는지 여부

(1) 심판대상조항은 상법상의 주식회사에 불과한 연합뉴스사를 주무관청인 문화관광부장관의 지정절차도 거치지 아니하고 바로 법률로써 국가기간뉴스통신사로 지정하고, 법이 정하는 계약조건으로 정부와 뉴스정보 구독계약을 체결하게 하며, 정부가 위탁하는 공익업무와 관련하여 정부의 예산으로 재정 지원을 할 수 있는 법적 근거를 법률로써 창설하고 있는바, 이는 특정인에 대해서만 적용되는 ‘개인대상법률’으로서 처분적 법률에 해당한다.

뉴스통신시장에서 국가기간뉴스통신사의 지정이 필요한 경우 통상적으로 상정할 수 있는 입법형식은 국가기간뉴스통신사의 기능과 역할, 그리고 그 대상이 될 수 있는 자격과 지정절차 등을 법률에서 규정하고 그 구체적인 지정행위는 소관 행정청의 집행행위에 의하는 형식이 될 것인데, 법은 구체적인 법집행행위로서 ‘지정행위’를 거치지 아니하고 법률에서 직접 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 있으므로 그 자체로 법적용상의 차별취급이 야기되는 것이다.

(2) 그러나 우리 헌법은 처분적 법률로서 개인대상법률 또는 개별사건법률의 정의를 따로 두고 있지 않음은 물론, 이러한 처분적 법률의 제정을 금하는 명문의 규정도 두고 있지 않은바, 특정규범이 개인대상 또는 개별사건법률에 해당한다고 하여 그것만으로 바로 헌법에 위반되는 것은 아니라고 할 것이다 (헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 69; 2001. 2. 22. 99헌마613, 판례집 13-1, 367, 375 각 참조).

(3) 결국 심판대상조항이 일반 국민을 그 규율의 대상으로 하지 아니하고 특정 개인만을 그 대상으로 한다고 하더라도 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화되는 경우에는 허용된다고 할 것이다.

다. 심판대상조항이 청구인들의 평등권을 침해하는지 여부

(1) 차별취급의 확인과 심사의 기준

(가) 심판대상조항은 국내 뉴스통신시장에서 서로 경쟁자 관계에 있는 청구인 회사와 연합뉴스사 중 연합뉴스사만을 국가기간뉴스통신사로 지정하여 여러 가지 공익적 업무를 위탁하고, 정부와의 뉴스정보 구독계약조건을 법정하여 안정적으로 구독료 수입을 확보할 수 있도록 보장하며, 공익적 업무의 수행과 관련한 비용을 정부가 부담하고, 국가기간뉴스통신사로서의 원활한 업무수행에 필요한 인적·물적 기반을 갖추도록 공익사업의 수행과 관련한 범위에서 정부가 재정지원을 할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다.

따라서 청구인 회사는 연합뉴스사와 마찬가지로 법이 정하는 바에 따라 적법하게 등록된 뉴스통신사로서 서로 경쟁관계에 있음에도, 심판대상조항에 의하여 국가기간뉴스통신사로 지정되지 않은 결과 정부예산의 지원 등 각종 혜택의 수혜대상에서 제외되는 차별취급을 받는다.

(나) 헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니고, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별을 하여서는 아니된다는 상대적·실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거 없이 차별하는 경우에만 평등원칙에 반하는 것이다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 102; 1999. 9. 16. 98헌마310, 판례집 11-2, 373, 377 등).

한편, 법은 헌법 제21조 제3항의 위임에 근거하여 언론·출판의 자유의 내용으로서 자유언론제도를 보장하기 위하여 뉴스통신사의 헌법적 지위와 기능을 정하고, 그 운영의 공공성과 보도의 공정성을 확보하며, 정보주권의 수호와 국민 간의 정보격차해소 등을 위하여 뉴스통신사에 대한 진흥방안 등 뉴스통신과 관련한 언론정책의 방향을 형성하는 데 그 입법취지가 있다고 할 것이므로 이러한 영역에서는 입법자에게 입법형성권이 부여되어 있다고 할 것이고, 이에 더하여 심판대상조항의 내용과 같이 뉴스통신사의 권한을 제한하거나 새로이 의무를 부과하는 것이 아니라 국내 뉴스통신시장의 진흥을 위하여 뉴스통신사에 대한 재정지원 등 혜택을 부여하는 것을 내용으로 하는 시혜적 법률의 경우에는 그 입법형성권의 범위가 더욱 넓어진다고 하겠다.

따라서 이하에서는 자의금지원칙에 입각하여 비교집단으로서 청구인 회사와 연합뉴스사가 국가기간뉴스통신사의 지정 및 뉴스통신사의 진흥을 위한 우선적 처우와 관련하여 본질적으로 어떻게 구별되고, 그러한 차이점이 심판대상조항이 정한 차별취급을 정당화할 정도의 합리적 이유를 가지고 있는지 여부에 관하여 본다.

(2) 차별취급이 자의금지원칙에 위배되는지 여부에 관한 판단

(가) 뉴스통신사의 기능과 역할

앞에서 이미 본 바와 같이 세계 3대 뉴스통신사가 전세계 뉴스정보량의 80% 이상을 생산·분배하는 뉴스정보시장의 구조에서, 뉴스정보를 우리의 가치와 관점에서 취재하여 이를 국내외 언론기관에 제공함으로써 정보주권을 수호하며, 국가의 홍보역량을 강화하기 위해서는 일차적으로 직접 이러한 임무를 수행하는 국내 뉴스통신사의 역할이 무엇보다 중요하다.

물론 정부조직 내의 국가홍보기구나 방송사·신문사 등 언론기관들도 부분적으로 이러한 기능과 역할을 수행하고 있음을 부정할 수는 없지만, 뉴스정보의 신뢰성 확보와 정부의 언론시장개입이라는 측면에서 정부의 역할은 극히 제한적일 수밖에 없고, 매출액의 대부분을 광고수입에 의존하는 신문·방송 등 언론기관에게 이러한 공적 기능의 수행을 기대하기도 현실적으로 어려운 일이다.

결국 이러한 공익적 기능의 수행은 국내외에 걸친 광범위한 취재망으로 뉴스정보를 직접 취재하여 이를 국내외 각 언론기관에게 제공하는 것을 본래적인 임무로 하는 뉴스통신사에게 맡길 수밖에 없고, 현실적으로도 연합뉴스사를 중심으로 하는 국내의 뉴스통신사들이 이들 주요 뉴스통신사들 및 각국의 뉴스통신사들과의 치열한 정보경쟁 속에서 이러한 기능과 역할을 수행하여 왔다.

(나) 뉴스통신사에 대한 정부지원의 필요성과 당위성

뉴스통신시장의 경우 뉴스정보라는 상품이 가지는 공공재¹⁾로서의 성격과

1) 뉴스정보의 공공재(公共財)적 성격은 수요의 비경합성(非競合性)과 비배제성(非排除性)에서 나타난다. 수요의 비경합성은 일단 생산된 뉴스정보가 특정한 소비자에게 판매되었다고 하더라도 그 자체가 소모되는 것이 아니고, 그 양도 줄어들지 않는다는 특징을 말한다. 수요의 비배제성은 뉴스정보를 구매하지 않는 소비자에게도 뉴스정보가 전달된다는 특징을 말한다(이에 반하여 일반적인 경제재의 경우에는 재화의 희소성으로 인하여 경합성과 배제성이 뚜렷이 나타난다). 물론 이 경

상품의 가치에 비하여 생산에 엄청난 비용이 소요되는 규모의 경제로서의 특성으로 인하여 이를 시장의 경쟁질서에 그대로 두어서는 필연적으로 심각한 경영난에 봉착할 수밖에 없는 취약한 산업구조를 가지고 있다.

그리고 뉴스통신사의 수익구조는 광고료 수입이 전체 매출액의 70% 내지 80% 이상을 차지하는 다른 언론매체와는 달리 오로지 기사전재료(記事轉載料) 등 뉴스정보 구독료 수입만으로 이루어져 뉴스통신사의 운영만으로는 도저히 그 비용과 수익의 균형을 달성할 수 없을 정도로 비효율적이다. 이러한 이유 때문에 뉴스통신사는 막대한 비용을 들여 자체적인 취재망을 두기보다는 전세계에 걸쳐 광범위한 취재망을 운영하는 AP, Reuter, AFP 등 주요 뉴스통신사나 또는 아시아·유럽·중동 등 특정지역 중심의 취재망을 운영하는 지역거점 뉴스통신사들로부터 뉴스정보를 구매하여 이를 다시 국내 언론기관에게 제공하는 것이 수익성의 관점에서 불가피하게 되었고, 심지어 국내 뉴스정보의 경우에도 스스로 전국적인 취재망을 운영하기보다 이들 거대 뉴스통신사들의 국내지사나 취재망으로부터 뉴스정보를 구매하는 상황까지 이르게 되었다.

결국 뉴스통신사를 시장의 경쟁질서에 그대로 두어서는 소위 메이저 뉴스통신사들의 관점과 기준으로 취재·가공된 뉴스정보를 그대로 받아들일 수밖에 없고, 국내의 뉴스정보마저 외국의 뉴스통신사에게 의존하게 되어 정보주권이 심각하게 손상되는 상황에 직면하게 되었다.

따라서 이러한 뉴스통신시장의 특수한 시장구조 및 열악한 수익구조 등을 고려할 때, 정보주권의 수호와 국민 간의 정보격차를 해소하며 국가이익보호와 국가의 홍보역량을 강화하기 위해서는 정부의 뉴스통신시장에 대한 최소한의 개입과 뉴스통신사에 대한 적절한 지원이 반드시 요청된다고 할 것이고, 이러한 차원에서 심판대상조항이 국가기간뉴스통신사를 지정하여 여러 가지 공적 임무를 부여하고, 그 임무의 수행과 관련하여 비용을 부담하며, 재정지원 등 다양한 혜택을 부여하는 등의 우대조치를 취하는 것은 그 합리성을 인

우 뉴스정보가 소비자에게 전달되는 시차가 중요한 의미를 가질 수 있지만, 그 효과가 공공재로서의 특성을 상쇄할 정도로 유효한 의미를 가지지는 않는다.

이러한 공공재적 성격으로 말미암아 공공재를 구매하고자 하는 소비자는 상품의 가치에 상응하는 정당한 비용의 지불을 주저하는 경향이 있고, 비용을 지불하는 경우에도 이른바 ‘무임승차’를 배제하기 힘든 상황에서 소비자에게 가격결정권이 주어지는 경우가 많다.

정할 수 있다.

(다) 연합뉴스사의 역할과 청구인 회사와의 비교

연합뉴스사는 1980년 언론통폐합정책의 일환으로 신문사, 방송사 등 국내 언론기관들이 기존의 뉴스통신사를 모두 통폐합하여 설립한 종합뉴스통신사로서 국내에서 발생하는 뉴스정보를 자체의 인력으로 취재하여 이를 국내외 각 언론기관에게 제공할 뿐 아니라 약 20여 개의 주요 국가에 특파원을 파견하여 취재한 국제 뉴스정보를 국내 언론기관에게 제공하고, 국내외에서 발생하는 우리나라와 관련한 중요한 뉴스정보를 영어 등 주요 외국어로 번역하여 외국의 뉴스통신사 및 언론기관에게 제공하는 등 사실상 국가를 대표하는 종합뉴스통신사로서의 기능을 이미 오래전부터 수행하여 왔다. 그리고 최근에는 북한 및 한반도 관련 뉴스정보만을 전문적으로 취재하여 제공하던 정부 소유의 내외통신을 흡수하여 그 기능까지도 수행하고 있다.

한편, 청구인 회사는 2001. 9. 뉴스통신사로 등록한 후 초기에는 독자적으로 국내외 취재활동을 하기보다 로이터통신과 계약을 체결하여 로이터통신의 영문뉴스를 독점적으로 국내 언론기관에게 제공하는 특수뉴스통신사로서의 기능을 수행하다가, 2002. 9.부터 자체 취재망으로 뉴스정보를 제공하는 시범서비스를 개시하였다.

양 회사 사이의 차이점을 좀 더 구체적으로 살펴보면, 먼저 인력구조의 면에서 연합뉴스사의 경우 2004. 1. 현재 편집국, 경제국, 지방국, 국제뉴스국, 민족뉴스국, 영문뉴스국, 해외특파원 등 각 분야별로 300명 이상의 전문뉴스제작인력을 확보하고 있는 반면, 청구인 회사의 경우 편집국, 경제국, 지방국, 국제뉴스국 등에 80여 명의 전문뉴스제작인력(특파원제도는 아직 운영하지 않고 있다)을 확보하는 데 그치고 있고, 뉴스정보의 교류도 연합뉴스사의 경우 61개국의 뉴스통신사와 뉴스계약 및 제휴계약을 체결하여 뉴스정보 및 사진 기사를 상호 교환하고 있음에 반하여, 청구인 회사의 경우에는 불과 4개의 뉴스통신사와 기사 또는 사진을 교환하고 있는 데 불과하다.

다음으로 소유구조와 매출액을 비교하여 보면, 연합뉴스사의 경우 21개의 방송사와 19개의 중앙 및 지방 신문사가 공동으로 출자한 자본금 13억 원의 주식회사인 데 반해, 청구인 회사의 경우 민간 개인투자자들이 주주로 참여하고 있는 자본금 10억 원의 개인투자자 중심의 주식회사이고, 2002년을 기준으로 연합뉴스사의 매출액이 560억 원인 데 반하여 청구인 회사의 매출액은 12억 원에 불과한 상태이다.

마지막으로 공익적 기능의 측면에서도 연합뉴스사의 경우 이미 본 바와 같이 세계의 주요 도시에 19명의 특파원을 파견하여 국제 뉴스정보와 우리나라와 관련한 뉴스정보를 국내 언론기관에게 제공하고 있고, 남북통일과 한반도의 긴장완화를 위하여 북한 및 한반도 관련 뉴스정보를 취재하여 이를 국내외 각 언론기관에게 제공하고 있으며, 올림픽과 월드컵 등 국가적 행사에서도 주간뉴스통신사로서의 역할을 수행함으로써 뉴스통신사로서의 본래적 기능 외에 여러 가지 공적 기능과 역할을 수행하고 있음에 반해, 청구인 회사의 경우에는 아직 이러한 공익 관련 서비스에는 이르지 못하고 있는 실정이다.

따라서 연합뉴스사와 청구인 회사는 회사의 연혁이나 업무영역, 취재기자·특파원 등 인적 자원의 규모나 전문성, 예산규모·수익구조·취재시설 등 물적 자원의 규모 등 각 영역에서 이미 질적·양적인 차이가 뚜렷하여 같은 종합뉴스통신사로 분류하기가 어렵다.

(라) 차별취급의 효과나 그 진지성의 정도

심판대상조항에 의한 국가기간뉴스통신사로의 지정은 그 지정에 기초한 정부와의 구독계약의 체결이나 예산의 배정 등 구체적인 집행행위가 있어야 비로소 실질적인 혜택이 부여되는 선연적인 성격을 갖는 데 불과하고, 정부와의 계약조건을 법정한다고 하여 그것으로 청구인 회사와 정부와의 구독계약이 금지되거나 또는 같은 조건의 구독계약이 불가능한 것도 아니다. 그리고 정부가 연합뉴스사의 업무수행에 대하여 비용을 부담하거나 재정지원을 하는 경우는 오로지 정부로부터 위탁받은 공적 업무를 수행하는 때로 한정되므로 연합뉴스사에 대한 우대조치로 인하여 초래되는 청구인 회사에 대한 차별취급의 효과 또한 크지 않다고 하겠다.

(마) 소 결

그렇다면 정보주권의 수호와 국민 간의 정보격차해소, 국가의 홍보역량강화라는 심판대상조항의 입법취지에 비추어 볼 때, 뉴스통신사로서의 기능과 역할, 회사설립의 연혁 및 그 업무의 영역과 공공성의 정도, 종합뉴스통신사로서의 인적·물적 기반 등의 측면에서 청구인 회사와는 뚜렷한 차이가 있는 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대하여 재정지원 등 여러 가지 혜택을 부여한 심판대상조항에는 수긍할 만한 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 이를 두고 평등원칙에 어긋나는 자의적 차별이라고 하기는 어렵다.

라. 심판대상조항이 청구인들의 직업선택의 자유 등 기본권을 침해하는지

여부

(1) 청구인들은, 심판대상조항이 연합뉴스사만을 국가기간뉴스통신사로 지정하여 안정적인 구독료 수입을 확보할 수 있게 하고 각종 혜택을 부여함으로써 그 혜택에서 배제된 청구인 회사의 경우 연합뉴스사와의 뉴스통신시장에서의 경쟁이 제한되고, 그로 인하여 영업이 불가능한 지경에 이르게 되어 청구인들의 재산권이 침해되며, 정상적인 취재활동 등 언론활동도 위축되는 상황에 놓이게 되었다고 주장한다.

(2) 그러나 심판대상조항은 청구인 회사의 취재활동 등 언론기관으로서의 활동에 간섭을 한다거나 또는 언론활동의 결과로서 보도의 내용을 검열하는 등 청구인들의 언론·출판의 자유를 제약하는 내용을 전혀 담고 있지 아니하다.

그리고 이에 더하여 심판대상조항은 오로지 청구인 회사와 연합뉴스사 간의 영업활동(뉴스정보의 판매 등)과 관련한 경쟁을 국가기간뉴스통신사의 지정과 관련된 범위에서 제한하고 있을 뿐, 영업활동 또는 연합뉴스사와의 경쟁의 산물로서 이미 축적되고 형성된 청구인들의 재산권을 부당하게 제한하거나 또는 그 내용을 부당히 축소·변경하는 등의 조항을 일체 포함하고 있지 아니하다.

그러므로 청구인들의 재산권 또는 언론·출판의 자유와 관련된 주장은 더 이상 살필 필요도 없이 이유 없다.

(3) 나아가 심판대상조항이 청구인들의 경쟁의 자유 등 직업의 자유를 침해하고 있는지 여부에 관하여 본다.

심판대상조항은 언론기관으로서 뉴스통신사의 지위와 기능 등을 정하면서 날로 치열해져가는 국가 간의 정보쟁탈전과 소위 메이저 통신사들의 정보독점 및 왜곡, 통신시장의 개방압력 등 변화하는 뉴스통신시장의 환경에 능동적으로 적응하기 위하여 뉴스통신에 대한 국가적인 진흥방안을 마련하고, 뉴스통신시장의 특수성으로 인하여 고질적인 경영난에 겪는 국내 뉴스통신사를 지원하기 위한 것으로서 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 내포된 자유언론제도를 보장하기 위한 입법자의 의무와 헌법 제21조 제3항의 위임에 근거하여 그 입법목적의 정당성을 긍정할 수 있다.

그리고 심판대상조항은 이러한 입법 목적을 달성하기 위하여 연합뉴스사를 국가기간뉴스통신사로 지정하고 이에 대하여 예산상의 지원 등 각종 혜택을 부여함으로써 뉴스통신사들 사이의 경쟁을 제한하고 있는바, 이는 열악한 국

내 뉴스통신시장의 구조에서 경영난을 겪고 있는 뉴스통신사들의 자금난을 단계적으로 해소하고 이를 토대로 국내 뉴스통신사들이 국가 간의 정보경쟁에 적극적으로 참여할 수 있는 인적·물적 기반을 갖추어 나갈 수 있게 하므로 그 입법수단의 적절성도 인정된다.

(4) 한편, 심판대상조항은 연합뉴스사를 선언적으로 국가기간뉴스통신사로 지정할 뿐, 그 지정으로써 당연히 연합뉴스사에게 어떤 혜택이 자동적으로 부여되지는 않는다고 할 것이고, 오로지 정부와 연합뉴스사가 구독계약을 체결하거나 정부가 일정한 공익사업을 연합뉴스사에 위임하는 경우에 한하여 연합뉴스사로 하여금 안정적으로 구독료 수입을 확보하게 하고, 정부예산에 의한 재정지원을 하는 법적 근거를 마련하고 있는 데 불과하다.

나아가 이로써 정부와 청구인 회사 간의 뉴스정보 구독계약의 체결이 금지된다거나 연합뉴스사와 같은 조건의 계약체결이 금지되는 것도 아니고, 정부의 청구인 회사에 대한 공익업무의 위탁이 금지되는 것도 또한 아니다. 그리고 심판대상조항은 이러한 입법의 취지를 실현하기 위하여 “6년간”만 효력을 가지는 한시법에 해당하므로 이러한 제한의 효과가 영구적으로 청구인들의 기본권에 제한을 가져오는 것도 아니다.

따라서 심판대상조항으로 인한 기본권제한의 효과는 비교적 경미한 데 반하여, 이로 인하여 국가기간뉴스통신사로서 연합뉴스사의 인적·물적 기반과 역량이 강화됨으로써 얻는 국제뉴스정보시장에서의 경쟁력의 향상은 그대로 국가의 경쟁력으로 이어져 그 공익실현의 효과는 매우 크다고 할 것이다.

(5) 그렇다면, 심판대상조항으로 인한 뉴스통신시장에서의 경쟁제한효과는 기본권제한의 한계 내의 것으로 과잉금지원칙에 위배된다고 할 수 없다.

5. 결 론

이상의 이유로 청구인들의 심판청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

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

서훈추천부작위 등 위헌확인

(2005. 6. 30. 2004헌마859 전원재판부)

【판시사항】

1. 국가에게 독립유공자와 그 유족에 대한 예우를 해 줄 헌법상 의무가 있는지 여부(적극)
2. 국가보훈처장이 독립유공자(순국선열 및 애국지사)로 인정받기 위한 전제로서 요구되는 서훈추천을 거부한 것에 대하여 행정부작위 헌법소원이 가능한지 여부(소극)
3. 대통령의 영전 미수여 행위에 대해 행정부작위 헌법소원으로 다룰 수 있는지 여부(소극)

【결정요지】

1. 헌법은 국가유공자 인정에 관하여 명문 규정을 두고 있지 않으나 전문(前文)에서 “3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승”한다고 선언하고 있다. 이는 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것임을 선언한 것이고, 그렇다면 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여는 응분의 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다.

2. 독립유공자의 구체적 인정절차는 입법자가 헌법의 취지에 반하지 않는 한 입법재량으로 정할 수 있다. 독립유공자 인정의 전 단계로서 상훈법에 따른 서훈추천은 해당 후보자에 대한 공적심사를 거쳐서 이루어지며, 그러한 공적심사의 통과 여부는 해당 후보자가 독립유공자로서 인정될만한 사정이 있는지에 달려 있다. 이에 관한 판단에 있어서 국가는 나름대로의 재량을 지닌다. 따라서 국가보훈처장이 서훈추천 신청자에 대한 서훈추천을 하여 주어야 할 헌법적 작위의무가 있다고 할 수는 없으므로, 서훈추천을 거부한 것에 대하여 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원으로서 다룰 수 없다.

3. 영전수여에 앞서 법률상 요구되는 서훈추천이 거부됨에 따라

대통령이 영전수여신청자에 대하여 영전을 수여하지 않은 것은 그 전제가 되는 법적 절차의 미개시에 따른 것일 뿐 대통령이 공권력의 행사를 하여야 함에도 하지 않고 방치하고 있는 것이라 할 수 없다. 그러므로 대통령의 영전 미수여를 다투는 심판청구 역시 행정부작위를 다투는 헌법소원으로서 부적법하다.

【참조조문】

헌법 전문(前文), 제80조

독립유공자에우에관한법률 제4조(적용대상자) 다음 각 호의 1의 독립유공자와 그 유족 또는 가족은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1. 순국선열 : 일제의 국권침탈 전후로부터 1945년 8월 14일까지 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 하기 위하여 항거하다가 그 항거로 인하여 순국한 자로서 그 공로로 건국훈장·건국포장 또는 대통령표창을 받은 자
2. 애국지사 : 일제의 국권침탈 전후로부터 1945년 8월 14일까지 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 하기 위하여 항거한 사실이 있는 자로서 그 공로로 건국훈장·건국포장 또는 대통령표창을 받은 자

상훈법 제5조(서훈의 추천) ① 서훈의 추천은 중앙행정기관의 장(대통령직속기관 및 국무총리직속기관의 장을 포함한다), 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장이 행한다.

- ② 제1항에 규정된 추천권자의 소관에 속하지 아니하는 서훈의 추천은 행정자치부장관이 행한다.
- ③ 서훈의 추천을 하고자 할 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 공직심사를 거쳐야 한다.
상훈법 제7조(서훈의 확정) 서훈대상자는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한다.

【참조판례】

2. 헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513
헌재 1995. 5. 25. 90헌마196, 판례집 7-1, 669, 677

【당 사 자】

- 청 구 인 윤○삼 외 3인
 대리인 법무법인 한결
 담당변호사 백승현 외 1인
- 피청구인 1. 국가보훈처장
 2. 대통령

【주 문】

이 사건 심판청구를 모두 각하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 청구인들은 독립유공자의 유족이라면서 피청구인 국가보훈처장에게 아래와 같이 주장하며 대통령에게 서훈을 추천하여 줄 것을 신청하였다.

청구인 윤○삼은 망 윤○옥의 아들인바, 망 윤○옥이 1930년경 전남운동협회의 농민반에서 활동하는 등 독립운동을 하다가 일본 경찰에 검거되어 1년의 징역을 살았다. 청구인 박○재는 망 박○세의 아들인바, 망 박○세가 전남운동협회의 후속단체인 재건위원회를 결성하는 등의 항일 활동을 하다가 일본 경찰에 체포되어 2년 6월의 징역을 살았다. 청구인 김○심은 망 정○생의 친조카이자 양자인 망 정○재의 부인인바, 망 정○생이 망 박○세와 함께 위 재건위원회를 결성하고 항일운동을 하다가 체포되어 징역 3년을 선고받아 복역하였다. 청구인 최○보는 망 최○산의 아들인바, 망 최○산이 1926. 항일운동 단체인 ‘살자회’를 조직하는 등 항일운동을 하다가 2회에 걸쳐 징역 3년과 징역 1년 6월을 선고받아 복역하였다.

(2) 피청구인 국가보훈처장은 2004. 8. 9. 망 윤○옥에 대하여는 ‘사망시기 등 활동 이후 행적 불분명’을 이유로, 망 박○세에 대하여는 ‘광복 이후 남로당활동 등의 행적’을 이유로, 망 정○생에 대하여는 ‘광복 이후 행적 불분명’을 이유로, 망 최○산에 대하여는 ‘광복 이후 6.25 당시 부역 등의 행적’을 이유로 포상대상에 포함되지 아니한다는 회신(“2004년도 독립유공자 공적심사 결과안내”)을 하였다.

(3) 청구인들은 주위적으로 피청구인 국가보훈처장이 청구인들의 위 망부 등에 대하여 서훈추천을 하지 않은 부작위가 위헌임을, 예비적으로 피청구인 대통령이 이들에 대하여 영전을 수여하지 않은 부작위가 위헌이라고 주장하면서 2004. 11. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 주위적으로 피청구인 국가보훈처장이 청구인들의 망부 혹은 친족에 대하여 서훈추천을 하지 않은 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하는지, 예비적으로 피청구인 대통령이 이들에 대하여 영전을 수여하

지 않고 있는 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 관련 조항의 내용은 다음과 같다.

독립유공자에우에관한법률 제4조(적용대상자) 다음 각 호의 1의 독립유공자와 그 유족 또는 가족은 이 법에 의한 예우를 받는다.

1. 순국선열 : 일제의 국권침탈 전후로부터 1945년 8월 14일까지 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 하기 위하여 항거하다가 그 항거로 인하여 순국한 자로서 그 공로로 건국훈장·건국포장 또는 대통령표창을 받은 자
2. 애국지사 : 일제의 국권침탈 전후로부터 1945년 8월 14일까지 국내외에서 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 하기 위하여 항거한 사실이 있는 자로서 그 공로로 건국훈장·건국포장 또는 대통령표창을 받은 자

상훈법 제5조(서훈의 추천) ① 서훈의 추천은 중앙행정기관의 장(대통령 직속기관 및 국무총리직속기관의 장을 포함한다), 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회사무총장이 행한다.

② 제1항에 규정된 추천권자의 소관에 속하지 아니하는 서훈의 추천은 행정자치부장관이 행한다.

③ 서훈의 추천을 하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 공적심사를 거쳐야 한다.

제7조(서훈의 확정) 서훈대상자는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한다.

2. 청구인들의 주장 및 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

청구인들의 망부 등은 독립운동을 하였으므로 마땅히 건국훈장, 건국포장 등이 수여되어야 함에도 국가보훈처는 망인들의 독립운동에 대한 정당한 평가 대신, 전혀 근거도 없이 사망시기 등 행적불분명, 광복이후 남포당 행적 등 독립운동과 무관한 사유를 가지고 서훈추천을 하지 않았다. 또 대통령도 망인들에 대한 영전 수여를 하지 않았다. 그리하여 청구인들은 국가유공자 유족 등록요건을 갖추지 못하여 법률상의 예우를 누리지 못하는바 이는 다른 국가유공자 유족들과의 관계에서 평등권 침해이며, 망인의 명예가 제대로 보호되지 못하여 청구인들의 명예까지 훼손된 것으로서 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 등을 침해받은 것이다.

나. 국가보훈처장의 의견

(1) 국가보훈처는 독립유공자로 포상을 받은 사람에 대한 유족등록의 의무가 있으나 포상을 받지 않은 사람들에 대하여서는 그러한 의무가 부여되지 않으므로, 특정인에 대하여 국가보훈처장이 서훈추천을 하지 않았고 대통령이 영전수여를 하지 않은 것은 기본권의 침해가 없는 단순한 부작위일 뿐이므로 행정부작위를 다루는 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 훈장 등의 서훈은 통치권적 차원에서 고도의 상징성을 지닌 자유재량행위로서 그 본질상 공적이 있다고 하여 반드시 국가가 포상을 하여야 할 법률적 의무가 없으며, 국가에 대하여 포상을 청구할 법률적 권리도 없는 것이다(서울행정법원 2000. 8. 30. 선고 99구28223 판결). 따라서 청구인들이 장래 반사적으로 누릴 수 있는 지위를 예정하여 그것이 인정되지 않는 것을 기본권 침해라고 주장하는 것은 헌법소원의 요건을 갖춘 것이라 볼 수 없다.

(2) 독립유공자의 공적을 발굴해 포상하기 위해서는 그 활동을 객관적으로 입증할 수 있는 활동 당시의 판결문, 수행기록, 신문기사 등의 자료가 바탕이 되어야 한다. 청구인들의 경우 사실 자료에 의한 입증 문제와 독립운동 활동 이후의 행적불분명이나 신원상의 사유로 인해 포상대상에 불포함되어 서훈추천을 받지 못한 것이므로, 이로 인하여 평등권이나 행복추구권 등이 침해되었다고 할 수 없다.

3. 판 단

가. 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무, 즉 헌법의 명문규정으로부터 혹은 헌법해석상 도출되는 작위의무가 특별히 인정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 505, 513; 1995. 5. 25. 90헌마196, 판례집 7-1, 669, 677).

헌법은 국가유공자 인정에 관하여 명문 규정을 두고 있지 않다. 그러나 헌법은 전문(前文)에서 “3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 범통을 계승”한다고 선언하고 있다. 이는 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것임을 선언한 것이고, 그렇다면 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여는 응분의 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다고 보아야 할 것이다. 다만 그러한 의무는 국가가 독립유공자의 인정절차를 합리적으로 마련하고 독립유공자에 대

한 기본적 예우를 해주어야 한다는 것을 뜻할 뿐이며, 당사자가 주장하는 특정인을 반드시 독립유공자로 인정하여야 하는 것을 뜻할 수는 없다.

나. 독립유공자에우에관한법률은 위와 같은 헌법적 취지에서 독립유공자(순국선열 및 애국지사)와 그 유족 또는 가족에 대한 예우를 정하고 있다. 그런데 동법은 순국선열이나 애국지사로 인정받기 위해서는 독립운동을 한 공로로 “건국훈장·건국포장 또는 대통령표창을 받은 자”일 것을 요구한다(제4조). 한편 상훈법은 훈장이나 포장(褒章)의 수여는 공적심사를 거친 후 국가보훈처장 등의 서훈 추천에 따라 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정하도록 하고 있다(상훈법 제5조 제1항, 제7조). 또 대통령표창을 받기 위해서도 중앙행정기관의 장 등의 추천이 필요하다(정부표창규정 제14조).

청구인들은 그들의 망부 혹은 친족이 국가유공자로 등록되어 유족으로서 독립유공자에우에관한법률상의 혜택을 받고자 국가보훈처장에게 서훈추천을 신청하였으나, 공적심사 결과 위에서 언급된 사유로 서훈추천 대상자에 불포함 된다는 취지의 회신을 받았다.

다. 국가는 독립유공자를 제대로 가려내어 마땅히 그들과 유족 또는 가족들에게 그 공헌도에 상응하는 예우를 하여야 할 의무가 있으나, 독립유공자의 구체적 인정절차는 입법자가 헌법의 취지에 반하지 않는 한 입법재량을 가지는 영역에 해당된다고 볼 것이다. 독립유공자 인정의 전 단계로서 상훈법에 따른 서훈추천은 해당 후보자에 대한 공적심사를 거쳐서 이루어지며, 그러한 공적심사의 통과 여부는 해당 후보자가 독립유공자로서 인정될만한 사정이 있는지에 달려 있다. 이에 관한 판단에 있어서 국가는 나름대로의 재량을 지니는 것이다. 그러므로 당사자가 독립유공자 등록을 위한 서훈추천 신청을 했다고 해서 자동적으로 서훈추천이 이루어질 수는 없다.

그렇다면 결국 이 사건에서 국가보훈처장이 청구인들의 망부 혹은 친족에 대한 서훈추천을 하여 주어야 할 헌법적 작위의무가 있다고 할 수는 없으므로, 서훈추천을 거부한 것에 대하여 행정권력의 부작용에 대한 헌법소원으로서는 다룰 수 없는 것이다.

라. 헌법 제80조는 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 훈장 기타의 영전을 수여한다.”고 규정하고 있다. 이 규정과 상훈법의 내용을 종합하면, 영전의 수여는 기본적으로 대통령의 재량에 달려 있는 사항이며, 달리 헌법은 국민에게 영전을 수여할 것을 요구할 권리를 부여하고 있지 않다. 그렇다면 이 사건에 있어서 대통령에게 특정인에 대한 영전수여를 하여야 할 헌법상 작위의무

가 있다고 볼 수 없다.

한편 이 사건에서 대통령이 청구인들의 망부 혹은 친족에 대한 영전을 수여하지 않고 있는 것은 영전 수여에 앞서 법률상 요구되는 서훈추천이 거부된 것에 기인한 것이며, 이는 그 전제가 되는 법적 절차의 미개시에 따른 것일 뿐 대통령이 공권력의 행사를 하여야 함에도 하지 않고 방치하고 있는 것이라 할 수도 없다.

그렇다면 청구인들이 대통령의 영전 미수여를 다투는 예비적 심판청구 역시 행정부작위를 다투는 헌법소원으로서 부적법한 것이다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인들의 심판청구는 부적법하므로 이를 모두 각하하기로 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판관 윤영철(재판장) 권 성 김호종 김경일(주심) 송인준

주선희 전효숙 이상경(퇴임으로 서명날인 불능) 이공현